

Ersin amoğlu

Yatırımın Ortaklık Kurulu Üyelerinin Finan1sal Sorumluluğu

(Kurum Borlanndaki Sorumluluk İle)

Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş
Üçüncü Bası

V{
vedat kıtapıhk
İSTANBUL 2010

V{
vedat kitapçılık
İSTANBUL 2010

\tayı No: 223

3. Bası - Eylül 2010

5846 sayılı yasa uyarınca bu kitabın UçUncU basısının dijital iletim. CD'ye kayıt, elektronik kitap olarak yayımı.ve mevcut veya ileride geliştirilebilecek her türlü araçla çoğaltılması ve yayılması hakları da dahil olmak üzere; 5846 sayılı yasa anlamında çoğaltma, yayma ve diğer tüm yayın hakları yatazca ve münhasıran VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic.Ltd.Şti. aittir. Kitabın tamamının veya bir kısmının mevcut veya ileride geliştirilebilecek herhangi bir araç veya tekniklerle çoğaltılması, yayılması ve herhangi bir şekil ve yöntemle ticaret alanına konu edilme-si kesinlikle yasaktır. Aksine hareketler VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin burada saklı tutmuş olduğu haklarının ihlali anlamını taşır. VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti. olabilecek tüm hak ihlallerine karşı tüm yasal haklarını kullanmaya, fikri hak ve emeği korumaya kararlıdır.

ISBN: 978-605-4002-90-0

Dizgi Sami Abbas (0212) 547 48 41
(0532) 433 40 21
e-mail: samiabbas@ttmail.com

Kapak Tasarımı Murat Ece
mtece30@gmail.com

Baskı Altan Basım San.Tic. Ltd. Şti.
Matbaacılar Sitesi 22'İJA 34200 Bağcılar - İstanbul
Tel.: +90 (212) 629 03 74 Fax.: +90 (212) 629 03 76

Cilt Derya Mücellit
(0212) 501 02 72

**VEDAT KİTAPÇILIK
BASIM YAYIM DAĞITIM LTD.ŞTİ.**

Sultanahmet Mağaza : Klodfarer Cad. No: 35/A
Sultanahmet / 1STANBUL
Tel.: (0212) 516 68 39 - 516 68 49

Şişli Mağaza Fax: (0212) 516 68 36
Abide-i Hürriyet Cad. No: 281
Şişli / 1STANBUL
Tel.: (0212) 240 12 54 - 240 12 58
Fax: (0212) 240 12 67
www.vedatkilapcilik.com

ANONİM ORTAKLIKYÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
HUKUKİ SORUMLULUĞU

Dilek'e

BİRİNCİ BASIYA ÖNSÖZ

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusu gerek Türkiye'de, gerekse Avrupa hukukunda revaç gönmüş konulardan birisidir. 1967 tarihini taşıyan iki değerli monografi Türk doktrininin konuya verdiği önemi gösteriyor. Yayınlanmış Yargıtay kararları arasında yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin olanların oranı da bir hayli yüksektir. Konunun, Türkiye'deki bir sermaye piyasası kurma ve geliştirme çabası içinde yakın gelecekte bir kat daha önem kazanacağına inanıyorum.

Bu kitabın temelini 1965 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'nde savunduğum doktora tezi teşkil etmektedir. Tezin çatısında ve temel görüşlerde bir değişiklik yapılmamış, sadece zorunlu olarak doktrindeki yeni gelişmelerin ve Yargıtay kararlarının işlenmesi ile yetinilmiştir.

Kitabı Enstitü yayınları arasında alan Enstitü Müdürü Sayın **Prof. Dr. Ali Bozer**'e kapağı düzenleyen Sayın **Aysan Tümer**'e ve baskı konusunda gösterilen hassasiyet için **Fakülte Matbaası** mensuplarına teşekkürlerimi sunanım.

Mart 1972
Ersin Çamoğlu

İKİNCİ BASIYA ÖNSÖZ

„Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu" 1965 yılında 1.ü. Hukuk Fakültesi'nde savunduğum doktora tezidir. Birinci basısı 1972 tarihinde yapılmıştır. 1965 tarihinden günümüze kadar aynı konuda yazılan 3 monografi, konunun Türk öğretisinde revaç bulduğunu gösteriyor.

1981 yılında kabul edilen Sermaye Piyasası Kanunu ile temelleri atılan halen gelişim sürecindeki Türk Sermaye Piyasasının başarısı iki temel öğeye endekslidir: *Etkin denetim ve bağımsız yönetim*. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ayrı bir önem kazanmıştır.

Nihayet 1999 yılı sonunda Devletçe beş özel bankaya el konmasıyla başlayan ve halen devam etmekte olan bankacılık sisteminin yolsuzluklardan arındırılması sürecinde gündemin birinci maddesini üst yönetimin sorumluluğu oluşturmuştur.

Bankacılık krizinde Devlet tüm aksaklıkların ve yolsuzlukların faturasını üst yönetime ve yöneticilerin sorumluluğunu yeterince etkili hükümlerle düzenlemeyen mevzuata kesmiştir. Bu düşünce 3182 sayılı Kanun yerine 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun yapılmasını gerektirmiş, her defasında (*Anayasa hükümleri ve evrensel hukukun temel ilkeleri göz ardı edilerek*) daha sert hukuki ve cezai sorumluluk hükümleri getiren yasalarla yapılan değişikliklerden sonra süreç halen yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile noktalanmıştır. Bankacılık Yasasında özel ve istisnai hükümlerle düzenlenmiş olan banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ayrı bir kitap olarak yayınlanacaktır. Bu kitapta Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden farklı özel hükümlerine ilgili konularda karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir.

Bilindiği gibi **TBMM** Adalet Komisyonu'nda kabul edilmiş olan Türk Ticaret Kanunu Tasansı'nın 2007-2008 yasama döneminde yasalaşması beklenmektedir. Bu nedenle, yeni Ticaret Kanunu'nun kabulü arefesinde kitabın 2. basısının niçin yapıldığı düşünülebilir. Hemen belirtmek isterim ki, sorumluluk hukukunun temel ilkeleri Pandekt hukuktan beri çok büyük değişim göstermemiştir. Gerçekte insanlığın yüzyıllara dayalı deneyimleri sonucu adalet düşüncesini en yüksek yoğunlukta gerçekleştirdiğine inanılan bu ilkelerin yasa koyucu tarafından değiştirilmesi mümkün de değildir. Evrensel sorumluluk ilkelerine aykırı düzenlemelerin uygulamada yaşama şansı yoktur. Bu nedenle Tasarı'nın da mev-

cut sisteme göre bilyilk farklılıklar getirmesi olanaklı görünmemektedir. Budüşüncelerden hareketle 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre yazılmış olankitabımın ikinci basısını yapmakta bir sakınca görmedim.

Kitabın 1972 tarihli ilk basısındaki dilini tümüyle sadeleştirme çabasınagirmedim. Dilin zenginliği açısından eskiyi ve yeniye yan yana kullanma ve seçimi dilin evrimi sürecine bırakma ilkesini bu basıda da sürdürdüm. Düzeltmeler sırasında bu yöntemin doğruluğunu ve evrimin etkinliğini somut olarak gözlemledim ve sadece evrim sürecinde kadro dışı kalan sözcükleri güncelleri ile değiştirdim.

Kitapta öğreti kadar Yargıtay uygulamasına da yer verilmesine ve imkan oranında tüm yeniliklerin yansıtılmasına çaba gösterilmiştir.

Bu kitabı yayın hayatına kazandıran *Vedat Carbaş* ve dizgiye tüm ustalığını ve sabrını yansıtan *Sami Abbas'a* teşekkürü borç biliyorum.

Türk uygulaması ve öğretisi için yararlı ve hayırlı olmasını diliyorum.

Kasım 2007

Ersin Çamoğlu

ÜÇÜNCÜ BASIYA ÖNSÖZ

"Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu" konusuna öğretinin ve uygulamanın gösterdiği ilgi azalmadan devam ediyor.

Çok sayıdaki yargı kararı ve mevcut monografilere eklenen yenileri konunun Türk hukuk takviminde daha uzun süre güncelliğini koruyacağını gösteriyor. Ne var ki öğretiden ve yargıdan bu derece yoğun ilgi gören sorumluluk konusunda bazı sorunların halen netlik kazanmadığını gözlemliyoruz.

Bu basıda sorumluluk hukukunun temel ilkeleri ve Yargıtay'ın yeni kararların ışığında halen duraksama ve tartışma konusu olan sorunları açıklığa kavuşturmaya çalıştım.

Vedat Kitabevi sahibi *Vedat Carbaş'a* ve dizgi ustası *Sami Abbas'a* teşekkürlerimi sunuyorum.

Eylül 2010

Ersin Çamoğlu

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BASIYA ÖNSÖZ.....	VII
İKİNCİ BASIYA ÖNSÖZ	IX
ÜÇÜNCÜ BASIYA ÖNSÖZ.....	XI
İÇİNDEKİLER	XIII
BİBLİYOGRAFYA.....	XXIII
KISALTMALAR	XXXVII

GİRİŞ

KONUNUN VE KAVRAMLARIN SUNUMU

§ 1. KONUNUN SUNUMU.....	1
I. Yönetim Kurulunun Anonim Ortaklıktaki Kanunu ve Konunun Önemi	1
ii. Kanunumuzun Konuyu Düzenleme Sistemi.....	6
III. Konunun Ele Alınış Şekli.....	7
§ 2. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNUN ANLAMı.....	9
I. Hukulî Sorumluluk Kavramı.....	9
a. Sınırsız Malvarlığı Sorumluluğu (10) b. Sınırlı Malvar- lığı Sorumluluğu ba. Konu ile Sınırlı Sorumluluk (10) bb. Miktarla Sınırlı (Sınırlı Şahsi) Sorumluluk (11)	
ii. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunun Anlamı.....	11

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA HAKİM OLAN PRENSİPLER

§ 3. KUSURLU SORUMLULUK PRENSİBİ.....	13
I. Genel Olarak	13
II. İsbat Yükü.....	18

III. Kusursuzluğun İsbatı.....	19
§ 4. TESELSÜL PRENSİBİ	21
1. Borçlular Arasında Teselsül	21
1. Yönetim Kurulu Üyeleri Arasında.....	21
a. Kusursuzluğun İsbatı (22) b.Yönetim Kurulu Üyelerinin Ferden Sorumlu Olduğu Haller (23)	
2. Yönetim Kurulu Üyeleri ile Anonim Ortaklık Arasında Teselsül	24
II. Alacaklılar Arasında Teselsül.....	26
§ 5. FERDİ SORUMLULUK PRENSİBİ	31
§ 6. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEMLERİNİN ORTAKLIĞA İZAFESİ PRENSİBİ	33
I. Yönetim Kurulunun ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Sıfatı.....	33
1. Genel Olarak Organ Kavramı	33
2. Yönetim Kurulunun ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Sıfatı....	35
II. Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Görevlisi Üye Sıfatının Sorumluluk Yönünden Sonuçları.....	39
1. Genel Olarak	39
2. Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Görevlisi Sıfatının Sorumluluk Yönünden Sonuçları.....	40
a. Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemleri Sebebiyle Akdi Sorumluluğu (40)	
b.Yönetim Kurulu Üyelerinin Haksız Fiillerinden Anonim Ortaklığın Sorumluluğu (41) c. Yönetim Kurulu Üyeleri- nin Haksız Fiillerinden Şahsı Sorumlulukları (43)	

İKİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN HALLER

§ 7. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN GENEL SORUMLULUK HALLERİ.....	45
J. Genel Olarak	45
II. TK. 336'da Sayılan Sorumluluk Halleri	46
1. 'Hisse Senetleri Bedeline Mahsuben Pay Sahipleri Tarafından Vuku Bulan Ödemelerin Doğru Olmaması' (TK. 336 N. 1).....	46

2. 'Dağıtılan ve Ödenen Kar Paylarının Hakiki Olmaması' (TK. 336 N. 2).....	47
3. "Kanunen Tutulması Gereken Defterlerin Mevcut Olmaması veya İntizamsız Surette Tutulması" (TK. 336 N. 3).....	48
a. Tutulması Gerekli Defterler (48)	
b. Defterlerin Mevcut Olmaması veya İntizamsız Tutulması (49) c. TK. 336 N. 3'ün 67. madde ile ilgili (49)	
4. 'Umumi Heyetten Çıkan Kararların Sebebsiz Olarak Yerine Getirilmemesi' (TK. 336 N.4).....	52
a. Genel Kurul - Yönetim Kurulu ilişkisi (52)	
b. Genel Kurul Kararlarının terasından Doğan Sorumluluk (54) ba. Sıhhatli Genel Kurul Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluk (54) bb. Genel Kurulun Sakat Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluk (58)	
III. Genel Hüküm (TK. 336 N. 5).....	65
1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Başlıca Görevleri (Yükümleri).....	65
a. Yönetim Görevleri (65) b. Temsil Görevi (65) c. Ortaklık Defterlerinin Tutulması (66) d. Genel Kurul Toplantıları ile İlgili Görevleri (66) e. Genel Kurul Kararlarının Uygulanması (66) f. Anonim Ortaklığın Hesaplan ile ilgili Görevleri ve Yıllık Raporun Düzenlenmesi (66) g. Malvarlığının Azalması Halindeki Görevleri (66) h. Sermayenin Azaltılması veya Artırılmasındaki Görevleri (67) i. Anonim Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiyesindeki Görevleri (67) j. Tescil ve İlan Görevi (67) k. Tahvillerle İlgili Görevleri (67) 1. Özen Borcu (67) la. Özen Borcunun Niteliği (67) 1b. Özen Derecesi (71) le. Özen Borcunun Karma Nitelik Taşımalarının Anlamı (73) m. Sadakat Borcu (76)	
2. Yönetim Kurulunun Görevlerini İfa Şekli.....	76
a. Genel Olarak (76) b. Yönetim Kurulunun Toplantıları ve Kararları Sebebiyle Doğan Sorumluluk Problemleri (77) c. Yönetim Kurulunun Oluşmamış Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluk (80) d. Yönetim Kurulunun Sakat Kararlarına Karşı Ortakların İmkanları (81) da. Genel Kurulun Yönetim Kurulu Kararları Üzerinde Tasarruf İmkânı (81) db. Yönetim Kurulu Kararları Aleyhine İptil Davası Açılması İmkânı (82)	
§ 8. ÖZEL SORUMLULUK HALLERİ.....	89
I. Müzakerelere Katılma Yasağının İhlali.....	89
11. Onaklıkla İşlem Yapma Yasağının İhlali.....	92

1. ŞartJan	92
2. Yasağa Aykır Davranışın Sonuçları.....	96
3. Yasak Hükümünün Değerlendirilmesi	99
III. Rekabet Yasağının İhlali.....	100
1. Şartlan	100
2. Rekabet Yasağına Aykır Davranışın Sonuçları.....	103
3. Seçim Hakkını Kullanmağa Yetkili Organ.....	104
4. Seçim Hakkını Kullanmağa Yetkili Organ.....	105
5. Zamanaşımı.....	106
IV. Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçmelerinin İşlemlerini İnceleme Yükümünden Doğan Sorumluluk	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASININ TARAFLARI, MÜEYYİDE, USUL

Birinci Kısım

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI SORUMLULUK DAVASININ TARAFLARI VE ŞARTLARI

§ 9. ANONİM ORTAKLIĞIN DAVA HAKKI.....	109
1. Genel Olarak.....	109
11. Ortaklığın Dava Hakkının Hukuki Kaynağı.....	110
1. Genel Olarak	110
2. Ortaklığa Karşı Sorumluluğun Kaynağı	111
a. Akdi Sorumluluk (111) b. Haksız Fiil Sorumluluğu (112) c. Akdi Sorumlulukla Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması (113)	
3. Anonim Ortaklıkla Yönetim Kurulu Üyeleri Arasındaki Akdin Mahiyeti	114
III. Dava Hakkının Kullanılması.....	117
1. Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ.....	117
2. Azınlığın Korunması.....	119
a. Genel Olarak (119) b. Azınlığın Teminat Verme Yükü- mü (120)	
3. Davada Anonim Ortaklığın Temsili.....	122

§ 10. ORTAKLARIN VE ORTAKLIK ALACAKLILARININ DAVA HAKKI	123
1. Genel Olarak	123
il. Ortakların ve Alacaklıların Dolayısıyla Zarar Gören Şahıs Sıfatıyla Dava Hakları.....	126
1. Dolayısıyla Zarar Gören Şahıs Kavramı.....	126
2. Ortakların ve Alacaklıların Dolayısıyla Zarar Gören Şahıs Sıfatıyla Dava Hakları	128
a. Ortakların ve Alacaklıların Dolayısıyla Zararları (128)	
b. Kanuni' Dayanağı (132) c. Şartları (134) ca. Davanın Konusu (134) cb. Sifat (137) cc. Ortakların ve Ortaklık Alacaklılarının Davaları Arasındaki Farklılıklar (138)	
3. Dolayısıyla Görülen Zararlar Sebebiyle Açılan Davanın Mahiyeti	140
4. Ortaklığın İflası Halinde Dava Haklarının Durumu	141
5. Ortakların ve Alacaklıların Davasının Hukuki Kaynağı (Dayanağı)	143
6. Dolayısıyla Zararlara Dayanan Dava Hakkının Pratik Önemi Hakkında Düşünceler	145
III. Doğrudan Doğruya Görülen Zararlarda Ortakların ve Alacaklıların Dava Hakkı.....	147
1. Kavram	147
2. Davanın Özellikleri	151
3. Davanın Hukuki Dayanağı	151
IV. Ortaklığın, Ortakların ve Alacaklıların Dava Hakları Arasındaki İlişki	153
1. Dolayısıyla Zararlara İlişkin Davalarda	153
a. Genel Kurul Kararlarının Ortakların ve Alacaklıların Dava Haklarına Etkisi (153) b. Kesin Hüküm Açısından (156)	
2. Doğrudan Doğruya Zararlara Dayanan Davalarda	159

İkinci Kısım

SORUMLULUĞUN MÜEYYİDESİ

§ 11. MÜEYYİDE.....	161
1. Tazminat	161
il. Diğer Müeyyideler.....	163

Üçüncü Kısım

SORUMLULUK DAVASININ USULİ HÜKÜMLERİ

§ 12. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME, YARGILAMA USULÜ	166
I. Yetki	166
1. Yer İtibariyle Yetki.	166
2. Görevli Mahkeme	169
II. Yargılama Usulü	170

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DURUMLARDA SORUMLULUK

§ 13. İLK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU	171
I. Genel Olarak	171
II. Sorumluluğun Şartları.....	172
1. Kusur.....	172
2. Tazminatın Birinci Derecede Sorumlulardan Tahsil Edilememiş Olması (İkinci Derecede Sorumluluk)	173
3. Zarar ve İlliyet Bağı.....	174
III. Sorumluluğun Mahiyeti	174
IV. Sorumluluğun Hukuki Kaynağı ve İsbat Yüğü.....	177
1. Sorumluluğun Hukuki Kaynağı.....	177
2. İsbat Yüğü	177
V. Sorumluluk Davasının Şartları ve Tarafları	179
VI. Rücu Hakkı	179
VII. İlk Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlerin Değerlendirilmesi	180
§ 14. MÜDÜR TAYİNİ HALİNDE SORUMLULUK	183
I. Kavram.....	183
II. Müdür Tayini Halinde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğı.....	184
III. Müdürlerin Sorumluluğı	186
§ 15. YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUK PROBLEMLERİ	191
1. Yönetim Hakkının Taksimi veya Murahhaslara Bırakılması.....	192
1. Taksim	192
a. Kavram (192) b. Taksim Halinde Sorumluluk (192)	

2. Murahhasa Bırakma (Delegasyon, Terhis)	193
a. Kavram (193) b. Hukukî Mahiyeti (194) c. Murahhasa Tayini Halinde Sorumluluk (196)	
II. Temsil Yetkisinin Bölünmesinden veya Aşılmasından Doğan Sorumluluk Sorunları	199
1. Temsil Hakkı ve Görevi	199
2. Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Halinde Sorumluluk	200
a. Geçerli Olmayan Sınırlamalar (194) b. Geçerli Sınırlamalar (202) ba. Birlikte Temsil (203) bb. Yer İtibariyle Sınırlama (204)	
3. Temsil Yetkisinin Aşılmasının Doğurduğu Sorumluluk Sorunları.....	205
a. Temsil Yetkisinin Sınırı (205) b. Konu Dışı İşlemler (207)	
§ 16. TÜZEL KİŞİLERİN YÖNETİM KURULUNDAKİ TEMSİLCİLERİNİN VE GÖNDEREN TÜZEL KİŞİNİN SORUMLULUĞU.....	209
I. Pay Sahibi Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulunda Temsilinden Doğan Sorumluluk	209
1. Pay Sahibi Tüzel Kişinin Yönetim Kurulunda Temsilinin Şartları.....	209
2. Sorumluluk	210
a. Ortak Tüzel Kişinin Temsilcisinin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğu (210) aa. Genel Olarak (210) ab. Ortak Tüzel Kişinin Sorumlu Tutulması İçin Çeşitli İmkanlar (211) ac. Temsilcinin Sorumluluğu (215)	
II. Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulunda Temsilinden Doğan Sorumluluk.....	216
1. Kamu Tüzel Kişilerinin Anonim Ortaklık Yönetim Kurulundaki Temsili.....	216
2. Sorumluluk.....	216
a. Kamu Tüzel Kişisinin Temsilcisinin Fiil ve İşlem- lerinden Sorumluluğu (216) b. Kamu Tüzel Temsilcisinin Sorumluluğu (218)	
III. TMS'nin Fon Bankalarının Yönetim Kurullarına ya da Fon Bankalarının veya Banka Hakim Ortaklığının Hakim Olduğu Şirketlerin Yönetim Kurullarına Üye Ataması.....	219
1. TMSF Fon Bankalarının Yönetim Kurullarına Üye Ataması.....	219

2. Fon Bankalarının veya Hakim Ortaklarının Hakim Olduğu Şirketlerin Yönetim Kurullarına Üye Ataması ve Bu Üyelerin Sorumluluğu	220
a. Atama Koşulları (220) b. Fon Tarafından Atanan Üyelerin Sorumluluğu (221)	

BEŞİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

§ 17. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İBRASI	223
I. Genel Olarak	223
II. İbranın Hukuki Niteliği	224
1. İsviçre Hukukunda	224
2. Alman Hukukunda	224
3. Türk Hukukunda	225
III. İbra Kararları - İbra Varsayımı	226
1. İbra Kararları	226
2. İbra Varsayımı	227
IV. İbranın Kapsamı	228
V. İbra Kararları	231
1. Yetkili Organ ve İbra Kararlarının Usuli Şartları	231
2. İbra Kararlarında Oy Hakkı	232
a. Genel Olarak (232) b. Yönetim Kurulundaki Temsilcilerin İbrasında Ortak Tüzel Kişilerin Özellikle Holdinglerin Oy Gücünün Durumu (234)	
3. İbra Kararlarında Azınlığın Korunması	237
a. Azınlığın Bilanço Müzakerelerinin Tahirini İstemek Hakkı (237) b. Azınlığın Yönetim Kurulunun İbrasına Mani Olma Hakkı (238) c. Azınlığın Yönetim Kurulu Aleyhine Dava Açılmasına Talep Hakkı (242)	
4. İbra Kararlarının Sakatlığı	242
5. İbra Kararlarının Geri Alınması	243
VI. İbra Talebi ve İbra Davası	244
1. İbra Davasının Hukuki Niteliği	244
2. İbra Davasında Dava Menfaati	246
VII. İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi	247
1. İbra Kararının Ortaklığın Dava Hakkına Etkisi	247

a. İsviçre Hukukunda (247) b. Alman Hukukunda (248)	
c. Türk Hukukunda (248)	
2. İbranın Ortakların ve Alacaklıların Dava Haklarına Etkisi.....	250
a. Dolayısıyla Zararlar Sebebiyle Açılacak Davalarda (250) aa. Ortakların Dava Hakları Açısından (250) ab. Alacaklıların Hakkı Yönünden (254) b. Doğrudan Doğruya Zararlar Nedeniyle Açılacak Davalarda (255)	
§ 18. ZAMANAŞIMI	257
1. Genel Olarak	257
II. Zımanasıımı Süreleri.....	257
1. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı İçinde Zımanasıımı Süreleri	257
a. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı (257) b. TK. 309. Maddede Öngörülen Zımanasıımı Süreleri (258) ba. İki Yıllık Süre (258) bb. Beş Yıllık Süre (263) be. Ceza Zımanasıımı (264)	
2. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı Haricinde Zımanasıımı Süreleri	266
a. Özel Zımanasıımı Konulmuş Olan Hal - Rekabet Yasasının İhlali (TK. 335) (266) b. Özel Zımanasıımı Süresi Konmamış Olan Haller (266)	
III. Zımanasıımının Kesilmesi	267
İV. Zımanasıımı Definde İsbat Yüğü	268
V. Zımanasıımının Düzenleyen Hükümlerin Değerlendirilmesi.....	268

ALTINCI BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ORTAKLIĞIN KAMU BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

§ 19. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN AATUK ve VUK'A GÖRE SORUMLULUĞU	271
1. Genel Olarak.....	271
il. Konuyu Düzenleyen Hükümlerin Evrimi	272
1. Vergi Usul Kanunu'nun Düzenlemesi.....	272
2. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası.....	272
111. VUK. m. 10 ile AATUK. mük. m. 35'in Uygulama Alanı.....	273
IV. Sorumluluğun Koşulları.....	273

1. K.in1ler Sorumludur	273
2. Sorumluluğun Zaman Yönünden Sınırı.....	275
V. Sorumluluğun Nitelikleri.....	276
1. Objektif Sorumluluk	276
2. İkinci Derecede Sorumluluk	277
SONUÇ.....	279

BİBLİYOGRAFYA*

- ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. bası, İstanbul 2006.
- AKDAĞ, GÜNEY N.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- AKGÜN, Z.:** Hizmet Akdi, 1953/10, 1138-1179.
- AKYAZAN, S.:** Son İçtihatlarla Gerekçeli Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Ugili Mevzuat, Ankara 1971.
- ANSAY, S.Ş.:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bası, Ankara 1960.
- ANSAY, T.:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, Batider II/3, 371-383 (İdare Meclisi Kararlarının İptali).
- ANSAY, T.:** Anonim Şirketlerde Ehliyet, Tebliğ, Hafta I, 81-117 (Tebliğ).
- ANSAY, T.:** Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara 1970 (Türk Anonim Şirketleri).
- ANSAY, T.:** Anonim Şirketlerde Konsantrasyon ve Küçük Pay Sahibi, AHFD. XXVI/1-2, 377-390 (Konsantrasyon).
- ANSAY, T.:** Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması, AHFD. 1970/1-2, 109-138 (Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması).
- ANSAY, T.:** Kitap İncelemesi, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, AHFD. 1968/3-4, 267-272 (Kitap İncelemesi).
- ANSAY, T.:** Minderheitenschutz und Aktionarkslage im türkischen Recht, IV. Türk-İsviçre Haftasına Sunulan Tebliğ, Teksir, Lausanne 1970 (Minderheitenschutz).

<•> Atıflar kural olarak yazarların sadece soyadları kullanılmak suretiyle yapılmıştır. Birden çok eseri bulunan yazarların eser veya yazılarının kısaltılmış atıf şekli parantez içinde gösterilmiştir.

- ANSAY, T.:** Anonim Şirketlerin Ehliyeti, idare Meclisinin ibrası, İdare Meclisi Aleyhi. ne Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Batider IIV3, 407•431 (ibra).
- ARAR, K.:** Kara Ticareti, Şirketler Hukuku, Ankara 1952.
- ARIÇ, M.Ş.:** Yargıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu, İstanbul 1946.
- ARIK, F.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisinin ibrası Meselesi, il. Huk. 1949/45, 695 vd.
- ARSEBÜK, E.:** Borçlar Hukuku, 1•11, 3. bası, Ankara 1950.
- ARSLAN, 1.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994.
- ARSLANLI, H.:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul 1960.
- ARSLANLI, H.:** Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul 1960, II•III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960 (Arslan. lı I, II).
- ARSLANLI, H.:** Kollektif vve Komandit Şirketler, 2. bası, İstanbul 1960 (Arslanlı KKŞ).
- ATAAY, A.:** Şahıslar Hukuku, Giriş . Hakiki Şahıslar, 2. bası, İstanbul 1969 (Şahıslar Hukuku)
- ATAAY, A.:** Borçlar Hukuku I. (teksir), İstanbul 1962.
- ATAAY, A.:** Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2. bası, İstanbul 1971.
- ATAN, T.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.
- AYTAÇ, Z.:** Anonim Ortaklıklarda ibra, Ankara 1982.
- BACHMANN, G.:** Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1915.
- BARBEY, A.E.:** Le decharge en droit suisse, Geneve 1949.
- BARLAS, 1.:** Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, İstanbul 2006.
- BATTAL, A.:** Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006 (Şerh)
- BATTAL, A.:** Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001 (Sorumluluk)
- BAUMBACH/HUECK:** Aktiengesetz, Kurzkommentar, II. Aufl. München und Bertin 1961; 13. Aufl. 1968.
- BECKER, H.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI. Obligationen• recht, II. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184•551, Bern 1934.

- itlGGEL, H.: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemöss Art 673 ff. OR/754 ff. rev. OR. Zürich 1940.
- RİLGE, N.: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971 (Bilge).
- BiLGE, N.: Medeni Yargılama Hukuku, 2. basım. Ankara 1967 (Yargılama).
- BIRKAŞ, H.:** Ticaret Şirketleri ve Tatbikat, 3. baskı, İstanbul 1970.
- BOZER, A.:** Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Ticari Usul, Tebliğ, Hafta I, 56-80.
- BURGARD, J.:** Direction generale et direction technique des societes anonymes, Paris 1968.
- BÜRGI, W.F.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Art. 660-697, Zürich 1957; 6. Lieferung: Art. 698-703, Zürich 1960, 7. Lieferung: Art. 704-710, Zürich 1961 8. Lieferung: Art. 711-722, Zürich 1953, 9. Lieferung: Art. 723-729, Zürich 1968, (Bürgi).
- BÜRGI, W.F.:** Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern 1965, 29-43 (Probleme).
- CAPITAINE, G.:** Le statut des societes holdings en suisse, ZSR 62 (1943), la-194a.
- CARDEW SMITH - LAPORTE - LEROt - CARABİBER:** La responsabilite des administrateurs en societes anonymes en Grande - Bretagne, aux Etats - Unis, en Belgique et en France, Paris 1932.
- CHAMBOULIVE, J.:** La direction des societes par action aux Etats - Unis d' Amerique, Paris 1964.
- CONARD, A.F.:** Birleşik Devletler'de Şirket Müdürlerinin ve İdarecilerin Sorumluluğu (Çev.: E. ÖZSUNAY), Batider II/2, 226-245.
- CURT1, A.:** Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin 1930.
- ÇAĞA, T.:** Konkurrenz, deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Diss. Aarau 1939 (Konkurrenz).
- ÇAĞA, T.:** Mahdut Şahsı Mesuliyet Mefhumuna Dair, 1st. Bar. Der. 1970 7-8, 513 vd.
- ÇAĞA, T.:** Akde Muhalif Hareketle Haksız Fiilin Aynı Hadisede İçtimai, 1I. Huk. 1945/5, 6 vd.
- ÇAMOĞLU, E.:** Ticaret ve Hukuk Mahkemesi Ayrımının Sonuçları, 1HFM. 1964/4, 1046-1062.
- ÇAMOĞLU, E.:** Devletin Dış Ticarete Müdahalesi, 1HFM. 1963/3, 620-663.

- ÇAMOÇLU, E.:** Limited Onağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Aktif Konunmrı;1, tstnnbut 1969 (teksir) (Alacaklıların Korunması).
- ÇAMOĞLU, E.:** Anonim Ortaktık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Onvnlnnnn Etkisi, İHFM. 1971/1-4, 323-349 (İbranın Sorumluluk Davala-nnn Etkisi).
- ÇAMOÔLU, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu. İmran Öktcm'e Annağan, Ankara 1979, 389-402 (Özen Borcu).
- ÇAMOÔLU, E.:** Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı, Batider III/2, 266-279 (Zamanaşımı).
- ÇAMOÔLU, E.:** Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyeti, Batider III/3, 523-532 (Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyet).
- ÇAMOĞLU, E.:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yıllık Raporu Hakkında Düşünceler, İkt. Mal. XVII/12 (Mart 1971), 540-544 (Yıllık Rapor).
- ÇAMOĞLU, E.:** Yarım Ortaklık Yönetim Kurulunun İbrasında Holdingin Oyları Kullanılabilir mi? İkt. Mal. C. XXI, Sa. 12 (Mart 1975) 500 vd.
- ÇAMOĞLU, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'eAnnağan, MHB Yıl: 23 Sa. 1-2, İstanbul 2003, s. 139 vd. (Kamu Borçlarından Sorumluluk)
- ÇAMOĞLU, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, İkt. Mal. XVII/2 (Mayıs 1970), 77-82 (İşlem Yapma Yasağı).
- ÇAMOĞLU, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı, İkt. Mal. XVI/9 (Aralık 1969), 357-360 (Rekabet Yasağı).
- ÇELİK, A.:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, İstanbul 2007.
- DELOĞLU, S.:** Ticaret Kanunu Pandekti, İstanbul, 1952.
- DOĞRUSÖZ, H.:** Banka Yöneticilerinin ve Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010.
- DOĞANAY, Ü.Y.:** Hükmi Şahıslar (Ders Notları) 2. bası, İstanbul 1969.
- DOMANIÇ, H.:** Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964 (Domaniç).
- DOMANIÇ, H.:** Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970 (Umumi Esaslar).
- DOMANIÇ/ÇAMOĞLU:** İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve ilgili Mevzuat, İstanbul 1965.
- EGGER, A.:** İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler (Çev.: V. ÇERNİS), Ankara 1948.

- E1GENMANN, E.J.:** Das Reglement der Aktiengesellschaft, Zürich 1952.
- E1GENMANN, E.J.:** Einige Fragen zur Decharge, SAG. 25, 189-200 (Decharge).
- ENNECCERUS/NİPPERDEY:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband il. Tübingen 1955.
- ERBEK, C.:** Anonim Şirketlerde ve Bankalarda İdare Meclisi ile İlgili Bazı Meseleler, Tebliğ, Hafta I, 118-124.
- EREM/ALTIOK/FANDOĞAN:** Bankalar Kanunu Şerhi, 5. bası, Ankara 1971.
- EREM, T.S.:** Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II. Ticaret Şirketleri, 3. baskı, İstanbul 1969.
- EREN, F.:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. I-III, 4. bası, Ankara 1991.
- ERİŞ, G.:** Açıklamalı İçtihatlı En Son Değişikliklere Göre Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. il, 3. baskı, Ankara 2004 (Eriş TTK¹)
- ERİŞ, G.:** Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. baskı, Ankara 2010 (Eriş TTK²)
- ERİŞ, G.:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995 (Eriş A.Ş.)
- ERLER, U.:** Die Geschäftsführung des Vorstands in der deutschen Aktiengesellschaft unter Mitberücksichtigung einer Aktienrechtsreform Kressbronn 1964.
- ESCARRA/RAULT:** Les societes commerciales, II-III-IV, Paris 1951, 1955, 1959.
- ESENER, T.:** Yetkisiz Temsil, Tebliğ, Hafta 11/1, 115-136 (Tebliğ).
- ESENER, T.:** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendi Kendisi ile Mukavele Yapması, AHFM. 14/1-4, 72 vd.
- ESENER, T.:** Borçlar Hukuku, I. Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969 (Borçlar).
- ESSER, J.:** Schuldrecht, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1970.
- FALKEİSEN, E.:** Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat insbesondere ihre rechtliche Natur, Diss. Zürich 1947.
- FASSIER, J.:** La responsabilite civile des administrateurs et la gestion de la societe anonyme ((these), Paris 1944.
- FEHR, K.:** Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizereischen Aktienrecht, Recueil des travaux suisses, presentes au IV. Congres international de droit compare, Geneve 1954, 147-163.
- FELBER, R.:** Die Direktion der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949.
- FEYZİOĞLU, F.N.:** Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. 1-11, İstanbul 1967, 1969.
- FORSMOSER/MEIER-HAY01JNOBEL,** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1997.
- FREDERICQ, L.:** Traite de droit commercial Belge, IV-V-VI, Gand 1950.

- FRICK, E.:** Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1958.
- FUNK, F.:** Kommentar des Obligationenrechts, il. Band, Das. Recht des Gesellschaften, Aarau 1951.
- GADOW, W.:** Grosskommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. I. Band., (bearbeitet von FISCHER, MELLEROWICZ, SCHILLING und SCHMIDT) Berlin 1961.
- GIERKE, J.v.:** Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958.
- GLASSON, P.:** La responsabilite civile des administrateurs de la societe anonyme envers les creanciers sociaux en droit Suisse, Lausanne 1937 (these).
- GODINI WILHELM:** Aktiengesetz, Bd. 1-II, 3. Aufl. Berlin 1967.
- GÖKTÜRK, H.A.:** Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- GROSSFELD, B.:** Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionar, Tübingen 1968.
- GUHL, Th.:** Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956.
- GUHL, Th.:** La responsabilite dans la societe anonyme, Les personnes responsables, FJS. 404, L'action en responsabilite, FJS. 405 (Guhl FJS).
- GÜRDOĞAN, B.:** Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- HAMEULAGARDE:** Traite de droit commercial, 1, Paris 1954.
- HARTMANN, R.:** Der Organbegriff bei der AG. Bern 1945.
- HENGGELE, J. und E.:** Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im, Bankengesetz und im neuen Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.
- HESS, A.:** Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Zürich-Leipzig 1937.
- HIRSCH, A.:** La responsabilite des administrateurs dans la societe anonyme Sem. Jud. 1967/17, 249-272.
- HİRŞ, E.E.:** Ticaret Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1948 (Hirş).
- HİRŞ, E.E.:** Notlu Ticaret Kanunu, İstanbul 1946 (Notlu Ticaret Kanunu).
- HOTZ, Ch. - A.:** La responsabilite civile des fondateurs de la societe anonyme, Neuchatel 1945.
- İMRE, Z.:** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- İMREGÜN, O.:** Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili, Tebliğ, Hafta 11/1, 275-296 (Tebliğ).

- tMREGÜN, O.:** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Dogan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962 (Menfaat İhtilafları).
- 1MREGÜN, O.:** Anonim Ortaklıklar, 4. bası, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar).
- tMREGÜN, O.:** Tasfiye Halindeki Bir Limited Ortaklıkta Tasfiye Memurları Ortak - Müdürler Aleyhinde Sorumluluk Davası Açabilirler mi? İkt. Mal. XVTI/3 (Haziran 1970), 126-129.
- iSLER, R.:** Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 1-22.
- 1ZVEREN, A.:** İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD. 1953/11, 1308-1321, 1954/1, 17-30.
- JAGMETT1, C.:** Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1958.
- JUGLART/İPPOLİTO:** Cours de droit Commercial, 22 eme volume, 3 eme edition, Paris 1969.
- KAESLİN, Th.:** Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Bern 1941.
- KARACA, B.:** Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 2005.
- KARAHASAN, M.R.:** Tazminat Davaları, İstanbul 1970.
- KARAYALÇIN, Y.:** Ticaret Hukuku Dersleri, I. Ticari İşletme, 3. bası, Ankara 1968.
- KIRCA, 1.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu, Batider XXII/3 (Haziran 2004), 85 vd. (Takdir Yetkisi - Özen Borcu)
- KIRCA, 1.:** İbra Kararlarının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı Batider XXIII/3 (Haziran 2006) 13 vd. (İbra Kararlarının Geri Alınması)
- KOHLER, F.:** Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1950.
- KOLB, A.:** Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1935.
- KREİS, W.:** Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936.
- KURU, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. bası, Ankara 1968 (Usul).
- KURU, B.:** İflas ve Konkordato, Ankara 1971 (İflas ve Konkordato).
- KURU, B.:** Tesbit Davaları, Ankara 1963.
- LANZ, P.U.:** Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats, Bern 1969.

- LARENZ, K.:** Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1967 (Larenz).
- LARENZ, K.:** Lehrbuch des Schuldrechts, il. Bd. Besonderer Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1967 (Besonderer Teil).
- LEHMANN, H.:** Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Bertin - Frankfurt 1959.
- MEIER-HAYO1JFORSTMOSER,** Schwerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bem 2007.
- MEIER-WEHRLI, J.:** Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG., Zürich 1958.
- MEYER, K.:** Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischen Recht, Zürich 1946.
- MİMAROĞLU, S.K.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Aralarının HukukJ Mesuliyeti, Ankara 1967.
- MİMAROĞLU, S.K.:** Ticaret Hukuku, I. İşletme Hukuku, 2. bası, Ankara 1970 (Ticari İşletme).
- MOHR, J.P.:** Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der AG., Diss Zürich 1948.
- MORREAU, A.:** La societe anonyme, Tome III, 2. ed, Paris 1960.
- MOROĞLU, E.:** Şirketlerde Adli Tebligat Kimlere Yapılır? İHFM. 1963/2, 382-406.
- MOROĞLU, E.:** Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 1967 (Moroğlu)
- MOROĞLU, E.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, Batider XXI/2 (Aralık 2001) 5 vd. (İbra)
- MÜHLBAUER, A.:** Die Verantwortlichkeit des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft im neuen Aktienrecht, Diss. München 1941.
- MÜLLER/ERZBACH:** Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928.
- NOİREL, J.:** La societe anonyme devant la jurisprudence modern, Paris 1958.
- OFFİNGER, K.:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Band, 2. Aufl., Zürich 1958.
- OÖUZMAN/ÖZ.:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 2005.
- OKUR, Y.T.:** L'action en annulation des decisions de l'assemblee generale des actionnaires dans la societe anonyme, (these), Neuchatel 1965.
- ONSUN, K.Ş.:** Ticaret Şirketleri, Ankara 1949.
- OSER/SCHÖNENBERGER:** Kommentar zum Schweizerischen ZGB Bd. V. Das Obligationenrecht, 1. Teil: Art. 1-183, 2. Aufl. Zürich 1929; 2. Teil: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.: 184-418, 2. Aufl. Zürich 1936.

- OLGAÇ, S.:** Hizmet Akdi, İstanbul 1966.
- ÖZAYDIN, Ş.:** Ticaret Şirketleri, Ankara 1961.
- ÖZKORKUT, K.:** Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007.
- ÖZSUNAY, E.:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- ÖZSUNAY, E.:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1969.
- ÖZTAN, B.:** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.
- PATRY, R.:** La nullite des decisions des organes sociaux dans la societe anonyme, in: Melanges Roger Secretan, Montreux 1964, 227 vd.
- PASLI, Ali:** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul 2004.
- PERREGEAUX, G.:** La direction dans la societe anonyme (Construction juridique et responsabilite du directeur) (these) Fribourg 1925.
- PETİTPIERRE, G.:** De la responsabilite civile des administrateurs dans la societe anonyme en droit suisse, anglais et italien, Lausanne 1925.
- PEYER, R.:** Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944.
- PFLÜGER, K.H.:** Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht, Hamburg 1969.
- PİC, P.:** Des societes commerciales 1-II-III, Paris 1924, 1925.
- PİCENNOİ, R.:** Der Entlastungsbeschluss (Decharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Aarau 1945.
- PLANGG, U.:** Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft durch die Verwaltung, Winterthur 1960.
- POROY/YASAMAN:** Ticari İşletme Hukuku, 10. bası, İstanbul 2004.
- POROY, R.:** Anonim Ortaklıkların Günümüzdeki Belli Başlı Sorunları ve Halka Açılma, 1kt. Mal. XVII/1 (Nisan 1970), 19-27.
- POROY/EREM:** Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara 1964.
- POROY/FEKİNALP/ÇAMOCLU:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı basım, İstanbul 2005.
- PORTMANN, P.:** Organ und Hilsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958.
- POSTACIOCLU, 1.E.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 5. bası, İstanbul 1970.
- PULAŞLI, H.:** Şirketler Hukuku, 3. bası İstanbul 2001 (Şirketler)

- PULAŞLI, H.:** Corporate Govemance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.
- REICHWEIN, H.:** Über die Solidarhaftung der Verwaltungsrate der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968), 129-134.
- REİSOĞLU, S.:** Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1-II, Ankara 2007 (Şerh)
- REİSOĞLU, K.:** İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958.
- REİSOĞLU, K.:** Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- RETAIL, L.:** Administration et gestion des societes commerciales Tome 1, ed., Paris 1947.
- RIPERT/ROBLOT:**Traite elementaire de droit Commercial, Tome I, 5. ed. Paris 1963.
- ROBLOT, R.:** Les societes commerciales, Paris 1968.
- SAYMEN, F.H.:** Türk Medeni Hukuku, II. Şahsın Hukuku, 2. bası, İstanbul 1960.
- SAYMEN, F.H.:** Türk İş Hukuku, İstanbul 1954 (İş Hukuku).
- SAYMEN/ELBİR:** Türk Borçlar Hukuku, 1. Umumi Hükümler, C. 1-2, İstanbul 1958.
- SAYMEN/ERMAN/ELBİR:** Türk İçtihatlar Külliyyatı, C. 1-11, 13, İstanbul 1952-1960.
- SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI:** Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. Berlin 1937.
- SCHLUEP, W.R.:** Die wohlerworbenen Rechte des Aktionars und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.
- SCHNEIDER/FICK:** Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915.
- SCHUCANY, E.:** Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.
- SCHUCANY, E.:** Verantwortlichkeit wegen Absenz und Sitmmenthaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60, 229-230.
- SCHUCANY, G.:** Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Zürich 1949.
- SCHULTE, H.:** Der Vorstand nach neuem Aktienrecht, Diss. Köln 1939.
- SCHULTHESS, B.:** Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Zürich 1967.
- SCHULZ-DORNBURG, S.:** Die Verwaltung der Aktiengesellschaft in Deutschland und der Schweiz, Diss. Zürich 1966.
- SCHWARZ, A.B.:** Borçlar Hukuku Dersleri (Çev.: B. DAVRAN), İstanbul 1948.
- SECRETAN, R.:** Anonim Şirket İdare Heyeti Azalarının Selahiyetleri (Çev.: N.1. FRANKO) AD. 1962/11-12, 1260-1271.
- SEMİZ, A.:** Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İş - Ticari Dava, İstanbul 1959.

- stEGERT, H.:** Die Entlastung in der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht im Vergleich mit dem französischen und schweizerischen Recht, **Kleve** 1966.
- stEG\ART, A.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Art. 620-659, Zilrich 1945.
- stEG\ART, A.:** Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ 39, 421 vd. (Siegwart SJZ).
- sIMONIUS, P.:** Der Schutz des Aktionärs, im schweizerischen Recht Tebliğ, IV. Türk-İsviçre Haftası, Lausanne 1970 (Teksir).
- SOERGEUSİEBERT:** Bürgerliches Gesetzbuch, I. Bd. Einleitung. Allgemeiner Teil, 9. Aufl Stuttgart 1959.
- STAUB/PİNNER:** Kommentar zum HGB., 14. Aufl. il. § 178-342, Berlin - Leipzig 1933.
- STEBLER, O.:** Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Freiburg 1944.
- STEİGER, F. v.:** İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (2. basıdan Çev.: T. ÇAĞA), İstanbul 1968.
- STEIGER, W. v.:** Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62, 195a vd.
- STEINBRÜCHEL, R.:** Organ und Hilfsperson: Eine Studie zur Haftung der sog. juristischen Personen nach ZGB. Art. 55 Abs. il, Diss. Zürich 1947.
- STRUB, A.:** Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der AG Zürich 1963.
- SUNGUR, H.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, il. Ticaret Şirketleri, İstanbul 1959.
- SUNGURBEY, İ.:** Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957.
- SUTER, E.:** La responsabilite de la societe anonyme a raison des actes illicites de ses representants, Montreux 1935.
- TANDOĞAN, H.:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mesuliyet).
- TANDOĞAN, H.:** Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
- TANDOĞAN, H.:** Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider 1/1, 3-35.
- TANDOĞAN, H.:** Le concours des responsabilites contractuelle et delictuelle en droit turc, compare avec le droit suisse, Batider 1/4, 510-542 (Le concours).
- TANDOĞAN, H.:** Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler, Batider 111/1, 121 vd. (Müruruzaman).

- TEKİNALP, O.:** Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965 (Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili)
- TEKİNALP, O.:** Anonim Ortaklıkların Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1970 (Bilanço ve Yedek Akçeler).
- TEKİNALP, Ü.:** Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003 (Fondaki Bankanın Hukuku)
- TEKİNALP/ÇAMOCLU:** Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuatı 12. bası, İstanbul 2010.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOCLU/ALTOP:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993.
- TEİCHMANN/KOHLER:** Aktiengesetz, 3. Aufl. Berlin 1950.
- TUHR, A. v.:** Borçlar Hukuku, 1-II (Çev.: C. EDEGE), İstanbul 1952.
- TUNÇOMAC, K.:** Borçlar Hukuku, C. I. Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1969 (Tunçomağ).
- TUNÇOMAC, K.:** Borçlar Hukuku, C. II. Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1967 (Özel Borç İlişkileri).
- TÜRK, H.S.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI. (Nisan 1989) Ankara 1989, 5 vd.
- UÇAR, S.:** Hukukumuzda Yönetim Kurulu ve Denetçiler ile Sorumluluk Halleri, İstanbul 1994.
- ULUSOY, E.:** Anonim Şirketlerde Şirkette İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005 (İşlem Yapma Yasağı)
- ULUSOY, E.:** Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 253 vd. (İbra)
- UMBACH, P.:** Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 24-45.
- ÜLGEN, H.:** Anonim Ortaklıkların Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devralması, İstanbul 1969.
- ÜNAL, M.:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, Batider XI/3 (Haziran 1982) 49 vd.
- VAN OMMESLAGHE F.:** Le regime des societes par actions et leur administration en droit compare, Bruxelles 1960.
- VAN RYN, J.:** Principes de droit commercial Belge, 1-II Bruxelles 1954, 1957.

- VELİDEDEOĞLU, H.V.:** Türk Medeni Hukuku, C. I. eliz 2, Şahsın Hukuku 6. bası, İstanbul 1960.
- VELİDEDEOĞLU/ATAAY:** Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul, 1956.
- VIGIER, W.:** Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft **gegenüber** den Gläubigern, Aarau 1907.
- VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER:** Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006.
- WISCHER, F.:** Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen Aktiengesellschaft, in: Festgabe für W. SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968, 345-377.
- VİSCHER/RAPP:** Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.
- VIVANTE, C.:** Traite de droit commercial, traduit sur la troisieme edition italienne, par Jean ESCARRA, 1-II, 1910-1911.
- WANDER, J.:** die Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr gegenseitiges Verhkaltnis nach deutschem, fransözischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern 1958.
- WATTER, R. - PELLANDA, K-R.:** Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht ili, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 47-95.
- WEHRLI, U.:** Der fehlerhafte Beschluss der Verwaltung, SJZ 40, 100-103.
- WEISS, G.:** Kommentar zum Schweizerischen ZGB. VII. Band, 2. Abteilung; Das Akteinrecht, 1. Lieferung: Einleitung, Bern 1956.
- WIELAND, A.:** Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionar und dem Gläubiger nach OR. Art 674, ZSR 23, 260 vd. (Wieland ZSR).
- WIELAND, A.:** Die Bedeutung des obligatorischen schriftlichen Geschäftsberichts der AG für die Entlastung der Verwaltung, das Auskunftsrecht des Aktionars und die Aufdeckung stiller Reserven, SJZ 33 (1942-43), 373 vd. (Die Bedeutung).
- WIELAND, K.:** Handelsrecht, il. Band, Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931.
- WILHELM, G.:** Quelques aspects de la responsabilite civile des administrateurs de societies anonymes, Geneve 1967.
- WÜRDINGER, H.:** Aktien - und Konzernrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1966.
- WYNENDAELE / WOUTERS:** Le droit des societies anonymes dans les pays de la Communauté Economique Europeene, Bruxelles 1961.

- YLER, B.:** Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Aktiengesellschaft und der Aufsichtsstelle in der Kommanditaktiengesellschaft, Diss. Bern 1943.
- YAMULKI, A.:** La responsabilité des administrateurs et des organes de gestion des sociétés anonymes, d'une étude critique et comparative des droits français, belge, suisse et irakien, Diss. Gen  1964.
- YANLI, V.:** Anonim Ortaklıklarda T rel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

KISALTMALAR

AATUK.	Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun (N. 6183).
AD	Adalet Dergisi (Ankara).
AEM.	Adliye Encümeni Mazbatası
Alm. POK.	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz 1965).
AHFD.	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
Ank. Bar. Der.	Ankara Barosu Dergisi
Art.	Artikel, article
ATF.	Arrêt Tribunal Federal
Aufl.	Auflage
Bank K.	Bankacılık Kanunu (N. 5411)
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Ankara)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C .	Cilt
DAG.	Deutsche Aktiengesellschaft (Hamburg)
dpn.	Dip notu
E.	Esas Numarası
Einl.	Einleitung
ETK.	Eski Ticaret Kanunu (1926)
ed.	Edition
FJS.	Fiches Juridiques Suisses
Fr. OK.	Fransız Ortaklıklar Kanunu (Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales)
ibid.	Aynı yerde anılmıştır.
İçt. bk.	İçtihadı Birleştirme Kararı
11D.	Yargıtay İcra-İflas Dairesi
İİK.	icra iflas Kanunu
İHFM.	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İkt. Mal.	İktisat ve Maliye (İstanbul)
İ. Huk.	İleri Hukuk
İl. Kaz. İçt.	İlmi ve Kazai içtihatlar Dergisi (Ankara)
İst. Bar. Der.	İstanbul Barosu Dergisi
İsv. BK.	İsviçre Borçlar Kanunu

Jurisdktio	Jurisdiction, ilmi ve Kazai içtihat Dergisi
Hafta I	1. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, (27 Nisan - 3 Mayıs 1959) (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması Enstitüsü Yayını) Ankara 19660.
Hafta II	il. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, (10-18 Mayıs 1961), Cilt 1-22, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını) Ankara 1962.
HGB.	Deutsches Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Huk. Bil.	Hukuki Bilgiler
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	Kanun
karş.	Karşılaştırınız
KomYön.	STB KomserlerYönetmeliği (RG 07.09.1996, Sa. 22720)
m.	Madde
MHAD.	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (İstanbul)
MK.	Türk Medeni Kanunu
N.	Numara
RG.	Resmi Gazete
RKD.	Resmi Kararlar Dergisi
S.	Sayfa
Sa.	Sayı
SAG.	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SJZ.	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Son İçt.	Son içtihatlar
Tat.K.	Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun (N. 6763)
Tat.Yar.Kar.	Tatbikatta Yargıtay Kararları Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu (N. 5237)
T. İçt. Kül.	Türk içtihatlar Külliyyatı C. 1-11, 12, İstanbul 1950-1958.
Tic. D.	Yargıtay Ticaret Dairesi
TİK.	Türk içtihatlar Külliyyatı, Yeni Seri, (İstanbul)
TK.	Türk Ticaret Kanunu (N. 6762)
vd.	Ve devamı
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)

ANONİM ORTAKLIK
YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
HUKUKİ SORUMLULUĞU

GİRİŞ

KONUNUN VE KAVRAMLARIN SUNUMU

§1 . KONUNUN SUNUMU

1. YÖNETİM KURULUNUN ANONİM ORTAKLIKTAKİ KONUMU VE KONUNUN ÖNEMİ

Ticaret şirketleri arasında anonim ortaklıklar, küçük tasarruf sahiplerine sermayelerini nemalandırma imkanı veren ve bu surette toplanan büyük meblağlarla iş sahalarında yatırımlara girişen ortaklıklar olarak nitelendirilirler. Anonim ortaklıkta toplanan bu küçük sermaye damlacıkları bazen öylesine geniş bir birikim meydana getirmektedir ki, anonim ortaklıklar, tröst veya kartel gibi dev kuruluşlar olarak birleşmeksizin dahi, milli hatta milletlerarası ekonomik hayatın bütününü etkileyici bir kuvvete sahip olabilmektedirler. Her ne kadar, 20. yüzyıl ekonomisinde anonim ortaklıklar, özel sektörün en kudretli kuruluşları sayılmakta ise de, sosyalist ekonomi düzenlerinde dt? (amacı, mahiyeti, işleyişi ve kontrolü farklılık arz etmekle beraber) anonim şirket tipinden geniş ölçüde yararlanılmıştır¹. Siyasal yelpazenin sol ucuna yakın bir yer işgal eden Fransız Radikal Partisinin, büyük üretim araçlarının kişi veya aileler elinde kalmasını önlemek üzere halka açık büyük anonim ortaklıklardan yararlanmayı teklif etmesi ilgi çekicidir^{1a}.

¹ Doğu Almanya örneği için bkz.: Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Schuldrecht, Besonderer Teil (von einem Autorenkollektiv), Berlin 1956, 451, 457 vd.

^{1a} **POROY, R.:** Anonim Ortaklıkların GUnUmUzdeki Belli Başlı Sorunları ve Halka Açılma, 1kt. Mal. xvii1 (Nisan 1970), 20.

Günümüzde en müdahaleci devletler kadar, en liberal ülkeler dahi, arada dozaj farkı bulunması mümkün olmakla beraber, anonim ortaklıkların faaliyetlerine müdahale zorunluluğunu duymaktadırlar². Sosyal eğitimlerin de etkilediği müdahale zorunluluğu anonim ortaklıkların kuruluş ve işleyişlerinde bir dış kontrol sistemi kurulması sonucunu doğurmuştur. Hatta bununla da yetinmeyen devletler bizzat veya kamu tüzel kişileri vasıtasıyla anonim ortaklıklara katılarak bir iç denetim imkanı elde etmeye çalışmışlardır. Sözü geçen iç denetimi sağlayabilmek amacı ile devlet veya kamu tüzel kişileri, bazen hususi hukuk şahısları ile eşit şartlar altında pay sahibi sıfatı ile anonim ortaklığa katılmışlar, bazen de anonim ortaklığın organlarında temsilci bulundurmak hakkını elde etmişlerdir³. Devlet, bu iştirakleri sonucunda elde edeceği iç denetim ile, anonim ortaklığın faaliyetlerini amme menfaatinin gerektirdiği istikamete yöneltmek amacını gütmektedir.

İşte milli ekonomiler içinde bu derece güçlü bir etkinliğe sahip olan anonim ortaklığın en ziyade kontrol edilmesi gereken organı şüphesiz yönetim kuruludur. Gerçekten yönetim kurulu, anonim ortaklığın, ortakların sermayelerinin korunmasını ve nemalandırılmasını, alacaklıların da alacaklarının istikbalini emanet ettikleri organıdır. Bütün pay sahiplerini bünyesinde toplayan genel kurul, bu yapısının normal sonucu olarak, ortaklığın en geniş yetkilere sahip organı olmakla beraber, mahiyet ve bünyesinden doğan bir zaruretle ağır işleyen bir organdır. Nitekim yönetim kurulunun varlık sebeplerinden birisi de kendisini bu noktada göstermektedir: Bir yandan ortaklığın günlük (cari) işlerini yürüten, öte yandan ortaklığı dış münasebette temsil ederek tüzel kişiyi bir hukuki ilişkiler ağı içine sokmağa yetkili *daimi* bir organa olan ihtiyaç... İşte bu ihtiyaçları karşılamak için faaliyet gösteren yönetim kurulu, Ticaret Kanunu'nun ifadesi ile "anonim şirket hükmi şahsının idareci ve temsilcisidir" (TK. 317). Diğer bir söyleyişle, yönetim kurulu tüzel kişinin idare ve temsile yetkili organıdır ve aynı zamanda ortaklık işlerinin idaresinde *işletme sahibi* mevkiindedir⁴. Böylece anonim ortaklığın tescil ve ilan edilerek hayatiyet (tüzel kişilik) kazanmasından sona ermesine hatta malvarlığının tasfiyesinin sonuna kadar (TK. 440,441), yönetim kurulu, ortaklığın, ortakların ve

² Bkz.: ÇAMOĞLU, E.: Devletin Dış Ticarete Müdahalesi, IHFM., 1963/3, 658 vd.

³ Bkz. TK. 275.

⁴ ARSLANLI il 93; karşı. STEİGER (Çağa) 256.

ortaklık alacaklılarının menfaatlerini yakinen ilgilendiren, tabir caizse, ortaklığın ve ilgililerin menfaatlerinin geleceğini etkileyebilecek yetkilerle donatılmış bir organ olarak karşımıza çıkmaktadır.

"Görev ve yetki ölçüsünde sorumluluk⁵ formülünün bir gereği olarak, yönetim kurulunun bu geniş yetkileri, sorumluluk hükümleri ile dengeleştirilmeye çalışılmıştır. Yönetim kurulunun sorumluluğunu düzenleyen hükümler ve öngörülen müeyyideler, korunması gereken menfaatlara kanun koyucunun atfettiği öneme göre değişik olmaktadır. Hemen bütün kanun koyucular, yönetim kurulu üyeleri için sadece hukuki sorumluluğu yeterli bulmamış, bunun yanında cezai sorumluluk hükümleri de koymuşlardır⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümleri arasında genel olarak cezai müeyyideler yer verilmemiş, sadece bazı özel hallerde cezai sorumluluk öngörülmüştür. Ticaret Kanunu'nun, kuruluştan doğan sorumluluk konusunda cezai müeyyideler koyan sistemi içinde (TK. 305/fCK 204, TK. 307/fCK 206) ilk yönetim kurulu üyeleri için de cezai müeyyideler konulmuştur (TK. 308/fCK 257)⁶.

Türk hukukunda Ticaret Kanunu haricinde de yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler mevcuttur. Bankacılık Kanunu'nun 146-161. maddelerinde⁷ banka yönetim kurulu üyeleri ve SerPK'nun 47. ve 48. maddelerinde sermaye piyasası kurumlarının yöne-

⁵ Mesela. 1937 tarihli Alman POK. § 295-330 ve 1965 tarihli yeni Alman POK. (Aktiengesetz) § 399-403; Yeni Fransız Ortaklıklar Kanunu (Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales) m. 432-464; İtalyan MK.'nin 2624 ve 2630. 1948 tarihli İngiliz "Companies Act"ının 322 ve 333. maddelerinde de cezai müeyyideler öngörülmüştür. Bkz.: VAN OMME-SLAGHE 561 N. 341 vd. ve özellikle **HAMEL, J.**: Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Paris 1955; **CHAUVIN, M.**: L'élément comptable dans le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Paris 1963; **LAUNAI/ACCARAI**, Droit pénal spécial des sociétés par actions et responsabilité limitée. Paris 1964; **KLUG, U.**: Aktienstrafrecht, Kommentar zu den §§ 233-304 des Aktiengesetzes, Berlin 1964.

ABD'de 2000'li yılların başındaki (hileli) şirket iflaslarından sonra 30.07.2002'de kabOI edilen *Sarbanes Oxley Act* (SoA) yöneticiler için ağır hürriyeti bağlayıcı cezalar getirmiştir.

⁶ TK. 308 gereğince kuruluş işlemlerindeki yolsuzluktan incelemekle görevli kılınan ilk yönetim kurulu üyeleri, tetkik görevinde ihmal gösterdikleri takdirde hukuki müeyyidelerin yanı sıra (eski) CK. 230 m. göre de cezai müeyyideye tabi tutulmuşlardır. 5237 sayılı TCK'da bu maddenin yerini 257. madde almıştır.

⁷ Bkz.: **Ahmet BAITAL**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, 409 vd. İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş, Cezai Kanunu'nun genel hükümlerine bırakılmıştır. Banka yöneticileri hakkında ise İsviçre Bankalar Kanunu'nda özel cezai hükümler vardır: İsv. Bank. 46-48, 51 (Bkz.: MEIER - WEHRLI 64; **GLASSON** 176 vd.).

tim kurulu üyeleri için özel cezai sorumluluk hilkUm1eri konmuştur. Yine haksız rekabet sebebiyle tüzel kişilerin organlarının cezai sorumluluğunu dil1cnlcycn 65. maddenin koyduğu genel hüküm, anonim ortaklıklara da kabili tatbik olduğundan, ortaklık işlerini göiiirken haksız rekabet teşkil edecek fiillerde bulunan yönetim kurulu üyeleri TK. 64 m.'nin koyduğu cezai müeyyidelere bizzat maruz kalacaklardır. Aynı şekilde, TicaretKanunu'nun 67. m.'si de, gereği gibi defter tutmamanın cezai müeyyidelerinin "hükmi şahıslarda idare organının azalarına" raci olacağını belirtmektedir. Ticaret unvanı ve ticaret sicili sebebiyle işlenen suçlar için TicaretKanunu'nun öngördüğü cezalar da yönetim kurulu üyelerinin şahısların kabili tatbiktir (TK. 40, 50). *İcra ve iflas Kanunumuz* da koyduğu genel bir kural ile bir tüzel kişinin işlerinin görülmesi sırasında işlenen icra suçlarını tüzel kişinin yöneticilerini sorumlu tutmaktadır (İİK. 345). Bu genel hükmün sonucu olarak anonim ortaklığın taksiratlı ya da hileli iflasına yol açan yönetim kurulu üyeleri, suçun müeyyidesine şahsen maruz kalırlar (Bkz.: TCK 162; İİK. 310/fCK 162; İİK. 311/fCK 161). İİK. 345 (a) ise ortaklık malvarlığının borçları karşılayamayacak durumda olduğu nu bildikleri halde ortaklığın iflasını istemeyen yönetim kurulu üyeleri için a7ca cezai müeyyide öngörmüştür. Yönetim kurulu üyelerinin görevlennin ifası sırasında Ceza Kanununun düzenlediği suçlardan birisini (bilhassa dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma) unsurları olayda gerçekleştiği takdirde, yönetim kurulu üyesi hakkında Ceza Kanununun uygulanacağı şüphesizdir⁸. İşte sözü geçen istisnai cezai hükümler⁹ bir yana bırakılırsa, Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu üyelerinin ortaklık idaresindeki özensizlik, ihmal, hatta sui istimallerini önlemek için sadece, ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bulunan hukuki sorumluluk öngörülmüştür.

Yönetim kurulu üyeleri için kabul edilecek sorumluluk sistemi etkinlik derecesi oranında, ortakların, alacaklıların ve üçüncü şahısların menfaatlerini, dolayısıyla da kamu yararını koruyacağı için büyük önem taşımaktadır. Etkin, adil ve dengeli bir sorumluluk sistemi, yöneticileri, ortaklık işlerinde azami özeni göstermeğe sevkedeceği gibi, bazı kimselerin sadece isim olarak yönetim kurulunda yer almalarının da önüne geçecektir.

⁸ ARSLANLI'nın kanaatine göre, (il 193), işletme konusu dışında muamele yapan yönetim kurulu üyelerinin, ortaklık mallarını tahsis gayesi dışında kullandıkları dilşilnillirse emniyeti suiistimal ettikleri hatıra gelebilir.

⁹ Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu konusunda ayrıca bkz.: TK. 441 I aracılığıyla, Amme Alacaklarının Tahsili Usulu Hakkında Kanun 32, 33 ve Kurumlar Vergisi Kaunun 34; Vergi Usul Kanunu 10, 333 il, 359; 1397 sayılı Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Murakabesi Hakkında Kanun 57; 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 52.

Anonim011akhklann çok ortaklı, bağımsız ve özerk yönetime ,ahip r..k prototiplerinin faaliyet gösterdiği sermaye piya. 2028 alarında konu da- 2028 büyük önem kazanmaktadır. Başta halka açık anonim ortaklıklar 01mak üzere, tüm sennaye piyasası kurumlarında, yöneticiler halka ait bir malvarlığını yöneltme sorumluluğunu taşımaktadırlar. Artık yönetim ku- 111111 üyeliği için sadece genel kurulda çoğunluk oylarını sağlayarak seçil- mek yeterli değildir. Yönetim kurulu üyeleri bu sorumluluk mevkiinin ge- rektirdiği bilgi ve tecrübeye de sahip olmak zorundadırlar. Günilmilzde özellikle gelişmiş sermaye piyasasına sahip ülkelerde büyük anonim or- taklık yöneticiliği meslek haline gelmiştir. Bir yandan halkın küçük tasar- ruflarından meydana gelen bir malvarlığının idaresi kendilerine bırakılan anonim ortaklık yöneticileri için uzmanlık ve deneyim gibi nitelikler ara- nırken diğer yandan da yöneticilerin sahip olduğu geniş yetkilerin etkin bir kontrol ve sorumluluk sistemi içinde dengelenmesi gerekmektedir.

1980'lerden itibaren özellikle ABD'de yoğunlaşan şirket ele geçirme girişimleri ve büyük tutarlı iflasların sermaye piyasalarını tehdit etmesi Devletleri konuya çareler aramaya sevketmiştir. Aynı ihtiyacın duyulduğu İngiltere'de soruna çözüm arayışları 1991 yılında *Cadbury Raporu*'nda somutlaşmıştır. Ve nihayet 2000'li yılların başlarında ABD'de yaşanan Enron gibi dev şirketlerin batması ile başlayan süreç, borsa şirketlerinde yönetimin kurumsallaşmasını öngören ve özellikle bilanço ve hesaplar konusundaki yolsuzlukları ağır cezai yaptırımlarla karşılayan 30.07.2002 tarihli *Sarbanes - Oxley Act* (SoA)'ın kabulü ile sonuçlanmıştır. Aynı tür gelişmelere *Almanya* ve *İsviçre*'de de rastlanmaktadır. Almanya'da 1999 yılında Phillip Holzmann'ın ve 2000'de EM TV şirketini milyar DM'lık zararlarla bir gecede iflasın eşiğine gelmesi; İsviçre'de Swissair'in geçir- diği mali sarsıntı Federal Hükümetleri soruna acil çözüm aramak zorun- da bırakmış¹⁰; bu süreç 2002'de "*Swiss Code of Best Practice for Corporate Govemance*"ın kabulü ile sonuçlanmıştır^{10a}. Bu gelişmeler ku- rumsal yönetim ilkesini ön plana çıkarmış ve eğer kurumsal yönetim tam anlamıyla uygulansaydı bu skandalların tehlike çanlarının önceden duyul-acağı ve gerekli önlemlerin alınabileceği kanısı ağırlık kazanmıştır.

10 **Rolf WATTER/Katja Roth PELLANDA**; Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Untemehmensprecht ili, Zürich-Basel-Genf 2006, 51 vd.; **PULAŞLI** Corporate Govemance 11.

10a **Peter NOBEL** Monismus oder Dualismus: ein Corporatologisches Scheinproblem? in: Verwaltung und Gesch!iftsleitung, Bem-Stuttgart-Wien 2006, 26.

Bütün bu gelişmeler halka açık şirketlerin yönetiminde *kurumsal yönetim ve bağımsız ve uzanan*¹¹ yönetim kurulu üyeleri kavramlarının ön plana çıkması ile sonuçlanmıştır².

Araştırmalar sennaye piyasalarındaki skandal boyutundaki bu olumsuz gelişmelerin başlıca nedenlerinin iç denetimin yetersizliği ve şirket içi yönetimin çoğu kere ağır ihmali hatta asıl sorumlularla işbirliği düzeyindeki rolünde odaklandığını göstennmiştir. Çare olarak etkin, bağımsız ve uzman kuruluşlarca gerçekleştirilecek dış denetim ve şirket yönetimi için de bağımsız yöneticilerce uygulanacak kurumsal yönetim modeli gösterilmektedir. Anonim ortaklıkların ortaklık dışı, bağımsız ve uzman yöneticiler tarafından yönetilmesi ve denetlenmesi, sorumluluk hükümlerinin de bu ilkelere göre düzenlenmesini gerektirecek ve sorumluluk hukukunun evrensel ilkelerine uygun, etkin ve adil bir sorumluluk sisteminin getirilmesini sağlayacaktır.

Konunun önemini bir kat daha artıran husus, yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin uygulama alanının genişliğidir. Nitekim, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler 481 ve 556. m.'lerin atıfları ile hisseli komandit ve limited ortaklık ve KoopK. 98 gereğince kooperatif yöneticilerinin sorumluluğu konusunda da uygulama alanı bulmaktadır. Öte yandan, Ticaret Kanunu'nun 359. m.'sinin atfı da, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili 309 ve 341. m.'lerin uygulama alanını, anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğu yönünde genişletmektedir.

Yine bunun gibi 5411 s. Bank'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının genel hükümlere yaptığı yollama uyarınca, bu yasada banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında özel hüküm bulunmayan hallerde TK'nun 336. vd. hükümleri uygulanacaktır.

II. KANUNUMUZUN KONUYU DÜZENLEME SİSTEMİ

Anonim ortaklık yöneticilerinin sorumluluğu konusu, Ticaret Kanunu'nda oldukça ayrıntılı, fakat o nisbette dağınık hükümlerle düzenlenmiştir.

¹¹ **WATIER/PELLANDA** 74 vd.; **Rolf iSLER** Das Übemahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Untemehmensrecht 111, ZUrihc-Basel-Genf 2006, 12 vd.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz.: **iSLER** 9 vd.; **WATIER PELLANDA** 51 vd, 63; **Korkut ÖZKORKUT** Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007, 3 vd.; **Ali PASLI**, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul 2004, 9 vd.; **PULAŞLI** Corporate Govemance 3 vd.

TK. 336-341 m.'ler, yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili genel hükümler niteliğindedir. Bu maddelerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller, sorumluluk davasını kimlerin açabileceği, sorumluluğun mahiyeti, sorumluluk davasının şartları açıklanmıştır.

Genel hükümler haricinde Ticaret Kanunumuzun çeşitli kısımlarında idarecilerin sorumluluğu ile ilgili özel hükümlere de rastlanmaktadır. Bu hükümler arasında, ilk yönetim kurulu üyelerinin kuruluş işlemlerindeki yolsuzlukları tetkik hususunda ihmal göstermeleri halinde tabi bulundukları sorumluluğa ilişkin 308. m., müzakerelere iştirak yasağını ve müeyyidesini koyan 332. m., yöneticilerin ortaklıkla işlem yapma yasağını ihlal etmeleri halinde uygulama alanı bulan 334. m., rekabet yasağını düzenleyen 335. m. ve kötü niyetle haksız kazanç payı alınması halinde sorumluluğu düzenleyen 473 ve 474. m.'ler sayılabilir.

Bunun haricinde Ticaret Kanunu, çeşitli bölümlerindeki hükümleri ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını bu konudaki genel hükümlere atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir. Ortaklık işlerinin icra safhasının 342. m.'de öngörülen müdüre tevdi edilmesi halinde, müdürün seçiminde ve faaliyetlerinde kendilerine düşen özen ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen yöneticiler, 346. m.'nin atfı ile 336. m.'ye göre sorumlu tutulurlar. Yine Ticaret Kanunu'nun 433. m.'si, yönetim kurulu üyelerinin tahvillerle ilgili görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde 336. madde uyarınca sorumlu tutulmalarını öngörmektedir.

fi. KONUNUN ELE ALINIŞ ŞEKLİ

Etüdümüzün konusunu oluşturan "Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu", Kanunumuzun meseleyi ele alış şekline uygun olarak altı bölümde incelenmiştir. I. bölümde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusuna ışık tutacak prensiplerin açıklanmasına çalışılmıştır. Bunlar, kusur prensibi (§ 3). teselsül prensibi (§ 4). ve ferdî mesuliyet (§ 5) prensipleridir. Yönetim kurulunun ve yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatları ve bu sıfatın sorumluluk yönünden doğurduğu problemler de bu bölümde incelenmiştir (§ 6). Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları gerektiren hallere ayrılmış bulunan II. bölümde önce genel sorumluluk hallerinin (§ 7), sonra da özel sorumluluk hallerinin (§ 8) izahına çalışılmıştır. III. bölüm, yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davasının

tarafllarına ve her kategori davacının açacağı davanın şartlarına (1. kısım), uygulanacak müeyyidelere (2. kısım) ve sorumluluk davasının usul hukukuna ilişkin hükümlerine (3. kısım) ayrılmıştır. IV. bölüme kadar kurulmuş ve işlemekte olan bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğı ele alınmıştır. Oysa her anonim ortaklıkta rastlanmaları zorunlu olmayan bazı özel hallerde Kanunumuz değişik sorumluluk hükümleri koymak yolunu seçmiştir (IV. Bölüm). Mesela anonim ortaklığın kuruluşundan hemen sonra iş başına gelen ilk yönetim kurulu üyeleri için kuruluş sırasındaki işlemlerin sıhhatini ve yapılan yolsuzlukları tetkik hususunda munzam bir görev öngöüülmüş ve bu görevin ihlali özel olarak müeyyidelendirilmiştir (§ 13). Şayet bir anonim ortaklık TK. 342 m.'sinin verdiği imkandan yararlanarak işlerin icra safhasını bir müdüre tevdi etmişse, bu durumda müdürün faaliyetleri, bir yandan bizzat kendisi öte yandan yönetim kurulu üyeleri için bir takım sorumluluk problemlerini beraberinde getirmektedir; (§ 14) bu konunun incelenmesine tahsis olunmuştur. Yine bunun gibi uygulamada yönetim kurulu üyelerinin yönetimde sürat ve ihtisaslaşmayı sağlamak ve sorumluluğı mevzii hale getirmek amacıyla idare ve temsil yetkisini aralarında taksim ettikleri veya bir murahhas üyeye tevdi ettikleri öüülmektedir. Bu sebeple idare ve temsil yetkisinin taksimi veya terhisi halinde doğabilecek sorumluluk problemlerinin incelenmesi gerekmektedir. Ortaklık temsilcilerinin yetkilerini aşmak suretiyle yapmış oldukları işlemlerden doğan sorumluluk problemlerinin incelenmesi de (§ 15) bu bölüm içinde ele alınmıştır. Yine sorumluluk yönünden önem arzeden özel durumlar arasında tüzel kişilerin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin fiillerinden doğan sorumluluk problemlerinin incelenmesi de yer almaktadır (§ 16). V. Bölümde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun sona ermesini gerektiren sebeplerden, Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiş bulunan ve konumuz yönünden önem taşıyan ibra (§ 17) ve zaman aşımı (§ 18) üzerinde durulmuştur.

VI. Bölümde yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın kamu borçlarından dolayı sorumluluğı incelenmiştir; § 19'da üyelerin AATIUK ve VUK'da uyarınca sorumlulukları ele alınmıştır.

§ 2. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNUN ANLAMI

I. HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk terimi hukukumuzda değişik anlamları ifade etmektedir. Bir şahsın sorumlu olduğu ifade edilmekle kastedilen anlamlar değişik olabilmektedir.

1. Sorumluluk terimi bir anlamı ile dar anlamda *borç* terimini karşılar. Sorumluluk teriminin dar anlamda borç kavramını ifade edecek şekilde kullanılması genellikle, sorumluluğun bir borçla birlikte bulunmasından ileri gelmektedir. Bu anlamdaki sorumluluk terimi bir şahsın diğer bir şahsa bir edimi ifa ile mükellef bulunmasını ifade eder² ve borçlu ile sorumlu şahıs terimleri adeta anlamdaş olarak kullanılır.

2. İkinci anlamda sorumluluk terimi *isnad kabiliyeti'ni* ifade eder. Yani bu anlamda "sorumludur" terimi ile, bir şahsın yaptığı fiilin kendisine isnad edilmesinin kabil olduğu, fiil ve hareketlerinin sonuçlarının o şahsa yüklenmesinin mümkün bulunduğu ifade edilir³. Bir şahsın ika ettiği haksız fiilden dolayı veya akdi ifa etmemesi sebebiyle mesul olmasından bahsedildiğinde, haksız fiil veya akdin ifa edilmemesinin sonuçlarının kanunen o şahsa yüklenmesinin mümkün olduğu anlatılmak istemektedir. "Gayri mümeyyiz kaideten haksız fiilinden sorumlu değildir" ibaresindeki sorumluluk terimi de aynı anlamda kullanılmıştır⁴.

¹ **TUHR** (Edege) I 16.

² **ARSLANLI** Kollektif ve Komandit Şirketler 343; **HİRŞ**, 192, N. 206.

³ **İMRE** 7; **ARSLANLI** Kollektif ve Komandit Şirketler 343; **HİRŞ** 192 N. 206.

⁴ **SCHWARZ** (Davran) 76, bu anlamda sorumluluk için "...dan mesuliyet" veya "mesuliyet mükellefiyeti" terimini kullanmaktadır.

3. Sorumluluk terimi üçüncü anlamında, bir şahsın borcunu ne ile karşılayacağını anlatır. Diğer bir söyleyişle, bu anlamda sorumluluk terimi ile alacaklının alacağını karşılamak için başvurabileceği mal ve hakların, yani *karşılığın* ne olacağı ifade edilmek istenir⁵. Kısaca burada söz konusu olan mesuliyetin *mevzuu'dur*. Mevzu yönünden sorumluluk, şahıs ile veya malvarlığı ile olmak üzere ikiye ayrılabilir. Alacaklının, borçlusunun şahsı üzerinde bazı sınırlamalara girişmesi imkanını ifade eden şahıs ile sorumluluk modern hukuklarda imkan ölçüsünde terkedilmiştir⁶; bugün söz konusu olan malvarlığı ile mesuliyettir. Malvarlığı mesuliyeti de kapsamı yönünden kısımlara ayrılır.

a. *Sınırsız Malvarlığı Sorumluluğu*¹

Sınırsız malvarlığı sorumluluğunun anlamı, borçlunun bir borcunu karşılamak hususunda bütün malvarlığının karşılık teşkil etmesidir. Oyle ki alacaklı, alacağını talep ettiği zaman, borçlunun malvarlığına dahil her kıymete başvurabilecektir. Buna karşı alacaklı, takibe başlamadan önce borçlunun malvarlığından çıkmış olan mallara başvuramaz. Meğer ki 11K. 277. m.'si gereğince borçlunun yaptığı tasarruf iptal ettirilsin⁸. Sınırsız malvarlığı sorumluluğunda alacaklının, borçlunun bütün mal varlığına müracaat etmek imkanı varsa da, iktisadi, sosyal ve insani sebeplerle ihdas edilen haczedilemeyen mallar kategorisi bu müracaattan masun kalır (11K. 82).

b. *Sınırlı Malvarlığı Sorumluluğu*

Alacaklıların başvurabileceği malvarlığı değerleri konu veya miktarla sınırlı olabilir.

ha. *Konu ile Sınırlı Sorumluluk*

Bazen alacaklı, borçlunun malvarlığının konu olarak tayin edilmiş bir kısmına başvurup alacağını ancak o kısımdan tahsil edebilmek imkanına

⁵ SCHWARZ (Davran), sorumluluğun bu anlamını, "ile mesuliyet" veya "mesuliyet mecburiyeti" deyiimi ile ifade etmiştir; İMRE 7; FEYZ10CLU I 17.

⁶ SCHWARZ (Davran), 80 vd.; TUNÇOMAC 23.

⁷ Sınırsız malvarlığı sorumluluğu "gayri mahdud şahsi mesuliyet" terimi ile de ifade olunmaktadır. Buradaki şahsi sorumluluk terimi, şahısla sorumluluk kavramından ayırt edilmelidir.

⁸ TUHR (Edege) I 16.

sahiptir⁹. Meselft, mirasçılarının resmi tasfiye istemesi halinde, sadece ttre-ke mevcudu ile sorumlu olmaları veya deniz ticareti hukukunda donatanın bazı borçlarından sadece deniz serveti yani gemi ve navlun ile sorumlu tutulabilmesi gibi (TK. 948).

bb. Miktarla Sınırlı (Sınırlı Şahsi) Sorumluluk

Miktarla sınırlı sorumlulukta alacaklı sorumluluk sınırın **içersinde** borçlunun bütün malvarlığına başvurabilir. Sınırlı şahsi sorumluluk borcun sınırlı olmasından farklı bir kavramdır¹⁰. Sınırlı şahsi sorumlulukta borcun miktarı önem taşımaz. Borç miktan sorumluluk sınırının üstünde veya altında olabilir. Sorumluluk miktarı, borçlunun izlenebileceği azami sınırın gösterir¹¹. *Örnek olarak*, komandit şirketlerde *komanditerin* şirket borçlarından dolayı *sorumluluğu*¹² ve limited şirket ortaklarının ortaklığın borçları sebebiyle özel alacaklılarına karşı *sermaye miktarıyla sınırlı* sorumlulukları¹³ gösterilebilir. Yine BK. 478 ve 481 gereğince otel, ahır ve garaj işletenler için öngörülen 100 TL. ile sınırlandırılmış kusursuz sorumluluk sınırlı şahsi sorumluluğa diğer bir ömektir¹⁴.

il. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNUN ANLAMİ

Sorumluluk terimine verilen çeşitli anlamların ışığı altında yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu ile neyi ifade etmeğe çalıştığımızı açıklamak kolay olacaktır.

Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan bahsedilince herşeyden önce sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine *isnad edilebilmesi* imkanı anlaşılır. Yani yönetim kurulu üyeleri, kanun veya esas mukavelenin ken-

⁹ Bkz.: **ESSER** 48; **LARENZ** 16; **EREN** I 103; **OÖUZMAN/ÖZ** 14.

¹⁰ Karş. **SCHWARZ** (Davran) 89; **TUNÇOMAÖ** 25; **TUHR** (Edege) I 18.

¹¹ Bkz.: **ÇAÖA, Tahir:** Mahdut Şahsi Mesuliyet Mefhumuna Dair, 1st. Bar. Der. 1970/7-8, 516; **ESSER** 48; **ATAAY**, Genel Teori 400.

¹² Bkz.: **ÇAMOTLU (Poroy-Tekinalp)**, 222 N. 410.

¹³ Bkz.: **ÇAMO(İLU**, Limited Ortaklık Alacaklılarının Korunması 35. AATUK'nun Mükerrer 35. maddesine göre ise limited ortakların şirketin kamu borçlarından dolayı sorumlulukları ise *sınırsızdır*. Bkz: lleride § 19 dñ. 1.

¹⁴ Bkz.: **ATAAY**, Genel Teori 400; Başka örnekler için bkz.: **ÇAÖA**, Mahdut Şahsi Mesuliyet 523 vd.

dilerine yüklediği görevlerin kusurlu olarak ifa edilmemesinden mesuldürler, dendiği zaman, fiillerinin zarar doğuran sonuçlarının kendilerine izafe olunabileceği ve yöneticilerin bu sebeple tazminat borçlusu olacakları ifade olunmak istenmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri için kullanılan sorumluluk terimi ikinci olarak da, konu yönünden sınırsız bir malvarlığı sorumluluğunu ifade etmektedir. Yani yönetim kurulu üyeleri, sorumlu oldukları hallerde verdikleri zararı bütün malvarlıkları ile tazmin borcu altına girerler. Diğer bir deyişle *sorumluluk sınırsız ve şahstir*.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA İLAKİ OLAN PRENSİPLER

§3. KUSURLU SORUMLULUK PRENSİPLERİ

I. GENEL OLARAK

Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için *kusurlu sorumluluk* ilkesini kabul etmiştir¹. Buna göre, yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu bir hareketin kendisine isnat edilebilmesi gerekir². Nitekim Ticaret Kanunu'nun, yönetim kurulu üyelerinin mesuliyeti ile ilgili hükümlerinin çoğunda açıkça kusurun aranmış olduğu görülmektedir (TK. 308, 336/5, 338, 339, 346 m.'lerine bkz.).

¹ İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için kasd veya ihmalleri, yani *kusur* aranmıştır (1sv. BK. 754) (STEİGER (Çağa) 322; SIMONIUS, 28; MEIER - WEHRLI 79; GLASSON 119 vd.; KAESLIN 46; SCHUCANY Art. 754, N. 2). Alman hukukunda da kusur prensibi geçerlidir. 1937 anonim şirketler reformu sırasında yöneticilerin büyük menfaatleri ellerinde tuttukları göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk konması teklif edilmişse de hareket serbestisini sınırlamamak düşüncesi ile, bu fikir kabul edilmiştir (Bkz.: GADOW/SCHILLING § 84 N. 14-15; BAUMBACH/HUECK (11. Aufl.) I 84 (N. 1, 4; MÜHLBAUER 20 § 3). Yeni Alman POK. da aynı hükmü ihtiva etmektedir: § 93 II (Bkz.: BAUMBACH/HUECK § 93 Anm. 6, 7; WÜRDINGER 124). 1 ta 1 yan (Bkz.: VAN OMMESLAGHE 506 N. 308; VIVANTE, il 480 N. 633), Fransız (Bkz.: JUGLART/IPPOLITO 400 vd.; MOREAU, 111 125 N. 153; FASSIER 17, 25; NOÏREL 203 N. 292'deki içtihatlar) ve Beç (Bkz.: VAY RYN 1 395 N. 607; FREDERIQ, V 623 N. 435) hukuklarında da kusurlu sorumluluk vardır.

² Türk hukukunda aynı kanı için bkz.: MIMAROCLU 27; ATAN 20; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 244; ANSAY, Anonim Şirketler 125; TANDOCAN, Üçüncü Şahsın Zararı 113, dpn. 138; Ayrıca bkz.: Yargıtay Tic. O. 16.12.1982 t. E. 4545, K. 4384 kararı (Batider 11/3, 490).

Fakat buna rağmen, Ticaret Kanunu'nun, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren bütün hallerde kusurlu sorumluluk prensibini kabul edip etmediği hususunda bazı şüphelerin doğması da mümkündür. Nitekim, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren genel halleri düzenleyen 336. madde 5. bendinde, yöneticileri sorumlu tutabilmek için kanun veya ana sözleşmenin yüklediği sair vazifelerde "*kasd veya ihmâl*"in aranmış olması bazı tereddütlere yol açabilir. Çünkü 336. madde ilk dört bendinde saydığı sorumluluk halleri için, hiçbir kayıt koymamış, sadece 5. bentte kasd veya ihmalin bulunmasını aramıştır. Maddenin bu sisteminden, ilk dört bendde kusur aranmadığı ve bu dört halin kusursuz (objektif) birer sorumluluk hali olduğu yorumuna varılabilir. Ticaret Kanunu'nun 336. maddenin 1-4 bendlerine özel bir önem vermiş olması da bu kanıyı kuvvetlendirir. Çünkü, Ticaret Kanunu, 336. maddenin 5. bendinde sözü geçen görevlerin bir murahhas üyeye bakılması halinde, diğer yönetim kurulu üyelerini murahhas üyenin sorumluluğuna iştirak ettirmemiştir. Halbuki 336. maddenin 1-4. bendlerinde sayılan hususlarda bu imkan tanınmamış ve sözü geçen görevler bir murahhas bırakılsa dahi yöneticilerin bu görevler sebebiyle müteselsil sorumlulukları ortadan kaldırılmamıştır. Ticaret Kanunu'nun 336. maddenin 1-4. bendindeki görevlere özel önem verdiğini gösteren bir diğer delil de, 336. maddenin 5. bendinde "*kanun veya esas mukavelenin yüklediği görevleri, kasden veya ihmâl ile yerine getirmeyen yöneticileri*" sorumlu tutan genel bir hüküm koymasına karşılık, bu genel hüküm içinde mütalaa edilmeleri mümkün olan 1-4. benddeki halleri ayrıca zikretmiş olmasıdır. İşte bu derece önem verdiği 336. maddenin 1-4. bendlerindeki hallerde Kanunun, yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulmasını tecviz etmediği yani bu hallerde kusursuz sorumluluk kabul ettiği fikri savunulabilir³.

Yalnız bu fikri başarıya ulaştırabilmek için Ticaret Kanunu'nun 338. maddesinin koyduğu engelin aşılması gerekmektedir. Çünkü 338. madde, yönetim kurulu üyesinin *kusuru bulunmadığını* ispat ederek müteselsil sorumluluktan kurtulmasına imkan vermektedir. Bu engeli aşmak için bulunacak formül, 338. maddenin yönetim kurulu üyesine kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanını, sadece 336. maddenin 5. bendindeki kusur aranan sorumluluk hallerinde tanıdığını söylemek olabilir.

³ Bkz.: ARSLANLI il 169.

Kanaatımızca, yukarıda belirtilen ihtimal ve gösterilen **gerekçeler** 336. maddenin 1-4. bendlerindeki hallerde kusursuz olduğunu savunmak için yeterli değildir⁴. Çünkü:

336. maddenin lafzı incelenirse, 5. benddeki "kasd veya ihmal" ibaresinin ilk dört bende de şamil olduğu sonucuna varılabilir. Zira 5. bend "**kanun** veya esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmal ile yerine getirilmemesinden" bahseder. Bu noktadan hareketle Kanunun 336. maddede, *1,4. bendlerdeki görevlerle* kanun veya esas mukavelenin yüklediği *sair* görevleri "kasden veya ihmal ile" yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak istediği sonucuna varılabilir⁵.

Ticaret Kanunu'nun 338. maddesinde yönetim kurulu üyeleri için kabul etmiş bulunduğu *kusursuzluk beyyinesi* de, 336. maddenin 1-4. bendlerinde kusursuz sorumluluğun kabul edilmemiş olduğunu gösterir. Kanun bu hükmü ile, objektif sorumluluk hallerinin bazılarında olduğu gibi bir "kurtuluş beyyinesi" değil kusursuzluk beyyinesi koymuştur. Mücerret kusursuzluğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulmak ise ancak kusurlu sorumluluk hallerinde söz konusu olabilir. TK. 338 maddenin kusursuzluğunu deyimini rastlantısal değil bilinçli olarak⁶ kullanmış olduğunu AEM.'da verilen izahat doğrular mahiyettedir. AEM.'da⁷ "bir kusuru olmadığını isbat ederek" sözlerinin maddeye sorumluluğun hukukî mesnedinin akdi olduğunu ve bunun sonucu olarak da akdi sorumlulukta cari olduğu üzere kusursuzluğunu isbat yükünün yönetim kurulu üyelerine yüklenmesi gerektiğini belirtmek için konulduğu ifade olunmaktadır.

Ancak *delege ferenda* yönetim kurulu üyeleri için objektif sorumluluk konulmasının uygun görülüp görülmeyeceği tartışılabilir. 19. asırdan beri gelişen ve kuvvetlenen, zayıfın kuvvetlilere karşı korunması esasını benimseyen sosyal düşüncelerin kusursuz sorumluluk teorisinin kabulünde büyük ölçüde etkisi olmuştur⁸. Kusursuz sorumluluk getiren hükümlerin sevk gaye-

^{3a} Belirtelim ki 336. maddenin sistemi içinde 1-4. bendlerdeki sorumlulukta kusur ilkesi geçerli olmakla beraber. TK. 67 il hükmü, 336. maddenin 3. bendindeki "ticari defterlerin gereği gibi tutulmamasından doğan sorumluluğu" kusursuz sorumluluk haline getirmektedir. Bkz.: § 7 il 3 c.

⁴ Aynı kanıda: **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 245.

⁵ **ARSLANLI** il 169; **ATAN** 24.

⁶ Gerçi bir kusursuz bir mesuliyet hali öngörmüş olduğundan hiç şüphe edilmeyen bina ve inşaa eseri maliklerinin mesuliyeti ile ilgili BK. 58 I, "muhafazasındaki kusurundan dolayı" deyimini kullanmış ise de, bu ifade bir tercüme hatasından doğmaktadır (Bkz.: **İMRE** 177; **TANDOĞAN**, Mesuliyet 181).

⁷ m. 224, s. 376.

⁸ **İMRE** 44.

si (alt yapısı) incelenirse, ilk bakışta bu tipten bir gerekçenin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda mevcut olmadığı sonucuna varılabilir. Nitekim kusursuz sorumluluğun doğumuna amil olan ve yaratılan tehlike sebebiyle⁹ veya hakkaniyetin bir gereği olarak sorumluluk¹⁰ hallerinin temelinde yer alan ana düşünceler, tarihi ve klasik anlamı ile yönetim kurulu üyeleri için söz konusu değildir. Zira yaratılan tehlike sebebiyle kusursuz sorumluluk konurken mesul şahsın, giriştiği ve çevresi için tehlike yaratan faaliyetinden büyük menfaat¹¹ sağladığı göz önünde tutulmuştur. Anonim ortaklık yöneticilerinin ortaklıktan sağladıkları menfaatlerin, profesyonel tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk konmasına temel olan sınai işletmelerin faaliyetlerinden elde ettikleri menfaatlerle kıyaslanamayacağı açıktır.

Yönetim kurulunun yapısı ve işlevindeki çağdaş gelişmeler, özellikle halka açık şirketlerde bağımsız, uzman ve profesyonel bir yapılanma yönündedir. Bu yeni oluşumun sorumluluk hükümlerini de yetki oranında sorumluluk ilkesine göre yeniden şekillendireceği kuşkusuzdur. Ancak hemen belirtelim ki yasa koyucular bu alandaki kötüye kullanma ve hileli işlemleri sert müeyyidelerle karşılamalarına rağmen kusurlu sorumluluk ilkesinden ayrılmayı düşünmemişlerdir¹². Aksine müteselsil sorumluluk esasının terk edilmesi yerine bireysel sorumluluğun getirilmesi eğilimi güçlenmektedir¹³. Örneğin İsviçre'de 1991 tarihli anonim ortaklıklar reformunda kabul edilen İsvBK'nun 759. maddesi, yönetim kurulu üyelerinden herbirinin, kusur derecesine ve durumun gereklerine göre, ortaklık zararının kendisine isabet eden bölümünden sorumlu olmasını öngörmüştür^{13a}. *Bankacılık Kanunu'nun* kişisel sorumluluğu (iflası) düzeleyen 110. maddesi de, yasaya aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında BankK'nun 71. maddenin uygulamasına neden olan yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluklarının "bankaya verdikleri zararlarla sınırlı" olması ilkesini koymuştur¹⁴.⁴a,

⁹ Fazla bilgi için bkz.: **SCHWARZ** (Davran) 101; **İMRE** 162 vd.; **TUHR** (Edege) I 430 vd.

¹⁰ Fazla bilgi için bkz.: **SCHWARZ** (Davran) 104; **İMRE** 79 vd.

¹¹ **İMRE**, 62 vd.

¹² Nitekim Alman POK.'da 1937 değişikliği yapılırken kusursuz sorumluluk esasının konması teklif olunmuş ise de yönetim kurulu üyelerinin hareket serbestisini kısıtlamamak düşüncesi ile bu çözüm tarzı kabul edilmemiştir. (Bkz.: **MÜHLBAUER** § 3, s. 20 vd.). 1965 reformunda kusurlu sorumluluk prensibi aynı gerekçe ile muhafaza edilmiştir (Bkz.: Alın. POK. § 93 il, **BAUMM-BACH/HUECK** § 93 N. 2; **WÜRDINGER** 124).

¹³ **TEKİNALP** Fondaki Bankanın Hukuku 80.

¹³³ Bkz.: **VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZİKER**, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006, 52; Hans Caspar **VON DER CRONE**, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Verwaltung und Geschäftsleitung, Bern-Stuttgart, Wien 2006, 89.

¹⁴ Bkz.: **TEKİNALP** Fondaki Bankanın Hukuku 81; **BATIAL** Şerh, m. 110, s. 355.

¹⁴³ Bu konuda ayrıca bkz.: **ÇAMOCU (Poroy-Tekinalp)** 375 N. 621u.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için kusurun ağırlık derecesi önemli değildir. Yönetim kurulu üyeleri *her türlü kusurlarından (omnis culpa)* sorumlu tutulmuşlardır¹⁴a. Hatta yönetim kurulu üyelerinin hafif kusurlarından sorumlu olmayacakları şartı muteber sayılmamaktadır. *Kusurun ağırlık derecesi sadece yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarındaki iicü ilişkilerinde göz önünde tutulur*¹⁵³.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerde kural olarak kusurlu sorumluluk ilkesi kabul edilmiş olmakla beraber yöneticilerin *kusur aranmaksızın* sorumlu tutulacakları haller de mevcuttur. TK. 335. maddesi, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda kusur aramamıştır¹⁶. Doktrinde, bundan başka objektif sorumluluk hallerinin varlığı da ileri sürülmüştür: Kısaca, TK. 67. maddede düzenlenen ticari defterlerin gereği gibi tutulmaması veya saklanmaması halinde, bundan anonim ortaklıklarda doğrudan doğruya yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmuş oldukları ve kanunun bu hususta kusur aramadığı¹⁷; yine bunun gibi, yöneticilerin özen borçlarını ihlal etmeleri halinde de objektif bir sorumluluğun söz konusu olduğu savunulmuştur¹⁸.

Kusursuz sorumluluk prensibinin konmasına amil olan sebeplerden birisi de, sorumlu tutulmak istenen şahsın kusurunun isbatının güçlüğü olgusudur. Bu sebep yönetim kurulu üyeleri için de geçerlidir. Fakat Ticaret Kanunu bu güçlüğü yönetim kurulu üyeleri aleyhine bir *kusur karinesi* koymak suretiyle ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Nitekim 338. madde yönetim kurulu üyeleri için müteselsil sorumluluk esasını ve karine olarak yöneticilerin kusurlu olduklarını kabul etmektedir. Şu halde yönetim kurulu üyeleri kendilerine yüklenmiş bulunan kusur esasına dayanan müteselsil sorumluluktan kurtulabilmek için, kusursuz bulunduklarını isbat etmek zorundadırlar.

Sonuç olarak ifade edelim ki, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklık içindeki önemli mevkileri, tasarrufları altında bulundukları menfaatlerin büyüklüğü ve ortakların ve alacaklıların korunması gerektiği sos-

1" STEIGER (Çağa) 322; FEHR, 147; KAESLIN, 46; MEIER - WEHRLI 80.

15 MÜHLBAUER, 42; GADOW/SCHILLING § 84 N. 8; ARSLANLI il 186; STEIGER (Çağa), 323.

151 KAESLIN 46; STEIGER (Çağa) 325; HIRSCH 129 vd.; MÜHLBAUER 41; BÜRGİ Probleme diffrenzierter Schadenersatzpflicht 29 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi kararları: BGE 55 il 414, 59 11458, 89 il 122, 9011 501. Ayrıca bkz. § 4 dpn. 6.

16 ÇAMOCLU, Rekabet Yasağı 359.

17 ARSLANLI il 169, dpn. 186; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 245. Ayrıca bkz. § 7 il 3 c.

18 Bu konuda bkz. § 7 il 3 c. III 1c.

ya] düşünceleri ile *de lege ferenda* kusursuz sorumluluk getirilmesi önerilmiş ise de¹⁹, *de lege lata*, (yüürlükteki kanun yönünden) bu sonuca vannağa imkan yoktur. Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için, *kusur esasına dayanır*²⁰ ve fakat kusurun karine²¹ olarak kabul edildiği bir sorumluluk sistemi koymuştur. 338. maddenin sistemine göre yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını ispat edinceye kadar kusurlu addolunurlar ve (istisnalar haricinde) diğer üyelerin müteselsil sorumluluğuna katılırlar.

il. İSBAT YÜKÜ

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Ticaret Kanunu yönetim kurulu-nun sorumluluğu konusunda bir *kusur karinesi* kabul etmiştir. Bu nedenle karinelerin isbat yükünün dağıtılmasındaki değiştirici rolü sebebiyle, isbat yükü yönetim kurulu üyelerindedir. Şu halde davacı, yönetim kurulu üyelerinin 336 ve 337. maddelere aykırı hareket ettiklerini ve *zararını* isbatla yetinebilir²². Kusursuz olduğunu isbat yükü yönetim kurulu üyesine düşmektedir.

Ticaret Kanunu' nun kusur karinesi koyan 338. maddesi, yaptığı atıfla bu karinenin kapsamını da tayin etmiş ve karinenin sadece 336 ve 337.

¹⁹ Bkz.: ARSLANLI II 170 dpn. 187 (a) ile ilgili metin. TANDOĞAN, (Üçüncü Şahsın Zararı 113 dpn. 138) Arslanlı'nın, 336. maddenin 1-4. bendleri için kusursuz sorumluluk savunduğu kanısındadır. Oysa Arslanlı sadece savunulabilecek kanaatleri ortaya koymakta ve taraf tutar gözükmemektedir (il 169, 170). Hatta, yazarın, de lege ferenda, objektif sorumluluğu temenni etmesi, bugünkü sistemde kusur prensibine temaytil ettiğini göstermektedir (il 170, 173 a).

²⁰ Bkz. dpn. 2'de anılan yazarlar.

²¹ Bu karine AEM.'da verilen izaha göre (m. 224, s. 376), BK. m. 96'da düzenlenmiş olan sözleşmeden doğan sorumluluktaki kusur karinesi ile aynı mahiyettedir. Ayrıca bkz. GADOW/SCHILLING, § 84, N. 17; SCHULTE 70.

²² Bir kusur karinesi kabul etmiş olan Alman hukukunda da, davacı sadece yöneticilerin bir zarar vermiş olduğunu ve zararın miktarını isbatetmek zorundadır. Kusursuzluğunu isbat yükü yöneticilere düşer (BAUMBACH/HUECK § 93 N. 2; GODİN/WILHELMİ § 83 N. 10; WÜRDINGER 124; SCHULTE 70). Buna karşı kusuru karine olarak kabul etmemiş bulunan Fransız (ROBLOT 694 N. 1369; PİC II 699 N. 1204) ve İtalyan (Bkz. VIVANTE il 480 N. 633) hukuklarında isbat yükü sorumluluğun kaynağına ve niteliğine göre tevzi olunmaktadır. Fransız hukukunda sorumluluğun dayanağı ortaklığa karşı sözleşmeye aykırılık, ortaklara ve üçüncü kişilere (alacaklılara) karşı ise haksız fiil olarak kabul edilmektedir (ROBLOT 694 N. 1369; WILHELM 126 vd.). Buna göre, ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davalarında yönetim kurulu üyesi kusursuzluğunu isbat etmek zorundadır. Ortakların veya alacaklıların davalarında ise isbat yükü davacıya düşmektedir. İsviçre hukukunda isbat yükü konusunda özel bir hüküm mevcut değildir. Isbat yükünün genel hükümlere uygun olarak tevzi olunacağı kabul edilmektedir (Bkz.: MEIER - WEHRLİ 67, 79; WILHELM 127). Bu hususta sorumluluğun sözleşmeye mi, yoksa haksız fiile mi dayandığı önem kazanmaktadır. Bu konuda bkz.: § 9 il 2, § 10 il 5.

maddelerde düzenlenen sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulacağını açıkça belirtmiştir. Şu halde, 336 ve 337. maddeler dışındaki sorumluluk halleri için kusur karinesi geçerli değildir. Bu hallerde, isbat yükünün dağılışı konusunda da genel kural uygulanır. Yani, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun kaynağı akit ise BK. 96. maddedeki karine gereğince, kusursuzluğunu isbat yine yönetim kurulu üyesine düşer. Şayet yönetim kurulu üyesinin haksız fiil sebebiyle sorumlu olduğu bir hal söz konusu ise (mesela TK. 339 gibi) kusurun isbatı yükü davacıda olacaktır.

Şimdiden belirtelim ki, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla, hatta doğrudan doğruya gördükleri zararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları davalarda, ortaklık ve yöneticiler arasındaki sözleşmenin ihlali sebebine dayanabilecekleri kabul edilmektedir²³. Ortaklara ve alacaklılara bu imkan tanındığı takdirde, BK. 96. maddenin koyduğu kusur karinesinden yararlanacaklar ve bunun sonucunda yönetim kurulu üyeleri, kusursuzluklarını isbat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

III. KUSURSUZLUĞUN İSBATI

338. maddenin koyduğu kusur karinesinin bir sonucu olarak, isbat yükü kendisine düşen yönetim kurulu üyesi kusursuzluğunu nasıl isbat edecektir?

Kural olarak, yönetim kurulu üyesi, sorumluluğunu gerektiren hususlarda kusursuzluğunu genel hükümlere göre isbat eder. Ticaret Kanunu 338. maddede, kusursuzluğun isbatı konusunda bazı ölçüler vennektedir. Maddeye göre, yönetim kurulunun bir kararına konu teşkil etmiş olan hususlardan doğan kusur karinesini çürütebilmek için yönetim kurulu üyesinin karara menfi oy vermiş ve bunu zapta geçirtmiş bulunduğunu, ayrıca da durumdan denetçileri yazılı olarak haberdar etmiş olduğunu isbat etmesi gerekir²⁴. Meşru bir mazerete dayanarak o toplantıya katılmamış olan üye de sorumlu tutulamaz²⁵. Kanımca, 338. maddenin kusursuzluğun isbatı konusunda koyduğu bu esaslar *tahdidi değil, bir ömektir*^{25a}. Bu hu-

²³ Bkz. § 10 il 5, ili 2.

²⁴ Alman hukukunda da karara muhalif kalan Uyenin, gerekiyorsa durumu gözetim kuruluna (Aufsichtsrat) bildirmesi gerekmektedir (Bkz.: BAUMBACWHUECK (11. AuO.) § 84 N. 4).

¹⁸ VIANTE il 477 N. 630; FIC II 702 N. 1206; Ayrıca bkz. § 7 111 2 b, dñn. 58.

isa ÇAMOĞLU (Poroy-TekJnaJp) 336 N. 590; PULAŞLI Şirketler 466. Aksi kanı: UÇAR70.

suslara riayet etmemiş olan yönetim kurulu Uyesi, kusursuz olduğunu başka suretle isbat imkanından mahrum bırakılmış değildir²⁶. Yönetim kurulu üyeleri somut koşullarda gerekli özeni göstermiş olduklarını kanıtlamak suretiyle de sorumluluktan kurtulabilirler^{26a}.

Ortaklık işlerinin icra safhası ile ilgili kısmı bir müdüre bırakılmışsa, yönetim kurulu üyeleri ehliyetsiz müdür seçmeleri veya müdürün faaliyetlerine nezarette gerekli özeni göstermemiş olmaları veya kendilerinin yetkili olmadığı hususlarda müdürü yetkili kılmaları halinde sorumlu tutulmuşlardır. İşte bu durumda yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulabilmek için, ehliyetsiz müdürün tayini veya müdürün kendi yetkilerini aşan konularda yetkili kılınması hususundaki karara 338. maddenin koyduğu esaslara uygun şekilde muhalif kaldıklarını veya meşru mazeretleri sebebiyle toplantıya katılmadıklarını isbat etmelidirler²⁷. Bizce burada da kusursuzluğun umumî hükümlere göre isbatı imkanı kapatılmış değildir.

²⁶ **ARSLANLI'**run kanısına göre, (il 170, dpn. 187 a, 174, 179), şayet yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu genel kurul kararlarının sebepsiz olarak yerine getirilmemesi hususundaki Ticaret Kanunu 336 N. 4 hükmüne dayanıyorsa, yönetim kurulu üyesinin kararın icra edilmemesinde kusuru bulunmadığını isbat etmesi yeterli olmayıp, ayrıca genel kurul kararının icrasına objektif anlamda haklı bir sebebin engel olduğunu isbat etmesi aranmaktadır. ATAN (s. 112) bu görüşe katılmaktadır. Ayrıca bkz. § 7 11 4.

^{26a} Bkz: § 7 III l, c.

²⁷ Karş. **ARSLANLI** 11 179.

§ 4. TESELSÜL PRENSİBİ

Ticaret Kanunu, yönetim kurulu üyeleri için müteselsil sorumluluk prensibini kabul etmiştir¹. Anonim ortaklık yöneticilerinin sorumluluğu ile ilgili meselelerde teselsül prensibine çeşitli açılardan bakılabilir. Diğer bir söyleyişle, bu bahiste, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu yanında alacaklılar arasındaki ve TK. 321. madde gereğince temsilcilerinin haksız fiillerinden ortaklığın da sorumlu tutulduğu hallerde ortaklık ve temsilciler arasındaki teselsülün niteliği de incelenecektir.

I. BORÇLULAR ARASINDA TESELSÜL

1. Yönetim Kurulu Üyeleri Arasında

Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını gerektiren hallerde, kusur derecelerine bakılmaksızın² müteselsil sorumluluk kabul etmiştir. Yöneticiler için konulmuş olan teselsül, *tam teselsüldür*. Yani, davacı sorumlu yöneticilerin kusur derecesine bakmaksızın tazminatın tamamını birinden veya hepsinden talep edebilir.

Belki birbirinin seçiminde veya tayininde yetkisi bulunmayan kimse-ler arasında müteselsil sorumluluk öngörülmüş olması ağır bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Fakat, yönetim kurulu üyelerinin kurul halinde görev yaptıkları ve müteselsil sorumluluğunu yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerine ilgisiz kalmamalarını ve birbirlerini kontrol etmelerini zo-

¹ İsviçre'de 1991 Reformu öncesi geçerli olan teselsül ilkesi konusunda Bkz. **KAESLIN** 46; **FEHR** 150; **MEIER- WEHRLI** 39 vd., 1937 Alm. POK. § 84 Bkz. **GADOW/SCHILLING** § 84 N. 19; **SCHULTE** 69. Yeni Alın. POK. § 93 II'de (Bkz.: **WÜRDINGER** 124; **BAUMBACH/HUECK** § 93 N. 8) teselsül ilkesini kabul etmişlerdir. Fransız hukukunda teselsül hakkında hüküm yoktur. Uygulamada müşterek kusur bulunması halinde teselsül kabul edilmektedir (**RIPERT/ROBLOT** I 619 N. 1321; **ROBLOT** 695 N. 1370).

² Kusurun derecesi sadece sorumlu yöneticilerin birbirlerine rOcuu konusunda nazarı itibare alınır. Bu konuda İsviçre'de 1991 Reformu öncesi geçerli olan teselsül ilkesi ile ilgili olarak Bkz.: **KAESLIN** 46; **MEIER - WEHRLI** 43; **STEIGER** (Çağa) 325; **GADOW/SCHILLING** § 84 N. 19, 23; **MÜHLBAUER** 41. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 55 il 314, 5911 458, 89111 122; 90 il 501. Ayrıca bkz.: dpn. 6 a.

runlu kılacağı göz önünde tutulursa prensibe bir gerekçe bulunabilir³. Sorumluluk altına girmeyen üye, bütün özeni ile ortaklık işleriyle ilgilenmeli ve lüzumuna inandığı hallerde denetçilerin veya genel kurulun dikkatini çekmeli, hatta gerekli ise istifa etmelidir.

Kanun koyucu yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasında kusur karinesi ve teselsül prensibini kabul ederek davacılara (anonim şirket, ortaklar ve alacaklılar) önemli ölçüde kolaylık sağlamak amacını gütmektedir. Çünkü davacı kimin ne derece kusurlu olduğunu isbat zorunda kalmaksızın istediği üye veya üyelere başvurabilecektir. Müteselsil sorumluluktan kurtulmak isteyen üye, kusursuz olduğunu isbat zorundadır.

Teselsül ilkesi ancak aynı dönemde birlikte görev yapan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda söz konusu olabilir. Aynı dönemde görev yapmayan üyeler arasındaki borçlu teselsülü ise, Borçlar Kanunu'nun teselsülü düzenleyen genel hükümlerinde öngörülen koşullara göre belirlenir. TK'nun 337. maddesindeki üyelerin seleflerinin işlem ve eylemlerini incelemedeki kusurlarına dayalı sorumluluğundaki teselsül ise istisnaidir.

Tam teselsül ilkesinin uygulamada yarattığı adaletsiz sonuçlar, öğretide bu ilkenin hafifletilmesi yolundaki görüşlere ağırlık kazandırmış, bu akım İsviçre'de 1991 reformda anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu konusunda bireysel sorumluluk temeline dayalı *farklılaştırılmış teselsül* ilkesinin kabulü ile sonuçlanmıştır. Bu akımı izleyen Türk yasa koyucusu da TTK Tasarısında bu alanda farklılaştırılmış teselsül ilkesini kabul etmiştir. Gerçekten de tazminatın farklı mali güce sahip yönetim kurulu üyelerinden en az kusurlu olanından tamamının tahsili halinde, rücu aşamasında ödeme yapan bu üye kusur oranı yüksek ancak mali gücü düşük üyelere tahsilat yapma olanağından yoksun kalabilmektedir. Buna karşılık farklılaştırılmış teselsülün cari olduğu sistemde, yönetim kurulu üyeleri toplam zarardan kusurları oranında sorumlu tutulmakta, üyelerin sorumluluk miktarları yargıç tarafından belirlenmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz: TTK Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayını Ankara 2005, m. gerekçesi).

Ticaret Kanunu adalete aykırılığı tartışılan teselsül prensibini, koyduğu istisnalarla ılımlı hale getirmiştir. Bunlardan birincisi üyenin kusursuzluğunu isbatı imkanı, diğeri ise, bireysel sorumluluğun cari olduğu hallerin varlığıdır.

³ FEHR 150.

a. Ku.tursuzluf uu Isbatı

Tc.c;Js(J)prensibi kusurlu üyeler için söz konu,udur. **Kuwnuzluğunu i** h:1t eden üyeler bu sorumluluktan kurtulabilirler'. **Yönetim kurulu Uyeli ku,** sursuzluk kanıtı getirmediği müddetçe mUteselsil olarak sorumlu **kalır. Yö--** neijm kurulu üyelerinin kusurlarının ağırlık derecesi müteselsil **sorumluluk** konusunda rol oynamaz, sadece iç ilişkide rücu hakkı yönünden **önem taşı**. Kendisine başvuru olan yönetim kurulu üyesi, kusuru hafif dahi olsa zararın tUmilnil ödemekle yükümlüdür. Davacıya karşı kusurunun hafif olduğunu, kendisinden daha ağır kusurlu üyeler bulunduğunu ileri süremez6.

Kamu tüzel kişilerinin, anonim şirket yönetim kurulundaki **temsilcile-** rinin sorumluluk açısından diğer yönetim kurulu üyelerinden bir **farkı yok-** tur. Buna karşılık BankK. l 27/6 maddesi uyarınca Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu üyelerinin alacaklılara karşı doğrudan doğruya so- rumluluğu yoktur, onlara karşı açılmış davalar Fon'a karşı açılmış sayılır.

b. Yönetim Kurulu Üyelerinin Ferden Sorumlu Olduk/an Haller

ba. TK. 336 m. 5. bendinde zikredilen kanun veya esas mukavelenin yüklediği görevlerden birisi, 319. maddeye göre yönetim kurulu üyelerinden birisine veya ortak olmayan bir *murahhas müdüre* bırakılmışsa, sorumluluk sadece görevli üyeye aittir⁷, teselsül prensibi yürümez. Ancak, ferdt sorumluluk esasının geçerli olması için yapılan yetki aktarma tasarrufunun kanuna ve esas mukaveleye uygun olması gerekir⁸. Fakat, murahhas üye veya müdür ta- yin edilmesine rağmen yönetim kurulu üyelerinin gözetim ve talimat verme görevi devam edeceğinden, bunların nezarete (culpa in custodiendo) veya ta-

⁴ Kusursuzluk beyyinesi hakkında bkz. § 3 III. ve karşı. **ARSLANLI** il 173.

⁵ Bkz. dpn. 2.

⁶ İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğunun hafifletilmesi yolunda **göçüş-** ler ileri sürülmekte ve bu konuda lsv. BK. 43 ve 44. (BK. 47, 44) yer alan tazminat miktarının tesbitin- de kusurun göz önünde tutulmasına ilişkin hükümlerin yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlulu- ğu konusunda da uygulanması önerilmekte idi (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **REICHWEIN** 130 vd.; **MEIER - WEHRLT** 45; **HIRSCH** 249 vd.; **HENGGELE** 58/59; **BÜRGİ** Probleme 29 vd.). Bu eğilim 1991 Refonnunda kabOI edilen 757. madde ile *bireysel sorumluluk vefarkılaştınlmı.şteselsül* ilkesinin kabulü ile sonuçlanmıştır: Bkz.: **MEIER-HAYOVFORSTMOSER** § 16 N. 573.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 15 I, il. Alman hukukunda da yönetim kurulu üyeleri arasında **geçerli** şekilde yapılmış olan görev taksiminde sorumluluk münferittir; sadece görevli üyeye ait olur (GADOW/SCHILLING § 84 N. 21; BAUMBACHWUECK (11. Aufl.) § 84 N. 41. İsviçre hukukunda da aynı çözüm geçerlidir (Bkz.: **REICHWEIN** 132; **STEIGER** (Çağa) 275).

⁸ **MİMAROCLU**, 82; **VIVANTE** il 478 N. 631; **PIC** II 691 N. 1201; **ARSLANLI** il 174, dpn. 199; Karş. **STAUB/PINNER** § 231 N. 8.

limita vennde (culpa in instruendo) gösterdikleri ihmal sebebiyle sorumlu tutulmaları mümkündür ve bu nedenle söz konusu olacak sorumlulukta, kusurlu üyeler arasında teselsül prensibi yürür⁹. Bunun gibi kanunun yönetim kuruluna özgü kıldığı ve Murahhaslara bırakılması mümkün olmayan¹⁰ görevler konusunda da müteselsil sorumluluk devam eder. Ortaklık işlerinin icra safhasının bir müdüre bırakılması halinde (fK. 342), yönetim kurulu idare hakları alanında karar almak yetkisini muhafaza ettiği için, bu sahadaki işlemlerden doğan sorumluluk hususunda da teselsül geçerliğini sürdürür.

bb. Ticaret Kanunu'nun 339. maddesinde öngörülen ortaklığın durumu hakkında yanlış kanı uyandıracak desiseler kullanan veya gerçeğe aykırı beyanlarda bulunan yönetim kurulu üyesi zarardan şahsen mesuldür. Sözü geçen fiil, kural olarak, yönetim kuruluna izafesi kabil olmayan bir haksız fiil ettiği için bundan dolayı sorumluluğun ferdi olması normaldir. Ama bu fiil kurul halinde işlenmişse (mesela alınan bir karar ile gazeteye verilen bir ilan 339. maddenin kapsamına giriyorsa) bu takdirde müştereken işlenmiş bir haksız fiil vardır ve BK. 50. maddeye göre, yine müteselsil sorumluluk söz konusu olur^{11a}.

be. TK. 334. maddenin koyduğu ortaklıkla işlem yapma veya 332. maddede yer alan müzakerelere katılma yasağına riayet etmeyen üyenin bu davranışı bir zarara sebebiyet vermişse, sorumluluk yine şahsı ve ferdidir.

bd. Şirketle rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da kişiseldir (TK. 335)^{11b},

be. BankK.'nın 110. maddesi de, banka kaynaklarını istismar ederek bilinçli olarak kendisine veya başkalarına menfaat sağlayan yönetim kurulu üyeleri hakkında, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak *bireysel sorumluluk* öngönnüştür.

2. Yönetim Kurulu Üyeleri ile Anonim Ortaklık Arasında Teselsül

Yönetim kurulunun organ sıfatıyla bütün işlemleri ortaklığa izafe olunur. Bu prensip gereğince ortaklık adına hareket ederek bir işlem yapıl-

⁹ TEICHMANN/KOHLER § 34 N. 2; MİMAROCLU 83; WIELAND il 132.

¹⁰ Bk.z. § 15 12 c.

¹¹ Bk.z. TUHR (Edege) il 853.

¹¹¹ Bk.z.: ÇAMOCLU, Ortaklıkla İşlemYapma Yasağı 77 vd.; MİMAROCLU, 85 vd.

^{11b} Bkz.: ÇAMOCLU, Rekabet Yasağı 357 vd.; MİMAROCLU 93 vd.

masmın neticeleri kadar ortaklık işleri görülürken ika edilen *haksız fiillerin* sonuçları da anonim ortaklığa raci addolunmuş ve yöneticilerin haksız fiillerinden ortaklık da sorumlu tutulmuştur^{11c}. TK. 321 V'de yer alan bu hüküm, MK. 50 II'de bütün tüzel kişiler için ifade edilmiş bulunan genel kuralın bir tatbik şekli sayılmaktadır¹². TK. 321 V'e göre anonim ortaklık idareci ve temsilcilerinin, ortaklık işlerini görürken ika ettikleri haksız fiillerden idareci ve temsilci ile birlikte anonim ortaklık da sorumludur¹³.

TK. 321 V'e göre, haksız fiil ika eden temsilci yanında ortaklık da sorumlu tutulduğuna göre, şirketle temsilci arasındaki münasebetin bir borçlu teselsülü olup olmadığı düşünülebilir. *Egger*¹⁴ bu halde teselsülün varlığını kabul etmektedir. İsviçre doktrininde¹⁵ ve bazı Federal Mahkeme kararlarında¹⁶ da teselsül fikrinin benimsendiği görülmektedir. *Kanaatimce*, anonim ortaklığın temsilcisinin haksız fiillerinden sorumlu olduğu hallerde ortaklık ve temsilci arasında bir tam teselsülden bahse imkan yoktur. Nitekim, İsviçre'li yazarların bazıları¹⁷ ve Federal Mahkemenin bazı eski kararları¹⁸ tam teselsülü reddederler. Çünkü, tam teselsül zarara müşterek kusur ile sebebiyet verme halinde söz konusudur ve sorumluların sorumluluğunun hukuki dayanağı da aynıdır¹⁹. Ortaklık işlerinin görülmesi sırasında ika ettiği haksız fiillerden temsilci ile birlikte anonim ortaklığın da sorumlu olduğu hallerde kanımca bir *eksik teselsül* söz konusudur²⁰. Çünkü bu durumda sorumluluğun hukuki dayanağı aynı olmayıp yönetim kurulu üyesi haksız fiil, ortaklık ise kanun gereğince sorumludur.

ile Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Aşağıda: § 6; **ÖZTAN** 116 vd.

¹² Bk.z.: AEM. m. 321, s. 380; **TANDOCAN**, Mesulmiyet, 98.

¹³ Bkz.: **SUTER** 72 vd.

¹⁴ **EGGER** m. 54/55 N. 22.

¹⁵ **SUTER** 197'de anılan yazarlar; Türk hukukunda aynı yönde: **ÖZSUNAY**, Tüzel Kişiler 44.

¹⁶ Bk.z.: BGE 48 II 157.

¹⁷ **SUTER** 198; **OSER** Art. 50 N. 3.

¹⁸ Bk.z. BGE 38 il 617, 43 il 211.

¹⁹ lsv. BK. 50. maddesinin Fransızca ve İtalyanca metinlerinde tam belirmemiş olan bu husus, Almanca metinde açıktır. Bkz. **SUTER**, 198.

²⁰ Eksik teselsül konusunda bk.z. **TUHR** (Edege), I 437, II 875; **TANDOĞAN**, Mesuliyet 300; **ARSEBÜK**, 596; **SAYMEN/ERBİR** IVII, 514, dpn. 17; **TUNÇOMAC**, 356; **oCUZMAN/ÖZ** 710.

Binaenaleyh burada bir eksik teselsülden veya talep yarışmasından bahsedilebilir^{20a}.

Eksik teselsül ile tam teselsül arasında alacaklının borçlulara başvurulabilmesi açısından fark yoktur^{21, 21a}. Her iki teselsülde de zarar gören sorumluların her birine başvurulabilir ve tazminatın tamamının ödenmesini isteyebilir. Yine sorumlulardan birinin yaptığı ödeme nisbetinde diğer borçlu da borçtan kurtulur. Fark, daha ziyade iç ilişki yönünden görülmektedir. Tazminat talebine maruz kalarak ödemeye mecbur kalan ortaklık, aralarındaki iç ilişkiye dayanarak temsilciye rücu etmek imkanına sahip olduğu halde, temsilci ortaklığa rücu edemeyecektir (TK. 321 V)²².

il. ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL

Ticaret Kanunumuz, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı ortaklık yanında, ortaklara ve alacaklılara da dava açmak imkanı tanımıştır. Ortaklar ve alacaklılar, yöneticilere karşı iki türlü dava açabilirler²². Bu davalardan dolayısıyla görülen zararlar nedeniyle açılan dava özellik arzeder. Çünkü, alacaklılar ve ortaklar yönünden dolayısıyla zarar teşkil eden olgular ortaklık açısından doğrudan doğruya uğranılmış bir zararı ifade eder. Kanun koyucu, ortaklığın zararı giderildiği takdirde ortakların ve alacaklıların dolayısıyla gördükleri zararların da giderilmiş olacağı düşüncesinden hareket etmiştir. Bu nedenle ortaklar ve alacaklılar açacakları davalarda tazminatın kendilerine verilmesini isteyemezler; tazminatın ortaklığa verilmesi istenecektir. Görülüyor ki, ortaklar ve alacaklıların dolayısıyla zararlara dayanan dava hakkı ile ortaklığın dava hakkı sonuca yönelmiştir. İşte bu üç talep hakkı arasındaki hukuki ilişkinin saptanma-

20a **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOCLU/ALTOP** 706 vd.; **ÖZTAN** (s. 145 vd.) hem tüzel kişiye (ortaklığa), hem de organ üyelerine (yönetim kurulu üyelerine) karşı dava açılabilirliğini söylemekte, borçlular arasındaki ilişkiyi nitelendirmemektedir. Rücu ilişkilerine BK. 50 ve 51'nin uygulanacağını söylemektedir (s. 148).

21 Bkz. **TUHR** (Edege) il 875. Hatta İsviçre'de bu ayınının kaldırılması istenmektedir. Bkz. **TANDOÖAN**, Mesuliyet 384.

11a Tam ve eksik teselsül arasında diğer açılardan mevcut farklılıklar için bkz.: **TANDOÖAN**, Mesuliyet, 382 vd.; **TUNÇOMAC**, 356; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOÖLU/ALTOP** 706 vd.

22 **TUHR** (Edege) I 439.

11a Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşağıda: § 10 il, 111.

sı22b, özellikle bir alacaklı teselsülü bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Bazı yazarlar, ortaklık, ortaklar ve alacaklıların talep hakları arasında bir alacaklı teselsülü bulunduğu kanısındadır^{23,24}. Bu görüşe nazaran alacaklı teselsülü hükümlerine göre, gerek ortaklığın, gerekse ortakların ve alacaklıların aynı tazminatı talep etmek yetkileri mevcuttur (**BK. 148**). Yalnız Ticaret Kanunu'nun koyduğu sistemin bir gereği olarak pay sahipleri ve alacaklılar elde edecekleri tazminatı ortaklığa ödemek zorundadırlar. Şayet alacaklı veya ortak, zarar karşılığını yönetim kurulu üyesinden tahsil ederse, yönetim kurulu üyesi borcundan kurtulur. Ortaklık, pay sahibi veya alacaklılardan hangisi dava açmışsa, yönetim kurulu üyesi ona ödeyerek borcundan kurtulabilir (**BK. 148 III**). Alacaklılardan birisinin açtığı davaya diğerleri katılmak imkanına sahiptirler. Ama ilk davayı asıl hak sahibi olan anonim ortaklık açmışsa, ortaklar ve alacaklılar artık bağımsız bir dava açamayıp, ancak ortaklığın davasına katılabilirler. Bu görüşte, ortaklığın açtığı dava redde uğrarsa, ortakların ve ortaklık alacaklılarının talep hakları da düşer^{25, 25a}.

Ancak görülüyor ki, bu görüşün ayrıntıları klasik alacaklı teselsülünün hükümlerine tam olarak uymamaktadır. Zira alacaklı teselsülünde bir

^{22b} Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10 iV, § 17 iV.

²³ Bkz.: **WIELAND** il 138; **ARSLANLI** il 184, "bir nevi" alacaklı teselsülünden bahseder. **MİMAROĞLU** 113, "alacaklılar arasındaki teselsüle benzer bir teselsül" kabul etmekte ve **BK. 148** vd. maddeleri uygulamaktadır. **FEHR'e** göre (s. 152) belki şekli bir teselsülden söz edilebilir.

²⁴ Problemimize benzer bir durum, üçüncü şahsın zararının tazmininin öngörüldüğü hallerden biri olan (**TANDOÖAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 85 vd.) vekilin vekilinin akde aykırı hareket etmesi halinde söz konusu olup, müvekkil, vekilin vekilinden zararının tazminini isteyebilmektedir (**BK. 391 III**). **TUHR** (Edege), (il 882 N. V) ikame edilen şahsa karşı vekilin ve müvekkilin talep hakları arasında alacaklı teselsülü görür. **ARSLANLI** (il 184, dpn. 216) bu hükmü de ortaklığın, ortakların ve alacaklıların dava hakları arasında alacaklı teselsülü bulunduğuna kıyasi delil olarak gösterir.

²⁵ **ARSLANLI** 11 184; **MİMAROĞLU** 1 13; karşı. **WIELAND** il 138 dpn. 83. Sözü geçen davalardan birisi hakkında verilen hükmün diğerleri yönünden kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği konusunda bkz.: § 1 O (IV 3).

^{25a} Bu görüşün ayrıntıları, yazarların, ortakların ve alacaklıların dava haklarının niteliği hakkındaki görüşlerinin sonuçlarını teşkil etmektedir. Gerçekten teselsülil (veya özellikli bir teselsüllü) savunan yazarların çoğu, ortakların ve alacaklıların dava haklarını, ortaklığın dava hakkında doğan (mülhak, subsidiyer) bir dava hakkı olarak nitelerler (Bkz.: **ARSLANLI** il 189; **MİMAROĞLU** 113; **DOMANIÇ** 54; **HOTZ** 202). Oysa kanımca, ortakların ve alacaklıların dava hakkı, şirketin dava hakkından bağımsızdır (Bkz.: **ÇAMOĞLU**, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi, 338; **MEIER. WEHRLI** 82, 86; **KREIS** 88; **WYLER** 43). Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10 IV 1.

alacaklının açtığı dava reddedilirse, red kararı diğer alacaklılar için kesin hüküm teşkil etmez. Diğer alacaklıların dava açmak hakları saklı kalır. Red kararı yalnız taraflar arasında kesin hüküm niteliğini taşır²⁶.

ikinci görüş ise, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı dava hakkını haiz olan ortaklar, alacaklılar ve ortaklığın talep hakları arasındaki ilişkiyi alacaklı teselsülü olarak nitelendirmez. Bu görüşün temsilcilerine göre²⁷, burada ortaklığın, alacaklıların ve pay sahiplerinin talepleri birbiriyle yarışmakla beraber, dolayısıyla zarar gören şahıslar tazminatın kendilerine değil, ancak ortaklığa ödenmesini isteyebilirler. Binaenaleyh burada alacaklı teselsülü ile ilgili BK. 148 III uygulanamaz ve dava olunan yöneticiler, ortaklara veya ortaklık alacaklılarına ödeyerek borçtan kurtulamazlar²⁸. Yine, ortaklardan veya ortaklık alacaklılarından birisinin dava açması, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ödemede bulunmasına engel olmaz. Burada, birden fazla alacaklısı bulunan bölünmesi kabil olmayan alacağa benzer bir durum mevcuttur²⁹. Ancak konumuzdaki bölünmezlik, edimin (borcun) bünyesinden değil, *amacından* doğmaktadır. Birden çok kimsenin taksimi kabil olmayan bir talebin alacaklısı olması halinde kural, alacaklılardan her birinin tazminatın tamamının alacaklıların *tümüne birden*³⁰ ödenmesini isteyebilmesidir. Burada ise sadece ortaklığa ödeme yapılması istenebilmektedir (TK. 340/309; lsv. BK. 755)³¹. Çünkü, ortaklığa yapılan ödeme menfaatler dengesi açısından alacaklıların (talep hakkı sahiplerinin) tümüne yapılmış ödeme niteliğini taşır. Ortakların ve alacaklıların dolayısıyla uğradıkları zararlar, ortaklık yönünden doğrudan doğruya görülmüş bir zararı ifade eder. Ortaklığın zararının giderilmesi kural olarak ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararlarını da telafi

²⁶ v. TUHR il 881; WIELAND il 138 dpn. 83; TUNÇOMAÔ 622.

²⁷ FEHR 152; TANDOÔAN, Üçüncü Şahsın Zararı 106; v. TUHR (Edege), il 622; HİRŞ, (322 N. 335) tazminat talebi ortaklık tarafından ileri sürülmediği veya sürülemediği hallerde ortaklara ve alacaklılara dava hakkı tanıdığına göre, alacaklı teselsülünü reddetmektedir.

²⁸ MEIER-WEHRLİ 87; FEHR 152; WILHELM 95; karş.: MİMAROÔLU, 113; TANDOÔAN, Üçüncü Şahsın Zararı 107; ÇAMOCLU, ibranın Sorumluluk Davalarına Etkisi, 335.

²⁹ Bkz.: MEIER - WEHRLİ 87; BİGGEL, 119.

³⁰ Bkz.: BK. 69 I; lsv. BK. 70; Alın. MK. § 432; BİGGEL 119; TUNÇOMAÔ 598; MEIER-WEHRLİ 88; karş.: TANDOCAN Üçüncü Şahsın Zararı, 108.

³¹ ÇAMOÔLU ibranın Sorumluluk Davalarına Etkisi, 335; GLASSON, 250 vd.; GUHL 581; MİMAROCLU, 115; TANDOÔAN Üçüncü Şahsın Zararı, 108; STEİGER (Çağa) 323, 324; BİGGEL 111; FEHR 152; FRİCK 104; İMREGÜN Anonim Ortaklıklar, 250.

edecektir. Bu nedenle talep sahiplerinin tümüne birden ödeme şartını, yöneticilerin sorumluluğu konusunda ödemenin ortaklığa yapılması şeklinde yorumlamak gerekir³².

Kanımca da, ortaklık, ortaklar ve alacaklıların dava hakları arasındaki ilişki bir alacaklı teselsülü olarak nitelendirilemez. Alacaklı teselsülünün kaynakları ve hükümleri bu yolda bir nitelendirmeye engeldir. Kaynak yönünden alacaklı teselsülü ya sözleşmeden, ya da kanunun açık bir hükmünden doğar. Kanunumuz, yönetim kurulu üyelerine karşı dava hakkına sahip olanlar arasında teselsül bulunduğunu gösteren bir hüküm içermemektedir. Dava hakları arasındaki hukuki ilişki de hükümleri açısından alacaklı teselsülünden farklıdır. Zira borçlunun alacaklılardan birisine yaptığı ifa, klasik alacaklı teselsülünde olduğu gibi, diğerlerine karşı da borçtan kurtulması sonucunu doğurmamakta, sadece ortaklığa yapılan ödeme, borcu düşürmektedir³³. Bu nedenle, kanımca davacılar arasında "alacaklı teselsülü mevcut olmayıp, kanunun dolayısıyla zarar gören şahsın zararının tazminini *özel surette düzenlemiş* bulunduğu, *bir talep yaşanması*³⁴ mevcuttur³⁵.

³² BIGGEL 119; MEIER-WEHRLI 88.

³³ Bkz. dpn. 28'deki yazarlar.

³⁴ Bkz.: MEIER-WEHRLI 182; BIGGEL 116; TUHR (Edege) II 622 dpn. 127'de: "Alacaklı ile aksiyonerin uğradığı zarar dolayısıyla (tali) ... olduğu takdirde bizzat şirket, alacaklı ve aksiyonerin alacağı ile t e l a h u k e d e n bir zarar ve ziyan hakkını haizdir" demektedir. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı: BGE 44 il 38.

³⁵ Dava hakları arasındaki diğer hukuki ilişkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10 IV, § 17 IV.

§ 5. FERDİ SORUMLULUK PRENSİBİ

Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulunun sorumlu olduğu hallerde, bu sorumluluk *bütün kurula dönük olmayıp bireysel* olarak düzenlenmiştir. Nitekim, TK.'nın 336. maddesi yönetim kurulu *üyelerinin* sorumluluğundan bahsettiği gibi, kanunun diğer hükümleri de hep yönetim kurulunun değil, yönetim kurulu *üyelerinin* sorumluluğundan bahsetmektedir¹. Yönetim kurulunun kurul olarak sorumlu tutulmamasından, diğer bir söyleyişle, sorumluluğun ferdi olmasından amaç, yürütme organının siyasal sorumluluğuna benzer bir sorumluluğun, yani kurul halinde sorumlu tutulmanın söz konusu olmamasıdır. Binaenaleyh, ferdi sorumluluk prensibinin anlamı, yönetim kurulu *üyelerinin* sırf yönetim kurulu üyesi bulundukları için, kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın sorumlu tutulamamaları, her bir üyenin ancak kendi kusurlu fiillerinden sorumlu tutulabilmesidir. Kendisine bir kusur izafe edilemeyeceğini ispat edebilen yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu değildir². Yapılan fiil kurul ve organ olarak yönetim kuruluna izafe olunabilse dahi (alınan bir kararın ortaklığa, pay sahiplerine veya ortaklık alacaklılarına zarar vermiş olması hali gibi) yönetim kurulu heyet olarak sorumlu tutulamaz³.

Bundan dolayı, kusuru bulunmayan bir yönetim kurulu üyesinin, sırf yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıması sebebiyle yönetim kurulunun diğer *üyelerinin* neden oldukları sorumluluğa iştirak ettirilmesi kabil değildir⁴. Görüldüğü gibi, ferdi sorumluluk prensibi Kanunumuzun yönetim

1 **Bkz.: TK.** 308, 332, 334, 335, 337, 338,339,341, 346.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 3.

3 Yönetim kuruluna kurul olarak yüklenen görevlerin sorumluluğu, yine bireysel olarak üyelere aittir. Ayrıca bkz.: TK. 317,324,327,365,366,368,375,378,383,389,391 vd.; bkz.: § 7 UI 1.

4 TK. 338bir kusur karinesi kabul ettiği için kusursuzluğun isbatı yönetim kurulu *üyelerine* düşer.

kurulu üyelerinin sorumlulunda kabul ettiği kusur sorumluluğu ilkesinin bir sonucu olmaktadır.

Yukarıda gördüğümüz gibi, yönetim kurulu üyeleri talep hakkı sahiplerine karşı müteselsilen sorumludurlar. Müteselsil sorumluluk, münferit sorumluluk ilkesini ortadan kaldırmaz. Zira müteselsil sorumluluk kusurlu (veya kusursuzluğunu isbat edemeyen) üyeler için söz konusudur. Yönetim kurulu üyelerinin kusursuz olduğunu isbat etmek suretiyle müteselsil sorumluluğun kapsamı dışına çıkması mümkündür.

TK.'nın 339. maddesi, ortaklığın mali ve ticari durumu hakkında yanlış kanı uyandıracak desiseler kullanarak ve gerçeğe aykırı açıklamalar yaparak üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyelerini doğan zarardan kişisel olarak sorumlu tutmaktadır. Yasa koyucunun TK. 336 ve 341. maddelerde getirdiği sorumluluk sistemi dışında kalan bu hükmü hangi amaçla koyduğu anlaşılamamaktadır. Çünkü TK. 339. maddede betimlenen eylem bir haksız fiildir. Bu konuda BK. 41 vd. TK. 321N. maddeleri varken 339. maddeye gerek olmadığı inancındayım.

Bankacılık Kanunu'nun banka yönetim kurulu üyeleri hakkında getirdiği bireysel sorumluluk konusunda § 19'daki açıklamalara bakınız.

§ 6. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEMLERİNİN ORTAKLIĞA İZAFESİ PRENSİBİ

*(Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ - Üyesi Sıfatı ve Bu Sıfatın
Sorumluluk Yönünden Sonuçları)*

Yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatla icra ettikleri bütün işlem ve eylemler anonim ortaklığa izafe olunur. Bu prensip yöneticilerin hukuka uygun fiil ve işlemlerini olduğu kadar, hukuka aykırı eylemlerini de kapsar. Gerçekte, TK. 321 V'in, anonim ortaklık yöneticilerini ortaklık işlerini göürken ika ettikleri haksız fiillerden sorumlu tutan hükmü, MK. 50 II'de yer alan, tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden sorumlu olduğu ilkesinin bir tekrarıdır¹. Bu paragrafta yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı ve bu sıfatın sorumluluk yönünden sonuçları incelenecektir.

I. YÖNETİM KURULUNUN VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ORGAN SIFATI

1. Genel Olarak Organ Kavramı

Tüzel kişilerin medeni hakları kullanabilmeleri, bu hususu ifa için gerekli organların varlığına bağlıdır (**MK. 49**). Organı bulunmayan bir tüzel kişi medeni hakları kullanmak imkanından mahrumdur. Bu hüküm ticaret ortaklıklarda da uygulama alanı bulan bir genel ilkeyi ifade etmektedir (TK. 138/MK. 49).

¹ Öğretilde ve uygulamada, tüzel kişinin mali gücünün ortakların ve alacaklıların menfaatlerini korumaya yeterli olmadığı hallerde tüzel kişilik perdesini aralayarak onun arkasındaki kişileri sorumlu tutabilmenin yolları aranmaktadır. Bu arayışın temel nedeni uygulamada, bağımsız organlarca yönetilen ortaklık türünden farklı, ortaklık içindeki veya tamamen dışındaki bir gücün güdümündeki ortaklık türlerinin karşımıza çıkmasıdır. Bu gibi hallerde ortakların ve alacaklıların menfaatlerinin korunması açısından daha elverişli görüldüğünden, tüzel kişi engelini aşarak şirkete hakim olan kişi ya da kuruluşların sorumlu kılınması olanakları aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Veliye YANLI**, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, 37 vd., 119 vd.

Organ kanuni mümessil gibi tüzel kişiden ayrı bir varlık olmayıp, onun bir parçası, rüknü sayılmaktadır^{1a}. Binaenaleyh, organ tarafından açıklanan irade, organın kendi iradesi değil, tüzel kişinin iradesidir. Oysa, temsilci, kendi iradesini açıklar².

Organ için kesin, kavramsal bir tanım vermek çok güçtür³. Fakat doktrin ve içtihadın genel eğilimi organ kavramını çok geniş yorumlamak yolumdandır. Nitekim, organları belirlemede, kanun, ortaklık anasözleşmesi, (varsa) tüzüğü veya bunlara dayanarak yapılan iç yönetmeliğe göre tesbit kriterini arayan (şekli) görüş⁴ bugün aşılmıştır. Bundan başka, organların tüzel kişinin iç iradesinin oluşumunda rolünün bulunması aranmadığı gibi⁵ hukuki işlemler hususunda tüzel kişinin temsil yetkisinin bulunmasını arayan görüş de⁶ terkedilmiştir. Modern görüşler organ kavramı için temsil yetkisini zorunlu görmemektedir⁷. Kanun, anasözleşme, tüzük veya iç yönetmelikte organ olarak zikredilmiş olmak zarureti artık organ vasfının şartı sayılmaktan çıkmıştır⁸. Tüzel kişiye ait görevleri kanuna, tüzel kişinin anasözleşmesine, tüzüğüne veya iç yönetmeliğine dayanarak bağımsız bir surette ifa yetkisini haiz olan şahıslar⁹ kadar, kendisine tüzüğe sadece dolayısıyla dayanarak¹⁰, fiilen ve haricen belli olacak şekilde bırakılan sadadaki tüzel kişi için önemli ve zaruri görevleri başlı başına yerine getirecek mevkide bulunan şahıslar da organ sayılmaktadır¹¹.

Şu halde, kanun, anasözleşme, tüzük nizamname veya iç yönetmelik gereğince organ olarak tayin edilmemiş olan, tüzel kişinin iradesinin

^{1a} VELİDEDEO(İ)LU/ATAAY 69; DO(İ)ANAY 28; VELİDEDEO(İ)LU, Şahsın Hukuku 192.

² SAYMEN, Şahsın Hukuku 317; DO(İ)ANAY 28; Organ ve temsilci arasındaki diğer farklar için bkz.: ÖZTAN 83 vd.

³ EGGER m. 54/55 N. 6; KAESLİN 22; KREİS 27; ÖZTAN 82.

⁴ PORTMANN 26; ÖZTAN 31 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 48 il 7, 51 il 529.

⁵ EGGER m. 54/55 N. 8; KREİS 35; FEHR, 149; ÖZSUNAY, Tüzel Kişiler 38; VIGIER 42; BGE 68 11 301; Aksi görüş: MEIER-WEHRLİ 21; PORTMANN 25, dnp. 8, 28, 29; OFTINGER II/1, 105 N. 34; Ayrıca bkz.: İsviçre Federal Mahkemesi kararı: BGE 87 il 187.

⁶ Bkz.: BGE 20, II 22; 34 il 497.

⁷ EGGER m. 54/55 N. 8.

⁸ EGGER m. 54/55 N. 7.

⁹ TANDOCAN Mesuliyet 127; EGGER m. 54/55 N. 8; Bkz.: BGE 48 il 7; 54 il 145, 61 II 346; 68 U 287.

¹⁰ EGGER m. 54/55 N. 8.

¹¹ PORTMANN 26; TANI(İ)AN Mesuliyet 127; OFTINGER I/1, 104; EGGER m. 54/55 N. 8; BGE 65 il 6.

oluşumunda rolü olmayan ve tüzel kişinin dış ilişkide iradesini açıklamalda da görevli bulunmayan bir şahıs dahi, kendisine bırakılan tüzel kişiye ait görevleri faaliyet sahası içinde bir bağımsızlığa sahip olarak icra ediyorsa ^{11a}, organ olarak tavsif olunabilecektir. Bu faaliyetlerin bağımsız olarak veya diğer organlarla işbirliği yapılarak, hatta başka bir organın gözetimi altında icrası organın nitelendirilmesine etkili değildir¹².

Tüzel kişilerin organlarının bir kısmı daha ziyade iç ilişkide faaliyet gösteren karar organı mahiyetini taşır; bir kısmı ise, dış ilişkiye akseden işlemler yapan, tüzel kişi ile üçüncü kişiler arasında hukuki ilişki kuran yürütme organlarıdır. Genel kurul bir karar organı niteliğini taşır, yönetim kurulu ise ortaklığın yürütme organıdır¹³.

Tüzel kişinin idaresi ve temsili görevi, görevli kişiye organ vasfını verirse de, bu şahıs kendisine bırakılan sahada bağımsız faaliyet icra etmedikçe ve faaliyeti ortaklık yönünden önemli ve zaruri bir görev vasfını taşımadıkça organ sayılmaz¹⁴.

2. Yönetim Kurulunun ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Sıfatı

Yönetim kurulu, *kurul olarak* anonim ortaklığın organıdır ve yönetim kurulunun organ vasfında tereddüt edilmemektedir¹⁵. Hatta çoğu yazarlar bu sıfatı tartışmaya dahi lüzum görmeksizin kabul etmektedirler¹⁶. Gerçekten, organ kavramı hakkında verilen izahat göz önünde tutulursa yönetim kurulunun anonim ortaklığın organı olduğundan şüphe olunamaz. Yönetim kurulu her şeyden önce kanunen öngörülen bir organ olup (TK. 312), mevcut bulunmaması anonim ortaklık için bir fesih sebebi teşkil eder (TK. 435). Bu açıdan zorunlu bir organdır. Bundan başka anonim

^{11a} Federal Mahkeme, yönetim kuruluna ait işleri yönetim kurulu adına bağımsız olarak icra eden murahhas üyeyi organ saymaktadır (BGE 43 il 129).

¹² Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, bir şirkette müdürlerin kendi nezaretleri altında ortaklığın fiilen iktisadi ve ticari idaresini verdikleri şahısları organ saymıştır. Mesela, Federal Mahkeme bir kollektif ortaklıkta, üst organ ile işbirliği yaparak fiilen bütün ortaklığın idaresini üzerine almış olan **k a t i b i** organ addetmektedir (BGE 48 il 6). Yine bu karara atfen Federal Mahkeme bir fabrikanın **m o n t a j ş e f i n i d e** organ olarak nitelendirmiştir (BGE 59 il 431). Bir bankanın veznedarı ve muhasebecisi de Federal Mahkemenin kanısına göre organ niteliğini taşır (BGE 44 il 136).

¹³ **TANDOtAN**, Mesuliyet 127; Ayrıca bkz.: **ÖZTAN** 95; **ÖZSUNAY** Tüzel Kişiler 39.

¹⁴ **PORTMANN** 25; Ayrıca **TANDOtAN**, Mesuliyet 126, dñn. 92'deki kararlara da bkz.

¹⁵ **ARSLANLI** II 94, 149; **HİRŞ** 212 N. 224, 306 N. 322; **EGGER** m. 54/55 N. 9; **KAESLİN** 24; **SCHULTHESS** 5; **WANDER** 7 vd.

¹⁶ **ANSAY** Anonim Şirketler 84; **ONSUN** 184; **ARAR** 117; **ÖZAYDIN** 59.

ortaklığın yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edileceği hükmünü koyan TK. 319. maddeye göre de, yönetim kurulunun bir yürütme organı¹⁷ olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin münferiden organ sıfatını haiz olup olmadıkları düşünülebilir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, doktrinde organ sıfatı geniş yorumlanmakta¹⁸ kendilerine bırakılan bağımsız iş sahasında ortaklık için önemli görevleri ifa eden yöneticilerin, dış ilişkide temsil yetkisi tanınmamış olsa bile, organ sıfatını kazanabilecekleri kabul edilmektedir¹⁸. AEM.'da verilen izahatta¹⁹ "...temsil selfiliyeti olmadığı halde, kendilerine yalnız idare selahiyeti bırakılmış veya verilmiş olan *idare meclisi azası* veya *müdürlerin uzuv* vasfı bakidir" denilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin organ sıfatları uygulamada da kabul edilmektedir²⁰. Hatta doktrinde, TK. 319. maddeye göre yönetim hakkı ve temsil yetkisi kendisine bırakılan yönetim kurulu üyesi olmayan bir şahsın da organ niteliğini kazanacağı savunulmaktadır²¹. Yine bunun gibi, dış ilişkide ortaklık adına işlem yapmaya yetkili olmayan bir teknik müdür de (esas sözleşmeye göre tüzel kişiye izafetle hareket etmek yetkisine sahip bulunmak şartıyla) organ sayılmaktadır²², 22a. Buna karşılık, TK. 342. madde gereğince münhasıran ortaklık işlemlerinin icrası için tayin olunan müdürlerin organ olup olmadıkları konusunda görüş birliği yoktur. Kanımca, 342. maddedeki müdürlerin yönetim kurulunun emir ve talimatı altında bulunmaları organ sıfatını kazanmalarına engel değildir^{22b}. Kendilerine bağımsız bir çalışma alanı bırakılmış olduğu takdirde hizmetli ol-

¹⁷ Kavram için bkz.: **PORTMANN** 20, 21; **ÖZTAN** 95.

¹⁸ **ARSLANLI** II 150; **EGGER** m. 54/55 N. 9'a da bkz.

¹⁹ AEM. m. 321, s. 380.

²⁰ Tic. D. 29.01.1954 N. 3689/537 kararında, "ortaklığın uzuv I arından olan davalı yönetim kurulu başkan ve üye I erinden" bahsetmektedir (**SUNGUR** II 342 N. 201). İsviçre Federal Mahkemesi müdürleri organ saymayan eski görüşünü değiştirmiştir. Bkz.: BGE 65 il 6, 65 il 98; 72 II 342.

²¹ **ARSLANLI** il 150; **ANSAY**, Anonim Şirketler 84; Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı: BGE 43 II 129; Karş. **MIMAROĞLU** 1, dpn. 2.

²² **ARSLANLI** II 150; Federal Mahkeme, banka müdürünü organ sayar (BGE 68 il 301).

^{22a} İsviçre'de müdür ve ticari mümessil genellikle organ sayılmaktadır. Bkz.: **SCHUCANY** Art. 717 N. 3; **BÜRG** Art. 717 Nr. 27; **VIGIER** 24; **BIGGEL** 13; **FEHR** 149; BGE 65 II 6; 68 il 289; 72 II 65. Maamafih, farklı görüşlere de rastlanmaktadır. Bkz. **ÖZTAN** 74n5. T il r k uygulamasında Yargıtay HGK. 15.01.1964, E. 600 D-T, K. 55 sayılı kararında, şube müdürlerinin sözleşme gereğince organ olduğunu söyleyerek ortaklığı mahkemede temsil edebileceğini kabul etmiştir (Batider 111/1, 163; Ank. Bar. Der. 1964/4, 423).

^{22b} Bkz. Yukarıda d8pn. 12 ve ilgili metin; **ÖZTAN** 102.

maktan²³ çıkıp, organ seviyesine yükselirler^{23a}.

Kanaatımca, yönetim kurulu üyelerinin sıfatlarını tayin edebilmek için iki kavramı birbirinden ayırmak gerekmektedir: *Organ* ve *organ görevlisi üyeler* (*Organwalter*; *Organtriiger*). Organ kavramı bir görevler ve yetkiler makamını ifade eder ve tüzel kişi kavramı gibi soyuttur. Organın faaliyetleri, organın soyut yapısından doğan bir zorunlulukla organ görevlisi üye vasfındaki gerçek kişiler tarafından görülmür. Şayet organ tek bir şahıstan ibaretse, gerçek kişi organ ve organ görevlisi üye (*Organwalter*, *Organtriiger*) vasıflarını şahsında toplar. Bu takdirde bir şahıs-organdan söz edilir. Eğer organ birden çok üyeli ise karşımızda bir kurul-organ vardır. Üyeler teker teker organ görevlisi üyelerdir, birlikte organ olarak hizmet ederler. Organ, tüzel kişinin bir parçası olduğu için bu sıfatla tüzel kişiye karşı hak ve yükümlerin süjesi olamaz. Tüzel kişi karşısında hak ve borçların hamili sıfatını organ görevlisi üyeler kazanabilir²⁴. Binaenaleyh, organ ile tüzel kişi arasında sadece organik bir ilişki olduğu halde, organ görevlisi üye ile tüzel kişi arasında onlara bu sıfatı kazandıran bir hukuki ilişki mevcuttur. Bu temel ilişkide çoğu kere hizmet veya vekalet akitleri yer alır²⁵. İşte yönetim kurulu üyelerinin hukuki durumu da bu açıklamanın ışığı altında değerlendirilmek gerekir. Kısaca, yönetim kurulu üyeleri, bir kurul organ niteliğini taşıyan yönetim kurulunun organ görevlisi üyeleridir²⁶, ^{26a}, ^{26b}.

Tüzel kişilerin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin gönderen tüzel kişinin organı olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. G. Schucany²¹, temsilci üyeyi, gönderen anonim ortaklığın organı saydığı gibi, Tekinalp de²⁸ temsilciye organ vasfını tanımakta ve organ-üye deyimini kullanmaktadır. Bu konuda Tandoğan²⁹ "Hükmi şahsın iradesine müessir şekilde katılan şahısların" da organ sayılmasını savunarak, temsilci üyenin bu vasıfları haiz bulunup bulunmadığının her müşahhas olayda aranması ve ona göre bir sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir. Buna karşı

²³ Bkz. § 14 ili.

²³¹ SCHUCANY Art. 717 N. 3; Karş. ARSLANLI il 150; MİMARO(LU 1, dpn. 2, 76.

²⁴ Bkz.: KREIS 227, 42, 43 vd.

²⁵ Bkz.: § 9 il 3; Karş. ve inceleyiniz: TANDOCAN Mesuliyet, 126, 127; PORTMANN, 90.

²⁶ HIRŞ, (306 N. 322) "organ Uye" deyimini kullanır.

^{26a} Bkz.: İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 228.

^{26h} HELVACI (s. 30) yönetim kurulu üyelerinin organ olduğu görüşündedir.

n G. SCHUCANY 86.

²⁸ TEKİNALP 34, 128 vd.

²⁹ TANDOCAN Hükmi Şahısların Idare Meclisinde Temsili, 24.

bazı yazarlar, ezcümle *Falkeisen*³⁰ ve *Capitaine*³¹ temsilci üyenin organ sıfatını reddederler. Sözü geçen müelliflere göre, temsilci üyenin fiillerinin gönderen tüzel kişiye izafe olunacağı söylenemez. Çünkü temsilci, tüzel kişinin menfaatlerini ancak anonim ortaklığın menfaatleri ile çatışmadığı ölçüde koruyabilir³². Yine bu görüşün savunucusu olanlar, temsilci üyenin seçiminin ve azlinin anonim ortaklık genel kuruluna ait olması sebebiyle gönderen tüzel kişi ile arada bir tabiiyet bağı bulunmamasını, temsilci üyenin gönderen tüzel kişinin değil, bilakis anonim ortaklık genel kurulunun talimatı ile bağlı bulunmasını organ olmadığı hususunda delil gösterirler^{32a}.

Kanımca, tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin gönderen tüzel kişinin organı sayılması mümkün değildir. Çünkü, temsilcinin gönderen tüzel kişinin organı olduğunun kabulü, hukuken bizzat tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazandığı anlamına gelir **ki, TK. 312. maddenin 2. fıkrası ve AEM.'da 312. madde hakkında verilen izahat karşısında Türk pozitif hukukunda bu sonucun kabulü imkansızdır. Nitekim TK. 312 II aynen "hükmi şahısların idare meclisi üyesi olamayacak"larından bahsetmekte, AEM. ise (m. 312, s. 380) "...hükmi bir şahsın ortak olsa bile idare meclisi azası seçilemeyeceği..."ni belirtmektedir**³³. Öte yandan, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi ve modern doktrin organ kavramını, hatta alelade bir teknik müdüre teşmil edecek kadar genişletmek eğiliminde ise de, bağlı bulunduğu tüzel kişinin menfaatlerini ancak anonim ortaklığınkı ile çatışmadığı hallerde nazarı itibare alabilecek olan, seçimi ve azli tamamen anonim ortaklığa ait bulunan bir şahsın ortak tüzel kişinin organı sayılması kabil değildir. Türk doktrininde *Imregün* de bu görüşü paylaşmaktadır^{33a}. İsviçre doktrininde *Steiger*^{33b} ve *Schulthess*^{33c}

³⁰ **FALKEISEN** 83 vd.

³¹ **CAPITAINE** 91.

³² **TANDOĞAN** Hükmi' Şahısların idare Meclisinde Temsili 21; ayrıca dñn. 69 inceleyiniz.

^{32a} **FALKEISEN** 83 vd.; **CAPITAINE** 91 a; **TANDOĞAN** Hükmi' Şahısların idare Meclisinde Temsili 22, dñn. 71 bkz.

³³ AEM'da limited ortaklığın yönetimj ve temsilini düzenleyen TK. 540. maddeye ilişkin açıklama da (m. 540, S. 387) bu görüşü destekler niteliktedir.

^{33a} Bkz.: **IMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 228. Buna karşılık kamu tüzel kişilerinin TK. 275. madde gereğince bir anonim ortaklığın yönetim kuruluna temsilci göndenneleri halinde yönetim kurulu üyeliği sıfatını kamu tUzel kişisine tanımaktadır (s. 229). Kanımca, kamu tüzel kişilerinin de yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanmaları mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi ve gerekçe için bkz. § 16 II 2 a.

^{33b} **STEİGER** (Çağa) 258.

^{33c} **SCHULTHESS** 22.

ancak gerçek kişilerin yönetim kurulu üyeliğine seçilebileceğini belirtmektedir.

Temsilcinin vekil ve müstahdem sıfatını taşıyıp taşımadığı da doktrinde tartışılmıştır. Bizce bunların, hiç olmazsa muayyen şartların gerçekleşmesi halinde müstahdem veya vekil sayılabileceği kabul edilmelidir³⁴.

Yazarlar, temsilci üyenin gönderen tüzel kişinin organı olup olmadığını tartışmışlar buna karşılık anonim ortaklığın organı olup olmadığı hususunda genellikle fikir beyan etmemişlerdir. Kanaatımca, temsilci üye gönderen tüzel kişinin organı sayılamayacağı halde yönetim kurulu üyesi bulunduğu anonim ortaklığın organ görevlisi üyesidir³⁵. Çünkü temsilci üyenin hukuki durumu diğer yönetim kurulu üyelerinden farklı olmayıp, seçimleri ve azilleri de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi anonim ortaklık genel kuruluna ait bulunmaktadır. Bu suretle anonim ortaklık genel kurulunun tayin veya seçim tasarrufu ile, anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasında organ üyeliğine atanma hususunda bir ilişki kurulmuş olur. Temsilci üyenin faaliyetleri organ görevlisi üye sıfatının sonucu olarak anonim ortaklığa izafe olunur.

İL. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ORGAN GÖREVLİSİ ÜYE SIFATININ SORUMLULUK YÖNÜNDEN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın organ görevlisi üyeleri olarak nitelendirilmesinin sonucu onların fiil ve işlemlerinin tüzel kişiye izafe edilmesidir. Yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatla açıkladıkları irade anonim ortaklığın iradesi sayılacaktır. Binaenaleyh, yöneticiler anonim ortaklığın medeni hakları kullanma ehliyeti kapsamına giren bütün işlemlerini yapacaklar ve bu işlemler anonim ortaklık tarafından yapılmış ad-dolunacaktır. Nitekim, Ticaret Kanunu'nun 319. maddesi anonim ortaklığın idare ve temsilinin yönetim kuruluna ait olduğunu belirtmekte ve 321. maddesi de anasözleşmede aksine hüküm olmadıkça, ortaklığın iki yönetim üyesinin imzası ile ilzam edileceği kuralını koymuş bulunmaktadır.

³⁴ Bkz.: § 16 I 2 ab d.

³⁵ İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 228; CAPİTAİNE 90/1 a "organı olacağını" söyler.

Anonim ortaklık davada yönetim kurulunun bu işle görevlendireceği üyeleri tarafından temsil olunabilecek, davada teklif edilen yemin anonim ortaklık adına yöneticiler tarafından eda edilecek, yine bunun gibi yöneticilerin ikrarı anonim ortaklık tarafından yapılmış sayılacaktır³⁶. Bir konuyu bilmenin hukuken önem taşıdığı hususlarda, bir yöneticinin bu konuda bilgi sahibi olması anonim ortaklığın vakıf sayılması için yeterli addedilecektir^{36a}. Yine iyiniyet ve kötüniiyetin hukuki sonuçlar doğuracağı hallerde bu inançlar yönetim kurulu üyelerinde aranacaktır.

2. Yönetim Kurulu Üyelerinin Organ Görevlisi Sıfatının Sorumluluk Yönünden Sonuçları

a. *Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin işlemleri Sebebiyle Akdı Sorumluluğu*

Organ, tüzel kişinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle organların bütün işlemleri bizzat tüzel kişi tarafından yapılmış sayılır. MK. 50 II hükmüne göre "*Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar*". Medeni Kanunda ifadesini bulan bu genel ilkenin anonim ortaklık yönünden TK. 336. maddede tekrarlandığını görüyoruz: "İdare meclisi üyeleri anonim şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden şahsen mesul olmazlar." Bu iki hüküm gereğince, yönetim kurulunun ortaklık adına yaptığı hukuki işlemlerin sonuçları tüzel kişi adına doğar; yönetim kurulu üyelerinin kural olarak diğer akide karşı sorumluluğu yoktur³⁷.

Anonim ortaklığın idaresi ve temsili görevi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu anonim ortaklığı bağlayan işlemleri üçüncü kişilerle bu yetkiye dayanarak yapar. Ortaklığın bağlı olduğu sözleşmelerden doğan yükümlerin yerine getirilmesi de yönetim kurulunun görevidir. Sözleşmeden doğan borçların gereği gibi yerine getirilmemesinin sonuçları da yine tüzel kişiyi bağlar. Bu gibi hallerde tüzel kişi akde aykırılık nedeniyle BK. 96 vd. hükümleri gereğince sorumludur³⁸. Yoksa organ, tüzel kişinin yardımcı şahsı olarak kabul edilemeyeceği için tüzel kişinin sorumluluğuna BK. 100. maddesinin uygulanması düşünülemez³⁹.

³⁶ EGGER m. 54/55 N. 13.

^{36a} Bkz.: § 8111 4.

³⁷ ÖZTAN 123; PORTMANN 36.

³⁸ PORTMANN 36; HARTMANN 64; ÖZTAN 124.

³⁹ Bkz.: ÖZTAN 124.

b. Yönetim Kurulu Üyelerinin Haksız Fiillerinden Anonim Ortaklığın Sorumluluğu

Organların hukuka uygun işlemleri olduğu kadar hukuka aykırı eylemleri de tüzel kişiyi bağlar. Kanun koyucular, organların hukuka uygun fiil ve muamelelerinden yararlanan tüzel kişiyi, onların, ortaklık işlerini görürlerken ika ettikleri hukuka aykırı işlem ve eylemlerden de sorumlu tutmuşlardır. Bu çözüm tarzı, "nimet külfet karşılığıdır" prensibinin bir gereği ve hakkaniyet icabı olduğu gibi, tüzel kişinin zararı yüklenme gücünün daha fazla olması sebebiyle, menfaatler dengesine de uygundur⁴⁰. Bu prensip de MK. 50 II'de ifadesini bulmuştur. Nitekim fıkraya göre *"organlar hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokarlar."* Aynı kural, TK. 321 V'de anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin haksız fiilleri açısından tekrarlanmıştır⁴¹: "Temsile veya idareye selfiliyetli olanların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden anonim şirket mesul olur" şeklinde ifade edilmiş olan bu hüküm MK. 50 II'deki genel prensibe açıkça uygulama alanı tanınan hallerden birisidir⁴². Belirtmek gerekir ki MK. 50 II veya TK. 321 V'deki kuralın uygulanabilmesi için her şeyden önce, haksız fiil ika eden şahsın ortaklığın organ görevlisi üyesi olarak nitelendirilebilmesi gerekir. Şayet bir organ görevlisi üye değil de sadece bir hizmetli⁴³ karşısında bulunuyorsak durum, sorumluluk yönünden büyük ölçüde farklılık gösterir«. Çünkü hizmetlinin haksız fiillerinden çalıştırana sorumlu tutan BK. 55 maddesi, adam çalıştırana kurtuluş beyyinesi getirmek imkanı verdiği halde MK. 50 II gereğince organının (organ görevlisi üyenin) haksız fiilinden sorumlu olan tüzel kişinin kurtuluş beyyinesi getirmesi mümkün bulunmamaktadır⁴⁵. Bundan başka, BK. 55. madde gereğince adam çalıştırının sorum-

⁴⁰ **EGGER** m. 54/55 N. 2.

⁴¹ Bu kural, diğer ticaret ortaklıklarında da geçerlidir. Bkz.: Kollektif ortaklıklar için TK. 177 il, limited ortaklıklar için TK. 542 il, kooperatifler için KoopK. 59 111.

⁴² AEM. m. 321 s. 380; ayrıca bkz. Tic. O. 28.01.1958 N. 3568/237 (Son lçt. 137/3988; aynı karar, Tat. Yar. Kar. 105/2677).

⁴³ Organ ve müstahdem ayırımı için bkz.: **STEINBRÜCHEL**, 32 vd.; 51 vd.; **ÖZTAN** 91 vd. Müstahdem kavramı için bkz.: **TUHR** (Edcge) 1 419; **ARSEBÜK** 578; **TANDÜTAN**, Mcsuliyet 109 vd.; **SAYMEN/ELBİR**, 1/1, 419.

⁴⁴ Fazla bilgi için bkz.: **TANDOCAN**, Mcsuliyet 123 V.

⁴⁵ **SUTER**, 172 vd.; **STEINBRÜCHEL**, 75; BGE 70 II 221; 7711249; 82 il 533.

lu kılınabilmesi için, hizmetlinin kusurunun aranmaması⁴⁶, BK. 50 II'ye göre tüzel kişinin sorumlu tutulması için organın (organ görevlisinin) kusuru olması gereği uygulama açısından⁴⁷ önemli bir fark daha ortaya çıkarmaktadır.

Şimdi, 321 V'in uygulama şartlarına gelirse, bu kural MK. 50 II'nin anonim şirketlerdeki özel bir uygulama şekli olduğuna göre, tatbik şartların farklı değildir. Bundan dolayı anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için:

ha. Anonim ortaklığın organının bir fiili olmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın organ görevlisi üyeleri olduklarını yukarıda belirtmiştim. Her ne kadar TK. 321, V: "Anonim şirtetin idareci veya temsilcileri" terimini kullanmış ise de AEM.'da⁴⁸ bununla anonim ortaklığın organlarının (organ üyelerinin) kastedildiği açıklanmıştır.

bb. Yönetim kurulu üyelerinin haksız fiili "vazifelerini yaptıkları sırada" ika etmiş olmaları gerekir⁴⁹.

Nasıl ki BK. 55. maddeye göre adam çalıştırmanın hizmetlisinin haksız fiilinden sorumlu olması için, haksız fiilin, kendi işleri görülürken ika edilmiş olması gerekli ise⁵⁰ anonim ortaklığın sorumlu olması için de yönetim kurulu üyelerinin bu fiili organ görevlisi sıfatı ile kendilerine düşen görevleri ifa sırasında işlemiş olmaları gerekir⁵¹. Daha doğru bir ifade ile haksız fiil, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ait bir görevi ifası sırasında bu görev dolayısıyla işlenmiş olmalıdır. Yani, fiilin geniş anlamda organın görevinin kapsamı içinde olduğu kabul edilebilmelidir⁵².

⁴⁶ Bkz.: 27.03.1957, lçt. b.k. Fl K/3 (RG. 9640), OĞUZMAN, Kemal, içtihat Tahlili, IHFM. 23/1-2, s. 188, 189; SENGURBEY, İsmet, Karar Tahlili, 1st. Bar. Der. 1957/6, 165; TANDOĞAN, Mesuliyet, 108; İMRE 148; TUHR (Edege), I 420.

⁴⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet 125; EGGER ni. 54/55 N. 29; ÖZTAN 135; BGE 79 II 71; 84 II 383.

⁴⁸ AEM. m. 321, s. 380; Aynca bkz.: ÖZTAN 90/91; HARTMANN 65.

⁴⁹ SCHUCANY Art. 718 N. 4; DOĞANAY 27; ÖZSUNAY Tüzel Kişiler 43; ÖZTAN 133. Bu prensip bütün Avrupa Hukuk sistemlerinde uygulama alanı bulan bir prensiptir. bkz.: OMMESLAGHE 404 N. 297.

⁵⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 126.

⁵¹ EGGER m. 54/55 N. 19; TANDOĞAN Mesuliyet 126; K.REİS 51.

⁵² PORTMANN 33 vd.

be. Yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı ve *kusurlu bir fiili*⁵³ bulunmalı ve bu fiil hukuka aykırı (haksız) olarak nitelendirilebilmelidir. Şayet yönetim kurulu üyeleri, anonim ortaklığın tarafı olduğu bir sözleşmeyi ihlal edecek olurlarsa bu fiil anonim ortaklığın sayılacağı için karşı akit, TK. 321 V veya MK. 50 II değil, BK. 96 ve devamına dayanabilecektir.

bd. TK. 321 V gereğince sorumlu tutulabilmek için anonim ortaklığın kusurlu olması aranmaz. Diğer bir deyişle TK. 321 V (MK. 50 II) ile tüzel kişiye yüklenen sorumluluk kurtuluş beyyinesi dahi getirilmesi mümkün bulunmayan⁵⁴ bir kusursuz sorumluluk halidir⁵⁵.

c Yönetim Kurulu Üyelerinin Haksız Fiillerinden Şahsi Sorumlulukla.n

Gerek tüzel kişiyi organının (ve organ üyelerinin) haksız fiilinden sorumlu tutan MK. 50 II gerekse bu hükmü anonim ortaklık için tekrar-layan TK. 321 V maddeler, organlarının haksız fiillerinden sorumlu olan tüzel kişinin kusurlu organ üyelerine rücu edebileceğini kabul etmektedirler. Çünkü kusurlu fiillerinden dolayı tüzel kişiyle birlikte organ da şahsen sorumlu bulunmaktadır (MK. 50 III). Nitekim TK. 321 V de anonim şirketin, kusurlu yönetim kurulu üyesine rücu hakkını saklı tutarak aynı prensibi (zımnen) kabul etmiş bulunmaktadır. Şu halde anonim ortaklık ve yönetim kurulu üyesi, haksız fiil davacısı karşısında iki sorumlu olarak yer alırlar ve aralarında *eksik teselsül* prensibi cari olur⁵⁶.

Anonim ortaklığın kusurlu yönetim kurulu üyelerine karşı rücu hakkı, aralarındaki vekalet hükümleri uygulanan hukuki ilişkiye göre çözümlenir. Çünkü yönetim kurulu üyesinin üçüncü şahıslara ika ettiği haksız fiiller genellikle ortaklıkla aralarındaki akdin bir ihlalini teşkil eder.

⁵³ **EGGER** m. 54/55 N. 20; **OCUZMAN/ÖZ** 532; **İMRE**, 159; **ÖZTAN** 135; **ÖZSUNAY** Tüzel Kişiler 44. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları: BGE 633 il 89; 79 il 71; 84 il 383.

⁵⁴ **STEINBRÜCHEL** 75; **SUTER** 172 vd.

⁵⁵ Bkz.: **v. TUHR** (Edege) I 425; **OFTINGER** I 14, 19, 20; **İMRE** 159; **TANJİ** (AN Mesuliyet.125; **EGGER** m. 54/55 N. 2; **KREIS**, 25, 64, 79; **STEINBRÜCHEL** 52. Doktrinde, organın iradesinin tüzel kişinin iradesi sayılacağı gerekçesi ile, organın kusurlu fiilinin tüzel kişinin fiili sayılması gerektiği, bu nedenle burada kusura dayanan bir sorumluluk hali bulunduğu da savunulmuştur. Bkz.: **PORTMANN** 92. 93; **REISO** (LU 65; **SAYMEN/ELBİR** 1/1, 407.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 4 I, 2.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri ika ettikleri bir haksız fiil ile TK. 321 V gereğince anonim ortaklığın da sorumlu tutulmasına sebebiyet verdikleri takdirde gerek temsilcilerin, gerekse kamu tüzel kişisinin (TK. 275 il) anonim ortaklığa, alacaklılara ve ortaklara karşı rücu sebebiyle sorumluluğu söz konusu olabilir^{57, 58}.

⁵⁷ **STEİGER** (Çağa) 325; Ayrıca bkz.: § 15 il 2, b.

⁵⁸ BankK.'nın 127. maddesinin 5, 6, 7 ve 8. fıkraları Fon'a alınan banka ya da şirketlere Fon tarafından atanan yönetim kurulu üyeleri için özel bir düzenleme getirmiş; bu üyelere karşı açılacak sorumluluk davalarını Fon'a karşı açılmış saymış ve bu üyelere karşı (doğrudan doğruya) sorumluluk davası açılmayacağını hükme bağlamıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN HALLER

§ 7. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN GENEL SORUMLULUK HALLERİ

I. GENEL OLARAK

Ticaret Kanunumuz yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili genel hükümleri 336/341. maddelerinde düzenlenmiştir. Öyle ki, 336. maddenin 1-4. bendlerinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren bazı münferid haller sayılmış, 5. bendde ise konan genel bir hükümle, kanun veya anasözleşmenin yüklediği *sair görevleri* kusurlu olarak yerine getinmeyen yönetim kurulu üyeleri 336 ve izleyen maddelerdeki koşullar uyarınca sorumlu tutulmuştur. Genel sorumluluk hallerinde, sorumluluk 336-341. maddelerin öngördüğü şartlara tabidir. Yani yöneticilerin sorumluluğuna hakim olan teselsül ve kusurlu sorumluluk ilkeleri bu hallerde yürür. Yine bu hallerde, alacaklılara ve ortaklara dolayısıyla görülen zararlar için dava açmak imkanı tanınmıştır. TK. 309'da düzenlenen zamanaşımı süreleri de bu hallerde uygulanır. Buna karşılık yönetim kurulu üyeleri için 336-341. maddelere tabi olmayan, şartları, hükümleri ve müeyyideleri kendi içinde düzenlenmiş özel sorumluluk halleri de öngörülmüştür.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genel hükümleri arasında yer alan 337. maddede ise, yeni tayin olunan veya seçilen yönetim kurulu üyelerine bir ek görev yüklenmiş bulunmaktadır. Söz konusu üyeler kendi-

terinden önceki yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerin incelenmesi ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması ile yükümlüdürler. Bu görevi gereği gibi yerine getiren yönetim kurulu üyeleri, seleflerinin sorumluluklarına iştirak ettirilmişler ve onlarla birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır.

il. TK. 336'DA SAYILAN SORUMLULUK HALLERİ

Genel sorumluluk hallerini düzenleyen TK. 336. madde, 1-4. bendlerinde, dört münferit sorumluluk haline yer vermiştir. Beşinci bendinde ise yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren hallerin tesbiti konusunda genel bir hüküm koymuştur. Kanun koyucunun 336. maddenin 5. bendindeki genel hüküm varken, 1-4. bendlerde bazı sorumluluk hallerini özellikle saymış olması, belki de bu hallere özel önem verdiğini gösterir. Nitekim bu sebeple doktrinde 1-4. bendlerde bir kusursuz sorumluluk hali bulunduğu da ileri sürülmüştür¹. 336. maddenin 1-4. bendlerindeki sorumluluk hallerinin bir özelliği de, bu görevlerin bir murahhas üyeye bırakılması halinde, sorumluluğun sadece murahhasa ait olmayıp yine bütün yönetim kurulu üyeleri için müteselsil sorumluluk kuralının geçerli olmasında görülür. Diğer bir deyişle, bunlar yönetim kurulunun *devri kabil olmayan* görevlerindendir. Şayet, 336. maddenin 5. bendinde zikredilen "kanun veya esas mukavelenin yüklediği sair görevlerden" biri veya bazıları bir murahhas üyeye bırakılmışsa görevli üye bireysel olarak sorumlu olur, teselsül ilkesi yürümez.

TK. 336. maddenin 1-4. bendlerinde düzenlenmiş olan sorumluluk halleri şunlardır:

1. "Hisse Senetleri Bedellerine Mahsuben Pay Sahipleri Tarafından Vuku Bulan Ödemelerin Doğru Olmaması" (TK. 336 N 1)

336. madde 1. bendinde daha ziyade yönetim kurulu üyeleri ile bir ortak arasındaki anlaşma sonucunda hisse bedelinin tümünün veya bir kısmının ödenmiş gösterilmesi halini sorumluluk sebebi saymıştır. Hisse bedelinin gerçeğe aykırı olarak ödenmiş gösterilmesi halinde, ortakların ve bilhassa ortaklıkla işlem yapacak üçüncü kişilerin (alacaklıların) zarar göreceği şüphesizdir^{1a}.

¹ Bkz.: § 3 il.

^{1a} Ayrıntılı bilgi için bkz.: MİMAROCLU 49 vd.

^{1b} UÇAR (s. 80) bu bentten doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu görüşündedir.

Bu varsayımda pay borcu eksik gösterilen ortakla eyleme katılan yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olurlar. Hisse bedeli ödemelerinin gerçeği yansıtmaması olgusunda ihmali bulunan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi ise bu bağlamda oluşan zararın ilgili ortaklardan tahsil edilememesi koşuluna bağlı olmalıdır. Zira ortaklığın eksik ödeme nedeni ile ilgili ortağı icra yolu ile izlemek veya TK. 407, 408. maddeler uyarınca bu paylardan doğan haklarından yoksun bırakmak imkanı vardır ve sermaye eksikliğinin tamamlattırılması da yönetim kurulunun görevleri arasındadır. Hukuki sorumluluğun zarar koşulu da ancak pay bedelinin borçlu ortaktan tahsil edilememesi halinde gerçekleşecektir. Bu açıdan TK. 336 N. I hükmü uyarınca pay bedeli ödemelerinde kusuru bulunan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi ancak eksik bedelin borçlu ortaktan tahsil edilmeyeceğinin saptanmasından sonra mümkün olmalıdır.

2. "Dağıtılan ve Ödenen Kar Paylarının Hakiki Olmaması" (TK. 336 N. 2)

Anonim ortaklıklarda kar, pay sahibinin şarta bağlı bir talebidir. İş yılı sonunda kar tahakkuk etmiş olup da bu karın kanun ve ana sözleşme gereğince dağıtılmasına genel kurulca karar verilince, bu talep hakkının gerektirdiği şart gerçekleşmiş ve kar talebi bir adı alacak haline gelmiş olur. Tahakkuk eden kar üzerinde tasarruf yetkisi genel kuruldadır. Kar dağıtımında yıllık bilanço esas alınır. Ortaklara müstakbel kar paylarına mahsuben avans verilemez.

Anonim ortaklık karı ancak safi kazançtan veya birikmiş kar olarak nitelenen olağanüstü yedek akçelerden dağıtabilir. Aksi takdirde yapılan kar dağıtımını sermayeden iade niteliği taşır ve ortakların ve alacaklıların zarar görmelerine yol açar.

Kanun zarar mevcut olmasına rağmen kar gösterilmesi sonucu haksız yere ve kötü niyetle dağıtılan sanal karı iadeye tabi tutmuştur². Fakat iade davasını fiktif kar dağıtımını ile meydana gelen zararı tamir için her zaman yeterli görmemiş, ayrıca dağıtılan kar paylarının gerçek olmamasından yönetim kurulu üyelerini de sorumlu tutmuştur^{2a}. Şayet kar yok iken, kar gös-

^{1c} Karş.: PULAŞLI Şirketler 467; HELVACI 40.

² Fazla bilgi için bkz.: ARSLANLI I 127 vd.

^{2a} Ayrıca bkz.: MİMAROCLU 53 vd.; ATAN 103 vd.

terilmişse (kasden veya ihmal sonucunda) veya dağıtım hususunda genel kurul karar yokken dağıtılmışsa veya kar payı karşılığı avans verilmişse yönetim kurulu üyeleri bundan sorumludurlar. Ayrıca, bilanço ile kar ve zarar hesabının düzenlenmesi de yönetim kurulu üyelerinin görevleri içinde bulunduğu için bilanço ile kar ve zarar hesabının gereği gibi düzenlenmesinden de yönetim kurulu üyeleri sorumludurlar. 336. maddenin 2. bendinin "dağıtılan ve ödenen kar paylarının gerçek olmaması" ibaresi geniş yorumlanırsa, kar dağıtımına esas teşkil eden bilanço ile kar ve zarar hesabının düzenlenmesindeki hatalar hususunda da yönetim kurulu üyelerini 336. maddenin 2. bendine göre sorumlu kılmak kabil olur. Zaten bilanço ile kar ve zarar hesabının düzenlenmesindeki hatalardan dolayı sorumluluk, burada kanunun yönetim kuruluna yüklediği bir görev söz konusu olduğu için, 336. maddenin 5. bendi gereğince de sağlanabilir.

3. "Kanunen Tutulması Gereken Defterlerin Mevcut Olmaması veya Bunların İntizamsız Surette Tutulması" (TK. 336 N 3)

a. Tutulması Gerekli Defterler

Anonim ortaklık bir ticaret ortaklığı olarak Ticaret Kanunu'nun 18. maddesine göre tüzel kişiliğe sahip tacirlerden olduğuna göre, TK. 66 maddenin amir bulunduğu defterleri tutmakla yükümlüdür (yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ve karar defteri). 66. maddenin tasrih ettiği tasdike tabi defterlerden başka, 1465. madde gereğince işletmenin hacim ve öneminin gerekli kıldığı sair defterleri (beyana tabi defterler) de tutmakla görevlidir. Bilhassa ispat hukuku yönünden önemli olan husus, beyana tabi defterlerin tutulmamasının bütün defterlerin lehde delil olma vasfını düşürmesi ve anonim ortaklığın defterlerinin delil gücünden yararlanmasına imkan bırakmamasıdır. Bunlardan başka kanunun anonim ortaklık için öngördüğü defterleri de tutmak yönetim kurulunun görevidir. Bunlar pay defteri (TK. 326/1, 417), tahvil sahipleri defteri (TK. 428), genel kurul tutanaklarının yazıldığı toplantı ve müzakere defteri (TK. 326 N. 2) ve TK. 66. maddede öngörülmüş olmasına rağmen anonim ortaklık için TK. 326 N. 3'de ayrıca zikredilen yönetim kurulunun toplantı ve müzakerelerinin yazılmasına mahsus, yönetim kurulu karar defteridir.

Her ne kadar 326. maddenin 3. bendi sadece defterlerden bahsetmişse de, kanımca, tacirlerin saklamakla yükümlü oldukları sair belgeler de (TK. 66 II) bu kavramın geniş yorumu içinde yer alır^{2b}. Nitekim 62 II maddenin

^{2b} Aynı kanıda: MİMAROĞLU 59; ATAN 106.

ticari defterlerin kanuna uygun tutulmaması veya hiç bulunmaması hali gibi, saklanması gereken belgelerin de gereği gibi saklanmaması halini milliyetlendiren hükmü bu fikri doğrulamaktadır. Mamafih, saklanması gereken belgelerin 336. maddenin 3. bendine girdiği kabul edilmese dahi sözü geçen belgelerin saklanması 336. maddenin 5. bendi anlamında kanunen yönetim kuruluna yüklenmiş bir görevdir ve saklanmaması halinde yönetim kurulu üyeleri 5. bend gereğince sorumlu tutulabilir.

b. Defterlerin Mevcut Olmaması veya intizamsız Tutulması

TK. 336 N. 3 "Kanunen tutulması gereken defterlerin *mevcut olmaması* veya bunların *intizamsız tutulması*"nı sorumluluk sebebi saymaktadır. Defterlerin intizamsız tutulması terimi ile ifade edilmek istenen nedir? Acaba bununla defterlerin kanuna aykırı tutulması mı ifade olunmak istenmiştir, yoksa intizamsız tutulma kanuna aykırılıktan daha geniş bir kavram mıdır?

Kanımca, kanun koyucu, "intizamsız tutulması" deyimini belirli bir amaçla kullanmamış, bununla "defterlerin kanuna aykırı tutulmasını" ifade etmek istemiştir^{2c}.

Kanuna ay/anlık, defterlerin adet olarak tamam olmaması, içerik olarak vaktinde işlenmemesi, defterlerin Türkçe ve memleket parası ile tutulmamış veya açılış, kapanış lastiklerinin ve sicil beyanlarının zamanında yaptırılmamış olması, kayıtlar arasında çelişki bulunması gibi hususları içine alır.

c. TK. 336 N. 3'ün 67. madde ile ilişkisi

Ticari defterlerin hiç tutulmaması veya intizamsız tutulması halinde yönetim kurulu üyeleri, 336 ve müteakip maddelere göre sorumlu tutulmuşlardır. Bunun yanında, TK. 67. maddenin 2. fıkrası da defterlerin hiç tutulmaması veya kanuna aykırı tutulması ile ilgili bir hüküm koymuş, ticari defterlerin mevcut olmaması veya defterlerle saklanması gereken belgelerin saklanmaması halinde bunun sonuçlarından doğrudan doğruya yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmuştur. TK. 67 II'e göre bu kimseler kusuru memur ve müstahdemlere yükleterek sorumluluktan kurtulamazlar. Yine TK. 67. maddenin 3. fıkrasında defterlerin kanuna aykırı tutul-

^{2c} Aynı kanıda: MİMAROĞLU 59.

³ Bkz.: KARAYALÇIN 349 N. 2.

ması halinde tilzel kişilerde doğrudan doğruya görevli yönetim kurulu üyeleri için cezai sorumluluk öngörölmüştür. 67. maddenin 2. fıkrasında-ki hilkmiln 3. fıkrasındaki cezai sorumlulukla ilgili olduğu düşünölebilir-se de, 3. fıkrada ayrıca cezai sorumluluğu düzenleyen bir hüküm yer aldı-ğı için 2. fıkranın hukuki sorumlulukla ilgili bulunduğu kabul edilmekte-dir³. Nitekim yalnız 3. fıkranın cezai sorumluluğa ilişkin olduğu AEM.'da verilen açıklamadan da anlaşılmaktadır^{3a}.

TK. 67 II hükmü ortaya bir mesele çıkarmaktadır. Acaba, 67 II'de yer alan ticari defterlerin hiç veya gereğı gibi tutulmamasını müeyyidelendiren hüküm karşısında 336. maddenin 3. bendinin durumu nedir? Bu iki hüküm örtüşür mü? Belki ilk bakışta bu iki madde arasında kapsam yönünden genişlik farkı bulunduğu düşünölebilir. Gerçekten TK. 67 II'de ticari defterlerin mevcut olmaması veya kanuna uygun olmaması hali müeyyidelendirildiğı halde, TK. 336 N. 3'de defterlerin intizamsız tutulmasından bahsedilmiştir. Ancak, yukarıda belirttiğim gibi, TK. 336 N. 3'deki defterlerin intizamsız tutulması ifadesini kanuna aykırı tutulması şeklinde anlamak gerekir. Bu nedenle iki madde arasında kapsam farkından bahsedilemez. Sual şu olmaktadır: Bir anonim ortaklığın defterleri hiç bulunmadığı veya kanuna aykırı olduğu takdirde sözü geçen iki hükümden hangisi uygulanacaktır?

TK. 67. madde ticari defterlerin mevcut olmaması veya kanuna aykırı tutulması halinde işletme sahibinin (tacirin) sorumluluğunu düzenleyen genel bir hükümdür. Bu hükme göre, tacir, defterlerinin tutulması için seçtiğı görevlilerin fiillerinden kendi fiili imiş gibi sorumlu olur. Bu sorumluluk tüzel kişilerde yönetim organının üyelerine yüklenmiştir. Bilindiğı gibi defter tutma zorunluğu tacir olmanın kamusal yönü de bulunan yükümlölüklerindendir. Dış ilişki açısından da sonuçlar doğurabilmekle beraber (özellikle isbat ve vergi hukuku yönünden) esas itibariyle işletmenin iç ilişkisinde kalan bir işlemdir. İşte 67. madde defter tutma yükümünün bu özellikleri göz önünde tutularak sevk edilmiş bir hükümdür ve kanımca, bu maddede üçüncü kişiler ve kamu makamlarına karşı sorumluluk düzenlemek istenmiştir⁴. nitekim aynı madde içinde cezai sorumluluğun da düzenlemiş olması bu düşünceyi kuvvetlendirmektedir. Hemen belirtelim ki, maddenin amacı bu olmakla beraber defterlerin gereğı gibi tu-

Ja AEM. m. 67, s. 366.

⁴ Karş.: ATAN 110.

tulmaması nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğraması istisnai bir haldir-
44. Bu yüzden asıl zarar gören bizzat anonim ortaklık (tacirin kendisi) ol-
maktadır.

Buna karşılık TK. 336 vd. hükümleri gereğince, ortaklığın doğrudan doğruya zarara uğradığı hallerde, ortaklara ve alacaklılara dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla dava açmak imkanı tanınmıştır^{4b}. Görüldüğü gibi, ortaklığın ticari defterlerinin gereği gibi tutulmaması nedeniyle, ortaklar ve alacaklıların dolayısıyla zarara uğramaları halinde açılacak davalarda uygulanması söz konusu olacak iki hüküm mevcuttur: TK. 67 11 ve TK. 336 N. 3.

TK. 67 İl genel bir sorumluluk hükmü öngörmüştür. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu oldukları belirtilmiş, sorumluluğun kimlere karşı ve ne şartlarla olduğu tasrih edilmemiştir. Ancak TK. 67 11, 336 N. 3'den farklı ve onunla çelişen bir hüküm sevk etmiş olmadığından, defterlerin gereği gibi tutulmamasından doğan zararlar sebebiyle 336 ve devamı maddelerinin uygulanmasına bir engel yoktur. Bu konudaki tek güçlük iki madde arasında kusur konusundaki sistem farkından doğabilir. Zira, 336. madde kusur esasına dayanan bir sorumluluk öngörmüş bulunmaktadır. TK. 67 İl. maddenin ise *kusursuz sorumluluk* getirdiği kabul edilmektedir. Gerçekten TK. 67. maddenin 2. fıkrasına göre yöneticiler kusuru memur ve müstahdemlere yükleyerek sorumluluktan kurtulamazlar. Kanun koyucu ticari defterlerin kanuna uygun olarak tutulmasında kamu yararı görmekteydi^{4d}. Bu görüşten hareket edilerek yöneticilerin, defter tutmakla görevlendirilen kimseleri devamlı gözetim ve denetim altında bulundurmaları aranmaktadır^{4e}. Çünkü yöneticiler, görevlilerin fiilleri nedeniyle aynen kendi fiilleri imiş gibi sorumlu olurlar. Yöneticilere BK. 55. maddede olduğu gibi, gerekli özen ve denetim yükümünü yerine getirdiklerini isbat ederek sorumluluktan kurtulmak imkanı tanınmamıştır. Diğer bir söyleyişle, burada kurtuluş beyyinesi dahi getirilmesi mümkün bulunmayan bir objektif sorumluluk hali vardır.

⁴¹ Bkz.: **KARAYALÇIN** 340 N. 2 1.

^{4b} Bkz.: § 101, il.

^{4c} **ARSLANLI** II 169 dpn. 186, 187; Karş.: **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 245. Ayrıca bkz.: § 3 1.

^{4d} AEM. m. 67, s. 366.

^{4e} **KARAYALÇIN** 350 dpn. 50.

Görüldüğü gibi "kusur" konusunda TK. 67 II ile TK. 336 N. 3 arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Bu noktada aynı konuyu farklı sistemlere göre düzenleyen iki hüküm karşısında bulunmaktayız. TK. 67. madde, yukarıda da belirtmiş olduğum gibi, kanun koyucunun kamu yaran gö-rek sevketmiş olduğu emredici bir hükümdür. Bu nedenle kusur aranıp aranmayacağı konusundaki tereddüdün 67. madde lehine çözümlenmesi gerektiği kanısındayım. Diğer taraftan 336. maddenin kusur ilkesini kabul edip etmediğinin Türk doktrininde tartışmalı olduğunu ve TK. 336. mad-denin 1-4. bentlerinde objektif sorumluluk öngörüldüğünü savunan gö-rüşlerin mevcut olduğunu da hatırlatmak isterim⁴. Ticari defterlerin gere-ği gibi tutulmaması nedeniyle açılacak sorumluluk davasının diğer şartla-rın ise TK. 336 ve devamı maddelerine tabi olacaktır.

4. "Umumi Heyetten Çıkan Kararların Sebepsiz Olarak Yerine Getirilmemesi" (TK. 336 N. 4)

TK. 336. maddenin 4. bendinde "Umumi heyetten çıkan kararların se-bepsiz olarak yerine getirilmemesi" şeklinde ifade olunan sorumluluk se-bebi, genel kurul kararlarının icrası nedeniyle ortaya çıkabilecek bütün sorumluluk problemlerini kapsamamaktadır. Buna rağmen burada genel kurul kararlarının icrası sebebiyle ortaya çıkabilecek sorumluluk sorunla-rı bir bütün olarak ele alınacaktır. Bu hallerin tümü TK. 336 N. 4'ün kap-samına girmese dahi, TK. 336 N. 5'deki genel hüküm gereğince yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerdir. Çünkü TK. 336 N. 5'de öngörülen genel sorumluluk sebebi gereğince kanun veya esas söz-leşmenin kendilerine yüklediği *sair görevleri* yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri de sorumlu tutulmuşlardır.

a. Genel Kurul - Yönetim Kurulu ilişkisi

Bütün ortakları bünyesinde toplayan genel kurul, yapısının normal bir sonucu olarak anonim ortaklığın en geniş yetkilere sahip organıdır. Fakat mahiyet ve bünyesinden doğan bir zorunlukla ağır işleyen bir organdır. Genel kurul münhasıran iç ilişkide faaliyet gösteren bir organ olup, işlemleri yönetim hakları grubunda yer alır. Ancak, anonim ortaklıklarda idare haklarının tek sahibi genel kurul değildir. O, bu konudaki yetkileri yöne-

⁴ Bkz.: § 3 il.

⁴⁸ SCHULTHESS 11; MEIER-WEHRLI 138.

tim kurulu ile paylaşmaktadır. TK. 317. maddesi gereğince ortaklığın yöneticisi ve temsilcisi yönetim kurulumdur. Genel kurul ise anonim ortaklıklarda üst yönetim organıdır. Genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yönetim hakları alanındaki işbölümü, bir yetki bölölümünü de beraberinde getirir⁴. Kanun bazı konularda karar verme yetkisini *münhasıran* genel kurula bırakmıştır. Bunlar genel kurulun *vazgeçilmez* yetkileridir⁵. Vazgeçilmez yetkiler haricinde kalan bazı işlerde de karar verme yetkisi sözleşmeye konulacak bir hükümle genel kurula bırakılabilir. Ancak Kanun gereğince diğer organların münhasır yetkisine giren hususların genel kurula devredilmesi mümkün değildir. Örneğin, genel kurula temsil ve yürütme yetkisi verilemez; temsil ve yürütme yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Kısaca diğer organların münhasır yetkisine girmeyen ve genel kurulun niteliğine aykırı düşmeyen yönetim görevleri genel kurula verilebilir. Böylece genel kurulun yetkilerinin sınırını çizdikten sonra, yönetim kurulunun idari işlerdeki yetki alanını şöyle saptayabiliriz. Genel kurulun münhasır yetkisine girmeyen veya sözleşme ile genel kurula bırakılmamış olan idari işlerde karar vermek yetkisi yönetim kuruluna aittir {>.

Anonim ortaklıklarda yürütme organı sıfatı yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu, yetkisine giren işlerde alacağı kararlar yanında, genel kurulun verdiği üst idareye ilişkin kararları da yürütmekle görevlidir.

Yüksek kademede bir karar organı olan genel kurulun bir kısım kararları sadece iç ilişkide etki yaratacak niteliktedir. Bir kısmı ise dış ilişkiye intikal etmesi ve icra edilmesi gereken kararlardır. Kararın niteliği ne olursa olsun, onun gereklerini yerine getirmek yönetim kuruluna düşer. Dış ilişkisi ilgilendiren kararların çoğunluğu yöneticiler tarafından ortaklık iradesi açıklanarak ortaklık borç ilişkilerine sokulmak suretiyle (yani temsil yetkisinin kullanılması ile) icra olunur.

Yönetim kurulu, yönetim, yürütme ve temsile ilişkin görevlerini kaideten kendi takdirine göre, bağımsız olarak icra eder. Doktrinde genel kurulun üst organ sıfatıyla yönetim kuruluna talimat verebileceği kabul edilmektedir⁷. Ancak genel kurulun talimatı, kanun veya sözleşme

⁵ Genel kurulun münhasır yetkileri hakkında bkz.: **STEİGER** (Çağa) 234 vd.; **ANSAY**, Anonim Şirketler 85; **ARSLANLI** 11 9 vd.; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 105.

⁶ **ANSAY**, Anonim Şirketler, 85; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 191; **WANDER** 63; karşı: **ARSLANLI** il 7; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 156.

⁷ Bkz.: **WIELAND** 11 127; **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 103; **ARSLANLI**, H 4; **STEİGER** (Çağa), 234; **BÜRGt** Art. 721 N. 11, 12; **REICHWEIN** 132, 133.

gereğince yetkisine giren konulara ilişkin olmak şartıyla bağlayıcı nitelik taşır^{8.9}.

Genel kurul tarafından alınan kararların icrası yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş bir görev olduğuna göre, kararların hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi onların sorumluluğunu gerektirir. Acaba yönetim kurulu üyeleri genel kurulun her kararını mutlak surette icra etmekle görevli midirler? Yoksa genel kurulun sakat kararlarını icra etmekten kaçınabilirler mi? İcradan kaçınılırsa, kararın sakat olması onları sorumluluktan kurtarır mı?

b.Genel Kurul Kararlarının icrasından Doğan Sorumluluk

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararlarının icrası sebebiyle sorumluluğunu uygulanması söz konusu olan kararın sıhhat derecesine göre ayırımı tabi tutarak incelemek gerekir.

ha. Sıhhatli Genel Kurul Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluk

(1) *Kural*: Genel kurulun usulüne uygun bir oturum ve oylama sonucunda aldığı (şekli sıhhat) ve aynı zamanda içerik (öz) yönünden de alınması caiz olan (maddi sıhhat) bir kararının yönetim kurulu tarafından gecikmeksizin ve gereği gibi ifa edilmesi gerekir. Yönetim kurulu üyeleri böyle bir kararın gecikmeksizin ve kararın gereklerine uygun olarak icra edilmemesinden sorumlu olurlar. Buna karşılık, icra edilmesinin sonuçlarından kural olarak sorumlu tutulamazlar. Nitekim, TK. 336. maddenin 4. fıkrası "Umumi heyetten çıkan kararların *sebepsiz olarak* yerine getirilmemesini" yöneticilerin sorumluluk sebepleri arasında saymıştır.

(2) *İstisna*: Genel kurul kararı şekil ve öz yönünden sağlıklı olduğu halde ortaklık menfaatlerine uygun bulunmayabilir. Öyle ki, karar icra olunduğu takdirde ortaklık menfaatleri zedelenecektir. Hatta bu konuda bir adım daha ileri gidilerek denilebilir ki, karar ortaklık menfaatlerine uygun olmakla beraber o konuda alınabilecek en rasyonel karar değildir.

⁸ MEIER-WEHRLT 138. Aynca bkz.: İleride 2, ca.

⁹ Genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki ilişkileri konusundaki "mutlak yetki" ve "yetki bölümlü" teorileri ile "bağdaştırıcı görüşler" için bkz.: BÖRG1 Vorbem. zu Art. 698-731 N. 38 vd.; MOHR 32, 62; WANDER 26 vd.; 46, 63/64; SCHULZ-DORNBURG 22, 87; REICHWEIN 132/133; SCHULTHESS 7 vd.

Yani ortaklığın menfaatlerine daha uygun bir çözüm mevcutken **genel** kurul tarafından bu şık seçilmemiştir. Acaba, böyle bir kararı yönetim kurulu uygulamakla görevli midir? İcra edildiği takdirde yöneticilerin bu❖ beple sorumluluk yüklenmeleri söz konusu olabilir mi¹⁰?

Yönetim kurulu üyelerini, sadece genel kurul kararlarının icra edilmemesi sebebiyle sorumlu tutmak yeterli bir sorumluluk anlayışı değildir. Yöneticiler gereğinde genel kurul kararlarının uygulanması dolayısıyla da sorumlu tutabilmelidir. Aksi hal tarzı kabul edilecek olursa, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler etkisiz hale getirilebilir. Çünkü yöneticiler, sorumluluklarını mucip olmasından endişe **ettik**leri bir hususta, çoğu kere etkilemek imkanına sahip oldukları genel kurul çoğunluğuna bir karar aldırarak, bu karan sorumluluk hükümlerine karşı kalkan yapabilirler. Binaenaleyh, yönetim kurulu üyeleri gereğinde kurulun sıhhatli kararlarının icrası sebebiyle de sorumlu tutulabilmeli ve bunu sağlayacak hukuki yollar aranmalıdır.

Yönetim kurulu üyeleri ile anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişki genellikle vekalet akdi olarak nitelendirilmektedir¹¹. Yöneticiler vekalet akdinin bir gereği olarak ortaklık menfaatlerini korumakla görevlidirler. Bu genel görev, hükümlerini genel kurul kararlarının uygulanması konusunda da gösterir ve yönetim kurulu üyelerine, icrası söz konusu olan genel kurul kararın sıhhatli olsa bile anonim ortaklığın menfaatlerine uygunluk açısından inceleme mükellefiyeti yükler^{12, 13}. Çünkü yönetim kurulu üyelerine ortaklık menfaatini gözetmek borcu yükleyen hukuki bağ genel kurul ile değil, anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındadır. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyeleri genel kurula değil, ortaklığa karşı sadakat ve özen borçlusudur¹⁴. Anonim ortaklık tüzel kişisi ile genel kurul ise aynı kavramlar değildir¹⁵. Genel kurul anonim ortaklığın bir orga-

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **MİMAROCLU** 67 vd.

¹¹ Bkz.: I 99 il 3.

¹² **ŞIEGWART**, Einl. 217 N. 9; **SCHUCANY** Art. 754 N. 4; **BİGGEL** 81; **SCHULTHESS** 139.

¹³ Alın. POK. § 93, açık bir hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre geçerli bir genel kurul kararını icra eden yönetim kurulu üyesi için sorumluluk söz konusu olamaz (Bkz.: **BAUMBACH/HUECK** § 93 N. 12). Bu nedenle eğer bir işin sonuçta sorumluluk doğurabileceğinden korkuluyorsa, o hususu genel kurulun onayına sunmak gerekmektedir. Ayrıca bkz.: Alın. POK. § 11911.

¹⁴ **ÇAMOCLU**, Umumi Heyet Kararlarının terasından Doğan Mesuliyet 525; **MOROOLU** 103; **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 109.

¹⁵ Bkz.: BGE 51 il 427, 67 il 164.

nıdır. Zaten genel kurul da kararlarında daima ortaklık menfaatini ön planda tutmak zorunluluğundadır¹⁶. Şu halde, yönetim kurulu üyeleri karar ortaklık menfaatlerine aykırı bulurlarsa (sıhhatli olsa dahi) genel kurulun dikkatini çekmeli ve bu konuda tekrar talimat sormalıdır¹⁷.¹⁸ Genel kurul aynı kararda ısrar ettiği ve kararın icrası hususunda bağlayıcı talimat verdiği takdirde, artık kararı icra eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁹,²⁰. Maamafih, Borçlar Kanunu'na göre vekalet sözleşmesinde halin icabı müvekkilden talimat almağa imkan vermeyen durumlarda müvekkilin varsayılan iradesi ne yönde olacaksa, ona göre hareket etmek imkanı vardır. Bu hüküm yönetim kurulu üyelerine de uygulanabilir²¹. Olayın özelliğine göre, talimat alındığı takdirde kararın icra edilmeyeceği sonucuna varılabiliyorsa, uygulamadan kaçınabilir. Fakat bu durumda ilk fırsatta genel kuruldan talimat sorulmalıdır.

Aynı sonuca yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümü yolu ile de varılabileceği gibi²², özen borcu yolu ile de ulaşılabilir. Zira yönetim kurulu üyeleri anonim ortaklığa karşı sadakat göstermek ve her konuda ortaklık menfaatini²³ korumakla görevlidirler. Yine yönetim kurulu üyeleri ortaklık işlerinde iyi bir anonim ortaklık yöneticisinin göstereceği özeni göstermekle yükümlüdürler²³. Özen göstermek de yönetim kurulu üyeleri için bir borçtur. özen ve sadakat borçlarını yerine getirmeyen yönetim kurulu üye-

¹⁶ FRICK 70; FEHR 149; HIRS 318 N. 331; SIEGWART, Einl. 217 N. 9.

¹⁷ SCHULTHESS 139.

¹⁸ Yönetim kurulu üyeleri özen borcunun gereği olarak, daha kararın müzakeresi sırasında genel kurulu uyarmalıdır. Ancak meşru bir nedenle bu imkanı kullanamamışlarsa (örneğin karar alındığı sırada henüz yönetim kurulu üyesi değillerse veya kararın ortaklık menfaatlerine aykırı olduğu zamanla belirgin hale gelmişse) kararı en geç uygulama aşamasında incelemek yükümlüdürler.

¹⁹ Aynı kanıda: MİMAROĞLU 68; KAESLİN 34; aksi görüşte: PULAŞLI Şirketler 471; HELVACI 50. İsviçre Federal Mahkemesi 25/II/1957 tarihli kararında, genel kurulun bütün açıklığı ile sebebine vakıf olarak karar veya izin verdiği bir fiilden dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir (ATF 83 II 57); karşı: ARSLANLI II 180.

²⁰ MİMAROĞLU'nun haklı olarak belirttiği gibi (s. 67) eğer yönetim kurulu üyeleri konunun genel kurulda konuşulması sırasında gerekli uyarıyı yapmışlar, buna rağmen karar ortaklık menfaatine aykırı yönde çıkmışsa, bu kararın icrası sorumluluklarını gerektirmez. Yeter ki karar geçerli bir genel kurul kararı olsun (bkz.: KOLB 64).

²¹ FRICK 74.

²² Bkz.: TEKİNALP Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 108; SCHUCANY Art. 754 N. 4; ÇAMOĞLU Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyet 526.

^{23a} Ortaklık menfaati kavramı için bkz.: SİMONİUS 25/26; VİSCHER/RAPP 144 vd.; NENNİNGER 194.

²³ Bkz.: ÇAMOĞLU Özen Borcu 390 vd.

leri TK. 336 N. 5 gereğince ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olurlar. İşte bu nedenle icra edeceği genel kurulun kararının ortaklık menfaatine aykırı olduğunu gören (veya objektif olarak görmesi gereken) yönetim kurulu üyeleri buna rağmen karan icra ettikleri takdirde özen ve sadakat borçlarına aykırı hareket etmiş olurlar ve TK. 336 N. 5 hükmü gereğince sorumlu tutulabilirler. Yöneticiler kararın icra edilmemesi sebebiyle sorumluluk altına girmemek için genel kuruldan bu konuda yeniden talimat sormalıdırlar. Genel kurulun bu uyan üzerine alacağı karar yine aynı yönde oluşursa, yöneticiler bu karara uymak zorundadırlar²⁴. Yalnız belirtmek gerekir ki, yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi için, daha başlangıçta kararın icrasının ortaklık menfaatine aykırı olacağı, özenli bir yönetim kurulu üyesi tarafından görülebilmeli veya objektif olarak anlaşılabilecek nitelikte olmalıdır. Ancak bu nitelikte bir karan icra eden yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulabilir. Eğer özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin dahi kararın icrasının sonuçlarını önceden tahmin etmesi mümkün değilse, yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmaya imkan yoktur.

Geçerli olmasına rağmen ortaklık menfaatlerine aykırı olan bir genel kurul kararının icrası sebebiyle, yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutabilmek için uygulanması mümkün görülen sözü geçen iki yoldan vekalet akdine aykırılık yerine özen ve sadakat borçlarına aykırılık yolunun seçilmesi ortaklık menfaatlerine daha uygundur²⁵. Çünkü, vekalet yoluna gidildiği takdirde, ihlali söz konusu olan akit yönetim kurulu üyeleri ile anonim ortaklık arasında olduğu için talep haklarını sadece anonim ortaklığın kullanabileceği ileri sürülebilir. Özen veya sadakat borçlarına aykırılık hallerinde ise, sorumluluk, kanunun yöneticilere yüklediği bir görevin gereği gibi ifa edilmemesini sorumluluk sebebi sayan TK. 336 N. 5'e dayanmakta ve sözü geçen madde, dolayısıyla zarar görmüş olan ortaklarla ortaklık alacaklılarına da dava hakkı vermektedir. Kanımca, TK. 336 N. 5'deki "Kanunun veya esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair görevler" ibaresindeki kanun sözü geniş yorumlanmalıdır. Bu kelimenin kapsamına yönetim kurulu üyelerine görev yükleyen Ticaret Kanunu'ndan başka kanunlar da girer. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun veka-

²⁴ Aynı kanı: KAESLİN 34; MİMAROĞLU 68. Dpn. 19'daki yollamalara da bkz.

²⁵ Sözü geçen iki yol arasında isbat yükü yönünden fark yoktur. Vekalet akdinin ihlali sebebiyle dava açıldığı takdirde BK. 96'da yer alan, akdi sorumluluktaki kusur karinesi, özen borcuna dayanılması halinde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda yürüyen TK. 338'deki kusur karinesi sebebiyle, yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını isbat etmek zorundadırlar.

leti düzenleyen hükümlerinin ihlali de TK. 336 N. 5'in kapsamına dahildir. Yönetim kurulu üyelerine karşı ortaklar ve alacaklılar da vekilin sadakat borcuna aykırı davranışı sebebiyle dava açabilirler²⁶.

bb. Genel Kurulun Sakat Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluk

Genel kurulun sakat kararlarının icrası sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda ortaya yine bazı sorular çıkmaktadır: Yöneticiler genel kurulun sakat bir kararını icra etmekle görevli midirler? İcra etmedikleri takdirde sorumlu olurlar mı? Yöneticiler kendilerinin genel kurul kararının icrası ile görevli oldukları, karar sakat dahi olsa onu uygulamakla bir görevi yerine getirdikleri, kararın sakat olmasından doğan sorumluluğun ise genel kurula ait olduğu savunmasını yapabilirler mi?

Bu konuda doktrinde *iki fikrin* savunulduğu görülmektedir:

(1) *Birinci grup yazarlar*, karar sakat olsa dahi, bunu icra eden yöneticilerin sorumlu tutulamayacağını savunurlar. Yönetim kurulu, genel kurul kararını uygulanmışsa, karar batıl olsa dahi, üyelere bu nedenle kusur yüklemek imkanı yoktur²⁷. Çünkü, yönetim kurulu üyeleri icra ettikleri kararın batıl olması nedeniyle sorumlu tutulursa, idare için gerekli güven ve istikrar kalmaz, hareket serbestisi frenlenmiş olur²⁸. Böyle bir durumda yönetim kurulu üyeleri dilerlerse kararın icrasından vazgeçip, karar aleyhine iptal davası açabilirler²⁹. Fakat bu yola gitmeyip karar icra ederlerse, ortaklık bu yüzden tazminat isteyemez. Hatta yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri tarafından aleyhine iptal davası açılmış olan bir kararın icrasından da sorumlu olmazlar. Yeter ki, karar iptal hükmü verilmeden önce icra edilmiş bulunsun³⁰.

(2) Bugün, yukarıda belirtilen birinci görüş aşılmıştır. *Baskın görüş* genel kurulun sakat kararlarını icra eden yöneticileri sorumlu tutmak eğilimindedir. Ayrıntıları farklılık gösterse bile, ilke olarak aynı kanı etrafında toplanan bu gruptaki yazarlar, batıl kararın icrasının yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtaramayacağını savunurlar. Bilhassa karar kanun veya anasözleşmeye açıkça aykırı ise, yönetim kurulu üyeleri so-

²⁶ Bkz.: ÇAMOCLU, Umumi Heyet Kararlarının terasından Doğan Mesuliyet 527.

²⁷ VIVANTE 478 N. 636; MİMAROCLU 65, 72; ATAN 111/113.

²⁸ ARSLANLI il 180.

²⁹ HİRŞ 317,318 N. 331; BAUMBACH/HUECK (11. Aufl.) Art. 84 N. 6.

³⁰ ARSLANLI il 180.

rumluluktan kurtulamazlar³¹.

Kanımca, yönetim kurulu Üyeleri genel kurulun *sakat kararlarının icrasından sorumlu olmalıdır*. Fakat hemen eklemek gerekir ki, genel kurul kararının *sakatlığının derecesi* ve açıklığı bu sorumluluğu belirlemede büyük önemi öneme sahiptir.

Sakatlığı *yokluk* derecesine varan bir kararın icra edilmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu mutlaktır. Bunun normal bir sonucu olarak da yoklukla mah11 bir kararı icra etmeyen yönetim kurulu üyeleri bundan sorumlu tutulamazlar. BK.'nın 20. maddesi anlamında ahlaka, adaba, kamu düzenine veya kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle *mutlak butlanla* sakat olan kararlar için de aynı sonuca varılabilir. Yönetim kurulu üyeleri, genel kurul kararlarını ortaklık menfaatlerine uygunluk yönünden olduğu kadar, geçerlilik yönünden de incelemekle yükümlüdürler³². Bu nedenle yoklukla veya mutlak butlanda mah11 kararların icra etmekten kaçınmak ve sakatlığı açacakları bir *tesbit davası* ile hüküm altına aldirmek zorundadırlar³³. Genel kurul kararlarının sıhhat açısından incelenmesi yönetim kurulu üyelerinin sadakat ve özen borcunun bir gereğidir³⁴; aksi davranış özen borcuna aykırı düşer.

³¹ WIELAND il 132; GIERKE 343; SCHULTE 70; SCHULTHESS 139; FRICK 70; BIGGEL 82 KASELIN 33; PEYER 44; TIRK hukukunda; ÇAMo<LU, Umumi Heyet Kararlarının terasından Doğan Mesuliyet 526; TEKİNALP Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili 109 vd.; MOROÛLU 102, 137; UÇAR 92; Karş.: MİMAROÛLU 63 vd.

³² STAUB/PINNER § 241 N. 4; MEIER-WEHRLI 139; BIGGEL 82; FRICK 70; STRUB 145 vd.
³³ MİMAROÛLU (s. 65), yönetim kurulu üyeleri ile anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişkiyi vekalet akdi olarak nitelendirmenin sonucu olarak, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın talimatına mutlak surette riayet etmeleri gerektiğini ileri sürmektedir. Kanımca bu görüş paylaşılabilir. Vekil (yönetim kurulu üyesi) müvekkilin (anonim ortaklık) ancak kanuna ve esas sözleşmeye uymakla yükümlüdür. Yönetim kurulu üyelerine, kanuna veya sözleşmeye aykırı kararlara uymak mecburiyeti yüklenemez (Bkz.: BIGGEL 82; MEIER-WEHRLI 138). Şayet karar batıl ise, KAESLIN'in (s. 33) ve LEHMANN'ın (il 431) belirttiği gibi icrasından mutlak surette kaçınmak gerekir. Diğer taraftan genel kurulun, yönetim kuruluna talimat verme yetkisi de sınırsız değildir. Genel kurul alacağı kararlarda kanun ve esas sözleşmenin çizdiği sınırlara uymak zorundadır (WANDER 47; SCHULTHESS 1385. Doktrinde, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun direktiflerine mutlak olarak tabi olmadıkları, istifa yolunun kendileri için açık olduğu da belirtilmektedir. Bkz.: STAUB/PINNER § 241 N. 4; MEIER-WEHRLI 140; BÜRGİ Art. 726 N. 28; WANDER 6; Ayrıca inceleyiniz: SCHULTHESS 139. Genel kurulun bu sınırları aşan kararları batıl sayılmakta (KAESLIN 33; SCHLUEP 279; MEIER-WEHRLI 139; karşı: PLANGG 46) ve yönetim kurulu yönünden bağlayıcı nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Örneğin, genel kurul esas sermayeden iade niteliği taşıyan bir karar almışsa, yönetim kurulunun böyle bir kararı icra etmekten kesinlikle kaçınması ve bir tesbit davası açarak kararın batıl olduğunu hükme altına aldirması gerekir (Bkz.: dnp. 25'de anılan yazarlar).

³⁴ ÇAMo<LU, Umumi Heyet Kararlarının terasından Doğan Mesuliyet 529; BIGGEL 82; FRICK, 70; MEIER-WEHRLI 139; PLANGG 37 vd.; STRUB 145 vd.; karşı: BÜRGİ Vorbem. 698-731 N. 45.

Genel kurul kararlarının sakatlığının butlan derecesine varmayıp, TK. 381. madde anlamında *iptal edilebilirlik* düzeyinde kalması halinde de bu tür bir karar icra eden yöneticileri ilke olarak sorumlu kılmak gerekir. Gerçekten TK. 381 N. 2 yönetim kuruluna genel kurul kararları aleyhine heyet olarak iptal davası açma hakkı verdiği halde, N. 3 "*icrası şahsı mesuliyetlerini mucip olan hallerde*"³⁵ ayrıca yönetim kurulu üyelerine münferden dava açma hakkı tanımaktadır³⁶. Kanun TK. 381 N. 3'de yönetim kurulu üyelerine şahsen dava açma hakkı tanımakla, zımnen genel kurulun bir kararının *icrasının* yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğuna yol açabileceğini kabul etmiştir. Ve yönetim kurulu üyelerine bu dava hakkını, kişisel sorumluluklarını önleyebilmek imkanını vermek amacı ile tanımıştır. Bundan ötürü, genel kurulun sakat (kabili iptal) kararlarının icrasının yönetim kurulu üyeleri için kural olarak sorumluluk doğuracağını kabul etmek gerekmektedir³⁷. Bu sonuca varılmadığı takdirde, TK. 381 N. 3'de yönetim kurulu üyelerine verilen şahsen iptal davası açma olanağının anlamı kalmayacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri, genel kurulun sakat kararlarının icrasından sorumlu tutulacaklarına göre kendilerine böyle bir karar uygulamaktan

³⁵ Yargıtay Tı. D.'nin 10.01.1955 tarihli kararına göre: Yönetim kurulu üyelerinin TK. 381'e göre iptal davası açabilmesi için, kararın icrasının şahsi sorumluluğunu mucip olması gerekir. Davacı yönetim kurulu üyesi, vaktiyle yönetim kurulu üyesi iken görevlerini yerine getirmemesi sebebiyle doğan zarar hakkında verilen genel kurul kararının iptalini istemiştir. İptali istenen kararın yerine getirilmesinden dolayı kendisinin sorumlu tutulması söz konusu olmadığı için dava açması caiz değildir (SUNGUR 259 N. 157).

³⁶ Genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkı Üç aylık hak düşümü süresine tabidir (TK. 381). Bu sürenin başlangıcı kararın alındığı tarihtir (**İMREGÜN**, Menfaat ihtilafları 160; **ARSLANLI** II 83; **ANSAY**, Anonim Şirketler 168; **MOROÖLU** 128). Sürenin kararın alındığı tarihten başlaması, ortakların ve heyet olarak yönetim kurulunun açacağı, davalar yönünden büyük sakınca taşımaya da, icrası şahsi mesuliyetlerini mucip olacak hallerde yönetim kurulu üyeleri ve murakipler tarafından dava açılabilme imkanını çok azaltacak kadar kısadır. Çünkü, yönetim kurulu üyeleri kararın icrasının şahsi sorumluluklarını mucip olup olmayacağını ekseriya hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra girişecekleri uygulama işlemi sırasında öğreneceklerdir. Tescil ve ilana tabi kararlarda iptal davası için hak düşürücü sürenin tescil ve ilan tarihinden başlatılması bu sakıncayı önleyebilirse de (Bkz: **İMREGÜN**, Menfaat ihtilafları 160) tescil ve ilana tabi olmayan kararlarda aynı sakınca devam edecektir. Sürenin başlangıcı olarak sakatlığın davacılar tarafından öğrenilmesi anının kabulü kötüye kullanılma tehlikesi bulunmasına rağmen daha iyi bir çözüm tanı olacaktır. Çünkü, kararın kabili iptal olduğunu yönetim kurulu üyesinin öğrendiği anı isbat etmek anonim şirket için çoğu kere güç olmayacaktır. Bu konuda diğer bir çözüm şekli de sürenin uzatılması olabilir. Fakat kanun koyucunun iptal davası için Üç aylık kısa hak düşümü süresi koymuş olması, bu hususta daha uzun bir süre kabul etmeğe taraftar olmadığını göstermektedir.

³⁷ **CAMOĞLU**, Umumi Heyet Kararlarının icrasından Doğan Mesuliyet 530; **MOHR** 60; **FRICK** 70; **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 109; **WANDER** 67; **SCHUCANY** Art. 754 N. 4; **WIELAND** 11126.

kaçınmak imkanı da tanınmalıdır. Çünkü hiç kimseye sorumluluğunu gerektirecek bir işlemin yapılması görev olarak yüklenemez. Bu fikre Türk Ticaret Kanunu'nda pozitif bir destek bulmak da mümkündür. Nitekim konuyu düzenleyen TK. 336 N. 4 yönetim kurulu üyelerini, "umum1 heyetten çıkan kararların *sebepsiz olarak* yerine getirilmemesinden" sorumlu tutmaktadır. Şu halde, TTK. 336 N. 4'ün aradığı anlamda bir sebep mevcut olduğu takdirde kararın icra edilmemesi sebebiyle yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak imkanı olmayacaktır. Maddedeki sebep teriminin hukuki açıdan, kararın icrasına engel olan olağanüstü haller ve mücbir sebeplerle, icranın imkansızlığı (maddi veya hukuki) hallerini içine aldığında şüphe yoktur. İşte kanımızca, genel kurul kararının sakatlığı da, yönetim kurulu üyelerinin, uygulamadan kaçınmalarını haklı gösterecek bir sebep olarak değerlendirilmelidir. Zaten dikkat edilecek olursa TK. 336. maddenin 4. bendinde genel kurulun sıhhatli kararlar göz önünde tutulmuş ve geçerli bir kararın "sebepsiz olarak yerine getirilmemesi" sorumluluk nedenleri arasında sayılmıştır. Sakat kararların ise icra edilmemesi normaldir. Sıhhatli kararların dahi yerine getirilmemesi haklı bir sebebe dayandığı hallerde sorumluluktan söz edilemeyeceğine göre, sakat kararların yerine getirilmemesinin sorumluluk doğurmaması öncelikte kalmaktadır. Sakat kararlar uygulamadan kaçınmayı haklı gösterecek sebebi bizatihi bünyesinde taşımaktadır.

Yukarıda, genel kurulun *kabili iptal bir kararını icra eden* yönetim kurulu üyelerinin *prensip olarak sorumlu* tutulmaları gerektiğini belirtmiştim. Gerçekten iptal edilebilir bir karar icra eden yönetim kurulu üyelerinin her zaman sorumlu tutulmaları mümkün olmayabilir. Bu hususta, kararın sakatlık derecesinin ve iptal edilebilme nedeninin önemli rol oynayacağını belirtmek gerekir. Şayet bazı yazarların da işaret ettiği gibi³⁸, sakatlık *açıkça görülüyorsa*, kararın icra edilmemesi ve aleyhine iptal davası açılması gerekir. Kanımca, "kanun veya esas mukaveleye aykırılık"³⁹ söz konusu olan hallerde sakatlık açık olarak nitelendirilebilir.

³⁸ ARSLANLI II 180; GIERKE 343; SCHULTE 132; WIELAND II 130.

³⁹ Ital. MK. 147 IV. maddesi yönetim kurulu için, genel bir kural olarak genel kurul kararına uymak yükümü koymuştur. Buna rağmen İtalyan hukukunda kanun veya sözleşmeye aykırı kararlar aleyhine iptal davası açmak sadece bir hak değil aynı zamanda bir yüküm olarak nitelendirilmektedir. Bu yüküme aykırı davranış sorumluluk sebebi sayılmaktadır (Bkz.: BIGGEL 87 ve dpn. 181'de anılan yazarlar). 1 s v i ç r e h u k u n d a yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararlarına karşı i p t a l d a v a s ı a ç m a y ı l k U m U n d e n söz edilir (WANDER 66 vd.; SCHULTHESS 139;

Genel kurul kararlarının sakat olup olmadığı ilk nazarda anlaşılamiyorsa (yani açık değilse), böyle bir kararı icra eden yöneticiler yine sorumlu tutulabilecekler midir? Özellikle TK. 381'in öngördüğü iptal sebeplerinden "*afaki iyiniyet kaidelerine aykırılık*" halinde, bu kavramın muğlaklığı sebebiyle⁴⁰ kararın sakat olup olmadığını ilk nazarda tayin etmeleri yöneticilerden beklenemez. Bu husus bir takdir ve sonuçta adli karar problemidir. Bu tür bir karar aleyhine iptal davası açmayarak onu icra eden yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulup tutulmayacaklarını saptayabilmek için başvuracağımız ölçü özen borcu olacaktır: Yönetim kurulu üyeleri genel kurul kararlarını ortaklık menfaatlerine uygunluk açısından olduğu kadar geçerlilik yönünden de incelemekle yükümlüdür. Yöneticiler genel kurul kararlarının afaki iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle sıhhatinden şüphede iseler veya objektif olarak şüphe etmeleri gerekli ise, karar aleyhine dava açmaları kendilerinden beklenebilecektir. Diğer bir söyleyişle özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin aynı şartlar altında söz konusu genel kurul kararını aleyhine iptal davası açması gerekiyorsa, bu gereğe uymayarak kararın icra eden yönetim kurulu üyesi sorumlu^{41.42} olacaktır.

G. SCHUCANY 37; Ayrıca bkz.: dpn. 34. A 1 m an hukukunda da iptal edilebilir bir karar aleyhine kusurlu olarak dava açmamak sorumluluğu gerektirmektedir (**BAUMBACWHUECK** § 93 N. 12).

⁴⁰ **IMREGÜN** Menfaati İhtilafları 143, 151.

⁴¹ **ÇAMOCLU**, Umumi Heyet Kararlarının icrasından Doğan Mesuliyet 531; **MOROCLU** 103; **PLANGG** 37.

⁴² Doktrinde, iptal sebepleri arasında bir fark gözetmeksizin, genel kurulun iptal edilebilir kararları aleyhine iptal davası açmayarak kararların icrası yoluna giden yöneticilerin sorumlu olacakları kabul edilmektedir (Bkz.: **G. SCHUCANY** 37; **WANDER** 66 vd.; **SCHULTHESS** 139). **ARSLANLI** (II 180), TK. 381 N. 3'deki yönetim kurulu üyelerine münferiden iptal davası açma hakkı veren hükmün, TK. 336 N. 5 anlamında kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği bir görev olduğu kanısındadır. Bu kanının sonucu, iptal davası açacak yerde kararın icra eden yönetim kurulu üyesinin TK. 336 N. 5'e aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulabilmesidir. 1 s v içre h u k u k u n d a BK. 706. maddesi, yönetim kurulunun genci kurul kararına karşı iptal davası açmak hakkı bulunup bulunmadığı konusunda açıklık ihtiva etmemektedir. Buna rağmen doktrin ve uygulama, hem ortaklığı muhtemel zararlardan hem de kendilerini sorumluluktan kurtarmak olanağını vennek amaciyle, yönetim kuruluna iptal davası açmak hakkını tanımaktadır (**BIGGEL** 32; **SCHUCANY** Art. 706 N. 1; **FUNKArt.** 706 N. 3; **BÜRGIArt.** 706 N. 52; **MEIER-WEHRLI** 139; **PEYER** 110; BGE 75 II 153). **MOHR** (s. 42) bu hakkı münferit yönetim kurulu üyelerine de tanımakta, **PLANGG** (s. 33) ve **FELBER** (s. 69n0) ise müdürlere de vermektedir. Bu hukuk çevresinde de iptal edilebilir bir karar aleyhine iptal davası açılmayarak kararın icra edilmesi özen borcuna aykırı bir davranış olarak nitelendirilmekte (**FRICK** 14; **PLANGG** 37) ve sorumluluk sebebi sayılmaktadır. İtalyan hukuku için bkz.: Yukarıda dpn. 39.

İptal edilebilir kararların bir özelliği de haklarında iptal hUkrnUverilinceye kadar geçerli olmalarıdır. Bu nedenle bazı yazarlar⁴³ bir genel kurul kararına aleyhine iptal davası açılmış olsa bile iptal hükmü verilmeye kadar icra edilmesi halinde yönetim kurulu üyelerine sorumluluk düşmeyeceği kanısındadırlar. Bizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yukarıda belirttiğim gibi, yönetim kurulu üyeleri icrası söz konusu olan genel kurul kararlarını geçerlilik yönünden incelemekle görevlidirler. Özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin aynı şartlar altında söz konusu genel kurul kararına aleyhine iptal davası açması gereken hallerde, bu gereğe uymamak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açar. İptal edilebilirliğin açık olmadığı hallerde dahi, özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin kararın sıhhatinden objektif olarak şüpheye düşmesi gerekiyorsa, iptal davası açmamak özen borcuna aykırı düşer. Bu nedenle bizce, aleyhine iptal davası açılmış bir kararın icra edilmemesi gereği öncelikte kalmaktadır. Özenli bir anonim ortaklık yöneticisi, aleyhine iptal davası açılmış bir kararı, kendisi aksi kanıda olsa, kararın sıhhatli hatta ortaklık yararına görse dahi icra etmemelidir. Mahkeme kararının ne yönde çıkacağını kestirmek mümkün olmadığına ve kararın iptal edilmesi ihtimali daima mevcut olduğuna göre, özenli bir yöneticinin seçeceği yol, kararın uygulanmasından kaçınmaktır⁴⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararlarının icrasından doğan sorumlulukları konusunda cevap aranması gereken son soru şu olmaktadır: Bir yönetim kurulu üyesi, aleyhine açılan sorumluluk davasında, genel kurulun bir kararını (talimatını) icra ettiğini ve bu nedenle kendisine sorumluluk düşmeyeceğini savunma (defi) olarak ileri sürebilir mi? Bu soru sorumluluk davasının davacıları yönünden aynı cevaplandırmak gerekir.

Sorumluluk davası *ortaklık tarafından açılmışsa*, bazı yazarların kanısına göre, yönetim kurulu üyeleri bir genel kurul kararını icra ettikleri savunmasını başarı ile yapabilirler. Ortaklığın, yönetim kurulu üyelerine karşı kanun veya sözleşmeye aykırı karar icra etmek yerine iptal davası açmaları gerektiğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına (MK. 2) aykırı düşer⁴⁵. Bazı yazarlar ise genel kurul kararlarına saygı gösterilerek icra edilmesini ortaklığın açacağı sorumluluk davasında hafifletici sebep sayar-

⁴³ MİMAROĞLU 72; ARSLANLI il 180.

⁴⁴ Bkz.: ÇAMOĞLU Özen Borcu 389 vd.; MOROĞLU 138; karşı: MİMAROĞLU 22.

⁴⁵ MEIER-WEHRLI 140; HIRSCH 265.

lar⁴⁶. Kanımca, yönetim kurulu üyeleri, ortaklığa karşı dahi genel kurulun bir kararını icra ettikleri ve bu nedenle sorumlu tutulamayacakları savunmasını yapamazlar. Yönetim kurulu üyelerinin sadakat ve özen borcu genel kurula karşı değil, ortaklık tüzel kişisine karşıdır. Yönetim kurulu üyeleri, genel kurul kararlarına rağmen ortaklık menfaatini ön planda tutmakla yükümlüdürler⁴⁷. Özen borcu onlara, genel kurul kararını ortaklık menfaati ve geçerlilik açısından incelemek ve gereğinde icradan kaçınmak mükellefiyetini yükler. Bu yüküme aykırı olarak kararın yerine getirilmesi yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarmaz.

Ortaklar tarafından açılan sorumluluk davalarında da durum farklı değildir. Ancak icra edilen kararın bütün sonuçlarını görerek, karar lehine oy vermiş olan bir ortağın, daha sonra bu kararın icrası nedeniyle sorumluluk davası açması dürüstlük kurallarına aykırı düşer⁴⁸. Karar aleyhine oy veren veya çekimser kalan ortakların ise sorumluluk davası açmaları mümkündür. Ancak acaba, münferit ortakların da genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmak imkanları bulunduğu, bu imkandan yararlanmayıp bunu yönetim kurulu üyelerinden beklemeye hakları olmadığı söylenemez mi? Doktrinde bu görüş savunulmuştur⁴⁹. Kanımca bu görüş paylaşılamaz. Ortaklık işlerinde bir yönetim kurulu üyesinden bir ortağa nazaran çok daha yüksek ilgi ve özen bekleneceği açıktır⁵⁰. Zira özen ve sadakat yükümü yönetim kurulu üyelerine kanun tarafından yüklenmiş borçlardandır. Bu nedenle karar aleyhine oy veren veya çekimser kalan bir ortağın açacağı sorumluluk davasına yönetim kurulu üyeleri böyle bir savunma ile karşı çıkamazlar.

Alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davalarına karşı, bir genel kurul kararının yerine getirildiği savunması ileri sürülemez⁵¹. Zira alacaklılar tamamiyle ortaklık dışındadırlar ve genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmak yetkileri de yoktur.

⁴⁶ FEHR 149; İsviçre Federal Mahkemesi 25.02.1957 tarihli kararında, genci kurulun bütün açıklığı ile sebebine vakıf olarak karar veya izin verdiği bir fiilden dolayı yöneticilerin sorumlu tutulamayacağını beyan etmiştir (ATF. 83 il 57).

⁴⁷ SCHULTHESS 139.

⁴⁸ MEIER-WEHRLI 141.

⁴⁹ FELBER 60; MEIER-WEHRLI 141.

so MOHR52.

si STAUB/PINNER § 241 N. 12; MOHR 60; WANDER 67; FEHR 149; WELAND il 126; BAUMBACH/HUECK § 93 N. 12; GODIN/WILHELM § 84 N. 17; MEIER-WEHRLI 142.

111. GENEL HÜKÜM (TK. 336 N. 5)

TK. 336 N. 5, "*Kanun veya esas mukavelenin yüklediği sair vazifelerini kasden veya ihmal neticesinde yerine getirilmemesi*" şeklinde ifade ettiği genel bir hükümle sorumluluk hallerinin tahdidi olmadığını ifade etmiştir. Ana sözleşmenin yöneticilerle ilgili çeşitli yükümlülükler koyabileceği şüphesizdir. Burada tesbiti gerekli husus kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği görevlerin nelerden ibaret olduğudur.

1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Başlıca Görevleri (Yükümleri)

Ticaret Kanunu pek çok maddesinde yönetim kurulu üyelerine görevler yüklemiştir. Denebilir ki ortaklığın etkinlik gösterebilmesi ve kar sağlayıp paylaşmak gayesine ulaşabilmesi için gerekli her türlü işlemin icrası yönetim kurulunun görevleri içindedir. Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerine yüklediği görevlerin *başlıcaları* şunlardır:

a. Yönetim Görevleri

Yönetim kurulu anonim ortaklıkta iş sahibi mevkiindedir. Bu sıfatla ortaklığın iç örgütlenmesi ve yönetimi, yönetim kurulu için bir yetki olduğu kadar bir vecibe de teşkil eder. Esas mukavelenin verdiği yetki gereğince yönetim hakkının tamamı veya bir kısmı bir murahhasa bırakılsa dahi yönetim kurulunun gözetim görevi devam eder. 342. madde gereğince şirket işlerinin icra safhası için bir müdür tayini halinde de yönetim kurulu yönetim haklarını yani iç münasebette karar almak hak ve görevini muhafaza eder. Ancak bu durumda yönetim kuruluna, müdürlerin faaliyetine nezaret görevi yüklenmiştir.

b. Temsil Görevi

Anonim ortaklık dış münasebette yönetim kurulu tarafından temsil olunur (TK. 317). Mukavelede aksine hüküm olmadıkça ortaklık dış münasebette iki yönetim kurulu üyesinin imzası ile bağlanır. Temsil selahiyeti esas mukavelenin verdiği yetki gereğince bir murahhas üyeye veya müdüre bırakılmış olsa dahi yönetim kurulunun en az bir üyesinin temsil yetkisini haiz bulunması gerekir⁵².

⁵² Temsil ycllcisi sebebiyle doğabilecek sorumluluk problemleri için bkz.: § 15.

c. Ortaklık Defterlerinin Tutulması⁵³**d. Genel Kurul Toplantıları ile ilgili Görevleri**

Genel kurulunun toplantıya çağırılması, gündemin hazırlanması, ilanı ve genel kurul toplantısının icrası sırasında ortakların ortak sıfatlarının tesbiti (hazırın cetvelinin düzenlenmesi) ile ilgili görevler yönetim kuruluna aittir (Bkz.: TK. 365, 366, 368, 375, 376, 378, 385, 388 IV, 389).

e. Genel Kurul Kararlarının Uygulanması⁵⁴**f. Anonim Ortaklığın Hesapları ile ilgili Görevleri ve Yıllık Raporun Düzenlenmesi**

Yönetim kurulu genel kurula hesap verme borcunun bir sonucu olarak iş yılına ait bilançoyu ve onun bir parçası sayılan başarı (kar-zarar) hesabını izleyen iş yılının ilk üç ayı içinde hazırlamak^{54a} ve genel kurul toplantısından 15 gün önce pay sahiplerinin tetkikine sunmak, iş yılı sonunda ortaklığın ticari, iktisadi, mali durumu ve yapılan işlemlerin özetlerini gösterir *bir rapor*^{54b} düzenlemek (TK. 327) ve ayrıca o yıl dağılacak kar miktarı ile ayrılacak yedek akçelerin miktarını gösteren bir *teklif varakası* hazırlayıp bunu da genel kurul toplantısından en az 15 gün önce ortakların tetkikine arz etmekle görevlidir (TK. 362 il).

g. Malvarlığının Azalması Halindeki Görevleri

TK. 324. maddesine göre malvarlığı esas sermayenin yansı oranında azalmışsa durumu derhal genel kurula bildirmek ve ortaklığın aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa derhal bir ara bilançosu düzenlemek ve durumdan genel kurulu haberdar etmek; ortaklığın aktifleri borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde durumu derhal mahkemeye bildirmek ve ortaklığın iflasını istemek yönetim kuruluna yüklenmiş görevler arasındadır. 11K.'nın 345 (a) maddesi bu yükümü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri için cezai müeyyide öngörmüştür (Bkz.: 11K. 345, 310/fCK. 162, 311/fCK. 161).

⁵³ Bkz.: il, 3.

⁵⁴ Bkz.: il, 4.

^{54a} Ayrıntılı bilgi için bkz.: **TEKİNALP** Bilanço ve Yedek Akçeler 59 vd.

^{54b} Yıllık rapor hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **ÇAMO(İ)LU, E:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yıllık Raporu Hakkında Düşünceler, 1kt. Mal. XVW12 (Mart 1971), 540 vd.

h. Sermayenin Azaltılması veya Arttırılmasındaki Görevleri

Anonim ortaklıkta sermayenin artırılması veya azaltılması ile ilgili formalitelerin gerçekleştirilmesi de yönetim kuruluna yüklenmiş bir görevdir (Bkz.: TK. 391-398).

i. Anonim Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiyesindeki Görevleri

Anonim ortaklığın sona ermesinde ve tasfiyesiz infisah hallerinde yönetim kurulu üyelerine görevler yüklenmiş olduğu gibi (Bkz.: TK. 445, 451n, 454) ayn tasfiye memuru bulunmayan hallerde tasfiye memuru sıfatıyla ortaklık malvarlığının tasfiyesi de yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş görevlerdendir (TK. 441).

j. Tescil ve ilan Görevi

İdare meclisi anonim şirketle ilgili ve kanunun tescil ve ilanını emrettiği hususları tescil ve ilan ettirmekle de görevlidir (Bkz.: TK. 309,311, 321, 323,343,352,378,383,390,395,423,438,441,442,449,451,452,454).

k. Tahvillerle ilgili Görevleri

Tahvil ihracı ile ilgili işlemlerin yerine getirilmesi, bu bağlamda genel kurulun toplantıya daveti, genel kurul kararının tescil ve ilanı, izahname-nin tanzimi ve ilanı ve mahkemenin tasdikine sunulması ve tahvil sahipleri genel kurulunun toplantıya çağırılması, tahvil sahipleri genel kurulu toplantısından önce tedavüldeki tahvillerin cetvelinin düzenlenerek tahvil sahiplerinin görülebilecekleri bir yere asılması da yönetim kuruluna düşen görevler arasında yer alır (TK. 423, 424, 425, 427, 429, 432, 433).

l. Özen Borcu**la. Özen Borcunun Niteliği⁵⁵**

(1.) Ticaret Kanunu anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine özen borcu yüklemiştir. Bu borç gereğince yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerini görürken özenli bir anonim ortaklık yöneticisi gibi hareket

⁵⁵

Yönetim kurulu üyelerinin **diğer** yUkUmleri konusunda hukuki problemler mevcut olmadığı için onlar üzerinde daha fazla durulmamıştır. Buna karşılık aynı zamanda üyelerin kurulu olup olmadıkları konusunda bir ölçUniteliği taşıyan özen borcu etraflıca incelenmiştir.

etmeleri aranır. Özen borcu⁵⁶, yönetim kurulu üyeleri için kanun ya da esas sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş *talı bir borcu*,⁵⁷ ⁵⁸. Bu nedenle özen borcu yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıklarını tayin hususunda uygulanacak ölçü olma yanında^{58a} ikinci bir kavramı daha ifade etmektedir⁵⁹. Şu anlamda ki, özen yükümü sadece kanun ya da sözleşmenin yönetim kurulu üyelerine somut olarak yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve itinayı değil, başlıbaşına görevler yaratan ve yükleyen bir kaynağı ifade eder⁶⁰.

Özen yükümünün kusurun ölçüsü olma yanında bağımsız bir borç olarak da nitelendirilmesinin hukuki sonucu şudur: Gerekli özenin gösterilmemesi ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin (müsbet) ihlalini teşkil eder. Özen borcunu gereği gibi yerine getirmeyen yönetim

⁵⁶ Kanunun açıkça özen borcu öngördüğü başkaca sözleşmeler de vardır. Bkz.: Kiracının özen borcu ile ilgili BK. 256; ürün kiracısının BK. 278; işçinin BK. 321; vekilin BK. 390/321; adi şirket ortağının BK. 528; acentanın TK. 124 il; kollektif ortaklık tasfiye memurunun TK. 225; taşıma komisyoncusunun TK. 809; gemi müdürünün TK. 959; kaptanın, TK. 972; taşıyanın 1061; kooperatif yönetim kurulu üyelerinin Koop. K. 62.

⁵⁷ Bkz.: ÇAMOCLU, Özen Borcu 389; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, 229; SAYMEN, iş Hukuku, 480; İZVEREN, A.: İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD. 1953/11, 1309.

⁵⁸ Özen borcu gerçekte asıl edim borcundan müstakil bir d a v r a n ı ş y il k il m il niteliğindedir. Ancak, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için Kanunun açık bilkmil gereğince (TK. 320) t a l i (yan) e d i m b o r c u seviyesine yükseltilmiştir. Kavramlar için bkz.: STOLL, H.: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen, 1936, 27; SEROZAN, R.: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç ilişkisi, MHAD. 11/3, 117 vd.; MERZ de özen borcunu yan edimler arasında saymaktadır. in: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht. Einleitungsband, Art. 1-10, Bern, 1962, Art. 2 N. 260). HELVACI (s. 47) özen borcunun teknik anlamda bir tali edim olmadığı görüşündedir.

⁵⁸¹ İsmail KIRCA, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - özen Borcu, Batider XXII/3 (Haziran 2004), 87; ve orada yollama yapılan M.A. GOMTİŞ, Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, 60.

⁵⁹ "Bir işçinin ihtimam mükellefiyeti, onun her türlü dikkati göstermesinden hiçbir ihmalinin bulunmamasından daha geniş bir kavramdır" (REİSoCLU, Hizmet Akdi, 156). **TA.Nİ(X;AN**, adam çalıştırana kurtuluş beyyinesi ile ilgili izahatında istihdam edenin "...ge.rekli ibtimam göstermemesi kusur olarak tavsif edilebilecek bir ihtimamsızlıc derecesini bulmasa dahi..." ibattışine yer vermiştir. Mesuliyet 107).

⁶⁰ Doktrinde yönetim kurulu üyelerinin özen yilki m 0, i b t i m a m b o r c u v e y a i b t i m a m m i l k e l l e f i y e t i terimleri ile ifade olunmaktadır. Bkz.: **ANSAY**, Anonim Şirketler 118; ARSLANLI, 168; İMREGON, Anonim Ortaklıklar 230; ERLER, 86; SCHULTHEISS, 50; STEIGER (Çağa) 276; SİMONIUS 21; SCHUCANY Art. 722 N. 1; **BÜRGI**, Art. 722 N. 3; 1965 tarihli yeni Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz) da § 93'de Sor g fa I t s p f l i c b t = özen yükümü, deyimini icullanmıştır. lsv. BK. 326. **maddenin U.0ar** başlığı --U a f t u n g f O r S o r g fa I t =özenden (daha doğrusu ÖZMSizlilikten) dolayı sorumluluğudur. **Ayna brf.:** MK. 3 II ve Alman MK. § 276.

kurulu üyesi ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı akde aykırılık sebebiyle sorumlu olur-61,62.

Yönetim kurulu üyeleri ortaklık işlerinin görülmesinde aynı nitelik ve büyüklükteki özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin alması gerekli tedbirleri almalı ve bu ölçüye göre hareket etmelidirler⁶³. Yöneticiler özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzını seçmemesi, alacağı tedbirleri almaması nedeni ile ortaklık bir zarar görmüşse, bunu tazminle yükümlüdürler⁶⁴.

(2.) TK. 320. madde yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu atıf yolu ile düzenlemiştir. Yapılan atıftan sonuçta, bu hususta işçinin özen borcunu düzenleyen BK. 321. maddenin uygulanacağını tesbit ediyoruz. Ancak, böyle açık bir hüküm bulunmasa dahi, yönetim kurulu üyeleri için özen borcunun mevcut olduğu sonucuna, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkiden de varılabilir. Gerçekten, yönetim kurulu

⁶¹ Özenli bir anonim ortaklık yöneticisinden beklenebiliyorsa, şirket depolarındaki malları sigorta ettirmek, piyasa durumunu izleyerek malları en uygun zamanda elden çıkarmak, gerekli ham madde stokunu yapmamış olmak sorumluluk sebebi olabilir. Yine bu yüküm gereğince yönetim kurulu üyeleri ortaklık açısından önem taşıyan bilgileri gecikmeksizin yönetim kuruluna getirmeli ve yönetim kurulunun yetkilerini aşan konularda ise genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırılmalıdır. Somut bir örnek ele alacak olursak: TK'nun 335. maddesi yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağı koymuştur. Bu yasağı ihlal eden üyeye karşı ortaklığın harekete geçmesi, durumu "diğer azaların öğrenmesinden" itibaren 3 aylık bir zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Fikrimizce üyelerden birinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenen diğer üyelerin durumdan yönetim kurulunu gecikmeksizin haberdar etmek yükümü vardır. Bu gereği yerine getirmeyen üye, özen (ve özen borcunu da kapsayan üst kavram olarak sadakat) borcunu ihlal etmiş olur ve TK. 336 N. 5 gereğince sorumlu tutulabilir (Bkz.: ÇAMOCLU Rekabet Yasağı, 360. Ayrıca bkz.: § 8 III 44). Aynı sonuca vekalet akdinde vekilin haber verme borcundan da varılabilir (Bkz.: OSER/SCHÖNENBERGER Die ein. elnen Vertragsverhältnisse Art. 398 5). Yine bunun gibi yönetim kurulu üyeleri özen borcunun bir gereği olarak icra etmekle görevli oldukları genel kurul kararlarını Kanuna, esas sözleşmeye ve objektif iyiniyet kurallarına uygunluk açısından incelemekle yükümlüdürler. Bir sakatlık gördükleri kararı icra etmekten kaçınmalı ve gereğinde aleyhine iptal davası açmalıdırlar (PLANGG 37; WANDER 66; SCHULTHESS 139). Geçerli olsa dahi ortaklık menfaatine aykırı düşen bir karar genel kuruldan talimat sormaksızın icra eden yönetim kurulu üyeleri özen borcuna aykırı davranış sebebiyle sorumlu tutulabilirler (ÇAMOCLU, Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyet 526, 529; Ayrıca bkz.: Yukarıda il, 4).

⁶² ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 325 N. 579.

⁶³ Yargıtay Tic. D. 16/12/1962, N. 4545/4384. kararında şu sonuca varmıştır: Davalıların ceza mahkemesinden beraat kararı almış olmaları hukuk mahkemesini takyid etmez; olayda suç unsuru bulunmasa bile kendilerinin, m U d e b b i r b i r ş i r k e t i d a r e c i s i g i b i hareket edip etmediklerini tayin ve tesbit ile kusurlarıyla zarara sebebiyet verdikleri anlaşılırsa mes'uliyetleri cihetine gidilmek gerekir (Batider IU3, 490; Ank. Bar. Der. 1963/1, 123).

üyeleri ile anonim ortaklık arasında bir akit bağı vardır. Bu **ilişki** hakim fikre göre *vekalet* akdidir⁶⁵. Olayda şartlarının gerçekleşmesi halinde hizmet akdi olarak da nitelendirilmektedir. Bu ilişki hizmet akdi olarak nitelendirildiği hallerde sözü geçen BK. 321. madde doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır. Vekalet akdinde de aynı tipten açık bir hükümle vekil için özen borcu öngörülmüştür (BK. 390).

Vekalet, hizmet gibi temelinde güven ilişkisi bulunan akitlerde, bu ilişkinin bünyesinden (işçi ve vekil için) çok daha geniş çevreli bir borç doğar: *Sadakat borcu*⁶⁶. Sadakat borcu, özen yükümünü de içine alan bir üst kavramdır⁶⁷. Yönetim kurulu üyelerinin özenli bir yönetici gibi hareket etmeleri gereği işte vekalet ve hizmet akitlerinde söz konusu olan sadakat borcundan da çıkarılabilirdi. Maamafih, özen borcunu da içine alacak genişlikte bir sadakat yükümünün varlığı anonim ortaklık yönetim kurulu için de kabul edilmektedir⁶⁸. Sadakat yükümünün yönetim kurulu üyeleri için de kabulünün asıl nedeni, gerçekte yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında güven ilişkisi üzerine kurulu vekalet veya hizmet akdinin bulunmasıdır.

(3.) Özen yükümünün tali bir borç (yan edim) olarak nitelendirilmesinin hukuki sonucu şudur: Gerekli özenin gösterilmemesi ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin (müsbet) ihlalini teşkil eder⁶⁹. Özen borcunu gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyesi ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı akde aykırılık sebebiyle⁷⁰

⁶⁴ Yargıtay Tic. D., 12/03/1971, N. 2366/1432 sayılı kararına bkz.: 500 bin lira sermayeli davacı şirketin varlığından 700 bin liradan fazlasını zimmetine geçirmiş olan müdürün durumu ile ilgilenmemiş olan davalı murahhas heyetin, kanunun öngördüğü özen ve basireti gösterdikleri kabul edilemez (Yayınlanmamıştır).

⁶⁵ Bkz.: § 9 II 3.

⁶⁶ Bkz.: OSER/SCHÖNENBERGER, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 319 N. 31, 32; SAYMEN İş Hukuku 483 vd.; REİSOCLU, Hizmet Akdi 157 vd.; BİLGE, Özel Borç Münasebetleri 292; LARENZ Besonderer Teil 201,257 vd.; BECKER Art. 393 N. 7.

⁶⁷ Bkz.: BECKER Art. 398 N. 7; OSER/SCHÖNENBERGER, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 319 N. 31.

⁶⁸ BÜRGİ Art. 722 N. 8; İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 231; ANSAY Anonim Şirketler 109; SCHULTHESS 53.

⁶⁹ STOLL 27; SEROZAN 120; SAYMEN İş Hukuku 480; ESSER 25-26.

⁷⁰ Bkz.: § 10 II 5, ili 2.

501111mlu olur^{71,72}.

1b. Özen Derecesi

(1) TK'nun 320. maddesi yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerinde göstermeleri gereken özen hususunda BK. 528 II'nin uygulanacağını bildirmektedir. Adi şirket ortağının özen borcunu düzenleyen BK. 528 II'ye göre "şirket işlerini ücretle gören şerikin özen borcu vekilin özen borcu hususundaki hükümlere tabidir". Vekilin özen borcu ile ilgili BK. 390. madde de işçinin özen borcunu düzenleyen BK. 321. maddeye atıf yaptığı için, buradan *ücret alan* yönetim kurulu üyesinin işçinin göstermekle yükümlü bulunduğu özeni göstermek zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır. BK. 321 III'e göre, "*işçiye terettüp eden ihtimam derecesi akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu keza lik istidat ve evsafı gözetilir*". Görülüyor ki BK. 321. madde esas itibariyle objektif bir özen ölçüsü koymakta, bir yandan da bazı sübjektif unsurlara önem vermektedir. Şu halde denebilir ki ücret alan yönetim kurulu üyesinin özen yükümü kaideten nesnel olarak takdir olunacaktır; ancak özen ölçüsünün tayininde maddenin yollama yaptığı öznel unsurlara da yer verilecektir. Bu nedenle TK'nun, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen borcu konusunda *karma* bir sistem benimsediği söylenebilir⁷³.

(2) TK. 320. maddenin atıf yaptığı BK. m. 528 f. 2 sadece ücret alan ortağın (yönetim kurulu üyesinin) özen ölçüsünü tanzim etmektedir. Bu sebeple doktrinde ücret almayan yönetim kurulu üyesinin özen ölçüsünün ne olacağı sorusu ortaya atılmış ve bu problemin TK. 320. maddenin atfı ile çözümlenmesine imkan olmadığı, bundan dolayı umumi hükümlere

⁷¹ Doktrinde özen yükümünün ihlali halinde kusura dayanan bir sorumluluğun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür (İZVEREN 1316; AKGÜN Z.: Hizmet Akli, AD. 1953/10, 1148; BECKER Art. 328 N. 12). Yine bazı yazarlar "bu yükümün kasden veya ihmal ile ihlalinden" bahsederler (Bkz.: OCUZMAN, K.: Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 66; İZVEREN, AD. 1954/1, 25; 1953/11, 1316. Buna karşılık özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesinde, kurtuluş beyyinesi dahi getirilmesine imkan bulunmayan bir objektif sorumluluk hali gören yazarlar da mevcuttur (ARSLANLI il 169 dpn. 166 ve orada anılan Vivante).

⁷² Hizmet akdinde işçinin özen borcuna aykırı davranışının akdin feshi için bir muhik sebep teşkil edeceği ileri sürülmektedir (Bkz.: OLGAC, S. Hizmet Akdi, İstanbul 1966, 391; İZVEREN, AD. 1954/1, 24).

⁷³ Bkz.: Aşağıda le.

gitmenin zararı olduğu ve TK. m. 137 deHUeti ile BK. m. 528 f. 1 fıkrasına göre takdir edilmek icap ettiği öne sürülmüştür. BK. 528, f. 1 ise, adi şirket ortakları için, şirket işlerinde de kendi işlerinde gösterdikleri özeni aradığına göre ücret almayan yönetim kurulu üyeleri için *sübjektif bir özen ölçüsü* konulduğu sonucuna varılmıştır^{73, 74}. İsviçre ve Alman hukuklarındaki yeni eğilim de yönetim kurulu üyelerinden kişisel birikim, yetenek ve güçlerinin üstünde bir özen beklememek yönündedir⁷⁵.

Kanımca, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu hakkında doktrinin tesbit ettiği bu sonuçlar, anonim ortaklığın bünyesine ve menfaatler vaziyetine uygun değildir. Çünkü ücret almayan yönetim kurulu üyesinin özen borcunu sübjektif addetmek yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sistemini aşın derecede zedeler. Salt sübjektif özen ölçüsü, itimada dayanan müteselsil ve sınırsız sorumluluk esasının geçerli olduğu şahıs ortaklıkları için uygun görülebilirse de, belki reylerini seçimleri lehinde bile kullanmamış olan şirket ortakları ile alacaklıların menfaatlerini ellerinde tutan anonim ortaklık yöneticileri için uygun değildir. Bu konuda yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almamasının belirleyici bir rolü olmamalıdır.

Bu görüş çeşitli gerekçelerle desteklenebilir: Önce yönetim kurulu üyelerinin ücret almaları ile neyin kastedildiği tesbit olunmak gerekmektedir. Bizce ücret kavramı geni yorumlanmalı ve ortaklıktan sağlanan bütün menfaatler bu kavramın kapsamına dahil edilmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin ücret alması halini sadece belirli zamanlarda tekrarlanan sabit ücrete inhisar ettirmemek, huzur hakkına (TK. 333) hatta ortaklıktan sağlanan kazanç payı (TK. 472) ve dönemli nitelik arzeden ikramiyelere dahi teşmil etmek gerekir.

Kanımca ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin huzur hakkı alacağı öngörülen hallerde (TK. m. 333) dahi özen borçları sübjektif olmamalıdır. Bu sonuca TK'nun 320. maddesinde BK. m. 528 f. 2'ye yapılan atfın gerçek kapsamının tesbiti ile varılabilir:

Gerçekten, TK'nun 320. maddesi, yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almadıklarından söz etmeksizin, "idare meclisi üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında BK'nun 528. maddesinin 2. fıkrasının uygulanacağını" söylemektedir. TK'nun 320. maddesi atfı yaparken yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almaması konusunda hiç-

⁷⁴ ÇAMOÖLU (Poroy-Tekinalp) 329 N. 581'de zikredilen Arslanlı, Ansay, Mımaroğlu, Domaniç.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: TEKİNALP, Fondaki Bankanın Hukuku, 78 N, 175 vd.

bir fnrk gözetmemiştir; diğer bir deyişle, atfı mutlak surette yapmıştır. Kanun koyucunun maksadı yönetim kurulu üyelerinin (Ücret alsın veya almasın) özen borcunun, "ilcret alan bir vekilin özen borcu gibi" olduğunu belirtmektir. Diğer bir ifade ile kanun TK'nun 320. maddesindeki atfı BK. 528 f. 2'nin tesbit ettiği sonuca (yani özen ölçüsünün karma niteliğine) yapmıştır. Nitekim, kanun koyucunun iradesinin bu yolda olduğu atfın 528. maddenin tamamına değil de, 2. fıkrasına yapılmasından da anlaşılmaktadır. Ancak TK'nin, özen ölçüsü konusunda benimsediği *karma sistem* sonucu, ücret almayan yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün saptanmasında da, BK. 321. maddenin öngördüğü öznel unsurların dahi ağırlıklı olarak gözönünde tutulması gerekeceğini belirtmek isterim.

İc. •Özen Borcunun Karma Nitelik Taşımalarının Anlamı: Ortalama bilgi ve yeteneğe sahip bir yöneticinin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uyum davranan bir yönetim kurulu üyesi kendinden beklenen özeni göstermiş sayılır. Yargıtay'ın bir kararında aradığı yöneticilerin "müdebbir bir şirket idarecisi gibi hareket etmeleri" (Tic. D. 16.12.1962, E. 4545, K. 4384 - Batider, C. il, S. 3, s. 490) ölçüsü doktrinde *Tekinalp* tarafından güçlü gerekçelerle reddedilmektedir⁷⁶.

Özen borcunun ölçüsü ve kapsamı bağlamında aşağıdaki saptamaları yapabiliriz:

(1) Özen ölçüsünün objektif olmasından, bütün anonim ortaklıklara uygulanabilecek tek bir özen ölçüsü anlaşılmamak gerekir. Özen ölçüsü aynı nitelik ve büyüklükteki anonim ortaklık yöneticileri için aynıdır. Bundan başka, beklenen özen derecesinin tayininde her somut olayın özelliklerinin de gözönünde tutulması gerekir. Başka bir deyişle, aynı nitelik ve büyüklükteki bir anonim ortaklık yöneticisinin aynı somut olayda göstermesi gereken özeni göstermeyen yönetim kurulu üyesi hem davranışlarında kusurlu sayılır hem de özen borcunu ihlal etmiş olur. Bu nedenle büyük sermayeli halka açık bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen, bir aile anonim ortaklığı yöneticisinin beklenen özenle aynı olamaz.

(2) BK'nun 321. maddesi, kural olarak objektif bir özen ölçüsü aramakla beraber, yer verdiği bazı sübjektif unsurlara özen ölçüsü konusunda *karma* bir sistem benimsemiştir⁷⁷. Maddenin 3. fıkrasına göre, özen öl-

⁷⁶ TEKİNALP Fondaki Bankanın Hukuku 78 N. 175.

⁷⁷ ÇAMOCLU (Poroy/fekinalp) 330 N. 584.

çüsünün tayininde, işçinin (yönetim kurulu üyesinin) o iş için gerekli olup iş snhibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken malOmat ve mesleki vukuf derecesi ile şahsi istidat ve vasıfları da nazarı itibare alınacaktır. Bu hüküm uyarınca üyeden beklenecek özen ölçüsünün beelirlenmesinde yönetim kunulu üyesinin genel kurul tarafından bilinen (veya bilinmesi gereken) kişisel nitelik ve yetenekleri ile uzmanlığı ve mesleki birikimi gözönünde tutulacaktır. Genel kurulun seçtiği kişilerin özgeçmişini bilmediği düşünülemez. Bu nedenle örneğin emekli bir asker, bir sporcu veya bir sanatçı yönetim kurulu üyeliğine seçilmişse, uzman bir anonim ortaklık yöneticisinden beklenen özen bu kişilerden beklenemez^{77a}. BK'nun 321. maddesinin 3. fıkrasının kişisel nitelik ve yeteneklere yollama yapan hükmt de üyelerden fiziksel veya ussal kapasitesinin üzerinde bir davranış biçiminin beklenemeyeceğini göstermektedir.

Yine bunun gibi kendisine dış ilişkide imza (temsil) yetkisini verilmiş, (pasif) yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsü de yönetime hakim üyelerden beklenen özen derecesi ile eşdeğer tutulamaz. Sorumluluğun yetki ile doğru orantılı olması sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Yargıtay 11. HD. bu ilkedan hareketle "kendilerine ticari yaşamın gerektirdiği yetkiler tanınmayan yönetim kurulu üyelerinden objektif özen göstermeleri beklenemez" görüşüne ulaşmıştır^{77b}.

(3) Özen borcuna aykırı davranış yukarıda da belirttiğimiz gibi yönetim kurulu üyeleri ile anonim ortaklık arasındaki sözleşmenin ihlalini teşkil eder. Bu nedenle doğacak sorumlulukta *ispat yükünün dağılışı* BK. 96 vd. kurallarına tabidir⁷⁸. Sözleşmeden doğan sorumlulukta geçerli olan kusur karanesi gereğince anonim ortaklık sadece yönetim kurulu üyesinin özen borcuna aykırı davranışı sonucunda uğradığı zararı ispatlamakla yükümlüdür. Buna karşılık özen borcunu gereği gibi yerine getirdiğini veya akde aykırı bu davranışının kendi kusurundan doğmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyesindedir⁷⁹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH)

⁷⁷. ERİŞ (c. I 1992), kusur derecesinin belirlenmesinde, "genellikle yönetim kurulu üyesinin uzmanlıklarının gözönünde tutulması gerektiğini" belirtmektedir.

^{77b} Yarg. 11. HD. 17.12.1974 t. E. 3677 K. 3733 s. kararı (ERİŞ, AŞ 232 N. 39; aynı yönde Yarg. 11. HD.29.11.1995 t. E. 5911 K. 6585 s. kararı ERİŞ, AŞ 232 N. 5).

⁷⁸ TUNÇOMAC, Özel Borç İlişkileri 346.

⁷⁹ BECKER, Art. 328 N. 7; STEİGER (Çağa) 321; İZVEREN, AD. 1954/1, 23; OLGAÇ 392.

15.12.1962 tarihli bir kararıda özen borcunu yerine getirmiş olduğunu veya yerine getirmenin imkansızlığını ispat yükünün yönetim kurulu üyesinde olduğunu belirtmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, anonim ortaklık ise, yönetim kurulu üyesinin görevini kötü ifa ettiğini ve bunun sonucunda bir zarar doğduğunu ispat etmelidir.

(4) Yönetim kurulunun aldığı kararlar nedeniyle hukuki sorumluluğunun saptanmasında üyelerin bu bağlamda göstermeleri gereken özen derecesi ölçü niteliği taşır. Bilindiği gibi yönetim kurulu iç ilişkide görev yapan bir karar organıdır. Üyeler takdir yetkilerini kendilerine sunulan karar taslağı ve ekindeki belgeleri inceleyerek ve yönetim kurulunda bu konuda yapılan görüşmeleri temel alarak kullanırlar. Kural olarak ortaklığın görevli kadrolarınca kendilerine sunulan bilgi ve belgeleri doğru, yapılan öneriyi samimi kabul etmek durumundadırlar. Üyelerin bu bağlamda takdir yetkilerini öneri yönünde ya da aleyhinde kullanmaları, salt bu nedenle kendilerine sorumluluk getirmez. Diğer bir anlatımla yargıç yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini *yerindelik yönünden* inceleyemez^{80a}. Üyelerin bir yönetim kurulu kararından dolayı sorumlu tutulabilmeleri, kararın alınması ve oylanması aşamasında kanunun veya anasözleşmenin kendilerine yüklediği bir görevi yerine getirmediüklerinin saptanmasına bağlıdır. Ancak geleceğe dönük tahminleri ve beklentileri de denkleme koyan takdir yetkisindeki yanılğı, bu yetkinin sınırlarını aşan somut olgulara bağlanabiliyorsa, bu takdirde yargıç bu olguları incelemek hakkına sahiptir^{80b}.

Nihayet yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi, kararın alındığı tarihteki somut verilere göre değerlendirilmelidir. Alındığı tarihte üyelerin bilgisine ulaşan verilere göre ortaklık menfaatine uygun görülen bir kararın zaman içinde ortaklığa zarar verici bir boyut kazanması, karara imza atan üyeler için bir sorumluluk nedeni olamaz^{80c}.

Yargıtay, sorumluluğun yetki ile doğru orantılı olması gerektiği evrensel hukuk ilkesinden hareketle, kendisine ticari yaşamın gerektirdiği

⁸⁰ DAG 1963, 24. Aynı yönde Yargıtay 4. HD. 26.05.1958, E. 3887 K. 3655, (OLGAÇ 392 dpn. 8'de anılmıştır).

^{80a} **KIRCA** Takdir Yetkisi - Özen Borcu 88. Yazar, bir yönetim kurulu kararına *oyçokluğu* ile alınmasını, bu konuda görüş farklılıklarının oluşabileceğinin somut kanıtı olarak gönmekte ve bu olguyu da yargıcın yönetim kurulu kararlarını "*yerindelik*" açısından inceleme yetkisine sahip olmadığı görülmüne kanıt göstermektedir (s. 89 dpn 18); aynı yönde: **FORSTMOSER/MEIER-HAYOVNOBEL** § 28 N. 24.

^{80b} **KIRCA** Takdir Yetkisi - Özen Borcu 95.

^{80c} **VON DER CRONFJCARBONARA/HUNZIKER** 46; **KIRCA** Takdir Yetkisi - Özen Borcu 88.

yetkiler tanınmamış olan yönetim kurulu üyelerinden basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesinin beklenemeyeceğine karar vermiştir (Bkz: *Yarg. 11. HD. 17.12.1974 t. E. 3677 K. 3733: Eriş, TIK² m. 3365 2330*). Bu nedenle sınırlı yetkili *pasif* yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen ölçüsünün bu ilkenin ışığı altında değerlendirilmesi gerekir.

m. Sadakat Borcu

Sadakat borcu kaynağını anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki vekalet (veya hizmet) sözleşmesinde bulur. Sadakat borcu geniş kapsamlı bir yükümdür. Genel bir ifade ile yönetim kurulu üyelerine her türlü faaliyetlerinde *ortaklığın menfaatlerini*⁸¹ daima ön planda tutmak mükellefiyetini yükler⁸². Sadakat borcu, sır saklama ve özen gösterme yükümlerinin temelini teşkil eder. Ticaret Kanunumuz ortaklıkla işlem yapma (TK. 334), müzakerelere katılma (TK. 332) ve rekabet yasakları (TK. 335) gibi, genellikle sadakat borcu içinde mütalaa edilebilecek bazı hususları özel sorumluluk halleri olarak ayrıca düzenlemiştir⁸³.

Ancak , sadakat borcu aynı zamanda TK 336. maddenin **1.** fıkrasının 5. bendindeki "kanunun ya da anasözleşmenin kendilerine yüklediği sair görevlerin ihlali" kapsamına girdiği için, bu yasağı ihlal eden sorumlular hakkında TK 336 vd. hükümleri uyarınca sorumluluk davası açılması da mümkündür.

2. Yönetim Kurulunun Görevlerini İfa Şekli

a. Genel Olarak

Yönetim kurulu kendisine kanun veya esas mukavele gereğince yüklenen görevleri kural olarak kurul halinde ifa eder⁸⁴. Nitekim Ticaret Kanunu'nda, yönetim kuruluna yüklenen görevlerin çoğunluğu kurul olarak yönetim kuruluna verilmiş⁸⁵, ancak bazı mükellefiyetler yönetim kurulu

⁸¹ Ortaklık menfaati kavramı hakkında bkz.: NENNINGER 193 vd.; SIMONIUS 25/26; VİSCHER/RAPP 144 vd.

⁸² Bkz.: ÇAMütLU (Poroy-TekJnalp) 332 N. 585; BÜRGİ Art. 722 N. 8; ANSAY, Anonim Şirketler 119; STEIGER (Çağa) 269; SCHULTHESS 53; SCHUCANY Art. 722 N. 1; MEIER-HAYOVFORSTMOSER § 16 N. 470.

⁸³ Bkz.: § 8.

⁸⁴ WIELAND il 122.

⁸⁵ Bkz.: TK. 323, 324, 325, 326, 327, 327, 343, 352, 365, 366, 368, 390, 395, 397, 407, 429, 438, 439, 451n.

üyelerine münferiden yüklenmiştir⁸⁶.

Yönetim kuruluna heyet olarak yüklenen görevler yönetim kurulunun heyet halinde çoğunluk prensibine göre vereceği kararlarla ifa olunur⁸⁷. Eğer dış ilişkide ifası gerekli bir işlem söz konusu ise, bu işlem temsilcilerin icrası ile dış münasebete yansır. Fakat yönetim kurulunun öyle görevleri vardır ki bunların icrası bir karar alınmasını şart kılmaz. Karar alınsın alınmasın bu görevlerin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi gerekir; icra edilmemeleri yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektirir. Yasal defterlerin tutulması, 327. maddenin emrettiği yıllık raporun, bilançonun ve başarı (kar-zarar) hesabının düzenlenmesi, genel kurul kararlarının tescil ve ilan ettirilmesi ve 324. maddeye göre alınması gerekli tedbirler bu grupta yer alırlar.

b. Yönetim Kurulunun Toplanılan ve Kararları Sebebiyle Doğan Sorumluluk Problemleri

Yönetim hakkı üyeler arasında taksim olunmamış veya murahhaslara bırakılmamışsa, bütün yönetim kurulu üyeleri, yönetim hakkını haiz sayılır. Yönetim görevinin heyet halinde ifa edileceği hallerde üyeler toplantılara katılma ve oy hakkına sahiptirler. Yönetim kurulu toplantılarına katılmak ve oy kullanmak üyeler için bir hak olduğu gibi bir görev de teşkil eder⁸⁸. Her yönetim kurulu üyesi gereğinde kurulun olağanüstü toplantıya çağrılmasını ve önerdiği maddelerin gündeme konulmasını başkandan talep edebilir⁸⁹. Yönetim kurulu işlevini kural olarak heyet halinde toplanarak yerine getirir. Belirli bir meselede, kurul üyelerinin çoğunluğunun fikrine muhalif olmak, yönetim kurulu üyesine toplantılara katılmaktan kaçınma hakkı bahşetmez⁹⁰. Üye, toplantıya katılmalı, aksi kanıda ise

⁸⁶ Bk.z.: TK. 308, 332, 334, 335, 337. Yönetim kurulu üyelerine münferiden yüklenen vazife veya mükellefiyetler sebebiyle, yönetim kurulu, kurul olarak değil, üyeler şahsen sorumlu olurlar. Fakat 308. madde gereğince kuruluş yolsuzluklarını tahkik yönetim kurulu üyelerine ferden yüklenmiş bir görev olduğu halde, kanun bu yüzden doğacak sorumlulukta da teselsül ilkesini kabul etmiştir. Bk.z.: § 4 I 2; karş. **HİRŞ** 215 N. 226.

⁸⁷ Nisaplar konusunda bk.z.: **ÇAMOÖLU (Poroy-Tekinalp)** 300 N. 529; **SCHULTHESS** 58; **STEIGER** (Çağa) 274.

⁸⁸ **STEIGER** (Çağa) 273.

⁸⁹ **FUNK** Art. 713 N. 4; **BÜRGİ** Art. 713 N. 17; **SCHULTHESS** 59.

⁹⁰ **HİRŞ** 314 N. 329 vd.

menfi oy verip, gerekirse muhalefeti zapta geçirtmelidir. Yönetim kurulu üyeleri toplantıya katılmamaları hususunda haklı mazeretleri bulunmadıkça ilke olarak müteselsilen sorumlu kalmakta devam ederler⁹¹ (TK. 338).

*Schucany*⁹² toplantıya katılmayan yönetim kurulu üyesinin sorumlu kılınabilmesi için dört şart aramaktadır: (1) Verilen karar ortaklık malvarlığını tehlikeye düşürmeli ve yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmaması özen yükümü ile bağdaşmamalıdır. (2) Toplantıda sorumluluğa kaynak olan kararın alınacağını bilmesine rağmen hiçbir mazereti olmaksızın toplantıya gelmemelidir. (3) Üyenin yokluğu ile karar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Yani eğer o üye iştirak etmiş olsaydı dahi karar yine alınacak idiyse sorumluluk söz konusu değildir. (4) İştirak etmemiş bulunan üye karan önlemek için hiçbir faaliyet göstermemiş olmalıdır. Mesela, mazereti sebebiyle başkandan toplantının ertelenmesini isteyebilir veya yönetim kurulu başkanı veya üyelerine o toplantıya gelemeyeceğini bildirmiş olabilir.

Görüldüğü gibi salt toplantıya katılmamak sorumluluk için yeterli değildir; olayda sorumluluğun (nedensellik bağı, zarar gibi) diğer unsurlarının da gerçekleşmiş olması gerekir.

Schucany'nin bu haklı tesbitine şu eklemeleri yapabiliriz: Toplantıya katılmayan üyeleri o toplantıda alınan kararlardan sorumlu tutabilmek için gündemin kendilerine iletilmiş olması gerekir. Eğer o toplantıda üyelere tebliğ edilen gündemde yer almayan bir konu görüşülüp karara bağlanmış (ve bu kararın uygulanması sorumluluk yaratmışsa) katılmayan üyeleri sırf toplantıda bulunmadıkları için sorumlu tutamayız⁹³. Ancak toplantıya katılmayan üye daha sonra ortaklık çıkarlarına aykırı gördüğü kararı öğrendiğinde, özen ve sadakat borçlarının gereği olarak, bu kararın uygulanmasını önlemek için gerekli girişimleri yapmalıdır. Örneğin kurulu karan gözden geçirmek için gecikmeksizin toplantıya çağırılmalı ya da konuyu denetçilere bildirmelidir.

⁹¹ Bkz.: § 3 III. Karş.: ARSLANLI il 117 dpn. 63.

⁹² SJZ 60, 229.

⁹³ Aynı yönde: UÇAR 105; Aksi görüş: İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 211.

TK 330 II. maddenin verdiği imkana dayanılarak toplantı yapılması "elden dolaştınna" yolu ile alınan kararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmaları ancak şu hallerde mümkün olabilir: "Elden dolaştınna" yolu ile kararlarında toplantı yetersayısı oybirliğidir⁹⁴. Bu yolla karar alınabilmesi için karar taslağının üyelerin tümüne ulaştırılmış olması ve bu olgunun da taslak üzerine koydukları imza ya da şerhlerle sabit olması gerekir. Zira her üyenin bu konunun yönetim kurulu toplantısında görüşülmesini talep etme hakkı vardır. Böyle bir talep yapıldığında konunun yönetim kurulu toplantısına getirilmesi zorunludur. Bu nedenle üyelerin bu yolla alınan bir karardan dolayı sorumluluktan kurtulabilmeleri için, taslağa "konuda görüşelim", "toplantı gündeme alınsın" veya benzeri bir kayıt koymaları yeterlidir. Karar taslağı kendisine sunulan üye, taslak üzerindeki mevcut oylardan kararın olumlu çıkacağını ve bu kararın uygulamasının ortaklığı menfaatlerine açıkça aykırı olduğunu görürse, yönetimden bu kararın akibeti hakkında bilgi almalı ve kurulu toplantıya çağırıp konunun tekrar görüşülmesini sağlamalıdır. Somut olayın koşullarına göre denetçileri haberdar etmesi de kendisinden beklenebilir.

Yönetim kurulu üyeliği üyenin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir görevdir. Bu niteliği ile yönetim kurulu üyesi, ne toplantıya katılma ne de oy kullanma konusunda kendisini bir vekille temsil ettiremez; yönetim kurulu içinden birisine de temsil yetkisi veremez^{94a}.

Toplantıya katılıp da *çekimser kalan* üye sorumlu olur mu? *Schucany*⁹⁵ burada da: (1) Zarar, (2) Zararla oydan kaçınma arasında illiyet bağı aramaktadır. Yazar, yedi kişilik bir yönetim kurulunda bir kişinin gelmemesi ve reylerin üç müsbet üç menfi olması halinde, kararın alınamayacağını, eğer sözü geçen üye toplantıya gelseydi ve lehde rey kullansaydı kararın doğacağını ve böylece zararın meydana gelmeyeceğini örnek vererek bu olayda zararlar toplantıya gelmeme (veya istinkaf) sırasında illiyet bağının bulunduğunu, gelmeyen (veya çekimser kalan) üyenin sorumluluğunun bahis konusu olacağını söylemektedir. Yine yazar reylerin

⁹⁴ Bkz.: İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 213; ÇAMOĞLU (Poroy-Tek., Jnalp) 303 N. 531; ME1ER-HAY07/FORSTMOSER § 16 N. 451.

^{94a} ME1ER-HAY07/FORSTMOSER § 16 N. 461.

⁹⁵ SJZ 60. 229-230; Ayrıca bkz.: RİPERT/ROBLOT 1584 N. 1248.

üçer üç eşit olması ve başkanın üstün oya sahip olduğu hallerde⁹⁶ reyini menfi yönde kullanmış olması sebebiyle karar alınamaması halinde, zararlar çekimser kalma arasında illiyet bağının bulunmadığını beyan etmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin şahsi menfaatlerini veya 349. maddede sayılan yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren hususların görüşmelerine katılma yasağını ihlal etmeleri de sorumluluklarını gerektirir⁹⁷. Toplantıya katılması yasak olan üye durumu yönetim kuruluna bildinnee ve toplantı tutanağına yazdırmağa mecburdur (TK. 332).

c. Yönetim Kurulunun Oluşmamış Kararlarının icrasından Doğan Sorumluluk

'Karar dış ilişkide ortaklığı temsile yetkili yönetim kurulu üyeleri ve kurulca kendisine imza (temsil) yetkisi verilmiş ortaklık yetkilileri tarafından icra olunur.

Gerekli yetersayı ya da yasal koşulları sağlamadığı için hukuken oluşmamış yönetim kurulu kararları uygulanamaz. Kararı uygulamakla görevli temsilciler, herşeyden önce geçerli bir yönetim kurulu bulup bulunmadığını incelemekle yükümlüdürler.

Şeklen dahi oluşmadığı ilk bakışta saptanabilen diğer bir deyişle uygulama yeteneği olmayan bir kararın uygulanmasından onu uygulayan temsilciler sorumludur. Örneğin, 7 kişilik bir yönetim kurulu 3 kişi ile toplanıp karar almışsa bu karar hukuken yoktur ve uygulanması mümkün değildir. Buna rağmen uygulanmışsa, sorumluluk bu uygulamaya katılanlara aittir.

Burada nisap yönünden oluşmamış karara olumlu oy vermiş olan yönetim kurulu üyelerinin kararın uygulanmasından doğan zarardan sorumlu tutulup tutulamayacakları sorunu akla gelebilir. Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Bir yönetim kurulu üyesi olumlu oy kullanmış olsa dahi, yetersayı yüzünden oluşmamış bir kararın (her nasılsa) uygulanması nedeni

⁹⁶ Oy eşitliği halinde başkanın katıldığı tarafa üstünlük tanınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **KARAYALÇIN, Y.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu, Batider V/3, 520 vd.; **STEIGER** (Çağa) 274; **SCHULTHESS** 66.

⁹⁷ Bkz.: § 8 1.

ile sorumlu tutulamaz. Ancak bu karara katılmış olsun olmasın, henüz oluşmamış bir kararın uygulanacağını öğrenen (Örneğin, bu eksiklik bilgisine ulaşan bir denetim veya teftiş raporunda yer almış veya bu konuda kendisine bir ihbar yapılmışsa) tüm yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat borçları gereği bu uygulamayı önleme yükümü vardır. Bunu yerine getirmeyen üyelerin TK. 336 N. 5 uyarınca, yasanın kendilerine yüklediği bir görevi yerine getirmemek nedeniyle bu uygulamadan doğan zarardan sorumlu tutulmaları mümkündür.

d. Yönetim Kurulunun Sakat Kararlarına Karşı Ortakların İmkânı

Yönetim kurulunun kanun veya esas sözleşmeye aykırı kararları hususunda, ortakların ve ortaklık alacaklılarının yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gitmekten başka bir imkanı bulunup bulunmadığı sorunu doktrinde tartışılmıştır. Kanunun açık hüküm içermemesi sebebiyle çeşitli görüşler ortaya çıkmış ve özellikle alacaklılarla ortakların yönetim kurulunun sakat kararları aleyhine *iptal davası* açıp açamayacakları sorunu üzerinde durulmuştur. Gerçekten yönetim kurulu kararlarının iptali imkanı kabul edilirse, kararın tatbik alanına konması ve bu kararın uygulanmasından doğacak olası zararların önlenmesi kabil olacaktır. Bu imkan, kararın icrası sebebiyle doğan zararlar için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidebilmekten daha ileri bir adımdır. Çünkü ortaklığın ve ortaklık dolayısıyla ortakların ve alacaklıların gördüğü zararı yöneticiler çoğu kere tazmin gücüne sahip olmayabilirler.

da. Genel Kurulun Yönetim Kurulu Kararları Üzerinde Tasarruf İmkânı

Anonim ortaklığın en yüksek organı genel kuruldur. Genel kurul bu sıfatla yönetim kurulu kararları üzerinde tasarruf imkanına sahiptir⁹⁸. Bu husustaki sının yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren işlemler oluşturur⁹⁹. Genel kurul gereğinde, şeklen sıhhatli bile olsa, ortaklık men-

⁹⁸ Yargıtay Ticaret Dairesi yönetim kurulu kararları aleyhine doğrudan doğruya mahkemeye başvurulamayacağını, önce bu kararın genel kuruldan kaldırılmasının istenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz.: Tic. D. 10.10.1959 N. 2311/2480 (ANSAY, Batider W3, 379) ve HGK. 03.03.1961 (11.Kaz. lçt. I, 425) ve Tic. D. 28.04.1961 N. 138/1409 (Batider II/1 120).

⁹⁹ Genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki ilişkileri konusunda bkz.: Yukarıda il, 4 a.

faatine aykırı gördüğü bir yönetim kurulu kararının icrasını men edebilir¹⁰⁰. Ancak genel kurul ağır işleyen bir organdır. Türk hukukunda münferit ortakların genel kurulu toplantıya çağırmak hakkı mevcut değildir; genel kurulu toplantıya davete ve gündeme madde eklenmesine azınlık yetkilidir¹⁰¹. Münferit pay sahipleri ancak denetçilere başvurmak suretiyle genel kurulu toplantıya davet ettirebilir ve yönetim kurulu kararının görüşülmesini sağlayarak, genel kurulun, yönetim kurulu kararını (şeklen geçerli olsa dahi) tatbikten alıkoymasını temin edebilirler. Şüphesiz genel kurulun vereceği karar aleyhine de TK. 381. maddenin koşulları uyarınca iptal davası açmak imkanı mevcuttur.

db. Yönetim Kurulu Kararları Aleyhine İptal Davası Açılması İmkanı

(i) Türk Ticaret Kanunu Sisteminde

Türk hukukunda yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılması imkanı tartışmalıdır. *Arslanluoı*, sıhhat yönünden yönetim kurulu kararlarını da genel kurul kararları gibi, batıl ve kabili iptal olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Eğer kanun veya ana sözleşmenin aradığı şekle uyulmaksızın (mesela üyelerin bir kısmı toplantıya davet edilmeden) karar alınmışsa, batıldır ve butlan ilgililer tarafından hükmaltına aldırabilir. Buna karşı yazar, kararın batıl olmayıp da kanunun yorumlayıcı hükümlerine veya mukaveleye aykırı olması sebebiyle kabili iptal olması halinde bu kararlar aleyhine iptal davası açılmasını yönetim kurulunun faaliyetinin fazlaca kısıtlanmış olacağı düşüncesi ile, uygun görmemektedir. *Hırş*¹⁰³ ise, kanunda iptal davasına imkan veren bir hükmün bulunmadığını söylemekte ve kanun vey anasözleşmeye aykırı karar vermiş olan yöneticilere karşı sorumluluk davası açmak imkanı mevcut olduğu gerekçesi ile kararlar aleyhine iptal davası açmak olanağını tanımamaktadır. *Pulaşlı*¹⁰⁴ *Onsun*¹⁰⁵ ve *Moroğlu*¹⁰⁶ da iptal davasını kabul etmeyen yazarlar arasın-

¹⁰⁰ SCHULTHESS 57; BÜRGİ Art. 716 N. 26; FUNK Art.712 N. 1; WEHRLİ SJZ 40, 108.

¹⁰¹ Karş.: ANSAY, İdare Meclisi Kararlarının iptali 383.

¹⁰² ARSLANLI il 120, 121.

¹⁰³ HİRŞ 315 N. 330.

¹⁰⁴ PULAŞLI Şirketler 434.

¹⁰⁵ ONSUN 237.

¹⁰⁶ MOROÖLU 237.

dadır. *Ansay*¹⁰¹ ve *İmregün*¹⁰² yoklukla malul veya batıl kararlar aleyhine resbit davası açılabilmesini kabul etmekte, buna karşılık iptal edilebilir kararlar aleyhine iptal davası açma imkanını tanımamaktadırlar.

Kanaatımca, yukarıda da belirtmiş olduğum gibi yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilme imkanı, ihlali mümkün menfaatleri korumak için yeterli değildir. Yönetim kurulu üyelerini ortaklığın esas mukavelesine veya kanuna aykırı bir karar yüzünden ortaklığın ve dolayısıyla ortaklarla alacaklıların uğradığı zararı tazmin edecek maddi güce çoğu kere sahip değildirler. Bundan başka zararı dava sonucunda alınacak tazminat ile gidermektense zararın doğumuna mani olmanın daha akılcı olacağı şüphesizdir. Kanımca, yönetim kurulu kararlarını da sakatlık derecesine göre bir ayırıma tabi tutmak gerekir. Şayet yönetim kurulu karar yoklukla malul veya BK. 19 ve 20. maddelerine aykırılık nedeniyle batıl ise, bu tür kararlar aleyhine ilgililer bir *tesbit davası* açarak, sakatlığı tesbit ettirebilirler¹⁰⁹. İlgili, kararın sakatlığını *defi* olarak kullanmak imkanına da sahiptir¹¹⁰.

Kabili iptal kararlar için pozitif hukukumuzda Sermaye Piyasası Kanunu dışında bizi iptal davası açabilme sonucuna götürecek bir dayanak mevcut değildir¹¹¹. Yalnız, yönetim kurulunun sakat kararları aleyhine pay sahiplerine dolaylı yoldan da olsa bazı hukuki desteklerle harekete geçmek imkanları tanınabilir. Yönetim kurulu ortaklığın organı olduğu ve işlemleri tüzel kişiye izafe olunduğu için, bir yönetim kurulu karar ile ortakların ortaklığına bir hakkı ihlal ediliyorsa, bu hususta doğrudan doğruya ortaklık aleyhine dava açılarak ortaklığına hakların teslimi istenebilir. Mesela, kar veya tasfiye payının verilmesi, denetim hakkını kullanmaya imkan verilmesi talep olunabilir^{111a}. Yine bunun gibi, yönetim kurulu,

¹⁰⁷ **ANSAY**, İdare Meclisi Kararlarının İptali 381-382; Anonim Şirketler 97.

¹⁰⁸ **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 215.

¹⁰⁹ Bkz.: **PATRY** 237 vd.; BGE 88 il 98; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 215; **ANSAY**, Anonim Şirketler 97; karşı: **MOROĞLU** 110/111.

¹¹⁰ **SCHULTHESS** 56; **JAGMETTI** 114 vd.

¹¹¹ Türk uygulamasında yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi hususunda Yargıtay kararları müstakim değildir. İptal davası açabilme imkanını kabul eden içtihatlar mevcut olduğu gibi (Tic. D. 07.10.1958 N. 199612321 "**ANSAY**, Anonim Şirketler ve Tatbikat AHfD 1960/1-4, 330"; 08.05.1959 N. 981/1355 "**ANSAY**, Batider II/3, 377"; 10.03.1961 N. 287n42 "**ANSAY** ibid."; 28.04.1961 N. 138/1409 "Ank. Bar. Der. 1961/3, 62") dava imkanı tanımayan içtihatlar da vardır (Tic. D. 25.05.1942 N. 145 "**ARIÇ** 180"; 18.02.1954 N. 8110/933 "**SUNGUR** il 220 N. 150"; 25.02.1960 N. 125/599 "**DOMANIÇİÇAMOĞLU** 285 N. 91"; 04.03.1960 N. 240/689 "**ANSAY**, Batider 11/3, 378").

^{111a} **ANSAY**, İdare Meclisi Kararlarının İptali 383.

devri ortaklığın rızasına bağlı payların devrine kanun veya sözleşmeye aykırı olarak muvafakat etmediği takdirde, pay sahibi doğrudan doğruya şirket aleyhine bir *eda davası* açabilir¹¹². Sermaye borcunu ödemede temerrüde düşen ve TK. 407, 408. maddelerde öngörülen koşullar uyarınca yönetim kurulunca ödenmeyen paylara ilişkin ortaksal hakla¹¹³nda¹¹⁴ahrum bırakılan (ıskat edilen) ortaklar da bu karar aleyhine iptal istemi ile yargı yoluna başvurabilirler. Bundan başka şayet alınan karar bir haksız fiil vasfını taşıyorsa, TK. 321 V gereğince, üçüncü kişiler gibi ortaklar ve ortaklık alacaklıları da yönetim kurulu üyelerini dava edebilir. Yöneticilerin yanı sıra ortak¹¹⁵ık tüzel kişisine karşı dava açılması da kabildir. Yalnız TK. 321 V'de hukuki destek olarak haksız fiile istinat edildiğine ve haksız fiile dayanabilmek için de zararın oluşumu şart olduğuna göre, genellikle kararın icrasından önce 321 V'e dayanılarak dava açmak imkanı mevc¹¹⁶tt değildir. Belki, yönetim kurulu kararı icra olunduğu takdirde haksız fiil teşkil edeceği gerekçesi ile bir tesbit davası açılması düşünülebilir.

Münferit ortakların denetçileri harekete geçirerek genel kurulu olağanüstü toplantıya davet ettirmeleri ve yönetim kurulu kararının icra edilip edilmemesini gündeme koydurmaları imkanı da ağır işleyen ve menfaatleri gereğince korunmaya yeterli bir çare değildir. Sonra, genel kurulun yönetim kurulu kararını tasvib etmesi de ihtimal dahilindedir. Yönetim kurulu kararı sakat dahi olsa, dış münasebete aksedip icra olunduğu takdirde iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisap ettiği hakların korunması gerektiği için, kararın icrasına kadar genel kurulu toplayabilmek de çok kere mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, bizce mevcut imkanlar menfaatleri yeter derecede koruyucu nitelikte değildir. Bu nedenle kitabın 1. basısında *de lege ferenda* ortaklara TK. 381. maddeye kıyasen yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açma hakkı verilmesini önermişim¹¹⁷, 114, 11s.

¹¹² Bkz.: **PATRY** 239; ATF. 76 II 51.

¹¹³ Bkz.: 1. bası, s. 80-81. Aynı yönde: **Korkut ÖZKORKUT** (Yönetim Kurulu Kararlarının iptali S. 135-137) Yönetim kurulu kararlarının hukuka uygunluk yönünden denetime tabi tutulmasını ve bu amaçla TK. 381. maddeye paralel süreli bir iptal davası açılması olanağının tanınmasını önermektedir.

¹¹⁴ **MOROÛLU** (s. 110), yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açmak imkanının tanınmasını yönetim kurulunun hareket serbestisinin kısıtlanacağı gerekçesi ile sakıncalı bulmaktadır. Yukarıda da belirttiğim gibi, karar icra edildikten sonra doğacak zararlar konusunda sorumluluk davası açmak, menfaatler durumunu yeterince koruyabilecek bir hukuki araç değildir. Çünkü, yönetim kurulu üyeleri çoğu kere meydana gelen zararın tazmin edebilecek mali güçten yoksundurlar. Zararın doğumuna seyirci kalıp daha sonra sorumluluk davası açmak yerine, karar aleyhine iptal davası açabilmek ve bir tedbir kararı ile kararın icrasını durdurabilmek bizce çok daha etkin bir korunma yoludur.

¹¹⁵ **1 s v i ç r e h u k u k u n d a** yönetim kurulu kararlarının iptali konusunda görüş birliği yoktur. **SİEGWART** (SJZ 39, 421 vd.) genel kurul kararlarının iptali ile ilgili kuralları yönetim kurulu kararlarına

Bu eksikliğin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidilmek suretiyle giderileceği ileri sürülmesi de¹⁶, yönetim kurulu üyelerine yapılacak sorumluuluk davasının buradaki menfaatler dengesini kurmak etkinliğinde olmadığı gözükmektedir. Yargıtay 11. HD.'nin, bu tür kararların üyelerine genci kurula itiraz edilebileceği yolundaki görüşü ise hem mevcut yargısal sisteme hem de pratik ihtiyaçlara uygun değildir¹⁷.

(ii) SPK'da Yönetim Kurulu Kararlanna Karşı iptal Davası

Özellikle genel kurula ait bazı yetkilerin yönetim kuruluna bırakılmasına imkan tanıyan SPK uygulamalarında bu ihtiyaç şiddetle hissedilmektedir. Bilindiği gibi, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim ortak-

da uygulamaktadır. Ancak yasal iptal davası açmak hakkını ortaklara ve karara muhalif kalan yönetim kurulu üyelerine tanımakta, alacaklıları bundan istisna etmektedir. **WEHRLI** (SJZ 40, 100 vd.) iptal davası açma hakkını sadece karara muhalif oy veren yönetim kurulu üyelerine tanımakta, ortaklara, bunların haklarını genel kurulda veya sorumluluk davası açmak suretiyle koruyabilecekleri gerekçesi ile bu hakkı vermemektedir. **WEISS** (Einl. 85 N. 230, 86 N. 236) yönetim kurulunun, kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararı ile tanınan hakları ihlal etmesi halinde, karar aleyhine değil de yönetim kurulunun organ sıfatı sebebiyle doğrudan doğruya anonim ortaklık aleyhine dava hakkı tanımaktadır. Yazar batıl kararlar aleyhine ise, tesbit davası açılabilirliğini kabul etmektedir. **STEBLER** (s. 86 vd., 139) iptal davası açılmasını mümkün görür. İsviçre Federal Mahkemesi 21.03.1950 tarihli kararında (BGE 7611 61), öğreti ve uygulamada bir tüzel kişinin ancak en yüksek organının kararları aleyhine iptal davası açılmasının kabul edildiği gerekçesiyle (bu konuda bkz.: **BÜRGİ** Art. 716 N. 24 vd.; **EGGER** Art. 75 N. 8), yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açılmasını reddetmiştir. İsviçre doktrininde yazarların çoğunluğu Federal Mahkemenin görüşünü paylaşmaktadır (Bkz.: **JAGMETTI** 96 vd.; **BÜRGİ** Art. 75 N. 24; **STEIGER** (Çağa) 249; **KOHLER** 31, 62 vd.; **MEIER • WEHRLI** 60; **FUNK** Art. 716 N. 1; **PLANGG** 19 N. 5). Bu konuda ayrıca bkz.: **PATRY** 237'de anılan Federal Mahkemenin 20 Mayıs 1962 tarihli kararı (ATF 88 II 98). AİM'nin hukukunda bu konuda yasal bir hüküm mevcut değildir. Yazarlar iptal edilebilir kararlar için genel kurul kararlarının iptali hakkındaki hükümlerin kıyasen tatbik edilemeyeceğini (**WÜRDINGER** 161), batıl kararların ise umurru hükümler gereğince butlan davasına mevzu olabileceğini kabul ederler (**GADOW/SCHILLING** § 195 Anm. 5, § 197 Anm. 2 **SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI** § 92 N. 26). Fransız hukukunda 16.11.1940 decret-loi'sı, bu decret hükümlerine aykırı kararların batıl olacağı yolunda enteresan bir hüküm koymuştur. Doktrinde yeter sayıda üyenin katılmadığı kararlar da batıl sayılmaktadır (**MOREAU** 11174 N. 116; **ESCARRA** IV 153 N. 1464). Batıl kararlara karşı dava açma hakkı karara muhalif kalan yönetim kurulu üyeleri gibi ortaklara da tanınmaktadır. (**RIPERT/ROBLOT** I 587 N. 1251). İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarında, organın yetkisi ile ilgili kaidelere (esaslı şekil kaideleri, davet merasimine, gündeme riayet etmeme gibi) uymamak butlan sebebi sayılmaktadır (**VAN OMMEFLAGHE** 501 N. 302).

¹¹⁶ Bkz.: **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 245; **DOMANIÇ** AŞ 606 vd.; **ARSLANLI** AŞ il 120.

¹¹⁷ Bkz.: Yarg. 11. HD. 01.12.1983 E. 5244 K. 5397 - ERİŞ m. 381 S. 1114. Yargıtay 11. HD. 26.01.1989 t. E. 88/3414 K. 89/260 s. kararında (YKD XV/5, 684), yönetim kurulu kararları ortakların kişisel haklarını zedeliyorsa karar aleyhine iptal davası açılması olanağını tanımaktadır. Kanımca bu varsayımda hakları ihlal edilen ortağın ortaklık tüzel kişisine karşı dava açma ve TK. 321V_hükümünden yararlanma olanağı bulunduğu için bu bağlamda açılacak iptal davasının pratik önemi kalmamaktadır.

lıklarda artırım kararlarını alma yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır (SPK m. 12 f. 5). Yine bunun gibi HAAO'larda tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin ihracı yetkisi esas sözleşmeye konacak özel bir hükümle yönetim kuruluna devredilebilmektedir (SerPK m. 13 VI). Yönetim kurulunun genel kurulun bir işlevini üstlenerek onun yerine karar aldığı bu durumlarda alınan kararın, açık hüküm bulunmadığı gerekçesiyle TK. 381. madde anlamında iptalinin mümkün olmadığı sonucuna varmak, bu kararları etkin yargı denetimi dışında bırakmak anlamını taşımaktadır. Nitekim yasa koyucu, SerPK'da 3794 sayılı Yasa ile (RG. 29.04.1992 Sayı: 21227) yaptığı tadilatla bu eksikliği sınırlı bir ölçüde gidermiş, anılan Yasanın SerPK'nın 12. maddesine eklediği 6. fıkra, aynı maddenin 4. fıkrasında belirtilen hususlara aykırı kararlar aleyhine iptal davası açılması imkanını getirmişti. Yasa koyucu iptal sebeplerini "*4. fıkra da belirtilen hususlara aykırılık*" şeklinde sınırlandırmıştı. Diğer bir anlatımla, iptal davası sadece yeni pay alma hakkında getirdiği kısıtlamalarla paydaşlar arasındaki eşitliği bozan kararlara inhisar etmekte idi. SerPK'nun anılan 12. maddesinin 6. fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nce 13.11.1995 t. 1995/58 s. kararla iptal edilmesinden sonra yasa koyucu 4487 s. Kanunla 6. fıkrayı yeniden düzenlemiştir. Bu yeni düzenlemede, kitabımızın 1. basısında bu konuda yaptığımız temenni doğrultusunda iptal davası açma imkanı genişletilmiş ve fıkranın ifadesi ile "yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar" iptal davasının kapsam alanına dahil edilmiştir. Şu halde yönetim kurulunun, SerPK'nun 12. maddesi kapsamında alacağı tüm kararlar, özellikle yönetim kurulunca alınacak kayıtlı sermaye tavanı içinde sermaye artırımını kararları aleyhine yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlal edilen pay sahipleri kararın ilanından itibaren 30 gün içinde iptal davası açabileceklerdir. SerPK'nun 46. maddesinin (b) bendi, ayrıca Kurul'a da iptal davası açma ve kararın uygulanmasının geri bırakılmasını isteme yetkisini tanımaktadır. Yasa, iptali gerektiren sebepler açısından TTK'nun 381. maddesinin 1. f'a yollama yapmaktadır. Kısaca burada da iptal sebepleri kanuna, anasözleşmeye veya objektif iyiniyet kurallarına aykırılıktır. Yine bunun gibi TTK'nun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 383-384. maddeleri bu maddeye göre yönetim kurulu kararları aleyhine açılacak iptal davalarında da uygulanır¹¹⁸.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZKORKUT Yönetim Kurulu Kararlarının iptali 146 vd.

Ayrıca 4487 s. Kanun, SerPK'da yaptığı tadilatla 15. maddesinin 5. fıkrasında, yönetim kurulunun avans temettü dağıtımına ilişkin kararların aleyhine de yeni bir iptal davası açılması imkanını getirmiştir. HAAO'da avans temettü dağıtılması imkanı 4487 s. Kanun'la getirilmiştir¹¹⁹. Fıkra göre yönetim kurulu kararının "hukuki sorumluluk" doğurduğu hallerde pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve Kurul, kararın ilanından itibaren 30 gün içinde iptal davası açabilirler.

¹¹⁹ TEKİNALP (Poroy-ÇamoAJu) 523 N. 990 b.

§ 8. ÖZEL SORUMLULUK HALLERİ

Ticaret Kanunu, genel sorumluluk hallerini ve bunlara ilişkin hükümleri 338-341. maddelerinde düzenlemiş, bundan başka çeşitli maddelerinde bazı özel sorumluluk halleri öngönnüştür. Özel sorumluluk hallerinin bazılarında sorumluluğun şartları, hukuki kaynağı, dava açmaya yetkili şahısların çevresi, müeyyideler ve zamanaşımı, genel sorumluluk hallerinden farklılıklar göstermektedir. Ticaret Kanunu'nun, yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcunun kapsamı içinde düşünülebilecek üç hali 332,334 ve 335. maddelerinde özel sorumluluk halleri olarak ayrıca düzenlediğini görüyoruz.

I. MÜZAKERELERE KATILMA YASAĞININ İHLALİ

Yönetim kurulu üyeleri, kendilerinin veya kanunun tasrih ettiği bazı yakınlarının menfaatleriyle ilgili hususların müzakere konusu olacağı toplantılara iştirak edemezler (TK. 332). Kanun sadece müzakerelere katılmaktan bahsederse de bir konuda müzakerelere iştirak edememek, o hususta öncelikle toplantıya katılmamayı ve oy kullanmamayı da kapsar. Katılması yasaklanan bir müzakerede ilgili üye, durumunu bildirip zapta yazdırmakla yükümlüdür. Yönetim kurulu toplantı yapmaksızın, getirilen bir teklife diğer üyelerin yazılı görüşlerini almak suretiyle elden dolaştırma yolu ile karar alacaksa (TK. 330 II) toplantıya katılması yasak olan üyenin bu durumu öneri belgesine yazması gerekmektedir.

Yasak kapsamına giren üye kendisinin veya 349. madde kapsamına giren yakınlarının (alt ve üst soyu, eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları) menfaatini ilgilendiren konuların görüşüleceği toplantılara katılamaz. *Kanımca* gündemdeki maddelerle dolaylı menfaat ilişkileri de yasak kapsamı içindedir. Yönetim kurulunda bir tüzel kişiyi temsil eden

üyeler için kişisel menfaatleriyle ilgili konular yanında tüzel kişinin menfaatini ilgilendiren konular da yasak kapsamına girerler.

Ticaret Kanunu'nun 332. maddesinde koyduğu yasak, tüzel kişilerin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin, temsilcisi bulundukları tüzel kişiyle girişilecek işlemler konusundaki müzakerelere katılmalarına da mani olur¹.

Bu hükme aykırı hareket eden üye ilgili işlem yüzünden ortaklığın gördüğü zararı tazminle yükümlüdür (TK. 332 II)2.

Burada, Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyeleri için 332. maddede koyduğu bu yasağın ihlalden doğan sorumluluğun, 336. maddedeki genel hüküm karşısındaki durumu nedir, suali karşımıza çıkmaktadır. Çünkü 336 N. 5 "Kanun veya esas mukavelenin yüklediği sair görevlerin yerine getirilmemesini" 336 ve onu izleyen maddelerin koyduğu şartlara göre sorumluluk nedeni saymıştır. Acaba 332. maddede, *Arslanlı'nın* fikrine uygun olarak³, yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş somut bir görev mi mevcuttur? Eğer bu fikir benimsenirse TK 332. maddede de TK. 336 ve izleyen maddelerdeki sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin tatbiki bahis konusu olabilir ve bu takdirde ortakların ve alacaklıların da dava açmaları imkan dahiline girer. Buna karşılık TK. 332'nin özel bir sorumluluk öngördüğü kabul edilirse, maddenin açık hükmü gereği, sadece ortaklık, gördüğü zararın tazminini dava edebilecektir.

TK. 332. maddede düzenlenen sorumluluk hali hakkında iki fikrin savunulması mümkündür. Bir görüş olarak denebilir ki, 332. madde özel bir sorumluluk halini öngörmekte ve koyduğu sorumluluğun şart ve sonuçlarını kendi içinde düzenlemiş bulunmaktadır. 332. maddenin Ticaret Kanunu'nun sistematigi içindeki yeri, 336. maddeden bağımsız olduğunu göstermektedir. Nitekim, 332. madde, Kanunun "*İV.idare meclisi toplantıları*" genel başlığı altında yer almakta ve "*3. Müzakerelere iştirak edilmemesi*" kenar başlığını taşımaktadır. Buna karşı yönetim kurulu üyelerinin

¹ **TANDOCAN**, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 29 vd.; **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 136/137; **FUNK**, Art. 707 N. 3.

² Tic. D. J8.02.1954, N. 8110/933 kararında, müzakerelere iştirake hakkı olmayan yönetim kurulu üyelerinin katılması halinde alınan kararın batıl olmadığına, yasağı ihlal eden üyenin tazminatla mükellef olacağına karar vermiştir (SUNGUR il 220 N. 150).

³ **ARSLANLI** II 159.

sorumluluklarının genel şartlarını ve genel sorumluluk hallerini düzenleyen 336. ve müteakip maddeler "V. Meclis azalarının hukukî durumu" başlığı altında yer almaktadır. Binaenaleyh, 336 ve izleyen maddelerdeki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genel şartlarını düzenleyen hükümler, 332. maddedeki halde uygulanamaz. Yine 332. maddeye göre, yönetim kurulu toplantılarına katılma yasağına aykırı hareket eden üye, maddenin sarahati gereğince yalnız ortaklığa karşı sorumlu olur. Zaten bu hareket ortaklıkla aralarındaki vekalet veya vekalet benzeri ilişkinin ihlalini teşkil eder ve bundan doğan talep hakkı da hukukî ilişkinin tarafı olan ortaklığa aittir. Bu fiillerden ortaklar ve alacaklılar dolayısıyla zarar gördükleri takdirde, Kanunda bu halde dolayısıyla görülen zararın tazmin edileceği belirtilmediğine göre⁴, ortakların ve alacaklıların ortaklık hesabına dahi dava hakları bahis konusu olamaz.

Bu fikre karşı denebilir ki, 332. maddenin koyduğu müzakerelere iştirak yasağını, 336. maddenin 5. bendi anlamında, yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş bir görev olarak yorumlamak kabildir. TK. 336 N. 5'deki görevlerden mutlaka müsbet bir yapma borcu değil, bir kaçınma borcu da anlaşılabilir. Düzenlenme yerlerinin ayrı olması sorumluluğun genel hükümlerinin burada da uygulanmasına engel değildir. TK. 336 N. 5'de sözü geçen yönetim kurulu üyelerine yüklenen görevlerin hepsi 336 ve müteakip maddelerin haricinde düzenlenmiştir. TK. 332. maddesinin "*yasağı bozan üye şirketin gördüğü zararı tazmine mecburdur*" şeklindeki ifadesi, maddenin bu yolda yorumlanmasına mani değildir. Zira, genel sorumluluk hallerine tahsis edilmiş bulunan 336 ve izleyen maddelerde de sadece ortaklığın zararı düzenlenmiştir. Zaten, 332. madde sadece, *yasağı bozan üyenin*, ortaklığın zararını ödemekle yükümlü olduğunu belirttiği için, bunun haricindeki bütün noktalarda yine sorumluluğun genel hükümlerine gitmek zorunlu bulunmaktadır. *Kanımca*, ortaklara ve alacaklılara da dava hakkı tanıyan bu ikinci görüş, menfaatler vaziyetinin gereği olarak üstün tutulmalıdır.

TK. 332. madde kapsamına giren üyelerin toplantıya katılmaları yasaktır. Bu nedenle yasaklı üye konunun görüşüleceği toplantının toplantı ve karar yetersayılانında nazarı itibara alınmaz. Yasaklı üyenin hesaba katılmaması eğer nisapları etkilemiyorsa, bu toplantıda alınan karar geçerlidir^{4a}.

⁴ TANDOAN, Üçüncü Şahsın Zararı 1 vd.

^{4a} Bkz: Yarg.1 1. HD. 27.09.1988 t. 2377 K. 5337: ERİŞ, İTK² m. 332 s. 2304.

Yasak kapsamındaki bir üyenin yönetim kurulu toplantısına katılması halinde alınan kararın nisap dışındaki bir nedenle geçersiz olduğu ileri süüilebilir mi? Yasaklı üye toplantıya katılmış, konuşma ve girişimleri ile diğer üyeleri etkilemişse bu karar aleyhine başvurulabilecek bir hukuk yolu var mıdır? Yürürlükteki hukukumuzda anonim ortaklık yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılması olanağı yoktur. Bu nedenle yasaklı bir üyenin katılımı ile alınan kararların sakatlığı konusunda (nisap dışında) ancak genel hükümlerden yararlanılabilir. Bu bağlamda yasaklı üyenin yönetim kurulunu yanlış yönlendirmesi halinde *hile* (BK m. 28), maddi veya manevi baskı uygulaması halinde *ikrah* (BK m. 29) hükümlerine başvurulabilir.

il. ORTAKLIKLA İŞLEM YAPMA YASAĞININ İHLALİ

1. Şartları

a. Ticaret Kanunu'nun 334. maddesinin kenar başlığı "2. Hareket serbestisinin tahdidi, a) Şirketle mukavele yapmak yasağı"dır. Madde, yönetim kurulu üyelerine, anonim ortaklıkla ortaklık konusuna giren bir sözleşmeyi kendi adına veya başka bir şahsın temsilcisi sıfatıyla yapmayı yasaklamaktadır⁵.⁶ Kanun koyucu bu hükümle yönetim kurulu üyelerinin mevki ve yetkilerini kötüye kullanmalarına açık bir kapıyı kapatmak ve böylece ortaklık menfaatlerini korumak istemiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin yasağın kapsamına giren bir işlemi örtülü olarak yapamayacakları da şüphesizdir. Yönetim kurulu üyesi yasak işlemi bizzat kendisi takma (müstear) adla yapamayacağı gibi⁷ kendi hesabına üçüncü bir kişiye de yaptıramaz. Hatta *Vivante*'ye göre⁸ bir üçüncü şahsın ortaklıkla yapacağı işlemin sonucundan yönetim kurulu üyesi yararlanacaksa bu işlemin de yapılması onaylanamaz. Kanımca, Kanunun 334. maddesinde koyduğu yasak yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla

⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, bir yönetim kurulu üyesinin ortaklık mallarını, müdür sıfatıyla temsil ettiği diğer bir ortaklık namına satın almasını, bir zarar tehlikesi olmasa bile, kabul etmemiştir (ATF 63 il 173).

⁶ Ticaret Kanunu'nun 334. maddesi Bankalar Kanunu (Bankacılık Kanunu) hükümlerini saklı tutmuştur.

⁷ ARSLANLI il 154.

⁸ VIVANTE il 395 N. 561.

doğrudan doğruya veya dolayısıyla yapacağı işlemleri kapsar. Örneğin temsilci üyenin kendi yararına üçüncü kişiye şirketin kefaletini vermesi ya da bir malını teminat göstermesi bu nitelikte bir işlemdir⁹. Yoksa üçüncü şahsın yapacağı işlemin sonucundan yönetim kurulu üyesinin yararlanması bahis konusu ise bu muamele 334. maddenin koyduğu yasağın kapsamına girmez. Gerçi bunun da dolayısıyla işlem grubuna girebileceği akla gelebilirse de, fikrimce işlem yapılırken sonucundan yönetim kurulu üyesinin bir yarar sağlayacağı anlaşılamayan işlerde 334. maddenin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Diğer bir söyleyişle, 334. maddenin koyduğu yasak, işlemin yapılması sırasında yönetim kurulu üyesinin, bu muamele sonucundan yararı olacağının anlaşılabildiği halleri kapsamaktadır.

Yönetim kurulu üyesinin yahut namına veya hesabına hareket edilen kimsenin iyiniyetli olup olmaması bu konuda rol oynamaz.

b. Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyelerine *ortaklık konusu içindeki* işlemlerin ortaklıkla yapılmasını men etmiştir. Kanunun bu ifadesi yanıltıcıdır. Gerçekten bu ibare, kanun koyucunun yönetim kurulu üyelerine ortaklık konusu haricinde kalan bir işlemi yapmak iznini verdiği sanısını uyandırmaktadır. Oysa, ticaret ortaklıklarının hak ehliyetini konularıyla sınırlayan¹⁰ TK. 137. maddesi karşısında bu sonuca varmaya imkan yoktur. Bu nedenle maddedeki "şirketin faaliyet mevzuu içindeki" ibaresi lüzumsuzdur. Bunun gibi 334. maddede yer alan "*ticari bir muamele*" sözü de teknik yönden gereksiz bulunmaktadır¹¹. Zira ortaklık konusuna giren bir iş, ortaklık yönünden kanun gereğince ticaridir. Bir taraf için ticari olan işleri diğer taraf için de ticari sayan TK'nun 21. maddenin 2. fıkrasındaki karene karşısında ortaklığın işletme konusu içindeki bir işlemin adi iş olması mümkün değildir¹². Kanımca, kanun koyucu maddedeki "ticari bir muamele" sözleri ile, işlemin teknik anlamda ticari olmasını değil "*ticari amaçla*" yapılmasını kasetmiştir¹³. Binaenaleyh,

⁹ Karş.: ULUSOY Şirketle İşlem Yapma Yasağı 229.

¹⁰ Bkz.: İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 25; Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili, Hafta il, Ankara 1962, 277 vd.; ANSAY, Anonim Şirketler, 23 vd.; Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi, Hafta I, Ankara 1960, 8 vd.; Anonim Şirketlerin Ehliyeti, Batider 111/3, 407 vd.

¹¹ Bkz.: ÇAMOCLU, Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı 78.

¹² Karş.: ARSLANLI il 154 dñn. 155.

¹³ ÇAMOCLU, Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı 78; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 233.

yönetim kurulu üyesi bu tipten bir işlemi şahsi ihtiyacı için yapabilmektedir¹³⁰.

Yasak kapsamının belirlenmesinde "*muamele*" sözcüğü geniş yorumlanmalıdır. Bu kavram içine şirketle yapılan sözleşmeler girdiği gibi, tek yanlı hukuki işlemler örneğin çifte temsil yolu ile takas da girer^{13b}.

c. Ticaret Kanunu işlem yapma yasağı yönünden yönetim kurulu üyelerinin *temsil yetkisini haiz bulunup bulunmamasını nazarı itibare almamıştır*. Uye, temsil yetkisini haiz olsun olmasın işlem yapma yasağına tabidir¹⁴. Kanun koyucu, ortaklık menfaatini, temsil yetkisini haiz yönetim kurulu üyesine karşı özellikle korumak lüzumunu duymamıştır. Gerçekten temsil yetkisini haiz üyelerin daha ağır bir yasağı tabi tutulmalarını gerekli kılan bir sebep de mevcut değildir. Çünkü kural olarak dış ilişkide temsilciler tarafından icra olunacak bir işleme temel teşkil edecek bir idari karar bulunmalıdır. Temsilci, iç ilişkide alınan kararların dış ilişkide uygulama organıdır. Aşağıda görüleceği gibi, yasağın kapsamına giren bir sözleşmenin ortaklıkla geçerli olarak yapılabilmesine izin verme yetkisi yönetim kurulunda değil, genel kuruldadır. Görülüyor ki, temsilciler, yetkilerini, ortaklıkla işlem yapma yasağının aşılması için kötüye kullanmak yönünden diğer yönetim kurulu üyelerinden fazla bir imkana sahip değildirler. Bu nedenle kanun koyucu 334. maddede sadece "*yönetim kurulu üyesi sıfatını*" göz önünde tutmuştur.

d. Ticaret Kanunu'nun 334. maddesi açık hükmü gereğince, anonim ortaklık *genel kurulu*, yönetim kurulu üyesine, yasak işlemleri yapmak yetkisini verebilir. Ortaklıkla işlem yapma yasağı, ana sözleşme ile de ortadan kaldırılmış olabilir^{14a}. Bu takdirde izin için genel kurul kararına gerek kalmaz.

¹³¹ Yargıtay 11. HD. 25.10.1991 t. E. 6515 K. 5628 s. kararında, davalı yönetim kurulu üyesinin ortaklık taşınmazının bir payını almasını mali krizden kaynaklanan arizi bir satış olduğu, bu nedenle TK. 334 ve 335. maddelerin birlikte yorumlanmasından da anlaşılacağı gibi şirketin mutlak ticari faaliyeti dışında kalan, kar amacı taşımayan bir işlem niteliği taşıdığı gerekçesi ile TK. 334. maddedeki yasak kapsamında saymamıştır (ERİŞ il 1930). Yargıtay 1. HD.'nin 14.06.1999 t. E. 3710 K. 4031 sayılı aksi yöndeki kararı için bkz.: ERİŞ il 1928=Batider 1991/1, 94.

^{13b} ULUSOY Şirketle İşlem Yapma Yasağı 173.

¹⁴ MİMAROĞLU, yönetim kurulu Üyelerinin ortaklıkla işlem yapma yasağının "bunların, şirketi temsil yetkisine getirilmiş kanuni bir kısıtlama" olduğunu söylemektedir (S. 88).

¹⁴¹ Karşı görüşte: ULUSOY Şirketle İşlem Yapma Yasağı 190; HELVACI 90; DOMANIÇ AŞ Şerh 629.

Yasak, ana sözleşme ile veya sonradan alınacak bir genel kurul kararı ile ortadan kaldırıldığı takdirde, yönetim kurulu üyesi bu tür işlemleri geçerli olarak yapabilecektir. Hatta yönetim kurulu üyesi aynı zamanda temsil yetkisini de haizse, işlemi, mümessilin kendi kendisiyle akit yapması şeklinde, bir yandan kendi adına, öte yandan ortaklığın temsilcisi sıfatıyla da yapabilir. Temsilcinin kendisiyle akit yapması, temsil olunanın bu hususta açık izni varsa veya işleminden zarar görmek ihtimali mevcut değilse, caiz görülmektedir¹⁵. Kanunumuz 334. maddesinde, işlemin yapılmasına sadece temsil olunanın (anonim ortaklığın) açık yetki vermesi halinde izin vermiştir. Yapılan işleminden ortaklığın zarar görmek ihtimalinin bulunmaması sonucu etkilemez. Bu nitelikteki bir işlem dahi genel kurulun muvafakati bulunmadıkça geçerli olarak yapılamaz¹⁶. Ancak şüphesiz, işlemin ortaklığın zararına yol açıp açmayacağı, genel kurul tarafından izin (veya icazet) verilirken göz önünde tutulması gereken en önemli unsurdur¹⁷.

Genel kurul, işlemin yapılmasına *izin* verebileceği gibi, icra olunmuş bir işleme *icazet* de verebilir•s.

Genel kurulun izin ya da icazet kararlarında yönetim kurulu üyeleri ve TK. 374 I'de sayılan yakınlan oy kullanamazlar^{18a}.

Genel kurul tarafından verilen izin somut bir işlem için olabileceği gibi, uygulamada yaygın olarak görüldüğü gibi genel ve soyut da olabilir. Bilindiği gibi, TK. 334 ve 335. maddelere göre yönetim kurulu üyelerine izin verilmesi olağan genel kurul gündemlerinin gedikli maddelerinden birisidir. Bu gündem maddesinin görüşülmesi sonucunda ise alınan karar "Yönetim Kurulu üyelerine TTK. 334 ve 335. maddelere göre izni verilmesi" şeklinde formüle edilir. Kuşkusuz kararda iznin kapsamının, süre-

¹⁵ Bu konuda bkz.: **ESENER, T.:** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendisi ile Mukavele Yapması AHFM. XIV/1-4, 72 vd.; **SCHWARZ** (Davran) 386; **v. TUHR** (Edege) 349; **KAESLİN** 38 vd.

¹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, yönetim kurulu üyesinin, ortaklığın borsada rayici olmayan mallarını kendi adına satın almasını hükümsüz sayınışur (BGE 39 il 561).

¹⁷ Bkz.: **ONSUN** 238.

¹⁸ **ARSLANLI** 11 154; **ANSAY, Anonim** Şirketler 122; **ULUSOY** (Şirketle İşlem Yapma Yasağı S. 230) genel kurulun icazet vermesinin ortaklığın talep hakkını ortadan kaldıracağı görüşündedir.

^{18a} **ULUSOY** Şirkette İşlem Yapma Yasağı 233 ve dpn. 308'de anılan Yarg. 11. HD.'nin 05.05.1981 t. E. 81/1216 K. 2213 s. karar.

sinin ve konusunun somut olarak belirtilmesi de olanaklıdır. Ancak yukarıdaki fonnülle kaleme alınan genel ve soyut bir izin kararının süresi ve kapsamının ne olacağı sorulabilir. Kanımca bu tür bir kararın gelecek faaliyet döneminde görev yapacak tüm yönetim kurulu üyelerini kapsadığı, konu yönünden TTK. 334. maddeye giren tüm işlemleri içerdiği ve bu faaliyet dönemi için verildiği^{18b} kabul edilmelidir. Uygulama da izni bu anlamda yorumlamakta ve her olağan genel kurulda karan tekrarlamaktadır.

2. Yasağa Aykırı Davranışın Sonuçları

a. Ticaret Kanunu'nun 334. maddesi ortaklıkla işlem yapma yasağının sonucunu şöyle tesbit etmiştir: *"Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak karşı taraf için mevcut değildir"*. Madde bunun haricinde bir açıklığı içermiyor. Sakatlığın derecesi ve niteliği de tam olarak belirtilmiş değildir. Fakat 334. maddeye aykırı olarak yapılan bir işlemin mutlak butlanla sakat bulunmadığı da yine madde-den anlaşılmaktadır. Çünkü işlem, yönetim kurulu üyesi veya temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği kimse için bağlayıcı yani geçerlidir. Bundan başka, yukarıda belirttiğim gibi, genel kurul vereceği icazetle işleme sıhhat kazandırabilmekte, onu ortaklık yönünden bağlayıcı hale getirebilmektedir. Oysa sakatlığı mutlak butlan derecesinde olan bir işleme sonradan sıhhat kazandırılmaz. Şu halde bir yönetim kurulu üyesi tarafından yasağa aykırı olarak ortaklıkla yapılan bir işlemin sakatlığının mutlak butlan olmadığı açıktır¹⁹.

Kanımca, yasağa rağmen ortaklıkla yapılan işlem, ortaklığı bağlamayıp karşı tarafı bağladığına göre, burada *askıda*²⁰ bir işlem söz konudur²¹. Aynen mahdud ehliyetsizin kanuni mümessilinin rızası olmaksızın yaptığı hukuki işlemler gibi, hukuk düzeninin korumak istediği taraf bağlanmıyor, buna karşı diğer akit işlemle bağlı tutuluyor. Bundan dolayı, genel kurul alacağı bir kararla icazet vererek işlemi ortaklık için baştan beri sıh-

^{18b} ULUSOY Şirketle İşlem Yapma Yasağı 185.

¹⁹ SECRETAN, R.: Anonim Şirket İdare Heyeti Azalarının Selahiyetleri (Çev.: N. 1. Franko), AD. 1962/11-12, 1270; ANSAY, Anonim Şirketler 122; IMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 232; MIMAROCLU 90.

²⁰ Bkz.: ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi 276 vd.

²¹ IMREGÜN, "Adeta askıda hUkUmsüzlüğe benzer bir durum vardır" demektedir (Anonim Ortaklıklar 232).

hatli ve bağlayıcı bir hale getirebilir. Genel kurulun bu konuda hareketsiz kalması halinde, örnekseme yolu ile mahdud ehliyetsizlerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadan yaptığı işlemlere ilişkin hükümleri (MK. 451) uygulayabiliriz. Bu hükümler uyanınca yönetim kurulu üyesi, işleme icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için ortaklığa bir süre tayin edebilir veya mahkeme aracılığı ile ettirilebilir. Bu süre anonim ortaklık genel kurulunun toplanıp karar almasına yeterli uzunlukta olmalıdır. Verilen sürenin sükutla geçirilmesi halinde yönetim kurulu üyesi de sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur.

b. *işlemin akibeti hakkında karar verecek organ genel kuruldur*^{21a}. Yönetim kurulu, genel kurulun görüşünü almaksızın, yasağı çiğneyen üyeye ortaklığın işlemle bağlı tutulamayacağını bildirmek yetkisine sahip değildir²². Yönetim kurulunun görevi, gereğinde genel kurul toplantıya çağırarak ve genel kurul tarafından alınan karar ilgili üyeye duyurmaktır.

c. İşlem ortaklık açısından baştan beri bağlayıcı olmadığı için *mahkemeye başvurularak fesih veya iptal isteminde bulunulmasına gerek yoktur*. Ticaret Kanunu'nun 334. maddesinin kullandığı ifade bu bakımdan yanıltıcı olmuş ve doktrinde farklı sonuçlara varılmasına yol açmıştır²³. Gerçekten, 334. maddenin ifadesi ile, "Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin *batıl olduğunu iddia edebilir*." Bu ibare kanun tarafından, sadece, iş-

²¹¹ Aynı yönde: **ULUSOY** Şirketle İşlem Yapma Yasağı 204; **PULAŞLI** Şirketler 458.

²² Karşı görüşte: ERİŞ il 1925; **HELVACI** 92; **ARSLANLI** il 155; **MİMAROĞLU** (s. 90), yönetim kurulunun, genel kuruldan bir karar istihsal etmeden, işlemin batıl olduğunu iddia edebileceğini söylemektedir. Çünkü yazara göre "334'üncü madde, şirkete, başka hiçbir makama müracaat etmeksizin, yapılan muamelenin batıl olduğunu iddia etmek hakkını vermiştir." Maamafih, yazar aynı sayfada (s. 90) "Umumi heyet böyle bir muameleye icazet vermediği takdirde, muamelenin, idare meclisince, mahkemeden butlanının istenmesi gerekeceği"ni savunmaktadır. Kanımca, 334. madde gereğince işleme *izin* veya icazet yetkisi münhasıran genel kuruldur. Bu iki yetkinin alternatifi olan ortaklığın işlemle bağlı tutulamayacağına karar vermek, Kanunun deyimi ile "muamelenin batıl olduğunu iddia etmek" yetkisi de genel kurula *aittir*. Çünkü, yönetim kurulunun batıl olduğunu (daha doğru bir deyimle, ortaklığın bağlı tutulamayacağını) bildirdiği bir işlemi, genel kurulun, ortaklık menfaatini zedeler nitelikte görmemesi ve icazet vermesi pekala mümkündür. Bu nedenle yönetim kurulunun, genel kurulun fikrini almadan hareket etmesi, genel kurulun yetkisine tecavüz teşkil eder.

²³ **MİMAROĞLU** (s. 90), "Umumi heyet böyle bir muarpeleye icazet vermediği takdirde, muamelenin, idare meclisince mahkemeden butlanının istenmesi (gerekir" demektedir (Aynca karşı. dpn. 28). *Bizce*, bu kanaatin paylaşılması mümkün değildir. Bir yenilik doğuran hakkın, mahkeme aracılığı ile kullanılması bu yolda açık hüküm bulunmasına bağlıdır. Aksi takdirde yenilik doğuran hakların kullanılması için karşı tarafa yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade beyanı yeterlidir. 334. maddede mahkeme aracılığı ile kullanmaya ilişkin en küçük bir işaret mevcut değildir.

lemin ortaklığı bağlamadığını ifade etmek için kullanılmıştır; başka bir amaç gütmemektedir. Madde, işlemin karşı akit yönünden *bağlayıcı* olduğunu da "Aynı hak, karşı taraf için mevcut değildir" sözleriyle ifade etmiştir. Kullanılan ibarede başka bir anlam aramamak gerekir²³³.

Yargıtay da 334. maddeye aykırı işlemlerin iptal edilebilir nitelikte olduğu ve şirketin bu amaçla yargı yoluna başvurması gerektiği görüşündedir²⁴.

Kanımca mahkemeye başvurularak fesih istenmesi görüşü, 334. maddenin amacına da aykırı düşmektedir. Madde, işlem yapma yasağını ortaklık menfaatini korumak amacıyla koymuştur. Ortaklığı mahkemeye başvurarak fesih talebinde bulunmakla yükümlü tutmak, ona yasa koyucunun amacına aykırı düşen bir külfet yüklemek olur.

Belirtmiş olduğum gibi, TK. 334. maddenin öngördüğü yasağa aykırı olarak yapılmış bir işlem ortaklığı bağlamaz; fakat, diğer akit (yönetim kurulu üyesi) yönünden bağlayıcıdır. Bu sistemde ortaklığın menfaati yeterli derecede korunmuş olmaktadır. Ortaklık, menfaatini korumak için herhangi bir işlem yapmaya, mesela fesih beyanında bulunmaya mecbur değildir. Şüphesiz genel kurulun, işlemle bağlı tutulamayacağı veya işleme icazet vermeyeceği yolunda bir karar almasına ve bunu karşı tarafa iletmesine engel yoktur. Fakat, buna zorunlu değildir. Çünkü, Ticaret Kanunu'nun 334. maddesi, irade bozukluklarında olduğu gibi işlemin bağlayıcılık kazanması için bir süre (BK. 31) öngörmüş değildir. Menfaatler dengesinin sağlanması açısından, asıl korunması gereken karşı taraftır. O, işlemle bağlıdır ve 334. madde, işlemin ortaklık açısından da bağlayıcılık kazanması için bir süre koymamıştır. Bu nedenle, yukarıda belirttiğim gibi, bağlı olan tarafa (yönetim kurulu üyesi veya adına hareket ettiği kimse) MK. 451. maddenin örnekseme yoluyla uygulanması sonucunda, ortaklığa kararını bildirmesi için bir süre vermek veya mahkemeye tayein ettirmek imkanı tanınmalıdır.

²³¹ TK. 334. maddenin bu ibaresinin diğer bir yorumu belki şu olabilir: Maddenin lafzi yorumu ile burada, irade bozukluklarında olduğu gibi bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması şeklindeki bir fesih (daha doğru bir deyimle, baştan beri bağlayıcılık taşımayan bu işlemle bağlı tutulamayacağını bildirne) olanağı gönnek mümkündür. Fakat bu hakkın mahkeme aracılığı ile kullanılacağının savunulması kabil değildir.

²⁴ Yarg. I1. HD. 25.10.1991 t. E. 5615 K. 5628; (ERİŞ il 1930).

d. Ortaklıkla işlem yapma yasağına aykırılık halinde, işlemin akibetini TK. 334. madde kendi içinde üzenlemiş olmakla beraber, maddede öngözülen *müeyyide* yani işlemin ortaklığı bağlamaması her zaman şirketin bu yüzden gördüğü zararı gidermeye yeterli olmayabilir. Mesela, bu arada ortaklık aynı işlemi yapmak hususundaki daha elverişli bir fırsatı kaçırmış olabilir. Ortaklığa yasak işlem yüzünden uğradığı bu tür zararları istemek imkanı da tanınmalıdır. Kanımca, ortaklığın yasağın ihlali yüzünden uğradığı zararları yönetim kurulu üyesinden talep edebilmesi için hukuki imkan mevcuttur. Ortaklıkla işlem yapma yasağı geniş anlamda yönetim kurulu üyelerinin *sadakat borcu* içinde mütalaa edilmektedir²⁵. Bu sebeple, fikrimce işlem yapma yasağını çiğnemek *sadakat borcuna aykırılık teşkil eder*. Böylece yönetim kurulu üyesi, TK. 336. maddenin 5 no.lu bendi anlamında "Kanunun kendisine yüklediği sair görevlerden" birisini ihlal etmiş olmakta ve ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara karşı 336. vd. maddeleri gereğince sorumlu tutulması mümkün bulunmaktadır²⁶.

Bunun gibi, işlem yapma yasağının kapsamına giren bir sözleşmeyi, ortaklığın temsilcisi sıfatı ile yapan yönetim kurulu üyesinin de sorumluluğuna gidilebilir. Zira bütün yönetim kurulu üyeleri, her türlü faaliyetlerinde daima ortaklık yararına hareket etmek (sadakat borcu) ve gerekli özeni göstermekle yükümlüdürler. Bir olayda gerekli özenin gösterilmemiş olması, anonim ortaklık ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin ihlalini teşkil eder²⁷ ve yönetim kurulu üyesini TK. 336 vd. gereğince ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara karşı sorumlu kılar.

3. Yasak Hükmünün Değerlendirilmesi

Ticaret Kanunumuzun anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla işlem yapma yasağını koyan 334. maddesi çeşitli yönlerden *yetersiz* bir düzenleme getirmiştir.

a. Madde özellikle *müeyyide yönünden* yeterli açıklık taşımamakta, çeşitli şekillerde yorumlanabilecek bir ifade kullanmış bulunmaktadır. Yukarıda (2) altında bu tip işlemlerin menfaatler dengesi yönünden askıda hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmiştim.

²⁵ ANSAY, Anonim Şirketler 109; BÜRGİ Art. 722 N. 8 vd.

²⁶ SECRETAN 1270; ÇAMOĞLU, Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı 81.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU, Özen Borcu 392, 393.

b) Yasağın amacı, yönetim kurulu üyelerinin yetki ve mevkiilerini ortaklık aleyhine kullanmalarını önlemektir. Ancak TK. 334. madde yasağa getirdiği *bir istisna* ile bu *amacı önemli oranda zedelemektedir*. Gerçekten genel kurul, yasak işlemin yapılmasına izin veya icazet verebilmektedir. Kanunda izin veya icazet karan için özel bir yetersayı da öngörülmemiştir; bu kararlar genel kurulun adi çoğunluğu tarafından alınabilir. Yönetim kurulu üyeleri için kendilerini seçen oy gücünden ortaklıkla işlem yapabilme (ve TK. 335. madde uyarınca ortaklıkla rekabet edebilme) iznini almak güç olmayacaktır²⁸. Zira yönetim kurulu çoğu kere genel kurulun hakim gücün bir temsilcisi hatta onun özdeşidir. Uygulamada genel kurul toplantıya çağrı ilanlarında çok sık görülen ve olağan genel kurul gündemlerinin gediklisi "yönetim kurulu üyelerine TK. 334 ve 335. maddeleri gereğince izin verilmesi" şeklindeki gündem maddesi bu görüşü doğrulamaktadır. Fikrimce, ortaklıkla işlem yapabilme yasağına getirilen bu istisna, yasağı etkisiz bırakabilecek niteliktedir.

111. REKABET YASAĞININ İHLALİ

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri ortaklıktaki geniş imkan ve yetkilerle donatılmış mevkiileri icabı, ortaklığın bütün ticari ve örgütsel sırlarına vakıftırlar. Ticaret Kanunu bu nedeni göz önünde tutarak yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla rekabet oluşturacak işlemlerini yasaklamıştır. TK. 335. maddesinde yer alan bu hüküm, TK. 48I. maddesinin yollaması ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık ve KoopK. 98. maddesinin yollaması ile kooperatif yönetim kurulu üyeleri hakkında da uygulanır.

TK 347. madde benzer bir düzenleme ile limited ortaklık müdürleri hakkında rekabet yasağı öngörmüştür. Ancak bu maddede yasağın ihlalinin sonuçlarını ve bu konudaki talepleri öne sürmeye yetkili organı belirlememiştir. Maddedeki bu boşluğun TK 556. madde atfı ile 335. madde hükümleri ile doldurulması gerekmektedir.

1. Şartları

a. Yönetim kurulu üyesinin bir işleminin rekabet yasağını ihlal etmesi için *ortaklık konusuna* girmesi gerekmektedir. Rekabet yasağının sınır-

²⁸ Bkz.: İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 234.

lannı saptamak açısından, ortaklık konusu deyimini dar yorumlanmalıdır. Bu yönden ortaklık konusu deyiminden, sözleşmede yazılı olan konular değil, ortaklığın uygulamada fiilen uğraştığı işler anlaşılır^{28a}. Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyelerinin, ortaklığın konusuna girmeyen bir ticari işle uğraşmasını men etmemiştir.

TK. 335. maddesi, yönetim kurulu üyelerine ortaklığın konusuna giren "*ticari muamele*"leri yasaklamıştır. Şu halde yönetim kurulu üyeleri, ortaklık konusuna girmekle birlikte *ticar'i nitelik taşımayan* işlemleri de yapabilirler. Buradaki "*ticari muamele*" hükmünden, Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamındaki ticari muamelelerin değil de, *ticar'i niyetle* yapılmış olan işlemlerin anlaşılması²⁹ yasağın amacına uygun düşer. Buna göre yönetim kurulu üyesi ortaklık konusu içindeki bir işlemi kişisel ihtiyacını karşılamak amacı ile yapabilecektir³⁰.

b. Yönetim kurulu üyeleri aynı konu ile uğraşan başka bir ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak olarak da giremezler. TK. 335, bu hükmü ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin aynı konu ile uğraşan bir kolektif şirkete girmelerini veya komandit ortaklıkta komandite ortak olmalarını rekabet yasağına aykırı saymıştır. Buna karşılık yönetim kufüllü üyesi, aynı konu ile uğraşan bir komandit ortaklığa komanditer sıfatıyla veya bir anonim ortaklığa paydaş olarak girebilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin konusu aynı olan diğer bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olup olamayacağı suali akla gelebilir. Kanun açıkça yasaklamamakla beraber, buna imkan olmadığı kanısındayım. Her ne kadar bir yönetim kurulu üyesinin başka bir ortaklıkta faaliyet göstermesi kural olarak rekabet yasağına aykırı düşmezse de, aynı konu ile uğraşan diğer bir anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi olması mümkün değildir. Aksi çözüm şekli rekabet yasağını koyan TK. 335. madde hükmünün ruhuna aykırı düşeceği gibi, daha geniş çevreli bir yüküm olan *sadakat borcu* ile de bağdaştırılmaz. Yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu, rekabet yasağını da içine alan bir üst kavramdır³¹. Genel bir ifade ile, yöneticile-

^{28a} ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 325 N. 569.

²⁹ ARSLANLI il 156.

³⁰ Bkz.: ÇAMOCLU, Rekabet Yasağı 357; Aynı kanıda; İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 234.

³¹ Bkz.: BÜRGİ Art. 722 N. 8; ANSAY, Anonim Şirketler 122 vd.

rin ortaklıkla ilgili biltıl işlemlerde, ortaklık menfaatini gözetmeleri ve (kendi çıkarları ile karşılaşsa dahi) Usulî tutmaları gereğini ifade eder. Örneğin, yönetim kurulundaki üyesi ortaklığın imkanlarını, ortağı bulunduğu diğer bir anonim ortaklık lehine kullanmışsa sadakat yükümünü zedelemiş olur ve bu durum onun sorumluluğunu gerektirir³². Bir yönetim kurulu üyesinin, aynı konuda faaliyette bulunan diğer bir anonim ortaklığın yönetim kurulunda da üye olması, kendisini iki ortaklık arasındaki sürekli menfaatler çatışmasında bir tercih zorunluğu karşısında bırakır. İşte bu nedenle fikrimce, yönetim kurulu üyesinin münferit işlemlerde tercihini şu veya bu ortaklık lehine yaptığının ayrıca isbatına lüzum görülmeksizin, salt yönetim kurulunda üye olmasının sadakat borcuna aykırı düştüğü varsayım olarak kabul edilmelidir. Aynı gerekçeden hareket ederek, yönetim kurulu üyelerinin, aynı konu ile uğraşan bir limited şirketin ortağı veya müdürü olmasının mümkün bulunmadığı sonucuna varıyoruz. Nitekim Ticaret Kanunu'nun 547. maddesi, limited ortaklık müdürlerinin aynı ticaret dalında iş gören bir limited ortaklığa girmesini veya müdür olmasını men etmiştir. Maamafih, sözü geçen 547. madde bir adım daha ileri giderek limited ortaklık müdürlerine, komanditer ortak olmak imkanını da yasaklamıştır. Kanımca, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin komandit ortaklıkta komanditer ortak olmalarında bir sakınca yoktur.

Yönetim kurulu üyeleri, aynı konu ile uğraşmasa dahi bir diğer anonim ortaklık yönetim kurulunda aktif görevler üstlenemezler; örneğin muhahas üye olamazlar. Kanımca üyelerin aynı konu ile uğraşmayan diğer bir anonim ortaklıkta, yönetim kurulundaki görevlerini aksatmayacak pasif (temsıl ve uygulama yetkisi olmayan) yönetim kurulu üyesi olmaları TK. 335. maddeye aykırılık oluşturmaz.

Acaba yönetim kurulu üyesi yeni kurulan bir anonim ortaklıkta ortak olabilir mi? Kanımca eğer her iki anonim ortaklığın uğraşı konulan aynı ise, yönetim kurulu üyelerinin bu davranışı sadakat yükümünce aykırı düşer.

³² A.B.D. Yüksek Mahkemesi "Guth" davasında bu sonuca varmıştır. Olayda, Loft şirketinin müdürü Guth, iflas haline düşmek üzere olan Pepsi-Cola Company'nin hisse senetlerinin çoğunluğunu satın almış ve daha sonra Loft şirketinin para ve imkanlarını kullanarak Pepsi-Cola Company'yi piyasada tekrar itibarlı bir şirket haline getirmişti. Loft şirketinin açtığı dava sonucunda Guth, sadakat görevini ihlal ederek şirketin imkanlarını diğer bir şirket lehine kullandığı için, bu faaliyetten elde ettiği mahsulü (fazlalığı) Loft şirketine geri vermeye mahkûm edilmiştir (CONARD, A.F.: Birleşik Devletler'de Şirket Müdürlerinin ve İdarecilerin Sorumluluğu (Çev.: E. ÖZSUNAY), Batider IV22, 229, 230; Ayrıca bkz.: ONSUN 238.

c. Rekabet yasağına aykırı hareketin söz konusu olabilmesi için yönetim kurulu üyesine ortaklıkla aynı konuda iş yapabilmek hususunda esas sözleşmede veya daha sonra genel kurul kararı ile müsaade edilmemiş olmalıdır. Yeni seçilen yönetim kurulu üyeleri eski üyelere verilen izinden, bu izin esas sözleşmede genel bir hüküm şeklinde yer almış olmadıkça istifade edemezler³³. Genel kurul yönetim kurulu üyesine önceden izin verebileceği gibi yapılan işleme sonradan icazet de verebilir. Genel kurulun izin veya icazeti sarıh veya zımni olabilir. Yeter ki genel kurul kararından zımni onaylama kuşkuya yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilsin. Örneğin, yönetim kurulu üyesi rekabet yasağına giren bir işlemi ortaklıkla yapmak ister de genel kurul bu işleme 334. madde gereğince izin verirse rekabete zımnen razı olmuş sayılır³⁴. Genel kurulun, yönetim kurulu üyesinin işlemlerine izin veya icazet vermek hususunda yapacağı oylamada ilgili üye oy hakkından yoksundur. Kendi adına oy veremeyeceği gibi, başka bir ortağın temsilcisi sıfatıyla da oy kullanamaz (TK. 374).

d. Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına aykırı hareket etmeleri nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için *kusur aranmamıştır*³⁵.

2. Rekabet Yasağının Haksız Rekabetle İlişkisi

TK 335. maddenin anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için koyduğu rekabet yasağının TK 56 vd.'da düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerle ilişkisine gelince: TK 56 vd.'da haksız rekabetin genel hükümleri düzenlenmiştir. Bu hükümler ayırım gözetmeksizin herkes için geçerlidir. Oysa TK 335 sadece anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için konulmuş olan *özel bir hükümdür*. Bu iki hüküm öngördükleri yasağın kapsamı açısından da birbirinden farklıdır. TK 56 vd. iktisadi rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı her türlü kötüye kullanımını men etmektedir. TK 335 ise anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, ortaklık konusuna giren işlemleri yapmalarını veya aynı konu ile uğraşan bir ortaklığa sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak girmelerini yasaklamıştır. Yönetim kurulu üyeleri aynı konuda faaliyet gösteren sermaye ortaklıklarında yönetici de olamazlar. Görüldüğü gibi TK 335. madde anonim or-

³³ STAUB/PINNER § 236 N. 6.

³⁴ ARSLANLI il 157.

³⁵ Bkz.: § 3 I.

taklık yönetim kurulu üyelerine sıfatları nedeniyle konulmuş özel bir yasadır. TK 56 vd. hükümleri ise herkese şamil genel bir yasağı ifade etmektedir. Bu nedenle sözleşmeye konulan bir hükümle veya genel kuru) karan ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine verilen şirket konusuna giren işlerle uğraşma izni yönetim kurulu üyelerini sadece **TK 335**'deki yasaktan kurtarır; yoksa onları TK 56 vd.'daki haksız rekabet genel yasağının kapsamı dışına çıkarmaz. Diğer bir deyişle bu takdirde yönetim kurulu üyeleri şirket konusuna giren işlerle uğraşabilirler veya aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sınırsız sorumlu ortak veya yönetici olarak girebilirler; ancak faaliyetlerini TK 56 vd.'da çizilen sınırlar içinde sürdürmek zorundadırlar. Yönetim kurulu üyesinin eylemi aynı zamanda hem TK 335'i hem de TK 56 vd. hükümlerini ihlal ediyorsa şirket için yönetim kurulu üyesine karşı kullanabileceği *yarışan iki hak* doğar; diğer yönetim kurulu üyeleri bunlardan şirket için daha avantajlı gördüğünü seçebilir.

3. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sonuçları

Bir yönetim kurulu üyesinin, rekabet yasağına aykırı davranışta bulunması halinde, Ticaret Kanunumuz, kollektif ortaklıklara paralel bir düzenleme ile, anonim ortaklığa seçimlik bazı haklar tanımıştır. Ortaklığın, yönetim kurulu üyesine karşı seçebileceği imkanlar şunlardır: (a) Görülen zararın tazminini talep etmek, (b) Şayet üçüncü şahıs hesabına bir sözleşme yapılmışsa, bundan doğan menfaatlerin devredilmesini istemek, (c) Yapılan işlemin ortaklık namına yapılmış sayılmasını istemek (Bu şıkta ortaklık işleminden doğan borçlara katlanmaz, sadece menfaatlerin devrini talep eder, dış ilişkide üçüncü şahısla yönetim kurulu üyesi karşı karşıyadır). (d) Şayet yönetim kurulu üyesi aynı konu ile uğraşan diğer bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmişse bu ortaklıktan çekilmesi istenebileceği gibi³⁶, üyenin bu şirkette elde etmiş olduğu menfaatlerin devri de talep olunabilir. Şüphesiz üyenin yönetim kurulundan azledilmesi de mümkündür. Bilindiği gibi TK. 316. maddeye göre genel kurul yönetim kurulu üyelerini her zaman azledebilir. Azil karan gündeme bağlılık

³⁶ **ANSAY** (Anonim Şirketler 122), bu durumda, üyenin sınırsız sorumlu ortak olarak girdiği şirketten çekilmesi istenebileceği, buna karşı TK. 335 II'deki sair imkanların kullanılamayacağı fikrindedir. Kanaatimce yönetim kurulu üyesinin sınırsız ortak olarak girdiği şirkette elde ettiği menfaatlerin ortaklığa devrinin talep edilmesine de bir engel yoktur.

ilkesinin istisnalarından birisidir (Bkz.: Kom.Yön. 25). Ayrıca genel kurul Uycden rekabetten kaçınmasını ve o işlem hakkında hesap ve bilgi vermesini de isteyebilir³⁷.

Rekabet yasağındaki müeyyidelerin özelliği bu taleplerin ortaklığın gördüğü zararla sınırlı olmamasıdır. Anonim ortaklık, yönetim kurulu üyesinin yasağa aykırı olarak yaptığı işlemde doğan menfaat kendi zararından fazla olsa dahi bunun devrini talep edebilir³⁸.

4. Seçim Hakkını Kullanmağa Yetkili Organ

Rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesine karşı ortaklığın sahip olduğu seçim hakkını kullanmağa yetkili organ yönetim kuruludur. TK. m. 335 II bunu, *"Yasağa aykırı hareket eden üyeden gayri üyelere aittir"* şeklinde ifade etmiştir³⁹. Zaten zamanaşımı süresi yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğini diğer üyelerin öğrenmesinden başladığına göre, bu hükümden de seçim hakkını kullanmağa yetkili organın yönetim kurulu olduğu anlaşılmaktadır. Ortaklığın sahip olduğu imkanlardan birinin veya diğerinin seçilmesi hususunda genel kurul yönetim kuruluna talimat verebilir. Yönetim kurulu da gerek gördüğü takdirde genel kuruldan talimat sorabilir.

Yönetim kurulunun bu konuyu görüşmek üzere yapacağı toplantı yetersayısı, yasağı çiğnemeyen üyelerin sayısına göre hesaplanır. Karar yetersayısı ise toplantıya katılan üyelerin çoğunluğudur TK. 335. maddedeki olanaklardan birisinin seçimi bir iç işlem niteliği taşıdığı için TK. 335 II uyarınca bu seçimi yapacak ortakların temsil (imza) yetkisinin bulunup bulunmadığı önem taşımaz. TK. 335 II uyarınca yapılacak toplantıya katılmaya yetkili üyeler temsil yetkisine sahip olsunlar ya da olmasınlar alınan kararlar sorumlu üye ya da üyelere tebliğe yetkilidirler.

Yönetim kurulu seçim hakkını usulüne uygun olarak alacağı bir kararlar kullanır. Seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran bir haktır ve

³⁷ ARSLANLI il 157 dpn. 163.

³⁸ HİRŞ 320 N. 335.

³⁹ TK. 335 II'nin, seçim hakkını kullanma yetkisinin yönetim kurulunun "diğer üyelerine" ait olduğunu belirtmesi, yönetim kurulu üyelerinin kendilerini ya da belirli derecedeki yakınlarını ilgilendiren konularda müzakerelere (ve oylamaya) katılmalarını yasaklayan 332. madde karşısında gereksiz kalmaktadır.

rekabet eden üyeye varmakla hüküm ifade eder. Bu sebeple, rekabet eden üyeye vardıktan sonra seçim hakkını kullanma beyanından dönmek mümkün değildir.

5. Zamanaşımı

TK. 335. maddesi rekabet yasağı konusunda ortaklığın haiz olduğu hakların kullanılması için kısa zamanaşımı süreleri koymuştur⁴⁰. Bu süreler işlemin yapıldığı veya üyenin sınırsız ortak olarak bir ortaklığa girdiğini diğer yönetim kurulu üyelerinin öğrenmesinden itibaren üç ay ve herhalde vukuundan itibaren bir yıldır. Doktrinde üç aylık sürenin diğer bütün yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına aykırı hareketi öğrenmesinden itibaren hesap olunacağı kanaati hakimdir⁴¹. Rekabet yasağının ihlali eylemi devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz; *Yargıtay* 'ın zamanaşımındaki yerleşik uygulaması ve öğretideki baskın görüş bu yoldadır.

Yazarların zamanaşımının başlangıcı konusunda diğer bütün yönetim kurulu üyelerinin durumu öğrenmesini aramalarının sebebi anlaşılamamaktadır. Bu kanaat, TK. 335. maddenin "*diğer azaların öğrenmesinden*" bahseden ifadesinden doğsa gerektir. Rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı talep hakkı sahibi ortaklıktır, o halde zamanaşımının yürümesi için de durumun ortaklık temsilcileri tarafından öğrenilmesi gerekir. Nasıl ki, bir hususu ortaklığın öğrenmiş sayılması için, yönetim kurulu üyelerinden birisinin öğrenmesi yeterli görülüyorsa (ihtar, ihbar, tebligat gibi)⁴² zamanaşımı süresinin başlaması için de yönetim kurulunun bir üyesinin durumu öğrenmesi yeterli görülmelidir⁴³. Çünkü durumu öğrenen üyenin yönetim kurulunu haberdar etmek sadakat ve özen⁴⁴ borçları-

⁴⁰ Eski Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi "sakıt olur" terimini kullanmış ve bir hak düşürücü süre koymuştu. Hükümet Tasarısında da bu süre hak düşümü süresi olarak düşünülmüştü (m. 335). Adliye Encümeni hak düşürücü sürelerde çifte müddet söz konusu olmayacağı gerekçesi ile bunu zamanaşımı süresi haline getirmiştir (AEM. m. 335, s. 381).

⁴¹ **ARSLANLI** 157; Yazar, kolektif şirketlerde de aynı kanıdadır: Kolektif ve Komandit Şirketler 241; **ANSAY, Anonim Şirketler** 122; **ONSUN** 239.

⁴² **WÜRDİNGER** 122; **STEİGER** (Çağa) 282; **MOROĞLU, E.**: Şirketlerde Adli Tebligat Kimlere Yapılır? 1HFM. 1963/2, 396; Ayrıca Yargıtay 11D. 01.04.1963 tarihli kararında, bir bankayı müştereken temsile yetkili olan müdür ve ikinci müdürden birisine yapılan tebligatı geçerli saymıştır (Son 1çt. 187/5668).

⁴³ Bkz.: **ÇAMOĞLU**, Zamanaşımı 273; **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 234.

⁴⁴ Bkz.: **ÇAMOĞLU**, Özen Borcu 359 vd.; ayrıca § 7 111 1.

nın gereğidir ve bu bildirim onlar için bir görev teşkil eder⁴⁵. Ve yönetim kurulunun vaktinde haberdar edilmemesi TK. m. 336, N. 5 gereğince söz konusu üyenin sorumluluğuna yol açar. Gerçi, zamanaşımının başlaması için durumu bütün yöneticilerin öğrenmesini aramak ortaklığın menfaati ni koruyucu niteliktedir. Ancak durumun bütün üyelerce öğrenildiğini isbat, yasağı ihlal eden üyeye düşeceği için, bu üye büyük isbat güçlüğü karşısında kalacaktır. Yine ilave etmek gerekir ki, sürenin başlamasını bütün yönetim kurulu üyelerinin öğrenmesi şartına bağlamak, ortaklığa, durumu kötüye kullanmak imkanını verebilir. Nihayet bu çözüm tarzının diğer bir sakıncasını da, sürenin, kanun koyucunun üç aylık müddet koyarak çekişmenin bir an önce çözüme kavuşmasını amaçlayan iradesine uygun düşmeyecek kadar uzamasına yol açmasında görüyoruz. Sonuç olarak, üç aylık zamanaşımı süresinin başlaması için durumu yönetim kurulu üyelerinden birisinin öğrenmesini yeterli görmekteyiz.

İV. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SELEFLERİNİN İŞLEMLERİNİ İNCELEME YÜKÜMÜNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Yasa 337. maddesinde yönetim kurulu üyelerine özel bir görev yüklemiştir. Bu hükme göre "Yeni seçilen veya atanan yönetim kurulu üyeleri *"seleflerinin belli olan yolsuz muamelelerini* murakıplara bildirmeye mecburdurlar. Aksi halde seleflerinin mesuliyetine iştirak ederler".

Görüldüğü gibi TK. 337. madde yeni seçilen veya atanan üyeler için oldukça ağır bir sorumluluk öngörmüş; onları bu gereği yerine getirmeyen üyelerin sorumluluğuna ortak etmiştir. Hemen belirtmek isterim ki yeni üyelerin selefleri ile birlikte sorumlu tutulabilmesi için ortaya çıkarılması incelemeye ve uzmanlığa ihtiyaç göstermeyen *belli (açık) bir yolsuz işlemin* bulunması, yeni üyelerin de bu durumu denetçilere bildirmekte ihmal göstermiş olmaları gereklidir⁴⁶. Seleflerinin TK. 337. maddenin kapsamı dışında kalan (açıkça belli olmayanlar) sorumluluk doğuran işlem ve eylemlerini saptayarak bunların üzerine gidilmesinde ihmal gösteren yeni

⁴⁵ Aynı sonuca yöneticiler hakkında uygulama alanı bulan vekalet akdine ait hükümler aracılığıyla da varılabilir. Vekil, müvekkilin menfaatlerini korumak ve onun yönünden önem taşıyan hususları ha b c r v c r m e k 1 e yükümlüdür (BECKER, m. 398 N. 5).

⁴⁶ ÇAMo(;LU (Poroy-Tekİnalp) 339 N. 598a; ERİŞ I 1998; ERİŞ TTK² m. 337 s. 2421.

üyeler is❖kusurları sonucu büyüyen ve tahsil edilemeyen zararlardan TK. 336 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulabilirler. Bu konudaki sorum. luluğu oluşturan kusurun ölçüsü de inceleme konusundaki özen borcuna aykınlıktır⁴⁷.

Yine vurgulamak isterim ki TK. 337. maddede öngörülen sorumluluk yönetim kuruluna *yeni seçilen üyeler* içindir; görevi devam eden diğer bir anlatımla kurula yeniden seçilen üyeler (kendilerinin selefi sayılmayacak. lan için) bu madde uyarınca sorumlu tutulamazlar⁴⁸.

⁴⁷ ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 328 N. 579; TÜRK 44.

⁴⁸ TÜRK43.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASININ TARAFLARI, MÜEYYİDE, USUL

BİRİNCİ KISIM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI SORUMLULUK DAVASININ TARAFLARI VE ŞARTLARI

§ 9. ANONİM ORTAKLIĞIN DAVA HAKKI

I. GENEL OLARAK

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasında asıl hak sahibi anonim ortaklık tüzel kişisidir. Her ne kadar, TK. 309 I. sadece ortakların ve alacaklıların dava hakkından bahsetmekte ise de, ortaklar ve alacaklılar dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatı ile elde edilecek tazminat ortaklığa verilmek üzere dava açtıkları için anonim şirketin dava hakkı öncelikte kalmaktadır¹. Görevlerini gereği gibi ifa etmeyerek ortaklığın zarara uğramasına sebep olan yönetim kurulu üyeleri her şeyden önce bir akitle bağlı bulundukları ortaklığa karşı sorumlu olurlar. Öyle ki yönetim kurulu üyelerinin dolayısıyla zarar gören ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumlulukları da ortaklığa karşı sorumluluklarının bir sonucudur.

¹ ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 339 N. 599; ARSLANLI I 245; İMREGÜN, Menfaat ihtilafları 68.

Ortaklığın davasının konusu verilen *zararın tazmini* olacaktır. Yöneticiler kanun ve an asözleşmeye aykırı kusurlu fiilleriyle ortaklık malvarlığını doğrudan doğruya azaltabilecekleri gibi, anonim ortaklığın iyi şöhreti ve itibarını zedeleyici fiillerle de malvarlığının dolayısıyla azalmasına sebebiyet verebilirler. Bu türden hareketler sonucunda hisse senetlerinin piyasa değeri düşebilir, finans pazarında anonim ortaklığın kredi teklifleri redle karşılaşabilir. Bilhassa yöneticilerin bir veya birkaç kişide toplanan yetkilerini kötüye kullanmaları, ortaklık olanak ve varlığının yabancı gayeler için kullanılması da ortaklığa zarar veren fiiller olarak görünebilir². Anonim ortaklığın uğradığı zararlar genellikle ortakların ve ortaklık alacaklılarının dolayısıyla zarar görmelerine yol açar.

II. ORTAKLIĞIN DAVA HAKKININ HUKUKİ KAYNAĞI

1. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren çeşitli durumlarda bu sorumluluğun⁴ *hukukî kaynağı* (dayanağı) nedir? Yönetim kuruluna yöneltilen talepler öğretinin borç ilişkilerinin kaynağı olarak kabul ettiği hukukî muamele, haksız fiil veya haksız fiil benzeri ve diğer borç kaynaklarından⁵ veya Borçlar Kanunumuzun sistemine uygun olarak sözleşme, haksız fiil veya haksız iktisaptan hangisine dayanmaktadır?

Sorumluluğun hukukî kaynağını tesbit etmek pratik yönden önemli sonuçlar doğuracaktır. Nitekim sorumluluğun hukukî kaynağına göre, isbat yükü, sorumluluğun kapsamı, zamanaşımı, sorumluluktan kurtulma şartlarının geçerliliği, görevli mahkemenin tesbiti gibi önemli unsurlarda değişiklik olabilecektir. Sorumluluk davasında davacılar akde dayanabil-

² **FRICK90.**

³ Bazı yazarlar hukukî sorumluluğun dayanağını ifade sadedinde, *hukukî sebep* deyimini kullanırlar (Bkz.: **VON TUHR** (Edege) I 42; **ARSLANLI** il 170 N. 3). Oysa burada teknik anlamda bir hukukî sebep mevcut olmayıp söz konusu olan sorumluluğun kaynağı (mesnedi)dır (Bkz.: **SUNGURBEY, 1.**: Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957, 3 vd.).

⁴ Burada sorumluluk terimi "borç" anlamında kullanılmıştır.

⁵ Bkz.: **OCUZMAN/ÖZ** 31 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** 37 vd.; **EREN** I 165 vd.; **TUNÇOMAĞI** 28; **ATAAY, A.**: Borçlar Hukuku I, İstanbul, 1962 (teksir) 45 vd.

dikleri halde en avantajlı olacaklar⁶ buna karşılık haksız iktisaba dayandıkları hallerde en zayıf durumda bulunacaklardır. Bu sebeple davacılar özellikle akde veya haksız fiile dayanmak isteyecekler, bunlara istinat imkanı olmayan hallerde son çare olarak haksız iktisaba başvuracaklardır.

2. Ortaklığa Karşı Sorumluluğun Kaynağı

a. Akdi Sorumluluk

Yönetim kurulu üyeleri, Ticaret Kanunu tarafından öncelikle ortaklık tüzel kişisine karşı sorumlu kılınmışlardır. Sorumluluk davası ile ilgili hükümler göstermektedir ki, ortakların ve alacaklıların dava hakları (bağımsız nitelik taşımasına rağmen) ortaklığın dava hakkı ile sıkı ilişki halindedir. Nitekim ortaklar olsun, alacaklılar olsun dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açtıkları davalarda, hükmolunacak tazminatın şirkete verilmesini talep etmek zorundadırlar.

Ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında bir sözleşme bağı mevcuttur ve bu sözleşme genellikle vekalet olarak nitelendirilmektedir⁷. Demek ki özel olsun, genel olsun bütün sorumluluk hallerinde yönetim kurulu üyeleri ortaklık tüzel kişisine karşı *akde aykırılık*⁸

⁶ Akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki farklar için bkz.: **v. TUHR** (Edege) il 614 V; **OĞUZMAN/ÖZ** 378, 379; **TANDOĞAN**, Mesuliyet 532 vd.; **OITİNGER** I 438 vd.; **ÇAĞA**, Konkurrenz 15 vd.; **KARABASAN** 10 vd.; Belirtelim ki, genel hükümler yönünden haksız fiil ile akdi sorumluluk arasında mevcut olan zamanaşımı ve isbat yükü hususlarındaki fark inceleme konumuzunda yoktur. Çünkü yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hususunda Ticaret Kanunu'nda özel zamanaşımı süresi mevcuttur (**TK.** 340/309). Bunun gibi Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için kusur karinesine dayanan bir sorumluluk sistemi koymuş ve 338. maddesinde de kusursuzluk beyyinesini düzenlemiş olduğundan sorumluluğun hukuki dayanağının akıl veya akit dışı sayılması isbat yükü yönünden önem taşımamaktadır.

⁷ **Bkz.: Aşağıda 3.**

⁸ Türk hukuku için bkz.: **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 241; **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 113, 115; karşı: **ANSAY**, Anonim Şirketler 123; Minderheitenschutz 9; **MIMARotLU** 106, 107; **ATAN** 15. 1 s v içre hukukunda BK'nun 1937 tadilinden önce, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hukuki mesnedi tartışmalı idi (Bkz.: **GLASSON** 48 vd.). Konu, Borçlar Kanunu'nun tazminat davasının zamanaşımı ve yetkili mahkemeyi tayin eden bir sarahat ihtiva etmemesi sebebiyle pratik önem taşıyordu. 1937 tadilatında lsv. BK'a bu hususları aydınlatan hükümler konmuş (m. 760, 761) ve böylece tartışmanın pratik önemi bugün sadece isbat yükünün dağılımı konusuna münhasır kalmıştır (**GUHL** 583; **MEIER-WEHL** 1 71; **FEHR** 148; **GLASSON** 88, 89). lsviçre doktrininde hakim kanaat sorumluluğu akde aykırı I 1 § a istinat ettirmektedir (**GUHL**, 583; **FRICK** 21; **SIMONIUS** 529; **FEHR** 148; **KAESLIN** 51; **SCHLUEP** 90; **SCHUCANY** Art. 754 N. 1; **GLASSON** 67 vd.; Hakstz fiile dayandıran görüş için bkz.: **KREIS** 85; **BİGGEL** 34 vd.). Federal Mahkeme de kararlarında bu esası benimsemiştir (Bkz.: **BGE** 14 693;

*sebebiyle*⁹ sorumludurları ve sorumluluğun kaynağının bu şekilde nitelendirilmesinde ortaklık yönünden fayda vardır¹¹.

Nitekim AEM'da da¹² sarahaten yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluğun *akde* sorumluluk esaslarına tabi olduğu belirtilmektedir.

Kanaatımca, ilk yönetim kurulu üyelerinin kuruluş yolsuzluklarını gereği gibi tetkik etmemeleri sebebiyle söz konusu olan sorumlulukları da akde aykırılığa dayanmaktadır¹³. Çünkü TK. 308. madde, ilk yönetim kurulu üyelerine bir *inceleme borcu* yüklemiş olup, bu borca aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi, ortaklıkla aralarındaki akde aykırı davranmış olur. İlk yöneticilerin inceleme yükümlülüklerindeki ihmallerini, genellikle bir vekalet veya hizmet olarak nitelendirilen ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin yüklediği özen borcunun (TK. 320; BK. 321,390) ihlali addetmek ve bu suretle de aynı sonuca varmak mümkündür.

b. Haksız Fiil Sorumluluğu

Anonim ortaklığı karşı sorumlulukları akde aykırılığa dayanan yönetim kurulu üyelerinin şüphesiz herhangi bir üçüncü şahıs sıfatıyla haksız

23 il 1071; 24 il 816; 28 II 100, 107; 46 II 455). Fransız Hukukunda kanun veya esas mukavele hükümlerine aykırı hareket eden veya idare görevini gereği gibi yerine getirmeyen üye ortaklığa karşı akdi olarak sorumludur (Bkz.: ESCARRA IV 305 N. 1567; R1PERT/ROBLOT 1 621 N. 1325; ROBLOT 694 N. 1369). A1 man Hukukunda dasorumluluğun kaynağı genellikle akde dayandırılmaktadır (Bkz.: BAUMBACH/HUECK § 93 N. 8; MÜHLBAUER 19; STAUB/PINNER il § 241 N. 28). B e I ç i k a H u k u k u n d a d a (VAN RYN I 394 N. 607) ve 1 t a I y a n v e H o 11 a n d a h u k u k l a r ı n d a a k d e d a y a n a n b i r s o r u m l u l u k k a b u l e d i l m e k t e d i r (VAN OMMESLAGHE 505 N. 307).

⁹ Yargıtay, ortaklığa karşı sorumluluğun dayanağını akde aykırılık saymaktadır. Bkz.: Tıc. D. 29.01.1954 N. 3689/537 (SUNGUR il 342 N. 201).

¹⁰ Bu yönden ARSLANLI'nın (il 170), talep hakkı sahibine göre bir ayırım yapılmaksızın 336. maddenin 1-3. bendlerindeki sorumluluğun hukuki dayanağını haksız fiil olarak niteleyen görüşüne katılmamak güçtür. Doktrinde yalnız ortaklığın talep haklarının değil, ortakların ve alacaklıların davalarının da ortaklıkla yöneticiler arasında ki akde aykırılığa dayandığı kabul edilmektedir (Bkz.: § 10 il 2). TANDOCAN'ın da belirttiği gibi (Üçüncü Şahsın Zararı 115) TK. 336 N. 1-3'deki hallerin haksız fiil olarak tavsifi, aynı zamanda akde aykırılık teşkil etmelerine engel değildir. Aynı olayda hem akdi, hem de a.k.id dışı sorumluluğun unsurları gerçekleşmiş olabilir (SCHUCANY Art. 754 N. 1).

¹¹ Bkz.: dpn. 6.

¹² AEM, m. 224 s. 376.

¹³ Aksi kanı: ARSLANLI (il 172) ilk yönetim kurulu üyelerine yüklenen inceleme mükellefiyetinin ihlalini, cezai müeyyide ile güçlendirilmiş olduğu gerekçesi ile haksız fiile dayanan bir sorumluluk saymaktadır.

fiil $\diamond$ chcbiyle sorumlu olmaları da mümkündür. Şöyle ki, eğer zarar verici fiil yönetim kurulu üyeliği sıfatı ile ilgili olmaksızın veya ortaklık işleminin görülmüş i haricinde işlenmişse bu takdirde sadece haksız fiile dayanan bir $\diamond$ sorumluluk söz konusu olur. Yönetim kurulu üyelerinin haksız fiil sebebiyle sorumlu tutulmaları için zarar verici fiilin geniş anlamda da oL a yönetim kurulu üyesini ortaklığa bağlayan sözleşmenin bir yükümünün ihlali olarak tavsif olunamaması gerekir.

c. Akdi Sorumlulukla Haksız Fiil Sorumluluğunun Yanışması

Yöneticilerin ika ettikleri zarar verici fiilde hem akde aykırılık, hem de haksız fiil niteliklerinin toplanması yani akdi sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışması mümkündür¹⁴. Şayet yönetim kurulu üyelerinin gerçek olmayan kar dağıtmaları veya hisse senedi bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemeleri gerçeğe aykırı şekilde aksettirmek gibi fiilleri haksız fiilin de unsurlarını gerçekleştirecek şekilde kasden veya ihmal ile yapılmışsa bir yarışmadan söz edilebilir. Bu örnekler çoğaltılabilir. Yine mesela, ortaklıkla işlem yapma yasağının veya rekabet yasağının ihlali hallerinde de akdi sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışması söz konusu olabilir. Bütün bu hallerde yarışmadan bahsedebilmek için zarar verici fiilin, aynı zamanda akdi bağın yüklediği bir mükellefiyetin ihlali sonucunu da doğurması gerekmektedir. Nitekim yukarıda verilen örneklerde durum bu merkezdedir. Yine, bir yarışmadan bahsedebilmek için zarar verici fiilin akde aykırılık teşkil etmesi yanında haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu da gerçekleştirecek nitelikte olması gerekir. Bu nedenle, ortaklık defterlerinin tutulmaması veya yönetim kurulu üyelerinin toplantılara katılmaması genel olarak sadece akde aykırılık teşkil eder. Buna karşılık zarar verici fiil sözleşme bağının yüklediği bir yükümün ihlali sonucunu da doğurmuyorsa, bu halde bir yarışma söz konusu olmayıp sadece bir haksız fiil mevcuttur¹⁵. Akde aykırı bir hareketin mevcut olup olmadığının tesbiti konusunda yabancı memleketler uygulaması, zarar göreni akde aykırılığa dayanmanın elverişli hükümler-

¹⁴ TANDOCAN, Məsuliyyət 528 vd.; TANDOCAN Le Concours 510 vd. 538; ÇACA Konkurrenz 2 vd.; TUHR (Edege) II 614; SAYMEN/ELBİR UI, 386 vd.; FEYZİ(";LU I 321; OCUZMAN/ÖZ 378 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCU(";LU/ALTOP 981 vd.

¹⁵ TANDO(;AN, Məsuliyyət 530.

rinden istifade ettirmek amacı ile, objektif iyiniyet kurallarından hareket ederek, akdin taraflara yüklediği yükümleri daha geniş tefsir etmek eğilimini göstermektedir¹⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluğunda akdi ve akit dışı sorumluluğun yarıştığı bir hal söz konusu olduğu takdirde, acaba bunun hükümleri nelerdir? Her şeyden önce yaşanan iki talep hakkına sahip olan ortaklığın, aynı zarar için, her iki sebebe dayanarak ayn ayn iki kere tazminat istemesinin caiz olmadığını belirtmek gerekir. Diğer soruların cevabı, istenecek tazminatın hangi sebebe dayandırılması gerektiğini açıklamak amacıyla ortaya atılmış olan iki görüşten birinin veya diğerrinin tercih edilmesine göre değişecektir. Yarışma halinde, akdi sorumluluğa dayanan tazminat davasının, akid dışı sorumluluğa ait tazminat davasını ortadan kaldıracığı görüşün benimsenirse, sadece akde aykırılığa dayanılabilir. Zaten daha elverişli olanı da budur. Ancak akde dayanan tazminat davası açmak imkanı kalmadığı takdirde haksız fiile istinaden dava açılabilir. Şayet İsviçre-Türk hukuklarında hakim olan ikinci görüş¹⁸ benimsenirse, zarar görenin yaşanan talep haklarından dilediğine dayanması mümkün görülecek, ancak bunlardan birisinden sonuç aldığı takdirde diğeri de ortadan kalkacaktır.

3. Anonim Ortaklıkla Yönetim Kurulu Üyeleri Arasındaki Akdin Mahiyeti

Anonim ortaklıkta yönetim ve temsil görevi şahıs şirketlerinde olduğu gibi ortaksa! bir borç niteliğinde değildir. Bu sıfat ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasında yapılan bir akitle kazanılır ve yönetim ve temsil vecibesi de bu akdin gerekleri olarak yüklenilir. Anonim şirket ortakları yönetim kurulu üyeliği görevini kabul etmek zorunda değillerdir. Bir ortağın genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi ona karşı yapılmış bir icap niteliğini taşır¹⁹. Akit, bu icabın sarahaten veya zımnen kabu-

¹⁶ İbid.

¹⁷ v. TUHR (&lege) II 616.

¹⁸ ÇACA, Konkurrenz 107 ve orada anılan yazarlar; TANDOCAN, Mesuliyet 537 dpn. 45 ve 46'daki yazarlar ve kararlar. FEYZİOĞLU I 320/321; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 981; OCUZMAN/ÖZ 378.

¹⁹ ARSLANLI II 107; HİRŞ 309 N. 324; ANSAY, Anonim Şirketler 93; MİMAROĞLU 98; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 202; SCHULTHESS 20.

l  sonucunda meydana gelir²⁰. Eğer ortak olmayan ya da genel kurula katılmayan bir şahıs yönetim kurulu  yeli ine se ilmi se bu icap yönetim kurulu tarafından kendisine ula t n r^{20a}.

Anonim ortaklık ile yönetim kurulu  yesi arasında kurulan akdin şart-lar n  taraflar diledikleri gibi kararla tırabilirler; verilecek ücret miktarı, i  görme şartları sözleşme ile tayin olunabilir²¹.

Ortaklıkla yönetim kurulu  yesi arasındaki akdin niteliği özellikle  u yönden önem taşır: Ortaklıkla yönetim kurulu  yeleri arasındaki hukuki ili -kide Ticaret Kanunu'nun özel olarak d zenlemedi i hususlardaki boşluklar bu akdin tavsifine göre gündeme gelecek akdin hükümleriyle doldurulacaktır.

Yöneticilerle ortaklık arasındaki akdin nitelendirilmesi konusundaki suale çeşitli hukuk çevrelerinde farklı cevaplar verilmi tir²². v. *Tuhr'un*

²⁰ **BÜRGI** Art. 708 N. 1; **SCHULVDORNBURG** 31; **M MARO ;LU** 98; **H R ** 309 N. 324. Alman yazarları s e   i m k a r a r   ile yönetim kurulu  yeli ine tayin konusundaki akdi birbirinden ayırmaktadırlar. Alman hukukunda, seçim kararının kabul edilmesi, akit hukukundaki icabın kabulü değil de yenilik doğurucu seçim işleminin geçerlilik  art  olarak nitelendirilmektedir. Yönetim kuru-lu üyesinin kabul beyan  seçim tasarrufu ile kendisine tevdi edilmek istenen görevi üstlenmeye hazır olduğunu bildirmekten ibarettir. Halbuki tayin tasarrufu iki taraflı bir akittir ve bu akit ivazlı veya ivazsız olu una göre hizmet veya vekalet sayılabilir (**MÜHLBAUER** 13, 14; **SCHULTE** 20; **GADOW/SCHILLING** § 71 N. 1).

^{20a} STB Komiserler Yönetmeliği'nin 15/b maddesi bir kişinin yönetim kurulu  yeli ine seçilmesi 'için toplantıda hazır bulunmasını, şayet toplantıya katılmamı sa seçildiği takdirde bu görevi kabul ede-ce ine ilişkin imzası noterce onaylı bir beyan vermiş olmasını aramaktadır. Yasaya ve Borçlar Hu-kukunun sözleşmelerin kurulması ilkesine aykırı olan bu hükme rağmen, gıyapta seçilen bir yönetim kurulu üyesinin bu icab  daha sonraki açık ya da ( rne in yönetim kurulu toplantısına katılmak gi-bi) zımn  bir kabulde benimsenmesi halinde sözleşme ba ı kurulmuş ve seçilen kişi yönetim kurulu  yesi sıfatını kazanmış olur.

²¹ **H R ** 31 I N. 325; **STE GER** ( a a) 258.

²² A 1 m a n h u k u n d a tarafların akitte koydukları şartların değerlendirilmesi sonucunda akit, hizmet veya vekalet olarak tavsif olunur, ücret şart edilmesi halinde hizmet vasf  galip sayılır (**BAUMBACHHUECK** § 84 N. 6; **GADOW/SCHILLING** § 75 N. 10; **W RD NGER** 125; **G IERKE** 331; **MÜHLBAUER** 14). 1s v i üre hukukunda akit vekalet sayılmakta ya da, vekalet hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir. İ vi reli yazarlar, ortaklıkla yönetim kurulu  yeleri arasındaki ilişkinin devamlı olmasını göz önünde tutarak, özellikle ortaklıkla yönetim kuru-lu  yesi arasında bir ast-üst ilişkisi bulunduğu hallerde hizmet akdinin de d   n lebilece ini ifade etmi lerse de (Bkz.: **MEIER-WEHRLI** 69)  cretin zaruri bir unsur olmaması sebebiyle vekalet tavsifine üstünlük vermektedirler (**STE GER** ( a a) 258; **BÜRGI** Art. 708 N. 14; **SCHUCANY**, Art. 705 N. 2; **MEIER-WEHRLI** 71). İ vi re Federal Mahkemesi de vekalet görüşünü benimsen-mi tir (Bkz.: BGE 44 II 138; 75 II 153). İ vi reli yazarlardan **KOLB** (s. 12) bu akdi sui generis bir akid saymakta (Ayrıca bkz.: **HARTMANN** 57; **SCHULTHESS** 20), **SCHULZ-DORNBURG** (s. 32); **FR CK** (s. 24) ve **KAESLIN** (s. 27) ise v e k a 1 e t benzeri olarak nitelemektedirler. Amerika Birleşik Devletleri (CHAMBOUL VE 30 N.50 vd.), İngi iz (CARDEW SMJTH 28) ve Be i ika (VAN RYN I 395 N.607; FREDERICQ V 623 N. 435) hukuklarında da vekalet tavsifi hakim bulunmaktadır.

kanaatine göre^{22a} yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında bir akit değil *akit benzeri* ilişki vardır. Yazar bu ilişkiye vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği fikrindedir.

Türk hukukunda *Arslanlı*²³ anonim ortaklık faslında hususi hüküm bulunmadığından, TK'nun 138. maddesi delaletiyle BK. 530. madde gereğince yönetim kurulu üyeleriyle ortaklık arasındaki münasebetleri -Ticaret Kanunu'nun hususi hükümleri saklı kalmak üzere- *vekalet* hükümlerine tabi kılmaktadır. Yazar ayrıca, tarafların bu ilişkin niteliklerini serbestçe tayin edebileceklerini, mesela sarıh veya zımni olarak hizmet akdi sayabileceklerini belirtmektedir. Görüldüğü gibi *Arslanlı* bu ilişkin vekalet hükümlerine *tabi* olduğunu söylemekte, ilişkin mahiyeti vekalet midir, yoksa vekalet olmamakla beraber bu hükümlere mi tabidir, bu hususta kesin bir görüş belirtmemektedir²⁴. *Hırşıs* sözü geçen ilişkin tavsifinde hizmet ve vekalet akidlerinin düşünülebileceğini, İsviçre hukukunda bu iki sözleşme arasında bir tercih yapılamadığı için tereddüte yer bırakmayacak kesin bir hüküm vermenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, yöneticiler belirli iş ve işlemleri değil, muayyen bir süre içindeki bütün işlemleri ifa ile görevli bulundukları için aradaki ilişki hizmet akdine yaklaşırsa da, hizmet akdinde esaslı unsur olan ücret şartının, yöneticilerin faaliyeti için zaruri olmaması, akdi vekalet olarak nitelendirmenin daha doğru olacağı sonucuna götürmektedir. *Hırş* de bu konuda BK. 530. maddede yer alan "idarecilerle şirket ve ortaklar arasındaki hukuki münasebet hakkında kanun ve esas mukavelede hususi hüküm bulunmadığı takdirde vekalet hükümlerinin uygulanacağı" yolundaki hükümle, ETK. 353'de yer alan "iflas eden murakıbın vekaletten sukut edeceği" hükmünü delil göstermektedir. *Ansay*²⁶ da yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki ilişkide ücret verilmesinin şart olmaması sebebiyle hizmet sayılamayacağı ve Ticaret Kanunu'nundaki yöneticilerle ilgili hükümlerden çoğunun vekaletle paralellik arzetmesini göz önünde tutarak boşlukların vekalet hükümleri ile doldurulması gerektiği fikrindedir *Mimaroğlu*²⁷ ve *Atan*^{21a}, Ticaret

^{22a} **v. TUHR** (Edege) il 853 dpn. 44.

²³ **ARSLANLI** il 108.

²⁴ Ayrıca bkz.: **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 117 dpn. 1.

²⁵ **HİRŞ** 311 N. 328.

²⁶ **ANSAY**, Anonim Şirketler 93.

²⁷ **MİMAROĞLU** 102.

²⁷¹ **ATAN** 12.

Kanunu 'nun 138. maddesinin açık yollaması gereğince uygulama alanı hulması gereken BK. 530 uyarınca ilişkinin vekalet akdi olarak nitelendirilmesi gerektiği kanısındadırlar. *Mimaroglu* aynı sonuca TK. 1. maddesinin 2. fıkrası aracılığıyla da varılabileceğini belirtmektedir. *Imregün*²⁸ de vekalet tavsifine katılmaktadır. Göiildüğü gibi Türk yazarları bu ilişkinin vekalet olarak nitelendirilmesinde birleşmektedirler²⁹.

Gerçekten anonim ortaklığın organı olan yönetim kurulu ile ortaklık arasında bir akit ilişkisinden bahsetmeğe imkan olmamasına rağmen^{29a}, bu organda görevli üyeler ortaklığa karşı hak ve borçların hamili olabilirler³⁰. Belirtilmiş olduğu gibi, yönetim kurulu üyeliği kabule bağlı bir görevdir. Bu görevin sarıh veya zımni olarak kabulü ile, anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında genellikle benimsendiği gibi bir akit ilişkisi doğar³¹. Bu akdin mahiyeti her şeyden önce kararlaştırılan özel hükümlere göre tayin olunmak gerekir. Şayet özel hükümlerin incelenmesinden bir sonuca varılamıyorsa, doktrinin oybirliğiyle benimsediği göiış gereğince vekalet sayılması veya vekalet hükümlerinin uygulanması gerekir.

ill. DAVA HAKKININ KULLANILMASI

1. Dava Açılmasına Karar Vermeğe Yetkili Organ

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasına karar venneğe yetkili organ genel kuruldur³². Yargıtay, genel kurul kararını sorumluluk davasının *dinlenme şartlarından* saymakta ve genel kurulun bu yolda bir kararı olmaksızın açılan sorumluluk davalarının başlangıçta reddedilmesi gerektiğini kabul etmekte idi^{32a}. Yüksek Mahkeme 1980 sonra-

²⁸ **IMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 202.

²⁹ Ayrıca bkz.: **HELVACI** 109; **ONSUN** 248; **ARAR** 119.

^{29a} Karş.: **ANSAY** Minderheitenschutz 3.

³⁰ KREts 42 vd.

³¹ Bkz.: § 9 il 3.

³² Bkz.: Tic. D. 30.09.1960 N. 1738/2460 (**DOMANIÇJÇAMC>CLU** 269 N. 477) ve 19.03.1963 N. 4616/1510 (**DOMANIÇJÇAMO(;LU** 268 N. 475).

^{32a} Yargıtay Tic. D. 12.01.1970, N. 3679/97 sayılı kararı: Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için TK. 341. maddede öngörillen genel kurul kararı davanın dinlenme şartıdır. Bir genci kurul kararına dayanmaksızın açılan davanın dinlenmemesi gerekir. Genel kurulun açılmış bir davaya sonradan icazet vermesi, davaya geçerlilik kazandıramaz (**AKYAZAN** 245 N. 347). Yine Ticaret Dairesinin 09.10.1966 N. 1079/4721 (**BİRKAŞ** 167), 25.04.1968 N. 2835/2405 (Batıdcı V/2, 286), 25.03.1969 N. 3958/1410 (Batıdcı V/3, 611) 21.04.1970 N. 203611925 (**AKYAZAN** 246 N. 350) ve 22.12.1970 N. 1246/5337 (TİK. 1970 II. 138 N. 1358) sayılı kararları da aynı yöndedir.

sında bu görülşilnil değıştirmiştir; yeni içtihadada göre genel kurulun dava açılması karan davanın dinlenme şartlarından değildir. Dava genel kurul henilz bu konuda karar venneden açılmışsa, mahkeme davacıya süre vererek bu eksikliği tamamlattır^{32b}.

Genel kurul bu karan adi çoğunlukla verir. Kanunun yetersayıya ilişkin hükmü Amir nitelik taşır ve mukavele ile arttınlamaz³³.

Genel kurul toplantısında yönetim kurulu aleyhine *dava açılması* konusunun konuşulabilmesi için *gündemin* usulü dairesinde ilan edilmesi şarttır³⁴.³⁴⁸ *Vivante*³⁵ sorumlulukla ilgili müzakerelerin gündemde zımnen mündemiç olduğu kanaatindedir. *Arslan*³⁶ bir hususun tahkiki için özel denetçi tayin edilmiş ve gündemde özel denetçinin vereceği rapor üzerinde görüşme yapılacağı yer almışsa, genel kurul aynı gündemle yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasına karar verebilir demektedir.

Kanımca yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması konusunun görüşülmesindeki gündeme bağıllık ilkesini geniş yorumlamak gerekir. Gündemde sorumluluk ile irtibatlı maddeler varsa, örneğin *Arslanlı'nın* belirttiği gibi, belirli konuların incelenmesi için atanan özel denetçi raporunun görüşülmesi maddesinin (gereğinde) yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasını da içerdği kabul edilmelidir. Yine bunun gibi faaliyet raporu ile bilanço ve hesapların görüşülmesi sonucunda sorumluluk davası açılmasını gerektiren olguların saptandığı genel kurul toplantısında (gereğinde azle ve) yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasına da karar verilebilmelidir.

Genel kurul kararı yöneticiler aleyhine dava açılması yönünde ise bu dava bir ay içinde açılmalıdır³⁷ Bu bir aylık süre dava hakkını düşüren ve-

^{32b} **Bkz.: ÇAMOCU (Poroy-Tekinalp) N. 599 s. 339; ERİŞ il m. 341 s. 2008. Yarg. 11. HD. 17.06.1980 t. E. 3268 K. 3234 (ERİŞ AŞ. m. 341 N. 1023); Yarg. 11. HD. 05.03.1990 t. E. 89/1633 K. 90/1817 (Batider XV/1, Haziran 1990, 168); Yarg. 11. HD. 06.10.2005 t. E. 2005/1021 K. 2005/9318 s. kararı (Kazancı içtihat Bankası). Yarg. 11. HD. 14.01.2002 t. E. 7746 K. 2 kararında mahkemece verilen sürenin kesin süre olmaması halinde, genel kurul kararının bu süre geçtikten sonra dahi ibraz edilebileceğine karar vermiştir: ERİŞ il 2018 N. 29.**

³³ **MOROCLU Hükümsüzlük 81 vd.; VIVANTE II 488 N. 639; aksi kanı: ERİŞ il m. 316, S. 1814.**

³⁴ **STAUB/PINNER § 268 N. 3.**

^{34a} **Yarg. 11. HD.'de 13.06.1985 t. E. 3969 K. 3830 s. kararında konuyu gündeme bağıllık ilkesinin kapsamı dışında saymıştır (ERİŞ II m. 316 S. 1818); buna karşılık Yarg. HGK. 15.03.1967 E.T. 400 K. 154 s. kararında azli gündeme bağıllık ilkesi içinde görmüştür (ERİŞ il m. 316 S. 1814).**

³⁵ **VIVANTE II 313 N. 412.**

³⁶ **ARSLANLI II 192 dpn. 242.**

³⁷ **Bkz.: dpn. 32'deki Tic. O. 30.09.1960 tarihli kararı.**

ya zamanaşımına uğratan bir süre mahiyetinde o]ayıP, dav_a açmakla_g?-revli ilgililere hitap eden (bılhassa denetçi]ere) bır görev •.şası şUrşsıdır. Sözil geçen bir aylık süre içinde dava açılmazsa bu durum görevlilenn sorumluluğunu gerektirir³⁸. Nitekim TK. 341 I denetçilerle "alacaklı]ann vekilinin" sorumluluğu hakkındaki hükümleri saklı tutmaktadır. Madde-deki "alacaklılar vekili" ibaresi "azınlık vekili" olarak anlaşılmaktadır³⁹.

2. Azınlığın Korunması

a. Genel Olarak

Genel kurul yöneticiler aleyhine dava açılmamasına karar vermişse bu davanın açılması mümkün olmayacaktır. Fakat TK. 341. maddenin tanıdığı imkanı kullanan azınlık, dava açılması reyinde bulunursa talep tarihinden itibaren bir ay içinde dava açılması zorunludur^{39a}. Azınlığın yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasını talep edebilmesi için sadece menfi rey vermiş olması yeterli olmayıp bu yolda somut bir öneri yapmış olması gerekir⁴⁰. *Azınlığın dava açılması talebinde bulunabilmesi gündeme bağlılık prensibinin bir istisnasını teşkil eder*⁴¹. Şayet azınlık dava açılması talebinde bulunmuşsa bu talep, aynen genel kurulun dava açılmasına karar vermesi gibi tesir icra eder. Azınlığın reyi sonucunda dava açılması gerekli olan hallerde azınlık kendisine denetçiler dışında bir vekil tayin edebilir⁴².

Azınlık tarafından atanan vekilin davadaki sıfatı tartışılabilir. *Eriş*^{42a} azınlık temsilcisinin teknik anlamda asli müdahil olmayıp davayı ortaklık yanında "asli müdahil gibi" takip edebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay 11. HD. 24.12.2001 t. E. 7414 K. 10326 sayılı kararında^{42b} azınlık temsilcisinin davadaki sıfatını tanımlamamakta, ona davada denetçi vekiline yar-

³⁸ AEM. m. 341 s. 381; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 66 vd.

³⁹ Bkz.: İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 66 dpn. 68; Anonim Ortaklıklar 247; ARSLANLI I 245 dpn. 189.

^{39a} SerPK'da 4487 s. kanunla yapılan değişiklikle bu hak halka açık anonim ortaklıklarda % 5 pay sahibine tanınmıştır.

⁴⁰ ÇAMOĞLU (Poroy-Tekinalp) 340 N. 602; ARSLANLI I 245.

⁴¹ ARSLANLI II 199, 200, karşı. I 245; VIVANTE il 313 N. 412; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 191.

⁴² İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 66; ONSUN 247.

^{42a} ERİŞ il m. 341 s. 2009 ve dpn. 7.

^{42b} ERİŞ il m. 341 s. 2046.

dımc1 olmak ve davayı yakından izleme olanağına sahip olmak gibi özel bir işlev taşımaktadır. Yargıtay bu kararında azınlık vekilinin kararı temyiz etme yetkisi bulunup bulunmadığına değinmemiştir.

Kanımca bu görüş azınlığın sorumluluk davalarında kendisini bir vekil-
Je temsil ettirme olanağını etkisiz kıldığı için menfaatler durumuna ve yasa koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki amacına aykırı düşmektedir. TK. 341. maddedeki "*azınlıklar vekili*"nin yasanın özel bir hükümle düzenlediği bir *asli müdahil* olduğu inancındayım. Yargıtay daha sonraki bir kararında azlık vekilinin "yasağın emredici hükümlerine aykırılık halinde veya kanıyı düzenini sağlamaya yönelik olacak" *temyiz hakkı bulunduğunu* kabul etmiş, böylece asli müdahale kurumuna biraz daha yaklaşmıştır^{42c}.

b. Azınlığın Teminat Verme Yükümü

Dava açılması reyinde bulunan azınlık ortaklığın muhtemel zarar ve ziyanına karşılık hisse senetlerini teminat olarak dava sonuna kadar mu-teber bir bankaya yatırmak zorundadır. Azınlığın bu madde uyarınca teminat göstermesi, davanın dinlenme şartlarındandır. Azınlık bu gereği yerine getirmezse davanın esasına girilemez. Mahkeme bu koşulların yerine getirilip getirilemediğini resen (görevinden ötürü) gözönünde tutar^{42d}.

TK. 341. maddenin "Dava açılması reyinde bulunan *pay sahipleri-nin*" teminat mükellefiyetinden bahseden ibaresi tereddüt yaratacak mahiyettedir. Bu hükümle acaba dava açılması lehinde rey vermiş olan ekseri-yet mi kastedilmektedir, yoksa hüküm sadece azınlığa özgü müdür?

Ticaret Kanunu'nun bu ifadesine rağmen teminat yükümünü azınlığa ilişkin bir hüküm saymak gerekir⁴³. Çünkü aksi çözüm şeklinin yani dava açılması lehinde rey veren ortakların hisse senetlerini teminat olarak yatırmaları gerektiğinin kabulü, ortakların yönetim kurulu üyeleri aleyhine serbestçe rey kullanmalarına engel olacak bir yorum tarzıdır. Zaten hük-mün TK. 341 II cümle 3'de yer alması da azınlığa ilişkin olduğunu gös-termektedir⁴⁴.

^{42c} Bkz.: ERİŞ, TTK² m. 336 s. 2404.

^{42d} **Baki KURU**, Anonim Şirket Genel Kurul Kararının iptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı Mıdır? Batider (1980) X/4, s. 952).

⁴³ Nitekim Alman hukukunda bu yüküm azlık için geçerlidir: BGB § 298; Alın. POK. 147.

⁴⁴ **ARSLANLI** I 246; II 192; **ANSAY**, Anonim Şirketler 129.

Verilmesi gerekli teminatın miktarı azınlık hakkına temel teşkil eden ortaklık sermayesinin % 10'una eşit hisse senetleridir. Her ne kadar TİC. 341. maddenin 2. fıkrası "hisse senetlerinin" teminat olarak muteber bir bankaya yatırılmasından söz etmekte ise de, bu ibareden hisse senedi çıkarılmamış olan hallerde çıplak payı anlamak gerekir. Senede bağlanmamış payların bankaya yatırılması söz konusu olamayacağından, bu halde yapılması gereken işlem ortaklık pay defterine "*teminat şerhi*" koymaktan ibarettir. Teminat oluşturulması azınlık yönünden dava şartı olduğundan, davacı azınlığın şirketteki hisseleri üzerinde teminat şerhi konmasına muvafakat ettiklerine ilişkin bir başvuruda bulunması, yönetim kurulunun da bu talep üzerine pay defterinde gerekli işlemi gerçekleştirmesi gerekir.

Dava açılabilmesi için teminat verilmesi şartının aranması gerçekte ortakların % 10'unun bir araya gelip gelmediğinin kesin şekilde tesbit edilmesi, yönetim kurulu üyelerinin olur olmaz davalarla rahatsız (taciz) edilmemesi ve bu yüzden görmeleri muhtemel zararların karşılanması olabilir. Ancak, davanın reddedilmesi halinde, 341. madde hükmüne göre, tazminat talep etmek hakkı sadece "*şirkete*" verilmiştir. Doktrinde meri hukuk sistemimizde yönetim kurulu üyelerinin azınlıktan tazminat istemelerinin kabil olmadığı belirtilmektedir⁴⁵. Oysa bu davadan asıl zarar görebilecek olan kimseler aleyhlerinde dava açılan yöneticilerdir. Kanaatimizca, 341 II son cümlede yer alan "*yalnız şirkete karşı tavninatla mükelleftirler*" hükmünü, "yöneticilere karşı sorumlu değildir" şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Belki kanun koyucunun amacının azınlığın yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açma hakkını tahdit etmemek olduğu düşünülebilirse de, açılan dava yöneticilere bir zarar vermişse yönetim kurulu üyeleri umumi hükümlere göre maddi, hatta şartlan varsa manevi tazminat isteyebilirler; buna bir engel yoktur. Bu nedenle kanımca, 341 II son cümledeki hükmü, "yatırılan teminat sadece ortaklığın zararı için teminat teşkil eder, yönetim kurulu üyeleri eğer dava sebebiyle bir zarara uğramışlarsa bu zararın tazmini hususunda teminattan yararlanamazlar" şeklinde yorumlamak gerekir⁴⁶.

⁴⁵ Bkz.: ARSLANLI il 192, I 246; İMREGÜN, Menfaat İhtifü Ulan 89; ANSAY, Anonim Şirketler 129.

⁴⁶ ÇAMOĞLU (Poroy-TekinaJp) 341 N. 603; İMREGÜN, Menfaat İhtilatlan 70.

3. Davada Anonim Ortaklığın Temsili

Non1ial olarak anonim ortaklığı, dava açılması sırasında iş başında bulwian yönetim kurulu temsil eder⁴⁷. Fakat aleyhlerine dava açılacak yöneticilerin görevi henüz sona ermemiş ise sorumluluk davası denetçiler tarafından açılır⁴⁸. Denetçiler de yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasına muhalif iseler veya denetçiler aleyhine de dava açılması söz konusu ise anonim ortaklığa bir kayyım tayin olunur^{48a} (MK. 426 N. 3). Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi dava açılması talebinde bulunan azınlık isterse denetçilerden ayn bir vekil tayin edebilir.

Ortaklığın dava hakkı, iflas halinde *iflas idaresince*⁴⁹, iflastan başka tasfiye hallerinde ise *tasfiye memurlarınca* kullanılır⁵⁰ (TK. 450/219 1).

47 **ÇEŞİTLİ (Poroy-Tekinalp)** 340 N. 600; **ANSAY**, Anonim Şirketler 129; Yar g 1 ta Y Ticaret Dairesi bu davanın mutlaka denetçiler tarafından açılması gerektiği görüşündedir. Bkz.: Ttc.D. 13.09.1969 N. 2670/2615 (**AKYAZAN** 244 N. 343). Yine Tic. D. 12.02.1968 tarih ve N. 212:846 sayılı kararında: "Aleyhlerine dava açılmasına karar verilen yönetim kurulu üyeleri hakkında davayı şirket adına muhakeme açar. Yeni yönetim kurulunun bu işi üzenne veya yönetim kurulunun yeniden teşekkülü ile, dava açma yetkisinin ona geçeceği yolundaki düşüncede ısrabet yoktur kanısımı benimsemiştir (Batider V/2, 289). Ticaret Dairesinin 25.03.1969 N. 395811410 (Batider V/3, 611) ve 21.04.1970 N. 2036/1656 (**AKYAZAN** 246 N. 350) sayılı kararları dikkate alınarak yonendir. Ticaret Dairesi 22.12.1910 N. 1246/5237 sayılı kararında aynen: "Kooperatif yöneticileri aleyhine dava açılabilmesi için TK. 341 uyarınca genel kurulun bu yolda karar vermesi ve dava için denetçiler tarafından açılması gerekir. Dava, yeni yönetim kurulu başkanı tarafından, zımnına para girmiş ve ölmüş bulunan eski yönetim kurulu başkanının mirasçıları aleyhine açılmıştır. TK. 341 inci maddenin emredici hükmü göz önünde tutulmadan davanın mirasçılar aleyhine açıldığı sebebine müsteniden esası incelenen karara varılması yolsuzdur" demektedir (TİK. 1970 II, 138 N. 1958).

⁴⁸ Bkz.: Ttc. D. 06.06.1958 (**ANSAY**, Anonim Şirketler ve Tatbikat, AHFD. 1960/1-4, 339).

⁴⁸³ Yarg. 11. HD. 15.02.1990 E. 89/1108 K. 90/1657 (Batider XV/1, Haziran 1989, 169).

⁴⁹ İflas halinde ortaklığın bütün malvarlığı değerleri bu arada yönetim kurulu üyelerine karşı dava hakları da iflas masasına intikal eder. bkz. **MEIER-WEHRLI** 96, 97; **PICENONI** 196, 197; **KURU**, İflas ve Konkordato 160, 281. Sorumluluk davası iflas masasının kanuni temsilcisi olan (UK. 226 I) iflas idaresi tarafından yürütülür. Bu davanın açılıp açılmamasına veya açılmış olan davaya devam edilip edilmemesine karar vermek yetkisi ikinci alacaklılar toplantısına aittir.

50 **İMREGÜN** (Tasfiye Memurları Sorum Davası Açabilirler mi? 1kt. Mal. XVII/3 (Haziran 1970), 128), ortaklığın tasfiyesi halinde, tasfiye memurlarının yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açamayacağı, fikrindedir. K a n ı m c a , yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasına karar vermekle, bu davada ortaklığı temsil etmeyi birbirinden ayırt etmek gerekir. Tasfiye halindeki anonim ortaklıklarda da, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasına karar venne yetkisi genel kuruldadır (TK. 440/341). Ortaklık davada, kanunî temsilci niteliğini taşıyan tasfiye memurları tarafından temsil olunur. Açılmış ve devam etmekte olan davaları ise ortaklık tasfiye haline girdikten sonra temsilci sıfatıyla tasfiye memurlarının yürütmesinde zorunluluk vardır. karş.: **ANSAY**, Minderheitenschutz 7 ve orada dñn. 9'da anılan Tic. D. 06.01.1964 t. kararı; **ANSAY**, Anonim Sirketler ve Tatbikat, Batider IV/3. 520.

§ 10. ORTAKLARIN VE ORTAKLIK ALACAKLILARININ DAVA HAKKI

I. GENEL OLARAK

Ticaret Kanunu, yönetim kurulu üyelerine karşı, anonim ortaklıktan başka *alacaklıların* ve *ortakların* da sorumluluk davası açabileceğini kabul etmiştir (TK. 336, 341)¹. Şayet sorumlu yöneticilere karşı dava açma imkanı yalnız anonim ortaklığa verilmiş olsaydı, genellikle yönetim kurulunun etkisi altında bulunan anonim ortaklık pay sahiplerinin ekseriyeti, dava açmayı uygun görmeyerek azınlıkta kalan ortakların ve alacaklıların haklarını tehlikeye düşürebilirdi². Ortaklığa verilen zararlar sebebiyle ortakların ve alacaklıların dava açmakta menfaatleri bulunduğu şüphesizdir. Çünkü ortaklık malvarlığı ortakların tasfiye payının karşılığını ve alacaklıların da müşterek garantisini teşkil etmektedir.

Ticaret Kanunu ortaklara ve ortaklık alacaklılarına yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma imkanı tanımakla, sorumluluk hukukundaki önemli iki kuruma istisna getirmiştir. Bunlardan birincisi, yönetim kurulu üyelerinin akde aykırılık sebebiyle sorumlu oldukları hallerde, ortakların ve alacaklıların, ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akde taraf olmamalarına rağmen, bu akdin ihlali sebebiyle *dolayısıyla* -hatta doğrudan doğruya- *uğradıkları zararın* tazminini isteyebilmeleridir. İşte bu imkan borç münasebetinde taraf olmayan bir kimsenin o borç ilişkisine da-

¹ İsviçre hukukunda, BK. 754 gereğince, ortaklıktan başka ortaklar ve alacaklılar da yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler. Alman hukukunda ise, sorumluluk davası açmak imkanı ortaklıktan başka sadece alacaklılara tanınmıştır (Alm. POK. § 93 V). Ortaklar ancak genel hükümlere göre bir haksız fiil davası açabilirler (Bkz.: WÜRDINGER 125; BAUMBACH/HUECK § 93 N. 3; GADOW/SCHILLING § 87 N. 38; SCHULTE 77).

² GLASSON 84, 86.

yanarak tazminat davası açamayacağı kuralına istisna oluşturmaktadır³. Bu istisna usul hukuku yönünden ise, davada taraf olmayan kimse lehine tazminat istenemeyeceği kuralına getirilmiş bir istisna şeklinde görünür⁴. Ortaklara ve alacaklılara dava hakkı verilmekle getirilmiş olan *ikinci istisna*, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olan hallerde, dolayısıyla zarar gören şahsın, bunun tazminini talep edemeyeceği kuralına getirilmiş olmaktadır⁵. Kuralın diğer istisnaları gibi, ortaklara ve alacaklılara tanınan dolayısıyla zararların dava edilebilmesi imkanı da kanunun özel bir hükmüne dayanmaktadır⁶. Bu imkan Türk hukukunda TK. 340. maddenin 309. maddeye yaptığı yollama ile sağlanmıştır⁷.

Gerçekten yönetim kurulu üyelerinin ortaklık malvarlığına zarar veren fiilleri genellikle ortaklara ve ortaklık alacaklılarına da yansır ve bunlar, bu fiilden dolayısıyla zarar görmüş olurlar. Şüphesiz yönetim kurulu üyelerinin fiilleri, ortaklığı zarara uğratmaksızın ortaklara ve alacaklılara doğrudan doğruya zarar vermiş de olabilir. Bu durumda ortak veya alacaklılara yönetim kurulu üyelerine karşı ortaklığın dava hakkından bağımsız doğrudan doğruya dava hakkı tanınmaktadır. Fakat genellikle her ikisi bir arada bulunur ve ortaklığa zarar veren fiil ortaklara ve alacaklılara da doğrudan doğruya ya da dolayısıyla bir zarar iras eder. Şayet ortaklığa zarar verici fiil, ortaklara ve alacaklılara yansımamış yani sözü geçen şahıslar dolayısıyla dahi bir zarar görmemişlerse dava açma imkanları da mevcut değildir⁸. Mesela, ortak, sorumluluğu söz konusu olan şahıstan hisse senetlerini, kendi zararını önleyecek şartlarla satın almışsa durum böyledir⁹.

İşte kanun koyucu yöneticilerin ortaklığa verdikleri zararların etkileri (ikinci derecede de olsa) kendilerine akseden ortakları¹⁰ ve alacaklıları

³ TANDOÖAN, Üçüncü Şahsın Zararı 20 vd., 99.

⁴ GLASSON 244; KREIS 85; WYLER 37.

⁵ FEHR 151; FRICK 102; TANDOÖAN, Üçüncü Şahsın Zararı 11, 17, 99; MEIER-WEHRLI 54; BGE 63 il 21, 82 il 38/39.

⁶ OSER/SCHÖNENBERGER Art. 41 N. 52; BECKER Art. 41 N. 115.

⁷ Bkz.: Aşağıda 2, a.

⁸ ARSLANLI il 183; TANDOÖAN, Üçüncü Şahsın Zararı 107.

⁹ SCHUCANY Art. 754 N. 2 b.

¹⁰ Alman hukukundaki durum hakkında bkz.: Yukarıda dpn. 1.

korunmağa değer gördüğü için, sorumluluk hukukunun yukarıda sözil geçen iki kurumuna istisna getinnek lüzumunu duymuştur. Öyle ki bu istisnai hüküm gereğince davacı (ortak veya alacaklı) temsilcisi olmadığı halde davasında taraf olmayan bir şahıs lehine (ortaklık) tazminat isteyebilmektedir¹¹. Fakat gerçekte işin yapısal ayrıntılarına inilirse görülür ki tüzel **kişi** kisvesi altında toplanan ortakların haklarıdır¹². Tüzel **kişi** olarak ortaklığın gördüğü zararın nihai yüklenicileri ortaklar ve ortaklık malvarlığının azalması sebebiyle de alacaklarını tahsil edemeyen alacaklılardır. Problemin tahlili yapısı bu olmakla beraber, hukuk tekniği yönünden karşımızda hak ve borçların hamili olan bir tüzel kişi mevcuttur ve yönetim kurulu üyeleri bir sözleşme ile ortaklığa bağlı bulunduklarından ortakların ve alacaklıların yöneticilere karşı dava hakkına sahip olmaları, üçüncü şahsın zararının tazmin edilmeyeceği kuralına bir istisna olarak görünmektedir. Ancak, burada üçüncü şahsın zararının tazmini konusunda getirilen istisna sorumluluk hukukunun üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda kabul ettiği ilkelere tam uymamaktadır. Şöyle ki¹³:

a. Üçüncü şahsın zararının tazmininin klasik sisteminde doğrudan doğruya zarar gören asıl mağdurun, dolayısıyla zarar gören şahıs lehine tazminat talebi öngörülürken, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda, tam tersine, dolayısıyla zarai gören şahıs (ortak veya alacaklı) asıl mağdur adına (ortaklık) tazminat talebinde bulunabilmektedir. Kanun koyucu bu hükümde, ortaklığın gördüğü zarar ödendiği takdirde kural olarak dolayısıyla zarar gören ortakların ve alacaklıların zararının da karşılanmış olacağını düşünmüştür.

b. Üçüncü şahsın zararının tazmini öngörülen sair hallerde, hukuki varlığı doğrudan doğruya ihlal edilen şahıs hiç zarar gönnediği veya zararı sadece sorumluluktan kurtulmakta olan menfaatine inhisar ettiği halde, yönetim kurulunun sorumluluğu davasında, dolayısıyla zarar gören ortakların veya alacaklıların her biri ortaklığın uğradığı zararın tamamını, yani kendi zararlarından fazlasını dava edebilirler¹⁴. Ticaret Kanunumuzun sistemine göre elde edilen tazminat ortaklığa verilir.

¹¹ Bu davanın özellikleri için bkz.: 2.

¹² ARSLANLI il 181.

¹³ OĞUZMAN/ÖZ 377; TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zaran 105.

¹⁴ Bkz.:§ 1 O 2 c.

il. ORTAKLARIN VE ALACAKLILARIN DOLAYISIYLA ZARAR GÖREN ŞAHİS SIFATIYLA DAVA HAKLARI

I. Dolayısıyla Zarar Gören Şahis Kavramı

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Ticaret Kanunumuz, dolayısıyla zarar gören ortaklara ve alacaklılara yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkı tanımıştır. Bundan dolayı her şeyden önce dolayısıyla zarar gören şahis kavramının ortaya konması gerekmektedir.

Bir hukuk kuralının çiğnenmesi bir şahsın, bu kuralın korumayı amaçladığı varlıklarını doğrudan doğruya zarara uğratabileceği gibi aynı zamanda fiilin etkilerinin yansıması suretiyle başka şahısların hukuk çevrelerinde de birtakım zararlar doğurabilir. Mesela, bir haksız fiil sonucunda baş artistin yaralanması ve o geceki temsili oynayamaması sebebiyle tiyatro sahibinin gördüğü zarar bu nevi bir zarardır. Akit dışı sorumluluk konusunda karşılaşılan dolayısıyla zarar gören şahis kavramı, akdi sorumlulukta yerini *üçüncü şahis* kavramına bırakır. Kısaca üçüncü şahis bir akitte taraf olmayan şahıstır¹⁵. Maamafih akit dışı sorumlulukta da hukuki varlığı ihlal edilip zarar gören şahis tazminat alacaklısı durumuna girer, diğer bir söyleyişle, zarar verici fiilden sonra arada bir hukuki ilişki oluşur. İşte, dolayısıyla zarar gören, akit dışı hukuki sorumlulukta bu tip ten bir hukuki ilişki karşısında üçüncü şahis konumunda bulunduğu için, üçüncü şahis terimini hem akdi hem de akit dışı sorumlulukta kullanmakta sakınca yoktur¹⁶. Her iki kavram da akit dışı ve akdi sorumluluk hallerinde tazminat isteyebilecek şahısların sınırlarını çizmek için ortaya atılmıştır.

Dolayısıyla zarar gören şahis kavramının *dolayısıyla zarar* kavramından ayırt edilmesi gerekir. Bu iki kavram aynı gayelerle ortaya atıldıkları gibi, nitelikleri de birbirlerinden farklıdır. Dolayısıyla zarar, zarar verici fiilin doğrudan doğruya sonucu olan zarardan doğan ve fakat direkt zarardan daha uzak sonuçlandır¹⁸. Bu sonuçlar ya zaman itibariyle daha sonra

¹⁵ TANDO CAN, Üçüncü Şahsın Zararı 1 vd.; KAESLİN 64.

¹⁶ Fazla bilgi için bkz.: TANDO CAN, Üçüncü Şahsın Zararı 23 vd.; ÖZÜZMAN/ÖZ 377; SAYMEN/ELBİR VI, 315; LARENZ 174.

¹⁷ TANDO CAN, Üçüncü Şahsın Zararı 31; LARENZ 174.

¹⁸ F. SSER 275; LARENZ 152; TANDO CAN, Mesuliyet 70; Üçüncü Şahsın Zararı 9.

doğarlar ya da araya başka olaylar girdiği için illiyet zincirinde **direkt ne-**ticelere uzak sayılır. Dolayısıyla zarar kavramına, sorumlu şahsın fiilinin bütün sonuçlarından mesul tutulmasının çok ağır olacağı düşüncesi ile başvurulmuş ve bu gayeye sorumlu şahsın "dolayısıyla zarardan mesul olmayacağı" fonnülil ile varılmak istenmiştir. Mamafih bugün dolayısıyla -doğrudan doğruya zarar ayırımı terk edilmiş ve failin fiiline uygun illiyetle bağlanabilen her türlü zarardan (doğrudan doğruya olsun, dolayısıyla olsun) sorumlu tutulacağı esası benimsenmiştir¹⁹.

Buna karşılık, *dolayısıyla zarar gören şahıs* kavramı, tazminat talebinin içeriği ve kapsamını belirlemek konusu ile değil, tazminat talep etmeğe yetkili şahısların sınırlandırılması sorunu ile ilgilidir. Mağdurun zararının doğrudan doğruya veya dolayısıyla olan kısımları bulunabilir. Halbuki, dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı daima birden çok şahsın varlığını gerektirir. Yani dolayısıyla zarar gören şahsın kendisine nisbetle ikinci derecede zarar gördüğü bir doğrudan doğruya zarar gören kişi mevcuttur. Dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı, hukuk düzeninin menfaatlerini korunmağa değer gördüğü şahısların sınırını tesbit etmek amacıyla ortaya atılmıştır. Yukanda da işaret olunduğu gibi, dolayısıyla zarar kavramı ise bir şahsın fiilinin sonuçlarından ne dereceye kadar sorumlu tutulacağını hususunun tesbitine yaramaktadır.

Dolayısıyla zarar gören şahıs ve dolayısıyla zarar kavranılan hakkında verilen bu izahat göz önünde tutulursa, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı, *alacaklıların ve ortakların* açacakları davanın onların *dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla* açacakları bir dava olduğu sonucuna varılır. Yoksa burada söz konusu olan, ortak veya alacaklıların teknik anlamda dolayısıyla gördükleri bir zararın tazmini değildir. Bundan dolayı aşağıda yapılan açıklamaları bu tanımların ışığı altında değerlendirmek gerekir. Mamafih öğretilde bu kavramlar üzerinde titizlikle durulmamakta ve hep ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararının tazmininin söz konusu olacağından bahsedilmektedir. Öğretilde ittifakla yayılmış bulunan bu kullanım alışkanlığına uygun olarak dolayısıyla zarar terimini kullandığım yerlerde, bu terimle teknik anlamda "dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla görülen" zararı kasdettiğimi belirtmek isterim.

¹⁹ TANDOCAN, Üçüncü Şahsın Zararı 10. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda uygun illiyet bağı için bkz.: SCHULZ-DORNBURG 102; MEIER-WEHRL 79; StMONIUS 30; BIGGEL 70; SCHUCANY Art. 754 N. 4.

2. Ortakların ve Alacaklıların Dolayısıyla Zarar Gören Şahıs Sıfatıyla Dava Hakları

a. Ortakların ve Alacaklıların Dolayısıyla Zararlan

Genel bir fonnülle denebilir ki, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık malvarlığını kötüleştiren davranışları, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gönnelerine yol açar²⁰. Gerçekten ortaklık malvarlığını azaltan her fiil, hisseleri oranında ortakları etkiler. Fakat eğer bu eylemler sonucunda alacakları artık tam olarak karşılanamıyorsa bundan birinci derecede etkilenen alacaklılardır²¹. Şu halde denebilir ki, ortaklığın gördüğü doğrudan doğruya bir zarar, ortaklar ve alacaklılar açısından *dolayısıyla zarar* teşkil etmektedir²². Öyle ki ortaklığın malvarlığı eksilmesinin giderilmesi k~~al~~ olarak ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararını da giderecektir²³. Örneğin, yöneticilerin yetkilerini kötüye kullanmaları, gerçek olmayan kar dağıtımı, piyasa koşullarının elvermediği yatırımlar yapılması, ortaklık vasıtalarının şirket amacı dışında kullanılması, bir alım opsiyonu kullanmayıp bu haktan yararlanılmaması, borsada riskli işlemler yapılması, ortaklığın sahip olduğu penni ya da teşvik belgesinin kullanılmaması, ortaklık haklarının korunması için gerekli davaların açılmayıp dava haklarının zaman aşımına uğratılması dolayısıyla zarar doğurabilecek fiillerdir²⁴. Bu fiiller sonucunda hisse senetlerinin rayici düşmüş, tasfiye bakiyesi veya kar payı azalmışsa ortaklar yönünden dolayısıyla görülmüş bir zarar vardır²⁵.

Kanımca yönetim kurulunun, ortaklık malvarlığını azaltan (diğer bir söyleyişle ortaklığı doğrudan doğruya zarara uğratan) bütün işlemleri *alacaklılar yönünden dolayısıyla görülmüş bir zararı* ifade eder. İsviçre doktrinde alacaklıların dolayısıyla zararları çok daha dar yorumlanmaktadır. Gerçekten İsviçreli yazarların çoğunluğu, ancak, ortaklığa verilen zarar aktifleri, borçları karşılayamayacak duruma düşürdüğü takdirde alacaklıların dolayısıyla zararından söz edilebileceğini söylerler²⁶. Bazı

²⁰ ÇAMOCLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 331.

²¹ WIELAND II 134, 137; KAESLIN 64; HENGGELE 51.

²² FUNK Art. 756 N. 1; MEIER-WEHRLI 53; SIEGERT 109; SCHUCANY Art. 698 N. 7; ÇAMOCLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 332.

²³ WILHELM 95; FRICK 89; MEIER-WEHRLI 54, 86.

²⁴ Bkz.: BGE 48 il 53; 63 il 173, 72 il 293.

²⁵ ÇAMOCLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 332; SIMONIUS 29; FRICK 76.

²⁶ KAESLIN 65; PICENONI 196; MEIER-WEHRLI 56; HENGGELE 49.

²⁷ FRICK 99; WIELAND II 141.

va açabilmeleri için alacaklıların "*haklarının tehlikeye düşürülmüş olmasını*" yeterli bulmaktadır.

Türk hukukunda 1sv. BK'nun 758. maddesini karşılayan bir hUkUm yoktur. Şu halde alacaklılar dolayısıyla zararları nedeniyle yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açabilmek için ortaklığın iflas etmiş olmasını beklemek zorunda değillerdir. Türk doktrininde *Tandoğan*³⁴ alacaklıların dava hakkının fiilen ortaklığın iflası ile sınırlanmış olduğunu söylemektedir. Yazara göre: "...şirket iflas etmedikçe şirket alacaklılarının dolayısıyla zararının tesbiti ve bunun tazmini için dava açmaları pratik bakımdan müşküldür; bu itibarla fiiliyatta Türk hukukunda da alacaklıların dolayısıyla zararın tazminine müteallik davası daha ziyade şirketin iflası halinde ortaya çıkabilecektir". Kanımca yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Yukarıda belirttiğim gibi, yönetim kurulu üyeleri tarafından ortaklığa verilen doğrudan doğruya zararlar, alacaklılar (ve ortaklar) yönünden dolayısıyla görülmüş bir zararı ifade eder. Bu zararın tesbit edilebilmesi için ise ortaklığın iflas etmesini beklemeye lüzum yoktur. Gerek alacaklılar, gerekse ortaklar dolayısıyla zarar gören kişi sıfatıyla açtıkları davalarda ortaklığın zararının *tümünü* dava edebilirler³⁵. Bundan dolayı alacaklıların ayn ayn gördükleri dolayısıyla zararın tesbiti söz konusu olmayıp açılacak davanın konusu şirketin uğradığı zararın tamamı olduğuna göre bu konuda pratik bir güçlük mevcut değildir.

Diğer taraftan alacaklıların dolayısıyla zararlara dayanan sorumluluk davasını fiilen ortaklığın iflası şartına bağlamak, alacaklıların münferiden dava açmak imkanlarının tamamen ellerinden alınması sonucunu doğurur. Çünkü şirketin iflasından sonra artık alacaklılar tarafından münferiden dava açılması mümkün değildir; TK. 309 II gereğince iflas halinde dava hakları iflas idaresince kullanılır. Oysa alacaklılara da sorumluluk davası açmak imkanı veren TK. 309 I ve 336. maddelerinde böyle bir sınırlama öngörülmemiştir.

Alacaklılara, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma imkanı veren TK. 309 I ve 336. maddeleri alacaklıları korumak amacıyla

³⁴ **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı, 111 dpn. 128. Aynı kanı: **ANSAY** Minderheitenschutz 7.

³⁵ Bkz.: **ARSLANLI** I 83; **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 106; **ÇAMOCLU**, ibranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 334; AEM m. 309 s. 379; İsviçre hukukunda ortaklar ve alacaklılar zararın tümünü dava edebilirler. Bkz.: **BİGGEL** 119; **MEIER-WEHRLI** 87. Ayrıca bkz.: Aşağıda dpn. 41.

konulmuş hükümlerdendir. Ortaklık malvarlığı alacaklılar yönünden ortak bir garanti fonu teşkil eder. Ortaklığa verilen her zarar, borçlunun ödeme gücünü azaltmaktadır. Ortaklık bütün borçlarını karşılayabilecek durumda bulunsa veya esas sermayenin karşılığını teşkil eden malvarlığı değerlerinde bir eksilme olmasa dahi, ortaklığa verilen zararın giderilmesinde alacaklıların korunmaya değer bir menfaati vardır. Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu işlemleri sonucunda ortaklık malvarlığında meydana gelen eksilmeler, alacaklıların haklarını almaları ihtimalini azaltmaktadır. Sorumlu yönçtim kurulu üyelerine karşı ortaklık veya dolayısıyla zararları sebebiyle ortaklar harekete geçmediği takdirde, alacaklılar kendi bağımsız davaları ile menfaatlerini koruyabilmelidir. Bu nedenle, dolayısıyla zarar kavramının alacaklılar yönünden ortaklığa verilen bütün doğru-
dan doğruya zararları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir. Kanımca kanun koyucunun TK. 309 I ve 336. maddede alacaklılara dava hakkı tanımakla izlediği amaç ancak bu takdirde gerçekleşebilir. Alacaklıların dava açmalarını ortaklığın iflası şartına bağlayan İsv. BK. 758'in Ticaret Kanunumuza alınmamış olması, kanun koyucunun alacaklıların dava haklarını sınırlamak istemediğini göstermektedir. Zaten BK. 758. maddesi İsviçre hukukunda da tenkit edilen bir hükümdür³⁶. Söz konusu 758. madde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1937 tadilatında kabul edilmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nun 675. maddesinin 2. fıkrası -bazı tahditlere tabi olmakla beraber- şirketin iflası dışında da alacaklılara dava hakkı tanıyordu. Alacaklıların dava hakkını ortaklığın aciz halinde bulunması şartına bağlamak da dava hakkının etkinliğini ortadan kaldırır. Ortaklığın bütün borçlarını ödeyecek güçte olup olmadığının tesbiti hemen anlaşılabilecek bir husus değildir. Bunun için belki bir ara bilançosu yapılması gerekir. Fakat alacaklılar ortaklıktan böyle bir talepte bulunmaya yetkili değildirler. Aczi tesbit ettirebilmek için onlar yönünden yapılabilecek tek şey, ortaklığı iflas veya haciz yolu ile izlemektir. Fakat alacağı henüz muaccel olmayan alacaklılar için bu imkan da mevcut değildir. Bu nedenle kanımca dolayısıyla zarar kavramını geniş yorumlayarak, bu tipten sınırlamalara tabi tutmadan alacaklılara dava hakkı tanımak menfaatler vaziyetine en uygun çözüm şeklidir. Bilindiği gibi alacaklılar (ve ortaklar)

³⁶ BIGGEL 37; WILHELM 148.de zikredilen: A. WIELAND, SAG 22, 224; Ayrıca, alacaklılara bir tahdit öngörmeden dava hakkı tanıyan İsv. BK. 755. maddesi ile, bu davayı iflas şartına tabi kılan 756. maddesi arasında bir çelişki doğmaktadır. Bkz.: MEIER-WEHRLI 91.

dolayısıyla zararlara dayanan davalarda tazminatın kendilerine değil ortaklığa verilmesini isteyebilirler³⁷. Bu nedenle alacaklılardan birisi tarafından açılan ve başarıyla sonuçlanan bir davadan bütün alacaklılar (ortaklar ve hatta bizzat ortaklık) yararlanacaktır.

b. Kanuni Dayanağı

Alacaklıların ve ortakların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları dava, kuruluştan doğan sorumlulukla ilgili 309. maddeye atıf yapan 340. maddeye dayanmaktadır. 340. maddenin ifadesine göre "336 ve 337. madde gereğince yönetim kurulu üyelerine yükletilen sorumluluklar hakkında 309. madde hükmü de tatbik olunur" 309. madde ise, kuruluş sebebiyle sorumluluk söz konusu olduğu hallerde ortaklık tüzel kişisi yanında, dolayısıyla zarar gören ortaklara ve alacaklılara da dava hakkı vennektir. Maddenin koyduğu sistem gereğince, ortakların ve alacaklıların açacakları davada tazminatın ortaklığa verilmesi istenecektir.

340. maddenin 309. maddeye atıf yaparken kullandığı ifade tereddütlere yol açabilecek mahiyettedir. Çünkü 340. madde, 309. maddenin de uygulanacağını ifade etmektedir. Acaba Ticaret Kanunu, 340. madde ile ortaklara ve alacaklılara ek bir dava hakkı daha mı tanımak istemektedir? 309. maddenin de uygulama alanı bulduğu 336 ve 337. maddelerde düzenlenen sorumluluk hallerinde, 340. madde hükmü gereğince ortaklara ve alacaklılara zaten dava hakkı tanınmıştır. O halde 340. maddenin, 309. maddenin de uygulanacağı yolundaki ifadesi nasıl yorumlanmalıdır?

Eğer sözü geçen ibare lafzen tefsir edilirse 340. maddenin, ortaklara ve alacaklılara ek bir dava hakkı tanıdığı sonucuna varılır. Bu yorum tarzında, 336 ve 337. maddelerin ortaklara ve alacaklılara verdiği dava hakkı herhangi bir kayıt ve şarta tabi olmayan bağımsız bir imkandır. Bunun yanında dolayısıyla zarar gören ortakların ve alacaklıların bir de ek dava hakkı vardır. Ortak veya alacaklı bunlardan dilediğini seçip kullanabilir³⁸.

³⁷ TK. 340/309. fsv. BK. 755; K.AESLİN 65; FRICK 194; MİMAROĞLU 115; FEHR 151; STEIGER (Çağa) 323/324; İMREGÜN. Anonim Ortaklıklar 250; BIGGEL 111; MEIER-WEHRLI 86; ayrıca bkz.: Aşağıda dpn. 42.

³⁸ Bkz.: MİMAROĞLU, J15; HELVACI 125 dpn. 399.

Buna karşılık ikinci yorum tarzında, Kanunun 340. maddedeki "de" iJasinin kasdi olmadığı, bu madde ile munzam bir dava hakkı verilmesi düşünölmeyip, 336 l'in ortaklara ve alacaklılara verdiği dava hakkının kullanılma şartJannın düzenlendiği söylenebilir. Bu yorum sonucunda ortaklar ve alacaklılar bir tek dava hakkına sahip olacaklardır 309. maddeye yapılan yollama sorumluluk davasının kullanılma şartları ve hükümlerinin bu maddeye tabi olduğunu belirtmek amacıyla yapılmıştır. Zaten, lafzi yorum yoluna gidilerek ortaklara ve alacaklılara munzam dava hakkı verilecek olursa, sorumlu yönetim kurulu üyeleri çifte tazminat ödemek zorunda kalabilirler. Çünkü, ortaklara ve alacaklılara uğradıkları zararı kendi adlarına talep hakkı verildiği takdirde yönetim kurulu üyeleri bir de asıl hak sahibi olan ortaklığa tazminat ödemek zorunda kalacaklardır. Mesela hakiki olmayan bilanço düzenlenmesi eğer hisse senetlerinin itibarideğerini düşürmüşse yönetim kurulu üyeleri ortakJara karşı da sorumludurlar³⁹. Bu halde ortaklara kendi adlarına ve tazminat kendilerine verilmek üzere dava hakkı tanınırsa, ortaklık da ayrıca kendi zararını isteyebileceği için yönetim kurulu üyeleri çifte tazminat ödemek zorunda kalacaklardır. Oysa ortaklığın zararının tazmini genellikle dolayısıyla zarar gören ortakların ve alacaklıların zararlarını ?a giderecektir. Öğreti bu ikinci yorum tarzını tercih etmekte*di*.J:40.

340. maddenin, açık hükmü gereğince, 309. maddenin uygulama alanı, yönetim kurulu üyelerinin 336 ve 337. maddelere göre sorumlu olduğu hallerdir. Bundan dolayı 336 ve 337. maddeler haricindeki diğer sorumluluk hallerinde 309. madde uygulama alanı bulamaz. Bu hallerde ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla dava açmaları mümkün değıldir. Mesela, 332, 334 ve 335'deki sorumluluk hallerinde durum böyledir. Kanaatımca, 340. maddenin bu sistemine rağmen 336 ve 337. maddeler haricindeki sorumluluk hallerinde de, 309. maddeye uygulama alanı tanımak yani dolayısıyla zarar gören ortaklara ve alacaklılara dava hakkı vermek mümkündür. Nitekim söz konusu sorumluluk halleri eğer 336. maddenin 5. bendinde koyduğu genel hükmün kapsamına giriyorsa, yani kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği bir görevin ihlali sayılabiliyorsa, ortaklara ve alacaklılara dava hakkı vermelidir. 332. maddenin koyduğu müzakerelere katılma yasağı, 334. maddedeki ortak-

³⁹ ARSLANLI 11 182.

⁴⁰ ARSLANLI il 182, 183; TANDOCAN, Üçüncü Şahsın Zararı 110; karşı: MİMAROCLU 115.

itkin işlem yapma yasağı, 335. mnddcdeki rekabet yasağı; 336. maddenin 5. bendi anlomında kanunun yönetim kurulu uyelerine yUklediği bir yU-kUmdür. Şayet bu hükUmlerin ihlali ortaklar ve alacaklıları dolayısıyla zarara uğratmışsa 340. maddenin atfi ile 309. madde gereğince ortaklar ve alacaklılar da dava açabilirler. Şüphesiz, 336 ve 337. maddeler haricinde kalan sorumluluk hallerinde, zarar verici fiil ortaklara ve alacaklılaradot-rudan doğruya zarar vermişse bu şahıslar tazminat kendilerine verilmek üzere dava açabileceklerdir⁴¹.

c. Şartlan

ca. Davanın konusu

Ortakların ve alacaklıların, dolayısıyla zarar gönneleri halinde açacakları dava 309. maddenin öngördüğü hükümlere tabidir. TK. 309• maddenin sistemine göre, dolayısıyla görülen zararlar nedeniyle açacakları davalarda *ortaklar* veya *alacaklar*, dava sonucunda hükmolunacak *tazminatın ortaklığa verilmesini talep edebilirler*^{42.43.43a}.

Ortaklar ve alacaklılar tarafından açılacak davanın konusu nedir? Dolayısıyla zarar gören ortak veya alacaklı sorumlu yönetim kurulu üyesinden neyi talep edecektir? Acaba ortak veya alacaklı sadece kendi hissesine düşen zarar mikdanni mı, yoksa ortaklığın gördüğü zararın tamamını mı talep edecektir?

⁴¹ Bkz.: Aşağıda 111.

⁴² İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 250; MİMAROCLU 115, 113; ÇAMOCLU, İbranin Sorumluluk Davalarına Etkisi 335. İsviçre hukukunda da tazminatın ortaklığa verilmesi talep olunmalıdır; FEHR 151; WILHELM 95; FRİCE 104; STEİGER (Çağa) 324; KAESLİN 65; SİMONİUS 32.

⁴³ Yargıtay Tic. D. 27.04.1971 N. 1692/3345 sayılı kararında bu ilkeyi: "Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine karşı münferit pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davalarında, hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesi istenmelidir. Aksi takdirde bu davanın görülmesi ve kabul edilmesi yasaya aykırıdır. Pay sahipleri ancak doğrudan doğruya gördükleri zararlar sebebiyle açtıkları davalarda tazminatın kendilerine verilmesini isteyebilirler." (Neşredilmemiştir) şeklinde ifade etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında (BGE 44 il 45, 59 il 456) bir ortaklığın ancak ortaklık tasfiye haline girdikten ve alacaklıların bütün hakları ödendikten sonra, hissesine düşen tazminat miktarını kendisine ödenmek üzere dava edebileceğini kabul etmiştir.

⁴³¹ Yargıtay, dolayısıyla zararlara dayalı sorumluluk davalarında davacının hükmolunacak tazminatın kendisine verilmesini istemesini davanın reddini gerektiren bir sebep saymamıştır. Özel Daireye göre bu takdirde davanın TK 340/309. madde uyarınca açıldığı kabul edilerek, hükmolunacak tazminatın şirkete verilmesine karar verilmelidir (Bkz.: Yarg. 11. HD 28.04.2005 t. E. 6220 K.4343; ERİŞ, İTK² m.336 s.2391).

Ar!;/anlı, kuruluştan doğan sorumluluk dolayısıyla verdiği izahatta ortağın veya alacaklının ortaklığın zararının tamamını isteyemeyeceği kanaatini savunmaktadır⁴⁴. Yazara göre, "davada mUdeabih şirketin dOçar olduğu zarara nisbetle davacının dolayısıyla gördÜğÜ zarardır; zira dava hakkı dolayısıyla görülen zarar sebebiyle tanınmış olduğundan tazminat talebi bilvasıta görülen zararın miktarını aşamaz." Kısaca her ortak dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla ancak kendi uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. *Arslanlı'nın* kuruluş sonrası göreve gelen yönetim **kurulu** üyelerinin sorumluluğu sebebiyle verdiği izahatta sarıh bir **fikir beyan** etmemekle beraber, şirketle ortakların ve alacaklıların dava hakları arasında alacaklı teselsülünü kabul etmesi⁴⁵ alacaklıların her birine tazminatın tamamını talep hakkı vereceğinden ve yazarın, "kuruluştan doğan mesuliyet konusunda ortağın veya alacaklının sadece kendi gördüğü zararı talep edeceğini savunmuş bulunduğunu" beyan eden ifadesinden, kuruluştan sonra seçilen⁴⁶, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda aynı kanaatte olmadığı sonucuna varılabilir. Buna karşı *Tandoğan*⁴⁷, haklı olarak ortakların ve alacaklıların, ortaklığın zararının tamamını talep edebilecekleri fikrindedir. Yazara göre, "Pay sahiplerinden ve alacaklılardan herbirinin dolayısıyla uğradığı zararın mikdanni, şirketin tasfiyesi sona ermedikçe tesbit çok müşkül, hatta imkansız olduğu gibi bu mikdar tesbit edilebilse bile, pay sahiplerinin ve alacaklıların hepsi ayn ayn hisselerine düşen mikdar için dava açmadıkça şirket mamelekindeki eksilmenin tamamının telafisi mümkün de değildir. Tazminat şirkete ödeneceğine göre pay sahiplerinden veya alacaklılardan birkaç tanesi dava açmayınca şirket mamelekindeki eksilme tamamen bertaraf edilmiş olmayacak ve diğer pay sahipleri ve alacaklılar dava açmış olmalarına rağmen bundan müteessir olacaklardır. Bu hal tarzı şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin, şirket mamelekinin eksilmemesindeki menfaatlerinin kabili taksim olmaması esasına da uygundur." *Domanıç* de⁴⁸ şayet davacıya sadece kendi zararının tazminini talep hakkı verilecek olursa, elde edilen meblağ ortaklığa verilerek zararını telafisine tahsis edileceği için, dava haklarının

⁴⁴ ARSLANLI I 83.

⁴⁵ ARSLANLI il 184, 186 N. 4.

⁴⁶ ARSLANLI il 187 dnp. 227.

⁴⁷ TANDOCAN, Üçilncil Şahsın Zararı 106.

⁴⁸ DOMANIÇ 55 dnp. 14.

birbirini izlemesi sonucunun doğacağını belirtmektedir. Yazar, dava teorisinde aranan meşru menfaat şartının burada da mevcut olduğunu belirterek davacının ortaklığın zararının tamamını talep etmesini uygun bulmaktadır. *Mimaroglu*⁴⁹, *Atanso* ve *Helvacı*^{50a} da ortak veya alacaklılar tarafından ortaklığın zararının tümünün talep edebileceği görüşüne katılırlar.

Kanımca ortaklar veya alacaklıların dolayısıyla zarar gören kişi sıfatıyla açacakları davalarda ortaklığın gördüğü zararın tamamını talep etmeleri gerekli, hatta zorunludur. Bu fikir AEM.'da da açıkca ifade olunmuştur. Nitekim, AEM.'da verilen izahatta "309. maddenin şirket alacaklılarına ve ortaklarına tanıdığı dava hakkı(nın) bunların şahıslarında uğradıkları zararlara karşılık olan tazminatı isteme hakkı değil, ancak şirketin uğradığı zararlarını karşılığı olan tazminatı istemek hakkı olduğu..."⁵¹ belirtilmektedir. Sonra, eğer ortağa veya ortaklık alacaklısına şirketin bütün zararını istemek hakkını vermezsek, davacı elde edeceği meblağı ortaklığa vereceği için bundan kendi dolayısıyla zararını tatmin hususundaki istifadesi çok cüzi olacak ve kendi zararının tümünü telafi için ortaklığın bütün zararı giderilinceye kadar birbirini izleyen davalar açmak zorunda kalacaktır. Yine doktrinde de belirtildiği gibi, ortağın veya alacaklının dolayısıyla uğradığı zararın tesbiti ve hesabı oldukça güçtür. Davacılara ortaklığın gördüğü zararın tamamını talep imkanı vermek bu güçlüğü de ortadan kaldıracaktır. Bundan başka, 309. madde tsviçre'den esinlenmiştir. Varılan bu sonuç İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin kabulüne amil olan düşüncelere de uygun bulunmaktadır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1936 yılında tadilatından önce hakim kanaat, ortaklara ve alacaklılara dolayısıyla zararlar sebebiyle dava hakkını ancak ortaklığın kendi zararını talep etmemesi halinde tanıyordu⁵². Ortaklık tarafından dava açılan hallerde ise ortağın veya alacaklının dava hakkı mevcut değildi. Diğer bir kısım yazarlar dolayısıyla zararlar konusunda ortaklara ve alacaklılara hiç dava hakkı tanımıyorlardı⁵³. Buna karşı Federal

⁴⁹ MİMAROĞLU 113.

⁵⁰ ATAN 46.

^{50a} HELVACI 130.

⁵¹ AEM. m. 309 s. 379.

⁵² Bkz.: FEHR 152; MEIER-WEHRLI 84; BIGGEL 116.

⁵³ MEIER-WEHRLI 83.

Mahkeme⁵⁴ A. Wieland'ın görüşlerine uygun olarak⁵⁵ dolayısıyla zarar gören ortaklar ve şirket alacaklılarına da ortaklığın yanında, alınacak tazminat ortaklığa ödenmek üzere zararın tamamını dava etmek imkanını tanımıştı. İşte Federal Mahkeme'nin bu uygulaması Borçlar Kanunu tadilânında konan 757. madde hükmüne kaynak teşkil etmiştir. Bugün İsviçre hukukunda da ortakların ve alacaklıların zararın tümünü dava edebileceği kabul edilmektedir⁵⁶.

Bu dava sonucunda alınan ilam davacı ortak tarafından icraya konabilir. TK. 309. madde yasanın davacıya üçüncü şahsın zararının tazmini talep hakkı verdiği istisnai hükümlerden birisidir. Usul hukuku açısından ise davacı (ortak ya da alacaklı) yasanın kendisine *davayı takip yetkisi* verdiği şahıstır^{56a}. Bu nedenle ilamda tazminatın şirkete verilmesine hükmolunsa da, ilamı icraya koyma hakkı (ve sıfatı) davanın tarafı olan ortağa veya alacaklıya aittir. Zira davayı takip hakkı icraya koyma yetkisini de içerir.

eh. Sıfat

Dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla dava açan ortakların ve alacaklıların bu sıfatları, gerek zararın doğumu gerekse dava açıldığı sırada bulunmalıdır⁵⁷. Ortak veya alacaklı sıfatının dava süresince muhafaza edilmesi de gereklidir. Davanın devamı sırasında ortak veya alacaklı sıfatı kaybedilirse dava düşer⁵⁸.

Doğrudan doğruya görülen zararlarda, davacının ortak veya alacaklı sıfatı dava açıldığı sırada arandığı gibi, kanaatimce davacıya ortaklıkla yöneticiler arasındaki akde dayanmak imkanı verildiği hallerde dava sonuna kadar devam etmelidir⁵⁹. Buna karşılık doğrudan doğruya zarar ortaklığın zararından tamamen bağımsız ve fakat ortak veya alacaklı sıfatı-

⁵⁴ BGE 44 II 45. Daha sonra aynı yolda: BGE 59 II 456.

⁵⁵ WIELAND, A.: ZSR 23,269 vd.; GLASSON 246,247; BIGGEL 111; MEIER-WEHRLI 84.

⁵⁶ Bkz.: ÇAMOÖLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 335 dpn. 42; MEIER-WEHRLI 87; SIMONIUS 31; BIGGEL 119; WIELAND II 138; SCHUCANY Art. 754 N. 1.

^{56a} Evrim ERİŞİR, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, 71 vd.

⁵⁷ BIGGEL 91; HOTZ 203 N. 122; FELBER 74 N. 15.

⁵⁸ ARSLANLI II 187; PIC II 262 N. 1575; MEIER-WEHRLI 55.

⁵⁹ Aksi kanı: ARSLANLI II 187 N. 5; PIC 11227 N. 12.

nın bir sonucu olarak görülmüşse, bu sıfatların dava açıldığı sırada bulunması yeterlidir.

cc. Ortakların ve Ortaklık Alacaklılarının Davaları Arasındaki Farklılıklar

Alacaklıların ve ortakların dolayısıyla zarar gören şahıs sı.f.a?ıyla açacakları davalar kural olarak aynı şartlara ve hükümlere tabidir. Ancak mevzuatta ve doktrinde alacaklıların dava hakkını ortakların dava hakkından farklı bazı hükümlere tabi tutmak eğilimi gözlemlenmektedir-60.

Gerçekten yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerde, alacaklılara dava hakkının tanınması belki normal görünmeyebilir. Çünkü yöneticilerin yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde sorumlulukları sözleşme bağı ile bağılı oldukları ortaklığa karşı olmalıdır. Şayet yöneticiler, ortaklıkla alacaklılar arasındaki akdi ihlal etmişlerse, bu ihlalin sonucu do?rudan doğruya ortaklığa raci olacağı için alacaklının ortaklığa karşı akdın ihlali sebebiyle doğrudan doğruya bir talep hakkı doğacaktır. Eğer Y?netim kurulu üyesi bu sıfatla ortaklık işlerini görürken alacaklılara karşı bır haksız fiil ika etmişse, TK. 321. V gereğince bundan dolayı yönetim kurulu üyeleriyle birlikte ortaklık da sorumlu olacaktır. Bundan dolayı kanunun kabul ettiği bu imkanlar alacaklıların haklarını korumada yeterli görülerek başka hak tanınmaması düşünülebilir. Fakat kanun koyucular sözü geçen imkanlar yanında alacaklılara da, dolayısıyla gördükleri zararlar sebebiyle dava açma hakkı vererek onların menfaatlerini ziyadesiyle korunmağa değer gördüklerini göstermişlerdir. Mamafih alacaklılara verilen bu dava hakkının bazı sınırlamalara tabi tutulduğu da görülmektedir.

İsv. BK. 758. maddeye göre, ortaklık *alacaklıları ancak ortaklığın iflas etmesi halinde* dava açabilirler. Ortaklığın iflası halinde ise dava hakkı iflas idaresine ait olacağı için alacaklılara dolayısıyla zararları sebebiyle dava hakkı tanınması İsviçre sisteminde büyük pratik önem taşımamaktadır. Bu nedenle alacaklılara verilen dava hakkı sadece konkordato yapılması halinde pratik fayda sağlayabili?62.

60 İflasdaki farklılık için bkz. Aşağıda 4.

61 FEHR 155, 156; BGE 49 il 244, 62 il 189.

62 Ancak iflas idaresinin bu davayı açmaya değer gönmemesi halinde, İsv. İLK. (SchKG) 260. maddesi gereğince, talep üzerine alacaklılardan birisine devretmesi mtimkiindUr. Ayrıntılı bilgi için bkz.: KAESLİN 65; WILHELM 152 vd.; MEIER-WEHLİ 99 vd. Aynı imkan Tiirk hukukunda da vardır: 11K. 245.

Alman hukukunda da alacaklıların dava hakkı sınırlıdır-63. Alm. **POK**. § 93'e göre, alacaklılar kaide olarak haklarını anonim ortaklıktan talep etmelidirler. Ancak alacağın ortaklıktan talebini yöneticilere karşı kullanabilirler. Bu hak ancak yöneticilerin görevlerini ihlal etmelerinde ağır kusurları bulunması halinde söz konusu olabilir. Alacaklıların önce ortaklık aleyhine takibe girişmeleri şart olmayıp alacaklarını ortaklıktan tahsil etme imkanının bulunmadığını isbat etmeleri yeterli görülmektedir. Bu halde ortaklığın ve alacaklıların talep hakları yanyana görülür-64.

Türk hukukunda, alacaklıların dava açabilmeleri ortakların dava hakkından farklı şartlara tabi tutulmamış ve dava şartı olarak ortaklığın iflas etmiş bulunması aranmamıştır. Doktrinde alacaklıların dava haklarının sınırlandırılması konusunda bazı fikirler ileri sürüldüğünü görüyoruz. *Tandoğan*⁶⁵, alacaklıların dava hakkının fiilen ortaklığın iflası şartı ile sınırlı bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş yazarın dolayısıyla zarar kavramı konusundaki kanısının zorunlu bir sonucudur. Nitekim yazara göre ortaklığın iflasından önce alacaklıların dolayısıyla zararının tesbiti müşküldür. Dolayısıyla zarar kavramı konusundaki görüşümü yukarıda açıklamış ve dolayısıyla zararın tesbiti için ortaklığın iflasının zorunlu olmadığını belirtmişim⁶⁶. Bu nedenle kanımca, alacaklıların dolayısıyla zararları nedeniyle dava açmaları açısından ortaklığın iflas etmiş olması bir ön şart oluşturmamaktadır.

Doktrinde alacaklıların dava hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili bir başka görüşe daha rastlıyoruz. *Arslanlı*'ya göre, alacaklıların dolayısıyla gördükleri zararlarla, ortaklığın zararı arasında pay sahiplerine oranla daha sıkı bir bağlantı aranmalıdır. Şayet "336. madde gereğince şirketi izrar eden muamele sırf iç münasebet bakımından ehemmiyet taşıyor ve zarar yalnız şeriklere inikâs etmiş bulunuyorsa, şirket alacaklıları dava hakkını haiz olmamak lazımdır, mesela idare meclisi azası gereken defterleri tutmamış ve bundan şirket zarar görmüşse, yalnız şirket veya pay sahipleri

⁶³ Alman hukukunda ortaklara, yönetim kurulu üyelerine karşı özel bir sorumluluk davası açmak imkanı tanınmamıştır. Bkz.: Yukarıda dpn. 1.

⁶⁴ **WÜRDINGER** 125; **GADOW/SCHILLING** § 84 N. 39; **BAUMBACH/HUECK** § 93 N. 15; **GODIN/WILHELMİ** § 93 N. 29; **GIERKE** 343.

⁶⁵ **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 111 dpn. 128.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yukarıda 2, aa ve özelliğe dpn. 34 ile ilgili metin.

dava hakkını haiz olabilir"⁶⁷. Yazara göre, Alman hukukunda olduğu gibi, alacaklıların dolayısıyla gördüğü zararı ortaklığın karşılaması mümkün olduğu sürece, alacaklıya yönetim kuruluna karşı dava hakkı tanınmamalıdır.

Kanımca, *Arslanlı'nın*, alacaklıların dava hakkını sınırlamak konusundaki bu önerileri Ticaret Kanunumuzun hükümleri karşısında "*de lege ferenda*," niteliği taşıyan tekliflerdir. Yazarın verdiği örnekler teker teker elle alınacak olursa bu hallerde ortaklık alacaklılarının zaten dolayısıyla zarar gönnesinin söz konusu olamayacağı görülür⁶⁸. Bu hallerden, zarar verici fiilin sırf iç ilişkide kalıp zararın yalnız ortaklara yansması halinde (şayet fiil ortaklık malvarlığında alacaklıların zararını gerektirecek bir azalmaya sebep olmamışsa) ortaklık alacaklılarının hiç zararı yoktur; şu halde bugünkü sistemimizde dava hakları da mevcut değildir⁶⁹. Bir kısmında ise alacaklılar doğrudan doğruya zarar görmüşlerdir ve bu sıfatla tazminat talep etmektedirler¹⁰. Şu halde kanımca, Türk hukukunda alacaklıların ve ortakların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları davaların aynı şartlara tabi bulunduğu sonucuna varılmak gerekir^{70a}.

3. Dolayısıyla Görülen Zararlar Sebebiyle Açılan Davanın Mahiyeti

Ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açtıkları davalardan elde edecekleri tazminatı ortaklığa vermeleri gerektiği için dava haklarının mahiyetinin ne olduğu, diğer bir söyleyişle davaların ne sıfatla açıldığı tartışılabilir.

Ortaklar ve alacaklılar kendi namlarına, fakat ortaklık hesabına dava açarlar. Diğer bir söyleyişle davada, hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesi istenmektedir. Doktrinde *Domanıç*¹¹ alınacak tazminat ortaklığa ve-

⁶⁷ ARSLANLI il 188.

⁶⁸ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı 111 dpn. 128.

⁶⁹ ARSLANLI il 187'de, 336 ve sair bazı maddelerde (TK. 308, 433), bir zarar veya zarar tehlikesi bulunmasa dahi, yöneticileri sorumlu tuttuğu için, sözü geçen misali vermiş olabilir. Biz, ortaklık alacaklılarının (ve ortakların) dava hakkını behemahal doğrudan doğruya veya dolayısıyla görülen bir zararın varlığına bağlıyoruz. Bkz. § 10 il, III.

⁷⁰ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı 111.

^{70a} HELVACI aynı sonucu farklı gerekçe ile savunmaktadır (S. 132).

⁷¹ DOMANIÇ 52/54.

tilceği için davanın asil sıfatıyla veya ortaklığın halefi sıfatıyla açılmış sayılamayacağını söylemektedir. Yazara göre ortakların ve alacaklıların dava da kendi namlarına hareket etmeleri vekil veya mümessil sayılmalarına da engeldir. Arada bir komisyon ilişkisinden de söz edilemeyeceğini kanıtlayan yazar, bu ilişkiyi *sui generis bir temsil* olarak nitelendirir. Kanımca alacaklıların ve pay sahiplerinin açtıktan dava kanunun tanıdığı özel bir imkana dayanmaktadır⁷². Kanun, dolayısıyla gördükleri zararlar için ortaklara ve alacaklılara bu sıfatla dava hakkı tanımıştır. Diğer bir söyleyişle, ortaklar ve alacaklılar bu davayı *şirket ortağı* veya *alacaklısı sıfatıyla* açmaktadırlar⁷³. Ortakların ve alacaklıların davası, ortaklığın davasından bağımsız bir davadır ve dava ortak veya alacaklı tarafından *asil* sıfatıyla açılmaktadır⁷⁴. Hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesi bu sonucu etkilemez.

4. Ortaklığın İflası Halinde Dava Haklarının Durumu

Anonim ortaklığın iflası halinde ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı kullanılabileceği dava hakkı gibi, TK. 309. II gereğince, *ortakların ve alacaklıların* dolayısıyla zararlara dayanan dava hakları da *iflas idaresine geçer*. Ortaklığın ortakların ve alacaklıların talepleri iflas idaresi tarafından kullanılır. İflas idaresinin ortaklar ve alacaklılar açısından zorunlu temsilci niteliği taşıdığı söylenebilir^{74a}. Yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılıp açılmayacağına ve gereğinde yöneticilerle sulh olunmasına veya talep haklarından feragat edilmesine masa karar verecektir. İflas sürecinde bu konuda karar verme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısına aittir. İflas masası alacaklılardan oluşur; pay sahipleri iflas masasına dahil değildir. Pay sahiplerinin iflas idaresinin kararlarına tesir etmek ve iflas prosedürüne katılmak imkanları da yoktur^{74b}. Sadece tasfiye bakiyesi müsbet olduğu takdirde ortakların bu bakiye üzerinde bir talep hakları mevcuttur. Çünkü ortaklığın iflası halinde önce alacaklıların tatmin edilmesi esastır; eğer bir bakiye kalırsa ortaklar bunun üzerinde hak sahibi olacaklardır⁷⁵.

⁷² Bkz.: MÜLLER/ERZBACH 269.

⁷³ ARSLANLI il 187 N. 5, kenar başlığına bkz.

⁷⁴ Karş.: ANSAY, Anonim Şirketler 130; DOMANIÇ, 54.

^{74a} MEIER-WEHRLI 96.

^{74b} FEHR 152; MEIER-WEHRLI 102.

⁷⁵ FEHR 152; HENGELER 50.

TK. 309 II, bu hususta 11K. 245. maddenin uygulama alanı bulacağı hükmünü koymuştur. 11K. 245. maddeye göre alacaklılardan biri iflas masasının takibe değer gönmediği alacakların, kendisine devrini isteyebilir ve bu surette takip sonucunda elde edeceği meblağdan kendi alacağını öncelikle almak imkanını kazanır. Burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Ortaklar şirketin iflas masasına dahil olmadıklarına göre, acaba Türk hukukunda 11K. 245. maddedeki imkan TK. 309 il ile özel olarak ortaklara da mı tanımak istenmiştir?

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 756 II maddesi gereğince, *ortaklık alacaklıları ve pay sahipleri* dolayısıyla görülen zararlarla ilgili dava haklarından, iflas idaresinin kullanmaktan sarfınazar ettiği taleplerin kendilerine devrini isteyebilirler. Elde edilen meblağ 756 il maddenin atıf yaptığı İsv. 11K. 260. maddesi (Türk 11K. 245. maddeyi karşılar) gereğince takip masraflarına ve kendisine temlik edilen alacaklıya tahsis olunur ve artanı masaya verilir. Eğer hem alacaklılardan hem de pay sahiplerinden temlik talebi gelmişse, ortaklık alacaklılarının haklarına öncelik verilir, onlar tatmin olmadıkça pay sahipleri bir şey alamazlar⁷⁶. Görülüyor ki İsv. BK. 756 II ile alacaklılar gibi pay sahiplerine de masanın takibe değer görmediği alacakların kendilerine temlikini talep hakkı sarahaten verilmiştir. Halbuki TK. 309 II pay sahiplerinden bahsetmeksizin 11K. 245. maddeye genel bir yollama yapmaktadır. Bu sebeple pay sahiplerinin 11K. 245. maddeden istifade edip edemeyecekleri Türk hukukunda şüpheyile karşılanmaktadır⁷⁷. TK. 309 II'nin 1. cümlesinin pay sahipleri ve alacaklıların dava haklarının iflas halinde iflas idaresine ait olduğunu belirtip hemen 2. cümlesinde, 11K'nun 245. maddesine atıf yapması göz önünde tutularak, aynı imkanın pay sahiplerine de verildiği düşünülebilir. *Kanımca* pay sahipleri TK. 309 'n'ye dayanarak iflas idaresinden takibe değer görülmeyen dava haklarının 11K. 245 gereğince kendilerine devrini talep edemezler. TK. 309 II'nin 11K. 245 maddesine yaptığı yollama yalnız alacaklıları kapsar. Pay sahipleri iflas masasına dahil değildir. Onların masadan isteyebilecekleri tek şey, bütün alacaklılar tatmin olunduktan sonra geriye bir şey kalırsa, bu bakiyenin kendilerine verilmesidir. Hatırlanacağı gibi,

⁷⁶ SCHUCANY Art. 756, s. 207; FEHR 154.

⁷⁷ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı 104'de, TK. 309. maddenin kaleme alınış şeklini isabetli bulmakta olduğuna göre, yazarın pay sahiplerine 11K. 245 gereğince takip edilmeyen alacakların kendilerine temlikini talep hakkını tanımadığı sonucuna varılmak gerekir.

dolayısıyla zararlara dayanan davada hükmolunacak tazminat ortaklığa verilir; ortaklar (ve alacaklılar) ancak doğrudan doğruya gördükleri zararlar nedeniyle tazminat kendilerine ödenmek üzere dava açabilirler. Davanın asıl amacı ortaklığın uğradığı zararın giderilmesidir. Şu halde ortaklık sona erdiği hallerde, ortakların bu tür dava haklarının da ortadan kalktığı sonucuna varmak gerekir⁷⁸. Pay sahibinin 11K. 245ten yararlanarak talep haklarını devralabileceği sonucuna varılsa bile, ortak, açacağı davada hükmolunacak tazminatın bu kere masaya verilmesini istemek zorundadır. Böyle bir davayı açmakta ortak açısından hiçbir menfaat bulunmadığı ise açıktır. Pay sahibinin iflas idaresinden, kendi hesabına tazminat istemek üzere dava hakkının devrini talep etmesi ise, pay sahibi niteliği ile bağdaşmaz. Bu imkan alacaklı sıfatının yasal sonucudur. İsviçre hukukunda alacaklılar yanında ortaklara da İsv. 11K. 260 (11K. 245) gereğince talep haklarının devrini istemek imkanını tanıyan BK. 756 II hükmü tenkit edilmekte ve delege ferenda Kanundan çıkarılması temenni olunmaktadır⁷⁹. Sonuç olarak diyebiliriz ki, Türk hukukunda ortaklar, TK. 309 II hükmü gereğince, masa tarafından kullanmaya değer görülmemeyen sorumluluk davası haklarının devrini isteyemezler; yukarıda açıklanan gerekçeler bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır.

5. Ortakların ve Alacaklıların Davasının Hukuki Kaynağı (Dayanağı)

Ortaklık alacaklıları ve ortaklar ile yönetim kurulu üyeleri arasında bir akdi bağlantı bulunmadığına göre, alacaklıların ve ortakların yönetim kurulu üyelerine karşı talepleri akit dışı bir kaynaktan mı doğmaktadır? Gerçekten ortaklar ve alacaklılar dolayısıyla gördükleri zararın tazmini hususunda açacakları davalarda, ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki akde nazaran üçüncü kişi durumundadırlar. Bu halin üçüncü şahsın zararının tazmininin kanun tarafından açıkça öngörüldüğü istisnalarından birisi olduğuna yukarıda işaret etmişim.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller incelenirse bunların çoğunun unsurları itibariyle birer haksız fiil teşkil ettiği sonucuna varılabilir. Mesela, gerçek olmayan kar dağıtımı⁸⁰ hukuken korun-

⁷⁸ MEIER-WEHRLİ 103, 104.

⁷⁹ FEHR 153, 154; MEIER-WEHRLİ 104, 106.

⁸⁰ Fransız hukukunda da haksız fiil olarak nitelendirilir (PIC il 686 N. 1196).

mağa değer bir menfaati koruyan bir hüküm niteliğini taşıdığı; ortaklık defterlerinin gereği gibi tutulmaması kamusal bir yükümün ihlalini teşkil ettiği için haksız fiil sayılabilecektir⁸¹. Yine bunun gibi üçüncü şahısları korumak amacı ile konmuş bulunan hükümlere, mesela esas sermayenin korunması ile ilgili kurallara aykırı hareket edilmesi, azaltma işlemlerine uyulmadan hisselerin iadesi⁸² halinde de bir haksız fiil söz konusu olabilir. 339. maddede düzenlenen ortaklık yöneticilerinin ortaklığın durumu hakkında yanlış kanı uyandıracak desiseler kullanmaları veya açıklamalarda bulunmalarının gayri ahlaki fiiller olmaları sebebiyle haksız fiil niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir⁸³.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerin unsurları yönünden birer haksız fiil teşkil ettiği tesbit edilmekle beraber, ortakların ve alacaklıların açacakları davalardaki hukuki dayanağın ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde *ortakların*⁸⁴ ve *alacaklıların*⁸⁵ dolayısıyla zarara dayanan davalarda *sözleşmeye aykırılığa* dayanabilecekleri görüşü hakimdir⁸⁶. İsviçre hukukunda anonim şirket ortak-

⁸¹ ARSLANLI 171.

⁸² STEİGER (Çağa) 322.

⁸³ STEİGER (Çağa) 325; TANDO(AN, Üçüncü Şahsın Zararı 99; ARSLANLI il 190. TK. 339. maddede öngörülen hal bir haksız fiil teşkil etmekle beraber, burada ortakların ve alacaklıların dolayısıyla gördükleri bir zarar söz konusu olmayıp *do[rudan do[ruya u[ranılan bir zarar vardır*: Buna rağmen ortaklar veya alacaklılar açacakları davada ortaklıkla yöneticiler arasındaki sözleşmenin ihlaline dayanabilirler. Bkz.: III.

⁸⁴ BIGGEL 32, 34; TUHR (Edege) II 622; GLASSON 77 vd.; FRICK 225; SIMONIUS 32; TANDO(AN, Üçüncü Şahsın Zararı 115; GUHL 582; KAESLİN 51; SCHULZ-DORNBURG 105; MEIER-WEHRLİ (s. 72) haksız fiil sorumluluğu olduğu kanısındadır. MİMARO(LU (s. 106) sorumluluk konusuna göre ayının yapmaktadır. ATAN (s. 17) kanun 1 sorumlu I u k görüşünü savunur. F r a n s ı z h u k u k u n d a dava hakkının kaynağı haksız fiil sorumluluğudur (Bkz.: WILHELM 126; ROBLLOT 694 N. 1369).

⁸⁵ FUNK Art. 754 N. 1; v. TUHR (Edege) il 622; HENGGELE 35; MEYER 86; SCHLUEP 90. Buna karşı FEHR (s. 184); GUHL (s. 583); MENNINGER (s. 213) ve MEIER-WEHRLİ (s. 70, 77) alacaklıların dolayısıyla zarara dayanan dava haklarını h a k s ı z fi i l sorumluluğuna dayandırır. WIELAND (II 141) alacaklıların dava hakkının hukuki dayanağını "kanun" dağörür. Ancak isbat yükü yönünden bu davayı ortaklığın davası ile eşit tutar. Yani yazara göre, alacaklıların davasında da kusursuzluğun isbatı yönetim kurulu üyelerine düşer. BIGGEL (s. 39) dolayısıyla zararlardan doğan davayı haksız fiile dayandırmasına rağmen, doğrudan doğruya zarara ilişkin davayı akdi nitelikte saymaktadır (s. 43). F r a n s ı z h u k u k u n d a alacaklıların dava hakkının kaynağı haksız fiil olarak kabul edilmektedir (Bkz.: WILHELM 126 vd.; ROBLLOT 694 N. 1369).

⁸⁶ Belirtelim ki, doktrin bu konuda ortaklarla alacaklılar arasında fark gözetmektedir. Ortaklar için daha büyük bir çoğunluk tarafından savunulan sözleşmeye aykırılık görüşü alacaklılar yönünden daha az taraftar bulmuştur. Bkz.: ve karşı. dpn. 84, 85.

larının ve alacaklıların taraf olmadıkları bir akde dayanabilmeleri UçUncO şahsın zararının tazmininin öngörüldüğü bir hal sayılmaktadır⁸⁷. Bu çözüm tarzının kabulünde, ortakları ve alacaklıları sözleşmeye aykırılığa dayanmanın faydalarından yararlandırmak pratik düşüncelerinin önemli rol oynadığını belirtmek gerekir⁸⁸.

AEM'da⁸⁹dava hakkının "şirkete ve üçüncü kişilere karşı" akdt sebebe dayandığı açıklanmaktadır. Kullanılan "üçüncü kişiler" terimini en dar şekilde yorumlasak dahi ortakları ve alacaklıları bu terimin dışında bırakmaya imkan yoktur. Bundan dolayı, Türk kanun koyucusunun da, ortaklara ve alacaklılara akde dayanan bir dava hakkı vermek iradesini taşıdığını böylece tesbit etmek mümkün olmaktadır. Sonuç olarak, *ortakların ve alacaklıların* dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla *açtıkları davaların akde dayanan bir dava olduğunun kabulü gerekmektedir.*

6. Dolayısıyla Zararlara Dayanan Dava Hakkının Pratik Önemi Hakkında Düşünceler

Ortaklara ve alacaklılara tanınmış olan dolayısıyla zararlara ilişkin davanın pratik öneminin ne olduğu düşünülebilir. Gördük ki, bu davada davacı, tazminatın kendisine verilmesini isteyememekte, ancak ortaklığa ödenmesini talep edebilmektedir. Buna karşılık davanın kaybedilmesi halinde dava masrafları ve vekalet ücretini yüklenmek rizikosu kendi üzerindedir. Bu durumun, ortaklar ve alacaklılar yönünden davanın cazibesini azalttığı şüphesizdir^{89a}. Ortaklar tarafından açılan davalar *Amerikan hukukunda* geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Zira, Amerikan hukukunda avukatlık ücreti, yapılan anlaşma ile davanın kazanılması şartına bağlanabilmekte ve hükmolunacak miktarın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilmektedir. HUMK'da 02.05.2001 t. ve 4667 s. **Kanun**'la yapılan değişiklikle bu imkan Türk hukukuna da getirilmiştir (**HUMK. 164 II**) Ancak ABD hukukunda davanın kaybedilmesi halinde dava masraflarının ve karşı tarafın avukatlık ücretinin yüklenilmesi zo-

⁸⁷ GLASSON 77 vd.; bkz. BGE 14. 693; 24 il 718; 46 il 455.

⁸⁸ PERREGAUX 109; PETITPIERRE 84.

⁸⁹ AEM. m. 224, s. 376.

^{39a} Bkz.: GROSSFELD 303; ANSAY Minderheitenschutz 12.

runluğu yoktur^{89b}. Bu ikinci imkan Türk usul hukukunda mevcut değildir. Görüldüğü gibi Türk hukukunda da ortaklar tarafından açılacak davalan cazip hale getirebilmek için dava masrafları ve vekalet ücreti sorununa bir çözüm bulmak gereği vardır^{89c}. Bu konuda *İngiltere'de* uygulanan ve^{89d} say tarafından^{89d} Türk hukuku için önerilen sistemden yararlanılabilir: *Ortak veya alacaklı* dava açılması istemi ile Ticaret Bakanlığı'na başvurmalı, talebi inceledikten sonra gerekli görürse dava Bakanlıkça açılmalıdır. Kanımca bu davada ortaklarla aynı güçlükleri paylaşan alacaklılar da sözü geçen imkandan yararlanabilmelidir.

Ortaklar ve alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davalan^{89e} karşılaşılan önemli bir engel de, davacıların bu davayı açıp yürütmek için gerekli bilgi kaynaklarından yoksun olmalarıdır. Bu açıdan ortaklar; alacaklılara nazaran daha fazla imkana sahiptirler. Zira ortakların sınırlı da olsa bilgi alma imkanları^{89e} mevcuttur (TK. 362, 363; tsv. BK. 697). Buna karşılık, davanın açılıp yürütülmesi için gerekli mali güç ve deneyim açısından alacaklılar daha donanımlı durumdadırlar.

Sonuç olarak denebilir ki, dolayısıyla zararlara dayanan sorumluluk davası bugünkü düzenlemede pratik engeller nedeniyle ortaklar yönünden çekici değildir. Buna karşılık kanımca, alacaklılar için halen kullanılmaya değer bir imkan teşkil etmektedir. Tazminat ortaklığa verilmek üzere açılması zorunluğu, bu davanın alacaklılar açısından önemini ortadan kaldırmamaktadır. Açtığı davada lehte hüküm alan alacaklı, ortaklığa ait olan bu tazminat alacağını İLK. 89. madde uyarınca haczettirmek imkanına sahiptir. Ortaklığa ödenen veya ortaklık adına icra veznesine yatırılan meblağların da alacaklılar tarafından haczettirilmesi mümkündür^{89f}. Nihayet

^{89b} PFLÜGER 29 vd.; ANSAY, Konsantrasyon 384; GROSSFELD 266 vd.

^{89c} Aynı soruna Alman hukuku için çözüm arayan GROSSFELD, bu hususta adli yardıma başvurulmasını veya mahkemenin dava masrafları ile avukatlık ücretini ortaklığa yüklemesini önermektedir (s. 305/307). Ayrıca bkz.: PFLÜGER 45 vd. Bu önerilerin Alman ve Türk usul hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığı açıktır.

^{89d} ANSAY, Minderheitenschutz 13; Konsantrasyon 388; İngiliz sistemindeki bu özel <live "representative sui" hak.kında ayrıntılı bilgi için bkz.: PFLÜGER 18 vd.

^{89e} Ayrıntılı bilgi için bkz.: EBENROTH, C. - Th., Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, Bielefeld 1970, 24 vd.; İMREGÜN, Anonim Ortaklık 306 vd.; BÖRGİ Art. 697 N. 7 vd.; STEIGER (Çağa) 314; ANSAY Konsantrasyon 387.

^{89f} Alacaklıların dolayısıyla zararlara dayanan bir dava açabilmeleri için, ortaklığın iflâs etmesine gerek bulunmadığını hatırlamak isterim. Bkz.: Yukarıda: 2.

1'(-lirimck isterim ki, ortakları sınırlı sorumlu şirketlerde, yöneticiler aleyhinc 2orumluluk davası, alacaklıların korunmasında önemli bir (hatta ço- 3u ·kere tek) araç olarak karşımıza çıkmaktadır89&.

m. DOĞRUDAN DOĞRUYA GÖRÜLEN ZARARLARDA ORTAKLARIN VE ALACAKLILARIN DAVA HAKKI

1. Kavram

Zarar, tazminat davalarının temel öğelerinden birisidir. Maddi zarar olmayan hallerde sorumluluktan söz edilemez89h.

Zararın varlığını ve miktarını kanıtlama yükü davacıdadır.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri ortaklara ve alacaklılara ver-
clikleri doğrudan doğruya zararlardan da sorumlu tutulmuşlardır⁹⁰, ⁹¹. Yö-
netim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TK. 336 ve 341. mad-
deleri ortakların ve alacaklıların doğrudan doğruya zararlara dayanan so-
rumluluk davalarını da kapsamaktadır⁹².

Doğrudan doğruya zarar, ortakların veya alacaklıların yönetim kuru-
lu üyelerinin fiilleri sonucunda ortaklığın zararından bağımsız olarak uğ-
radıkları zararlardır. Halin büyük ekseriyetinde yönetim kurulu üyelerinin
zarar verici fiillerinden zarar gören bizzat anonim ortaklığın kendisidir.

⁸⁹ ÇAMOĞLU, Alacaklıların Korunması 143 vd.

^{89h} *Yargıtay*, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, vergi dairesine pişmanlık zammı ödemeyerek şirketi za-
rara uğrattıkları savı ile açılan sorumluluk davasında , yönetim kurulu üyeleri bu parayı şirketin da-
ha acil ve zorunlu işlerinde kullandıklarını böylece şirkete yarar sağladıklarını kanıtladıkları takdir-
de bir zarardan söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır (Bkz: *Yarg.* 11. HD. 07.05.2007 t. E. 4393 K.
6959: *ERİŞ*, TTK² m. 336 s. 3407).

⁹⁰ l s v i ç r e h u k u k u n d a da kendilerine verilen görevleri gereği gibi yerine getirmeyen yönetim
kurulu üyeleri, dolayısıyla zararlar nedeniyle olduğu gibi, doğrudan doğruya zararlar sebebiyle de
sorumludurlar (Bkz.: **GLASSON** 233 vd.; **SCHUCANY** Art. 754 N. 2).

⁹¹ *Yargıtay Tic. D.* 28.06.1957, N. 1966/1661 kararında "...kura ile evlerin tesbiti selahiyeti şirket esas
mukavelesi ile idare meclisine verilmiş olup idare meclisinin bu husustaki kararı... nihai mahiyette bu-
lunması sebebiyle derhal infazı mümkün bulunduğundan idare meclisinin selahiyetini istimal sırasın-
da yapmış olduğu ve yolsuzluklardan zarar gördüğünü iddia edenlerin d o ğ r u d a n d o ğ r u Y a
dava haklarının mevcudiyetinin kabulü iktiza eder" demektedir.

⁹² **TANDOCAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 112 dpn. 133; **ÇAMOĞLU**, İbra Kararının Sorumluluk
Davasına Etkisi 342; **ANSAY**, Anonim Şirketler 130.

⁹³ **MEIER-WEHRL** 1 51.

Ortaklık işlerinde gerekli özenin gösterilmemesi, örneğin elverişsiz piyasa şartlarında çok riskli yatırımlara, dalgalı pazarlarda uzun vadeli yüklenimlere girilmesi, lüzumsuz ve faydasız yatırımlarda bulunulması, defter tutma kurallarının ihlali gibi, bilanço ve hesapların denetimini olanaksız kılan hallerde doğrudan doğruya zarar gören ortaklıktır⁹³. Ortaklığın bir zarar görmüş olması veya olmaması ortaklar veya alacaklılar yönünden doğrudan doğruya zarar kavramının tavsifinde önem taşımaz. Hatta yöneticilerin alacaklılara zarar veren davranışı, sonuçta ortaklığın yararına da olabilir: Örneğin, yöneticilerin şirketin gerçek bir borç için verdiği bonoyu bilinçli olarak ödemeyip zaman kazanmak amacıyla menfi tespit davası açmaları örneğinde, dava sürecinde şirketin (mesela şirketin iflas etmesi veya benzeri bir sebeple) senedi ödeme gücünü yitirmesi halinde alacaklıların gördüğü *doğrudan doğruya bir zarar* vardır. Doğrudan veya dolaylı zarar kavramlarının ayırımında uygulanacak formül şudur: Eylemin şirkete verdiği (doğrudan) zarar giderildiğinde ortakların ve alacaklıların zararı da ortadan kalkıyorsa, burada ortaklar ve alacaklılar açısından bir dolaylı zarar vardır. Ancak, ortakların veya alacaklıların zararının ortak ya da alacaklı sıfatının bir sonucu olması gerekir⁹³. İşte doğrudan doğruya zararın herhangi bir üçüncü kişiye verilen zarardan farkı burada görülür. Ortaklık bir zarar görmese dahi yönetim kurulu üyelerinin bazı fiilleri veya ihmalleri, doğrudan doğruya ortakların veya alacaklıların özel mal varlığı çerçevesinde bir zarar doğurabilir⁹⁴. *Ortakların doğrudan doğruya zararlarına* örnek olarak, bilançoya hakim olan kuralların ihlali sonucunda ortaklık hiç zarar görmeksizin veya ortaklığın zararı yanında pay sahibine munzam zarar verilmiş olması, mesela ortağın bilançonun doğruluğuna inanarak pay sahibi olması⁹⁵ veya paylarını elden çıkarması, sermaye artırımında pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının ihlal edilmesi⁹⁶, ortağın TK. 407-408. maddelere aykırı olarak alacaklık haklarından yoksun bırakılması (ıskat)⁹⁷, sermaye payına uygun temettü hissesi

⁹³ a **WIELAND** II 193; **HELVACI** 152.

⁹⁴ **MEIER-WEHRU** 52; **ÇAMO(;LU**, İbra Kararının Sorumluluk Davalarına Etkisi 343.

⁹⁵ **KAESLİN** 66; **ARSLANLI** II 166; **BİGGEL** 43.

⁹⁶ **FEHR** 151; **STEİGER** (Çağa) 325; **KAESLİN** 48; **TANDOÛAN**, ÜçÜncü Şahsın Zaran 112dpn. 132.

⁹⁷ **MEIER-WEHRLI** 52.

ödenmemesi⁹⁸, yine bilançodaki yanlış kayıtlar veya genel kuruldaki yanıltıcı beyanlar nedeniyle ortağın çok yüksek bedelle yeni paylar almaya sevk edilmesi⁹⁹, ⁹⁹⁸, bir ortağın genel kurula katılmasına haksız olarak engel olunması¹⁰⁰ gösterilmektedir.

Alacaklıların doğrudan doğruya zararlarına örnek olarak; bilançonun doğruluğuna güvenerek ¹⁰¹ veya ortaklığın mali durumu hakkında yönetim kurulu üyelerince kasden verilen yanıltıcı bilgiler üzerine ortaklığa kredi açmaları¹⁰² gösterilmektedir. Özellikle alacaklıları korumak amacıyla konmuş hükümlerin ihlali sonucunda alacaklılara doğrudan verilen zararlara misal olarak ise, sermaye azaltılmasında önce alacaklıları tatmin etmeden veya alacaklarını teminat altına almadan azaltmayı gerçekleştirmek örneği verilmektedir¹⁰³. Kanımca TK. 339'da düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın durumu hakkında yanlış kanı uyandıracak de-siseler kullanmaları ve beyanlarda bulunmaları halinde de ortaklar ve bil-hassa alacaklılar ortaklığın zararından bağımsız doğrudan doğruya bir zarar görürler^{103a}.

⁹⁸ **FRICK** 93; **ARSLANLI** il 186; Ayrıca bu yolda İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.: BGE 41 I 618, 59 il 435.

⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi karar. Bkz.: BGE 89 II 239; **SIEGERT** 109; **FEHR** 151; **BIGGEL** 42/43.

^{99a} SerPK'nun 47. maddesi bu tür eylemleri cezai müeyyide ile karşılamıştır.

¹⁰⁰ **WIELAND** II 139.

¹⁰¹ **KAESLIN** 66.

¹⁰² İsviçre Federal Mahkemesi kararı. Bkz.: BGE 49 il 246, 6111228 vd.; **FEHR** 151; **GLASSON** 234; **STEIGER** (Çağa) 325; **WIELHELM** 146; **SCHUCANY** Art. 754 N. 2.

¹⁰³ **MEIER-WEHL** 53.

^{103a} *Yargıtay* daha yeni bir kararında, alacaklıların zarara uğratmak amacı ile bilinçli olarak şirket malvarlığını yapay işlemlerle azaltan yöneticilerin, alacaklıları *doğrudan doğruya zarara* uğrattıkları sonucuna varmış ve alacaklıların bu takdirde yönetim kurulu üyelerine karşı kendilerine ödenmek üzere tazminat davası açabileceklerini içtihat etmiştir (Bkz: 11. HD. 14.02.2006 t. E. 14844 K. 1396: *ERİŞ, İTK*² m.336 s.2396).

Buna karşılık *Yargıtay* 11.HD., ortakların yönetim kurulu üyeleri aleyhine kusurlu işlemleriyle şirketin mali durumunu kötüleştirip kar paylarının azalmasına neden olduktan gerekçesiyle açtıkları doğrudan zarara dayalı davayı, bu olayda *ortakların doğrudan zararı bulunmadığı* gerekçesiyle reddetmiştir (Bkz: *Yarg.* 11. HD. 28.04.2006 t. E 3292 K.4814; *ERİŞ, İTK*² m.336 s.2401).

Aynı Daire {Y} Bankasının bir müşterisi tarafından, kötü yönetimleriyle Bankanın Fon'a alınmasına sebebiyet vererek, banka nezdindeki borsada işlem gören menkul değerlerine Fon tarafından el konulmasına yol açan yönetim kurulu üyeleri aleyhine doğrudan zarara dayalı açılan tazminat davasında, davalıların hukuki durumunun ve sorumluluk koşullarının irdelenmesi gerektiğine karar vermiştir. (Bkz: *Yarg.* 11 HD. 20.02.2006 t. E. 1813 K. 1617; *ERİŞ, İTK*² m. 336 s.2397). *Yargıtay* bu ka-

4487 s. Kanunla ScrPK'da yapılan değişiklik Türk hukukuna yönetim kurulu üyelerine karşı yeni bir sorumluluk davası açma olanağı getirmiştir (ScrPK 15 f. 5). Halka açık anonim ortaklıklarda "*temettü avansı*"^{103b} dağıtılmasını öngören bu değişiklik yönetim kurulu üyeleri (üye bir tüzel kişiyi temsilen seçilmişse bu tüzel kişi, denetçiler, ortaklığı denetleyen bağımsız denetim kurulu ve -denetim kurumunun- bağlı olduğu gerçek ve tüzel kişiler) avans dağıtılması işleminden doğan *zararlardan* dolayı davacılar karşı müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Madde sorumluluk sebeplerini "*ara dönem bilanço ve gelir tablolarının gerçeği aksettirmemesi*" veya "*mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun düzenlenmemiş olması*" şeklinde somutlaştırmıştır. Sayılan bu iki nedene bağlı olmayan zararlar açısından TK. 336 vd. hükümleri geçerli olacaktır.

Maddede iki ayn sorumluluk davası düzenlenmiştir:

Birincisi, kanımca SerPK. 15 f. 5'teki özel hükümde açıklık bulunmayan hususlarda TK. 336 vd.'da düzenlenen sorumluluk davasının temel ilkelerine tabi, dolaylı zararlardan kaynaklanan sorumluluk davasıdır. Kısaca burada, kusura dayalı, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsil bir sorumluluk söz konusudur. Sorumluluğun kaynağı sözleşmeye aykırılıktır ve tazminatın şirkete ödenmesi istenecektir.

ikincisi ise, yönetim kurulu üyeleri ile (diğer sorumluların), dava hakkı sahiplerinden sadece "*temettü avansının* kararlaştırıldığı veya ödendiği bilanço yılı içinde pay senedi iktisap etmiş olan kişiler ile üçüncü kişilere karşı" öngörülen doğrudan doğruya sorumluluktur. 15. maddenin 5. f. bu ayınını "*ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere*" ifadesiyle yapmıştır. Şu halde zarara yol açan temettü avansı işleminin kararlaştırıldığı veya fiilen ödendiği bilanço yılı içinde pay senedi iktisap etmiş olan paydaşlar ve üçüncü kişiler uğradıkları doğrudan zararın kendilerine ödenmesi istemi ile bir dava açabileceklerdir. Fıkradaki üçüncü kişiler terimi ile, yine aynı fıkarda anılan dönem içinde pay senedi iktisap etmiş ve daha sonra elden çıkarmış eski paydaşların kastedildiği anlaşılmaktadır.

rarında Mahkemeden sorumluluğun temel unsurları olan *kusur, zarar ve nedensellik bağının* incelenmesini istemektedir. Şu halde olayda yönetim kurulu üyelerine yüklenebilecek bir kusur yoksa ya da yönetim kurulu üyelerinin eylemleriyle Bankanın Fon'a alınması işlemi arasında sebep-sonuç ilişkisi kurulamıyorsa (örneğin bankanın mali gUcUnü yitirmesi piyasa koşullarından kaynaklanıyorsa veya banka zaten uzun süreden beri mali zaafiyet içinde bulunuyorsa) yönetim kurulu üyelerinin oluşan zarardan sorumlu tutulmaları mümkün değildir.

^{103b}Bkz.: TEKİNALP (Poroy-Çamoğlu) N. 909 c.

2. Divanın Özellikleri

Ortaklar ve alacaklılar doğrudan doğruya zararları nedeniyle açtıkları davada kendi zararlarını talep ederler. Dolayısıyla zararlar için açılan davalardan farklı olarak bu davada ortak veya alacaklı *tazminatın kendisine ödenmesini isteyebilecektir*¹⁰⁴.

Doğrudan zararlar sebebiyle açılan davalar da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TK. 336 vd. hükümlerine tabidir. Diğer bir deyişle, TK. 336. madde alacaklıların ve ortakların dolayısıyla zararları nedeniyle açacakları davaları olduğu gibi doğrudan doğruya zararları için dava açma hakkını da kapsamaktadır^{105, 106}. Binaenaleyh alacaklıların ve ortakların doğrudan doğruya zararlar sebebi ile açtıkları davalarda da TK. 336 vd.'daki yetkili mahkeme (TK. 340/309 ill) ve özel zamanaşımına (TK. 340/309 IV) ilişkin, hükümler uygulama alanı bulur¹⁰⁷.

3. Davanın Hukuki Dayanağı

Doğrudan zararlar nedeniyle açılacak davaların *hukuki dayanağı* konusunda fikir birliği yoktur. Bu davalarda da ortakların veya alacaklıların ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akde dayanıp dayanamayacakları tartışılmıştır. Hemen belirtmek isterim ki bu tartışmanın pratik sonucu bugün sadece isbat yükü konusunda kendisini göstermektedir. Doğrudan doğruya zararlar nedeniyle açılan davaların da TK. 336 vd. hükümlerine tabi olduğu kabul edildiğine göre, yetkili mahkeme ve zamanaşımı

¹⁰⁴ Bkz.: Yargıtay 11. HD. 11.03.2002 t. E. 2001/9498 K. 2002/2079 s. kararı (Kazancı içtihat Bankası); ARSLANLI II 186; WIELANO il 139; TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı 112.

¹⁰⁵ ÇAMOÇLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 344; ANSAY, Anonim Şirketler 130; TANDOCAN, Üçüncü Şahsın Zararı 112 dpn. 133; İsviçre hukukunda aynı görüş: MEIER-WEHRL177, 81; WYLER 38; KREIS 87.

¹⁰⁶ Doğrudan doğruya görülen zararların tazmini konusunda varılan bu çözüm hususunda belki tereddüt edilebilir. Çünkü, dolayısıyla zarar görülmesi halinde, 340. madde, 309. maddeye atıf yapmaktadır. 309. madde ise sadece dolayısıyla zararların tazminini düzenlemiş olup doğrudan doğruya görülen zararların tazminini umumi hükümlere bırakmıştır (Bkz.: AEM. m. 309 s. 379). Bu nedenle doğrudan doğruya zararlar için 336. maddenin ortaklar ve alacaklılara dava hakkı veren hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı şüphe yaratabilir. Tandoğan' a göre (Üçüncü Şahsın Zararı 112 dpn. 133) 336. maddede doğrudan doğruya görülen zararlar da öngörülmüştür ve "TK. 340'da 309. maddeye yapılan atıf sadece dolayısıyla zarara müteallik tazminat davasının açılmasıyla alakalı olarak kabul edilmelidir". Ayrıca bkz.: dpn. 105'deki yazarlar.

¹⁰⁷ MEIER-WEHRL143; WYLER 38; TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı dpn. 133; ANSAY, Anonim Şirketler 130; ÇAMOÇLU, ibranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 344.

yönünden öngötillen özel hükümler uygulanacaktır. Şu halde sorun, TK. 336 vd. da düzenlenmeyen hususlarda akdi sorumluluk hUkUmlerine mi yoksa haksız fiil sorumluluğuna ait hükümlere mi başvurulacağı konusuna özgü kalmaktadır.

Öğretide bazı yazarların buradaki sorumluluğun kaynağını *haksız fiile* dayandırırılar. Bu görüşte yönetim kurulu üyelerinin kusurunu isbat yükü de davacı ortak veya alacaklıda olacaktır.

Buna karşı, bizim de savunduğumuz¹⁰⁹ görüş ortakların ve alacaklıların doğrudan doğruya zararları sebebiyle açtıkları davaları *akdi nitelikte* gönmektedir¹¹⁰. Bu görüşte ortakların ve alacaklıların davaları da üçüncü *şahısları* *akdin ihlali* sebebiyle tazminat isteyemeyecekleri kuralı *na* getirilen ıstısnalar arasında mütalaa edilmektedir!¹¹¹. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, ortakların veya alacaklıların yönetim kurulu üyelerine karşı doğrudan doğruya zararlar konusunda akde aykırılığa dayanan bir dava açabilmeleri için; (1.) Yönetim kurulu üyelerinin zarar verici fiili (veya ihmali) aynı zamanda ortaklıkla aralarındaki sözleşmenin ihlalini teşkil etmeli¹¹² ve (2.) ortakların veya alacaklıların gördükleri doğrudan doğruya zarar, *ortak veya alacaklı sıfatlarının bir sonucu olmalıdır*¹¹³, Zarar verici fiil bu nitelikleri taşımıyorsa, ortaklar veya alacaklılar yöneticilere karşı akde aykırılığa dayanan bir dava açamazlar¹¹⁴. Bu takdirde ancak haksız fiile müstenit bir dava açılabilir. Şayet ortaklık işlerinin görülmesi sırasında ika edilmiş bir haksız fiil söz konusu ise ortaklar ve alacaklılar, TK. 321 V. gereğince sorumlu yönetim kurulu üyesi ile birlikte anonim ortaklığı da dava edebilirler!¹¹⁵.

¹⁰⁵ **P1CENON1** 195; **MEIER-WEHRLI** 76, 77; **ANSAY**, Anonim Şirketler 130; **SIEGERT** 109; **SCHUCANY** Art. 698 N. 7; **DOMANIĆ** 54.

¹⁰⁹ ÇAMOCLU, İbranin Sorumluluk Davalarına Etkisi 345.

110 **BIGGEL** 43; **WYLER** 38; **SİMONİUS** 32; **KREİS** 87; **STEİGER** (Çağa) 325; yönetim kurulu üyeleriyle ortaklar ve alacaklılar arasında ak i t be n z e r i bir ilişki olduğunu belirtir; **WIELAND**, Ortaklar ve alacaklılar arasında bir ayırım yapmakta, ortakların davasını akdi (il 139 dñn. 87) alacaklıların davasını haksız fiile dayanan (il 142) bir dava saymaktadır. Ayrıca bkz.: BGE 14, 693; 24 II 817, 61 il 233.

¹¹¹ **TANDO<IAN**, Üçüncü Şahsın Zararı 112.

¹¹² WYLER 38; WIELAND 11 139.

¹¹³ **WIELAND'a** göre (II 140), eğer ortak zarara uğradığı anda henüz ortak sıfatını kazanmamışsa, davasını ancak haksız fiile dayandırabilir.

114 **WIELAND** II 140.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 6 il 2 a.

Tekrar belirtmek isterim ki ortakların ve alacaklıların davasını akde aykırılığa dayandırmanın pratik önemi sadece *isbat yükü* açısından değildir. Bu gövdeyi savunan yazarların amacı ortakları ve alacaklıları, kendilerine düşen bir yükümü ihlal eden yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları davalarda sözleşmeye dayanmanın faydalarından yararlandırmaktır¹¹⁶.

İV. ORTAKLIĞIN, ORTAKLARIN VE ALACAKLILARIN DAVA HAKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Dolayısıyla Zararlara İlişkin Davalarda

Ortakların, alacaklıların ve ortaklığın yöneticilere karşı dava hakları aynı sonuca yönelmiş talep haklarıdır. Sözü geçen bu üç talep hakkı arasında alacaklı teselsülü bulunup bulunmadığını incelemiştik¹¹⁷. Dava hakları arasındaki hukuki ilişkinin açıklığa kavuşması için burada iki soruya daha cevap aranacaktır. Bu sorulardan *birincisi* şudur: Dolayısıyla zarara ilişkin davanın amacı, ortaklığın zararının karşılanması yoluyla ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararlarının giderilmesi olduğuna göre, acaba, anonim ortaklık genel kurulunun kararları, ortakların ve alacaklıların dava haklarını etkiler mi? Bilindiği gibi, ortaklık tarafından yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılması, TK. 341. madde gereğince genel kurulun bu yolda karar almasına bağlıdır. Genel kurul yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasını uygun görmemişse, bu kararın ortakların ve alacaklıların dava hakları üzerindeki etkileri nelerdir? Yine bunun gibi, genel kurul yönetim kurulu üyelerini ibra etmiş olabilir. Acaba ibra kararları, dolayısıyla zararlara dayanan sorumluluk davalarına engel teşkil eder mi?

Çözümü gereken *ikinci sorun* ise, ortaklığın, ortakların veya alacaklıların davalarında verilecek hükümlerin, diğer davalar açısından kesin hüküm teşkil edip etmeyeceğidir. Aşağıda bu sorulara cevap aranacaktır.

a. Genel Kurul Kararlarının Ortakların ve Alacaklıların Dava Haklarına Etkisi

Ortaklar ve alacaklılar tarafından açılacak dolayısıyla zararlara ilişkin davaların asıl amacı ortaklığın uğradığı zararın karşılanmasıdır. Çünkü böy-

¹¹⁶ WYLER 38. Ayrıca bkz.: Yukarıda il 5.

¹¹⁷ Bkz.: § 4 il.

lece, dolayısıyla zararın niteliği icabı, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararları da giderilmiş olacaktır. Şu halde aynı zararın tazminine yönelmiş üç talep hakkı ile karşı karşıya bulunuyoruz. Bu üç talep hakkı arasındaki hukuki ilişkinin kanun tarafından *özel surette düzenlenmiş bir yarışma* olduğunu yukarıda belirtiniştiktis. Öyle ki, yönetim kurulu üyeleri, davacılar safındaki ortaklara veya alacaklılara ödeme yapmakla borçtan kurtulamazlar; sadece ortaklığa yapılan ödeme onları borçtan kurtanır¹¹⁹. Nitekim ortaklar veya alacaklılar açacakları davalarda tazminatın ortaklığa verilmesini isteyebilirler¹²⁰, tazminat kendilerine verilmek üzere dava açamazlar¹²¹.

Ortaklara ve alacaklılara tanınan dolayısıyla zararlara ilişkin dava hakkının, ortaklığın dava hakkından *bağımsız* mı, yoksa *ondan doğan ikinci derecede* (subsidiar) bir talep hakkı mı olduğu hususunda fikir birliği yoktur. Genel kurul kararlarının ortakların ve alacaklıların dava hakları üzerindeki etkisi, bu tartışmada benimsenecek fikre göre değişecektir. Dava haklarının bağımsızlığı görüşü kabul edilirse, bunun sonucu, genel kurul kararlarının dava haklarını etkilememesidir. Buna karşılık ikinci derecede (müştak, subsidiar) dava hakları kural olarak asıl davanın kaderine tabi olacaktır.

Dolayısıyla zararlara dayanan dava hakkı, ortaklara ve alacaklılara kendi menfaatlerini korumak olanağını sağlamak amacıyla tanınmıştır. Dava haklarının bu amaca hizmet edebilmeleri, onlara *bağımsız* nitelik tanınmasıyla mümkündür. *Kanımca* ortakların ve alacaklıların dava hakları, ortaklığın dava hakkından *bağımsızdır*¹²². Diğer bir deyişle, ortaklığın dava hakkından doğan (müştak), ikinci derecede bir dava hakkı değildir¹²³. Bu nedenle ortaklığın dava açıp açmaması¹²⁴, davadan feragat et-

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz.: § 4 il.

¹¹⁹ **BİGGEL** 119; **WILHELM** 95; **MEIER-WEHRLI** 87; karşı: **MİMAROĞLU** 113.

¹²⁰ Bkz.: **FRICK** 104; **STEIGER** (Çağa) 324; **HENGGELE** 54; **FEHR** 151; **MİMAROĞLU** 115, 113. Ayrıca bkz.: Yukarıda: II 2 c dñn. 42, 43.

¹²¹ Bkz.: Yukarıda II 2.

¹²² Bkz.: **ÇAMOĞLU**, İbranin Sorumluluk Davalarına Etkisi 339; **MEIER-WEHRLI** 82, 86; **WIELAND** II 141.

¹²³ **KREIS** 83; **MEIER-WEHRLI** 186; **WYLER** 43; Aksi kanı: **ARSLANLI** il 189; **DOMANIÇ** 54; **HOTZ** 202 N. 121.

¹²⁴ Fransız hukukunda 1966 tarihli yeni Ortaklıklar Kanunundan önce, ortaklar ve alacaklılar ancak ortaklık dava açmadığı hallerde dava açmaya yetkili idiler (Bkz.: 1867 tarihli Fr. TK. 117 ve onu tamamlayan 31.08.1937 tarihli Decret; PIC III N. 1973; **YAMULKİ** 235; **WILHELM** 28, 29). 1966 tarihli Fr. OK.'nın 245. maddesi konuyu lsv. BK. 755. maddesine paralel olarak düzenlemiştir.

mesi ortakların ve alacaklıların dava açmalarına engel teşkil etmez^{125, 126}. Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından *ibra* edilmeleri de, ortakların ve alacaklıların dava haklarını *ortadan kaldırmaz*¹²⁷.

Doktrinde genel kurul kararlarının etkisi açısından ortakların ve alacaklıların dava hakları arasında fark gözetildiğini görüyoruz. *Arslanlı'nın* kanaatine göre¹²⁸, *ortaklar* aleyhte oy kullanmış veya toplantıya katılmamış olsa bile, dava açılmaması hakkındaki genel kurul karar ortakların dava haklarını ortadan kaldırır. Çünkü yazara göre, *ibra* etmek veya açılacak davadan feragat genel kurula tanınmış bir haktır. Sadece, azınlık dava açılması talebinde bulunmuşsa (TK. 341) sorumluluk davasından vazgeçilemez¹²⁹. Madem ki, tazminat davasında asli hak sahibi ortaklıktır ve tazminat ortaklık lehine talep edilebilecektir, şirket şu veya bu düşünce ile tazminat talebinden vazgeçmişse pay sahiplerinin de dava hakkı bulunmalıdır. Genel kurulun dava açılmaması hususunda kararı bulunmasına rağmen pay sahiplerine dava hakkı verilecek olursa şirkete ödenen tazminat sebepsiz iktisap teşkil eder. Meğer ki, azlık, dava açılması lehinde talepte bulunmuş olsun. Bu görüş *İmregün*¹³⁰ ve *Ansay*¹³¹ tarafından paylaşılmaktadır. Buna karşılık *Mimaröğlu*¹³² ortaklığın dava hakkından feragat etmesinin pay sahibinin dava hakkını düşünmeyeceği kanısındadır.

Doktrinde, *alacaklıların* dava hakkının, *genel kurul kararlarından etkilenmeyeceği* görüşü daha çok taraftar toplamaktadır^{133, 134}.

Kanımca, gerek ortakların, gerekse alacaklıların dolayısıyla gördükleri zararlar sebebiyle açacakları davaları genel kurul kararına bağlı say-

¹²⁵ MEIER-WEHRLİ 86.

¹²⁶ Problem eski İsv. BK. 673 ve 674. maddelerinde açık bir çözüme bağlanmamış ve İsviçre hukukunda uzun tartışmalara yol açmıştı. Bkz.: BIGGEL 110 vd.; MEIER-WEHRLİ 82 vd.

¹²⁷ *İbra* kararının dava hakları üzerindeki etkileri ileride ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz.: § 17 V. 1.

¹²⁸ ARSLANLI il 184.

¹²⁹ Bkz.: § 4 ili 2, § 17 ili 3.

¹³⁰ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 250.

¹³¹ ANSAY, İbra 423; Anonim Şirketler 133.

¹³³ GUHL 582; STEIGER (Çağa) 324; ANSAY, Anonim Şirketler 133; ÇAMOĞLU, İbra Kararlarının Sorumluluk Davalarına Etkisi 341; PICENONİ 201; SIEGERT 109; SCHULZ-DORNBURG 108; BGE 67 il 157. Aksi görüş: ARSLANLI il 189; MİMAROĞLU, İbra kararları açısından bu görüşe katılır, s. 119.

¹³⁴ Genel kurulca verilen İbra kararlarının dava hakları üzerindeki etkileri için bkz.: § 17 V 1.

mak menfaatler vaziyetine ve kanunun konuyu dilzenleyen hükümlerinin izlediği amaca aykırıdır. Kanun, ortaklara ve alacaklılara bu dava haklarını anonim ortaklıktan bağımsız olarak tanımıştır. Sonuçta elde edilecek tazminatın ortaklığa verilmesi, dava haklarının ortaklığın kararına tabi olmasını zorunlu kılmaz. Diğer taraftan ortakların ve alacaklıların dava hakkını genel kurul kararlarına tabi saymak, bunlara tanınan dava hakkının pratik önemini ortadan kaldırır. Çünkü, anonim ortaklık sorumlu yöneticilere karşı harekete geçtiği hallerde zaten ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla menfaatleri korunmaktadır. Bu nedenle, ortakların ve alacaklıların açacakları davalar asıl, ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı dava açmaktan sarfınazar ettiği hallerde önem taşımaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul üzerindeki nüfuzları sebebiyle, çoğu kere kolayca ibra alabilecekleri veya dava açılmasına gerek olmadığı yolunda bir karar çıkartabilecekleri (ve bu karara muhalif olanların da her zaman % 10 çoğunluğu sağlayamayacakları) göz önünde tutulursa, ortaklara ve alacaklılara bu gibi hallerde dava hakkı tanımamanın sakıncaları daha açık olarak görülür. Ortaklığın davaya gerek gönmemesi veya yöneticileri ibra etmesine rağmen, ortaklar veya alacaklılar tarafından dava açılarak ortaklık lehine tazminata hükmettirilmesi, kanımca, bir haksız iktisap teşkil etmez. Çünkü bu tazminat ortaklık malvarlığında bir artış yaratmamakta sadece zararı gidenektedir. *Meier-Wehrli'nin* de belirttiği gibi¹³⁵ bu çözüm anonim ortaklığın bünyesine uygundur. Anonim ortaklıklarda işletmenin meşru menfaatleri kadar, ortakların ve alacaklıların menfaatleri de göz önünde tutulmak gerekir.

Ancak belirtelim ki, genel kurulda dava açılmaması veya yöneticilerin ibra edilmeleri *lehinde oy kullanan ortakların dava hakları sona erer*. Çünkü bu yönde oy kullanan bir ortağın daha sonra sorumluluk davası açması dürüstlük kurallarına aykırı düşer¹³⁶. İbranın kapsamı dışında kalan^{136a} sorumluluk halleri saklıdır.

b. Kesin Hüküm Açısından

Çözümü gereken ikinci sorun, ortaklar, alacaklılar ve ortaklığın dava hakları arasında kesin hüküm açısından mevcut ilişkinin saptanmasıdır.

¹³⁵ MEIER-WEHRLI 88.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 17 VI. Ayrıca fsv. BK. 757.

^{136a} Bkz.: § 17 IV.

Acaba dava hakkı sahiplerinden birisi tarafından açılıp hükme bağlanan dava, diğer davacılar açısından da kesin hüküm teşkil eder mi?

Usul hukukunda kesin hükmün unsurlarını incelersek, bunları konu, sebep ve taraf ayniyeti olarak tesbit edebiliriz¹³⁷. Dolayısıyla zararlara dayanan sorunluluk davalarında *konu ayniyetinden* bahsedilebilir; çünkü, açılacak davalarda netice talep, ortaklığa verilmek üzere zararın tilmüdür¹³⁸. Bu davalar arasında *sebepten ayniyetinin* varlığı da kabul edilmek gerekir; zira, hem zarara yol açan maddi vakıalar açısından, hem de, ortaklarla alacaklılar davalarında yöneticilerle ortaklık arasındaki sözleşmenin ihlaline dayabilecekleri için¹³⁹ hukuki sebep açısından ayniyet mevcuttur. Buna karşılık *taraf ayniyetinin* bulunup bulunmadığı tartışılabilir. *Kanımca*, bu davalar, ortaklığın temsilcisi sıfatıyla değil, *alacaklı* veya *ortak sıfatıyla* açılmaktadır¹⁴⁰. Bu nedenle bir taraf ayniyetinden söz etmeğe imkan yoktur¹⁴¹.

Kanımca, davalardan birisi hakkında verilen hüküm diğerleri açısından *kesin hüküm teşkil etmez*. Maddi hukuk bakımından ortaklığın, ortakların ve alacaklıların talep hakları arasında bir alacaklı teselsülü bulunmadığını, kanunun özel olarak düzenlediği bir talepler yarışması olduğunu görmüştük. Kaldı ki, alacaklı teselsülünde dahi, talep sahiplerinden birisi hakkında verilen hüküm diğerleri içiri kesin hüküm niteliğini taşımaz¹⁴². Ortakların ve alacaklıların, dolayısıyla zararlara dayanan davaları, ortaklığın dava hakkından tamamen bağımsızdır¹⁴³. Ancak, yönetim kurulu üyelerine karşı aynı zararın tazmini için açılmış olan davaların irtibat nedeniyle (**HUMK. 45**) birleştirilmesi mümkündür¹⁴⁴.

Doktrinde *Wielanti*¹⁴⁵ da ortak veya ortaklık tarafından açılacak davalarda verilecek hükmün diğer hak sahibi açısından kesin hüküm teşkil et-

¹³⁷ Bkz.: **DOMANIÇ**, Kaziyyei Muhkeme 8 vd.; **GÜRDOOAN**, Kesin Hüktim itirazı 73 vd.; **KURU**, Usul 628 vd.; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM** 576 vd.; **POSTACIOOLU** 565 vd.

¹³⁸ Bkz.: Yukarıda: il 2 c.

¹³⁹ Bkz.: Yukarıda: il 5.

¹⁴⁰ Bkz.: il 2, cb.

¹⁴¹ Aksi kanı: **DOMANIÇ** 54.

¹⁴² v. TUHR (Edcgc) IJ 880,881; **WIELAND** il 138 dpn. 83; **TUNÇOMAT** 622.

¹⁴³ Bkz.: Yukarıda (a) ve dpn. 122'de anılan yazarlar.

¹⁴⁴ **MEIER-WEHRLI** 89.

¹⁴⁵ **WIELAND** il 138 dpn. 83.

meyeceği fikrindedir. İsviçre doktrinde *bazı yazarlar*¹⁴⁶ bu açıdan bir ayın yaparlar. Kanılarına göre, yönetim kurulu üyelerine karşı birden ?k ?ava açılmışsa, bu davalar imkan oranında birleştirilmelidir. Usule ilişkin nedenlerle birleştirmek mümkün olmuyorsa, bu davalardan birisinden elde edilecek lehde karar, diğer davacıların talep haklarını ortadan kaldırır. Buna karşılık bir davanın reddedilmesi halinde yürüyen diğer davalar bu hükümden etkilenmezler. Görüldüğü gibi bu görüş yeterli derecede açık değildir. Çünkü davanın kabulüne ilişkin hükmün, diğer davalar açısından kesin hüküm teşkil edip etmediği açıkça belirtilmemekte, sadece bu hükmün hepsine karşı etkili olduğu ve dava haklarını ortadan kaldıracığı söylenmektedir.

Kanımca, dava hakları arasındaki kesin hüküm yönünden ilişkiyi, kanun koyucunun dolayısıyla zararlara dayanan tazminat davalarında kabul ettiği sistem içinde çözümlemek gerekir. Dolayısıyla zararlara ilişkin talep hakları ortaklığın zararının tazminine yöneliktir. Alacaklılar veya ortaklar ancak tazminatın ortaklığa verilmesini talep eden davalar açabilirler. Yine biliyoruz ki, ancak ortaklığa yapılan ödeme talep haklarını düşürür. Diğer taraftan talep hakları arasındaki bu özel ilişkiler, ortakların ve alacaklıların davalarının bağımsızlık niteliğine halel getirmemektedir. Bu açıdan bakıldığında, ortaklık, ortaklar ve alacaklıların davalarının sonuç yönünden de birbirinden bağımsız olduğu, diğer bir deyişle birisi hakkında verilen hükmün diğerleri yönünden *kesin hüküm teşkil etmeyeceği* sonucuna varmak gerekir¹⁴⁷.

Benimsediğimiz bu fikrin sonuçları şunlar olmaktadır: Davacılarından birisi tarafından alınan hüküm *kural olarak* diğerleri tarafından dava açılmasına engel teşkil etmez. Tazminat isteminin kabulüne veya reddine ilişkin bir ilamın varlığı, yeni bir dava açılmasına mani değildir. Fakat önceki davalarda istihsal edilen ilam, sonra açılacak davalarda *delil* olarak kullanılabilir¹⁴⁸.

Diğer taraftan, dolayısıyla zararlara dayanan davalarda amaç, ortaklığın zararının karşılanmasıdır. Bu nedenle, hükmolunan meblağ şirket kasasına girdiği miktarda talep haklarını ve hakkın bir cüzü olarak da dava

¹⁴⁶ MEIER-WEHRLI 89; FUNK Art. 756 N. 1; SCHUCANY Art. 755.

¹⁴⁷ Aksi kanıda: DOMANIÇ 54. Ayrıca bkz.: MİMAROĞLU 112.

¹⁴⁸ GÜRDOĞAN 84.

haklarını düşüür. Zararın tamamı ortaklığa ödenmişse, artık ortakların ve alacaklıların da talep hakları sona ermiştir.

Yanları bu sonucun menfaatler durumuna ne derece uygun düştüğü sorulabilir. Kanımca, aksi çözüm tarzı, yani davalardan birisi hakkında verilen hükmün diğerleri yönünden kesin hüküm teşkil edeceği görüşü, pratik açıdan sakıncalıdır. Çünkü bu görüş bizi, bir ortak veya alacaklı tarafından dava açılıp da reddedilmesi halinde, artık ortaklık tarafından dava açılmayacağı sonucuna götürür. Bu sonuç ise menfaatler durumuna aykırıdır. Ortaklar veya alacaklılar dava açmak için ortaklığın muvafakatını almak zorunda değillerdir. Bundan ötürü, bir ortak veya alacaklı tarafından açılacak bir danişıklı dava, diğer dava haklarının karşısına kesin hüküm engelini çıkaracaktır. Ortak veya alacaklı iyiniyetle harekete geçmiş dahi olsa, davada ortaklığın sahip olduğu isbat olanak ve araçlarına sahip olmayabilir ve davayı bu yüzden kaybedebilir. Şüphesiz bu davalara diğer hak sahiplerinin ve ortaklığın müdahil sıfatıyla katılma olanakları vardır.

Kabul edilen bu görüşte kesin hüküm engeli bulunmadığı için yöneticilerin ortaklar ve alacaklılar tarafından açılacak davalarla taciz edileceği düşünülebilir. Ancak, dolayısıyla zararlara dayanan davalarda tazminatın şirkete ödenmesi istenebilmektedir. Davanın kaybedilmesi rizikosuna ise doğrudan doğruya davacıya aittir. Davanın bu özelliği temelsiz davaların açılmasını önlemek için yeterlidir. Diğer taraftan, daha önceki bir davada verilen hükmün, sonraki davalarda (güçlü bir) delil olarak kullanılabilme olanağını da gözden uzak tutmamak gerekir.

2. Doğrudan Doğruya Zararlara Dayanan Davalarda

Doğrudan doğruya zararların, ortaklığın zararından bağımsız niteliğinin sonucu olarak, bu tür zararlara dayanan davaların genel kurul kararlarından tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Bu sonuç hem *ortakların*¹⁴⁹, hem de *alacaklıların*¹⁵⁰ dava hakları için benimsenmekte, doğrudan zararlara ilişkin davalarda ortaklar ve alacaklılar arasında fark gözetilmemektedir.

¹⁴⁹ SCHULZ-DORNBURG 108; BÜRGİ Art. 698 N. 75; FRICK 106; FEHR 156; ARSLANLI il 186. İbra kararlarının etkisi konusunda bkz.: § 17 V l.

¹⁵⁰ ÇAMOCLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 346; FRICK l 16; FEHR 156; STEİGER (Çağa) 324; Alman hukukunda aynı çözüm: GADOW/SCHILLING § 84 N. 39; BAUMBACH/HUECK § 9 (l l. Autl) § 84 N. 1, 8; (13. Aufl.) § 93 11 N. 3, 4. Ayrıca bkz.: § 17 V l.

1K.1NC1KISIM

SORUMLULUĞUN MÜEYYİDESİ

§ 11. MÜEYYİDE

I. TAZMİNAT

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun müeyyidesi tazminattır. Kural olarak kanun ve ana sözleşme hükümlerine aykırı hareket eden yönetim kurulu üyeleri bundan doğan zararı tazminle mükellef tutulurlar. Nitekim Ticaret Kanunu'nun yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili pek çok maddesinde zararın tazmininden bahsedilmiştir (TK. 308, 309, 332, 339, 346). Sorumluluğun sebebi akde aykırılık olduğu hallerde yönetim kurulu üyesinden yükümünü yerine getirmesini talep etmek imkanı da şüphesiz mevcuttur¹. Çünkü akde aykırılık hallerinde borçlu için imkansız olmadıkça veya çok ağır bir yük teşkil etmedikçe aynen ifanın talep edilmesi mümkündür².

Şu halde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde, sorumluluğun konusu, meydana gelen zararın tazminidir. Davacılar ister doğrudan doğruya zarar gören şahıs sıfatıyla, ister dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla talepte bulunsunlar, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren fiilleri sonucunda verdikleri zararın tazminini talep ederler³. Zararın tazmini konusunda sorumluluk hukukunun genel kuralları uygulanır. Kısaca, maddi zararlardan başka, kazanç mahrumiyetinin de tazmini gerek-

¹ HİRS 320 N. 335.

² v. TUHR (Edege) I 109 vd.; SCHWARZ (Davran) 131; TANDOÖAN, Mesuliyet 407; karş.: ARSLANLI il 176 dpn. 206.

³ Bkz.: § 10 il, ili.

tiği⁴; zarar doğurucu fiilin ancak uygun illiyetle bağlı sonuçlarının tazmin edileceği⁵ akdi sorumluluk halinde mülkiyet veya menfi zararın tazmininin istenebileceği⁶ kuralları burada da yitir.

Zarar bir kimsenin malvarlığında iradesi hilafına meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır⁷. Geniş anlamı ile ise, manevi zararı da içine alacak şekilde, bir şahsın hukuken korunan varlıklarında, zarar verici fiilin vukuundan önceki hal ile sonraki hal arasındaki fark olarak tanımlanır⁸. Bu tanımlara göre, maddi zarar daima bir malvarlığı eksilmesi olarak karşımıza çıkacaktır. Eğer bir malvarlığı eksilmesi yoksa, dar anlamda bir zarardan bahse imkanı olmadığına göre bir tazmin borcundan da söz edilemez. Doktrinde *Ars/auli*⁹, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda zarar kavramını geniş tefsir etmekte ve salt kanuna veya ana sözleşmeye aykırı davranışı zarar olarak vasıflandırmak eğilimini göstermektedir. Yazarın kanaatine göre, iktisadi anlamda bir zarar bulunmasa dahi sorumluluğu gerektiren fiilin uygulanması kanun nazarında zarar vasfını taşır ve davacılar bu zararın giderilmesini isteyebilirler. Mesela, usulüne uygun tutulmayan defterlerin usulüne uygun tutulmasını, sebepsiz olarak yerine getirilmeyen genel kurul kararının icrasını isteyebilirler. Mahkeme bu durumda iktisadi anlamda zararın varlığını aramaksızın, kanun veya esas mukaveleye aykırılığı tesbitle yetinir ve yönetim kurulunu eski halin iadesine mahkum eder. Bu hal tarzı yazarın kanısınca, kanunun ruhuna ve menfaatler vaziyetine daha uygundur.

Arslanlı'nın bazı yorumlarla varlığı bu sonuç gerçekten menfaatler vaziyetine uygundur. Fakat bu sonuca zarar kavramında tazminat hukukunun klasik anlayışını zorlayarak değil de başka yolla varmak imkanı aranmalıdır. Çünkü dar anlamda zarar, iktisadi vasıf taşır. Sorumluluğu gerektiren fiil eğer iktisadi anlamda malvarlığında bir azalma doğurmamışsa dar anlamda zarar mevcut değildir ve bir tazmin borcu da söz konusu olmaz. Ancak, akde muhalefette, dayanılan akdin yüklediği görevlerin yerine getirilmemesi halinde, bir zarar bulunmasa dahi bunların yerine getirilmesi istenebilir. Bu

⁴ SCHWARZ (Davran) 123; v. TUHR (Edege) 80; TANDO(AN, Mesuliyet 65; TUNÇOMA(284.

⁵ TANDO(AN, Mesuliyet 76; SCHWARZ (Davran) 127; v. TUHR (Edege) 193; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOCLU/ALTOP 573 vd.

⁶ o(UZMAN/ÖZ 338; SCHWARZ (Davran) 124; TANDO(AN, Mesuliyet 426 vd.; v. TUHR (Edege) 181; FEYZİOCLU 1336.

⁷ v. TUHR (Edege) 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUO(ULU/ALTOP 855; vd.; FEYZİO(ULU 153; TANDO(AN, Mesuliyet 63.

⁸ TANDO(AN, Mesuliyet 63; İMRE 9; SAYMEN/ELBİR 1456 vd.; o(UZMAN/ÖZ 338.

⁹ ARSLANLI il 176 dnp. 206, 177.

kuraldan yürüyerek ortaklık ve ortaklıkla yöneticiler arasındaki akde dayanabilmek imkanı tanındığı hallerde ortaklar ve şirket alacakları, yönetim kurulu üyelerinden sözleşmeden doğan yükümlerin ifasını talep edebileceklerdir. Bu sonuca varabilmek için kanımca, zarar kavramına krnsik anlamı dışında anlamlar vennek şart olmayıp, akdi sorumluluktaki prensip *aynen ifa* ilkesine¹⁰ dayanmak yeterli olacaktır. Fakat bir yapma borcunda aynen ifa, ancak şartları varsa hükmen istencbilip, borçlu buna zorlanamayacağından, hükme rağmen borcunu eda etmeyen borçlu tazminata mahk0m edilecektir. Pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan doğruya gördükleri zararlar konusunda da aynı esaslar yüür¹¹.

Ortaklık lehine hükmolunan tazminat önce yönetim kurulu üyelerinin TK. 313. maddesi gereğince ortaklığa görevlerinden doğan sorumluluğa karşı rehin hükmünde olmak üzere tevdi ettikleri hisse senetlerinden tahsil olunur. Sözü geçen hisse senetleri ortaklığa teminat olarak verilmiş olduğu için, bundan yalnız ortaklığın alacağı tahsil olunabilir. Pay sahiplerinin veya alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararlar için sözü geçen hisse senetlerine başvurmak imkanları yoktur. Tazminatın teminattan tahsili işlemi rehlin paraya çevrilmesi kurallarına göre gerçekleştirilir.

Manevi hakları zedelenen diğer tüzel kişiler gibi, anonim ortaklıklar da bir tüzel kişi olarak, şartları mevcut olduğu takdirde manevi tazminat talep edebileceklerdir¹².

il. DİĞER MÜEYYİDELER

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bahis konusu olan hallerde normal müeyyide verilen zararın tazminidir. Acaba kanun veya esas mukaveleyi ihlal eden fiilleriyle ortaklığı, ortakları ve alacaklıları zarara sokan yöneticiler için tazminattan başka müeyyide düşünülemez mi? Çünkü bazı hallerde zararın tazmini, davacılar için yeterli olmayabilir. Görevlerini önemli derecede ihlal ederek zarara sebep olan yöneticiler, bu hareketleri ile gelecekte yeni ve daha büyük zarar tehlikelerinin işaretini vermiş olabilirler. İşte bu gibi hallerde kendilerine olan güveni sarsmış bulunan yöneticilerin ortaklık tarafından *azli* de bir müeyyide olarak düşünülebilir. Yönetim kurulu üyele-

¹⁰ TANDO CAN, Mesuliyet 407; FEYZİ O(;LU II 139.

¹¹ ARSLANLI il 178.

¹² v. TUHR (Edege) I 124; TANDO(;AN, Mesuliyet 333.

ini azletmek hususunda mutlak bir takdir yetkisini haiz bulunan anonim ortaklık genel kurulu yöneticilerin görevlerine her zaman son verebilir ve azolunan yönetim kurulu üyelerinin bu sebeple bir tazminat talebine hakları yoktur¹³ (TK. 316). Yönetim kurulu üyelerinin esas mukavele ile tayin edilmiş olmaları genel kurulun azil hakkını ortadan kaldırmaz.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisi mutlak olmakla birlikte, azil konusunun genel kurulda görüşülüp karara bağlanabilmesi gündeme bağlılık ilkesi kapsamındadır^{13a}. Ancak bu bağlamda genel kurul gündemi geniş yorumlanmalı, gündemdeki yönetim kuruluna olan güvenin sorgulanması sonucuna götüren maddelerin (gereğinde) azli de içerdiği kabul edilmelidir. Kanımca gündemdeki faaliyet raporu ile bilanço ve hesapların veya atanmış olan özel denetçinin verdiği raporun görüşülmesi maddeleri (gereğinde) yönetim kurulunun (ya da bazı üyelerin) azlini de içenektir. STB Komiserler Yönetmeliği'nin 25. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, yönetim kurulu üyelerinin azli (ve yerine yenilerinin seçilmesi) konusunun genel kurulun çoğunluk oyu ile gündeme alınabileceği yolundaki hüküm yasaya aykırıdır. Belirtmiş olduğum gibi bu ihtiyaç azlin gündemdeki yönetim kurulu üyelerine karşı duyulan güvenin sorgulandığı maddeler kapsamında olduğu yorumu ile karşılanabilir. Yargıtay'ın azlin görüşülmesinin gündeme bağWık ilkesi kapsamında olup olmadığı konusunda değişik kararları vardır. Yarg. **HGK**. 15.03.1967 t. E-T/400 K. 154 kararında azli gündeme bağlılık ilkesi içinde görmüş^{13b}, buna karşılık 11. HD. 13.06.1985 t. E. 3969 K. 3830 sayılı kararında azlin her zaman görüşülebileceğini içtihat etmiştir^{13c}.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurullarına gönderdikleri temsilciler ancak ilgili kamu tüzel kişisi tarafından azolunabilir (TK. 275**M**). Anonim şirketin ortağı olan diğer tüzel kişilerin temsilcilerinin ise genel kurul tarafından azli kabildir. Temsilcisi azledilen tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliği düşmüş olur, ortak tüzel kişi artık yeni bir temsilci seçip yollamak hakkını da haiz değildir¹⁴. TMSF tarafından BankK'nun 134. maddesi

¹³ TK. 316'da yer alan bu hükme rağmen, sebepsiz olarak azlolunan yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla aralarındaki vekfuet ya da hizmet sözleşmesine dayanarak tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. **ARSLANLI** il 203,204; **WIELAND** il 125; **STAUB/PINNER** § 231 N. 19, 25.

^{13b} **ÇAMOĞLU (Poroy-TekJnalp)** 318 N.551; ERİŞ il m. 316 s. 1813.

^{13c} ERİŞ il m. 316 s. 1815.

¹⁴ **ERİŞ** II m. 316, s. 1817.

¹⁴ Fazla bilgi için bkz.: **TEKİNALP** Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili 101 vd.; **TANDOCAN**, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 12 vd.

uyarınca, bankalara, iştiraklerine veya maddenin öngördüğü diğer bağlantılı şirketlerin yönetim kurullarına atanan yönetim kurulu üyeleri yine Fon tarafından değiştirilebilir^{14a}.

TK. 334. maddedeki yasağı ihlal ederek, kendisi veya başkası namına ortaklıkla, ortaklık konusuna giren bir ticari işlem akdetmiş bulunan yönetim kurulu üyesine karşı, ortaklığın tek yanlı bozucu yenilik doğuran hakkını kullanıp söz konusu işlemle bağlı tutulamayacağını bildirmesi (TK. 334'ün tabiri ile batıl olduğunu iddia etmesi) de bir müeyyide olarak değerlendirilebilir.

Bunun gibi yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, yapılan işlemin ortaklık namına yapılmış addedilebilmesi veya üçüncü şahıslar hesabına yapılan mukaveleden doğan menfaatlerin ortaklığa devredilmesinin talep edilebilmesi imkanları da klasik sorumluluk ilkelerinden farklı, değişik müeyyidelerdir (TK. 335)¹⁶.

Sorumluluk sistemi içinde yönetim kurulu üyelerinin gereğinde *iflasa* tabi olmalarını da önemli bir müeyyide olarak görüyoruz¹⁷. Bazı hukuk sistemlerinde, kusurlarıyla anonim ortaklığın iflasına sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin de iflasına karar verilebileceği kabul edilmiştir. *Fransız* hukukunda, ortaklığın iflas etmesi halinde özenli bir yönetici gibi hareket ettiğini isbat edemeyen yönetim kurulu üyelerinin iflas idaresinin talebi üzerine mahkemece iflaslarına karar verilebilir¹⁸ (Bkz. Fr. OK. 99, 100). *Türk hukukunda* bu sistem kabul edilmemiştir. Sadece *banka yöneticileri* için Bank K. 110. maddesinde iflas müeyyidesi öngörülmüştür¹⁹.

Son olarak, yönetim kurulu üyelerinin suç oluşturan eylemleri için (koşulları varsa) *cezaf müeyyidelerin*²⁰ öngörülmüş bulunduğunu hatırlatmak isterim.

^{14a} **BATTAL** Şerh m. 134 s. 384.

¹⁵ Bkz.: § 8 il 2.

¹⁶ Bkz.: § 8 111 2.

¹⁷ **ATAN** 127 vd.

¹⁸ **BURGARD** 124 N. 193; **FASSIER** 136. Ayrıca bkz. Fr. OK. 248.

¹⁹ Banka yönetim kurulu üyelerinin iflasında aranan koşullar için bkz.: ÇAMoCLU (Poroy-Tekinalp) 360 N. 621 p.

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: § 1 J.

ÜÇÜNCÜ KISIM

SORUMLULUK DAVASININ USULİ HÜKÜMLERİ

§ 12. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME VE YARGILAMA USULÜ

I. YETKİ

1. Yer İtibariyle Yetki

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davalarda da, yetki konusu¹unda HUMK 9. maddesinin koyduğu genel kural yürür. Bu kural gereğince sorumluların ikametgahı mahkemesi davayı görmeye yetkilidir.

Burada, önce HUMK'nun tüzel kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkemeyi tayin eden 17. maddesi hükmünün, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davasında da uygulama alanı bulup bulamayacağını tesbit etmek gerekmektedir. Çünkü ortaklıkların ortaklık işlerinden dolayı üyeleri ve üyelerin yine ortaklık işlerinden dolayı birbirlerine karşı açacakları davalarda HUMK 17. maddesi *münhasıran şirket merkezi mahkemesini* yetkili kılmaktadır. Eğer yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davasının, HUMK 17. maddesinin kapsamına girdiği sonucuna varacak olursak, aynı kanunun 9. maddesindeki davalının ikametgahı mahkemesinde dava açmak hususundaki ek imkan ortadan kalkacaktır¹.

HUMK 17. maddesi hükmü ortaklık işleri sebebiyle ortaklarla şirket veya ortakların kendi aralarında çıkan ihtilaflarda yetkili mahkemeyi tayin eden genel hükümdür. Halbuki TK. 340. maddesi, yöneticilerin sorumluluğu konusunda 336. maddeye ve özellikle 309. maddenin **m**. fıkrasındaki yetki kuralına atıf yaparak bir *özel hüküm* koymuş bulunmaktadır. TK. 309 **m**.

¹ **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM** 115; **KURU**, Usul 145, 158; **POSTACIOĞLU** 153; **BİLGE**, Yargılama 172.

fıkra da ise davacılara, davalının ikametgahı mahkemesi yanında şirket merkezinin bulunduğu yerde de dava açabilme imkanı verilmektedir². TK. 309. ill'deki yetki kuralı, HUMK'nun, davalının ikametgahı mahkemesine ek olarak tanıdığı yetki imkanlarını ortadan kaldırmamaktadır. Yani, davalının ikametgahı mahkemesi (HUMK 9) veya şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi (TK. 309 III) yanında; akde dayanan davalarda akdin icra yeri veya davalı yahut vekili dava sırasında orada bulunmak şartıyla akdin kurulduğu yer mahkemesi (HUMK 10), haksız fiile dayalı davalarda, fiilin vukubulduğu yer mahkemesi de (HUMK 21) yetkili bulunmaktadır. Sayılan yetkili mahkemelerden menfaatine en elverişli olanını seçme hakkı davacıya tanınmıştır. Buna göre her şeyden önce HUMK'daki genel hüküm karşısında TK. 309. III'deki özel hükmün tatbik alanını tayin etmek gerekmektedir.

Acaba, HUMK 17 ile TK. 309 III hükmü çakışır mı? HUMK 17. maddesi *ortaklıkların kendi işleriyle ilgili olmak üzere ortağı³ aleyhine veya ortakların bu sıfatla birbirleri aleyhine açtıkları davalardan bahseder*. Görüldüğü gibi hüküm ortaklık işleri sebebiyle ortaklıkla ortaklar arasında veya ortakların kendi aralarında doğan ihtilafları kastetmektedir. Pay bedelini ödemede temerrüt eden ortak aleyhine ortaklığın açtığı dava, ortakların ortaklığın feshini dava etmeleri, ortaklıkla haksız rekabete giren ortağa karşı açılacak dava⁴ gibi. Yani HUMK 17. maddesi, *ortaklara karşı ortak sıfatıyla* açılan davaları düzenlemektedir. Kanaatimca, yöneticilerin bu sıfatla sorumluluklarını gerektiren hallerde HUMK'nun 17. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle yargılama alanları farklı olduğu için, TK. 309. maddenin **m**. fıkrası ile HUMK'nun 17. maddesinin çakışması da söz konusu olmaz⁵. Buna karşı, bir ortağın ortaklıkla haksız rekabetinden doğan dava HUMK 17. maddesine tabidir. Bu davanın mutlak surette ortaklık merkezinde açılması gereklidir. Yönetim ku-

² İsviçre hukukunda da, aleyhlerine sorumluluk davası açılacak bütün yöneticilere karşı ortaklık merkezinin bulunduğu yerde dava açılabilir (İsv. BK. 761). Bkz.: GLASSON 274 vd.; FEHR 160; SCHUCANY Art. 761; MEIER-WEHRLI 157.

³ HUMK 17 "azası" terimini kullanmıştır.

⁴ S.Ş. ANSAY 99 N. 60.

⁵ Aksi kanaatte: DOMANIÇ (s. 117), HUMK 17 ile TK. 309 III'ün tedahül edebileceğini kabul etmekte ve bu iki hükümden özel hüküm niteliğini taşıyan TK. 309 III'ün tercihen uygulanmasını uygun bulmaktadır. Aynı yönde: ATAN 78; S.Ş. ANSAY da (99 N. 60) 17. maddenin kapsamına giren hususlar arasında TK. 309 ve 341. maddeleri de sayarak, HUMK'nun 17. maddesinin, anonim şirket yöneticisinin sorumluluğu hususunda uygulanacağı kanaatinde bulunmaktadır. Yazar, bu takdirde HUMK 17 ile TK. 309 ili arasında husule gelecek çakışmanın giderilmesi konusunda çözüm teklif etmemektedir.

rulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ise HUMK'nun 17. maddesi yüüimez. Gerçi ortaklık işlerinin en iyi aydınlanacağı düşünülen ortaklık merkezi mahkemesinin münhasır yetkili kılınması gerektiği ileri süüiilebilirse de, sorumlu anonim ortaklık yöneticilerine karşı açılacak davada davacılara seçim imkanını tanımak ve onları münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açmaya mecbur kılmamak menfaatler vaziyetine daha uygun düşecektir. Sonuç olarak yöneticilerin sorumluluğu konusunda davacı bir seçim hakkına sahip olacak, dilerse davalının ikametgahı mahkemesinde, dilerse ortaklık merkezinin bulunduğu yerde, dilerse de akde veya haksız fiile dayanılarak açılan davalarda HUMK'nun 10 ve 21. maddelerinde öngörülen ek imkanlar gereğince tesbit edilecek yerde dava açabilecektir. Fakat birden çok davalı mevcut olup da ayn yerlerde ikamet ediyorlarsa, doktrin-⁶ TK. 309 III'de tayin edilen ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, HUMK 9 il anlamında kanunun davalılar için tayin ettiği *müşterek yetkili mahkeme* sayılmakta ve davanın burada açılması gerektiği, seçim hakkının kullanılamayacağı ileri sürülmektedir. Bu kanaatin sonucu olarak seçim hakkı ancak davalının tek olması veya birden çoksa hepsinin aynı yerde mukim bulunması halinde kullanılabilir.

Yalnız, TK. 340. maddenin 309. maddeye atfı sadece 336 ve 337. maddelerdeki sorumluluk hallerine özgü olduğu için ancak bu hallerde ve yönetim kurulu üyelerinin 336. madde gereğince sorumlu tutulduğu sair hallerde⁷, 309 m. maddedeki yetki kuralından yararlanmak kabildir. Bunlar haricindeki sorumluluk hallerinde belki sadece 309 ill'ün kıyasen uygulanması düşünülebilir. Eğer bu kıyasa cevaz verilmezse genel kural yürür. Bu halde de davalıların ikametgahı mahkemesi yanında, HUMK 10 ve 21. maddelerindeki akitten ve haksız fiilden doğan davalarda davacıya tanınan ek imkanlardan istifade edilmesi söz konusu olacaktır.

Burada uygulamada karşılaşılan bir soruna cevap bulmamız gerekiyor: Sorumluluğu yaratan işyeri ya da eylemin cereyan ettiği tarihteki şirket merkezi sonradan değiştirilmişse dava nerede açılacaktır? Kural olarak dava, dava açıldığı tarihteki merkezde açılmalıdır. Ancak şirketin merkezi değiştirmesi ticari bir ihtiyaçtan kaynaklanmayıp sırf yetkili mahke-

⁶ DOMANIÇ 116; ATAN 79.

⁷ TK. 346, 433.

menin yerini değiştirmek amacına dayalı ise, diğer bir anlatımla merkez nakli hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebiliyorsa bu takdirde davacı eski merkezde de dava açabilmelidir.

2. Görevli Mahkeme

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davası ticaret mahkemesinde görülmesi gereken davalardandır. Ticaret mahkemelerinin iş sahasını tayin eden TK. 4. maddesi, tarafların sıfatına bakılmaksızın Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işlerden doğan davaların ticaret mahkemelerinin iş sahasına gireceğini belirtmektedir. Şu halde, anonim ortaklık yöneticilerinin hukuki sorumluluklarını gerektiren haller de Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olduğundan bu hususta açılacak dava doktrinin deyişiyle ticaret mahkemesinde görülmesi gereken *mutlak ticari davalardandır*⁸.

Yargıtay **HGK.** yönetim kurulu üyeleri ve müdürler aleyhine açılan sorumluluk davalarının özel görevli iş mahkemesinde mi yoksa ticaret mahkemesinde mi görüleceğini tartıştığı 05.02.2003 t. ve E-9/82 K. 65 sayılı kararında^{8a}, ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki sözleşmenin "vekalet akdi" olduğu gerekçesiyle varmıştır. Yargıtay'ın kanaatine göre ortaklığa hizmet sözleşmesi ile bağlı olan müdürler aleyhine açılacak davalar ise iş mahkemesinde görülür.

5411 sa. BankK'nun 142. maddesinin 1. fıkrasına göre " Fon, Fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına asliye ticaret mahkemeleri tarafından bakılır. O yerde birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması halinde bu davalar (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemesinde görülür".

Vurgulamak isterim ki özel görevli mahkemeler sadece BankK uyarınca Fon ve bankalar ya da bankaların iflas idareleri tarafından sorumlular aleyhine açılacak tazminat davalarına bakmakla görevli kılınmışlardır.

⁸ Blcz: GÜRDOĞAN, B. Ticari Usul Hukuku AHFD. 13/1-2, 172, BOZER, A.: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Ticari Usul, Tebliğ, Hafta I, 58 vd. 62; ÇAM(X;LU, E.: Ticaret ve Hukuk Mahkemesi Ayırımının Hukuki Sonuçları, İHFM. 1964/4, 1047 vd.; SEMİZ, A.: Türk Ticaret Kanununa göre Ticari İş - Ticari Dava, İstanbul 1959, 3 vd.; KARAYALÇIN 251.

^{8a} Blcz: Yarg. 11. HD. 30.10.207 t. E. 10815 K. 13471; ERİŞ, TTK² m.336 s.2411.

Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği gibi 4389 sa.K'nun 15/7 a hükmüne göre (5411 sa K.m.71) Fon'a alınmış olsa dahi banka denetçileri tarafından TK 336. vd.hükümlerine göre açılan sorumluluk davası (özel görevli ticaret mahkemesinde değil) olağan asliye ticaret mahkemesinde görülür.

II. YARGILAMA USULÜ

1. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasında TK. 1460. maddesinin sarahati gereğince *basit muhakeme usulü* yürür⁹.

2. Birden çok yönetim kurulu üyesi hakkında aynı sebebe dayanılarak sorumluluk davası açılacaksa, bu dava birlikte açılabileceği gibi, aynı sebebe dayanarak dava açacak olan ortaklık, ortaklar ve alacaklılar birlikte dava ikame etmek imkanına da sahiptirler¹⁰ (HUMK 43). Eğer davalar aynı ayn açılmışlarsa, arada irtibat bulunduğu şüphesiz olduğundan davanın her aşamasında *birleştirilmelerine* karar verilebilir¹¹ (HUMK 46).

3. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasında deliller TK. 4. maddenin son fıkrası gereğince HUMK'a tabidir. Davanın her iki tarafı da tacir olmadığı için yöneticiler aleyhine, ortaklığın ticari defterlerini özel delil olarak kullanmak imkanı yoktur (TK. 82).

⁹ POSTACIOĞLU 552; KURU, Usul 713; BİLGE, Yargılama 641.

¹⁰ Bkz.: S.Ş. ANSAY 129 N. 74; KURU, Usul 494 vd.

¹¹ KURU, Usul 502 vd.; POSTACIOĞLU 268.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DURUMLARDA SORUMLULUK

§ 13. İLK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Ticaret Kanunu, yönetim kurulu üyelerine anonim ortaklığın normal faaliyeti sırasındaki kusurlu işlem ve eylemlerinden dolayı yüklediği hukuki sorumluluk yanında, ilk yönetim kurulu üyelerine faaliyet dönemlerinin özelliği ek bir mükellefiyet daha yüklemiştir. Gerçekten, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından hemen sonra faaliyet gösterecek olan ilk yönetim kurulu üyeleri, durumları ve mevkileri icabı kuruluş sırasında yapılması olası yolsuzlukları ortaya çıkarmaya en uygun kimselerdir. Bu hususu göz önünde tutan kanun koyucu ilk yönetim kurulu üyelerine ve denetçilere¹ kuruluş işlemlerindeki yolsuzlukları araştırmak mükellefiyetini yüklemiş ve tetkik işinde ihmalleri görülen yöneticilerle denetçileri bu yüzden doğacak zarardan müteselsilen sorumlu tutmuştur. Fakat, kanunun getirdiği sisteme göre kuruluş işlemlerinde yapılan yolsuzluklardan *birinci derecede kurucular ve bunların fiillerine iştirak eden sair şahıslar*² sorumlu oldukla-

¹ TK. 308. madde ilk yönetim kurulu üyeleri ile birlikte denetçilere de kuruluş işlemlerindeki yolsuzlukları tetkik mükellefiyeti yüklemiş ve denetçileri de bu husustaki ihmallerinden dolayı, yöneticilerle birlikte müteselsilen sorumlu tutmuştur. Denetçilerin sorumluluğu konumuz haricinde kaldığı için problem sadece yönetim kurulu üyeleri anılarak ele alınmıştır.

² Ayın sermaye koyan veya devreden ortaklarla ilçüncil kişiler, kuruluşla ilgili vesikaları düzenleyen kişiler, banka, bilirkişi, noter, hatta ticaret sicili memuru gibi. Bkz.: **SCHUCANY** Art. 753 N. 1; **FUNK** Art. 753 N. 2.

ndan, ilk yöneticiler, bu yüzden doğan zararın asıl sorumlulardan tahsil edilememiş olması halinde yfını *ikinci derecede* sorumludurlar.

Aynı türden bir sorumluluğa yeni seçilen yönetim kurulu üyelerinin seleflerinin yolsuz işlemlerini denetçilere bildirme borcunu yerine getirmemeleri halinde de rastlanır (TK. 337). Burada da yeni seçilen yönetim kurulu üyesine seleflerinin işlemlerini incelemek ve tesbit edilen yolsuzlukları denetçilere bildirmek mükellefiyeti yüklenmiştir. Bu inceleme ve bildirme mükellefiyetini yerine getirmeyen yeni yönetim kurulu üyeleri, seleflerinin sorumluluğuna iştirak ederler. Fakat görüldüğü gibi 337• maddedeki sorumluluk, 308. madde ile ilk yöneticilere yüklenen sorumluluk gibi ikinci derecede olmayıp birinci derecededir³.

il. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

İlk yönetim kurulu üyelerinin kuruluşta yapılan yolsuzluklardan sorumlu tutulabilmesi için, yöneticilerin kuruluştaki yolsuzlukları incelemede *ihmal* göstermiş olmaları ve hasıl olan zararın asıl sorumlu şahıslardan tahsil edilememiş olması lazımdır. Kuruluştaki yolsuzlukları inceleme görevi, yönetim kuruluna heyet halinde değil, üyelere münferiden yüklenmiş bir görevdir. Nitekim 1474. madde gereğince metne dahil addedilen 308. maddenin kenar başlığı "idare meclisi ve murakabe heyeti *llzalannın* mesuliyeti" olduğu gibi 308. maddenin metni de, "inceleme işini ihmal eden idare meclisi *azalarından*" bahseder⁴. Bu görev, ferden üyelere yüklenmiş olduğu için bir vekile veya murahhasa bırakılması da mümkün değildir⁵.

1. Kusur

tık yöneticilerin 308. maddede yer alan sorumlulukları, Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında kabul ettiği genel sisteme uygun olarak bir kusur sorumluluğudur. Nitekim, 308. madde ilk yöneticilerin kuruluş işlemlerini incelemede "*ihmal*," göstermelerini aramakla kusurlu bir sorumluluk hali düzenlediğini göstermiştir⁶. Sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir, ihmal yeterli görülmüştür.

³ ARSLANLI il 178; MIMAROĞLU %.

⁴ tık yönetim kurulu üyelerine aynı tipten bir görev. Alm. TK. 204, Alm. POK 48; Fr. OK. 6, 7 ile de yüklenmiştir. Karş. lsv. BK. 753 N. 2.

⁵ DOMANIÇ 61.

⁶ DOMANIÇ 75; Alman hukukunda da kusurlu sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bkz.: BAUMBACH/HUECK § 48 N. 3; GODIN/WILHELM1 § 48 N. 2.

2. Tazminatın Birinci Derecede Sorumlulardan Tahsil Edilememiş Olması (İkinci Derecede Sorumluluk)

tık yönetim kurulu üyelerinin kuruluştaki yolsuzluklardan sorumlu tutulabilmelerinin ikinci şartı, zararın birinci derecede sorumlu olan kimselerden tahsil edilememiş bulunmasıdır. Belirtildiği gibi ilk yöneticilerin sorumluluğu *ikinci derecede* veya *fer'i* bir sorumluluktur. Tazminatın birinci derecede sorumlulardan tahsil edilememiş olmasının anlamı, tazminatın tahsilinin mümkün olmadığının hukuken sabit olması, yani bu şahıslara karşı girişilen icra takibinin semeresiz kalması veya haklarında iflas ilamının alınmış bulunmasıdır. Ancak, zararın asıl sorumlulardan alınamamış olmasından bu şahıslar aleyhine açılan davanın reddedilmiş olması anlaşılmamalıdır. Şayet asıl sorumlulara karşı açılan dava herhangi bir sebeple reddedilmiş olursa sorumluluğu ikinci derecede olan ilk yöneticilere de başvurmak imkanı kalmaz. Zira asıl sorumlular hakkında alınan ilam ikinci derecede sorumlu olan ilk yönetim kurulu üyeleri için de kesin hüküm teşkil eder⁷. Yine, asıl sorumlular aleyhine girişilen icra takibi, takipte bulunan tazminat alacaklısının (şirket, ortak veya alacaklı) kusuru yüzünden müsbet sonuç vermemişse, kefalettaki duruma kıyasen (BK. 486 I), ikinci derecede sorumlu olan ilk yönetim kurulu üyelerine de başvurulamaz⁸. Tazminat asıl borçlulardan tahsil edildiği oranda ilk yöneticiler sorumluluktan kurtulurlar.

TK. 308. maddesinin metni, ilk yöneticilerin sorumluluğuna gidebilmek için tazminatın *kuruculardan* alınamamış olmasından bahsetmekte ise de, kanunun ruhuna uygun bir yorumla, kurucularla birlikte müteselsilen sorumlu bulunan diğer kuruluş sorumlularından tahsil edilememiş olmasını aramak gerekir⁹. Yani, davacılar birinci derecede sorumlulardan sadece kurucuları takip edip bu takipten semere alamayınca ilk yöneticilere başvurmak imkanına sahip olamazlar. Kurucular yanında kuruluştan mesul bulunan diğer kimseleri de¹⁰ takip etmeleri ve bu takiplerden de sonuç alamadıkları takdirde, ilk yönetim kurulu üyelerine gitmeleri gerekir. *Domaniç'in* kanaatine göre¹¹, gerek kurucularla aynı sırada sorumlu

⁷ GÜRDÖĞAN 85 ve dpn. 396'da anılan yazarlar; POSTACIOĞLU 566; BİLGE, Yargılama 601.

⁸ DOMANIÇ 62, 64, 71.

⁹ Nitekim Alın. TK. § 204 ile, tazminatın sadece kuruculardan değil bütünü birinci derecede sorumlu olanlardan tahsil edilememiş olmasını aramıştır. Bkz.: STAUB/PINNER § 204 N. 7.

¹⁰ Diğer sorumlular için bkz. dpn. 2.

¹¹ DOMANIÇ 63.

bulunan şahısların onlarla müteselsilen mesul olmaları, gerekse ilk yöneticilerin sorumluluğunun ikincil (fert) niteliği bu sonucu destekleyici delillerdir.

3. Zarar ve Nedensellik Bağı

Sorumluluk hukukunun umumi hükümlerine göre bir tazminat yükümünün doğabilmesi için, zararın bulunması ve kusurlu hareketle zarar arasında nedensellik bağının mevcut olması aranır. Tık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda zarar, kuruluştan dolayı sorumlu olan şahısların ortaklığa, alacaklılara veya ortaklara vermiş oldukları zarardır. Bu zararın, yöneticilerin kuruluş işlemlerini tetkikte ihmal göstermiş olmalarının sonucu olarak doğmuş bulunması zorunluğu yoktur. Yani kuruluş sorumlularının eylemi ile zarar arasında bu anlamda bir *nedensellik bağı* da aranmaz. Çünkü ille yöneticiler, kuruluş sorumlularının meydana getirdikleri zarardan adeta bir nevi adi kefil gibi sorumlu tutulmuşlardır. Belki, nedensellik bağının zararın doğuşu yönünden değil de yönetim kurulu üyelerinin gösterdikleri ihmal sonucunda devam etmesi yönünden aranması gerektiği söylenebilir¹².

111. SORUMLULUĞUN MAHİYETİ

Yukarıda belirtildiği gibi ilk yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ikinci derecededir. Yani tazminatın birinci derecede sorumlulardan tahsil edilememesi halinde bahis konusu olabilir. Gerçekleşmesi yönünden ikinci derecede olan bu sorumluluk, şartları gerçekleştikten sonra mesul olan ilk yönetim kurulu üyeleri (ve murakıplar) arasında *müteselsildir*¹³ (TK. 308). Tazminat alacaklıları zararın tamamı için herhangi bir sıra gözetmeksizin sorumlu yöneticilerden her birine başvurabilirler.

İlk bakışta, kuruluş yolsuzluklarını inceleme görevini ferden yüklenmiş bulunan yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu tutulmaları birbiriyle uyumlu olmayan iki hüküm gibi görünebilir. Kanaatimce, bu tanzim tarzı fazla yadırganmamalıdır. Ticaret Kanunu, üyelerin birbirlerini daha iyi kontrol etmelerini temin gayesi ile genel sorumluluk hallerinde olduğu gibi, ilk yöneticiler için de müteselsil sorumluluk koymuştur.

¹² DOMANIÇ 60.

¹³ Alman hukukunda da teselsül kabul edilmiştir. Bkz.: GODIN/WILHELM § 48 N. 8; GADOW/FISCHER § 41 N. 9; BAUMBACHWUECK § 48 N. 3.

Bundan ötürü kanunun kuruluş işlemlerini inceleme görevini ilk yönetim kurulu üyelerine ferden yüklemiş olması, müteselsil sorumluluk prensibinin konmasına engel teşkil etmez. Nitekim TK. 337. maddesinde yeni seçilen yönetim kurulu üyelerine de ferden seleflerinin işlemlerini tetkik ve tesbit ettikleri yolsuzlukları denetçilere bildirmek görevi yüklenmiş, bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde yönetim kurulu üyesinin seleflerinin sorumluluğuna iştirak edeceği, yani gereğinde onlarla birlikte 336. madde gereğince müteselsilen sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

*Domanıç*¹⁴ ilk yöneticilere kuruluş işlemlerini tetkik görevinin münferiden yüklenmesi karşısında, müteselsil sorumluluk esasının kabul edilmesini pratik ve rasyonel bulmuyor. Yazara göre, söz konusu sorumluluğun gerçekleşmesi için ya bütün üyeler aleyhine birlikte dava açılması (HUMK 43) veya her biri aleyhine ayrı dava açılarak o üyenin inceleme görevinde ihmal gösterdiğinin isbat edilmesi gerekir. Bir üye aleyhine alınan ilam, her biri kendi kusurlarından sorumlu tutulmuş olduğu için, diğer müteselsil sorumlu üyeler hakkında kesin hüküm teşkil etmez. Ayrıca, müteselsilen sorumlu tutulan şahısların her birinin sorumluluğunun ayrı gerçekleşme şartlarına (incelemede ihmal) tabi tutulması da müteselsil sorumluluk ilkesi ile uyumlu değildir. Bu sebeple yazar, inceleme yükümünün heyet halinde yönetim kuruluna yüklenmesini yerinde bulmaktadır. Zira bu halde davacı sadece kuruluştaki yolsuzlukların incelenmesinde ihmal gösterildiğini isbatla yetinecek, bu ihmalde her üyenin hissesi olduğunu isbat zorunda kalmayacaktır.

İnceleme görevinin yönetim kurulu üyelerine ferden yüklenmesinin tatbiki bir sakıncası da *Domanıç*'in kanaatine göre¹⁵ her üyenin yetenek, tahsil ve mesleki deneyim itibarıyla bu görevi aynı derecede ifaya elverişli olmayışıdır. Yine, her üyenin tetkiklerinden edindiği kanaat ve vardığı sonuç aynı olmayabilir, bunun sonucunda da işin mahkemeye intikal ettirilip ettirilmemesi hususunda fikir ayrılığı doğabilir. Eğer görev heyet halinde yönetim kuruluna verilseydi, bu husus kurul içinden veya dışardan tayin olunacak bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti marifetiyle tetkik ettirilecek ve bu suretle bir yandan fikir ayrılıkları önlenirken diğer yandan da incelemelerden dahaverimli sonuç alınacaktır.

¹⁴ DOMANIÇ 69, 70.

¹⁵ Ibid.

Kanaatımca yazarın işaret ettiği sakıncaların büyük kısmı varit değildir. Çünkü ileri sürülen bu sakıncalar yazarın, ilk yöneticilerin sorumluluğunda isbat yükünü davacılara yüklemesinden doğmaktadır. Oysa, kanımca ilk yöneticilerin sorumluluğu *akde dayanan bir sorumluluktur*¹⁶. Sorumluluğun hukuki kaynağı akid sayılınca da, BK. 96'daki kusur karinesinin yürümesi ve kusursuzluğunu isbat yükünün davalı ilk yöneticilere düşmesi gerekir. Burada yönetim kurulu üyelerinin genel sorumluluk hallerinde olduğu gibi (TK. 338) sarahaten bir kusur karinesinin kabul edilmemiş olması sonucu değiştirmez. Sorumluluk akde dayalı olduğu için BK. 96'daki *kusur karinesi* burada da yürür. Sözü geçen karinenin uygulandığı yerlerde kusursuz olduğunu isbat yükü sorumlulara düşer; ancak sorumlular için kurtuluş beyyinesi getirmek imkanı açıktır. Böylece müteselsilen sorumlu olan ilk yöneticiler karine olarak kuruluş yolsuzluklarını incelemede ihmal göstermiş sayılırlar; bu yükümü gereği gibi yerine getirmiş olduğunu isbatlayan üye sorumluluk halkasından çıkar; bu yükümü yerine getirmediği müddetçe sorumlu kalır. İnceleme mükellefiyetinin üyelere ayn ayn yüklenmiş olması kanaatimca faydalı olmuştur. Bilgi, kabiliyet ve dikkatleri farklı olan yöneticilerin hepsinin ayn ayn tetkikle yükümlü bulunmaları, yolsuzluğun ortaya çıkma olasılığını arttıracaktır. Buna karşı inceleme görevi yönetim kuruluna tahmil edilmiş ve yönetim kurulu da seçeceği bir heyeti bu işle görevlendirmiş olması halinde, neticeye ulaşsın ulaşmasın bu heyetin tetkikatı ile yetinilecektir. Sonra, bir üyenin yaptığı inceleme sonucunda yolsuzluğu tesbit edememiş olması, diğer üyeleri inceleme yükümünden kurtarmayacağı halde, yolsuzluğu birisinin tesbit etmiş olması bu olgudan hepsini yararlandıracaktır. Çünkü müteselsil borcun ifasını düzenleyen ve yaptığı ödeme veya takas ile borcun tamamını veya bir kısmını düşüren müteselsil borçlulardan birinin, düşen borç nisbetinde diğer borçluları borcundan kurtarmış olacağı hükmünü koyan BK. 145 maddesi, burada da uygulama alanı bulur. Buna göre yaptığı inceleme sonucunda yolsuzluğu ortaya koyan yönetim kurulu üyesi diğer üyeleri inceleme borcundan kurtarmış olur.

¹⁶ Alman hukukunda aynı çözüm için bkz.: **GADOW/FISCHER** § 41 N. 8; **BAUMBACH/HUECK** § 48 N. 3. Bkz.: § 3 il ve aşağıda IV 1.

IV. SORUMLULUĞUN HUKUKİ KAYNAĞI VE İSBAT YÜKÜ

1. Sorumluluğun Hukuki Kaynağı

İlk yönetim kurulu üyelerinin kuruluştaki yolsuzlukları incelemede gösterecekleri ihmal sebebiyle sorumlu tutulmaları, üçüncü şahsın zararının tazmininin kanun tarafından öngörüldüğü istisnai hallerden birisidir. Genel sorumluluk halleri konusunda belirtmiş olduğumuz gibi¹⁷ burada da sözleşmeye aykırılığa dayanan bir sorumluluk söz konusudur¹⁸. İlk yönetim kurulu üyelerine karşı asli dava hakkı sahibi ortaklıktır. Şu anlamda ki, giderilmesi gereken ortaklığın uğradığı doğrudan doğruya bir zarardır. Ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında ise bir sözleşme bağı mevcuttur¹⁹ ilk yöneticiler bu akdin bir gereği olarak kendilerine yüklenen kuruluş yolsuzluklarının tetkikinde ihmal göstermişlerdir. Bu davranış, yönetim kurulu üyeleri için genel bir yüküm olan *özen borcuna* da aykırı düşer²⁰. Diğer taraftan anonim ortaklık ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki akit genellikle vekalet olarak nitelendirildiğinden, ilk yöneticilerin kuruluş yolsuzluklarını inceleme borcu, vekilin *müvekkilin menfaatini koruma* ve işlerinin görülmesinde *özen gösterme* borcunun bir gereği olarak da karşımıza çıkar. Davacılar safında yer alan ortaklık alacaklıları ve ortakların dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs sıfatıyla talep haklarında ise ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdi ilişkiye dayanmaları kabul edildiğine göre²¹ sorumluluğun onlara karşı da akdi kaynaktan olduğu kabul olunmalıdır. Yöneticilerin ortaklığa, alacaklılara ve ortaklara karşı sorumluluğunun kaynağı olarak akdi bağın kabulünün davacıların menfaatini korumak yönünden daha elverişli olduğu da şüphesizdir^{21a}.

2. İsbat Yüğü

İlk yöneticilerin sorumluluğı konusunda isbatı gereken iki husus vardır: (a.) Yönetim kurulu üyelerinin ihmali (kusuru), (b.) Zararın birinci derecede sorumlulardan tahsil edilmemiş olduğu. Yönetim kurulu üyelerinin kusuru konusunda isbat yükünün kime ait olacağı sorumluluk için kabul

¹⁷ Bkz.: § 9 il 2 a.

¹⁸ Bkz.: **GADOW/FİSCHER** § 41 N. 8; **BAUMBACH/HUECK** § 48 N. 3. karş.: **ARSLANLI** I 83.

¹⁹ Bkz.: § 9 il 2 a, 3.

²⁰ Bkz.: § 7 III 1 l.

²¹ Bkz.: § 10 il 2 b.

^{21a} Bkz.: § 10 il 5.

edilen hukuki dayanağa göre değişecektir. Kanımca burada akdi kaynaktan doğan bir sorumluluk mevcut olduğu için yöneticilerin kuruluş yolsuzluklarını tetkikte ihmalleri bulunduğu isbat davacılara düşmez²². Akdi sorumlulukta BK. 96. maddenin kabul ettiği sisteme göre sözleşmeye dayalı sorumlulukta fail açısından *kusur karinesi* kabul edilmiştir. Bu nedenle, kusuru bulunmadığını isbat yükü davalıya düşmektedir. Şu halde aleyhlerine sorumluluk davası açılan ilk yönetim kurulu üyeleri, kuruluş işlemleri sebebiyle kendilerine ferden yüklenen inceleme yükümünü gereği gibi²³ yerine getirmiş ve gerekli özeni göstermiş olduğunu isbat edemedikleri sürece müteselsil sorumluluk halkasına dahil olurlar; kusursuzluğunu isbat edebilen üye ise bu halkadan çıkar.

İsbat yükünün bu surette dağıtılması pratik ihtiyaca da uygundur. Nitekim davacıların, ilk yönetim kurulu üyelerinin kuruluş yolsuzluklarını tetkikte ihmal gösterdiklerini isbatlan, yönetim kurulunun gerekli incelemeyi yapmış bulunduğunu isbat etmesinden daha güçtür. Buna karşılık, zararın birinci derecede sorumlulardan tahsil edilememiş olduğunun isbatı ise davacıya düşer. Çünkü zararın asıl sorumlulardan tahsil edilememiş olması ilk yöneticilere karşı sorumluluk davası açılabilmesinin bir *ön şarttır*. Yönetim kurulu üyeleri ikinci derecede sorumlu olup, bu ön şart gerçekleşmeden onlara başvurulması mümkün değildir. BK. 96. maddenin koyduğu karine sebebiyle isbat yükünün yer değiştirmesi sadece kusur konusuna inhisar eder.

Bankacılık Kanunu'nun 137. maddesi: "*Fon tarafından bu kanunun 108 ve 1 JO'uncu maddeleri hükümleri uyanınca açılmış ve açılacak davalarda isbat külfeti davalılara aittir*" hükmünü koymuştur. Kanımca bu hüküm yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk ve iflas davalarında isbat yükünün dağılım bağlamında bir yenilik getirmemiştir²³³. Yukarıda da değindiğim gibi sözleşmeye dayalı sorumlulukta kusur karinesi nedeni ile kusursuzluğunu isbat yükü yönetim kurulu üyelerine aittir. Maddi olguları ve zararını kanıtlama yükü ise davacı Fon'dadır; isbat hukukunun bu evrensel kuralı değiştirilemez.

²² Bkz.: SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI § 43 N. 2; GADOW/FISCHER § 41 N. 8; BAUMBACH/HUECK § 48 N. 2; Aksi kanıda: DOMANIÇ 66, 67; ATAN 91.

²³ Yönetim kurulu üyeleri, ortaklığın bütün işlerinin görülmesinde kendilerine yüklenmiş bulunan özen gösterme borcunu, kuruluş yolsuzluklarının tetkiki hususunda da göstermelidirler. Özen borcu konusunda bkz: § 7 III J 1.

^{23a} BankK. 137. maddesindeki hükmün, bankaya bir sözleşme ile bağlı olmayan hakim ortaklar ve yasanın sorumlu kıldığı diğer kişilerle ilgili kanıt yükünü değiştirdiği söylenebilir.

V. SORUMLULUK DAVASININ ŞARTLARI VE TARAFLARI

İlk yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davasında davacı ve davalılar, dava hakkının şartları, davacının ortaklığın gördüğü zararın tamamını talep edip edemeyeceği, yönetim kurulu üyelerinin genel sorumluluk hallerinde olduğu gibidir²⁴. Yukarıda ayrıntılarıyla incelediğimiz bu konuyu burada tekrar ele almıyorum.

VI. RÜCU HAKKI

İlk yönetim kurulu üyelerinin kuruluştaki yolsuzluklardan dolayı sorumluluğu, ikinci derecede yani kefilin sorumluluğuna benzer nitelikte olduğu için, tazminat ödemek zorunda kalan üyelerin ödemeleri nisbetinde asıl sorumlulara rücu hakkı bulunduğu da kabul edilmelidir. İkinci derecede sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin bu sorumluluğu nihai olarak yüklenmeleri söz konusu değildir.

Bizi yöneticilerin rücu hakkının varlığı sonucuna götürecektir ilk hukuki dayanak, kefalet müessesesindeki, alacaklıya ödemede bulunan kefilin, alacaklının haklarına halef olacağı yolundaki BK."490. maddesinin kıyasen uygulanmasıdır^{24a}. Şüphesiz bunun yanında, eğer şartları varsa, haksız iktisap hükmünden yararlanmak imkanı da mevcuttur. Çünkü ilk yöneticiler, birinci derecede sorumlu olmadıkları bir zararı ödemiş, buna karşılık birinci derecede sorumlu olan kimseler sorumluluklarını gerektiren fiille kendilerine haksız bazı çıkarlar sağlamış olabilirler. Bu şartlar olayda gerçekleşmişse, ilk yönetim kurulu üyelerinin haksız iktisap sebebiyle birinci derecede sorumlu kişilere başvurmaları kabil olacaktır. Ancak, ilk yöneticilerin, davacılar tazminat ödemek zorunda kaldıkları her halde, haksız iktisabın şartları gerçekleşmemiş olabileceği gibi²⁵, haksız iktisap yolunun götüreceği sonuç da davacı için her zaman tatminkar olmayabilir. Çünkü iyi niyetli haksız müktesip, talep anında malvarlığında mevcut artıştan fazlasını geri vermekle mükellef değildir. Bu itibarla da-

²⁴ Bkz.: § 9, 10.

^{24a} Bkz.: DOMANIÇ 65; Yazar ayrıca (s. 64) yönetim kurulu üyelerinin tetkik mükellefiyetini ihmal etmeleri ile, kuruluştaki yolsuzlukların meydana getirdiği zarar arasında illiyet bağı bulunmamasını da rücu hakkının varlığına delil saymaktadır ve yöneticilerin ihmali zararın doğumuna değil, belki devamına sebep olduğu için, sorumlulukları sebep oldukları zarar oranında olmalıdır, görüşünü ileri sürmektedir (s. 65).

²⁵ Mesela, esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması sebebiyle söz konusu olan bir sorumlulukta (TK. 306) haksız iktisap gerçekleşmeyebilir.

ha avantajlı olan halefixet yolunun seçilmesi tercih edilmelidir²⁶.

11k yönetim kurulu üyelerinin iiicu hakkını kullanabilmeleri için, tazminatı kendilerinden talep eden davacılara karşı, asıl borçluların ortaklığa karşı haiz oldukları bütün defileri ileri sürmüş olmaları gerekir. Bu yükümü yerine getirmeyen ilk yöneticiler iiicu hakkını kaybederler. *Domanîç'* in kanaatine göre²⁷ yönetim kurulu üyelerinin ileri sürmek zorunda oldukları defiler, BK. 497. maddenin ifadesi ile "kefilin (ilk yönetim kurulu üyesinin) taahhüdünün mahiyetine yabancı olmayan defiler,,dir. Mesela yönetim kurulu üyeleri kuruculardan birisinin tazminat alacaklısına karşı haiz olduğu takas defini ileri sürmeğe yetkili değıllerdir.

11k yönetim kurulu üyelerinin iiicu hakkını koruyabilmeleri için yaptı.kla-n ödemeleri vaktinde borçlulara *ihbar* etmeleri gerekir. Bu ihbar yapılmadığı takdirde asıl borçluların ortaklığa iyi niyetle mükerrer ödemedede bulunması mümkündür. Bu durumda, ilk yöneticilerin tazminat ödedikleri kimseye kısaca şirkete karşı sadece bir haksız iktisap talepleri söz konusu olabilir.

İlk yönetim kurulu üyeleri ödedikleri tazminat için birinci derecede sorumlu olanlara iiicu edebilecekleri gibi, müteselsil sorumlulukları nede niyle hissesine düşenden fazlasını ödeyen yönetim kurulu üyeleri diğ er yönetim kurulu üyelerine de iiicu edebilirler. Yönetim kurulu üyelerinin birbirlerine karşı iiicu hakkı ve oranlan müteselsil sorumluluk hükümleri uyarınca kural olarak kusurları derecesinde, aksi sabit olmadıkça da eşit olarak hakim tarafından tayin ve takdir olunur²⁸.

VII. İLK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNU DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından hemen sonra göreve başlayan ilk yönetim kurulu üyeleri için kuruluş işlemlerini inceleme yükümü konulmuş olması ve bunda ihmalleri göiilen üyelerin müteselsilen sorumlu tutulmaları kuruluşdaki yolsuzlukları tesbit etme ve önleme yönünden faydalıdır. Kanımca inceleme yükümünün yönetim kurulu üyelerine ferdan yüklenmiş olması da isabetlidir. Ancak;

²⁶ Bkz.: v. **TUHR** (Edege) II 871 vd.; **SAYMEN/ELBİR** 1/2, 760 vd.

²⁷ **DOMANİÇ** 65; Aynı kanı: **ATAN** 90.

²⁸ v. **TUHR** (Edege) II 864; **SAYMEN/ELBİR** I/2, 787 vd.

1. Davacıların ilk yönetim kurulu üyelerine başvurabilmeleri için, birinci derecede sorumlu olanların hepsini takip edip bundan sonuç alamamış olmaları gerektiğinden, Ticaret Kanunu'nun "tazminatın sadece kuruculardan alınamamış" olmasından bahsetmesi tereddüt yaratacak niteliktedir. Bundan dolayı, bu ibarenin tereddütleri giderecek şekilde düzeltilmesi, tazminatın birinci derecede sorumlu olanlardan alınamamış olması şartının belirtilmesi faydalı olacaktır²⁹.

2. TK. 308. maddenin bugünkü sisteminde ilk yöneticilerin incelemede gösterdikleri kusurun isbatı rejimi bazı tereddütler yaratabilir. Eğer, görüşümüze uygun olarak ilk yöneticilerin 308. maddedeki sorumluluklarının kaynağının sözleşme olduğu kabul edilecek olursa, ilk yöneticiler karine olarak kusurlu addedileceklerinden kusurları bulunmadığını isbat etmedikleri sürece sorumlu tutulacaklardır. Fakat, sorumluluğun kaynağı haksız fiile dayandırılacak olursa, isbat yükü davacıda olacağı için kuruluştaki yolsuzlukları inceleme görevini ferden yüklenmiş bulunan ilk yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi her birinin ayn ayn kusurunun isbatı güçlüğü ile karşılaşacaktır. İşte sorumluluğun hukukî kaynağı hakkındaki değişebilen görüşlerin bizi isbat yükü yönünden pratik ihtiyaçlara uymayan sonuçlara götürmemesini temin için, ilk yöneticilerin sorumluluğu konusunda da yönetim kurulu üyelerinin genel sorumluluk hallerinde olduğu gibi (TK. 338) açık bir kusur karinesinin kabulü uygun olacaktır.

²⁹ Bkz.: il 2.

§ 14. MÜDÜR TA.YİNİ HALİNDE SORUMLULUK

!.KAVRAM

Ticaret Kanunu, 342. maddesi ile, ortaklık işlerinin dış ilişkide icra saflıasının pay sahibi olan veya olmayan *müdürlere* bırakılmasına izin vermiştir. TK. 342. maddedeki müdürlük müessesesi, 319. madde gereğince atanan *murahhas müdürlükten*¹ farklıdır. Murahhas müdür yönetim kurulunun yetkileriyle donatılmış organ-müdür niteliğini taşır. Murahhas müdür tayini, ana sözleşmede buna izin veren bir hükmün bulunmasına bağlı olduğu halde, icra organı olan müdürler böyle bir hüküm bulunmaksızın da tayin olunabilir. Ana sözleşmede aksi emredilmiş olmadıkça müdürleri, yönetim kurulu tayin ve azledebilir (TK. 343). Müdürlerin yönetim kurulu üyeleri arasından, pay sahiplerinden veya pay sahibi dahi olmayan üçüncü şahıslardan atanması mümkündür². Murahhas müdür yönetim kurulunun gözetim ve emri altında bulunmaksızın faaliyet gösterdiği halde, müdürler yönetim kurulunun talimatı altında görev yaparlar³. Diğer bir fark da, murahhas müdürün yönetim ve temsil yetkisi ile donatılabilmesine karşılık müdürlere yönetim hakkının verilmesinin caiz olmaması, sadece ortaklık işlerinin uygulama aşamasının bırakılabilmesinde görülür. Müdür tayin edilmiş olsa dahi yönetim kurulu idare_hakkını ve temsil yetkisini yine muhafaza eder.

¹ Bkz.: § 15 I 2.

² HİRŞ 305 N. 320; KARACA 26 vd.; İMREGÜN (Anonim Ortaklıklar 253) müdürleri ticari mümessil olarak niteler.

³ Bkz.: KARACA 57, 63 vd.

Müdürler ortaklığın gnlUluk (cart) işlerini göiiirler. Ticari mümessil olarak nitelendirilmeleri mümkün olmadığından, kendilerine özel yetki verilmediği sürece taşınmaz işlemleri yapamazlar, kambiyo taahhütlerinde bulunamaz ve ortaklığı davalarda temsil edemezler. Şahıslarında ayrıca yönetim kurulu üyeliği sıfatı yoksa, yönetim kurulunda oy hakları da yoktur⁴. Görevlerini yönetim kurulunun gözetim ve talimatı altında icra ederler.

Müdür tayini ortaklıkla müdür arasındaki bir akde dayanır. Bu akit kararlaştırılan özel şartlara göre hizmet veya vekalet olabilir. Ancak müdürlerle ortaklık arasındaki akdin daha çok *hivnet* akdinin niteliklerini taşıdığını görüyoruz. Bu nedenle kanımca imzalanan sözleşmenin koşullarından aksi sonuca varılmıyorsa bu akdi hizmet saymak gerekir. Müdürlerin yönetim kurulu tarafından tayini halinde dahi sözleşme bağı müdürle yönetim kurulu arasında değil, müdürle anonim ortaklık arasında meydana gelir.

il. MÜDÜR TAYİNİ HALİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

TK. 346 maddeye göre, kural olarak yönetim kurulu üyeleri müdürlerin sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu değildirler. Fakat yönetim kurulu üyeleri, müdürü tayin ederken ve ona talimat verirken gereken özeni göstermelidir. Şayet ehliyetsiz bir müdür seçmişlerse veya müdürün şirketin zararına sebep olabilecek işlem ve eylemlerine hoşgörü göstermişlerse⁷ veya yönetim kurulunun yetkili olmadığı hususlarda müdürleri yetkili kılarak bir zarara sebep olmuşlarsa, 336. madde hükmüne göre sorumlu olurlar⁸.

⁴ Bankacılık Kanunu'na göre, banka genel müdürleri yönetim kurulunun tabii üyesidir (m. 23).

⁵ MEYER 40; ARSLANLI il 209; MEIER-WEHRLI 70; KREIS 45; ONSUN 253. Fransız doktrin ve uygulamasında vekalet görüşü hakimdir. Bkz.: BURGARD 21 N. 25 vd., 28 N. 34, 125 N. 194; JUGLART/İPPOLITO 399 N. 726; KARACA 332.

⁶ Bkz.: ARSLANLI il 209; ERBEK Hafta I 120. Y a r g ı t a y bu ilişkiyi hizmet olarak nitelendirmektedir. Bkz.: Tı. D. 30.05.1949 N. 2577/2647 (SUNGUR il 216 N. 148; aynı karar: DEL<>CLU, 115); Tı. D. 12.10.1966 N. 4552/3946 (Batider IV/2, 357). İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı yönde bir kararı için bkz.: BGE 53il411.

⁷ ESCARRA IV 315 N. 1573.

⁸ Bkz.: Yargıtay Tı. O. 13.10.1966, N. 4552/3946 sayılı kararı:

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin görev süresini aşan bir zaman için müdür atanamayacağına dair hüküm (TK. 344) kamu düzenine ilişkin bulunmadığından buna aykırı olarak yapılan bir hizmet sözleşmesi hükümsüz sayılamaz. Ancak kanunun bu hükmüne aykırı olarak sözleşme yapan yönetim kurulu üyelerinin İTK'nun 336. maddesi uyarınca sorumlulukları söz konusu olabilir (Batider IV/2, 357).

Ticaret Kanunu'nun 346. maddesi sorumluluk hususunda 336. maddeye atıf yaparak yönetim kurulu üyelerinin *müteselstlen* mesOl olacakları esasını da kabul etmiştir. Ancak, 346. madde, yönetim kurulu üyelerinin 336. madde gereğince "*şirkete karşı*" sorumlu olacağından bahsetmektedir. Bu hüküm lafzen tefsir edilirse müdürlerin tayini ve onların işlemlerini gözetimdeki kusurları sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sadece ortaklığa karşı sorumlu oldukları sonucuna varılabilir. Oysa, 346. maddede söz konusu sorumluluk halinde, 336. maddenin sisteminden ayrılmayı gerektirecek hiçbir sebep yoktur. Bu nedenle 336. maddeye yapılan atfı maddenin bütününe yönelik saymak ve bu yüzden dolayısıyla zarar görmüş olan alacaklılara ve ortaklara da dava hakkı vermek gerekir". Zaten, 336. madde gereğince açılacak sorumluluk davasının şartlarını düzenleyen 341. madde, 309. maddeye atıf yapmakta; 309. maddede ise, alacaklılara ve ortaklara da dava hakkı tanınmış bulunmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin müdürlerin seçimi, atanması ve gözetimi sebebiyle sorumluluğu da bir *kusur karinesine* dayanır ve 338. madde gereğince kusursuzluğunu isbat edemeyen yönetim kurulu üyesi müteselsilen sorumlu kalmakta devam eder. Belirtmek gerekir ki, müdürler sadece icra işleri ile yetkili kılındığı ve yönetim işleri yönetim kurulunun uhdesinde kaldığı için yönetim kurulu üyelerinin yönetime ilişkin işlemler konusundaki sorumlulukları da devam eder.

TK. 346. maddede yönetim kurulu üyeleri için konulan sorumluluk BK. 391. maddedeki vekilin sorumluluğuna benzemektedir. *Arslanlı*'ya göre, müdürlerin işlemleri sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili özel hükümler koymaya gerek yoktur. Çünkü mesele BK. 391'in uygulanması ile de çözümlenebilir. Nitekim, BK. 391 ile TK. 346. maddenin hükümleri aynıdır¹⁰.

Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 391. maddesinde kanunun üçüncü kişinin zararının tazminini açıkça öngördüğü hallerden birisi yer almaktadır. Bu hükme göre, vekilin bir başkasını tevkile yetkili olduğu hallerde, yalnız seçim yetkisini kullanırken ve talimat verirken özen göstermesi gerekmektedir. Yine, BK. 391 III'e göre, vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı sahip olduğu hakları, müvekkil doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyan edebilir.

⁹ Karş.: ATAN 122.

¹⁰ ARSLANLI il 207.

Görüldüğü gibi, BK. 391. maddenin vekilin yerine ikame ettiği şahsın fiillerinden sorumluluğu ile, TK. 346. maddede yer alan, müdürlerin fiillerinden dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu arasında benzerlik vardır. Ana hatları ile, vekilin kendi yerine koyduğu kişiyi, yönetim kurulu üyelerinin müdürü, seçmede, görevlerini yaparken gözetmede ve talimat venede özen göstenneleri sorumluluktan kurtulmaları için yeterli görülmüştür. Ancak, *Arslanlı'nın* kanaati hilafına BK. 391. madde varken TK. 346. madde ile, müdürlerin faaliyetleri sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun düzenlenmiş olması gereksiz değildir. Çünkü, BK. 391. maddenin müdürlerin fiilleri sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda uygulanması mümkün olmadığı gibi, her iki hüküm bizi sorumluluk yönünden farklı sonuçlara götürmekte ve uygulama alanları arasında da tam bir örtüşme bulunmamaktadır. Şöyle ki;

1. BK. 391. maddesi vekilin, yerine yetkilendirdiği şahsın fiilleri sebebiyle sorumluluğunu düzenler. Oysa, müdürün, vekilin vekili (alt vekil) sayılması kabil değildir. Çünkü, müdürün yönetim kurulu tarafından tayin edilmesi halinde dahi, yönetim kurulu heyet olarak anonim ortaklığın organı olup vekili sayılamayacağı için, müdür de vekilin vekili sayılamaz. Yönetim kurulu ile müdürler arasında bir hukuki bağ mevcut olmayıp, müdürler tayin işlemi sonucunda doğrudan doğruya şirketin vekili veya hizmetlisi sıfatını kazanırlar. Kaldı ki müdürlerle şirket arasındaki akit genellikle hizmet olarak nitelendirilmektedir¹¹.

2. BK. 391. maddeye konumuzda uygulama alanı tanınsa bile her iki maddedeki davacıların çevresi aynı değildir. BK. 391. maddeye göre, vekilin yerine yetkili kıldığı şahsa, müvekkil de doğrudan doğruya dava açma hakkını haiz olduğu halde, TK. 346. maddede 336. maddeye yapılan atıf sebebiyle anonim ortaklıktan başka ortaklık alacaklılarının ve ortakların da dava hakları mevcuttur.

111. MÜDÜRLERİN SORUMLULUĞU

Anonim ortaklık müdürleri kanun, esas mukavele veya iş görme şartlarını tesbit eden sair hükümlerle kendilerine yükletilen yükümlülüklerin gereği gibi veya hiç yerine getirilmemiş olmasından *yönetim kurulu üye-*

¹¹ Bkz.: dpn. 5'de anılan yazarlar.

*Zerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler gereğince sorumlu tutulmuşlardır*¹². İş görme şartlarını tesbit eden hükümlerden, ortaklıkla müdürler arasında akdolan ve genellikle hizmet veya vekalet olarak nitelendirilen akdin gerek taraflarca kararlaştırılan özel, gerekse kanunda düzenlenen yorumlayıcı hükümleri anlaşılmalıdır.

Ticaret Kanunu'nun 342. maddesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna genel bir atıf yapmış olmakla beraber bu sorumluluğun ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı olduğunu da ayrıca belirtmiştir. Bundan dolayı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili genel hükümler, TK. 336, 338, 339, 340/309, 341. maddeler müdürlerin sorumluluğu hakkında da uygulanır¹³, 14, 14a. Müdürler, *ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara* karşı gerek doğrudan doğruya, gerekse dolayısıyla verdikleri zararlar için sözleşmeye aykırılık¹⁵ nedeniyle sorumlu olurlar¹⁶. Kanım-

¹² Bkz.: Tic. D. 30.09.1960 N. 1738/2460 sayılı karar: Müdürler yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkındaki hükümlere tabi olup, ortaklık defterlerinin tutulmamasından sorumlu olurlar (**DOMANIÇ/ÇAMOĞLU** 269 N. 477). Ayrıca bkz.: Tic. D. 26.03.1963 N. 5061/1630 (**DOMANIÇ/ÇAMOĞLU** 270 N. 478).

¹³ lsv. BK. 754 maddesi yönetim kurulu üyeleri ile "işlerin görülmesi kendilerine tevdi edilen kimse-lerin (Geschäftsführer)" sorumluluğunu ayırmaksızın aynı madde içinde düzenlemiştir. Müdürler de ortaklık işlerinin görülmesini üzerine alan şahıslar içinde yer almakta ve müdürler için de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili hükümler uygulanmaktadır: **SCHUCANY** Art. 754 N. 1; **FRICK** 77; **MEIER-WEHRLI** 70.

¹⁴ Yargıtay Tic. D. 12.01.1970 N. 4150/93 sayılı kararında, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ve mu-rahhas üye olan genel müdürlerin sorumluluk yönünden TK. 30(), 340 ve 342. maddelerine tabi oldu-ğunu belirtmektedir (1st. Bar. Der. 1970/3-4, 375). Yine Tic. D. 22.03.1971 N. 4441/2189 sayılı kara-rında aynen: "Personel şefinin usulsüz bir atama teklifini onaylayarak ortaklığın zarara uğramasına yol açan gene1 müdür, TK.336 N. 5 gereğince bu zarardan sorumludur. Ortaklık adına açılacak da-vanın şartları 341'inci maddede gösterilmiştir. Ortaklık tasfiye haline girdiğine göre esas sözleşme cel-bedilerek dava açmaya yetkili olanların buna göre tesbiti gerekir" denilmektedir (Yayınlanmamıştır). Bu konuda ayrıca bkz.: Tic. D. 09.10.1966 N. 1079/4721 (**BİRKAŞ** 167); Tic. D. 25.04.1968 N.. 2835/2405 (Batider V/2, 286); Tic. D. 21.04.1970 N. 2036/1656 (**AKYAZAN** 245 N. 250).

¹⁴¹ Yargıtay müdürler aleyhine açılacak sorumluluk davalarında genel kurul kararı aranıp aranmaması hususunda, genellikle şu ölçüt kullanılmaktadır: Yönetim kurulu üyesi sıfatı taşımayan ve şirkete bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olan müdür ve müdür yardımcılarının hakkında dava açılabilmesi için genel kurul kararına gerek görmemektedir. Buna karşılık Yargıtay HGK'u 17.10.1975 t. E. 1973/T-619 K. 1084 sayılı kararında (**ERİŞ** il m. 342 s. 2022) TK. 342. maddenin tüm müdürler hakkında uygulanacağı sonucuna varmıştır. Böylece HGK'nun TK. 342. maddenin müdürlerin "... idare meclisi au-larının mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına lwr-şı mesul" olacağı şeklindeki ifadesini TK. 341. maddeyi de kapsayan genel bir yollama olarak yorumladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz.: **KARACA** 108, 110.

¹⁵ Fransız hukukunda da müdürlerin sorumluluğu akde aykırılığa dayanır. Bkz.: **BURGARD** 125, N. 194; **JUGLART/İPPOLITO** 401 N. 728. Ayrıca bkz.: § 9 il 2 a, § 10 il 3.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi iç in bkz.: § 9, 10.

ca TK. 342. maddenin yollaması yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla re-kdbet yasağını düzenleyen 335. maddeyi de kapsamaktadır. Yine ortaklıkla işlem yapma yasağı ile ilgili 334. maddeyi de, müdürlere uygulayabiliriz. Gerçi müdürler icra organı oldukları için girişecekleri her temsil işlemine temel teşkil eden bir yönetim kurulu kararı olması kuraldır. Ortaklıkla işlem yapma yasağını ihlal eden bir sözleşmenin yapılmasına da yönetim kurulu izin vermiş olacağından bu işlem sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidileceği şüphesizdir. Fakat 342. maddenin açık hükmü gereğince, yönetim kurulunun emir ve gözetimi altında bulunması, müdürün sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı için 334. maddenin öngördüğü müeyyideler müdürler için de uygulanabilir¹⁷.

TK. 342. maddenin ifadesine göre müdürlerin sorumluluğu ile ilgili hükümler emredici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle bunlar hilafına mukaveleye konan hükümler müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Müdürler bir icra organı olduklarına ve kendilerine yönetim hakkı verilemeyeceğine göre, tüm uygulamalarına temel oluşturan bir yönetim kurulu kararı bulunmalıdır. Zaten müdürler yönetim kurulunun gözetim ve talimatı altında iş görürler. Temeli bir idari karara dayanmayan işlere girişen veya talimat dışı hareket eden müdürler bu sebeple sorumludurlar¹⁸. Yapılan işlem ise, konu içinde olmak şartı ile ortaklığı bağlar. Üçüncü kişi talimatın aşılp aşılmadığını veya idari kararın bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda değildir. Meğer ki üçüncü kişi yetkinin aşılmış olduğuna veya idari bir kararın bulunmadığına müsbet olarak vakıf bulunsun.

Müdürler belirli bazı işlemlerin yapılması için başka birisine vekalet verebilirler. Fakat müdürlük görevlerini devredemezler (TK. 345). Şayet müdür ortaklığın vekili olarak tavsif olunabiliyorsa, başkalarını yetkilendirmeleri halinde, BK. 391. madde anlamında bir alt vekalet ilişkisi ile karşılaşırız. Yani müdürün, kendi adına yaptığı bir akitle, belirli bir işlemin icrası için tevki ettiği şahıs alt vekil sıfatını kazanır. Bu durumda uygulanması kabil olan BK. 391 II. gereğince, sadece alt vekilin seçiminde ve ona talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini isbatlayan müdür sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşı, BK. 391 III'e göre, müvekkil (ortaklık)

¹⁷ Bkz.: § 8 il 2.

¹⁸ Yarg. Tic. O. 28.01.1958, N. 3568/237 kararında, yönetim kurulu kararıyla 10 bin liraya kadar yetkili kılınmış olan müdür vekilinin bu sınır üzerindeki bir ihaleyi kabul etmiş olmasını sorumluluk sebebi saymıştır (SUNGUR II 255 N. 153; aynı karar: Tat. Yar. Kar. 9/2677).

vekilin (müdür), kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları, doğrudan doğruya o şahsa karşı ileri sürebilecektir.

Müdür, ortaklıkla aralarındaki akdin niteliğine göre bu akdin gerekli kıldığı özeni göstermekle yükümlü olur (Bkz. BK. 321, 390).

Müdürlerin ortaklığa karşı sorumluluklarının kaynağı, aralarındaki *akde aykırılıktır*. Müdürlere karşı dava açabilme imkanı tanınmış bulunan ortakların ve alacaklıların da, açacakları davaları ortaklıkla müdürler arasındaki akdin ihlali sebebine dayandırabilecekleri, AEM'da¹⁹ açıkça ifade olunmuştur.

Ticaret Kanunu'nun 380. maddesine göre, bilançonun tasdiki karar, aksi belirtilmiş olmadıkça, yönetim kurulu üyeleri yanında müdürlerin de ibra edilmiş sayılacağı varsayımını öngörmektedir²⁰.

¹⁹ AEM. m. 224 s. 376.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 17 II.

§ 15. YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUK PROBLEMLERİ

Uygulamada anonim ortaklık yönetim kurullarının bütün görevlerini heyet halinde yapması pek nadir rastlanan bir haldir. Genellikle yönetim kurullarının yönetim ve temsil sahalarında iş bölümü yaptığı yahut yönetim kurulu üyelerinden bazılarını veya kurul dışından hatta anonim şirket ortağı dahi olmayan bazı kimseleri yönetim veya temsil hususunda görevlendirdiği gözlemlenmektedir. Anonim ortaklığın heyet olarak yönetim kurulu tarafından heyet olarak yönetilmesi, çoğu kere üyeleriyle ortak olan aynı **kişilerden** oluşan küçük ortaklık tipleri için uygundur. Çok ortaklı büyük ortaklıklarda ise yönetimin tamamen veya kısmen delegasyon yolu ile uzman kişilere devredilmesi, modern işletme ekonomisinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Uygulamada bu ekonomik zorunluğun bir sonucu olarak genel müdür, genel koordinatör veya CEO'lann ortaklığın bütün yönetimine fiilen hakim olduğunu görüyoruz².

İşte yönetim kurulunun, yönetim ve temsil yetkisini kendi üyeleri arasında taksim etmesi³ veya kısmen ya da tamamen üyelerden birisine veya üye hatta ortak olmayan bir şahsa vermesi (terhis etmesi) halinde, ortaya çe-

¹ **LANZ 66; VİSCHER 346, 349.**

² **VİSCHER 345.**

³ Yönetim haklarının üyeler arasında taksimi ile yönetim kurulunun TK. 318 il gereğince **komite** veya **k o m i s y o n** lar kurmasını birbirinden ayırmak gerekir. TK. 318 il gereğince, "idare meclisi, işlerin gidişine bakmak, kendisine arz olunacak hususları hazırlamak, bütün önemli meseleler hususiyle bilançonun tanzimi hakkında rapor vermek ve kararlarının tatbikine nezaret etmek üzere azalardan lüzumu kadar komite veya komisyon kurabilir". Bu maddede sözü geçen komite veya komisyonlar, tamamen iç ilişkiyle ilgilidir (**BÜRGİ** Art. 714 N. 23, 31; **SCHUCANY** Art. 714 N. 1; **SCHULTHESS 107**). TK. 318. madde, yönetim kuruluna, üyelerin yetenek ve uzmanlıklarına göre iç organizasyonunu dilediği gibi yapmak olanağını tanımaktadır. Bu nitelikte bir iş bölümlenil yapılması için esas sözleşmede hüküm bulunması gereği (**VİSCHER 362**) ve iş bölümünün tescil ve ilanı zorunluğu (**SCHULTHESS 107, 109; BÜRGİ** Art. 714 N. 23, 31) yoktur. Komite veya komisyonlar sadece yönetim kurulu üyelerinden teşkil olunur (**FUNK** Art. 714 N. 4; **BÜRGİ** Art. 714 N. 22). Tamamen iç ilişkiyi ilgilendiren bu gibi hallerde, komite veya komisyona bırakılan işler konusunda yönetim kurulu üyelerinin **sorum J u J u g u devam eder** (Bkz.: **LANZ 38, 39;**

şitli sorumluluk problemleri çıkmaktadır. Bunun gibi temsil yetkisinin sınır dışında yapılan işlemlerden de başkaca sorumluluk problemleri doğmaktadır. Bu paragraf sözü geçen sorunların incelenmesine ayrılmıştır.

I. YÖNETİM HAKKININ TAKSİMİ VEYA MURAHHASLA- RA BIRAKILMASI

1. Taksim

a. Kavram

Yönetim hakkının kullanılması tamamen ortaklığın iç ilişkisini ilgilendirdiği için kanun yöneticilerin yönetim hakkını diledikleri şekilde taksim etmelerine olanak vermiştir. Ancak yönetim hakkının yöneticiler arasında taksim edilebilmesi için *ana sözleşmede bu hususta* sarahat bulunmalı⁴ ve taksimin ne şekilde yapılacağı belirtilmelidir (TK. 319). Taksim sonucunda belirli işler bir üyeye verilebileceği gibi, bir gruba da verilebilir. Mesela teknik işler bir üyeye veya gruba, ticari işler diğer bir üyeye veya gruba bırakılabilir.

İşbölümünün daha da dar tutulması örneğin nakliye işinin ya da ortaklığın tüm vergi ya da gümrük işlerinin, ithalatın veya ihracatın bir ya da birden çok üyeye verilmesi de mümkündür.

b. Taksim Halinde Sorumluluk

Ana sözleşmenin verdiği yetkiye dayanarak yönetim hakkı, üyeler arasında taksim edilmişse, her üye veya grup, kendi görevli olduğu *kısımdan* sorumlu olur⁵. Örneğin teknik işlerle görevli üye, ticari işler sebebiyle ortaklığa verilen zarardan kural olarak sorumlu tutulamaz. Yine bunun gibi ihracat konusu bir üyeye bırakılmışsa, bu alanda doğan tüm sorumluluk görevli (ve yetkili) üyeye aittir.

Kural her üyenin taksim sonucunda kendi görev alanına giren işlerden sorumlu olması ise de, yönetim kurulunun heyet halinde *gözetim görevi* devam

BİGGEL 11; **BÜRGİ** Art. 714 N. 26; **ARSLANLI** II 122; **ATAN** 32; **SCHULTHESS** 108; **STAUB/PINNER** § 241 N. 7; karşı: **MEIER-WEHRLİ** 34; **LANZ** 40).

⁴ **BİGGEL** 58; **MEIER-WEHRLİ** 35; **FELBER** 5; **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar 217.

⁵ Alman hukukunda, Türk hukukundaki yönetim kurulunu karşılayan *V o r s t a n*’ın görevlerini üyeleri arasında taksim etmesi halinde, bir üyenin yetkisi dahiline giren işlerdeki kusurlarından dolayı diğer üyeler sorumlu tutulamazlar. Yeter ki taksime rağmen *d e v a m* eden gözetim görevinin ifası gereği gibi yerine getirilmiş olsun (**GADOW/SCHILLING** § 84 N. 21; **SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI** § 84 N. 9; **BAUMBACH/HUECK** § 93 N. 8).

oerfi Üyeler yetkili olmadıkları sahalarda dahi birbirlerini denetlemekle görevlidirler. Yönetim kurulu her zaman gerekli evrak ve dosyaların ibrazını talep oorek ne1Alret görevini gerçekleştirebilir. Yönetim kurulu üyelerinin nezaret görevini gereği gibi yerine getinncmesi, bunda ihmal göstennesi halinde kanatımca TK. 336 N. 5 gereğince sorumlu tutulmaları kabildir. Çünkü burada kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği bir görevde ihmal gösterilmesi söz konusudur⁷. Aynı sonuca özen borcuna aykırı davranış nedeniyle de varılabilir⁸.

Belirtmek gerekir ki, eğer yönetim hakkının taksimi hususundaki karar usulsüz ise, yani yönetim hakları esas mukavelede hüküm olmaksızın taksim edilmişse, hukuken bir taksimden değil, 318. madde gereğince tamamen iç ilişkiye özgü bir iş bölümünden bahsolunabilir. Bunun sonucunda da her üyenin yaptığı iş sadece kendi sorumluluğu altında değil yönetim kurulunun faaliyeti kapsamında kurulun sorumluluğu altında yapılmış addolunur. Diğer bir söyleyişle, bu işlem doğrudan doğruya yönetim kuruluna mal edilir. Bu nedenle yapılan muamelelerden yönetim kurulu üyeleri yine müteselsilen sorumlu olurlar⁹.

2. Murahhasa Bırakma (Delegasyon, Terhis)

a. *Kavram*

Anonim ortaklıklarda yönetim hakkının *tümü* veya bir *kısmı*, yönetim kurulu üyesi olan "*murahhas üyelere*" veya ortak dahi olması gerekli olmayan "*murahhas müdürlere*"¹⁰ tevdi olunabilir¹¹. 12. Murahhas üye veya

⁶ STEİGER (Çağa), 275; MEİER-WEHRLİ 35; BÜRGI Art. 722 N. 4; REİCHWEİN 132; FELBER 75; BIGGEL 58; ZİMMERMANN 24.

⁷ ARSLANLI (il 174 ve dñn. 198) teselsül ilkesinin yürilmediği haller arasında yönetim hakkının murahhaslara bırakılmasını saymış, taksimi saymamıştır. Buna gerekçe olarak yazar, kanunda 336. maddenin 5. bendindeki görevlerden birisinin 319. maddeye göre yönetim kurulu üyelerinden birisine ..b ı r a k ı l m ı ş" olması şeklindeki ifadesini göstermekte ve bırakılma terimine taksimin gi remeyeceğini söylemektedir.

⁸ Bkz.: § 7 III I l.

⁹ 1ta I yan hukukunda da aynı çözüm kabul edilmiştir (Bkz.: VAN OMMEFLAGHE 511 N. 130). Ayrıca bkz.: dñn. 3.

¹⁰ Murahhas müdürü, TK. 342'de düzenlenen müdürlerden ayırmak gerekir. Bkz.: § 14.

¹¹ F r a n s ı z hukukunda, mecburi bir delegasyonunun kabul edildiği söylenebilir (LANZ 27). Çünkü ortaklık yönetimi kanun gereğince yönetim kuru l u başkanına bırakılmıştır. Fr. OK. 113. maddesi gereğince ..Anonim ortaklığın genel yönetimi, kendi sorumluluğu altında yönetim kurulunun başkanı tarafından üstlenilir." (16 Kasım 1940 tarihli eski Kanun, yönetim kurulu başkanını P r C s i d e n t - D i r C c t e u r - G C n C r a l - başkan genel mUdür olarak adlandıyordu). Gerek ortaklığın genel yönetimi, gerekse bir genel müdürün bütün yetkileri yönetim kurulu başkanında toplanmaktadır (JUGLART/İPPOLİTO 395 N. 723). Yönetim kuruluna sade:cc devri mümkün olmayan görevler ile başkan üzerinde bir gözetim görevi kalmaktadır. Yetki alanına giren işlemlerden doğan sorumluluk başkana aittir (WANDER 100; LANZ 27; JUGLART/İPPOLİTO 400 N. 728).

¹² İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 218; ANSAY, Anonim Şirk.etler 98; ARSLAN 61.

mildir tayin edilebilmesi ana sözleşmede buna izin verilmesi şartına bağlı olup tayin işlemi de ana sözleşmenin belirttiği organ (genel kurul veya yönetim kurulu) tarafından yapılır.

b. Hukuki Mahiyeti

Murahhas tiye veya murahhas müdür tayin olunması halinde, yönetim kurulu ile murahhas arasındaki hukuki bağlantının nitelendirilmesi konusunda fikir birliği yoktur¹³.

Türk hukukunda *Arslan/it4* murahhas tayinini, kollektif ortaklıklardaki gibi yönetim hakkının diğer üyelerden alınması niteliğinde bir işlem olarak görmekte ve vekaletten farklı bulmaktadır. Yazara göre bu ilişki vekalet sayılıyorsa, yönetim kurulunun murahhas tayin ettiği sahada da yönetim haklarını koruduğu sonucuna varılmak gerekirdi. Halbuki murahhas tayin edilen hususlarda, yönetim kurulunun yönetim hakları ortadan kalkar. Murahhas, yönetim kurulunun icra organı da olmayıp kendisine bırakılan sahada yönetim haklarının bağımsız sahibidir. Faaliyet sahası içinde, yönetim kurulunun murahhas üyeye müdahale imkanı mevcut değildir. Yazara göre yönetim kurulu talimat verme hakkını saklı tutmuşsa hukuken bir murahhas değil belki bir icra organı tayin edilmiş olur. Yönetim kurulunun, yönetim hakkını murahhasa bırakan karan, genel kurul ile murahhas arasında bir ilişki kurar ve murahhas yönetim hakkını genel kuruldan almış sayılır. Bu sebeple yönetim kurulunun murahhası azil hakkı da yoktur, azil yetkisi genel kuruldadır. TK. 319. maddesi yönetim hakkının "bırakılması" terimini kullandığına göre, murahhas tayin edilmekle, artık murahhas hukuken yönetim organı olmuştur. *Atan*¹⁵ da bu görüşe katılmaktadır *Hirş*¹⁶, murahhas tayini halinde yönetim hakları terkedilmeyip

¹³ 1 s v i ç r e h u k u k u n ' d a yönetim kurulu ve murahhaslar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi konusunda fikir birliği yoktur. Bu ilişkiyi vekalet sayan yazarlar (**STEİGER** (Çağa) 275; **SCHULTHESS** 112; **BÜRGİ** Art. 717 N. 7, 6; **FUNK** Art. 717 N. 1) yanında, aradaki bağlantının devamlı olması nedeniyle hizmet olarak nitelendirenlere de rastlanmaktadır (**KAESLIN** 25). Murahhas yönetim kurulu ilişkisinde vekalet veya hizmet akitlerinin klasik unsurlarını görmeyen yazarlar ise, arada bir delegasyonun (terhis) varlığından bahsedip murahhas için delege (Delegierter) terimini kullanmaktadırlar (**SCHUCANY** Art. 717 N. 3; **MEYER** 41 vd.). Bu hususta "alt vekal" tavsifi de düşünülmiştir (**MEYER** 41 vd.). A 1 m an hukukunda murahhas yönetim kurulunun ve ki i i sayılır (**STAUB/PINNER** ilş 246 N. 12 a).

¹⁴ **ARSLANLI** 11123, 124.

¹⁵ **ATAN** 34.

¹⁶ **HİRŞ** 314,315 N. 329.

bunun kullanılmasının devredilmiş bulunduğu murahhasların yönetim hakkını yönetim kurulu namına kullanacağını savunur. Yazara göre yönetim kurulu murahhas tayin etse dahi yönetim ve gözetim görevi devam eder ve yöneticiler bu haklarını toplantılarda karar almak suretiyle kullanırlar.

Yönetim kurulu ile murahhas arasındaki hukuki bağlantının niteliği şu yönden pratik önem arzeder: Eğer murahhas, yönetim kurulunun vekili ise yönetim kurulu ona talimat verebileceği gibi onu azil de edebilir. Buna karşılık murahhas vekil değil de yönetim haklarının bağımsız sahibi sayılırsa (delege), kendisine bırakılan sahadaki işlerden bizzat sorumlu olacak, o konuda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Meğer ki yönetim kurulunun devri caiz olmayan bir görevi murahhasa verilmiş veya gözetim görevi gereği gibi ifa edilmemiş olsun.

Kanımca, nitelendirilmesi gereken hukuki ilişki murahhasla anonim ortaklık arasındadır. Murahhas kaideten genel kurul veya ana sözleşmenin ayrıca belirtmesi halinde de yönetim kurulu tarafından seçilir. Yönetim kurulu murahhas tayin ederken organ sıfatı ile ana sözleşmenin kendisine verdiği bir yetkiyi kullanmaktadır. İster genel kurul, ister ana sözleşmenin yetkili kılması halinde yönetim kurulu tarafından seçilsinler, atama işlemi sonucunda murahhasla anonim ortaklık tüzel kişisi arasında bir hukuki ilişki kurulur. Yönetim kurulu bu seçimi yaparken anonim şirket adına, organ sıfatı ile hareket etmektedir. Bu oluşum bilhassa yönetim kurulu üyesi olmayan bir üçüncü kişinin murahhas seçilmesi halinde daha açık görülür. Anonim ortaklıkla murahhas arasındaki temel ilişki, ister vekalet, ister vekalet benzeri sayılsın, murahhas kendi faaliyet sahası içinde organ-şahıs seviyesine yükselir. Murahhas kendisine bırakılan sahada bağımsız faaliyet gösterir. Yönetim kurulu üyelerinin murahhas tayinine rağmen, kanunun kendilerine özgü kıldığı bir kısım görevleri uhdellerinde muhafaza etmeleri, yönetim kurulu ile murahhas arasında bir hukuki ilişki olduğuna delil teşkil etmez.

Kurulun münhasır yetkisi dışında kalan yönetim ve temsil yetkilerinin tümü murahhaslara bırakıldığı takdirde, murahhas üye (veya müdür) teker teker yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin (TK. 342) üstünde bir konuma sahip olur. Sadece yönetim kurulunun, kurul olarak murahhas üzerinde bir *gözetim yetkisi* vardır¹⁷. Gözetim yetkisi murahhasla görev ala-

¹⁷ SCHULTHESS 112; EİGENMANN 62; BÜRGİ Art. 717 N. 26; ÜNAL 73.

nındaki faaliyetlerinin bağımsız niteliğini ortadan kaldırmaz. Yönetim kurulu gereğinde Murahhaslara talimat verebilir veya ana sözleşme uyarınca kendisi tarafından atanan gereken kuralları mesela bir yönetmelikle tesbit edebilir¹⁷¹¹. Murahhaslar kural olarak verilen talimata uymak zorundadır. Ancak şüphesiz kanun veya esas sözleşmeye aykırı talimatları yerine getirmek zorunluğu yoktur¹⁸. Bu tür bir talimat karşısında özen borcunun gerektirdiği davranışı seçmeyen murahhas üye, bu nedenle sorumlu tutulabilir.

c. Murahhas Tayini Halinde Sorumluluk

Murahhaslar kendilerine bırakılan alandaki yönetim haklarının bağımsız hamili oldukları için, görev alanındaki işlerden doğan sorumluluk da kural olarak kendilerine aittir¹⁹. Murahhas üye olarak yönetim kurulu üyelerinden birisinin tayini halinde sorumluluk yine TK. 336 ve devamındaki maddelere tabi olur. Kanun, yönetim kurulu üyesi olmayan murahhasların (murahhas müdür) sorumluluğu konusunda hüküm içermemektedir. Bunların da 336 ve devamındaki hükümler gereğince sorumlu tutulması gerektiği kanısındayım.

Kural olarak diğer yönetim kurulu üyeleri, murahhaslara bırakılan işlerden doğan sorumluluğun dışında kalırlar²⁰. Yalnız, sorumluluğun murahhaslara yükletilebilmesi, ana sözleşmeye ve kanuna uygun bir yetkilendirme işleminin varlığı şartına bağlıdır²¹. Yönetim görevinin kısmen

¹⁷. Aksi kamda: ÜNAL 88; ARSLAN 52.

¹⁸ MEIER-WEHRLI 37.

¹⁹ Kontinantal hukuk sistemlerinde genel olarak aynı ilke kabul edilmiştir. Kanun veya esas mukavelelerin çiröiği hudutlar içinde yetkili organ tarafından yönetim yetkisinin murahhaslara verilmesi halinde sorumluluğun görev sahasına inhisar edeceği esası benimsenmiştir. Bilhassa yönetim görevini iki ayrı organa veren hukuk sistemlerinde bu husus açıkça görülür. Alman hukukunda Gözetim Kurulu (Aufsichtsrat) üyeleri ancak kendilerine verilen görevin icrasında işlenen kusurlardan sorumludurlar. Bu organın görevi yönetimin denetlenmesi ve gerekirse gözetim organı sıfatıyla müdahale edilmesidir. Bkz.: BAUMBACHWUECK § 111 N. 1 vd.; § 116 N. 2; GODIN/WILHELMİ § 111 N. 1 vd.; § 116 N. 1 vd.).

İtalyan MK. 2392 il gereğince, yetkili organ tarafından kanun ve statü hükümlerine uygun olarak görevlendirilen murahhaslar, kusurlu işlemleriyle sebep oldukları zararlardan bizzat sorumludurlar. Benlik hukukunda yönetim kurulunun delegeler üzerindeki gözetim görevi devam eder. Yöneticiler ancak delegelerin gereği gibi seçilmemesi veya delegelere mutad işleri aşan yetkiler tanınması nedeniyle sorumlu olurlar (FREDERICQ 646 N. 457). Fransız hukuku için bkz. dpn. 11.

²⁰ MEYER 87, 88; VISCHER 366; LANZ 68; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 218; BİGGEL 58; REICHWEIN 132; BÜRGİ Art. 722 N. 4.

²¹ MEIER-WEHRLI 35; PIC il 691 N. 1201; VIVANTE il 478 N. 631.

veya tamamen murahhaslara bırakılması halinde, yönetim kurulu Üyeleri-
nin sorumluluğu, murahhasların seçiminde (*culpa in eligendo*), onlara ta-
limat verilmesinde (*culpa in insinuendo*) ve çalışmalarının gözetimindeki
(*culpa in custodiendo*) kusurlu davranışlarına inhisar eder²². Yönetim ku-
rulunun murahhasların seçiminde gerekli özeni göstermiş olması, Üyele-
rin sorumluluktan kurtulmaları için yeterli değildir. Yönetim ve temsil
yetkisinin tamamı murahhaslara bırakılmış olsa dahi, yönetim kurulunun,
murahhasların faaliyetleri üzerindeki genel gözetim yükümü devam
eder²³. Yönetim kurulu murahhasların, görevlerini kanun, esas mukavele
(ve varsa çalışma esaslarını saptayan iç yönetmelik) hükümlerine uygun
olarak yerine getirip getirmediğini, faaliyetlerinde ortaklık menfaatle-
rini ön planda tutup tutmadıklarını denetlemeli ve durumun gerektirdiği
direktifleri vermelidir. Ancak belirtelim ki gözetim yükümü, murahhasla-
rın her işleminin ayrı ayrı kontrolünü gerektirmeyip işlerin gidişi hakkın-
daki genel bir denetimi ifade eder²⁴. Yönetim kurulu bu görevini yerine
getirebilmek için murahhaslardan devamlı bilgi alabilir, ortaklığın dosya
ve defterlerinin ibrazını isteyebilir. Gözetim yükümü TK. 336 N. 5 anla-
mında kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği bir görevdir. Bu göre-
vi gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri TK. 336 ve deva-
mındaki hükümler gereğince müteselsilen sorumlu olurlar²⁵.

Görüldüğü gibi, yönetim yetkisinin tamamen murahhaslara bırakılması
halinde, yönetim kurulu sadece murahhasların faaliyetlerine nezaret eden bir
denetim organı haline gelmektedir. Böylece yönetim kurulunun, Alman huku-
kündeki gözetim kuruluna (Aufsichtsrat) benzer bir konum kazandığı söyle-
nebilir²⁶. Fransız hukukunda da Ortaklıklar Kanunu'nun 113. maddesine gö-
re bütün yönetim yetkileri yönetim kurulu başkanında toplanmakta, yönetim
kurulu kanun tarafından bir gözetim organı haline getirilmiş bulunmaktadır²⁷.

²² BÜRGİ, Probleme 34; VİSCHER/RAPP 149; REICHWEIN 132; BIGGEL 58; VİSCHER 366;
MEIER-WEHRLI 135/36; karş.: LANZ 59 vd. Patrick UMBACH, Das Organisationsreglement als
Mitte! zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Verantwortlichkeit im Untemehmensrecht
III, Zürich-Basel-Genf 2006, 28; Hans Caspar VON DER CRONE, Arbeitsteilung im
Verwaltungsrat, in: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern-Stuttgart-Wien 2006, 93.

²³ Bkz.: LANZ 60 vd.; MEIER-WEHRLI 35; karş.: ÜNAL 73; ARSLAN 52.

²⁴ MEYER 89; MEIER-WEHRLI 36; SCHUCANY Art. 22 N. 4; LANZ 61; karş.: WOLFERS 120;
HIRSCH 262.

²⁵ WIELAND il 132; Belçika hukukunda ayrı sonuç: FREDERICQ V 651 N. 459.

²⁶ BÜRGİ Probleme 33; Art. 717 N. 17; VİSCHER 358; ÜNAL 79.

²⁷

Bkz.: JUGLART/IPPOLITO

§N. 722; LANZ 27; WANDER 100. Ayrıca bkz.: dp . 11.

Delegasyon işleminin diğer bir geçerlilik şartı da kanunun *yönetim kuruluna özgü* kıldığı görevler²⁸ haricindeki işlerin murahhaslara bırakılmış olmasıdır. Bu görevlerin murahhaslara bırakılması mümkün değildir. Bu sebeple kanunun yönetim kuruluna özgü kıldığı görevler murahhaslara bırakılsa dahi, yönetim kurulunun bu görevler sebebiyle sorumluluğu devam eder. Öyle ki yönetim haklarının tamamı murahhaslara bırakılsa dahi bu görevler yönetim kurulunun uhdesinde kalır. Örneğin, defter tutma²⁹, yıllık raporun kaleme alınması³⁰, TK. 329 gereğince malvarlığının azalması halinde bildirim görevi, gerekli işlemleri ticaret siciline tescil ve ilan ettirme yükümü, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması, bilançonun düzenlenmesi, genel kurul kararlarının icrası³¹, işletme politikasının saptanması ve işlerin gidişinin genel gözetimi³², yıllık plan ve bütçenin hazırlanması, plan ve bütçe dışı krediler alınması^{32a}, murahhaslara bırakılması caiz olmayan işler³³ arasında sayılmaktadır.

Ticaret Kanunu'nun 336. maddesi gereğince 5. benddeki görevlerden biri (yani kanun veya esas mukavelenin yönetim kurulu üyelerine yüklediği görevlerden birisi) 319. madde gereğince murahhaslara bırakılmışsa, sorumluluk ancak ilgili üyeye yükletilir. Şu halde 336. maddenin 1-4. bendlerinde yazılı görevler hususunda bu kural yürümez. Kanun 336. maddenin 1-4. bendlerindeki görevlerin de murahhaslara bırakılmasına cevaz vermemiştir³⁴. Bu görevler murahhaslara bırakılsa dahi bunlardan doğan müteselsil sorumluluk devam eder.

Ticaret Kanunu delegasyonu caiz olmayan görevlerin murahhasların atılımına ihtiyaç olmadan kullanılabilmesini temin için TK. 319 I' de yönetim hakkının tamamı murahhaslara bırakılmış olsa bile, *yönetim kuru-*

²⁸ UMBACH 30; ARSLANLI il 127, 175; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 218; VIVANTE II 478 N. 631; WIELAND il 129 dpn.: 41; DOMANIÇ 61; STAUB/PINNER ilş 231 N. 8; ARSLAN 33 vd.

²⁹ MEYER 28; karş.: LANZ 70/71; VİSCHER (s. 357) pay defterinin tutulmasında delegasyonu kabul eder.

³⁰ MEYER 28; VİSCHER 358.

³¹ Ayrıca bk.z.: VİSCHER 350 dpn. 8.

³² BÜRGİ Art. 717 N. 14, 33; HIRSCH 259; VİSCHER 355, 367.

^{32a} ÜNAL 81, 82.

³³ Bkz.: MEIER-WEHRLİ 9; SCHULTHESS 74; LANZ 45 vd., 55 vd.; MEYER 28; REICHWEIN 132; FELBER 7 vd.; VİSCHER 355, karş.: 350.

³⁴ ARSLANLI II 126 ve dpn. 89; ATAN 34; MEYER (s. 28) bunları murahhaslara bırakılmayan görevler arasında sayar. karş.: VİSCHER 350 dpn. 8, 357.

/unun en az bir üyesinin temsil yetkisi bulunmasını öngörmüştür. Bu hüküm murahhas müdür tayini halinde olduğu gibi murahhas üye tayini halinde de yürür^{34a}.

Ticaret Kanunu'nun yönetim kuruluna heyet olarak değil de üyelere münferiden yüklediği görevler de³⁵ murahhas tayini halinde sona ermez ve yönetim kurulu üyelerinin bu görevler sebebiyle sorumluluğu devam eder.

Murahhasların her birinin kendi yetki alanına giren işler nedeniyle sorumlu olduğunu yukarıda belirtmiştim. Görev ve yetki alanları kesin şekilde ayrılmış olan murahhasların, birbirlerinin işlemlerine nezaret yükümü de söz konusu değildir. Örneğin, ticari işlerle görevli murahhas müdürün, teknik alanda bir gözetim yükümünden ve bu nedenle sorumluluğundan söz edilemez³⁶.

II. TEMSİL YETKİSİNİN BÖLÜNMESİNDEN VEYA AŞILMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK PROBLEMLERİ

1. Temsil Hakkı ve Görevi

Anonim ortaklığı gerek iç ilişkide ortaklara karşı gerekse dış ilişkide üçüncü kişilere karşı yönetim kurulu temsil eder. Temsil ortaksal bir hak ve borç olmadığı halde, yönetim kurulu üyeleri için hem bir hak, hem de bir borçtur. Anonim ortaklığın haklardan istifade edebildiği ölçüde, dış ilişkide hukuki l; >ağlantılara girebilmesi yönetim kurulunun temsil işlevini ifa etmesi ile gerçekleşmektedir.

Temsil görevi heyet olarak yönetim kuruluna ait olmakla beraber Ticaret Kanunu, kullanılmasında bütün yönetim kurulu üyeleri tarafından *"birlikte temsil"* usulünü benimsememiş³⁷, ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça anonim ortaklığın, yönetim kurulunun iki üyesinin imzası

^{34a} PULAŞLI (Şirketler 439,444) TK. 319 I hükmünün dışardan bir murahhas üye (murahhas müdür) tayini halinde geçerli olduğu, yönetim kurulunun kendi içinden birisini murahhas ataması halinde bir diğer üyenin temsil yetkisini muhafaza etmesine gerek olmadığı görüşündedir.

³⁵ Bkz.: § 7 ili 2.

³⁶ STAUB/PINNER § 241 N. 7; MOHR⁴⁸; GLASSON 163.

³⁷ ETK. 320. maddesi bu sistemi benimsemişti. 1s v içre (Bk.z.: 1st. BK. 717; STEİGER (Çağa) 280; SCHUCANY Art. 717 il 2; BÜRGİ Art. 717 N. 41 ve A 1m an hukukunda (Bkz.: BAUMBACWHUECK § 78 N. 5; GODIN/WILHELM1 § 78 N. 5) farklı bir düzenleme getirilmediği sürece temsil yetkisi billiln yönelim kurulu üyelerince birlikle kullanılır.

ile bağlanacağını, yani *çift imza* ilkesini kabul etmiştir (TK. 321 III)3s. Anonim ortaklık adına düzenlenen bir vesikanın geçerliliği de iki temsilcinin imzasının bulunmasına bağlıdır. Şayet yönetim kurulu üyelerinin hepsinin temsil yetkisi bulunması istenmiyorsa, bu ilkedan ayrılma iradesi ve temsil yetkisinin kimler tarafından hangi kurallara göre kullanılacağı ana sözleşmede belirtilmeli ve bu hüküm tescil ve ilan olunmalıdır. Anasözleşme temsil yetkililerinin ve bu yetkinin kullanma şeklinin belirlenmesini yönetim kuruluna da bırakabilir38a_ Şayet bu tipten bir açıklık mevcut değilse yönetim kurulu üyelerinden her biri temsil yetkisini haiz sayılır ve ortaklık herhangi iki temsilcinin imzası ile bağlanır.

2. Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Halinde Sorumluluk

a. Geçerli Olmayan Sınırlamalar

TK. 319 I, yönetim hakları gibi temsil yetkisinin de ana sözleşmenin verdiği izin üzerine yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilebileceğini, il. bendi ise yönetim kurulu üyesi olan murahhas üyelere veya üye hatta ortak dahi olmayan murahhas müdürlere tamamen veya kısmen bırakılabileceğini söylemektedir. Temsil yetkisinin, kişi yönünden delegasyonu yani yönetim kurulu üyelerinin bazılarından veya tümünden alınarak bir murahhas üyeye veya müdüre verilmesi mümkündür. Bu takdirde sorumluluk konusunda yukarıda yönetim haklarının delegasyonu hususunda saptadığımız ilkeler geçerli olur.

Buna karşı, TK. 319. maddenin ifadesine rağmen temsil yetkisi *muhteva yönünden* taksim veya terhis olunamaz. Temsil yetkisinin işletme konusu içinde sınırlandırılması uygun görülmemiş,, temsilcilerin konu içindeki her türlü işlemi yapabileceği kabul olunmuştur39.

38 ARSLANLI il 129; ANSAY, Anonim Şirketler 101; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 218.

38a ÇAMO(;LU (Poroy-TekJnalp) 307 N. 538.

39 Hemen hemen bütün Kara Avnıpası hukuk sistemlerinde temsil yetkisinde yapılan sınırlamaların, tescil ve ilan edilseler dahi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir. 1 s v i ç r e h u k u k u n d a temsil yetkisi "ortaklık maksadı" içinde sınırlandırılmaz (Bkz. ve karşı. dpn. 57; BÜRGİ Art. 718 N. 3; SCHULTHESS 79; SCHUCANY Art. 718 N. 2, 3; STEİGER (Çağa) 278, 284). Alman hukukunda da temsil yetkisinin ortaklık amacı içindeki sınırlandırmaları geçerli değildir (Bkz.: WÜRDİNGER 122; GODİN/WILHELMİ § 82 N. 3; BAUMBACW HUECK § 82 N. 2 vd.; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI § 74N.11). Buna karşı Fransız ve Be 1ç ika hukuklarında konu içindeki sınırlamalar üçüncü şahıslara tanıtılmak şartı ile (mesela tescil ve ilan edilerek) muteberdir (VAN RYN I 414 N. 654, 415 N. 655). 1 ta 1 yan ve H o J 1 anda sistemleri de konu içinde sınırlama imkanı tanınmamıştır (VAN OMMESLAGHE 478 N. 291).

TK. 321 V'e göre temsil yetkisinin (kanunen geçerli sayılan haller haricinde) sınırlandırılması *iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez*⁴⁰. 321. maddedeki iyiniyetin belirlenmesi konusunda ticaret sicilinin olumlu işlevi yürümez. Yani, temsil yetkisinin konu içindeki sınırlamaları tescil ve ilan edilse dahi, TK. 39. madde gereğince üçüncü kişilerin bu kayıtları bilmeleri gerektiği, bundan dolayı kötüniyetli bulundukları ileri sürülemez⁴¹. Ticaret sicilinin TK. 39. maddede öngörülen olumlu işlevinin ancak kanunun tescil ve ilanını tecviz ettiği hususlarda yürüyeceği kabul olunmaktadır. Şu halde 321. maddede söz edilen kötüniyet üçüncü şahsın sınırlamayı bildiğinin isbat edilmesi ile sabit olacaktır. Bunun sonucunda temsil yetkisinin sınırlamaları, kötüniyetleri ishal edilmedikçe üçüncü kişilere karşı ile sürelemeyecek ve konu içindeki bir işlemle ortaklık bağlı tutulacaktır. Üçüncü kişinin sınırlamayı bildiği isbat olunabildiği takdirde temsilcinin yetkisizliği ve işlemin ortaklığı bağlamayacağı ona karşı ileri sürülebilecektir⁴².⁴³ Şüphesiz ortaklığın kötüniyetli akide bu sınırlamayı ileri sürmekten vazgeçmesi veya akde icazet vermesi imkanı da mevcuttur.

TK. 319. maddenin temsil yetkisinin de bölünmesine ve kısmen muhahaslara verilmesine imkan verdiği sanısını uyandıran ifadesi, kaynak

⁴⁰ Bkz.: Yargıtay 110. 18.11.1968, N. 11105/10596 sayılı karar; Hamil'i tarafından muhatap bankaya ibraz edilen çek üzerine (işbu çek bedeli olan yüz bin lira 4 Nisan 1968 tarihi için bloke edilmiştir) şerhini yazıp imzalayan banka memurunun yetkisine ilişkin olarak bankaca yapılan itiraz bir itibar müessesesi olan bankanın iç muamele ve münasebetine taalluk edip iyiniyetli üçüncü şahısları etkilemez. Banka çek bedeliyle sorumludur.

⁴¹ **ARSLANLI** il 133; **HİRS** 305 N. 319; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 221; **ANSAY**, Anonim Şirketler 110.

⁴² Bu bakımdan **ARSLANLI'nın** (il 131 a) temsil yetkisinin konu içindeki tahditlerinin ta'limatı vasfını taşıdığı ve" ... v u k u f üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez. Meğer ki üçüncü şahıs mümessil ile anlaşarak selahiyetinin suiistimalini temsil edilenin zararına istismar etmiş olsun" şeklindeki görüşüne kaulmak güçtür (karş.: **ARSLANLI KKS** 333). Bu sonuç TK. 321 maddenin temsil yetkisinin sınırlamalarının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceğini bildiren hükmüne aykırı düşer. Eğer üçüncü şahsın sınırlamaya vakıf olmasına rağmen ortaklığın bu işlemle bağlı olacağını kabul edersek, 321 il'nin "hısnüniyetli üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez" hükmünü hiç değerlendirmemiş oluruz (Bkz.: **İMREGÜN**, Tebliğ 292). Bundan dolayı temsil yetkisinin konu yönünden sınırlandırılması talimattan daha ileri bir nitelik taşır. Çünkü talimat sadece iç ilişkiyi ilgilendirir ve Üçüncü şahıslar buna vakıf olsunlar olmasınlar işlem temsil olunanı bağlar. Meğer ki, temsile ve Üçüncü kişi anlaşarak yetkiyi temsil olunanın zararına suiistimal etsinler (v. **TUHR** (Edege) § 247). Halbuki TK. 321 il sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir.

⁴³ Tic. O. 18.09.1942 N. 2112 kararında, ortaklık mukavelesinde bir Uyenin ortaklık namına ödünç almağa yetkili olmadığı kaydı mevcut ise işlemin geçerliliği için yönetim kurulu üyesi ile muamele eye girişen şahsın iyiniyetli olmasını aramıştır (**ARİÇ** 209).

İsv. BK. 717. maddenin bize farklı şekilde çevrilmesinden doğmaktadır⁴⁴. Nitekim kaynak maddede temsil yetkisinin, içerik yönünden bölünmesine veya kısmen Murahhaslara bırakılmasına olanak tanınmamıştır, yetkinin sadece şahıs itibariyle bölünmesi veya bütünü ile Murahhaslara bırakılması mümkündür⁴⁵.

Temsil yetkisinin içerik (öz) ve miktar itibariyle bölünmesi veya delegelere bırakılması geçerli olmadığına göre, böyle bir bölme veya delegasyon yapılmış, hatta tescil ve ilan edilmiş olsa dahi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Bundan ötürü, bu tipten bir bölme sorumluluk durumunda değişiklik yaratmaz; yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlulukları devam eder. Ancak temsil yetkisinin tümü Murahhaslara verilmişse sorumluluk da kişisel olarak Murahhasa aittir.

Temsil yetkisinin bölünmesi veya kısmen terhisi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememekle beraber, yapılan sınırlamaya uymayan temsilci ortaklığa karşı sorumlu tutulabilir^{46•47}. Gerçekten temsilcinin sınırlamaya uymaması, ortaklıkla aralarındaki hukuki ilişkinin ihlali niteliğini taşır. Bu ilişkiye vekalet hükümlerinin uygulanması öngörüldüğüne göre, sınırlamanın gözönünde tutulmaması, TK. 336 N. 5 anlamında "kanunun (Borçlar Kanunu'nun) yüklediği, müvekkilin talimatına uyma görevinin ihlalini" teşkil eder. Bu suretle temsilcinin TK. 336 ve devamı maddeleri gereğince ortaklık yanında ortaklara ve alacaklılara karşı da sorumlu tutulabilmesi imkan dahiline girecektir.

b. Geçerli Sınırlamalar

Temsil yetkisinin öz yönünden bölünmesi veya kısmen Murahhasa verilmesi caiz değilse de, *şahıs itibariyle sınırlandırılması* veya tümünün terhisi mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına temsil yetkisi

⁴⁴ ARSLANLI il 132; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 221; ANSAY, Anonim Şirketler 108.

⁴⁵ BÜRGt Art. 717 N. 16; FUNK Art. 717 N. 3; STEİGER (Çağa) 284.

⁴⁶ STEİGER (Çağa) 284; v. TUHR (&lege) I 347; HESS 14; SCHULTHESS 81.

⁴⁷ Yargıtay Tic. D. 28.01.1958 N. 3568/237 kararında, yönetim kurulu karar ile onbin liraya kadar taahhüd işlerinde yetkili kılınmış olan müdür vekilinin bu sınır üzerindeki bir ihaleyi kabul etmiş olmasını sorumluluk sebebi saymıştır (SUNGUR il 225 N. 153; Tat.Yar. Kar. 9/2677). Buna karşılık Yargıtay HGK. 29.05.1963 tarihli kararında, Bankalar Kanunu'nun, şube müdürlerinin kredi venne yetkisini muayyen bir miktarla sınırlayan hükmünü iç münasebetle ilgili saymış ve üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir (Ank. Bar. Der. 1963/4, 514).

verilip diğerlerinden bu yetki alınabilir veya yönetim kurulu üyelerinden birisine veya pay sahibi olmayan bir murahhas müdüre tek başına verilebilir⁴⁸. İşte bu halde temsil yetkisinin şahıslar arasında ne surette taksim edildiği ana sözleşmede açıklanmalıdır (TK. 319 1). Şayet temsil yetkisi murahhas müdürlere bırakılmışsa, yönetim kurulunun hiç olmazsa bir üyesinin, kanunen yönetim kuruluna tanınan yetki sınırları içerisinde bu yetkiyi yönetim kurulu adına kullanmak üzere bireysel temsil yetkisini koruması gerekir.

ha. Birlikte Temsil

Temsil yetkisi diğer yönetim kurulu üyelerinden alınıp bir üyeye verilmek suretiyle şahıs itibarıyla sınırlandırılabilir⁴⁹. Ana sözleşmede öngörülmüşse, temsil yetkisi birden çok yönetim kurulu üyesine birlikte kullanılmak üzere verilebilir. Birlikte ve bireysel temsil yanyana, bir arada da bulunabilir. Bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin diğer bir üye, bir müdür veya bir ticari mümessile birlikte kullanılmak üzere sınırlandırılması da mümkündür⁵⁰.

Birlikte temsilciler yetkilerini birlikte kullanırlar⁵¹. Ancak işlemlerin ifasında birlikte hareket etmeleri şart değildir; birisinin yaptığı işleme diğerleri sonradan icazet vererek katılabilirler. Bunun gibi somut bireysel işlemler için müşterek temsilcilerin birbirlerine vekalet vermeleri de mümkündür. Birlikte temsil öngörülmüş olsa dahi, temsilcilerden her biri ortaklık adına hak koruyucu beyanları yapabilir; bunun gibi ortaklığa yöneltilebilir ihtar, ihbar ve tebligat gibi bildirimlerin temsilcilerden birisine yapılması yeterlidir. Diğer bir söyleyişle, pasif temsil açısından bireysel temsil ilkesi yürür⁵².

⁴⁸ ARSLANLI'nın (il 135) haklı olarak belirttiği gibi, yönetim kurulu üyelerine veya müdürlere yönetim hakkından ayrı olarak temsil yetkisi terhis edilemez. Aksi halde murahhas üye veya müdür sadece icra organı olur. Halbuki murahhaslık kurumu ortaklığın yönetimi hakkını da içerir. Bu hususta ayrıca bkz.: ANSAY, Anonim Şirketler 98. l s v i ç r e h u k u k u n d a da murahhaslara temsil ve yönetim yetkisinin birlikte verileceği söylenmektedir. Bkz.: BÜRGİ Art. 717 N. 23, 26; SCHUCANY Art. 717 N. 3; SCHULTHESS 109, 112.

⁴⁹ Bkz.: Yarg. Tic. O. 22.11.1957 N. 1152/2522 sayılı kararı (T. İct. Kül. 13/323).

⁵⁰ Bkz.: BGE 60 I 386. Ayrıca bkz.: ARSLANLI il 133 dpn. 105; ANSAY, Anonim Şirketler 102; SCHULTHESS 82 vd.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: STEİGER (Çağa) 282 ve özellikle dpn. 254; BÜRGİ Art. 718 N. 13; SCHULTHESS 83; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 221.

⁵² FUNK Art. 718 N. 2; BAUMBACH/HUECK § 78 N. 7; BÜRGİ Art. 718 N. 15; SCHULTHESS 85; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 221.

Birlikte temsil kaydı kanunun geçerli saydığı sınırlamalardan birisidir. Bu nedenle, tescil ve ilan edildiği takdirde üçüncü şahısların iyiniyet iddialarını önler. Üçüncü şahıs tescil ve ilan edilen birlikte temsil usulüne göre yetkili olmayan temsilcilerle akit yapmamışsa bu işlem ortaklığı bağlamaz. Fakat birlikte temsil tescil ve ilan edilmemişse Ticaret Kanunu'na göre her üye temsil yetkisine sahip olduğuna ve yine kanunen ortaklığın bağlanabilmesi için iki temsilcinin imzası yeterli bulunduğuna göre, herhangi iki temsilciyle işlem yapan üçüncü kişi ortaklığı bağlı tutulabilir. Çünkü bu durumda üçüncü kişiler nazarında kararlaştırılan somut birlikte temsil kuralı henüz yürürlüğe girmiş değildir. Meğer ki üçüncü şahıs birlikte temsil usulünün kabul edildiğine müsbet olarak vakıf olsun. Fakat iç ilişkide ortaklığın, talimata aykırı hareket eden temsilciden bu yüzden uğradığı zararın tazminini isteme hakkı vardır.

bb. Yer İtibariyle Sınırlama

Ana sözleşme ile temsil yetkisi üyeler arasında yer itibariyle, yani merkez veya şube işlerine hasredilmek suretiyle de tahdit olunabilir⁵³. Fakat şubenin veya merkezin temsilcileri arasında fark vardır. Genellikle merkezin ticari temsilcilerinin şube işlerinde de temsil yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık şube temsilcisi, ancak kendi şubesine ilişkin temsil işlemleri yapabilir.

Temsil yetkisinin yer yönünden sınırlandırılması kanunen geçerli bir sınırlama olduğu için, temsil ve ilan edilmekle üçüncü kişilere duyurulmuş sayılır (TK. 39). Yalnız temsil yetkisinin şube işlerine hasredilebilmesi mümkün olmakla beraber bu sınır içinde ayrıca sınırlandırılması caiz değildir. Örneğin, temsil yetkisi sadece vezne işlerine hasredilemez⁵⁴. Tescil ve ilana rağmen temsilci yetkili olmadığı bölüm adına işlem yaparsa ortaklık bu işlemle bağlı tutulamaz. Ancak ortaklık bu tipten bir işleme icazet verebilir⁵⁵. Belirtmek gerekir ki, merkezin temsilcisinin şube işlerinde de temsil yetkisini haiz bulunduğu kabul edildiğine göre, bu temsilcinin şube adına yaptığı bir işlemin ortaklığı bağlaması gerekir. Fakat merkezin temsilcisi yetkisini aşarak, hiç olmazsa iç ilişki yönünden bir talimat niteliği taşıyan sadece merkez adına işlemlere girişme gereğini ihlal ettiği için sorumlu tutulabilir.

⁵³ Bkz.: BÜRGİ Art. 718 N. 17; SCHUCANY Art. 728 N. 11; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 221; ANSAY, Anonim Şirketler 110; SCHULTHESS 82.

⁵⁴ Bkz.: 49 N.lu dpt'da anılan Yargıtay kararı.

ss ESENER, Tebliğ 121 vd.; v. TUHR (Edege) I 379.

Temsil yetkisinin yer itibariyle sınırlandırılması halinde bu yetkinin kullanılmasından doğan *sorumluluk da bölünmlş* olur. Yani bir şubenin veya merkezin temsilcisi diğer bir şubenin temsilinden doğan sorumluluğa iştirak etmez.

3. Temsil Yetkisinin Aşılmasının Doğurduğu Sorumluluk Sonınlan

a. Temsil Yetkisinin Sınır

Bütün ticaret ortaklıkları gibi, anonim ortaklığın haklardan istifade ehliyeti de *işletme konusu* ile⁵⁶ sınırlıdır⁵⁷, ss. Bir tüzel kişinin ancak haklardan yararlanma ehliyeti sınırın içinde hak iktisabı mümkün olduğu için temsili de ancak bu sınır içinde düşünülebilir. Bu nedenle anonim ortaklık temsilcilerinin yetkileri de ortaklığın işletme konusu ile sınırlıdır. İşletme konusunun sınırlan ise tescil ve ilan edilen ortaklık mukavelesinde açıklanan konuya uygulamada verilen anlama göre saptanır⁵⁹. Ortaklığın kar sağlamak ve paylaşmak için yaptığı ve piyasada yerleşik nesnel göiişlere göre ana sözleşmede yazılı ortaklık konusuna *bağlanması kabil* olan işlemler konuya dahil sayılır⁶⁰.

⁵⁶ Yargıtay HGK. bu konuda 01.07.1964 tarih ve N. 836/f, 500 sayılı kararında şu sonuca varmıştır: "...Ortaklığı idare eden organların, esas sözleşmenin 4. maddesinde gösterilen konusu d ı ş ı n a ç ı k a r a k ortaklığın faaliyet ve menfaatlerini sağlamaya matuf bulunmayan ve zararına olan herhangi bir tasarrufta ve özellikle yüksek bağışlarda bulunmaya hak ve yetkileri kabul edilemez..." (AD. 1965/1, 80). Yine HGK. 29.11.1969 N. 1396/847 sayılı kararında aynı ilkeyi tekrarlamaktadır: Ticaret ortaklıklarının hak ehliyeti işletme konuları ile sınırlıdır. Konu dışında hak edinmeleri ve borç yüklenmeleri mümkün değildir. Ortaklığın bir siyasi partiye bağışta bulunması konu dışında bulunması sebebiyle ortaklığı bağlamayan bir işlemdir (Batider V/3, 612; Son İçt. 1970/268, 199; ResKarDer. 1970/23, 65).

⁵⁷ Ticaret Kanunu'nun 321. maddesi "maksat ve mevzu" deyimini kullanmıştır. Buna karşılık TK. 137. madde, ticaret ortaklıklarının haklardan yararlanma ehliyetinin sınırının ..konu" olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle TK. 321'in bu ibaresini, konu olarak yorumlamak gerekir (Bkz.: ARSLANLI I 31, il 137; ANSAY, Anonim Şirketler 104; Tebliğ 91; İMREGÜN "maksat" teriminin konu içinde ayn bir sınırlamayı ifade ettiği kanısındadır: (Tebliğ 294; Anonim Ortaklıklar 223). Ticaret Kanunumuz bazı hükümlerinde mevzu kelimesini yalnız (Bkz.: TK. 232, 311, 334, 335, 388, 451), çoğu kere de maksat terimi ile birlikte (TK. 271, 274, 279 N. 2, 300 N. 3) kullanmıştır. İsv. BK. 713 I, temsil yetkisinin sınırı olarak "ortak J ık amacını" (Zweck der Gesellschaft) kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: HESS 57 vd., özellikle 59; BÜRGİ Art. 718 N. 33; SCHULTHESS 79) *Türk hukukunda* da konu deyimini geniş yorumlanmalıdır. Ortaklığın, sözleşmesinde gösterilen alanda faaliyette bulunarak kazanç sağlamak ve paylaşmak amacına ulaşabilmesi için gerekli biltün işlemler konu içinde sayılmak gerekir. Diğer bir söyleyişle piyasa telakkilerine göre konunun birlikte getirdiği işlemler istifade ehliyetinin sınırları içine girer. Ortaklık g e n i ş a n l a m d a k o n u içine girdiği söylenebilen bu tür işlemleri geçerli olarak yapabilir.

⁵⁸ Ayrıca bkz. dpn. 39.

⁵⁹ ARSLANLI 11 138; ANSAY, Anonim Şirketler 106.

⁶⁰ ANSAY, Tebliğ 94 vd.; Anonim Şirketler 106.

Görülüyor ki, ticaret ortaklıklarının haklardan yararlanma ehliyetinin sınırını çizen konu kavramının geniş yorumlaması gerekmektedir. Böylece sözleşmede yer alan "*dar anlamda konu*" yanında, konuya bağlanabilen işlemleri kapsayan "*geniş anlamda konu*" kavramına⁶¹ varıyoruz.

İşte kanımca ortaklıkların (ve bunlar içinde anonim ortaklığın) haklardan yararlanma ehliyetinin sınırını geniş anlamda ortaklık konusu çizer. Bu ayının yapılmadığı takdirde, dokumacılıkla uğraşan bir ortaklığın depo yapmak üzere bir taşınmaz veya nakliye işlerinde kullanılmak üzere bir kamyonet almasının konuya girip girmediği hususunda kuşku duyulabilir. Kanımca bu ayırım, bazı kanun maddelerinin yorumlanması açısından da zorunludur. Örneğin, TK. 311 "*iştilgal mevzuuna giren*" şeyler hakkında, bu maddede öngörülen sınırlamaların söz konusu olmadığı hükmünü koymuştur. Bu ibare ile anlatılmak istenen dar anlamda konudur. Yine 311. maddenin 7. fıkrasına göre "*şirketin iştilgal mevzuunu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için vukubulan iktisaplar*" 311. maddede öngörülen koşullara tabi tutulmuştur. Bu ibareden ise geniş anlamda konu içine giren iktisapları anlamak gerekir^{62, 63}. Böylece TK. 137. maddedeki "*konu*" kavramı, İsviçre hukukundaki "*maksat*" kavramına⁶⁴ yakın bir kapsam kazanmaktadır.

Şu halde denebilir ki, yapılan işlem geniş anlamda ortaklık konusuna bağlanabiliyor ve ortaklık maksadının gerçekleşmesine yararlı bir işlem olarak karşımıza çıkıyorsa, konu içinde sayılmak gerekir. Doktrin ve uygulamada kefalet, bir borcun üstlenilmesi, rehin gibi ortaklık tarafından girilen aracılık işlemlerinin, konu içinde sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır⁶⁵. Kural olarak, bir işlemde ortaklığın menfaatinin bulunması, o işlemin konu içinde sayılması için yeterli sebep değildir. Bağışlamanın ortaklık konusuna girmeyeceği kabul edilmekte, fakat ortaklığın vermesi mutad olan hediyeler bundan istisna edilmektedir⁶⁶.

⁶¹ **ANSAY**, bu kavramı "ehliyetin zımni hudutları" olarak adlandırmıştır (Anonim Şirketler 106), AEM'da bu iki kavram 311. madde nedeniyle yapılan açıklamalarda "mevzu" ve "esas mevzu" terimleriyle ifade edilmek istenmiştir. Bkz.: m. 311 s. 379.

⁶² Doktrinde, TK. 311. maddenin 7. fıkrasında yer alan bu hüküm, maddenin uygulanma şartlarını saptamak amacıyla yatının malvarlığı ve döner malvarlığı kavramları ile açıklanmaktadır (Bkz.: **ÜLGEN** 42; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 91).

⁶³ Bir diğer örnek olarak TK. 165. madde hükmü gösterilebilir: Maddede "Şirket mevzuuna girmiyorsa gayrimenkulleri satmak..." olağanüstü işlemelere örnek gösterilmektedir. Bu ibarenin de "dar anlamda ortaklık konusuna giniyorsa" şeklinde anlaşılması gerekir.

⁶⁴ Bkz.: 1sv. BK.7181., **HESS** (Anonim Şirketler 105) "maksat"ın esas alınması gerektiği inancındadır.

⁶⁵ **STEİGER** (Çağa 280; **SECRETAN** 1262'deki Federal Mahkeme kararlarına da bkz.

⁶⁶ BGE 52 il 358; **SCHULTHESS** 86; **BÜRGİ** Art. 718 N. 718 N. 5. Ayrıca dpn. 56'da anılan Yargıtay HGK. 01.07.1964 tarihli kararına da bkz.

b. Konu Dışı İşlemler

Ortaklığın haklardan istifade (hak) ehliyeti konusu ile sınırlı olduğuna göre, konu dışında yapılan işlemler ortaklık yönünden hiçbir hüküm ifade etmez. Bu işlemlerin *yokluk derecesinde*⁶⁷ sakat olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Ortaklık temsilcisi ile işleme girişen üçüncü şahsın iyiniyetli olması, işlemin akibetini değiştirmez⁶⁹. Zaten ticaret sicilinin olumlu etkisiQi düzenleyen TK. 39 I hükmü karşısında iyiniyet iddiasında bulunması da mümkün değildir. İstifade ehliyeti dışında bir akit söz konusu olduğu için, ortaklığın bu işleme icazet vererek geçerli hale getirmesi de bahis konusu değildir⁷⁰. Hatta ortaklık sonradan bir sözleşme değişikliği yaparak, konusunu yapılan işlemi de içine alacak şekilde genişletse, işlem yine sıhhat kazanmaz. Çünkü böyle bir işlem hiç doğmamıştır. Şayet konu dışı bir işleme genel kurulun icazet vererek onu geçerli hale getirebileceği kabul edilseydi, alacaklılar yönünden işlem güvenliği sarsılırdı. Çünkü onlar kredi verdikleri veya ilişki kurdukları bir ortaklığın yapabileceği işlemlerin yasal sınırlarını bilmekte menfaat sahibidirler. İşlem ortaklığı bağlamadığına göre bundan ortaklığın bir zarar görmesi de söz konusu olamaz ve yöneticilerin şirkete, ortaklara ve alacaklılara karşı sorumluluğu sorunu ortaya çıkmaz.

Konu dışı işlem sebebiyle akit üçüncü kişiye karşı kural olarak temsilcinin de sorumluluğu söz konusu olamaz⁷¹. tık olarak bu işleme yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı düşünülebilir. Yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için, üçüncü kişinin onun yetkisizliğini bilmemesi veya bilecek durumda olmaması gerekmektedir⁷². Oysa üçüncü kişi, tescil ve ilan edilen ana sözleşmede gösterilen ortaklık konusunu sicil hukuku kuralları gereğince biliyor varsayılır (**TK. 39 1**). Ancak belki istisnai bazı durumlarda, mesela temsilcinin hile ile üçüncü

⁶⁷ Federal Mahkeme bir kararında ortaklık konusu dışında bulunan bir borcun yüklenilmesi işlemini yoklukla sakat saymıştır (BGE 52 il 358). Yargıtay HGK'da dñn. 56'da anılan 29.11.1969 tarihli kararında "o r t a k l ı ğ ı b a ğ l a m a y a c a ğ ı n ı" kabul etmiştir.

⁶⁸ **ARSLANLI, KKŞ** 331 vd.; **SCHULTHESS** 86; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 224; **SECRETAN** 1268; **ANSAY**, Anonim Şirketler 107, "batıldır" demektedir.

⁶⁹ **SECRETAN** 1267.

⁷⁰ Karş.: **HESS** 78 vd.; **BÜRGİ** Art. 718 N. 5; **SCHULTHESS** 86.

⁷¹ **ARSLANLI KKŞ**. 338.

⁷² **ESENER**, Borçlar 282; **v. TUHR** (Edege) I 382; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUÖLU/ALTOP** 202 vd.; **EREN** I 548; **OÖUZMAN/ÖZ** 191; **FEYZİÖÖLU** I 305; **ENNECCERUS/NİPPERDEY** § 183 N. 3; **SOERGEUSİEBERT** § 179 N. 19.

kişiyi (sicil kayıtlarına rağmen) temsil yetkisine veya işlemin geçerliliğine inandınması halinde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanılabilir⁷³. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin uygulanması görülmese dahi, bu tür bir davranışın haksız fiil oluşturduğu kuşkusuzdur⁷⁴. Bunun haricinde diğer akit (üçüncü kişi) için haksız iktisap kurallarına başvurmadan başka imkan kalmamaktadır.

Konu dışı bir işleme dayanarak temsilciler tarafından akide bir *kambiyo senedi* verilmesi halinde durum farklıdır. Kambiyo senedinin düzenlenmesine temel teşkil eden işlem ortaklık konusu dışında bulunsa dahi, kambiyo senetlerinde yürüyen mücerretlik ilkesi gereğince senet ortaklığı bağlar⁷⁵. Ancak bilindiği gibi mücerretlik senedin ilk cirosundan itibaren başlar; senet, taraflar arasında mücerret değildir. Şu halde ortaklık diğer akide karşı, temel ilişkiden doğan bir şahsı def'i niteliği taşıyan, işlemin kendisini bağlamayacağı savunmasını başarı ile ileri sürebilir. Bu takdirde karşı akit TK. 590. madde gereğince doğrudan doğruya senedi düzenleyen temsilciye başvurulabilir. Ortaklık, üçüncü kişiye ciro edilmiş olan senetleri ise mücerretlik niteliğinin bir sonucu olarak ödemek zorundadır. Şüphesiz ortaklığın, aralarındaki vekalet sözleşmesinin ihlali nedeniyle temsilcisine başvurusu mümkündür⁷⁶.

⁷³ Temsilcinin ortaklık konusunun sınırlarını bilmemesi söz konusu olamaz; diğer bir deyişle temsilci daima kötünietlidir. Bu sebeple, yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanabildiği hallerde, BK. 39 f. 2 uyarınca üçüncü kişi temsilciden (menfi zararını aşan) m ü s b e t z a r a r ı n ı n giderilmesini isteyebilir (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **FEYZİO**(;LU I 305; **Q**(;UZMAN/ÖZ 191; **ESENER**, Borçlar 282; **TUNÇOMA**(; 265/26).

⁷⁴ Maamafih yetkisiz temsilcinin hukuki sorumluluğunun kanundan doğduğu ve başka esaslar öngörülmemiş olmadıkça *haksız fiile* ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur (**OSER/SCHÖNENBERGER** Art. 39 N. 7; **SAYMEN/ELBİR** 1/1, 304). Buna karşılık sorumluluğun hukuki kaynağını c u l p a n c o n t r a h e n d o'da gören yazarlar yanında sorumluluğun temelini dürüstlük kuralı aracılığıyla borca aykırılıkta gören yazarlar da vardır. (v. **TUHR** (Edege) I 382; **ESENER**, Borçlar 283; Tebliğ 134; **SCHWARZ** (Davran) 386; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUO**(;LU/ALTOP 205; **EREN** I 550; **Q**(;UZMAN/ÖZ 191..

⁷⁵ **Karş.:** **ARSLANLI, KKŞ.** 338 b.

⁷⁶ Kanımca, ortaklık konusu dışındaki bir işlem nedeniyle kambiyo senedi düzenleyen temsilci, (yönetim kurulu üyesi) **TK.** 336 N. 5 anlamında kanunun kendisine yüklediği sadakat ve özen gösterme görevini ihlal etmiştir ve bu işleminden doğan zararlar nedeniyle ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara karşı TK. 336 ve devamındaki hükümler uyarınca sorumludur.

§ 16. TÜZEL KİŞİLERİN YÖNETİM KURULUNDAKİ TEMSİLCİLERİNİN VE GÖNDEREN TÜZEL KİŞİNİN SORUMLULUĞU

Anonim ortaklık yönetim kurulu genellikle pay sahiplerinden oluşan bir organdır. Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeliği için pay sahibi olmayı gerekli görmüş ve pay sahibi sıfatının kazanılmasını göreve başlamanın şartı saymıştır. Kanunun koymuş olduğu bu kurala, anonim şirket ortağı olan tüzel kişilerin menfaatlerini koruyabilmek ve anonim ortaklıkların büyük ekonomik kudretleri sebebiyle kamu yararına bir kontrol sağlayabilmek gibi düşüncelerle istisnalar da getirilmiştir. İşte bu düşünceleri gerçekleştirmek amacı ile bir yandan ortak olan tüzel kişilerin temsilcilerinin yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmesi, diğer yandan konusu kamu hizmeti olan ve ana sözleşmelerinde bu yolda hüküm bulunan anonim ortaklıkların yönetim kurullarına, kamu tüzel kişilerinin temsilci yollamaları kabul edilmiştir. Nihayet bankaların ülke ekonomisi içindeki ağırlıklı işlevlerinden yola çıkan kamu otoritesi, bankacılık mevzuatına kamu denetimine alınan bankaların (iştiraklerinin ve bağlantılı şirketlerin) yönetim kurullarına üye atama olanağı veren istisnai hükümler koymuştur. Bu hallerde tüzel kişilerin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin fiilleri sebebiyle gerek temsilci üyenin, gerekse gönderen tüzel kişinin sorumluluk durumunun ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

I. PAY SAHİBİ TÜZEL KİŞİLERİN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

1. Pay Sahibi Tüzel Kişinin Yönetim Kurulunda Temsilinin Şartları

Ticaret Kanunu'nun 312. maddesi tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacakları hükmünü koymuştur. Yine aynı madde gereğince tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişiler yönetim kuruluna temsilci seçilebi-

lirler. Bu hükmün anlamı, tüzel kişiler anonim ortaklıkta pay sahibi olsalar dahi, tüzel kişi olarak yönetim kuruluna seçilmeleri imkanı bulunmadığıdır'. Fakat kanun koyucu anonim şirket ortağı olan tüzel kişilerin menfaatlerini de güvence altına almak amacı ile gerçek kişi olan temsilcilerinin yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmesine imkan vermiştir.

Ortak tüzel kişinin anonim şirket yönetim kuruluna göndereceği temsilci, bu göreve ortak tüzel kişinin bir tayin tasarrufu ile atanmayıp, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçileceği genel kuralı uyarınca, genel kurul tarafından seçilir. Ortak tüzel **kişi**, temsilcisini aday gösterir ve onu genel kuruldaki oylan ile demokratik şekilde destekler. Bunun dışında bir gücü yoktur. Seçimi gibi temsilci üyenin azli yetkisi de genel kurula aittir.

2. Sorumluluk

a. Ortak Tüzel Kişinin Temsilcisinin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Pay sahibi sıfatıyla anonim ortaklık yönetim kuruluna temsilci göndermiş olan tüzel kişinin, temsilcisinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla girdiği işlemlerden sorumlu olup olmayacağı sorununun pratik önemi vardır. Çünkü tüzel kişinin ödeme gücü temsilciden her halde fazla olacaktır². Bundan dolayı temsilciden başka, ortak tüzel kişinin de sorumluluğu yoluna gidebilmek, sorumluluk davasının davacıları yönünden faydalı olacaktır.

Ticaret Kanunu'nda ortak tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin fiil ve işlemlerinden sorumlu tutulup tutulamayacakları konusunda açıklık yoktur. Kanun koyucunun AEM.'da beliren iradesi³,

¹ Tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde de, bu görevi tüzel kişinin bünyesi itibarıyla bizzat ifa etmesi kabil olmadığı için, tüzel kişi adına organı veya temsilcisi olan gerçek kişiler icra edecektir.

² **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 125; **TANDOĞAN**, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 15.

³ Bu konuda AEM. m. 312 s. 380'de yapılan açıklama aynen şöyledir: "Bu maddenin 2. fıkrasının 2. ve 3. cümleleri hükümleriyle takip olunan gaye, hükmi bir şahsın ortak olsa bile idare meclisine aza seçilemeyeceği ve fakat onun temsilcilerinden birisinin seçilebileceğidir ki, bunun en mühim ameli neticesi de, idare meclisi azası sıfatıyla ancak **temsilcinin** şahsen şirkete veya üçüncü şahıslara karşı mesul tutulacağıdır".

temsilcilerinin işlem ve fiillerinden tüzel kişinin sorumlu tutulamayacağı, bundan sadece temsilcinin şahsen sorumlu olacağı yolundadır. AEM.'da verilen bu izahata rağmen acaba tüzel kişiyi sorumlu tutabileceğimiz başka hukuki imkanlar, istifade edebileceğimiz başka hükümler yok mudur?

ab. Ortak Tüzel Kişinin Sorumlu Tutulması İçin Çeşitli İmkanlar'

aba. Doktrinde pay sahibi tüzel kişinin 336 ve müteakip maddelere göre sorumlu olacağı fikri ileri-sürülmüştür. Bu sonuca varabilmek için bizzat tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olduğunu kabul etmek gerekir. İşte *Tekinalp'in* kanaatine göre⁵ anonim ortaklık yönetim kuruluna temsilci gönderen tüzel kişinin bizzat kendisi yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanır, yoksa temsilci üye yönetim kurulu üyesi değildir. Temsilci üye tüzel kişi adına seçilmektedir. Yazarın kanatma göre, 312. maddedeki tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı yolundaki hüküm, pay sahibi tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine seçilmeleri hususunda bir hak ehliyetsizliği koymamış, yönetim kuruluna seçilme hakkının kullanılması yönünden bir sınırlama getirmiştir. Ortak tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisi tüzel kişinin organıdır⁶. Bu fikir benimsendiği takdirde, yönetim kurulu üyeliğini bizzat tüzel kişi taşıyacağı ve temsilcinin de tüzel kişinin organı olduğu kabul edileceği için, temsilcinin fiilletinden doğan sorumluluğun doğrudan doğruya tüzel kişiye izafe olunması ve bizzat tüzel kişinin 336 ve devamındaki maddelere göre sorumlu olması gerekecektir⁷.

Kanımca, pozitif hukukumuzda temsilcinin gönderen tüzel kişinin organı sayılmasına imkan bulunmadığı için⁸ tüzel kişinin bu yolda sorumluluğuna gitmek olanaklı görünmemektedir.

abb. Pay sahibi tüzel kişinin temsilcilerinin fiillerinden sorumlulukları hususunda, Ticaret Kanunu'nun, 275 III'de kamu tüzel kişileri

⁴ Temsilci iyenin fiillerinden tüzel kişinin BK. 50 I'e göre teşvik eden sıfatıyla sorumlu kılınması imkanı da düşünülebilir. Fazla bilgi için bkz.: **TANDO(AN**, Hilkmî Şahısların idare Meclisinde Temsili 26; **G. SCHUCANY** 77.

⁵ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 31.

⁶ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 34/35.

⁷ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 119 vd.

⁸ Bkz.: § 6 I 2.

için koyduğu hükmün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelebilir.

Doktrinde bu imkan reddedilmektedir⁹. Çünkü, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin hukuki durumları pay sahibi hususi tüzel kişilerinin durumlarından çok farklıdır. Bu farklılık kamu tüzel kişisinin temsilcisinin tayin ve azlinin bu tüzel kişiye ait olması sebebiyle temsilcinin çok sıkı surette kamu tüzel kişisine bağlılığından doğar. Öyle ki, temsilci anonim ortaklıkla kamu tüzel kişisinin menfaati (veya kamu menfaati) çatıştığında kamu menfaatini tercih etmek zorundadır¹⁰. Halbuki pay sahibi özel hukuk tüzel kişisinin temsilcisi, anonim ortaklık genel kurulu tarafından seçilir, ortak tüzel kişi onu aday gösterir ve sahip olduğu oylarla da destekler¹¹. Azil yetkisi de anonim ortaklık genel kurulundadır. Temsilcisi olduğu tüzel kişi ile anonim ortaklığın menfaat çatışmasında temsilci, anonim ortaklığı tercih etmek zorundadır¹². Nitekim kamu tüzel kişilerinin temsilcileri muhtemel zararlara karşı rehin olarak hisse senedi tevdi etmek zorunluğunda da değillerdir. Bu muafiyetin konmasının sebebi temsilcinin fiillerinden bizzat kamu tüzel kişisinin sorumlu tutulmuş olmasıdır. Kanaatimce, bundan çıkarılabilecek menfi bir delilin de ileri sürülmesi mümkündür. Ortak tüzel kişiler bu teminatı temsilcileri adına yatırmak zorunda olduklarından onların, temsilcilerinin fiillerinden sorumlu olmadıkları ileri sürülebilir. Maamafih bu fikre karşı da, kamu tüzel kişilerinin daha emin oldukları ve ödeme güçlerinin varlığı varsayıldığı için onların teminat yatırmaktan muaf tutuldukları, özel hukuk tüzel kişilerinin ise bu muafiyete daha az layık görüldükleri söylenebilir.

Ve son olarak da TK. 275 III'ün kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilinin özelliği göz önünde tutularak konmuş istisnai bir hüküm olduğu¹³, bu yüzden de kıyasa olanak bulunmadığı, şayet kanun koyucu böyle bir kıyası arzu etseydi 312. maddede sarıhçe 275 III'e atıf yapabileceği söylenmektedir¹⁴.

⁹ TANDOÖAN, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 16; FALKEİSEN 84; G. SCHUCANY 101.

¹⁰ TEKİNALP Yönelim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 57; FALKEİSEN 84.

¹¹ Bkz.: I 1.

¹² TANDOÖAN, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 17; G. SCHUCANY 48 vd.; FALK.EISEN 85.

¹³ FALKEİSEN 84; G. SCHUCANY 101.

¹⁴ TANDOÖAN, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 17.

abc. Ortak tüzel kişinin temsilcisinin fiillerinden sorumlu tutulma.,, için MK. 50 II ve TK. 321 V'in uygulanma imkanı bulunup bulunmadığı da düşünülebilir. Acaba, yönetim kurulunda temsilci bulunduran ortak tüzel kişi, MK. 50 II veya TK. 321 V gereğince, organın fiillerinden sorumlu tüzel kişi sıfatıyla sorumlu tutulabilir mi? Şüphesiz MK. 50 II'nin uygulanması her şeyden önce ortak tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisinin tüzel kişinin organı sayılıp sayılamayacağı probleminin çözümüne bağlıdır. Kanaatimce, temsilci üye gönderen tüzel kişinin organı sayılamayacağı için¹⁵ temsilcinin fiillerinden tüzel kişinin MK. 50 II gereğince sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır¹⁶.

MK. 50 II'ye koşut bir hüküm TK. 321 V'de de yer almış bulunduğu¹⁷ ve bu hüküm gereğince anonim ortaklıklar yönetici ve temsilcilerinin görevlerini yaptıkları sırada ika ettikleri haksız fiillerden sorumlu olduklarına göre, pay sahibi tüzel kişinin bir anonim ortaklık olması halinde (ki çoğu kere bir anonim ortaklıktır) sözü geçen hükümden yararlanılması düşünülebilir. TK. 321 V'in tatbik şartının anonim ortaklığın yönetimi veya temsili sırasında bir haksız fiil işlenmesi olduğu göz önünde tutulursa¹⁸ *anonim ortaklığın* sermayesine katıldığı bir anonim ortaklıktaki temsilcisinin bu faaliyetinin yönetim ve temsil kavramı içine girmediği görülür. Çünkü temsilci üyenin yönetim kurulundaki faaliyeti dar anlamda yönetim hakkı içine girmeyeceği gibi, temsilci üye 321. madde anlamında temsil yetkisini de kullanmamaktadır. Temsilci üye teknik anlamda bir temsilci olmayıp, bir "*menfaat temsilcisi*"dir¹⁹. Kanaatimce, yönetim ve temsil kavramı geniş yorumlansa ve 321 V'de yer alan hüküm ortaklık işlerinin görüldüğü sırada işlenen haksız fiillere de uygulanabilecek şekilde genişletilse ve bu surette temsilci üyenin yaptığı işin gönderen anonim ortaklığın işlerinin yönetimi kapsamına girdiği kabul edilerek²⁰ TK. 321. maddenin 5. fıkrasına uygulama alanı tanınması imkanı aransa dahi TK. 321 V'in, MK. 50 II'nin özel bir uygulama şekli olduğu kabul edildiğine

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 6 I 2.

¹⁶ Temsilci üyenin organ sıfatını haiz olup olmadığı hususunda bkz.: § 6 il.

¹⁷ Aynı yolda bir hüküm kollektif ortaklıklar için TK. 177 II, limited ortaklıklar için TK. 542 il ve kooperatifler için KoopK. 59 III'de yer almaktadır.

¹⁸ Bkz.: § 6 il 2 a

¹⁹ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 121.

²⁰ **G SCHUCANY** 86.

gören, her ne kadar "idarecilerin ve temsilcilerin fiillerinden" bahsetmekte ise de, bunların ancak organ görevlisi sıfatını haiz kimseler olması halinde uygulama alanı bulacağından, tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcileri ise organ görevlisi sıfatını haiz olmadıklarından 321. maddenin 5. fıkrasının uygulanmasına imkan yoktur.

abd. Nihayet bu konuda başka bir imkan olarak, tüzel kişinin *adam çalıştıran sıfatıyla* sorumlu tutulması (BK. 55, 100) akla gelebilir. Tüzel kişiyle temsilci üye arasındaki iç ilişkide bir akit bağı vardır ve bu akit genellikle hizmet veya vekalettir²². Hizmet veya vekalet akitleri ise işçi ya da vekilin, işveren veya müvekkil durumundaki tüzel kişiye tabi olmasını gerektireceği ve talimatına uyma mükellefiyetini yükleyeceği için tüzel kişinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulabileceği ileri sürülmüştür²³. Buna karşı, bir kısım yazarlar²⁴, temsilci üyenin tüzel kişinin talimatına uymak zorunda olmadığı, faaliyetlerini bağımsız olarak icra edeceği gerekçesi ile hizmetli sıfatını taşımadığını kabul etmekte ve BK. 55. maddenin uygulanmasına olanak bulunmadığını ileri sürmektedirler.

Türk hukukunda *Tandoğan*²⁵ BK. 55'in muayyen hallerde uygulama alanı bulacağını savunur. Yazara göre BK. 55. maddenin tatbiki için aranan işçinin işverene tabiiyeti şartının fiili bir tabiiyet bağı olması da mümkündür. İşte bu sebeple, temsilci üye, tüzel kişinin talimatına hukuken bağlı olmasa bile, fiilen buna uygun hareket ettiği hallerde tüzel kişi BK. 55 gereğince sorumlu tutulabilir. Buna karşı temsilci üye, tüzel kişinin talimatı ve menfaati ile hiç ilgisi olmayan bir meselede yönetim kurulu üyesi sıfatıyla zarar ıka etmişse, bundan tüzel kişi sorumlu olmamalı veya kurtuluş beyyinesi getirebilmelidir²⁶.

Yalnız BK. 55. madde işçinin haksız fiil ıka halinde uygulanabileceğinden BK. 55'den ancak temsilci üyenin zarar verici fiilleri haksız fiil niteliğinde ise yararlanılabilir. Zarar verici eylem akde aykırılık vasfını taşı-

²¹ § 6 il 2.

²² TANDOCAN, Hükrm Şahısların İdare Meclisinde Temsili 25; FUNK Art. 707 N. 3.

²³ TANDOCAN, Hükrm Şahısların İdare Meclisinde Temsili 20 dñ. 60'daki yazarlar.

²⁴ CAPITAİNE 61 a; FALKEİSEN 83.

²⁵ TANDOCAN, Hükrm Şahısların İdare Meclisinde Temsili 25.

²⁶ Kanımca, temsilci üye, ortak ltzel kişinin menfaati ve talimatı ile hiç ilgisi olmayan bir meselede yönetim kurulu Uyesi sıfatıyla zarar ıka etmişse bundan gönderen tüzel kişinin sorumlu tutulması söz konusu değildir; bundan dolayı bir kurtuluş beyyinesine de lüzum yoktur. Bu durumda ancak TK. 321 V'e göre anonim ortaklığın sorumlulutuna gitmek mümkündür.

yorsa, tüzel kişinin BK. 100. maddeye göre sorumluluğu cihetine gidilemez. *Tandoğan'ın* da işaret ettiği gibi²⁷, 100. maddenin uygulanması için adam çalıştıran ile zarar gören arasında bir sözleşme bağı olmalıdır. Oysa tüzel kişi ile anonim ortaklık (veya davacı safında yer alabilecek ortaklar ve alacaklılar) arasında bir sözleşme bağı yoktur. Bundan dolayı arada akit bağı olmayınca, sözleşmeden doğan bir borcun ifasının yardımcı şahıs sıfatıyla temsilci üyeye bırakılması da söz konusu değildir. Akit (veya akit benzeri bağlantı) yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındadır.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hukukt kaynağı ise sözleşmeye aykırılıktır²⁸. Sorumluluğu gerektiren hallerin çoğunda ortaklıkla aralarındaki hukukt ilişkisinin bir ihlali bahis konusudur. Ortaklığa karşı sorumluluğun hukuki dayanağı akit olduğu gibi, alacaklılar ve ortakların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları davaların hukuki kaynağı da yine sözleşmeye aykırılıktır. Çünkü onlar da ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkiye dayanabilmek imkanına sahiptirler²⁹. Durum böyle olunca BK. 55. maddenin tatbik alanı bir hayli daralmakta ve temsilci üyenin, gönderen tüzel kişinin menfaatinin bulunduğu veya onun talimatına uyarak hareket ettiği hallerde, alacaklılara ve ortaklara doğrudan doğruya zarar vermiş olan haksız fiillerle sınırlı kalmaktadır.

ac. Temsilcinin Sorumluluğu

Ticaret Kanunu temsilci üyenin sorumluluğu hususunda bir hüküm koymamıştır. Kanunda kamu tüzel kişilerinin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin sorumluluğu hakkında da bir hüküm mevcut olmadığı halde, doktrin temsilcinin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler gereğince sorumlu olduğunu kabul etmektedir³⁰. Kamu tüzel kişilerinin temsilcileri için bu sonuca varılınca pay sahibi tüzel kişilerin temsilcileri için aynı sonuç öncelikte kalır. Çünkü temsilci üye anonim ortaklık genel kurulu tarafından seçilmekte, onun tarafından azledilebilmekte ve anonim ortaklığın menfaatlerini korumakla yükümlü bulunmaktadır. Bu nedenle, temsilci üyenin de diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler gereğince sorumlu olması gerekir³¹.

²⁷ TANDOĞAN, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 25.

²⁸ Bkz.: § 9 il 2 a.

²⁹ Bkz.: § 10 II 5.

³⁰ Bkz.: il 2 b.

³¹ TANDOĞAN, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 18; FUNK Art. 767 N. 3; G. SCHUCANY 80.

Temsilci tiye gönderen tilzel kişiye karşı ise aralarındaki sözleşme hükümlerine göre sorumlu olur.

il. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

1. Kamu Tüzel Kişilerinin Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Temsili

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurabilmeleri 1957 tarihli yeni Ticaret Kanunumuzun getirdiği bir yeniliktir. Konuyu düzenleyen TK. 275. maddeye göre konusu kamu hizmeti olan anonim ortaklıklar esas mukavelelerine koyacakları bir hükümle³² devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişilerine yönetim kurullarında -ve denetim kurullarında- temsilci bulundurmak hakkını verebilirler. Sözü geçen hüküm ilk nazarda yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçilmeleri³³ prensibine bir istisna getirdiği kanısını uyandırmaktadır. Yönetim kurulundaki temsilcinin azli yetkisi de münhasıran kamu tüzel kişisine aittir (fK. 275^m). Aşağıda, sorumluluk probleminin çözümü hususunda gerekli olduğu ölçüde, kamu tüzel kişinin ve temsilcisinin yönetim kurulu üyesi sıfatı üzerinde de durulacaktır.

2. Sorumluluk

a. Kamu Tüzel Kişisinin Temsilcisinin Fiil ve İşlemlerinden Sorumluluğu

TK. 275. madde koyduğu açık bir hükümle, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin fiil ve işlemlerinden dolayı sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu hükme göre, kamu tüzel kişisi, ortaklık yönetim kurulu -veya denetim kurulu-ndaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiil ve yaptıkları işlemlerden dolayı ortaklığa, ortaklara ve şirket alacaklılarına karşı sorumludur³⁴.

³² Şayet kamu tüzel kişinin yönetim kuruluna temsilci gönderme imkanı 275. maddeden doğmayıp, 23sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri KHK'nun 3. maddesine müsteniden (RG. 10588) bir anonim ortaklığın müdürler kuruluna üye gönderilmekte ise, bu üyenin fiil ve işlemleri sebebiyle sorumluluk TK. 275 III'e tabi olmayıp, idare hukuku normlarına göre çözümlenir.

³³ Ana sözleşme ile tayin halleri saklıdır.

³⁴ SCHUCANY, Art. 754 N. 1. Fransız hukukunda da temsilcisinin fiillerinden doğrudan doğruya amme hükmi şahsı mesul tutulmuştur (MOREAU 111 66, 67).

TK. 275. maddenin koyduğu bu sorumluluk hilkmil, ancak maddenin sistemi içinde uygulama alanı bulan bir hUkUmdUr. Yöni, bu hüküm ağf sözleşmedeki açık hilkme dayanarak kamu tüzel kişilerinin bir anonim Or-uıkhğın yönetim kurulundaki temsilcileri hakkında uygulanabilir. Kamu tüzel kişisi pay sahibi sıfatıyla ortaklığa katılıp gösterdiği aday genel ku-nıl tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilmişse, 275. maddedeki so-numluluk sistemi yüüimez, TK. 312 II uygulanır³⁵.

Ticaret Kanunu'nun koyduğu bu sorumluluk sistemi, sorunun hukuki temeline ve nazari esaslarına da uygundur. Doktrinde sorumluluk konusunun çözümünün altyapısını oluşturan yönetim kurulu üyeliği sıfatını kimin kazanacağı sorunu üzerinde durulmuştur. Acaba kamu tüzel kişisi mi, yoksa temsilcisi mi yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanmaktadır? Doktrinde *Tekinalp*'in kanısına göre³⁶, yönetim kurulu üyeliği sıfatının sahibi kamu tüzel kişisidir. Tüzel kişi bu üyeliği temsilci aracılığıyla kullanmaktadır. Temsilcinin tayin ve azlinin kamu tüzel kişisinde olması kadar, temsilcinin fiillerinden sorumluluğun tüzel kişiye yüklenmesi de üyelik sıfatının tüzel kişide olduğunun kanıtını oluşturur. *İmregün* de³⁷, kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacağını savunur. Yazara göre "TK. 312 II'nin ikinci cümlesi burada uygulanmaz. Zira, adı geçen cümle "pay sahibi" olan daha doğru bir deyimle, pay sahibi sıfatını taşıyan tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacaklarını öngörmüştür. Oysa kamu tüzel kişisi "pay sahibi sıfatı ile" yönetim kurulu üyesi olmamaktadır".

Kanımcı bir anonim ortaklık yönetim kurulunda TK. 275 gereğince temsilci bulundurmak imkanını elde eden kamu tüzel kişisinin, yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacağını kabule imkan yoktur. Gerçekte, üye1llc sıfatının tesbitinin sorumluluk probleminin çözümü ile ilgisi de yoktur. Çünkü TK. 275. madde 3. fıkrasında kamu tüzel kişisinin sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla sorumlu tutulup tutulamayacağını araştırmaya gerek yoktur. Buna rağmen, kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanıp kazanmayacağı sorusuna bir cevap aranacak olursa denebilir ki:

³⁵ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 135.

³⁶ **TEKİNALP** Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 56, 59.

³⁷ **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 192.

TK. 312 II, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri arasında bir ayırım yapmaksızın "Pay sahibi olan hilkmi bir şahıs, yönetim kurulu azası olamaz" hükmünü koymuştur. Kanımca, bu hilkim, "*bir tüzel kişi pay sahibi olsa da hi, yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanamaz*" şeklinde yorumlanmalıdır³⁸. Bu nedenle pay sahibi niteliği taşımayan bir kamu tüzel kişinin TK. 275. maddenin sağladığı imkan gereğince yönetim kuruluna temsilci gönderdiği hallerde, yönetim kurulu üyesi sıfatını iktisap edememesi öncelikte kılır. Şayet kanun koyucu, kamu tüzel kişilerinin yönetim kul}llu üyesi sıfatını kazandığını kabul etmiş olsaydı 275. maddenin 3. fıkrasında ayrıca sorumluluğu düzenlemek gereğini duymazdı. Zira bu takdirde sorumluluk doğrudan doğruya TK. 336 ve devamındaki hükümlere tabi olacaktı. Kanımca ne kamu tüzel kişisi, ne de onun temsilcisi yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanır. TK. 275 III, temsilcinin hukuki durumunu da ayrıca tesbit etmek gereğini duymuş ve bu amaçla temsilcinin genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerine sahip olacağını belirtmiştir. Madde temsilciyi, yönetim kurulu üyeleri tarafından sorumluluklarına karşılık pay senetlerini teminat olarak verme yükümünden de muaf tutmaktadır.

TK. 275 m gereğince, kamu tüzel kişileri ortaklık yönetim (veya denetim) kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla icra ettikleri işlem ve eylemlerden dolayı, ortaklığa, alacaklılara ve ortaklara karşı sorumlu tutulmuştur. Sorumluluk temsilcisinin hukuki işlemleri kadar, haksız fiillerini de kapsamaktadır. Ticaret Kanunu kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna paralel bir hüküm koymuş, kamu tüzel kişisini 336. maddeye benzer şekilde, ortaklığa, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutmuştur. TK. 275. maddede bir işaret mevcut olmamakla beraber fikrimce, ortakların ve alacaklıların tazminat talebi, dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs sıfatı iledir ve yine 309. maddenin koyduğu sisteme uygun olarak, bu davalarda tazminatın ortaklığa verilmesi istenmelidir.

b. Kamu Tüzel Kişisinin Temsilcisinin Sorumluluğu

TK. 275. madde, temsilcinin fiillerinden dolayı kamu tüzel kişinin sorumluluğunu düzenlemiş, temsilcinin sorumluluğu konusunda bir hüküm koymamıştır. Sadece maddede, temsilcinin fiil ve işlemleri sebebiyle sorumluluğu söz konusu olan kamu tüzel kişinin, temsilciye iicu hakkı bulundu-

³⁸ Karş.:İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 192.

ğu belirtilmiştir. Bundan ötürü ortaya, temsilcinin de ortaklığa, alacaklılara ve ortaklara karşı sorumlu olup olmayacağı sorunu çıkmaktadır. Acaba sorumluluk davasını açabilecek olanlar, TK. 275 m gereğince kamu tüzel kişisine başvurmak yerine temsilcinin sorumluluğu yoluna gidebilirler mi? Ya da tüzel kişi yanında temsilciye de başvurulması mümkün müdür?

Öğretide bu suale genellikle olumlu cevap verilmektedir³⁹. Temsilcinin de sorumlu bulunduğu kabul edildiği takdirde, bu sorumluluğun hukuki dayanağı ne olacaktır? Temsilcinin yönetim kurulu üyeliği sıfatını taşımadığını yukarıda belirtmiştim⁴⁰. Buna rağmen acaba burada yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün müdür? TK. 275. maddenin temsilcilerin *"umumf heyet tarafından seçilen azaların hak ve vazifelerini haiz olacaklarını"* söyleyen hükmü bizi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına götürebilir. Çünkü sorumluluk hükümlerinin verilen hak ve görevlerden bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir.

Tüzel kişi yanında temsilcinin de sorumlu olduğu kabul edilince kamu tüzel kişisi ve temsilci arasında *eksik borçlu teselsülü* hükümleri uygulanır⁴¹. Temsilcinin fiillerinden dolayı sorumlu olarak tazminat ödeyen kamu tüzel kişisi temsilcisine rücu edebilecektir⁴².

III. TMSF'NİN FON BANKALARININ YÖNETİM KURULLARINA YA DA FON BANKALARININ VEYA BANKA HAKİM ORTAKLIĞININ HAKİM OLDUĞU ŞİRKETLERİN YÖNETİM KURULLARINA ÜYE ATAMASI

1. TMSF'nin Fon Bankalarının Yönetim Kurullarına Üye Ataması

Bankacılık Kanunu'nun 69. maddesine göre, 67. maddede düzenlenen önlem alınmasını gerektiren hallerden birinin varlığı halinde, 68. maddenin (b) bendi uyarınca Fon tarafından önerilen önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alın-

³⁹ TANDO(AN, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 17; TEKİNALP Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili 120; OFFİNGER IUL, 127 vd.; G. SCHUCANY 101.

⁴⁰ Ayrıca bkz.: II 2 a.

⁴¹ TANDO(AN, Hükmi Şahısların idare Meclisinde Temsili 17.

⁴² lsv. BK. 762. IV; FUNK Art. 762 N. 3.

ması durumunda dahi olumlu sonuç alınamayacağına belirlenmesi halinde Kurul, 67. maddenin (e), (f) ve (g) bentlerindeki aykırılıkların oluşumunda veya giderilmemesinde sorumluluğu bulunan yönetim kurulu üyelerinin (bir veya birkaçının veya tamamının) değiştirilmesi amacıyla genel kurulun ivedilikle toplantıya çağrılmasını banka yönetim kurulundan isteyebilir.

Kanımca banka yönetim kurullarının ve genel kurulun bu konuda takdir etkisi yoktur; istenen önlemi almakla yükümlüdürler. Bu madde uyarınca istenen önlemlerin alınmaması, BankK. 152. maddesinde cezai yaptırımla karşılanmıştır.

2. Fon Bankalarının veya Hakim Ortaklarının Hakim Olduğu Şirketlerin Yönetim Kurullarına Üye Ataması ve Bu Üyelerin Sorumluluğu

a. Atama Koşulları

Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesi TMSF'yi, Fon alacağının tahsili bakımından yarar görmesi halinde kullanacağı bazı olağandışı yetkilerle donatmıştır. Buna göre, Fon'a borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın: a) Fon'a alınmış olan bankaların yönetimin ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin, b) Hakim ortağı olan tüzel kişilerin, c) Gerçek ve tüzel kişi hakim ortaklarının hakim ortak oldukları şirketlerin, d) Yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen ortaklarının, ortağı oldukları şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya yetkili kılmıştır. Fon bu madde uyarınca yönetimi ve denetimi devralınan şirketlerin yönetim kurulunu kısmen veya tamamen değiştirmeye, yönetim kurulunun üye sayısını artırmaya veya eksiltmek suretiyle yönetim kuruluna üye atamaya yetkilidir.

Maddenin, yönetimine üye atanacak ortaklıkları belirlerken (d) bendinde öngördüğü, *"yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketler"le*, bankanın hakim ortaklarını veya hakim ortakların hakim olduğu ortaklıkları temsil eden veya arada temsil ilişkisi bulunmamakla birlikte muvazaalı olarak kendi adına ve fakat hakim ortaklar adına hareket ettiği kanıtlanan (gerçek veya tüzel) kişileri kasdettiği anlaşılmaktadır⁴³.

⁴³ Bkz.: **BATTAL** Şerh m. 134 d. 547; **REİS**(İ); **LU** (Şerh Um. 134 s. 1518) bu ilişkiyi "dolaylı temsil" olarak nitelemektedir.

b. Fon Tarafından Atanan Üyelerin Sorumluluğu

Yasanın olağanüstü yetkilerle donattığı (BankK. 134/IV) bu yöneticiler (ve bunlar tarafından atanan genel müdür, genel müdür yardımcısı, müdür) aleyhine görevlerini ifası nedeniyle açılacak kişisel sorumluluk davaları Fon aleyhine açılmış sayılır ve Fon tarafından izlenir (BankK. 127NI). BankK. 127. maddenin 7. fıkrasının hükmü uyarınca (Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile) Fon tarafından atanan üyelerin görev yaptıkları şirketlerin sermayesini kaybetmesi veya borca batık olması halinde mahkemeye bildirimde bulunma yükümleri yoktur. Bu şahıslar hakkında bildirimde bulunmamaktan dolayı 11K. 179, 277 vd. ve 345/a hükümleri uygulanmaz; TİK. 341. maddesi uyarınca haklarında sorumluluk davası açılmaz.

İstisnai bir hüküm niteliği taşıyan BankK'nun 127. maddesinin 7. fıkrası dar yorumlanmalıdır: Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon kapsamındaki şirketlere Fon tarafından atanan üyelerin görevli oldukları şirketlerin *münhasıran sermayelerini kaybetmeleri ve borca batık duruma gelmeleri halinde* mahkemeye bildirimde bulunma yükümünü ihlal ettikleri takdirde aleyhlerine sorumluluk davası açılmaz. Sair hallerde dava açılmasına bir engel yoktur. Ancak BankK 127/iV hükmü uyarınca bu dava Fon aleyhine açılmış sayılır ve Fon tarafından izlenir. Fon bu suretle yöneticileri aleyhine açılacak davalardaki nihai sorumluluğu üstlenmiş olmaktadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ¹

§ 17. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İBRASI

I. GENEL OLARAK

İbra² tüzel kişiler hukukunda, borçlar hukuku alanına nazaran daha özel bir anlam taşır. Tüzel kişi adına işlem yapan organlar, hesap dönemi sonunda iş sahibine (tüzel kişiye) faaliyetlerinin hesabını vermekle yükümlüdürler. İbra, tüzel kişinin (daha doğru bir deyişle yetkili organın) hesap veren organın üyelerine karşı karar şeklindeki bir irade açıklamasıdır. Yetkili organ bu kararı ile, sorumluların söz konusu dönemdeki işlemlerini hukuka ve ortaklığın çıkarlarına uygun bulduğunu beyan etmektedir.

Anonim ortaklıkta, yönetim kurulu üyelerini ibra etmeye yetkili organ genel kuruldur. Genel kurulun, yönetim kurulunu ibra etmesi, onun ilgili hesap dönemindeki bütün işlemlerinin hukuki ve iktisadi sonuçlarını uygun bulduğu anlamını taşır. Böylece anonim ortaklık, yönetim kurulu

¹ Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna son veren sebepler şüphesiz bu bölümde incelenenlerden ibaret değildir. Yönetimden doğan sorumluluk borçlar hukuku nonnlarına göre borcu düşüren **diğer** bir sebep ile de sona erebilir. Diğer sona erme sebepleri borçlar hukukunun genel kurallarından farklı bir özellik taşımadıkları için burada ayrıca incelenmemiş, sadece Ticaret Kanunu tarafından özel hüküm konulmuş bulunan ibra ve zamanaşımı ele alınmıştır. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluk kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmaları hakkında bkz. § 3 111.

² İbra terimi bugünkü hukukumuzda Mecelle'den geçmiştir (Mecelle m. 1536). Mecelle, iki nevi ibra kavramı kabul ediyordu. İbrai ıskat ve ibrai istifa. Kavramlar için bkz.: **ARSEBÜK** 855; **ATAN** 58; **DOMANIÇ** 77 vd.

üyelerine karşı bir yandan gilven beyanında bulunmakta, diğer yandan onları ilgili dönemdeki uygulamaları sebebi ile sorumlu tutmayacağını açıklamaktadır³.

II. İBRANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

İbra kararının niteliği ve hukuki sonuçları, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere konu olmuştur.

1. İsviçre Hukukunda

İsviçre mevzuatında ibra konusunda yeterli bir düzenleme yoktur. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibrasına İsv. BK'nun çeşitli hükümlerinde dolaylı olarak değinilmektedir⁴. Bu hükümler ibranın hukuki niteliğini tesbit etmek yönünden yeterli açıklık taşımadığı için bu görev öğretiye ve uygulamaya kalmaktadır.

İsviçre doktrinde baskın görüş hukuki mahiyeti yönünden ibrayı *menfi borç ikrarı* saymaktadır. Bu görüş yanında ibrayı *tek yanlı feragat işlemi* veya *makbuz verilmesi* niteliğinde bir işlem sayan görüşler de vardır<>.

2. Alman Hukukunda

Alman hukukunda ibra kararına verilen anlam ve ibranın hukuki sonuçları Türk-İsviçre hukukunda farklıdır. 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz 1965), ibranın hukuki sonuçları üzerindeki tartışmalara son vermiş ve duraksamaları açıklığa kavuşturmuştur. 1937 tarihli eski Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'ndan önce doktrin ve uygulama ibraya tazminat isteminden vazgeçmek anlamını tanıyordu⁷. 1937 Alın. POK. § 84 IV'de, yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat isteminden feragati, onlarla sulh akdetmeyi 5 yıl süre ile kesin şekilde yasaklanmış ve bu işlemlerin 5 yıl geçtikten sonra dahi yapılabilmesini 1/5 azınlığın karşı çıkmamış olması şartına bağlamıştır. Bu hüküm karşısında Al-

³ PCENONİ S; SCHUCANY Art. 698 N. 7; MEIER-WEHRLI 114.

⁴ Bkz.: İsv. BK. 695, 698 II N. 4, 707 III, 797.

⁵ BÜRGI Art. 698 N. 78. 80; BARBEY 56 vd.; MEIER-WEHRLI 116; GUHL 582; STEİGER (Çağa) 314; BGE II 70; 65 II 15; 90 II 495.

⁶ SIGERT 103, 108; KAESLIN 54 vd.; MEIER-WEHRLI 117 vd.

⁷ SCHULTE 71.

mtın doktrini⁸ ve uygulamasında⁹ tazminat isteminden feragat ifade eden bir ihenm yapılamayacağı göiiJşU hakim olmuştur. Diğer yandan, 1937 Alnı. pOK'nun genel kurulun yönetim kurulu üyelerinin ibrası konusunda her yıl karar venmesini emreden 104. § htikmti ile § 84 IV'deki yasağın bağdaştırılması zorunluğunu duyan yazarlar şu sonuca varıyorlardı: Yöneticilerin ibrası hususundaki genel kurul kararı hukuken bağlayıcı nitelik taşımayan bir görüş açıklamasıdır. Bu kararla genel kurul, yöneticilerin o iş yılındaki işlemlerini geçici olarak onaylamakta, onlara karşı bir *güven açıklamasında* bulunmaktadır. İbra kararı, hiçbir zaman tazminat istemlerinden vazgeçmek anlamını taşımaz ve tazminat davası açılmasına engel olmaz.

İşte eski POK'nun yürürlüğü sırasında doktrinde ve uygulamada kabul edilen bu görüş, yeni POK § 120 II'ye bir kanun hükmü olarak girmiştir: "*ibra tazminat istemlerinden feragat anlamını taşımaz.*"

Yönetim kurulu üyelerinin ve denetim kurulu üyelerinin ibra edilmesi, faaliyet dönemindeki işlemlerin onaylanması ve gelecek açısından bir *güven açıklamasından* ibarettir. Bugün Alman hukukunda ibra kararına bunu aşan bir etki tanınmamaktadır¹⁰.

3. Türk Hukukunda

Ticaret Kanunumuz anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibrası konusunda açık ve yeterli bir düzenleme getirmemiştir. Ticaret Kanunu'nun bazı hükümlerinde¹¹ ibraya dolaylı olarak değinilmektedir. Bu yönden Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında yakın bir benzerlik göze çarpmaktadır. Türk hukukunda da (İsviçre hukukunda olduğu gibi) mevcut hükümlerden yararlanılarak, ibra kararının hukuki mahiyetini (ve sorumluluk davalarına etkisini) tesbit etmeye imkan yoktur. Çözüm öğretiye kalmaktadır.

Türk öğretisinde ibra *menfi borç ikrarı* olarak nitelendirilmektedir¹². İsviçre'de baskın olan bu görüşün Türk hukukunda büyük çoğunlukla^{12a}

⁸ BAUMBACH/HUECK § 84 N. 7; GIERKE 297,298; SCHULTE 71 vd.

⁹ Bkz.: RG. 167, 166; BGH 29, 319.

¹⁰ GODİN/WILHELMİ § 120 N. 2; WÜRDİNGER 126; BAUMBACH/HUECK § 120 N. 6.

¹¹ Bkz.: TK. 300, 375, 310.

¹² ARSLANLI II 196; ÇAMOLU ibranın Sorumluluk DavaJanna Etkisi 329; MOROLU ibra 6,7; AYTAÇ 49; PULAŞLI Şirketler 481; ERİŞ il 2166; ANSAY, Anonim Şirketler 134; ANSAY, İbra 422; ATAN 59.

onay gördüğü söylenebilir. Geçerli bir ibra kararı, ortaklığın ilgili hesap dönemine ilişkin işlemler sebebiyle tazminat talebi bulunmadığını ikrar etmesi anlamını taşır. *Anonim ortaklık* artık yönetim kurulu üyelerine karşı, söz konusu döneme ait ve ibranın *kapsamına giren*¹³ işlemler sebebiyle *tazminat davası açamaz*¹⁴.

Açık ibra kararları gibi, TK. 380. maddenin öngördüğü ibra varsayımı¹⁵ da hukuki nitelik olarak menfi borç tanınması sayılmaktadır¹⁶.

m. İBRA KARARLARI - İBRA VARSAYIMI

1. İbra Kararları

Uygulama yönetim kurulu üyelerinin ibrası olağan genel kurul toplantılarının vazgeçilmez bir maddesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Olağan toplantıda ibra konusunda alınan karar genellikle "*yönetim kurulu-nun*"¹⁷ ibra edilmiş olduğu" formülü ile ifade olunur. Bu ibare *genel bir ibrayı* ifade eder. Yani, bütün yönetim kurulu üyelerinin, söz konusu faaliyet dönemindeki bütün işlemleri nedeniyle ibra edildikleri anlamını taşır. Şüphesiz genel kurul mutlaka yönetim kurulu üyelerinin hepsini ibra etmek veya bütün faaliyet dönemi için ibra vermek zorunda değildir; dilerse yönetim kurulu üyelerinden bazılarını ibra edip, diğerlerini ibranın kapsamı dışında bırakabilir¹⁸. Yine bunun gibi, ibranın süre yönünden faaliyet döneminin sadece bir kısmına veya belirli işlemlere inhisar ettirilmesi de mümkündür. Bu gibi hallerde genel kurulda yönetim kurulu üyeleri için ayn ayn oylama yapılabilir veya bazı işlemler önemleri nedeniyle ayn oya konabilir. Tekrar edelim ki, uygulamada ibra kararları kural olarak bütün yönetim kurulu üyeleri ve faaliyet döneminin tamamı için tek bir oylama sonucunda alınır. Karar başkaca bir açıklık taşımıyorsa genel ibra olarak yorumlanmalıdır.

¹³ Bkz.:Aşağıda VII.

¹⁴ Bkz.:Aşağıda VII.

¹⁵ ibra varsayımı için bkz.: Aşağıda: III 2.

¹⁶ Bkz.: ÇAMO(;LU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 330 FUNK Art. 598 N. 8; FEHR 156; BÜRG1 Art. 698 N. 71; ARSLANLI II 196; TEK.İNALP/ÇAMO(;LU m. 380 ile ilgili açıklama.

¹⁷ İbra yönelim kuruluna değil, yönetim kurulu üyelerine verilir (KOLB 70; BARBEY 35/35; KAESLİN 61). Bu nedenle "yönetim kurulu" ibaresi "bütün yönetim kurulu üyeleri" şeklinde anlaşılmalıdır.

¹⁸ Bkz.: MEIER-WEHRL1121 ve arada dpn.: 40'da gösterilen örnekler.

2. İbra Varsayımı

Ticaret Kanunumuzun 380. maddesine göre, "Bilançonun tasdikine dair olan umumi heyet kararı, aksine sarahat olmadığı takdirde, idare meclisi azalarıyla müdürler ve murakıpların ibrasını tazammun eder". Ticaret Kanunumuz bu hükmüyle bir *ibra varsayımı* koymuştur¹⁹. Genel kurul, bilanço ve başarı (kar-zarar) hesabını onaylarken yönetim kurulu üyelerini ibra etmek niyetini taşımasa (ve onayın ibrayı birlikte getireceğini bilmesi) dahi ibra sonucu meydana gelir. Kanun bilanço ile başarı hesabının tasdikine ibra sonucunu bağlamış, bunları onaylayan genel kurulun ibra iradesini taşıdığını varsaymıştır^{19a}. Ancak TK. 380. maddenin açık hükmü gereğince genel kurul karan aksine sarahat taşıyabilir. Yani genel kurul, bilanço ve başarı hesabını onaylamakla beraber, yönetim kurulu üyelerine ibra vermeyebilir. Böylece ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma hakkının düşmesi önlenmiş olmaktadır.

TK. 380. maddesi sadece bilançodan bahsetmektedir. Buna rağmen maddedeki "bilanço" kelimesi geniş yorumlanmaktadır. Bu terimin içine bilançonun ayrılmaz bir parçası sayılan *başarı (kar-zarar) hesabı* ve yönetim kurulunun yıllık raporu^{19b} da girer²⁰. Gerçekte bu belgeler birbirini tamamlayan belgelerdir²¹. Aşağıda ibranın kapsamı konusunda göreceğimiz gibi²², bilançonun tasdiki ile meydana gelen ibra, bilançodan, başarı hesabından yıllık rapordan ve hatta yönetim kurulunun sözlü açıklamalarından anlaşılabilen hususları kapsar.

¹⁹ İsviçre hukukunda, TK. 380. maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Buna rağmen İsviçre hukukunda da bilançonun ve hesapların genel kurul tarafından onaylanması, *i b r a k a r i n e s i* olarak kabul edilmektedir (bkz.: **BÜRGİ** Art. 698 N. 73; **WIELAND** 11 133; **MEIER-WEHRLİ** 123; **PİCENONİ** 31, 32; **BARBEY** 181; **BIGGEL** 71; BGE 14, 705; 78 II 156).

^{19a} Uygulamada bazen yönetim kurulu raporunun, bilançodan ayrı olarak oylanıp tasvib edildiği görülmektedir. Yıllık raporun genel kurulca ayrıca oylanarak kabul edilmesi ibra sonucunu doğurmaz; sadece genel kurulun rapordaki açıklamaları yeterli bulduğunu ifade eder (**BÜRGİ** Art. 698 N. 61).

^{19b} Bilanço ve başarı hesabı ortaklık işlemlerinin sayısal bir şemasını verir. Bu nedenle aydınlatma gücü zayıftır. Bizi bu rakamlara ulaştıran işlemler hakkındaki açıklamalar yıllık raporda yer alır. Yıllık rapor ortakları ve kamuyu aydınlatmak açısından bilanço ve başarı hesabını tamamlamaktadır (Bkz.: **ÇAMOCLU**, Yıllık Rapor 540/541).

²⁰ **TEKİNALP/ÇAMOCLU**, m. 380 ile ilgili açıklama; **ANSAY** İbra 425.

²¹ Bkz.: **ÇAMOCLU**, Yıllık Rapor 540 vd.

²² Bkz.: Aşağıda iV.

İbra varsayımının gerçekleşmesi eksiksiz ve doğru²²⁸ bir bilançonun varlığına bağlıdır. TK. 380. maddenin ifadesiyle: "...bilançoda bazı hususlar belirtilmemekte, veyahut bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine mani yanlış birtakım hususları ihtiva etmekte ise, idare meclisi azalarıyla müdürler ve murakıplar, bilançonun tasdikiyle ibra edilmiş olmazlar". Kanun koyucu bu gibi hallerde ibra varsayımının tam aksine genel kurulun yöneticilere ibra vermediğini kabul etmektedir²³.

IV. İBRANIN KAPSAMI

Genel kurul alacağı ibra kararlarında *ibranın kapsamını* da tayin etmek imkanına sahiptir. Yukarıda (fil 1) gördüğümüz gibi, ibra kararında ibranın *kişi, öz veya zaman yönünden kapsamı* açıkça belirtilmiş olabilir. Mesela genel kurul, yönetim kurulu üyelerinden bazılarını ibra etmeyebilir veya bazı işlemlerin ibranın kapsamı dışında bırakılmasını uygun bulabilir. Yine bunun gibi ibranın zaman açısından hesap döneminin belirli bir kısmına hasredilmesi de mümkündür. Bu tür bir sınırlama yapılmadan verilen ibra *genel* nitelik taşır. Bilançonun tasdiki ile gerçekleşen *ibra varsayımı da* (karda aksine açıklık bulunmadıkça) *bir genel ibra niteliğindedir*.

Genel ibra kararları *kişi yönünden* bütün yönetim kurulu üyelerini kapsar. *Zaman açısından* (aksi belirtilmiş olmadıkça) bütün hesap dönemine şamildir. *Öz yönünden* (maddi yönden) ise kural olarak faaliyet dönemindeki bütün işlemleri kapsar. Herhangi bir sınırlama yapılmadan alınan genel ibra kararlarının ve bir genel ibra niteliği taşıyan ibra varsayımının öz yönünden kapsamını tesbit konusunda şu *kural* yürür^{23a}:

İbra kural olarak sadece genel kurulun *bilgisine ulaşan* işlemleri içerir. Genel kurul, daha doğru bir ifade ile ortaklar, yönetim kurulunun faaliyetleri hakkında bilançoyu başarı (kar-zarar) hesabını, yıllık raporu ve denetçiler raporunu incelemek suretiyle bilgi edinebilirler²⁴. Gereğinde

^{22a} Bkz.: Tic. D. 26.03.1963 N. 5061/1630 sayılı kararı (DOMANİÇÇAMOLU 284 N. 495).

²³ Bkz.: ARSLANLI il 198; KAESLİN 55,56; KREİS 82; İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 246.

²³¹ MOROCLU (İbra 9), bu bağlamda açık ibra kararları ile TK. 380. madde uyarınca gerçekleşen ibra varsayımı (örtülü ibra) arasında fark gölmektedir. Yazara göre, ibranın genel kurulun bilgisine ulaşan konuları kapsadığı kuralı sadece örtülü ibra için geçerlidir; açık ibra kararları tilm sorumluluğu ortadan kaldırır.

²⁴ İbra kararları niteliğinin doğal sonucu olarak, yıl sonunda yönetim kurulunca genel kurula hesap verilmesinden sonra alınır. Diğer bir deyişle ibra kararı kural olarak bir ön hesap vermeyi gerektirir (Bkz.: WIELAND II 196); İsviçre Federal Mahkemesi ibranın konuşulup karara bağlanabilmesi için bir ön hesap vermeyi zorunlu görmektedir. Bkz.: BGE 5J il 65.

yönetim kurulundan sözlü açıklamada bulunması istenebilir²⁵. İşte gerek sayılan belgelerden, gerekse genel kuruldaki sözlü açıklamalardan *orta yeteneklere sahip bir ortağın anlayabileceği* hususlar ibranın kapsamına dahil sayılır²⁶. Diğer bir deyişle sözü geçen *belgelere yansımamış* ya da orta yetenekteki bir ortağın anlaması kabil olmayan konularda ibra verilmemiş sayılır²⁷.²⁸ Toplantıdaki görüşmeler sırasında genel kurulun bilgisine ulaşmış olan işlemler, sözü geçen belgelerde yer almamış olsalar dahi ibranın kapsamı içinde sayılırlar. *Yargıtay'm görüşü* de bu yoldadır^{28a}. Görüldüğü gibi bir konunun ibranın kapsamı içinde sayılması için o hususu genel kurulun fiilen öğrenmiş olması zorunlu değildir. Orta yetenek ve bilgi düzeyinde bir ortak tarafından bu şartlar altında yukarıda sözü edilen kaynaklardan anlaşılması gereken hususlar genel kurulca biliniyor sayılmaktadır²⁹. Şu halde orta

²⁵ Her ne kadar TK. 363 (İsv. Bk. 697) maddede ortakların denetçilere başvurmasından söz edilip açıkça yönetim kurulundan bilgi istemesinden bahis yoksa da, bu hakkın öncelikle yönetim kuruluna karşı olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: **WIELAND** Die Bedeutung 376; **SCHUCANY** Art. 697 N. 3; **BÜRGİ** Art. 697 N. 12; **STEIGER** (Çağa) 314. Ortakların bilgi alma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **TEKİNALP (Poroy-Çamoğlu)** 578 N. 1007; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 306; **BÜRGİ** Art. 697 N. 1 vd.; **STEIGER** (Çağa) 205 dpn. 143'de anılan yazarlar; **ANSAY**, Anonim Şirketler 94.

²⁶ **ÇAMOĞLU**, ibranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 329; **WIELAND** II 123; **KAESLIN** 56; **STEIGER** (Çağa) 314; **MEIER-WEHRLI** 127; **ANSAY** İbra 426; **AYTAÇ** 103 vd.; **MEIER-HAYOVFORSTMOSER** § 16 N. 579; karşı: **MOROĞLU** İbra 9, 10.

²⁷ **KREIS** 82; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar 246; **KAESLIN** 55, 56.

²⁸ Yargıtay Tic. O. 16.12.1962 N. 454/4384 sayılı kararında, (Ank. Bar. Der. XX/1, 123; İHKaz İct. 39/2839), yönetim kurulu tarafından bir siyasi partiye yapılan bağışın bilançoda gösterilmesi emmiş olması nedeniyle, bilançonun onaylanmasına ibra niteliğini tanımamıştır. Aynı konuda Hukuk Genel Kurulu 01.07.1964 N. 836-T/500 sayılı kararında (AD. 1965/1, 80; Batider IV1, 166) aynen şu sonuca varmıştır:

"...Genel kurulda sadece eski idare kurulu mensuplarıyla bir kısım ortaklık personelinin ortaklığı zarara soktukları ve haklarında ceza kovuşturmasına geçildiğinden bahisle iktifa edilmiştir. Ceza kovuşturması konusunda ve toplamı (200.000) liraya yaklaşan ve özellikle siyasi bir partiye yardım namı altında ortaklık statüsüne aykırı olarak teberru edilen paralardan hiç bahsedilmemiş olduğu gibi pay sahiplerine dağıtılan bilanço ve hesaplarda da bunlar belirtilmemiş ... Böyle bir hesaplarda genel kurul işgal edilmiş demektir. Bu durumda TİK'nun 380/2'nci maddesi gereğince bilanço ve hesaplar (genel kurulca) tasdik edilmiş olsa dahi eski idare kurulu üyeleriyle mildir ve murakıplar sorumlu olmaktan kurtulamazlar... Bu ibra muteber bir ibra olarak kabul edilemez... Yargıtay Tic. D. daha sonraki bir kararında (08.04.1968 N. 237/2028, **DOMANIÇ/ÇAMOĞLU** 2. bası, m. 380 N. 555) "Yöneticiler aleyhine açılan sorumluluk davası davalıların ibra edilmiş olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. TK. 280'inci maddesi gereğince dava konusu yolsuz hareketler bilançoda ayrıca ele alınmış olmadığı için verilen genel ibranın davalıyı sorumluluktan kurtarmayacağı ve aleyhine dava açılmasına engel teşkil etmeyeceği göz önünde tutulmak gerekir" demektedir.

^{1sa} Yarg. 11. HD. 14.10.1982 t. E. 82/3596 K. 82/3884 (RKD 1982/12, s. 1664); Yarg. 11. HD. 04.10.2005 E. 2004/5361 K. 2005/9182 sa. karar (Kazancı içtihat Bankası).

²⁹ Bkz.: **MEIER-WEHRLI**, 125; **BÜRGİ** Art. 698 N. 99; **FUNK** Art. 737 N. 2; **BIGGEL** 75; **SIEGERT** 52; **KREIS** 82.

yetenekte bir ortağın gerekli bütün özeni göstennesine rağmen sunulan belgeler ve genel kuruldaki sözlü açıklamalardan anlaması mümkün bulunmayan hususlarda ibra yürümez.

Bu konuda cevaplandırılması gereken bazı sualler ortaya çıkmaktadır: Yukarıda genel ibranın (ve ibra varsayımının) genel kurulun bilgisine ulaşan hususları kapsadığını belirtmiştim. Acaba *münferit ortaklarca bilinen hususlar* genel kurul tarafından da biliniyor sayılabilir mi? Ortak bu bilgisini genel kurulda açıklamış, mesela yönetim kurulundan bu konuda bilgi istemişse, işlem genel kurulun bilgisine ulaştırılmış demektir. Bunun haricinde bazı ortaklar tarafından bilinen hususların genel kurulca biliniyor varsayılması mümkün değildir³⁰. *Denetçiler* tarafından bilinen işlemler hakkında da aynı sonuca varmak gerekiyor³¹. Gerçekten denetçiler görevleri ve yasal yetkileri gereği, yönetim kurulunun işlemleri hakkında genel kurula oranla daha fazla bilgi edinmek imkanına sahiptirler. Bu bilgileri genel kurula ulaştırmak denetçiler için bir görev teşkil eder. Onların bu görevlerini ihmal sonucu veya kasden yerine getirmemelerinin sonuçlarını genel kurula, daha doğru bir deyişle ortaklığa yüklemek doğru olmaz. Denetçiler (yasanın açıkça belirtmiş olduğu haller dışında) genel kurulun temsilcisi veya vekili olarak nitelendirilemezler; genel kurul tarafından seçilmiş olmaları bu sonucu değiştirmez. Bu nedenle de denetçilerin belirli konulara ilişkin bilgilerini genel kurulca biliniyor saymak mümkün değildir.

Genel ibranın ve aynı nitelikteki ibra varsayımının gerçekleşmesi için genel kurula sunulan bilgilerin *doğru* olması gerekir. Bilançonun (ve onu tamamlayan diğer belgelerin) şekil ve öz yönünden doğru ve tamam³² olması ibranın zorunlu şartlarından. Verilen gerçeğe aykırı bilgiler veya bazı işlerin kasden veya ihmal sonucunda sözü geçen belgelere hiç yansıtılmamış olması, ibrayı tümüyle geçersiz kılabilir³³. Özellikle, yöneticilerin verdiği bilgilerin genel kurulu yanlış bir yola sevk etmesi halinde aynı sonuca varılmaktadır³⁴.

³⁰ STEİGER (Çağa) 317; MEIER-WEHRLİ 127; BÜRGİ Art. 698 N. 109; FUNK Art. 698 N. 8. İsviçre Federal Mahkemesi aksi yöndeki eskigörüşün (BGE 18, 608) değiştirmiştir (Bkz.: BGE 65 il 9).

³¹ MEIER-WEHRLİ 128; FUNK Art. 698 N. 8; BÜRGİ Art. 698 N. 110; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 65 il 11. Aksi görüşte: BIGGEL 75; STAUB/PINNER § 260 N. 14; İsviçre Federal Mahkemesinin eski görüşü de bu yolda idi: BGE 18, 606.

³² Bkz. dpn. 28'de anılan Yargıtay kararları.

³³ KREIS 82; KAESLİN 55/56; MEIER-WEHRLİ 125; ARSLANLI il 198. Ayrıca bkz. dpn. 22a'daki Yargıtay kararı.

³⁴ MEIER-WEHRLİ 125; ANSAY (ibra 429), bu gibi hallerde verilen ibra karan aleyhine ayrıca iptal davası açılmasına gerek görmektedir.

Ancak vurgulamak isterim ki, ibra kararlarının geçersizliğini ya da kapsamını belirleme görevi *mahkemeye aittir*. Diğer bir anlatımla davacının bu konudaki iddiaları ancak bir yargı kararına bağlanmak koşulu ile geçerlik kazanır. Bu nedenle bilanço ve şirket hesaplarına dayalı olarak açılacak sorumluluk davalarında ibranın geçersizliğinin tesbitinin ya da iptalinin de talep edilmesi gerekir. Şayet ibranın geçerliliğinin tartışıldığı yürüyen bir dava varsa, sorumluluk davası bu davanın sonucunu beklemelidir.

V. İBRA KARARLARI

1. Yetkili organ ve İbra Kararlarının Usuli Şartları

Yönetim kurulu üyelerini ibra etmeye yetkili organ anonim ortaklık genel kuruludur. İbra, genel kurulun *devri mümkün olmayan yetkileri* arasında yer alır³⁵. Genel kurul, yönetim kurulu üyelerini açık bir kararla veya hesapların tasdiki ile dolaylı olarak ibra edebilir. İbra kararları kural olarak olağan genel kurul toplantılarında alınır. Ancak olağanüstü toplantılarda ibra kararının alınmasına da bir engel mevcut değildir³⁶.

Türk/İsviçre hukukunda ibra kararları için özel bir yetersayı öngörülmemiştir³⁷. Şu halde ibra kararları da genel kurulun diğer kararlarından farklı değildir. Genel kurulun ibra kararını verebilmesi için toplantı yetersayı sermayenin dörtte biri (TK. 372), karar yetersayı ise toplantıya katılanların çoğunluğudur³⁸. Karar yetersayısının hesaplanmasında oy hakkından yoksun bulunanlar³⁹ nazarı itibare alınmaz⁴⁰.

³⁵ **BÜRGT** Art. 698 N. 4; **MEIER-WEHRLI** 118; **STEİGER** (Çağa) 318. Bkz.: hal. MK. 2364. Alman hukukunda da aynı görüş hakimdir. Alm. POK. § 119 N. 3 ve § 120; **GODİN/WILHELMİ** § 110 N. 4; **BAUMBACHWUECK** § 120 N. 2.

³⁶ **EİGENMANN** Decharge 194; **SİEGERT** 24; **BÜRGI** Art. 698 N. 71; **MEIER-WEHRLI** 113 dpn. 1.

³⁷ Ital. MK. 2638. maddesi gereğince toplantı yetersayı esas sermayenin yansıdır.

³⁸ **Karş.:** **STEİGER** (Çağa) 318; **İMREGÜN**, **Anonim Ortaklıklar** 246.

³⁹ **Bkz.:** Aşağıda 2.

⁴⁰ **PİCENONİ** 29; **SCHUCANY** Art. 703 N. 2; **BÜRGI** Art. 698 N. 95; Art. 703 N. 7.

2. İbra Kararlarında Oy Hakkı

a. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyelerinin ibrasında oy hakkı bazı tahditlere tabi tutulmuştur. TK. 374 II'ye göre "şirket işlerinin görülmesine herhangi bir surette iştirak etmiş olanlar, idare meclisi azalarının ibrasına ait kararlar da rey hakkını haiz değildirler." Bu hükmün kapsamına genel müdür ve müdürlerden başka pay sahibi olan müdürler (TK. 342), ticari mümessiller, ticari vekiller, seyyar tüccar memurları ile diğer hizmetliler de dahildir⁴¹. Denetçiler yasağın kapsamına girmezler (TK. 374 II). Kanımca ortaklık işlerinin görülmesine katılmış olan kimseler kendi aklarına oy kullanamayacakları gibi başka bir ortağın temsilcisi sıfatıyla da oy kullanamazlar. *Kendi oy haklarını temsilci aracılığıyla kullandırmaları da mümkün değildir*⁴². Fakat bu kimselerin hukuki halefleri için oydan yoksunluk söz konusu değildir⁴³.

Diğer taraftan, ortakların kendileriyle veya kan ve kocası yahut usul ve furuu ile ortaklık, arasındaki şahsi bir iş veya davada oy hakkını haiz bulunmadığı yolundaki TK. 374 I'de yer alan genel yasak, ibra konusunda da uygulama alanı bulur^{43a}. Yönetim kurulu üyeleri, (altsoy, üstsoy ve eşlerinin)^{43b}, kendilerinin veya 374. maddede gösterilen yakınlarının ibrasında (veya ibra sonucunu doğuran hesapların tasdiki kararında) oy hakkından yoksundurlar. Aynı şekilde TK. 374 I'de sayılan alt ve üstsoylan ile eşlerinin de ibra oylamasında oy kullanamayacakları tartışmasızdır. TK. 374 I'de yer alan genel yasak, müteselsil sorumluluk nedeniyle aralarında menfaat ortaklığı bulunan yönetim kurulu üyelerinin birbirlerinin

⁴¹ **TEKİNALP/ÇAMO**(;LU m. 374 ile ilgili açıklama. lsv. BK. 695 I "herhangi bir şekilde ortaklık idaresine katılmış olan kişilerin oy hakkından yoksun bulunduğu" hükmünü koymuştur. Bu nedenle İsviçre hukukunda oydan yoksunluk genellikle idari yetkileri haiz olan hizmetlileri için kabul edilmektedir. **MEIER-WEHRLİ** (s. 118/119) oy yasağını dar yorumlamakta ve lsv. **BK.** 695 I'in lafzına rağmen "ortaklık yönetimine organ sıfatıyla katılan kişilere" inhisar ettirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **SCHUCANY** Art. 695 N. 2; **SIEGERT** 26/27; **PICENONİ** 75 vd.; Türk hukukunda **AYTAÇ** (s. 119) bu kapsama sadece şirket üst yönetimi dahil etmektedir.

⁴² **BÜRGT** Art. 695 N. 11; **MEIER-WEHRLİ** 119.

⁴³ **EIGENMANN** De.charge 199; **BÜRGI** Art. 698 N. 94; **FUNK** Art. 695 N. 2; **MEIER-WEHRLİ** 119 dpn. 31; **PICENONİ** 76, 77.

^{43a} Aynı görüşte: **AYTAÇ** 119; **ÇELİK** 138, 239. Aksi görüşte: **TEOMAN** Oy Hakkından Yoksunluk 365.

^{43b} Yasağın boşanmış eşlere şümüIU yoktur.

ibrasında oy kullanmalarına da engeldir⁴⁴. Oydan yoksunluk yönetim kurulu Uye]eri hakkında ibra oylamasının ayn ayn yapıldığı haHerde de geçerlidir^{440. 44b}.

Yargıtay '71. HD. TK. 374/1'deki pay sahiplerinin kendisi, eşi, alt ya da Ust soyu ile şirket arasındaki şahsi bir işe veya davaya ait mUzakerelerde oy yasağı koyan htikmünü, ibranın bu kişilerle şirket arasındaki şahsi bir iş veya dava olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir (Yarg. 11. HD. 08.01.1976 t. E 1975/3644 K. 1576/45: YKD IV/6, 946; Yarg.11. HD. 19.07.2007 E. 2006/2171 K. 2007/10775: Sinerji Mevzuat ve 1çt. Programlan). Kanımca bu görülşü paylaşma olanağı yoktur. Zira bilindiğı gibi menfi borç ikrarı niteliğı taşıyan ibra şirketin dava açma hakkını ortadan kaldırır. Bu nedenle ibra oylamasının şirketle yönetim kurulu üyesinin 374. maddenin 2. fıkrasında sayılan yakınları arasındaki şahsi bir davayı ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışılabilir. Zira bu kişiler yönetim kurulu üyelerinin yasal mirasçılardır. Murisleri hakkında sorumluluk davası açılmasına engel olan ibra kararının, mirasçılardan maruz kalabilecekleri bir sorumluluk davasını ortadan kaldıracağı da tartışmasızdır.

İbra oylamasında *karar yetersayısı* yasak dışında kalan kullanılabilir oy sayısına göre belirlenir. Örneğın toplantıda temsil edilen toplam 1000 oydan 900 adedi yasaklı, 100'ü kullanılabilir olduğı takdirde, ibra kararın 51 oyla alınabilir.

Yukarıda gördüğümüz oy sınırlamaları karşısında, genel kurulu ve yönetim kurulu hemen hemen aynı kişilerden ibaret olan aile ortaklıklarında ibra kararının alınıp alınamayacağı suali akla gelebilir. Kanımca, bütün ortakların yönetim kurulu üyesi olduğı bir anonim ortaklıkta ibra kararın alınamaz⁴⁵. Belirtmek isterim ki ibra kararın alınmasını zorunlu kılan bir ihtiyaç da yoktur. Zira bu gibi hallerde yönetim kurulu üyelerinin

⁴⁴ MEİER-WEHRLİ 119; PİCENNONİ 75; BÜRGİ Art. 685 N. 10; FUNKP Art. 695 N. 2; YAMULK1 206; Bazı yazarlar üyelerin her biri için ayn oylama yapılması halinde, diğer üyelerin oy kullanabileceğı kanısındadır: Bkz.: BARBEY 41 vd.

⁴⁴. BÜRGİ Art. 695 N. 9; aksi kanı: BARBEY 41 vd.

^{44b} TSB KomYön. 21/b yönetim kurulu üyelerinin bir ortağın temsilcisi olarak oy kullanabileceğı hükmünü öngörmektedir. Kanımca bu hüküm TK. 374/1. maddenin ruhuna ve hukukun temel ilkelerine de aykındır.

⁴⁵ İsviçre hukukunda da bu görüş hllkimdir: SİEGWART Art. 625 N. 5; SCHUCANY Art. 695 N. 3; W. v. STEIGER 328a; WIELAND I 511; STEIGER (Çağa) 320; MEİER-WEHRLİ 119.

kendileri dışında hesap venneleri gereken bir organ mevcut değildir. Bunun yanında, ibra almanın yönetim kurulu üyelerine önemli bir pratik fayda sağlamayacağını da belirtmek isterim. Aşağıda göreceğimiz gibi ibra sadece ortaklığın dava hakkını düşünmekte, (kural olarak) ortakların ve alacaklıların dava haklarını etkilememektedir.

b. Yönetim Kurulundaki Temsilcilerinin ibrasında Ortak Tüzel Kişilerin⁴⁶, Özellikle Holdinglerin Oy Gücünün Durumu

Doktrinde, bir tüzel kişinin, sennayesine katıldığı anonim ortaklığın yönetim kurulundaki temsilcisi varsa, yönetim kurulunun ibrası kararına tüzel kişinin anonim ortaklıktaki oy gücünün katılıp katılamayacağı tartışmalıdır. Sorun özellikle asıl amacı diğer ortaklıklara onların yönetimine hakim olacak şekilde katılmak olan holdingler⁴⁷ açısından önem kazanır.

Bir kısım yazarların kanaatine göre yönetim kurulunda temsilcisi bulunan tüzel kişinin oy gücü yönetim kurulunun ibrası kararına katılamaz. İsviçre doktrininde G. Schucany⁴⁸ 1sv. BK. 695 I'nın TK. 374 II. maddeyi karşılayan "şirket işlerinin görülmesine herhangi bir şekilde iştirak etmiş olanlar, yönetim kurulunun ibrası hakkındaki kararlarda rey hakkını haiz değildirler" hükmüne dayanarak, ortaklık işlerinin görülmesine yönetim kurulundaki temsilcisi vasıtası ile katılan tüzel kişinin oy hakkına sahip olmadığını ileri sürer. Yazar bundan başka tüzel kişinin 1sv. MK. 55 II (MK. 50 II) gereğince yönetim kurulundaki temsilcisinin fiil ve işlemlerinden daima sorumlu olacağını, bundan dolayı yönetim kurulunun ibrası lehinde verdiği oyun sonuç olarak kendi sorumluluğunu ortadan kaldıracağını ve tüzel kişinin kendisinin sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuracak bir meselede oy sahibi olmasının uygun görülemeyeceğini söylemektedir⁴⁹. Aynı

⁴⁶ TK. 275 gereğince anonim ortaklık yönetim kuruluna temsilci gönderen kamu tüzel kişileri ortak sıfatını haiz bulunmadıkları için, temsilcilerinin ibrasında genel kurulda oy verme problemi ortaya çıkmamaktadır.

⁴⁷ Bkz.: POROY, Holdingler 427 vd.; SIEGWART Einl. 152, 153. Özellikle ilişkileri için v. v. STEIGER 198a vd.; BÜRGI Art. 703 N. 36; CAPITAINE 15a vd.; CURTI 220 vd.

⁴⁸ G. SCHUCANY 111 vd.

⁴⁹ TANDOĞAN, H0km1 Şahısların İdare Meclisinde Temsili 32 dpn. 117'de 1sv. BK.'da karşılığı bulunmayan ve TK. 374 I'de yer alan "Pay sahiplerinden hiç birisi; kendisi ile ortaklık arasındaki bir iş veya davaya dair olan müzakerelerde oy hakkını kullanamaz," yolundaki hükmün G. SCHUCANY'nin bu fikrine dayanak olabileceğine işaret etmektedir.

delili *Falkeisen*⁵⁰, pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy kullanamamaları yolundaki görtişUnO desteklemek için kullanır. *Picenoni*⁵¹ özel bir ihtimal üzerinde durarak, şayet tüzel kişinin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisi ile genel kuruldaki temsilcisi aynı şahıs ise, yönetim kurulunun ibrası kararında oy hakkı bulunmayacağını belirtmektedir. Yazarın bu kanaatinin karşıt kavramından, eęer yönetim kurulundaki ve genel kuruldaki temsilcisi aynı şahıslar ise oy hakkı tanıdığı sonucuna varılabilir. Türk hukukunda *Te-kinalp*⁵² da yönetim kurulu üyeliği sıfatını bizzat ortak tüzel kişinin haiz olduğu kanısının sonucu olarak, tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisinin ibrasında oy kullanmasının kendi ibrasında oy kullanmak anlamına geleceğini ve bunun da 374. maddedeki prensibe aykırı dūřeceğini savunur.

Doktrinde, tüzel kişiye yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy hakkını tanıyan yazarlar da vardır. İsviçre hukukunda, *Funk*⁵³ ve *W. v. Steiger*⁵⁴ bu kanaattedir. Sözü geçen yazarlar, temsilcinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla yaptığı fiil ve işlemlerden tüzel kişinin sorumlu olmayacağı görüşünde oldukları için, tüzel kişinin, ibra kararında oy kullanmasını kendi menfaati ile ilgili görmemekte ve buna imkan vermektedirler. *W. v. Steiger*⁵⁵ ibra konusunda tüzel kişinin ve temsilcinin menfaatle-

⁵⁰ **FALKEIsEN** 58 dpn. 87.

⁵¹ **PICENONt** 75; **TEKİNALP** Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili (139 dpn. 3) **PİCENO-Nİ**'nin bu satırları ile zımnen temsilciyi yönetim kurulundaki fiillerinden şahsen sorumlu tuttuğunu, şahsi sorumluluk kabul edilse bile bu halde genel kuruldaki tüzel kişiye ait oy gücü ile, şahsında doğan sorumluluktan ibrasını isteyen gerçekkīři arasındaki bağlılığı anlamının güç olduğunu belirterek yazan tenkit etmektedir. Kanaatımca tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisi ile genel kuruldaki temsilcisi aynı şahıs ise aradaki menfaat bağlılığı çok açıktır. Tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilciliği ile genel kuruldaki oy gücü temsilciliğini şahsında toplayan bir kimsenin temsilcisi olduğu oylan kendisini sorumluluktan kurtaracak şekilde kullanacağı da kuşkusuzdur. Nitekim bu varsayımda, Türk hukukunda da temsilciye oy hakkı tanınmamaktadır (**TEKAN**, Hükmi şahısların İdare Meclisinde Temsili 34).

⁵² **TEKİNALP** Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili 138. Yazara göre, TK. 340. maddenin 309. maddeye yaptığı atıf 310. maddeyi de kapsar sayılarak, sözil geğen maddedeki azlığın ibraya mani olma hakkının, yönetim kurulunun ibrasında da tanınması halinde% 10'a sahip ortaklar ibraya her zaman mani olabileceklerine ve yine 341. maddeye göre azınlık her zaman yönetim kurulu aleyhine dava açılmasını temin edebileceğine göre, tüzel kişiyi ibra kararında oy hakkından mahrum etmek dūřünülebilir. Yazar, bu karşı desteklere rağmen prensipten fedakarlık edilmesine taraftar bulunmaktada ve tüzel kişinin oy gücüne kullanma hakkı tanımamaktadır.

⁵³ **FUNK** Art. 696 N. 2.

⁵⁴ **W. v. STEIGER** 328a/329a.

ss *ibid.*

rinin aynı olmayıp, tam aksine birbirinin zıddı olduğu fikrindedir. Çünkü, tüzel kişiQin, ortak sıfatıyla, temsilciyi diğer yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu kılmakta menfaati vardır; temsilcinin ise ibra ile sorumluluktan kurtulmak menfaatine uygun düşer.

Türk hukukunda *Tandoğan*⁵⁶ tüzel kişi kural olarak, yönetim kurulundaki temsilcisinin fiillerinden sorumlu olmayacağına; istisnaen MK. 50 İl, BK. 55 ve 50. I gereğince söz konusu olabilecek sorumluluk davasında da, genel kurulun ibra kararını defi olarak ileri süremeyeceğine (çünkü ibra tüzel kişiyi değil sadece temsilciyi ilgilendirir) göre, ibra kararında oyunu kullanmasına bir engel görmemektedir. Yazara göre, her ne kadar, ibra kararına katılmayan ortaklara karşı ibranın ileri sürülemeyeceğini belirten lsv. BK. 757. madde, Türk hukukuna alınmamış ise de, Türk hukukunda da 340. maddenin atfını 310. maddeyi de kapsar sayan *Arslanlı'* nm görüşü gereğince, azlığın ibraya engel olma hakkı mevcut olduğu gibi, muhalif ortakların ve alacaklıların tazminat davası açma imkanları da vardır. Yazar tüzel kişinin oy hakkına bazı sınırlamalar de koymakta, tüzel kişinin yönetim kurulundaki ve genel kuruldaki temsilcisinin aynı şahıs olması halinde oy hakkı vermemekte, bunun gibi yönetim kurulu üyesinin TK. 313 il gereğince teminat olarak tevdi ettiği hisse senetlerine ait oyların da kullanılmasını (TK.360111) uygun görmemektedir.

Kanımca, tüzel kişilerin anonim ortaklık yönetim kurullarındaki temsilcilerinin ibrasında oy kullanmasına bir engel yoktur^{57,57a}. Bizi bu sonuca götüren başlıca iki neden vardır: Birinci sebep, temsilci ile tüzel kişi arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi ve tüzel kişinin temsilcisinin fiilleri sebebiyle sorumluluğu probleminde benimsediğimiz çözüm tarzından doğmaktadır. Hatırlanacağı gibi, yukarıda açıklamış olduğum gerekçelerle⁵⁸ temsilci ile tüzel kişi arasında organik bir ilişkiden bahsetmeye imkan yoktur; diğer bir deyişle, temsilci gönderen tüzel kişinin organı sayıla-

⁵⁶ **TANIÖ(AN**, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 32/34; **karş. TEKİNALP** Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili 139 dpn. 3.

⁵⁷ Ayrınlıllı bilgi için bkz.: **Ersin ÇAMO(;LU**, Yavru Ortaklık Yönetim Kurulunun İbrasında Holdingin Oylan Kullanılabilir mi? İktMal. XXU12 (Mart 1975) 500 vd.

⁵⁷. Alman Federal Mahkemesi (BGH) 29 Ocak 1962 tarihli bir kararında (il ZR 1/61), ortağı olduğu anonim ortaklığın gözetim kuruluna (Aufsichtsrat) iki temsilci göndermiş olan bir kamu tüzel kişisinin, gözetim kurulunun ibrasında oy hakkını haiz olduğunu kabul etmiştir (**DAG** 1962/3, 74).

⁵⁸ Ayrınlıllı bilgi için bkz.: § 16 I 2a.

maz. Tüzel kişi kural olarak temsilcisinin işlemlerinden dolayı sorumlu değildir⁵⁹. Bundan dolayı, temsilcinin ibrasında tüzel kişinin genel kuruldaki oy gücünü kullanması menfaatler durumu açısından sakınca yaratmaz. Bu sebeple TK. 374 I hükmünün, tüzel kişinin oy kullanmasına engel teşkil etmeyeceği kanısındayım. İkinci olarak ibra kararlarının sorumluluk davaları üzerindeki etkisinin sanıldığı kadar büyük olmadığını belirtmek isterim. Aşağıda göreceğimiz gibi⁶⁰ ibra kararı sadece ortaklığın dava açmasına engel oluşturur; ortakların (kural olarak) ve alacaklıların dava hakları üzerinde engelleyici bir etkisi yoktur. Ancak, şayet tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisi ile genel kuruldaki temsilcisi aynı kişi ise, ibra kararında oy gücünün kullanılması mümkün olmaz^{60a}. Çünkü bu sonuncu varsayımda TK. 374 I, oy hakkının kullanılmasına engel teşkil eder.

3. İbra Kararlarında Azlığın Korunması

Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulmaları sonucunu doğuran gerek doğrudan doğruya (açık) ibralarında, gerekse ibrayı kapsayan bilançonun tasdiki yoluyla oluşan örtülü ibra kararlarında azınlığa bazı haklar tanımıştır.

a. Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı

Ticaret Kanunu, bilanço üzerindeki müzakerelerin ortaklık ve ortaklar açısından taşıdığı özel önemi ve bilançonun tasdiki kararının yöneticilerin ilgili hesap dönemine ait sorumluluktan ibra edilmiş sayılacakları varsayımını doğuracağı olgusunu göz önünde tutarak, azınlığa bilanço müzakerelerinin tehirini talep etmek hakkını vermiştir (TK. 377). Azınlık, şayet bilançoju daha iyi incelemek imkanını elde etmek istiyorsa, müzakerelerin bir ay sonraya bırakılması hususunda bir talepte⁶¹ bulunabilir. Talep için bir gerekçe göstermek zorunluğu yoktur⁶². STB Komiserler Yönetmeliği'nin 28. maddesinin 1. fıkrasına göre, azınlığın TK. 377. madde uyarınca bilanço görüşmelerinin ertelenmesinin istenmesi halinde

⁵⁹ istisnalar ve ayrıntılı bilgi için bkz.: § 16 I 2 ab.

⁶⁰ **kz.:** VIII 1, 2.

^{60a} **ÇAMOCLU** Yavru Ortaklık Yönetim Kurulunun ibrasında Holdingin Oylan 503.

⁶¹ **tMREGÜN**, Menfaat İhtilaflan 71.

⁶² Bkz.: Tic. D. 27.10.1961, N. 1147/3496 (**DOMANIÇJÇAMüCLU** 282 N. 489).

talep tutanağa yazılır ve gündemin diğer maddelerine geçilmeyerek toplantı ertelenir. Bu toplantıda bilanço görüşmeleri ile doğrudan doğruya bağlantılı olmayan diğer gündem maddeleri görüşülüp karara bağlanabilir^{62a}. Yapılan talep kabul edilmediği takdirde karar aleyhine iptal davası açılabilir:⁶³.

b. Azınlığın Yönetim Kurulunun İbrasına Engel Olma Hakkı⁶⁴

Ticaret Kanunu'nda azınlığın, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan ibra edilmelerine engel olabilmelerini öngören açık bir hüküm yoktur. Sadece Ticaret Kanunu'nun, kuruluş yolsuzlukları sorumlularının, bu sorumluluktan sulh ve ibra yolu ile kurtulmalarını, bir yandan koyduğu süre, diğer yandan bu husustaki menfi azınlık hakkının kullanılmaması şartı ile sınırlayan 310. maddesi mevcuttur:⁶⁵ TK. 310. maddede, kuruluş yolsuzlukları ile ilgili olduğu için, bu hükmün, ilk yönetim kurulu üyelerinin 308. madde gereğince kuruluş yolsuzluklarını tetkikte ihmal göstermelerine ilişkin sorumluluk hakkında uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Acaba 310. maddenin sulh ve ibra konusunda koyduğu kayıtlama kuruluştan sonra göreve gelen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan sulh ve ibra ile kurtarılırları halinde de yürür mü, yoksa yöneticilerin ibrası veya onlarla sulh olunması herhangi bir sınırlamaya tabi değil midir? Diğer bir söyleyişle, 310. madde kıyasen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda da uygulanabilir mi?

Türk hukukunda bu konuda *Arslanlı*⁶⁶, 31 O. maddedeki sınırlamalardan *sadece azınlığın ibraya engel olma hususunda* sahip olduğu menfi azınlık hakkının kıyasen yönetim kurulu üyelerinin (gerek doğrudan doğ-

⁶²¹ Ersin ÇAMOCU, Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. I, s. 287 vd.

⁶³ ARSLANLI II 199; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 72.

⁶⁴ Azınlığın yönetim kurulunun ibrasına mani olma hakkı ile, 341. maddede yer alan yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasını talep hakkı farklı kavramlardır. İbraya mani olabilme imkanı menfi bir azlık hakkı olarak görüldüğü halde yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasını talep, mülkiyet bir azınlık hakkıdır (Bkz.: İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 48, 54, 60, 64).

⁶⁵ TK. 310. kuruluştan doğan yolsuzlukların sorumlularının, sulh ve ibra yolu ile sorumluluktan kurtarılırlarını iki yönden sınırlamıştır: 1- Sure: Kuruluştan itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra kesin olarak yasaktır. 2- Sulh ve ibraya muhalefet hususundaki menfi azınlık hakkının kullandırılamaması. Yani ortaklık paylarının 1/10'una sahip olanların, genel kurulun kuruluş sorumlularını ibra eden veya onlarla sulh akdeden kararına muhalif oyu vermemiş olmaları.

⁶⁶ ARSLANLI II 199.

ruya verilen ibra kararlarında, gerekse ibra varsayımı yaratan bilançonun tasdiki kararlarında) uygulanmasının düşünülebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, 340. maddenin, yöneticilerin sorumluluğu hakkında 309. maddenin de uygulanacağını belirtmek suretiyle yaptığı atfın, menfi azınlık hakkının kullanılması yönünden⁶⁷, bu hakkı düzenleyen 310. maddeyi de kapsadığı kabul edilebilir. Yazar, bu fikir kabul edilmediği takdirde, azınlığın gündeme bağlı olmaksızın 341. maddenin verdiği müsbet azınlık hakkını kullanarak yöneticiler aleyhine dava açılmasını talep edebileceğini ileri sürmektedir.

Probleme, tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy hakkı bulunup bulunmadığını incelerken temas eden *Tandoğan*⁶⁸, *Arslanlı*'nın görüşünü benimsemiştir. *Ansay*⁶⁹, TK. 310. madde hükmünün örnekseme yoluyla uygulanması olanağını tanımaktadır. Yazara göre "azınlıkta kalan hissedarlar ibra kararını aleyhine reylerini kullanır ve ayrıca şirketten tazminat davası açılması talebinde bulunurlarsa⁷⁰ bu talepleri ibra kararına tekaddüm eder". *Hirş*⁷¹ de TK. 310. maddedeki (ETK. 309) azınlığın ibraya engel olma hakkının, *örnekseme yoluyla* yönetim kurulu üyelerinin ibrasında da uygulanmasını kabul etmekte, genel kurul ibra kararını vermiş olsa bile azınlık ibraya karşı çıkmışsa yönetim kurulunun ibra edilmiş olmayacağını ve bu durumun menfaatler vaziyetine uygun olduğunu söylemektedir. *Tekinalp*⁷², 310. maddedeki azınlık hakkının, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için de uygulanmasının *de lege ferenda* temenni edilebileceğini söylemekte, meri hukuk yönünden uygulama alanı tanımamaktadır.

Kanaatımca, pozitif hukuk yönünden 340. maddenin açıkça 309. maddeye yaptığı atfın, 310. maddeye de kapsadığını kabul etmeye imkan yoktur. 309. maddeye yapılan atıf, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulu-

⁶⁷ Yazar, 340. maddedeki atfın 310. maddeye sadece azlığın ibraya mani olmak hususundaki **menfi** azlık yönünden şamil olduğunu kabul etmekte ve 380. madde bir zaman sınırı koymaksızın ibra imkanı verdiğine göre 310. maddenin ibrayı kuruluştan itibaren dört yıl men eden hükmünün burada uygulanamayacağını söylemektedir (**ARSLANLI** il 199 dpn. 264).

⁶⁸ **TANDOĞAN**, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili 33.

⁶⁹ **ANSAY**, Anonim Şirketler 133; karşı. İbra 431.

⁷⁰ Görüldüğü gibi, yazar, TK. 310. maddedeki ibraya engel olma ve TK. 341. maddedeki yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasını talep etmek hakkını birlikte düşünmektedir. Bkz.: Aşağıda (c).

⁷¹ **HİRŞ** 321 N. 335.

⁷² **TEKİNALP** Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili 139 dpn. 3.

ğu konusunda örnekseme yolu ile bir sonuca varılması kabil olmayan, zararlınaşımı sürelerini belirtmek⁷³ ve ortaklarla alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatı ile açacakları davanın dayanağını ve sistemini açıklamak amacını gütmektedir. Bu nedenle, yöneticilerin sorumluluğu hususunda, azınlığın 310. maddedeki menfi azınlık hakkını kullanarak ibraya engel olması *de lege ferenda* temenni edilebilirse de, yürürlükteki hukukun bu olanağı tanıdığı söylenemez⁷⁴. Fakat azınlık, bu hakkı kullanmakla beraber aynı sonuca 341. maddede yer alan müsbet azınlık hakkını kullanarak da varabilir. Çünkü 341. maddeye göre azınlık yönetim kurulu aleyhine dava açılmasını talep ettiği takdirde, ortaklık dava açmak zorundadır. TK. 341. m.'deki bu imkanın kullanılması gündeme bağlılık prensibi ile de sınırlandırılmadığına göre⁷⁵, azınlığın ibraya engel olma imkanı her zaman mevcut bulunmaktadır. Ancak, iki hüküm arasında pratik sonuçlan yönünden fark vardır. TK. 341 gereğince dava açılmasını isteyen azınlık, muhtemel zararlara karşı teminat olarak paylarını bir bankaya tevdi etmek zorundadır. Zira davanın kaybedilmesi halinde azınlık, ortaklığın bu yüzden gördüğü zararı tazminle yükümlü olur (TK. 341 il). Bu zarar çoğu kere dava masraftan ve vekalet ücretinden ibarettir. Oysa 310 m.'deki hakkın kullanılması böyle bir şarta tabi tutulmamıştır.

Azınlığın ibraya engel olup olamayacağı konusunda fikir yürüten ve bu hususta 310. maddenin uygulanıp uygulanamayacağını tartışan yazarlar, burada ortaya çıkabilecek bir diğer soruna temas etmemektedirler. Gerçekten, genellikle 340. madde atfının kapsamına dahil sayılan 310. madde azınlığa ibra yanında yönetim kurulu üyeleri ile yapılacak bir "sulha" da engel olma imkanı vermektedir. Acaba genel kurulun yönetim kurulu üyeleri ile sulh sözeşmeyi yapması⁷⁶ menfi bir azınlık hakkı ile sı-

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Alman hukukunda dava haklarından feragat edilmesi veya yöneticilerle sulh yapılması, ancak talep haklarının doğumundan itibaren üç yıl geçmesi ve 1/10 azınlığın muhalefet etmemesi şartına bağlanmıştır (Bkz.: **GODİN/WILHELMİ** § 83 N. 25; **BAUMBACH/HUECK** § 93 N. 14). Yukarıda gördüğümüz gibi Alman hukukunda ibraya, dava haklarını düşürücü bir etki tanınmamakta, ibra bir güven açıklaması olarak nitelendirilmektedir (Bkz. il 2). Bu sebeple ibra Alm. POK § 93'ün süre ve azlık hakları açısından öngördüğü sınırlamalara tabi değildir.

⁷⁵ Bkz.: Aşağıda (c).

⁷⁶ Sulh, tarafların aralarındaki çekişmeyi karşılıklı fedakarlığa katlanarak ortadan kaldırmak hususundadır; da yaptıkları sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **POSTACIO** <"LU 421; **KURU**, Usul 520; **S.Ş. ANSAY** 184; **DOMANIÇ** 76; **OSER/SCHÖNENBERGER** Art. 115 N. 5; **GUHL** 238.

nırlanmış ındır, yoksa genel kurulun adi çoğunluğu sulh konusunda tamamen serbest mi bırakılmıştır⁷⁷? Diğer bir söyleyişle, yazarlar 340. maddenin 310. maddeye de şamil addettikleri atfının *sulh* işlemi için de geçerli olup olmadığı hususuna temas etmemektedirler.

Kanaatimce, atfı 310. maddeye yapılmış saydıktan sonra, tamamına yapıldığını kabul etmek zorunluğu vardır. Bundan dolayı, bu fikrin sonucu olarak sorumlu yöneticilerle sulh yapılması halinde de azınlık menfi oyuyla bu sulhe engel olabilecektir. Hatta, 310. madde sadece sulhten bahsetmekle beraber doktrinde savunulan⁷⁸ azınlık hakkının *davanın kabulü, feragat ve tahkim* müesseselerinde de geçerli olması gerektiği görüşü uyarınca, azınlık sözü geçen işlemlere de engel olmak imkanına sahip olacaktır. Yukarıda da belirtmiş olduğum gibi, yürüyen hukuk yönünden 310. maddenin yöneticilerin sorumluluktan ibraları hususunda uygulanması imkanı bulunmadığı için sulh konusunda da menfi azınlık hakkının kullanılması söz konusu olamaz. Ancak, yöneticilerle sulh, tahkim veya feragat işlemlerine girişilmesi genel kurulda müzakere edildiğinde azınlık 341. madde gereğince yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması talebinde bulunarak dava açılmasını sağlayabilir ve bu suretle dolaylı yoldan sulha, kabule, feragate veya tahkime engel olmak imkanını elde edebilir⁷⁹.

Fakat kanımca, *de lege ferenda* azınlığa, yönetim kurulu üyeleri ile akdedilen ibra, sulh, tahkim, feragat gibi işlemlere kullanacakları menfi oyla engel olma imkanı verilmelidir. Çünkü, kuruluş sorumlularının kuruluştan itibaren dört sene geçtikten sonra ibra veya sulh (veya feragat, kabul ve tahkim) işlemleri ile sorumluluktan kurtarılmalara azınlığın engel olması hükmünün getirilmesine temel olan sebep (ratio legis) tüm yöneticilerin sorumluluğu hususunda da aynen mevcuttur.

ⁿ Alman hukukundaki sulha ilişkin azlık hakkı konusunda bkz.: dpn. 74.

⁷⁸ DOMANIÇ 95.

⁷⁹ Genel kurulun sorumlu yöneticilerle akdedilen bir sulh sözleşmesini onaylama kararının çeşitli sorumlu hukuk davaları üzerindeki etkileri aynen ibra kararları gibidir. İbra kararları konusunda aşağıda (VII.) altında yapılan açıklamalar örneksime yoluyla sulh (feragat ve kabOI) için de geçerlidir. Sorumlu yöneticilerle yapılan sulh sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: MEIER-WEHRLI, 146 vd.; PICENONI 178 vd.

C. Azınlığın Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Dava Açılmasını Talep Hakkı

Yönetim kurulunun ibrasında azınlığın korunması hususunda 341. maddenin azınlığa verdiği yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasını talep etme hakkına da değinmek gerekiyor⁸⁰. Her ne kadar ilk bakışta azınlığın yöneticiler aleyhine dava açılmasını talep etmesine olanak verme hususundaki müsbet azınlık hakkının, ibra konusuna yabancı olduğu düşünülebilirse de, azınlığa gündemle bağlı olmaksızın 341. maddeye göre yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasını talep hakkı tanındığından, azınlık dava açılması reyinde bulunursa artık ibra karan verilemez⁸¹. Çünkü ibra ortaklığın dava haklarından vazgeçmesi anlamını taşır. Azınlığın yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasını talep edebilmesi için oylama sonucunda 1/10 hisseye sahip ortakların menfi oy vermiş olması yeterli değildir; dava açılmasını bağımsız bir talep şeklinde açıkça beyan etmeleri gerekir. Bu takdirde ortaklık bir ay içinde sorumluluk davası açmak zorundadır.

4. İbra Kararlarının Sakatlığı

İbra kararları da bir genel kurul kararı olarak, genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin hükümleresı tabidir. Sakatlığı yokluk veya mutlak butlan derecesindeki bir ibra kararı hüküm doğurmaz⁸³. Bu tür sakatlıkların ilgililerce açılacak bir dava ile tesbit ettirilmesi ya da savunma olarak ileri sürülmesi yeterlidir.

TK. 381. maddesi anlamında kanuna, sözleşmeye veya objektif iyiniyet kurallarına aykırı ibra kararları, yine bu maddede öngörülen şartlar gereğince *iptal edilebilir*⁸⁴.

İbra kararlarının^{84a} BK. 23 ve sonraki maddelerinde düzenlenen *irade bozukluklarına* dayanılarak iptal ettirilmesi de mümkündür. Doktrinde

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ARSLANLI II 199; HİRS 321 N. 335; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları 64 vd.

⁸¹ ARSLANLI II 200; HİRS 321 N. 335 A.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: MOROĞLU 49 vd.; OKUR 58 vd.; PEYER 9 vd.; FREI 17 vd.; STRUB 10 vd.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: MEIER-WEHRLI 132; PICENON1173.

⁸⁴ Bkz.: MEIER-WEHRLI 133; PICENONİ 173; SIEGERT II 1.

^{84a} Ortaklar da bir irade açıklaması olan kendi oylarını irade bozuklukları nedeniyle geri alabilirler. Bir oyun _ortak tarafından geri alınmasıyla genel kurul kararının irade bozukluğu sebebiyle iptal ettirilmesini birbirinden ayırmak gerekir.

hata, hile ve tehdit nedeniyle ibra kararının iptal ettirilmesi üzerinde durulmuş ve bu hükümlerin ibra kararlarına uygulanmasının şartları tesbite çahşılmıştır⁸⁵. İsviçre Federal Makemesi, ibra kararında rüşvet veya oy'un satın alınması sonucunda çoğunluğun sağlanmasını iptal için yeterli sebep saymıştır⁸⁶. Bu konuda özellikle *temel yanılması* önem kazanmaktadır (**BK. 24 IV**). Çoğunluk tarafından mutlak nazariyle bakılan ve ibra kararına temel teşkil eden bir olgu, gerçekte varit olmadığı takdirde, ibra kararının temel yanılması nedeniyle iptal ettirilmesi mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi, Volksbank Beiden AG. olayında, verilen ibra kararının temel yanılmasına dayandığı sonucuna varmıştır⁸⁷. Olayda ortaklık genel kurulu, takriben 1,8 milyon Franklık bir zarar umulmasına rağmen, ortaklığın mali durumunun sağlığa kavuşturulmasına ilişkin tedbirlerin başarıya ulaşması için yöneticilerin ibrasına karar vermişti. Oysa sonraki incelemeler zararın 7,35 milyon Frank olduğunu ortaya çıkarmış ve bu şartlar altında planlanan sağlığa kavuşturma işleminin başarı şansı olmadığı anlaşılmıştır. Federal Mahkeme bunun üzerine verilen ibra kararını temel hatası nedeniyle iptal etmiştir.

Son olarak belirtmek isterim ki, kanımca ibranın dava hakları üzerindeki etkisi sınırlı olduğundanss ibra kararlarının iptal ettirilmesinin pratik önemi pek büyük değildir. Bu nedenle bu bahiste ibra kararlarının sakatlıkları üzerinde ayrıntılı olarak durulmamıştır.

5. İbra Kararlarının Geri Alınması

Acaba genel kurul daha önce verilmiş ibra kararını geri alarak, yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılması yolundaki engeli kaldırabilir mi? Bir tüzel kişinin yetkili organının verdiği bir kararı değiştirmeye veya geri almaya da yetkili olduğu hukukun temel ilkelerinden birisidir. Ancak organların kendi kararları üzerindeki tasarruf yetkileri mutlak değildir. Her hukuki tasarruf gibi geri alma kararının da yine hukukun temel ilkelerinden kaynaklanan bazı sınırları vardır. Organların tasarruf yetkisi üçüncü kişilerin haklarının başladığı yerde sona erer. Diğer bir anlatımla

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **BARBEY** 166; **PICENONI** 106; **MEIER-WEHRLI** 133 vd.; karş. **SIEGERT** 112/113; **STEIGER** (Çağa) 317.

⁸⁶ BGE 51 il 65.

⁸⁷ Bkz.: BGE 65 il 2 vd.

⁸⁸ Bkz.: VII.

genel kurul verdiği bir kararla üçüncü kişilerin *kazanılmış haklarını* ihlal edemez. Aksi düşünce hukuk güvenliği ilkesini ortadan kaldırmak anlamını taşır. Yargıtay 11. HD. de 30.05.2002 t. E. 2002/2400 K. 2002/5404 s. kararında⁸⁸n yönetim kurulunun tüm işlemlerinden yeterince bilgilendirilen genel kurulun bu toplantıda verdiği ibra kararından daha sonra cayamayacağını içtihat etmiştir. Yargıtay 11. HD. 13.07.2009 tarih ve 2008/4663 K. 2009/8646 sayılı kararında (yayımlanmamıştır) aynı ilkeyi tekrarlamış ve bu suretle ibra kararının genel kurul tarafından geri alınamayacağı, ancak nedenleri mevcutsa mahkemece iptal edilebileceği şeklindeki görüşünü teyi·tetmiştir.

Açıklanan bu temel ilkenin ışığı altında belirtmek isterim ki daha önce verilmiş ibra kararlarının yasal bir dayanak olmaksızın alınacak yeni bir kararla ortadan kaldırılması mümkün değildir^{88b}. Şirkette çoğunluk hisselerin veya hakimiyetin el değiştirmesi sonucu ibra edilmiş eski yöneticilerin ibralarını kaldırarak haklarında dava açılmasının sağlanması yönündeki genel kurul kararları TK. 381 madde anlamında dürüstlük kuralına aykırıdır; bu nedenle iptal ettirilebilir^{88c}.

VI. İBRA TALEBİ VE İBRA DAVASI

1. İbra Davasının Hukuki Niteliği

İbra elde etmiş olmanın yönetim kurulu üyeleri açısından ifade ettiği pratik sonuç ve onları bu talebe sevkeden saik ne olursa olsun, üyelerin ibra edilmelerini ortaklıktan *talep* veya gereğinde *dava* edebilecekleri kabul olunmaktadır^{89, 90}. Bu konudaki istem, sözleşmeden doğan bir talep hak-

ssa ERİŞ il 2188; ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 348 N. 615b.

^{88b} ÇAMoCLU (Poroy-Tekinalp) 348 N. 615b; MOROCLU İbra 11; KIRCA İbra kararlarının Geri Alınması 35.

^{ss} BankK.'nın 133. maddesi Fon'un tasfiye olunan bankaların iflas veya tasfiye masasından alacaklarının tamamının tahsil edilmemiş olması halinde, sorumluluğu saptanan yönetim kurulu üyeleri (varsa) ibralarının iptali ve görülen zararın tazmini amacıyla aleyhlerine dava açabilmesine olanak tanımaktadır. Bu bağlamda ibranın kaldırılması da *mahkemeden* istenecektir. Ayrıntılı bilgi için: KIRCA İbra Kararlarının Geri Alınması 37 vd.

⁸⁹ Bkz.: SİEGERT 114 vd.; STEİGER (Çağa) 321; BÜRGİ Art. 698 N. 86/88; MEIER-WEHRLI 129 vd.; PİCENONI 234 vd.; WIELAND il 132; BARBEY 170; PEYER II.

⁹⁰ Alman hukukunda ibra genel kurulun yönetim kuruluna karşı bir güven açıklamasından ibarettir. Alın. POK. § 12011 gereğince ibra kararı tazminat isteminden feragat anlamını taşımaz. Bu nedenle Alman hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin ibra talebinde bulunmaları ve gereğinde bu hususta

kıdır. Yönetim kurulu üyeleriyle anonim ortaklık arasında bir vekalet veya hizmet sözleşmesi vardır. Yönetim kurulu üyesine ortaklığın yönetimi ve iş yılı sonunda hesap verilmesi yükümünü yükleyen bu sözleşme bağı, ona aynı zarnanda ibra edilmesini talep etmek hakkını da verir. Gerçi genel kurulun ibra konusunda geniş takdir yetkisi vardır. Fakat bu yetki sınırsız değildir. Genel kurul, kusursuz bir bilanço, başarı hesabı ve yıllık raporla faaliyet dönemine ait işlemlerin hesabını veren bir yönetim kurulu ibra vermekle yükümlüdür. Ortada somut nedenler yokken ibradan kaçınılması (olayın özelliğine göre) dürüstlük kurallarına aykırı düşer⁹¹. Kanımca, böyle bir karar TK. 381 gereğince iptal ettirilebilir⁹².

Alman hukukunda baskın olan görüş hilafına⁹³, ibranın *dava yolu* ile istenmesinde korunmağa değer bir menfaat bulunduğu şüphesizdir⁹⁴. Bu davaya kaynak teşkil eden menfaat maddi olmaktan çok⁹⁵ manevi bir menfaattir. Her yönetim kurulu üyesinin, ibra alamamak nedeniyle ismi etrafında toplanan şüpheleri gidermekte menfaati bulunduğu bir gerçektir%.

Açılacak davanın niteliği tartışılabilir. Bazı yazarlar⁹⁷ bu davayı bir *eda davası* niteliğinde görürler. Diğer bir söyleyişle, yönetim kurulu üyeleri mahkemeden, ortaklığın ibra beyanı yerine geçecek bir karar vermesini isteyeceklerdir⁹⁸. Buna karşılık açılacak davanın bir *menfi tesbit davası* olduğu görüşü⁹⁹ daha baskındır. Bu davada yönetim kurulu üyeleri,

dava açmaları imkanı kabul edilmemektedir (**GODINIWILHELM** § 120 N. 41). Hakim görüş ibra davasının açılmasına, dava şartları açısından korunmaya değer menfaat unsurunun yokluğu nedeniyle karşı çıkmaktadır (Bkz.: **BAUMBACH/HUECK** § 120 N. 1; **GADOW/SCHMIDT** § 104 N. 5; **SIEGERT** 117; **SCHULER** NJW 60, 601; aksi kanı: **SCHLEGELBERGER/QUAS-SOWSKI** § 104 N. 9).

⁹¹ **STEİGER** (Çağa) 321 dpn. 351.

⁹² **ARSLANLI** (il 200) genel kurula ibra konusunda mutlak takdir yetkisi tanımakta ve ibradan imtina edilse dahi karar aleyhine iptal davası açılmayacağını savunmaktadır.

⁹³ Bkz. dpn. 90'daki yazarlar.

⁹⁴ **MEIER-WEHRLI** 130; **PİCENON** 1215 vd.; **KOLB** 72; **STEİGER** (Çağa) 321.

⁹⁵ ibra edilen yönetim kurulu üyelerinin, TK. 313. madde uyarınca muhtemel zararlara karşı teminat olarak ortaklığa tevdi ettikleri hisse senetlerini geri alabilecekleri, ibra davasında menfaat şartının varlığına delil gösterilmektedir (**MEIER-WEHRLI** 130). Kanımca ibra kararı bütün sorumluluk davalarını düşürmediğine göre, teminat olarak verilen hisse senetlerinin ibra kararı üzerine iade edilip edilmeyeceği tartışılabilir (karş.: **ARSLANLI** il 109; **HİRS** 321 N. 335 A; **ONSUN** 222).

⁹⁶ **MEIER-WEHRLI** 130.

⁹⁷ **PİCENON** 234; **STAUB/PINNER** § 260 N. 12 (Ek); **STEİGER** (Çağa) 321.

⁹⁸ Bkz.: **STEİGER** (Çağa) 321 dpn. 50 karş.: **PİCENON** 242.

⁹⁹ **BARBEY** 172; **BİGGEL** 74; **KOLB** 72; **BÜRGİ** Art. 698 N. 88; **KAESLIN** 62; **AYTAÇ** 177; **HELVACI** 145; **ÇAMOĞLU (Poroy-Tekinalp)** 349 N. 615 c.

söz konusu faaliyet döneminde kendilerinden beklenen özenle hareket ettiklerini, gereği gibi düzenlenmiş bir bilanço ile yıllık raporu genel kurulunda sunduklarını, kendilerine yüklenebilecek bir kusur ve ibradan kaçınmayı haklı gösterecek bir sebep bulunmadığını isbat etmelidirler. Dava, münferit üyeler tarafından ortaklık tüzel kişisine karşı açılır. Kanımca, bu davanın menfi tesbit davası olarak nitelendirilmesi yerindedir⁹⁹. Bu çözüm, ibranın mahiyeti itibarıyla menfi borç ikrarı olduğu görüşüne de uygun düşmektedir. Bunndan başka bir menfi tesbit davası açmanın yönetim kurulu üyeleri açısından daha yararlı olduğunu da belirtmek isterim. Çünkü, eda davasında verilen hükmün ister ibra kararının yerini tuttuğu, ister ortaklığı ibra kararına almağa zorlayıcı nitelikte olduğu kabul edilsin, yönetim kurulu üyeleri açısından, genel kurulun ibra kararına eşit sonuçlar doğuracaktır. Aşağıda göreceğimiz gibi (VII), ibra, sadece ortaklığın dava hakkını ortadan kaldırır; kural olarak ortakların ve alacaklıların davalarını etkilemez. Buna karşılık menfi tesbit davasında alınacak bir ilam, açılacak sorumluluk davaları açısından kesin hüküm teşkil etmemekle beraber, *kesin delil* olarak kullanılabilir¹⁰⁰.

2. İbra Davasında Dava Menfaati

Hakkında sorumluluk davası açılmış ve yürümekte olan bir yönetim kurulu üyesinin de (karşı dava ya da bağımsız bir dava olarak) ibra davası açması mümkündür. Bir an için ilgili üyenin bu varsayımında tüm iddia ve savunmaların yürüyen sorumluluk davası bağlamında yapma olanağına sahip olduğu, bu nedenle ibra davası açmakta menfaati bulunmadığı düşünülebilirse de üyenin kendisinden esirgenen ibrayı yargıdan istemekte ve ibra etmeme kararını iptal ettirmekte vazgeçilmez manevi yarar bulunduğu tartışmasızdır^{100a}. Öte yandan hiç kimse ibra edilmeyen yönetim kurulu üyesini, aleyhine bir sorumluluk davası açılmasını beklemeye zorlayamaz. Bu nedenle ibra edilmeyen üyenin ister sorumluluk davasından önce, ister daha sonra ibra davası açmakta yarar bulunduğunu kabul zorunluğu vardır. Bu nedenle Yarg. 11. HD.'in (10.07.2002 t. E. 2002/4400 K. 2002/8701 - yayımlanmamıştır) haklarında daha önce verilmiş ibra ka-

⁹⁹a Yargıtay 11. HD. de bu görüştedir: 14.12.1999 E. 1999/9471 K. 1999/10358 (yayımlanmamıştır).

¹⁰⁰ **KURU**, Tesbit Davaları 102; **GÜRDOĞAN** 84.

^{100a} **ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp)** 349 N. 615 vd.; **MEIER-WEHRLI** 130; **PICENONI** 215 vd.

rarlarının kaldırılmasına ve son dönemdeki faaliyetlerin ise ibra edilmesine ilişkin genel kurul kararlarının iptalini dava eden yönetim kurulu üyelerinin bu konulan aleyhlerine açılacak sorumluluk davalarında tartışma olanağı bulacakları gerekçesiyle bu davanın açılmasında hukuki yararları bulunmadığı yolundaki görüşüne katılmıyoruz. *Yargıtay* 11. HD. 25.11.2004 t. E. 2004/2554 K. 2004/1149 s. kararında (Kazancı İçtihat Bankası) *makul bir süre geçmesine*^{100h} rağmen sorumluluk davası açılması halinde, ibra edilmeme kararına aleyhine açılan iptal davasına devam edilebileceğinin, sorumluluk davası açılmış olması halinde ise dava menfaati bulunmadığı için davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır. Kanımca kendisine ibra verilmeyen yönetim kurulu üyesinin, ister bu karar aleyhine iptal davası ister menfi tesbit davası niteliğinde bir ibra davası açmış olsun, bu iki davayı açmakta da dava menfaati vardır. Açılmış bulunan ibra ve sorumluluk davaları, aralarındaki irtibat nedeniyle HUMK'nun 45. maddesindeki koşullar uyarınca birleştirilerek görülür (Yarg. 11. HD.'nin 14.12.1999 t. ve E. 1999/9471 K. 1999/10358 sayılı kararı bu yöndedir. Yayınlanmamıştır)^{100c}. Açılan sorumluluk davasının ise ibra etmeme kararının iptali davasının sonucunu beklemesi gerekir.

VII. İBRANIN SORUMLULUK DAVALARINA ETKİSİ

1. İbra Kararının Ortaklığın Dava Hakkına Etkisi

İbra kararlarının anonim ortaklığın dava hakkı üzerindeki etkisi, ibranın niteliği hakkında kabul edilen çözüm tarzına göre değişmektedir. Bu nedenle burada da, ibranın niteliği hakkındaki görüşlere paralel olarak çeşitli sistemleri ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

a. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda baskın görüş ibrayı menfi borç ikrarı saymaktadır¹⁰¹. Bu hukuk çevresinde ibranın hukuki mahiyeti hakkında kabul edilen çözümün ışığı altında ibra kararının dava hakkı üzerindeki etkisi şö-

¹⁰⁰ⁱ,TK 381. maddenin iptal davası açmak için 3 aylık hüküm düşümü süresi öngördüğü gözden tutulmamalıdır.

^{100t}çAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 349 N. 615 vd.

¹⁰¹ Bkz.: Yuwkanda il 1.

le saptanmaktadır: İbra karan genel kurulun şekli bir irade açıklamasıdır. Bu kararla anonim ortaklık adına genel kurul, yönetim kurulu üyelerinin hesap vermiş oldukları faaliyet dönemindeki işlemlerini onaylamakta, hukuka ve işin gereğine uygun bulunduğunu açıklamaktadır. Anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerini ibra etmesi onların son faaliyet dönemindeki işlemlerinin hukuki ve iktisadi sonuçlarını kabullendiği ve kendilerini bu işlemler nedeniyle sorumlu tutmayacağı anlamını taşır¹⁰². Bu anlamda geçerli bir ibra karan *anonim ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davalarına engel olmaktadır*¹⁰³.

b. Alman Hukukunda

Alman hukukunda ibra kararına verilen anlam ve ibranın hukuki sonuçları Türk-İsviçre hukukundan farklıdır. 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz 1965), ibranın hukuki sonuçları üzerindeki tartışmalara son vermiş ve tereddütleri açıklığa kavuşturmuştur. Alın. **POK**. § 120 II hükmü gereğince: "*ibra tazminat istemlerinden feragat anlamını taşımaz.*"

Yönetim kurulu üyelerinin ve denetim kurulu üyelerinin ibra edilmesi, faaliyet dönemindeki işlemlerin onaylanması ve istikbal açısından bir *güven açıklamasından* ibarettir. Bugün Alman hukukunda ibra kararına bunu aşan bir etki tanınmamaktadır¹⁰⁴. İbra verilmemesi bir yandan gözetim kuruluna (Aufsichtsrat) yönetim kurulu üyelerini azletmek yetkisini verir, diğer yandan yönetim kurulu üyelerinin bu görevden istifa edebilmeleri için haklı bir sebep teşkil eder¹⁰⁵.

c. Türk Hukukunda

Türk hukukunda ibranın *menfi borç ikrarı* olarak nitelendirildiğini görmüştük¹⁰⁶. İsviçre'de baskın olan bu görüşün Türk hukukunda büyük

¹⁰² **PICENONİ** 5.

¹⁰³ **MEIER-WEHRLI** 114; **FUNK** Art. 698 N. 8; **STEIGER** (Çağa) 314; **SCHUCANY** Art. N. 7; **GUBLER**, SAG 23, 69; BGE 51 il 70, 65 il 12, 67 II 174.

¹⁰⁴ **WÜRDINGER** 126; **BAUMBACHWUECK** § 120 N. 6; **GODİN/WILHELMİ** § 120 N. 2. Alman Federal Mahkemesi ibra kararının o y b i r l i ğ i i l e a l ı n m a s ı halinde tazminat taleplerinden feragat sonucunu doğuracağını kabul ediyordu (BGH 229, 390). Yeni POK. § 120 II'nin açık hukuk karşısında bu içtihadın da bir değeri kalmamıştır.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için: **SIEGERT** 72 vd.

¹⁰⁶ Bkz. Yukarıda: II 3. Ayrıca: **ARSLANLI** II 196; **ANSAY**, İbra 422; Anonim **Şirketler** 134; **ÇAMOĞLU**, İbranın Sorumluluk Davalarına Et.kisi 329; **ATAN** 59.

"oğunlukla tasvip gördüğü söylenebilir. İbra kararının ortaklığın dava haklarına etkisi konusunda da İsviçre hukuku ile aynı sonuca varılmaktadır. Anonim ortaklık genel kurulundan çıkan geçerli bir ibra karan, ortaklığın ilgili hesap dönemine ilişkin işlemler sebebiyle tazminat talebi bulunmadığını ikrar etmesi anlamını taşır. Gerek açık ibra kararlarında, gerekse ibra varsayımı yaratan hesapların onaylanması halinde anonim ortaklık artık yönetim kurulu üyelerine karşı, söz konusu döneme ait ve ibranın *kapsamına giren işlemler* sebebiyle *tazminat ddvası açamaz*¹⁰⁷.

Borcu sona erdiren sebeplerden birisi olarak ibra, bankalar da dahil olmak üzere tüm anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açma olanağını ortadan kaldırır^{107a}. Bu açıdan anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri aleyhine TK 336 vd. hükümleri uyarınca açılacak sorumluluk davaları ile BankK'nun 110. maddesine göre açılacak "şahsi sorumluluk" davaları arasında hiç bir fark yoktur. BankK'nun 110. maddesi uyarınca açılacak davada yönetim kurulu üyelerinin *iflası* talep olunmaktadır. İflas'ın ön koşulu ise davalının sorumluluğunun sap-tanmasıdır; sorumlu tutamayacağınız bir kişinin iflasının istenmesi söz konusu olamaz.

Bu nedenle TK 336 vd. göre açılacak sorumluluk davası ile BankK'nun 110. maddesine göre açılacak şahsi iflas davasının birbirinden tamamen farklı iki dava olduğu, bu sebeple banka yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş olmasının şahsi iflas davası açılmasına engel oluşturmayacağı **❖**örüşü savunulamaz. Öğretide *Akdağ Güney* ibranın **BankK. 110. maddesine göre açılacak (şahsi) iflas davalarına engel oluşturmaya-**cağını savunmaktadır. Yazar bu görüşüne BankK'nun 133. maddesindeki "*varsa ibraların iptali*" hükmünü kanıt göstermektedir. Yazara göre yasa koyucu bu hükmü açılacak sorumluluk davalarında karşılaşılmaması muhtemel ibra engelini aşmak amacıyla koymuştur. Bu son gerekçe doğrudur: Yasa koyucu ibranın açılacak sorumluluk davaları için yasal bir engel oluşturduğunu kabul ederek bunun mahkemece iptali gerektiğini vurgulamaktadır. İptal karan, eğer şartları varsa mahkeme tarafından verilir. Oy-

¹⁰⁷ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 246; ANSAY, İbra 423; ÇAMOĞLU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 329.

¹⁰⁷¹ Bkz: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOCLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Baskı İstanbul 1993 S. 984; Safa REİSOCLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 21. Bası, İstanbul 2010; OOUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 4. Bası, İstanbul 2005, S. 427.

sa *Al«Jag Güney*, yasa koyucunun bir mahkeme karar ile aşılmasını gerekli gördüğü ibra kararını, gerekçesiz olarak yok sayma eğilimindedir^{107b}.

Diğer taraftan yazar tarafından savunduğu görüşe kanıt gösterilen BankK'nun 133. maddesi, yönetim kurulu üyelerinin bankaların tasfiyesi sonrası (banka hissesinin devri, bankanın devri ya da bir başka banka ile birleşme halindeki) sorumluluklarını düzenleyen *özel bir hükümdür*. Yani 133. madde yönetim kurulu üyelerinin belli ve somut bir varsayımdaki sorumluluğunu düzenlemektedir. Oysa 110. madde tüm şahsi sorumluluk hallerini kapsayan genel bir hükümdür. Bu nedenle bir an için 133. madde hükmünün yasa koyucunun konuya bakış açısını gösterdiğini kabul etsek bile bu gerekçeyi 110. maddedeki tüm (şahsi) sorumluluk hallerine taşımamız mümkün değildir. Kaldı ki ibranın BankK'nun 110. maddesinde düzenlenen sorumlulukta geçerli olmayacağı yargısına, ancak bu konuda (hukuka ne derece uygun olduğu tartışması bir yana) açık bir hüküm bulunması halinde varılabilir; yorum yolu ile ulaşılamaz.

2. İbranın Ortakların ve Alacaklıların Dava Haklarına Etkisi

Ortaklar ve alacaklıların yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları sorumluluk davalarının iki tip olduğunu görmüştük¹⁰⁸: Ortaklar ve alacaklılar, *dolaylı zarar gören kişi sıfatıyla* veya *doğrudan doğruya gördükleri zararlar sebebiyle* dava açabilirler. Söz konusu davaların hukuki dayanakları, nitelikleri ve şartları birbirinden tamamen farklıdır. Bunun gibi sorumluluk davaları ortaklar ve alacaklılar yönünden farklı koşullara tabi tutulmuşlardır. Bu nedenle *ibra kararının dava hakları üzerindeki etkileri, ortaklar ve alacaklılar bakımından her iki dava ayrı ayrı ele alınarak incelenmelidir*.

a. Dolayısıyla Zararlar Sebebiyle Açılacak Davalarda

aa. Ortakların Dava Hakları Açısından

Ticaret Kanunumuz, ibra kararının ortakların dava haklarına etkisini düzenleyen bir hüküm içermemektedir. Oysa İsviçre hukukunda konu, or-

^{107b}AKDA(; GÜNEY 244.

¹⁰⁸ Bkz. Yukarıda: § 10 il, III.

takların menfaatini koruyucu bir biçimde düzenlenmiştir. İsv. BK. 757. maddesine göre ibra karan ancak, bu karar lehine oy vermiş veya yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş olduğunu bilerek payı devralmış olan ortağın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırır. Madde ayrıca bu davanın açılması için ibra kararı alındığı tarihten başlayan 6 aylık bir hak düşümü süresi öngörmektedir. Ortağın dava hakkının düşmesi veya devam etmesi İsv. BK. 757. maddesinin şartları içinde değerlendirilmektedir¹⁰⁹. İsviçre hukukunda 757. maddenin sistemi gereğince genel kurulun ibra kararı kural olarak ortağın dava hakkını etkiler¹¹⁰. Dava hakkının devamı yine 757. maddenin tayin ettiği şartlar içinde mümkündür. Bu şartların gerçekleşmediğini ve dava hakkının düştüğünü davalı yönetim kurulu üyeleri başarı ile ileri sürebilirler. Bu husustaki isbat yükü yönetim kurulu üyelerindedir¹¹¹. Şüphesiz ibra kararı kabili iptal olduğu takdirde ortağın bu kararı iptal ettirmek imkanı da mevcuttur¹¹².

İsv. BK.'nın 757. maddesi Ticaret Kanunumuza alınmamıştır. Bu nedenle *Arslanlı*¹¹³ ortakların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları davaların genel kurul kararına *tabi olduğu* kanısındadır. Eğer genel kurul ibra kararı vermişse pay sahibi dolayısıyla zarar gören kişi sıfatıyla dava açıp tazminatın şirkete verilmesini isteyemeyecektir. Fakat yazara göre, eğer azınlık dava açılması reyinde bulunursa¹¹⁴ şirket bu davayı açmaya mecbur olduğundan ortakların dava hakkı da devam edecektir. Türk doktrininde *İmregün'e* göre¹¹⁵ "Genel kurul kararı pay sahiplerinin tümüne karşı etkili olduğundan (TK. 379) genel kurul ibra kararı vermişse, pay sahibi sıfatı ile tazminat davası açabilmek için, önce ibra kararının iptalini dava ve kararın iptal ettirmek gerekir". Buna karşı *Mimaroglu*¹¹⁶ şirketin dava hakkından feragat etmesinin pay sahibinin dava hakkını *düşürmeyeceğini* ve azınlık TK. 341. maddeye göre dava açılması reyinde bulunmuşsa şirketin bu davayı açmaya mecbur olduğunu beyan etmektedir.

¹⁰⁹ SIEGERT 109; CURTİ 151; BÜRGİ Art. 698 N. 76; PİCENONİ 173; BİGGEL 88 vd.

¹¹⁰ ANSAY, İbra 420; SCHULZ-DORNBURG 108; karş.: BİGGEL 90.

¹¹¹ BİGGEL 90; BACHMANN, Art. 627 N. 3.

¹¹² BİGGEL 90.

¹¹³ ARSLANLI il 185.

¹¹⁴ Bkz.: TK. 341.

¹¹⁵ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 250.

¹¹⁶ MİMAROCLU 117.

*Ansay'a göre*¹¹⁷ "Hukukumuzda ibra karan gerek şirketin, gerekse münferit hissedarların idareciler aleyhine dava açmasına esas itibariyle mani olur". Ancak yazar "*Maamafih sulh, feragat ve ibra yoluyla şirketin bu dtiva lıaklanndau vazgeçmesinin şeriklerin davasını etkilemesi doğru olmaz*"¹¹⁸ diyerek bu sonucu doğru bulmadığını ifade etmektedir.

İbra kararının ortakların dava hakları üzerindeki etkisini düzenleyen tsv. BK. 757. maddesinin Ticaret Kanunumuza alınmaması bu konuda bir eksiklik oluşturmaktadır.1sv. BK. 757. maddesi probleme, hukukun genel ilkelerine uygun bir çözüm getirmiştir. Böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen acaba aynı çözüm Türk hukukunda da savunulamaz mı?

Kanımca, anonim ortaklık genel kurulunun aldığı ibra kararı ortağın dava hakkını düşümez. Anonim ortaklık ancak kendi hakları üzerinde tasarruf edebilir^{118a}. Bu nedenle ibra karan sadece ortaklığın dava hakkını ortadan kaldırır, ortakların dava hakkını etkilemez. Bu görüş şöyle gerekçelendirilebilir:

1. Ortakların dava hakkı, ortaklığın davasından doğan, ikinci derecede bir dava hakkı değil, *bağımsız* bir dava hakkıdır¹¹⁹. Ortaklığın, ortakların ve alacaklıların talepleri aynı sonuca yönelmiştir. Talep hakları arasında hukuki ilişkinin bir alacaklı teselsülü olmayıp, kanunun özel olarak düzenlediği bir talepler yarışması olduğuna yukarıda temas etmiştik¹²⁰. Bu özel düzenleme gereğince ortaklar (ve alacaklılar) açacakları davalarda tazminatın ortaklığa verilmesini isteyebilirler ve borçlu ancak ortaklığa ödeme yapmak suretiyle borçtan kurtulabilir. Yalnız ortaklığa yapılacak bir ödemenin borçluyu borçtan kurtarması, ortakların (ve alacaklıların) dava haklarının bağımsızlık niteliğini zedelemeyiz. Bu niteliğinin sonucu olarak da ortakların sorumluluk davası şirketin davasının kaderine tabi değildir.

¹¹⁷ **ANSAY**, İbra 423; Ayrıca bkz.: Anonim Şirketler 133.

¹¹⁸ **ANSAY**, Anonim Şirketler 130.

^{118a} Aynı yönde: **AYTAÇ** 212.

¹¹⁹ Bkz.: **ÇAMÜCLU**, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 339; **WIELAND** il 141; **WYLER** 43; **KREIS** 88; **MEIER-WEHRLI** 82, 88; Aksi kanaatte; **ARSLANLI** il 189; **DOMANIÇ** 54.

¹²⁰ Bkz.: § 10 IV Ia. Talep hakları arasındaki ilişki alacaklı teselsülü sayılsa dahi ortaklığın sorumluları ibra etmesi diğer talep haklarını etkilemez. Zira alacaklı teselsülünde alacaklılardan biri kendi fiili ile diğer alacaklıların durumunu ağırlaştırmaz; örneğin, alacaklılardan birisinin borçluyu i b r a etmesi diğer alacaklıların haklarına tesir etmez (Bkz.: **v. TUHR** (Edege) il 880; **TUNÇOMAT** 622). Yine alacaklılardan birisinin davasında verilen hüküm diğer alacaklılar yönünden kesin hüküm teşkil etmez (Bkz.: § 10 IV 1 b).

11. Türk ve İsviçre hukuklarında, alacaklıların dava hakkının, ortaklığın ibra kararına rağmen devam edeceği görüşü hfieldmdir¹²¹. Alacaklılar ve ortakların dolayısıyla zararlarına dayanarak açacakları davalar arasında ise bir nitelik farkı mevcut değildir. Her ikisi de dolayısıyla zarar gören kişi sıfatıyla ve tazminat ortaklığa verilmek üzere açılan davalardır. Bundan dolayı alacaklıların dava hakkı yönünden kabul edilen sonucun ortaklar yönünden de kabul edilmesi gerekir. Kanımca ortakların genel kurulun bir üyesi olması ve alacaklıların genel kurul dışında bulunması sonucu değiştirmez. Özellikle ibra kararına muhalif kalan bir ortakla ortaklık alacaklıları arasında bu açıdan fark yoktur.

111. TK. 379. madde gereğince genel kurul kararının, menfi oy verenler (ve toplantıya katılmayanlar) da dahil bütün ortaklar yönünden bağlayıcı olduğu itirazına gelince: Kanımca 379. maddenin bu hükmü ibra kararına rağmen ortakların dava hakkının devamına engel değildir. İbra kararı, ortaklığın kendi dava hakkı üzerinde tasarruf etmesini ifade eder. Bu karar TK. 336. maddenin ortaklara (ve alacaklılara) tanıdığı dava hakkını ortadan kaldırmaz. 379. madde hükmü ancak genel kurulun yetkisi çevresine giren kararlar bakımından geçerlidir. Nihayet, ortakların yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilmeleri bir *müktesep hak* niteliğindedir¹²²; ancak genel kurulun oybirliği ile alacağı bir kararla ortadan kaldırılabilir. Diğer bir deyişle, kendi muvafakatı olmadıkça hak sahibinin bu haktan mahrum bırakılması mümkün değildir. Şu halde ibra kararına menfi oy veren veya o toplantıda bulunmayan bir ortağın dava hakkının devam ettiğini kabulde zorunluk vardır. •

iv. İbra kararının ortakların dava açmasına engel teşkil edeceğini kabul etmek, TK. 336. maddenin ortaklara tanıdığı dava hakkının pratik değerini tamamen ortadan kaldırır. Bu durumda ortak önce ibra kararı aleyhine iptal davası açacak, karar -iptal ettirerek ibra engelini kaldırdıktan sonra sorumluluk davası açabilecektir. Bu şartlar altında ortağın davayı zahmete değmez bulacağı ise açıktır. Çünkü, ortak sorumluluk davasında tazminatın kendisine verilmesini isteyememekte, ancak tazminat ortaklığa verilmek üzere dava açabilmektedir. Davayı kaybettiği takdirde mas-

¹²¹ Bkz.:Aşağıda (ab).

¹²² Bkz.: STEİGER (Çağa) 205; SİEGWART Art. 646 N. 40; SCHUCANY Art. 646 N. 6 (n); FUNK Art. 646 N. 3.

rafları kendisi yüklenecektir. Görüldüğü gibi sorumluluk davası açmak ortaklar açısından fazla cazip değildir. Bu davanın önüne bir de ibra engelini koymak, davanın pratik değerini hiç indirecektir.

Nihayet yönetim kurulu üyelerinin ibra almalarının hiç de güç olma. <lığını gözden uzak tutmamak gerekir. İbra kararları için özellikli bir yetersayı öngörülmemiş, adi çoğunluk yeter sayılmıştır¹²³. Yönetim kurulu üyelerinin adi çoğunluğu lehlerinde sağlamaları ise olağan sonuçtur. Ortakların ve alacaklıların sorumluluk davaları yönetim kurulu ibra edildiği hallerde pratik değer kazanır. Yoksa yönetim kurulu ibra edilmeyip aleyhine ortaklık tarafından dava açılan hallerde ortakların veya alacaklıların dava açmalarına gerek yoktur.

Bu gerekçelere dayanarak Türk hukukunda da ibra kararına muhalif kalan, ya da toplantıya katılmayan ortakların dava haklarının devam edeceği sonucuna varıyoruz. Bu sonuç İsv. BK. 757. maddesinin çözümüne uygundur. Acaba ibranın karar lehine oy kullanan ortakların da va hakları üzerinde etkisi ne olacaktır? Kanımca ibra lehine oy kullanan bir ortağın daha sonra sorumluluk davası açmasına dürüstlük kuralları (MK. 2) engeldir¹²⁴.¹²⁵ Meğer ki, ortak bir irade sakatlığına dayanarak oyunu geri almak imkanına sahip bulunsun. Örneğin, ortak yanılma sonucu ibra lehine oy verdiğini, bazı gerçekleri bilseydi müsbet oy vermeyeceğini isbatlayarak oyundan dönebilir ve böylece sorumluluk davası açmak olanağını kazanabilir.

ab. Alacaklıların Dava Hakkı Yönünden

Genel kurul tarafından alınan ibra kararının alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları davalara etkisi de tartışmalıdır. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, doktrinde büyük çoğunluk ibra kararının ala-

¹²³ Hatta, TK. 374. maddeye göre oydan yoksun olanlar haricinde kalan bir tek ortağın, tek oyu ile ibrayı gerçekleştirmesi mümkündür.

¹²⁴ İsviçre hukukunda ibra kararı herhangi bir nedenle geçerli değilse, bu karara ister menfi, ister müsbet oy versin, bütün ortakların dava haklarının devam ettiği kabul edilmektedir. Ancak ibra kararın, geçersiz de olsa böyle bir karara, yönetim kurulu üyelerinin yolsuz işlemlerini bilerek müsbet oy veren ortağın, kararın geçersizliğine dayanarak sorumluluk davası açmasının İsv. MK. 2 (MK. 2)ye aykırı düşeceği kabul edilmektedir (Bkz.: PICENONI 177).

¹²⁵ Yargıtay 11. HD. 04.10.2005 t. E. 2004/5361 K. 2005/9182 s. kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Belirtmek gerekir ki genel kuruldaki oylamalarda teker teker kimlerin lehte kimlerin aleyhte oy kullandığını tesbit etmek güçtür. Bu nedenle karara muhalif oy veren bir ortak sorumluluk davası açmak istiyorsa isbat kolaylığı açısından muhalefetini zapta geçirtmesinde yarar vardır.

caklıların dftva hakkına etkisi bulunmadığını savunmaktadır¹²⁶. ¹²⁷. TÜrk hukukunda *Arslanlı*¹²⁸ alacaklının dava hakkını da ortakların dava hakkı gibi gennel kurul kararına Ulbi tutar. Yazarın fikrine göre aslı dava hakkı sahibi şirkettir. Bu nedenle şirketin sorumluları ibra etmesi halinde alacaklıların ortaklık lehine dava açma hakları da düşer. *Mimaroglu*¹²⁹ da bu göüüşü paylaşmaktadır. Buna karşılık *Imregün*¹³⁰ (dolayısıyla ve doğrudan doğruya görülen zararlar arasında bir ayırım yapmaksızın) alacaklıların dava hakkının ibra kararından etkilenmeyeceğini belirtir.

Kanımca ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları sorumluluk davaları arasında nitelik farkı yoktur. Bu sebeple ortağın davası hakkında söylenenler alacaklıların davaları için de geçerlidir. Yukarıda belirtildiği gibi, İsviçre doktrininde oy birliğine yakın bir çoğunluk alacaklıların dava haklarının ibra kararına bağlı bulunmadığını savunmaktadır¹³¹. Kanımca, alacaklıların dava hakkının, *ibra kararından etkilenmemesi ortağın dava hakkına nazaran öncelikte kalır*. Alacaklılar, anonim ortaklığa nazaran üçüncü kişi durumundadırlar. Genel kurul, verdiği ibra kararı ile kendi dava hakkından feragat edebilir; üçüncü kişilerin hakları üzerinde tasarrufta bulunmaz¹³².

b. Doğrudan Doğruya Zararlar Nedeniyle Açılacak Davalarda¹³³

Ortakların ve alacaklıların yönetim kurulu üyelerinin işlemleri sonucunda doğrudan doğruya uğradıkları zararlarla ortaklığın zararı arasında zorunlu bir bağıllık yoktur. Bu nedenle ortakların ve alacaklıların

¹²⁶ MEIER-WEHRLI 114; GUHL 582; ÇAMO("LU, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 341; HENGELER 55; STEİGER (Çağa) 324; PICENNON1201; WIELAND 11141; BIGGEL 39; CURTI 152; BÜRGİ Art. 698 N. 74; SIEGERT 109; SCHULZ-DORNBURG 108; SCHUCANY Art. 698 N. 7 BGE 67, il 157.

¹²⁷ Alman hukukunda da Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93 V gereğince alacaklıların yönetim kurulu Üyelerine karşı sahip olduğu dava hakkı, ortaklığın sulh, feragat ve ibrasından etkilenmez (WORDINGER 125; GODİN/WILHELMİ § 93 N. 29; BAUMBACH/HUECK § 93 N. 17). Eski POK. § 84 de alacaklılara ibra kararından etkilenmeyen bir dava haklı veriyordu (PICENONt 200; GIERKE 343; BAUMBACH/HUECK 11. Aufl. (1961) § 84 N. 1, 8).

¹²⁸ ARSLANLI il 189.

¹²⁹ MİMAROÖLU 119.

¹³⁰ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar 250.

¹³¹ Bkz.: dpn. 126'da anılan yazarlar.

¹³² Aynı yönde: MEIER-WEHRLI 114; BIGGEL 89; AYTAÇ 221.

¹³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10 III.

haklan ortaklığın dava hakkından tamamen bağımsızdır¹³⁴. Nitekim öğretilde gerek ortaklannt3s, gerekse alacaklıların¹³⁶ dava hakkının, *ibra kararından etkilenmeyecegi* hususunda kuşku duyulmamaktadır.

¹³⁴ **STEİGER** (Çağa) 325; **ARSLANLI II** 186; **PİCENONİ** 166; **ÇAMOOLU**, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 346.

¹³⁵ **ANSAY**, Anonim Şirketler 135; **FRICK** 106; **FEHR** 156; **SCHULZ-DORNBURG** 108; **BÜRGİ** Art. 698 N. 75; **BİGGEL** 89; **SCHUCANY** Art. 698 N. 7, Art. 757; Ayrıca dñn. 95'de anılan yazarlara da bkz.

¹³⁶ **MEIER-WEHRLI** 114; **İMREGON**, Anonim Ortaklıklar 250; **FRICK** 116; **SİEGERT** 109; **PİCENONİ** 195; **ANSAY**, Anonim Şirketler 133; **BÜRGİ** Art. 698 N. 74; **FEHR** 156; **STEİGER** (Çağa) 325; **ÇAMOOLU**, İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi 346; **SCHULZ-DORNBURG** 108, alacaklıların doğrudan doğruya ve dolayısıyla zararları arasında fark gözetmemektedir.

§ 18. ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK

Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerde zamanaşımını özel hükümlerle düzenlemiştir. Kanun koyucu zamanaşımı probleminin hallini, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bırakabilirken bu yolu tercih etmemiş, özel süreler koymuştur¹. Zamanaşımı konusunda TK. 340. maddesi, kuruluştan doğan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen 309. maddeye atıf yapmaktadır. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında 309. madde zamanaşımını düzenleyen genel hüküm niteliğini taşır. Ticaret Kanunu, bazı sorumluluk hallerine ilişkin zamanaşımını özel hükümlerle düzenlemiştir.

ii. ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

1. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı İçinde Zamanaşımı Süreleri

a. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı

TK. 340. maddenin sarahati gereğince 309. maddedeki zamanaşımı süreleri yönetim kurulu üyelerinin 336 ve 337. maddeler gereğince sorumlu oldukları hallerde uygulanır. Bunun haricinde, TK. 342. madde müdürleri yönetim kurulu üyelerinin mesuliyetine ait hükümlere göre sorumlu tuttuğu ve yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin fiilleri sebebiyle sorumluluğunu düzenleyen 346. madde, bu sorumlulukta 336. maddenin uygulanacağı-

¹ Tic. D. 11.09.1958, N. 2433/2028 sayılı kararında: "...kooperatif müdürleri(nin) yolsuz hareketleri ile vukuuna sebep oldukları zarar ve ziyanda BK.'nın haksız fiil müruruzamanı hükümleri değil, TK.) hükümlerinin tatbiki icab eder" demektedir (DOMANIÇ/ÇAMOOLU 255 N. 455).

nı belirttiği için, 309. maddedeki zamanaşımı süreleri bu hallerde de uygulama alanı bulacaktır. Bunun gibi 309. maddedeki sürelerin kuruluş işlemleri sebebiyle ilk yönetim kurulu üyelerinin 308. madde gereğince sorumlu oldukları hallerde doğrudan doğruya tatbik kabiliyeti vardır.

b. TK. 309. Maddede Öngörülen Zamanaşımı Süreleri²

TK. 309. madde çeşitli ihtimallere göre üç tür zamanaşımı süresi belirlenmiştir.

ba. İki Yıllık Süre

(I) *Uygulama alanı:* Bu süre davacının *sorumluları ve zararı öğrenmiş olması halinde söz konusu olur*. Doktrinde iki yıllık zamanaşımı süresinin yöneticilerin sorumluluğu davasında aktif dava ehliyetini haiz olan şahısların hepsine (ortaklık tüzel kişisi, alacaklılar, pay sahipleri) uygulanması konusunda fikir birliği yoktur. Bu sürenin ortaklık alacaklıları ile ortakların açacakları davalarda yürümesi genellikle kabul edilmekle beraber³ ortaklık tarafından açılacak davalarda uygulanamayacağını ileri süren yazarlar vardır. Nitekim *Ansay*⁴ ve *Türk4a* ortaklığın açacağı davada 309. maddenin değil de genel hükümlerin yürüyeceğini ileri sürmekte ve delil olarak da 340. maddenin başlığının "*ortakların ve şirket alacaklılarının tazminat davalarına ait diğer hükümler*" şeklindeki ifadesini göstermektedirler. Genel hükümlerin yürürlüğü halinde ise, BK. 126. maddeye Tatbikat Kanunu 41 II c ile eklenen 4. bend gereğince "...bir şirketin müdürleri, temsilcileri... ile şirket veya ortaklar arasındaki davalar..." beş yıl-

² Yabancı ülkeler mevzuatı bu konuda Türk hukukuna nazaran daha uzun zamanaşımı süreleri kabul etmiştir. 1sv. BK. 7(:IJ. maddesinde, sorumluluk davası için zararın ve sorumluların öğrenilmesinden başlayarak beş yıl ve her halde zarar verici fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi koymuştur (Fazla bilgi için bkz.: GLASSON 276 vd.; GUHL 584; FEHR 160; MEIER-WEHRLI 1142 vd.). Fransız hukukunda Fr. OK. 247. maddesine göre zamanaşımını zarar verici fiilin vukuundan itibaren üç yıl, şayet fiil bir suç teşkil ediyorsa on yıldır (ROBLOT 700 N. 1379; MOREAU III 131 N. 163; ESCARRA IV 378 N. 1621). A 1 m an POK. § 93 VI gereğince zamanaşımı süresi talep hakkının doğumundan itibaren beş yıldır (BAUMBACWHUECK § 93 N. 19; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI § 84 N. 19; SCHULTE 73). Belçika'da (VAN RYN I 405 N. 634) ve 1 ta 1y a'da (VAN OMMESLAGHE 521 N. 316) zarar verici fiilin veya hile ile yapılan muamelenin öğrenilmesinden itibaren beş yıldır.

³ DOMANIÇ 104; ARSLANLI II 194; ANSAY, Anonim Şirketler 131.

⁴ ANSAY, Anonim Şirketler 131; Minderheitenschutz 10.

^{4a} Hikmet Sami TÜRK, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI., Ankara 1989, s. 22, 26.

hk zamanaşımına tabidir⁵.

Kanaatımca, her ne kadar 340. maddenin kenar başlığı "ortaklar ve alacaklılardan" bahsetmekte ve böylece zamanaşımı konusunda 309. maddeye yapılan atfın sadece ortaklar ve alacaklıların açacakları davalarda yürütiyeceği sanısını uyandırmakta ise de, madde metni bu izlenimi silecek niteliktedir. Gerçekten 340. madde 309. maddenin "336 ve 337. maddeler gereğince yönetim kurulu azalarına yükletilen mesuliyet hakkında" uygulanacağını ifade etmektedir. 336 ve 337. maddelere göre ise asıl dava hakkı sahibi anonim ortaklıktır. Bu sebeple iki yıllık zamanaşımı süresinin anonim ortaklık hakkında da uygulanması gerekir. Bu suretle yöneticilere karşı açılacak sorumluluk davalarının zamanaşımının süresinin davacılar yönünden farklı sürelerle tabi tutulması da önlenmiş olacaktır^{6a}.

Gerçekten BK. 126. maddenin 4. bendindeki hüküm üzerinde durulmağa değer. BK.'nın 126. maddesindeki hükmün, TK.'nın 309. maddesi karşısında genel hüküm mahiyetini taşıdığı ve uygulanması gerektiğinde özel hükmün tercih edileceği şüphesizdir. Fakat BK. 126. maddenin 4. bendindeki değişikliğin daha sonra olduğu nazarı itibare alınarak 309. maddenin tadile uğramış bulunduğu söylenemez mi? Kanaatımca BK. 126. madde, özel zamanaşımı hükümleri bulunmayan hallerde uygulanabilecek genel bir hükümdür. Yöneticilere karşı açılacak sorumluluk davasının zamanaşımını düzenleyen TK. 309 özel hüküm mahiyetinde olduğu için BK. 126 N. 4'ün uygulanması söz konusu olamaz⁷. Şayet, kanun koyucu yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasının zamanaşımı sürelerini değiştirmek iradesini taşısa idi, bunu açık bir hükümle gerçekleştirebilirdi.

(2) *Başlangıcı*: İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı davacının, *zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihtir*. Sürenin yürümesi için

5 TK. 341. maddede yer alan yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmasına karar verildiği takdirde bu davanın bir ay içinde açılması gerektiği yolundaki hüküm bir sükutu hak veya zamanaşımı süresi koymamıştır. Bu süre sadece dava açmakla görevli şirket organlarına (özellikle denetçilere) hitab eden bir görev ifası süresidir. Sürenin geçirilmesi dava haklarını etkilemez; sadece vaktinde dava açmayan ilgililerin sorumluluğunu gerektirir (Bkz.: Yukarıda § 9 111 1; AEM. m. 341, s. 381).

6 ÇAMOCLU, Zamanaşım.ı 268; Aynı kanıda: M1MAROCLU 124; PULAŞLI Şirketler 489; aksi kanıda: TÜRK 13, 25. İsviçre hukukunda zamanaşımı süreleri bütün davacılar için aynı düzenlenmiştir. Bkz.: MEIER-WEHRLI 143.

6a Yargıtay 11. HD.'nin aynı yöndeki kararı için bkz.: 02.06.1975 E. 74/5185 K. 75/3636 (YKD 1976. C. il s. 505 vd.).

7 TANDOĞAN, Müruruzaman 124.

yalnız faili veya sadece zararı öğrenme yeterli olmayıp her ikisinin birden öğrenilmesi gerekir.

(a) Zararın öğrenilmesi. Zamanaşımının başlaması için istenecek tazminatın hesabına yarayacak tüm ayrıntının bilinmesi aranmaz.

Ancak zararın öğrenilmiş sayılması için zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye yeterli tüm bilgilerin öğrenilmesi gerekir; zamanaşımını davacının bu verilere sahip olduğu tarihten başlar^{7a}. Zararın bir bütün teşkil etmesi ve bütününe aynı zamanda öğrenilmesi halinde bir problem doğmazsa da, zararın hepsinin birden öğrenilmemesi veya zararın zamanla oluşması güçlük yaratabilir⁸. Zarar bütün olarak doğmuş olmakla beraber tüm kapsamı öğrenilememişse, zararın öğrenilen kısımları için süre bu tarihten itibaren yürümeye başlar. Nitekim Borçlar Hukuku'nda da haksız fiillerde yeni olaylar, zarar görenin önceden tahmin edemeyeceği başkaca zararlar doğurmuşsa, bu hususta yeni zararın öğrenildiği tarihten itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin yürüyeceği kabul edilir⁹. Böylece bütünlük arzeden bir zararın çeşitli kısımları hakkında dahi öğrenilme anlarına göre aynı zamanaşımı süreleri yürüyebilecektir. Zarar bir bütün olarak değil de aynı zarar verici fiilin sonucu olarak aynı zamanlarda meydana gelmişse -aradaki illiyet bağı kesilmemiş olmak şartı ile- zamanaşımı süresi yeni zararların öğrenildiği tarihten itibaren yürümeye başlar.

(b) Sorumluların öğrenilmesi. Zamanaşımı süresinin başlangıcı zararın ve sorumluların öğrenilmesi anı olduğuna göre süre sorumlulardan öğrenilenler hakkında yürür. Ortaklığın görmüş olduğu zarardan sorumlu bulunduğu öğrenilmeyen şahıslar hakkında ise zamanaşımı yürümeğe başlamaz. Yoksa, zamanaşımı süresinin başlaması için sorumluların hepsinin öğrenilmesi şart değildir. Nitekim TK. 309 IV'ün davacının "*mesul olan kimseyi*" öğrenmesinden bahseden ifadesi de bu sonucu haklı gösterir¹⁰. Bu nedenle bilinmeyen sorumlular için zamanaşımı yürümez; onlara karşı beş yıllık genel süre içinde dava açmak imkanı mevcuttur.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi ve bu konudaki TİRK ve İsviçre yargı kararları için bkz: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.718.

⁸ DOMANIÇ 108 vd.

⁹ v. TUHR (Edege) I 413.

¹⁰ Başka deliller ve ayrıntılı bilgi için bkz.: DOMANIÇ 106/107. Aynı konuda: MİMAROĞLU;LU 122.

Şayet ortaklık, sorumlulardan bir kısmını öğrenmesine rağmen, ihtiyarı veya ihmali ile dava açmayarak onları takip etmek imkanını kaybetmişse, yöneticilerin sorumluluğunda teselsül ilkesinin geçerli olmasının sonucu olarak BK'nun 147. maddesi uygulama alanı bulur. Bu madde gereğince ortaklığın davası ile karşılaşan sorumlular, tazminat talebinin, ortaklığın dava hakkını kullanmadığı sorumluların hisseleri oranında indirilmesini isteyebileceklerdir¹¹.

Zamanaşımı konusunda 308. madde gereğince ikinci derecede sorumlu bulunan ilk yönetim kurulu üyelerinin durumu özellik taşır. ille yönetim kurulu üyeleri adeta adi kefalete benzer bir sorumluluk altında bulunduklarından kendilerine zararın birinci derecede sorumlular tarafından tazmin edilmemiş olması halinde başvurulabilecektir. Bundan dolayı, davacının birinci derecede sorumlulardan zararın tazminini temin edebilmek için onları özenle takip etmiş olması gerekir. Davacıların bu konudaki ihmalleri kendilerine karşı def'i olarak ileri sürülebilir. Bunun gibi eğer davacılar birinci derecede sorumlulardan bir kısmını takip etmeksizin zamanaşımı süresini geçirmişlerse, ikinci derecede sorumlu olan ilk yönetim kurulu üyeleri de, müteselsil borçlarda yürüyen kural gereğince, takibinde ihmal gösterilen alacak miktarı nisbetinde kendi tazminat borçlarının indirilmesini talep edebilmelidirler¹².

(c) Öğrenme Problemine Davacılar Yönünden Bakış. Ortaklığın davasında zamanaşımının başlangıcı sorumluluk davasını açmaya yetkili genel kurulun zararı ve sorumluları öğrendiği tarihtir^{12a}. Yargıtay 11. HD. de bu görüştedir^{12b}.

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmak yetkisi anonim ortaklıkla birlikte ortaklara ve şirket alacaklılarına da verildiğine göre sözü geçen üç grup davacı tarafından açılacak tazminat davalarının zamanaşımı sürelerinin tesbiti güçlük yaratabilir. Bu hususta iki görüş savunulabilir. Ortakların ve alacaklıların dava hakkının ortaklığın dava hak-

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ 857; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 312; EREN 111 397; v. TUHR (Edege) il 813; SAYMEN/ELBİR 1/2, 193.

¹² DOMANIÇ 108.

^{11a} İMREGÜN Anonim Ortaklıklar 249.

^{11b} Yargıtay 11. HD. 31.05.1976 E. 76/430 K. 76/2933 (Neşreclilmemiştir); Yarg. 11. HD. 22.12.1998 E. 87/858 K. 88/1052 (TÜRK 41).

landan doğan (subsidiar) bir dava olduğu kanısında bulunan yazarlar, ortakların ve alacaklıların açacakları davaların zamanaşımının da, zararı ve sorumluları *ortaklığın öğrendiği andan* itibaren yürümeye başlayacağını savunurlar¹³. Görüşün temsilcilerine göre, alacaklılara ve ortaklara, zararı ve sorumluları öğrendikleri tarihten başlayarak iki yıl içinde dava hakkı verilecek olursa, bu davalarda hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesi talep edileceğinden¹⁴, ortaklığın zamanaşımına uğramış tazminat haklarını ortaklar ve alacaklılar aracılığıyla elde etmesi mümkün olacaktır. Zaten, ortakların ve alacaklıların dava hakları ortaklığın dava hakkından müştak olduğuna göre, ortaklığa verilmek üzere talep edilebilecek tazminatın ortaklığın bu tazminatı talep etmek imkanı olduğu sürece varolması pek tabii bir sonuçtur. Buna karşı ortakların ve alacaklıların dava haklarının ortaklığın dava hakkından bağımsız nitelik taşıdığının kabul edilmesi¹⁵, zamanaşımını başlatan şartların her davacı için ayn ayn ele alınmasını gerektirecektir. *ikinci görüşte* ortaklığın, ortakların ve alacaklıların davalarına ilişkin zamanaşımı, birbirinden bağımsız olarak her birinin zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁵³. Bu görüş benimsendiği takdirde, davacıların her birinin dava hakkının başlangıcı ve sona erme tarihleri öğrenme anına göre birbirinden farklı olacaktır. Binaenaleyh, davacılarından birinin, örneğin ortaklığın, dava hakkı zamanaşımına uğramış olduğu halde, ortakların veya alacaklıların davalarının zamanaşımının henüz dolmamış bulunması mümkündür. Böyle bir durumda ortaklığın, zamanaşımına uğramış talep haklarını ortaklar veya alacaklılar aracılığıyla dolaylı yoldan elde etmesi kanımca, iddia edildiği gibi, dolayısıyla zararlara dayanan dava haklarının mahiyetine aykırı düşmez. Çünkü ortaklara ve alacaklılara dolayısıyla zarara dayanan dava hakkı, menfaatlerini koruyabilmeleri olanağını tanımak için verilmiştir. Bu davaların asıl pratik önemi ortaklığın dava açmadığı veya (zamanaşımı veya yönetim kurulunun zaten hakim grubun temsilcisi olması gibi bir nedenle) açmadığı hallerde ortaya çıkar. Anonim ortaklık sorumlu yöneticilere karşı harekete geçtiği hallerde, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zarar gören kişi sıfatıyla zaten menfaatleri korunmaktadır. Durum

13 DOMANIÇ 104; ATAN 73.

14 Bkz.: § 10 il 3.

15 Bkz.: § 10 IV 1.

15a ARSLANLI il 194.

ortaklığın yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açmaktan sarfinazar etmesinden farklı değildir.

Hatırlanacağı gibi, genel kurulun dava açılmamasına karar vermesi sadece ortaklığın dava hakkını düşürmekte, ortakların ve alacaklıların dft-va hakları bundan etkilenmemektedir¹⁶. Şu halde, ortaklığın dava hakkı zamanaşımına uğradığı halde, ortakların ve alacaklıların davasının zamanaşımının henüz dolmamış bulunması da mümkün görülmelidir. Nitekim İsviçre hukukunda davacılar safında yer alan ortaklık, ortaklar ve alacaklılar arasında, zamanaşımının başlaması için gerekli zararın ve sorumluların öğrenilmesi koşulları yönünden bir fark gözetilmemiştir¹⁷.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, ortakların ve alacaklılarının dava haklarının bağımsız niteliği etkilerini, dava haklarına ilişkin zamanaşımı süresinin yürümeye başlaması açısından da gösterir. 1ki yıllık zamanaşımı süresi dava hakkı sahiplerinden herbirinin (ortaklığın, ortakların veya alacaklıların) zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren yürümeye başlar¹⁸.

bb. Beş Yıllık Süre

Sorumluların veya zararın öğrenilmemesi ve bu sebeple iki yıllık zamanaşımının söz konusu olmaması halinde yönetim kurulu üyelerinin daha uzun bir süre sorumluluk tehdidi altında kalmalarını uygun bulmayan kanun koyucu beş yıllık azami bir süre koymuştur. Bu müddet zarar verici fiilin meydana gelmesi tarihinden itibaren yürür. Dava her halde bu beş yıllık sınır içinde açılmalıdır. Fiilin vukuundan dört yıl geçtikten sonra durum öğrenilmiş olsa dahi bu tarihten itibaren iki yıllık süre söz konusu olmaz, dava, beşinci yılın sonuna kadar açılmış olmalıdır.

Beş yıllık zamanaşımı süresi kanun koyucunun yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması için öngördüğü tavadır; bu sürenin yorum yolu ile uzatılması olanağı yoktur. Bu nedenle Yargıtay 11. HD.'nin 30.12.1972 t. ve E. 72/3561 K. 72/5858 sayılı kararında (Batider VII N. 184) benimsediği, bir hatalı krediden kaynaklanan hukuki sorum-

¹⁶ Bkz.: § 10 IV 1 a.

¹⁷ Bkz.: MEIER-WEHRL1143 vd.

¹⁸ Aynı kanıda: HELVACI 148.

lulukta, bu hatayı gizleyen bilançonun onaylanması yönetim kurulu tiye. terinin aklanması anlamına gelmeyeceğinden görevleri devam eden yöne. tim kurulu üyelerinin her hatalı bilançoda kusurları bulunduğu için eylemin üzerinden 5 yıl geçse de bu sürenin son bilançonun onaylanma- sından başlayacağı yolundaki görüşe katılma olanağı yoktur. Kanımca bu görüş zamanaşımının işlevine ve yasa koyucunun amacına aykırı düş- mektedir^{1Sa}.

be. Ceza Zamanaşımı

TK. 309 IV gereğince, şayet sorumluluğu gerektiren fiil aynızaman- da bir suç teşkil ediyor ve bu suça ait zamanaşımı süresi de TK.309. IV'de tayin edilen sürelerden daha uzun bulunuyorsa¹⁹, ^{19a} davacıya busü- re içinde dava açmak imkanı verilmiştir²⁰. Binaenaleyh, sorumlu yöneti- ciler daha uzun olan ceza zamanaşımından istifade edilerek açılan bir da- vaya karşı, TK. 309. IV'deki iki veya beş yıllık zamanaşımı sürelerinin geçirilmiş olması sebebiyle zamanaşımı def'i ileri süremeyeceklerdir. Suç teşkil eden fiilin zamanaşımı süresi 309. maddenin tayin ettiği sürelerden daha kısa ise, uygulama alanı bulmaz. Burada belirtmek gerekir ki, daha uzun ceza zamanaşımı sadece faile karşı açılacak sorumluluk davalarında uygulanabilir; yoksa faille birlikte hukuki sorumluluğa tabi olan kişiler hakkında uygulanması söz konusu değildir²¹.

^{1Sa} Aynnulu bilgi için bkz.: **TÜRK 36.Yargıtay11**. HD."nin 23.05.1979 E. 77/4690 **K.** 2626 sayılıka- ran da aynı yöndedir.

¹⁹ Yönetim kurulu üyelerinin işleyebileceği başlıca suçlar gözönünde tutulursa *güveni kötüye kullanma- da* (TCK 155/66 e) sekiz yıl; *görev nedeni ile görevi kötüye kullanmada* (TCK 155. f. 2/66 d) onbeş yıl; (özellikle para ve eşdeğer sayılan hisse senetleri, devlet tahvili ve bonolar ve yetkili kurullarca çı- karılıp dolaşıma sunulan senetlerde yapılan) *sahtecilik suçlarında* (TCK 197, 198/66 d) ve *resmi bel- gelerde sahtecilikte* (TCK 204, 205/66 d) onbeş yıl; *dolandırıcılıkta* (TCK 157/66 e) sekiz yıl; *nitelik- li dolandırıcılıkta* (TCK 158 h/66 d) onbeş yıl; Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde dilzenlenen *zimnet suçunda* (BankK. 160/TCK 66 d) onbeş yıldır. SerPK'nun 47. maddesinde düzenlenen suçun niteliğine göre TCK 66 (d) veya (e) bendine göre sekiz ya da onbeş yıldır. Yine SerPK 48 uyarınca, SPK yönetim kurulu üyelerinin (denetçileri, müdürleri ve diğer personelinin) ortaklığın, kuruluşun veya fonun paralan ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, kayıt ve belgeleri üzerinde iş- ledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezalan yan oranında artırılır. Zamanaşımı da bu cezalara göre TCK'nun 66. maddesi uyarınca belirlenir.

^{19a} 5237 sa.Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki (RG 12.10.2004 sa. 25611) suç- larda ise eski 765 sayılı TCK'daki daha kısa zamanaşımı süreleri uygulanır. Bkz: eski TCK m.102, 103.

²⁰ Aynı yönde bir hüküm İsviçre BK. 7(1.)II'de mevcuttur. Aynnulu bilgi için bkz.: **ME1ER-WEHRL1** 146.

²¹ **FELBER** 78.

Sorumluluk davasında suç zamanaşımının uygulanabilmesi, sorumlu hakkında ceza davası açılması ve dava sonucunda verilen mahkumiyet hükmünün kesinleşmiş olmasına bağlıdır^{21a}. Hemen belirtmek isterim ki Türk öğretisi ve uygulaması bu konuda aksi görüştedir^{21b}. Uygulamada TK. 309 IV. fıkrasındaki düzenleme ile aynı yönde bir hüküm içeren BK'nun 60. maddesinin 1. fıkrasını savunduğumuz görüşten farklı yorumlanmakta, sorumlu yönetici hakkında yapılan bir suç duyurusu hatta eylemin suç oluşturduğu soyut iddiası dahi daha uzun suç zamanaşımı süresinin uygulanması için yeterli sayılmaktadır^{21c}.

Tekrar vurgulamak isterim ki, sanığı hükümlü sayarak isnat edilen suçun zamanaşımı süresini sorumluluk davasında da uygulamak AY'nın 38. maddesine aykırıdır. Aksi görüşün kabulü hukuk güvenliğini zedeleyeceği gibi uygulamada çözümsüz haksızlıklara da yol açmaktadır. Örneğin, bu yorum tarzı yönetim kurulu üyesi hakkında, eylemin aynı zamanda görev nedeni ile güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu savı ile TK. 309. maddenin koyduğu 2 veya 5 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra dahi sorumluluk davası açılmasına olanak tanımaktadır. Yönetim kurulu üyesi sorumluluk davasını kaybedip hüküm infaz edildikten sonra ceza davasında aklanırsa durum ne olacaktır? Bu durumda üyenin haklarını geri alabilmek için yargılamanın yenilenmesi ya da şirkete karşı haksız zenginleşme davası açma gibi hem kendisine haksız maddi ve manevi külfet yükleyen hem de adalet organlarını gereksiz davalarla işgal eden bir süreci başlatması gerekecektir. Belirtmek isterim ki sorumluluk davasında zamanaşımı savunması yapılmışsa yargıç, konuya bekletici mesele yapmalı, açılmış olan ceza kovuşturmasının sonucunu beklemelidir^{21d}.

^{21a} ÇAMOCLU (Poroy-Tekinalp) 346 N. 612.

^{21b} EREN II 436; TEKİNAY/AKMAN/BURCUo(;LU/ALTOP 96.

^{11c} Yarg. HGK 18.11.1981 t. E. 79/4-231 K. 8ln44 (YKD 1982/6, 766).

^{21d} *Yarguay'ın* BK'nun 53. maddesi bağlamında, ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılamasına etkisi konusunda verdiği çeşitli kararlar da, kanımca, hukuk yargıcının ceza sürecini bekletici mesele yapması gerektiğini gösterir niteliktedir (Bkz: *Yarg. I* 1. HD. 19.11.2007 t. E. 11854 K.14423; *ERİŞİ* ITK² m.336 s. 2413). 11. HD'nin 20.06.2005 t. ve E. 9077 K.6843 sa. kararına göre (*ERİŞİ*, TIK m.336 s.2392), ceza davasında verilen suçun oluşmadığı temeline dayalı beraat karar, yönetim kurulu üyeleri hakkında aynı maddi olgulara dayalı sorumluluk davası açılmasına engel oluşturur. *Yargıtay* 11. HD. yönetim kurulu üyelerinin şirket adına tahsil ettikleri parayı şirkete intikal ettincedikleri savı ile açılan sorumluluk davasında, aynı konuda haklarında yürüyen ceza davasında yapılan savunmaların da değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Bkz: *Yarg. I* 11. HD. 30.10.2007 t. ve 5079 K. 3501; *ERİŞİ*, ITK² m. 336 s. 2411).

Hukuk yargıcına uzmanlığı dışında olağanüstü bir takdir yetkisi tanıyan ve sorumluluk yükleyen bu hükme ilk imkanda yasal açıklık getirilmesi; bu tarihe kadar da hükmün dar yorumlanması gerektiği inancındayım.

2. TK. 309. Maddenin Uygulama Alanı Haricinde Zamanaşımı Süreleri

a. Özel Zamanaşımı Konulmuş Olan Hal . Rekabet Yasağının ihlali (TK. 335)

TK. 309. maddenin uygulama alanı haricinde kalan sorumluluk hallerinde bazen sorumluluğu düzenleyen maddelerde özel zamanaşımı süreleri mevcuttur. Örneğin, TK. 335. madde ortaklıkla rekabet yasağına aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi için öğrenmeden başlayarak üç ay, durum öğrenilmemişse fiilin meydana gelmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi koymuştur. Bu konuda ilgili bahiste ayrıntılı bilgi verildiği için burada ayrıca üzerinde durmuyorum.

b. Özel Zamanaşımı Süresi Konmamış Olan Haller

Ticaret Kanunu'nun özel zamanaşımı süresi koymadığı (ve 309. maddede hükmünün de kapsamı dışında kalan) hallerde BK. 126. maddedeki genel hüküm uygulanır^{23,24}. Sözü geçen hükme göre, "şirket, müdürler, temsilciler... ile şirket veya ortaklar arasındaki davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir." Bu hüküm, taşıdığı açıklık gereği olarak yönetim kurulu

²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 8 III 4.

²³ Ticaret Kanunu'nda özel hüküm bulunmayan hallerde sorumluluğun dayanağına göre, zarar verici fiil haksız fiil olarak nitelendirilebiliyorsa onunla ilgili BK. 60; akit ise bu aktin niteliğine göre uygulanması gereken zamanaşımının tatbiki düşünülebilirse de, BK. 126 N. 4 bu konuda daha önce uygulanması gereken açık bir hüküm koymuştur. İsviçre'de Borçlar Kanunu'nun 1937'de tadilinden önce, zamanaşımı konusunda bir hüküm mevcut değildi. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hallerinde zamanaşımı süresinin, sorumluluğun kaynağına göre tayin edilmesi gerekmekte ve bu yüzden de, sorumluluğun dayanağının akit mi, yoksa haksız fiil mi olduğu hususundaki tartışma büyük pratik önemi taşımakta idi (Bkz.: GLASSON 48 vd., 88, 89; GUHL 583; FEHR 148). 1937 değişikliğinde BK. 760'da zamanaşımı özel olarak düzenlenmiş ve artık zamanaşımı süresinin sorumluluğun hukuki kaynağına göre tayin edilmesine gerek kalmamıştır. Türk hukukunda da, 309. maddenin kapsamı dışında kalan (ve özel zamanaşımı hükümleri de bulunmayan) hallerde BK. 126 N. 4'de hüküm bulunduğu için, sürenin sorumluluğun kaynağına göre tesbit olunmasına lüzum yoktur (karş.: ARSLANLI II 194).

²⁴ Yargıtay Tic. D. 12.01.1970, N. 4150/43 sayılı kararında, şube müdürlerinin sorumluluğu konusunda TK. 126 N. 4'ün uygulanacağını belirtmektedir (1st. Bar. Der. 1970/3-4, 275).

üyeleri aleyhine *ortaklık* veya *ortaklar* tarafından açılacak davalarda yükümlülük olacaktır. *Alacaklıların* açacağı davalarda ise uygulama alanı yoktur. Ortaklık alacaklılarının açacakları davalarda zamanaşımı süresi sorumluluğun hukuki dayanağına göre belirlenecektir²⁵. Fakat kanımca, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TK. 309. IV'de öngörülen en çok beş yıllık süre, sorumluluğun hukuki kaynağına göre belirlenecek süreler için de bir üst sınır teşkil eder. Mesela, bir haksız fiil söz konusu ise BK. 60. maddede bir ve on yıllık süreler öngörülmüş olduğu halde, on yıllık süre burada uygulanamaz. Alacaklılar da TK. 309 IV'de konulmuş bulunan azami beş yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açmalıdırlar. Davanın kaynağı sözleşmeye aykırılık olan hallerde, ortaklık alacaklılarına dolayısıyla gördükleri zararlar sebebiyle ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmeye dayanmak imkanı tanındığı için bu akdin niteliğine göre ilgili zamanaşımı yürür²⁶. Fakat zamanaşımının tavanı yine beş yılladır.

III. ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu müteselsil olduğundan, sorumlulardan birisi için kesilen zamanaşımı süresinin hepsi için kesilmiş addolunması gerekmektedir (BK. 134). Belirtmek icap eder ki, sözü geçen bu kural ilk yönetim kurulu üyelerinin ikinci derecede sorumlulukları bahis konusu olduğu hallerde yürümez. Yani bu durumda birinci derecede sorumlular hakkında kesilen zamanaşımı ikinci derecede sorumlu olan ilk yönetim kurulu üyeleri için de kesilmiş olacağı halde, ilk yönetim kurulu üyelerine karşı kesilen zamanaşımı süresi asıl sorumlular için de kesilmiş sayılmaz.

Hatırlatmak isterim ki açılan kısmi çiavalar, saklı tutulan haklara ilişkin zamanaşımı sürelerinin yürümesini ¹durdurmaz.

²⁵ BK.'nın 126 N. 4'de koyduğu zamanaşımı süresinden alacaklıları niçin istisna ettiği anlaşılmamaktadır. Kanun koyucu BK. 126. maddeye 4. bendi eklerken, ortaklık yöneticileri aleyhine alacaklıların da dava açmak imkanına sahip bulunduklarını gözden kaçırmıştır. Kanaatınca alacaklıların dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları davalar ortaklardan farklı olmadığına göre, zamanaşımı süresini farklı olarak düzenlemenin doyurucu bir gerekçesi mevcut değildir.

²⁶ Bu süre vekalette beş yıl (BK. 126 N. 4), hizmette on yıldır (BK. 125).

IV. Z"AMANAŞIMI DEF'İNDE İSBAT YÜKÜ

Borçlar Hukuku prensiplerine göre zamanaşımı; dfivalıya bir def'i hakkı bahşeder. Bundan dolayı davalı tarafından davada ileri sUrillmedikçe hakim tarafından görevinden ötürü (re'sen) gözönilnde tutulamaz. Bu duruma göre, zamanaşımı def'inde bulunan davalının bu iddiasını isbat etmesi gerekir. İsbat yükünün bu şekilde dağıtılması, BK. 6. maddede yer alan bir hususu iddia eden tarafın iddiasını isbatla yükümlü bulunduğu kuralı kadar, hayat deneylerinin aksini iddia eden şahsın bunu isbat etmesi gerektiği yolunda.ki evrensel usul hukuku ilkesine de uygundur. Çünkü dava açan şahsın bu hakkının henüz devam etmekte olduğu, zamanaşımına uğramamış bulunduğu asıldır.

Şu halde, davalı eğer iki yıllık zamanaşımının geçmiş olduğunu iddia ediyorsa, davacının sorumlu şahsı ve zararı iki yıl önce öğrenmiş olduğunu isbat etmelidir. Beş yıllık veya daha uzun olan ceza zamanaşımının geçtiği def'ini ileri süren davalı ise, beş yıl veya daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi kadar bir müddet önce, zarar verici fiilin vuku bulmuş olduğunu kanıtlanmalıdır. Davalı zamanaşımı süresinin geçmiş bulunduğunu isbat ettiği takdirde zamanaşımının kesildiğini veya durduğunu isbat etmek artık davacıya düşer.

V. ZAMANAŞIMINIDÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasının zamanaşımını düzenleyen hükümler, doktrinde ve uygulamada bazı tereddütlere yol açtığı gibi, aynı zamanda pratik ihtiyaçlara da tamamen uygun düşmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükümlerde bazı değişiklikler yapılması uygun olacaktır.

1. Zamanaşımı sürelerinin tayini konusunda TK. 309. maddeye atıf yapan 340. maddenin kenar başlığının "*ortakların ve şirket alacaklılarının tazminat ddvalarına ait hükümler*" olması bazı tereddütleri davet etmekte ve maddenin kenar başlığında ortaklığın dava hakkından bahsedilmemiş olması gerekçesi ile yönetim kurulu üyeleri aleyhine anonim ortaklık tarafından açılacak davalarda TK. 309 IV'ün değil BK. 126 N. 4'ün uygulanacağı yolunda görüşlerin ileri sürülmesine yol açmaktadır. Ka-

nımca, TK. 340. maddenin başlığının ifadesine rağmen, anonim ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davalarında da 309. madde uygulama alanı bulur. Fakat buna rağmen maddelerin başlığı nedeni ile oluşan duraksamaların daha açık bir ifade ile giderilmesi faydalı olacaktır.

2. TK. 309. maddenin öngördüğü sürelerden öğrenmeden başlayan iki yıllık süre yeterlidir. Zarar ve fail davacı tarafından öğrenildikten sonra dava açmak için iki yıldan daha fazla süre vermek, davacıyı gerekemediği ölçüde korumak olacaktır. Ancak aynı şey fiilin vukuundan başlayan beş yıllık süre için söylenemez. Çünkü uygulamada yönetim kurulunun bir fiilinin veya bir kararının zararlı sonuçları çoğu kere fiilin meydana gelmesinden uzunca bir süre, hatta bazen beş yıllık zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu sürenin lsv. BK. 760. maddede olduğu gibi *on yıla çıkarılması* isabetli olacaktır²⁷.

Nitekim Hükümet Tasarısında zamanaşımı süreleri öğrenmeden itibaren beş ve her halde on yıl olarak teklif edilmekte idi (Tasan, 309 V). Bu hüküm Adliye Encümeni tarafından değiştirilerek bugünkü şeklini almıştır. Değişikliğin gerekçesi AEM.'da şöyle açıklanmıştır: "Bu maddenin mehazı olan İsviçre Kanunundan alınan müruruzaman müddetleri umumi müruruzaman müddeti olan on yıla göre kabul edilmiş bulunmaktadır. Halbuki bu durum memleketimizin ihtiyaçlarına uygun görülmediğinden Meriyet Kanunu'na konan hükümle bütün şirketlerdeki mutalebelere ait müruruzaman beş yıla indirilmiş olduğundan onunla ahenkli olarak buradaki müruruzamanın da beş yıla indirilmesi uygun görülmüştür²⁸. Görüldüğü gibi, Adliye Encümeni bu değişikliği memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığını ileri sürmektedir. Zamanaşımı süresinin kısaltılmasını gerektiren memleket ihtiyaçlarının ne olduğu ise AEM.'da Tatbikat Kanununun 40. maddesinin gerekçesinde açıklanmaktadır. "...bundan başka iş hayatında çok geçen ve tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden bir çok karışık ve çözülmesi zor davalara sebebiyet veren şirket akdinden... doğan davalar hakkında on yıllık müruruzaman çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden, bunların da beş senelik

²⁷ ÇAMOCLU, Zamanaşımı 277; TANDOCAN, MÜruruzaman 123; ATAN 75; Aksi kanı: MİMAROCLU 125.

²⁸ AEM. m. 309 s. 379.

müruruzamana tabi tutulması uygun bulunmuş ve bu bakımdan Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine 4. bent hükmü eklenmiştir"²⁹.

Kanımca, AEM.'da yer alan sebepler zamanaşımı süresinin kısaltılmasını haklı gösterecek nitelikte değildir. Ortaklık sözleşmesinden doğan davaların " tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden... karışık ve çözülmesi gayet zor" olduğu gerekçesi, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirine karşı açacakları davalar ve özellikle şahıs şirketleri için söz konusu olabilirse de yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları için geçerli değildir. Tam aksine yönetim kurulunun bir işleminin zarar doğurup doğurmayacağı bir davanın sonucuna bağlı olduğu hallerde, mahkemelerimizin çok yüklü olması, zararın geç öğrenilmesine hatta zamanaşımının geçmesine yol açmaktadır. Bu sebeple fiilin vukuundan itibaren yürümeye başlayan zamanaşımı süresinin Adliye Encümeni tarafından beş yıla indirilmesi isabetli olmamıştır. Bu süre tekrar on yıla çıkarılmalıdır.

3. Yine TK. 309. maddedeki iki ve beş yıllık sürelerin sadece 336 ve 337. maddelerdeki sorumluluk hallerine özgü bırakılmayıp, (zamanaşımının özel olarak düzenlendiği haller haricinde) yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren bütün halleri kapsayacak biçimde genişletilmesi ve böylece zamanaşımı sürelerinde bir birlik sağlanması isabetli olacaktır. Bununla birlikte, 336. maddenin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerin büyük çoğunluğunu kapsaması, 309. maddedeki zamanaşımı sürelerine çok geniş bir uygulama alanı sağlamaktadır. Hatta bu hususta daha da ileri gitmek, 336. maddenin 5. bendindeki genel hükmü geniş yorumlayarak 336. maddeye ve dolayısıyla 309. maddeye, yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren halleri kapsayan bir uygulama alanı sağlamak mümkündür. Mesela, TK. 332'de yer alan, yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağını ihlal etmeleri, TK. 336 N. 5 anlamında "kanunun yöneticilere yüklediği bir görevin ihlali" sayılabilir. Böylece, söz konusu halde TK. 336. madde ile birlikte 309. maddedeki zamanaşımı sürelerinin de uygulanması imkan dahiline girebilir.

²⁹ **Gerekçe**, Tatbikat K. m. 40.

ALTINCI BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ORTAKLIĞIN KAMU BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

§ 19. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN AATUK VE VUK'A GÖRE SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Türk mevzuatı, tüzel kişilerin yerine getinmedikleri kamu borçlarının belirli koşullarla tüzel kişinin yasal temsilcilerinden tahsil edilmesi sistemini kabul etmiştir. Mevzuatın tarihi süreç içindeki evrimi, bu hükümlerin devamlı ağırlaştırılması yönünde olmuştur¹.

Konuyu düzenleyen kamusal nitelikli yasal hükümlerin uygulanma alanı, kişinin Anayasa ve evrensel hukuk ilkeleri ile koruma altına alınan özel hukuk alanı ile sınır oluşturur. Bu nedenle ilgili hükümlerin uygulanmasında ve yorumunda Anayasa'dan ve evrensel hukuk ilkelerinden kaynaklanan kişi hak ve özgürlüklerinin zedelenmemesine özen gösterilmelidir.

¹ AATUK'nun 35. maddesi, limited şirket ortaklarını, şirkete ödenmeyen ve tahsil imkanı bulunmayan kamu borçlarından dolayı, şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye payının bir misline kadar sorumlu tutmakta idi (*Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇAMOCLU Ersin, Limited Şirket Ortaklarının Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Aktif Korunması*, İstanbul 1969, sayfa 34 vd.) 1998 yılında 35. maddede 4369 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte, limited şirket ortakları (*bir sınır öngörülmemesinin*) şirketteki payları oranında kamu borcunun tamamından sorumlu tutulmuşlardır. Kanımca bu hükümle limited ortaklığın ortakları sınırlı sorumlu sermaye şirketi niteliği ihlal edilmiş ve böylece TTK ile AATUK arasında bir çatışma oluşmuştur. Yapılan tadilatla getirilen bu yeni hüküm, limited ortaklığı ortakları sınırlı sorumlu bir şirket tipi olmaktan çıkarmış; onu kamu borçları yönünden sınırsız sorumlu bir kişi ortaklığına dönüştürmüştür. Yasa koyucu kanun yaparken yasal sistemdeki ahengi ve dengeleri korumak zorundadır. Eğer limited ortaklığı bir ticaret şirketi olarak Türk ticari hayatındaki yerini koruması ve liberal ekonomi içindeki işlevini sürdürmesi isteniyorsa, ortaklığın en belirgin niteliği olan sınırlı sorumluluk ilkesini ortadan kaldıran bu hükmün en kısa sürede değiştirilmesi gerekmektedir.

ii. KONUYU DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN EVRİMİ

Konuyu düzenleyen hükümler mevzuatımızda iki temel yasada yer almaktadır. Bunlar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (**VUK**) ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü h. Kanun (AATUK)'dur.

1. Vergi Usul Kanunu'nun Düzenlenmesi

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin vergi borçlarından dolayı sorumluluğu, VUK'nun (03.12.1988 t. ve 3505 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yapılan tadilatla son şeklini alan) 10. maddesindeki tüzel kişilerin yasal temsilcilerinin sorumluluğunu düzenleyen genel hükmün kapsamı içine girmektedir. Bu madde 1. fıkrasında, tüzel kişilerin ödenmeyen kamu borçlarından yasal temsilcileri sorumlu tuttukten sonra, 2. fıkrasında:

"... Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır..."

hükmünü öngörmüştür.

2. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası

Tüzel kişilerin yasal temsilcilerinin kamu borçlarından dolayı sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm niteliği taşıyan mükerrer 35. madde mevzuata, AATUK'da 1995 yılında 4108 sayılı Kanunla (RG. 02.06.1995 Sa. 22301) yapılan tadilatla girmiştir. "Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu" başlığını taşıyan mükerrer 35. maddenin 1. fıkrası aynen:

"Tüzel kişilerle malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin şahsi malvarlıklarından bu kanun hükümlerine göre tahsil edilir."

demektedir.

Görüldüğü gibi aynı konuyu düzenleyen bu iki temel yasa arasında, ilke düzeyinde olmasa dahi uygulama alanları ve koşulları yönünden bazı farklılıklar mevcuttur. Bu nedenle öncelikle iki yasanın uygulama alanını ve koşullarını belirlemek gerekmektedir.

III. VUK m. 10 İLE AATUK mük. m. 35'in UYGULAMA ALANI

VUK, AATUK'a göre, vergi alacaklarının (ve eklentilerinin) tahsili açısından *özel yasa* niteliğindedir. Bu nedenle tüzel kişilerin ödenmeyen vergi borçlarından kaynaklanan sorumluluk konusunda VUK'nun 10. maddesinin öncelikle uygulanması gerekir². Bu bağlamda AATUK'nun mükerrer 35. maddesinin daha sonraki tarihi taşıması önem taşımaz. Mükerrer 35. madde, vergi haricindeki kamu yükümlülüklerinin (*örneğin yargılama giderleri, para cezaları vb.*) şirketten alınamaması halinde uygulama alanı bulur³.

İV. SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

VUK'nun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, şirket malvarlığından kısmen veya tamamen alınamayan vergi alacakları, bu görevi yerine getirmeyen "*yasal temsilcilerin*" varlıklarından alınır.

Tüm tüzel kişilerde olduğu gibi anonim ortaklıklarda da kuruma düşen kamu yükümlülükleri şirketin yasal temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Bu ödevi yerine getirmeyen yasal temsilciler kusurlu davranışları sebebiyle ziyana sebebiyet verdikleri vergi ve ona bağlı alacakları ödemekle yükümlü olurlar. Yasa koyucunun konuya bu yaklaşımı sorumluluk hukukunun temel ilkelerine uygundur. Bu nedenle VUK 10. maddenin öngördüğü sorumluluğun aşağıda ele alacağımız koşullarını, bu temel ilkenin ışığında değerlendirmek gerekmektedir.

1. Kimler Sorumludur

Yasa koyucu sorumluluğu kanuni temsilci sıfatına bağlamıştır. Her ne kadar yönetim kurulu organ olarak şirketin yasal temsilcisi ise de, sorumluluk konusunda tüm üyeleri kayıtsız şartsız sorumlu tutmak olanağı yoktur. VUK'nun 10. maddesi ile öngörülen sorumluluk, vergisel yükümlülü-

² Danıştay 4. D.'nin bu yöndeki 29.04.1997 t. E. 1996/3659 K. 1997/1325 sayılı kararı için bkz: DEMİRKOUFOKAŞ/TEKİN, *Danıştay Vergi Daireleri Karar Özetleri*, Ankara 2001, s.311 N. 56.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz: İrfan BARLAS, *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu*, İstanbul 2006, s. 24 vd.

ğil yerine getirmek yetkisine sahip olduğu halde bu ödevi zamanında ve gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine ait olmalıdır. Bu üyeler icra gücüne, diğer bir anlatımla temsil yetkisine sahip olan üyelerdir. Bu nedenle temsilci sıfatını taşımayan (yani kendisine sözleşme veya bir kararla temsil ve imza yetkisi verilmemiş olan) yönetim kurulu üyeleri sorumluluk kapsamı dışındadır⁴. Hukuka uygun olarak atanan muhahas üyelerin de kanuni temsilci sıfatını taşıdıkları ve VUK. 10. maddede düzenlenen sorumluluğun muhatabı oldukları kuşkusuzdur^{4a}.

Yasa koyucu bu hükümlerle yöneticilerin şirketin kamu borçlarını gecikmeksizin ve titizlikle ifa etmelerini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kanımca söz konusu hükümler uyarınca sorumlu olan yönetici kurulu üyeleri, kamu yükümlülüğünün doğduğu sırada değil, yerine getirilmesi gereken dönemde görevde olanlardır. Vergi yükünün doğduğu dönemdeki yönetim kurulu üyelerini sorumlu sayan aksi görüş kanımca yasanın açık hükümlerine olduğu kadar sorumluluk hukukunun temel ilkelerine de aykırıdır. Çünkü vergi yükünün doğduğu dönemde görev yapan yöneticiler, çabalarıyla oluşturdukları vergi matrahı ile hem şirketlerine hem de kamuya yararlı olmuşlardır. Sorumlu tutulması gereken yöneticiler ise, VUK'nun 10. maddesinin 2. fıkrasının deyimi ile "yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmeyerek" kamu alacağının anonim şirketin varlığından kısmen veya tamamen alınamamasına neden olan yasal temsilcilerdir⁶. Danıştay'ın değişik dairelerin bu konuda her iki görüşü de destekleyen kararları vardı. *Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu* 31.03.1995 t. ve E. 1995/21 K. 1995/116 sayılı kararında bu konudaki görüş aykırılıklarını gidermiş ve sorumluluğun vergi ödevini yerine getirmeyen üyelere ait olduğu görüşünü benimsemiştir.

Nitekim Yüksek Mahkeme anılan kararında, üyelikten istifa eden ancak istifa işlemi Ticaret Siciline tescil ve ilan edilmeyen bir üyenin "...şir-

⁴ Bkz.: ÇAMOCLU (Poroy-Teldnalp), 353 N. 621 b; Turgut CANDAN, *Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu*, Ankara 1994, 12; Erkan ATEŞLİ, *Anonim Şirketin Kanuni Temsilcisinin Ödenmemiş Vergi Borçları Karşısındaki Sorumluluğu*, Yaklaşım Yıl 8, Sayı 94 (Ekim 2000), s. 164.

^{4a} BARLAS 94.

⁵ Aksi görüşte: Gönen ERİŞ, AŞ. md. 312 s. 189 ve bu yöndeki Danıştay Kararları için bkz: CANDAN 50.

⁶ ÇAMOCLU Kamu Borçlarından Sorumluluk 143; Sezgin ÖZCAN *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğinden istifa ve Sonuçları*, Yaklaşım, Sa. 117 (Eylül 2002) s. 227 dñn. 12.

ket yönetim kurulundan fiilen ayrılmakla şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi konusunda yetkisi kalmayacağı" gerekçesiyle "Üyenin VUK. 10. maddesi uyarınca şirketten alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklardan sorumlu tutulmasının hukuka aykırı olduğu" sonucuna varmıştır.

2. Sorumluluğun Zaman Yönünden Sınırı

Sorumlu yönetim kurulu sıfatından kaynaklandığına göre, üyenin bu sıfatı kaybetmesinden sonra ödenmesi gerekip de ödenmeyen kamu borçlarından sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu konuda kamu borcunun muacceliyet zamanı belirleyici rol oynar. Sorumluluk, kamu borcunun ödenme zamanı gelip de ödenmemesi halinde, bu görevi yerine getirmeyen temsilcilere aittir. Bir kamu borcunun uzun süre ödenmemesi halinde bu süreçte görev yapan tüm yasal temsilcilerin VUK. 10. ve AATUK mükerrer 35. maddesi uyarınca sorumlu tutulması mümkündür.

Yönetim kurulu üyeliğinin doğal sonu, görev süresinin sona ermesidir. Yine bunun gibi ölüm, azil, istifa, kısıtlanma ve TK. 315. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen seçilebilme ehliyetinin yitirilmesi halleri de üyeliği sona erdiren sebeplerdir⁷. Bütün bu hallerde yönetim kurulu üyeliği, üyeliği bitiren hukuki sebebinin gerçekleştiği anda sona erer. Bilindiği gibi yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılması gibi kaybedilmesi de tescil ve ilana tabidir. Ancak vurgulamak isterim ki, yöneticilerin kamu borçlarından sorumluluğunun zaman sınırının belirlenmesinde tescil ve ilanın bir rolü yoktur. Diğer bir anlatımla, ticaret sicili olumlu fonksiyonunun sadece, üçüncü kişilerin şirketle girişecekleri iradi işlemlerde icra eder. Buna karşılık, borç ilişkisinin kurulmasında ve borcun doğumunda alacaklının iradesinin rol oynamadığı haksız fiil, haksız iktisap ve yasadan doğan borçlarda sicile tescil (*ve ilan*) herhangi bir işleve sahip değildir. Şirketlerin kamu borçları da bu sonuncu gruba girmektedir.

Konu uygulamada ve öğretide "*istifa*" bağlamında incelenmiş ve tartışılmıştır. Tek yanlı bir bozucu, yenilik doğuran hak niteliği taşıyan istifa, şirkete ulaşmakla hükümlerini doğurur; kabul edilmesine gerek yoktur.

⁷ Bkz: ÇAMOĞLU (Poroy-Tekinalp) 315 N. 549.

⁸ ÇAMOĞLU (Poroy-Tekinalp) 317 N. 550; ÇAMOĞLU Kamu Borçlarından Sorumluluk 144; CANDAN 53; ÖZCAN 117; ATEŞLİ 167; BARLAS 95.

VUK. 10. ve AATUK'nun mükerrer 35. maddesinde öngörülen sorumlulukları açısından da yönetim kurulu üyesi sıfatı istifanın şirkete ulaştığı andı sona ermiş olur⁸.

Danıştay'ın farklı daireleri bu konuda değişik kararlar vermişti. Danıştay 3. Dairesi istifa karar tescil ve ilan edilmedikçe yönetim kurulu üyesinin temsilci sıfatıyla yüklendiği sorumluluktan kurtulamayacağı görülmüş benimsediği halde⁹, 9. Daire bu açıdan tescil ve ilanın kurucu bir rolü bulunmadığını hükme bağlamıştır¹⁰. *Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu* bu tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son veren 31.03.1995 t. E. 1995/21 K. 1995/116 sayılı kararında, bu ilkeye uygun olarak şirket yönetiminden fiilen ayrılan üyenin, istifa tescil ve ilan edilmiş olmasa dahi VUK'nun 10. maddesi uyarınca şirketten alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklardan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹¹.

V. SORUMLULUĞUN NİTELİKLERİ

1. Objektif Sorumluluk

VUK. 10. ve AATUK'nun mükerrer 35. maddelerinde kanuni temsilciler için bir kusursuz (*objektif*) sorumluluk hali öngörülmüştür. Buna göre temsilci konumundaki yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olduklarının ileri sürülmesine ve kanıtlanmasına gerek yoktur¹².

Ancak temsilcilere sorumluluktan kurtulmak için bir *kurtuluş beyanesi* olanağı da tanınmıştır. Yönetim kurulu üyeleri, kamu yükümünün yerine getirilmemesinin kendi kasıt ve ihmalleri sonucu olmadığını veya kendi eylemleriyle yükümün yerine getirilmemesi olgusu arasında nedensellik bağı bulunmadığını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilirler¹³.

⁹ Danıştay 3. D. 11.12.1991 t. E. 1990/3640 K. 1991/3106 s. karar: Danıştay Dergisi, Sa. 84-85 S. 117; Danıştay 3. D. 26.03.1992 - 1 E. 1991/1661 K. 1992/1218; **CANDAN** 51.

¹⁰ Danıştay 9. D. 27.09.1994 t. E. 1994/1114 K. 1994/3639.

¹¹ Bkz.: **ÖZCAN** 226 dpn. 12. Danıştay DDGK'nun 02.10.1997 t. ve E. 1995/203 K. 1997/128 sayılı kararında da bu ilke tekrarlanmıştır. **BARLAS** 117 dpn. 276.

¹² Aynı kanı: **BARLAS** 90 vd.

¹³ ÇAMOCU (Poroy-Teldnalp) 353 N. 621 d; HELVACI 104. Danıştay Dava Daireleri GK'nun 31.03.1995 t. 1995/239 K. 1995/117 sayılı karar da bu yöndedir: Danıştay Dergisi, yıl 26, Sa. 91, s. 170 vd.

Nitekim VUK'nun 03.12.1988 t. ve 3505 sayılı kanunla değişik 10. maddesinin 2. fıkrası, kanuni temsilcilerin *ödevlerini yerine getirmemele-ri yüzünden* tüzel kişinin varlığından kısmen veya tamamen alınamayan vergi alacaklarının kanuni temsilcinin varlığından alınacağını söylemektedir. Örneğin kamu yilkiilmtintin ödenmesi gereken zamanda kendi kusurlarından kaynaklanmayan bir sebeple ortaklığın bunu ödeyecek gUcU ya da kendisinin fiili (*hastalık vb.*) veya hukuki bir engel (*tutukluluk vb.*) nedeniyle bu görevi yerine getirme olanağına sahip bulunmadığını kanıtlayan temsilci bu nedenle sorumlu tutulamaz.

Yasa kamu yükümlülüklerinin ifası ödevinin yerine getirilmemesinin bir kusura dayalı olması koşulunu aramamıştır. Oysa maddenin 3505 sayılı yasa ile değiştirilmesinden önceki metinde açıkça bu ödevlerin "*kasıt ve ihmalleri ile yerine getirilmemesinden*" söz edilerek kusur sorumluluğu ilkesi vurgulanmakta idi. Yasa koyucu, yasal temsilcilerin sorumluluğunu ağırlaştırma yönündeki genel eğilimi sonucu, 1988 tadilatıyla kusur sorumluluğunu kaldırmış ve kurtuluş beyyinesi ile aksi kanıtlanabilen objektif bir sorumluluk öngörmüştür^{13a}.

2. İkinci Derecele Sorumluluk

Temsilcilerin kamu borçlarından dolayı sorumluluğu *ikinci derecede-dir*. Kamu idaresi sorumlu yönetim kurulu üyelerine başvurmadan önce ortaklık tüzel kişisini takip etmekle yükümlüdür. Yasal takip yollarına başvurulup bunlar tüketilmeden kanuni temsilcilere başvurulması mümkün değildir¹⁴.

Yasa koyucu çeşitli vergi yasalarında değişiklik yapan 4108 sayılı kanunla AATUK'na eklediği, mükerrer 35. madde ile bu konuda önemli bir değişiklik yapmıştır. Tüzel kişiden tahsil edilemeyenler yanında "*tahsil edilemeyeceği anlaşılan*" alacakları da sorumluluğun kapsamına dahil etmiştir. Bu hükmün hukuk güvenliğini zedeler nitelikte olduğunu belirt-

¹³¹ *Yargıtay* 11 HD., vergi ve sigorta borçlarının ödenmesi gereken tarihte şirket kasasında para bulunmadığı için bunları ödeyemeyen yönetim kurulu üyelerini *kusursuz* bulmuş ve bu nedenle doğan zardan sorumlu tutmamıştır (Bkz: *Yarg.* 11. HD. 06.05.2003 t. E. 130 52 K. 45 33: *ERİŞ*, TTK² m. 336 s. 2377; 11. HD. 07.05.2007 t. E. 4393 K. 6959: *ERİŞ*, TTK² m. 336 s. 3407).

¹⁴ ÇAMO(;LU (Poroy-Tekinalp)354 N. 621 e; Aynı yönde Mehmet MAÇ, *Anonim ve Limited Şirket Ortaklarının ve Kanuni Temsilcilerinin Bu Şirketlerin Özel ve Kamu Borçlarına İlişkin Sorumlulukları*, Yaklaşım Yıl 10, Sa. 118 (E)cjm 2002), S. 67; HELVACI 103.

mek isterim. Bilindiği gibi 6183 s. Yasa kamu alacaklarının tahsili bağlamında bazı yargısal yetkileri yönetim organına devretmektedir. Bu yasa göre yükümlüler hakkında henüz kesin yargı karar olmadan idari takdirlere dayalı olarak en yüksek mülki amirin tasarrufu ile ihtiyati tedbir ve haciz kararları alınabilmekte ve yurt dışına çıkma yasağı konulabilmektedir. Mükerrer 35. madde bir kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmasını yine idari takdire bırakmış görünmektedir. Maddenin sözlü ifadesinden doğan bu yorumu ise Anayasa ve evrensel hukuk ilkelerine aykırı uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle bir hukuk devletinde, "tahsil edilemeyeceği anlaşılan" ibaresinin "*tahsil edilemeyeceği hukuken saptanan*" şeklinde anlamak ve uygulamak zorunluluğu vardır. Bu konudaki görev yargı organlarına düşmektedir¹⁵.

¹⁵ *Danıştay 7. Dairesi*, Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunun ikinci derecede olduğu, ancak 6183 sa. AATUK'nun 81. maddesi uyarınca haczedilen şirket mallarının kamu alacağını karşılamaya yeterli olmadığı kanıtlandığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin doğrudan doğruya takip edilebileceğini içtihat etmiştir (Bkz.: *Danıştay 7. D. 02.04.2001 t. E. 1318 K. 1038 sa. kararı: ERIŞ, TTK*² m. 336 s. 2330).

SONUÇ

Burada, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusundaki çağdaş eğilim ve gelişmelerin ışığında yapılacak yasa açısından (*delege ferenda*) bazı dilek ve önerilerimi dile getirmek istiyorum.

1. Çok ortaklı, halka açık (gerçek) anonim ortaklıklar, sermayenin tabana yayılması ve bu yolla biriken dev fonların yarattığı sinerjinin millî ekonomilerin emrine verilmesinin en önemli araçlarından birisidir. Böylesine büyük bir ekonomik gücü temsil eden anonim ortaklıklarda yönetimin önemi, bütünselleşen dünya ekonomisi içinde bir kat daha artmıştır. 20. yüzyılın sonunda büyük anonim ortaklıklarda yaşanan skandallar ve görülen iflaslar, 21. yüzyılın başlarında başta ABD olmak üzere batılı ülkelerin çoğunda anonim ortaklık yönetimini deneyimli, bağımsız ve uzman yöneticilere verme yönünde yasal düzenlemeler yapmak zorunluğunda bırakmıştır. Bu bağlamda kurumsal yönetim ilkesi benimsenmiş ve yöneticiler için asgari yasal nitelikler getirilmiştir.

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunumuzda anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi (ve denetçisi) olmak için medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak yeterli görülmüştür. Bilindiği gibi bugün yönetim kurulu ortaklıktaki hakim gücün temsilcisidir ve bağımsız değildir. Bu durum yöneticilerin her zaman ortaklık menfaatini ön planda tutmalarına imkan vermediği gibi, yöneticilere karşı etkin bir sorumluluk sisteminin işletilmesine de engel olmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 359. maddesinin 3. bendinde, yönetim kurulu üyelerinin en az yarısının yüksek öğrenim görmüş olması bu konuda kurumsal yönetim yönünde atılmış önemli bir adımdır.

2. Türk uygulamasında 20. yüzyılın son yılında patlak veren bankacılık krizi de banka yönetimlerinin kurumsal yapıya kavuşturulamamış olmasının ve bankacılık sektöründeki kamusal ve özel denetim sisteminin

