ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİNDE YENİ BİR KRİTER:

"Business Judgment Rule"

(Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı)

Doktora Tezi

Ali BENGİ

ANKARA 2009

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİNDE YENİ BİR KRİTER:

"Business Judgment Rule"

(Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı)

Doktora Tezi

Ali BENGİ

Tez Danışmanı

Prof.Dr. İsmail KIRCA

ANKARA 2009

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİNDE YENİ BİR KRİTER:

"Business Judgment Rule"

(Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı)

Doktora Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **I**

BİBLİYOGRAFYA ..... **IV**

KISALTMALAR ..... **XII**

GİRİŞ **1**

I. TEZİN AMACI 1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 9
Iv. İNCELEME PLÂNI 11

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN DENETİMİNDE YENİ BİR YAKLAŞIM:

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

I. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE KRİTERLERİ 14
A. Denetim Mekanizmalarının Yönetim Kurulunun İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 16
1. Pay Sahipliğinden Doğan Denetim Haklarının Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 16
2. Dış Denetim Yollarının Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 20
3. Kamuyu Aydınlatma İlkesi Çerçevesinde Yapılan Açıklamaların Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 22
4. Şirket Malvarlığının Korunması Tedbirlerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 23
5. Piyasa Eliyle Hukuka Uygunluk Denetimi 25
B. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı 25
C. Sorumluluk ve İptal Davaları Bakımından Hukuka Uygunluk Denetimi 29
1. Sorumluluk Davası Bakımından 29
2. İptal Davası Bakımından 31
II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN GENEL ÇERÇEVESİ 33
A. Türk Hukukunda 33
1. Genel Çerçeve 33
2. Sorumluluğun Şartları 36
B. Yabancı Hukukta 41
1. Alman Hukuku Bakımından 41
a. Genel Çerçeve 41
b. Sorumluluğun Şartları 44
2. İsviçre Hukuku Bakımından 45
a. Genel Çerçeve 45
b. Sorumluluğun Şartları 46
3. ABD Hukuku Bakımından 48
a. Genel Çerçeve 48
b. Sorumluluğun Şartları 53

III. HUKUKÎ SORUMLULUĞA ESAS ALINACAK KRİTER SORUNU 54
A. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu Bakımından 54
B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından 56

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ KRİTERİ OLARAK BUSINESS JUDGMENT RULE -BJR

I. BUSINESS JUDMENT RULE-BJR KAVRAMININ AÇIKLANMASI VE TERMİNOLOJİ SORUNU.. 64
A. Business Judgment Rule-BJR Kavramı 64
B. Terminoloji Sorunu 67
1. Doktrinde Kullanılan Karşılıklar 68
2. Tasarının Tercih Ettiği Karşılık 70
3. Teklifimiz: "Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR)" 70
II. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ 71
A. Tarihi Kaynakları 71
B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Temel Dayanakları 76
III. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULAMA ALANI, KARİNE NİTELİĞİ VE ETKİLERİ 80
A. Uygulama Alanı ve Karine Niteliği 80
B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (Bjr) Uygulamasının Faydaları 85
IV. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UNSURLARI 87
A. Bir Yönetim Kurulu Kararının Varlığı 88
B. Yönetim Kurulu Üyesinin Tarafsız ve Bağımsız Hareket Etmiş Olması 90
C. Yeterli ve Gerekli Özenin Gösterilmiş Olması 94
D. İyi Niyetli Davranılmış Olması 98
E. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılmamış Olması 99
V. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULANAMAYACAĞI DURUMLAR 101
A. Dolandırıcılık ve Hile Hali 101
B. Hukuka Açık Aykırılık Hali 102
C. Amaç ve Konu Dışı (ultra vires) İşlemler 102
D. Şirket Mallarında Savurganlık (Waste) 103
VI. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER 104
A. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Unsurlarının Tam Olması Halindeki Uygulamaya Örnek 105
B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Unsurlarının Eksik Olması Halindeki Uygulamaya Örnek 107
VII. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKLARINDA YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULANMASI 109
A. İsviçre Hukukunda Durum 109
B. Alman Hukukunda Durum 111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ

I. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) İLE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR 114
A. Özen Yükümlülüğü *114*
1. Niteliği 114
2. Özenin Derecesi 118
B. Sadakat Yükümlülüğü *122*
1. Yükümlülüğün Anlamı ve Kapsamı 122
2. Sadakat Yükümlülüğünün İhlali Halleri 125
a) Görüşmelere Katılma Yasağı 125
b) Şirketle İşlem Yapma Yasağı 125
c) Rekabet Yasağı 126
d) Sır Saklama Yükümlülüğü 127
C. Eşit Davranma Yükümlülüğü *128*
II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARININ YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALINA (BJR) GÖRE BELİRLENMESİ 129
A. Özen Yükümünün Kapsamını Somutlaştıran Bir Kriter Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR) *130*
B. Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisini Somutlaştıran Bir Kriter Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR) *134*
C. Şirket Menfaatinin Kapsamını Somutlaştıran Bir Ölçüt Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR) *141*
1. İşlemin Şirketin Amacı ve Konusu ile İlgili Olması 142
2. İşlemin Şirketin Değerini Artırmaya Yönelik Olması 142
3. İşlemde Pay Sahiplerinin Tümünün Menfaatinin Gözetilmiş Olması 143
4. İşlemin Farklı Menfaatleri Dengelemeyi Hedeflemesi 144
D. Hukuka Uygunluk Denetiminde Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (BJR) Etkinliğini Artıracak Uygulamalar *146*
1. Maddi Denetim Kapsamındaki Uygulamalar 146
2. Bir "Davranış Yönergesi" Olarak Kurumsal Yönetim İlkelerinin Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralına (BJR) Katkısı 148
3. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Alt Unsurlarının Değerlendirilmesi 155
a) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri 155
b) Komiteler 156
c) Şeffaflık 157
III. YÖNETİM KURULU KARARLARINA YÖNELİK İPTAL DAVASI İLE BUSİNESS JUDGMENT RULE İLİŞKİSİ 157

SONUÇ 160

BİBLİYOGRAFYA (*)

Akyazan, S. **:**Son İçtihatlarla Gerekçeli Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971.

Ansay, T. **:**Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, Batider, 1964 C. II, S.3, s. 284 vd. *(İptal).*

Ansay, T. **:**Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Ankara 2005. (AŞ Nereye).

Ansay, T. **:**Anonim Şirketler ve Tatbikat, AÜHFD, 1960, S.1-4, s. 340 vd. *(AŞ).*

Armour, J. **:**Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, The Modern L.Rev.2000, C. 63, s. 355 vd.

Arslanlı, H. **:**Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960. *(AŞ II-III).*

Arslanlı, H. **:**Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.

Atan, T. **:**Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Aytaç, Z. **:**Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982.

Aytaç, Z. **:**Kayıtlı Sermayeli Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 279 vd. *(Kayıtlı Sermaye).*

Bainbridge, S., M.: The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, UCLA School of Law, Law& Economics Research Paper Series, s. 47 vd. (http://ssrn.com/abstract=429260).

Balotti, F., R. / Finkelstein, J.A.: The Delaware Law of Corporations and Business Organizations,1990.

Balotti, F., R./ Hanks, J., J.: Rejudging the Business Judment Rule, Bus. Law., 1993, C. 48, s. 136.

(*) Birden çok eserinden yararlanılan yazarların birden çok atıf yapılan eserleri için kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Başpınar, V. **:**Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2004.

Battal, A. **:**Bankacılık Kanunu Şerhi, 5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması, Ankara 2006.

Bilgili, F. **:**Alman Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulunun İşletmeyle İlgili Aldığı Kararlardan Dolayı Sorumluluğu ve Yeni Hazırlanan Kanun Tasarısıyla Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda Bu Konuda Getirilen Değişiklikler, E- Akademi, 2004, S. 33. (Değişiklikler).

Bilgili, F. **:**Federal Mahkeme Kararları Işığında İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, E- Akademi, 2004, S. 24*. (Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı).*

Bilgili, F. **:**İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004 *(Sorumluluk).*

Black, H.C. **:**Black's Law Dictionary, St Paul 1990.

Block, D. J. / Radin, S. A. / Barton, N. E. : The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, New York 2001.

Can, M. **:**Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara 2007.

Carroll, J.F. **:** The Business Judment Rule in Florida –on Paper and in the Trenches, The Florida Bar Journal, July/August 2006, s. 55 vd.

Cary, W.L./Eisenberg, M.A.: Corporations, Cases and Materials, New York 1995.

Coffee, Jr. John C. : Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford 2004.

Çamoğlu, E. **:**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 238 vd. (*Özen Borcu*)

Çamoğlu, E. **:**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1972. *(Sorumluluk).*

Çamoğlu, E. :Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, s. 231.

Çamoğlu, E. **:**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı", İkt. Mal. D., C. XVI, S. 9, s. 357 vd. *(Rekabet Yasağı).*

Çeker, M. **:**Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması, ÇÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2004, C. 13, S.1, s. 39 vd.

Çeliktaş, A. **:**Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, C. III, S. 1-4, Ankara 1988, s. 593 vd.

Dietrich, N. **:** The "Business Judgement Rule":Whose Judgement?, Corporate Governance Review, June/July 2002, s. 7 vd.

Domaniç, H. **:**Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988. *(TTK Şerhi).*

Domaniç, H. **:**Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970.

Domaniç, H. **:**Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964.

Domaniç.H. **:**Anonim ve Limited Şirketlerde Mali Bünyenin Zayıflaması Hâlinde Zorunlu Yasal Tedbirler, Yaklaşım 2005, S.145, s. 258 vd.

Dooley, A. **:**Two Models of Corporate Governance, Bus Law. 1992, C. 47, s. 356 vd.

Dooley, M. P./ Goldman, M.D.: Some Comparisons Between The Model Business Corporation Act and The Delaware General Corporation Law, 56 Bus. Law., 2001, C. 56, s. 737 vd.

Druey, J. N. / Forstmoser, P.: Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd.5, Zürich 1994.

Eriş, G. **:**Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995. *(Anonim Şirketler).*

Eriş, G. **:**Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, C. I, B. 2, Ankara 1992. *(Şerh).*

Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Gözler, K. **:**İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003.

Grass, A. R. **:**Business Judgement Rule, Zürich 1998.

Gümüş, M. A. **:**Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

Hamermesh, L.A./Sparks, A. G.: Corporate Officers and the Business Judment Rule: A Reply to Professor Johnson, The Bus.Law, May 2005, C. 60, s. 865 vd.

Hamilton, R.W.: Corporations, Black Letter Series, St. Paul 1992. *(Black Letter).*

Hamilton, R.W.: The Law of Corporations in a Nutshell, B. 5, 2000. (*Corporations).*

Harlan, M. Blake.: The Shareholders' Role in Antitrust Enforcement, Univ. of Penn. L. Rev., 1961, C. 110, s. 243 vd.

Heen, H.G./Alexander, J.R.: Law of Corporations, St. Paul 1983,

Helvacı, M. **:**Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, B. 2., İstanbul 2001.

Hinsey, J. **:**Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: The Rule, the Doctrine and the Reality, 52 Geo. Wash. L. Rev., 1984, s. 611 vd.

Hornstein, G. D.: The shareholder's derivative suit in the United States, The Journal of Bus. Law.,1967, s. 282 vd.

İmregün, O. **:**Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989. *(AO).*

İmregün, O. **:**Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori Paylar, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 183 vd.

İmregün, O. **:**Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962.

Kalpsüz, T. **:**Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 367 vd.

Karayalçın, Y. : Ticaret Hukuku Dersleri, I.Giriş – Ticari İşletme, 3. bası, Ankara 1968.

Karayalçın,**Y. :**Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Dava Açılabilir? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. III, Ankara 1986, s. 243 vd.

Kaya, A. : Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.

Kervankıran, E.: Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu- Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, C.I, s. 249 vd.

Kırca, İ. : Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, Batider 2004, C. XXII, S. 3, s. 85 vd. *(Özen Borcu).*

Kırca, İ. : Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 505 vd.

Kısa, S.U. : Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukukî Araçlar, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 510 vd.

Knepper, W. E./Bailey, D.A.: Liability of Corporate Officers and Directors, Virginia 1988.

Korkut, Ö. : Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007.

Lambert, C. : Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungstrates der Aktiengesellschaft, Bern 1992.

Lazopoulos, M.: Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004.

Lee, D.P. : The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?, Colum. Law Review, 2003, C. 103, s. 925 vd.

Manavgat, Ç. **:**Alenî Pay Alım Teklifi (Tender Offer- Takeover Bid), Ankara 1997.

Mertens, H.J. **:** Kölner Kommentar zum AktG, 1988, § 93 N.6.

Miller, E. S./ Rutledge, T.E.: The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgement Rule in Unincorporated Business Organizations?, Del. J. Corp. L., 2005, C. 30, s. 349 vd.

Mimaroğlu, S.K.: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Moroğlu, E. **:**Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, 1994, C. XVII, S. 3, s. 47 vd.

Nomer, F. **:**Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.

Nomer, F. **:**Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul 1998, s. 481 vd.

Okutan, G. N. **:**Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.

Omağ, M.K. **:**Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi, Hukuk Araştırmaları, MÜHFD, C. I, S. 1, s. 2 vd.

Onsun, K. Ş. **:**Ticaret Şirketleri, Mahiyetleri-Kuruluş-İşleyiş-İnfisah ve Tasfiyeleri ve Organları, Ankara 1949.

Özkorkut, K. **:**Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996. *(İptal).*

Özkorkut, K. **:**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirler, Batider, C.XXIII, S.2, Y.2005, s. 31 vd.

Özkorkut, K. **:**Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007. (*Bağımsız Yönetim Kurulu).*

Paslı, A. **:**Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 1, İstanbul 2004.

Paslı, A. **:**Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 2, İstanbul 2005.

Pekcanıtez, H. :Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, C. III, S. 1-4, s. 483 vd.

Pinto, A. R./ Branson, D. M.: Understanding Corporate Law, New York 1999.

Pitt, H. : The Changing Standards by Which Directors Will Be Judged, St. John's L. Rev., 2005, C. 79, s. 2 vd.

Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005.

Pulaşlı, H. :Şirketler Hukuku, B. 4, Adana 2003 *(Şirketler).*

Pulaşlı, H. : Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.

Reisoğlu, S. : Hizmet Akdi, Ankara, 1968.

Schmidt-Leithoff, C.: Die Verantwortung der Unternehmensleitung, Tübingen 1989.

Siegwart, A. : Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ, 39, N. 27, 1942/43, s. 245 vd.

Stauber, E.F. : Das Recht des Aktionärs auf gesetz-und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung nach schweizerischem Recht, Zürich 1985.

Şehirli, K. : Kurumsal Yönetim, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Ankara 1999.

Şenocak, K. : Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

Tandoğan, H. :Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.

Tandoğan, T. :Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mesuliyet).

Tekil, F. : Anonim Şirketler, B.2. İstanbul 1998.

Tekil, M. : Anonim Ortaklık Yöneticileri İle Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 123 vd.

Tekinalp, Ü. : Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 229 vd.

Tekinalp, Ü. **:**Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965 *(Temsil).*

Tekinalp, Ü. **:**Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003.

Tekinalp, Ü. **:**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979.

Tekinalp, Ü. **:**Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982. (*Sermaye Piyasası).*

Tezcanlı, M. V.: İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar", İstanbul 1996.

Thümmel, Roderich C.: Haftungsrisiken der Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und Beiräte sowie deren Versicherbarkeit, 2004

Turanboy, A. **:**Insider Muameleleri, (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Ankara 1990.

Ulusoy, E. **:**Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005.

Ulusoy, E. **:**Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 258 vd.

Üler, Y. **:**İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970.

Veasey, E. N. **:**Duty of Loyalty: The Criticality of the Counselor's Role, 45 Bus.Law. 1990, s. 2065 vd.

Veasy, E. N. / Dooley, A.: The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared, 44 Bus.Law. 1989, s. 503 vd.

Wright, D./Creighton, B.: Rights and Duties of Directors, London, 1991.

Worthington, S.: "Reforming Director's Duties", The Modern Law Review, C. 64, s. 449 vd.

Yanlı, V. **:**Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

Yıldız, Ş. **:**Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004.

Kısaltmalar

ABA : American Bar Association

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AEM : Adliye Encümeni Mazbatası

ALI-PCG : The American Law Inst., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations

AO : Anonim Ortaklık

APOK : Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu

Art. : Artikel

AŞ : Anonim Şirket

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B. : Bası

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Borçlar Kanunu

bkz. : Bakınız

BJR : Business Judgment Rule

C. : Cilt

CEO : Chief Executive Officer

CG : Corporate Governance

Colum. L. Rev.: Columbia Law Review

Çev. : Çeviren

ÇÜ : Çukurova Üniversitesi

Del. J. Corp. L.: Delaware Journal of Corporate Law

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dpn. : Dipnot

E. : Esas

ed. : Edition

Geo. Wash. L. Rev.: The George Washington Law Review

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

hk. : Hakkında

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
İİK : İcra ve İflâs Kanunu
İİTİAD : İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
İkt.Mal. D. : İktisat ve Maliye Dergisi
İMKB : İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsv.BK. : İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K. : Karar
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
KoopK : Kooperatifler Kanunu
m. : Madde
MBCA : Model Business Corporation Act
MÜHFD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Nr : Numara
OECD-KYİ : Organization for Economic Cooperation and Development-Kurumsal Yönetim İlkeleri
OR Art : Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
Parag. : Paragraf
RG. : Resmi Gazete
RMBCA : Revised Model Business Corporation Act
s. : Sayfa
S. : Sayı
SerPK : Sermaye Piyasası Kanunu
SJZ : Schweizerische Juristen-Zeitung
SMK : Sigorta Murakabe Kanunu
SPK : Sermaye Piyasası Kurulu
SPK-KYİ : Sermaye Piyasası Kurulu- Kurumsal Yönetim İlkeleri
Tic. D. : Ticaret Dairesi
TMK : Türk Medeni Kanunu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
TTKTas : Türk Ticaret Kanunu

TÜSİAD : Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği

UMAG : Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. TEZİN AMACI

Küreselleşmenin ekonomik alanda da yaşandığı son yüz yılda, dünyanın çeşitli bölgelerinde çıkan finansal krizler, diğer ülkeleri ve bölgeleri etkilediği gibi, krizleri önlemeye yönelik çözüm yolları arasında da bir etkileşime neden olmaktadır.

Devletler ve uluslar arası örgütlerce yürütülen ekonomi politikalarının krizler üzerindeki etkileri, hukuk biliminden ziyade, özellikle ekonomi, yönetim bilimleri ve diğer sosyal bilimlerin konusunu oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, ekonomik krizlerin ana aktörü anonim şirketler ve özellikle bunların yöneticileridir. Zira genel kabul gören bir yaklaşıma göre, özellikle finans sektöründe faaliyet gösteren ve büyük ölçekli uluslar arası sermayeye dayanan anonim şirketlerin "yönetim ve denetim yetersizliği" krizlere katkı yapmaktadır. Bu sebeple konu anonim şirketler hukuku doktrini ile de doğrudan ilgili hale gelmektedir.

Önceki yüz yıllarda anonim şirketler alanındaki kodifikasyonlar genellikle ülkesel idi ve olağan üstü şartların etkisi altında değildi. Oysa küresel krizlerden itibaren, ülkelerin kanun koyucuları ve hukuk teorisyenleri, mukayeseli hukuk çalışmalarına daha fazla önem vermekte ve böylece, ekonomik krizleri engelleyebilmeyi ya da en azından etkilerini azaltabilmeyi hedef tutmaktadırlar.

Kriz endişesini de içeren söz konusu hukuki yaklaşımlar başlıca iki zeminde gelişmektedir. Birincisi, Anglo Sakson hukuk sisteminin ekonomi

hukuku alanında liderliğini yürüten ABD kaynaklı çalışmalardır. İkincisi ise ülkemizin de dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sistemleridir.

ABD hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sistemleri hukuki düşünüş ve kavramlaştırma itibariyle birbirinden farklıdır. Ancak yukarda dile getirilen etkenlerle iki sistemin de birbirini etkilemesi kaçınılmazdır. Özellikle ekonomi hukuku alanında etkileme daha çok ABD'nin Avrupa'yı etkilemesi biçimindedir. Bunun sebebi ise açıktır: Finansal açılımlar ve bunun bir parçasını oluşturan küresel ölçekteki krizler ABD kaynaklıdır. Sorunun kaynağı çözümün de kaynağıdır. Dolayısıyla ABD'de şirketler hukuku alanında yapılan düzenlemeler ve geliştirilen çözümler dünyayı ve özellikle Avrupa'yı da ilgilendirmekte ve etkilemektedir. Zira bilhassa sermayenin uluslar arası dolaşımına dayanak oluşturan halka açık şirketler açısından çözümleri paylaşmaya ihtiyaç vardır.

Finansal krizlerin çözümünde ve önlenmesinde üzerinde durulması gereken en önemli kavram anonim şirketlerin denetimidir. Özellikle genel ekonomiyi doğrudan ilgilendiren bankalar ve sermaye piyasası şirketleri gibi halka açık anonim şirketlerde kamusal denetimi yerleştirmek ve geliştirmek önemli bir açılımdır. Ancak bununla da yetinilemeyeceği, pay sahipleri adına ve nihayetinde onlar tarafından yapılacak denetimin de güçlendirilmesi gerektiği açıktır. Zira ortakların kendi menfaatlerini korumaları için gerekli mekanizmaları işletmek, kamusal menfaat amacıyla denetim düzeni öngörmekten daha faydalıdır. Bu yaklaşım aynı zamanda, bireylerin kendi menfaatlerini, devletin korumasına nazaran, daha iyi koruyabilecekleri yolundaki liberal yaklaşımın da bir sonucudur.

Pay sahiplerince yapılacak denetimin en önemli parçası, denetim sonucu kusurlu ve sorumlu görülen yönetim kurulu üyeleri hakkında açılacak sorumluluk davasıdır. Bu davanın “gerektiği kadar ve gerektiği biçimde” işletilmesi, bir yandan şirket yönetimini hukuka uygun hale getirecek, öbür taraftan da pay sahiplerinin yönetim üzerindeki lüzumsuz baskısını engelleyecektir.

ABD hukukunda, özellikle son birkaç yüz yılda yaşanan süreçte, yönetim kurulu üyelerinin şirketin işleyişine ilişkin kararları hakkındaki sorumluluk davaları, mahkemelerce iki aşamada incelenmektedir. Birinci aşama olarak, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılmış olan sorumluluk davasının görülebilmesi için şeklî denilebilecek bazı şartların varlığı aranmakta ve bir şablon ya da kriterler demeti yardımıyla bir denetim yapılmakta, şartlar tamamsa ikinci aşamaya geçilerek, sorumluluğa sebep olduğu iddia olunan karar ya da işlemin muhtevasına ilişkin öznel değerlendirme yapılmaktadır. Bu iki aşamalı süreçte, iddia olunan vakıalara ilişkin ispat yükü de önem taşımaktadır.

Birinci aşamada kullanılan ve “sorumsuzluk varsayımı” kriterleri olarak da nitelendirilebilecek bu kavramı ifade için “business judgment rule-BJR” terimi tercih edilmiştir. Yönetim kurulu kararını alırken ya da işlemini yaparken “business judgment rule-BJR” denilen şablona uygun davranmış ise, bu karar ya da işlem zarar doğurmuş olsa dahi kararın muhtevası mahkemece tartışma konusu yapılamamakta ve yönetim kurulu sorumlu tutulamamaktadır. Böylece mahkemenin yaptığı denetimi, -idare hukukundan iktibasla özel hukukta da kullanılan bir ayrımla- “yerindelik denetimi” şeklinde değil, “hukuka uygunluk denetimi” şeklinde ifade edebiliriz. Dolayısıyla yargısal denetim, yöneticilerin

takdir yetkisine müdahale etmeksizin icra edilmekte ve kendi sınırlarında kalmaktadır.

Kara Avrupası hukuk sistemleri geleneksel yaklaşımda böyle bir ayrıma yer vermemektedir. Ancak yukarda da ifade olunan krizlerin etkisiyle başlayan etkileşim, sorumluluk davaları alanında da kendisini göstermektedir. Almanya ve İsviçre'de yoğunlaşan teorik çalışmalar yanında Alman kanun koyucusu bir yandan sorumluluk davalarını kolaylaştırmış ve diğer taraftan Amerikan business judgment rule-BJR sistemini -ispat külfeti yönünden kısmen değiştirerek de olsa- kanunlaştırmıştır. Değişiklik ile beklenen sonuç şudur; gereksiz davalar engellenecek ve gerekli davalar da kolaylaştırılmış olacaktır. Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda sorumluluk davaları önceki döneme nazaran daha net bir şekilde işleyecek ve daha açık bir çerçevede değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Böylece anonim şirketler, daha iyi denetlenen daha güçlü şirketler olarak karşımıza çıkacaklardır.

Türk hukukunda da anonim şirketlerin denetimi konusunda, önemli değişiklik teklifleri yapılmaktadır. Bunların bir kısmı, bankalar gibi özel tip anonim şirketler için acil ihtiyaç olarak görülmüş ve kanunlaştırılmıştır. Genel olarak anonim şirketler için Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yeni bir yaklaşım ve düzen öngörülmüştür. Bu kapsamda tasarıda, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile ilgili düzenlemelerin gerekçesinde ABD hukukuna ait "business judgment rule-BJR" müessesesine de atıf yapılmıştır.

"Business judgment rule-BJR" müessesesinin ABD hukuku bakımından ne anlama geldiği, Türk hukukuna uyarlanabilirliği ve bunun yöntemi hususunda doktrinde bazı çalışmalar yapılmıştır. Bunlar, farklı konularda da olsa bazı

monografik çalışmalarda ve yayınlarda kavrama ilişkin yapılmış dolaylı atıflardır. Ancak bu kavram, henüz müstakil bir monografik çalışmaya konu olmamıştır.

Tezin amacı, özellikle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın kabulü halinde, pozitif hukukun uygulamasına konu olacak bir kavram olarak "business judgment rule-BJR"un Türk hukukunda da tartışılmasını ve anlaşılmasını kolaylaştırmaktır.

Yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin denetimi çeşitli şekillerde ve çeşitli kriterler yardımıyla yapılabilmektedir. Mahkemeler yoluyla yapılacak denetimde, hâkimin kendisini yönetim kurulu üyesinin yerine koyması ve kararın ya da işlemin yerindeliğini denetlemesi, şirkete gerekenden fazla müdahale edilmesine ve yöneticinin de elinin kolunun bağlanmasına sebep olabilmektedir. Yönetim kurulu üyelerini rahatlatmak ve onları haksız yere açılan sorumluluk davalarına karşı korumak için bu denetimin, bir tür "hukuka uygunluk denetimi" olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Bu anlamda ABD hukukunda uygulanan business judgment rule-BJR kriterleri, hâkimin gereksiz biçimde yerindelik denetimi yapmasını engellemek suretiyle, yapılacak denetimin hukuka uygunluk denetimi olmasını sağlayan kriterlerdir.

Türk hukukunda hukuka uygunluk denetimi ve yerindelik denetimi ayrımı, idare hukukunda yönetimin yargısal denetiminin bir ölçütü olarak yer almaktadır. Özel hukuk alanında ise bu ayrım, henüz yaygın biçimde kullanılmaya başlanmış değildir. Öte yandan doktrinde ilk olarak, *Kırca* tarafından, yönetim kurulu üyelerinin karar ve işlemlerinin denetiminde bu ayrımdan da yararlanılabileceği ifade edilmektedir.

Bu durumda ABD hukukundan iktibas (resepsiyon) yoluyla yararlanılabilecek olan business judgment rule-BJR kavramının, Türk hukukunda yönetim kurulunun denetlenmesini düzenleyen sistem içerisindeki karşılığı da bulunmuş olmaktadır: “Hukuka uygunluk denetiminde business judgment rule-BJR’nin kullanılması” .

Özet olarak ifade edilecek olursa tezimizin konusu; yönetim kurulunun zarar doğuran karar ve işlemleri sebebiyle açılacak olan sorumluluk davasında, mahkemenin, “yerindelik denetimi” değil “hukuka uygunluk denetimi” yapması ve bunu sağlayacak bir takım denetim kriterlerinin belirlenip geliştirilmesidir. Bunu sağlamak için de ABD hukukunun geliştirdiği ve Kara Avrupası hukukunda da kabul edilmeye başlanan business judgment rule-BJR’den yararlanılabilmesidir.

Böyle bir müessesenin, hukukumuza kazandıracağı en önemli fayda, sorumluluk davalarında objektif bir ölçüt ortaya koyarak, özen yükümünü somutlaştırması olacaktır.

Hukuki sorumluluğun tespitinde objektif ölçütün esas alınması ise denetimin çerçevesini netleştirecek ve “hukuka uygunluk denetimi” şeklinde yapılmasını sağlayacaktır. Böylece, yönetim kurulu üyelerinin kendi idari takdir yetkileri çerçevesinde verdikleri kararlar sebebiyle sorumlu tutulmaları riski bertaraf edilebilecek ve mahkemelerce bu kararların yerindeliğinin denetlenmesine engel olunabilecektir.

Bu aşamada yine kısaca ifade edilmelidir ki business judgment rule-BJR’nin, bir davranış normu olması sonucunda, söz konusu menfaat çatışmaları için geliştirilmiş bir sorumsuzluk karinesine ulaşılmaktadır. Buna göre, business

judgment rule-BJR'ye uygun hareket eden yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri ve hukuka uygun davrandıkları varsayılmaktadır.

Business judgment rule-BJR, yöneticinin hukuki yükümlülüklerinin ve özen borcunun gerçek anlamda ihlâli ile zarar ya da zarar riski doğuran ancak hukuki sorumluluk doğurmayacak hatalı kararları birbirinden ayırt etmekte, ikincisini sorumluluk sebebi olmaktan çıkarabilmek için bir şablon öngörmektedir. Bu ayrıştırma fonksiyonu sayesinde de business judgment rule-BJR'ye uygun kararlar ve işlemler hakkında sorumluluk davası açılmasına gerek kalmamış olmaktadır.

Tezimizde, ayrıca, business judgment rule-BJR'nin; yukarıda ifade olunan güvenin kötüye kullanılmasından ya da yönetim ve denetim zafiyetinden doğan ihtilaflar ile menfaat çatışmalarının çözümünde önemli bir katkı sağlayabileceği ortaya konulmaktadır.

Dolayısıyla bu kurallar, gösterilmesi gereken özen yükümünün tespitini objektifleştirerek hâkimlerin işini kolaylaştırması yanında, alacaklılar ve pay sahipleri gibi şirket dışında olan muhtemel davacıların ispat külfetini netleştirerek de usul ekonomisine katkı sağlamaktadır.

Tezimizin iç hukuk bakımından dayanağını da oluşturan Ticaret Kanunu Tasarısının 369. maddesinin birinci fıkrasıyla[1], anonim şirket yöneticilerin özen

[1] Maddenin Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve TBMM'ye sevk edilen şekli şu şekildedir: TTK Tasarısı, T.C.Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, (Genel ve Madde Gerekçeli Metin):

"5. Özen ve bağlılık yükümlülüğü

ve sadakat yükümlülüğü, çağdaş düzenlemelere de uygun olarak yeniden düzenlenmekte ve özellikle menfaat çatışmalarından doğan sorumluluk konusunda aydınlatıcı olmak üzere önemli bir kriter ve varsayım kabul edilmektedir:

Söz konusu yükümlülükler, madde metninde, "tedbirli bir yöneticinin özenini" göstermek ve "şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek" biçiminde tanımlanmaktadır.

Bu maddenin gerekçesinde ise madde metninde açıkça yer almayan bir hususa işaret edilmiş ve tezimizin konusunu oluşturan kavram zikredilmiştir. Gerekçede, yöneticilerin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak aldıkları "iş adamı kararı" (business judgment rule-BJR) sebebiyle sorumlu tutulmamaları gerektiği ifade edilmektedir.

MADDE 369 - *(1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*

(2) 203 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır.

(3) Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir."

Bu madde TBMM Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş ve 27.09.2007 tarihinde TBMM Genel Kuruluna aşağıdaki biçimiyle sevk edilmiştir (TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) S.Sayısı:96):

"5. Özen ve bağlılık yükümlülüğü

"MADDE 369 - *(1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*

"(2) 203 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır."

TBMM Adalet Komisyonunun gerekçesinde, 3. fıkranın kaldırılması biçimindeki değişikliğin sebebi olarak, 553. madde ile uyum ihtiyacından söz edilmiştir.

Tasarının TBMM Adalet Komisyonunda görüşülmesi aşamasında ise ispat yükü ile ilgili yeni yaklaşımdan vazgeçilmiş olmakla birlikte, sorumluluk davasının business judgment rule-BJR'nin de öngördüğü biçimde somut kriterlerle yürütülmesi gerektiği yolundaki ana çizgiden sapılmamıştır. Bu durumda business judgment rule-BJR'nin, Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalarda da uygulanabilirliği ve bunun yöntemi konusu incelenmeye değerdir.

Öte yandan tezimizde, business judgment rule-BJR olarak ifade edilen bu sınır çizgisi sayesinde, yönetim kurulu kararlarının iptali davasının istisnaen değil, genel bir kural olarak mümkün hale gelebileceği de işlenecektir.

Bilindiği üzere iptal davaları, hukukumuzda bir ön denetim yolu olarak, sadece genel kurul kararları için kabul edilmiş, istisna olarak ise SerPK m. 12 ile yönetim kurulu kararları için öngörülmüştür.

Alelade anonim şirketlerin yönetim kurulu kararlarının, iptal davasına konu edilememesinin çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan biri de, kötü niyetle açılan veya uzun süreli ve belirsizliklerle dolu olan yargı süreci ile yönetim faaliyetinin tıkanarak, çalışamaz hale geleceği düşüncesidir. Business judgment rule-BJR hukukumuzda uygulanabilir hale geldiğinde, bunun şablon niteliğiyle, yönetim kurulu kararlarının iptali için ileri sürülen itirazların önemli bir kısmı kalkmış olacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Business judgment rule-BJR, uygulaması sınırlı olsa da etkisi oldukça geniş kapsamlı olan bir hukuki müessesedir. Zira, hem karşılaştırmalı hukuku hem de maddi hukuk ile usul hukukunu ilgilendirebilecek önemde sonuçları olan

bir konudur. Ayrıca business judgment rule-BJR'nin bir "davranış normu" ve hukuki sorumluluğa esas alınacak bir "özen ölçütü" niteliği dolayısıyla konunun, metodolojik olarak ve belirli sınırlandırmalar yapılarak ele alınması zorunluluğu da bulunmaktadır.

Business judgment rule-BJR, farklı hukuk sistemlerinde (Anglo-Sakson, Kara Avrupası, vb.) uygulanmakla birlikte, esas alınan unsurlar bakımından birbiriyle benzerlikler göstermektedir. Bu nedenle, tezimizde business judgment rule-BJR'nin bu ortak yönleri esas alınmış ve konunun karşılaştırmalı hukuk bağlamında Alman ve İsviçre hukuk sistemleri bakımından değerlendirilmesi, Türk Hukukuna uygulanabilirliği ile sınırlı tutularak yapılmıştır.

Business judgment rule-BJR, anonim şirketler hukukunda, yönetim kurulu kararları üzerinde işleyecek olan denetim sisteminin etkinliğini artırmak üzere geliştirilmiş bir müessesedir. Temelde sorumluluk davaları için geliştirilmiş olmakla birlikte, belli şartlarla iptal davalarına da uygulanabilecek olan bu sistem, pratik ve açık bir davranış yönergesi olarak, uyulması zorunlu ve dolaylı bir denetim yolu olan kurumsal yönetim ilkeleri (Corporate Governance) ile de yakından ilişkilidir. Zira, business judgment rule-BJR, tarihî gelişimi içerisinde aslında kurumsal yönetim ilkelerinin öncüsü olmuştur. Bir başka ifadeyle, kurumsal yönetim ilkeleri, business judgment rule-BJR çekirdeğinin filizlenmiş hali görünümündedir. Ayrıca, her ikisinin uygulanma alanları ve biçimleri farklılık göstermekle birilikte, esasen özenli ve hukuka uygun bir yönetimi öngörmesi ve uyulması gereken bir davranış yönergesi olması bakımından anlamca örtüşmektedirler.

Ancak kurumsal yönetim, kendi içinde bütünlük arz edip, ayrı bir çalışma konusu niteliği olan ve bu nedenle tezimizde sadece ana konu ile ilişkisi nispetinde yer verilen bir kavramdır. Zira biz gerek ele aldığımız denetim yolları gerekse denetimin uygulandığı anonim şirket tipleri bakımından, genel bir yaklaşımı tercih etmiş bulunuyoruz.

Tezimizde ortaya koyacağımız görüşler esasen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili olacaktır. Ancak TTK Tasarısında da açıkça öngörüldüğü üzere sorumluluğa ilişkin kurallar, yönetim kurulu üyelerince atanan diğer yöneticiler için de geçerli olabilecek kurallardır. Bu durumda tezimiz dolaylı olarak tüm yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili tartışma ve yaklaşımlar içerecektir. Ancak tezin muhtevasında bu ayrıntı vurgulanmayacaktır.

Yine tezimizde, geniş anlamda, yöneticilerin "işlemleri"nin denetiminden söz edilecek olmakla birlikte bu işlemler, bir yönetim kurulu kararına dayanan "işlem ve eylemleri" kapsayacaktır. Bu sebeple tezin muhtevasında bu ayrıma da girilmeyecektir. Zira tezimizin nihai amacı business judgment rule-BJR kavramının Türk hukukuna intikalini tartışmaya açmaktır.

IV. İNCELEME PLÂNI

Çalışmanın birinci bölümünde, yönetim kurulu üyelerinin işlemleri üzerinde yapılacak hukuka uygunluk denetimi metodolojik olarak incelenmekte ve sorumluluk davasının şartları ele alınmaktadır. Bu aşamada, sorumluluk davalarında sorumluluğa esas alınabilecek kriter hakkındaki karmaşa ve bundan doğan boşluk da ortaya konulmakta ve business judgment rule-BJR'nin bu boşluğu doldurabileceği vurgulanmaktadır.

İkinci bölümde, business judgment rule-BJR'nin kavramsal çerçevesi incelenmekte, ardından terminoloji sorunu ele alınmakta ve daha sonra business judgment rule-BJR'nin uygulanma esasları ile sorumluluk davalarına etkisi hakkında genel olarak bilgi verilmektedir.

Üçüncü bölümde ise, business judgment rule-BJR'nin ülkemiz hukukuna uygulanabilirliği temelinde, özellikle özen ve sadakat yükümlülüğü gibi, business judgment rule-BJR ile ilişkili temel kavramlar ele alınmaktadır. Ayrıca bir temel özen kuralı olarak business judgment rule-BJR'nin menfaat çatışmalarına etkisi ve iptal davalarına uygulanabilirliği üzerinde durulmaktadır.

Çalışmamız vardığımız sonuçları kapsayan bir bölümle tamamlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN DENETİMİNDE YENİ BİR YAKLAŞIM:

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN DENETİMİNDE YENİ BİR YAKLAŞIM:

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

I. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE KRİTERLERİ

Hukuk sistemleri, şirketlerin, pay sahiplerinin ve alacaklılarının korunması için çeşitli çözüm yolları öngörmekte olup, ekonomik ve sosyal hayatın gelişmelerine paralel olarak yeni çözüm arayışlarına da devam etmektedirler. Ancak, geçmiş tecrübeler göstermektedir ki, kanun koyucular, anonim şirketlerin dinamizmine ayak uyduramamışlardır. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu için de benzer eleştiriler yapılmaktadır[2].

Anonim şirketlerde câri olan klâsik denetim usullerinin ve sorumluluk davalarının yetersiz kaldığı görülmekte, yönetimin kötüye kullanılmasının engellenmesi için çeşitli çareler geliştirilmektedir. Zira, artık "bekçileri" denetleyecek yeni başka bekçilere de ihtiyaç bulunmaktadır[3].

Bu arada şeffaflık ilkesi daha da öne çıkmakta, tarafsız idarecilik kavramı gündeme gelmektedir.

---

[2] Örnek için bkz. **Ansay, T.:** Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Ankara 2005, s. 35 *(AŞ Nereye).* Bu kapsamda, TTK Tasarısının özellikle denetime ilişkin hükümlerinin, Türk anonim şirketler hukuku açısından neredeyse devrim niteliği taşıdığına ilişkin yeni denetim anlayışı hakkında bkz. **Özkorkut, K.:**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirler, Batider, C.XXIII, S.2, Y.2005, s. 31 vd.

[3] **Ansay:** s. 35 vd**.**

Yöneticiler aleyhine tazminat davası açılması ve cezai hükümlerin uygulanması gibi konularda getirilen yeni hükümler ise mevcut müeyyideleri daha da ağır bir hale dönüştürmektedir[4].

Bu sebeplerle, henüz zarar doğmadan veya işleyiş aşamasında yapılacak gözetim ve denetimin önemi her geçen gün daha da artmaktadır.

Kanun veya esas sözleşmeye aykırı kararlar hususunda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmekten başka bir imkân olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır[5]. Bu konuda kanunda bir açıklığın bulunmaması sebebiyle çeşitli görüşler ortaya atılmış ve özellikle yönetim kurulunun sakat kararları aleyhine iptal davası açılıp açılamayacağı gibi sorunlar üzerinde de durulmuştur.

Bütün bunlar anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının sınırlarının belirlenmesini ve sorumluluk davalarında uygulamanın netleştirilmesini gerektirmektedir.

Sorumluluk davasında mahkeme, yönetim kurulu üyesinin sorumluluk doğuran karar veya işleminin yerindelik-hukuka uygunluk denetimini yapmak, özen borcuna veya şirket menfaatlerine uygunluğunu araştırmak yahut basiretli işadamı-tedbirli yönetici yaklaşımlarından birini seçmek durumundadır. Bu kavramlardan hangisini tercih edeceği, kavramların içinin nasıl doldurulduğu ile doğrudan ilgilidir. O halde bu kavramlar somutlaştırılmalıdır.

---

[4] **Coffee, Jr./ John C.:** Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford 2004, s. 455 vd. Ayrıca bkz. **Worthington, S.:** "Reforming Director's Duties", The Modern Law Review, C. 64, s. 449 vd.

[5] **Pitt, H.L.:** The Changing Standards By Which Directors Will Be Judged, St.John's Law Review, C. 79, s. 2 vd.

Denetimin çerçevesinin ve kapsamının netleştirilmesinde yerindelik ve hukuka uygunluk denetimi ayrımından yararlanılabilir. Bize göre, mahkemenin denetimi idare hukukundaki klasik yaklaşıma da uygun olarak "yerindelik denetimi" biçiminde değil, bir "hukuka uygunluk denetimi" şeklinde olmalıdır. Bu sebeple tezimizde, denetim konusu bu temel bakış açısına göre şekillenmekte ve metodolojik bir tasnife tabi tutulmaktadır.

Bu tür bir denetimin yapılmasını kolaylaştırabilecek yöntem ve mekanizmaları geliştirmek gereğinden hareketle, aşağıda, özellikle mahkeme eliyle yapılan denetim sürecini desteklemek üzere, "hukuka uygunluk" denetimi ve bu denetimde esas alınacak kriter ihtiyacı ortaya konulacaktır.

A. Denetim Mekanizmalarının Yönetim Kurulunun İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

1. Pay Sahipliğinden Doğan Denetim Haklarının Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

Yönetim kurulunun işlemlerinin yargısal denetiminin ön aşamalarında pay sahibinin bu statüsünden kaynaklanan yönetimsel hakları gelmektedir.

Örneğin "*oy hakkı*"[6], anonim şirketlerdeki temel hakların en önemlisi olup, pay sahipleri bu haklarını kullanarak yöneticileri seçebilmekte ve şirketin

[6] Oy hakkı, pay sahiplerine, ortak sıfatı dolayısıyla tanınan ve genel kurul toplantısında şirketin müşterek iradesinin oluşumuna katkıda bulunarak şirketin organizasyonu, yönetimi ve temsili gibi şirket işlerine ait konularda etkide bulunma yetkisidir (**Çeker, M.:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 8-11). Ancak davet formaliteleri, hamile yazılı pay senetlerinde senetlerin şirkete teslimi, temsilci tayini gibi işlemler küçük pay sahiplerini yıldırmaktadır (**Ansay, T.:** Anonim Şirketler ve Tatbikat, AÜHFD, S.1-4, 1960, AŞ, s. 150 vd).

yönetimine dolaylı da olsa katılabilmektedirler. Şirketin yönetimi gibi denetimi de bir ölçüde ortakların genel kurullarda kullandıkları oylarla sağlanmaktadır[7]. Oy hakkı, yönetimsel hakların teorik olarak en etkin müeyyidesi sayabileceğimiz yöneticiler aleyhine mesuliyet davasının açılması kararında da önemli bir rol oynamaktadır[8].

Oy hakkının tabii sonucu durumundaki denetim yollarından bazıları şunlardır:

a. İlk olarak pay sahibi, genel kurul gündemine madde eklenmesini sağlayarak, yönetim kurulunun, münhasıran kendi yetkisine girmeyen konularda aldığı kararların genel kurulda görüşülmesini, değiştirilmesini ve değiştirilmemesi halinde de bu kararın iptalini sağlayabilir. Genel kurul gerektiğinde, şeklen geçerli bile olsa, şirket menfaatine aykırı gördüğü bir yönetim kurulu kararının uygulanmasına engel olabilir [9]. Ancak genel kurul

---

[7] Pay sahiplerinin, oy anlaşmaları ile varmak istedikleri hedefleri başka tarzda amaçlayan ve ülkemizdeki anonim şirketler uygulamasında daha henüz güncel bir hâle gelmemiş olan devir almalar (take-over'lar), ABD hukukunda son yirmi otuz yılda, başarısız yönetimin el değiştirmesinde karşılaşılan güçlükler nedeni ile uygulamaya girmiştir. Ancak sonraları, oy anlaşmaları kötü niyetle yapılmak suretiyle, hukukçuları, onanması güç başka bir zor durumla karşı karşıya bırakmıştır (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 37). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Manavgat, Ç.:** Alenî Pay Alım Teklifi (Tender Offer- Takeover Bid), Ankara 1997, s. 215 vd. Ayrıca bkz. **Pinto, A. R./ Branson, D. M.:** Understanding Corporate Law, New York 1999, s. 125, 303-306.

[8] **Ansay:** AŞ Nereye, s. 15.

[9] **Aytaç, Z.:** Kayıtlı Sermayeli Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu", Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s.283 *(Kayıtlı Sermaye)*; **Domaniç, H.:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988, s. 606 *(TTK Şerhi)*; **Ansay, T.:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi", Batider, C. II, S.3, Ankara 1964, s. 383 *(İptal).* Bu konuda örnek Yargıtay kararları için bkz.11.HD, 26.1.1989, E. 3414, K. 260 (YKD, C. XV, S. 5, Mayıs 1989, s. 684 vd.); 11. HD, 20.5.1993,

yapısı gereği ağır işleyen bir organdır. Pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına ilgisiz kalması ve dolayısıyla oluşan güç boşluğu, pay sahiplerinin kararı geç öğrenmeleri, gündeme madde koydurtmalarının bazı şartlara bağlı olması, olağanüstü genel kurul toplantısına çağırmanın güçlükleri gibi engeller, bu denetimi güçleştirmektedir[10].

b. Pay sahiplerinin bireysel hak veya menfaatlerini[11] ihlâl eden yönetim kurulu kararlarına karşı, şirket aleyhine doğrudan doğruya *"eda (ifa) davası"* açmak da bir diğer imkân olarak gösterilebilir. Ancak, bu da sadece ifası gerekli belirli konulardaki kararlar açısından etkin bir koruma sağlayabilir. Üstelik eda davası için çoğu kez, kararın icrasından önce dava açma imkânı mevcut değildir[12].

E. 3666, K. 3729 (**Eriş, G.:** Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, C. I, B. 2, Ankara 1992, s.270, N.15 *(Şerh)*; 11. HD, 10.11.1994, E. 4596, K. 8382 (**Eriş:** Şerh, s.274, N. 22).

[10] **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 283; **Karayalçın, Y.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Dava Açılabilir?" Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. III, Ankara 14-15 Şubat 1986, s. 286-287 vd.*(Tebliğ);* **Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E.:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, N. 534. Ancak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı gerekçesinde ifade edildiği gibi, pay sahibinin konumu çeşitli araç, yöntem ve sistemlerle güçlendirilmiştir. Bunlardan biri de pay sahibine yeni dava haklarının tanınmasıdır. Bu davalar; TTKTas m. 192, 193, 194, 202/2, 202/3, 204, 399/6, 447, 537' de düzenlenen davalardır (Genel Gerekçe, Parag. I -132).

[11] Örneğin, kâr ve tasfiye paylarının verilmesi, denetleme haklarının kullandırılması, payların devrine muvafakat edilmesi, hisse senetlerinin verilmesi, payların pay defterine kayıt edilmesi, iç kaynaklardan sermaye artırımlarında bedelsiz payların verilmesi, genel kurul toplantısına katılma hakkının sağlanması, yıllık hesapların incelemeye sunulması vb.

12 **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 285; **Çamoğlu, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1972, s. 80 *(Sorumluluk);* **Ansay:** İptal, s. 383; **Moroğlu, E.:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü",

c. Bu tedbirler dışında, genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin *"ibra"*[13] edilmemesi*,* üyelerin *"azli"*[14]*,* genel kurul gündemine istenilen hususların konulması, pay sahiplerinin *"bilgi alma"*[15] ve denetleme haklarının kullanılması gibi imkânlardan söz etmek mümkünse de, bunların şirkete ve pay sahiplerine zarar veren yönetim kurulu kararları karşısında doğrudan bir çözüm yolu olduğunu söylemek pek mümkün olamamaktadır[16].

d. "*Haksız fiil sorumluluğu"* doğuran yönetim kurulu kararları için, TTK m. 321/V ve BK m. 41 uyarınca, pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının ve üçüncü kişilerin yönetim kurulu üyelerini ve şirket tüzel kişiliğini dava edebilme imkânı

B. 2, Ankara 1993, s. 135 *(Hükümsüzlük)*; **Tekinalp, Ü.:** Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s.55 (*Sermaye Piyasası)*.

[13] İbra, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin ve şirket yöneticilerinin bir hesap yılı içerisinde yaptıkları işlemlerin onanması ve şirkete karşı sorumluluklarının kalmaması anlamına gelmektedir (**Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp):** N. 613). İbranın hukuki niteliği hakkında bkz. **Aytaç, Z.:** Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 45 vd.,206; **Ulusoy, E.:** Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 258. İbra kararının, alacaklı ve ortakların açtığı sorumluluk davasında nazara alınmaması gerektiği görüşü için bkz. **Helvacı, M.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, B. 2., İstanbul 2001, s. 146. Farklı görüş için bkz. **Ansay:** AŞ, s.149.

[14] Pay sahiplerinin, TTK m. 316'ya göre, yönetim kurulu üyelerini her zaman azletmek imkânı bulunsa da özellikle çok ortaklı anonim şirketlerde, genel kurulun toplantıya çağrılmasının güçlüğü sebebiyle bu hak önem taşımamaktadır.

[15] Pay sahiplerinin, şirket hakkında yeterince bilgi sahibi olma konusunda karşılaştıkları olumsuz durumlar da oyların en doğru bir biçimde kullanılmasına engel olan etkenlerdendir. Bu konuda bkz. **Kaya, A.:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 19-20. Pay sahibinin bilgilendirilmesi (aydınlatılması) konusunda son sözün yöneticiler tarafından söylenebileceği ve bilgi almanın sınırlarının onlarca belirlenebileceği dikkate alınırsa, beklenen faydanın tam anlamıyla gerçekleşememe ihtimali bulunmaktadır. Kaldı ki, açıklanan bilgileri küçük yatırımcının tümüyle anlaması da beklenmemelidir. Buna karşılık kurumsal yatırımcının gerekli bilgilere erişebilme imkânı daha fazladır (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 37).

[16] **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 285.

vardır[17]. Ayrıca hukukumuzda, yöneticiler ve denetçiler aleyhine "*cezaî sorumluluk"* da öngörülmüştür[18].

Görüldüğü üzere pay sahiplerinin bu statüden kaynaklanan dolaylı denetim hakları, yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasına özel bir katkı yapmamaktadır. O halde hukuka uygunluk kriterleri belirlemek ve yönetim kurulu üyelerini bunlarla sorumlu tutmak, öncelikle pay sahiplerinin denetim imkânını artıracaktır.

2. Dış Denetim Yollarının Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

Yönetim kurulunun işlem ve eylemlerinin, şirket dışından ve şirketten bağımsız çeşitli kişi, organ veya makamlar tarafından denetlenmesi de yönetim kurulunun zarar verici işlemlerine ve kararlarına karşı menfaat sahiplerinin korunması yolları arasında sayılabilir[19]. Bu kapsamda en başta gelen örnek, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının denetimidir. Ancak bu denetim de yapısı gereği yönetim kurulu hakkında sınırlı bir fonksiyon icra eder[20].

---

[17] Ancak bu halde de, dava açılabilmesi için kararın icra edilmiş olması gereklidir **(Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 285); **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 80.

[18] Bunlar, TTK m. 307 ve 308'in yaptıkları atıf nedeniyle, emniyeti kötüye kullanma gibi suçlardır. Ayrıca şirketin iflâs etmesi halinde uygulanabilecek cezaî yaptırımlar da (İİK m. 345a gibi) mevcuttur.

[19] Ancak, anonim şirket yapısı içerisinde güçlenen yönetim kurulunun yetkilerini sınırlayıp, yılda birkaç defa ancak toplanabilen genel kurula vermek, anonim şirketin işlerliğinin özellikle sermaye piyasası hukuku açısından ortadan kaldırılması demektir **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 281.

[20] Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na tanınan yetkiler (TTK m. 274 ve 435; Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük, özellikle m. 10 vd.), ek imkânlarla güçlendirilmedikçe, yönetim kurulu kararlarına karşı doğrudan koruyucu bir fonksiyon icra edemeyecektir. Bu konuda Borsa'nın, Maliye Bakanlığı'nın veya Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın

Anonim şirketlerde, etkili bir denetimin sağlanabilmesi için "*sigorta şirketleri"*nin de devreye girmesi gerektiği öne sürülmektedir[21]. Buna göre yönetimin kötüye kullanılmasından doğabilecek zararların sigorta ettirilmesi zorunlu kılınırsa, sigorta şirketlerinin, güvenilir bir dış denetimin gerçekleşmesine yardımcı olabilecekleri ifade edilmektedir[22]. TTKTas m. 361 ile sorumluluk sigortası, bankalar, finansal kiralama ve faktoring şirketleri ile sermaye piyasası kurumları ve halka açık şirketler için zorunlu hale getirilmektedir[23].

---

bazı anonim şirketler hakkında sahip oldukları yetkiler de, yönetim kurulunun sakat kararlarına ilişkin sonuçları ortadan kaldırıcı nitelikte yorumlanmamalıdır. Bkz. **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 282, 283; **Ansay:** AŞ Nereye, s. 40.

[21] Uzmanlık gerektiren vazife ve meslekleri icra eden kişilerin karşılaşabilecekleri riskleri ve sorumluluk hallerini sınırlamak ve böylece bu meslekleri iktisadi açıdan cazip veya en azından katlanılabilir bir hale getirmek önemli bir açılımdır ve mesleki sorumluluk sigortası bu amacı gerçekleştirir. Bu amaçla birçok batı ülkesinde yapıldığı gibi, ülkemizde de meslekî sorumluluk sigortası uygulaması yaygınlaşmaktadır. Ancak bu yapılırken sorumluluk hukukunun prensiplerinden taviz verilmemesi ve hatta gerektiği takdirde daha da katı sorumluluk kuralları getirilmesi gerektiği açıktır (**Can, M.:** "Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları"na Genel Bir Bakış, Ankara 2007, s. 6-7). Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak, K.:** Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.354 vd.

[22] **Ansay:** AŞ Nereye, s. 41. Bu konuya ilişkin, hukukumuzda mevcut bir kanun hükmü bulunmayıp, TTKTas m. 361 ile "Sigorta" başlığı altında bu kurum düzenlenmektedir: "Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket güvence altına alınmışsa, bu husus kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirilmesinde dikkate alınır." Söz konusu sigortanın Türk Hukuku bakımından geçerliliği hakkında bkz. **Tekil, M.:** "Anonim Ortaklık Yöneticileri İle Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 123, 139 vd.

[23] ABD hukukunda sorumluluk davalarına karşı yöneticiler kendilerini artık sorumluluk sigortası ile güvence altına almaktadırlar. Bu sigorta sözleşmelerinin primlerinin şirket tarafından

Bu denetimler için dahi somut ve kolay uygulanabilir kriterlere ihtiyaç vardır. Bu kriterler, denetimi "hukuka uygunluk denetimi" seviyesinde sabitlemeli, denetim, şirketin iç işlerine müdahale eden bir yerindelik denetimine dönüşmemelidir.

3. Kamuyu Aydınlatma İlkesi Çerçevesinde Yapılan Açıklamaların Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

Şirkete ilişkin temel bilgilerin halka açıklanmasının doğuracağı şeffaflık ile denetlenmesi de bir başka hukuka uygunluğu sağlama yöntemidir. Şirketler hukukunda bilânçoların, kâr ve zarar hesaplarının, iş raporlarının hazırlanması yıllık devrelere bağlanmıştır. Oysa ticaret hayatının ihtiyaçları, iç gelişmelerin daha kısa sürelerle değerlendirilmesini gerektirmektedir[24]. Buna karşın muhasebe sistemlerinin standartlaşması sayesinde şirketlerin içyüzü hakkında bir dereceye kadar şeffaflık sağlanabilmektedir[25].

Bu kapsamda SerPK m. 16 ile halka açık anonim şirketlerin denetiminin, "*bağımsız denetim kuruluşları*" tarafından belli standartlara uygun olarak yapılması öngörülmüştür. Ancak, ABD'de son yıllarda ortaya çıkan iflas olayları, bağımsız kuruluşların da yeterli bir denetimi sağlayamadıklarını ortaya

---

üstlenilip üstlenilemeyeceği hususu şu an ABD'de tartışma götüren güncel bir sorundur (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 53).

[24] Ancak, kayıtlı sermaye sistemine tâbi anonim şirketlerde bu sürelerin üçer aya indirilmesi de tam bir bilgi aydınlığı sağlayamamaktadır (SerPK m. 15 IV).

[25] Muhasebe kurallarının uluslar arası uyumlaştırılması ve bunun şirket denetimindeki rolü hakkında geniş bir literatür için bkz. **Ansay:** AŞ Nereye, s. 39, dpn. 73.

koymuştur. Bu nedenledir ki, özellikle Enron olayından sonra yeni gelişmeler Amerika ve Avrupa'da denetçilerin bağımsızlığını sağlamaya yönelmektedir[26].

4. Şirket Malvarlığının Korunması Tedbirlerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

Ortakların sınırlı sorumluluğu nedeniyle, "*şirketin malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler"* de menfaat sahipleri için bir güvence ve denetim imkânı oluşturmaktadır. Örneğin hukukumuzda, şirket malvarlığının belli oranlarda azalması hallerinde, yöneticilerin bazı tedbirler alması (TTK m.324) zorunluluğu getirilmiştir[27]. Ancak bu düzenlemelerin de sermayenin korunması bakımından, yeterince ve zamanında bir denetim sağlayamadığı ileri sürülmektedir[28].

Bu kapsamda geliştirilen çözüm yöntemlerinden biri tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (lifting the veil) ilkesiyle ortakların sınırsız sorumlu tutulması

---

[26] Şirket yöneticilerin kendilerine daha çok yardımcı olan denetçileri tercih etmeleri tabiîdir. Bunun sonucunda denetçilerin bağımsızlığını zedeleyen uygulamalara da tevessül edilebilmektedir. Örneğin, şirket yöneticilerinin hukuka aykırı işlemlerini görmezden gelme eğiliminde olan denetleme kuruluşları ile anlaşma yapılabilmekte veya olağan denetleme ücretinin kat kat üstüne çıkan meblağlarla hukuki danışmanlık ve benzeri danışma faaliyetleri için munzam anlaşmalar yapılmaktadır (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 39).

[27] **Domaniç**: Anonim ve Limited Şirketlerde Mali Bünyenin Zayıflaması hâlinde Zorunlu Yasal Tedbirler, Yaklaşım 2005, S.145, s. 258–259; **Türk, A.:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK m.324), Ankara 1999, s. 38 vd.

[28] Şirket malvarlığının muhafazası yönünde önlemler getirmenin yerine, maliyeti ekonomik bakımdan daha elverişli başka yolların kullanılması hakkında bkz. **Armour, J.:** Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, The Modern L.Rev., 2000, C.63, s. 355–378.

yoludur[29]. Şirketin işlem ve fiillerinin, tüzel kişi olarak sadece şirketi yükümlülük altına sokması gerekirken, ABD hukukunda geliştirilen ve Türk hukukunda da kabul gören bu yöntem ile ihtiyaç olduğunda ve hakkaniyet gerektirdiğinde, TMK m.2 gereğince tüzel kişilik perdesi bir yana itilerek, işlem veya fiili yapan yöneticilere ya da şirket ortaklarına gidilebilmektedir[30].

Buna karşılık, esas sermaye/malvarlığı ilişkisini koruyan sistemlerde, koruyucu hükümlere uyulduğu takdirde, tüzel kişililiğin arkasındaki kişilere gidip, onları sorumlu kılmak sisteme ters düşecektir. Bu nedenle ülkemizde kanunda öngörülen haller dışında, perdenin kaldırılması teorisinin uygulaması yaygınlaşmamış olup, doktrinde halen tartışılmakta olan bir konudur[31]. Tüzel kişiliğin bertaraf edilmesinde yol gösterici teorik çerçevenin de ülkemizde henüz kesin bir biçimde çizilmiş olduğu söylenememektedir[32].

---

[29] **Yanlı, V.:** Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000 s. 86 vd, 116, **Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62, N. 47. Ayrıca bkz. **Grass, A. R.:** Business Judgement Rule, Zürich 1998, s.17 vd.

[30] **Cary, W.L./Eisenberg, M.A.:** Corporations, Cases and Materials, New York 1995, s.175-176.

[31] Avrupa ülkeleri anonim şirketler hukuklarında da, esas sermaye/malvarlığı ilişkisine bel bağlamanın gereksizliği yönündeki görüşler ağırlık kazanmaktadır. AT Adalet Divanı şirketlerin serbest dolaşımı konusunda verdiği kararlarında, sermayenin düzenleyici hükümler ile değil, halkı aydınlatma ilkesi ile korunabileceğine hükmetmiş bulunmaktadır. Asgari bir esas sermaye bulunması ve bu esas sermaye ile şirketin malvarlığı arasındaki ilişkiyi, kuruluş esnasında ve sonrasında yakından düzenleyen bir sistem, ABD hukukunda da itibar görmemektedir (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 43-44).

[32] **Yanlı:** s. 252; Örneğin, kamu borçlarından dolayı yöneticilerin sınırsız sorumlu tutulması özel olarak, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10.maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanunun 35. maddesinde öngörülmüştür (**Çamoğlu, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, Milletlerarası Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 139-

5. Piyasa Eliyle Hukuka Uygunluk Denetimi

Hukuka uygunluk denetiminin, piyasanın kendine özgü işleyiş kuralları ile gerçekleşebileceği de ileri sürülmektedir. Buna göre, şirketin dağıttığı kâr ve borsadaki performansı, başarının ve iyi yönetimin birer göstergesi olacaktır[33].

B. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Hukuka Uygunluk Denetimine Katkısı

Kurumsal yönetim ilkeleri, ilk kez 1992'de İngiltere'de Cadbury Raporu[34] adıyla bilinen belge ile hukuk hayatına girmiş, Hampel Raporu ve OECD'nin kuralları ile yaygınlık kazanarak, -küçük değişikliklerle de olsa- bugün, birçok ülkede kabul edilip uygulanır hale gelmiştir. Türkiye'de de konuyla ilgili olarak 2000 ve 2002'deki yayınlarıyla TÜSİAD[35] başta olmak üzere, çeşitli kurumlar hazırlık çalışmaları yaparken, 2003 yılında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından

---

146). Ayrıca, konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.3.2004 tarihli bir kararı için bkz. Kazancı Dergisi 2004, S. 2, s. 139 vd.

Bir diğer hal, son zamanlarda, banka krizleri dolayısıyla düzenlenen mevzuat ile de tüzelkişiliğin arkasındaki kişilere gidilebilmesine imkân sağlanmıştır. Bkz. 5020 Sayılı Kanunla (RG. 26.12.2003, S. 25328) değişik Bank K m.15/3 ile 5021 Sayılı Kanunla (RG.27.12.2003, S. 25329) değişik Bank K m.14/3 hükümleri.

[33] Ancak, borsadaki yönlendirmelerin, son zamanlarda Batı ülkelerinde pek çok anonim şirketin sonunu getirdiğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği hususunda bkz. **Ansay:** AŞ Nereye, s. 40.

[34] "Financial Aspects of Corporate Governance" isimli belge.

[35] TÜSİAD ilk olarak, OECD ülkeleri için hazırlanmış olan 1999 tarihli Corporate Governance'a ilişkin " Ad-Hoc Task Force on Corporate Governance" raporunun çevirisini 2000 yılında "Kurumsal Yönetim İlkeleri" adıyla yayımlamıştır (Yay. N. TÜSİAD- T/2000-06-285, Haziran 2000). Ardından Kurumsal Yönetim Çalışma Grubu oluşturarak 2002 yılında "Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi" adlı bir rapor yayınlamıştır (Yay. N. . TÜSİAD- T/2002-12-336, Aralık 2002).

"Kurumsal Yönetimin Temel İlkeleri"[36] yayınlanmıştır. Aslında Türk hukukunda, kurumsal yönetim ilkeleri tam olarak ortaya çıkmadan önce, pozitif hukuk düzenlemesi anlamında konuya ilişkin ilk uygulama, SPK tarafından çıkarılan Seri: VI, No: 11 sayılı "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (RG. 08.11.1998, S. 25054)" ile olmuştur[37].

Bu yöndeki en son düzenleme 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanunu (RG. 01.11.2005, S. 25983) olup, bu kanunun kurumsal yönetime ilişkin üçüncü kısmı ile bankalar da kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanacağı anonim şirketlerin kapsamına dâhil olmuştur[38].

---

[36] Kurumsal yönetim alanında inisiyatif sahibi olan SPK, bugün halka açık anonim şirketler, özellikle de borsa şirketleri için geçerli olan kurumsal yönetim ilkelerini, ilk olarak 4 Temmuz 2003 tarih ve 35/835 sayılı karar ile onaylayarak kamuya duyurmuştur (2003/32 sayılı SPK Haftalık Bülteni, 30.06.2003 – 04.07.2003). Bu ilkeler hazırlanırken, başta 1999 yılında hazırlanan ve 2004 yılında revize edilen "OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri" olmak üzere, dünyada benimsenmiş ve tavsiye edilen genel esaslar ile Türkiye'nin kendisine özgü koşulları da göz önünde bulundurulmuştur (SPK-KYİ, Giriş Bölümü). Daha sonra, SPK tarafından gözden geçirilerek güncellenmiş ve 7 Şubat 2005 tarih ve 4/100 sayılı karar ile onaylanarak Şubat 2005'te ikinci kez yayımlanmıştır (2005/6 sayılı SPK Haftalık Bülteni, 07.02.2005 – 11.02.2005).

[37] Kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak, yönetim kurulunun objektif esaslar dâhilinde karar almasını sağlayan, çıkar çatışmalarını önleyici, bağımsız yönetim kurulu üyeliklerini teşvik edici nitelikteki bu ilk düzenleme gibi hükümlerin, tüm anonim şirketlere de teşmil edilmesinin faydalı olacağı hususunda bkz. **Şehirli, K.:** Kurumsal Yönetim, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Ankara 1999, s. 49. Gayrimenkul yatırım ortaklıklarından sonra, SPK'nın, Seri: X, No: 22 sayılı " Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ" (RG, 12.06.2006, S. 26196) ile hisse senetleri borsada işlem gören şirketler de (bankalar hariç) bu kapsamda bir düzenlemeye konu olmuştur.

[38] Bankacılık Kanunu'nun, kurumsal yönetime organ yönünden değil, yönetim açısından yaklaşmakta olduğu ve bu nedenle gerek yürürlükteki gerek tasarı halindeki Türk Ticaret Kanunu yaklaşımını terk ederek bankalara özel kurallar getirdiği hususunda bkz. **Battal, A.:** Bankacılık Kanunu Şerhi, 5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması, Ankara 2006, s. 148.

Kurumsal yönetim, özellikle kaynak ülke olan İngiltere ve ABD'de, bir yandan icra gücü olmayan yönetim kurulu üyeleri aracılığı ile yönetimin içten ve yakından gözetlenmesini amaçlamakta, diğer yandan da etkin bir denetim ve kamuyu aydınlatma önlemlerine yönelmektedir. Bu davranış yönergesinin asıl hedef kitlesi, halka açık anonim şirketlerdir. Bu kuralların uygulanması zorunlu olmayıp, ihlâli de yaptırımlara bağlanmamıştır. Dolayısıyla, bu denetim doğrudan değil, dolaylı nitelik göstermektedir. Zira, bir ortaklığın anılan kurallara uyduğu ölçüde sermaye piyasasında ve borsada itibar ve güven kazanması hedeflenmektedir. Sürekli bir gelişim ve oluşum çabası içerisinde olan bu kurallar, yönetim organının işlevini icracı ve gözetimci işlev olmak üzere ikiye ayırarak, müteselsil sorumluluğu, klasik anlayışın çok ötesinde yeniden şekillendirmekte ve yeni bir sorumluluk anlayışını beraberinde getirmektedir. Bu yönüyle hem Alman sisteminin çift kurulundan, hem de Türk/İsviçre sisteminin üye/murahhas üye modelinden farklılıklar göstermektedir[39].

Şirket yönetimini ele geçiren grubun, yönetim hak ve yetkisini, diğer pay sahipleri aleyhine kötüye kullanma olasılığı, hem anonim şirket üzerindeki bir merkezî otoritenin denetimini kaçınılmaz hale getirmekte hem de "kurumsal yönetim" adı verilen sistemin önem kazanmasına neden olmaktadır.

Kurumsal yönetim yapısı, bir yandan yönetim kurulu tarafından ortaklığın stratejik rehberliğini ve işletme örgütünün etkili bir şekilde gözetimini sağlamalı,

---

[39] **Paslı, A.:** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 1, İstanbul 2004 s. VII. (Ünal Tekinalp'in sunuş yazısı)

diğer taraftan yönetim kurulunun şirket ve pay sahiplerine hesap vermesini temin etmelidir[40].

Yönetim kurulu üyeleri, tam olarak bilgilenmiş bir şekilde, iyi niyetle, işin gerektirdiği özen ve dikkati göstererek, şirket ile pay sahiplerinin menfaatlerini en iyi şekilde gözeterek hareket etmelidirler[41]. Kararların, "tamamıyla bilgi sahibi olduktan sonra verilmesi" şartı için, yönetim kurulu üyelerinin bireysel denetleme hakkının bulunması ve lüzumlu bilgilere istedikleri zaman tam olarak ulaşabilmeleri gereklidir[42].

Her ülkenin kendi yerel şartları sebebiyle ülkeden ülkeye değişen ve temel farklılıklar arz eden kurumsal yönetim kodları hazırlanmasına rağmen, özellikle son yıllarda küreselleşme sürecinin etkisi ile kurumsal yönetim kuralları birbirine yakınlaşmaya başlamıştır. Hakkaniyet (dürüstlük) ilkesi[43], şeffaflık (kamuyu aydınlatma) ilkesi[44], iç sorumluluk (hesap verebilirlik)[45] ile dış sorumluluk[46] gibi

---

[40] SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 1.1; OECD-KYİ V.

[41] SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 2.4; OECD-KYİ V/A.

[42] Bu açıdan TTK m. 353'de denetçilere tanınan özel birtakım inceleme haklarının yönetim kurulu üyelerine de sağlanması yararlı olacaktır (**Paslı:** s. 294).

[43] Tüm pay sahiplerinin kanunen veya esas sözleşme ile tanınan haklarının gerekli ve yeterli bir şekilde korunmasını sağlayan bu ilke uyarınca, şirket işleyişi ile ilgili hiçbir faaliyette dürüstlük kurallarına aykırı olarak bir ayrım yapılmayacaktır. Böylece pay sahiplerinin, şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin haksız ve yolsuz işlemleri ile zarara uğramayacakları hakkında makul bir güvence temin edilmiş olmaktadır(Cadbury Report, Parag.3.3. Ayrıca bkz. SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.).

[44] Bu ilke ile ortaklığın malî durumu, performansı, mülkiyet ve yönetim yapıları gibi temel konuları hakkında gerçek, yeterli, açık ve karşılaştırılabilir bilgilerin, olması gereken zamanda kamuya açıklanması sağlanmaya çalışılmaktadır (SPK-KYİ, Bölüm II, Parag. 1). Bu nedenle şeffaflık ilkesinin kanuni düzenlemeler, cezalar ve sıkı bir denetim sistemi ile güvenceye bağlanmış olması gerekir.

ilkeler kurumsal yönetim anlayışının uluslar arası kabul görmüş temel unsurları olarak yer almaktadır[47].

Bu şekilde geliştirilen ve Türk Hukuku için de gittikçe yaygınlaşan kurumsal yönetim ilkelerinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davasında kullanılması, yeni yaklaşımın yeni denetim modelinde gerçekten işe yaramasının ön şartı durumundadır. Diğer deyişle mahkemelerin denetimini hukuka uygunluk denetimi sınırında tutabilmek için kurumsal yönetim şablonu dikkate alınmalı ve sorumluluğun sınırları bu ilkeler yardımıyla netleştirilmelidir.

C. Sorumluluk ve İptal Davaları Bakımından Hukuka Uygunluk Denetimi

1. Sorumluluk Davası Bakımından

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davası, yöneticilerin denetlenmesi sürecinin nihai aşamasıdır.

---

[45] Yönetimde görev alan kişilerin rolleri ve sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi, yönetim kurulu üyeleri, murahhaslar ve pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin kurulması, kurulan sisteme uyulmaması halinde söz konusu olacak tazminat sisteminin açık bir şekilde ortaya konulması ve ayrıca bu sistemin de objektif şartlar altında sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir (**Paslı:**s.77).

[46] Yöneticilerin; işçiler, alacaklılar, müşteriler, üreticiler, muhtemel pay sahipleri ve devlet gibi tüm ilgililerin menfaatleri ve isteklerini de yerine getirme kaygısını taşımaları, anonim şirket yönetimine sosyal düşünceyi yerleştirme esasına dayanan bir ilke olup, tam bu noktada "anonim ortaklığın sosyal sorumluluğu (corporate social responsibility)" kavramına ulaşılmaktadır. Bu hususta bkz. SPK-KYİ, Bölüm III, Parag. 7.

[47] **Paslı**: s. 71 vd.; SPK-KYİ'nin Giriş bölümünde, söz konusu ilkelerin, tüm uluslar arası kurumsal yönetim yaklaşımlarında geçerli, eşitlik, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk şeklinde ifade edilen, olmazsa olmaz kavramlar haline geldiği ifade edilmiştir.

Ancak bu dava kanuna, esas sözleşmeye veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak alınmış ve zarara sebep olmuş olan yönetim kurulu kararlarının tüm olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıramayabilmektedir.

Bunun birinci sebebi, yönetim kurulu üyelerinin uğranılan zararları tazmin edebilecek mali güçten yoksun olabilmeleridir[48]. Bu problemin çözümü için teminat almak gibi denetim dışı tedbirlere ihtiyaç vardır.

İkinci sebep, sorumluluk davası açma şartlarının pay sahipleri için[49] her zaman aynı ölçüde kolay, pratik ve verimli olmamasıdır.[50] Bu sebep ise denetim mantığı içinde çözülebilecek bir problem niteliğindedir.

O halde sorumluluk davasının şartları geliştirilmeli ve böylece anonim şirket denetiminde geçerli yeni yaklaşımlar, denetimin nihai adımına da uyarlanmalıdır. Bu uyarlamanın yollarından biri de yönetim kurulu üyelerinin ufkunu açacak ve elini güçlendirecek objektif bir kriterler demeti ortaya koymak ve mahkeme tarafından yapılacak olan denetimde de bu kriterlerden yola çıkılmasını sağlamak suretiyle denetimi hukuka uygunluk denetimine dönüştürmek olabilir.

---

[48] **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 280, 281; **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 79.

[49] TTK m. 341/II gereği pay sahiplerinin, pay senetlerini davanın sonuna kadar teminat olarak bir bankaya yatırmaları zorunluluğu, davanın kazanılması hâlinde tazminatın ancak ortaklığa ödenmesini talep edebilmeleri, davanın kaybedilmesi hâlinde dava masraflarıyla vekâlet ücretine katlanmak zorunda kalınması gibi durumlardır.

[50] Bu şartların değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 107, 129-130; **Ansay:** AŞ, s.174; **Arslanlı, H.:** Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 192 *(AŞ II-III)*; **Tekinalp:** Sermaye Piyasası, s. 54; **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 280-281; **Helvacı:** s. 91.

2. İptal Davası Bakımından

İptal davası kavram olarak köken itibariyle idare hukukuna aittir[51]. Özel hukuk alanındaki uygulamaları istisnaidir. Anonim şirketler hukukunda yönetim kurulu kararlarına karşı hukuka uygunluk denetimi kapsamında açılacak bir iptal davası için ortada bir yönetim kurulu kararı bulunması ve bu kararın hukuka aykırı olması[52] yani kanuna, esas sözleşme hükümlerine, objektif iyi niyet kurallarına veya özen yükümüne aykırı olması, sakatlığın hükümsüzlük derecesinde değil iptal edilebilirlik derecesinde olması gerekli ve yeterlidir[53].

Yönetim kurulunun denetlenmesine yönelik klasik yaklaşımın öngördüğü çözümler zararın doğmasına engel olamadıkları gibi, doğan zararı ve işlemin diğer hukuki sonuçlarını ortadan kaldırabilecek birer hukuki araç niteliği de taşımamaktadırlar. Sadece zararın tazminine ve yönetimin değiştirilebilmesine imkân sağlamaktadırlar. Bu haliyle mevcut düzenleme, pay sahiplerinin menfaatlerini tam anlamıyla koruyabilmekten yoksundur. Sakatlığı,

---

[51] İptal davası sırasında bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı sorununu inceleyen yargı organı, bu işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptayacak olursa, iptaline karar vermektedir. İptal, işlemdeki hukuka aykırılığa bağlanan bir yaptırımdır. Amaç, sakat işlem dolayısıyla ortaya çıkmış bulunan veya çıkabilecek olan hukuka aykırılığın giderilmesidir (**Üler, Y.:** İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 148).

[52] **Özkorkut, K.:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s. 138 *(İptal). Aytaç*, Yönetim kurulu kararlarının iptal davasının kapsamının dar tutulması veya sadece doğrudan sonuç doğuran kararların iptal edilebilmesi gerektiği görüşündedir (**Aytaç**:Kayıtlı Sermaye, s. 289).

[53] **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 287; **Siegwart, A.:** Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ, 39.Jg., N. 27, 1942/43, s. 245; **Stauber, E.F.:** Das Recht des Aktionärs auf gesetz-und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung nach schweizerischem Recht, Zürich 1985, s. 210 vd.

hükümsüzlük derecesinde[54] olmayan eksiklik veya aykırılıklarda, yönetim kurulu kararları için en iyi çözüm, son yıllarda öğretide de tartışıldığı gibi, iptal imkânının tanınması olacaktır. Bunu yaparken, iptal davasının aleyhinde ileri sürülen görüşler ve gerekçelerin[55] de dikkate alınması ve iptal müessesesinin bu sorunları da aşacak bir anlayışla düzenlenmesi gerekmektedir[56].

Bir başka açıdan, sorumluluk davasının, yönetim kurulu üyelerinin karar alma iradelerini sekteye uğratma yönünde oluşturduğu tehdit, iptal davasının tanınmasıyla doğacak tehditten daha az değil, aksine daha çoktur. Çünkü, mali güce sahip tek bir pay sahibinin dahi sorumluluk davası yoluyla yönetim kurulu

---

[54] Yönetim kurulu kararlarına karşı hükümsüzlüğün (yokluk veya butlanın) tespiti imkânı, her ilgili tarafından, her zaman açılabilecek bir tespit davasıyla kullanılabileceğinden, yönetim kurulunun işlemez hale getirilmesi olasılığı bulunmaktadır (**Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 284; **Karayalçın:** Tebliğ, s. 287).

[55] Temel sorunlar; kararların tescili, dava süresi ve kimlerin davacı olacağıyla ilgilidir. Ayrıca, iptal davasının tanınmasıyla yönetim kurulunun bir icra organı olarak ortaklığın günlük ticari faaliyetlerini yürütemeyeceği, hareket serbestîsinin kısıtlanacağı, kararların iptalinin iyi niyetli üçüncü kişilerin elde ettikleri hak ve menfaatleri zedeleyebileceği, kötü niyetli ve az sermayeye sahip pay sahipleri tarafından pek çok dava açılarak ortaklığın işlemez hâle getirilip hukuki güvenliğin zedeleneceği yönündeki endişelerdir. Bu sorun ve eleştiriler için bkz. **Aytaç:** Kayıtlı Sermaye, s. 287; **Domaniç:** TTK Şerhi, s. 607- 608; **Karayalçın:** Tebliğ, s. 288; **Moroğlu:** Hükümsüzlük, s. 207. **Özkorkut:** İptal, s. 134.

[56] TTK m. 381'e benzer bir şekilde, kısa hak düşümü süreleri içerisinde, ancak belirli davacılar tarafından ve ancak belirli şartlarla açılabilecek bir iptal davası hukuki güvenlik açısından anonim şirketlerde menfaatler dengesine uygun olacaktır. Kötü niyetli pay sahipleri dava açmaktadır denilerek bu ihtiyaç görmezlikten gelinmemelidir. Öte yandan, TTK m. 384'teki, kötü niyetle iptal davası açanların bu sebeple ortaklığın uğradığı zararlardan müteselsilen sorumlu olmaları hükmünün yönetim kurulu kararları aleyhine açılacak iptal davalarında da benimsenmesi kötü niyetli davacıları caydırıcı bir etkiye sahip olabilecektir. Ayrıca, mahkemeden, ortaklığın muhtemel zararlarına karşı teminat gösterilmesi de (TTK m. 381/IV) istenebilmelidir. Bu hususta bkz. **Özkorkut:** İptal, s. 135–137; **Ansay:** AŞ, s. 174; **Eriş, G.:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 454 vd.

üyelerini zan altında tutabilmesi mümkündür. Yine sorumluluk davasında, yönetim kurulu üyelerinin kişisel malvarlığı gündeme gelmekte (TTK m. 336) ve maddi açıdan üyeler aleyhine çok daha sarsıcı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Bu bakımdan, iptal davasına izin verilmesi, hukuka aykırı işlem ve kararlardan doğacak zararları önlediği ölçüde yönetim kurulu üyeleri gibi ortaklığın ve pay sahiplerinin de menfaatine olacaktır[57].

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN GENEL ÇERÇEVESİ

A. Türk Hukukunda

1. Genel Çerçeve

Ülkemizde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ve sorumluluk davası teoride oldukça fazla işlenmiş bir konudur. Uygulamada ise şirket tarafından açılan sorumluluk davası sıklıkla görülmekte iken pay sahipleri tarafından işletilecek denetim mekanizmasının bir sonucu olarak, yine bunlar tarafından açılan hukuki sorumluluk davasına sık rastlanmamaktadır[58].

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusu, genel olarak Ticaret Kanunu'muzun 336-341'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca diğer bazı

[57] **Stauber:** s. 200.

[58] Pay sahipleri tarafından açılabilecek sorumluluk davasının Kara Avrupası hukuklarında ABD'ye nazaran gelişememesinin, ABD ve Avrupa usul hukukları arasındaki farktan kaynaklandığı ifade edilmektedir (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 50).

hükümlerle, yönetim kurulu üyelerinin uyması gereken ve ihlali hukuki sorumluluk gerektiren davranış yükümlülükleri belirlenmiştir[59].

TTK m. 336/1'in 1-4'ncü bentlerinde[60], yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren bazı haller tek tek sayılmıştır. 5'nci bentte[61] ise, genel bir hükümle yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren "sair" haller de bulunabileceği belirtilmiş ve bunların kasıt veya ihmâl ile yapılmış olmasının sorumluluk için yeterli olduğu belirtilmiştir[62]. Böylece TTK m. 336/1-5 hükmüyle, sorumluluk hallerinin ilk dört bentle sınırlanmış olmadığı düzenlenmiştir. Diğer

---

[59] Şöyle ki, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün ihlâli kapsamında mütalaa edilebilecek üç hâl, Ticaret Kanunu'muzun 332, 334, 335'nci maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. Bölüm 3, I B 2.

[60] TTK m. 336/1-4'ncü bentlerinde yer alan sorumluluk hâlleri şunlardır:

1) Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından vuku bulan ödemelerin doğru olmaması,

2) Dağıtılan ve ödenen kâr paylarının hakîki olmaması,

3) Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız surette tutulması,

4) Umumi heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi.

[61] TTK m. 336/1-5 "*Gerek kanunun gerek esas sözleşmelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmâl neticesi olarak yapılmaması*" şeklindedir.

[62] 5'nci bent ile birlikte 1-4'ncü bentlerin sayılmış olması, bu hallere özel önem verildiğini göstermektedir. Zira 5'nci bentte sözü edilen görevlerin bir murahhas üyeye bırakılması halinde diğer yönetim kurulu üyelerinin gözetim görevi dışında bir sorumluluğu kalmamaktadır. Hâlbuki 1-4'ncü bentlerde sayılan sorumluluk hallerinde böyle bir imkân tanınmamış olup, bu görevler bir murahhasa bırakılsa bile yöneticilerin müteselsil sorumlulukları devam etmektedir.

1-4'ncü bentlere özel önem verildiğini gösteren bir başka delil olarak; kasıt veya ihmâlin sadece 5'nci bent bakımından öngörülmesinin, 1-4'ncü bentler bakımından kusursuz (objektif) sorumluluğun kabul edildiği kanaati hususunda yapılan değerlendirmeler için bkz. **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 13-16.

yandan TTK m. 338'de, yönetim kurulu üyeleri için müteselsil sorumluluk esası öngörülmekte ve sorumluluğun varlığı halinde her bir yönetim kurulu üyesinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmekte, kusuru bulunmadığını iddia eden yönetim kurulu üyesinin bunu ispat ederek, müteselsil sorumluluktan kurtulabileceği benimsenmektedir[63].

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu bir hareketin kendilerine isnat edilebilmesi gerekmektedir[64]. Bununla beraber, yönetim kurulu

---

[63] Bu hususla ilgili olarak bkz. **Helvacı:** s. 40 vd. TTKTas'da yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna ilişkin düzenlemede, TTKTas'ın "Teselsül ve Rücu" başlığını taşıyan 557'nci maddesi şöyledir:

"1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerini göre, zarar şahsen kendisine isnat edilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

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

3) Birden çok sorumlu arasındaki rücu, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak yargıç tarafından belirlenir."

Gerekçede bu hükmün düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759'ncu maddesinin esas alındığı belirtilmektedir.

[64] Doktrinde hakim görüş, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu yönündedir.Bu hususta bkz. **Mimaroğlu, S.K.:** "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti", Ankara 1967, s. 27-29; **Atan, T.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 20; **İmregün, O.:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 108 *(AO)*; **Ansay:** AŞ, s. 125; **Tandoğan, H.:** Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 113, dpn. 138; **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 12- 14. Bununla beraber, TTK m. 336' da düzenlenen ilk dört bendin kusursuz sorumluluk olduğu fikrinin de tartışıldığı görülmektedir. Bu hususstaki görüşler için bkz. **Arslanlı:** AŞ II-III, s. 169; **Atan:** s. 23-25; **Çamoğlu, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı", İkt. Mal., C. XVI, S. 9, s. 359 *(Rekabet Yasağı).*

üyelerinin kusur aranmaksızın sorumlu tutulacakları haller de mevcuttur[65]. Şöyle ki, TTK m. 335, rekabet yasağını ihlâl eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda kusur şartı aramamıştır[66]. Doktrinde, bundan başka da objektif sorumluluk hallerinin mevcut olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, TTK m. 67'de yer alan ticari defterlere ilişkin genel sorumluluk kuralında, ticarî defterlerin gereği gibi tutulmaması veya saklanmaması halinde kusursuz sorumluluk öngörüldüğü[67], ayrıca, yöneticilerin özen borçlarını ihlâl etmeleri halinde de objektif bir sorumluluğun söz konusu olduğu savunulmuştur[68].

2. Sorumluluğun Şartları

Yönetim kurulu üyeleri, görevlerini gereği gibi yerine getirmeyerek sebep oldukları zararlar dolayısıyla açılacak sorumluluk davasında, her şeyden önce - bir akitle bağlı oldukları[69]- anonim şirket tüzel kişisine karşı sorumludurlar[70]. Davanın tarafları olarak, kuruluştan doğan sorumluluk hakkındaki TTK m. 309/I'de her ne kadar sadece ortaklar ve alacaklılardan bahsedilmekte ise de,

---

[65] Bu durumlarda da kusur karinesi (TTK m. 338) ve özen borcu (TTK m.320) ile pekiştirilmiş bir kusur sorumluluğunun, olumsuz yönleri bulunan kusursuz sorumluluğa göre daha yeterli ve dengeli olduğu konusunda bkz. **Helvacı:** s. 41, dpn. 133. Aynı yönde bkz. Yg. 11. HD 27.02.1990, E. 9543, K. 1576 (**Eriş:** Şerh, s. 976-977*).*

[66] **Çamoğlu:** Rekabet Yasağı, s. 359; Aksi görüş için bkz. **İmregün:** AO, s. 189, dpn. 81.

[67] **Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 169; dpn. 186; **İmregün:** AO, s. 189.

[68] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 71 vd.

[69] Şirketle yönetim kurulu üyeleri arasında mevcut olan sözleşme genellikle vekâlet olarak nitelendirilmektedir (**Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 107; **İmregün:** AO, s. 186, 202; **Ansay:** AŞ, s. 123; **Mimaroğlu:** s. 106- 107; **Atan:** s. 15; **Krneta, G.:** Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Art. 707, N. 279; **Lazopoulos, M.:** Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004. s. 20).

[70] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 98-101.

yönetim kurulu üyelerinin, dolayısıyla zarar[71] gören bu kişilere karşı sorumlulukları da, esasen ortaklığa karşı olan sorumluluklarının bir sonucudur[72]. Dolayısıyla sorumluluk davasında asıl hak sahibi, anonim şirket tüzel kişisidir (TTK m. 341).

Anonim şirket yönetiminde sorumlu tutulabilecek kişiler Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça sayılmış olup, bunlar; yönetim kurulu üyeleri (m. 336), müdürler (m. 342), denetçiler (m. 359) ve kuruculardır (m. 305-309). Bunlar dışındaki kişileri, anonim şirketler hukukunun genel kuralları yardımıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak doktrinde, yönetim kurulunun görevine giren işleri yapan, gerek konumu gerek kullandığı yetkiler bakımından, şirketin iradesinin oluşumuna fiilen katılan kişilerin, sorumlu tutulabilmeleri ve bunlara TTK m. 336 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir[73].

---

[71] Genel bir formülle denebilir ki, yönetim kurulu üyelerinin şirket malvarlığını kötüleştiren bütün işlemleri ve davranışları, ortaklar ve alacaklılar bakımından dolaylı zarar oluşturmaktadır (**Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 112 vd).

[72] Türk Ticaret Kanunu, ortaklara ve alacaklılara dava hakkı tanımak suretiyle, sorumluluk hukukundaki iki önemli müesseseye istisna getirmiştir. Birincisi, bunların şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki akde taraf olmamalarına karşın, bu akdin ihlâli dolayısıyla – hattâ doğrudan doğruya- uğradıkları zararların, tazminat ortaklığa verilmek şartıyla tazminini isteyebilmeleridir. Bu istisna, aynı zamanda usul hukuku yönünden davada taraf olmayan kimse lehine tazminat istenemeyeceği kuralına getirilmiş bir istisnadır. İkinci istisna, haksız fiil sorumluluğunda, dolayısıyla zarar gören şahsın, bunun tazminini isteyemeyeceği kuralına getirilmiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 97, 109-110; **Tandoğan, H.:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961,s. 105-107 *(Mesuliyet);* **Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 181-183.

[73] **Helvacı:** s. 32; **Kırca, İ.:** "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 505.

Öte yandan Bankacılık Kanununa göre de yönetim kurulu tarafından, hâkim ortaklara menfaat sağlamak amacıyla kanuna aykırı karar alınmış ve çeşitli işlemler yapılarak, haksız kazanç elde edilmişse, elde edilen menfaatlerle sınırlı olarak ilgili ortakların şahsen sorumluluğuna gidilebilmektedir (BanK m. 110)[74].

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun öngörüldüğü 553'ncü maddede yer alan "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" hükmündeki "yöneticiler" ifadesi, anonim şirket yönetiminde sorumlu tutulabilecek kişilerin kapsamını genişletmektedir[75]. Ancak maddenin gerekçesinde, "yöneticiler" ibaresinin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 754' ncü maddesi[76] kadar geniş kapsamlı olmadığı, İsviçre'deki anlayışı aşacak bir mahiyete sebebiyet vereceği endişesiyle ve

---

[74] Söz konusu düzenleme hususunda bkz. **Battal:** s. 354 vd.; **Korkut, Ö.:** Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007, s. 190.

Yönetim kurulu üyesi olmadığı hâlde, yetkisiz bir şekilde toplantılara katılan menfaat sahibinin, yönetim kurulunun yetki ve görevlerini gasp eden kişi olarak nitelendirildiği hususunda bkz. **Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku, B. 4, Adana 2003, s. 422.

[75] Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin giriş bölümünde, şirketin icra başkanı/genel müdürü, genel koordinatör dâhil, bunların yardımcıları, şirketin organizasyon şemasında yer alan ana birimlerin başında bulunan personel ve bunların yardımcıları, ayrıca yönetimde söz sahibi olan yönetim kurulu başkanına veya icra başkanı/ genel müdüre doğrudan bağlı olarak çalışan personel ile birlikte danışman gibi diğer personelin de ilkelerde yönetici olarak adlandırıldığı ifade edilmiştir.

[76] İsvBK'na göre, "yönetim kurulu üyeleri ile tasfiye ve yönetim ile uğraşan kişiler" sorumlu tutulmaktadır. İsviçre hukukunda, gerek Federal Mahkeme kararlarında gerekse doktrinde fiili organ uygulamasının kabul edildiğine ilişkin bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz /Nobel:** §19, N. 18.

banka hukukundaki deneyimlerden hareketle, fiilî organları[77] kapsayan bir ifadeye yer verilmediği belirtilmektedir[78].

Ortaklığın yönetim kurulu üyeleri aleyhine açtığı davanın konusu, verilen zararın tazmini olacaktır. Bu sorumluluk davasının açılmasına karar vermeğe yetkili organ genel kuruldur. Yargıtay, eski kararlarında genel kurul kararını sorumluluk davasının dinlenme şartı sayarken, yeni kararlarında davacıya süre vererek, genel kurul kararı şartını tamamlatmaktadır [79].

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kusur sorumluluğudur[80]. Sorumluluğun şartları bakımından ilk önce, bir zararın doğmuş olması şarttır. Çünkü mahkemece varlığı kabul edilmiş bir zarar yoksa tazminata da hükmedilemez[81].

Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bir diğer şart ise hukuka aykırılık olup, yönetim kurulu üyesinin kanun ve esas sözleşmede öngörülen

---

[77] Fiilî organlık, şirketin kanun ya da esas sözleşme ile açıkça öngörülen bir organı durumunda olmamakla birlikte, gerek konumu gerekse kullandığı yetkiler bakımından şirket iradesinin oluşmasında etkili olunması hâlidir (**Forstmoser/Meier-Hayoz /Nobel:** §19, N. 18; **Helvacı:** s. 9; **Nomer, F.:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 74 vd).

[78] Türk Ticaret Kanunu'nda fiilî organ gibi davranan kişinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu'ndaki düzenleme ise, istisnai bir hüküm olup, genelleştirmeye müsait değildir.

[79] **Akyazan, S.:** Son İçtihatlarla Gerekçeli Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971, s. 245-246, N. 347; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 599.

[80] Kusur sorumluluğunun kurucu unsurları; zarar, kusur, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır (**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 468). Bu şartlar Türk ve İsviçre şirketler hukukunda olduğu gibi ABD şirketler hukukunda da geçerlidir. Bkz. **Grass:** s. 21.

[81] **Atan:** s. 44. Yalnızca zarar tehlikesi dava açmak için yeterli değildir (**Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 599).

yükümlülüklerinden birini ihlâl etmiş olması gereklidir[82]. Şirketi, kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak idare etmekle yükümlü olan yönetim kurulunun, bu yükümlülüğünün ihlâlinden söz edebilmek için, ilgili kanun veya esas sözleşme hükmünün açık olması gerekmektedir. Esasında, yönetim kurulu üyelerinin böyle bir hususta verecekleri kararları, gerçek anlamda bir karar olarak nitelendirmek zordur. Çünkü bu gibi durumlarda üyelerin faaliyeti, ayrıca bir zihnî çabayı gerektirmeksizin, kanun ve esas sözleşmede belirtileni yapmaktan ibarettir. Bu yüzden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, bu tür kararlar nedeniyle değil, takdir yetkisine dayalı olarak verilen kararlar dolayısıyla gündeme gelmektedir[83].

Uygun illiyet bağı yanında, üyenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir diğer husus da, kusur şartıdır. Bu yüzden, kararın alınmasında ve uygulanmasında üyelere herhangi bir kusur isnat edilemiyorsa, zarar doğmuş olsa bile, üyeler bundan sorumlu tutulamazlar.

---

[82] Bu hususta bkz. **Bilgili, F.:** İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 96 *(Sorumluluk);* **Forstmoser/Meier-Hayoz /Nobel:** § 37, N.20.

[83] Bu hususta bkz. **Kırca, İ.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, Batider 2004, C.XXII, S. 3, s. 87, dpn. 9-10 *(Özen Borcu).*

B. Yabancı Hukukta

1. Alman Hukuku Bakımından

a. Genel Çerçeve

Özellikle son yıllarda Alman hukukunda yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu alanında reform çalışmaları yapılmaktadır[84]. Bu reformlardan birisi de anonim şirketlerin modernizasyonu çerçevesinde 01.11.2005'de yürürlüğe giren, 22 Eylül 2005 tarihli "İşletmelerde Bütünlüğün Sağlanması ve İptal Davası Hakkının Yeniden Düzenlenmesi"ne dair kanunda (UMAG)[85] ele alınmış ve sorumluluğun artırılması yönünde bir eğilim gelişmiştir. Zira bu değişiklikle Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) § 147/2'ye göre, azınlık pay sahiplerine yönetim kuruluna karşı kendi adlarına sorumluluk davası açabilme imkânı getirilmiştir.

Ancak diğer yandan yine aynı tarihli değişiklikle, (APOK§ 93 I)[86] fıkrasına ikinci bir cümle eklenmiş ve business judgment rule-BJR'den esinlenerek,

---

[84] Bu hususta bkz. **Kervankıran, E.:** Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu- Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, C.I, s. 249 vd.; **Ansay:** AŞ Nereye, s. 51, 53.

[85] "Gesetz zur Unternehmensinxtegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts"

[86] Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu konusunda temel normu oluşturan sözkonusu maddeye göre; yönetim kurulu üyeleri işletmelerin yönetiminde düzenli ve itinalı bir yöneticide olması gereken özen ve dikkati göstermek zorundadırlar:

"Paragraph 93 Aktiengesetz:

Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise

yönetim kurulunun işletmeyle ilgili aldığı kararlardan dolayı sorumluluğunun alanı netleştirilmek ve bu alanda yöneticilerin aleyhine olan belirsizlik giderilerek sorumluluk alanları daraltılmak istenmiştir[87].

APOK § 93 I hükmünün ikinci cümlesiyle getirilen sorumsuzluk karinesi (business judment rule-BJR); yönetim kurulu üyelerinin, işletmeyle ilgili aldıkları kararlarda, ağır kusurlu olmaksızın, yeterli bilgiye dayanarak kendi muhakemelerine göre ve şirket yararına hareket ettikleri durumlarda, yükümlülüklerini ihlal etmemiş olacaklarına ilişkindir. Böylece, işletmeyle ilgili alınan kararlardan doğan sorumluluk konusunda, yeknesak bir uygulama sağlamak için ciddi anlamda ihtiyaç duyulan bir düzenlemeye kanunda yer verilmiş olmaktadır[88].

Alman Hukukunda, bu ilke kabul edilmeden önce de şirket yöneticileri, zarar doğuran hatalı kararlarından ötürü belli hallerde sorumlu tutulmamaktaydılar. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin kendi faaliyetleri çerçevesinde serbest hareket edebilme ve karar alabilmeleri anlamında bir takdir yetkisi bulunmaktaydı. Bu takdir yetkisi aşıldığı durumlarda da yönetim kurulu üyeleri, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununa göre (§93 I 1) gerekli özeni

---

annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."

[87] UMAG Gerekçe, II A 1, s. 21 (http//www.bmj.bund.de/media/archive/797.pdf). Aynı eğilim, TTKTas. m. 369 ile Türk hukuku bakımından da gündemdedir.

[88] Bu konuda bkz. **Bilgili, F.:** Alman Hukukunda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İşletmeyle İlgili Aldığı Kararlardan Dolayı Sorumluluğu ve Yeni Hazırlanan Kanun Tasarısıyla Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda Bu Konuda Getirilen Değişiklikler, E- Akademi, 2004, S. 33, Parag.15 *(Değişiklikler).*

göstermemiş sayılarak, oluşan zararlardan dolayı sorumlu (§93 II) tutulmaktaydılar.

Burada tezimizle de ilgili olarak öne çıkan sorun, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Yani yönetim kurulu üyelerinin kararlarını alırken ne ölçüde serbest hareket edip, takdir yetkilerini kullanabilecekleridir ki bu da sözü edilen değişikliği içeren APOK §93 I'in birinci cümlesinin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır[89]. Ancak yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun belirlenmesi hususunda, genel geçer bir ölçü de bulunmamakta olup, işletmenin büyüklüğü ve niteliği, konjonktürel durumlar, çalışan sayısı ve yapılacak işlerin yönetim kurulu üyeleri arasında dağıtılması gibi hususlar, bu konuda dikkate alınacak ölçütler olarak karşımıza çıkmaktadır[90].

Alman hukukunda APOK §93 I'in birinci cümlesinde bir taraftan yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün sınırları belirlenmekte, diğer taraftan ise bu sınırların ihlalinde sorumluluğun doğacağını bildiren genel bir kural öngörülmektedir. Böylece, hem özen borcuna aykırılık halinde sorumlu tutabilmek için gerekli olan "kusur şartı" oluşmuş hem de yükümlülükler konusunda normatif objektif bir ölçü getirilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin şirketin yönetiminde verdikleri kararlar, her olayın niteliğine göre düzenli ve itinalı bir yöneticinin aynı şartlarda vereceği karara uyuyorsa, gerekli özen ve dikkatin gösterilmiş olduğu kabul edilecektir[91].

---

[89] **Kervankıran:** s. 251.

[90] **Schmidt-Leithoff, C.:** Die Verantwortung der Unternehmensleitung, Tübingen 1989, s. 401.

[91] **Mertens, H.J.:** Kölner Kommentar zum AktG, 1988, § 93 N.6.

b. Sorumluluğun Şartları

APOK § 93 I'e göre yönetim kurulu, ortaklığı özenle yönetmekle ve şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları ise § 93 II'de düzenlenmiştir: Yükümlülüklerini yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri, ortaklığa verdikleri zarardan dolayı müteselsilen sorumludurlar. Düzenli ve bilinçli (özenli, itinalı) bir yönetici gibi davrandıklarını ispat ederlerse sorumluluktan kurtulurlar.

APOK § 93 II, yönetim kurulu üyelerinin ister kasıt, ister ihmal boyutunda olsun, şahsi kusurlu davranışları için getirilmiş bir sorumluluk öngörmektedir. Buna göre, somut bir olayda düzenli ve bilinçli bir yöneticinin gösterdiği özeni ortaya koymayan yönetim kurulu üyesi kusurludur.

Yönetim kurulu üyeleri, yükümlülüklerini ihlal etmeleri nedeniyle yol açtıkları zararlardan dolayı sorumludurlar. Buradaki zarar kavramı, işletmenin amacına aykırı düşecek şekilde, şirket malvarlığının azalmasına yol açan davranışlar ve olgular biçiminde anlaşılmalıdır. Bunun için yapılan işle orantısız, özel bir takım menfaatlerin veya önceliklerin gözetilmesi sonucu özen yükümünün ihlal edildiğinin fark edilebilmesi lazımdır[92].

Alman hukukunda, zarar ile yükümlülüklerin ihlali arasında uygun nedensellik bağının varlığı aranmaktadır. Buna göre, olayların normal seyrine göre bir davranışın söz konusu zararı meydana getiremeyeceği kabul ediliyorsa, uygun nedensellik şartı gerçekleşmemiş demektir. İspat külfeti ise, genel

[92] **Bilgili:** Değişiklikler, s. 118

ilkelerden ayrılmak suretiyle yönetim kurulu üyelerinde olup, düzenli ve bilinçli bir yönetici gibi davrandıklarını ispat etmek zorundadırlar[93].

2. İsviçre Hukuku Bakımından

a. Genel Çerçeve

İsviçre'de de yöneticiler aleyhine açılabilecek tazminat davalarına ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Ancak bizde olduğu gibi İsviçre'de de, bu davanın, yöneticilerin denetimindeki önemi bilinmesine ve vurgulanmasına rağmen, tam bir işlerlik kazandırılamamıştır. Bu sebeple yakın tarihte, bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve davanın açılmasını engelleyen bazı olumsuz nedenlerin kaldırılması yoluna gidilmiştir[94].

İsviçre ile Alman anonim şirketler hukuku arasında yönetim kuruluna ilişkin sorumluluğun gerek öngörülüş tarzı, gerekse de buna esas teşkil eden hukuki yaklaşım bakımından geniş ölçüde benzerlik bulunmaktadır. Bununla birlikte, İsviçre tazminat hukukunda zarar ile tazminat miktarı arasında bir paralellik bulunmamaktadır. Zira, İsviçre hukukunda hâkim, olayın özellikleri ve zarar ölçüsünde değil, failin kusuru ölçüsünde tazminat türüne ve miktarına hükmedecektir. Daha başlangıçtan itibaren kanunların boşluk içerebileceği

---

[93] UMAG gerekçesine göre APOK § 93 I'in ikinci cümlesinde düzenlenen business judgment rule-BJR, APOK § 93 I'in birinci cümlesine karşı istisnai ve sınırlayıcı bir kural olarak düzenlendiği için kaynak Amerikan hukukundan da farklı olarak ispat yükü, yönetim kurulu üyesine düşmektedir (UMAG-Gerekçe, s. 57). Yönetim kurulu üyesi de, vermiş olduğu kararın business judgment rule-BJR kapsamına girdiğini ispatla yükümlülükten kurtulabilecektir.

[94] Diğer taraftan sorumluluk davasının, sonuçta davacı şirketin ve dolayısıyla ortakların zararına sebebiyet vermesi gibi kendi içinde çelişkileri olduğuna dair bkz. **Ansay:** AŞ Nereye, s. 51, 53.

kanaatinden hareketle, örf ve adet hukuku ile hâkimin hukuk kuralı oluşturma yetkisi gibi alternatif çözüm yolları öngören İsviçre hukukunun bu yaklaşımı, bazen hukuki belirsizliklere ve güvensizliklere de yol açabilmektedir. Alman hukukunda ise kusurun niteliğinin tazminat miktarına etkisi olmayıp, hafif ihmalde bile tam tazminat prensibi geçerlidir[95].

OR Art.754 Abs.1'e göre yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye işleri ile ilgili tüm şahıslar, gerek şirket ve pay sahipleri gerekse de şirket alacaklıları karşısında, kasten veya ihmal yoluyla verdikleri zararlardan ötürü sorumludurlar.

Öğretide hâkim olan görüşe göre, ortaklığın yönetimi ile ilgili şahıslar ifadesinin kapsamına yalnızca şeklen organ olarak atanmış kimseler değil, şeklen atanmamış olsa dahi şirket adına önemli kararlar alan şahıslar da girer[96].

b. Sorumluluğun Şartları

OR Art.754 Abs.1'e göre iç ilişkideki sorumlulukta dava açabilecekler, şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları olmak üzere şirkette zarara uğrayabilecek her kesimdir.

Sorumluluğun şartlarından biri zararın ortaya çıkmasıdır. Zarar ile anlaşılması gereken, zarar verici davranış yapılmasaydı zarar görenin malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki olumsuz farktır. Pay

---

[95] Alman hukukunda, öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tam anlamıyla sağlamak ve mahkeme kararlarında muhtemel keyfiliklere son verebilmek üzere, uygulamada karşılaşılabilecek tüm sorunları kapsayabilecek ve bunları mümkün olduğunca kanunla çözebilmek üzere tek tek düzenleme getirme anlayışı hâkimdir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgili:** Değişiklikler, s.187-189.

[96] **Bilgili:** Değişiklikler, s.92

sahiplerinin ve alacaklıların, şirket malvarlığının olumsuz bir şekilde etkilenmiş olması dolayısıyla doğan dava haklarından bağımsız olarak, örneğin organların haksız fiil niteliğindeki davranışları gibi doğrudan kanundan veya şirket sözleşmesinden doğan dava hakları da bulunmaktadır[97].

Organların sorumluluğunun doğabilmesi için kendilerine yüklenilen yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması gereklidir. Organın kanunen kendisine verilen görevleri yerine getirmemesi ve bunun neticesinde ortaklığın bir zarara uğramış olması halinde yükümlülük ihlalinden söz edilebilecektir[98].

Gerek yönetim kurulu üyelerinin, gerekse de diğer yöneticilerin, şirket karşısındaki sorumluluğunun sınırları bakımından OR Art.717 büyük bir değer taşımaktadır. Zira hükmün birinci fıkrasına göre, söz konusu yöneticiler görevlerini yerine getirmede objektif özen borcu altındadırlar ve ortaklığın menfaatlerini tam bir sadakatle korumak zorundadırlar. Gösterilecek özenin ölçüsü, yöneticinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimam değil, daha ziyade, içinde bulunulan meslek grubu açısından gösterilmesi gereken özen miktarıdır. Şu halde yöneticiler, aynı durumdaki bir yöneticinin işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermelidir[99]. İkinci fıkraya göre ise yöneticiler, aynı şartlar altında tüm pay sahiplerine eşit davranmak zorundadırlar.

---

[97] **Bilgili:** Değişiklikler, s.95-96.

[98] **Druey, J. N. / Forstmoser, P.:** Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd.5, Zürich 1994, s.45 vd.

[99] Özen yükümü bakımından bu denli yüksek bir kriterin aranması eleştirilmektedir (**Wiegand**, **W.:** Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, von Büren, Roland/ Hausheer, Heinz, Bern 1993, s.11).

Sorumluluğa hükmedebilmek için aranan diğer bir unsur da yükümlülük ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının var olmasıdır. Hayat tecrübeleri ve olayların normal akışına göre yükümlülük ihlalinin, bu türden bir zarara yol açabileceğinin doğal olarak kabul edilebilmesi gerekir[100].

OR Art.754 te öngörülen sorumluluk, bir kusur sorumluluğudur ve burada en azından ihmale dayanan bir davranış sorumluluğun tesisi için yeterli sayılacaktır. Somut olayda ihmale dayanan davranış genelde organın zarardan kaçınılması için gerekeni yapmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kusurluluğun araştırılmasında objektif bir davranış kriteri, yani ortalama bir hareket tarzı standart alınacak, bunun altında kalanlar kusurlu davranış olarak nitelendirilecektir[101].

3. ABD Hukuku Bakımından

a. Genel Çerçeve

Business Judgment Rule, yönetim kurulu üyeleri (directors) ve müdürlerin (officiers) sorumluluklarının bir parçasını oluşturmakta olup, buna ilişkin değerlendirmeleri ABD sorumluluk hukukuna değinmeden yapmak mümkün değildir.

ABD'de anonim şirketlerde (Business Corporation) yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hukuki temelleri öncelikle common law'ın ilkeleriyle atılmıştır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri, kötü niyetli olarak kendilerine verilen görevleri ihmal ve özellikle dikkat ile özen yükümlülüklerini ihlal ederlerse

[100] **Bilgili:** Değişiklikler, s. 99

[101] **Wiegand:** s.10; **Druey / Forstmoser:** s. 49 vd.

ya da şirketin amaçlarıyla örtüşmeyen karar ve eylemlerde bulunurlarsa sorumlu tutulmaktadırlar.

İkinci olarak, her bir eyaletin eğer varsa özel olarak yaptığı düzenlemeler bulunmakta olup, bunların başında da Delaware eyaleti[102]gelmektedir. Yine sorumluluk hukukuna ilişkin olarak Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) ile Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)'n konuyla ilgili özel kanun taslağı olan Section of Business Law da referans olarak önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle RMBCA, kanuni bir düzenlemeye konu olmamış

---

[102] Bazı eyaletler, kanunlarla anonim şirketlere getirilen çeşitli kolaylıklarla veya mahkeme kararlarının oluşturduğu elverişli içtihat hukuku kolaylıkları ile şirketler cenneti olmuşlardır. Bu eyaletlerin başını Delaware çekmektedir. Ülkenin ticaret hukuku yapısında modern, liberal ve detaylı olarak düzenlemeler yapma niteliğiyle öne çıkan bu eyaletin yüksek mahkemesi olan Delaware Supreme Court, bulduğu çözümler ve hüküm verme yöntemi ile şirketler hukukuna ilişkin sorunlarda yol gösterici olarak kabul edilmektedir (**Cary/Eisenberg:** s.127). New York Borsasına kayıtlı şirketlerin %45'i bu eyalette kurulmuştur. Eyalet gelirlerinin yaklaşık %15'i bu anonim şirketlerden sağlanmaktadır (**Dooley, M. P./ Goldman, M.D.:** Some Comparisons Between The Model Business Corporation Act and the Delaware General Corporation Law, 56 Bus. Law., 2001, s. 737). Bu eyalette kanun koyucular, şirketlerin sorunlarına daha sıcak bir anlayışla yaklaşabilmektedirler. Özellikle yöneticileri kayıran hükümlerin, birçok şirketi sonradan merkezlerini Delaware'e taşımaya teşvik ettiği de belirtilmektedir. Diğer taraftan eyalet mahkemelerindeki hâkimlerin ve avukatların anonim şirketler hukukunda uzmanlaştıkları ve ihtilafların daha rahatlıkla çözümlendiği de ifade edilmektedir. Bu nedenle, Delaware eyaleti yargı sistemi, sıklıkla "şirketler hukukunun ana mahkemesi" gibi değerlendirilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Balotti , R.F. / Finkelstein, J.A.:** The Delaware Law of Corporations and Business Organizations, 1990, s. 4; **Hamilton, R.W.:** Corporations, Black Letter Series, St. Paul 1992, s. 68. Enron şirketinin merkezinin Delaware'de değil de, Oregon'da olması bu noktada anlamlıdır (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 10).

olmasına rağmen, bütün eyaletlerde şirketler hukuku için bir şablon vazifesi görmektedir[103].

Amerikan Hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili düzenlemeler, genel hatları itibariyle İsviçre-Türk hukuk sistemine göre çok da farklılık göstermemektedir[104]. Sorumluluk davasına muhatap olacak kişiler, yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve sınırlı olarak da pay sahipleri (shareholders) dir. Yürütme organının en başında corporate directors bulunmakta olup, esasen yönetimin bir kısmını oluşturan inside directors ve gözetim işlevi olan outside directors olarak ikiye ayrılmaktadır. Inside directors, outside directors ile birlikte, tamamıyla bizdeki yönetim kuruluna karşılık gelmekte olan board of directors'ı oluşturmaktadırlar[105]. Pay sahipleri tarafından seçimle gelen yönetim kurulu üyeleri ile bunlar tarafından doğrudan doğruya görevlendirilmiş olan müdürler ve tam yetkili ticari temsilciler aynı sorumluluk hükümlerine tâbidir[106].

ABD hukukunda, hukukî nedeni açısından bakıldığında şirketin uğradığı zararlar için açılan tazminat davası (derivative action) ile pay sahiplerinin uğradıkları doğrudan zararlar için açılan tazminat davası (class action) şeklinde

---

[103] **Knepper, W. E./Bailey, D.A.:** Liability of Corporate Officers and Directors, Virginia 1988, § 1. 06; **Cary/Eisenberg:** s. 132; **Pinto/ Branson:** s. 33.

[104] **Grass:** s. 14.

[105] **Hamilton:** Black Letter, s. 150*;* **Heen, H.G./Alexander, J.R.:** Law of Corporations, St. Paul 1983, s.143; **Black, H.C.:** Black's Law Dictionary, St Paul 1990, s.1405.

[106] **Wright, D./Creighton, B.:** Rights and Duties of Directors, London 1991.

iki ayrı dava tipi bulunmaktadır. Bunlar, yöneticilerin dolaylı olarak denetiminde kullanılan etkili birer araçtırlar[107].

Bir yönetim kurulu üyesinin, şirkete karşı olan yükümlüklerini ihlal etmesi sonucu bir zarar doğduğunda, yalnızca doğrudan zarar gören o tüzel kişi değil, aynı zamanda her bir pay sahibinin de bu zararların tazminini talep etme (derivative suit) hakkı bulunmaktadır[108].

Esasen, zararın tazminini talep hakkı doğrudan şirkete ait olduğu için bir pay sahibinin, bu dava yoluna başvurmadan önce mutlaka bireysel olarak kendi haklarını şirketten şikâyet yoluyla talep etmesi (demand on the board) gerekmektedir[109]. Bu şikâyet yoluna başvurmaksızın, pay sahibinin dava

---

[107] ABD şirketler hukuku, pay sahibi davalarının pek çok örnekleri ile doludur. Hattâ bu tür davalar cazip bir kazanç aracı olarak özellikle avukatlar tarafından kötüye de kullanıldığından, bazı kısıtlamalarla sınırlandırılması da önerilmektedir. Bu kısıtlamalara örnek olarak, davacı sayısının 100'den fazla olması ve dava konusunun 5 milyon doları aşması durumunda Federal Mahkeme'nin yetkili kılınması verilebilir. ABD hukukunda özellikle pay sahibinin açacağı davalar bakımından önem arz eden diğer bir husus da, davanın kazanılmaması halinde karşı tarafın avukat masraflarını ödeme zorunluluğunun bulunmamasıdır. Ayrıca davanın kazanılması şartına ve oranına bağlı bir vekâlet ücreti üzerinde müvekkil ile avukat önceden anlaşabilmektedirler Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hornstein, G. D.:** The Shareholder's Derivative Suit in the United States, The Journal of Business L., 1967, s. 282 vd., 286; **Ansay:** AŞ Nereye, s. 52.

Pay sahiplerinin açtıkları davaların hangi hallerde kabul edilebilir olduğu ve hukukçuların mütalâalarını da almış olmaları halinde yöneticilerin takdir haklarına (business judgment) ağırlık verilmesi gerektiği konusunda bkz. **Harlan, M. Blake.:** The Shareholders' Role in Antitrust Enforcement, Univ. of Penn. L. Rev., 1961, C. 110, s. 143 vd.

[108] **Knepper/Bailey:** § **1. 87 vd.; Cary/Eisenberg:** s. 1013 vd.; **Wright/Creighton:** s. 117 vd. **Pinto/ Branson:** s. 388 vd.

[109] **Block, D. J. / Radin, S. A. / Barton, N. E. :** The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, New York 2001, s. 721; **Knepper/Bailey:** § **1. 88; Black:** s. 1405.

açması mümkün değildir. Zira bu şikâyet yolu bir dava önşartıdır[110]. Pay sahibi böyle bir talepte bulunmaksızın dava açarsa davaya şirket tarafından itiraz edilebilir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun tarafsızlığını kaybettiği durumlarda ya da bütün yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmak istendiği zamanlarda, dava için bu özel şikâyet yoluna gitmek zorunlu değildir[111].

Bu tazmin talebi karşısında, yönetim kurulunun kararı olumlu olursa, şirket, pay sahibinin tazminat talebini karşılar ve ödediği tazminatı rücuen talep etmek üzere davayı (derivative suit) yürütür.

Buna karşılık yönetim kurulu bu talebe karşı örneğin, sorumluluk koşullarının tamamlanmadığı görüşünde olduğu için dava açmama kararı alırsa, pay sahibinin bu karara karşı yetkili mahkemeye itirazda bulunarak da dava açma hakkı vardır[112]. Şayet mahkeme, bu itirazı haklı bulmazsa (demand futility), davacı pay sahibinin tazminat talebini reddeder. Buna karşın mahkeme, tazmin talebiyle şikâyet (demand) zorunluluğunu somut olay için gerekli görmez ve davacıyı haklı bulursa, davanın esasına girilir ve karar verilir[113].

Pay sahiplerinin taleplerine (demand) yönelik verilen yönetim kurulu kararlarına karşı açılan itiraz davaları, business Judgment Rule-BJR alanında önemli bir dava grubu niteliği göstermektedir.

---

[110] **Block/ Radin/ Barton:** s. 749; **Pinto/ Branson:** s. 56 vd.

[111] **Block/ Radin/ Barton:** s. 733 vd.

[112] **Hamilton, R.W.:** The Law of Corporations in a Nutshell, B.5, 2000, s. 475 *(Corporations).*

[113] **Block/ Radin/ Barton:** s. 733 vd.; Grass: s. 19 vd.

b. Sorumluluğun Şartları

ABD'deki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için İsviçre-Türk hukuk sisteminde de olduğu gibi, şu önkoşulların varlığına bakılmaktadır[114]:

1) Yükümlülük ihlali *(breach of duty)*, 2) Zarar *(damage)*, 3) Uygun nedensellik ilişkisi *(causation, proximate cause)* ve 4) Kusur *(culpability)*. Aşağıda konumuz açısından özellikle önemli olan yükümlülük ihlalini ve kusur unsurunu inceleyeceğiz.

Amerikan Hukukuna göre yönetim kurulu üyeleri ve müdürler, ilke olarak bütün yükümlülük ihlallerinden dolayı sorumludurlar. Sorumluluğun çerçevesi, bir taraftan her bir eyaletin kendi kanunuyla, diğer taraftan da common law, mahkeme ve doktrin tarafından çizilerek belirlenmektedir[115]. Buna göre, yönetim

[114] **Grass:** s. 21 vd.

[115] **Heen/Alexander:** § 231; **Knepper/Bailey:** § 1. 05

kurulu üyelerinin başlıca yükümlülükleri; *itaat*[116], *özen*[117] ve *sadakat* yükümlülüğüdür[118].

ABD'de yönetim kurulu üyeleri ve müdürler, ilke olarak, bütün kusurlardan *(culpability)* yani hafif ihmallerinden *(negligence)* dahi sorumludurlar. Kusurun ölçüsü objektifleştirilmiş olup, bu yüzden sorumluluğun tespitinde örneğin, bir yönetim kurulu üyesine bu görevi için ücret ödenip ödenmediğinin ya da ilgili müdürün şirkette tam zamanlı çalışıp çalışmadığının bir önemi yoktur[119]. Doğal olarak bu katı kusur ölçüsü, yüksek bir sorumluluk riski getirmektedir.

III. HUKUKÎ SORUMLULUĞA ESAS ALINACAK KRİTER SORUNU

A. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu Bakımından

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına karar verebilmek için kusurlu olup olmadıklarının tespiti büyük önem taşımaktadır. Kusurun tespiti kasta

---

[116] İtaat (obedience) yükümü, günümüzde sınırları ve geçerliliği birçok ülke hukukunda tartışılan ultra vires nazariyesiyle de paralel olarak, yönetim kurulu üyelerinin temsilcilik yetkilerini aşmaları veya şirket amacıyla bağdaştırılamayan yükümlülüklere girmeleri gibi durumlarla ihlal olunabilen bir yükümlülüktür (**Cary/Eisenberg:** s.631; **Knepper/Bailey:** § 1. 06).

[117] Mesuliyet hukuku için özel bir önemi olan özen yükümlülüğü *(duty of care)* kaynağını common law'da bulur. Her bir eyaletin kanuni düzenlemelerinde detaylarda farklılıklar bulunsa da esas olarak; yönetim kurulu üyelerinin görevlerini özenle ve dürüstlükle yapmalarını ve ayrıca şartların gerektirdiği zihin muhakemesini yaparak şirketin çıkarlarını korumalarını ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **Wright/Creighton:** s. 27 vd.; **Block/ Radin/ Barton:** s. 5.

Sadakatin ve inancın genel kurallarının yanı sıra kanun bütün yönetim kurulunun çıkar koruma görevini de belirler. Yönetim kurulu üyeleri görevlerini yerine getirirken objektif özen kavramına da uygun olarak ("ordinarly prudent person" gibi) davranmalıdırlar (**Grass:** s. 23).

[118] Rekabet yasağı, kendisiyle sözleşme yasağı ve çifte temsilcilik yasağı gibi prensipleri kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Knepper/Bailey:** § 1. 06.

[119] **Heen/Alexander:** § 238-240.

dayalı kusur açısından kolaydır. Bir kusur hali olarak ihmalin tesbiti ise daha zordur ve yöneticilerin kendilerine yüklenen özen borcunu (TTK m. 320) yerine getirip getirmediklerine bağlıdır. Gerçekten özen kavramının temel işlevi, ihmâl kavramının sınırlarının belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır[120].

O halde yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile sorumlulukları ve dolayısıyla kusur arasında bağlantı vardır. Şöyle ki, özensizlik bazı durumlarda kusur olarak nitelendirildiğinden özen borcuna aykırılığın yaptırımı, çoğu kez, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi olmaktadır. Ancak her özensiz hareket kusur oluşturmaz ve sorumluluk davasını da haklı hale getirmez[121].

Özen yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıklarını tayin hususunda uygulanacak ölçü olmaktan çok daha ileri bir anlam taşımaktadır[122]. Şöyle ki, özen yükümü sadece kanun ya da esas sözleşmenin yönetim kurulu üyelerine somut olarak yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve itinayı değil, başlı başına görevler yükleyen bir kaynağı da ifade etmektedir[123].

---

[120] **Kırca:** Özen Borcu, s. 87; **Gümüş, M. A.:** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 60.

[121] Kusur, iradenin hukuka aykırılık yönünden saptırılması olup, özensizlik ise, yönetim kurulu üyeliğinin gerektirdiği görevlerin, ortaklığın menfaati için dikkatle yerine getirilmemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp, Ü.:** Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, N. 175.

[122] **Reisoğlu, S:** Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 156; **Tandoğan:** Mesuliyet, s. 107.

[123] Bu yorum tarzında, yönetim kurulu üyeleri, kanun ya da esas sözleşme ile kendilerine açıkça yüklenmiş bir görev söz konusu olmasa bile, şirket işlerinin görülmesinde özenli bir anonim şirket yöneticisinin alması gerekli tedbirleri almalı ve bu ölçüye göre hareket etmelidirler (**Çamoğlu:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 390 (*Özen*).

Diğer taraftan, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan bir sorumluluk davasında, üyelerin kusurlu olup olmadıkları ve kendilerine yüklenen özen borcunu yerine getirip getirmedikleri belirlenirken, hâkimin objektif davranabilmesi ve yöneticilerin takdir yetkisine müdahalede bulunmaması, dolayısıyla tam bir hukuka uygunluk denetimi yapabilmesi gerekmektedir. Bunun yolu da sorumluluğa esas alınmak üzere bir ölçüt olarak özen borcunun somutlaştırılmasından geçmektedir.

Şirketin idaresine ilişkin olarak nelerin yapılmasının gerektiğini, hangi hususlarda karar alınacağını somut biçimde belirleyen bir katalog bulunmamaktadır. Yönetim kurulu zamana ve şartlara göre karar almak ve uygulamak suretiyle, şirketi idare ve temsil görevini yerine getirmektedir[124]. İşte bu bakımdan business judgment rule gibi "nelerin yapılacağı" değil, ama "nasıl yapılacağı" anlamında, hem yönetim kurulu üyeleri için hem de onların işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek kişiler ve nihayetinde hâkimler için birtakım somut davranış kurallarının öngörülmesi zarureti bulunmaktadır[125].

B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde (Parag. 124), yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlerinin nesnel, adil ve uygulanabilir kurallara bağlandığı ifade edilmektedir. Zira, Tasarının m. 369/I'nci fıkrasının gerekçesinde[126]; özenin, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlandığı[127], şirketin

---

[124] **Kırca:** Özen Borcu, s. 86.

[125] Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), aşçı tarifi gibi bir karar verme şablonu olmadığı, ancak somut olayın özelliklerine göre hâkime yeteri kadar esneklik ve kolaylık tanıdığına dair bkz. **Grass:** s. 36.

[126] 369. maddenin 1. fıkrasının gerekçesi şu şekildedir:

“Madde 369 - Birinci fıkra: Göndermelerden oluşan, bu sebeple "görsel" olmaması bir yana karmaşaya da yol açan ve öğretide şiddetle eleştirilen 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinden tamamen ayrılan 369 uncu madde, özeni, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlamış ve aynı zamanda şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapmıştır. Hüküm bunun ölçütü olarak dürüstlük kuralını kabul etmiş, ancak şirketler topluluğu ile ilgili 203 ve 205 inci maddelerin istisnaî durumlarını dikkate almıştır. Hükmün bir yeniliği de, çağdaş düzenlemelere uygun olarak, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Böylece, ispat yükü aksini iddia edenlere aittir.

Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yöneticilerin ayrıca zikredilmeleri, yönetim hakkının 367 nci maddeye göre devri halinde özellikle önem taşımaktadır.

6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde göndermeler sonunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir. 6762 sayılı Kanun sistemi çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açtığı için terk edilmiştir. Anılan ölçünün terk edilmesinin bir diğer sebebi de 6762 sayılı Kanunun kabul ettiği ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasıdır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinde "iş"in gerektirdiği özen bunun kanıtıdır. Böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlükle kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur. Oysa "tedbirli yönetici" ölçüsü bütün yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerir. Bu sebeple, hükümdeki özen 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygundur. İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz. "Nesnellik" ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır. "Tedbirli yönetici" terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz. Nitekim, 553 üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü söz konusu sınırı çizmekte, 557 nci madde de özenin kişi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Nesnellikte, diligentia quam in suis yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli işadamı ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü, Yargıtay

kararları basiretli işadamı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi.

Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli işadamı kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.

Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.

Birinci fıkrada yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemişti. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar."

[127] Özen yükümlülüğünün, TTK m. 20/II'nin tacirlere yüklediği "basiretli tacir gibi hareket" yükümü ile aynı nitelikte bir borç olduğu yönünde görüşler için bkz **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 64. Özen borcunu, "dikkat ve basiret" şeklinde ifade eden TTK m. 320 de kullanılan terminolojinin de neden olduğu bu kavram karmaşasına rağmen, ister basiretli, ister ihtimamlı hareketten bahsedilsin, anlatılmak istenen kavramın özen borcu olduğu yönünde doktrinde görüş birliği vardır. Bu hususta bkz. **Arslanlı:** AŞ II-III, s. 151, 168; **Çamoğlu:** Özen, s. 391, **Mimaroğlu:** s. 28, dpn. 13; **İmregün:** AO, s. 228-231; **Helvacı:** s. 43. Yargıtay ise her iki terimi de kullanmaktadır. Bkz. YHGK. 19.03.1980, E. 1978/11-1216, K. 1428 (İKİD Y. 20, Kasım 1980, S. 239, s. 8025-8026).

menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapılarak, TTK m. 320'nin öngördüğü basiret ölçüsüne yer verilmediği[128] belirtilmiştir[129]. Bunun bir sebebi olarak, Yargıtay kararlarının basiretli işadamı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlaması ve bu ölçünün yönetim kurulu üyelerine uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurabilmesi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca basiretli işadamı ölçüsüyle, yönetim kurulu üyelerinin, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri önceden teşhis edip, gerekli önlemleri almaları, aksi takdirde ağır tazminat yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaları sonucunun doğabileceği belirtilmiştir.

Buna karşılık tasarıda, yeni bir özen derecesi ve bir kriter olarak "tedbirli yönetici" ölçüsünden söz edilmiştir.Tedbirli yönetici ölçüsüne göre, yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgment rule) verebileceği, buna rağmen zararın doğması halinde üyenin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Tasarı gerekçesinde, genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılarak ve ilgililerden bilgiler alınarak karar verilmesi neticesinde, zarar doğmuş olsa bile bir özensizlikten söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca bu kuralların, Tasarının

---

Alman hukukunda da, Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'ün yönetim kurulu üyelerine yüklediği "özen borcu" ile § 241/I'deki "basiretli iş adamı gibi hareket" yükümünün aynı nitelikte olduğuna ilişkin bkz.**Çamoğlu:** Özen, s. 390, dpn. 7.

[128] Tasarıda, göndermelerden oluşan ve bu sebeple gerek usulen gerekse esasen karmaşaya yol açan ve bu sebeplerle öğretide şiddetle eleştirilen TTK 320'nci maddesinin tamamen terk edildiği ifade edilmiştir.

[129] Tasarıda, tedbirli yönetici ölçüsünün basiretli işadamı kavramından farklı olduğu, APOK § 93'den hareketle, Alman öğretisinde savunulduğu gibi şirketin lehine olanın muhakkak yapılması, zararına olandan da kaçınılması düşüncesinin özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

553'ncü maddesinin III'ncü fıkrası[130] ile somutlaştırıldığı ve ancak sözleşme ile özen borcunun ağırlaştırılabileceği ifade edilmiştir.

Maddenin gerekçesinde "tedbirli yönetici" ölçüsünün, yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içine alan, daha geniş, amaca daha uygun ve daha nesnel bir ölçüt olduğu için kabul edildiği vurgulanmıştır. Söz konusu "nesnellikten maksat ise görevi yerine getirebilmek için yetkinlik, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olmaktır" denilmiştir.

Gerekçede, "tedbirli yönetici" teriminin, bir taraftan kusurda ölçü rolü oynadığı, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbirleri kapsamadığı belirtilmiştir. TTKTas. m. 553/III ile söz konusu sınırın çizildiği, tasarının 557. maddesi ile de özenin kişi temelinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca nesnellikte, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenilen işin gerektirdiği özenin esas alındığı ifade edilmiştir.

Mevcut düzenlemede, söz konusu özen ölçütüne uyulmaması, yönetim kurulu üyesiyle anonim şirket arasındaki sözleşmenin de ihlâli olduğundan, doğacak sorumlulukta ispat yükü BK m. 96'ya tâbidir. Böylece kusur karinesi

---

[130] Söz konusu hüküm:

" ……

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle, gözetim ve özen yükümü dolayısıyla sorumlu tutulamaz." şeklindedir. Böylece kontrol dışı alanlarda doğan zarardan salt gözetim ve özen yükümü sebebiyle sorumluluk doğmayacağı kabul edilmektedir.

gereğince, davacı anonim ortaklığın, sadece yönetim kurulu üyesinin özen borcuna aykırı davranışıyla meydana gelen zararını ispatlaması yeterlidir. Buna karşılık özen borcunu gereği gibi yerine getirdiğini veya bu zararın kendi kusurundan doğmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyesinin üzerindedir[131]. Ancak birçok halde gerekli ve yeterli özenin gösterildiğini ispat etmenin güçlüğü nedeniyle, Adalet Komisyonunda kaldırılan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın m. 369/III hükmüyle, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesi açıkça düzenlenmiş idi. Böylece ispat yükü çağdaş düzenlemelere de uygun olarak, business judgment rule'a da uygun olarak, özenli davranış varsayımının aksini iddia edenlere ait olmaktaydı.

Bu durumda hâkimin, özen yükümünü somut olaya uygularken, zarara yol açan kararı, kararın isabeti açısından ele almak suretiyle "yerindelik denetimi" mi yapacağı, yoksa kararın içeriğinin isabetine bakmaksızın kararın alınmasında özenli davranılıp davranılmadığını incelemek suretiyle bir anlamda "hukuka uygunluk denetimi" mi yapacağı konusu netleştirilmiş olmaktadır.

Burada yapılacak inceleme, yönetim kurulu kararının verilmesi sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği ile sınırlı olmalıdır[132]. Bu konuda da business judgment rule'un aydınlatıcı fonksiyonu hâkime adeta bir kılavuz gibi yardımcı olabilecektir.

---

[131] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 74.

[132] Ancak yerindelik denetimi yapılamamasının, hâkim tarafından, hukuka uygunluk denetimi de yapılamayacağı anlamına gelmeyeceği, bu anlamda hâkimin, öncelikle, yönetim kurulu kararının herhangi bir kanun veya şirket esas sözleşmesinin açık bir hükmüne aykırılık teşkil edip etmediğini araştıracağı, sorumluluk için aranan diğer şartlar da mevcutsa üyelerin sorumluluğuna gidileceği hakkında bkz. **Kırca:** Özen Borcu, s. 88, dpn. 12.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ KRİTERİ OLARAK BUSINESS JUDGMENT RULE -BJR

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ KRİTERİ OLARAK BUSINESS JUDGMENT RULE -BJR

I. BUSINESS JUDMENT RULE-BJR KAVRAMININ AÇIKLANMASI VE TERMİNOLOJİ SORUNU

A. Business Judgment Rule-BJR

Business judgment rule, bir takım ilkelerden oluşan ve yönetim kurulu üyeleri lehine sorumsuzluk karinesi getiren bir hukuki müessesedir. İlk örnekleri Amerikan Yüksek Mahkeme'sinin kararlarıyla doğmuş olup, örf ve adet hukukuna dayalı olarak ortak içtihat hukukunun bir parçası olarak varlığı kabul edilmiştir[133].

Buna göre business judgment rule; şirket içi menfaat çatışmaları karşısında tarafsız kalabilen ve hâkim ortak ya da ortaklardan bağımsız çalışabilen yönetim kurulu üyelerinin, tam olarak bilgi sahibi oldukları konularda alacakları kararların kural olarak sadece şirket yararına bir karar halinde olacağına dair, iyi niyete dayalı bir davranış kuralı ve bir standarttır[134].

---

[133] ABD sisteminde, yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerden doğan menfaat çatışmalarıyla ilgili olarak, eyalet kanunlarında bir hüküm bulunmadığı takdirde, sözkonusu menfaat çatışması hakkında, var olan 'common law' kuralı uygulanmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Wright/Creighton:** s. 36 vd. Ayrıca bkz. Bölüm 2, II A.

[134] **Block / Barton / Radin:** s. 3.

Business judgment rule-BJR, temelde bir davranış standardı olmakla birlikte, diğer bir niteliği de, mahkemece hukuki sorumluluğun tespitinde kullanılacak bir kriter olmasıdır[135].

Business judgment rule-BJR ile getirilen şablona göre; yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan sorumluluk davasında, yönetim kurulu kararı alınırken kişisel bir menfaat güdülmediği, bağımsızlığını koruduğu, iyi niyetle ve özenle hareket edildiği ve takdir hakkının kötüye kullanılmadığı tespit edilirse sorumluluk talebi reddedilecektir. Burada dikkate alınması gereken husus, mahkemenin, kararını verirken sınırsız bir şekilde esnek davranamayacak olmasıdır.

Şöyle ki; Hâkim yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin incelemeyi yaparken öncelikle yukarıda saydığımız unsurların varlığını araştıracaktır. Sonra da yapılan işlemlerde, dolandırıcılık ve hile, hukuka aykırılık, amaç ve konu dışı işlem (ultra vires), veya şirket malvarlığının israfı gibi hususların olmadığını tespit edecektir. Bu sayede, yönetim kurulu üyeleri business judgment rule-BJR karinesinin koruyucu hükmünden yararlanmış ve işlem sonucu zarar doğmuş olsa bile hukuki sorumluluktan kurtulmuş olacaklardır[136]. Yine böylece mahkemenin, yönetim kurulu kararının faydaları veya yerindeliği gibi konular hakkında bir fikir yürütmesine gerek kalmadan, sadece hukuka uygunluk denetimi yaparak karar vermesi sağlanmış olacaktır.

Görüldüğü üzere "business judgment rule-BJR" olarak adlandırılan bu kurallar, teknik anlamda, bir sorumsuzluk karinesidir. Davacının, bu kurallardan

---

[135] **Balotti/ Finkelstein:** s. 4 vd.; **Block/ Radin/ Barton:** s. 4.

[136] **Grass:** s. 35, 46 vd.

bir ya da daha fazlasının ihlâl edildiğini ispatlamasıyla karine çürütülmekte ve ikinci aşamaya geçilmektedir. İkinci aşamada, ispat yükü kendisine geçen davalı yönetim kurulu üyesinin, bir "objektif özen testi"ne (standart caretest) tâbi tutulduktan sonra, sorumlu olup olmadığı hakkında karar verilecektir[137].

Business judgment rule-BJR sorumluluk davası yanında, hem iptal davaları gibi doğrudan denetim yolları içerisinde ve hem de kurumsal yönetim ilkeleri gibi dolaylı yoldan gerçekleştirilen denetim çerçevesinde kullanılabilecek bir müessesedir.

Gerçekten, aşağıda ele alınacağı üzere, doktrinde, business judgment rule-BJR'nin iptal davalarına da uygulanabileceğini kabul eden ve "business judgment doktrin" olarak isimlendirilen bir görüş de yer almaktadır.

Bu görüşe göre, business judgment rule-BJR ile business judgment doktrin olarak ikili bir ayrım yapılmakta bu iki kavramın temel unsurları arasında ortak noktalar olmakla birlikte ikisi arasında birtakım farkların da bulunduğu vurgulanmaktadır. Zira, business judgment rule-BJR, yönetim kurulu üyelerini, aldığı kararlardan doğan sorumluluktan korurken, business judgment doktrin ise, alınan kararların geçersiz olmasını önleyip ayakta tutmakta ve böylece kararın bizatihi kendisini korumaktadır[138]. Bu özelliğinden ötürü, yönetim kurulu

---

[137] **Grass:** s. 35, 46 vd.

[138] **Hinsey, J.:** "Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: The Rule, the Doctrine, and the Reality", 52 Geo. Wash. L. Rev., 1984, s. 611-612 vd.; **Miller, E. S./ Rutledge, T.E.:** The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgement Rule in Unincorporated Business Organizations?, 30 Del. J. Corp. L., 2005, s. 349-350.

kararlarının iptali[139] davalarında da business judgment doktrin sayesinde hukuka uygunluk denetimi yapılmakta olup, daha zarar doğmadan söz konusu sakatlığın giderilmesi ve yapılan işlemlerin hukuka uygun hale getirilmesi sağlanmaktadır[140].

Business judgment rule-BJR, gerek uygulandığı ülkeler gerekse ülkemiz hukuku bakımından farklı nitelendirmelere konu olmakla birlikte, içtihatlarda ve doktrinde hâkim olan görüş, business judgment doktrin ile business judgment rule-BJR'nin temelde aynı kavram olduğu yönündedir[141]. Bu sebeple biz de aşağıda Business judgment rule-BJR kavramı üzerinden devam edeceğiz.

B. Terminoloji Sorunu

Her dil kendi terimlerine ve bunlardan oluşan bir kavram dünyasına sahiptir ve yaşayan bir varlık gibidir. Bir hukuk alanına ve kültürüne ait yeni bir kavramın başka bir hukuk alanına intikalinde, resepsiyonun başarılı olabilmesi için öncelikle kavramlaştırmaya ve terminolojik çalışma yapmaya ihtiyaç vardır. Hukukumuzda, business judgment rule-BJR'nin henüz orijinal ifadesiyle yaygın bir kullanıma sahip olmadığı ve bilinmediği nazara alındığında, kavramı anlamayı, üzerinde tartışmayı ve kavramın pozitif hukuka intikalinin kabulü

---

[139] İsviçre hukukunda yönetim kurulu kararlarının iptali imkânının bulunmaması nedeniyle, business judgment doktrin'in bu ülke hukukunda yer edinememesi konusunda bkz. **Grass:** s. 39.

[140] **Grass:** s. 38. Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), yönetim kurulu üyelerinin aldıkları zarar doğuran yanlış kararların bir tasnife tabi tutulması suretiyle, karara katılan yönetim kurulu üyesinin borç ve yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini netleştirmeye yarayan bir ölçüt olmasından yararlanarak, bu ölçütten sorumluluk davası yanında iptal davasında da yararlanılabileceği hususunda bkz. **Grass:** s. 191.

[141] **Hinsey:** s. 611.

halinde uygulanmasını kolaylaştırmak üzere Türkçe karşılık aramak ve bulmak gerektiği açıktır.

Biz tezimizde bir yandan kavramı aynen ya da kısaltılmış haliyle orijinal terim olarak kullanacağız, diğer yandan kavramı karşıladığını varsaydığımız Türkçe terimi de kullanmaya çalışacağız. Ancak bunun için önce bir terminolojik çalışma yapmamız gerekmektedir.

Yabancı terimlere Türkçe karşılıklar bulmak her zaman kolay olmamaktadır. Ancak yine de bir deneme yapmak gerektiğini düşünüyoruz. Bunun için aşağıda önce mevcut karşılıkları değerlendireceğiz ve ardından kendi teklifimizi yapacağız.

Business judgment rule-BJR kavramı ülkemizde ilk kez, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının hazırlık çalışmaları sırasında gündeme gelmiş ve doktrinde de telaffuz edilmeye başlanmıştır. Ancak Türkçe'ye nasıl tercüme edilmesi gerektiği ve hangi hukuk kavramları ile karşılanması gerektiği üzerinde herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

1. Doktrinde Kullanılan Karşılıklar

Bir Anglo-Sakson deyimi olan business judgment rule-BJR hakkında, tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk hukukunda henüz kapsamlı bir çalışma yapılmamıştır. Bu sebeple kavrama ilişkin mevcut çalışmalarda da terim birliği sağlanamamış olup ya doğrudan orijinal terim tercih edilmekte[142] veya farklı tercümeler kullanılmaktadır.

---

[142] **Ansay:** AŞ Nereye, s.52, dpn.128; **Pulaşlı, H.:** Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003, s.116 vd.

Doktrinde, business judgment rule-BJR'ye karşılık gelmek üzere *Paslı* tarafından kullanılan terim "basiretli (ticarete uygun) muhakeme yürütme kuralı"[143] şeklindedir. Ancak Türk Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinde de ifade edildiği gibi, basiretli işadamı kavramı, hukuk literatürünün mazisinde özellikle Yargıtay kararlarında sert ve aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlandığından, tasarıda kullanılmamıştır. Bu nedenle basiret kavramının, business judgement rule-BJR teriminin karşılığını bulmakta da tercih edilmemesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yine doktrinde business judgment rule-BJR'yi Alman hukukuna uyarlanma biçimi ve sonuçları yönünden inceleyen *Bilgili* tarafından kullanılan terim ise "sorumsuzluk ayrıcalığı"dır[144]. Bu terim de kavramın anlamını karşılamaktan uzaktır. Zira business judgment rule-BJR'nin varsayım niteliğini dolaylı biçimde ifade etmekle birlikte kuralın kim için ve hangi halde ve hangi sebeple geçerli olduğu hususunda bir ipucu içermemektedir.

Son olarak business judgment rule-BJR'nin Alman hukukunda uygulanışını ABD ve Türk hukukları ile mukayeseli olarak inceleyen *Kervankıran* da bu kavram için birebir Türkçe karşılık kullanmış olmamakla birlikte makalenin ara başlıklarından birini şu şekilde kurgulamıştır: "III. Business Judgment Rule: Kararları Gerekli Bilgi Temeli Üzerine Bina Etmek". Devamında Alman uygulamasını anlatırken de "eğer yönetim kurulu üyesi işletme ile ilgili bir karar

---

[143] **Paslı, A.:** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 2, İstanbul 2005, s. 191, dpn.220.

[144] **Bilgili:** Sorumluluk, s. 4. Yazar business judgment rule-BJR'nin Alman Hukukundaki uygulanışını incelediği bu makalesinde business judgment rule-BJR kavramı için karşılık oluşturmak üzere bir tercüme terime yer vermemekle birlikte bu uygulamayı "sorumsuzluk ayrıcalığı" olarak ifade etmektedir.

alırken kendi muhakemesine göre, şirketin menfaati için, elverişli bilgilere dayanarak hareket ettiği düşüncesinde ise görev ihlali durumu söz konusu değildir" diyerek yeterli bilgiye dayalı karar vermeyi ön plana çıkarmakla yetinmektedir.

2. Tasarının Tercih Ettiği Karşılık

TTKTas m. 369/I hükmünün gerekçesinde business judgment rule-BJR'ye karşılık gelmek üzere "işadamı kararı" terimi kullanılmıştır.

Kanaatimizce bu tercüme yeterli değildir. Zira öncelikle "işadamı kararı" deyimi business judgment rule-BJR'nin "kriter" ve "varsayım" nitelikleri hakkında ipucu içermemektedir. Ayrıca "işadamı" ifadesi, hukukî olmaktan ziyade ekonomi veya işletme bilimine yakın ve sınırlı bir anlam çağrıştırmaktadır ve her birinin görev tanımlamaları farklı olan yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve diğer yöneticilerden oluşan yöneticilerin hepsini kapsamaya yetmemektedir.

3. Teklifimiz: "Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR)"

Bize göre, business judgment rule-BJR kavramını karşılamak üzere kullanılacak Türkçe terimin, özellikle yerine getirdiği fonksiyonu öne çıkaran bir ifade şeklinde oluşturulması uygun olacaktır. Bu kapsamda "yöneticinin hukuka uygunluk kuralı" veya "yönetimin hukuka uygunluk kuralı" ifadesi, kelimenin köküne daha uygun olacaktır. Bu ifadenin ilk etapta idare hukukunu çağrıştırmaması gerektiği de dikkate alınacak olursa, "anonim şirketlerde yöneticinin hukuka uygunluk kuralı" ifadesinin daha kapsayıcı olduğunu söyleyebiliriz.

Burada belirtelim ki “anonim şirketlerde yöneticinin hukuka uygunluk kuralı” deyiminde yer alan “rule-kural”, “hukuk kuralı” anlamında değil, “uygulama kuralı” ya da “karine (varsayım)” anlamındadır. Zira bu kural bir varsayım oluşturmaktadır.

II. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ

A. Tarihi Kaynakları

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), kaynağı olan ABD hukukunda sorumluluk davalarında 150 yıldan fazla bir süredir mahkemelerin şirket yöneticilerini olağan kararları bakımından denetlemekte kullandığı esaslı bir kriter olmuştur[145].

Yönetim kurulu üyelerinin, şirkete ve pay sahiplerine karşı, güvene dayanan ve temelde vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülükleri vardır. Bunlar içinde özen yükümü ve sadakat yükümü özellikle öne çıkmaktadır.

ABD hukukunda, yöneticinin hukuka uygunluk kuralına (bjr) ulaşılan süreçte, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğa esas alınacak kriterlerin tartışıldığı en eski kararlardan biri olan ve Lord Chancellor tarafından 1742 tarihinde açılan Charitable Corp.v. Sutton davasında verilen kararda ifade edildiği gibi; yönetim kurulu üyesi, böylesi bir görevi kabul etmekle makul bir özen ve sadakat göstermek yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır[146]. Yine, konuyla ilgili en sık atıf yapılan kararlardan biri de Amerika Birleşik Devletleri

[145] **Grass:** s. 13.

[146] Karar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 1, dpn. 2.

Temyiz Mahkemesinin, 1891 tarihli Briggs v. Spaulding[147] davasıdır. Bu karara göre; "özen yükümlülüğü bağlamında yönetim kurulu üyeleri karar verirlerken, benzer şartlar altındaki özenli ve basiretli bir adamın davranışı gibi hareket etmekle yükümlüdür. Ayrıca yerleşik uygulama ve teamülleri de hesaba katmak zorundadırlar".

ABD uygulamasında uzun zamandan bu yana mahkemeler, yönetim kurulu üyeleri hakkındaki sorumluluk davalarında, davaya konu kararla ilgili olarak geçmişe etkili bir yargısal değerlendirme yapmaktan kaçınmışlar, mümkün olduğunca mesafeli durmuşlardır[148]. Zira dava aşamasında bilinen bilgi ile yönetim kurulunun davaya konu kararı aldığı tarihte bilinen bilgi arasında fark bulunması kaçınılmazdır. Geçmişi değerlendirirken geçmişin gözü ile bakmak hakkaniyetin bir gereği olarak görülmüştür.

ABD hukukundaki bu çekinceli tavrın İngiliz hukuku bakımından ortaya çıkışı 1742 yıllarına kadar dayanmaktadır[149].

Bu çekinceli tutumun, ABD'de içtihat hukukunun geliştirdiği bir ilke olarak, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) şeklinde bir görünüm kazanması süreci ise yaklaşık iki asır öncesine kadar uzanmaktadır. Louisiana Yüksek Mahkemesi 1829 tarihli *Percy v. Millaudon* davasında şunu ifade etmektedir:

---

[147] Karar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 1, dpn. 4.

[148] Hâkimlerin bu tür yönetim kurulu kararlarına karşı mesafeli durmaları konusunda ayrıca bkz. **Bainbridge, S. M.:** The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, UCLA School of Law, Law& Economics Research Paper Series, s. 47-49 (http://ssrn.com/abstract=429260).

[149] Bu tarihte özellikle *Charitable Corp.v.Sutton* davasının örnek teşkil ettiği hususunda bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 5, dpn. 18.

"… sadece tek seçenekli bir tedbir almak gibi zorunlulukların meydana geldiği durumlarda ve bundan doğan zararlarda, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Yeter ki bu zorunluluk, basiretli bir adamın da içine düşebileceği ve başka bir seçeneğin bulunmadığı türden olsun. Hata yapan insanlar olmasına ve bunun bilinmesine rağmen, emeğinin karşılığı olan ücreti aldığı gerekçesiyle yönetim kurulu üyesinden mükemmel davranması beklenebilir ancak bunun her zaman gerçekleşemeyeceği de hesaba katılmalıdır. Bu sebeple yönetim kurulu üyesinin tâbi tutulacağı sorumluluk testi; olağan bir bilgiye ve makul davranış normlarına sahip bir insanın, normal bir dikkati gösterse idi içine düşmeyecek olduğu hatalardan ötürü sorumlu tutulmasını sağlamalıdır" [150].

1847 tarihli Alabama Yüksek Mahkemesinin *Godbold v. Branch Bank* davası[151], 1853 tarihli Rhode Island Yüksek Mahkemesinin *Hodges v. New England Screw Co.* davası[152] ve 1912 tarihli New York Temyiz Mahkemesinin *Pollitz v. Wabash R.R. Co* davasında[153] da benzer ifadeler yer almaktadır.

---

[150] **Block/ Radin/ Barton:** s. 5, dpn. 19'dan naklen.

[151] Karara göre yönetim kurulu üyelerinin, gerekli özen ve dikkati gösterecekleri, şirket meseleleri hakkında tam bir bilgiye sahip olacakları ve hiçbir hataya düşmeyecekleri konusunda taahhütte bulundukları varsayılarak sorumlu tutulmaları beklenemeyecektir. Bu karar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 6.

[152] İyi niyetli, makul ve gerekli özeni göstererek hareket eden bir yönetim kurulu üyesinin buna rağmen bir hataya düşmesi durumunda, bu hatanın sorumluluğunu gerektirmeyeceğine ilişkin olan bu karar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 6.

[153] Yönetime ilişkin stratejilerde veya şirket kaynaklarının şirket menfaatine kullanılıp kullanılmadığı gibi hususlarda başlangıçta tereddüt bulunduğu ve uygulamadan sonra bu kararın isabetli olmadığının anlaşıldığı durumlarda, yöneticilerin, dürüst olmaları ve kişisel menfaat elde etmemiş olmaları kaydıyla hukuki sorumluluklarının bulunmadığına ilişkin bu karar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 7.

Bu mesafeli yaklaşımın ilkesel olarak uygulandığı tipik örnek davalar, 1919 tarihli *Dodge v. Ford Motor Co*.,[154] davası ile 1968 tarihli *Shlensky v. Wrigley*[155] davalarıdır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), temelinde vekâlet sözleşmesi olduğundan, güven ilişkisine dayanan bir takım yükümlülükleri barındırmaktadır. Ayrıca yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) bugün gelinen nokta itibariyle, kurumsal yönetim (Corporate Governance) hukukunun en temel prensiplerini oluşturmaktadır[156]. Böylece, yaklaşık iki asırdan bu yana common law'ın[157] bir parçası olarak var olan bu prensipler, gelişerek, birçok eyalette kanunlaşmış ve

---

[154] Bu tarihte, Ford yöneticilerinin, otomobil üretim endüstrisine ilişkin olarak o dönemde basiretli işletmecilik ilkeleri açısından doğruluğu henüz ispatlanmamış üretim tekniklerine yönelik olarak ilave yatırım yapılması hakkında aldığı karar aleyhine açılmış bu davaya ilişkin bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 4; **Grass:** s. 38.

[155] 1968 tarihinde, Chicago baseball takımı yöneticilerinin, gece karşılaşmalarının yapılabilmesi için oyun sahasına ışıklandırma tesisatı döşenmesine dair ortaklardan gelen teklifi, rakip takımların sahalarında da bu tesisatın bulunmasına rağmen, reddetmeleri üzerine açılmış bir davadır (237 N. E.2d 776. http://businessentitiesonline.com/Shlensky_v_Wrigley.pdf 24/08/2008). Bu karar hakkında bir inceleme için bkz. **Bainbridge:** s. 14-19.

[156] **Hinsey:** s. 609; **Block/ Radin/ Barton:** s. 1-2.

[157] Tarihsel olarak bakıldığında, 19. yüzyılın sonlarında çoğu eyalette bu "common law" kuralı neredeyse sınırsız uygulama alanı bulmaktaydı. Zira, o dönemde menfaat çatışması doğuran çoğu işlem, herhangi bir hissedarın talebi üzerine iptal edilebilmekteydi. Fakat zaman içinde, özellikle "common law"ın yerini almaya başlayan eyalet kanunlarıyla, menfaat çatışması doğuran işlemler düzenlenmeye ve belirli şartlar altında bu işlemlere müsaade edilmeye başlanmıştır. Ancak burada vurgulanması gereken önemli bir husus, bu şartlar yerine getirilmediyse, işlemin salt bu nedenle hukuka aykırı olamayacağıdır. Şayet bu işlem bir davaya konu edilirse mahkeme, işleme, ilgili common law kuralını uygulayabilecektir. Aynı şekilde eyaletlerin, modern anonim şirket kanunları da menfaat çatışması doğuran işlemler için bir güvenli liman (safe harbor) sunmaktadır (**Özkorkut, K.:** Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007, s. 52 (*Bağımsız Yönetim Kurulu*). Güvenli liman (safe harbor) kavramı hakkında bkz. Bölüm 3, II D 2.

yönetim kurulu üyeleri için genel bir davranış standardı olarak kabul edilmeye başlanmıştır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) yer aldığı kanuni düzenlemelerin tipik bir örneği Model Business Corporation Act'ın (MBCA)[158] 8.30 (a) maddesi olup, burada kavram şu şekilde ifade edilmiştir:

Bir yönetim kurulu üyesi görevlerini yerine getirirken;

(1) İyi niyetle,

(2) Makul, sıradan bir insanın benzer durumlar karşısında göstereceği özen ve dikkatle,

(3) Şirket menfaatine en uygun bir karar olduğu düşüncesiyle davranmalıdır[159].

Son yıllarda ABD hukukunun, bilhassa halka açık anonim şirketler bakımından, sadece Batı Avrupa'yı değil, Rusya ve diğer eski sosyalist ülkelerle

---

[158] Anonim şirketlere ilişkin kanuni düzenlemelerin eyaletler arasında farklılık göstermesi karşısında çözüm olarak hazırlanan Uniform Corporation Law, amacına ulaşamadığı için terkedilmiştir. Bugün onun yerine, ABD Barolar Birliği (American Bar Association –ABA) tarafından hazırlatılan model kanun taslağı durumundaki MBCA (1991), eyalet hukukları arasında bir yakınlaşma sağlamayı hedef almakta olup federe devletlerin yarısından fazlasında anonim şirket kanunlarının hazırlanmasında model teşkil etmiştir (**Hamilton:** Corporations, s. 73).

Aynı dönemde, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) unsurlarını bir pozitif hukuk düzenlemesi olarak hükme bağlayan MBCA 8.30 (a)'nın yanında, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yaptırılmış "The American Law Inst., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) – ALI/PCG)" adlı çalışma da bulunmaktadır (**Block/ Radin/ Barton:** s. 43-47). Bunlardan MBCA 8.30 (a)'nın aslında bir karine, ALI/PCG'nin çalışmasının öngördüğü kuralların ise bir güvenli liman niteliği taşıdığı hususunda bkz. **Miller/ Rutledge:** s. 351 vd.

[159] The Model Business Corporation Act, ve çeşitli eyaletlerdeki düzenlemeler hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 55 vd.

birlikte, Japonya dâhil Uzak Doğu'yu etkisi altına aldığı söylenebilir. Ancak, etkileme sadece anonim şirketler hukukuyla sınırlı kaldığı ve hukukun diğer alanlarına yayılamadığı için kuvvetini yitirmekte ve mukayeseli hukuk uzmanlarınca öngörülen sonuçları vermemektedir[160]. Bu etkilemenin olumlu ve gerekli olup olmadığı hukuk siyasetine ilişkin bir husus olup inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Temel Dayanakları

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) temel dayanakları aşağıda ifade edildiği üzere dört noktada toparlanabilmektedir. Bunlar, aynı zamanda yöneticinin hukuka uygunluk kuralından (bjr) beklenen faydaları da ifade etmektedir.

Bu dayanaklardan *birincisi*; yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), şirket yönetimine ilişkin kararlarda genellikle bir riskin de bulunabileceğini kabul etmesi ve yöneticilerin karar verirken herhangi bir yargılanma endişesi taşımadan, etkin bir şirket politikası oluşturabilmeleri konusunda geniş bir takdir hakkı vermesidir[161].

İkincisi; yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile mahkemeler, yöneticilerin sözleşmeye aykırı nitelik taşıyan herhangi bir menfaati olmaksızın, bilgili ve iyi niyetli olmak kaydıyla, isabetsizliği sonradan anlaşılabilecek olan ve şirketin zararına olabilen kararlar alabileceğini kabul etmektedir. Böylece

---

[160] **Ansay:** AŞ Nereye, s. 11 vd. 2004 tarihinde yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), yeni İtalyan anonim şirketler hukukuna da girdiğine ilişkin bkz. **Casper, M. / Reis, J.:** Die Haftung eines Vorstandes einer itailenischen Atiengesellschaft nach Recht, RIW, 2004, s. 428 vd (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 52, dpn. 128'den naklen).

[161] **Block/ Radin/ Barton:** s. 8.

yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), insan denilen varlığın hata yapabileceği ihtimalini kabul ederek, bir yandan yönetim yetkisinin özenle kullanılmasına diğer yandan da müteşebbis ruhun korunabilmesine yardımcı olmaktadır[162].

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), yönetim kurulu üyelerinin karar alırken bir dereceye kadar hata da yapabileceklerinin pay sahiplerince öngörüldüğü ve bundan doğan riskin de nazara alındığını kabul etmektedir.

Öte yandan bilhassa sermaye piyasaları, kurumsal şirket yönetimi ilkelerini uygulayan şirketlerin sayısının artmasıyla, şirket yöneticilerinin hatalı kararlarından kaynaklanan risklere daha da yabancılaşmaktadır[163]. Böylece halka açık şirketlerde şirket zararlarından doğan sorumluluk davaları istisnai davalara dönüşmektedir.

Üçüncüsü; yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), mahkemeleri, bazı şirketler için oldukça karmaşık olabilen karar alma sürecini anlamaya çalışmaktan kurtarmaktadır. Mahkemelerin esasen yabancı oldukları böyle bir süreçle başa çıkma imkânından yoksun olmalarına karşılık, yönetim kurulu üyeleri, konumları ve tecrübeleri gereği şirket yönetimine ilişkin karar almakta hâkimlerden çok daha maharetlidirler[164]. Bu konuda örnek olması bakımından 1982 tarihli *Joy v. North* davası[165] ile 1988 tarihli *In re J.P. Stevens&Co.*

---

[162] **Block/ Radin/ Barton:** s. 7.

[163] **Block/ Radin/ Barton:** s. 8.

[164] **Block/ Radin/ Barton:** s. 9.

[165] Kararda; "Şirket yönetimine ilişkin kararların değerlendirilmesinde, yargı yolu sağlıksız bir araç durumundadır. Çünkü kararın alındığı zamandaki şartlar tamamen değiştikten bir yıl sonra açılan bir davada, mahkeme salonları o ortamı yeniden sağlayamamaktadır. İş hayatının şartları, az bir bilgiyle de olsa, çabuk karar vermeyi zorunlu kılabilmektedirler. Şirket yönetimine ilişkin kararlar, alındığı tarihteki şartlar itibariyle makul olsa bile, sonradan

Shareholders Litigation ve *Solash v. Telex Corp*.[166] davaları anılabilir. Dolayısıyla "şirket yönetiminden kaynaklanan sorunların çözüleceği yerler mahkeme salonları değil, yönetici odaları olmalıdır"[167].

Dördüncüsü; yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), şirketi pay sahiplerinin değil, yönetim kurulu üyelerinin yönetmesini sağlamaktadır. Zira aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi hakkı; beraberinde işe "müdahil olma" ve "karar alma" yetkilerinin de yönetim kurulu üyelerine devredilmiş olmasını gerektirmektedir.

Pay sahiplerinin yargı yoluyla denetim yapma imkânları, kötüye kullanıma sebebiyet verecek şekilde kolaylaştırılmamalıdır. Aksi takdirde nihai karar verme yetkisi, yönetim kurulundan alınıp, herhangi bir şikâyet dilekçesiyle bile mahkemeye gidebilecek olan bir pay sahibine verilmiş olunacaktır[168].

çok ciddî bir hata olarak görülebilmektedir. O halde, müteşebbisin yapması gereken, bir takım riskleri üstlenmek ve belirsizliklerle mücadele etmektir." denilmektedir. Bkz. **Pinto/ Branson:** s. 187.

[166] Karara göre; "Risklerin değerlendirilmesi ve buna göre karar alınması konusunda, anında karar alabilen yöneticilerin, gerçek bilgi ve sağlıklı muhakeme yapma yeteneğine daha çok sahip oldukları düşünüldüğü için, değerlendirmenin bunlar tarafından yapılmasında büyük bir sosyo-ekonomik fayda bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemeler, iyi niyetli ve makul olarak alındığı ve yürütüldüğü düşünülen kararlar hakkında fikir yürütme konusunda, uzun zamandan beri mesafeli davranmaktadırlar." Örnek kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 9.

[167] Sözkonusu kararın alındığı, 1976 tarihli *Kamin v.American Express Co*. Davası ile 1990 tarihli *Kamen v.Kemper Fin. Servs.* davaları için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 10, dpn. 37.

[168] **Dooley, A.:** Two Models of Corporate Governance, 47 Bus Law. 1992, s. 461, 470.

Yönetim kurulu kararlarının yargısal denetimini sınırlandıran yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr)[169], bir anlamda bu kararları da korumaktadır. Ayrıca, kanun ve esas sözleşmeden kaynaklanan yetkilerin yönetim kurulunda kalmasını sağlayarak, pay sahiplerinden herhangi birinin istenmeyen müdahalesini önlemekte ve böylece tüm pay sahiplerinin menfaatini de korumaktadır[170].

Kısacası, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), kötü niyetli davacılara karşı, hem yöneticilerin, hem şirketin hem de pay sahiplerinin menfaatini korumaktadır[171]. Zira yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), yönetim yetkisinin yönetim kurulu üyelerine ait olduğunun kabulü anlamına gelmekte olup, hâkim, yönetim kurulunun davaya konu karar hakkındaki takdir yetkisini sorgulamaksızın ve ihlal etmeksizin, salt hukuka uygunluk denetimi yapmakla yetinecektir.

---

[169] Davacının, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile sağlanan karineyi çürütememesi ve iddiasını ispatlayamamasının sonucu, yargılamanın ikinci aşaması olan hukuka uygunluk (özen) testine gerek kalmamasıdır.

[170] **Veasy, E. N. / Dooley, A.:** The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared, 44 Bus.Law. 1989, s. 503, 522.

[171] Buna işaret eden 1990 tarihli *In re Consumers Power Co.Derivative Litig.* davası için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 11, dpn. 41.

III. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULAMA ALANI, KARİNE NİTELİĞİ VE ETKİLERİ

A. Uygulama Alanı ve Karine Niteliği

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), yönetim kurulunca alınan işletmeye ilişkin kararların hukuka uygunluk denetiminde kullanılması gittikçe yaygınlaşmaktadır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) en baskın uygulama alanı; mahkemeler tarafından bir karine şeklinde hükme esas alınmasıdır. Ayrıca, sorumluluk davalarında geçerli olan ve sadece usulî anlam taşıyan bir "savunma aracı" olarak değil, bağımsız bir maddi hukuk kuralı olarak da kabul edilmektedir [172].

Bir sorumluluk davasında talep edilen bir tazminata hükmedebilmek için, söz konusu karinenin çürütülmesi gerekmektedir. Bunun için de, sadece zarar ve illiyet bağı gibi genel sorumluluk şartlarının değil, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) unsurlarının varlığına ilişkin fiili gerçeklerin de ispatlanması gerekmekte olup, bu zorunluluk, davacı aleyhine getirilmiş bir ispat külfeti niteliğindedir[173].

Bir sorumluluk davası açıldığında, örneğin davacı pay sahibi, söz konusu ispat yükümlülüğünü yerine getiremezse, sözkonusu karine bir bağımsız hukuk kuralı olarak, yöneticileri ve onların aldıkları kararları korumak için devreye girmektedir. Şayet, davacının iddiaları ve yapılan işlemlere ilişkin delilleri, yöneticilerin sorumlu tutulması gerektiği sonucunu doğuruyorsa, artık,

---

[172] **Block/ Radin/ Barton:** s. 11 vd.

[173] **Block/ Radin/ Barton:** s. 14; **Hamilton**: Corporations, s. 384; **Grass:** s. 81-82.

yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) koruması kalkmakta ve karine niteliğinden yararlanılamamaktadır.

Bu durumda ise ikinci bir yargısal süreç başlamaktadır. Bu süreçte, incelemeyi yapacak hâkim, ispat külfeti kendisine yüklenen davalı yönetim kurulu üyesince ortaya konacak olan ve dava konusu kararın hukuka uygun ve pay sahipleri hakkında faydalı ve adil olduğu hususundaki delilleri inceleyecektir. Tekrar belirtelim ki hâkim tarafından yapılacak bu "uygunluk standardı" (fairness standard) incelemesi, ancak yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesi çürütüldükten sonra söz konusu olacaktır[174].

Bu sürecin temel mantığı, şirkete karşı vekilin sorumluluğuna dair kurallarla sorumlu olan davalı yönetim kurulu üyelerinin, güven ilişkisine aykırı hareketlerle pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal ettiği durumlarda dahi yaptıkları işlemin hukuka uygunluğunu ispatlama imkânı bulabilecek olmalarıdır[175].

Delaware Yüksek Mahkemesi'nin, 1971 tarihli *Sinclair Oil Corp.v. Levien* davasında, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) sözkonusu karine niteliğine işaret edilmiştir:

---

[174] **Block/ Radin/ Barton:** s. 15, 53; **Hansen, C.:**The Duty of Care, the Business Judment Rule, and The American Law Institude Corporate Governance Project, Bus. Law. 48 (1993), s. 1355 vd.

[175] Konuya ilişkin örnek davalar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 15, dpn. 74-79. İspat külfeti dağılımı, Alman POK'da UMAG ile yapılan § 93 I 2 düzenlemesiyle herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Bir başka deyişle, davacı şirket, açtığı sorumluluk davasında, sadece uğradığı zararın yönetim kurulunun davranışı neticesinde meydana geldiğini ispat edecektir. Buna karşılık yönetim kurulu üyeleri ise, üzerlerine düşen özen yükümüne uyduklarını veya bu yükümlülüğe uymanın imkânsızlığını ispatlamak suretiyle, sorumluluktan kurtulabilme imkânına sahiptirler (**Bilgili:** Sorumluluk, Parag. 26).

"Bir yönetim kurulu, aldığı kararlar bakımından yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesine sahip olduğundan, karinenin geçerli olduğu durumlarda, başka bir makul gerekçeye dayanılarak bu kararlardan dolayı sorumluluk iddiası ileri sürülse dahi sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bu yaklaşıma göre, mahkemeler de yönetim kurulunun yerine geçerek karar veremeyecek, şirket yönetimine ilişkin kendi muhakemesinin daha makul olduğunu iddia edemeyecektir"[176].

Aynı mahkemenin, 1984 tarihli *Aronson v. Lewis* davası ile 1985 tarihli *Smith v. Van Gorkom, Unocal* davalarında da aynı karinenin önemine işaret edilmiş ve istikrar kazandığı vurgulanmıştır. Şöyle ki, "yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), bir yönetim kurulu üyesinin, şirket yönetimine ilişkin karar alırken tamamen bilgilenmiş olarak, iyi niyetle, kararın şirket için en isabetli karar olduğuna dair dürüst ve doğru bir inançla hareket ettiğini varsayan bir karinedir"[177].

Benzer şekilde son yirmi yıl içinde, sadece Delaware'de değil, en az yirmi bir eyalet mahkemesinde daha bu kurala bir karine olarak atıf yapılmıştır[178].

Özellikle son yıllarda artan ve farklı alanlarda yaşanan hızlı gelişmenin de etkisiyle yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulama alanlarının genişlediği gözlenmektedir. Örneğin, kişisel menfaati olan yönetim kurulu

---

[176] 280 A. 2d 717 (Del. 1971). http://businessentitiesonline.com/Sinclair_Oil_ Corporation_v_Levien. pdf 24/08/2008

[177] Kararlar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 11, dpn. 44-46.

[178] Söz konusu eyaletler; Alabama, California, Connecticut, the District of Columbia, Florida, İllinois, Iowa, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Nevada, New Jersey, New York, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Tennessee, Texas ve Wisconsin'dir (**Hamilton:** Black Letter, s. 150; **Block/ Radin/ Barton:** s. 13-14); **Grass:** s. 46.

üyeleri, müdür veya hâkim durumda bulunan pay sahiplerinin, şirketin kontrolünü ele geçirmeye ilişkin işlemlerinde (takeover) yöneticinin hukuka uygunluk kuralından (bjr) yararlanılmaktadır[179]. Yine, şirket müdürünün azli ve yönetim kurulu veya özel komitelerin feshi gibi durumlarda, ayrıca işletmelerin devir alınması hallerinde de yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) uygulama alanı bulmaktadır[180]. Nihayet yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), yönetim kurulu üyelerinin şirket ile işlem yaparak sebep oldukları menfaat çatışmalarına da uygulanabilirliği olan önemli bir karinedir.

Delaware Yüksek Mahkemesinin, 1991 tarihli *Cinerama, Inc.v. Technicolor, Inc.*davasında[181] hâkim; "yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) testi" ile "uygunluk standardı testi" ayrımına işaretle bunların uygulaması hakkında açıklama yapmıştır. Buna göre, öncelikle yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesine göre davacı**,** varlığını iddia ettiği unsurların her birinin geçerliliğini, güvenilir delillerle ispatlamakla yükümlüdür. Bunu başardığı takdirde gündeme gelecek olan uygunluk standardı testi uygulamasında ise artık, işlemin aslında şirket lehine olduğunu ispatlamak yükümlülüğü davalıya ait olmaktadır[182].

Sözkonusu uygunluk standardının tespiti işlemi, bünyesinde hem davanın açılması hem de ispatlanması bakımından, oldukça zor bir süreci de barındırmaktadır. Zira, mahkemeler tarafından hakkaniyet ve eşitlik ilkesine

---

[179] **Pinto/ Branson:** s. 305.

[180] **Grass:** s. 38, 41.

[181] **Block/ Radin/ Barton:** s. 16, dpn. 80.

[182] **Balotti, F., R./ Hanks, J., J.:** Rejudging the Business Judment Rule, Bus. Law. 48 (1993), s. 1337, 1345; **Block/ Radin/ Barton:** s. 14-16; **Pinto/ Branson:** s. 183 vd.

göre yapılacak olan bu testte, örneğin uygun fiyatın tespiti[183] gibi üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde geçerli olan hususların çok ciddî bir yargısal denetimi gerektirdiği açıktır. Bununla birlikte, uygunluk standardının arandığı her durumda, davalı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna karar verileceği de varsayılmamalıdır[184].

O halde özen yükümlülüğü belki de en çok uygunluk standardının incelemesinde sözkonusu olabilmektedir. Çünkü uygunluk standardına göre, örneğin şirketle işlem yapan yönetim kurulu üyesi, yaptığı işlemin özen yükümüyle tamamen bağdaştığını ispatlamak zorundadır. Bunu başaramadığı durumlarda yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesinden de yararlanamayacaktır. İşte, bir sorumluluk davasında yönetim kurulu üyeleri, uygunluk standardı testine göre ispat yükümlülüklerini yerine getiremezlerse, sadece şirkete veya ortaklarına karşı tazmin yükümlülüğü doğmuş olmayacak, aynı zamanda işlemin yapılmamış sayılması ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre elde edilen menfaatlerin iadesi gibi yaptırımlar da gündeme gelebilecektir[185].

Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanması, sadece unsurlarının varlığı açısından ve usul hukuku bakış açısıyla yapılacak bir incelemeyi değil, uygunluk standardına uyulup

---

[183] Konuyla ilgili olarak, menfaat çatışmalarında, hukuka uygunluğu sağlamak üzere gözetilmesi gereken "Tarafsız Bakış İlkesi" (Fairness Opinion) için bkz. **Hansen:** s. 1373; **Pinto/ Branson:** s. 100.

[184] **Block/ Radin/ Barton:** s. 16, dpn. 82, 84; **Grass:** s. 178.

[185] **Block/ Radin/ Barton:** s. 17.

uyulmadığını görmeyi sağlayan maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler yapmayı da gerektirmektedir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) karine niteliğine son bir örnek olması bakımından, 1985 tarihli Wisconsin mahkemesi tarafından verilen kararı zikredebiliriz. Bu kararda pay sahiplerinin bireysel hakları üzerinde tasarrufta bulunan bir şirket yöneticisinin de bu karineden yararlanabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu kararda,

"Bir pay sahibi açısından yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanması çok katı görülebilir. Ancak Prof.Dr.Adolf Berle'nin, 1939 tarihli The Modern Corporation and Private Property adlı kitabında aynen şunlar ifade edilmiştir: '…. yönetim kurulu üyelerinin vardığı muhakemelerin, şirketin en yüksek derecedeki menfaatlerine uygun olması yönünde doktrin hem fikirdir. Bununla da aslında şu söylenmek istenmektedir: Herhangi bir durumda bireyin menfaati, şirketin bir bütün olarak ekonomik önceliklerine feda edilebilir. Yönetim kurulunun, neyin ekonomik gereklilik teşkil ettiğine dair yorumu, pratik olarak nihaidir. Bunun için de mahkemeler, hem gayretli ve girişimci olan yöneticilerin menfaatlerini hem de pay sahiplerinin ve şirketin menfaatlerini dengelemek ve korumak için tek uygun vasıtadır. Bu dengeyi gözetmedikleri takdirde mahkemeler yöneticilerin yerine geçmiş olurlardı…."[186] denilmiştir.

B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (Bjr) Uygulamasının Faydaları

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), sorumluluk hukuku bakımından sağlayabileceği birinci fayda; gerçek anlamda yükümlülük ihlaliyle,

[186] **Block/ Radin/ Barton:** s. 18.

sorumluluk doğurmaması gereken hatalı veya yanlış kararları birbirinden ayırması ve ikincisini sorumluluk dışında tutmasıdır. Böylece, hâkime, hukuki sorumluluğun somut olaydaki şartlarını tartışmayı sonraya bırakarak ve kararı genel ve açık bir davranış yönergesi ya da bir şablon yardımıyla test ederek, hukuka uygunluk denetimi yapma imkânı verilmektedir. Bu yolla, hâkimin yönetim kurulu kararlarına müdahale etmesi önlenmekte ve yönetim kurulu üyelerine insiyatif üstlenerek karar verebilme fırsatı verilmiş olmaktadır[187]. Böylece hâkimlerin ancak kötü birer yönetici olacağı gerçeğinden hareketle, yapılacak denetimin yerindelik denetimi değil, hukukîlik denetimi olabilmesi imkânı da sağlanmış olmaktadır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), hukukîlik denetimi yapılmasına imkân sağlayan bir diğer özelliği de yöneticilerin özen yükümünü somutlaştırması ve karine olarak onların özenli davrandıklarını kabul etmesidir. Böylece, hem yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hafifletilmekte hem de yapılacak denetim objektifleşmektedir.

Pay sahiplerinin dava yoluyla yönetime müdahalesi, şirketin yönetim kurulu üyelerince idare edilmesini güçleştiren bir unsurdur. Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), ispat külfetini davacılara yüklemekle kötü niyetli davacıların bu girişimlerine engel oluşturmaya katkı sağlamaktadır[188].

Böylece yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) ana fonksiyonu, beş ana unsuru tamam olan bir kararın içeriğinin yargı denetimi dışında kalması ve

---

[187] **Grass:** s. 191.

[188] **Grass:** s. 192.

böylece yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) yöneticiler için güvenli bir liman olmasıdır[189].

Diğer taraftan Alman POK'da UMAG ile yapılan değişikliğin gerekçesinde de belirtildiği gibi, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) sadece anonim şirketlerle sınırlı değildir. Ayrıca bir kanuni düzenlemeye gerek kalmadan, işletme faaliyeti yürüten bütün diğer şirket formları için de geçerli olacak, dolayısıyla bu korumadan onların yöneticileri de faydalanabileceklerdir[190].

IV. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UNSURLARI

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) uygulamasının söz konusu olabilmesi için, beş unsurun tamam olması gerekir. Bu beş unsur, aynı zamanda bir kriterler demeti oluşturur[191]. Açılan bir sorumluluk davasında, davaya konu karar ya da işlem açısından aşağıda sayılacak olan unsurlar tamamsa, zarar bulunsa bile, zararı doğuran karar ve işlemlerin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmakta ve bir sorumsuzluk karinesi geçerli olmaktadır. Böylece yönetim kurulu üyelerinin, sorumlu olmadıklarını ispat yükü ortadan kalkmakta ve yargılama süreci kısaldığı için usul ekonomisine de katkı sağlanmaktadır.

Söz konusu unsurlar şunlardır:

(1) Yönetim kurulu kararı,

(2) Tarafsızlık ve bağımsızlık,

---

[189] UMAG-Gerekçe, s. 21.

[190] UMAG-Gerekçe, s. 24.

[191] **Grass:** s. 49.

(3) Özen yükümlülüğü,

(4) İyi niyetli davranma,

(5) Takdir yetkisinin yerinde kullanılması.

A. Bir Yönetim Kurulu Kararının Varlığı

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), sadece yönetim kurulu üyelerinin kararlarının mahsulü olan işlem ve eylemleri korumaktadır. Bir başka ifadeyle, sözkonusu karinenin geçerli olabilmesi için bir yönetim kurulu kararının varlığı gerekli olup yönetim kurulu üyesinin işlemi doğrudan doğruya bu karara dayanıyor olmalıdır[192]. Buna karşılık yönetim kurulunun ihmalî davranışlarından doğan zararlar bu kapsamda değildir. Diğer bir deyişle eylemsizlik, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) koruması kapsamında değildir[193]. Bununla birlikte ihmali davranış kasta dayanıyorsa yani eylemsizlik bilinçli bir kararın gereği ise yine yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) devrede olacaktır[194].

1971 tarihli *Kaplan v. Centex Corp.* davasında[195] mahkemenin verdiği karara göre; "yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanabilmesi için yeterince bilgilendirilmiş bir yönetim kurulunca, muhakeme edilerek alınmış bir karar bulunmalıdır. Ayrıca deliller, o eylemin yapıldığını da göstermelidir."

---

[192] UMAG-Gerekçe, s. 22; **Grass:** s. 49.

[193] **Block/ Radin/ Barton:** s. 22.

[194] 1984 tarihli *Aronson v.Lewis* davasında, Delaware Yüksek Mahkemesi, eylemsizlik hâlinde veya bilinçli bir karar olmadıkça yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinin korunmayacağına karar vermiştir (473 A. 2d 805 (Del. 1984). http://www.okcu.edu/law/academics/pdfs/aronson.pdf 24/08/2008). Bu hususta ayrıca bkz. **Grass:** s. 50.

[195] 284 A. 2d 119 (Del. Ch. 1971).

Kural olarak, her türlü karar sorumsuzluk karinesinin sağladığı bu korumadan yararlanabilmektedir. Bunun için gerekli şart, bu kararların ne kadar isabetli olduğu başlangıçta belli olmasa da, uygulanmış olmalarıdır[196].

Ayrıca sorumsuzluk karinesinden, sadece yapma türü davranışlar halinde değil, yapılacak işin çok riskli görünmesi nedeniyle, doktrinde olumsuz kararlar olarak da ifade edilen kaçınma türü davranışlar için de yararlanılması mümkün olacaktır. Örneğin, eğer yönetim kurulu, işletmeye yarar sağlayacak işlerin araştırılması, bulunması ve riskin değerlendirilmesi konularında, sahip olduğu takdir yetkisini de kullanarak, bir işin yapılmamasına karar vermişse, sonradan, geriye dönük yapılan değerlendirmede, yanıldığı ortaya çıksa bile yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) devreye girecek ve şartları yoksa herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[197].

Bu esasa göre, sorumsuzluk varsayımının süjesi olan yönetim kurulunun, yapma veya yapmaktan kaçınma türü davranışlarında, ortaklığın yararına hareket ettiği kabul edilmektedir.

Yönetim kurulu kararının şirket yararına olup olmadığının temel göstergesi, şirketin pazardaki pozisyonunun, mali durumunun ve içyapısının güçlendirilmesi hedefine yönelik bir karar durumunda olmasıdır.

---

[196] Örnek kararlar için bkz. **Grass:** s. 49. Buna karşılık yönetim kurulunun sosyal ve siyasal sonuçları olan kararları bakımından, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanıp uygulanmayacağı, bir sorun olarak kalmaya devam etmektedir.

[197] **Bilgili:** Sorumluluk, Parag.16.

Sorumsuzluk varsayımından yararlanılması için gerekli olan bir diğer şart da yönetim kurulunun karar alırken, en azından işin başarılı olacağına dair olumlu beklentiye sahip olmasıdır[198].

B. Yönetim Kurulu Üyesinin Tarafsız ve Bağımsız Hareket Etmiş Olması

Tarafsızlık ve bağımsızlık birbiriyle özel olarak ilişkili iki ilke olduğundan birlikte anılmaktadır.

"Tarafsızlık ilkesi" ne göre, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), kural olarak yönetim kurulu üyelerinin, menfaat çatışmasından kaçındıklarını kabul etmektedir[199]. Bu ilkeye göre; bir yönetim kurulu üyesinin, şirket yönetimine ilişkin alınan kararda kişisel bir menfaati varsa, kararın bu menfaatten çeşitli derecelerde etkilenme ihtimali kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), yönetim kurulu üyelerinin, aldıkları karardan sorumlu tutulacakları derecede bir menfaat çatışması yaşamayacakları karinesinden hareket etmektedir[200]. Dolayısıyla, bir pay sahibinin, yönetim kurulu üyelerini, aldıkları bir karardan ötürü dava ettiği ve şirketin yöneticisi olmaktan öte menfaatlerinin de bulunduğunu ispat ettiği durumda, bu karine geçerli olamayacak ve yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) koruyucu etkisi kalkacaktır[201]. Böylece işlemin hukuka uygunluğunu göstermek

---

[198] **Bilgili:** Sorumluluk, Parag.18.

[199] **Grass:** s. 53; **Pinto/ Branson:** s. 182 vd.

[200] Bununla amaçlanan, üyelerin, şirket menfaatlerinin başka yönde bir karar verilmesini gerektirdiğini bildikleri halde, tarafsız ol(a)madıklarının veya etki altında kalarak karar almış olduklarının belirlenmesidir (**Kırca:** Özen Borcu, s. 95).

[201] **Grass:** s. 53:UMAG- Gerekçe, s.23

konusunda ispat yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesi veya müdürlere geçmektedir.

Tarafsızlık ilkesi çeşitli mahkeme kararlarına konu olmuştur. Buna göre bir davada, davalı yönetim kurulu üyesinin birtakım kişisel menfaatler elde ettiği ispatlanmadan, sadece üyenin belli bir işlemi onaylamış olmasından dolayı veya üyeye yönetim kurulunda daha uzun süre görev verilmiş olması gerekçesiyle o üyenin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir[202]. Böyle bir durumda, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) uygulanabilirliğini kaybetmeyecek ve o yönetim kurulu üyesi, lehine olan bu karineden yararlanabilecektir.

Dolayısıyla, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) korumasından yararlanmak isteyen yönetim kurulu üyeleri, bir işlemin menfaat yönüyle herhangi bir tarafında bulunmaktan kaçınmalıdırlar. Diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin, şirketle işlem yaparak, her hangi bir kişisel menfaat elde etmeye yönelmemeleri ve işlemde şirketi temsil dışında taraf konumuna girmemeleri gerekmektedir.

"Bağımsızlık ilkesi" ise, bir yönetim kurulu üyesinin, hakim ortakları ya da menfaat gruplarını nazara almaksızın, yalnızca şirket menfaatini hedefleyerek karara katılmasını gerekli kılmaktadır[203]. Aksi takdirde, şeklen geçerli ve şirket yararına görünen bir kararın güvenilmeyecek bir işlem haline dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesi veya müdürün, herhangi bir işleminde menfaati bulunan bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından,

---

[202] Konuya ilişkin örnek davalar için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 22, dpn. 101- 103; **Grass:** s. 53-54.

[203] **Grass:** s. 55.

hukuki veya fiili olarak baskı altında tutulması, kontrol edilmesi ve yine ona karşı bir minnet saikiyle hareket etmesi bağımsızlığını yitirdiğini gösterir[204].

Ancak pek tabiidir ki bir grubun yönetim kurulu üyesi seçiminde ağırlığını koyması, tek başına, bu grupça seçilen üyenin baskı altında olduğu ve dolayısıyla bağımsızlık şartının bozulduğu anlamına gelmemektedir[205].

Aynı şekilde yönetim kurulu üyelerine ücret veya diğer kişisel menfaatler verilmesi de tarafsızlık ve bağımsızlığın bozulması anlamına gelmez. Aksi takdirde yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatlerinin olduğu her konuda ayrımcılık yaptıkları gibi yanlış bir sonuca ulaşılması söz konusu olabilecektir.

Başka bir ifadeyle belli şartlar altında kanun tarafından da izin verilen ve yönetim kurulunun bir esas sözleşme değişikliği ya da genel kurul kararıyla ilave menfaat temin ettiği işlemler de yönetim kurulu üyelerinin taraflı olduğu anlamına gelmeyecektir[206].

---

[204] **Hamermesh, L.A./Sparks, A. G.:** Corporate Officers and the Business Judment Rule: A Reply to Professor Johnson, The Bus.Law, May 2005, C. 60, s. 865 vd.Hâkimin, şirket menfaatine yabancı birtakım düşüncelerin karara etkisi olup olmadığını araştırması gerekmektedir (**Grass:** s.119 vd.).

[205] **Block/ Radin/ Barton:** s. 23; **Grass:** s. 83 vd. Ne zaman ki, yönetim kurulu üyeleriyle pay sahipleri arasındaki karşılıklı katılma ilişkisinin, seçimden öte bir atamayı düşündürecek kadar güçlü bir bağlılığa dayandığı ispatlanırsa, o zaman, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesinden yararlanılamaz (**Grass:** s. 55). Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin, aralarındaki dostluk ilişkisi gereği, birbirlerini kollama eğiliminde olmalarından ötürü, kendi aralarında bağımsızlıklarından söz edilemeyeceği hususunda bkz. **Grass:** s. 56.

[206] Delaware Mahkemesi, 1991 tarihli *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.* davasında şirketin, piyasa değeri 100 milyon dolar iken 160 milyon dolara satılması yanında, yönetim kurulu başkanı ve başkan yardımcısının görev sürelerinin uzatılması ve maaşlarının iki katına çıkarılmasının da karara bağlanmasını, tarafsızlığın ve bağımsızlığın bozulmadığı şeklinde değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme, "farz edelim ki, en iyi fırsatı bulmakta ihmâllerinin olduğu, yapılan reklâmın yeterli olmadığı veya el altından satış yapıldığı yönünde davacının

Bir yönetim kurulu üyesinin, kendi menfaatini, şirket menfaatlerinin önüne almak gibi bir tutum içine girdiğini gösteren deliller bulunmadıkça taraflılığı ispatlanamayacaktır. Bu hususta en ciddi ihtimal yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda hakim ortak olması durumudur. Ancak bu hal dahi önemli bir tarafsızlığın ihlali riski içermez. Gerçekten mahkemeler de yönetim kurulu üyelerinin büyük pay sahibi olmalarının, diğer pay sahiplerinin de menfaatine olarak, işlerin uygun ve en iyi şekilde yapılacağı konusunda, güçlü bir ekonomik ve psikolojik dürtü oluşturacağına hükmetmişlerdir[207].

Delaware[208] Mahkemesi, değişik tarihli kararlarında, aynı zamanda büyük ölçüde pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, diğer pay sahiplerinden

---

iddiaları olsaydı bile bunların aksini ispat yükü yönetim kurulu üyelerinin üzerinde mi olmalıydı" diyerek, yöneticinin hukuka uygunluk kuralını (bjr) uygulamış ve yönetim kurulu üyeleriyle, pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin bozulmadığı yönünde karar vermiştir (663 A. 2d 1156, Del. 1995). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 24-26; **Pinto/Branson:** s. 192, dpn. 51; **Bainbridge:** s. 9-13.

[207] **Block/ Radin/ Barton:** s. 28. Farklı gruptaki pay sahiplerinin, farklı menfaatler içerisinde olduklarından hareketle, menfaat çatışmalarının kaçınılmaz olacağı bu durumlarda, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanmasının da kaçınılmaz olacağı hususunda bkz. **Block/ Radin/ Barton:** s. 29.

[208] Bazı eyaletler, kanunlarla anonim şirketlere getirilen çeşitli kolaylıklarla veya mahkeme kararlarının oluşturduğu elverişli içtihat hukuku ortamıyla şirketler cenneti olmuştur. Bu eyaletlerin başını Delaware çekmektedir. New York Borsasına kayıtlı şirketlerin %45'i bu eyalette kurulmuştur. Eyalet gelirlerinin yaklaşık %15'i bu anonim şirketlerden sağlanmaktadır (**Dooley, M. P./ Goldman, M.D.:** Some Comparisons Between The Model Business Corporation Act and the Delaware General Corporation Law, 56 Bus. Law., 2001, s. 737). Bu eyalette kanun koyucular, şirketlerin sorunlarına daha sıcak bir anlayışla yaklaşabilmektedirler. Özellikle yöneticileri kayıran hükümlerin, birçok şirketi sonradan merkezlerini Delaware'e taşımaya teşvik ettiği de belirtilmektedir. Diğer taraftan eyalet mahkemelerindeki hâkimlerin ve avukatların anonim şirketler hukukunda uzmanlaştıkları ve ihtilafların daha rahatlıkla çözümlendiği de ifade edilmektedir. Bu nedenle, Delaware eyaleti yargı sistemi, sıklıkla "şirketler hukukunun ana mahkemesi" gibi değerlendirilmektedir. Konu

sadece bazılarının menfaatine olan bir işleminden dolayı da yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulamasının mümkün olabileceğine hükmetmiştir. Zira, bu durum, kontrolü elinde tutan pay sahipleriyle azınlık pay sahiplerinin menfaati arasında daima bir ihtilaf olduğunu ispatlamaya elverişli bir delil olmayacaktır[209].

C. Yeterli ve Gerekli Özenin Gösterilmiş Olması

Bu unsur, en genel ifadesiyle şirket yönetimine ilişkin karar alan bir yönetim kurulu üyesinin, aldığı karar hakkında makul seviyede bir bilgi sahibi olmasını ve gerektiği ölçüde basiretli davranmasını gerektirmektedir[210].

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) sağladığı koruma, yönetim kurulu üyelerinin "muhakemesinin" içeriğinin tam olmasını ve dayandığı bilginin kapsamının yeterli olmasını gerektirir. Kararın muhtevasına ilişkin bu denetim, gösterilmesi gereken özenin tespitine yönelik olmakta ve bunun için de hukuka uygunluk zemininde yapılacak olan objektif bir incelemeyi gerektirmektedir.

Bu durumda, bir pay sahibi gereken özenin bulunmadığını iddia ediyorsa; örneğin, dava konusu kararı alan yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun

---

hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Balotti/ Finkelstein:** s. 4; **Hamilton:** s. 68. Enron şirketinin merkezinin Delaware'de değil de, Oregon'da olması bu noktada anlamlıdır (**Ansay:** AŞ Nereye, s. 10). Ayrıca bkz. **Carroll, J.F.:** The Business Judment Rule in Florida –on Paper and in the Trenches, The Florida Bar Journal, July/August 2006, s. 55 vd. Delaware yaklaşımı hakkında ayrıca bkz. **Pinto/ Branson:** s. 317.

[209] Bu konuda, 1985 tarihli *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* davası örnek olarak gösterilebilir (493 A. 2d 946, Del. 1985). http://www.nyls.edu/pdfs/UnocalvMesa.pdf 24/08/2008). Ayrıca bkz. **Pinto/ Branson:** s. 318-320;

[210] **Grass:** s. 57.

yeterince bilgi sahibi olmadığını da ispatlamak zorundadır[211]. Zira bir yönetim kurulunda, kararın yeterli bilgi olmaksızın alınması, üyelerinin ağır ihmâlini[212] göstermektedir. Bu durumun davacılar tarafından ispat edilmesiyle de, üyelerin sorumlulukları gündeme gelebilmektedir.

Gösterilmesi gerekli olan özenin tespitine ilişkin olarak, sözü edilen bu inceleme, yönetim kurulunun karar alma süreci üzerinde yoğunlaşmaktadır. Şöyle ki; yönetim kurulu üyelerinin alternatif seçenekleri değerlendirmekte ve içlerinden birini tercih etmekte, kasten hareket edip etmediklerini ve yeterli bilgi sahibi olup olmadıkları belirlenecektir[213]. Bu inceleme sonunda, kararın gerekli özen gösterilerek alındığı anlaşılmışsa, sonradan uygulamanın sonuçlarına göre kararın isabetsiz olduğunun anlaşılması, sorumluluk için yeterli değildir[214].

Gösterilmesi gerekli özen yükümlülüğünü ortaya koymak için her zaman uygulanabilecek özel bir metot bulunmamaktadır. Ayrıca yöneticilerden, gerekli olan özeni tam olarak göstermeleri, hattâ kararın dava konusu edilmesi ihtimalini de dikkate alarak, mahkemenin yapabileceği değerlendirmeleri de karşılayabilecek ideal veya mükemmel bir araştırmayı yapmaları da

---

[211] **Grass:** s. 59. Konuyla ilgili olarak özellikle 1985 tarihli *Smith v.Van Gorko*m davası örnek gösterilebilir (http://www.sba.pdx.edu/faculty/maggief/SampleSmithVanGorkom.doc 24/08/2008). Dava hakkında ayrıca bkz. **Grass:** s. 62 vd.; **Pinto/ Branson:** s. 194-197.

[212] Dikkatsizlikten, kasta dayalı ihmali bir davranıştan ya da önem vermemekten kaynaklanan kayıtsızlık halleri yanında, mantık sınırlarının dışındaki her türlü eylem ve işlem de ağır ihmâl durumlarına örnek olarak gösterilebilir. **Block/ Radin/ Barton:** s. 33.

[213] **Block/ Radin/ Barton:** s. 33. Sorumluluk, ya yönetim kurulu üyelerinin görevi için gerekli olup da o nitelikleri taşımamaları veya gereken özeni göstermemiş olmaları sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu hususta bkz. **Wiegand:** s. 17; **Krneta:** N. 1795, s. 396.

[214] **Grass:** s. 1-2; **Kırca:** Özen Borcu, s. 88; Ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz /Nobel:** § 28, N. 24.

beklenmemelidir[215]. Aksine iş dünyasında yöneticiler, çoğunlukla mükemmel veya tam bir bilgi sahibi olmadan da işlem yapmak zorunda kalabilmektedirler. Zira bu gibi durumlarda, daha fazla bilgi edinmek için girilecek riskler veya külfetler, muhtemel menfaatlere göre daha ağır basabilmektedir[216].

Dolayısıyla gerekli özenin tespitinde uygulanmak üzere, özellikle cevabı bulunacak soru şudur: Yöneticiler, yeterli bir bilgiye dayalı olarak karar verebilmek hususunda "makul bir çaba" göstermiş midirler? Şüphesiz mahkeme bu makul çabanın gösterilip gösterilmediğini tespit ederken, şirket yöneticilerinin tercihleri üzerinde sonradan, bir dava üzerine ve üstelik dosya ile sınırlı olarak inceleme yapmakta olduğunu hesaba katmalı, izlenmesi gereken yöntem ve standartlar konusunda durumdan vazife çıkarmaktan kaçınmalı, kendi tercihlerini öne çıkarmamalıdır[217].

Bilginin değeri nispetinde külfeti de artabildiğinden, ek bilgiden elde edilecek menfaat ile alternatif maliyetinin iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu

---

[215] **Block/ Radin/ Barton:** s. 34; **Pinto/ Branson:** s. 186 vd.

[216] **Grass:** s. 57.

[217] **Block/ Radin/ Barton:** s. 34. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında ve doktrinde yaygın olan görüş, hâkim tarafından, özen yükümüne uyulup uyulmadığına karar verilirken, objektif ölçütler kullanılması gerektiği yönündedir. Bir başka deyişle, aynı şartlar altındaki makul ve özenli bir yönetim kurulu üyesinin gösterdiği ve o işin gerektirdiği özene uygun davranması beklenilmektedir (**Krneta:** N. 1796, s. 396). Ayrıca bkz. **Pinto/ Branson:** s. 187.

Hâkimin objektif davranabilmesi ve yöneticilerin takdir yetkisine müdahalede bulunmaksızın tam bir hukuka uygunluk denetimi yapabilmesi için özen borcunun somutlaştırılması gerekmektedir.

dahi mahkemelerce değil, karar verme sorumluluğuna sahip yöneticiler tarafından cevaplandırılması gereken bir soru durumundadır[218].

Kısacası, şirket yönetimine ilişkin bir karar almadan önce, basiretli olmayı sağlayacak bir bilgi seviyesine sahip olmak gerekmektedir ki bunun tespiti, başlı başına, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulamasının konusudur ve onun koruması altındadır. Dolayısıyla bu süreç ile ilgili olarak, mahkemelerin yapması gereken yöneticiler yerine yeniden bir muhakeme yapmak değil, sadece yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) kapsamında bir çeşit hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olarak inceleme yapmak olmalıdır[219].

Yönetim kurulu üyelerinin işletme riski yüklenmiş olması, elbette, özen yükümüne aykırı davranış sergileyebilecekleri anlamına gelmemektedir. Zira özen yükümünü ihlal etmeden de risk üstlenilebilir. Sadece gösterilecek dikkat ile gözetim ve denetime olan ihtiyaç, riskin derecesi ölçüsünde artmaktadır. Bu bağlamda işletmenin varlığını tehdit edecek veya aşırı zararlara yol açacak risklerin üstlenilmemesi gerektiği açıktır. Yönetim kurulu üyeleri bu ilke ve esaslara uydukları müddetçe, girişmiş oldukları riskli iş sonucunda ekonomik bakımdan bir zarar doğmuş olsa bile sorumlu tutulmayacaklardır[220].

---

[218] **Wright/Creighton:** s. 49 vd.; **Block/ Radin/ Barton:** s. 34, dpn. 162.

[219] **Grass:** s. 57 vd.

[220] **Block/ Radin/ Barton:** s. 35.

D. İyi Niyetli Davranılmış Olması

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) bakımından iyi niyet unsuru, yönetim kurulu üyelerinin, işlemlerini yaparken, samimi bir niyetle ve en üst seviyede şirketin yararına olacak şekilde hareket etmelerini gerektirmektedir[221].

Tarafsızlık unsurunda da değindiğimiz üzere, burada karşılaşılabilecek zorluk, ilgili kararın, alındığı tarih itibariyle, şirketin menfaatleri yanında, üyenin şahsi menfaatine[222] de uygun görünmüş olması durumunda ne yapılacağıdır. Burada öncelikle takip edilmesi gereken yöntem, yönetim kurulu üyesinin karar verirken taşıdığı niyetin, her bir somut olay yönünden sorgulanmasıdır[223].

Bir davacının, dava dilekçesinde karar sahiplerinin sadece kötü niyetli olduklarını ifade etmesi, iyi niyet karinesini ortadan kaldırmaya yetmez. Davacının kötü niyet iddiasını daha somut olarak ortaya koyması gerekmektedir. Örneğin, bir yönetim kurulu kararının, başka hiçbir makul gerekçeyle açıklanamayacak kadar muhakeme sınırlarının dışında olması durumunda, esas olarak kötü niyetin varlığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, mahkemenin bir yönetim kurulu kararını, yalnızca, kararın makuliyet ölçüleri içerisinde olup olmadığını tespit amacıyla inceleyebilmesi gerekli ve yeterlidir[224]. Bu konuya, örnek olması bakımından Delaware Mahkemesinin 1988 tarihli *In re*

---

[221] **Grass:** s. 64.

[222] Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), menfaat çatışmalarına etkisi hakkında bkz. Bölüm 3, II C.

[223] **Block/ Radin/ Barton:** s. 36; **Grass:** s. 65.

[224] **Grass:** s. 90.

J.P.Stevens & Co.Shareholders Litig. davası[225] ile 1973 tarihli *Muschel v. Western Union Corp.* davası[226] kararları verilebilir[227].

E. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılmamış Olması

Takdir yetkisi, yöneticilere tanınan geniş kapsamlı bir yetkidir. Mahkeme kararları ve doktrinde hâkim olan görüşe göre; yukarıdaki dört unsur mevcut olsa bile bir yönetim kurulu kararına, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) koruyucu etkisinin uygulanabilmesi, ancak takdir yetkisinin kötüye kullanılmadığı durumlarda söz konusu olacaktır[228]. Yine hâkim görüşe göre, mahkemelerin, yönetim kurulunun takdir yetkisi üzerinde yargısal denetim yapma rolleri, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile tamamen bertaraf edilmiş değildir. Aksine hâkimler, yönetim kurulu kararlarının hukuka uygunluğunu, kendilerini yöneticilerin yerine koymadan, onların takdir yetkisini kötüye kullanıp kullanmadıklarını belirlemek yönünden incelemektedirler. Kısacası takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi hukuka uygunluk denetiminin sınırını teşkil etmektedir[229].

---

[225] Bu kararda bir yönetim kurulu üyesine ödenen tazminatın çok yüksek olmasının, kötü niyet göstergesi olarak, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulanmasına engel oluşturabilmesine karşılık, bir gözetim kurulu üyesinin maaşının yüksek olmasının bu konuda bir kötü niyet göstergesi oluşturmayacağına hükmedilmiştir.

[226] Yönetim kurulu üyesi tarafından teklif edilen fiyat ile piyasa fiyatı arasında ciddî bir fark olmasına rağmen teklif edilen bedelin ödenmesinin, bir muhakeme hatası olmayıp, aksine kötü niyetin ve şirket menfaatlerine kayıtsızlığın bir göstergesi olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) sağladığı sorumsuzluk varsayımının burada uygulanamayacağına karar verilmiştir.

[227] Örnek kararlarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.**Block/ Radin/ Barton:** s. 37, dpn.170.

[228] **Block/ Radin/ Barton:** s. 37.

[229] **Block/ Radin/ Barton:** s. 38.

Bir yönetim kurulu üyesinin, takdir yetkisini kullanırken, izin verilen sınırları aştığının ve makul olmayan bir karar aldığının iddia edildiği durumlarda mahkeme, bu durumun analizini bizzat yapacaktır. Kararın ilk bakışta dahi açıkça hatalı ve makul olmayan bir karar olduğunun anlaşılması takdir yetkisinin kötüye kullanıldığını gösterir ve yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesinden yararlanamaması sonucunu doğurur[230]. Mahkemeler yönetim kurulu üyelerince takdir yetkisinin kullanımı konusunda makul bir hata payına izin vermektedirler. Fakat bu, makul dayanağı olmayan bir yönetim kurulu kararının, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) korumasından yararlanacağı anlamına gelmemelidir[231].

Delaware Mahkemesinin, 1989 tarihli In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation davasında, bir yönetim kurulu kararının, kişisel menfaat sözkonusu olmaksızın, bağımsız ve tarafsız olarak ve ayrıca gerekli özen ve iyi niyetle hareket eden üyelerce alınması durumunda, hukuka uygunluk denetiminin nasıl yapılacağı konusu sorgulanmıştır. Aslında, söz konusu kararın esasına ilişkin olan bu sınırlı inceleme, kararın iyi veya makul olup olmadığının tespitinden ibarettir. Dolayısıyla mahkemelerin, yönetim kurulu kararlarının içeriği üzerinde yapacakları yargısal denetimlerde, incelemelerini, "hukuka uygunluk" ve "makul olma" ile sınırlandırmaları gerekmektedir. Kararların gerçekten yöneticinin hukuka uygunluk kuralına (bjr) uygun olarak alındığı durumlarda, mahkemelere bilhassa kararın muhtevası ile ilgili olarak sınırsız

---

[230] **Grass:** s. 67 vd.

[231] **Veasey, E. N. : "**Duty of Loyalty: The Criticality of the Counselor's Role", 45 Bus.Law. 1990, s. 2065, 2071.

inceleme yetkisi vermek, onları, şirketin yönetim kurulu üyesi veya müdürü yerine koymak anlamına gelecektir[232].

V. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULANAMAYACAĞI DURUMLAR

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), aşağıda ifade edilen ve esasen hukuka aykırılık teşkil eden bazı kararları yönünden yönetim kurulu üyelerini korumamaktadır[233].

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) mantıksal temelinde, yönetim kurulu üyelerinin, zararla sonuçlanmış olsa bile, özenli ve hukuka uygun işlemlerinin geçerli olacağı ve sorumluluk doğurmayacağı yaklaşımı yer aldığı için, açıkça hukuka ve mantığa aykırı olan durumlarda bu karine geçerlilik kazanamayacak ve hukuki korumasından yöneticiler yararlanamayacaklardır[234].

Bu konuda verilmiş olan sınırlı sayıdaki yargı kararlarına göre bu istisnalar dört başlıkta toplanabilir[235].

A. Dolandırıcılık ve Hile Hali

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) açıkça hakkı suiistimal eden veya iradeyi sakatlayan hallerde, söz konusu kararların hukuki sonuçlarından bağımsız olarak bir koruma sağlamayacaktır. Dolayısıyla dolandırıcılık veya hile gibi durumlarda ilgili yönetim kurulu üyesi bu karineden yararlanamayacaktır.

---

[232] **Block/ Radin/ Barton:** s. 39; **Grass:** s. 97.

[233] **Grass:** s. 43 ; **Pinto/ Branson:** s. 191, dpn.42.

[234] Bkz. **Pinto/ Branson:** s. 192.

[235] **Veasey:** s. 2065, 2070.

B. Hukuka Açık Aykırılık Hali

Yönetim kurulu kararları hakkında uygulanacak olan yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), koruyucu etkisine engel oluşturan istisnalardan biri de kararın açıkça kanunun emredici hükümlerine aykırı olmasıdır[236].

İsviçre'de de kanunların emredici hükümlerine aykırılığın açık bir yükümlülük ihlali oluşturduğuna ilişkin kural İsvBK m.754'ün 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri, şirket çıkarlarına uygun olsa bile kanunlardaki emredici hükümleri ihlal etmek konusunda takdir yetkisine sahip bulunmamaktadırlar.

Bir emredici hükme aykırılığın söz konusu olup olmadığı belirlenirken şirket politikasının sorgulanmasına gerek kalmayacak ölçüde net ve objektif bakış açısıyla yapılabilecek türden bir tespite ihtiyaç vardır. Zira özenli bir şirket yöneticisinin zorunlu ve kanuni düzenlemelere uygun hareket etmesini beklemekten daha doğal bir durum söz konusu olamaz.

C. Amaç ve Konu Dışı (ultra vires) İşlemler

Anonim şirketin esas sözleşmesinde belirtmiş olduğu faaliyet konusunu ya da amacını aşması "ultra vires" olarak adlandırılmaktadır. Şirket, amacını gerçekleştirmek için farklı konularda faaliyet gösterebilir, fakat faaliyet alanının sınırlarının esas sözleşmede açıkça gösterilmiş olması şarttır[237].

---

[236] **Pinto/ Branson:** s. 198. Sadakat yükümlülüğü, bilgi verme yükümlülüğü ve diğer, kanuna ve şirket sözleşmesine açık aykırılıklardan doğan sorumluluklar, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının kapsamının dışındadır (UMAG-Gerekçe, s. 21).

[237] Tıpkı ABD hukuku gibi İsviçre hukukunda da anonim şirketler, iktisadi olmayan bir amacı da takip edebilirken (İsvBK m. 620/III), Türk hukukunda ancak iktisadi konularda faaliyet

Anonim şirketin amacı ve konusu, yönetim kurulu üyelerinin iç ilişkideki görev, yetki ve sorumluluklarının tespiti bakımından olduğu gibi, üyelerin takip etmeleri gereken şirket politikasının yönü bakımından da önem taşımaktadır[238].

Burada, anonim ortaklığın aktiflerinin yetkisiz ve haksız olarak bir başka amaç için kullanımı söz konusudur. Bu husus başta pay sahipleri olmak üzere, birçok kişinin menfaatini ihlâl etmektedir[239]. İşte bu gibi hallerde de yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesinin işlemesi mümkün olmamalıdır. Zira kanuna açık aykırılığın bir benzeri burada amaca aykırılık biçiminde kendisini göstermektedir[240].

D. Şirket Mallarında Savurganlık (Waste)

Şirket mallarının israfı, özen yükümlülüğünün ihlâlinden ayrı olarak dava konusu olmakta ve yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) tarafından korunmamaktadır[241].

Böyle bir israf iddiasında yönetim kurulu üyelerinin, karşılığında para alarak yaptıkları bir işlem mevcut olmakta ancak işlemin sonucunda şirket malvarlığının gösterdiği artış çok yetersiz kalmaktadır. İşte bu durum ispatlanmak kaydıyla, yönetim kurulu üyeleri yöneticinin hukuka uygunluk kuralı

---

gösterebilirler (TTK m.271/I, TTK Tas m.331). Konuyla ilgili olarak bkz. **Krneta:** N.1891, **Lazopoulos:** s. 47 vd.; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu):** N. 435.

[238] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 8, N. 54.

[239] **Block/ Radin/ Barton:** s. 43. Ayrıca bkz. **Pinto/ Branson:** s. 15 vd. Şirketin amacı, yapılan bir işlemin şirketin menfaatine uygun olup olmadığı hususunda bir fikir verse de bu ölçüt her zaman yeterli değildir. Diğer ölçütler için bkz. Bölüm 3, II C.

[240] Yönetim kurulu üyesinin işlemi, şirket amacı dışında olmadıkça hukuka uygun varsayılacaktır (**Grass:** s. 95).

[241] **Pinto/ Branson:** s. 183.

(bjr) karinesinden yararlanamayacaklardır. Ancak bunun bir hukuka uygunluk testini de gerektiren oldukça çok zor bir süreç olduğu da açıktır[242].

VI. YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu belirlerken yapılacak olan hukuka uygunluk denetiminde, uygun usûlî çözümün bulunması gerekir. Bu kapsamda hâkimin, şeffaf ve objektif yargılama ölçütlerini hakkaniyete de uygun olarak kullanması, somut olaya ilişkin değerlendirme yaparken şirket kararlarına müdahale etmekten kaçınması ve yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini yargılamaktan vazgeçmesi gereklidir. Hâkimin şirket menfaatini ve kararlarının isabetini sorgularken çekingen davranma mecburiyeti, yalnızca, yönetim kurulu üyelerinin işlemlerini iyi niyetle gerçekleştirmeleri ve yanlış kararları en aza indirmek için gereken bütün tedbirleri almaları halinde söz konusu olacaktır.

Hâkim, sorumluluk davalarında ilk aşamada; dıştan belirli olabilecek durumları ve yönetim kurulu kararının alınması sürecini, kararın içeriğinin doğruluğu hakkında bir kanaate varmadan araştırmakla yetinecektir. Ancak bu sınırlı araştırma çerçevesinde şüphe doğuracak bir unsura rastlarsa, ikinci aşamada kararın içeriğini de sorgulayacaktır.

Hâkim ilk aşamada şu kriterlere göre bir ön karar verecektir[243].

---

[242] **Block/ Radin/ Barton:** s. 44. Ayrıca bkz. **Pinto/ Branson:** s. 215-217.

[243] Bu kısımda sözünü ettiğimiz "aşama" ya da "ön karar" deyimleri usul hukukuna ait kavramlar olmayıp, hâkimin yargılamada kendi iç muhakemesini yaparken uyması gereken süreç anlamındadır.

- Yönetim kurulunun kararı şirket amacı ile örtüşen bir karar mıdır?
- Kararın alınmasında etkili olan yönetim kurulu üyelerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüphe var mıdır?
- Karar alınırken asgari özen kurallarına uyulmadığı hususunda bir şüphe var mıdır?
- Emredici ve somut kanuni hükümlere aykırılık var mıdır?
- Yönetim kurulu üyelerinin iyi niyetli olmadıkları hususunda bir tereddüt var mıdır?

Bu kriterler tamamsa yani yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karinesinin kilit noktaları aşılmamışsa, herhangi bir yükümlülük ihlali söz konusu değildir. Sadece, hatalı ve yanlış bir karar söz konusudur ve sorumluluk davası davalının kusuru araştırılmaksızın reddedilecektir. Böylece hâkim şirket kararını kapsamlı olarak araştırmak zorunda kalmayacak ve bu karara etki eden yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi meselesine girmeyecektir[244].

A. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Unsurlarının Tam Olması Halindeki Uygulamaya Örnek

Bir anonim şirketin geçmişte üretimde kullandığı ancak yıllardır kullanılmayan bir fabrika binası bulunmaktadır. Kiralamak isteyen bazı kişilerin taleplerine rağmen yönetim kurulu bugüne kadar fabrikayı kiraya vermeyi reddetmiştir. Bazı hissedarlar yönetim kurulunun bu eyleminin şirkete zarar verdiği düşüncesiyle mahrum kalınan kazanç için tazminatı talep etmişlerdir. Yönetim kurulu üyelerinin söz konusu kararının Business Judgment Rule

[244] **Grass:** s. 28, 34-35

karinesi ile korunup korunmayacağına ilişkin takip edilmesi gereken yargılanma yöntemi şu olmalıdır:

1) Yönetim kurulu, yapının kiraya verilmemesine ilişkin bilinçli bir karar mı vermiştir?

Kiraya vermemeye ilişkin kararın hem olumlu hem de olumsuz sonuçları üzerinde birçok yönetim kurulu toplantısında müzakere yapılmış ve konu yeterince değerlendirilmiştir. Kiraya vermeme kararı bilinçli ve usulüne uygun olarak alınmıştır.

2) Yönetim kurulunun davranışı amaca uygun mudur?

Fabrikanın kiraya verilmemesi, anonim şirketin şirket taşınmazlarının kiraya verilmesini de kapsayan amacına aykırılık oluşturmamaktadır.

3) Yönetim Kurulu taraflı ya da bağımlı davranmış mıdır?

Kiraya vermekten kaçınmanın bazı yönetim kurulu üyelerinin ya da üçüncü şahısların menfaatine ilişkin bir sonucu bulunmamaktadır.

4) Yönetim Kurulu, yeterince bilgilenmiş midir?

Yönetim kurulu, taşınmaz hakkında bilgi sahibi olan C isimli üyesi tarafından, hem olası bir kira bedeli hem de olası bir satış bakımından, taşınmazın piyasa değerini içeren araştırmalar yapılarak yeteri kadar bilgilendirilmiş bulunmaktadır.

5) Karar alma yöntemi ve süreci kararın önemine uygun mudur?

Yönetim kurulu kiraya verme sorununu birkaç toplantısında etraflı bir biçimde tartışmış olup, C isimli üye tarafından yapılan araştırmaların içeriği bu oturumlarda diğer bütün üyelerle paylaşılmıştır. Daha sonra farklı talepler de

görüşülerek oylamaya geçilmiş ve kiraya verilmesi yönündeki talep reddedilmiş bulunmaktadır.

6) Karar kanuna aykırı mıdır?

Hiç bir kanuni düzenlemeye aykırılık teşkil etmemektedir.

7) Karar açıkça mantık ihlali içermekte midir?

Bilakis mantıki hata içermemektedir. Fabrikanın kiraya verilmemesi kararı taşınmazın olası bir satışını engellememek üzere boş tutulabilmesi amacıyla verilmektedir. Yönetim Kurulu taşınmazın kiraya verilmesinin bu satıştan elde edilecek yüksek kazanca mani olacağı ve böylece zarar doğuracağı görüşünden yola çıkarak karar vermektedir.

8) Yönetim kurulu kötü niyetli midir?

Kötü niyetli olduğunu gösteren bir delil yoktur. Çünkü kira gelirinden vazgeçme kararı yalnızca boş olan taşınmazın satılmasının şirket için daha iyi olacağı düşüncesiyle verilmiştir.

Örnek olay uygulamasından da anlaşıldığı üzere, yönetim kurulu üyeleri aldıkları olumsuz karar sırasında, bütün yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) unsurlarını yerine getirmiş bulunmaktadırlar. Bu durumda hâkimin, taşınmazın uzun süre boş olmasının ve kira gelirinden vazgeçilmesinin doğru ya da isabetli olup olmadığını sorgulamaktan çekinmesi ve açılan sorumluluk davasını bu ilk aşamadaki kanaatine göre reddetmesi gerekmektedir.

B. Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (Bjr) Unsurlarının Eksik Olması Halindeki Uygulamaya Örnek

Yukarıda sözü edilen kriterlerin araştırıldığı ilk aşama sırasında bir ya da birdençok yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR unsurunun yerine

getirilmediği tespit edilirse, ikinci aşamaya geçilmesi gerekmektedir. Bu aşamada muhakeme genişletilecektir. Hâkimin, davalıların eylemini genel ve objektif bir kusur ölçüsüyle denetlemesi ve "özenli ve orta zekalı bir insan aynı şartlar altında neyi gerekli görürse ve makul bir anonim şirket yönetim kurulu üyesinden böyle bir durumda ne beklenirse" onun yapılıp yapılmadığını araştırması gerekmektedir. Burada hâkim, mecburen kararın muhtevasına girmekte, isabetini ve amaca uygunluğunu sorgulamaktadır.

Bu durumda, kararın makuliyeti ve bunun kusur derecesine etkisinin araştırılması konusunda hâkimler tarafından sergilenen çekinceler kalkmakta ve bir anlamda “yerindelik denetimi” yapılabilmektedir.

Önceki olayda bahsedilen ve boş duran fabrika binasının kiralanmaması kararına ilişkin örnek üzerinde farklı ihtimaller irdelenecek olursa:

Yönetim kurulu üyelerinden davalı A, fabrika binasının yakınlarında kiraya verilmiş evi bulunan bir kişidir. Diğer davalı yönetim kurulu üyesi B ise emeklilik yaşına gelmiştir ve yurt dışında ikamet ettiği için hiç bir yönetim kurulu toplantısına katılmamaktadır.

Bu durumda; yönetim kurulu üyesi A, taşınmazın kiraya verilmemesi kararında taraflı olduğu için yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR tarafından korunmaz. Zira, komşu arsadaki endüstriyel işletmenin yeniden işletmeye açılması büyük ihtimalle kendi özel taşınmazının kira değerine olumsuz etki yapacaktır.

Yönetim kurulu üyesi B de yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR korumasında değildir, çünkü toplantılara mazeretsiz olarak katılmamıştır.

Böylece mahkeme A ve B'nin sorumluluğu hakkında karar verebilmek için kararın muhtevasını ve üyelerin kararlar ilişkisini inceleyecektir. Taşınmazın kiraya verilip verilmemesinin olası satış için uygun olup olmadığını ya da binayı kiraya vermenin ekonomik olarak isabetli olup olmadığını ve satış şansının azalmasını dikkate alacak ve gerekli görüyorsa onları sorumlu tutacaktır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının-BJR korumasının A ve B dışındaki yönetim kurulu üyeleri hakkında da ortadan kalkabilmesi için, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken A'nın çıkarlarını dikkate alarak hareket ettiklerinin ve böylece bağımlılıklarının ispat edilmesi gerekmektedir.

VII. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKLARINDA YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) UYGULANMASI

ABD hukuk sisteminin ürünü olan yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) kavramının Kara Avrupasında da etkilerinin bulunduğu daha önce ifade edilmişti. Bu etkilerin ölçüsünün bilinmesi, Türk hukukuna uyarlanabilirliği açısından da önem taşımaktadır. Bu sebeple aşağıda Türk özel hukukuna kaynaklık eden başlıca iki hukuk sisteminin yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) karşısında takındığı tavır incelenecektir.

A. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre doktrininde bir görüşe göre yöneticinin hukuka uygunluk kuralının-BJR öngördüğü sorumluluk şartları, İsviçre sorumluluk hukukuna da uygulanabilir nitelikte olup, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülük ihlali iddialarına karşı korunmaları ve yanlış kararlarından ötürü sorumlu

tutulmamaları yönünde uzun yıllardan beri dile getirilen hedeflere ulaşılmasını sağlayacak bir karine niteliği göstermektedir[245].

Örneğin, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) tarafsızlık ve bağımsızlık unsuruyla ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin de yöneticinin hukuka uygunluk kuralına (bjr) benzer kararları mevcut olup, yönetim kurulu kararlarının şirket çıkarlarına değil de hissedarların ya da üçüncü kişilerin bireysel çıkarlarına uygun olarak alınmasının, yükümlülük ihlali olduğu kabul edilmektedir[246].

Aynı şekilde, özen yükümlülüğü de Federal Mahkeme kararlarına konu olan bir başka yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) unsurudur. Bu kapsamda özen yükümlülüğüne işaret eden kriterlerden biri ise karar alınırken en uygun toplantı ve müzakere yönteminin seçilmiş olmasıdır. Özellikle oturumların süresi, tartışmaların nedenleri, konu hakkında bilgi sahibi olanların görüşlerinin veya raporlarının toplantıya yansıtılması, yönetim kurulu üyelerinin oturumlara katılım oranı gibi durumlar, özenli yönetimin göstergeleridir. Toplantı hazırlıklarının oturumdan önce bilgi sahibi olabilmeyi mümkün kılacak şekilde yapılması, davetiyelerin erken gönderilmesi ve bütün hazırlık evrakının oturumdan önce incelemeye açık hale getirilmesi gerekmektedir[247].

Şirket amaçları çerçevesinde hareket, kanunun emredici hükümlerine uymak gibi unsurların yerine getirilmemesi durumunda ve yönetim yetkisinin

---

[245] **Grass:** s. 81 vd.

[246] **Bilgili, F.:** Federal Mahkeme Kararları Işığında İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, E- Akademi, 2004, S. 24. Parag.20 *(Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı).*

[247] **Grass:** s. 59.

kötüye kullanılması, sadakate aykırılık veya açıkça mantık dışı olan kararlar alınması durumunda, hâkimin yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi hakkında yorum yapma yolu açılmış olur. Böylece yöneticiler lehine kabul edilmiş olan yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) korumasının kalkmasıyla aynı etki doğmuş ve sorumluluk yolu açılmış olur[248].

B. Alman Hukukunda Durum

Amerikan yüksek mahkeme kararları yoluyla oluşturulmuş olan yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR prensiplerine uygun olarak, yakın zamanlarda Alman Yüksek Federal Mahkemesince (BGH) de bazı kararlar verilmiş[249] bulunmaktadır. Bu kararlar 1997'den itibaren ve UMAG kanunundan önceki dönemde Alman yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR olarak şirketler hukuku uygulamasında yargı kararları ile uygulama alanı bulduğunu göstermektedir[250].

Buna göre eğer yönetim kurulu üyesi, işletme ile ilgili bir karar alırken kendi muhakemesine göre, şirketin menfaatine uygun olarak ve elverişli bilgilere dayanarak hareket ettiği düşüncesinde ise yükümlülük ihlali durumu söz konusu olmayacaktır. Bu yeni kural, işletme yönetimi alanında verilen yanlış kararlar ile yükümlülüklerin ihlalinin birbirinden ayrılmasından hareket etmektedir.

---

[248] **Grass:** s. 91 vd.

[249] ARAG/Garmenbeck BGHZ 135, 244 (253) ve Siemens/Nord BGHZ 136, 133 (140). Bu kararlardan çıkan sonuca göre yönetim kurulunun verdiği kararlar, eğer kanuna ve şirketin ana sözleşmesine aykırı değilse işletme yönetimi çerçevesinde verilmiş sayılmakta ve dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan yönetim kurulu sorumlu tutulmayacaktır (**Thümmel, Roderich C.:** Haftungsrisiken der Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und Beiräte sowie deren Versicherbarkeit, 2004, s.471).

[250] **Kervankıran:** s. 254.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) sadece işletme yönetimi ile alakalı olan kararlar üzerinde kullanım alanı bulacak, sadakat yükümlülüğü, bilgi verme yükümlülüğü ve diğer kanuna ve şirket sözleşmesine aykırılıklardan doğan sorumluluklar bu kanunun kapsamı dışında tutulacaktır. Böylece, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile artık işletme yönetiminde kararlar alınırken, gerekli takdir yetkisinin sınırları ve serbest hareket etme alanı, daha somut bir düzenleme alanı bulduğu için APOK § 93 I'nin birinci cümlesindeki özen prensibinden ayrılmıştır[251].

Ayrıca, kanunun gerekçesinde yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) uygulama alanının, sadece anonim şirketlerle sınırlı olmayıp, işletme faaliyeti yürüten diğer bütün şirket türleri için de geçerli olacağı ve bunların yöneticilerinin de söz konusu korumadan yararlanabileceği belirtilmiştir[252].

Diğer taraftan, yönetim kurulu üyesinin vermiş olduğu bir karar, eğer üstlenilen risk ile bağlantılı olarak sorumsuz bir şekilde yanlış değerlendirmelerde bulunularak verilmişse ancak bu durumda hatalı ve yersiz sayılabilecektir[253].

---

[251] UMAG-Gerekçe, s. 21. Diğer taraftan buradaki "itinalı ve dikkatli bir yöneticiden beklenen özen" prensibi kusurluluğu düzenleyen bir kural olarak yeni kabul edilen prensip yanında varlığını korumuştur.

[252] UMAG-Gerekçe, s. 24. Konu hakkında ayrıca bkz. **Lee, D.P.:** The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?, Colum. Law Review, 2003, C. 103, s. 925 vd.

[253] UMAG-Gerekçe, s. 22.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALININ (BJR) TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ

I. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALI (BJR) İLE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

A. Özen Yükümlülüğü

1. Niteliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinin başlığında "ihtimam" olarak ifade edilen özen yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerine kanun ya da esas sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş tali bir borçtur[254]. Buna göre yönetim kurulu üyeleri ihtimamlı davranacaktır. Bu ihtimamın bir derecesinin ve kriterinin bulunması gerektiği açıktır. TTK m. 320, bu ihtimamı "dikkat ve basiret" göstermek şeklinde açıklamakta ve derecesini de BK m. 528'e atıfla belirlemektedir.

Özen yükümlülüğü özel hukuk ilişkilerinde genel olarak asıl edim borcundan bağımsız bir davranış yükümü niteliğindedir. Ancak, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için 320'nci maddedeki açık hüküm gereğince yan edim borcu seviyesine yükseltilmiştir[255].

---

[254] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 63 vd.; **İmregün:** AO, s. 173.

[255] Bu hususta bkz. **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 63, dpn. 58. Özen borcunun kanunda açıkça düzenlendiği sözleşmelere örnek olarak; kiracının özen borcu (BK m. 256); işçinin (BK m. 321); vekilin (BK m. 390/231); adi şirket ortağının (BK m. 528); acentenin (TTK m. 124/II);

Özen yükümlülüğünün yan edim borcu olarak nitelendirilmesinin hukuki sonucu şudur: Gerekli özenin gösterilmemesi, şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin ihlâlini teşkil eder[256].

Bu sebepledir ki doktrinde özen yükümlülüğünün kasden veya ihmâl ile ihlâli halinde kusura dayanan bir sorumluluğun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür[257].

Bir görüşe göre de özen yükümlülüğü, TTK m. 20/II'nin tacirlere yüklediği "basiretli tacir gibi hareket" yükümü[258] ile aynı nitelikte bir borçtur[259]. TTK m. 320'de konu "azaların ihtimam derecesi" başlığı altında düzenlenirken, madde metninde, gösterilecek "dikkat ve basiret"ten bahsedilmesinin bu yargıyı doğruladığı ifade edilmektedir[260].

---

taşıma komisyoncusunun (TTK m. 809); kaptanın (TTK m. 972); taşıyanın (1061); kooperatif yönetim kurulu üyelerinin (KoopK. m. 62) özen borçları gösterilebilir.

[256] TTK m. 320'nin işçinin özen borcunu düzenleyen BK m. 321'e yaptığı atıf olmasaydı bile yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında var olan ve hâkim fikre göre vekâlet olarak kabul edilen akdi ilişkiye aykırılıktan dolayı, yönetim kurulu üyesinin, ortaklığa, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu yine doğmaktadır (**Çamoğlu:** Özen, s. 393).

[257] **Oğuzman, K. :** Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 66. Buna karşılık, özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin, kurtuluş beyyinesine bile yer verilmeyen bir objektif sorumluluk hali olduğu da ifade edilmektedir (**Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 169, dpn. 186).

[258] Bu yükümlülüğün başlı başına bir görev kaynağı olarak yorumlanması hususunda bkz. **Arslanlı, H.;** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 56-57; **Karayalçın, Y.:** Ticaret Hukuku Dersleri, I.Giriş – Ticari İşletme, 3. bası, Ankara 1968, s. 218; **Domaniç, H.:** Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970, s. 82-83.

[259] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 64. Alman hukukunda, Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'ün yönetim kurulu üyelerine yüklediği "özen borcu" ile "basiretli iş adamı gibi hareket" yükümünün aynı nitelikte olduğu kabul edilmektedir (**Çamoğlu:** Özen, s. 390, dpn. 7).

[260] Seçilen terim ne olursa olsun, ister basiretli ister ihtimamlı hareketten bahsedilsin anlatılmak istenen kavramın özen borcu olduğu yönünde doktrinde görüş birliği vardır. Bu hususta bkz.

Yukarıda alıntısı yapılan TTK Tasarısının gerekçesinde ise genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılarak ve ilgililerden bilgiler alınarak karar verilmesi halinde, neticede zarar doğmuş olsa bile bir özensizlikten söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kuralların, Tasarının 553'ncü maddesinin III'ncü fıkrası[261] ile somutlaştırıldığı, ayrıca özen borcunun sözleşme ile özel olarak ağırlaştırılmasına da bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi, gerekçede, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR unsurlarının doğrudan sayılması yerine, özenli, bilgiye dayalı ve dürüstçe alınan kararlardan ötürü sorumluluğun söz konusu olmayacağı belirtilerek, yöneticiler lehine getirilen sorumsuzluk karinesi dolaylı yoldan ifade edilmiştir.

Böylece, Hükümet Tasarısında "tedbirli bir yöneticinin özeni" ölçütü (m. 369/I) getirilerek, yönetim kurulu üyeleri lehine, özenle hareket ettikleri yolunda bir karine (m. 369/III) öngörülmüş idi. Ancak Tasarının TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmelerinde bu ikinci düzenleme yönünden bazı değişiklikler olmuştur.

Arslanlı: AŞ II-III, s. 151, 168; **Çamoğlu:** Özen, s. 391, **Mimaroğlu:** s. 28, dpn. 13; **İmregün:** AO, s. 228-231; **Helvacı:** s. 43. Yargıtay ise her iki terimi de kullanmaktadır. Bkz. YHGK. 19.03.1980, E. 1978/11-1216, K. 1428 (İKİD Y. 20, Kasım 1980, S. 239, s. 8025-8026).

[261] Tasarının 369. maddesinin gerekçesinde üçüncü fıkrasına atıf yapılmış olan 553. maddenin ilk iki fıkrası TBMM Adalet Alt Komisyonunda değişikliğe uğramış olmakla birlikte üçüncü fıkrada değişiklik yapılmamıştır. Fıkra şu şekildedir:

"(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."

Adalet Komisyonu Raporunda madde gerekçeleri açıklanırken, sözkonusu değişikliğin gerekçesi olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

"-Alt komisyonca, Tasarının 369. maddesinin 3. fıkrası, 553. madde ile çelişki yaratabileceği ve özellikle bazı hallerde ispat yükünün yer değiştirebileceği endişesi ile madde metninden çıkarılmıştır. Yapılan bu değişiklik Komisyonumuzca kabul edilmiştir."

Sözü edilen 553. maddenin TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen biçimi şu şekildedir:

"V - Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu

"MADDE 553 - (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem paysahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

"(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 hâli 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."

Görüldüğü üzere bu maddenin birinci fıkrasında, Borçlar Kanununun 96'ncı maddesine de uygun olarak, özen borcunu ihlalin, kusura dayalı olduğu varsayımı öngörülmüş ve kusursuzluğu ispat yükü yönetim kurulu üyesine yüklenmiştir. Ancak ardından ikinci fıkrada, yetki devri halinin ve üçüncü fıkrada da kontrol dışı hallerin, sorumluluk sebebi olmayacağı belirtilmiştir.

Böylece anlaşılmaktadır ki Tasarının ilk biçiminde, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı-BJR, bir sorumsuzluk varsayımı olarak açıkça yer almış iken Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikle bu varsayım devre dışı bırakılmıştır.

Bununla birlikte, kanaatimizce business judgment rule, özen borcunu ve genel olarak sorumluluğun çerçevesini netleştiren bir kriterler demeti olarak varlığını sürdürecektir. Zira Tasarıda ve gerekçesinde, bazı unsurlarıyla, dolaylı olarak ifade edilmiş olsa da, yasalaştığında Türk Hukukunda da uygulanabilir hale gelecek ve en azından pozitif hukuk açısından tartışmaya açılmış olacaktır.

Ancak metinde yapılan değişiklikle, business judgment rule'un ispat yükünü yönetim kurulu üyeleri lehine dönüştüren klasik yaklaşımı reddedilmek suretiyle, bu ilkenin sorumluluk davalarındaki etkisi azaltılmış olmaktadır[262].

2. Özenin Derecesi

Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile ilgili olarak; TTK m. 320, BK m. 390'na ve o da işçinin özen borcuna ilişkin BK m. 321'e atıf yapmıştır. BK m.

[262] Bu yönüyle, Türk hukukunda da, ispat yükünü yönetim kurulu üyeleri üzerine bırakan Alman business judment rule-BJR'sine paralel olarak, Amerikan sistemine muhalif bir gelişim gösterilmiş olunmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. **Kervankıran:** s. 262.

321'de ise özen borcu ile ilgili olarak objektif ve sübjektif ölçütler öngörülmüştür. Objektif ölçüte göre, sözleşmeyle kararlaştırılan işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesi gibi hususlar göz önüne alınmalıdır. Sübjektif ölçütte ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri hesaba katılmaktadır[263].

BK m. 321 bazı sübjektif unsurlara yer verse de esas olarak objektif bir özen ölçüsü getirdiğinden, ücret alan yönetim kurulu üyesi bakımından sorun bulunmamaktadır[264].

Ancak ücret almayan yönetim kurulu üyesinin özen ölçüsünün ne olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. TTK m. 320'nin atıf yaptığı BK m. 528/II' de sadece ücret alan adi şirket ortağının özen ölçüsü düzenlendiğinden, ücret almayan yönetim kurulu üyesi için genel hükümlere gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. BK m. 528/I'de ise adi şirket ortaklarının kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermeleri yeterli görüldüğünden, ücret almayan yönetim kurulu üyesi için özen borcunun ölçüsünün sübjektif olduğu kabul edilmektedir[265]. Ancak varılan bu sonuç da, anonim ortaklığın bünyesine ve menfaatler dengesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sübjektif özen ölçüsünün, güvene dayanan, müteselsil ve sınırsız sorumluluk esasının geçerli olduğu şahıs şirketleri için kabul edilebilir bir ölçü olabileceği, ancak

---

[263] **Arslanlı:** AŞ II-III, s. 152-153; **Atan:** s. 22; **İmregün:** AO, s. 228-231; **Helvacı:** s. 43-49.

[264] Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Çamoğlu:** Özen, s. 400.

[265] **Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 152; **Ansay:** AŞ, s. 108, 109; **Mimaroğlu:** s. 36; **Atan:** s. 22; İlk yönetim kurulu üyelerinin özen borcu konusu için bkz. **Domaniç, H.:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, s. 61.

anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için söz konusu olmaması gerektiği ileri sürülmektedir[266].

Gerçekten, TTK 'nun 320'nci maddesi, yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almadıkları hususunda bir ayrım yapmaksızın mutlak biçimde BK m. 528/II'nin tespit ettiği sonuca yani objektif özen ölçüsüne atıf yapmakla, yönetim kurulu üyelerinin ücret alan bir adi şirket yönetici ortağı gibi özen göstermekle yükümlü olduklarını ifade etmiş olmaktadır[267].

Objektif özen ölçüsü, bütün anonim şirketlere uygulanabilecek tek bir ölçü olarak anlaşılmamalıdır[268]. Özen ölçüsü, aynı nitelikteki ve büyüklükteki bir anonim şirket yöneticisinin, aynı somut olayda göstermesi gereken özendir. Bunu göstermeyen yönetim kurulu üyesi ise özen borcunu ihlâl etmiş sayılmaktadır[269].

Mevcut kanunun sistemi, yukarıda da ifade olunduğu gibi çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açtığı için Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın m. 369 hükmüyle

---

[266] Adliye Encümeni Gerekçesi ile de uyumlu olarak, ücret alsınlar veya almasınlar yönetim kurulu üyelerinin özen borcu objektif olmalıdır (**Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 67). Aynı görüş için bkz. **Arslanlı:** AŞ, II-III, s. 153; **Ansay:** AŞ, s. 108; **İmregün:** AO, s. 230-231. Ayrıca ücret almakla ne kastedildiğine ilişkin doktrindeki farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. **Çamoğlu:** Özen, s. 395 vd.

[267] **Çamoğlu:** Özen, s. 398; Aynı görüş için bkz. **İmregün:** AO, s. 175; Hükümet Tasarısında atıf BK m. 528'in bütününe yapılmıştır. Adliye Encümeni Mazbatasında ise "BK 'nun 528'nci maddesinde iki ayrı hâl derpiş edilmiş olduğundan tatbikattaki tereddütleri önlemek üzere idare meclisi azalarının emeklerine karşılık para aldıkları da göz önünde tutularak 528. maddenin II. fıkrasındaki hâle atıf yapılmış olduğu" ifade edilmiştir (AEM, m. 320, s. 380).

[268] Aksi görüş için bkz. **Mimaroğlu:** s. 34.

[269] Bu nedenle örneğin büyük sermayeli halka açık anonim şirket yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen ile bir aile tipi anonim şirket yöneticisinin göstermesi gereken özen aynı olamaz (**Ansay:** AŞ, s. 109; **Çamoğlu:** Özen, s. 401).

terk edilmektedir. Maddenin gerekçesinde, söz konusu objektif ve sübjektif özen ölçüsünün terk edilmesinin bir sebebinin de, bu ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olduğu ifade edilmiştir. Gerekçe olarak da ücret alan yönetim kurulu üyesi için geçerli olan "işin gerektirdiği özen" ölçüsünün, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakmakta ya da dolayısıyla ve güçlükle kapsamakta olduğu ifade edilmiştir. Ücret almayan üyenin özen borcunun ise içerikten ve sınırdan tümüyle yoksun olduğu belirtilmiştir.

Özen borcunun ihlâli, yönetim kurulu üyesiyle anonim şirket arasındaki sözleşmenin de ihlâli olduğundan, doğacak sorumlulukta ispat yükü BK m. 96'ya tâbidir. Böylece kusur karinesi gereğince, davacı anonim ortaklığın, sadece zararı ispatlaması yeterlidir. Buna karşılık özen borcunu gereği gibi yerine getirdiğini veya bu zararın kendi kusurundan doğmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyesinin üzerindedir[270]. Ancak birçok halde özen gösterildiğini ispat etmenin güçlüğü nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk şekliyle m. 369/III hükmüyle, çağdaş düzenlemelere de uygun olarak, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesi açıkça düzenlenmiş idi. Böylece ispat yükü, yöneticinin hukuka uygunluk kuralına da (bjr) uygun olarak, aksini iddia edenlere ait olmaktaydı. Ancak kanun koyucu çağdaş yaklaşımı da yakalayan bu hükmü kaldırarak kabul edilemez şekilde geri adım atmayı tercih etmiştir.

---

[270] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 74.

B. Sadakat Yükümlülüğü

1. Yükümlülüğün Anlamı ve Kapsamı

Vekâlet ve hizmet gibi güven ilişkisine dayanan akitlerde, bu ilişkinin akdî bünyesinden çok daha geniş çerçeveli olan ve bir yönden özen borcunu da içine alan sadakat borcu doğmaktadır[271].

Yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü, üyelerle anonim şirket arasındaki güven ilişkisine dayalı bir yükümlülük olup, üyelerin şirketin menfaatlerini takip etmelerini, gerekli önlemleri almalarını ve şirketin zararına olan davranışlardan kaçınmalarını gerektirmektedir[272]. Sadakat yükümlülüğü, şirketin yanında pay sahiplerinin menfaatlerinin de korunmasını gerektirmektedir[273].

Türk Ticaret Kanunu'nda sadakat yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, görüşmelere katılma (m. 332), şirketle işlem yapma (m. 334) ve şirketle rekabet yasağı (m. 335) gibi hususlar bu kapsamda değerlendirilmekte[274] ve yükümlülüğün dolaylı dayanakları olarak görülmektedir.

---

[271] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 65; **Pinto/ Branson:** s. 199 vd.

[272] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 25; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 585; **Tekil, F.:** Anonim Şirketler, İstanbul 1998, B.2, s. 187; **Ansay:** AŞ, s. 109; **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 74.

[273] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 26; **Krneta:** N. 1851.

[274] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 82 vd.; **İmregün:** AO, s. 231; **Helvacı:** s. 89 vd.; **Okutan, G. N.:** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 143.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise, sadakat yükümlülüğü açıkça hükme bağlanmış olup (m. 369), buna göre, yönetim kurulu üyeleri, şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek zorundadırlar[275].

Şirkete karşı sadakat yükümlülüğü, yöneticilerin kendi menfaatleriyle şirketin menfaatleri karşı karşıya geldiği zaman, şirketin menfaatlerinin tercih edilmesi gerektiği anlamına gelmektedir[276].

Sadakat borcunun ihlâliyle ilgili klasik örneklerden biri, 1939 tarihli Guth v. Loft, Inc.[277] davasıdır. Pepsi-Cola şirketi, henüz çok küçük bir şirket iken ve mali durumunun bozuk olduğu bir dönemde Henry Guth isimli bir sermayedar tarafından şirketin kontrolü ele geçirilmiştir. Guth kendisinin kontrolü altındaki diğer bir şirket olan Loft şirketinin parasını ve imkânlarını Pepsi- Cola şirketi için kullanmış ve şirketi kâra geçirmiştir. Ardından Loft şirketinin kendisine karşı açtığı sorumluluk davasında sadakat görevini ihlâl ettiği gerekçesiyle Pepsi-

---

[275] "Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü" başlığını taşıyan bu maddenin II'nci fıkrası ile bu zorunluluğa bir istisna getirilmektedir. Maddenin gerekçesinde, bu yükümlülüğün, şirketler topluluğunda bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri bakımından sorun çıkaracağı, çözüm için de, 202'nci madde uyarınca, hâkim şirketin, bağlı şirketin kaybına sebep olacak tasarruflarda rol oynaması halinde, bu kaybı belli bir sürede denkleştirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hüküm, denkleştirme yapılması şartıyla şirketin menfaatinin feda edilmesine izin vermekte ve denkleştirmenin süresi içinde gerçekleşmemesi halinde zararın telafisi için belli bir sürede dava açmayan yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmaya yönelmektedir. Maddede şirketler topluluğuna ilişkin 203 ve 205'nci madde hükümleri saklı tutulmaktadır. Böylece bağlı şirketlerde tam hâkimiyet durumunda özen ve sadakat yükümlülüğüne bir istisna getirilmektedir (TTK Tas m. 369/II).

[276] **Conard, A. F.** (Çev. **Ergün Özsunay**)**: "**Birleşik Devletler'de Şirket Müdürlerinin ve İdarecilerinin Sorumluluğu", Batider 1963, C. II, s. 229. Yazar ayrıca, ABD mahkemelerinin, yöneticilerin özen borcunun yerine getirilmesi hususundaki gevşek ve kabiliyetsiz davranışına karşı, şirkete sadakat borcu hususunda, Avrupa'dakilere kıyasla şaşırtıcı bir şekilde enerjik davrandıklarını nazara vermektedir.

[277] Guth v. Loft, Inc. 23 Del. Ch. 255,5 Atl. 2d. 503.

Cola'nın elde ettiği tüm haksız kazancın Loft şirketine iadesine karar verilmiştir[278].

Yönetim kurulu üyesi, genel kurul kararlarını geçerlilik ve şirket menfaatlerine uygunluk bakımından incelemek zorunda olduğundan, genel kurulun almış olduğu kararlar hukuka uygun ancak şirket menfaatine aykırı ise uygulamamalı ve ilk toplantıda konuyu genel kurula getirmelidir[279]. Aksi takdirde sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulabilecektir.

Sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. TTKTas.m.369/I'in gerekçesinde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bir bağlılık yükümü altında olduğu bildirilmekte ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapma yasağına uymasının zorunlu olduğundan bahsedilmektedir. Bunlardan konumuz bakımından önem arz edenleri aşağıda tek tek ele alınmıştır.

---

[278] **Conard, A. F.** (Çev. **Ergün Özsunay**)**:** s. 229 vd. Yazar ayrıca, ABD'de sadakat borcunun çok çeşitli durumlara uygulandığını ve sürekli yeni kararlara konu olduğunu bildirmektedir. Örnekler için bkz. s. 231.

[279] **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 597; **Helvacı:** s. 65-66. Genel kurul ile şirket bir olmadığından, genel kurulda şirketin menfaatine uymayan kararlar alınabilmektedir. Bilhassa genel kurulunda tüzel kişi pay sahibinin temsilcisinin bulunduğu durumlarda, bu temsilcinin genel kurulda kullanacağı oylarla istediği yönde kararlar aldırması mümkün olabilmektedir (**Tekinalp, Ü.:** Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 109-110 *(Temsil).*

2. Sadakat Yükümlülüğünün İhlali Halleri

a) Görüşmelere Katılma Yasağı

Sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığı kabul edilen[280] bu yasağa göre, yönetim kurulu üyeleri, kendilerinin veya yakınlarının kişisel menfaatlerini ilgilendiren konularda yönetim kurulundaki görüşmelere katılamadıkları gibi (TTK m. 332 ve SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag.2.20), oy hakkından da mahrumdurlar[281] . Doktrinde, tüzel kişiyi temsil eden yönetim kurulu üyesinin tüzel kişiyle ilgili görüşmelere de katılamayacağı kabul edilmektedir[282]. Görüşmelere katılma yasağının ihlali, ilgili toplantıda alınan kararları geçersiz kılmamaktadır[283]. Ancak bu kararın uygulanmasından doğan zararlardan üyelerin sorumluluğu gündeme gelmektedir.

b) Şirketle İşlem Yapma Yasağı

Ticaret Kanunu'nun 334'ncü maddesinin kenar başlığı "2. Hareket serbestîsinin tahdidi, a) Şirketle muamele yapmak yasağı" dır. Bir yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan kendi veya başkası adına, bizzat ya da dolaylı olarak, şirketle işletme konusuna giren ticari bir iş yapamaz. Bu kuralın iki istisnası vardır: İlki şirketin, esas sözleşme hükmüyle söz konusu

---

[280] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 34.

[281] **Lazopoulos:** s. 134.

[282] **Tekinalp:** Temsil, s. 136; **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 82; **Helvacı:** s. 73.

[283] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 83; **Helvacı:** s. 74.

yasağı kaldırması ikincisi de genel kurulun temsilciye kendisiyle işlem yapması hususunda izin veya icazet vermesi halidir[284].

Kanun koyucu bu hükümle yönetim kurulu üyelerinin mevki ve yetkilerini kötüye kullanmalarını engellemek ve böylece şirket menfaatlerini korumak istemiştir[285].

Bu yasağa uyulmaması halinde şirket, işlemin geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir (TTK m. 334)[286]. İşlemin şirket bakımından geçersiz kılınması, şirketin zarara uğramasını engellemeye yeterli değilse, sadakat yükümlülüğünü ihlalî sebebiyle yönetim kurulu üyesinin (TTK m. 336/5) hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir[287].

c) Rekabet Yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın bütün organizasyon ve iş sırlarına sahip olmaları sebebiyle özel olarak düzenlenen bu sorumluluk sebebi de sadakat yükümlülüğünün kapsamındadır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyeleri, aynı alanda faaliyet gösteren başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak

---

[284] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 30, N. 122; **Bilgili, F.:** Federal Mahkeme Kararları Işığında İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, E- Akademi, 2004, S. 24, Parag. 5.

[285] **Çamoğlu:** Sorumluluk, s. 84 vd.

[286] Burada şirketi bağlamayan, fakat karşı tarafı bağlayan askıda bir işlem söz konusudur. Genel kurulun alacağı bir kararla işlem baştan itibaren geçerli hale getirilebilir (**Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 566). Bu yüzden TTK m. 334'deki "batıl" ifadesini "iptal edilebilir" şeklinde anlamak gerekir (**Pulaşlı:** Şirketler, s. 470-471).

[287] **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 568.

giremeyecekleri gibi (TTK m. 335/I), yönetim kurulu üyeliği de yapamazlar[288]. Bu hükmün de istisnası vardır: Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmede hüküm bulunması ya da genel kurulun izni veya onayı halinde rekabet yasağı kapsamındaki işlemleri yapabilmektedirler (TTK m. 335).

d) Sır Saklama Yükümlülüğü

Türk ve İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte sadakat yükümlülüğün içinde kabul edilen[289] sır saklama yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesinin, şirket işlerini yürütürken edinmiş olduğu bilgileri üçüncü kişilere açıklamamasını gerektirmektedir[290]. Bazı bilgiler sır kapsamında olmakla birlikte, bunların açıklanması niteliği icabı sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmemektedir[291]. Sır saklama yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesinin görevden ayrılmasından sonra da devam etmektedir[292].

---

[288] **Kalpsüz, T.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 381 vd.; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 572.

[289] **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 586; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 40.

[290] Buna göre, şirket evrakı üçüncü kişilere verilmemeli, incelettirilmemeli, kopyaları şirket dışına çıkarılmamalıdır. Ayrıca şirketin iş ilişkileri, ekonomik yapısı ve pay sahiplerinin yapısı hakkındaki bilgiler ile pay defterindeki kayıtlar muhafaza altında olmalıdır (**Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 42; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 586; **Pulaşlı:** Şirketler, s. 474).

[291] Örneğin, şirketin sözleşme yapacağı kişiyle yapılan pazarlık sırasında bazı bilgilerin verilmesi kaçınılmazdır. Ancak bu halde dahi müzakerelere, muhatapla bir gizlilik anlaşması yapıldıktan sonra başlanması gerekebilir.

[292] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 64; **Krneta:** Art. 717, N. 1903.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali, esasen sadakat yükümlülüğünün de ihlali olduğundan hukukî sorumluluğa sebebiyet verdiği gibi[293], içerden öğrenenlerin ticareti (insider trading)[294] kapsamına girdiğinde ayrıca cezai sorumluluk da söz konusu olmaktadır[295].

C. Eşit Davranma Yükümlülüğü

Eşit işlem ilkesi, anonim şirketin organlarına, pay sahipleri arasında ayrım yapmama, aynı durumdaki pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü getirmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda eşit işlem ilkesi düzenlenmemiş olmakla birlikte, TTKTas m. 357' de "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulur" hükmü getirilmektedir. SerPK m. 12/IV hükmünde ise yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisinin, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamayacağı ifade edilerek açıkça eşit işlem ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil bütün pay sahipleri için eşit işlem ilkesi öngörülmektedir (Bölüm I, Parag. 8. 1).

---

[293] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 57.

[294] SerPK m. 47/A-1 ile sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgilerin, kişinin kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanılması, içerden öğrenenlerin ticareti olarak tanımlanmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinde de yöneticilerin, şirket hakkındaki gizli ve kamuya açıklanmamış bilgileri, kendileri veya başkaları lehine kullanamayacakları öngörülmektedir (SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 6.7).

[295] **Turanboy, A.:** Insider Muameleleri, (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Ankara 1990, s. 44 vd.; **Manavgat, Ç.:** İçerden Öğrenen, Batider 1998, C. XIX, S. 4, s. 179 vd.

Eşit işlem ilkesi, özellikle pay sahiplerinin yönetime katılma ve mali haklarını kullanmaları bakımından uygulanmaktadır[296]. Yönetim kurulu üyeleri de pay sahiplerinin haklarını veya şirket içindeki durumlarını etkileyecek nitelikteki işlemlerde ve kurul olarak aldıkları kararlarda, eşit işlem ilkesine uygun davranmak zorundadırlar[297].

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARININ YÖNETİCİNİN HUKUKA UYGUNLUK KURALINA (BJR) GÖRE BELİRLENMESİ

TTKTas. ile yeni bir düzenleme alanı bulan özen ve bağlılık yükümlülüğü ile ilgili olarak, yönetim kurulu üyeleri ile yönetimle görevli diğer kişilerin, görevlerini yaparken göstermeleri gerekli olan iki tutuma dikkat çekilmektedir. Zira yöneticinin "tedbirli" davranması ve "şirketin menfaatini gözetmesi" gereğine vurgu yapılmaktadır. Buradan hareketle, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) bu tutumların tespitini kolaylaştıran, bir anlamda bunların tespitini sistematize ederek somutlaştıran niteliğinden yararlanarak, hukukumuzda eksikliği çok fazla hissedilen kriter sorununa önemli bir katkı sağlayacağı ortaya konulmuş olacaktır.

---

[296] **Yıldız, Ş.:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s. 99.

[297] Yönetim kurulu üyelerinden başka genel kurul, tasfiye memurları, pay sahipleri ve sermaye piyasalarında işlem yapanlar için de eşit işlem ilkesi söz konusudur (**Yıldız:** s. 92 vd.; **Nomer, F.:** Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul 1998, s. 481).

A. Özen Yükümünün Kapsamını Somutlaştıran Bir Kriter Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR)

Özen borcunun kapsamının belirlenmesi sorunu, aslında tüm unsurlarıyla yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile doğrudan bağlantılı bir konudur. Zira, kanaatimize göre, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), tüm unsurları özetlenerek tek bir unsura indirgenecek olsaydı, bu unsur "özenli davranış" olacaktı. O halde, yöneticinin hukuka uygunluk kuralına (bjr) uygun olarak, özen borcunun kapsamı, hâkimin şirket menfaatlerini gözetmesini sağlayacak biçimde ve fakat yönetim kurulu kararlarını yerindelik açısından incelemesini engelleyecek ve böylece şirkete gereksiz müdahalesini önleyecek şekilde tespit edilmelidir[298].

Ayrıca, yerindelik incelemesinin yapılıp yapılamayacağı konusunda, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) yanında, idare hukukundaki idarenin takdir yetkisi ve bunun yargısal denetimine ilişkin düzenlemelerden de yararlanmak mümkündür. Çünkü idarenin takdir yetkisi konusuna hâkim olan ilkelerin, gerekli uyarlamalar yapılarak şirket yönetiminin niteliğiyle bağdaşır hale getirildiği ölçüde, anonim şirket yönetim kurulu kararlarına da uygulanacağı ifade olunmaktadır[299].

Aynı şekilde, sorumluluk davasında da hâkimin, özen borcunun yerine getirilip getirilmediğini tespit ederken, takdir yetkisine müdahalede bulunmaması

---

[298] Bu hususta bkz. **Kırca:** Özen Borcu, s. 93.

[299] Bu hususta bkz. **Lambert, C.:** Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungstrates der Aktiengesellschaft, Bern 1992, s. 189.

gerekmektedir. Bunun için de özen borcunun kapsamını belirleyen şu hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir[300]:

Özen borcu, yönetim kurulu kararlarıyla ilgili hususlarda yeterli bilgi sahibi olunmasını ve durum hakkında esaslı analizlerin yapılmasını gerektirmektedir[301]. Bu nedenle hâkimin, yönetim kurulunca isabetli bir karar alınması için yeterli bilgi ve belgenin toplantıdan önce temin edilip, okunarak, toplantıya hazırlığın yapılıp yapılmadığını araştırması gerekmektedir[302]. Kısacası, özen borcu, isabetli bir kararın alınması için gerekli teknik alt yapının varlığını gerektirmektedir[303].

Özen borcu bakımından önem taşıyan bir başka husus da, karar alma süreci ve bu sürecin cereyan tarzıdır[304]. Yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen borcu, kararın verildiği andan öncesine, yani karar alma sürecine yönelik olmalıdır. Bu yüzden, gerekli özen gösterilerek alınan, ancak sonradan

---

[300] **Kırca:** Özen Borcu, s. 93.

[301] **Grass:** s. 87. Ayrıca bkz. Bölüm 1, I-B, d.

[302] **Grass:** s. 125-126. Ayrıca gerektiğinde konu hakkında uzman bilirkişilerin görüşlerine başvurmak da özen borcunun bir gereğidir. Bu kapsamda Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin IV'ncü bölümünde; şirketin için de bulunduğu durum ve gereksinimlere uygun olarak, yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını sağlıklı bir biçimde yerine getirmesini teminen, yeterli sayıda komite oluşturulacağı (Parag. 5.1.) ifade edildikten sonra, gerek duyulduğunda yönetim kurulu üyesi olmayan, konusunda uzman kişilere de bu komitelerde görev verileceği (Parag. 5.4.) düzenlenmektedir.

[303] **Kırca:** Özen Borcu, s. 94.

[304] **Kırca:** Özen Borcu, s. 94.

isabetsiz olduğu anlaşılan kararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilememelidir[305].

Bu konuda bir örnek olarak Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin IV'ncü bölümünde; yönetim kurulu toplantıları ile ilgili dokümanın düzenli bir şekilde tutulması amacıyla, tüm yönetim kurulu üyelerine hizmet vermek üzere, yönetim kurulu başkanına bağlı bir sekretarya oluşturulacağı (Parag. 2.19), bu sekretaryanın temel olarak, yönetim kurulu üyeleri arasındaki iletişimi sağlayacağı, toplantı hazırlıklarını yapacağı, tutanakların tutularak, duyurular dâhil yapılan yazışmalara kadar bir dizi kayıtları tutup, arşivleyeceği hususları yer almaktadır (Parag. 2.19.1).

Bu bakımdan, sorumluluk davasında incelenecek belgeler arasında yer alan toplantı tutanağının (bkz. TTK m. 330/I), özenli ve ayrıntılı biçimde tutulmasında, üyeler açısından büyük bir fayda bulunmaktadır[306]. Zira, toplantının süresi, toplantıda yer alan tartışmalar, toplantıya katılan üye sayısı, toplantı sırasında uzmanların görüşlerinden yararlanılmışsa bunun biçimi, tarafsız kalamayacak olan veya etki altında bulunan üyelerin toplantıya iştirak etmemesi vs. gibi hususlar, kararın özenli ve ciddî bir biçimde alınıp alınmadığı bakımından önemlidir ve bu tutanaklar vasıtasıyla incelenebilecektir[307].

Yönetim kurulu üyeleri, alacakları kararlar ile yapacakları iş ve işlemlerde şirket menfaatlerini[308] gözetmekle yükümlü olduklarından, hâkim tarafından,

---

[305] **Kırca:** Özen Borcu, s. 88. Bu yönde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 24; **Grass:** s. 1-2.

[306] **Grass:** s. 184 vd.

[307] **Grass:** s. 89-90.

[308] Şirket menfaati kavramı hususunda bkz. Bölüm 3, II C.

şirket menfaatlerine yabancı birtakım düşüncelerin karara etkili olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır[309]. Bu yüzden, yönetim kurulu üyelerinin kendilerinin veya yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren ve dolayısıyla tarafsız kalamayacakları varsayılabilecek olan bir işlem yapmaları halinde özen yükümü çok ciddî biçimde araştırılmalıdır[310].

Aynı durum, yönetim kurulu üyesinin kararını verirken bağımsız hareket edip etmediği yani etki altında kalıp kalmadığı hususundaki inceleme bakımından da geçerlidir. Üye, kararını, şirket üzerinde güce sahip üçüncü bir kişinin etkisi sonucunda vermişse, alınan kararda şirket çıkarlarının gözetilmemiş olması ihtimali ağır basacaktır[311].

O halde, özen borcunun kapsamı konusunda yukarıda dile getirilen hususlara uyulduğu yani gerekli hazırlıkların yapıldığı, teknik alt yapının tam olduğu, şirket menfaatine yabancı unsurların üzerinde etkili olmadığı bir karar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmamaları gerekmektedir[312]. Özetle yönetim kurulunun bu şartlar altında yaptığı tercihe saygı duyulması ve artık kararın yerinde olup olmadığı tartışmasına girilmemesi ve dolayısıyla

---

[309] **Grass:** s. 119 vd.; Yönetim kurulu üyesinin, bir pay sahibiyle veya şirketle ilişki içindeki bir üçüncü kişiyle çıkar ilişkisinin bulunması başlı başına özen yükümlülüğü ile çelişmez (**Okutan:** s.144). Ancak bu durumun, üyenin şirket karşısındaki özen borcunu hakkıyla ifa ettiği konusunda doğurabilecek tereddütlere hiçbir etkisinin olmadığını söylemek de mümkün değildir (**Korkut:** s. 190).

[310] **Kırca:** Özen Borcu, s. 95. TTK m. 332'de bu gibi durumlarda yönetim kurulu üyesine müzakerelere iştirak yasağı getirilmiş olup, yasağa aykırı davranış nedeniyle doğan zararlardan üyenin sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır.

[311] **Grass:** s. 83 vd., 119 vd.

[312] **Kırca:** Özen Borcu, s. 95.

yönetim kurulu üyelerinin özen yükümünü gereği gibi ifa ettikleri sonucuna varılarak açılan sorumluluk davasının reddedilmesi hukuka uygun olacaktır[313].

B. Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisini Somutlaştıran Bir Kriter Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR)

Kanunlarda ve esas sözleşmede açıkça belirtilen görevler dışında kalan işlerde şirketin idaresi, çoğu zaman yönetim kurulunun takdire dayalı bir yetkiyi kullanmasını gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle, yönetim kurulu, belli bir konuda karar alıp almamak arasında seçim yapmak veya bir konuda alınabilecek farklı kararlardan birini tercih etmek durumunda kalabilmektedir[314]. Üçüncü kişilerle sözleşme yapılıp yapılmayacağına, yapılacaksa kiminle ve hangi şartlarda yapılacağına; yeni bir şubenin açılıp açılmayacağına veya mevcut bir şubenin kapatılıp kapatılmayacağına; yeni yatırımların yapılıp yapılmayacağına; şirkete ait paranın para piyasasında mı yoksa sermaye piyasasında mı değerlendirileceğine vs. karar vermek, yetkinin takdire dayandığı hallere örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu takdir yetkisinin, kararın amaca uygunluğu ve şirket bakımından ekonomik olup olmadığı hususlarında bir tercihte bulunmayı içerdiği de açıktır[315].

Yönetim kurulunun diğer konulardaki kararları gibi takdir yetkisine dayanarak aldığı ve uyguladığı kararlara karşı da yargı yolu açıktır. Anonim şirketlerde, şirketin menfaatlerini gözeterek şirketin idaresini sağlamak, yönetim

---

[313] **Grass:** s. 110-111. Buna karşılık anılan hususlardan birinde veya bir kaçında eksiklik bulunması halinde hâkim, yönetim kurulu kararını yerindelik açısından incelemelidir (**Grass:** s. 143-144).

[314] **Lambert:** s. 184.

[315] **Kırca:** Özen Borcu, s. 86.

kurulu tarafından alınan ve uygulanan kararlarla, şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zarar görmelerini engellemek ve ortaya çıkan zararın tazminini sağlamak önem taşımaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, esas itibariyle takdir yetkisine dayalı olarak verilen kararlardan dolayı gündeme gelmektedir[316].

Hâkimin, özen yükümünü kararın isabeti açısından ele alarak, yerindelik denetimi mi yapacağı, yoksa kararın alınmasında özenli davranılıp davranılmadığını mı esas alacağı konusu iki önemli hareket noktası niteliğindedir[317].

Kırca, yönetim kurulu kararlarının yerindelik açısından incelenememesi gerektiği kanaatinde olduğunu[318] ifade ederek, gerekçelerini aşağıdaki gibi açıklamaktadır:

Öncelikle, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin, kural olarak vekâlet sözleşmesi olduğundan hareketle, vekil gibi yönetim kurulu üyelerinin de kararın alınması hususunda özenli davranmakla yükümlü olduklarını ve kararın isabeti gibi belirli ve olumlu bir sonucu taahhüt etmedikleri için, yeterince özenli

---

[316] **Kırca:** Özen Borcu, s. 87. Dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarında, yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde verdiği kararların hâkim tarafından incelenmesinin sınırlarını tayin konusunun, kusur ve özen kavramlarıyla yakın ilgisi bulunmaktadır (**Kırca:** Özen Borcu, s. 88).

[317] Burada yapılacak inceleme, yönetim kurulu kararının verilmesi sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği ile sınırlı olmalıdır **(Kırca:** Özen Borcu, s. 88).

[318] Ancak yerindelik denetimi yapılamamasının, hâkim tarafından, hukuka uygunluk denetimi de yapılamayacağı anlamına gelmeyeceği, bu anlamda hâkimin, öncelikle, yönetim kurulu kararının herhangi bir kanun veya şirket esas sözleşmesinin açık bir hükmüne aykırılık teşkil edip etmediğini araştıracağı, sorumluluk için aranan diğer şartlarla birlikte aykırılık da mevcutsa üyelerin sorumluluğuna hükmedeceği hususunda bkz. **Kırca:** Özen Borcu, s. 88, dpn. 12.

davranmışlarsa olumsuz sonuçtan da sorumlu olmayacaklarını ifade etmektedir[319]. Ayrıca, hâkimin kendisini idare ve temsilden sorumlu yönetim kurulunun yerine koymaması gerektiğini, yönetim kurulu kararlarının yerindelik incelemesine tâbi tutulmasının, onların takdir yetkisine müdahale niteliği taşıyacağını belirtmektedir. Hâkimin görevi, yönetim kurulu üyelerinin, kanun ve esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri yerine getirip getirmediklerini incelemekle sınırlı olmalıdır[320].

Yazara göre, takdir yetkisi çerçevesinde verilen kararların, isabetli (yerinde) olup olmadığı hususunda, her zaman bir tartışma yaşanması kuvvetle muhtemel olup, bu konuda mahkeme tarafından "oy çokluğuyla" da karar verilebilecek olması sebebiyle, bu şekilde verilen bir karar daha baştan mantıksal bir çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin her tür kusurdan[321] sorumlu olduğu ve ağır ihmâl ile hafif ihmâl arasındaki sınırın çoğu zaman belirsiz olduğu da dikkate alınırsa, bu tür mantıksal

---

[319] **Kırca:** Özen Borcu, s. 89. Ayrıca bkz. **Gümüş:** s. 146.

[320] **Kırca:** Özen Borcu, s. 89; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 3, N. 13; **Grass:** s. 2.

TTKTas m. 553/I'in gerekçesinde, madde ile mehaz kanun (İsvBK m. 754) arasındaki farklar sayılırken, maddede yer alan "kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümler" şeklindeki somutlaşma karşısında mahkemenin yerindelik incelemesi yaparak sorumluluğa hükmetmesinin güç olduğu ifade edilmiştir.

[321] TTKTas m. 553. maddede "kusur" sözcüğü ile yetinilmiştir. Oysa İsviçre düzenlemesinde "kasıt" ve "ihmâlle" denilerek, kusurun derecesindeki ayrıma vurgu yapılmış ve mahkeme yönünden bir rehber hüküm oluşturulmuştur. Tasarının 553/I. maddesinin gerekçesinde, 557. maddede zaten bu ayrım yapıldığı ve ayrıca BK m. 43 ve 44'ün de bu konuda yeterince açık olduğu gerekçesiyle kısa ifade ile yetinildiği açıklanmıştır.

çelişkilere meydan vermemenin yolu, hâkimin yerindelik açısından inceleme yapmasını engellemektir[322].

Yine yönetim kurulu üyelerinin karar sürecinde yaptıkları fayda-sakınca, fırsat-risk analizleri, çoğu zaman geleceğe ilişkin tahmine dayanmakta olup, bu analizde kullanılan bilgilerin kesin olması mümkün değildir. Oysa hâkim, kararın isabetsiz olması ve bir zararın doğması sebebiyle açılan davada ve dolayısıyla sonradan devreye girmektedir. Bu durumda verildiği tarihte isabetli olarak nitelendirilebilecek bir karar, yeni olaylar ışığında, sonradan isabetsiz olarak görülebilecektir[323]. Hâlbuki yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun gereğini yerine getirip getirmedikleri, dolayısıyla kusurlu olup olmadıkları, kararın verildiği tarihteki şartlara göre tayin edilmelidir. Ayrıca kararların sırf isabetsiz olması nedeniyle üyeleri sorumlu tutmak, yönetimi işlemez hale getirecek ve anonim şirketin birtakım fırsatları kaçırması ve böylece muhtemel kazançlardan mahrum kalması sonucunu doğuracaktır[324]. Oysa yeniliklere açık olmak, birtakım riskler üstlenmek, genel olarak işletmeciliğin ve özellikle anonim şirket idaresinin bir parçasıdır[325].

Yönetim kurulu kararlarının hâkim tarafından yerindelik incelemesine tâbi tutulamaması gerektiğine ilişkin dayanaklardan biri de sorunun, genel kurul kararlarının iptali davasında, hâkim tarafından yapılacak denetim konusu ile

---

[322] **Kırca:** Özen Borcu, s. 89, dpn. 18.

[323] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 36, N. 79; **Grass:** s. 3.

[324] **Kırca:** Özen Borcu, s. 90.

[325] **Grass:** s. 5. Hâkimlerin, karar verirken bir yatırım danışmanı veya uzmanı olmadıklarının bilinciyle hareket etmeleri gereğine ilişkin bkz. **Bainbridge:** s. 37-43.

paralellik arz etmesidir[326]. Şöyle ki, genel kurul kararının iptali davasında (TTK m.381 vd.) hâkim, iptali istenen kararı, kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına (TMK m. 2) uygunluk yönünden denetlemekte olup, takdiri pay sahiplerine ait olan kararın, amaca uygunluğuna veya şirket bakımından isabetli ve yararlı olup olmadığına bakmamaktadır[327]. Bu durumda, hâkim yerindelik veya amaca uygunluk değil, hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır[328].

Aynı şekilde, kararların yerindelik denetimine konu olamayacağı hususunda yararlanılabilecek bir başka dayanak da, idare hukukunda idarenin takdir yetkisi ve bunun yargısal denetimine ilişkin düzenlemelerdir[329].

İdarenin bütün faaliyetlerinin nihaî amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Ancak bunun, önceden bilinen, ispatı yapılmış ve tartışmasız doğru denilebilecek olan yolları bulunmamaktadır[330]. İdarenin pek çok alandaki davranış biçimi, hukuk kurallarıyla belirtilmiş olsa da, faaliyet alanının genişliği ve çeşitliliği nedeniyle, bütün ayrıntıları ile düzenleme yapılması imkânsız

---

[326] **Grass:** s. 5.

[327] **Kırca:** Özen Borcu, s. 90; **Moroğlu:** Hükümsüzlük, s. 149; **İmregün, O.:** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 133.

[328] Genel kurulun açıkça mantığa aykırı (keyfî) kararlarının bunun dışında tutulması ve hâkimin bu gibi durumlarda kararların yerindeliğini denetleyebilmesi gerekmektedir (**Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 25, N. 15, 59). Ancak, genel kurulun bu tür kararları, çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan kararlardır (**Kırca:** Özen Borcu, s. 91, dpn. 29).

[329] Hukuk bir bütündür. Ayrı hukuk alanları arasındaki farklılıklar yalnız sorunlara bakış açılarından dolayıdır. Özel hukuk, genel niteliği bakımından kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyici iken, kamu hukuku, yine genel niteliği bakımından "kurucu" sayılabilir (**Üler:** s. 2).

[330] **Gözler, K.:** İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, s. 825.

olmaktadır. Bu nedenlerle idareye bir hareket serbestîsinin tanınması zorunlu olmaktadır. İşte bu durumlarda takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir[331].

İdarî yargı organlarının denetimi, idarî işlemin hukukîliği ile sınırlı olup, idarî işlemin yerindeliği, işin niteliği gereği yargı denetiminin dışında kalmaktadır[332]. Bu hususdaki düzenlemeler, Anayasa'nın 125/IV hükmü[333] ile 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2/2 hükmünde[334] mevcut bulunmaktadır.

Kırca, idare hukukundaki yerindelik denetimi yasağına ilişkin görüşlerin, sorumluluk davaları nedeniyle hâkimin önüne gelen yönetim kurulu kararları bakımından da geçerli olduğuna, dolayısıyla, tereddütleri bertaraf etmek için yukarıdaki düzenlemelere benzer bir hükmün, Tük Ticaret Kanunu'na da konulması gereğine dikkat çekmiştir[335]. Ayrıca yazar, "hâkim, sorumluluk davaları nedeniyle önüne gelen anonim şirket yönetim kurulu kararlarını

---

[331] **Gözübüyük, Ş./ Tan, T.:** İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2003, s. 509; İdarenin, takdir yetkisini kullanmak suretiyle, karşılaştığı soruna en uygun çözümü bulması, o konuda en yerinde kararı alması faaliyetine ise, yerindelik adı verilmektedir (**Gözler:** s. 826).

[332] **Gözübüyük./ Tan:** s. 543 vd. İdare hukuku alanındaki bu sınırın hukuk mantığından çıkan genel bir sonuç durumunda olduğu ve dolayısıyla bu hususta pozitif bir düzenleme yapılmasına bile gerek olmadığı konusunda bkz. **Gözler:** s. 827 vd.

[333] "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." AY m. 125/IV.

[334] "İdarî yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdarî mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler." İYUK m. 2/2.

[335] **Kırca:** Özen Borcu, s. 96.

yerindelik açısından inceleyemez" şeklinde formüle ettiği ilkeye, özellikle yönetim kurulunun takdir yetkisini kötüye kullanmasına karşı bir önlem olarak, genel kurul kararlarının iptali ve idare hukukundakine paralel biçimde bir istisna getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[336]. İdarenin takdir yetkisinin yargı denetimine tâbi tutulamayacağına ilişkin kurala yargı ve öğreti tarafından iki istisna getirilmiş olup, bunlar; açık bir hatanın yapılması (açık takdir hatası) ve idarenin aldığı tedbirin, dayandığı sebeple orantılı olmamasıdır (ölçülülük ilkesi)[337].

Kanaatimizce, takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda yerindelik denetimi yapılamamasına ilişkin yukarıda açıklanan gerekçeler, temelde hukukilik denetimini öngören business judgment rule'un mantıkî dayanaklarıyla da benzeşmektedir. Nitekim *Grass*'a göre de mantıkî görüş çerçevesinin dışına taşan ve izahı mümkün olmayan kararlar, yerindelik incelemesine tâbi tutulmalıdır[338].

Bu nedenle, Kanunda veya kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında ayrıntılı olarak düzenleme konusu yapılması gereğine inandığımız yöneticinin hukuka

---

[336] **Kırca:** Özen Borcu, s. 95.

[337] İstisnalar ve bunların eleştirisi için bkz. **Gözler:** s. 841-844, 847-850.

Ancak, bu istisnanın, yönetim kurulu kararlarını yerindelik incelemesine tâbi tutmanın ve gereksiz müdahale etmenin bir aracı haline getirilmemesi gerekmektedir (**Kırca:** Özen Borcu, s. 96).

[338] **Grass:** s. 91, 129-130. Ayrıca genelde yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), özelde ise özen borcunun kapsamına dahil hususlardan birinde veya bir kaçında eksiklik bulunması halinde de hakimin, yönetim kurulu kararını yerindelik açısından incelemesi gerektiği hususunda bkz. **Grass:** 143-144.

uygunluk kuralı (bjr)'na ilişkin kanuni düzenlemede, söz konusu istisnanın da hükme bağlanması faydalı olacaktır.

C. Şirket Menfaatinin Kapsamını Somutlaştıran Bir Ölçüt Olarak Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (BJR)

Yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatlerine uygun davranması hususunda çok somut ölçütler mevcut olmadığı gibi, bir işlemin yapılmamış olmasının şirketin daha da lehine olacağını ispatlamak da her zaman kolay değildir. Başka bir deyişle, bir işlemin şirket menfaatine uygun olup olmadığının tespitinde de kesin bir ölçüt bulunmamaktadır[339]. Bu tespiti kolaylaştırmak üzere aşağıda gösterilen ölçütler ise tek başına yeterli olmamaktadır. Zira, yönetim kurulu üyeleri, kararlarını verirken bir noktada takdir yetkisi de kullanmak zorunda kalmaktadırlar[340]. İşte bu aşamada, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr)'nın yapılan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığına dair gösterdiği karine niteliğinden yararlanılabilecektir.

Şöyle ki, yönetim kurulu üyelerinin söz konusu ölçütleri dikkate alarak işlem yapması, şirket menfaatinin korunması için gerekli özeni gösterdiklerini varsaymaya yarayacaktır. Bu durumda, alınan karar veya yapılan işlemin şirket menfaatine uygun olup olmadığına kolaylıkla hükmedilebilecektir. Böylece, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) özen borcunun somutlaşmasındaki katkısından şirket menfaati kavramının somutlaşmasında da yararlanılabilecektir.

---

[339] Şirket menfaati kavramının formüle edilmiş kesin bir ifadesi olmayıp tespiti büyük ölçüde takdire bağlı bir konudur (**Krneta:** Art.707, N. 183).

[340] Bkz. **Lazopoulos:** s. 52.

Anonim şirketler, her ne kadar pay sahiplerinin getirdiği sermaye ve onların gayretleriyle kuruluyor ise de, ekonomik amacı doğrultusunda çok farklı menfaat sahiplerine de hizmet eden organizasyonlardır[341]. Dolayısıyla, şirketin bizzat kendi menfaati yanında, büyük ölçüde iç içe geçmiş biçimde, pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının, çalışanların, müşterilerin ve kamunun da menfaatleri bulunmaktadır[342].

Tüm bu menfaatlerin tespitinde yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile de ilişkili olarak kullanılabilecek kriterleri aşağıda inceleyeceğiz.

1. İşlemin Şirketin Amacı ve Konusu ile İlgili Olması

Anonim şirketin menfaatini somutlaştırmada kullanılacak ölçütlerden birisi, esas sözleşmede yazılı olan amaçtır[343]. Şirket, faaliyet alanının sınırlarını esas sözleşmede açıkça göstermek kaydıyla bir ya da birden çok konuda faaliyette bulunabilmektedir (TTK m. 271/II). İşte yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerin bu amaca aykırı olmaması gerekmektedir. Zira, şirket menfaatine olsa bile amaç ve konu dışında yapılan işlemlerden dolayı, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr)'nın karine niteliğinden yararlanılamamaktadır.

2. İşlemin Şirketin Değerini Artırmaya Yönelik Olması

Yapılan bir işlemin şirketin menfaatine olup olmadığının tespitinde kullanılabilecek bir başka ölçüt, yapılan işlemin şirketin değerini artırıp artırmadığıdır. Anonim şirketlerde, yöneticilerin şirket kazancını en üst düzeye

---

[341] **Lazopoulos:** s. 44.

[342] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 3, N. 27.

[343] **Krneta:** Art.717, N. 1891; **Lazopoulos:** s. 47 vd. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **İmregün:** AO, s. 19; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu):** N. 435.

çıkarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bazı hâllerde, bir işlem yapıldığı anda kazanç getirmese de, uzun vadede şirketin menfaatine olabilmektedir. Bu nedenle bir işlemde, şirket menfaatlerinin gözetilip gözetilmediği tespit edilirken, işlemin yalnızca kısa değil uzun vadede de şirkete katkısının olabileceği göz önüne alınmalıdır[344].

Öte yandan borsaların spekülasyonlara açık olabildiği de nazara alınmalıdır. Menkul kıymetleri sermaye piyasasında işlem gören bir şirketin yaptığı bir işlemin şirket hisselerinin borsa değerini artırması, onun her koşulda şirketin yararına olduğu anlamına gelmemelidir[345]. Bu sebeple, şirketin menfaatinin tespitinde, spekülasyon amaçlı olmayan ve kısa veya uzun vadede şirketin değerini artırmaya yönelik olan faaliyetlerin sorumluluk doğurmayacağı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla şirketteki değer artışının, tek başına şirket menfaatine hizmet eden bir ilke olarak kabul edilmemesi gerekmektedir[346].

3. İşlemde Pay Sahiplerinin Tümünün Menfaatinin Gözetilmiş Olması

Sadakat yükümlülüğü, şirketin yanında pay sahiplerinin menfaatlerinin de korunmasını gerektirmektedir[347]. Anonim şirketin menfaati, pay sahiplerinin

---

[344] Örneğin, bir anonim şirkette yönetim kurulunun bir bankadan kredi alırken başkalarıyla kredi sözleşmesi yapmama taahhüdünde bulunması kısa vadede şirketin aleyhine gibi görünebilir. Ancak asıl amaç şirkete kredi temini olduğundan işlem şirket lehine kabul edilmelidir (**Okutan:** s. 145-146).

[345] Hattâ yönetim kurulu üyelerinin, kısa vadeli ve riskli kârı en üst düzeye çıkarmaktan kaçınma yükümlülükleri de söz konusudur (**Tekinalp, Ü.:** "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 229-230*).*

[346] **Korkut:** s. 151.

[347] **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 28, N. 26; **Krneta:** Art. 717, N. 1851.

kişiliklerinin dışında, ancak onların menfaatine de uygun ve onlara yardımcı olacak şekilde faaliyette bulunulması yönündedir[348]. Bu yüzden yapılan işlemin pay sahiplerinin menfaatine olması, şirket menfaatine uygunluk yönünde bir karine oluşturabilmektedir.

Bazen de şirket ile pay sahibinin menfaati uyum göstermekte ve pay sahibinin menfaatinin gözetilmesi, şirket menfaatine aykırılık teşkil etmemektedir. Örneğin, tek ortaklı anonim şirketlerde ve konzernlerde durum böyledir. Özellikle konzernlerde, bağlı şirket veya şirketler, hâkim şirkete hizmet edecek şekilde yapılandırılmakta, esas sözleşmeye bu yönde hükümler konulmaktadır. Dolayısıyla, konzernlerde bir şirket üzerinde tam hâkimiyet halinde, yapılan bir işlemin hâkim şirketin menfaati doğrultunda olması, bağlı şirketin menfaatine aykırılık oluşturmayacaktır.

4. İşlemin Farklı Menfaatleri Dengelemeyi Hedeflemesi

Anonim şirketin menfaatinin somutlaştırılması için uygulanabilecek bir diğer yöntem de, şirketteki farklı menfaatlerin değerlendirilerek bir sonuca varılmasıdır[349]. Bu durumda, öncelikle şirkette mevcut farklı menfaatler tespit edilmelidir. Bundan sonra her menfaat grubunun farklı menfaatlerinin "asgarî müşterekleri" belirlenmelidir. Böylece sorumluluğa esas kusurun ve özen borcunun tespitinde, şirketin esas sözleşmesinde yazılı olan amacı

[348] **Tekinalp, Ü.:** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979, s. 28.

[349] **Lazopoulos:** s. 44.

çerçevesinde, bu çatışan menfaatlerin tümünün göz önüne alınıp alınmadığı değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılmalıdır[350].

Yönetim kurulu üyesinin menfaat çatışması içerisinde kalarak işlem yapmasına engel olmak ve çatışmaya rağmen yaptığı işlemlerde gerekli özeni göstermesini sağlamak için, kusur karinesi önerilmektedir[351]. Yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini yerine getirdiği yönünde lehine olan karine, menfaat çatışması içeren bir işlem yaptığında, tam tersine dönerek, yükümlülüklerine uygun davranmadığı yönünde aleyhine bir karineye dönüşmektedir[352]. Kural olarak hukuka aykırılığı ispat külfeti, yönetim kurulu üyesi aleyhine dava açan davacıda iken menfaat çatışmasının varlığı halinde, yönetim kurulu üyesinin, aleyhine dönen bu karinenin aksini, yani yükümlülüklerini ihlâl etmediğini ispatlaması gerekmektedir.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkil karşısındaki sadakat borcu (BK m. 390/II, İsvBK m. 398/II)[353], bu karineye dayanak olabilir. Çünkü vekilin görevini menfaat çatışması

---

[350] Bu hususta bkz. **Lazopoulos:** s. 51.

[351] **Lazopoulos:** s. 175 ve dpn. 827'de anılan yazarlar.

[352] Yönetim kurulu üyesinin, şirket üzerinde hakim olma gücüne sahip bir üçüncü kişinin etkisi altında karar vermesi hâlinde, bu kararda şirket menfaatlerinin gözetilmesi ihtimali ağır basar (bkz. **Grass:** s. 83 vd, **Kırca:** Özen Borcu, s. 95).

[353] Doktrinde, BK m. 390/II' de yeralan "iyi bir surette ifa" cümlesinin, OR Art. 398/II'deki "sadakat ve özenle ifa" şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **Aral:** s. 417; **Şenocak:** s. 354. Vekilin, üstlendiği işin ifası için gerekli olan fikrî ve bedenî kabiliyete sahip değil iken işi üstlenmesi aynı zamanda TMK m. 2' de yer alan dürüstlük kuralına da aykırıdır ve şartları da varsa vekilin güven sorumluluğuna sebep olabilir. Bu hususta bkz. **Başpınar, V.:** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2004, s. 128 vd. Ayrıca bkz. HGK, 05.05.1993, E. 1-79, K. 195 (**Uygur:** s. 8549-8550).

içerisinde yerine getirmesi halinde, vekilin sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiği varsayılmaktadır[354]. Vekilin kendi kendisiyle işlem yapmasında veya çifte temsil halinde bir menfaat çatışması varsayılacaktır[355].

D. Hukuka Uygunluk Denetiminde Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralının (BJR) Etkinliğini Artıracak Uygulamalar

Yönetim kurulu üyesinin yaptığı işlemlerin denetlenmesine yönelik uygulamalar ve kurumsal yönetim ilkeleri, yöneticinin hukuka uygunluk kuralından beklenen faydayı da artırmaktadır. Zira, söz konusu tedbirler, yapılan işlemlerin dolayısıyla da olsa hukuka uygunluğuna katkı yapmaktadır.

1. Maddi Denetim Kapsamındaki Uygulamalar

Yönetim kurulunca alınan kararlar ve yapılan işlemlerden şirketin zarar görebileceği durumlarda, yönetim kurulu üyesinin bazı ilkelere uygun davranıp davranmadığı denetlenmelidir[356]. İlk olarak, sözleşmenin şartlarının belirlenmesinde kayırmacılık testi anlamına gelen ve "iş ilişkilerinde üçüncü kişi koşulları= üçüncü kişileri kayırmacı pazarlık (arm's length)" olarak ifade olunan ilkeye göre; yönetim kurulu üyesinin yaptığı işlemin piyasa veya borsa değerine uygun olup olmadığı dikkate alınmalıdır[357]. Böylece şirketin zarara uğrayıp uğramadığı anlaşılmış ve zarar önlenmiş olacaktır[358].

---

[354] **Bilgili:** Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, Parag. 23.

[355] **Aral, F.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş B. 5, Ankara 2003, s. 418.

[356] **Lazopoulos:** s. 117.

[357] **Lazopoulos:** s. 117. "Arm's length", iş ilişkilerinde uyulması gereken bir ilkeyi ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Grass:** s. 177. İsviçre Corporate Governance En iyi Uygulama Kodu'nda Almanca "*der Grundsatz des Abschlusses zu Drittbedingungen*" şeklinde ifade edilmiş olup, Türkçeye "üçüncü kişi koşulları ilkesi" olarak çevrilmiştir (**Pulaşlı:** CG, s. 59).

TTKTas m. 369/l' de şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine işaret edilmiştir. Hükmün gerekçesinde ise menfaat çatışması halinde, yönetim kurulunun gerekli önlemleri alması ve "üçüncü kişi koşulları"na dayalı olarak, üyenin, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmaksızın ve şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapması gerektiği belirtilmektedir[359]. Bu ilke, menfaat ilişkisi içerisindeki kişilere, üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde geçerli olan kuralların uygulanmasını gerektirmektedir[360].

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) hakkındaki geleneksel yaklaşıma göre, piyasa koşullarında ayrıntılı müzakerelerden önce söylenen fiyatların "üçüncü kişi koşulları" [361] karşısında çok düşük olduğuna dair bir iddia varsa, davacı pay sahibinin, yöneticilerin ağır ihmâlinin olduğunu ve aynı zamanda bu ihmâlden dolayı kendisinin zarara uğradığını ispatlaması gerekir. Şayet davacı söz konusu ihmâli ve zararı ispatlarsa, sadece işlemin yapıldığı zamandaki

---

Bu ilke, çıkar ilişkisi bulunan kişilerin yaptıkları işlemlerde, üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde geçerli olan kuralların uygulanmasını gerektirmektedir. Bu hususla ilgili olarak bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 40, N. 325; **Grass,:** s. 178.

[358] **Ulusoy, E.:** Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005, s. 174.

[359] Gerekçede devamla, hükmün yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bir bağlılık yükümü altına soktuğu, içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir.

[360] Bu hususta bkz. **Grass:** s. 178; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** § 40, N. 325; **Pulaşlı**: CG, s. 59.

[361] Kavramın açıklanması hususunda bkz. Bölüm 3, II D 1.

zarar tutarının karşılanması gerekmektedir. Yoksa yapılan işlemin geçersizliği gibi bir durum sözkonusu olmamaktadır[362].

İkinci olarak, yönetim kurulu üyesi, yaptığı bir işlemde piyasa veya borsa değerinden yararlanamıyorsa, tarafsız bir kişi gibi davranmalıdır. "Tarafsız bakış ilkesi" (Fairness Opinion)[363] olarak da ifade edilen bu ilkeye göre, tarafsız ve ehil bir kişi yapılan işlemde somut duruma göre hangi hususları esas alır ise onlara göre işlem yapılmalıdır.

2. Bir "Davranış Yönergesi" Olarak Kurumsal Yönetim İlkelerinin Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralına (BJR) Katkısı

Yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerinde hangi esaslara göre hareket etmesi gerektiği ve şirket işlerinde göstermeleri gereken özenin derecesi önemlidir. Adil bir sorumluluk sisteminin oluşması için objektif esaslara dayalı bir özen ölçüsünün bulunması ve üyenin kusurlu olup olmadığı ve sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespitinde bu ölçülerden yararlanılması gerekmektedir.

Ayrıca eşit işlem ilkesinin yansıması olan bir yükümlülük getirilmiş[364] ve kararların değişik pay gruplarını farklı şekilde etkileyebileceği durumlarda

---

[362] **Block/ Radin/ Barton:** s. 17.

[363] Bu ilkenin "dürüst fiyat" (Faire Praise) ve "dürüst faaliyet" (Faire Geschäftstätigkeit) olarak iki unsurdan meydana geldiği ifade edilmektedir. Kavram hakkında bkz. **Lazopoulos:** s. 118.

[364] Örneğin, ülkemizde SerPK m. 12/5 kapsamında kayıtlı sermaye sistemine tâbi anonim şirketlerde, yönetim kurulu, esas sözleşmenin verdiği yetkiyi kullanarak, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırırsa, yeni pay alma hakkında imtiyazlı olan pay sahipleri, bu karardan diğer ortaklara nazaran daha farklı oranda etkilenirler. İşte bu gibi durumlarda önemli olan, alınmış kararın, ortaklığın menfaatine olması veya makul olarak başka bir yoldan aynı sonuca ulaşılamamasıdır.

yönetim kurulunun bütün pay sahiplerine adil davranması[365] gerektiği öngörülmüştür. Yönetim kurulunun, menfaat grupları arasında herhangi bir kayırma veya zarar verme amacı gütmediği ve sahip olduğu takdir hakkını sakınarak kullandığı tespit edilmişse, sonuçta etkilenme dereceleri farklı da olsa hakkaniyet bozulmamış sayılmaktadır. Kurumsal yönetim anlayışının gerektirdiği husus da bu şirket içi adaletin sağlanması olmaktadır[366].

Yönetim kurulu kararlarından doğan sorumluluk bakımından kurumsal yönetim ilkeleri, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) yaklaşımına da uygun olarak, özen gösterme ve sadakat borcu olmak üzere iki temel unsura işaret etmektedir[367]. Kurumsal yönetim ilkeleri anlamında özen gösterme borcu, yönetim kurulu üyelerinin, tam bir bilgi sahibi olarak, iyi niyet, gerekli özen ve dikkati göstererek hareket etmelerini gerektirir. Basiretli bir kişinin benzer durumlarda nasıl davranması gerektiğini gösteren standartlar bulunabilir. Bunlar genel olarak, tedbirli bir şahıstan hâl ve şartların somut olayın özelliğine göre beklenen ölçüde makul özen ve dikkati ifade etmektedir. Kurumsal yönetim anlayışının gerektirdiği özen; aynı nitelik ve büyüklükteki bir anonim ortaklığın vasıflı, tam bir bilgiye sahip, iyi niyetli, dikkatli ve tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin, aynı şartlar altında göstereceği objektif özendir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin görevini yaparken kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi, onun sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir.

---

[365] SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 2.1; OECD-KYİ V/B.

[366] **Paslı:** s. 299 vd.

[367] SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 2.3; OECD-KYİ VI/A.

Özen borcu, yine yöneticinin hukuka uygunluk kuralına da (bjr) uygun olarak, yönetim kurulu üyelerinin ağır bir ihmalinin bulunmaması veya karar alırken gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmaları şartıyla, ticarî kararlardaki isabetsizlikleri ve hataları içermez.

Üzerinde önemle durulan bir diğer husus da, yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcunun gereği olarak, hem anonim şirket tüzel kişiliğinin hem de pay sahiplerinin menfaatlerini gözetmeleri ve onların menfaatini, bir çatışma durumunda kendi menfaatlerine tercih etmeleridir. Türk hukukunda bu yönde açık bir düzenleme olmamakla beraber[368], bazı ülkelerde yönetim kurulu üyelerinin, şirket tüzel kişiliği ve pay sahipleri yanında işçiler ve kamu menfaatini de gözetmeleri gerektiği kanunen öngörülmektedir[369].

Sadakat borcu, hissedarların adil muamele görmesi, ilgili taraf işlemlerinin kontrol edilmesi ve üst düzey yöneticiler ile yönetim kurulu üyeleri için ödüllendirme politikasının oluşturulması gibi diğer ilkelerin de etkin bir şekilde uygulanmasını desteklediğinden, önemli bir işleve sahiptir. Bu görev, aynı şekilde şirketler grubu bünyesinde çalışan yönetim kurulu üyeleri için de önemlidir: Şirket, bir başka grup tarafından kontrol edilse bile yönetim kurulu üyelerinin sadakat görevi, öncelikle şirketi kontrol eden gruba değil kendi şirketine ve tüm hissedarlarına yöneliktir[370].

Türk hukukunda, hem küçük pay sahiplerinin haklarının korunması hem de kamuyu aydınlatma esaslarının uygulanması imkânını geliştiren diğer bir husus,

---

[368] Sadakat yükümlülüğünden hareketle, en azından şirket ve pay sahiplerinin menfaatinin gözetilmesi sonucuna ulaşılmaktadır (**Çamoğlu (Poroy/Tekinalp):** N. 585).

[369] **Paslı:** s. 295 vd.; **Bainbridge:** s. 12 vd.

[370] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurumsal Yönetime ilişkin OECD-KYİ VI.

halka açık anonim şirketler açısından şirket kontrolünü elde etmenin (takeover) kural ve usullerinin ayrıntılı bir düzenlemeyle[371] ele alınmasıdır. Mevzuatımızda SerPK m. 15/son fıkrasıyla, "Halka açık anonim ortalıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya malvarlığını azaltamaz" hükmü getirilmiştir.

Benzer biçimde Bankacılık Kanununun 50/IV. maddesinde de "Bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere kredi kullandırılması hâlinde, gerekli kararların yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şarttır." hükmü getirilerek kurumsal yönetimin şirket menfaatinin korunması boyutuna ilişkin örnek bir düzenleme yapılmıştır.

Kurumsal yönetim ilkeleri bakımından, kamuya açıklanması gereken hususlardan biri, şirket kontrolünün ele geçirilmesi faaliyetleri olup, ikincisi de birleşme ve şirket varlıklarının önemli bölümünün satışı gibi olağanüstü işlemlerdir[372]. Şirketin kontrolünün el değiştirmesi müessesesinin ve tüm olağanüstü işlemlerin ayrıntılı kurallarla açık bir şekilde tanzim edilmesi ve pay sahiplerinin haklarının belirlenerek bu konularda bilgi sahibi olmalarının

---

[371] SerPK m. 16/A; SPK Seri: IV, N:8 sayılı Tebliğ m. 14; Seri: VIII, N:39 sayılı Tebliğ m. 5/a gibi hükümlerle sermaye ve yönetimde kontrolün sağlanarak anonim şirketin ele geçirilmesi (takeover-acquisition) hususu ele alınmıştır.

[372] SPK-KYİ, Bölüm II, Parag. 2. ile Bölüm III, Parag. 3.; OECD-KYİ I/E/1. Ayrıca bkz. **Wright/Creighton:** s. 113 vd.

sağlanması yoluyla, hem mevcut ve muhtemel pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması ve hem de rasyonel kararlar alınabilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Bu amaçla, "Şirketi ele geçirmeye karşı savunma araçları (anti-take over devices=takeover defences), yönetimi hesap verme sorumluluğundan korumak için kullanılmamalıdır" denilerek, bu tür araçların sadece ortaklığın ve pay sahiplerinin yararına kullanılabilmesi amaçlanmıştır[373].

Kurumsal yönetim ilkeleri arasında özellik arz eden bir başka konu da, en önemli menfaat grubunu oluşturan pay sahiplerinin, eşit işleme tâbi tutulmaları zorunluluğudur. OECD İlkeleri, II. bölümde "Kurumsal yönetim yapısı, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil, bütün pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmasını sağlamalıdır. Bütün pay sahipleri, haklarının ihlâl edilmesi sebebiyle etkili bir tazminat elde etme imkânına sahip olmalıdırlar" denilmiştir[374].

Pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması ilkesi, üç alt başlıkta ele alınmıştır:

---

[373] Bkz. OECD-KYİ I/E/2. Bu tür savunma araçlarına özellikle Anglo Sakson ülkelerinin doktrininde görülen "zehirli haplar (poison pills)", "yeşil posta (greenmail)", "altın paraşütler (golden parachutes)" gibi örnekler verilebilir. Şöyle ki: bazı paylara piyasa değerinin altında bir fiyatla ek hisse senedi alma hakkının verilmesi, birtakım paylara oy hakkı, kâr payı hakkı gibi imtiyazlar tanınması, çalışanlara özellikle de yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerine fahiş ücret ödenmesi, çok yüksek miktarda huzur hakkı verilmesi, kârdan pay verilmesi, şirket ile aralarındaki sözleşmelere yüksek miktarda tazminat hükümlerinin konulması, esas sözleşmelere yöneticilerin sorumluluğunu sınırlandıran ya da zorunlu emeklilik yaşını kaldıran hükümlerin yerleştirilmesi gibi araçlar kullanılmaktadır. Böylelikle anonim ortaklığı ele geçirmenin maliyeti artmakta, hattâ bazı hâllerde imkânsızlaşmaktadır. Bu hususta bkz. **Pinto/ Branson:** s. 303 vd.; **Dietrich, N.:** The "Business Judgement Rule":Whose Judgement?, Corporate Governance Review, June/July 2002, s. 7 vd.; **Paslı:** s.175-176.

[374] Ayrıca bkz. SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.

(a) Aynı grup içindeki pay sahiplerine eşit muamele yapılması[375],

(b) İçerden öğrenenlerin ticaretinin ve şirketle işlem yapmanın (self-dealing) yasaklanması[376],

(c) Yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin, ortaklığı etkileyen işlem ve konulardaki her türlü esaslı menfaatlerinin kamuya açıklanması[377].

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerle ilgili olarak, KoopK m. 23'ün aksine "eşit işlem ilkesi"ni[378] vurgulayan açık bir hükme yer verilmemiştir[379]. Sadece SerPK m. 12/4'ün 2'nci cümlesinde "Yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz" denilmiştir. SerPK m. 12/6 ile de bu esasa aykırı olarak alınan yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi imkânı tanınmış ve eşit işlem ilkesi ifade edilerek, kurumsal yönetim ve dolayısıyla hukuka uygun yönetim anlayışına uygun önemli bir adım atılmış olmaktadır.

---

[375] SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.1.; OECD-KYİ II/ A.

[376] SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.2.; OECD-KYİ II/ B. Yolsuz (usulsüz) kişisel işlem yasağı içerden öğrenenlerin ticaretini de kapsar şekilde SerPK m. 47/A–1,2 ve 3'de düzenlenmiştir. Ayrıca, Seri: VIII, N:39 sayılı Tebliğ m. 5/h/1'de zikredilmelidir. İçerden öğrenenlerin ticareti konusundaki farklı yaklaşımlar için bkz.**Tezcanlı, M. V.:** "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar", İstanbul 1996, s. 25 vd.; **Manavgat, Ç.**: "Türk Hukukunda İçerden Öğrenen Kavramı", Batider, C. XIX, S. 4, s. 185.

[377] SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.2.; OECD-KYİ II/ C. Ayrıca bkz. TTK m. 332, 334, 335 ile Seri: VI, N.11 sayılı Tebliğ m. 20/2 ile 21.

[378] Eşit işlem ilkesi, aynı şartlar altındaki pay sahiplerinin aynı muameleye tâbi tutulması anlamına gelmektedir (**Omağ, M.K.:** Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", Hukuk Araştırmaları, MÜHF, C. I, S. 1 (Ocak- Nisan 1986), s. 2).

[379] Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun genel yapısı içerisinde pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması gerektiği ve bunun anonim ortaklığın işleyişine hâkim olan temel ilkelerden biri olduğu hususunda tartışma yoktur (**Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu:** N. 888).

OECD İlkeleri'nde, pay sahiplerinin haklarını elde edebilme yollarından biri olarak, şirket yönetiminde görev alanlara karşı hukukî ve idarî[380] başvuru yollarına sahip olmaları gösterilmektedir[381]. Burada vurgulanması gereken önemli bir husus da pay sahiplerinin anlaşmazlıkları mahkeme önüne sıklıkla götürmesinin, şirket işleyişini sekteye uğratması tehlikesidir[382]. Bu durumu göz önüne alan birçok ülkede, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr)'na benzer biçimde, pay sahiplerinin şikâyet ve taleplerinin yeterliliğini test etme esasına dayanan ve "güvenli liman" (safe harbors) olarak anılan mekanizmalara başvurulmaktadır[383]. Zira bu tür durumlarda yapılan işlemlerden yöneticilerin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Ancak, pay sahiplerinin başvuru yollarına imkân tanınması ile uyuşmazlıkların sıklıkla mahkeme önünde çözümlenmesine engel olunması arasındaki dengenin oldukça dikkatli bir şekilde tesis edilmesi gerekmektedir.

---

[380] Bu ibare, anonim şirket iç işleyişinde mevcut olan başvuru yollarını ifade etmektedir (**Paslı:** s. 188, dpn. 212).

[381] Pay sahibi haklarının hangi derecede korunduğunun önemli bir belirleyici unsuru, makul bir giderle karşılığında ve aşırı bir gecikme olmaksızın, pay sahiplerinin şikâyetlerinin telâfi edilebilmesi ve etkin metotlarının bulunup bulunmadığıdır. Makul gerekçelere dayanarak haklarının ihlâl edildiğine inanan kontrol gücüne sahip olmayan tüm yatırımcılara, ilgili hukuk sistemi dava açabilme mekanizmalarını sağlıyorsa, bu kişilerin sermaye piyasalarına duydukları güven artar (OECD-KYİ Açıklayıcı Hükümler).

[382] Pay sahiplerinin, kendi haklı menfaatlerini koruma amacı olmaksızın, şirkete veya diğer pay sahiplerine zarar verme kastı ile hareket etmeleri yasaklanmıştır. Bu hususta bkz. SPK-KYİ, Bölüm I, Parag. 8.3.

[383] Güvenli limanlara (safe harbor) örnek olarak, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ve ilgili konudaki bilginin kamuya açıklanmış olması gibi ilkeler gösterilmektedir. Bu hususta bkz. **Paslı:** s. 191, dpn. 220. Bu hususta bkz. UMAG-Gerekçe, s. 21. Ayrıca bkz. **Grass:** s. 171 vd.

İşte, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile daha davanın başında iken, iddiaların ciddi olup olmadığı yönünde güçlü bir kanaat edinilmekte ve böylece kötü niyetli yaklaşımlara prim verilmemektedir. Bu husus, hukuka uygunluk denetiminde menfaat sahipleri ve yöneticiler yanında mahkemeler bakımından da önemli kolaylıklar sağlamaktadır.

3. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Alt Unsurlarının Değerlendirilmesi

a) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kurumsal Yönetim İlkelerinde önem kazanmış konulardan birisi de, yönetim kurulunun, şirket işlerinde objektif bağımsız muhakeme yürütebilme yeteneğine sahip olması gereğidir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yerine getirme niteliğine ve potansiyeline sahip olan üyelerdir. Bu üyeler, söz konusu nitelikleri ve konumlarıyla yönetim kurulunda menfaatler arasında bir denge unsuru olabileceklerdir[384].

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri hakkında ülkemizde daha önce de münferit bir düzenleme[385] yapılmışsa da, asıl kapsamlı düzenlemesi, Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'yle yapılmıştır[386].

---

[384] Bu husus, tepe yönetim performansının denetlenmesi, menfaat çatışmalarının önlenmesi ve rekabet halindeki taleplerin dengelenmesi görevlerini yerine getirebilmek için objektif karar verebilme bakımından önem taşımaktadır. Bunu sağlayabilmek için, kurumsal yönetim ilkelerinde önerilen husus, bileşimi ve yapısı açısından yönetimin bağımsız ve objektif olmasıdır. Yönetim kurullarının bağımsızlığı, tekli kurul modelinin bulunduğu çoğu ülkede, icra başkanı ile yönetim kurulu başkanı rolleri arasında bir ayırıma gidilmesi ile sağlanmaktadır (**Özkorkut:** Bağımsız Yönetim Kurulu, s. 69 vd.).

[385] SPK tarafından çıkarılan Seri: VI, No:11 sayılı "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği", m. 4/g bendinin, kurumsal yönetim ilkeleri anlamında özellik arz etse de,

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ve esas itibariyle bağımsız yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olan sorumluluk anlayışı karşısında, bağımsız yönetim kurulu üyeliğini isteyecek bir kişinin bundan vazgeçebilme ihtimali yüksektir. Oysa yönetim kurulundaki bilgi ve tecrübelerine göre özen yükümlülükleri ve yönetim kurulu içindeki fonksiyonları arasındaki farklılıklar, ortaya çıkan bir zarardan farklı derecelerde sorumlu tutulabilmeyi mümkün kılmalıdır[387].

Bu düzenlemelerden, şirketteki çeşitli menfaat gruplarının etkisinde olmayan ve şirket yönetiminde kararlara katılırken bağımsız davranabilen yönetim kurulu üyelerinin bulunmasının amaçlandığı açıktır[388]. Böylelikle yönetim kurulunun daha objektif kararlar alabilmesi sağlanacak ve menfaat çatışmalarının belli oranda önlenmesi mümkün olacaktır[389].

b) Komiteler

Şirketin içinde bulunduğu durum ve gereksinimlerine uygun olarak, yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesini temin için yeterli sayıda komite oluşturulacağı öngörülmektedir (TTK m. 318/II; SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 5.1). Bu komiteler, icrada görevli yönetim

---

bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin, bugün dünya üzerinde geldiği noktadan uzak olduğu hususunda bkz. **Özkorkut:** Bağımsız Yönetim Kurulu, s.166. Bu konuda ayrıca bkz. **Şehirli:** s. 48.

[386] Söz konusu düzenleme ile, yönetim kurulunda icra yetkisi olmayan üyelerin çoğunluğunun bağımsız üyelerden oluşması zorunlu kılınmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyeliği için aranan şartlar hakkında bkz (SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 3.3.5).

[387] **Özkorkut:** Bağımsız Yönetim Kurulu, s. 163.

[388] Bu uygulamanın, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) tarafsızlık ve bağımsızlık unsuruyla tam olarak örtüştüğü hakkında bkz. B 1, IV B.

[389] **Paslı:** s. 324.

kurulu üyeleri ile onların emrinde çalışanların yakından izlenmesine ve disiplin altında tutulmasına ve keyfî kararlar verip, bunu uygulamalarına engel olmaktadır[390]. Komitenin tavsiyelerinin aksinin yapılması sonucu şirketin zarar görmesi hâlinde, yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispatlaması oldukça zorlaşmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde, denetimden sorumlu komite ve kurumsal yönetim komitesi düzenlenmektedir (SPK-KYİ, Bölüm IV, Parag. 5.6 ve 5.7).

c) Şeffaflık

Yönetim kurulu üyelerinin menfaat bağlantılarını açıklama yükümlülüğü ile şirketteki hakimiyet değişikliğinin (SPK-KYİ, Bölüm II, Parag. 2.1) ve pay sahiplerinin şirket yönetiminde etkinlik sağlamak amacıyla yaptıkları oy sözleşmelerinin (SPK-KYİ, Bölüm II, Parag. 2.6) derhal kamuya açıklanması yükümlülüğü, bu tür menfaat ilişkilerinin diğer menfaat sahipleri tarafından bilinmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Böylece, şirket aleyhine işlemler yapılmasına ve bundan doğacak zararlara engel olmak üzere gerekli tedbirler alınabilecektir.

III. YÖNETİM KURULU KARARLARINA YÖNELİK İPTAL DAVASI İLE BUSİNESS JUDGMENT RULE İLİŞKİSİ

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), sorumluluk davalarında uygulanmak üzere yönetim kurulu üyeleri ve müdürler lehine geliştirilmiş ve onları sorumluluktan koruyan bir karine olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte,

---

[390] **Tekinalp:** Yeni Hukuk Politikaları, s. 235. Komiteler, kendi yetki ve sorumluluğunda hareket etmekte olup, yönetim kuruluna tavsiyelerde bulunmaktadırlar. Nihai karar ise yönetim kurulu tarafından verilmektedir.

özellikle kavramın ortaya çıktığı kaynak ülke olan ABD'de uygulama alanı bulmuş farklı bir yorumu daha bulunmaktadır. Business judgment doctrin olarak isimlendirilen bu görüşte, sorumsuzluk karinesi kararın isabetli olduğu yolunda bir varsayıma dönüşmekte ve bu karine yardımıyla bizatihi yönetim kurulu kararının kendisi korunmaktadır.

Böylece, ek bir denetim yolu olarak iptal davasıyla, zarar riski taşıyan ve sorumluluk doğurabilecek olan işlem ve eylemler için, daha zarar doğmadan, hukuka uygun hale getirme imkânı sağlanmış olacaktır. Bu ise, hem süre hem de masraf bakımından külfetli olan sorumluluk davalarına engel olmakla tüm menfaat sahipleri yanında, bizatihi yönetim kurulu üyelerinin ve ayrıca mahkemelerin de yararına sonuçlar doğuracaktır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr), Türk Hukuku'nda iptal davaları bakımından uygulanabilmesi mehaz İsviçre hukukuna nazaran daha kolaydır. Zira, İsviçre hukukunda bizdekinden farklı olarak, iptal davası doktrinde tartışılmış ve bazı mahkeme kararlarında gerekliliği vurgulanmış olmakla birlikte kanun koyucu gerek 1991 öncesinde ve gerekse 1991'de İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan kapsamlı değişiklik sırasında bu davaya yer verilmemiştir[391].

Yönetim kurulunun aldığı hukuka aykırı karar sebebiyle hakkı ihlâl edilmiş olacak olan tarafa, kararın icrasından önce iptali yönünde bir talep hakkı verilip zararın doğumuna engel olma imkânı varken, zararın ortaya çıkmasını bekleyip daha sonra tazminat davasıyla telafisi yoluna gitmenin mantıksızlığı

[391] Bu hususta bkz. **Özkorkut:** İptal, s. 96 vd, **Grass:** s. 39.

ortadadır[392]. Zira, karinenin çürütüldüğü durumlarda yani alınan kararın henüz uygulamasına geçilmeden kararın iptal edildiği durumlarda da, en nihayetinde zarar ve sorumluluk doğuracak bir işleme engel olunduğu için hem menfaat sahipleri hem de yönetim kurulu üyelerinin bizzat kendileri korunmuş olacaktır. Bu yönüyle de söz konusu müessesenin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için olduğu kadar, yönetim kurulu kararları için de "güvenli liman" (safe harbor) nitelemesini tam anlamda karşıladığı anlaşılmaktadır.

[392] **Siegwart:** s. 421.

SONUÇ

Anonim şirketler hukuku alanında, geçen asrın sonlarında Amerika'da başlayıp, Avrupa'da yayılan reform tartışmaları ülkemizi de etkilemiştir. Bu etki Sermaye Piyasası mevzuatı ile başlamış olup, bankacılık mevzuatı ile sürmüştür. Etkilenme süreci Türk Ticaret Kanunu Tasarısı kapsamında devam etmektedir. Bu süreçte öne çıkan değişiklikler ise iyi yönetim ve etkin denetim kavramlarına karşılık gelmektedir.

Bu kapsamda kötü yönetimin önlenmesi için çeşitli çareler geliştirilmektedir. Önümüzdeki yıllarda da anonim şirketler için, etkili ancak şirketin ticaret hayatındaki hareket serbestliğini engellemeyecek ölçüde sınırlı bir iç ve dış denetim sistemini ve onu destekleyecek gerçekçi bir sorumluluk sistemini geliştirme çabaları sürecek gibi gözükmektedir.

İyi bir yönetim ile âdil bir denetimin, hukukî veya cezaî müeyyideler yerine, şeffaflık ilkesi ve önceden bir takım yol gösterici kuralları belirleme yöntemi ile sağlanması, küreselleşmiş modern ticaret hayatının gereksinimlerine daha da uygun olacaktır. Bu nedenledir ki, kanun maddelerine oranla daha kolay değiştirilebilme üstünlüğüne sahip olan bu tür davranış kuralları ile alternatif bir yönetim ve denetim sistemi geliştirilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla, dikkatler artık, anonim şirketler "en iyi nasıl yönetilir"e odaklanmıştır. Böylece anonim şirketin yönetiminde yeni bir hedef ortaya çıkmaktadır: Anonim şirketin, pay sahiplerinin menfaati veya pay senetlerinin değeri ölçütleri ile yetinmeksizin ve başta alacaklılar olmak üzere anonim şirketlerle ilgili tüm çevrelerin menfaatleri bağdaştırılarak, özenli, hukuka uygun ve en verimli şekilde nasıl yönetileceği irdelenmektedir.

İşte yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), yönetim ve denetim temelinde şekillenen tüm bu sorunlara uyarlanabilecek bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı (bjr), karar alma sürecinin öncesi ve sonrasını etkileyebilecek bir hukuka uygunluk standardı öngörmektedir. Şöyle ki, bir yandan, karar alma sürecinin en başından itibaren yönetim sistemine uygulanabilecek bir "davranış kuralı" koymakta, diğer yandan da sürecin sonunda ve yargı yoluyla yapılacak denetim sürecinde karine olarak esas alınabilecek bir "özen ölçütü" getirmektedir.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) bakımından, yargı yoluyla yapılacak denetim sisteminde, sorumluluk ve iptal davaları özellikle önem arz etmektedir. Zira, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), esasen, menfaat çatışmaları sonucu açılan tazminat davaları için geliştirilmiş olan ve özenli davranışa dayanan bir sorumsuzluk karinesidir. Ancak, özellikle business judgment doctrin'in etkisiyle, yönetim kurulu kararları aleyhine açılacak iptal davalarına da uygulanarak, ek bir denetim yoluna daha gidilebilecektir. Zira, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), gerçek anlamda yükümlülük ihlaliyle, hatalı veya eksik kararları açıkça birbirinden ayırmakta ve bu kararlara karşı iptal davası açabilme fırsatı vermektedir. Böylece, sorumluluk sebebi olabilecek kararlar için daha zarar doğmadan, hukuka uygun hale getirme imkânı sağlanmış olacaktır. Bu ise, tüm menfaat sahipleri yanında, uzun süreli ve külfetli sorumluluk davalarına engel olmakla, mahkemelerin de yararına sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca, şirket yönetimine yabancı olan pay sahipleri, alacaklılar ve icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından da,

sadece karinenin çürütülmesiyle yetinilecek bir ispat külfeti getirilerek usul hukukuna bir katkı sağlanmış olunmaktadır.

Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin kararları aleyhine iptal davası kapısının aralanacaktır. Bu davanın yönetim kurulunu karar veremez, insiyatif üstlenemez ve dolayısıyla çalışamaz hale getireceği yolunda ileri sürülen itirazların gerekçesi de kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır. Çünkü, iptal davası kabul edilirken, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) sayesinde; alınan her bir kararı koruyacak ve yönetim kurulu üyelerini gereksiz konular sebebiyle yargılanmaktan kurtaracak bir karinenin de varlığı kabul edilmiş olunmaktadır. Gerçekten, yönetim kurulunun kararları aleyhine açılan iptal davasında, önce dava konusu karar yöneticinin hukuka uygunluk kuralına (bjr) göre bir süzgeçten geçecek ve ancak bu testi geçemeyen kararlar için diğer şartları da varsa iptal yoluna gidilebilecektir. Böylece, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile iptal davası aleyhine ileri sürülen tereddütler giderilirken, bir taraftan da, iptal davasının etkinliği artırılmış olacaktır.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) ile sorumluluğa esas alınacak bir kriter geliştirildiğinden, sorumluluk hukuku bakımından da bir takım faydalar elde edilmiş olacaktır. Bunların başında, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün somutlaştırılması gelmektedir. Şöyle ki, özen borcunun gereği gibi yerine gerilip getirilmediği hususu incelenirken, yönetim kurulu kararının isabeti bakımından yapılacak inceleme, yerindelik denetimi niteliğindedir. Özen borcunun başlı başına bir yüküm olduğundan hareketle, özenli davranışın gösterilip gösterilmediği bakımından yapılacak inceleme ise hukukilik denetimi kapsamına girmektedir. Yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) temel

mantığında, gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünü netleştiren bir karine niteliği bulunmaktadır. Ayrıca, başlı başına uyulması gereken bir davranış kuralı öngörüldüğünden, yapılacak incelemenin hukukilik denetimi ile sınırlı olması gerekmektedir. Aynı zamanda yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), hâkime yol göstermekle, onun yönetim kurulu kararlarına gereksiz müdahale etmesine engel olmaktadır. Zira, bu denetimin mantığında hâkimin şirket yöneticisi olmadığı, şirket yöneticisinin de hatadan arınmış varlıklar olmadığı düşüncesi yer aldığından, her ikisinin kararları bakımından hem bir esneklik, hem de bir hukukilik ölçütü getirilmektedir.

Yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr), iyi yönetim ile adil bir sorumluluk ve etkin bir denetim sisteminin sağlanmasındaki rolü bakımından kurumsal yönetim ilkeleriyle de uyum göstermektedir. Zira, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) "nelerin" yapılması gerektiği anlamında değil ama "nasıl" yapılması gerektiği anlamında, yönetim kurulu üyeleri için somut bir davranış normu niteliği taşımaktadır. Böylece, önceden yapılan denetim anlamında, zararın ve dolayısıyla sorumluluğun doğmasına engel olması veya zarar doğmuş bile olsa, sorumluluktan kurtulmaya karine olması bakımından önem kazanmaktadır.

Bütün bunlar göstermektedir ki, doktrinde de ifade edilen; "hâkim, sorumluluk davaları nedeniyle önüne gelen anonim şirket yönetim kurulu kararlarında, takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda, kural olarak yerindelik incelemesi yapamaz" ilkesi ile yöneticinin hukuka uygunluk kuralı (bjr) arasında tam bir benzerlik bulunmaktadır. Bu nedenle, yöneticinin hukuka uygunluk kuralının (bjr) Kanunda veya en azından kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

SUMMARY

The reform movements of the last century in the Joint-Stock Companies area that was started in US and spread over to Europe have inevitable impacted on our country as well. This impact started with Capital Market Legislation and continued with Banking Legislation. This process continues within the Turkish Trade Draft Law. The changes

In this regard, there have been some attempts to create formulas to prevent bad management. It seems the process of trying to come up with formulas to provide Joint-Stock Companies with effective solutions which would not jeopardize the company's free movement in trade market and provide a limited internal and external audit system supported by a realistic liability mechanism will continue for a while.

Replacing the old traditional civil and criminal penalties with transparent and pre-determined guiding principles to achieve good management and fair auditing system would be in more alliance with the requirements of the modern global trade life. This is the reason why management and supervision approach has been favored over the traditional statutory regulations. It is more difficult to amend/repeal statutory provisions than to amend these administrative and supervisory regulations. Therefore, now the question is - what is the most effective way in managing Joint – Stock Companies? Thus, there is a new goal. Not only the company's, shareholders' interests but now, we have to consider the interests of the creditors of the company and see how company can be managed in due care, in accordance with law, and effectively.

Thus, it seems the business judgment rule (bjr) is a feasible solution to the problems laying in the essence of management and supervision. Because, the bjr offers standards that would affect the pre-decision and the post – decision stages of the managers decisions. While recommending an “ethical standard” for pre-decision stage, bjr also establishes a standard for the post-decision stage where precedence settled for legal solutions in deciding the standard of care.

In the context of the judicial control over the bjr, responsibility and revocation cases are very important. Because bjr is a mechanism that was developed to protect the decisions taken in due care against the lawsuits brought in conflict of interest situations to obtain monetary relief. It also should be noted that, especially with the effect of the bjr, by applying it to the board of directors’ decisions there will be an additional control mechanism in place because BJR differentiates between the infringement liability and the decisions made in error and enables plaintiff to request cancellation when it is needed. This will enable to make those decisions in accordance with law before it causes any damages. This will also reduce the load of the courts and backlog and eliminate long standing, never ending trials. In addition to the above mentioned benefits, bjr will help the civil law develop by imposing a burden of proof on the plaintiff.

In this case there will be an opportunity to bring lawsuits against the decisions of the board of directors. The argument that the lawsuit will make the board of directors non-functional will also disappear by itself. Allowing the cancellation suits will prevent unnecessary law suits against the members of the

board of the directors. Lawsuits brought against the decisions of the board of directors will scrutinize the decisions under the light of the BJR and only if, the decisions do not pass this test and there are some other required conditions then cancellation request could be granted. This way, the hesitations regarding the effectiveness of the BJR and cancellation cases will be eliminated.

Another aspect of the BJR is developing liability standards for the liability law. As a consequence the due care standard required for the liability of the board of directors becomes clearer. In deciding whether the due care standard was met through monitoring the appropriateness of the decisions of the board of directors puts better control in place. The basic principle of the BJR is to clarify the standard of due care required in making decisions. BJR sets a legal standard and the decisions made under this rule are subject to legal review only. It also helps judges and prevents them from interfering with the board of directors decisions. The basic idea of the BJR is to emphasize that the judge is not a member of the board of directors and the directors are human, they make errors too. BJR brings flexibility and sets a legal standard for both sides – the board of directors and the justice system.

BJR is also in alliance with corporate governance principles in providing good management, just responsibility, and effective control system. BJR refers to the question of “how it needs to be done?” question rather than referring to the “what needs to be done?” and sets standards for the board of directors in this regard. Thus, BJR prevents damages and liabilities. Even if there are damages, BJR will help the board of directors to be free from frivolous claims.

This clearly demonstrates a similarity between the opinion adopted by the doctrine - “Judge will not decide on the appropriateness of the decisions of the board of directors in liability cases – and the BJR. Therefore, it is believed that the BJR must directly be regulated statutorily or at least within the corporate governance principles.