

ANONİM ŐIRKET YÖNETİM KURULUNUN ÖZELLİKLE YETKİ DEVRİ HALİNDE GÖZETİM SORUMLULUĞU VE HUKUKU BELİRLİLİK SORUNU

THE SUPERVISION LIABILITY OF STOCK CORPORATION BOARD DIRECTORS ESPECIALLY IN CASE OF DELEGATION AND THE PROBLEM OF LEGAL CERTAINTY

KürŐat GÖKTÜRK*

Özet: Türk Ticaret Kanunu'nda yetki devri halinde, gözetim sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bu durum sorumluluk hukuku bakımından farklı Şekilde yorumlanmaktadır. Bu çalıŐmada, Türk hukuk öğretisindeki görüşler de dikkate alınarak, yetki devrinin özellikle gözetim sorumluluğu bakımından etkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, yönetim kurulu, yetki devri, sorumluluk, gözetim

Abstract: There is not any definitive provision in Turkish Commercial Code about the supervision liability in the case of delegation. Thus, it's interpreted differently in respect to liability law by doctrine. This essay is focussed especially on the effect of delegation for the supervision liability, by taking into consider of the opinions in Turkish law doctrine.

Keywords: Stock corporation, board of directors, delegation, liability, supervision

I. Mülga Türk Ticaret Kanununda İş Paylaşım Esasları ve Sorumluluk

Anonim Şirket tüzel kiŐiliĐinin, tıpkı diğer tüzel kiŐilerde olduğu gibi faaliyetleri, organları vasıtasıyla gerçekteŐirilir. Şirket organizasyonunda yönetim bakımından yetkili ve görevli organ, yönetim kuruldur. Yönetim görevi, gerek Şirket tüzel kiŐiliĐinin iç iŐleyiŐi, gerek-

* Yrd. Doç.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

se şirket amacının elde edilmesi için işletilen şirket işletmesi ile ilgili faaliyetleri kapsamaktadır. Ancak özellikle şirket iştiğal konusunun elde edilmesine yönelik faaliyetler bakımından, yönetim kurulu bazı hallerde yetersiz kalabilir; başkaca şahısların yardımına ihtiyaç duya-bilir.¹ Bu nedenle işletme öğretisinde geliştirilen yönetim modelleri-nin, faaliyetlerin yürütülmesi bakımından yönetimce benimsenmesi mümkün, hatta bazı hallerde gereklidir.

Mülga Türk Ticaret Kanunu (mTTK), şirket yönetim kurulunun gö-revlerini etkin şekilde yerine getirebilmesi bakımından, işletme öğre-tisi gereklerine uygun görev paylaşım kurallarına ve bunun etkilerine dair hükümler sevk etmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulu, kendisine ait görevleri, alt kurullar oluşturmak ve onların yardımından istifa-de etme suretiyle yerine getirebilmekteydi (mTTK m. 318/II). Yönetim kurulunun sadece faaliyet ve görevlerin yürütülmesini kolaylaştırmak bakımından istifade ettiği bu komisyonların, sorumluluk durumuna etkisi hususunda özel bir hükme kanunda yer verilmemiştir. Öğretide bu tür komisyonların faaliyetlerinden ötürü, yönetim kurulunun so-rumluluktan kurtulma imkanına sahip olmadığı, zira iç ilişkiye dair sadece bir iş bölümünün bulunduğu, komisyon üyelerinin faaliyetleri-nin, doğrudan yönetim kurulu faaliyeti olarak nitelendirilmesi ve so-rumluluğun buna göre tayini gerektiği görüşü kabul görmüştür.²

Şirket yönetiminde yetki paylaşımına dair mülga kanunun bir baş-ka düzenlemesi, kanunda öngörülen usule uygun olarak yönetim ve temsil işlerinin, taksiminin mümkün olduğunu öngörmekteydi (mTTK m. 319/I). Yetki taksimi de faaliyetlerin etkinliğini artırmaya yönelik iş-bölümü esaslarından olmakla birlikte, bunun sorumluluğa etkisi konu-sunda da sarıh bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bir görüş, taksim halinde müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağını ve görev taksimi yapılan kişi ya da alt kurulların sorumluluğunun bulunduğu-nu kabul etmiştir.³ Bir diğer görüş ise, taksim halinde, her üyenin ken-di görev alanına giren işlerden ötürü sorumlu olduğu, diğer üyelerin doğrudan bir sorumluluğunun bulunmadığı,⁴ ancak yönetim kurulu-

¹ Bkz. Pellenda, Katja Roth, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St.Gallen, 2007, Rn. 752

² Bkz. Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki So-rumluluğu, İstanbul, 2007, s. 182; Atan, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 32

³ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku, Adana, 2003, s. 454

⁴ Atan, s. 33

nun gözetim görevinin taksim halinde dahi devam ettiği ve gözetim görevinin gereklerini yerine getirmemesi halinde bundan sorumlu olunacağını benimsemiştir.⁵ Konu hakkında başka bir görüş, taksimin bir işbölümü esası olduğu, münferit işlerde görevli olan üyenin yaptığı işlerin, yönetim kurulunca müştereken kararlaştırılmış bir iş olarak telakki edilmesi gerektiği ve yapılan işten ötürü yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun mevcut olduğu yönünde şekillenmiştir.⁶

İş paylaşımına ilişkin kanunun öngördüğü bir diğer ihtimal, inceleme konusunu teşkil eden yetki devri halidir. Kanunda öngörülen usule riayet edilmek kaydıyla, temsil ve idare işlerinin tamamının ya da bir kısmının, yönetim kurulu tarafından murahhaslara bırakılması mülga kanun kapsamında gerçekleştirilebilmekteydi (mTTK m. 319/2). Öğretide “yetki devri” ya da “delegasyon” olarak isimlendirilen bu iş paylaşımının, ilgililerin yetki durumu bakımından nasıl bir etkide bulunacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide 865 sayılı Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan değerlendirmede, murahhas tayini halinde işlerin fiilen murahhaslar tarafında yapılacağı, ancak yönetim kurulunun idare ve gözetim görevinin devam ettiği; murahhas görevlendirilmesinin, idare hakkının terkedilmesi olmayıp, ancak bunun icrasının terki anlamına geldiği, yönetim kurulunun toplantılarda oy vermek suretiyle yönetim ve gözetim görevini icra edeceği kabul edilmekteydi.⁷ Devrin niteliğine göre farklılaşan bu görüşlerden bir diğeri, devrin bir alt vekalet olmadığı ve yönetim kurulunun yetki devrine ilişkin işleminin, doğrudan genel kurul ile murahhas arasında bir ilişki tesis ettiği düşüncesinden hareketle, devir halinde yönetim kurulunun yetkisizleşeceğini, murahhasa talimat verme yetkisinin bulunmadığını, murahhası azledemeyeceğini, murahhas aza tayiniyle birlikte hukuken idare organının murahhas olduğunu kabul etmekteydi.⁸ Bununla birlikte, bu görüşü savunanlar yönetim kurulu-na kanunen yüklenilmiş olan bazı görevlerin varlığını koruduğunu,

⁵ İbrahim Aslan, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994, s. 59 vd.; Çamoğlu (2007), s. 182; Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s. 220

⁶ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, s. 122

⁷ Ernst Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s. 314 vd.

⁸ Akdağ-Güney, Necla, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 140 vd.; Arslanlı, s. 123 vd.; Atan, s. 33 vd. Tekil, s. 204’de benzer eğilimi göstermektedir.

ayrıca yönetim kurulunun şirket işlerini gözetim görevinin devam ettiğini kabul etmekte idi.⁹ Bir diğer görüş ise, şirketle murahhas arasındaki ilişkinin nitelendirilmesinin önem taşımadığını, murahhasın kendisine ait yetki alanında organ şahıs olarak bağımsız faaliyette bulunacağını, özellikle tam yetki devri halinde murahhasın, münferit yönetim kurulu üyelerinin üzerinde bir hukuki konuma sahip olduğunu, yönetim kurulunun ise murahhasa talimat verme yetkisinin bulunduğu ve gözetim görevinin devam ettiği kabul ediyordu.¹⁰ Netice olarak görüşler, yetki devri halinde gözetim yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmekteydi.¹¹

Murahhas tayini şeklindeki işbölümünün sorumluluk esaslarına etkisi konusu da mülga kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak, faaliyetlerden ötürü müteselsilen sorumlu olan yönetim kurulu üyeleri, yetki devri haline müteselsilen sorumlu olmayacaktır (mTTK m. 336/II). Düzenleme müteselsil sorumluluğu reddetmekle birlikte, yönetim kurulunun olası sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenleme içermemekte idi. Bu nedenle öğretilerde yönetim kurulunun yetki devri halinde sorumluluğu ile ilgili değişik görüşler ortaya çıkmıştır; özellikle gözetim görevi ile ilgili görüşler farklılaşmaktadır. Öğretilerde bir görüş, Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin düzenlemesinden hareketle, tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu'nun mevcut halinde olduğu gibi, yönetim kurulunun murahhası seçim, ona nezaret ve talimat vermesinin mümkün olduğunu kabul etmekteydi.¹² Münferit olarak gözetim sorumluluğu bakımından, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü ve sorumluluğunun mevcudiyeti esastan hareket edilmekteydi.¹³ Öğretilerde azınlıkta kalan bir diğer görüş ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 336/II maddesi hükmünün, murahhas

⁹ Arslanlı s. 125 vd.

¹⁰ Çamoğlu (2007), s. 184 vd.

¹¹ Aynı yönde Aslan, s. 110 vd.

¹² Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 81; Tekil, s. 220. Yazar, murahhasın uzmanlık alanındaki konularda seçim ve özellikle talimat verme yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğun önemini yitireceğine de vurgu yapmaktadır. Bkz. age. s. 220 vd.

¹³ Akdağ-Güney (2008), s. 140, 143; Aslan, s. 167 vd.; Atan, s. 35 vd., s. 117; Çamoğlu (2007), s. 184; Çamoğlu Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009, kn. 564; Mimaroglu, Sait K, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 83; Pulaşlı (2003), s. 455; Tekil, s. 205; Yönetim kurulunun ayrıca talimat verip veremeyeceği hususu da tartışmalı idi. Bkz. Çamoğlu (2007), s. 185

üye dışındaki üyelerin mutlak sorumsuzluğu anlamı taşıdığı, zira gözetim yükümünün, yönetim kurulunun bilgisi ve kontrolü dışındaki işlerde bulunmadığı;¹⁴ kanunda, diğer üyelerin gözetim yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin bir düzenleme de yer almadığı, bunun sadece öğretide bir görüş olarak savunulduğu, murahhas üye tayini halinde diğer üyelerin gözetim sorumluluğunun bulunmadığı yönünde şekillenmişti.¹⁵

II. Mehaz İsviçre Hukukunda İş Paylaşım Esasları ve Sorumluluk

Mehaz İsviçre hukukunda da yönetim kurulunun faaliyetlerinin kolaylaştırılması bakımından iş bölümü esaslarına göre, yönetim kuruluna yardımcı olmak amacıyla alt kurul ya da komisyonların kurulmasına müsaade edilmiştir (Art. 716a Abs. 2 OR). Sorumluluk hukuku bakımından bu kurullar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle devredilmez görevlerle ilgili hususlarda hazırlayıcı ya da icracı görev icra eden alt kurulların mevcudiyeti hali de dahil olmak üzere, sorumluluğun seçme, talimat verme ve nezaretle sınırlanması İsviçre öğretisinde genel olarak kabul görmemekle birlikte,¹⁶ sorumluluğun yardımcı şahıs kullanımındaki olduğu kadar sert takdir edilmemesi gereği de bazı yazarlarca savunulmaktadır. Özellikle farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenleme, bu yaklaşım bakımından temel argüman olarak değerlendirilmektedir.¹⁷

Yetki devri ile ilgili olarak, kanunda öngörülen usule uygun olarak yönetimin kısmen ya da tamamen münferit üyelere ya da üçüncü şahıslara devredilebileceği öngörülmektedir (Art. 716b Abs. 1 OR).¹⁸

¹⁴ Tekinalp bu görüşünü, "...yönetim kurulunun gözetim borcu, bilgisi ve kontrolü altındaki işlemlerde vardır ve TK m. 336 (2) murahhas üye dışındaki üyeler için mutlak sorumsuzluk öngörmüş, gözetim yükümünden söz etmemiştir..." şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, kn. 174

¹⁵ Tekinalp (2003), kn. 174

¹⁶ Bkz. Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, Rn. 230 ff. Bkz. özellikle s. 121 dn. 690' da zikredilen eserler; von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel, 2006, s. 49; krş. Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 30 Rn. 28; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 13 Rn. 424

¹⁷ Bkz. Bertschinger (1999), Rn. 230 ff.; krş. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Botschaft), BBl. 135 II 936.

¹⁸ Hükmün sadece organ görevlerinin devri halinde değil, aynı zamanda yardımcı

Belirtilen halde sorumluluk yetki sahibinde olmakla birlikte, bu durumun devredenin sorumluluğuna nasıl etki edeceği ile ilgili İsviçre hukukunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, usulüne uygun olarak bir görevin ifasını bir başka organa devredenler, organın zararından ötürü ancak, onun seçiminde, ona talimat vermede ve gözetimde hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermemesi halinde sorumludur (Art. 754 Abs. 2 OR).¹⁹ İsviçre mevzuatında yetki devri halinde yönetim kurulunun seçim, talimat ve özenden dolayı sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme,²⁰ öğretinin bu yönde şekillenmiş olmasının etkisiyle ortaya çıkmıştır.²¹

İsviçre hukukunda yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun mevzuatta düzenlenmiş olması nedeniyle, bu halde yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunun bulunduğu ile ilgili bir tereddüt bulunmamaktadır.²² Yetkinin bütünüyle devri halinde, yönetim kurulunun ağırlıklı olarak gözetim görevini yerine getireceği, ancak devredilmez görevlerin bulunması nedeniyle sadece gözetim organı olmakla sınırlı bir görev icra etmeyeceği esası benimsenmektedir.²³ İsviçre öğretisinde, mevzuatta düzenlenen gözetim görevi dikkate alınarak yetki devrinin, karar alma yetkisinin ortadan kalkması olarak algılanmasının isabetsiz olduğu, devredilemez talimat ve üst gözetim yükümlülükleri dikkate alındığında, yetki devri ile sadece karar alma yetkisinin bir kullanım türünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir.²⁴ Yönetim kurulu yetkilerini yitirmemekte, sadece sahip olduğu yekinin

görevlerin devri halinde de uygulanması gerektiği hakkında bkz. Bertschinger, Urs, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 754, Rn. 69; Krş. çoğu yerine Pellenda, Rn. 757

¹⁹ İsviçre Borçlar Kanunu Gereğesi'nde, yetki devri halinde gösterilmesi gereken özen ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: "Delegasyon sonrasında ortaya çıkan özen yükümünün kapsamı, düşük seviyede değildir. Özellikle raporlamanın güvenilirliğini teminat altına alan, bilgileri dikkatli ve eleştirel bakış açısıyla inceleyen, sıra dışı ya da tehlikeli durumlarda ilave bilgiler talep eden ve talimatlarını değişen koşullara uygun olarak veren, gözetim yükümüne uymuştur. Bütün bunları yapan, yetki devralanın hatalarından ötürü özel hukuk anlamında sorumlu tutulamaz. Hatayı engellemek için, bu şekilde elinden gelen her şeyi yapmıştır" Bkz. Botschaft, BBl 135 II 936

²⁰ Düzenleme gerekçeleri için bkz. BBl 135 II 745 ff.

²¹ Bkz. çoğu yerine Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987, Rn. 321 ff. ve orada anılan yazarlar.

²² Çoğu yerine bkz. Bauen, Marc/Bernet, Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich u.a., 2007, kn. 461

²³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 Rn. 10

²⁴ Böckli, § 13 Rn. 435

kapsamı değişmektedir. Değişen kapsam, zorunlu olarak sorumluluk hukuku bakımından da tesir gösterecektir. Zira kusur sorumluluğu esas, yetki ve sorumluluğun paralellliğini gerektirmektedir.²⁵ Yetki devriyle birlikte, devredenin yönetime ilişkin yükümlülükleri değişmekte ve sorumluluğu da değişen yükümlülüğü kapsamındaki özeni ile sınırlanmaktadır.²⁶ Yönetim kurulunun vazgeçilmez görevlerini ifa edebilmesi için, gözetim yükümünün devredilmemesi gerekmektedir.²⁷ Bu nedenle gözetim, İsviçre öğretisinde konu ile ilgili yasal değişiklik yapılmadan önce de devredilmez bir yönetim görevi olarak nitelendirilmiş,²⁸ buna paralel şekilde, yetki devri bulunan hallerde seçim, gözetim ve talimatta özen sorumluluğu kabul edilmiştir.²⁹ Öğretideki yaklaşım, gözetimin devredilmez bir görev olarak kabulü yanında, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun da kabulü şeklinde kanun metnine yansıtılmıştır.³⁰

²⁵ Horber, Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986, s. 113 ff.

²⁶ Horber, s. 113, 115; Böckli, § 18 Rn. 118, yazar bu halde sorumluluğun sınırlanmasından ziyade, belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, bir sorumluluktan kurtuluş halinin olduğunu ifade etmektedir.

²⁷ Horber, s. 72

²⁸ Çoğu yerine bkz. Wiegand, Wolfgang, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates", in Grundfragen des neuen Aktienrechts, Hrsg. von Büren/Hausheer/Wiegand, Bern, 1993, (s. 1-17), s. 12. İsviçre Borçlar Kanunu gerekçesinde, "gözetim" terimi yerine, bilinçli olarak "üst gözetim" kavramının tercih edildiği, bununla özellikle tatbikatta büyük şirketlerde yönetim kurullarının gözetim işlevlerini daha etkin şekilde kullanmak amacıyla alt gözetim komiteleri kullanmaları gerekçe gösterilmiştir. Bkz. Botschaft, BBl. 135 II 923

²⁹ Bkz. çoğu yerine Horber, s. 113 ff.

³⁰ Horber, s. 113 ff.; Yönetim kurulu üyelerinin yetki devri halinde sorumluluğunu düzenleyen İBK m. 754/II hükmündeki temel düşüncenin (üç özen), anonim şirket yönetim kurulunun devredilmez görevleri kapsamındaki organizasyon yapısıyla mükemmel şekilde örtüştüğü hakkında bkz. Böckli, § 18 Rn. 119; Yetki devri halinde sorumluluk sınırlamasının maddi dayanağının, devredilmez görevlere ilişkin düzenleme olduğu hakkında bkz. Pellenda, Rn. 757; Bkz. ayrıca İBK Gerekçesi (Botschaft), BBl 135 II 769 f.; Gerekçede konu ile ilgili olarak "...yönetim kurulu, yönetimi üyelerine (Delegierte) ya da üçüncü şahıslara (Direktoren) devredebilir (Art. 716 Abs. 2 ve 716b), ancak şirketin üst yönetimi ve bir kısım bazı görevler devredilemez olarak nitelendirilmiştir (Art. 716a). Bu yapısal düzene... sorumluluğun netleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi eşlik etmektedir; şekli ve maddi anlamda geçerli bir yetki devri halinde, yetkiyi devralanın yapma ya da yapmama şeklindeki davranışlardan sorumluluk yerine, onları seçme, talimat verme ve nezaret yükümlülüğü getirilmektedir (Art. 754 Abs. 2)." ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca devredilmez üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme kapsamında, "Yönetimin üyelere ya da üçüncü şahıslara devri halinde, gözetim fonksiyonu, yönetim kurulunun temel görevlerinden biridir." açıklamasına yer verilerek suretiyle, gözetimin özellikle yetki devri halinde önem taşıyan bir yöne-

III. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Gözetim Sorumluluğu

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin hükümlerinin şekillenmesinde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan etkilenilmekle birlikte,³¹ yetki devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğunu tanzim eden hüküm (Art. 754 Abs. II OR) hukukumuza aynen aktarılmamıştır. Türk Ticaret Kanunu yetki devri halinde, sadece ilgililerin seçiminde gösterilmesi gereken özenden ötürü sorumlu olunacağına, bunun dışındaki haller bakımından sorumluluğun bulunmadığına ilişkin bir düzenleme içermektedir (TTK m. 553/2). Bundan başka, kontrol dışındaki haller bakımından sorumluluğun bulunmadığına dair özel bir düzenlemeye de kanunda yer verilmiştir (TTK m. 553/3).

Kanuni düzenlemenin, gözetim sorumluluğu bakımından anlamı, kanun lafzı, gerekçesi ve öğretilerdeki görüşler de dikkate alınmak suretiyle aşağıdaki başlıklarda incelenmeye çalışılacaktır.

A. Kanun Lafzına Göre

Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları mehz İsviçre borçlar kanunundan farklı bir içeriğe sahiptir. Anılan düzenlemelere göre;

“(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.”

Düzenleme lafzı uyarınca özellikle yönetim kurulunun görev ve yetkilerini usulüne uygun şekilde devretmesi halinde,³² yönetim kurulu sadece ilgililerin seçimi bakımından hukuki sorumluluğa tabi olup, baş-

tim işlevi olduğu tekraren vurgulanmıştır. Bkz. BBI 135 II 923.
³¹ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, YY: 2, SS: 96, s. 255 (Bundan sonra sadece “Gerekçe” olarak kısaltılmıştır)

³² Yönetimin devri hususunda Bkz. TTK m. 367/1. Usulüne uygun devrin koşulları ile ilgili olarak bkz. Kırca, İsmail, in Kırca, İsmail/Şehirli-Çelik, Feyzan H/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013, s. 599 vd, 612 dn. 609

kaca bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda, görevin ifasının bir organa devri halinde, devralanın verdiği zararlardan ötürü, onun seçiminde, ona talimat verilmesinde ve ona nezaret edilmesinde hal ve şartlara göre gerekli özenin gösterildiğinin ispatlanamaması halinde, devredenin de sorumluluğu esasına yer verilmiştir (Art. 754 II OR). Mehzaz kanunun sorumluluk sistemi ile mukayese edildiğinde, Türk hukuku seçme, nezaret ve talimat sorumluluklarından, sadece seçme sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu durumda yetki devri halinde, devralanın sahasında ihtisas yapmış olması, uzun yıllara dayalı aynı sektörün farkı kesimlerinde tecrübesinin bulunması, bu dönemde başarısını tevsik eden ödüller almış olması, sabıka kaydının bulunmaması gibi hususları göz önünde bulundurarak seçim yapmışsa, o kimseye nezaret etmemesinden ya da icabında gerekli talimatları vermemesinden ötürü yetki devreden bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Kanuni düzenleme çerçevesinde görevi ifa eden yönetim kurulu üyelerinin, görevin devri halinde sorumluluğu bir başka şahıs ya da şahısların davranışından kaynaklanmaktadır. Bu şahısların davranışlarından dolayı kusursuz bir sorumluluk değil, makul ölçüler içerisinde, kusura dayalı, katlanılabilir bir sorumluluk anlayışının kabulü isabetli bir çözüm yoludur.³³ Söz konusu çözüm ise, ilgili şahsın yaptıklarından ötürü doğrudan sorumluluğu değil, bu şahısların faaliyetlerinin gözetiminden kaynaklanan özen yükümü ihlalinin sorumluluğa tabi olmasını gerektirmektedir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut düzenlemesi lafzı dikkate alındığında, özellikle yetki ve sorumluluk makamı olan yönetim kurulu (bkz. TTK m. 375), yetki devri halinde bir "*sorumsuzluk makamına*" dönüşmektedir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme, ölçülülüğü yönünden eleştiriye açıktır. Öyle ki, artık yönetim kurulunun -sorumluluk hukuku bakımından temel önemi haiz olan, şirket işletmesi faaliyetleri itibariyle- makam olarak gerekliliği dahi sorgulanabilir haldedir.³⁴ Yönetim kurulu sadece ilgili kişilerin seçiminden dolayı sorumlu ise, bu seçimi genel kurulun yapması ile yönetim kurulunun yapması arasında fark bulunmamaktadır.³⁵

³³ Bkz. Kırca, s. 615

³⁴ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011, § 58 kn. 18

³⁵ Nitekim yönetim kurulu üyeliği şahsa bağlı (ad personam) bir görevdir ve üyeler, kendilerine duyulan güvenin bir tezahürü olarak üyeler bu göreve getirilmişlerdir. Yetki devri suretiyle, yönetim kurulu üyelerinin sorumsuz hale geldiğinin kabulü, yönetim kurulu üyeliğinin bu özellikleri ile de bağdaşmaz. Bkz. Horber, s. 110

Kanun koyucu, yetki devrinin sorumluluğa etkisi yanında, kontrol dışında kalan hallerden ötürü sorumsuzluğa ilişkin bir düzenlemeye de aynı maddede yer vermiştir (TTK m. 553/3). Maddede bahsi geçen kontrol dışı hallerden neyin ya da nelerin kastedildiği, kanun lafzından anlaşılamamaktadır. Kontrol tabiri, birlikte kullanıldığı yardımcı fiile göre özellikle hâkimiyet ya da yönetimi kastetmek amacıyla kullanılabilmesi gibi,³⁶ denetim, gözetim anlamına da gelebilmektedir.³⁷ Kanun lafzı dikkate alındığında, kontrol tabirinin gözetim ya da denetim anlamında kullanılmadığını kabul etmek isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira aksi halde maddenin, “gözetim dışında kalan hallerden ötürü sorumluluğun bulunmadığı, bu sorumlu olmama halinin, gözetim yükümlülüğü gerekçesiyle bertaraf edilemeyeceği” şeklinde anlaşılması gerektir.³⁸ Kanun koyucunun aynı hususu iki kez tekrarlaması gereksiz olduğundan, maddede geçen kontrol tabirinin, yönetim anlamında kullanıldığını kabul etmek, lafzına uygun bir çözüm olacaktır.³⁹ Bu durumda madde, yönetim kurulunun, müdahale alanı ya da daha doğru bir ifadeyle, yönetimi dışında kalan hususlardan sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanabilecektir. Şirketi yönetim görev ve yetkisi yönetim kuruluna ait olduğundan, şirkette yönetim

³⁶ Kontrol altında bulundurmamak ifadesinde, kontrolün bu anlamı ön plana çıkmaktadır. Bu anlama örnek olarak bkz. TTK m. 195 gerekçesi ve şirketler topluluğu genel gerekçesi. Gerekçe s. 133 vd.

³⁷ Kontrol etmek fiilinde, denetime yönelik anlam ön plana çıkmaktadır. Esasında bu anlamda “kontrol” tabiri, sadece Türk hukukunda değil, yabancı hukuk çevrelerinde de denetim, gözetim gibi farklı terimlerle eş anlamlı olarak kullanılabilir. Kavramların sınırlanması ile ilgili olarak bkz. Niggli, Adrian, Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Solothurn, 1981, s. 69 ff.; Slingerland, Erik, Die Aufsicht über die Geschäftsführung bei Kapitalgesellschaften nach schweizerischem, niederländischem, deutschem und europäischem Recht, Diessenhofen, 1982, 49 ff.

³⁸ Bkz. ve krş. Gerekçe s. 256 vd.

³⁹ Maddenin üçüncü fıkrası lafzında “gözetim” kavramının kullanılmış olması, maddenin özellikle yetki devri halinde, gözetim yükümlülüğünün ihlaline dayalı sorumluluk bakımından normatif dayanak teşkil edip etmediği konusunda tereddüt doğurmaktadır. Kanaatimizce, sadece kanun lafzı dikkate alındığında, kullanılan gözetim kavramı, kontrol dışı hallerdeki sorumsuzluğu teyit bağlamında kullanılmış olup, gözetim sorumluluğunun normatif dayanağını oluşturacak mahiyette değildir. Maddenin ikinci fıkrasındaki seçme halindeki sorumluluk dışındaki sorumluluğu kesin şekilde dışlayan ifade bu sonucu isabetli kılmaktadır. Öte yandan üçüncü fıkra, ikinci fıkradan farklı olarak, mefhumu muhalif yoluyla yoruma olanak verecek şekilde de kaleme alınmış değildir. Madde lafzı dikkate alındığında, üçüncü fıkranın, ikinci fıkradaki düzenlemenin bir istisnası olduğu da anlaşılamamaktadır.

kurulunun müdahale alanı dışında kalan hususların ya da sahalardan bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı hukuki çerçevede araştırılmalıdır ve mevzuatta buna örnek teşkil edebilecek düzenleme mevcuttur (Bkz. TTK m. 203).

Netice itibarıyla kanun lafzı tek başına dikkate alındığında, usulüne uygun yetki devri halinde yönetim kurulunun sadece ilgililerin seçiminden ötürü sorumluluğunun bulunabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Mevzuat İsviçre hukukundan farklı olarak gözetim ve talimat verilmesinden ötürü sorumluluk bulunmamaktadır.

B. Kanun Gerekçesine Göre

Kanuni düzenlemede yetki devri halinde sadece ilgililerin seçiminden dolayı devreden sorumluluğuna yer verilip, gözetimden dolayı sorumluluğa yer verilmemişken (TTK m. 553/2), kanun gerekçesinde, yetkiyi devreden gözetim görevinin bulunduğu ve üçüncü fıkranın bu görevi değişik şekilde hükme bağladığından bahsedilmektedir.⁴⁰ Keza maddenin üçüncü fıkrasına ilişkin gerekçede de, yetki devri bulunan ya da bulunmayan hallerde yönetim organının gözetim yükümünü kanunun tanıdığı, ancak bu yükümün kontrol dışında kalan konularda bulunmadığını hükme bağladığı vurgulanmaktadır. Gerekçede, kontrol dışında kalan hallerden maksat ise, özellikle illiyet bağı ya da kusurun bulunmadığı haller olarak açıklanmıştır. Buna göre bir bütün olarak düzenlemenin amacı, sorumluluğun temel unsurlarının bulunmadığı hallerde, gözetim yükümüne dayalı olarak sorumluluk yolunun açılmasını engellemektir.⁴¹

Gerekçedeki açıklamalar karşısında, lafzen birbirinden bağımsız görünen maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının, esasında birbirini tamamlayan bir içeriğe sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak kanun lafzı, gerekçedeki bu açıklamalarla uyum içerisinde değildir. Başka bir ifadeyle, gerekçedeki açıklamalar çerçevesinde, kanunun her

⁴⁰ Bkz. Gerekçe s. 257, Özellikle, "Delegasyonda gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir" şeklindeki açıklamadan gözetim görevinin varlığı sonucu çıkmaktadır.

⁴¹ Bkz. Gerekçe s. 257, gerekçede düzenlemenin amacı "Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür." şeklinde açıklanmıştır.

iki fıkrası esasında tek fıkradan müteşekkil olması gereken ve ikisinin arasında “Şu kadar ki, yetki devredilen veya devredilmeyen hallerde ilgililerin gözetim yükümlülüğü de bulunmaktadır, *fakat*,” şeklinde görünmeyen bir ibarenin bulunduğu fıkralardır.

Netice itibariyle, kanun lafzından açıkça anlaşılacakla birlikte, yetki devri halinde gözetim yükümlülüğünün ve dolayısıyla sorumluluğunun varlığının kabul edildiği, fakat bu durumun, sorumluluğun unsurları bulunmayan hallerde, gözetim yükümlülüğüne dayalı olarak sorumluluk yolunun açılmasına engel teşkil ettiği, gerekçedeki açıklamalardan anlaşılmaktadır.

C. Kanunun Yönetim Organizasyon Sistemi

Türk Ticaret Kanunu'nun yetki devrinde gözetim yükümlülüğü alanında yapılacak değerlendirmede, kanunun yönetim organizasyon sisteminin de nazara alınması gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 375'inci maddesinde, yönetim kurulunun kanunun kendisine tevdi ettiği yönetim görevini icra etmesi bakımından, asgari olarak yönetim kurulunun haiz olduğu yetki ve görevler zikredilmiştir.⁴²

İncelenmekte olan konuyu ilgilendiren gözetim yükümlülüğü bakımından da kanun koyucu, yönetim kuruluna devredilemez bir görev tevdi etmiştir. Bu bakımdan yönetim kurulunun yönetim ve gözetim yetkisini devrettiği hallerde dahi, üst gözetime ilişkin devredilmez görevi yönetim kurulu uhdesinde kalmaktadır. Mehaz İsviçre hukukunda, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun varlığını kabul eden düzenlemenin maddi dayanağını, devredilmez görevlere ilişkin düzenlemenin teşkil ettiği vurgulanmaktadır.⁴³ Bu bakımdan İsviçre hukukunda devredilmez görevler ve yetki devri halinde sorumluluk hükümleri arasında uyum sorunu bulunmamaktadır. Benzer durumun Türk hukuku bakımından ne ölçüde kabul edilebilir olduğu ise tartışmaya açıktır. Ancak kesin olan husus, yönetim kurulunun üst gözetim görevini devredememesi nedeniyle, üst gözetim kapsamında sorumluluğunun gündeme gelebileceğidir. Bu nedenle yönetim kurulu yetki devri halinde, sürekli denetimi sağlayacak bir

⁴² İsviçre hukuku bakımından düzenlemenin değerlendirmesi hususunda bkz. Yanlı, Veliye, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda “İşbölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHFİM, 1997, C. LV, Sa: 3, (s. 261-277), s. 265 vd.

⁴³ Pellenda, Rn. 757

organizasyonu kurmakla mükelleftir.⁴⁴ İcabında gözetim yükümünü kendisine aktarılan bilgileri inceleyip değerlendirmek suretiyle icra edebileceği gibi, kararlara müdahale şeklinde de bu yükümlülüğü yerine getirebilecektir.⁴⁵ Ancak kararlara müdahale şeklinde gerçekleşen gözetim, hukuki anlamda artık gözetim değil, yönetim faaliyeti icra edilmesi anlamını taşıyacağından, bu tür davranış halinde, artık gözetim sorumluluğu değil, doğrudan karardan doğan sorumluluk söz konusu olabilecektir.⁴⁶

Üst gözetim yükümlülüğüne dair kanuni düzenleme, yönetim kurulunun bir denetim ya da kontrol organı olmadığına dair gerekçe karşısında,⁴⁷ yönetim kurulunun kanundan kaynaklanan üst gözetim yükümlülüğünün, hiçbir kontrol ya da denetim yapmamak suretiyle gerçekleşeceği anlamına gelmemektedir. Üst gözetimin kapsamını, somut olay şartları belirleyecektir ve bu kapsamda bulunan yükümlülük ihlallerinin sorumluluk doğuracağına tereddüt duyulmamalıdır. Üst gözetim yükümlülüğü, yönetim kurulunun devredilmez diğer görevleri ile de alakalıdır. Hatta işletme öğretisinde, üst yönetim ve üst gözetimin, yönetim işlevinin ayrılmaz parçaları olmaları nedeniyle, pozitif hukukta birbirinden ayrılarak düzenlenmesi dahi eleştirilmektedir.⁴⁸ Yönetim kurulunun üst gözetim görevi kapsamında gözetim organizasyonuna, bunun etkinliğine, bilgi akışını temine, temin edilen bilgileri muhakeme etmeye, icabında bilgilerin güvenilirliğini kontrole, analize, iktisadi ve normatif denetime yönelik oldukça geniş görevleri bulunmaktadır.⁴⁹ “Üst gözetim” kavramı,⁵⁰ madde lafzında geçen “özellikle” ibaresinden anlaşılacağı üzere sadece mevzuata riayet bağlamında normatif gözetimi değil, aynı zamanda işletmesel anlamda işlerin akışına yönelik denetimi de kapsamaktadır.⁵¹ Gözeti-

⁴⁴ Homburger, Eric, in Zürcher Kommentar, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich, 1997, Art. 716a, Rn. 589

⁴⁵ Homburger, Art. 716a, Rn. 590 ff.

⁴⁶ Bkz. Chapuis, Cédric, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 716a, Rn. 14

⁴⁷ Bkz. Gerekçe s. 174

⁴⁸ Bkz. Erny, Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000, s. 123; Benzer yönde bkz. Homburger, Art. 716a, Rn. 581, 584

⁴⁹ Bkz. Doğan, Beşir Fatih, “Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri Ve Yönetim Yetkisinin Devri”, *MÜHFD*, Y. 2012, C. 18, Sa. 2, (s. 609-640), s. 620

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 619 vd.

⁵¹ Aynı yönde Doğan, s. 620; İsviçre hukuku için bkz. Homburger, Art. 716a, Rn. 584 ff.; Chapuis, Art. 716a, Rn. 13; Erny, s. 247; Bkz. ve krş. Gerekçe s. 174

min devri halinde, etkin bir üst gözetim organizasyonu kurulmalıdır. Dolayısıyla gözetim görevini niteleyen “üst” kavramı, görevin gerekli özen gösterilmeksizin, yüzeysel olarak icra edilmesi gerektiği gibi bir anlamda yorumlanamaz.⁵² Üst gözetim yükümü, küçük ölçekli ve büyük ölçekli şirketlerde aynı özen ölçütüne göre değerlendirilmeyecektir. İşletmenin faaliyet sahası, varsa konuyla ilgili mevzuatın gereklilikleri, işletme teamülleri ve başkaca somut olay şartları dikkate alınarak tayin edilecek özen ölçütü, ilgililerin görev sahasının ve dolayısıyla sorumluluğunun sınırlanması bakımından kriter olarak dikkate alınabilecektir.⁵³ Mevcut haliyle kanunun öngördüğü organizasyon sistemi, yönetim kurulunun gözetim sorumluluğundan bütünüyle kurtulabilmesine imkan vermemektedir.

D. Öğretinin Yaklaşımı ve Değerlendirme

Yukarıda incelendiği üzere,⁵⁴ özellikle yetki devri ve bundan doğan gözetim sorumluluğuna ilişkin kanun maddesinin amacı ifade bakımından yetersizliği, maddenin ikinci fıkrasının yetki devri halinde gözetimden doğan sorumluluğu kesin şekilde reddetmesi, buna karşın kanun gerekçesinin, lafzen mevcut olmayan gözetim sorumluluğuna ilişkin üçüncü fıkra bağlamında açıklamalar içermesi ve yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasında “üst gözetim” görevinin bulunması (TTK m. 375/1,e) karşısında, gözetim sorumluluğuna ilişkin sorunun ne şekilde çözümlenmesi gerektiği tartışmaya açıktır.

Öğretide konuyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bu kapsamda bir görüş, yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasında “üst gözetim” görevinin bulunduğunu (TTK m. 375/1,e), bu görevden kaynaklanan sorumluluktan yönetim kurulunun kurtulamayacağını; ancak yönetim kurulunun devredilebilir görevleri bakımından özel bir hükmün (TTK m. 553/3) bulunduğunu, sorumluluğa ilişkin bu hüküm

⁵² Özellikle büyük ölçekli işletme sahibi şirketlerde, gözetim görevinin alt kurullar vasıtasıyla yerine getirilmesi, bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yönetim kurulunun gözetim görevini bizzat yerine getirmek yerine, alt kurullar vasıtasıyla yerine getirmesi, gözetimin etkinliğini sağlamak bakımından zorunlu olabilir ve aksine davranış şartlara göre sorumluluğu gündeme getirebilir (bkz. von Moos-Busch, Irene, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, 1995, s. 58). Kanun bu tür hallerde dahi, gözetimin gözetimi şeklindeki üst seviyede yükümlülüğü kabul etmek suretiyle, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünden kurtulmasına engel olan bir hüküm içermektedir.

⁵³ Bkz. Bertschinger (2009), Art. 754 Rn. 72 ff.; Erny, s. 248

⁵⁴ Bkz. yukarıda (III.A) ve devamı başlıkları altında yapılan açıklamalar

nedeniyle yönetim kurulunun devredilebilir görevlerini devretmesi halinde, gözetimden kaynaklanan sorumluluğunu da ilgili kişiye devretmiş olduğunu ve neticede gözetim sorumluluğunun bulunmayacağını savunmaktadır.⁵⁵ Bu görüş bağlamında başka bir görüş ise, üst gözetim yükümlülüğüne ilişkin emredici düzenlemeyle, TTK m. 553/3 hükümleri arasındaki çelişkinin, üst gözetim yükümü esas alınmak suretiyle izalesi gerektiğini, bu bakımdan yetki devri halinde de gözetimden kaynaklanan sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁶ Bir başka görüşe göre ise, yetki devri yapılmış olunması halinde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkiyi devredenlerin seçim (TTK m. 553/2), talimat (TTK m. 375) ve gözetimden (TTK m. 553/3) ötürü sorumluluğu bulunmaktadır.⁵⁷

Türk hukukunda yetki devrinde sorumluluğa ilişkin düzenleme ve bu düzenleme hakkında öğretilerdeki yaklaşımlar dikkate alındığında, sadece seçim sorumluluğundan başlayıp, seçim ve gözetimden sorumluluk ve nihayetinde seçim, talimat ve gözetimden sorumluluğa kadar yayılan bir sorumluluk anlayışının kabul gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır.⁵⁸ Görüşlerde meseleye farklı açılardan yaklaşıldığından, yaklaşım tarzları dikkate alınarak inceleme konusu kapsamında değerlendirme yapılması isabetli olacaktır.

1. Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğunu Reddeden Görüş

Yetki ve görevleri devredilebilir olup olmamasına göre taksim edip, devir gerçekleşen hallerde gözetim sorumluluğu bulunmadığını kabul eden görüş çerçevesinde meseleye yaklaşıldığında, TTK m.

⁵⁵ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, § 16 kn. 69 vd.; Krş. Horber, s. 72, 112; İsviçre hukukunda alt vekil tayininden farklı olarak, yönetim kurulunun esasında kendisi tarafından yapılabilecek bir işte yetki devretmesi nedeniyle, vekaletten farklı olarak (Art. 399 Abs. II OR; TBK m. 507/2), yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunun da kabulü gerektiği savunulmaktadır. Bkz. von der Crone u.a., s. 93

⁵⁶ Pulaşlı (2011), § 58 kn. 15 vd.

⁵⁷ Kırca, s. 611 vd.; Akdağ-Güney, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012, s. 69 vd. (özellikle s. 75)

⁵⁸ İsviçre hukukunda, bu son görüş o derece doğal görülmektedir ki, yetki devri halinde seçim, gözetim ve talimat vermede gereken özenin gösterilmesinden dolayı sorumluluğun kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı öğretilerde sorgulanmakta, buna gerekçe olarak da, kusur sorumluluğu esasına dayalı anonim şirket sorumluluk hukukunda, bu üç özenin ötesinde bir özenin beklenilmeyeceği gösterilmektedir. Bkz. Bertschinger (2009), Art. 754, Rn. 68

375 hükmü içeriğinin belirleyici etkiye sahip olduğu dikkate alınmalıdır. Anılan hükümde yer alan devredilmez görevlerin tamamı aynı mahiyette değildir. Bu kapsamda, görevlerden bir kısmı, başkaca herhangi bir görevle ilgili olmayıp, somut şekilde tanımlanmış, mahiyeti itibariyle daha başlangıçta devri mümkün olmayan görevlerdir. Borca batıklık halinde mahkemeye bildirimde bulunulması görevi (TTK m. 375/1,g), bu gruptaki görevlere örnek teşkil eder. Bu tür görevler mahiyeti itibariyle devredilemediği için, devir halinde yönetim kurulunun sorumluluğunun ne surette tayin edileceğine ilişkin bir sorumluluk hükmüne ihtiyaç yoktur (TTK m. 553/1). Buna karşın, TTK m. 375'te devredilemeyeceği öngörülen bazı görevler, diğer gruptakilerin tam aksine, mahiyeti itibariyle devri mümkün olan görevlerdir⁵⁹. Yönetim ve gözetim görevi (bkz. TTK m. 375/1,a,e), bu gruptaki görevlerin örneğini oluşturmaktadır. Bunların devredilmez oluşu, diğer gruptaki görevlerden farklı olarak, başlangıçta devredilmez bir görev olarak yönetim kuruluna tevdi edilmiş olmalarından değil, yönetim kurulunun bunlar üzerinde yapabileceği azami tasarruf sınırından ve geniş anlamda yönetim için vazgeçilmez olmalarından kaynaklanmaktadır. Devredilmeleri mümkün olmakla birlikte, bütünüyle devredilmeleri ve yönetim kurulunun bir görevi olmaktan çıkarılmaları mümkün değildir; bu görevler, yönetim fonksiyonunun özünü oluşturmaktadır.

Gözetim görevi münferit olarak değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun en üst yönetim birimi olma fonksiyonunu icra etmesinin bir aracıdır ve bu fonksiyonun yerine getirebilmesi için, gözetim görev ve yükümünün özünü ortadan kaldırmayacak bir cevherin her zaman için yönetim kurulunda kalması şarttır. Dolayısıyla gözetimin devri halinde bile, yönetim kurulunun bir görevi (üst gözetim) olmanın çıkması söz konusu değildir (TTK m. 375/1). Başka bir ifadeyle, gözetim görevinin devrinde bile, yönetim kurulunun görevi mahiyet değiştirmekle beraber, kesintisiz devam etmektedir⁶⁰. Gözetim göre-

⁵⁹ Diğer gruptaki görevlerden farklı olarak, devri mümkün olan bu tür görevlerin devri halinde, devreden sorumluluk hukuku bakımından akıbetinin de tanzimi gerekir. İsviçre hukukunda bu yol benimsenmişken, Türk hukukunda yasa lafzı, TTK m. 375 kapsamında olan bu tür görevlerle ilgili açık hüküm içermemektedir (bkz. TTK m. 553/2).

⁶⁰ Bu açıdan, görevin devri halinde, bu görevin gözetiminin de devredildiği ve Türk Ticaret Kanunu'nda bunun aksine bir düzenlemenin bulunmadığı şeklindeki yaklaşım ikna edici değildir (Bkz. ve Krş. Tekinalp (2013), § 16 kn. 70). Gözetim, mahiyeti itibariyle başkaca görev ya da görevlilerin denetimi kapsamında icra edilen bir görevdir. Bu görevlerin devredilmiş olması, yönetim kurulunun gözetim

vi devredilmeksizin, devredilebilir başkaca bir görevin devri halinde, yönetim kurulunun gözetim görevi bulunduğu hususunda da tereddüt edilmemelidir. Zira gözetim, özellikle iş paylaşımı halinde ortaya çıkan ve kuvvetlenen bir yönetim fonksiyonudur. Bu bağlamda, devredilebilir başkaca görevlerin devredilmiş olması, gözetim görevinin sona ermesine değil, doğmasına ya da yönetim fonksiyonu olarak kuvvetlenmesine gerekçe olabilir.

Yönetimin bütün olarak devri halinde de yönetim kurulunun ağırlıklı olarak görevi gözetime odaklanacağından, bu halde gözetim görevi daha önemli bir yönetim fonksiyonuna dönüşecektir⁶¹. Bunun, olağan gözetim mi yoksa üst gözetim mi şeklinde gerçekleşeceğine karar verecek olan yine yönetim kuruludur. Nihayetinde gözetim görevinin ortadan kalkması, kanunun öngördüğü organizasyon yapısı itibarıyla mümkün değildir. Bunun doğal sonucu, yetki devredilen hallerde gözetim görevinin özenli şekilde yerine getirilmemesinin bir sorumluluk sebebi sayılmasıdır. Sorumluluğun üst gözetimden mi yoksa olağan gözetimden mi kaynaklandığının, sorumluluk hükmü düzenlemesi bakımından metodolojik anlamda önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, yetki devrinde sorumluluk haline ilişkin düzenleme yapan bir normun, gözetim görevinden kaynaklanan sorumluluğu dikkate alması, hukuki belirliliğin sağlanması bakımından zorunludur. Zira sorumluluk, yetkinin daha başlangıçta devredilmez şekilde yönetim kuruluna tevdi edilmiş olmasından değil (TTK m. 553/1), mahiyetinin devre müsait olması ve devredilmiş bulunmasından kaynaklanmaktadır (TTK m. 553/2). Bu açıdan, görevin devredilebilir olup olmamasını dikkate alarak yapılan ayırımın, gözetim sorumluluğunun kanunda açıkça düzenlenmemesinin bir gerekçesi olarak kabulü mümkün değildir.

2. Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğunu Kabul Eden Görüş

Türk öğretisinde gözetim sorumluluğu bakımından, devredilebilen görevlerin devri halinde gözetim sorumluluğunun reddi görüşü yanında, gözetim sorumluluğu doğrudan TTK m. 553/3 hükmüne da-

yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi, bizatihi yönetim kurulunun gözetim görevi dahi ancak belirli bir ölçüye kadar sınırlandırılabilen, fakat ortadan kaldırılamayan bir görevdir (bkz. TTK m. 375/1,e).

⁶¹ Bkz. Horber, s. 71 ff.; Forstmoser, Rn. 324

yandıran başkaca bir yaklaşım da bulunmaktadır⁶². Anılan fıkra lafzı, açık şekilde gözetim sorumluluğunu düzenlemediğinden, öğretide özellikle maddenin mefhumu muhalifinden yararlanılmak suretiyle böyle bir sonuca ulaşılmaktadır.⁶³ Kanaatimizce yorumda maddenin mefhumu muhalifinden istifade edilmesi, gözetim sorumluluğunu kabul bakımından isabetli bir yöntem değildir. Zira mefhumu muhalif suretiyle yorumdan istifade edilebilmesi için, yorumla varılan sonucun, kanunun başkaca hükmü ile çelişmemesi gerekir. Oysa TTK m. 553/2 hükmü -seçme hali dışında sorumluluğun bulunmadığına yönelik- açık ve kesin lafzıyla bu tür bir yoruma engel olmaktadır. Fakat bu durum, ilgili hükmün amaca uygun şekilde yorumlanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Kanaatimizce kanun gerekçesindeki açıklamalar, kanunun amacını göstermesi bakımından yorumda dikkate alınması gereken maddi bir dayanak oluşturmaktadır.⁶⁴ Gerekçedeki açıklamalardan, TTK m. 553/3 hükmünün amacının gözetim yükümlülüğünden doğan sorumluluğa ilişkin düzenleme yapmak olduğu, özellikle illiyet bağı ve kusurun bulunmadığı durumlarda gözetim yükümlülüğünün sorumluluk için bir gerekçe olarak kullanılamayacağına maddede düzenlenmek istenildiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁶⁵ Bu bakımdan kanunun 553/3'üncü fıkrasının gözetim yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün kaynaklanan sorumluluk ile ilgili olduğunun kabulü gerekir. Ancak söz konusu kabul, maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası arasında lafzi açıdan telifi mümkün olmayan bir uyumsuzluk ortaya çıkardığından, fıkralar arasında uyumu sağlamaya yönelik bir yasal müdahaleye ihtiyaç duyulmaktadır.⁶⁶ Zira mevcut düzenlemeler, ilgililerin hukuki sorumluluğu bakımından, sorumlu olmak ve olmamak gibi iki zıt sonucu aynı anda haklı kılan bir hukuki belirsizliği içermektedir.

⁶² Bkz. (III-D) ana başlığı altında atıf yapılan eserler.

⁶³ Kısmen bu görüş için bkz. Akdağ-Güney (2012), s. 72; Gözetim yükümlülüğünün kaynağı olarak aynı yöntem bakımından bkz. Tekinalp (2013), § 16 kn. 70

⁶⁴ Bkz. Akdağ-Güney (2012), s. 72

⁶⁵ Gerekçedeki açıklamaların eleştirisi ve düzenlemenin gerekli olmadığına yönelik eleştiriler için bkz. Kırca, s. 614 vd. Düzenlemenin, kanun gerekçesinde vurgulanan amacı dikkate alındığında, özellikle sorumluluğun temel unsurları hakkındaki gerekçedeki açıklamalardan, düzenlemenin gereksiz olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak, fıkranın maddede yer almaması halinde, özellikle gözetim sorumluluğunun amaçsal yorumdan kaynaklanan kanuni dayanağı ortadan kalkacaktır.

⁶⁶ Bkz. yukarıda (III.B) başlığı altındaki açıklamalar. Zira maddenin üçüncü fıkrasının, ikinci fıkranın istisnası olduğuna dair yasa lafzında ne doğrudan ne de dolaylı bir ifadeyle tesadüf edilememektedir.

Netice itibariyle Türk Ticaret Kanunu, özellikle yetki devri halinde, mehzaz kanundan farklı olarak, yetki devredeninin gözetim sorumluluğuna açıkça yer vermemekle birlikte, bu durum yönetim kurulunun gözetim görevini vazgeçilmez olarak kabul eden yasal sistemiyle bağdaşmamaktadır. Sorunun aşılması bağlamında, kontrol dışı hallerden sorumlu tutulmama kuralını öngören düzenlemenin gayi yorumu suretiyle, yetki devri bulunan hallerde gözetim sorumluluğunun kabulü mümkündür. Hukuki sorun, TTK m. 553/2 hükmünün lafzı itibariyle bu sorumluluğu kesin biçimde reddetmesinde ve sorunu çözme amacıyla istifade edilen TTK m. 553/3 hükmü lafzının, bir sorumsuzluk hükmü olması nedeniyle sorunun çözümünde yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır. Hükümdeki belirsizlik, kanaatimizce yetki devredilebilen hallerde, yönetim kurulunun gözetim bakımından sorumsuzluğu şeklinde yoruma müsait değildir. Aksini kabul, yönetim kurulunun bir sorumsuzluk makamına dönüşmesi anlamını taşıyacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu durum yönetim kurulunun gerekliliğini tartışmaya açık hale getirmektedir.⁶⁷ Öte yandan meselenin hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik bakımından da dikkate alınması gereklidir. Kanunlar, toplumsal düzeni sağlayıp devam ettirmenin vasıtalarıdır. Bu bakımdan hukukçulardan ziyade, kanunun kendisine tatbik edilecek olanların normları anlaması, hak ve yükümlülüklerini, işlem ya da eylemlerinin sonuçlarını bilmesi, hukuki belirliliğin ve hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Mevcut düzenleme lafzı, özellikle gözetimden doğan hukuki sorumluluğu kesinlikle reddetmesine rağmen (TTK m. 553/2), hukuki sorumluluğun mevcudiyeti sonucuna yorum yoluyla ulaşılması ve yorumda dayanak olarak kullanılan hükmün, bir sorumluluk değil, sorumsuzluk hükmü olması bakımından tenkide açıktır. Bu yönüyle ilgililerden kanunu değil, gerekçesini bilmeleri beklenilmektedir.

V. Sonuç

Anonim şirket yönetim organizasyonu bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 375'inci maddesinde yönetim kurulunun devredilmez bazı görevlerine yer verilmiştir. Devredilmez görevler arasında üst gözetim yükümlülüğü de bulunmaktadır (TTK m. 375/1,e). Yönetim kurulunun, yönetim yetkisini devredip devretmemesinden bağımsız

⁶⁷ Aynı yönde Pulaşlı (2011), § 58 kn. 18

olarak, anılan hüküm uyarınca üst gözetim sorumluluğunun bulunduğu her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır (TTK m. 375/1,e; 553/1).

Kanunun sorumluluk hükümleri kapsamında, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yasa lafzından çıkan sonuç, yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun bulunmadığı yönündedir (bkz. TTK m. 553/2). Zira yetki devri halinde sadece ilgililerin seçiminde özen gösterilmesinden doğan sorumluluk hükmüne bağlanmış, bunun dışında bir sorumluluğun söz konusu olamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Mevzuatın Borçlar Kanunu'nda ise, yetki devri halinde seçim, nezaret ve talimat vermede gerekli özenin gösterilmemesinden ötürü, yetki devreden sorumluluğunun bulunduğu esas benimsenmiştir (Art. 754 Abs. II OR). Bu durumda yasa lafzından çıkan sonuç, Türk hukukunun, İsviçre hukukundan farklı olarak, yetki devredilen hallerde gözetim sorumluluğunu kabul etmediği yönündedir. Nitekim öğretide bir görüş, yönetim kurulunun görev ve yetkilerini devredilemeyen ve devredilebilen görevler şeklinde taksim etmekte ve bu son halde yetki devri yapılmışsa, devredilen görevle birlikte sorumluluğun da devredildiğini kabul etmektedir. Bu görüş, gözetimin, özellikle yetki devri halinde önemli bir yönetim aracına dönüşmesi ve kanunun organizasyon sisteminin de bunu benimsemiş olması gerçeği ile çelişmekle birlikte, kanun lafzı ile uyumlu olduğu kabul edilmelidir⁶⁸.

Sorumluluk ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 553/3'üncü maddesi ise özetle, kontrol dışı hallerden ötürü sorumluluğun bulunmadığına yönelik bir başka kuralı içermektedir. Bu kuralın gözetim sorumluluğu ile bağlantısı yasa lafzından açıkça anlaşılacakla birlikte, kanun gerekçesindeki açıklamalardan istifade edilmesi suretiyle maddenin amaçsal yorumundan, gözetim sorumluluğunun yetki devri halinde de kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Öğretide bir başka görüş, bu yorumu benimsemek suretiyle, yetki devri bulunan hallerde gözetim sorumluluğunun mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu görüş, sorumlulukla ilgili yasa lafzı ile uyumlu olmasa da, gözetimin vazgeçilemez bir gözetim fonksiyonu olması gerçeği ve kanun sistemi ile uyumludur.

⁶⁸ Devir halinde gözetim fonksiyonu yönetimin önemli bir aracına dönüştüğünden, bu halde gözetim sorumluluğunun bulunup bulunmaması değil, ne ölçüde bulunduğu sorununun tartışmaya açılması gerekir. Horber, s. 110

Netice itibariyle yetki devrinde sorumluluğa ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, lafzı ve gayesi bakımından uyum içermeyen hükümleri bir arada bulundurmaktadır. Elbette ki bu durumda yorum yoluyla sorunun çözümlenmesi mümkündür. Ne var ki, kanuni düzenlemedeki sorun, kanunun çok açık şekilde sadece seçimden doğan sorumluluğu benimseyip, başkaca sorumluluk anlayışını kesin şekilde reddeden bir lafzı içermesi ve başka bir fıkranın amaçsal yorumuyla varılan sonucun, bu açık ve kesin hükmün bir istisnası olduğunun yasa lafzından anlaşılabilmesidir. Amaçsal yoruma tabi tutulan normun, bir sorumsuzluk hükmü olması da belirsizliği artırmaktadır. Nihai aşamada kanun koyucu mehzadan farklı bir düzenleme gayesi taşımakla ve bunu kanun lafzına da yansıtmakla birlikte; yapılan düzenleme, öğretide haklı olarak gözetim sorumluluğu bakımından mehzala aynı anlama gelecek tarzda yorumlanabilmektedir. Bu durum, özellikle düzenlemenin kendilerine tatbik edileceği şahısların yükümlülük sahası bakımından belirsizlik doğurmaktadır. Yasa lafzı çerçevesinde ilgililer, seçim dışında hangi hususlarda sorumluluklarının bulunduğunu anlama imkanından yoksun bırakılmışlardır. Belirsizliğin giderilmesi bakımından, yasa lafzı ile gerekçesi arasındaki uyumsuzluğu gidermeye yönelik bir değişikliğin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akdağ-Güney 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012
- Akdağ-Güney Necla, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960
- Aslan İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994
- Atan Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967
- Bauen Marc/Bernet Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich u.a., 2007
- Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999
- Bertschinger Urs, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009
- Böckli Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009

- Chapuis Cédric, in OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Kren Kostkiewicz u.a., Zürich, 2009, Art. 716a
- Çamoğlu Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009
- Çamoğlu Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007
- Doğan Beşir Fatih, "Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri Ve Yönetim Yetkisinin Devri", *MÜHFD*, Y. 2012, C. 18, Sa. 2
- Erny Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000
- Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996
- Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001
- Hirsch Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948
- Homburger Eric, in Zürcher Kommentar, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Art. 716a, Zürich, 1997
- Horber Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986
- Kırca İsmail/Şehirali-Çelik Feyzan H/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013
- Mimaroğlu Sait K, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967
- Niggli Adrian, Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Solothurn, 1981
- Pellenda Katja Roth, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St.Gallen, 2007
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku, Adana, 2003
- Slingerland Erik, Die Aufsicht über die Geschäftsführung bei Kapitalgesellschaften nach schweizerischem, niederländischem, deutschem und europäischem Recht, Diessenhofen, 1982
- Tekil Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998
- Tekinalp Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013
- von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Hunziker Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel, 2006
- von Moos-Busch Irene, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, 1995
- Wiegand Wolfgang, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates", in *Grundfragen des neuen Aktienrechts*, Hrsg. von Büren/Hausheer/Wiegand, Bern, 1993, s. 1-17