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

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa AKSOYAK

Ankara – 2016

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

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa AKSOYAK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Ankara – 2016

TEZ ONAY SAYFASI

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

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Asuman TURANBOY	……..
Prof. Dr. İsmail KIRCA	……..
Prof. Dr. Mertol CAN	……..

Tez Sınavı Tarihi: 13.07.2016

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(……./……../…….)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

……

İmzası

……

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR ..... **III**

KAYNAKÇA ..... **VI**

GİRİŞ **1**

I. KONUNUN TAKDİMİ 1

II. KONUNUN AMACI VE SINIRLANDIRILMASI 2

III. İNCELEME PLANI 4

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN TANIMI, ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ VE HUKUKA AYKIRILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

§1. TANIM VE TERMİNOLOJİ **6**

I. GENEL OLARAK ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ 6

II. SORUMLU KİŞİLERİN BELİRLENMESİNDE ORGAN KAVRAMI 10

III. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KAVRAMININ TANIMI 14

IV. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI 22

A. Gizli Yönetim Kurulu Üyesi İle 22

B. İnançlı Yönetim Kurulu Üyesi İle 23

§2. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ **26**

I. BİZZAT FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN MENFAATİNİ KORUMA AMACI 26

II. İNANÇLI YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNDE MENFAAT SAHİBİNİN DURUMU 27

III. TEK ELDEN YÖNETİM 28

§3. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KONUMUNUN HUKUKA AYKIRI OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER **30**

I. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İHLAL ETTİĞİ DÜZENLEMELER 30

II. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İHLAL ETTİĞİ DÜZENLEMELER 35

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN OLUŞMASININ ŞARTLARI

§4. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN OLUŞMASININ ŞARTLARI 38

I. GENEL OLARAK 38

II. İSVİÇRE HUKUKU' NDA 40

III. TÜRK HUKUKU' NDA 45

IV. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN TESPİTİNDE KULLANILABİLECEK ÖLÇÜTLER 48

A. Organa Özgü İşlev Yerine Getirme 49

B. Şirket İşleri İle Uğraşma 55

C. Organa Özgü Görevlerin Fiili Olarak Ele Geçirilmesi(Usurpation) 58

D. Şirketin İradesinin Oluşmasına Etki 62

E. Nüfuzun Önemli Derecede Olması 63

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE İLİŞKİN UYGULAMADAN ÖRNEKLER

§5. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE İLİŞKİN UYGULAMADAN ÖRNEKLER 66

I. YÖNETİMİN DEVRİNİN GEÇERSİZ OLDUĞU HALLER 66

II. ANA(HÂKİM) PAY SAHİBİ 69

III. KREDİ KURULUŞLARI VE ÖZELLİKLE BANKALAR 71

A. Kredi Veren Konumundaki Bankanın Fiili Organ Konumu 71

1. Sözleşme Yükümlülükleri Getirmek Suretiyle Nüfuz Uygulama 75

2. Onay Şartının Getirilmesi 76

3. Yönetime Temsilci Gönderilmesi 77

B. Bankacılık Kanununda Fiili Organa İlişkin Düzenlemeler 78

IV. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİM ŞİRKET VEYA TEŞEBBÜS 81

A. İsviçre Hukuku' nda 81

B. Türk Hukuku' nda 85

V. YÖNETİM KURULUNA TEMSİLCİ GÖNDEREN DEVLET VEYA DİĞER KAMU TÜZEL KİŞİLERİ 89

VI. DANIŞMANLAR 93

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§6. SORUMLULUK 95

I. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU 95

II. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ VE KAPSAMI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR 101

A. Sorumluluk Şartları Bakımından 101

1. Zarar 102

2. Kanuna veya Esas Sözleşmeye Aykırılık 103

3. Uygun İlliyet Bağı 104

4. Kusur 105

B. Nüfuz Uygulamasına Maruz Kalan Yönetim Kurulu Üyesinin veya Yöneticinin Durumu 106

C. Müteselsil Sorumluluk 109

D. Fiili Yönetim Kurulunun Sorumluluğunun Kapsamı 110

§7. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNE TABİ OLMA 112

SONUÇ 113

ÖZET 120

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AktG	: Aktiengesetz
Art.	: Artikel
AT	: Avrupa Topluluğu
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Aufl.	: Auflage
B.	: Bas(k)ı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BankK	: Bankacılık Kanunu
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
F./ f.	: Fıkra
GesKR	: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GesRZ	: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
m.	: madde
Mülga TTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

N.	: Numara
Nr.	: Nummer
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SAG	: Schweizerische Aktiengesellschat
SPK	: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SZW	: Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

Achsnich, Daniel: Die Haftung faktischer Organe in der Aktiengesellschaft, 1. Auflage, Schriften zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamburg 2010.

Akdağ, Necla Güney: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Yönetim Kurulu).

Akdağ, Necla Güney: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Hukuki Sorumluluk).

Akın, İrfan: Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Karaman, D. Ateş: Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Albers-Schönberg, Max: Haftungsverhältnisse im Konzern, Schulthess Verlag, Zurich 1980.

Alıcı, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

Altay, Anlam Sıtkı: Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960 (Anonim Şirketler C. I).

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960 (Anonim Şirketler C. II).

Ayan, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

Battal, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, 5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Bärtschi, Herald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schulthess Verlag, Zurich 2001.

Bertheau, Fortunat: Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer, Schulthess Verlag, Zurich 1998.

Bertschinger, Urs: Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, s. 455-477.

Bettina, Stutz/ Hans Caspar, von der Crone: Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, SZW 2002, s. 260-266.

Bilgili, Fatih: Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2013.

Böckli, Peter: Schweizerischer Aktienrecht, Schulthess Verlag, Zürich 1996(Aktienrecht 1996).

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich/ Basel/ Genf 2004 (Aktienrecht 2004).

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich 2009(Aktienrecht 2009).

Böckli, Peter/ Bühler, Christoph B.; Philippin, Edgar/ Gillieron, Philippe/ Michel, Jean-Tristan/ Vulliemin,Pierre-François(Hrsg.), Melanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, s. 17-41 vd.

Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Dinkhoff, Marc: Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Nomos Verlag, Baden- Baden 2003.

Doğan, Beşir Fatih: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Doğrusöz, Hanife: Banka Yöneticilerinin ve Hâkim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Druey, Jean-Nicolas: Organ und Organisation: Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG Schweizerische Aktiengesellschaft 53, s. 77-87.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan: Kişiler Hukuku, C. II, 10.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010.

Eminoğlu, Cafer: Türk Ticaret Kanunu' nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

Eren, Fikret: 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Forstmoser, Peter: Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Stämpfli Verlag, Bern 1982, s. 125-150 (Organbegriff).

Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich 1987 (Verantwortlichkeit).

Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli, Bern, 1996.

Gross, Kurt J.: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Schulthess Verlag, Zürich 1990.

Gehriger, Pierre-Olivier: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Schulthess Verlag, Zürich 1978.

Gürel, Murat: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Hartmann, Rudolf: Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft, Bern 1945.

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Heidel, Thomas(Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden- Baden 2014.

Homburger, Eric: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V/5b: Der Verwaltungsrat, Schulthess Verlag, Zurich 1997.

Hünerwadel, Andreas: Die gesellschaftlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf einer privaten Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zurich 1995.

Isler, Peter R.: Die Kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schulders?, Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zurich 2004, s. 287-300.

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul 1989.

Karahan, Sami(edit): Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013.

Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Karayalçın, Yaşar: Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider 1991, C. XVI, S. 1, s. 3-47 vd.

Kayıhan, Şaban: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu' na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Kırca, İsmail: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, Batider, 2004, C. XXII, S. 3, s. 85-96 (Takdir Yetkisi).

Kırca, İsmail: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararların Hükümsüzlüğü, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 495-506 (Kararların Hükümsüzlüğü).

Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

Knobloch, Stefan: Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Dike Verlag, Zürich/ St. Gallen 2006.

Koeferli, Jürg: Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Übershuldung und Verantwortlich, Schulthess Verlag, Zurich 1994.

Korkut, Ömer: Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007 (İnançlı YK).

Korkut, Ömer: Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.I, Ankara 2010, s. 1367-1386 (Fiili YK).

Köksal, Aytaç: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nın 397 ila 406. maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1410.

Krneta, Georg: Praxiskommentar Verwaltunsrat, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2005.

Kunz, Peter V.: Konzernhaftungen in der Schweiz, GesRZ 41, s. 282-293 (Konzernhaftungen).

Kunz, Peter V.: Materielle Organschaft ("faktische VR"): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, Enwicklungen im Gesellschaftsrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Verlag Stämpfli, Bern 2014, s. 173-195 (Faktische VR).

Kunz, Peter V.: Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Verlag Stämpfli, Bern 1993(Rechtsnatur).

Kunz, Peter V.: Rundflug über's schweizeriche Gesellschaftsrecht, Verlag Stämpfli, Bern 2012 (Rundflug).

Länzlinger, Andreas: Die Haftung des Kreditgebers, Schulthess Verlag, Zurich 1992.

Maurenbrecher, Benedikt: Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP7/1998, s. 1327-1347.

Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2012.

Memiş, Tekin/ Bozbel, Savaş: Karşılaştırmalı – Gerekçeli İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2013.

Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

Nadwornik, Dennis: De facto und shadow directors im englisch-deutschen Rechtsvergleich: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis und zum faktischen Organ, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt 2013.

Nomer, Füsun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

Okutan Nilsson, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

Özkorkut, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1995.

Özsunay, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 3. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1974.

Öztan, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku).

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Ortaklıklar Hukuku).

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülgören: Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İHFM, C.XLV-XLVII, S. 1-4, Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk' e Armağan, İstanbul 1982, s. 347-398.

Portmann, Peter: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Verlag Stämpfli, Bern 1958.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Genel Esaslar).

Pulaşlı, Hasan: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulundan Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, Prof. Dr. Fahiman Tekil' in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 165-177 (Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili).

Pulaşlı, Hasan: Tek Ortaklı Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve İsviçre Federal Mahkemesi' nin Buna İlişkin Üç Kararı, Batider 2009, C. XXV S. 4, s. 97-132 (Üç Karar).

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014 (Şerh C. I).

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014 (Şerh C. II).

Reiff, Felix: Beiträge als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften, Schulthess Verlag, Zurich 1988.

Reisoğlu, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2007.

Sauber, Thomas: Zur aktienrechtliche verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratmitglieder, Zurich 1987.

Soykan, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Stein, Ursula: Das faktische Organ, Heymann Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1984.

Steinbrüchel, Rico: Organ und Hilfsperson: Eine Studie zur Haftung der sog. Juristischen Person nach ZGB. Art. 55 Abs. II, Zurich 1947.

Şener, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Tandoğan, Haluk: Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider 1961, C. I, S. 1, s. 3-35.

Tekinalp, Ünal: Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965 (Tüzel Kişilerin Temsili).

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015 (Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi' ye Armağan, İstanbul 2009, s. 1543-1556 (Kontrol İlkesi).

Tekinalp, Ünal: Ünal Tekinap' in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (Banka Hukuku).

Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Ortaklıklar Hukuku).

Teoman, Ömer: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borçlarına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu, İktisat Maliye 1974, C. XXI S. 2, s. 60-65.

Turanboy, Asuman: Bankacılık Kanunu' nda Düzenlenen Hâkim Ortak Kavramı, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.II, Ankara 2010, s. 2115-2122.

Vetter, Meinrad: Der verantwortlichkeits- rechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Dike Verlag, Zurich 2007 (Organbegriff).

Vetter, Meinrad/ Gutzwiller, Roman S.: Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, s. 224-229.

Vogel, Alexander: Die Haftung der Muttergesellschaft als materialles, faktisches und kundgebenes Organ der Tochtergesellschaft, Paul Haupt Verlag, St. Gallen 1997.

Von Büren, Roland/ A. Stoffel, Walter/ H. Weber, Rolf: Grundriss des Aktienrechts, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2011.

Von Planta, Alfred: Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, s. 597-608.

Yanlı, Veliye: İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998, s. 655-683.

Yıldız, Burçak: AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (Ultra Vires İlkesi), Batider 2006, C. XXIII, S. 3, s. 183-206.

Yıldız, Burçak: Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Batider 2011, C. XXVII, S. 3, s. 111-134.

Yılmaz, Asuman: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Yılmaz, Songül: Ticari Bankalarda Kredi Portföyü ve Kredi Riski Yönetimi – Bankacılık Sektöründe Bir Uygulama, İstanbul 2010.

Wernli, Martin: : Honsell, Heinrich/Peter Vogt, Nedim/Watter, Rolf(Hrsg), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/ Genf/München 2002.

Widmer, Peter/ Banz, Oliver: Honsell, Heinrich/Peter Vogt, Nedim/Watter, Rolf(Hrsg),Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/ Genf/München 2002.

Wolf, Markus: Stillhalteabkommen kreditgebender Banken - Ein Beitrag zum Unternehmenssanierungsrecht, Dike Verlag, Zürich 2012.

Wyttenbach, Michael: Formelle, Materielle und Faktische Organe-Einheitlicher Organbegriff ? , Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.

Zürcher, Wolfgang: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Verlag Stämpfli, Bern 1993.

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun işlevi, şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi adına yapılması gereken bütün iş ve işlemler olarak belirlenmiştir. Yönetim kurulunun, yönetim işlevini yerine getirmesi sebebiyle anonim şirket bakımından büyük önem arz etmesi ve şirketle ilişki kuran üçüncü kişilere karşı kural olarak şirketi temsil eden konumunda yer alması yönetim kurulunun ve yetki devri halinde yetki devri yapılan kişilerin herkesçe bilinmesini gerektirmektedir. Zira hem şekli organların hem de maddi organlarının belirli olması ve üçüncü kişiler tarafından bilinmesi, hukuki işlem güvenliğinin sağlanması ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun sorumluluğu düzenleyen 553. maddesi bakımından önem arz etmektedir.

Kanun tarafından ya da anonim şirket esas sözleşmesinde belirlenen şekli organların veya şirket içi düzenlemeler ve kararlar ile şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerin fiilen yönetim görevlerini icra ediyor veya yetkilerini kullanıyor olması gerekir. Ancak bazı durumlarda bunun yerine kanunda ya da esas sözleşmede organ olarak gözükmeyen ve organ olarak nitelendirilmemiş veya şirket içinde herhangi bir görev verilmemiş kişilerin, yönetim kurulunun yetkilerini organmış gibi kullanması söz konusu olabilir. Fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilen bu kişilerin belirlenmesinde hangi ölçütlerin kullanılması gerektiği ve icra ettikleri işlev sebebiyle anonim şirket sorumluluk hukuku bakımından sorumlu tutulup tutulamayacakları özellikle İsviçre Hukukunda uzun yıllar tartışılmış ve İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına konu olmuştur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun gerekçesinde de görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat

veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticilerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirildiği belirtilmiş, ancak düzenlemede "yöneticiler" denilmek suretiyle kavramın yorumu öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır.

II. KONUNUN AMACI VE SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın konusunu oluşturan anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyesi, şeklen herhangi bir atama, seçilme ya da görevlendirme söz konusu değilken, nüfuz uygulama imkânı sayesinde esasen yönetim kuruluna özgü olan kararları alan ya da bizzat şirket yönetimi ile uğraşan ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna önemli derecede etki eden kişilerdir. Fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı, anonim şirketler hukukundaki sorumluluk hükümleri bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan önem arz eden "anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliği" hakkında tez hazırlamamızın öncelikle sebebi, bu konuda ayrıntılı bir çalışma yapılmamış olmasıdır. Türk hukuku için İsviçre hukukuna nazaran daha az tartışılmış olan fiili yönetim kurulu üyeliği, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte tartışılmaya başlanmıştır. Ayrıca kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinin gerekçesinde "yöneticiler" kavramının kapsamına fiili yönetim kurulu üyelerinin dâhil edilip edilemeyeceği hususunun öğreti ve uygulamaya bırakıldığını belirtmesi bizde çalışma yapma isteği uyandırmıştır. Çalışmamızda daha çok Türk ve İsviçre hukuku esas alınmış, Alman hukukuna ise gerektiği yerlerde değinilmiştir. Bunun sebebi fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı İsviçre' de uzun yıllar tartışılmış ve belirli bir birikime ulaşılmış olmasına rağmen, Alman hukukunda yasal düzenleme gereği bu denli tartışılmamış olmasıdır.

Fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının ortaya çıkış sebebi organ kavramı ile yakından ilgilidir. Bu sebeple öncelikle organ kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Fiili yönetim kurulu üyesi kavramına ilişkin olarak Türk ve İsviçre öğretisindeki tanımlara yer verildikten sonra, İsviçre Federal Mahkemesinin de çalışmamızın konusuna ilişkin kararlarına değinilmiştir. Kavramın tanımı ile birlikte fiili yönetim kurulu üyeliğinin ortaya çıkış sebepleri ve benzer kurumlar arasındaki farkları ortaya konmak suretiyle kavram anlaşılır kılınmak istenmiştir. Ayrıca özellikle İsviçre hukukunda ortaya atılan ve tartışma konusu olan, fiili yönetim kurulu üyeliğinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin görüşlere de yer verilmeye çalışılmıştır.

Kanun koyucunun, fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin ayrıntılı düzenleme yapma yoluna gitmemesi sebebiyle bu kişilerin belirlenmesinde kullanılabilecek ölçütlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Kimlerin, hangi durumda ve hangi şartlarla fiili yönetim kurulu üyesi kapsamında değerlendirileceği hususu kavramın sınırlarının çizilmesi bakımından da büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı, madde gerekçesinde dile getirildiği gibi amacını aşan ve sınırları belirli olmayan bir kavram haline gelebilir. Bu nedenle çalışmamızda fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilecek kişilerin tespitinde kullanılabilecek ölçütler belirlenmeye çalışılmıştır.

Anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliğinin uygulamada ortaya çıkan bir kurum olması sebebiyle karşılaşılabilecek hallere örnek verilmek istenmiştir. Bu örneklerin kurumun ortaya konmasında yardımcı olacağı düşünülmüştür. Fiili yönetim kurulu üyeliğinin şartlarının sağlandığı her durumda bu konumdan

bahsedilebilir. Bununla birlikte çalışmamızda fiili yönetim kurulu üyeliğinin uygulamada en çok görülebileceği durumlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Fiili yönetim kurulu üyeliğinin konumunun belirlenmesi sonuçları bakımından da önem arz etmektedir. Fiili yönetim kurulu üyesi, anonim şirket hukuku sorumluluk hükümleri bakımından yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu olur. Bu bakımdan çalışmamızda sorumluluğa ilişkin sonuçlardan bahsetmekle birlikte, bu konunun yönetim kurulunun sorumluluğu ile birlikte değerlendirilecek ayrı bir konu olması ve ayrı bir çalışmaya konu olacak kadar geniş bir kapsamı olması sebebiyle sadece yönetim kurulu üyelerine göre özellik arz eden durumlara değinilmekle yetinilmiştir.

III. İNCELEME PLANI

Çalışmamızın ilk bölümünde, anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının tanımı, ortaya çıkış sebepleri incelenmiş ve bu kurumun hukuka aykırı olduğuna ilişkin görüşlere yer verilmiştir.

İkinci bölümde, fiili yönetim kurulu üyeliğinin tespitinde kullanılabilecek ölçütlere ilişkin İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme kararlarında yer alan görüşler dile getirilmiş ve bu ölçütler incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, fiili yönetim kurulu üyeliğinin uygulamada en çok karşılaşılacak örneklerine yer verilmeye çalışılmış ve bu durumlar açıklanmıştır.

Tezimizin dördüncü bölümünde ise, fiili yönetim kurulu üyeliğinin oluşmasının sonuçlarına değinilmiş ve özellikle sorumluluk hükümleri bakımından incelenmiştir. Burada daha çok şekli yönetim kurulu üyelerine nazaran özellik arz eden durumlara yer verilmiştir.

Çalışmamız, vardığımız sonuçları dile getirdiğimiz sonuç bölümü ile tamamlamaktadır.

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN TANIMI, ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ VE HUKUKA AYKIRILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

§1. TANIM VE TERMİNOLOJİ

I. GENEL OLARAK ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

Anonim şirket 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[1]' nun 329. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır[2]: "Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığı sorumlu bulunan şirkettir". Anonim şirket önceden belirlenmiş ve paylara bölünmüş sermayesi bulunan, ortaklarının sadece şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlı sorumlu olduğu şirkettir[3].

Anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulur. Yani anonim şirket "ortakları lehine ekonomik bir yarar sağlamayı" amaç edinmektedir[4]. Anonim şirketin hayır amaçlı kurulması mümkün değildir[5].

Anonim şirketlerin modern ekonomideki önemi oldukça fazladır. Anonim şirketler öncelikle tek başına üretime elverişli olmayan ve atıl kalabilecek küçük tasarrufları toplayarak büyük sermayelerin oluşmasına imkân vermektedir. Böylece

---

[1] RG 14.02.2011, S. 27846.

[2] Anonim şirket tanımının unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N. 428 vd.; **Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 42 vd.

[3] **Bahtiyar, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 104 vd.

[4] **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat):** s. 57; **Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter:** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2012, §4 Nr. 6.

[5] **Coşkun, Özlem Karaman/ Karahan, Sami:** Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013, s. 350.

bu küçük tasarruflar üretim alanlarına aktarılmış olur. Bunun yanında anonim şirketler, yapısı gereği büyük girişimlerin bir müessese haline gelerek örgütlenmesi bakımından oldukça elverişli imkânlar sunar[6].

Anonim şirketler de diğer ticaret şirketleri gibi anonim şirketin ticaret siciline tescili ile tüzel kişilik kazanmakta ve hak ehliyetine sahip olmaktadır. Kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu' nun 125. maddesinde, Türk Medeni Kanun[7]' un 48. maddesine atıf yapmak suretiyle tüzel kişilik kazanan ticaret şirketlerinin bütün hakların iktisabına ve borçların yüklenilmesine ehil olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak Türk Medeni Kanunu' nun 48. maddesinde tüzel kişilerin hak ehliyetine bir istisna getirilmiştir. Buna göre, sadece gerçek kişilere özgü özellikler olan cins, yaş, hısımlık gibi hususlarda tüzel kişilerin dolayısıyla anonim şirketlerin hak ehliyetine sahip olması mümkün değildir[8]. Bu istisnalar dışında gerçek kişiler ile tüzel kişi olan anonim şirketleri haklardan yararlanmada eşittirler[9].

Tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m. 49). Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıklar. Tüzel kişiler hakları iktisap etme ve borçları yüklenebilmek için idare ve

[6] **İmregün, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s. 1 vd.
[7] RG 08.12.2001, S. 24607.
[8] Anonim şirketlerinin hak ehliyetlerinin bir diğer sınırı olan ultra vires ilkesi 6100 sayılı TTK ile kaldırılmıştır. Buna göre şirketi temsile yetkili olan kişilerin üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar. Bu değişiklikle birlikte özellikle AB düzenlemelerine uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yıldız, Burçak:** AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (Ultra Vires İlkesi), Batider 2006, C. XXIII, S. 3, s. 183-206, s.185 vd.; **Yıldız, Burçak:** Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Batider 2011, C. XXVII, S. 3, s. 111-134, s. 111 vd.; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat):** s. 72 vd.
[9] **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan:** Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2013, s. 53.

temsil işlerini yerine getiren organlara ihtiyaç duymaktadır. Organlar hukuki tasarruf ve fiilleri gerçekleştirir ve bu iş ve işlemler tüzel kişiyi bağlar[10].

Ekonomik amaç için kurulan anonim şirketler hukuki yapı bakımından kanun tarafından en ayrıntılı şekilde düzenlenen ve örgüt sistemi en çok geliştirilen ortaklık olma özelliğini taşımaktadır[11]. Anonim şirketler bakımından şirketin tüm işlerini yürüten kanunen zorunlu iki organı vardır. Bunlar, karar organı olan genel kurul ile yönetim ve temsil organı olan yönetim kuruludur[12].

Anonim şirketlerde de diğer tüzel kişiler gibi ortaklığın işlerini yürütecek, şirketi yönetecek ve üçüncü kişilere karşı temsil edecek daimi bir organa ihtiyaç duymaktadır[13]. Bu organ kanun tarafından yönetim kurulu olarak belirlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu' nun 365. maddesinde anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve temsil olunacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında yönetim kuruluna has görevler gerek 375. maddede[14] gerekse kanunun çeşitli maddelerinde belirlenmiştir. Böylece kanun koyucu yönetim kurulu veya üyelerinin mutlaka yerine getirmesi gereken görevleri belirlemiş ve yönetim kurulunun asgari sorumluluk düzeyini belirlemek suretiyle genel kurulun yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan

[10] **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, § 19 N. 1 vd; **Özsunay, Ergun:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 3. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1974, 29 vd.

[11] **Pulaşlı:** Genel Esaslar, § 19 N. 1 vd.

[12] 6102 sayılı TTK ile bağımsız denetçi sistemi getirilmiş ve denetçiler anonim şirketin organı olmaktan çıkarılmıştır. Denetçi, şirketin kurumsal yapısı dışında bırakılmış ve yönetime ilişkin görevlerine 6102 sayılı kanunda yer verilmemiştir. Denetçinin organ vasfına ilişkin açıklamalar için bkz.: **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 391; **Köksal, Aytaç:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nın 397 ila 406. maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1410, s. 1387 vd.

[13] **Güney, Necla Akdağ:** Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 11.

[14] Mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu' nun 716. maddesinde "vazgeçilemez yetki" yerine "devralınamaz yetki" kavramı kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Doğan, Beşir Fatih:** Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 170.

kurtaracak kararlar almasını engellemiş olmaktadır[15]. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerine ilişkin hükümler şirketin temel niteliklerine ve yapısına ilişkin emredici hükümlerdir[16]. Bu hükümlere aykırı olarak alınan kararlar kesin olarak batıldır[17].

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun görev ve yetkileri kanundan ya da şirket esas sözleşmesinden doğar[18]. Nitekim kanun da bunu 374. maddede, "yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış olanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir" şeklinde dile getirmiştir.

Kurul organ niteliği taşıyan yönetim kurulu, anonim şirketin icra organı olması sebebiyle ayrı bir öneme sahiptir. Zira tek sorumluluğu taahhüt etmiş olduğu sermaye payını ödemekten ibaret olan pay sahiplerinin aksine yönetim kurulu üyeleri kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olurlar. Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde yer alan bu sorumluluk hükmü yönetim kurulunun icra organı olma vasfını ve önemini göstermektedir[19].

---

[15] **Doğan:** s. 171.
[16] Emredici hükümler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karasu, Rauf:** Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 45 vd.
[17] **Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 158 – 159.
[18] **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp):** Ortaklıklar Hukuku, N. 522 vd.; **Tekinalp, Ünal**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 128.
[19] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 388.

Yönetim kurulunun kanundan doğan yükümlülükleri özen ve bağlılık yükümlülüğü (TTK m. 369), görevlerini aslen yerine getirme yükümlülüğü (TTK m. 390/2) ve pay sahiplerini eşit işleme tabi tutma yükümlülüğüdür (TTK m. 357). Bunun yanında yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu yasaklar da mevcuttur. Bunlar, şirketle işlem yapma yasağı (TTK m. 395/1; SPK m. 17/3), şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395/2; SPK m. 17/3) ve şirketle rekabet etme yasağıdır (TTK m. 396). Yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya yasaklara uymaması halinde 553. madde kapsamında sorumlulukları doğar.

II. SORUMLU KİŞİLERİN BELİRLENMESİNDE ORGAN KAVRAMI

Türk Ticaret Kanunu' nun hukuki sorumluluğu düzenleyen 553. maddesinde kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yönetici ve tasfiye memurlarının sorumluluk kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece kanun koyucu "müdür" kavramı yerine "yönetici" kavramını kullanarak mülga Ticaret Kanunu' nda öngörülen sorumluluk hükümlerine göre sorumluluğun kapsamını genişletmiş olmaktadır[20]. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun sorumluluğa ilişkin düzenlemesinde, sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için kanunda ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali şart olarak aranmış, yönetim kurulu olarak seçilen kişilerin yanında yöneticiler de sorumluluk çevresine dâhil edilmiştir. Yönetici kavramı her ne kadar "şirket adına karar alıp onu uygulayan ve imza yetkisine sahip olan genel müdür, genel müdür yardımcıları, müdürler, CEO ve genel koordinatör gibi sıfatları taşıyana kimseler" gibi geniş bir kapsamı ifade etse de[21], mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar

[20] **Kendigelen, Abuzer:** Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 458.
[21] **Bilgili/ Demirkapı:** s. 592-593.

Kanunu' nun 754. maddesine göre Türk Ticaret Kanunu' nda sorumluluğun kapsamı daha dar tutulmuştur[22]. Zira mehaz hükümde sorumluluk çevresi "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim veya tasfiye ile uğraşan kişiler (Die Mitglieder des Verwaltunsrates alle und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen)" olarak belirlenmiştir. Böylece "yönetim ile uğraşan kişiler" ibaresi ile sorumluluk çevresi olabildiğince geniş tutulmuş, şekli veya maddi organlar yanında yönetime katılan, talimat veren, şeklen yönetim kurulu üyesi olmamasına rağmen şirket yönetimi ile uğraşan ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna önemli derece etki eden kişiler yani fiili organlar da kapsama alınmıştır[23].

Türk kanun koyucusu mehaz hükümden ayrılarak farklı bir düzenleme getirmesinin sebebini gerekçede şu şekilde ifade etmiştir: "Kaynak ile 553. madde arasında dört fark vardır. Hükmümüzde, "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler" ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip "uğraşan" sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, "fiili organ"lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve

[22] **Kendigelen:** s. 458; **Tekinalp:** Ortaklıklar Hukuku, s. 270-271.
[23] **Böckli, Peter:** Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich 2009, §18 Nr. 109; **Widmer, Peter/ Banz, Oliver:** Honsell, Heinrich/Peter Vogt, Nedim/ Watter, Rolf(Hrsg), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/ Genf/München 2002, Art. 754 Nr. 5; **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014, §55 N. 33-36; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 388-389.

boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuza egemen olabileceği düşünülmüştür". Böylece Türk Hukukunda şekli ve maddi oranların yanında fiili organların sorumluluk davasında pasif dava ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışması ortaya çıkmıştır.

Şekli organlar, kanun ya da tüzel kişi olan anonim şirketin ana sözleşmesi ile belirlenen organlardır[24]. Bunlar, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi anlamında şekli organ olarak kabul edilen, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından seçilen ve aynı zamanda ticaret siciline tescili yapılan kişilerdir. Bununla beraber şekli organ kavramı öğretinin bir kısmı tarafından şirket yönetimi işlevini yerine getiren yönetici gibi diğer kişiler için de kullanılmaktadır[25]. Anonim şirketler bakımından şekli organlar yönetim kurulu üyeleridir ve bunların organ niteliği kanun tarafından bahşedilmiştir[26]. Bu kişilerin organ vasfı şirket yönetimiyle uğraşıp uğraşmadıklarından veya ticaret siciline tescil edilip edilmediklerinden bağımsızdır[27]. Bir kimse organa ait görev ve yetkileri haiz kılınıyorsa ticaret siciline tescil edilmese

[24] **Öztan, Bilge:** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970, s. 31 vd.; **Soykan, İsmail Cem:** Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 9 vd.; **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan:** Kişiler Hukuku, C. II, 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010, s. 239.

[25] **Vogel, Alexander:** Die Haftung der Muttergesellschaft als materialles, faktisches und kundgebenes Organ der Tochtergesellschaft, Paul Haupt Verlag, St. Gallen 1997, s. 263 ve dipnot 40' daki yazarlar.

[26] **Gehriger, Pierre-Olivier:** Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Schulthess Verlag, Zürich 1978, s. 10.

[27] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 4; **Gross, Kurt J.:** Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Schulthess Verlag, Zürich 1990, s. 148 vd.

dahi anonim şirketler hukuku bakımından sorumluluk hükümlerine tabi olur. Bu durum ticaret sicilinin kurucu değil, bildirici olmasının bir sonucudur[28].

Anonim şirketler hukuku anlamında, kanun tarafından öngörülen ya da statüde gösterilen organların yanında şirket yönetimi ile görevlendirilen bütün kişiler maddi organ olarak nitelendirilebilir[29]. Şirket yönetimi ile görevlendirilen kişiler kapsamına şirket içi delegasyon ya da karar mekanizması işletilmesi yoluyla yönetim kurulunun görev ve yetkileri bahşedilen CEO, müdür veya ticari mümessil gibi kişiler girer. Buna ilişkin olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 370. maddesinin ikinci fıkrasında, yönetim kurulunun, temsil yetkisini bir ya da daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredilebileceği düzenlenmiştir. Yönetim kurulu alacağı bir kararla yetkilerini bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devredebilir. Gerek yönetim yetkisini gerekse temsil yetkisini devralan üçüncü kişiler maddi organ sıfatını kazanmış olur[30]. Bunun sonucu olarak bu kişiler yönetim kurulu ile aynı özen ve bağlılık yükümü ile sorumluluk rejimine tabi olmuş olur. Her ne kadar öğretide kanuni terminolojiye ilişkin olarak tartışmalar ortaya çıkmış olsa da, uygulamada ortaya çıkan terimlerin maddi organ sıfatının var olup olmamasına bir etkisinin olmadığı açıktır[31]. Zira hukuki açıdan önem arz eden, bir anonim şirkette

[28] **Güney, Necla Akdağ:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 239; **Forstmoser, Peter:** Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich 1987, Nr. 699 vd.; **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 30.

[29] **Öztan:** s. 38; **Vogel:** s. 263.

[30] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 627 vd.

[31] Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesinde, "murahhas üye ve müdürden" bahsedilmemiş olması, ancak 370. maddede sadece temsil yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesinin "murahhas üye", üçüncü kişilerin ise "murahhas müdür" olarak anılması sadece yönetim yetkisinin devredildiği hallerde murahhas üyelik veya müdürlükten bahsedilemeyeceği görüşünün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu görüş için bkz.: **Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 135; **Tekinalp, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, §12-68.

ilgili kişinin hangi isimle anıldığı değil, Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde yönetim ve temsile ilişkin olarak hangi yetkilerle donatıldığıdır[32]. Sonuç olarak, maddi organların görev ve yetkileri şekli organlar gibi kanun tarafından değil, yetki devri yoluyla bahşedilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, maddi organların konum ve yetkileri her zaman geri alınabilir[33].

Maddi organ ile çalışmamızın konusu olan fiili organ kavramları bizim de katıldığımız görüşe göre yanlış şekilde birbirleri yerine kullanılmakta veya birbirleriyle karıştırılmaktadır[34]. Fiili organ kavramı, sadece herhangi bir yetki devri dahi olmaksızın organ görev ve yetkilerini elinde bulunduran ya da ele geçirmiş olan kişileri kapsar. Maddi organlar ise, fiili organların aksine kanunla ya da şirket içi düzenlemeler ile yetkilendirilmiş ancak zorla bu görev ve yetkileri kazanmamıştır[35].

III. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KAVRAMININ TANIMI

Kanun koyucu tarafından anonim şirketin kanuni organı olarak belirlenen yönetim kurulu, ilk esas sözleşme ya da genel kurul kararı ile atanır(TTK m. 339; m. 408). Yönetim kuruluna seçilen bu kişiler şirket adına işlem yapar, şirketi yönetir ve temsil ederler. Nitekim Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesinde yönetim yetkisinin devredilmediği takdirde yönetim kurulun tüm üyelerine ait olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde Türk Ticaret Kanunu' nun 370. maddesinde de temsil

[32] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 595 - 596; **Altay, Anlam Sıtkı:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 79 vd.
[33] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 5; **Vogel:** s. 263-264.
[34] **Sauber, Thomas:** Zur aktienrechtliche verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratmitglieder, Zurich 1987, s. 30 vd.; **Vogel:** s. 264.
[35] **Vogel:** s. 264; **Wyttenbach, Michael:** Formelle, Materielle und Faktische Organe- Einheitlicher Organbegriff ? , Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s. 28 vd.

yetkisinin kural olarak çift imza kuralı ile birlikte tüm yönetim kurulu üyelerince kullanılacağı düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, anonim şirketlerin büyüklüğü, iştigal alanları ve ülke ekonomisine etkisini de dikkate alarak yönetim kurulunu organize etme ihtiyacının hâsıl olabileceğinden hareketle yönetim kuruluna yönetimin organizasyonu hususunda geniş yetkiler vermiştir[36]. Anonim şirket yönetim kuruluna ortaklığın yapılandırılması hususunda bu denli geniş bir serbesti tanınırken, hukuki işlem güvenliği de göz ardı edilmeyerek yönetim ve temsil yetkisinin devri esas sözleşmede hüküm bulunması ve iç yönergede düzenleme yapılması şartına bağlanmış[37] ve böylece üçüncü kişilerin menfaatinin de korunması amaçlanmıştır(TTK m. 367). Zira şekli organların yanında şirket içi mekanizmalar kullanılarak ihdas edilen organların maddi gerçekliğe uymasının ve üçüncü kişilerce tespitinin hukuki işlem güvenliği bakımından özel bir önemi vardır. Esas sözleşme veya şirket içi karar mekanizması işletilerek organ konumu bahşedilen kişilerin fiilen görevlerini icra ediyor ve yetkilerini kullanıyor olması gerekir[38].

Her ne kadar kanun tarafından öngörülen durum bu şekilde olsa da, tatbikatta şekli ya da maddi organların yanında, kanunda ve esas sözleşmede öngörülmemiş, organ olarak nitelendirilmemiş veya şirket içinde herhangi bir görev verilmemiş olmasına rağmen yönetim kurulunun yetkilerini organmış gibi kullanan kişiler olabilir[39]. Bu kişiler bazen yönetim kurulu oturumlarına bizzat katılmakta ve şirketi

[36] **Doğan:** s. 37 vd.
[37] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat):** s. 599 vd.; **Doğan:** s. 113 vd.
[38] **Bilgili, Fatih:** Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 32.
[39] **Güney:** Yönetim Kurulu, s. 240.

yönetmektedirler. Böylece yönetim kurulunun görev ve yetkileri gasp edilmiş (usurpiert[40]) olmaktadır[41]. Tatbikattaki bu durum dikkate alınarak fonksiyonel organ kavramından yola çıkılmış ve bu kişiler fiili organ ya da fiili yönetim kurulu üyesi gibi isimlerle nitelendirilmeye başlanmıştır[42].

Şeklen herhangi bir seçim veya atama olmaksızın yönetim kurulu üyesiymiş gibi şirketi yöneten bu kişiler öğretide farklı isimlerle anılmaktadır[43]. Poroy/ Tekinalp, T./ Tekinalp, G., bu kişiler için "fonksiyonel organ" kavramını önermişlerdir[44]. Helvacı, icra edilmesi gerekli bir fonksiyonu ve devamlılığı içerdiği, buna karşın, bazı durumlarda açıkça hiçbir fonksiyon icra etmeyen kişilerin bile organ olarak adlandırılabileceği gerekçesiyle bu kavrama karşı çıkmış ve "olgu organ" kavramını ileri sürmüştür[45]. Bu adlandırmaların dışında "örtülü yönetim kurulu üyeliği"[46] ya da "gizli temsil eden yönetim kurulu üyeliği"[47] adlandırmaları da önerilmiştir. Son olarak Karayalçın[48] tarafından, "fiili yönetici" terimi kullanılmış ve bu terim öğretide kabul

[40] İsviçre öğretisinde kullanılan "usurpieren" kavramının sözlük anlamı hukuka aykırı olarak ele geçirmek, güç yoluyla almaktır. Biz de çalışmamızda "usurpieren" teriminin karşılığı olarak ele geçirmek, gasp etmek kelimelerini kullanmaktayız.
[41] **Pulaşlı, Hasan:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulundan Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, Prof. Dr. Fahiman Tekil' in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 165-177, s. 174.
[42] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 5.
[43] **Güney:** Yönetim Kurulu, s. 240 dn. 674; **Korkut, Ömer:** Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.I, Ankara 2010, s. 1367-1386, s. 1369-1370; **Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, , 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 9 dn. 21-22.
[44] **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülgören:** Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İHFM, C.XLV-XLVII, S. 1-4, Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk' e Armağan, İstanbul 1982, s. 347-398, s. 349.
[45] Bu görüş için bkz.: **Helvacı:** s. 9 dn. 21.
[46] **Nomer, Füsun:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 74.
[47] **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 173-174.
[48] **Karayalçın, Yaşar:** Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider 1991, C. XVI, S. 1, s. 3-47, s. 41.

görmüştür[49]. Zira bu kişiler şirket yönetimini ele almakta ve bilfiil şirket işlerini gerçekleştirip, şirketin iradesinin oluşumunu da fiilen katılmaktadır[50].

İsviçre hukukunda ise fiili yönetim kurulu üyesi (faktische Verwaltungsrat) kavramı yerine "gizli yönetim kurulu üyesi (verdeckte Verwaltungsrat)" ve fiili organ anlamında kullanılan "de-facto Organe" kavramlarının kullanımı ile karşılaşılmaktadır[51]. Bunun yanında fiili organ kavramının eş anlamlısı olarak maddi organ kavramının kullanıldığı görüşler de mevcuttur[52]. Ancak genel kabul gören terimin fiili yönetim kurulu üyeliği terimi olduğu söylenebilir[53].

Türk Hukukunda fiili organın tanımına ilişkin olarak bilindiği kadarıyla bir yargı kararı yer almazken, öğretide bu kavrama ilişkin bazı tanımlar yapılmıştır. Güney, fiili yönetim kurulu üyesini, anonim şirketlerde şekli organın dışında, yani kanunda ve sözleşmede herhangi bir görevlendirme olmaksızın yönetim kuruluna ait görevleri ifa eden şahıslar veya şahıs grupları olarak tanımlamaktadır[54].

Korkut ise, bir anonim şirketin resmi organı olmamakla birlikte, gerek konumu gerekse kullandığı yetkilerle şirket iradesinin oluşmasında etkili olan kişileri fiili yönetim kurulu üyesi olarak tanımlamakta ve bu kişilerin yönetim kurulu üyesi

[49] **Korkut:** Fiili YK, s. 1370.
[50] **Güney:** Yönetim Kurulu, s. 240 dn. 674.
[51] Bu şekilde kullanım için bkz.: **Sauber:** s. 89 vd.; **Hünerwadel, Andreas:** Die gesellschaftlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf einer privaten Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zurich 1995, s. 99 vd.
[52] **Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter:** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, §16 Nr. 576; **Kunz, Peter V.:** Rundflug über's schweizeriche Gesellschaftsrecht, Verlag Stämpfli, Bern 2012, s. 89; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 657.
[53] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 5; **Kunz, Peter V.:** Materielle Organschaft ("faktische VR"): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, Enwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bern 2014, s. 173-195, s. 174 vd.; **Knobloch, Stefan:** Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Dike Verlag, Zürich/ St. Gallen 2006, s. 191 vd.; **Gehriger:** s. 14 vd.; **Böckli:** Aktienrecht 2009, §18 Nr. 109 vd.
[54] **Güney:** Yönetim Kurulu, s. 240 vd.

olmamalarına rağmen yönetim kurulu toplantılarına katıldıklarını ve alının kararları etkilediklerine vurgu yapmaktadır[55].

Helvacı, tüzel kişinin yetkili organı aracılığı ile seçilmemiş ve sicile tescili yaptırılmamış bulunan fakat kullandığı yetkiler veya zarar doğuran fiil ya da işlemde işgal ettiği mevki nedeni ile tüzel kişinin iradesinin oluşmasına bilfiil ve kesin olarak katılan ve fiili bir olgu olarak ortaya çıkan kişileri olgu organ olarak tanımlamıştır. Bu kişilere ortaklık iradesinin oluşması ve yansıtılması için bağımsız hareket alanı bırakılmıştır. Ayrıca fiili yönetim kurulu üyeleri başka kişilerin talimatları ile bağlı değildir[56].

Kırca' ya göre, fiili organ, temel kararları alabilen veya bunların alınmasında etkili olanlar, kendilerine yönetim kurulu üyesi veya yönetici gibi şeklen bir konum, statü, pozisyon verilmemiş olunsa bile, gördüğü işlev esas alınarak şekli organ gibi organ sayılan kişilerdir[57].

İsviçre hukukunda fiili organ veya fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin birçok tanım söz konusudur. Ancak bu tanımların birbirinden çok farklı olmadığı da belirtilmelidir. Genel olarak fiili organ, şeklen organ görev ve yetkilerini yerine getirmesi amacıyla seçilmemiş, atanmamış veya görevlendirilmemiş olmasına rağmen nüfuz uygulama imkânına sahip olması sebebiyle yönetim fonksiyonunu icra eden veya aslında şekli ya da maddi organların yerine getirmesi gereken işlevleri yerine getiren kişiler olarak tanımlanmaktadır[58].

---

[55] **Korkut:** Fiili YK, s. 1368-1369; **Korkut:** İnançlı YK, s. 202.
[56] **Helvacı:** s. 9 vd.
[57] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 389.
[58] **Gehriger:** s. 14-15; **Bärtschi, Herald:** Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schulthess Verlag, Zurich 2001, s. 101; **Vogel:** s. 265- 266; **Knobloch:** s. 191; **Gross:** s. 90.

Yukarıda zikredilen tanımlar dikkate alındığında fiili yönetim kuruluna ilişkin tanımlarda üç husus esas alınmaktadır:

i. Fiili yönetim kurulu üyesi şekli veya maddi organın aksine şeklen ne görevlendirilmiş ne atanmış ne de seçilmiştir.
ii. Fiili yönetim kurulu üyelerinin şirket ya da şekli yönetim kurulu üyeleri üzerinde nüfuz uygulama imkânı söz konusudur.
iii. Bu kişiler şirketi yönetmekte, olağan bir şirket organizasyonunda şekli ya da maddi organlara ait olan işlevleri başka bir deyişle görev ve yetkileri kullanmakta yani organ işlerini icra etmekte ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna büyük ölçüde etki etmektedirler.

Bu unsurlar göz önüne alındığında fiili yönetim kurulu üyesinin tanımı şu şekilde yapılabilir: Şeklen herhangi bir atama, seçilme ya da görevlendirme söz konusu olmaksızın, nüfuz uygulama imkânı sayesinde esasen yönetim kuruluna özgü olan kararları alan ya da bizzat şirket yönetimi ile uğraşan ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna önemli derecede etki eden kişilerdir[59]. Şirket yönetimine müdahale eden hâkim pay sahibi, inançlı yönetim kurulu üyesine talimat veren menfaat sahibi, herkes gibi şekli bir seçim veya özel bir düzenleme olmaksızın sürekli ve bağımsız şekilde şirket ya da işletme için önemli kararları alan gizli yönetici veya gizli yönetim kurulu üyeleri fiili organ olarak nitelendirilebilir[60].

[59] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 5; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 657; **Meier-Hayoz/ Forstmoser:** § 16 Nr. 576; **Von Büren, Roland/ A. Stoffel, Walter/ H. Weber, Rolf:** Grundriss des Aktienrechts, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2011, Nr. 456; **Wolf, Markus:** Stillhalteabkommen kreditgebender Banken - Ein Beitrag zum Unternehmenssanierungsrecht, Dike Verlag**,** Zürich 2012, Nr. 358, **Achsnich, Daniel:** Die Haftung faktischer Organe in der Aktiengesellschaft, 1. Auflage, Schriften zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamburg 2010, s. 34 vd.
[60] Botschaft zum Aktienrecht: BB1 1983 II 935.

"Nüfuz uygulama" kavramı, fiili yönetim kurulu üyesinin, şekli ya da maddi organ ile arasındaki ilişki sebebiyle bu kişilere söz geçirebilme gücünü ifade etmektedir. Bu sayede şekli yönetim kurulu üyesi ya da maddi organ, yönetim kuruluna özgü organ işlevlerini kullanamaz hale gelir ve bu yetkileri asıl sahibi değil fiili yönetim kurulu üyeleri kullanır.

Fiili organ tanımları incelendiğinde fiili yönetim kurulu üyesinin işlevsel organ sayıldığı söylenebilir. İşlevsel organ kavramına göre organ kavramının geniş yorumlamasının bir sonucu olarak ortaya çıkan fiili yönetim kurulu üyelerinin en önemli özelliği şirket esas sözleşmesi ya da iç yönerge incelendiğinde bu kişilere rastlanılmamasıdır. Şekli ya da maddi organdan farklı olarak fiili yönetim kurulu üyeleri için şirket içi düzenlemelerde yetkilendirme ya da görevlendirme söz konusu değildir[61]. Şirket içi düzenlemelerden kasıt, anonim şirket esas sözleşmesi, iç yönerge veya genel kurul ya da yönetim kurulunun aldığı kararlardır. Esas sözleşme, şirket bakımından kurucu özelliğe sahip ve kanun koyucu tarafından "…kurucu işlemin belirleyici ve tamamlayıcı belgesi…" olarak tanımlanan belgedir[62]. Türk Ticaret Kanunu' nun 339. maddesi, esas sözleşmede yer alması gereken unsurları belirlemiş ve ilk yönetim kurulu, imzaya yetkili olan kişiler gibi unsurların da esas sözleşmede yer almasını öngörmüştür[63]. Şirket içi düzenlemeler arasında sayılan belgelerden bir diğeri ise, örgüt yönergesi gibi terimlerle de anılan iç yönergedir. İç yönerge özellikle yetki devri açısından önem arz eden bir belgedir. Zira usulüne uygun bir yetki devri için, yönetim kurulunun iç yönerge hazırlaması ve bu yönergeyi kabule yönelik karar

[61] **Güney:** Yönetim Kurulu, s. 240; **Vogel:** s. 301.
[62] **Manavgat (Şehirali Çelik/ Kırca):** s. 298.
[63] TTK 339. maddesinde, ilk yönetim kurulu üyelerin esas sözleşme ile atanacağı belirlenmiş ve esas sözleşmede olması gereken unsurlar arasında "yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar" da sayılmıştır.

alması gerekmektedir[64]. Fiili yönetim kurulu üyesine, ne sayılan bu belgelerde ne de yönetim kurulu kararlarında rastlanır. Yönetim kurulu alacağı bir karar ile yetki devri yapabileceği gibi, ticari temsilci[65], ticari vekil ya da Türk Borçlar Kanunu' nun 40. maddesi ve devamı uyarınca temsilci de atayabilir. Ancak böyle bir karar ile yetki verilmiş olmaksızın fiili yönetim kurulu üyesi organa ait yetkileri kullanmaktadır.

Şirket düzenlemelerinde yer alan şekli durumun maddi gerçeklikten farklı olmasının sebebi, fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilen gerçek ya da tüzel kişinin elinde bulundurduğu güç sebebiyle şekli ya da maddi organa bahşedilmiş olan görev ve yetkileri bu kişilerin değil, fiili yönetim kurulu üyesinin kullanmasıdır. Başka bir deyişle fiili organ nüfuz uygulamak suretiyle bu işlevi ele geçirmiş olmaktadır[66]. Örneğin, yönetim kurulunun seçimi ya da üyelerinin azli çoğunluğunu, oyda imtiyaz ya da oy sözleşmesi gibi araçlar ile elinde bulunduran hâkim pay sahibinin yönetim kurulu oturumlarına katılması, yönetim kuruluna azil tehditleri altında talimat vermesi ve böylece şirket yönetimini ele geçirmesi[67].

Fiili yönetim kurulu üyesinin uyguladığı nüfuz sonucu şirketin yönetiminin ele geçirilmiş olması fiili yönetim kurulu üyesi kavramının bir diğer karakteristik unsurudur. Burada zikredilen şirket yönetimi ile şirketin üst yönetimi kastedilmektedir[68]. Yani fiili organ genel olarak günlük işlemleri aşan kararları almalıdır. Ancak fiili yönetim kurulu üyesi bunu yaparken kendi sorumluluğunda ve

---

[64] İç yönergeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Doğan:** s. 125 vd.; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 604 vd.
[65] TBK' nın 548. maddesi uyarınca, ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır.
[66] **Knobloch:** s. 200 vd.
[67] Örnek için bkz.: **Helvacı:** s. 10.
[68] **Vetter, Meinrad/ Gutzwiller, Roman S.:** Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, s. 224-229, s. 225.

bağımsız hareket etmelidir. Bunun sonucu olarak karar almaya salt yardımcı olma fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için yeterli değildir[69].

Fiili yönetim kurulu üyesi elinde bulunan nüfuz imkânı sayesinde şirketin yönetimini ele geçirmekte ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna büyük ölçüde etki etmekte ve/veya bu iradenin dışarıya yansıtılmasında etkin olmaktadır[70].

IV. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. Gizli Yönetim Kurulu Üyesi İle

İsviçre hukukunda gizli(stille) veya bir başka deyişle faal olmayan yönetim kurulu üyesi hukuka uygun şekilde yönetim kuruluna seçilen fakat bu seçimin ne ticaret siciline tescil edildiği ne de bunun gibi araçlarla üçüncü kişilere açıklandığı durumlarda söz konusu olur[71]. Hukuka uygun şekilde seçilen yönetim kurulu üyeleri ticaret siciline tescil edilmemiş olsa bile yönetim ve şirketi temsil edebilir. Zira bu kişilerin ticaret siciline tescili ne iç ilişki için ne de üçüncü kişiler için kurucu niteliktedir[72]. Yani yönetim kurulu üyelerinin sicile tescili, üyelik sıfatının kazanılması için şart değildir. Ticaret siciline tescil sadece iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından önem arz eder ve üyelik sıfatı tescil ile başlar. Üyeliğin kazanılması ve sona ermesi

[69] **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 7; **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 46. Buna ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: 117 II 573.
[70] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 148.
[71] **Widmer/ Banz:** Art. 707 Nr. 29 vd; **Gross:** s. 82; **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 174; **Korkut:** Fiili YK, s. 1370, **Homburger, Eric:** Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V/5b: Der Verwaltungsrat, Schulthess Verlag, Zurich 1997, Art. 707 Nr. 130 vd.
[72] **Gross:** s. 82; **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 174.

durumdan haberdar olmayan üçüncü kişiler için tescil ve ilandan sonra hüküm ve sonuç doğurur[73].

Faal olmayan veya gizli yönetim kurulu üyeleri, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi anlamında diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı konumdadır ve şeklen yönetim kuruluna seçilmiş olmaları sebebiyle verdikleri zararlardan tam olarak sorumludurlar[74].

Faal olmayan yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından yönetim kuruluna şeklen seçilmeleri sebebiyle, diğer yönetim kurulu üyelerinden ayrılan bir özelliği mevcut değildir. Fiili yönetim kurulu üyesi ise yönetim kuruluna seçilmemiştir fakat yönetim kurulunun sahip olduğu görevleri yapmakta ve yetkileri kullanmaktadır[75]. Fiili yönetim kurulu üyeleri bu kişilerden farklı olarak sadece etki ettikleri veya nüfuz uyguladıkları alanda seçilmiş bir yönetim kurulu üyesi sorumluluğu ile aynı sorumluluğa sahip olmaktadır[76].

B. İnançlı Yönetim Kurulu Üyesi İle

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri görevlerini ancak aslen yerine getirebilirler. Zira bu kişiler kural olarak genel kurul tarafından kişisel özellikleri veya kişiye duyulan güven sebebiyle yönetim kuruluna seçilmişlerdir ve bu sebeple yönetim kurulu üyeliği kişiye bağlı bir görevdir[77]. Bu kural Türk Ticaret Kanunu' nun 390. maddesinin ikinci fıkrasında "yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy

[73] **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp):** Ortaklıklar Hukuku, N. 557; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 452.
[74] **Widmer/ Banz:** Art. 707 Nr. 29.
[75] **Korkut:** Fiili YK, s. 1370.
[76] **Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli, Bern 1996, §28 Nr. 183; **Widmer/ Banz:** Art. 707 Nr. 29a.
[77] **Tekinalp:** Sermaye Ortaklıkları, N. 12 – 112.

veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar" şeklinde ifade edilmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri için kural bu olmakla birlikte bu kişilerin az ya da çok şirket içindeki çeşitli menfaat sahipleriyle ilişki içinde oldukları söylenebilir. Bu durumun oluşmasının sebebi anonim şirketlerin adeta farklı çıkar gruplarının kurumsallaşmış çıkar çatışmalarının olduğu bir yapıda olmasıdır[78]. Bu yapı içerisinde yönetim kurulu üyelerinin bazıları bu menfaat sahiplerine karşı bir bağlılık içerisinde olabilirler. Bu kişiler öğretide bağımlı yönetim kurulu üyeleri olarak adlandırılmaktadır[79].

Bağımlı yönetim kurulu üyesinin menfaat gruplarına olan bağlılığı farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bağımlı yönetim kurulu üst başlığı altında sayılan inançlı yönetim kurulu üyesi için bu bağımlılık, inançlı üye ile menfaat sahibi arasındaki borçlar hukuku sözleşmesidir. İnançlı yönetim kurulu üyesi, olağan seçim kuralları ile yönetim kuruluna hukuka uygun şekilde seçilmiş olan fakat üçüncü kişiye yani inanana karşı yönetim kurulunda belirli şekilde hareket edeceği ya da onların talimatlarına tabi olacağı şeklinde sözleşmesel yükümlülük altına giren yönetim kurulu üyeleridir[80]. Yani inançlı yönetim kurulu üyesi mevkiini üçüncü kişilerin çıkarlarına hizmet amacıyla kullanmaktadır[81]. Bu kişiler İsviçre Hukukunda "proforma" ya da "şekli" (Proforma Verwaltungsrat), "dekor" veya "görünüşte" (Dekor Verwaltungrat),

[78] **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat):** s. 246.
[79] **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 166; **Korkut:** İnançlı YK, s. 22.
[80] **Gross:** s. 84; **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 166; **Korkut:** İnançlı YK, s. 9.
[81] **Yanlı, Veliye:** İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998, s. 655-683, s. 655.

"bağımlı" (abhängig Verwaltungsrat) ve "saman adam" (Strohmann) yönetim kurulu üyesi terimleri ile de anılmaktadır[82].

İnançlı yönetim kurulu üyesi ile bağımlı olmayan bir yönetim kurulu üyesi arasında sorumluluk anlamında herhangi fark yoktur. Anonim şirkete karşı diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı yükümlülüklere sahiptir. Anonim şirket bu kişinin yaptığı işlemlerden ve gerçekleştirdiği haksız fiillerden sorumludur. İnançlı yönetim kurulu üyesi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca sorumluluk hükümlerine tabidir. Sonuç olarak inançlı üye ile inanan arasında akdedilmiş olan sözleşme, üye ve şirket arasındaki ilişkiye etki etmez[83].

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında fiili yönetim kurulu üyeliğinin inançlı yönetim kurulu üyeliğinden farklı olduğu görülür. Zira inançlı yönetim kurulu üyesi fiili yönetim kurulu üyesinden farklı olarak yönetim kuruluna şeklen üye seçilmektedir. Bu kişilerin tabi olduğu sorumluluk rejimi bakımından diğer yönetim kurulu üyelerinden farkı yoktur. Ancak fiili yönetim kurulu ile inançlı yönetim kurulu üyesi arasında bir bağlantı olması mümkündür. Zira inançlı üyeyi seçtiren veya ona talimat veren ya da onunla aralarındaki güç ilişkisi sebebiyle görev ve yetkilerini gasp eden ve şirketin yönetiminde önemli rol oynayan menfaat sahiplerinin fiili organ konumunun oluşması muhtemeldir. Dolayısıyla menfaat sahibinin sorumluluğunun temeli olarak fiili organ konumunun oluşması öne sürülebilir. Bu durumda menfaat sahibinin sorumluluğu açısından fiili organ konumunun oluşup oluşmadığının araştırılması önem arz etmektedir[84].

[82] **Gross:** s. 84; ; **Korkut:** İnançlı YK, s. 7.
[83] **Widmer/ Banz:** Art. 707 Nr. 26; **Korkut:** İnançlı YK, s. 6.
[84] **Korkut:** İnançlı YK, s. 198 vd; **Korkut:** Fiili YK, s. 1371.

§2. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ

I. BİZZAT FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN MENFAATİNİ KORUMA AMACI

Anonim şirketlerde şirketin yönetiminin yönlendirilmesinde büyük çıkarı olan birçok grup bulunmaktadır. Bu gruplardan biri de, şirkete borç veren alacaklılardır. Şirket alacaklılarının, verdikleri miktarda borç ve bunun faizinin toplamından oluşan bir talep haklarının olması şirketin mali durumunu bu kişiler için önemli kılar. Şirketin mali durumunun iyi olması halinde şirket alacaklıları, alacaklarını vadede sorunsuz şekilde alırlar. Ancak şirketin mali durumunun iyi olmaması veya iflas etmesi bu kişilerin çıkarlarının ciddi şekilde zedelenmesi ihtimalini ortaya çıkarır. Özellikle pay sahiplerinin, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmaması şirket alacaklıları için şirketin mali durumunu daha önemli hale getirmektedir[85].

Bu yolla her ne kadar şirket alacaklılarının korunması için kanun koyucu tarafından özel önlemler alınmış olsa da şirket alacaklıları yoğun menfaatleri gereği şirket yönetimini elinde tutmak istemektedir. Özellikle şirkete yüksek miktarlarda kredi sağlanması veya iflasın ertelenmesi halinde şirketin yeniden yapılandırılması yoluna gidilmesi durumunda bankalar veya alacaklılar şirket yönetimini etkilemek istemektedir. Bankaların kredi veren olarak elinde bulundurdukları nüfuz sebebiyle şirket yönetimini ele geçirmeleri halinde fiili organ konumunun oluşması mümkündür[86].

[85] **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat):** s. 260.
[86] **Wolf:** Nr. 385 vd.

II. İNANÇLI YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNDE MENFAAT SAHİBİNİN DURUMU

İnançlı yönetim kurulu üyeleri görevlerini diğer yönetim kurulu üyeleri gibi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Buna karşın inançlı üyeler menfaat sahiplerinin talimatları doğrultusunda hareket etmektedir. Menfaat sahibinin şirket içi çıkar çatışmalarından kaçınmak ve kişisel menfaatini korumak veya kimliğini gizli tutmak amacıyla bizzat yönetim kurulu üyesi seçilmek yerine böyle bir yönteme başvurması mümkündür. Ayrıca mevzuatta yer alan ve yönetim kurulu üyesi seçilmeye ilişkin sınırlamalar da inançlı yönetim kurulu üyeliği kurumunun doğmasına sebep olmaktadır[87]. Bu sınırlamalar Türk Ticaret Kanunu' nda öngörülebileceği gibi diğer genel veya özel kanunlarda ya da şirket esas sözleşmesinde öngörülmüş olabilir. Bu sınırlamalara örnek olarak Türk Ticaret Kanunu' nda yönetim kurulu üyeliği için aranan şartlar ile anonim şirket esas sözleşmesinde öngörülen belirli bir aileye mensubiyet gibi şartlar gösterilebilir. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu[88]' na tabi olan ve kurumsal yönetim ilkelerine uymakla zorunlu tutulan şirketler için kurumsal yönetim ilkelerinde getirilen sınırlamalar söz konusudur. Bankacılık Kanunu[89]' nda da yönetim kurulu üyeliği için bazı koşullar öngörülmüştür. Bunun yanında menfaat sahibi kanuni düzenlemeleri dolanmak ve şahsen sorumlu olmadan şirket iradesinde söz sahibi olmak amacıyla bizzat yönetim kurulu üyeliğine seçilmekten kaçınabilir[90].

[87] **Korkut:** İnançlı YK, s. 32 vd.
[88] RG 30.12.2012, S. 28513.
[89] RG 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer.
[90] **Tekinalp, Ünal:** Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 100.

Menfaat sahibi inançlı üyeye talimat vermekte, yönetim kurulu oturumlarına katılmakta ve böylece şirket yönetimini elinde bulundurmaktadır. Bu sebeple menfaat sahibinin inançlı üye ile birlikte sorumlu tutulması hakkaniyetin bir gereğidir. Zira menfaat sahibi kişisel çıkarları doğrultusunda inançlı yönetim kurulu üyesine talimat vermektedir[91].

Menfaat sahibinin genellikle banka, hâkim pay sahibi veya hâkim şirket gibi mali durumu daha iyi olan kişi veya şirketler olduğu da dikkate alındığında kötü niyetli girişimlerin önüne geçmek amacıyla menfaat sahibinin verdiği talimatlar sebebiyle sorumlu tutulması gerekir. Fiili organ konumunun menfaat sahibinin sorumlu tutulmasında esas alınması mümkündür. Menfaat sahibinin şirket yönetimini şu ya da bu şekilde ele geçirmesi ve şirket iradesine önemli ölçüde etki etmesi sebebiyle diğer şartların da varlığı halinde menfaat sahibinin fiili organ olarak nitelendirilip sorumlu tutulması için herhangi bir engel yoktur[92].

III. TEK ELDEN YÖNETİM

Tek elden yönetim (einheitliche Leitung) kavramı, bir şirketin diğer şirketlerle iktisadi bir bütünlük oluşturması ve hâkim şirketin bağlı şirketin işletme politikaları, temel finansman kararları gibi önemli kararlarını yönlendirmesi olgusudur. Tek elden yönetim kavramının özünde şirketlerin iktisadi bütünlük oluşturup oluşturmadığı hususu yer almaktadır[93].

[91] **Korkut:** İnançlı YK, s. 198-199.
[92] **Korkut:** İnançlı YK, s. 202 vd.
[93] **Okutan Nilsson, Gül:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 82.

Tek elden yönetim kavramı, İsviçre ve Alman Hukukunda "şirketler topluluğu" olgusunu belirleyen temel unsur olarak ortaya çıkmakta ve bağlı şirketlerin işletme politikası ve şirket yönetimini ilgilendiren konularda söz sahibinin konzern yönetimi olması konzern veya şirketler topluluğu olgusu için yeterli görülmektedir[94]. Nitekim Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu' nu §18 uyarınca, bir veya daha fazla bağlı şirketin hâkim şirket tarafından tek elden yönetilmesi sonucu hâkim şirket ile oluşturduğu topluluğa konzern denilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu' nun 663. maddesinde ise, "birden fazla şirketin oy çoğunluğu veya başka bir yolla tek elden yönetim altına girmesi halinde konzern meydana gelir" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Her iki düzenlemede de tek elden yönetim durumunun oluşması için fiilen hâkimiyet durumunun kullanılıyor olması gerekmektedir[95].

Türk Hukukunda ise şirketler topluluğundan söz edebilmek için kanunda yer alan hâkimiyet ölçütlerinin varlığı gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu' nun 195. maddesinde hâkimiyet elde edilmesine ilişkin üç temel yol vardır. Bunlar pay sahipliğine tanınan bazı hak veya yetkiler yoluyla kontrolün ele geçirilmesi, sözleşmesel yoldan hâkimiyetin ele geçirilmesi ve diğer yollardan hâkimiyetin ele geçirilmesidir.

Fiili organ kavramı bakımından hâkimiyetin "diğer yollarla ele geçirilmesi" kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Hâkimiyetin diğer yollarla sağlanması ölçütünün önceden belirlenmesi veya kesin olarak tarif edilmesi mümkün

[94]**Tekinalp, Ünal:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi' ye Armağan, İstanbul 2009, s. 1543-1556, s. 1549 vd; **Okutan Nilsson:** s. 84.

[95] **Peres/ Walden:** Heidel, Thomas(Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden- Baden 2014, §18 Nr. 8.

gözükmemektedir. Bu durumda somut olayın şartlarına göre, şirket yönetimine ilişkin kararların alınmasında belirleyici olma ve şirket iradesine etki etme durumunun oluşup oluşmadığı incelenmelidir. Ancak şirket üzerinde oluşacak her türlü etki veya baskı bu sonucu doğurmaz[96]. Hâkimiyetin ancak ortaklık hukukuna ilişkin araçlarla[97] tesis edilebileceği görüşünün kabul edilmesi durumunda, fiili organ konumunun diğer yollarla hâkimiyeti ele geçirmesi halinde şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Bunun yerine şartların varlığı halinde fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun sonuçları somut olaya uygulanabilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu' nun 195. maddesinin gerekçesinde[98] de belirtildiği gibi hâkimiyetin geniş yorumlanması halinde ortaklık hukuku araçları dışında kredi ilişkisi gibi ilişkiler sonucu da hâkimiyet oluşabilir. Bu ilişkiler sonucu bağlı şirketin temel politikalarının yönlendirilmesi halinde şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümler uygulanabilir. Bu durumda fiili organ konumunun oluşup oluşmadığını incelemeye gerek duyulmayabilir.

§3. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KONUMUNUN HUKUKA AYKIRI OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

I. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İHLAL ETTİĞİ DÜZENLEMELER

Özellikle İsviçre öğretisinde fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması halinde anonim şirketler hukukuna ilişkin birçok normun da ihlal edilmiş olacağı

[96] **Okutan Nilsson:** s. 139 vd.
[97] Bu görüş için bkz.: **Okutan Nilsson:** s. 141 dn. 383' teki yazarlar.
[98] TTK' nın 195. maddesinin 1. fıkrasının gerekçesine göre, " başka bir yolla ibaresi geniş yoruma olanak sağlamaktadır. Birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları da bu ibare içine girebilir ".

görüşü öne sürülmüştür. Zira fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması ile anonim şirketin seçim organı olan genel kurul tarafından seçilmeyen ve ticaret siciline de tescili yapılmayan kişiler şirketin yönetim işlevini yerine getirmiş olmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi veya seçimi genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindendir (TTK m. 408/2,b). Kanun koyucu genel kurula yönetim kurulu üyelerinin seçimi görev ve yetkisini bahşetmekle kalmamış, üyeliklerinin süresi, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ile görevden alınması gibi görev ve yetkilerle de bu kapsamı genişletmiştir (TTK m. 408/2,b) . Bu görev ve yetkiler diğer organlara devredilemez ve yönetim kurulu da genel kurulun bu yetkilerini yüklenemez[99]. Bu düzenlemeler dikkate alındığında fiili yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin hukuka uygun olarak kendini yönetme kuralını ihlal etmiş olduğu sonucuna varılması mümkündür[100].

Fiili yönetim kurulu üyesinin hâkim pay sahibi olması halinde ise, anonim şirkette yetkilerin tek elde toplanması sonucu ortaya çıkar. Bu durum ise kanunumuzun belirlemiş olduğu işlevler ayrılığına dayalı eşitlikçi modele[101] aykırıdır. Yetkilerin tek elde toplanması ancak kanun tarafından konzernlerde belirli şartlar altında hukuka

[99] 408. maddenin 1. fıkrasının gerekçesi.

[100] **Böckli, Peter/ Bühler, Christoph B.;** Philippin, Edgar/ Gillieron, Philippe/ Michel, Jean-Tristan/ Vulliemin,Pierre-François(Hrsg.), Melanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, s. 17-41, s. 24.

[101] Yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki ilişki ve yetki dağılımına ilişkin temelde üç teori vardır. Bunlar tüm yetkilerin yönetim kurulunda toplandığı "önderlik prensibi (Führerprinzip)", genel kurulun bütün kararları alınmasından ehil olduğu "yetki teorisi (Omnipotenztheorie)" ve her iki organın da eşit seviyede sayıldığı "eşitlik teorisi (Paritätsprinzip)" olarak sayılabilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte işlevler ayrılığı ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre genel kurul ve yönetim kurulu arasında güç yönünden denklik kabul edilmiştir. Her iki organ da kanunun belirlediği alanda faaliyet gösterir ve karar alır. Genel kurul diğer organlara ait devredilemez yetkileri kendisi kullanamayacağı gibi, yönetim kurulu da genel kurulun yetkilerini yüklenemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özkorkut, Korkut:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1995, s. 6 vd; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 395

uygun hale getirilmiştir. Böylece fiili yönetim kurulu üyeliği sadece hâkim şirketin bağlı şirkete " tek elden yönetim[102] "in etkisi olarak kabul edilebilir. Bunun bir sonucu olarak fiili organ konumunun şirketler topluluğu ilişkisi dışında hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[103].

Fiili yönetim kurulu üyesi şekli ya da maddi organa nüfuz uygulamak suretiyle şirket yönetimini ya da organların karar alma mekanizmasını ele geçirirse iki açıdan hukuka aykırı davranmış olur:

i. Bu kişilerin fiili organ haline gelmesi kendi içinde şirketler hukuku düzenlemelerini ihlaldir. İhlal edilen düzenlemeler somut olayın şartlarına göre çeşitlendirilebilir. Bunlardan ilki mevzuatta ya da şirket esas sözleşmesinde yer alan ve kişilerin yönetim kuruluna seçilmesini sınırlandıran düzenlemelerdir. Kanuni olarak belirlenmiş olan sınırlamalardan bazıları Türk Ticaret Kanunu' nun 359. maddesinde belirtilen tam ehliyetli olma şartı ile 363. maddesinde öngörülmüş olan üyeliği kendiliğinden sonra erdiren ve ayrıca seçilmeye de engel olan kişinin iflasına karar verilmesi durumudur. Türk Ticaret Kanunu' nda öngörülmüş olan sınırlandırmalar dışında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' nun 17. maddesinde Sermaye Piyasası Kurulu, payları borsada işlem gören halka açık şirketlerinin niteliklerine göre kurumsal yönetim ilkelerine kısmen ya da tamamen uymalarını zorunlu tutmaya yetkili

[102] Tek elden yönetim (einheitliche Leitung) kavramı için bkz.: **Okutan Nilsson:** s. 83 vd. TTK' nın 195. maddesinde kontrol ölçütüne ve payların çoğunluğuna sahip olma esasına dayalı hakimiyet olanaklarına yer verilmiştir. Bu hâkimiyet olgusu tek elden yönetimin varlığına sebebiyet vermektedir. Bunun dışında şirketler topluluğu hukukumuzda kanuni bir düzenleme ile "tek elden yönetim" kavramına yer verilmemiştir. Bunun yerine doğrudan hâkimiyet kavramına dayalı bir sistem benimsenmiştir.

[103] **Böckli/ Bühler:** s. 24.

kılınmıştır. Bu durumda kurumsal yönetim ilkelerinin[104] uygulanmasının zorunlu tutulduğu şirketlerde, bu ilkelerde yer alan üye seçilmeye engel hallerden kurtulmak istenebilir[105]. Bunun yanında yönetim kurulu üyeliğine seçilmek için ek olarak aranan bazı nitelikleri sağlayamayan kişiler için de aynı durum söz konusu olabilir. Aynı şekilde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da yönetim kurulu üyeleri için bazı koşullar öngörülmüştür. Banka yöneticisi olmanın taşıdığı önem dikkate alınarak yönetim kurulu üyeliği için gerekli şartlar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Banka yönetim kurulu üyesi olma şartları iki grupta toplanabilir[106]: Birincisi, banka müdürleri için aranan yükseköğrenime ilişkin şartların yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranacağı şartıdır (BankK m. 23/I). Bankacılık Kanunu' nun 25. maddesi uyarınca profesyonelliğin gerektirdiği bilgiye ve bunu gösteren diplomaya sahip olunması şarttır. İkinci grupta ise banka kurucusu ve ortağı olmak için gerekli görülen ve yönetim kurulu üyeleri için de aranan olumsuz şartlardan birini taşımamaktır[107]. Ticari ve adli anlamda sabıkasız ve dürüst olmak gibi nitelikler bütün yönetim kurulu üyeleri için aranacaktır[108]. Fiili yönetim kurulu üyesinin yukarıda çeşitli düzenlemelerde yer alan nitelikleri veya esas sözleşmede öngörülmüş

[104] Kurumsal yönetim ilkeleri, ortaklıkların yönetildikleri ve kontrol edildikleri sistemi ifade eder. Ortaklıklarda yer alan organlar ve menfaat sahiplerinin hak ve yükümlülüklerini belirler. Halka açık şirketlere özgü karar alma mekanizması, kararları izleme süreç ve kuralları ile halka açık anonim şirketlere özgü diğer kurumları düzenler. Konu ile ilgili bkz.: **Eminoğlu, Cafer:** Türk Ticaret Kanunu' nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 7 vd.

[105] Bu konuda bkz.: **Eminoğlu:** s. 199 vd.

[106] **Battal, Ahmet:** Bankacılık Kanunu Şerhi, 5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 150.

[107] **Tekinalp, Ünal:** Ünal Tekinap' in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, §19 N. 13.

[108] **Battal:** s. 150; **Alıcı, Yaşar:** Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 274 vd.

olan belli bir yaştan küçük veya büyük olmak, belli bir aileye veya meslek grubuna mensubiyet, asgari bir tahsil görmek veya bir meslek alanında belirli bir süre çalışmış olmak gibi şartları[109] taşımaması halinde bu düzenlemeleri ihlal etmiş olur. Zira fiili organ sayılan bu kişilerin diğer organlar gibi kanuni veya esas sözleşme ile öngörülmüş şartları sağlaması gerekir. Fiili yönetim kurulu üyesinin ihlal etme olasılığı olan başka bir hüküm de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi ve devamı hükümleridir. Zira yönetim kurulu üyeliği şahsen yerine getirilmekte ve kişisel sorumluluğa yol açmaktadır. Şeklen yönetim kurulu üyesi gözükmeyen bu kişiler şartlar sağlanmadığı takdirde sorumlu olmayabilirler.

ii. Fiili yönetim kurulu üyeleri, Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesinde düzenlenen ve yönetim kurulunun kendi sorumluluğu altında yerine getirilmesi yükümlülüğü altında olduğu devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri kullanarak söz konusu hükmü ihlal etmiş olur[110].

Sonuç olarak, söz konusu hukuki problem hem organ gibi hareket eden fiili yönetim kurulu üyesini hem de yönetim kurulu üyelerini ilgilendirmektedir. Şartların varlığı halinde fiili yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilen kişiler ile şeklen yönetim kurulu üyeleri müteselsil olarak sorumlu olurlar[111].

[109] Bu örnekler için bkz.: **Korkut:** İnançlı YK, s. 47 ve orada belirtilen yazarlar.
[110] **Böckli/ Bühler:** s. 25.
[111] **Böckli/ Bühler:** s. 25.

II. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İHLAL ETTİĞİ DÜZENLEMELR

Birbirleriyle bağlantılı olan iki yükümlülüğü düzenleyen ve "özen ve bağlılık yükümlülüğü" kenar başlığını taşıyan Türk Ticaret Kanunu' nun 369. maddesinin 1. fıkrasına göre, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' ndan farklı olarak 369. maddede bağlılık (sadakat) yükümlülüğünü, "şirketin çıkarlarını dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır" demek suretiyle açıkça düzenlemiştir. Bu yükümlülük anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin karşılıklı güvene dayanmasının bir sonucudur[112].

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri yaptıkları tüm iş ve işlemlerde ortaklığın menfaatlerini gözetmekle ve ön planda tutmakla yükümlüdür[113]. Yönetim kurulu üyelerinin kişisel menfaatleri ile hâkim pay sahibi ya da pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatlerinin, şirketin menfaatinin önüne geçmemesi gerekmektedir. Sadakat yükümlülüğü ile yönetim kurulu üyesinin menfaatler çatışması olması halinde gerekli önlemleri alması ve şirketin menfaatini gözetmesi zorunlu tutulmuş olmaktadır[114]. Yönetim kurulu üyesi hiçbir şekilde şirket menfaati aleyhine sonuç doğuracak şekilde diğer kişilerin menfaati lehine hareket edemez[115].

[112] **Pulaşlı:** Genel Esaslar, § 20 N. 231; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp):** Ortaklıklar Hukuku, N. 585.
[113] **Pulaşlı:** Genel Esaslar, § 20 N. 231.
[114] 369. maddenin 1. fıkrasının gerekçesi.
[115] **Pulaşlı:** Genel Esaslar, § 20 N. 231.

Kanun koyucu bazı çıkar çatışması türlerini önemli görmüş ve özel düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. Rekabet yasağı (TTK m. 369), müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393), şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395) ve ilişkili taraf ile olan işlemlere bazı sınırlamalar getiren Sermaye Piyasası Kanunu' nun 17. ve 21. maddeleri[116] bunlardan bazılarıdır[117].

Yönetim kurulu üyesinin fiili organının talimatlarına uyması ve onun menfaatlerini gözetmesi halinde Türk Ticaret Kanunu' nun 369. maddesinde düzenlenen bağlılık yükümlülüğüne aykırı davranmış olur[118]. Şirket menfaatleri ile fiili organın verdiği talimatların çatışmadığı veya yönetim kurulunun takdir yetkisi alanına giren hallerde fiili organın talimatlarına uyması ise bağlılık yükümlülüğü ihlaline yol açmaz. Bu bakımdan yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi önem arz etmektedir[119]. Zira kanun koyucu şirketin iradesine ilişkin olarak nelerin yapılması gerektiğine veya hangi hususlarla ilgili karar

[116] Sermaye Piyasası Kanunu' nun 17. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması hâlinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Söz konusu genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları bir oylamada karar alınır. Bu maddenin genel kurul toplantısında görüşülmesinde, toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Bu fıkrada belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz. İlişkili taraf işlemleri ise, raporlayan işletme ile ilişkili bir taraf arasında kaynakların, hizmetlerin ya da yükümlülüklerin, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferini ifade etmektedir.

[117] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 662.

[118] **Yanlı:** s. 663; **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 167 vd.; **Ayan, Özge:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 94 vd.

[119] Yönetim kurulu kararlarında takdir yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Kırca, İsmail:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi- Özen Borcu, Batider, 2004, C. XXII, S. 3, s. 85-96, s. 85 vd.

alınacağına ilişkin somut bir katalog düzenleme getirmemiştir. Yönetim kurulu, zaman ve olayın şartlarına göre karar almakta ve şirketi yönetmektedir[120].

Yönetim kurulunun münhasır yetkileri konusunda kendisini fiili organın iradesine tabi kılması halinde Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesi ihlal edilmiş olur. Zira kanun koyucu, bu görev ve yetkileri devredilemez ve vazgeçilemez kılmıştır. Böyle bir düzenleme yapılmak suretiyle yönetim kurulunun bu görev ve yetkileri bizzat kendi sorumluluğu altında ifa etmesi amaçlanmıştır. Bunun aksi Türk Ticaret Kanunu' nun emredici hükümlerine aykırılık oluşturur[121]. Devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerin dışındaki yönetim kurulu görevlerinin fiili organın yetkisine bırakılması halinde ise şirkete karşı yine bağlılık yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluk hali doğar[122].

[120] **Kırca:** Takdir Yetkisi, s. 86.
[121] **Yanlı:** s. 663.
[122] **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 169.

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN OLUŞMASININ ŞARTLARI

§4. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ KURUMUNUN OLUŞMASININ ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Şirketler hukuku bağlamında organ kavramına ilişkin olarak üzerinde ittifak sağlanmış bir tanıma ulaşmak çok güçtür. Organ terminolojisinin farklı anlamları içinde barındırması bunun sebebi olarak gösterilebilir[123]. Konun koyucu da organ kavramı ile ilgili tanım yapmamış ve böylece bu kavramın sınırlarını çizmek yerine tanımı içtihat ve öğretiye bırakmıştır.

Tüzel kişi adına hareket edenlerin organ olarak kabul edilip edilmemesi başta sorumluluk hükümleri olmak üzere birçok sonuç bakımından önem arz etmektedir. Organ kavramına dar anlam veren görüş organ kavramını "kanun ya da şirket içi düzenlemeler ile oluşturulmuş bir birimde, belirli bir pozisyona atanma ya da seçilme yoluyla görevlendirilen, tüzel kişinin yapısal fonksiyonlarını dışa yansıyacak şekilde yerine getiren ve sorumluluk üstlenen gerçek kişi ya da kişi grupları olarak tanımlamaktadır[124]. Başka bir ifadeyle kanun ya da şirket içi düzenlemelerde gösterilen örgüte mensup kişiler organ sayılır[125].

---

[123] **Forstmoser, Peter:** Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Stämpfli Verlag, Bern 1982, s. 125-150, s. 125 vd.

[124] **Reiff, Felix:** Beiträge als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften, Schulthess Verlag, Zurich 1988, s. 88; **Doğan:** s. 6 vd.; **Öztan:** s. 10 vd.

[125] **Akipek, J./ Akıntürk, T./ Karaman, D. A.:** Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s 522; **Steinbrüchel, Rico:** Organ und Hilfsperson: Eine Studie zur Haftung der sog. Juristischen Person nach ZGB. Art. 55 Abs. II, Zurich 1947, s. 11 vd.

Dar anlamda organ kavramı öğretide eleştirilmiş ve organ kavramının tek bir ölçüte göre belirlenmesinin yeterli olmadığı savunulmuştur[126]. Bu düşünce esas alınarak öğreti tarafından organ kavramı geniş yorumlanmaya başlanmış ve şirket adına fonksiyon üstlenen kişi olarak ifade edilmiştir[127]. Zira bir kimse organ olarak nitelendirilmesi için gereken yetkilere sahipse, bunların statüde organ olarak gösterilip gösterilmemeleri hiçbir önem taşımamalıdır[128].

Böylece, sadece şirket içi düzenlemeler ya da kanunda yazılı ve ticaret siciline tescili yapılan kişiler değil, ayrıca şirket adına fonksiyon üstlenen yani ortaklık iradesinin oluşması veya yansıtılması için kendisine bağımsız hareket alanı bırakılmış bütün kişiler organ olarak nitelendirebilmektedir[129]. Sadece şekli organları kapsayacak şekilde dar anlamda değil, gerçekten bu faaliyeti yürütenler yani fiilen yönetimle ilgilenen kimseleri de kapsayacak şekilde geniş anlamda "fonksiyonel organ" kavramından (funktioneller Organbegriff[130]) hareket edilmesi gerekir[131]. Bu şekilde hem organ kavramının ihtiyaçlara uygun şekilde gelişmesine imkân verilir hem de adilane zarar taksimi prensibi daha iyi gerçekleştirilmiş olur[132].

Şekli veya maddi organa kıyasla fiili organların tespiti oldukça güç gözükmektedir. Zira şekli veya maddi organ, anonim ortaklık tarafından belirlenmiş

[126] **Helvacı:** s. 4 vd.; **Portmann, Peter:** Organ und Hilfsperson im Haftpflichtsrecht, Bern 1958, Verlag Stämpfli, s. 26; **Öztan:** s. 73.
[127] **Forstmoser:** Organbegriff, s. 126; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel:** §19 Nr. 2; **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 143 dp. 339.
[128] **Öztan:** s. 38.
[129] **Widmer, P./ Banz, O.:** Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Basel Genf München 2002, Art. 754 Nr. 4 vd.; **Helvacı:** s. 9; **Doğan:** s. 6
[130] **Gehriger:** s. 19; **Vetter, Meinrad**: Der verantwortlichkeits- rechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Dike Verlag, Zurich 2007, s. 6; **Watter, R.:** Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Basel Genf München 2002, Art. 722 Nr. 6 vd.; **Hartmann, Rudolf:** Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft, Bern 1945, s. 27 vd.
[131] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 142 vd.
[132] **Öztan:** s. 37.

kişilerdir. Ancak fiili organlar, seçilmiş organ olmadığı halde organa özgü fonksiyonları yürüten veya bir fonksiyon icra etmek için şekli veya maddi organları etkileyen ve hatta bazen zorlayan ya da nüfuz uygulayan kişiler olduğundan tespiti daha zordur[133].

Anonim şirketlerde yönetime müdahaleler bu kişiler tarafından çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bu bağlamda yönetime veya yönetim kuruluna yapılan her müdahale fiili organ konumunun oluşmasına sebep olmaz. Şirket yönetimine etki eden kişilerin fiili organ konumunun oluşması ve bu sebeple sorumlu tutulmaları bir takım ölçütlere bağlanmalıdır[134]. Aksi takdirde fiili organ kavramının kapsamının aşırı genişlemesinin söz konusu olabileceği ve bu sonucun ortaya çıkmaması gerektiği öğretide dile getirilmektedir[135].

II. İSVİÇRE HUKUKU' NDA

Kimlerin, hangi koşullar altında fiili organ sayılacağı hususu İsviçre öğretisinde oldukça uzun bir süre tartışılmış olsa da, yeknesak veya ortak bir tanım veya sonuca ulaşmak mümkün olmamıştır[136].

İsviçre hukukunda özellikle işlevsel organ kavramından yola çıkıldığı için sorumluluk hukuku açısından organ kavramı geniş yorumlanmaktadır[137]. Buna göre

[133] **Öztan:** s. 36.
[134] **Korkut:** Fiili YK, s. 1373
[135]**Kunz, Peter V.:** Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrehtlichen Verantwortlichkeitsklage, Verlag Stämpfli, Bern 1993, s. 182; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel:** § 37 Nr. 5; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 670.
[136] **Vetter:** Organbegriff, s. 68 vd.
[137] **Vetter/ Gutzwiller:** s. 224 vd.

bir kişinin şekli olarak organ seçilip seçilmediği önemli değildir, bilakis onun fiili konumu önem arz etmektedir[138].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun sorumluluğa ilişkin hükmü olan 553. maddesinin mehazı İsviçre Borçlar Kanunu[139]' nun 754. maddesi, yönetim kurulu üyeleri ile şirket yönetimi ya da tasfiyesi ile ilgilenen bütün kişilerin yükümlülüklerini bilerek veya kusuruyla ihlal etmeleri sebebiyle ortaya çıkan zararlardan hem şirkete hem de tek tek pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı sorumlu olduklarını düzenlemiştir[140]. Bu düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, yönetim kurulu üyelerinin yanında yönetim ile ilgilenen herkesin yükümlülüklerini bilerek ya da kusurlarıyla ihlal etmeleri sonucu yol açtıkları zararlardan sorumlu tutulacakları anlaşılmaktadır. Zira İsviçre öğretisinde 754. maddede "uğraşan" kelimesinin kullanılmasının bilinçli olduğu ve böylece sorumluluğun kapsamının fiili organları kapsayacak şekilde genişletildiği kabul edilmektedir[141]. Bu şekilde sadece yönetim kurulu üyeleri ve diğer şekli anlamda organlar değil, ayrıca organ fonksiyonlarını yerine getireceği şekli olarak belirlenmiş olsun veya olmasın fiili olarak organ fonksiyonlarını icra eden herkes sorumluluk kapsamına alınmıştır[142]. Söz konusu kanun hükmünün 1992 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde şirket işleri ile görevlendirilen ibaresi kullanılmışken değişiklik ile görevlendirilen kelimesinin yerine ilgilenen kelimesinin kullanılması da bu görüşü destekler niteliktedir[143]. Nitekim

[138] **Vetter:** Organbegriff, s. 9 vd.
[139] Bundan sonra İBK olarak anılacaktır.
[140] OR. Art. 754: Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.
[141] **Kunz:** Faktische VR, s. 176; **Meier-Hayoz, A./ Forstmoser, P.:** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, § 16 Nr. 576.
[142] **Meier-Hayoz/ Forstmoser:** § 16 Nr. 576 vd.
[143] **Kunz:** Faktische VR, s. 176

gerekçede de görevlendirilen kelimesinin yerine ilgilenen kelimesinin kullanılmasının kasıtlı olduğu ve sadece şekli organların değil fiili organlarında da sorumluluk kapsamına girdiği belirtilmiştir[144].

Sonuç olarak, şekli organların yanında karar alma yetkisini kullanarak şirket yükümlülüklerini yerine getiren, şirket iradesinin oluşumuna önemli şekilde katılan, bağımsız karar alma ve organa özgü görevleri yerine getirme yetkisi veya gücüne sahip olan kişilerin de fiili organ sayılarak sorumlu tutulacağı İsviçre öğretisinde ittifakla kabul görmektedir.

Fiili organ konumunun oluşup oluşmadığının tespitinde öncelikle organa özgü karar alma yetkisinin fiilen ele geçirilip geçilmediği ve organa özgü görevlere müdahale edilip edilmediği araştırılmalıdır[145]. Yargı kararlarında ele geçirme veya gasp etme ("Usurpation") kavramı henüz kullanılmazken öğretide bu kavrama değinilmeye başlanmıştır[146]. Ancak şekli veya maddi organlara yapılacak her türlü nüfuz uygulamasının her zaman fiili organ konumunun oluşmasına yol açmayacağını belirtmek gerekir.

Fiili organ, bağımsız, talimat almadan ve kendi sorumluluğu altında hareket etmelidir[147]. Bunun yanında imza yetkisi organ vasfını haiz olup olmadığının tespitinde tek başına yeterli bir ölçüt değildir.[148]

---

[144] Botschaft zum Aktienrecht: BB1 1983 II 935.
[145] **Knobloch:** s. 191
[146] **Vogel, Alexander:** Die Haftung der Muttergesellschaft als materialles, faktisches und kundgebenes Organ der Tochtergesellschaft, St. Gallen 1997, s. 302 vd.; **Knobloch:** s. 191
[147] **Pulaşlı:** Şerh C. II**:** § 55 N. 41; **Vetter/ Gutzwiller:** s. 224 vd.; **Bettina, Stutz/ Hans Caspar, von der Crone:** Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, SZW 2002, s.260-266, s. 263; **Widmer/ Banz:** Basler Kommentar, Art. 754 Nr. 7
[148] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 148; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, N. 743.

İsviçre Federal Mahkemesinin fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin içtihatları uzun yıllara dayanmakla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde 1991 yılında yapılan değişiklikle birlikte mahkeme de uygulanacak hukuki temeli gözden geçirmiştir. Federal mahkeme "görevlendirilen" ibaresinin "ilgilenen" olarak değiştirilmesini dikkate alarak fiili organ tanımını da bu temelde geliştirmiştir[149].

Federal Mahkeme' ye göre "organa tanınan kararları veren veya esasen şirket yönetimi ile ilgilenen ve böylece şirketin iradesinin oluşumunda önemli ölçüde söz hakkı olan kişiler" 754. madde anlamında şirket idare ya da yönetimi ile ilgilenmiş sayılabilir[150]. Federal Mahkeme aynı kararda "şirket yönetimi veya idaresi ile uğraşmaya (aynı şekilde görevlendirme)" olgusunun kapsamına sadece "açıkça bu sıfatla atanan karar organlarını" değil, organlara mahsus kararları fiilen alan veya bizzat şirket yönetimi ile ilgilenen ve böylece şirketin iradesinin oluşmasına önemli ölçüde katılan kişileri de almıştır[151]. Aynı şekilde 102 II 353 sayılı İsviçre Federal Mahkeme kararında ise yönetim kurulu işlerini yürüten tek pay sahibinin organ konumu kabul edilmiştir.

Federal Mahkeme 117 II 570[152] sayılı kararında, holding şirketinin her iki yavru şirketin satışına katılan çalışanın organ konumunu reddetmiştir. Bu karar organların irade oluşumuna belirleyici etki yaptıklarının anlaşılamaması sonucunda fiili organ konumunun oluşmasının mümkün olmadığı gerekçesine dayanmaktadır[153]. Söz

[149] **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel:** § 37 Nr. 5.
[150] BGE 128 III 92 sayılı karar s. 93. Karar için bkz.: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-III-92%3Ade
[151] BGE 128 II 93.
[152] Karar için bakınız: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-II-570%3Ade
[153] **Knobloch:** s. 199.

konusu kararda bu kişilerin holding şirketinin yönetim kuruluna sadece danışman olarak katılmalarının organ konumunun oluşmasında tek başına yeterli olamayacağı belirtilmiş ve bu durumun daha ziyade organ olarak nitelendirmeye yönelik bir emare olarak görülebileceği dile getirilmiştir.

114 V 213 sayılı kararda ise Federal Mahkeme, sadece imza yetkisi olan bir kişinin fiili organ konumunun oluştuğu ve sorumlu tutulması gerektiği iddiası karşısında sadece imza yetkisi olması olgusuna dayanarak fiili organ konumunun oluşmuş olduğu sonucunun çıkarılamayacağına hükmetmiştir.

Federal Mahkeme 128 II 29[154] sayılı kararında ise, ana şirketin yavru şirketteki yöneticisinin organ konumunu yavru şirketin kararlarını sadece hazırladığı ve uyguladığı, ayrıca sadece tek tük durumlarda yönetime özgü işlemleri yaptığı gerekçesi ile reddetmiştir[155]. Kararda yavru şirket yönetiminin yine onun şekli organları tarafından bizzat yerine getirildiği belirtilmiştir[156].

Sonuç olarak İsviçre öğretisi ve uygulaması dikkate alındığında fiili yönetim kurulu üyesinin İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. madde kapsamında sorumlu olduğu hususunun ittifakla kabul gördüğü söylenebilir[157]. Bu sonuç somut olarak Federal Mahkeme kararlarına da yansımış ve birçok karara imza atılmıştır. Bu kararlar doğrultusunda fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için gerekli olan

[154] Karar için bkz.: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-III-29%3Ade

[155] Kararın bu gerekçesini reddeden görüş için bkz.: **Bertschinger, Urs:** Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 455-477, s. 458 vd.

[156] **Knobloch:** s. 200.

[157] Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin olarak bkz.: **Pulaşlı, Hasan:** Tek Ortaklı Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve İsviçre Federal Mahkemesi' nin Buna İlişkin Üç Kararı, Batider 2009, C. XXV S. 4, s. 97-132, s. 99 vd.

şartlar şu şekilde sayılabilir: Kişi olma, organa özgü işlev icra etme veya şirket yönetimini elinde bulundurma, şirket iradesine katılma ve bu etkinin önemli derecede olması.

III. TÜRK HUKUKU' NDA

Türk hukuku bakımından anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin görüş ve tartışmalar İsviçre hukukunda olduğu kadar kapsamlı değildir. Özellikle mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde fiili organ gibi davranan kişilerin sorumlu tutulmasına yönelik herhangi bir hükmün mevcut olmaması fiili organ veya fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının gelişmesine engel olmuştur. Zira mülga Türk Ticaret Kanunu şirket yönetimine katılan kişilerin sorumluluğunu çeşitli maddelerde düzenlenmişti. Yönetim kurulu üyelerinin (TTK m. 336), müdürlerin (TTK m. 342) ve kurucuların (TTK m. 305-309) sorumluluğu hükme bağlanmış ancak fiili yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna imkân verecek herhangi bir hükme ya da ibareye yer verilmemiştir[158].

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin kıyasen yönetim kurulu üyesi dışındaki kişilere de uygulanabileceği öğretide savunulmuştur[159]. Bu görüşe göre mülga Ticaret Kanunu ' nun 336. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "idare meclisi azaları" ibaresi murahhas üyelerle, hemen hemen aynı yetkilere sahip murahhas müdürlerin sorumluluğuna da bu maddenin niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği kabul edilebilir. Bu kişilerin yani geçerli

[158] **Korkut:** Fiili YK, s. 1380.
[159] **Kırca, İsmail:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararların Hükümsüzlüğü, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 495-506, s. 505; **Helvacı:** s. 32.

şekilde seçilmiş ve ticaret siciline tescil olunmuş yönetim kurulu üyelerinin yanında şeklen bu sıfatı taşımamakla birlikte yönetim kurulunun görevine giren işleri ifa edenler, dolayısıyla bulunduğu konum veya kullandığı yetkiler sonucunda şirket iradesinin oluşmasına fiilen katılan kişiler de aynı sorumluluk rejimine sokulmalıdır ve Türk Ticaret Kanunu' nun 336. maddesi kıyasen uygulanmalıdır[160]. Ancak dile getirilen görüş aynı zamanda mevcut tartışmaları sona erdirmek adına, İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesine paralel bir düzenleme yapılması gerektiğini de açıkça belirtmektedir. Madde değişikliğini zorunlu gören bu görüşe göre, değişiklik yapılıncaya kadar mevcut düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir[161].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu tek madde halinde düzenlenmiş ve sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir. Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi, mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesi hükmünden birçok noktada ayrılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde, "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler" ibaresi kullanılarak sorumluluğun kapsamı bir hayli geniş tutulmuştur. Ancak Türk Ticaret Kanunu' nda bunun yerine açıkça " kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları " denilmek suretiyle kapsam mehaz hükme göre daha dar tutulmuştur[162].

[160] **Kırca:** Kararların Hükümsüzlüğü, s. 505.
[161] **Korkut:** Fiili YK, s. 1381; **Kırca:** Kararların Hükümsüzlüğü, s. 506; **Helvacı:** s. 33.
[162] **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 35.

Kanun koyucunun bu yönde düzenleme yapmasının bilinçli olduğu söylenebilir. Zira hükmün gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir[163]: *" Hükmümüzde, "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, " yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler " ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip " uğraşan " sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, "fiili organ"lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre' deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuza egemen olabileceği düşünülmüştür."*

Kanun koyucunun gerekçedeki ifadelerinden, İsviçre Hukukunda dile getirilen fiili yönetim kurulu üyeliğinin sınırı olmayan bir kavram haline gelmesi endişesini taşıdığı anlaşılmaktadır. Zira İsviçre Federal Mahkemesi öğreti tarafından haksız bulunan ve eleştirilen[164] bir kararında, küçük bir bankanın ticari mümessilinin (prokuristinin) sorumluluk hukuku bakımından organ olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre yönetim kurulu başkanı yanında gerekli olan imzayı atan ticari mümessil şirket işlerine önemli ölçüde katılmıştır[165]. Bu tür sakıncaları dikkate alan

[163] **Memiş, Tekin/ Bozbel, Savaş:** Karşılaştırmalı – Gerekçeli - İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2013, s. 802.
[164] **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 35 ve dn. 25' teki yazarlar.
[165] **Knobloch:** s. 199.

kanun koyucu "şirket işleri ile uğraşan" ibaresini hükme dâhil etmemiş ve "yönetici" kavramının yorumunu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır.

"Şeklen seçim ve ticaret siciline tescili yapılmamış kişiler" yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlık yapmış ve temel hususları aşacak biçimde yardımcı olmuşsa fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilir ve kanun hükmü ile gerekçesi dikkate alındığında 553. madde kapsamında sorumlu tutulabileceğinin kabulü mümkündür. Türk öğretisinde genel kabul gören görüş de, fiili yönetim kurulu üyesinin " yöneticiler " kapsamına dâhil edilerek sorumlu tutulması yönündedir[166]. Ayrıca fiili yönetim kurulu üyeliğinin tespitinde kullanılabilecek ölçütler olarak, şirket yönetimindeki etkinin önemli ölçüde ve üst düzeyde olması, şirket yönetiminde doğrudan etkili olunması ve şirket yönetimindeki etkinin devamlılığı ölçütlerinin kullanılabileceği öne sürülmüştür[167].

IV. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN TESPİTİNDE KULLANILABİLECEK ÖLÇÜTLER

Öğretideki baskın görüşe göre, hem gerçek hem de tüzel kişiler fiili organ olabilir[168]. Zira aksi görüşün bugün organ kavramının kapsamının belirlenmesinde baskın olarak kullanılan "işlevsel bakış açısı (funktionale Betrachtungsweise)" ile bağdaşması mümkün olmazdı[169]. Her ne kadar İsviçre Hukukunda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilememesinin bir sonucu olarak tüzel kişilerin fiili

[166] **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 35 ve N. 46; **Korkut:** Fiili YK, s. 1380 vd.; **Korkut:** İnançlı YK, s. 205.
[167] Bu ölçütler için bkz.: **Korkut:** Fiili YK, s. 1373 vd.
[168] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 717 vd.; **Vogel:** s. 389 vd.; **Kunz:** Faktische VR, s. 178-179; **Knobloch:** s. 192.
[169] **Knobloch:** s. 192.

organ sayılamayacağı görüşleri ileri sürülmüş olsa da[170], sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin pay sahibi ve alacaklıların korunması amacı dikkate alındığında tüzel kişilerin sorumlu tutulamayacağını öne sürmek düzenlemenin amacına aykırı düşer. Fiili organ olarak makam işgal eden tüzel kişilere onları sorumlu tutmamak yoluyla ek imkân sağlanarak düzenlemenin amacına ters düşülmemeli ve fiili organ olarak kabul edilmelidir[171].

Mülga Ticaret Kanunu döneminden farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda yönetim kurulu üyeliğine gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de seçilebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte Türk Hukuku bakımından tüzel kişilerin fiili organ kabul edilip edilemeyeceği tartışmasının yapılması mümkün gözükmemektedir. Bunun sonucu olarak gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin ve hatta devletin de fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

A. Organa Özgü İşlev Yerine Getirme

Anonim şirketin iradesine önemli ölçüde etki yapılması fiil organ konumunun oluşması için yeterli görülmez. Fiili organ konumundan söz edebilmek için, bu etkinin yönetim kuruluna özgü organ yetkilerine yönelik etki olması gerekir. Şekli organın organ niteliği ve bunun sonucu olarak potansiyel organ sorumluluğu geçerli şekilde yönetim kurulu üyesi olarak atanması marifetiyle ortaya çıkarken, fiili yönetim kurulu üyeliğinde organmış gibi hareket edip etmediği veya yönetim kuruluna ait görev ve karar alma yetkisi gibi yetkilerin kullanılıp kullanılmadığı araştırılmalıdır. Ancak bu

[170] Bu görüşler için bkz.: **Kunz:** Faktische VR, s. 178; **Länzlinger, Andreas:** Die Haftung des Kreditgebers, Schulthess Verlag, Zurich 1992, s. 178 vd.
[171] **Vogel:** s. 389.

sorulara olumlu cevap verilmesi halinde fiili yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilebilir[172].Yönetim kurulunun asıl organ yetkileri yönetim kurulunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesinde belirlenmiş olan devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerinden daha geniş bir anlam ifade eder[173]. Bu yetki ve görevler yönetim kurulu yetki alanında olan ve şirketin yönetimine ilişkin görev ve yetkilerdir[174].

Organa özgü işlev, organa yani konumuz yönünden yönetim kuruluna özgü yetkileri ifade eder. Yönetim kuruluna özgü yetkiler ise, şirketin iradesinin oluşumunda önemli ve belirleyici etkisi bulunan yetkilerdir[175]. Önem derecesi düşük, rutin, çerçevesi önceden belirli olan ve takdir yetkisi gerektirmeyen işler bu yetkilerin kapsamına girmez[176].

Organa özgü işlev yerine getirilmesi bağlamında, özellikle, üst düzey yönetime veya gözetime ilişkin hususlar önem arz etmektedir. Üst düzey yönetim kavramı şirketin yönetilmesine ilişkin tüm yetkilerin kaynağını oluşturan bir kavramdır. Yönetim kurulunun esas sözleşmede belirlenen amaç doğrultusunda şirketin hukuki, yapısal ve stratejik çerçevesinin belirlenmesi anlamına gelmektedir[177]. Bu kavramın kapsamına giren işler kanun koyucu tarafından bizzat 375. maddenin gerekçesinde sayılmıştır. Gerekçeye göre, *"üst düzey yönetim ile kastedilen, genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşılıp*

[172] **Knobloch:** s. 191; **Kunz:** Faktische VR, s. 179.
[173] **Kunz:** Faktische VR, s. 179.
[174] **Forstmoser:** Organbegriff, s. 147.
[175] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 592.
[176] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 593.
[177] **Doğan:** s. 175-176.

ulaşılmadığının veya ulaşılmayacağının belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespitidir." Bunun yanında üst düzey yönetimin kapsamına, şirket yöneticilerinin belirlenen amaca ulaşabilmeleri ve buna ilişkin araçları kullanabilmeleri için gerekli talimatları belirlemek de girer. Zira şirket amacının gerçekleştirilmesi, talimatların yönetim kademesindeki ilgililere verilmesiyle gerçekleşmektedir[178]. Yönetim kurulu, üst düzey yönetimin yanında şirket yönetiminde görevli olan kişilerin kanuna, esas sözleşmeye, şirket içi düzenlemelere, yönetim kurulu talimatlarına ve oluşturulan politikalara uygunluğunu gözetir (TTK m. 375/1). Üst gözetim[179] sadece normatif gözetimi, yani, yöneticilerin mevcut kurallara uygun hareket edip etmediklerinin kontrolünü değil, aynı zamanda şirket amacına uygun, verimli ve etkili şekilde yapılıp yapılmadığının gözetimini de kapsar[180].

İcra edilen görev ve yetkilerin yönetim kuruluna bahşedilen asıl organ yetkileri olmasının yanında fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilen kişinin, bu yetkileri kullanırken organmış gibi işlem yapmış ve hareket etmiş olmalıdır[181]. Başka bir deyişle, görev ve yetkilerin icrasının şeklinin de organa özgü olması gerekir[182]. Fiili yönetim kurulu üyesi şirketin yönetimine ilişkin yetkileri kullanmalı veya bağımsız şekilde yönetime ilişkin kontrol fonksiyonlarını elinde bulundurmalıdır[183]. Fiili yönetim kurulu üyesi bu yetkileri sanki kanuna uygun şekilde seçilmiş veya yetki devri

[178] **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014, §30 N. 231; **Doğan:** s. 176-177.
[179] Üst gözetime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Kayıhan, Şaban:** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu' na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 127 vd.
[180] **Doğan:** s. 196.
[181] **Kunz:** Faktische VR, s. 179; **Isler, Peter R.:** Die Kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schulders?, Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zurich 2004, s. 287-300, s. 293; **Maurenbrecher, Benedikt:** Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP7/1998, s. 1327-1347, s. 1336.
[182] **Knobloch:** s. 192.
[183] **Forstmoser:** Organbegriff, s. 132 dn. 28' deki yazarlar.

yapılmış yönetim kurulu üyesi ya da yönetici gibi kullanır ve sadece bu kişilere bahşedilmiş olan tipik organ fonksiyonlarını icra eder[184]. Sonuç olarak, diğer sorumluluk hukuku organları gibi fiili organlar da organa özgü görev icra etmelidir[185].

Organ tipikliği kavramı hiyerarşik bir oluşumu ifade etmektedir. Yönetim ve karar verme işlevi söz konusu olmalıdır. Yani hiyerarşik düzende daha alt düzeyde yer alan kişilerin işlevi veya hazırlayıcı işlev yeterli görülmemelidir[186]. Bu durumda ticari mümessiller ya da hiyerarşik oluşumun alt katmanlarında yer alan uzmanlar geniş kapsamlı karar alsalar dahi, bu kişilerin fiili yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilemez. Aksi görüş, organ kavramına ters düşmekte ve gerek organ kavramının gerekse fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının aşırı şekilde genişletilmesine yol açar[187]. Aynı şekilde başkasına ait bir borcu ifa eden veya bir borçtan doğan hakkı açıkça veya zımnen bu kişinin rızası dâhilinde ve talimatı altında kullanan kişi olarak tanımlanan yardımcı kişiler de fiili organ kategorisinde sayılamazlar[188]. Zira organ ve yardımcı şahıs kavramları birbirlerini bertaraf edici mahiyettedir. Yani bir kimsenin hem organ olarak hem de yardımcı şahıs olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Organ kendine has hareket eden ve tüzel kişinin fiili ehliyetinin bir sonucu ortaya çıkarken, yardımcı şahıs ile ancak istihdam edenin ilişkisi söz konusu olabilir[189].

İcra edilen görevlerin organa özgü olması bu kişilerin şirketin iradesinin oluşumuna "dâhili olarak" katılması gerektiği anlamına gelmektedir. Yani salt dış etki,

---

[184] **Gehriger:** s. 21-22.
[185] **Vetter, M./ Gutzwiller, Roman S.:** Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, s. 225.
[186] **Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter:** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, §16 Nr. 576a; **Kunz:** Faktische VR, s. 180
[187] **Kunz, Peter V.:** Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993, s. 185; **Bärtschi:** s. 102.
[188] Tanım için bkz.: **Helvacı:** s. 8.
[189] **Öztan:** s. 93.

örneğin bir borç veya kredi sözleşmesi akdedilmesi yeterli görülmez[190]. Sözleşme akdedilmesi sonucu ortaya çıkan her türlü etki fiili yönetim kurulu üyeliği konumuna yol açmasa da, sözleşme tarafının anonim şirkete uyguladığı etkilerin niteliğine bakılmaksızın, doğrudan organa özgü fonksiyon bahşedilmemesi de isabetli değildir[191]. Sözleşme tarafının kendi meşru menfaatlerini korumak amaçlı şirket üzerine uygulanan nüfuzun derecesi ve ne ölçüde etki doğurduğu dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varmak daha doğru gözükmektedir[192].

İsviçre Federal Mahkemesi de "Zubrunn[193]" kararında, bankayı sözleşmesel olarak tanınan yönetim kuruluna katılma, söz hakkı ve yönetim kuruluna düzenli üye gönderme hakları sebebiyle fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirmiş ve bankayı ortaya çıkan zarardan sorumlu tutmuştur. Federal Mahkemeye göre banka temsilcisi şirket iradesine "organ gibi" katılmış ve etki etmiştir. Zira bankanın temsilcisi yönetim kurulu ve yönetime ilişkin oturumlara üye gibi katılmış ve bunun yanı sıra bütün işlemlerde irade beyanında bulunmuştur.

Öğretide de genel olarak şirket içi kararlarına etki eden kişilerin ancak etkinin türü organa özgü ise fiili organ olacağı savunulmaktadır[194]. Burada şirketin iradesine katılan kişiler aracılığı ile şirket içi nüfuz söz konusudur. Bu özellikle şu durumlarda söz konusu olabilir: Yönetim kurulu oturumlarına katılma, tüm oturumlara davet

[190] **Forstmoser:** Organbegriff, s. 146 vd.
[191] **Vetter:** Organbegriff, s. 136; **Kunz:** Faktische VR, s. 180.
[192] **Kunz:** Faktische VR, s. 180.
[193] Bkz.: BGE 107 II 349. Kararın çevirisi için bkz.: **Tekinalp, Ünal:** Ortaklıklar Hukuku, N. 11-12.
[194] **Vogel:** s. 304.

edilme, yönetim kurulu kararlarının sorulması, yönetim kurulu işlemlerinin icrası, son söz hakkına sahip olmak[195].

Öğretide, özellikle "misafir olarak" da nitelendirilen veya tek bir oturuma ya da gündeme etki eden kişiler fiili organ olarak kabul edilmemektedir[196]. Ancak, bu görüşe karşı olarak fiili organların sıklıkla yönetime ilişkin bütün alanlara değil belirli bazı alanlara karışmak istediği öne sürülebilir. Bu bakımdan fiili organlar iradelerini sadece önemli gördükleri, şirketin iradesini etkileyen gündem veya oturumlarda açıklarlar. Bu sebeple kişinin tek bir oturuma katılması veya tek bir gündeme etki etmesi sebebiyle fiili yönetim kurulu üyeliği konumu baştan reddedilmemelidir. Aynı şekilde "misafir olarak nitelendirme" ölçütü kanuna karşı hile yolunu açan şekli bakış açısıdır. Zira fiili yönetim kurulu üyeliği nitelendirilmesinde önemli olan şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. O kişinin nasıl nitelendirildiği önem arz etmez[197].

Sorumluluğa yol açan maddi veya şekli organa şirket içinde uygulanan nüfuz ile sorumluluğa sebep olmayan şirket dışı etki arasındaki fark kural olarak doğru iken, yukarıda açıklanan ayrıma ilişkin ölçütler somut olayda kabul görmeyebilir. Zira yönetim kurulu oturumlarına katılma gibi şekli organ işlemlerinin esas alınması tek başına sorunların çözümlenmesine yardımcı olmayabilir veya yanlış çözüme ulaşılmasına yol açabilir[198].

Anonim şirkette yönetim kurulu kararları sirküler yolla alınabileceği gibi oturumlarda müzakere etmek ve ortak bir karar vermek suretiyle de alınabilir. Bu

---

[195] **Vogel:** s. 305; **Isler:** s. 293; **Kunz:** Faktische VR, s. 180; **Bertheau, Fortunat:** Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer, Schulthess Verlag, Zurich 1998, s. 133 vd.
[196] Bu görüş için bkz.: **Vogel:** s. 305; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, N. 666.
[197] **Vogel:** s. 306.
[198] **Kunz:** Faktische VR, s. 181;**Vogel:** s. 306; **Knobloch:** s. 196.

sebeple nüfuzun oturumlarda vuku bulması şart değildir. Bu nüfuz daha ziyade oturumlardan veya karar alınmasından hemen önce gerçekleşir[199]. Önemli olan bu nüfuzun şirketin doğrudan karar alma iradesinin oluşumuna etki etmesi ve bunun da fiili organ tarafından somut şekilde gerçekleştirilmesidir[200].

Organa özgü işlev şartının sınırlandırıcı (dar) şekilde yorumlanması gerektiği doktrinde kabul gören görüştür[201]. Zira aksi görüş fiili yönetim kurulu üyeliği kapsamının ve böylece sorumluluğun aşırı genişletilmesine yol açar. Fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı sınırı belirli olmayan bir kavram halini almamalıdır[202].

Sonuç olarak şirketin iç karar alma süjelerinden olan oturuma katılma gibi şekli organ işlemleri fiili organ konumunun tespiti için önemli bir emaredir ve özellikle şekli oy hakkını haizse fiili yönetim kurulu üyeliği konumu oluşması muhtemeldir. Ancak sadece bu ölçüte göre hareket etmek yanlış sonuca varılmasına sebep olabilir[203]. Şekli organ işlemleri fiili yönetim kurulu üyeliğinin ispatına hizmet eden önemli bir emaredir, fakat fiili yönetim kurulu üyeliğin belirlemesinde maddi bir şart değildir[204].

B. Şirket İşleri İle Uğraşma

Fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için gerekli olan şartlardan biri olan "şirket işleri ile uğraşma" ölçütü kümülatif değil alternatif bir şarttır[205]. Federal Mahkeme de fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin tanımda fiili yönetim kurulu

[199] **Böckli, Peter:** Schweizerischer Aktienrecht, Schulthess Verlag, Zürich 1996, Nr. 1996.
[200] **Vogel:** s. 306.
[201] **Kunz:** Faktische VR, s. 181; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, N. 663; **Bertheau:** s. 120.
[202] **Kunz:** Faktische VR, s. 181.
[203] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, N. 666; **Vogel:** s. 306-307; **Sauber,** s. 102 vd.; **Koeferli, Jürg:** Der Sanierer einer Aktiengesellschaft. Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Übershuldung und Verantwortlich, Schulthess Verlag, Zurich 1994, s. 191.
[204] **Knobloch:** s. 196.
[205] **Kunz:** Faktische VR, s. 181.

üyesini "resmen şirketin yönetim kurulu üyesi olmamakla birlikte organ gibi kararlar alan veya şirketin yönetimi ile ilgilenen ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna önemli ölçüde katılan kişiler" şeklinde ifade etmiştir[206]. Buna göre fiili yönetim kurulu üyesi organa özgü fonksiyon icra etmeli veya salt şirket işleri ile uğraşmalıdır[207].

Fiili organ bağlamında kullanılan şirketin işleri veya yönetimi kavramı, şirketin üst yönetimi, üst gözetimi, yönetim teşkilatının belirlenmesi ve genel kurul kararlarının yönetilmesi gibi özellikle devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri ifade etmektedir. Bu bakımdan "şirket yönetimi ile uğraşma" kavramı geniş şekilde yorumlanmalıdır. Sadece şirketin iç ilişkisine yönelik işlemler değil, aynı zamanda (özellikle şirketin temsili gibi) dış ilişkiye ilişkin işlemler de bu kapsama girer[208]. Yürütme organı olan yönetim kurulunun ana fonksiyonu şirketin yönetimi ve temsilidir. Bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 365. maddesinin 1. fıkrasında da açıkça düzenlemiştir. Buna karşın fiili yönetim kurulu üyesinin en önemli ve karakteristik fonksiyonu şirket yönetimi olarak tanımlanmaktadır[209]. Şirketin yönetimi işlevi ise daha ziyade karar alma yetkisini ifade etmektedir[210]. Ancak hiyerarşik düzende daha alt düzeyde yer alan kişilerin işlevi veya hazırlayıcı işlev yeterli görülmemelidir[211].

Şirket yönetimi ile uğraşma durumunun oluşması için fiili yönetim kurulu üyesi konumu bahşedilen kişi bağımsız olmalı, talimat almamalı ve kendi sorumluluk

[206] **Korkut:** Fiili YK, s. 1378. Karar için bkz.: BGE 107 II 349 vd.; 128 III 92 vd.
[207] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 674.
[208] **Gehriger:** s. 21.
[209] **Gehriger:** s. 21.
[210] **Doğan:** s. 115.
[211] **Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter:** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, §16 Nr. 576a; **Kunz:** Faktische VR, s. 180.

konumuna sahip olmalıdır[212]. Federal Mahkemeye göre de, fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması ve böylece organ sorumluluğu hükümlerinin uygulanması için şirket içi teşkilata göre bu kişinin bağımsız şekilde ve kendi sorumluluğunda hareket etmesi gerekir[213]. Bu bakımdan, kişinin organ konumuna karşı talimat bağlılığı da dikkate alınmalıdır[214]. Buna karşın karara salt yardım etme veya kararı hazırlayıcı nitelikte karara katılma yeterli olmaz[215]. Unutulmamalıdır ki özellikle büyük ölçekli şirketlerde alanında uzman kişiler gerek şeklen gerekse fiilen önemli kararlara zemin hazırlamak adına faaliyet gösterir ve hatta bazı durumlarda bu kararı bizatihi alır. Ancak bu kişilere organ gücü verilmez. Zira aksi durum organ kavramının aşırı genişlemesine ve buna bağlı olarak fiili yönetim kurulu üyeliğinin sonuçlarından biri olan sorumluluğun sınırının çizilememesine yol açar[216].

Fiili yönetim kurulu üyesi şirketin yönetimini çoğunlukla nüfuz uyguladığı yöneticilere talimat vermek suretiyle gerçekleştirir ve kural olarak bunu açık şekilde değil geri planda ve gizli şekilde gerçekleştirir[217]. Şirket işleri ile uğraşma durumu doğrudan ya da dolaylı olarak oluşabilir. Dolaylı şekilde şirket işleri ile uğraşma, örneğin inançlı yönetim kurulu üyesi veya 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 359. maddesinin 5. fıkrasında uyarınca Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, bu kişilerin yönetim kuruluna seçilen gerçek kişi temsilcileri eliyle gerçekleştirilebilir. Şirket yönetiminin doğrudan veya

[212] **Vogel:** s. 311; **Vetter/ Gutzwiller:** s. 225.
[213] Karar için bkz.: **Vetter/ Gutzwiller:** s. 225 dn. 10.
[214] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 660.
[215] **Vetter/ Gutzwiller:** s. 225.
[216] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 659.
[217] **Gehriger:** s. 21.

dolaylı olarak icra edilmesinin fiili organ konumunun oluşmasına herhangi etkisi yoktur[218].

C. Organa Özgü Görevlerin Fiili Olarak Ele Geçirilmesi (Usurpation)

Yönetim kurulu üyelerine veya kendisine kanuna uygun olarak yetki devri yapılmış kişilerin organa özgü karar alma yetkilerine uygulanacak olan her türlü etki veya nüfuzun sonucunda fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşmayacağı görüşü tartışmalı olmamakla birlikte, fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının kapsamının aşırı genişlemesine engel olmak amacıyla ayrıca gereklidir. Bu sebeple doktrinde organa özgü karar alma yetkisinin fiilen ele geçirilmesi (Usurpation) ölçütü öne sürülmüştür[219]. Yani nüfuz uygulayan kişi organa özgü karar alma yetkisini fiilen ele geçirmiş olmalıdır. Buna karşın bazı yazarlarca tek başına karara etkide bulunma veya katılma yeterli sayılmamaktadır[220].

Nüfuzun hangi dereceden itibaren organa özgü karar alma yetkisinin ele geçirilmesi sonucunu doğuracağı belirlenirken nüfuz uygulayan üçüncü kişi ile nüfuzun uyguladığı kişi arasındaki ilişkinin dikkate alınması gerekir. Buna karşın kararların alınmasından şeklen sorumlu olan kişiler ihtiyari olarak yani böyle bir güç ilişkisi söz konusu değilken karar alma yetkisinden vazgeçerse, fiili yönetim kurulu üyeliği konumundan bahsedilemez[221]. Şeklen sorumlu olan kişilerin iradesi esas alınırsa üçüncü kişilerin fiili yönetim kurulu üyeliği konumu az ya da çok tesadüflere bağlanmış olur. Buna karşın söz konusu nüfuz kanıtlanır ve zikredilen güç ilişkisi de

[218] **Vetter/ Gutzwiller:** s. 225.
[219] **Knobloch:** s. 200; **Vogel:** s. 302 vd.
[220] **Kunz:** Faktische VR, s. 181.
[221] **Knobloch:** s. 201; **Vogel:** s. 303.

söz konusu ise nüfuz uygulayan üçüncü kişinin fiili yönetim kurulu üyeliğinin varlığı için aksi ispat edilebilir olan adi karine ortaya çıkar[222].

Karar alma mekanizmasına el koyma ölçütünün kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak olan bir diğer soru işareti, kararlara salt katılmanın ya da birlikte etkide bulunmanın yeterli olup olmayacağıdır. Öğretinin ağırlıklı kısmı, fiili organ konumunun oluşabilmesi için karara salt katılma ya da birlikte etkide bulunmanın yeterli olmayacağı görüşündedir[223].

Öğretideki aksi görüş ise, fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun sadece karar alma mekanizmasını bir bütün olarak ele geçiren üçüncü kişilerle sınırlandırılmasını işlevsel bakış açısına aykırı bulmakta ve böylece karara katılmayı yeterli bulmaktadır[224]. Zira şekli veya maddi organlar karara katılsalar dahi sorumluluk hükümlerine tabi olmaktadırlar[225]. Hal böyle iken fiili organlar için aksi düşünceye sebep olacak bir gerekçe bulunmamaktadır.

Karar alma yetkilerinin fiilen ele geçirilmesi ve böylece fiili organ konumunun oluşması için gerekli olan güç ilişkisi, nüfuz uygulanan kişinin karar alma mekanizmasını fiili biçimde nüfuz uygulayana bırakacak şekilde etkili olması gerekir. Böylece bu kişiler hukuken karar alabilen kişiler olarak gözükse de fiilen karar alabilme yetkisi yoktur. O halde güç ilişkisi fiili duruma göre belirlenir. Ancak hukuken kendisine tanınan yetkilerle belirlenmez[226].

---

[222] **Knobloch:** s. 201-202.
[223] **Vogel:** s. 309; **Kunz:** Faktische VR, s. 181-182; **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 7.
[224] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 659; **Bertheau:** s. 121; **Böckli:** Aktienrecht 2009, §18 Nr. 109.
[225] **Knobloch:** s. 202-203
[226] **Knobloch:** s. 203.

Nüfuz uygulanan kişinin fiili bakımdan hangi andan itibaren karar alamaz hale geleceği de belirli hale getirilmelidir. Aksi halde nüfuz uygulayan üçüncü kişinin hangi halde fiili yönetim kurulu üyesi sayılacağı tesadüflere bırakılmış olur. Burada etkide bulunan üçüncü kişi için sorumluluğa yol açması ve şekli organın ise karar alma yetkisi kısıtlanmış olsa bile sorumlu kalmaya devam edecek olması sebebiyle son derece kesin kıstaslara ihtiyaç vardır[227].

Fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için gerekli olan güç ilişkisi şekli organın nüfuza karşı direnç göstermesinin objektif açıdan mümkün olmaması sonucuna yol açacak derecede olması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Şekli işlev yerine getiren kişi için objektif katlanılmazlığın belirlenmesinde ortalama bir yönetici esas alınarak, bu tür bir nüfuz uygulanmasının şirketin yönetimini yönlendirmek için uygun olup olmadığı incelenmelidir[228]. Şekli veya maddi organ görevinden, vekâlet ya da istihdam ilişkisinden azli veya onun ya da ailesinin hayatının tehdit edilmesi söz konusuysa nüfuza karşı mukavemet gücünün olmadığı kabul edilebilir[229].

Üçüncü kişi tarafından uygulanan nüfuza karşı direnç gösterilmesi halinde şirketin ekonomik hayatının tehlikeye düşmesi ihtimali varsa, şirket ve şekli yönetim kurulu için nüfuza karşı direnç gösterme imkânının olmadığı savunulabilir. Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin önerisinin kabul edilmemesi halinde şirketin ekonomik hayatı tehlikeye düşmekte ve alternatif bir finansal destek bulunamamaktadır. Ancak, örneğin şirketin ayakta kalması için gerekli olmayan bir proje için aynı şey söylenemez[230]. Aynı durum üçüncü kişinin tekelinde bile olsa lüks bir ürün için de

[227] **Knobloch:** s. 203.
[228] **Knobloch:** s. 204.
[229] **Vogel:** s. 309; **Knobloch:** s. 204.
[230] **Knobloch:** s. 204-205.

geçerlidir. Bu durumda şirketin zor bir durumda kaldığı veya bu sözleşmeyi yapmak zorunda olduğundan bahsedilemez. Buna karşın bir sözleşmenin akdedilmesi şirketin ayakta kalması için gerekli ise (örneğin bir fabrika yer alan önemli bir makineyi çalıştırmak için belirli bir yedek parçaya ihtiyaç varsa, bu parça tek bir kişinin elindeyse ve bu parçanın olmaması hainden makine çalışamayacak hale gelecekse[231]) söz konusu tekel durum gerekli olan güç ilişkisine yol açabilir[232].

Güç ilişkisi öyle bir duruma gelmeli ki şekli veya maddi organların nüfuz uygulayan üçüncü kişi anlamında karar vermeden kaçınması objektif olarak beklenilmez olmalıdır. Böylece şekli veya maddi organlar kendilerinin görev, vekâlet veya istihdam ilişkilerinin sona ereceğini düşünmeli ya da şirketin ekonomik varlığını sürdürmesi için başka bir imkânının olmaması gerekir[233].

Sonuç olarak, eğer bir kimse yukarıda açıklandığı üzere organa özgü karar alma mekanizmasını fiilen ele geçirirse, fiili yönetim kurulu üyeliği konumu oluşabilir. Karar alma mekanizmasının fiili olarak ele geçirilmiş olması ise karar alma mekanizmasına fiili bir etki ya da güç ilişkisi sebebiyle kararın alınması ya da alınmamasına müdahale edilebilmesi halinde söz konusu olur. Buna karşın nüfuz uygulayan üçüncü kişi tarafından bağımsız bir karar verilmesi gerekli olamasa da çoğunlukla nüfuzun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır[234].

Nüfuz uygulayan üçüncü kişi ile buna maruz kalan şekli veya maddi organ arasında özel bir güç ilişkisi yoksa karar alma mekanizmasının fiilen ele

[231] Örnekler için bkz.: **Knobloch:** s. 205
[232] **Knobloch:** s. 205.
[233] **Knobloch:** s. 205
[234] **Knobloch:** s. 205.

geçirilmesinden de söz edilemez. Bunun sonucu olarak nüfuz uygulayan üçüncü kişinin fiili organ konumundan da bahsedilemez. Buna karşın özel bir güç ilişkisi söz konusu olursa ve üçüncü kişinin şeklen belirlenen karar alma yetkisi olan kişiye etkide bulunması sonucunda şeklen belirlenen ve karar alan kişi karar alma yetkisinden vazgeçerse veya vazgeçmek zorunda kalırsa karine olarak organ konumu bahşedilir. Zira bu durum zikredilen beklenilmezliğin objektif hale getirilmesinin bir sonucudur. Böyle bir karar, fiili ele geçirme sonucu verilmiş bir karar olarak kabul edilir. Aynı şekilde ortalama bir kişi nüfuza karşı artık mukavemet gösteremiyorsa veya bu yolla şirketin ekonomik geleceği tehlikeye düşüyorsa etkiye direnç göstermesi beklenilemez hale gelmiş olur.

D. Şirketin İradesinin Oluşmasına Etki

Daha önce zikredildiği gibi fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için üçüncü kişi tarafından şekli ya da maddi organa nüfuz uygulanmış olması gerekir. Ancak bu etki gerekli olsa da fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için yeterli değildir[235].

Söz konusu nüfuz uygulaması şirketin kararlarını veya irade oluşumunu etkilemelidir. Burada zikredilen "karar" daha ziyade şirket yönetimine veya politikasına yönelik olmalıdır[236]. Bu nüfuz ile fiili yönetim kurulu üyesi şirketin iradesinin oluşumuna doğrudan etki etmiş olmalıdır[237].

[235] **Kunz:** Faktische VR, s. 181.
[236] **Kunz:** Faktische VR, s. 181-182.
[237] **Bilgili:** s. 33; **Korkut:** Fiili YK, s. 1375.

Yönetim kurulu kararlarına katılsalar dahi, yalnızca istişari nitelikte görüş bildiren kişiler yani danışmanlar veya şirketle hiçbir ilişkisi bulunmayan üçüncü kişiler güç ilişkisi söz konusu olsa bile şekli organın fiilen karar verme imkânını elinden alamazlar[238]. Bu kişilerin etkisi karar verme temelini hazırlamakla sınırlıdır[239]. Zira bu kişiler şirket yönetimine ilişkin kararlara doğrudan etki değil, dolaylı bir etkide bulunurlar[240]. Bu kişilerin fiili yönetim kurulu üyeliği kapsamına alınması kavramın sınırsız şekilde yorumlanmasına yol açabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki sadece imza yetkisi olmasından hareketle bir kişinin fiili yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilemez[241]. Federal Mahkeme de 114 V 213 numaralı kararında sadece imza yetkisinin varlığından hareketle fiili organ konumunun oluştuğu sonucuna varılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

E. Nüfuzun Önemli Derecede Olması

Fiili yönetim kurulu üyeliğinin şartlarına ilişkin olarak ortaya çıkan tartışmalardan biri de gerekli olan nüfuzun yoğunluğu hususunda ortaya çıkmaktadır. Öğretide nüfuzun hangi yoğunluğa ulaşmasından itibaren fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşacağı farklı şekilde cevaplandırılmıştır.

Gehriger[242], fiili organın "bağımsız şekilde" karar alabilmesini şart koşmaktadır. Forstmoser ise, "karar alma mekanizmasına katılmayı", fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için yeterli görmüştür[243]. Son olarak Vogel, yönetim kurulu veya

[238] **Knobloch:** s. 205; **Korkut:** Fiili YK, s. 1375.
[239] **Homburger:** Art. 707 Nr. 134; **Krneta, Georg:** Praxiskommentar Verwaltunsrat, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2005, s. 2071.
[240] **Korkut:** Fiili YK, s. 1375.
[241] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 148; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 743.
[242] **Gehriger:** s. 22.
[243] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 659.

yöneticilerin üçüncü kişi ile aralarındaki güç ilişkisi sebebiyle bu kişilere karşı koyamaması, görev ve yetkilerinin ele geçirilmesine katlanmak zorunda kalmış olması, tabiri caizse elinin kolunun bağlanmış olmasını zorunlu görmektedir[244].

Görülüğü üzere, öğretinin bir kısmı fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için salt karara katılma ya da birlikte etkide bulunmanın yeterli olmayacağı görüşündeyken, bazı yazarlar aksi görüştedir. Bizim de katıldığımız aksi görüşte olan yazarlara göre, fiili organ konumunun sadece karar alma mekanizmasını ele geçiren üçüncü kişilerle sınırlandırılması organ kavramının geniş yorumlanması ile bağdaşmamaktadır. Şekli ya da maddi organların sorumluluğunun doğması için karara katılma yeterli görülmüşken fiili organlar için yeterli olmaması tutarsızdır. Organmış gibi hareket eden bu kişiler için de karara katılmanın yeterli görülmesi gerekir[245].

Söz konusu nüfuzun sıklığı öğretide tamamlayıcı ölçüt olarak ileri sürülmektedir. Nüfuzun bir kere veya çok sayıda vuku bulması fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşmasında önem arz etmez. Bizim de katıldığımız görüşe göre bir kerelik etki dahi fiili organ konumunun oluşması için yeterlidir[246]. Söz konusu nüfuzun düzenli ve sürekli olması gerekmez. Genellikle bir kerelik ve sonuca yönelik nüfuz yeterli olabilmektedir.[247] Önemli olan bu nüfuzun diğer şartları da sağlayacak nitelikte olması ve şirket iradesini önemli ölçüde etkilemesi veya karar almaya ilişkin görev ve yetkilerin tek bir karar için bile olsa ele geçirmesi sonucuna yol açmasıdır. Bir kerelik etki, bu etkinin yapıldığı andan itibaren fiili organ konumunun süreklilik

[244] **Vogel:** s. 303.
[245] **Knobloch:** s. 202-203.
[246] **Hünerwadel:** s. 98; **Vogel:** s. 310 vd.
[247] **Vogel:** s. 310; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 669; **Hünerwadel:** s. 98.

kazanacağı anlamına gelmez. Bilakis sadece uygulanan nüfuz sonucu alınan karar için fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluştuğu anlamına gelir[248].

[248] **Knobloch:** s. 194.

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE İLİŞKİN UYGULAMADAN ÖRNEKLER

§5. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE İLİŞKİN UYGULAMADAN ÖRNEKLER

Fiili yönetim kurulu üyesi uygulamada çok çeşitli durumlarda karşımıza çıkabilir. Fiil yönetim kurulu üyeliğinin şartlarının sağlandığı her durumda bu konumdan bahsedilebilir. Ancak burada fiili yönetim kurulu üyeliğinin uygulamada en çok ortaya çıkabilecek durumlar açıklanmaya çalışılacaktır. Uygulamada daha çok karşılaşılabilecek haller şunlardır: Şirket yönetiminin geçerli olmayacak şekilde devri, hâkim pay sahibi, şirketler topluluğunda hâkim şirket, banka veya kredi kuruluşları, danışmanlar ve kamu tüzel kişilerin göndermiş olduğu temsilciler.

I. YÖNETİMİN DEVRİNİN GEÇERSİZ OLDUĞU HALLER

Anonim şirket yönetim kurulu, kurul organ halinde çalışır ve şirketi mevcut üyelerinin çoğunluğu ile aldığı kararlar doğrultusunda yönetir. Esas sözleşmede aksine bir hüküm mevcut değilse, yönetim yetkisi kurul olarak çalışan yönetim kuruluna aittir. Kanun da bu durumu Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesinde "yönetim, devredilmediği takdirde yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir." demek suretiyle düzenleme altına almıştır[249].

Kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan yönetim yetkisinin bütün yönetim kurulu üyelerince kullanılması daha çok küçük anonim şirketlerde ve aile şirketlerinde görülmektedir. Şirketlerin ticari faaliyetlerinin hacmi ve çeşitliliği arttıkça yönetim

[249] **Doğan:** s. 113 vd.

kurulunun bütün işleri kurul halinde yerine getirmesi de zorlaşmaktadır. Kanun koyucu bu gerçeği dikkate alarak yönetimin kısmen ya da tamamen yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilmesi imkânı getirmiştir. Böylece yönetim kurulu üyeleri yönetim ve temsil yetkisini yöneticiler ile paylaşabilecek ve şirket yönetimini şirketin uzun veya kısa vadeli plan ve amaçlarına göre organize edebilecektir[250].

Yönetim yetkisinin devredilmesi konusunda yönetim kurulu tamamen serbest bırakılmamış ve yönetimin devri kanun tarafından bir takım şartlara bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesine göre yönetimin devredilebilmesi için yönetim yetkisinin devrine izin veren esas sözleşme hükmünün varlığı ve buna ilişkin iç yönerge hazırlanması zorunludur. Bu şartların yanında Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesinde beş bent halinde sayılan devredilemez ve vazgeçilemez yetkiler yönetim yetkisi devrine konu olamazlar.

Kanunda, esas sözleşmede veya iç yönergede belirtilen şartlara uyulmadan yapılan yetki devrinin akıbeti tartışmalı olsa da, öğretinin mutabakata vardığı husus bu tür bir devrin, sorumluluk açısından herhangi bir etkisinin olmamasıdır[251]. Öğretide bir görüşe göre, usulüne uygun yapılmamış bir yetki devri geçersiz olmaktadır. Kanuna uygun olmayan yetki devri halinde yönetim kurulu yetkisini hiç devretmemiş sayılır. Yönetimin devri işleminin geçersiz olmasının bir sonucu olarak, devir işlemi hiç yapılmamış kabul edildiğinden sorumluluk hukuku bakımından herhangi bir sonucu olmaz. Yani geçersiz bir şekilde devredilen yetkilerin üçüncü kişilerce

[250] **Doğan:** s. 114.
[251] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 592 vd.; **Doğan:** s. 268; **Pulaşlı:** Genel Esaslar, § 20 N. 109 vd.

kullanılmasından bütün yönetim kurulu üyeleri müteselsil sorumlu olmaya devam ederler[252]. Öğretideki diğer görüş ise Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesindeki usule uyulmaksızın yönetim veya temsil yetkisinin devredildiği hallerde yetki devrinin geçerli olduğu, aksi görüşün bahsi geçen yetkileri devredilemez ve vazgeçilemez olmaktan çıkaracağını savunmaktadır. Zira yönetim yetkisinin devri için esas sözleşmede hüküm şartının aranması bu yetkinin kullanımının genel kurula bırakılması anlamına gelir. Ancak Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesine uyulmaksızın yapılan yetki devri geçerli sayılsa bile, 553. madde uyarınca yönetim kurulu üyeleri devir yapılmamış gibi sorumlu olmaya devam ederler[253].

Türk Ticaret Kanunu' nun 367. maddesine uyulmaması suretiyle yapılan yetki devri sonucu hukuki veya usulüne uygun bir yetki devrinden değil, ancak 366. madde uyarınca iç ilişkiye özgü bir işbölümünden söz edilebilir[254]. Bunun sonucu olarak usulüne uygun yetki devri söz konusu olmadığından sorumluluk devrinden de bahsedilemez ve bütün yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam ettiği söylenebilir[255].

Yetki devri yapılmak istenen üçüncü kişi bakımından durum değerlendirildiğinde, fiili yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Zira anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, yönetimin münferit görevleri ya da yönetim görevlerinin devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler saklı kalmak üzere tamamının esas sözleşmede hüküm olmaksızın ya da iç yönerge hazırlanmadan

[252] **Doğan:** s. 268 ve dn. 756' daki yazarlar.
[253] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 617 vd.
[254] **Çamoğlu, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 193.
[255] **Doğan:** s. 269; **Çamoğlu:** s. 193.

veyahut yönetim kurulu kararı alınmaksızın bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde şirket yönetiminin yetkisiz ya da usulsüz devri söz konusu olur[256]. Devir hukuken geçersiz olduğundan devir yapılmak istenen üçüncü kişi kabul beyanında bulunsa bile bu kişiler kendiliğinden organ niteliği kazanamazlar. Ancak bu kişilerin devir gerçekleşmiş gibi şirket yönetimi ile uğraşmaları halinde, bu kişinin yönetici konumunda olması mümkün değilse de, fiili yönetim kurulu üyeliği konumundan bahsedilebilir ve oluşan zararlardan yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu tutulabilir[257].

II. ANA (HÂKİM) PAY SAHİBİ

Pay sahibi, payın veya pay senedinin maliki olarak tanımlanabilir. Hâkim pay sahibinden ise, Türk Ticaret Kanunu' nda öngörülen yetersayıları ya tek başına ya da başka bir veya birkaç grupla birleşerek gerçekleştiren yahut payların çok dağılması sebebi ile anonim şirket üzerinde etkili olabilen veya onu yönetebilen pay sahibi anlaşılır[258].

Türk hukukunda, anonim şirketlerde pay sahibinin sorumluluğu kural olarak düzenlenmemiştir. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin tek borcu vardır. Bu da pay sahiplerinin ödemeyi taahhüt ettikleri payların karşılıklarının ifasıdır (TTK m. 480)[259]. Sonuç olarak anonim şirketlerde pay sahibinin gerek anonim şirkete gerekse diğer pay sahiplerine karşı taahhüt ettiği sermayeyi ödemekten başka bir borcu olmadığı ve ona

[256] **Böckli:** Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich/ Basel/ Genf 2004, §13 Nr. 522.
[257] **Vetter:** Organbegriff, s. 72.
[258] **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, N. 1019.
[259] **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, N. 810-815.

esas sözleşmeyle başka borç yüklenemeyeceği anlamına gelen tek borç ilkesi geçerlidir[260].

Hâkim pay sahibi, yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemişse fiili yönetim kurulu üyesi olması durumu ile karşı karşıya kalabilir. Zira her ne kadar bu kişi yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemiş olsa da devam eden şirket içi menfaati söz konusudur ve bunların korunmasına yönelik olarak hareket edebilir. Bu davranışlar pay sahipliği haklarının kullanılması ile açıklanabildiği sürece hâkim pay sahibinin sorumluluğuna yol açmayacaktır[261]. Ancak hâkim pay sahibi, menfaatlerini korumaya yönelik olarak şirket yönetimi ile uğraşmaya başlarsa fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilir. Pay sahibinin şirket yönetimi ile doğrudan veya dolaylı şekilde uğraşması önem arz etmez. Örneğin, hâkim pay sahibi inançlı yönetim kurulu üyesi aracılığı ile şirket yönetiminde etkili olmuş ve şirketin iradesine önemli ölçüde etki etmiş olabilir. Hâkim pay sahibi özellikle şirketin yönetim organına verdiği talimatlar marifetiyle yönetim organı üzerinde güç uygulayabilir[262]. Burada önem arz eden konu, hâkim pay sahibinin menfaatlerini korumaya yönelik davranışlarının şirket yönetimi ile uğraşılması veya yönetim kurulunun alması gereken kararları bizatihi kendisinin alması sonucuna yol açıp açmamış olmasıdır[263].

[260] **Tekinalp:** Sermaye Ortaklıkları, N. 14-91.
[261] **Böckli:** Aktienrecht 2009, §18 Nr. 146.
[262] **Gross:** s. 91 vd.
[263] **Vetter:** Organbegriff, s. 72-73.

III. KREDİ KURULUŞLARI VE ÖZELLİKLE BANKALAR

A. Kredi Veren Konumundaki Bankanın Fiili Organ Konumu

Kredi kuruluşları ve bu bağlamda özellikle bankalar, kredi verirken kredinin sağlanması yanında sattıkları paranın geri dönüşünü de önemsemek zorundadır. Verilen kredinin büyüklüğü arttıkça sağlanan kredinin bankaya geri ödenmeme riski de bu oranda artmaktadır. Bunun yanında özellikle bankanın müşterisinin mali durumunun iyi olmaması ve böyle bir müşteriye kredi sağlanması halinde kredinin bankaya geri dönüşü de oldukça büyük bir riske atılmış olmaktadır. Kredi kuruluşları bu riski göz önünde bulundurarak kredi talebinde bulunan müşterilerinin kredi taleplerini değerlendirirken oldukça kapsamlı bir araştırma yapmaktadırlar. Konumuz açısından müşterilerin ticaret şirketleri olduğunu göz önünde alırsak, bankalar şirketlerin bilanço, gelir tablosu, mizan gibi belgeler ile ortaklık ve yönetim yapısı gibi durumları inceleyerek kredi sağlayıp sağlamama hususunda karar vermektedir. Bu bakımdan söz konusu bilgi ve belgeler kredinin limiti, vadesi ve geri ödeme planı gibi önemli hususların belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir[264].

Kredi kuruluşları özellikle mali durumu iyi olmayan şirketlere yüksek miktarda kredi sağlarken kredinin geri ödenememesi riskini göz önünde tutarak şirket içinde bazı yetkilere sahip olmak istemektedirler. Bu bakımdan bankalar kredi verdikleri müşterilerinin bir anlamda mali danışmanları haline gelmektedir. Böylece kredi sözleşmesinin tarafı ve alacaklısı olarak bankalar sık sık şirket yönetimine müdahale etme eğiliminde olmaktadır. Özellikle, şirketin yeniden yapılandırılması ve mali

[264] **Yılmaz, Songül:** Ticari Bankalarda Kredi Portföyü ve Kredi Riski Yönetimi – Bankacılık Sektöründe Bir Uygulama, İstanbul 2010, s. 38 vd.

durumunun düzeltilmesi bankanın vereceği kredi marifetiyle yapılacaksa bankalar şirket yönetiminde söz sahibi olmak amacıyla kredi sözleşmesinde şirket yönetimine ilişkin bazı haklar elde etmek istemektedir.

Bankaların şirket yönetiminde söz hakkı elde etme eğilimi, kredi kuruluşlarının kredi verdikleri şirketlerin fiili organı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunu akıllara getirmiştir. Bu bağlamda kredi sözleşmesinin bir tarafı olan bankaların, şirketin yeniden yapılandırılmasına yönelik sağladığı kredi sonucu ortaya çıkabilecek nüfuz uygulamasının bankaların sorumluluğuna yol açıp açmayacağının belirlenmesi önem arz etmektedir[265].

Bu konuya ilişkin olarak Federal Mahkeme bir kararında[266], bankaların da fiili organ konumunu kabul etmiştir. Karara konu olan olayda kredi kuruluşu olarak banka şirkete pay sahibi olarak katılmış, şirkete azınlık pay sahibi olarak girmekle kalmamış, ayrıca temsilci olarak gönderdiği kişiyi yönetim kurulu oturumlarına katılmasını sağlamıştır. Banka, temsilcisi vasıtasıyla yönetim kurulu oturumlarının gündem maddelerine ilişkin olarak görüş bildirmiştir. Bunun yanında banka, şirket ile danışmalık sözleşmesi akdetmiş ve bu sözleşme sayesinde geniş kapsamlı bir inceleme hakkı elde etmiştir. Bu sözleşmenin asıl amacı ise bankaya yönetim kurulunda gizli sandalye sağlamaktır. Şirket ayrıca sermaye artımına gitmiş ve aynı bankanın başka bir yavru şirketine de aynı hakları tanımıştır. Böylece banka kredi ilişkisini kullanmak suretiyle bazı haklar elde etmiş ve şirket iradesine dolaylı yoldan iştirak etmiştir.

[265] **Wolf:** Nr. 385; **Kunz:** Faktische VR, s. 187; **Länzlinger:** s. 190 vd.
[266] BGE 107 II 349 no' lu karar. Bu karar için bkz.: **Tekinalp, Ünal:** Ortaklıklar Hukuku, N. 11-12.

Federal Mahkeme, banka veya temsilcilerinin kararların alınmasında etkili olduklarını belirterek, onlara karşı açılan sorumluluk davasını kabul etmiştir[267].

Federal Mahkeme bir diğer kararında[268] ise, bankanın kredi sözleşmesinin alacaklısı olarak kendi menfaatlerini gözetmek amacıyla aldığı önemler veya elde ettiği hakların doğrudan şirketin fiili organı hale getirmeyeceğini belirtmiştir. Özellikle borçlunun gelişiminin çok yakından izlenmesi, iyileştirmeye ilişkin önemler alınması, alacaklıların talebi, kredi verilmesinin ya da borçların vadesinin ertelenmesinin şarta bağlanması doğrudan şirket işlerine karışılması durumu oluşturmaz[269].

Banka, sadece danışmanlık hizmeti sağladığı ve ne açıkça ne de üstü kapalı şekilde bazı alanlarda karar alma yetkisine sahip olmadığı sürece kredi sözleşmesi kapsamasında yapılan danışmalık hizmeti bankanın fiili organ konumuna yol açmaz. Bu danışmanlık faaliyetinin kararlara etki etmesi fiili organ konumunun oluşması bakımından önem arz etmez. Bankanın şirket için sadece danışmanlık faaliyeti yürütmesi halinde, yani bankanın herhangi bir şekilde karar alma yetkisi olmaması halinde bankanın fiili organ konumundan bahsedilmesi mümkün olmaz[270]. Bankanın danışmanlık faaliyeti yapması ve bu suretle kararlara etki etmesi fiili organ olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmez. Danışmanlık yapmak yoluyla kararlara yapılan dolaylı etki ile karar alma yetkisinin varlığı arasındaki sınır kredi kuruluşu ile şirket

[267] Karar için bkz.: **Kunz:** Faktische VR, s. 187-188.
[268] BGE 136 III 14.
[269] **Kunz:** Faktische VR, s. 188.
[270] **Knobloch:** s. 232-233.

yönetim kurulu veya şirket arasındaki kredi sözleşmesi ile doğan güç ilişkisi incelenmek suretiyle belirlenebilir[271].

Belirtmek gerekir ki, bankanın özellikle zor durumdaki şirkete kredi sağlaması veya yeniden yapılandırılmaya giden şirkete kredi verilmesi sebebiyle kavuştuğu güçlü konum onu doğrudan fiili organ yapmaz. Aynı şekilde kredi sözleşmesinin bir tarafı olan bankanın verdiği sözleşmesel kararlar kredi alan şirketi etkilese dahi bankayı doğrudan fiili organ haline getirmez. Kredi sözleşmesinin feshedilmesi veya alacaklar için mehil verilmesinden vazgeçilmesi gibi şirketi büyük ölçüde etkileyecek ve hatta ekonomik mahvına yol açacak kararlar sözleşme tarafı olan bankanın sözleşme ilişkisi bakımından verdiği kararlar olduğundan şirket yönetimini etkilese bile bankaya fiili organ konumu bahşetmez. Zira burada bankanın şirkete etkisinden bahsedilse de bu etki organa özgü değildir. Böyle bir etki nüfuz uygulayanın etkisinin organa özgü olması ölçütünü sağlamadığından fiili organ konumuna yol açmaz[272].

Kredi kuruluşlarının kredi sağladıkları şirket üzerinde uyguladıkları "nüfuz" sebebiyle fiili organ konumunu almaları çeşitli şekilde gerçekleşebilir. Kredi kuruluşlarının bu konumu incelenirken daha önce açıklamaya çalıştığımız ölçütler geçerli olmakla beraber bankaların konumundan kaynaklanan bazı özel durumlar söz konusu olabilir. Burada uygulamada daha çok ortaya çıkabilecek durumlardan bahsedilmeye çalışılacaktır.

[271] **Knobloch:** s. 233.
[272] **Wolf:** Nr. 386; **Kunz:** Faktische VR, s. 189; **Isler:** s. 291 vd.

1. Sözleşme Yükümlükleri Getirmek Suretiyle Nüfuz Uygulama

Hem İsviçre Federal Mahkeme hem de öğretinin büyük bir kısmı, kredi kuruluşunun kredinin verilmesini veya verilmeye devam edilmesini belirli mükellefiyetlere uyulmasına bağlaması halinde, bu durumun tek başına kredi kuruluşunu kredi alanın fiili organı haline getirmeyeceği görüşündedir[273]. Kredi kuruluşu sadece kredi sözleşmesinin bir tarafı olarak kendi meşru menfaatlerini sağlamak amacıyla faaliyet gösterirse kredi alan taraf üzerinde göstereceği etki "refleks etki" olarak görülür. Bu durumda kredi kuruluşu şirket yönetimine ilişkin kararların alınması mekanizmasına dâhil olmadığı sürece fiili organ olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak kredi kuruluşu kredi sözleşmesi sayesinde elde ettiği hakları kullanarak şirketin karar alma sürecine düzenli olarak dâhil oluyorsa fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilecektir[274].

Kredi kuruluşu tarafından kredi sözleşmesinde şirkete bazı yükümlülüklerin yüklenmesi olağan bir durumdur ve kredinin geri ödenmesine yönelik önlemler olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda şirket, geri ödemeye ilişkin olarak ek güvence sağlanması veya teminat alınması, şirket yönetimine ilişkin bilgilerin sürekli olarak kredi kuruluşu ile paylaşılması gibi yükümlülüklere tabi tutulsa bile fiili organ konumunun oluşması tehlikesi doğmaz. Zira bu yükümlülüklerin yüklenmesi ile sözleşmenin tarafı olan kredi kuruluşunun yönetim kararlarına dâhil edilmesi mümkün değildir. Aynı durum kredi kuruluşu tarafından şirketin seçilen bazı finansal

[273] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 667; **Wolf:** Nr. 386.
[274] **Wolf:** Nr. 388.

kaynakların sadece belirli bir amaç olarak kullanılması ile yükümlü tutması halinde de geçerlidir[275].

Kredi kuruluşunun şirketin belirli bir yatırımından vazgeçmesi ve bu sebeple boşa çıkan kaynakların kredinin geri ödenmesinde kullanılması gibi bir yükümlülük öngörülmesi de tek başına fiili organ konumunun oluşmasına yol açmaz. Zira bu durumda ancak fiili organ konumu oluşturmaktan uzak ve şirket dışı etkiden bahsedilebilir[276].

2. Onay Şartının Getirilmesi

Kredi sözleşmesinin tarafı olan kredi kuruluşu, şirketin yönetimi için önemli nitelikteki kararların alınmasını onay şartına bağlamayı şart koşabilir. Bu durumda yönetim kurulu belirlenen nitelikte kararlar için ancak kredi kuruluşunun onayı ile karar alabilir ya da uygulayabilir. Bu tür durumlarda kredi kuruluşunun karar sürecine düzenli ve organ niteliğinde katılması halinde fiili yönetim kurulu üyesi haline gelmesi muhtemeldir[277]. Buna karşın kredi kuruluşu yeniden yapılandırmaya giden kredi alan şirketi önemli şirket kararları almadan önce danışmalık hizmeti almak ile yükümlü tutarsa fiili organ konumu oluşmaz. Zira burada nihai karar alma yetkisi kredi alan şirketin şekli ya da maddi organlarına bırakılmaktadır. Nihai karar yetkisi şirkette olduğu sürece danışmanlık hizmetinin zorunlu tutulması bankanın fiili organ olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmez[278].

[275] **Wolf:** Nr. 389.
[276] **Isler:** s. 296; **Länzlinger:** s. 192; **Wolf:** Nr. 391-392.
[277] **Kunz:** Faktische VR, s. 189-190; **Wolf:** Nr. 393.
[278] **Wolf:** Nr. 393.

3. Yönetime Temsilci Gönderilmesi

Kredi kuruluşlarının kredi alan şirketin yönetimine temsilci olarak bir kişiyi göndermeleri durumunda fiili organ haline gelip gelmedikleri öğretideki bir başka tartışma konusudur. Kredi kuruluşları özellikle kredinin verilmesi için temsilcilerinin yönetime girmelerini şart koşabilmektedir. Bu temsilci gerek mali durumu düzeltmek adına alınan önlemlerin uygulanması gerekse danışmanlık hizmeti vermek amacıyla yönetim kurulunda veya yönetimde yer alabilir. Tek başına bu kişilerin yönetime atanması kredi kuruluşunu fiili organ haline getirmemelidir. Zira her ne kadar şirket yönetimindeki kişilerin atanması ve azli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesi uyarınca yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilmez görevleri arasında ise de, kredi kuruluşunun bu önemli karara etkisi organa özgü olmadığından fiili organ konumundan da bahsedilemez[279].

Kredi kuruluşunun yönetimde yer bulmaları sebebiyle fiili organ haline gelmesi riski bakımından iki durum incelenmelidir. Birincisi söz konusu yönetime hangi yetkilerin bahşedildiğidir. İkincisi ise kredi temsilcisinin bu yönetimde hangi rolü olduğudur. Kredi temsilcisi ve dâhil olduğu yönetim sadece yönetim kurulunun kararlarının hazırlanmasına hizmet ediyorsa kredi kuruluşuna fiili organ konumu oluşmaz. Buna karşın temsilci organmış gibi kararlar alır ve şirketin iç işlerine karışırsa fiili organ olma tehlikesi doğar[280].

[279] **Isler:** s. 295-296.
[280] **Wolf:** Nr. 394.

B. Bankacılık Kanununda Fiili Organa İlişkin Düzenlemeler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nun 110. maddesi uyarınca bankanın yönetici ve denetçilerinin dışında bankanın hâkim ortak veya ortakları hakkında da şahsi iflas davasının açılabilmesi mümkündür. Düzenlemeye göre, bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında Bankacılık Kanunu' nun 71. maddesi hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bu kişilerin şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın hâkim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde ise, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır. Düzenleme ile faaliyet izni kaldırılan veya Tasarruf Mevduat Sigorta Fonuna devredilen bankanın hâkim ortaklarının da iflası istenilebilmektedir. Böylece kanun koyucu banka borçlarından hâkim ortağın sorumlu tutulabilmesinin önünü açmış ve banka yönetim kurulu üyesi olmadığı halde hâkim ortağın şahsi sorumlu tutulmasına imkân sağlamıştır[281].

Bankacılık Kanununda yer alan "hâkim ortak" kavramının tam olarak ne anlama geldiği ve nasıl tespit edileceği sorumlu tutulacak kişi ve kişilerin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir[282]. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu "hâkim ortak" kavramını "tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı üçüncü maddesinde, "Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlamıştır. Böylece kanun koyucu hâkim ortak veya ortakların

[281] **Korkut:** İnançlı YK, s. 204.
[282] **Turanboy, Asuman:** Bankacılık Kanunu' nda Düzenlenen Hâkim Ortak Kavramı, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2115-2122, s. 2117 vd.

belirlenmesinde "kontrol" ölçütünü getirmiş olmaktadır[283]. Kontrol kavramı ise "Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî %51' ine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını" ifade etmektedir (BanK m. 3).

5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca, hâkim ortak kavramının, kontrol kavramı ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira kanun koyucu, hâkim ortağın tanımını kontrol kavramını esas alarak yapmıştır[284]. Bir ortaklığın kontrol edildiğinin kabulü için, sermayenin çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olmak[285], imtiyazlı payları elinde bulundurmak veya banka yönetim kurulunun karar alma sayısını oluşturacak sayıda kişiyi seçtirebilme veya azledebilme kriterlerinin oluşması gerekir. Bu ölçütler sınırlayıcı halde sayılmamış, aksi kanıtlanması mümkün karineler olarak kanunda gösterme yoluna gidilmiştir[286].

Hâkim pay sahibinin sorumlu tutulabilmesi için[287] banka yöneticisi ya da denetçisinin hâkim ortağa menfaat sağlamak amacıyla kanuna aykırı karar alması veya

---

[283] **Doğrusöz, Hanife:** Banka Yöneticilerinin ve Hâkim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 216-217.
[284] **Turanboy:** s. 2115.
[285] Kanun koyucu dolaylı pay sahipliğinin tespitinde, hâkim ortak kavramını düzenleyen ölçüt esas alınarak, hâkim ortağın doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettiği ortaklık payları dikkate alınmıştır. Bu konuda bkz: **Turanboy:** s. 2122.
[286] **Turanboy:** s. 2118; **Doğrusöz:** s. 221; **Reisoğlu, Seza:** Bankacılık Kanunu Şerhi, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2007, C. II, s. 109 vd.
[287] Bankacılık Kanunu bakımından hakim ortak olmayı gerektiren durumlar için bkz.: **Turanboy:** s. 2120 vd.

işlem yapması kanun koyucu tarafından yeterli görülmemiştir. Buna ek olarak hâkim ortak, kanuna aykırı karar alınması ya da işlem yapılması kastıyla hareket ederek, bu hususta yöneticilere ya da denetçilere baskı yapması ya da yönlendirmesi gerekmektedir. Yani hâkim ortağın iştiraki olmaksızın yapılan işlemler ortaklara yarar sağlasa bile hâkim ortaklar kanuna aykırı işlemlerden sorumlu tutulmazlar[288].

Sonuç olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' ndaki bu düzenleme fiili organ kurumunun Türk Hukukuna yansıması olarak görülebilir. Zira şeklen yönetim kurulu üyesi veya yönetici olmayan ve bankanın borçlarından şahsen sorumluluğu olmayan hâkim pay sahibi, yönetim kuruluna veya yöneticilere baskı yapmak veya onları yönlendirmek suretiyle kanuna aykırı işlem yapmakta ve menfaat elde etmektedir. Hâkim ortak böylece şirket yönetimini doğrudan ya da dolaylı şekilde elinde bulundurmuş olmaktadır. Düzenleme ise, bu kişileri şirketteki konumlarını dikkate alarak sorumlu tutmakta ve fiili organ benzeri bir konum ortaya çıkmaktadır[289]. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinin gerekçesinde de "geniş anlama sahip "uğraşan" sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, "fiili organ"lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik

[288] **Reisoğlu:** s. 1377.
[289] **Korkut:** İnançlı YK, s. 204.

bir anlayışın hukukumuza egemen olabileceği düşünülmüştür" denilmek suretiyle banka hukukundaki uygulamaya atıf yapılmış ve fiili organ konumunun oluştuğundan bahsetmiştir.

IV. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİM ŞİRKET VEYA TEŞEBBÜS

A. İsviçre Hukuku' nda

İsviçre Hukukunda şirketler topluluğu hukukuna ilişkin kapsamlı bir yasal düzenleme yoktur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda düzenlemenin aksine şirketler topluluğunu düzenleyen hükümler İsviçre Hukukunda yer almamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunundaki şirketler topluluğuna (konzerne) ilişkin tek hüküm konsolide bilançonun hazırlanmasına ilişkin 663e maddesidir. Bu maddeye göre, *sahip olduğu oy çokluğu veya diğer bir şekilde, bir ya da daha fazla şirketi tek elden yönetim altında toplayan bir şirket, konsolide bilanço düzenlemekle yükümlüdür*. Görüldüğü üzere bilançoya ilişkin düzenleme yapılırken şirketler topluluğunun tanımı da dolaylı şekilde yapılmıştır[290]. Maddeye göre şirketler topluluğu, bir şirketin, oy çokluğu ya da başka yollarla bir veya daha fazla şirketi tek elden yönetim altında toplaması halidir[291].

Tek elden yönetim altına giren şirketler, bir iktisadi bütünlük oluşturmakta ve muhasebe düzenlemelerinde bu durum göz önüne alınmaktadır. Ancak bu iktisadi bütünlük hukuki açıdan ancak istisnai olarak dikkate alınmaktadır. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görev ve yetkileri veya şirkete karşı sadakat

[290] **Yılmaz, Asuman:** Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 124-125.
[291] **Albers-Schönberg, Max:** Haftungsverhältnisse im Konzern, Schulthess Verlag, Zurich 1980, s. 50 vd.

yükümlüğünün, tek elden yönetim gerçeğine ters düştüğü doktrinde öne sürülmektedir[292].

İsviçre Hukukunda şirketler topluluğuna ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin yer almaması hâkim şirketin sorumluğunun da kanunda düzenlenmemiş olmasına yol açmıştır. İsviçre Hukukunda her anonim şirketin borçlarından kendi malvarlığı ile sorumlu olması ve pay sahiplerinin şirket borçlarından şahsi sorumluluklarının olmaması kuralına şirketler topluluğu bağlamında herhangi bir kanuni istisna getirilmemiştir[293]. Bu durumun sonucu olarak her ne kadar kanuni bir düzenleme olmasa da istisnai bazı hallerde hâkim şirket konumunda yer alan şirketin sorumluluğunun olabileceği tartışmaları ortaya çıkmış ve bazı teoriler ışığında hâkim şirketin sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmiştir[294].

Bu teorilerden biri de hâkim şirketin veya teşebbüsün şirketler topluluğunda yer alan diğer şirketlerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilmesidir. İsviçre öğretisinde hâkim şirket veya teşebbüsün şirketler topluluğundaki bağlı şirketlerin fiili organı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği uzun süre tartışılmıştır. Ancak öğretideki baskın görüş, şartların gerçekleşmesi halinde hâkim şirketin ya da teşebbüsün fiili organ olarak nitelendirilebileceğini ve bu bakımdan şirketler topluluğuna ilişkin olarak farklı düşünceye gitmenin herhangi bir gerekçesi olmadığı yönündedir[295].

---

[292] **Forstmoser/ Meier-Hayoz / Nobel:** §60 Nr. 13 vd.; **Nilsson:** s. 59.
[293] **Zürcher, Wolfgang:** Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts- Konzern, Verlag Stämpfli, Bern 1993, s. 28 vd.
[294] **Nilsson:** s. 59-60.
[295] **Kunz:** Faktische VR, s. 185-186; **Kunz, Peter V.:** Konzernhaftungen in der Schweiz, GesRZ 41, s. 282-293, s. 290.; **Vetter:** Organbegriff, s. 73; **Vogel:** s. 389 vd.; **Vetter/ Gutzwiller:** s. 224 vd.

Şirketler topluluğu için gerekli olan tek elden yönetimin yoğunluğu çeşitlilik arz edebilir. Pay sahibi olan hâkim şirketin sadece pay sahipliği haklarını kullanması fiili organ konumunu oluşturmaz. Fiili organ konumunun oluşması için hâkim şirketin yavru şirketin yönetimi ile organmış gibi uğraşması ve yavru şirketin karar almasına veya iradesine etki etmesi gerekir. Yavru şirketin şekli ve maddi organları ana şirketin yönetimi ele geçirmesine katlanmak zorundadır, aksi halde tek elden yönetimden bahsedilemez. Yavru şirket oy veya sermaye bakımından ana şirket tarafından hâkimiyet altında tutuluyorsa, kural olarak yavru şirketin yönetimine müdahalelerde bulunacaktır[296].

İsviçre uygulamasında hâkim şirketin veya teşebbüsün sermaye ve oy çoğunluğu sayesinde şirketler topluluğu yönetimini elinde tuttuğu görülmektedir. Şirket bunu özellikle stratejik hedeflerin belirlenmesi, yavru şirketin yönetim kurulunu belirlemek, finans ve hesap işlemlerini şirketler topluluğu çerçevesinde organize etmek suretiyle gerçekleştirmektedir. Şirketler topluluğu ilişkilerinde bu yapıya özgü olarak yorumlanması istenen vazgeçilemez ve devredilemez görev ve yetkileri belirleyen İsviçre Borçlar Kanunu' nun 716a maddesi tek elden yönetim ilkesine bir sınır oluşturmaktadır. Bu sebeple olan hukuk bakımından İsviçre' de %100 oranında sermaye ve oy bakımından hâkim olan şirkette bile yavru şirketin yönetiminin önemli derecede ana şirket tarafından yürütülmesi hukuka uygun görülmemektedir[297].

Hâkim şirket dışında şirkette başka pay sahibi yoksa şirketler topluluğu yönetimi kural olarak yavru şirket yönetim kurulu görevleri arasında yer alan işletme politikası, organizasyon, finans ve personel alanlarında karar verme gibi iş ve işlemlerde etkide

[296] **Vetter/ Gutzwiller:** s. 226-227.
[297] **Böckli:** Aktienrecht 2009, §11 Nr. 345 ve 350; **Vetter/ Gutzwiller:** s. 227.

bulunur ve bunu şirketin organıymış gibi yerine getirebilir[298]. Yavru şirketin, ana şirketin tamamen ya da neredeyse tamamen hâkimiyeti altında olması halinde çok güçlü bir konuma sahip olacağından yavru şirket ana şirketin işlerine karışmasına katlanmak zorundadır. Ana şirketin yönetimi ele geçirmesine karşı yavru şirketin fiili olarak kendisini savunması için fazla seçenek yoktur. Yavru şirketin yönetim kurulu üyelerinin ya da yöneticilerin azil tehlikesi karşısında şirket yönetiminin ele geçirilmesine karşı durması beklenemez[299]. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 203. maddesinde İsviçre hukukunda yer alan bu görüşlere paralel bir düzenleme yer almaktadır. Düzenlemeye göre bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak %100' üne sahip olması halinde tam hâkimiyet durumu oluşmakta ve kayba sebebiyet verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısa bile bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetime ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları bu talimatlara uymak zorundadır.

Sonuç olarak tek elden yönetilen şirketler topluluğunda kural olarak ana şirket, şirket topluluğunun yönetimi ile uğraşmak zorunda kalır. Konzern talimatı olmaksızın şirketler topluluğunun tek elden yönetiminin oluşması beklenemez. Şirket yönetimi alanında bu şekilde oluşan organa özgü konum sebebiyle hâkim şirket ve buna bağlı olarak onun adına hareket eden organ kişileri bağlı şirketin fiili organı olarak nitelendirilebilir[300]. Böylece her ne kadar İsviçre hukukunda şirketler topluluğuna ilişkin olarak hâkim şirketin sorumluluğu kanunda düzenlenmemiş olsa da ana şirket hâkimiyeti altında bulundurduğu şirketin fiili organı olarak nitelendirilmekte ve ana

[298] **Von Planta, Alfred:** Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, s. 597-608, s. 602.
[299] **Vetter/ Gutzwiller:** s. 227.
[300] **Böckli:** Aktienrecht 2009, §18 Nr. 144; **Vetter/ Gutzwiller:** s. 229.

şirket ve onun organları, yavru şirkete verdikleri talimatlar yoluyla yönetimi ele geçirmesi sebebiyle fiili organ konumu bahşetmek suretiyle sorumlu tutulmaktadır[301].

B. Türk Hukuku' nda

Modern ekonominin baş aktörlerinden olan sermaye şirketleri ve özellikle anonim şirketler çeşitli şekillerde birbirleri ile etkileşim içine girmekte, sarmallaşmakta ve karşılıklı olarak bağlanmış bulunmaktadırlar. Bu durum şirketler arasında etki, hâkimiyet, kontrol ve bağlılık gibi ilişkilerin incelenmesini gerektirmekte ve buna bağlı olarak bu ilişkilere özel hukuki düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır[302]. Kural olarak her ticaret şirketi bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olsa da, şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin yönetimi, böyle bir ilişki içinde olmayan yani bağımsız bir şirket ile karşılaştırıldığında farklılık gösterir. Zira şirketler topluluğu kapsamında yer alan şirketlerin amacının yanında şirketler topluluğunun amacının da varlığı göz ardı edilemez. Şirketler topluluğu amacının gerçekleştirilmesi amacıyla, şirketler topluluğu tepesinden gelen talimatlar doğrultusunda hareket edilmekte veya şirket yönetimi hâkim şirket ya da teşebbüs tarafından doğrudan ele alınmaktadır[303].

Gerek yabancı öğretide gerekse Türk öğretisinde bir iktisadi olgu olan şirketler topluluğunun tanınması ve dile getirilen yönetime ilişkin özel durumların dikkate alınarak buna uygun hukuki düzenleme yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmış ve şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da ana- yavru şirket ilişkilerini dikkate alarak ilk defa şirketler

[301] **Nilsson:** s. 60.
[302] **Pulaşlı:** Şerh C. I, §10 N. 1 ve 2.
[303] **Nilsson:** s. 13.

topluluğuna ilişkin düzenleme getirilmiştir. Gerekçede de, "sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsa bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulunsa, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsa, hâkim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek gerçeği görmezlikten gelmektir" denilmek suretiyle düzenlemenin gereğini dile getirmiştir[304]. Böylece Türk kanun koyucusu ekonomik hayatın gerçekleri ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesine ağırlık tanımış ve şirketler topluluğunu bazı temel kurallara bağlamıştır. Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunun 17-21 inci maddelerinden bazı değişikliklerle alınmıştır. Bir kısım hükümlere de aynı Kanunun bağlı işletmeler hakkındaki hükümleri (291 ilâ 337 nci paragraflar) esin vermiştir. Ancak kanunun sistemi, özellikle sorumluluğa ilişkin kuralları özgündür. Sistemin oluşturulmasında, Avrupa konzern hukukuna ilişkin Forum Europeum (FE)'un (ZGR 1988, 672) önerileri de dikkate alınmıştır[305].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte şirketler topluluğuna ilişkin kanuni düzenleme getirilmesi ile birlikte hâkim şirketin bağlı şirket alacaklıları ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu da düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu' nun 202.

[304] Gerekçe, 195 ilâ 209' ncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.
[305] Gerekçe, 195 ilâ 209' ncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.

maddesine göre hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemez. Ancak hâkim şirket hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucu bağlı şirkette oluşan kaybı, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirirse veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanırsa kayıp sebebiyle ortaya çıkan sorumluluktan kurtulmuş olur[306].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 203. maddesine göre, "bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır". Kanun koyucu tam hâkimiyet haline ilişkin olarak hâkim şirketin ve yöneticilerinin sorumluluğunu ayrıca düzenlenmiş ve kısmi hâkimiyete göre farklı sonuçlar bağlamıştır. Zira bir şirket doğrudan veya dolaylı bir şekilde bir diğer şirketin

[306] Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nilsson:** s. 223 vd.; **Akın, İrfan:** Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, 169 vd.; **Gürel, Murat:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 94 vd.

paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahipse bağlı şirketin yönetim kurulu "tam bağlı" bir yönetim kuruludur. Tam bağlı yönetim kurulu, hâkim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorunda bulunan, aksi halde işini yitirecek olan üyelerden oluşan bir kuruldur. Her gelen üye, aynı konumda olur. Bu konumdaki yönetim kurullarının şirketlerinin menfaatlerini hâkim şirketin menfaatine üstün tutmaları gerektiğini kabul etmek gerekir[307].

Kanun koyucu hükmün gerekçesinde belirttiği sebepleri dikkate alarak hâkim şirkete, topluluğun menfaatinin gereği olmak kaydıyla, bağlı şirketin zararına sebep olsa dahi talimat verme yetkisi tanımıştır. Belirtmek gerekir ki, hâkim şirket ve yöneticilerinin 203. madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde kayıp sebebiyle sorumlulukları devam etmektedir. Ancak buna ek olarak Türk Ticaret Kanunu' nun 206. maddesinin ikinci fıkrasında hâkim şirket ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine denkleştirme yapılmasa bile sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmiştir[308]. Buna göre, "davalılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler."

Türk Hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş ve İsviçre öğretisinden farklı olarak kanunumuzun yönetici ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen 553. maddesinden ayrı ve özel bir

[307] TTK' nın 203. maddesi gerekçesi.
[308] **Gürel:** s. 132 vd.

düzenleme getirilmiştir. Böylece hâkim şirket, başka herhangi bir nitelendirmeye gerek olmaksızın şartları varsa Türk Ticaret Kanunu' nun 202. maddesi uyarınca sorumlu tutulmaktadır. Kanun koyucu sorunu "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi" çerçevesinde[309] ya da İsviçre Hukukunda olduğu gibi şartların varlığı halinde hâkim şirkete bağlı şirketin "fiili yönetim kurulu üyesi konumu" bahşetmek suretiyle çözmek yerine açıkça kanuni düzenleme getirmiştir[310]. Bunun sonucunda Türk Hukuku bakımından hâkim şirketin fiili yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasının da herhangi bir faydası kalmamıştır.

V. YÖNETİM KURULUNA TEMSİLCİ GÖNDEREN DEVLET VEYA DİĞER KAMU TÜZEL KİŞİLERİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' ndan farklı olarak tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı kuralını kaldırmış ve tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi yönetim kurulu üyesi olabilmelerine imkân getirmiştir (m. 359/2). Böylece 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi seçilemeyeceği, ancak tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişileri yönetim kuruluna temsilci gönderebileceği hükmü (TTK m. 312) sebebiyle ortaya çıkan tüzel kişinin sorumluluğu olup olmadığı tartışmaları da son bulmuştur[311].

Her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmesine imkân vermesi sebebiyle tartışmaları sona erdirse de, Türk Ticaret Kanunu' nda sonradan yapılan bir değişiklikle pay sahibi kamu tüzel kişileri

[309] Hâkim şirketin sorumluluğunun "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi" neticesinde ortaya çıkacağına ilişkin görüşler için bkz.: **Forstmoser/ Meier-Hayoz / Nobel:** §60 Nr. 48; **Nilsson:** s. 60; **Gürel:** s. 77 vd.
[310] **Gürel:** s. 94.
[311] Bu tartışmalar için bkz.: **Çamoğlu:** s. 198 vd.; **Tekinalp:** Tüzel Kişilerin Temsili, s. 125 vd.

bakımından yeni bir düzenleme öngörmüş ve kamu tüzel kişilerini temsilen gerçek kişilerin de yönetim kuruluna üye seçilebilmesine imkân tanımıştır. 28. 03. 2013 tarih ve 6455 sayılı "Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[312]"un 79. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu' nun 359. maddesine şu fıkra eklenmiştir:

"Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcileri yönetim kuruluna seçilebilir. Yönetim kurulu üye sayısı ikiden fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişi yönetim kuruluna seçilebilir".

Söz konusu hüküm, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen 334. maddeden farklı olarak işletme konusu kamu hizmeti olan bir şirket olması ve esas sözleşmede kamu tüzel kişisine yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı veren hükmün varlığı şartlarını aramamaktadır. Dolayısıyla bu iki hükmün uygulama alanı farklı olmakta ve zikredilen şartlar olmasa bile 359. maddenin 5. fıkrası uygulama alanı bulabilmektedir[313]. Ancak eklenen fıkra ile getirilmiş olan tek yenilik kamu tüzel kişilerini temsilen gerçek kişilerin de üye seçilmesine imkân getirilmiş olmasıdır. Zira ister kamu hukuku ister özel hukuk tüzel kişisi olsun tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmesi değişiklikten önce de mümkündü. Kamu tüzel kişilerini temsilen gerçek kişilerin de üye seçilebilmesi ve 334. maddenin aksine bu temsilcilerin fiillerinden ötürü pay sahibi tüzel kişinin sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin düzenleme getirilmemiş olması, başta bu sorun olmak üzere

[312] RG, 11.04.2013, S. 28615.
[313] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 408.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 312. maddesinin ikinci fıkrası bağlamındaki tartışmaları yeniden ortaya çıkarmıştır[314].

Pay sahibi devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olan temsilcilerinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla yaptıkları işlemlerden sorumlu olup olmayacağı hususunda Türk Ticaret Kanunu' nda herhangi bir açık düzenleme yoktur. Bu sorunun pratik önemi tüzel kişinin ödeme gücünün temsilciden daha fazla olması ve temsilcinin yanında tüzel kişinin de sorumluluk kapsamında olması sorumluluk davasının davacıları yönünden önem arz etmesidir[315].

Pay sahibi kamu tüzel kişisinin temsilcinin işlemlerinden sorumlu tutulmasına için çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki bizatihi tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olduğu ve Türk Ticaret Kanunu' nun 553. madde ve devamı maddelerine göre sorumlu olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre temsilci olan gerçek kişi üye, yönetim kurulu üyeliği sıfatını kazanmamakta, bizzat tüzel kişinin kendisi kazanmaktadır. Ortak tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisi tüzel kişinin organıdır[316].

Pay sahibi kamu tüzel kişilerinin temsilcilerinin fiililerinden sorumluluğuna ilişkin olarak bir başka görüş ise Türk Ticaret Kanunu' nun 334. maddesinde yer alan "kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücû hakkı saklıdır" hükmünün kıyasen

[314] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 409.
[315] **Çamoğlu:** s. 199; **Tekinalp:** Tüzel Kişilerin Temsili, s. 125; **Tandoğan, Haluk:** Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider 1961, C. I, S. 1, s. 3-35, s. 15.
[316] **Tekinalp:** Tüzel Kişilerin Temsili, s. 31 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz.: **Çamoğlu:** s. 199 ve **Tandoğan:** s. 14 vd.

uygulanabileceği görüşüdür[317]. Ancak bu görüş 334. maddenin istisnai bir hüküm olması ve bu sebeple kıyasa imkân vermemesi dikkate alınarak, kanun koyucunun eğer böyle bir imkân getirmek istese 334. maddeye atıf yapabileceği gerekçesiyle reddedilmektedir[318].

Nihayet bu konuda başka bir imkân da kamu tüzel kişisinin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilerek sorumlu tutulmasıdır. Kamu tüzel kişisinin temsilcisi anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olarak diğer üyeler gibi aynı hak ve yükümlülüklere sahiptir. Yönetim kurulu üyeleri kanundan dolayı kural olarak anonim şirketin menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Fakat şirket menfaatleriyle kamu tüzel kişisinin temsilcisi tarafından gözetilen menfaatleri çatıştığında hangi menfaate öncelik verileceği hususunda ikileme düşerler. Bunun sonucu olarak şirket menfaatlerinin gözetilmemesi durumunda temsilci yönetim kurulu üyesi sıfatı sebebiyle ortaya çıkan yükümlülüklerini ihlal etmiş olur. Bu durumda yönetim kurulu üyesi olan temsilcinin sorumluluğu, şartları varsa doğrudan Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinden doğar. Kamu tüzel kişisi ile aralarındaki dikkate alındığında (ki bu ilişki daha çok vekâlet ilişkisidir) temsilcinin kamu tüzel kişiye karşı rücu hakkının olduğu da söylenebilir[319].

Ancak kamu tüzel kişisi bakımından anonim şirket yönetim kuruluna temsilci göndererek fiili organ olması sebebiyle kamu tüzel kişisinin sorumluluğuna gidilebilip gidilemeyeceği sorusunun sorulması gerekir. Öğretide baskın görüş sadece atama

[317] Bu görüş için bkz.: **Tekinalp:** Tüzel Kişilerin Temsili, s. 57 vd.; **Çamoğlu:** s. 200 vd.; **Tandoğan:** s. 17 vd.
[318] **Tandoğan:** s. 17.
[319] **Böckli/ Bühler:** s. 28-29.

yoluyla kamu tüzel kişisinin fiili organ konumunun oluşmayacağıdır[320]. Ancak kamu tüzel kişisi temsilci vasıtasıyla şirket işlerine karışıyor, irade oluşumuna ve böylece şirket yönetimine fiili olarak katılıyorsa fiili yönetim kurulu üyeliği konumu oluşur. Organmış gibi hareket ederek temsilcisi vasıtasıyla şirket işleri ile uğraşır uğraşmaz şirket yönetimine katılıyor ve şirket iradesinin oluşumuna önemli derecede etki ediyorsa fiili yönetim kurulu üyeliği sıfatı kazanır. Yani kamu tüzel kişisi temsilciyi talimatları ile şirketi yönetecek şekilde fiili olarak kullanırsa fiili yönetim kurulu üyesi olması ihtimali doğabilir. Böyle bir durumda fiili yönetim kurulu üyesi kamu tüzel kişisi temsilcisinin yaptığı işlemlerden sorumlu tutulabilir[321].

VI. DANIŞMANLAR

Kural olarak danışmanlar sadece karar vermeye yardımcı olan bir kişidir ve karar mekanizması değildir. Danışman karar verilmesinde yardımcı olma faaliyetinde bulunduğu ve bu yetkisini aşmadığı sürece sorumluluk kapsamına girmez[322]. Aynı durum kanunun zorunlu organ olarak öngörmediği ancak genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından seçilerek oluşturulabilen danışma kurulu için de geçerlidir. Salt danışma işlevini yerinde getiren danışma kurulu üyeleri organ konumunda değildir ve sorumluluğa da tabi değildir[323].

Danışmanların salt borç sözleşmesinin tarafı olarak kabul edilmesi hiçbir zaman fiili organ olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmez. Bu kişiler sadece danışmanlık

[320] **Böckli/ Bühler:** s. 29 ve dn. 55'teki yazarlar.
[321] **Böckli/ Bühler:** s. 29; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 717 vd.; **Wernli, M.:** Honsell, Heinrich/Peter Vogt, Nedim/Watter, Rolf(Hrsg),Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenreht II, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/ Genf/München 2002, Art. 707 Nr. 40 vd.
[322] **Bertschinger:** Nr. 456; **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 9; **Forstmoser:** Organbegriff, s. 141; **Vetter:** Organbegriff, s. 76-77.
[323] **Vetter:** Organbegriff, s. 76.

faaliyeti yerine getirmek dışında anonim şirketin yönetimi ile uğraşmaya başlarsa o şirketin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilir. Özellikle şirketin mali durumunun iyileştirilmesi durumlarında (örneğin iflasın ertelenmesi kararından sonra iyileştirme projesi) atanan danışman sıklıkla anonim şirketin yönetime ilişkin sorunlarla bağlı olacaktır. Bu yüzden salt yardım faaliyeti ile yönetim işleri arasındaki sınırın çizilmesi ve ona göre yorum yapmak gereklidir[324]. Daha önce belirttiğimiz fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin ölçütlerin varlığı halinde danışmanlar da fiili organ sayılabilir. Ancak sadece danışmanlık faaliyetinin gerçekleştirilmesi sonucu yönetime yapılan dolaylı etki fiili organ konumuna yol açmaz.

[324] **Vetter:** Organbegriff, s. 77.

FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§6. SORUMLULUK

I. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

Daha önce belirtildiği gibi fiili yönetim kurulu üyeliği esasen İsviçre Hukukunda uygulanan bir kurumdur. İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ile birlikte "yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişilerin" de sorumluluk kapsamına alınması fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun İsviçre Hukukunda ortaya çıkmasına ve kabul edilmesine sebep olmuştur. Zira düzenlemeye göre, kanuni organlar ve esas sözleşme ya da şirket içi düzenlemelerle oluşturan maddi organların yanı sıra organ olmadığı halde organmış gibi davranıp, şirket yönetimine müdahale ederek şirketin iradesinin oluşmasına katkı sağlayan kişiler de sorumlu tutulmuştur. Böylece gerek İsviçre öğretisinde gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında fiili yönetim kurulu üyeliği kabul görmüştür[325].

Alman Hukukunda, anonim şirketler kapsamında fiili organ veya fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte limited şirket bağlamında yönetimde etkili kişiler için fiili yönetici (faktischer Geschäftsführer[326]) kavramı kullanılmaktadır[327]. Ancak, anonim şirketler bakımından fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı kullanılmasa da buna benzer düzenlemeler mevcuttur. Alman Paylı

[325] **Korkut:** Fiili YK, s. 1378; **Korkut:** İnançlı YK, s. 203; **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 30 vd.
[326] Bu kavram için bkz.: **Dinkhoff, Marc:** Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Nomos Verlag, Baden- Baden 2003. Kavramın İngiliz Hukukundaki görünümü ve karşılaştırma için bkz.: **Nadwornik, Dennis:** De facto und shadow directors im englisch-deutschen Rechtsvergleich: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis und zum faktischen Organ, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt 2013, s. 21 vd.
[327] **Stein, Ursula:** Das faktische Organ, Heymann Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1984, s. 33 vd.

Ortaklılıklar Kanunu § 117/I' de, bir anonim şirket üzerindeki etkinliğini kullanarak yönetici veya gözetim kurulu üyesini ya da şirket adına faaliyette bulunan diğer kişileri şirket ve pay sahiplerinin zararına hareket etmek üzere kasten belirleyen kişiler, ortaya çıkan zararı tazminle yükümlüdürler. Bu düzenlemenin yanında konzernlerde hâkim şirketin sorumluluğa ilişkin düzenlemeye göre ise, herhangi bir hâkimiyet sözleşmesi olmaksızın bağlı şirketin aleyhine olacak şekilde yönetici kurul üyelerine talimatlar verilmesi halinde, yönetici kurul üyelerinin neden olduğu zararlardan hâkim şirket sorumlu tutulmuştur (APOK § 317/I). Bu düzenlemeler ile birlikte, Alman Hukukunda da organ sıfatını sahip olmasalar bile şirket yönetiminde etkili olan kişilerin sorumlu tutulmasına imkân sağlayan düzenlemelerin olduğu görülmektedir[328].

Türk Hukukunda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yönetime katılan kişilerin sorumluluğunu çeşitli maddelerde düzenlemişti. Sorumlu tutulabilecek kişileri yönetim kurulu üyeleri (m. 336), müdürler (m. 342) ve kurucular (m. 305 -309) olarak belirlemişti. Bu düzenlemelerin yanında fiili yönetim kurulu üyeliği konumundaki kişilerin sorumluluğuna gitmeye imkân tanıyan herhangi bir hüküm yer almıyordu. Böylece şekli ya da maddi organ olmayan ancak şirket yönetimi ile ilgilenen kişilerin fiili organ sayılarak anonim şirket hukuku bakımından sorumlu tutulması da mümkün gözükmüyordu[329]. Her ne kadar 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda fiili organa ilişkin düzenleme yer almasa da öğretide fiili organa ilişkin tartışmalar yer almaktaydı. Öğretide fiili yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak yönetim kurulu üyeliğine ilişkin hükümlerin (m. 336 vd.) kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmekteydi[330]. Bu görüşe göre 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda müdürlerin

[328] **Korkut:** Fiili YK, s. 1379.
[329] **Korkut:** Fiili YK, s. 1380.
[330] **Helvacı:** s. 32; **Kırca:** Kararların Hükümsüzlüğü, s. 505; **Korkut:** Fiili YK, s. 1380.

hukuki sorumluluğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen 336. maddeye atıf yapmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli göz önüne alındığında, kanun koyucunun şirket işlerini yürüten kişiler için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejimini esas alınarak düzenleme yapıldığı sonucuna varılabilir. Bu sebeple yönetim kurulunun uhdesinde yer alan görevleri yerine getiren ve şirket işleri ile uğraşan fiili yönetim kurulu üyeleri de bu kapsamda değerlendirilerek sorumlu tutulabilir. Böylece bu kişiler için kıyasen 336. madde hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin tartışmalara son vermek amacıyla İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde olduğu gibi fiili yönetim kurulu üyeliğine olanak veren paralel bir düzenleme yapılması gerektiği de dile getirilmekteydi[331].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile öğretide fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin olarak öne sürülen bu görüş ve eleştiriler dikkate alınmak suretiyle İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinin ilk fıkrası hükmüne benzer bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme, Türkiye' de yaşanan bazı tecrübeler dikkate alınarak değişiklikler yapılmak suretiyle mevzuatımıza kazandırılmıştır.

Mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesi[332]nde sorumlu olan kişiler "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler"(Die Mitglieder des Verwaltungsrates alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen) şeklinde belirlenmiştir. Böylece şekli ve maddi

[331] Bu görüş için bkz.: **Helvacı:** s. 32-33; **Kırca:** Kararların Hükümsüzlüğü, s. 505.
[332] İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: Yönetim kurulu üyeleri ve yönetim veya tasfiye ile uğraşan herkes, hem şirkete hem de pay sahipleri ile alacaklılara karşı yükümlülüklerini kasıtlı veya ihmali olarak ihlal etmeleri halinde ortaya çıkan zararlardan sorumludur.

organların yanında fiili yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluk kapsamına dâhil edilmesine olanak sağlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun "kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu" başlıklı 553. maddesinde ise, "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" şeklinde sorumlu olan kişiler belirlenmiştir. Böylece sorumluluk çevresi daha dar tutulmak istenmiştir. Bu düzenlemenin amacı gerekçede şu şekilde ifade edilmiştir: "Kaynak ile 553. madde arasında dört fark vardır. Hükmümüzde, "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler" ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip "uğraşan" sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, "fiili organ"lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuza egemen olabileceği düşünülmüştür. İkinci fark, "kurucular"ın da fıkrada (kaynağın aksine) anılmış olmasıdır".

Gerekçede, mehaz hükümdeki "yönetim ile uğraşan" ibaresi ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi yönlendiren "fiili organların" kastedildiği belirtilmiş ve bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aynen aktarılması uygun görülmemiştir. Bunun sebebi olarak ise, banka hukukundaki

deneyim ve birikim gösterilmiştir. Nitekim "yönetimle uğraşan kişiler" şeklinde ucu açık bir düzenlemenin aşırı geniş yorumlanması ve amacını aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edildiği de dile getirilmiştir. Sonuç olarak kanun koyucu, "yönetimle uğraşan kişiler" ibaresi yerine "yöneticiler" ibaresi kullanılmasını uygun bulmuş ve bu ibarenin yorumlanmasını öğreti ve yargı kararlarına bırakmıştır[333].

Sonuç olarak, gerek düzenleme gerekse gerekçedeki açıklamalar dikkate alındığında "yöneticiler" ibaresi kapsamına fiili yönetim kurulu üyelerinin de dâhil olduğu kabul edilebilir. Hem hükümde hem de gerekçede fiili yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca sorumluluk kapsamına girmesine engel olacak herhangi bir ibare yoktur. Söz konusu hükümde yer alan "yönetici" kavramının geniş yorumlanması ile fiili yönetim kurulu üyelerinin yerine getirdikleri iş ve işlemlerden sorumlu tutulması mümkün gözükmektedir. Ancak kanun koyucu, kimlerin hangi durumda, hangi davranışları sebebiyle veya hangi şartlarla "fiili yönetim kurulu üyesi" kapsamında değerlendirileceğini belirlememiştir[334].

Gerekçede, hükmün kaleme alınma şeklini etkileyen bankacılık uygulamasının ne olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Ancak öğretide, sözü edilen uygulamadan kastın, bankanın hâkim ortaklarının bankacılık dışı faaliyetlerini finanse etmek amacıyla yönetim kurulunda yer almak veya karar alma sürecine katılmak istemeleri ve böylece banka yönetiminde etkili olmaları olduğu dile getirilmektedir. Hâkim ortaklar, banka yönetimini elinde tutmak amacıyla kendilerinin isteği yönde oy

[333] **Korkut:** Fiili YK, s. 1381-1382; **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 30 vd.
[334] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 148; **Kendigelen:** s. 458; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 389; **Korkut:** Fiili YK, s. 1381-1382; **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 30 vd.

kullanacak, görevlerini görünüşte yerine getirecek kişileri seçmek istemektedirler. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nda hem yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu şahsi iflasına karar verilebilmesi suretiyle genişletmiştir hem de "bir bankanın yöneticileri" ibaresini kullanmak suretiyle fiili yöneticileri de kapsama almıştır. Aynı şekilde, hâkim ortakların menfaat sağlamak amacıyla kanuna aykırı karar alınmış ve çeşitli işlemler yapılmış ve bunun sonucunda ortaklar haksız kazanç elde etmişse, bu menfaat kapsamına sorumluluklarına gidilebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu gerekçede bu düzenlemelerin dikkate alınarak çok geniş yoruma imkân verecek düzenlememelerden kaçındığını dile getirmiştir. Bu durumda fiili yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu belirlenirken, bankacılık hukukundaki bu uygulamanın göz önüne alınması gerekir[335].

Kanun koyucu, sorumluluk kapsamına yönetimde etkili olan herkesin "fiili yönetim kurulu üyesi" olarak kabul edilmesi suretiyle sorumluluk kapsamına dâhil edilmesini arzu etmemiş yani hükmün dar yorumlanmasını amaçlamıştır. Bu bağlamda kanun koyucunun, daha önce dile getirilen ve İsviçre Hukukunda öne sürülen "fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının sınırları belirli olmayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiğine" ilişkin görüşü[336] paylaştığı söylenebilir. Bu bakımdan, fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilen kişinin belirlenmesinde, "organa özgü işlev ifa etmesi" ve "karar alma yetkisini fiilen ele geçirmiş olması (Usurpation)" ölçütlerinin önem arz ettiği söylenebilir.

[335] **Korkut:** Fiili YK, s. 1382- 1383; **Güney:** s. 133.
[336] **Kunz:** Rechtsnatur, s. 182; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel:** § 37 Nr. 5; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 670.

II. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ VE KAPSAMI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun kabul edilmesi halinde, bu kişiler yönetim kurulu ve yöneticiler gibi organ olarak kabul edileceğinden aynı hak ve yükümlülüklere tabi olurlar. Sorumluluk bakımından da diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı rejime tabi olup, onlar gibi Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi kapsamında sorumludurlar. Bununla birlikte, fiili yönetim kurulu üyeliğinin niteliği bakımından özellik arz eden bazı durumlar söz konusu olabilir. Bu durum dikkate alınarak bu kişilerin sorumluluklarının niteliği, şartları ve kapsamı üzerinde durmakta yarar olduğu söylenebilir.

A. Sorumluluk Şartları Bakımından

Bir kimsenin şeklen herhangi bir atama, seçilme ya da görevlendirme söz konusu olmaksızın, esasen yönetim kuruluna özgü olan kararları alması ya da bizzat şirket yönetimi ile uğraşması ve böylece şirketin iradesinin oluşumuna önemli derecede etkide bulunması halinde fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilmesi tek başına sorumluluk sebebi değildir. Bu bakımdan şekli ya da maddi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için aranan şartlar, bu kişilerin sorumlulukları için de aranmaktadır[337]. Bunun sonucu olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan zarar, kusur, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık şartları fiili yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için gerekli olan genel şartlardır[338].

[337] **Kunz:** Faktische VR, s. 183; **Korkut:** İnançlı YK, s. 171.
[338] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 49; **Druey, Jean-Nicolas:** Organ und Organisation: Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft. SAG Schweizerische Aktiengesellschaft 53, s. 77-87, s. 78.

1. Zarar

Sorumluluğun kaynağı ne olursa olsun, bir sorumluluktan bahsedebilmek için bir zararın oluşmuş olması şarttır. Eğer ortada bir zarar yoksa sorumluluk da yoktur[339]. Zarar tehlikesi sorumluluğun doğması için yeterli değildir[340]. Zarar, "bir kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme" olarak nitelendirilebilir[341]. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından zarar, şirketin malvarlığının mevcut durumunda fiili bir azalma ya da olayların olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre meydana gelecek artışın kısmen ya da tamamen önlenmesi suretiyle kardan yoksunluk olarak ortaya çıkabilir[342].

Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan zarar şartı bakımından, fiili yönetim kurulu üyesi ile diğer üyeler arasında bir fark yoktur. Fiili yönetim kurulu üyesinin yönetime müdahalesi sonucu yapılan iş ve işlemler şirketi zarara uğratmışsa, fiili yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulabilir.

2. Kanuna veya Esas Sözleşmeye Aykırılık

Hukuki sorumluluğun diğer bir şartı olan "hukuka aykırılık" şartının şirketler hukukundaki yansıması "kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktır". Bu durum, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde "kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri" şeklinde ifade edilmiştir[343].

---

[339] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 148; **Eren, Fikret:** 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 520; **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 49.
[340] **Korkut:** İnançlı YK, s. 172.
[341] **Eren:** s. 521.
[342] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 50; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 152.
[343] 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi, 6762 sayılı Kanundaki karşılığı olan 336. maddeden çok farklı bir düzenleme getirmemekle birlikte, mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu'

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının kaynağı sadece kanun değildir. Esas sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlali de sorumluluğu gerektirir. Bu ihlalin gerçekleşmesi bir davranışın olmasını gerektirir. Bu davranış bir yapma fiili yani müspet bir davranış olabileceği gibi, pasif bir davranış olan yapmama fiili de olabilir. Yani kanunda ya da esas sözleşmede yer alan yükümlülük ve görevlerin hiç veya gereği gibi yapılmaması yönetim kurulu üyesinin ve böylece fiili yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu gerektirmektedir[344].

Kanuna ya da esas sözleşmeye aykırılık hususunda, fiili yönetim kurulu üyeliği bakımından farklılık arz eden konu, rızadır. Anonim şirketlerde şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir ve yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açabilir (TTK m. 555). Şirketin iflası halinde ise, şirket alacaklıları da tazminatın şirkete ödenmesini talep edebilir (TTK m. 556). Özellikle tek ortaklı şirketlerde, pay sahibi olan fiili organın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak şirket adına dava açmasını sağlaması mümkündür. Buna karşın, her ne kadar şirketin şekli yönetim kurulu üyelerinin şirketi zarara uğradıkları kabul edilse bile şirketin dava açma hakkı olmadığı kabul edilebilir. Zira tek pay sahibi olan fiili organın yönetime müdahale etmesi ve yapılan işleme dolaylı rıza göstermesi suretiyle şirketin zararına sebep olurken sorumluluk dava açılmasını sağlaması kabul

nun 754. maddesinden ayrılmaktadır. Zira İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde sadece "yükümlülük ihlalinden" bahsedilmektedir. Gerekçede, sorumluluğu doğuran sebeplerin somutlaştırıldığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, eşit işlem, sermayenin korunması gibi ilkelerin kanunda açıkça yer almış olması, görev ve yetkilerin 374 ila 378. maddelerde belirginleşmiş bulunması ve diğer ilgili hükümlerin kesin yükümler öngörmesi ve nihayet özen ve bağlılık yükümlerinin, şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemeler dâhil duraksamalara olanak tanımayan nitelikte ortaya konulmuş olması sakıncaları ortadan kaldırmıştır. Buna rağmen açık olmayan bir ifade kullanılmasının nesnelliği zedeleyebileceği dile getirmiştir.

[344] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 59 vd.

edilemez[345]. Bu görüş dayanağını "volenti non fit iniuria (haksızlığıa rıza gösteren haksızlıktan bahsedemez)" ilkesinden almaktadır[346].

Fiili organın pay sahibi ya da alacaklı sıfatına dayanarak yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açması da aynı şekilde mümkün değildir. Bu durumda sadece bu kişinin dava açma hakkı düşer, şirketteki diğer pay sahibi ve alacaklıların sorumluluk davası açma hakkı saklıdır[347].

3. Uygun İlliyet Bağı

Fiili yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan bir diğer şart "uygun illiyet bağıdır". Bu kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı fiilleri ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranmaktadır[348].

Bazı durumlarda fiili yönetim kurulu üyesi tarafında yapılan ve şirketi zarara uğratan bir işlemde, illiyet bağını kesen nedenler söz konusu olabilir[349]. Öğretide uygun illiyet bağının kesilmesi, normal biçimde oluruna gitseydi zarar meydana getirebilecek bir nedenin gerçekleşmesinden sonra, öteki bir nedenin gerçekleşmesi ve birinci neden henüz etkisinin yürütmeden bu ikinci nedenin sonucu meydana getirmiş olması olarak tanımlanmaktadır. Nedensellik bağının kesilmesi sonucunda herkes kendi eyleminin meydana getirdiği zarar derecesinden ortaya çıkan zarardan sorumlu olur[350].

---

[345] **Korkut:** İnançlı YK, s. 173-174.
[346] **Bertschinger:** s. 197 vd.; **Korkut:** İnançlı YK, s. 175.
[347] **Korkut:** İnançlı YK, s. 175.
[348] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 63.
[349] **Korkut:** İnançlı YK, s. 176.
[350] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 67.

Sonuç olarak diğer yönetim kurulu üyeleri gibi fiili yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu tutulabilmesi için fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranmaktadır. Bu bakımdan fiili yönetim kurulu üyeleri için özellik arz herhangi bir durum yoktur.

4. Kusur

Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için aranan şartlardan birisi de kusurdur. Anonim şirketin zarar görmüş olması sorumluluğun doğması için yeterli değildir. Zira yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Kusurun yoğunluğunun herhangi bir önemi yoktur. Hafif ihmali olması dahi sorumluluğun doğması için yeterlidir[351]. Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıklarının belirlenmesinde, görevlerini yerine getirirken gerekli özeni gösterip göstermediklerine bakılır[352].

Kanun koyucu, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu 369. maddede düzenlemiştir. Maddeye göre, yönetim kurulu ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Düzenlemede, tedbirli bir yöneticinin özeni yönetim kurulu üyesi ya da yöneticilerin göstermesi gereken özenin ölçütü olarak belirlenmiştir. Gerekçede, tedbirli bir yöneticinin özeni ölçütü getirmek suretiyle işin gerektirdiği özenin nesnel olarak belirlendiği dile getirilmiştir. Tedbirli bir yöneticinin özeni esas alınmak suretiyle objektif bir ölçüt getirildiğinden, ilgili üye veya yöneticinin kendi işlerinde gösterdiği özen kâfi

[351] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 69.
[352] **Kırca:** Takdir Yetkisi, s. 87; **Korkut:** İnançlı YK, s. 176.

gelmediği gibi, gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesinde şirketin imkânları gibi ölçütler de esas alınmaz[353].

Fiili yönetim kurulu üyesi de şekli yönetim kurulu üyesi gibi yönetim kurulu üyesi kabul edildiğinden, onların tabi olduğu özen yükümlülüğüne tabi olur[354]. Böylece diğer yönetim kurulu üyeleri gibi tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmek durumundadır. Aksi halde Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca sorumluluğu ortaya çıkabilir.

B. Nüfuz Uygulamasına Maruz Kalan Yönetim Kurulu Üyesinin veya Yöneticinin Durumu

Şekli yönetim kurulu üyeleri ve maddi organ sayılan kişiler Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi gereği kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde verdikleri zararlardan sorumlu tutulurlar. Bu bağlamda şeklen organ olarak tanımlanan yönetim kurulu üyeleri, organa ait yetki ve görevleri haiz kılınmıştır. Bu yetki ve görevleri kullanan kişiler ticaret siciline tescil edilmeseler bile, bu görevleri açıkça ya da zımnen kabul etmeleriyle anonim şirketler hukukuna özgü sorumluluk hükümlerine tabi olmuş olurlar[355].

Kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde belirlediği sorumluluk çevresine kanuna ya da esas sözleşmeye göre yönetim kuruluna şeklen seçilmiş veya atanmış olan bütün yönetim kurulu üyeleri dâhildir. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini gerçekten ifa edip etmedikleri veya ticaret

[353] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 657; **Helvacı:** s. 43 vd.
[354] **Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borçlarına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu, İktisat Maliye 1974, C. XXI S. 2, s. 60-65, s. 60.
[355] **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 146.

siciline tescil edilip edilmediklerinden bağımsız olarak anonim şirketler sorumluluk rejimine tabidirler ve bu hükümlere göre sorumludurlar[356]. Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin fiilen yönetim kurulu tarafından kullanılmaması ya da başkası tarafından kullanılması şekli yönetim kurulu üyelerinin bizzat sorumlu tutulmalarına engel değildir[357].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca yönetim kurulu, kurul organ olarak faaliyet gösterir ve şirketi yönetir. Yönetim, devredilmediği takdirde yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir. Anonim şirket yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle ve düzenleyeceği bir iç yönerge ile yönetimi, kısmen ya da tamamen, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişiye devredebilir[358]. Yetki devri, yönetim işlevinin yönetim kurulu üyelerine ya da üçüncü kişilere devredilmesidir. Burada yönetim işlevi karar alma yetkisini ifade etmektedir[359].

Türk Ticaret Kanunu, yetki devri halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir sınırlama getirmiş ve kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görev veya yetkinin, kanuna dayanarak başkasına devredilmesi halinde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacaklarını düzenlemiştir[360]. Nüfuz uygulamasına maruz kalan yönetim kurulu üyesinin, sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin olarak getirilen bu imkâna dayanıp dayanamayacağının tartışılması gerekir[361]. Fiili yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyeleri ile arasındaki

---

[356] **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 39.
[357] **Korkut:** İnançlı YK, s. 177.
[358] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 592 vd.; **Şener, Oruç Hami:** Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 359 vd.; **Doğan:** s. 113.
[359] **Doğan:** s. 115.
[360] Yönetim yetkilerinin kanuna uygun devri halinde, devredilen yetkilerle ilgili sorumluluğun olmadığına ilişkin düzenlemenin istisnası, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâlidir (TTK m. 553/2).
[361] **Kunz:** Faktische VR, s. 191.

güç ilişkisini kullanmak suretiyle, yönetim fonksiyonunu gasp eden ve böylece bu yetkileri kullanan veya aslında şekli ya da maddi organların yerine getirmesi gereken işlevleri yerine getiren kişiler olduğuna göre, yetkisi fiilen başkası tarafından kullanılan yönetim kurulu üyesi yetki devri olduğunu ileri sürerek sorumluluğu olmadığını iddia edebilir mi?

Bizim de katıldığımız görüşe göre, yönetim kurulu üyeleri Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak, yetki devrinin söz konusu olduğunu ve devredilen yetkilerin kullanılması bakımından sorumluluklarının sona erdiğine ilişkin savunma imkânına sahip olmamalıdır[362]. Zira yönetim kurulu üyesinin, Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde öngörülen sorumluluktan kurtulabilmesi için 367. maddedeki usule uygun bir devir yapılması gerekir[363]. Bunun için esas sözleşmede devre izin veren bir hükmün varlığı ve yönetim kurulunun yetki devrini düzenleyen örgüt yönergesinin hazırlanması gerekir[364]. Aksi takdirde, yetki devri işlemi temelsiz kalır ve yetki devri işlemi geçersiz sayılır. Yetki devrinin bu usulde yapılmaması halinde yetki devri yapılmamış sayılır ve yönetim kurulu üyeleri hiç devir yapılamamış gibi sorumlu olmaya devam eder[365]. Fiili yönetim kurulu üyesi, yönetim yetkisini yetki devri işlemine dayanarak değil, elinde bulundurduğu güç sebebiyle kullanmaktadır. Başka bir deyişle fiili organ nüfuz uygulamak suretiyle bu işlevi ele geçirmiş olmaktadır. Bu durumda usulüne uygun bir yetki devrinden bahsedilemeyeceği için yönetim kurulu üyeleri de fiili yönetim kurulu üyesi ile birlikte sorumlu olmaya devam ederler.

[362] **Kunz:** Faktische VR, s. 191.
[363] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 618.
[364] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 618.
[365] **Doğan:** s. 267 vd.; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 618.

Bununla birlikte, fiili yönetim kurulu üyeliği konumundan söz edebilmek için, yönetim kurulunun asıl organ yetkilerinin ele geçirilmiş olması gerekir. Yönetim kurulunun asıl organ yetkilerini büyük ölçüde yönetim kurulunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 375. maddesinde belirlenmiş olan devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler oluşturur[366]. Şekli yönetim kurulu üyesinin yetki devri sebebiyle sorumluluğunun olmadığı savunmasının ileri sürmesi bu bakımdan da mümkün değildir. Zira yönetim yetkisinin devrinin maddi şartı, devre konu yetkilerin devredilebilir ve devralınabilir yetkiler olmasıdır[367]. Devredilemez görev ve yetkiler devri kabil olmayan yetkilerdir. Bu yetkilerin devri mümkün olmadığından her ne suretle olursa olsun yönetim kurulu üyeleri bu kapsamda sorumlu olmaya devam ederler[368].

C. Müteselsil Sorumluluk

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 556. maddesine göre, "birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir". Kanun koyucu, İsviçre Borçlar Kanunu' nun 759. maddesi esas alınarak getirilen hükümle, Türk Borçlar Kanunu 'nun sorumluluğa ilişkin ilkeleriyle uyum içinde bulunan bir anlayışla

[366] **Knobloch:** s. 191; **Kunz:** Faktische VR, s. 179.
[367] **Doğan:** s. 163.
[368] **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp):** Ortaklıklar Hukuku, N. 585; **Doğan:** s. 272-273.

anonim şirkete özgü sorumluluk sistemi bağlamında müteselsil sorumluluğu kabul etmiş ve zararın tamamının birlikte dava edilmesini ve rücu ilişkisini düzenlemiştir[369].

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu kanundan kaynaklanmaktadır. Şekli yönetim kurulu üyeleri ile fiili yönetim kurulu üyeleri zarardan müteselsil sorumlu olurlar. Zira fiili yönetim kurulu üyeleri de diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı konumda kabul edilmektedir[370].

D. Fiili Yönetim Kurulunun Sorumluluğunun Kapsamı

Fiili yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun ne zaman oluştuğu ve sona erdiği önem arz etmektedir. Diğer şartlarla birlikte organa özgü karar alma yetkisinin ele geçirildiği anda fiili yönetim kurulu üyeliği konumu oluşmuş olur. Sadece yönetim kurulunun uhdesinde olan yetkilere el koyma potansiyelinin varlığı yeterli değildir. Buna bağlı olarak fiili ele geçirme vuku bulmadığı sürece fiili yönetim kurulu üyeliği konumundan bahsedilemez. Bu durumda, fiili yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu fiilen el koymanın gerçekleştiği andan itibaren başlamış olur[371].

Fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun bir kere oluşmasından sonra, bu konumun sürüp sürmeyeceği ya da her defasında yeni bir nüfuz uygulamasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Öğretide bir kısım yazar, bir kez kurulmuş olan fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun nüfuz uyguladığı alan çerçevesinde devam edeceğini savunmaktadır. Yani fiili yönetim kurulu üyeliği bir kez oluşmuşsa, söz konusu alanda

[369] **Kendigelen:** s. 464 vd.
[370] **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 365; **Korkut:** İnançlı YK, s. 179; **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 223.
[371] **Knobloch:** s. 211-212; **Widmer/ Banz:** Art. 754 Nr. 11.

devam eder[372]. Böylece fiili yönetim kurulu üyesinin söz konusu alanda sorumluğu devam etmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, bir kere kurulmuş olan fiili yönetim kurulu üyeliği konumu devam etmemeli, her bir nüfuz uygulaması sonucu organ işlevinin ele geçirilmesi durumu olaya göre ayrı ayrı incelenerek karar verilmelidir[373]. Zira fiili yönetim kurulu üyeliğinde bahsedebilmek için her zaman nüfuz uygulamak suretiyle organ işlevinin ele geçirilmesi gereklidir. Şeklen belirlenmiş olan organın, nüfuz uygulanan alanda işlemi yapması ya da yapmamasında, fiil yönetim kurulu üyesinin etkisinin ve fiilen bu kararın alınmasında etkili olup olmadığı incelenmelidir. Unutulmamalıdır ki hukuken fiili yönetim kurulu üyesi tarafından nüfuz uygulansa bile işlemi yapacak olan ancak şekli veya maddi organlardır[374].

Fiili yönetim kurulu üyesinin ancak etkili olduğu ve yönetimine karıştığı alanlarda sorumluluğu söz konusu olur. Anonim şirketin şekli organı, yönetimden bir bütün olarak sorumlu iken, fiili organın sorumluluğu, sadece açıklanan kapsam ve fiilen karıştığı görev veya alanlara ilişkindir[375].

[372] **Forstmoser:** Organbegriff, s. 137; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel:** §37 Nr. 8; **Forstmoser:** Verantwortlichkeit, Nr. 687; **Vogel:** s. 315; **Knobloch:** s. 212; **Sauber,** s. 95.
[373] **Maurenbrecher:** s. 1337; **Knobloch:** s. 212-213.
[374] **Knobloch:** s. 212-213.
[375] **Pulaşlı:** Şerh C. II, §55 N. 42 ve dn. 43' teki yazarlar; **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 174; **Güney:** Hukuki Sorumluluk, s. 150.

§7. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNE TABİ OLMA

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, icra ettikleri görev ve kullandıkları yetkiler sebebiyle bazı yükümlülüklere tabi tutulmuşlardır. Bu yükümlülükler Türk Ticaret Kanunu' nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler, özen ve bağlılık yükümlülüğü, görevlerini aslen yerine getirme yükümlüğü ve pay sahiplerini eşit işleme tabi tutma yükümlüğüdür[376].

Kanun koyucu, birbirleriyle bağlantılı iki yükümlülük olan özen ve bağlılık yükümlüğünü Türk Ticaret Kanunu' nun 369. maddesinde düzenlemiştir. Bununla birlikte, şirketin çıkarları ile yönetim kurulu üyelerinin veya yakınlarının çıkarlarının çatıştığı bazı durumlarda sadakat yükümlülüğünün sonucu olan bazı yasakları ayrıca düzenlemeyi uygun görmüştür. Bunlar müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393), şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395), rekabet yasağı (m. 396) ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bazı düzenlemeler getiren Sermaye Piyasası Kanunu' nun 17. ve 21. maddeleridir[377].

Fiili yönetim kurulu üyelerinin de diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı yükümlülüklere tabi olması gerekir. Fiili yönetim kurulu üyeleri, şirket işlerini özenle yerine getirmek ve aynı şekilde seçilmiş yönetim kurulu üyeleri gibi sır saklamakla da yükümlü olmaktadırlar. Fiilen ele geçirdikleri alanda sorumluluklarının olup olmadığının belirlenmesinde de bu yükümlülükler büyük önem taşımaktadır[378].

[376] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 654 vd.
[377] **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat):** s. 662-663.
[378] **Pulaşlı:** Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, s. 174.

SONUÇ

Fiili yönetim kurulu üyesi, şeklen herhangi bir atama, seçilme ya da görevlendirme olmaksızın, esasen yönetim kuruluna özgü olan kararları alan ya da bizzat şirket yönetimi ile uğraşan ve böylece şirket iradesinin oluşumuna önemli ölçüde etki eden kişilerdir. Fiili yönetim kurulu üyesi, şekli ya da maddi organlar ile arasındaki güç ilişkisinin verdiği imkân sayesinde bu kişilere söz geçirebilmektedir. Böylece bu organlara ait olan karar alma yetkisi fiilen ele geçirilmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak şirket iradesi önemli ölçüde fiili yönetim kurulu üyesi tarafından etki altına alınmış olmaktadır.

Fiili yönetim kurulu üyeliği, özellikle İsviçre Hukukunda uzun yıllar tartışılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde, "şirket işleri ile görevlendirilen" yerine "şirket işleri ile ilgilenen" herkesin sorumlu tutulacağına ilişkin yapılan değişiklik ile birlikte organ fonksiyonlarını yerine getiren, şeklen belirlenmiş olsun veya olmasın fiili olarak organ fonksiyonlarını icra eden herkesin sorumlu tutulacağı İsviçre öğretisinde ittifakla kabul edilmektedir. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yönde kararları mevcuttur. Ancak gerek İsviçre öğretisinde gerek Federal Mahkeme kararında yönetime yapılan her türlü müdahalenin fiili yönetim kurulu üyeliği konumuna yol açmayacağı kabul edilmektedir. Şirket yönetimine etki eden kişilerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilmesi ve bunun sonucu olarak yapılan iş ve işlemlerden sorumlu tutulması belirli ölçütlere bağlanmalıdır. Aksi takdirde fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı sınırları belirli olmayan bir kavram haline gelir ve şirket yönetimine bir şekilde etki eden herkesin sorumlu tutulması gibi istenmeyen bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olur.

Fiili yönetim kurulu üyeliği Türk hukukunda, İsviçre hukukuna nispeten yeni bir kavramdır. Zira 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun' da sorumluluğun düzenleme şekli bu kavramın gelişmesine engel olmuştur. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde sorumluluğun kapsamı belirlenirken "yöneticiler" kavramının kullanmış ve gerekçede İsviçre Borçlar Kanunu' ndan farklı olarak geniş anlama sahip "şirket işleri ile uğraşan" ibaresinin yerine "yöneticiler" ibaresinin kullanıldığını ve bu yolla daha dinamik bir anlayış getirildiğini belirtmesi fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının yeniden tartışılmaya başlanmasına yol açmıştır. Aynı şekilde "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakıldığının belirtilmesi, fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının sınırlarının ve ölçütlerinin belirlenmesini gerekli hale getirmiştir.

İsviçre öğretisi ve Federal Mahkemesi kararları incelendiğinde fiili yönetim kurulu üyeliğinin tespitinde kullanılabilecek ölçütler, kişi olma, organa özgü işlev yerine getirme, şirket işleri ile uğraşma, organa özgü görevlerin fiili olarak ele geçirilmesi, şirket iradesinin oluşmasına etki etme, nüfuzun önemli derecede olması olarak gösterilebilir. Anonim şirketin iradesinin oluşmasında önemli derecede etki edilmesi halinde her zaman fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluştuğu kabul edilmez. Fiili yönetim kurulu üyeliği konumundan bahsedebilmek için bu kişinin organmış gibi hareket etmesi ve yönetim kuruluna bahşedilen asıl organ yetkilerini icra etmesi gerekir. Bununla birlikte şirket işleri ile uğraşan kişiler de fiili yönetim kurulu üyesi olabilirler. Ancak bu kişilerin bağımsız hareket etmesi, talimat alamaması ve kendi sorumluluk konumuna sahip olmaları gerekir. Bu sebeple fiili yönetim kurulu üyeliğinin oluşması için salt karar alınmasına yardım etme veya kararı hazırlayıcı nitelikte karar alınmasına yardımcı olma yeterli değildir.

Belirtilen ölçütlerin yanında öğretide organa özgü yetkilerin fiilen ele geçirilmesi ölçütü sürülmüştür. Buna göre nüfuz uygulayan üçüncü kişi ile şekli ya da maddi organ arasındaki güç ilişkisi sebebiyle şekli ya da maddi organ karar alamaz hale gelir ve organa özgü yetkileri fiili yönetim kurulu üyesi icra eder. Fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun oluşması için gerekli olan güç ilişkisinin şekli ya maddi organın nüfuza karşı direnç göstermesinin objektif açıdan mümkün olmaması sonucuna yol açacak düzeyde olması gerekir.

Fiili yönetim kurulu üyeliğinin oluşması için belirtiğimiz şartların gerçekleşmesinin yanında sadece karara katılmanın yeterli olmayacağı görüşü ileri sürülmüş olsa da karar alma yetkisinin tamamen ele geçirilmesinin kabulü organ kavramının geniş yorumlanmasına uygun düşmemektedir. Şekli ya da maddi organlar için karara katılma yeterli görülmüşken fiili organlar için yeterli olmaması tutarsızdır. Organmış gibi hareket eden ve geniş anlamda organ kabul edilen fiili yönetim kurulu üyeleri için de salt karara katılma yeterli görülmelidir.

Fiili yönetim kurulu üyeliği uygulamada çok çeşitli durumlarda karşımıza çıkabilir. Yukarıda belirttiğimiz şartların sağladığı her durumda fiili yönetim kurulu üyeliğinin oluştuğu söylenebilir. Uygulamada en çok ortaya çıkabilecek örnekler, şirket yönetiminin geçersiz olduğu haller, hâkim pay sahibinin anonim şirketteki durumu, anonim şirketlere kredi veren banka ya da kredi kuruluşları, şirketler topluluğunu yöneten hâkim teşebbüs, anonim şirketin yönetim kuruluna temsilci gönderen devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri, şirkette danışmanlık görevi yapanlardır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile birlikte "yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişilerin" de sorumluluk kapsamına dâhil olduğu ve şekli ile maddi organların yanı sıra şeklen organ olmadığı halde organmış gibi davranıp, şirket yönetimine müdahale ederek şirketin iradesinin oluşmasına katkı sağlayan kişilerin de sorumlu tutulması gerektiği görüşü İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme kararlarında kabul görmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile öğretide fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin olarak öne sürülen bu görüş ve eleştiriler dikkate alınmak suretiyle İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinin ilk fıkrası hükmüne benzer bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme, Türkiye' de yaşanan bazı tecrübeler dikkate alınarak bazı değişiklikler yapılmak suretiyle mevzuatımıza kazandırılmıştır.

Mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu' nun 754. maddesinde sorumlu olan kişiler "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler" (Die Mitglieder des Verwaltungsrates alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen) şeklinde belirlenmiştir. Böylece şekli ve maddi organların yanında fiili yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluk kapsamına dâhil edilmesine olanak sağlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde ise, "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" şeklinde sorumlu olan kişiler belirlenmiştir. Böylece sorumluluk çevresi daha dar tutulmak istenmiştir.

Gerekçede, mehaz hükümdeki "yönetim ile uğraşan" ibaresi ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi yönlendiren "fiili organların" kastedildiği belirtilmiş ve bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aynen

aktarılması uygun görülmemiştir. Bunun sebebi olarak ise, banka hukukundaki deneyim ve birikim gösterilmiştir. Nitekim "yönetimle uğraşan kişiler" şeklinde ucu açık bir düzenlemenin aşırı geniş yorumlanması ve amacını aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edildiği de dile getirilmiştir. Sonuç olarak kanun koyucu, "yönetimle uğraşan kişiler" ibaresi yerine "yöneticiler" ibaresi kullanılmasını uygun bulmuş ve bu ibarenin yorumlanmasını öğreti ve yargı kararlarına bırakmıştır.

Sonuç olarak, gerek düzenleme gerekse gerekçedeki açıklamalar dikkate alındığında "yöneticiler" ibaresi kapsamına fiili yönetim kurulu üyelerinin de dâhil olduğu kabul edilebilir. Hem hükümde hem de gerekçede fiili yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca sorumluluk kapsamına girmesine engel olacak herhangi bir ibare yoktur. Söz konusu hükümde yer alan "yönetici" kavramının geniş yorumlanması ile fiili yönetim kurulu üyelerinin yerine getirdikleri iş ve işlemlerden sorumlu tutulması mümkün gözükmektedir. Ancak kanun koyucu, kimlerin hangi durumda, hangi davranışları sebebiyle veya hangi şartlarla "fiili yönetim kurulu üyesi" kapsamında değerlendirileceğini belirlememiştir.

Kanun koyucu, sorumluluk kapsamına yönetimde etkili olan herkesin "fiili yönetim kurulu üyesi" olarak kabul edilmesi suretiyle sorumluluk kapsamına dâhil edilmesini arzu etmemiş yani hükmün dar yorumlanmasını amaçlamıştır. Bu bağlamda kanun koyucunun, daha önce dile getirilen ve İsviçre Hukukunda öne sürülen "fiili yönetim kurulu üyeliği kavramının sınırları belirli olmayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiğine" ilişkin görüşü paylaştığı söylenebilir. Bu bakımdan, fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilen kişinin belirlenmesinde, "organa özgü

işlev ifa etmesi" ve "karar alma yetkisini fiilen ele geçirmiş olması (Usurpation)" ölçütlerinin önem arz ettiği söylenebilir.

Anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun kabulü halinde bu kişiler de şekli yönetim kurulu üyeleri sahip oldukları haklara ve yükümlülüklere tabi olur. Ayrıca şekli yönetim kurulu üyeleri gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesinde yer alan sorumluluk rejimine tabi olurlar.

ÖZET

Aksoyak, Mustafa, Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Asuman Turanboy, 118 s.

Çalışmamızda anonim şirketlerde fiili yönetim kurulu üyeliği kavramı ele alınmaktadır. Bu çalışma ile kimlerin, hangi şartlar altında fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebileceği sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Fiili yönetim kurulu üyeleri, herhangi bir seçim veya atanma olmaksızın aslen şekli ya da maddi organların yetkisinde olan kararları alan veya şirket yönetimi ile bizatihi ilgilenen ve böylece şirket yönetimine önemli ölçüde etki eden kişilerdir. Şekli organların organ özelliği ve bu sebeple ortaya çıkan sorumluluğu geçerli şekilde atanması marifetiyle ortaya çıkarken, fiili yönetim kurulu üyelerinin organlara özgü karar alma yetkisini fiilen ele geçirip geçirmediği veya bu görevlere müdahale edip etmediği araştırılmalıdır. Bununla birlikte, fiili yönetim kurulu üyeliği konumunun kabul edilebilmesi için gerek İsviçre Federal Mahkemesi kararları gerekse öğretiye göre 4 ya da 5 şartın gerekli olduğu kabul görmektedir. Bunlar, organa özgü fonksiyon icra etme veya şirket işleri ile uğraşma, organa özgü görevlerin fiilen ele geçirilmiş olması ve şirket iradesine önemli derecede etkide bulunma olarak gösterilebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 553. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yöneticiler de şirkete, tek tek pay sahiplerine ve alacaklılara karşı oluşan zararlardan sorumludur. İşlevsel organ kavramına göre sadece şeklen yönetim kurulu üyesi olarak seçilen kişiler değil, ayrıca "yönetici" olarak nitelendirilebilecek ve şirket yönetimi ile uğraşan ve organmış gibi hareket

eden fiili yönetim kurulu üyeleri de 553. maddede öngörülen sorumluluk rejimine dâhil edilebilir.

ABSTRACT

Aksoyak, Mustafa, Shadow Directorship in Joint Stock Companies, Master's Thesis, Advisor: Prof. Dr. Asuman Turanboy, 118 p.

In this study, the concept of "shadow directorship" is analysed. With this analysis, the question of "who –and under which circumstances- can be acknowledged as shadow director" is going to be answered.

Shadow directors are the ones who make decisions or take care of management -without any election or appointment- that are under other bodies' authority and therefore significantly influence management of a company. While existence and legal responsibility of formal bodies depends on their valid assignment, for shadow directors, it has to be determined whether they have acquired de-facto decision making authority from bodies or interfere in this tasks. Furthermore, according to Switzerland Federal Court's jurisprudence and doctrine, four or five conditions are required for there to be a shadow director. These can be summarized as follows; functioning like body or taking care of company business, de-facto acquisition of tasks/authorities of body-type work, having significant influence over company's will.

Article 553 of Turkish Commercial Code numbered 6102, directors along with the members of board are held responsible to creditors and individual shareholders from loss incurred. According to "operational body" concept, not only formally appointed board members but also the ones -shadow directors- who can be qualified as "director" and act like a body or involve in company administration can be included in Article 533-responsibility system.

ZUSAMMENFASSUNG

Aksoyak, Mustafa, faktische Verwaltungsrat–Mitglied in der Aktiengesellschaft, Masterarbeit, der Betreuer: Prof. Dr. Asuman Turanboy, 118 s.

In der vorliegenden Arbeit handelt es sich um einen Begriff "Faktische Verwaltungsrat in der Aktiengesellschaft". Mit den vorliegenden Beitrag soll die Frage zu beantworten versucht werden, wer bzw. welche Personen als faktische Verwaltunsrat zu betrachten sind.

Als faktische Organe gilt alle diejenigen Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen. Während sich die Organeigenschaft und daher eine potenzielle Organhaftung bei den formellen Organen, kraft gültüger Bestellung zum Organ ergibt, ist bei den faktischen Organen zuerst zu ermitteln, ob die übertragenen oder usurpierten faktisch organtypischen Entscheidungskompetenzen überhaupt in organtypische Aufgaben eingreifen. Vier bzw. fünf Voraussetzungen bestehen basierend auf einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre zur Bejahung einer faktischen Verwaltungsrat: "organtypische Funktion" oder "Besorgung der eigentlichen Geschäftsführung", "Mitbestimmung der Willensbildung", Usurpation der Entscheidung durch Macht".

Gemäss Art. 553 Abs. 1 türkische Handelsgeseztbuch sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und die Geschäftsführers sowohl der Gesellschaft als den

einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich. Nach dem funktionellen Organbegriff sind damit nicht nur die formell gewählten Verwaltungsratsmitglieder, sondern sämtliche Personen, die sich mit der Geschäftsführung der entsprechenden Gesellschaft befassen, verantwortlich. Dazu gehören namentlich auch die faktischen Organe.