

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETLERDE
İŞLETMESEL KARAR KURALI

Yüksek Lisans Tezi

AYŞE DENİZ POSTACI ÖZÇELİK

İstanbul, 2017

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK YÜKSEK
LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETLERDE
İŞLETMESEL KARAR KURALI

Yüksek Lisans Tezi

AYŞE DENİZ POSTACI ÖZÇELİK

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ayşe Şahin

İstanbul, 2017

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

.....ÖZEL HUKUK..... YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: *Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde İşletmesel Karar Kuralı*

Öğrencinin Adı Soyadı : *Ayşe Deniz POSTACI ÖZGELİK*

Tez Savunma Tarihi : *04/01/2017*

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Yrd. Doç Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ŞAHİN

Üye

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ

Üye

Dr. Nusret ÇETİN

İmzalar

[Signature]

[Signature]

[Signature]

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETLERDE İŞLETMESEL KARAR KURALI

Ayşe Deniz Postacı Özçelik

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ayşe Şahin

OCAK 2017

Bu çalışma Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı için yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Çalışmada işletmesel karar kuralının Türk Hukuku'ndaki uygulaması incelenmiştir. Anonim şirket yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümlülükleri üzerinde çalışılmış ve kuralın bu yükümlülükler üzerindeki etkisi incelenmiştir. Konun ayrıca kurumsal yönetim ilkeleri açısından da ele alınmıştır.

Çalışmanın karşılaştırmalı hukuka ilişkin kısmında ise Amerikan ve Alman hukuk sistemleri ele alınmıştır. Kuralın ilk kez Amerikan hukukunda kabul edilmiş olması sebebi ile kuralın gelişiminde içtihat hukukunun ne şekilde etkili olduğu konusu araştırılmıştır. Alman hukuk uygulaması ise Türk hukuku ile olan benzerlik ve farklılıklar açısından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, özen yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü, işletmesel karar kuralı, kurumsal yönetim

ABSTRACT

BUSINESS JUDGMENT RULE IN JOINT-STOCK COMPANIES IN TURKISH LAW

Ayşe Deniz Postacı Özçelik

Master's Program in Private Law

Thesis Supervisor: Yrd. Doç. Dr. Ayşe Şahin

JANUARY 2017

This study was prepared as a master's thesis at Bahçeşehir University Institute of Social Sciences Private Law Program.

In this study the business judgment rule in Turkish law was examined. Duty of care and duty of loyalty of the joint-stock company board and the effects of this rule on these duties were analyzed. The study also investigated corporate governance principles in relation to the business judgment rule.

In the comparative law part of the study, American and German law systems were analyzed. Since the American law is the source of the business judgment rule, the effects of the common law tradition were also examined. German law was investigated according to its similarities and differences to the Turkish law in this respect.

Key Words: Joint-stock company, duty of care, duty of loyalty, business judgment rule, corporate governance

KISALTMALAR

Alm. POK	:	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Bkz	:	Bakınız
BGH	:	Bundesgerichtshof
eBK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
eTTK	:	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
İİK	:	2004 sayılı ve 9 Haziran 1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu
m.	:	madde
OECD	:	The Organisation for Economic Co-operation and Development
OR	:	Obligationenrecht
Prg.	:	Paragraf
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UMAG	:	Gesetz zur Unternehmensintegritaet und Modernisierung des Anfechtungsrecht

İÇİNDEKİLER

Özet	i
Abstract.....	ii
Kısaltmalar.....	iii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN ÖZEN VE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü	6
1. Genel Olarak	6
2. Yönetim Kurulu ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Niteliği	8
3. Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği ve Kusur Kavramı ile İlişkisi	11
4. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü	15
5. 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda Özen Yükümlülüğü.....	16
6. Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü	20
7. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı.....	22
8. Basiretli İş Adamı, Tedbirli Yönetici ve Gözetim Yükümlülüğü Kavramlarının Özen Yükümlülüğü Kavramı ile İlişkisi.....	25
a. Basiretli İş Adamı Kavramı	25
b. Tedbirli Yönetici Kavramı	28
c. Gözetim Yükümlülüğü.....	33
B. Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi.....	34
C. Bağlılık ve Sadakat Yükümlülüğü.....	38

II. BÖLÜM

TEDBİRLİ YÖNETİCİNİN BELİRLENMESİNDE İŞLETMESEL KARAR KURALI

A.	Kavram.....	42
B.	Terminoloji	43
C.	Tarihsel Gelişimi.....	44
D.	İşlevi.....	47
E.	Unsurları	49
1.	Yönetim Kurulunun İşletmeye İlişkin Bir Karar Almış Olması.....	50
2.	Şirket Çıkarlarının Gözetildiği Bir Karar Alınmış Olması (Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkeleri)	52
3.	Kararın Yeterli Bilgiye Dayanarak Ve Gerekli Risk Araştırması Yapılarak Alınmış Olması	53
4.	İyi Niyet İle Hareket Edilmiş Olması	55
5.	Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmış Olması.....	55
F.	Karine Niteliği	56

III. BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK SİSTEMLERİNDE İŞLETMESEL KARAR KURALI

A.	Amerikan Hukukunda Kuralın Uygulanması	60
1.	Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Uygulanmasına İlişkin Görüşler	61
a.	Sorumluluk Ölçütü Görüşü (Standard of Liability)	61
b.	Hâkimin Davaya Bakmaktan Kaçınması Görüşü (Abstention Doctrine)	62
2.	Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Unsurları	64

a.	Somut Olayda Ticari Bir Karar Verilmiş mi? (Business Decision)....	64
b.	Karar Verilirken Tarafsız Ve Bağımsız Şekilde Hareket Edilmiş mi? (Disinterestedness and Independence).....	65
c.	Karar Verilirken Gerekli Özen Gösterilmiş Mi? (Due Care).....	66
d.	Karar Verilirken İyi Niyetle Hareket Edilmiş Mi? (Good Faith).....	66
e.	Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması Söz Konusu Mu? (Abuse Of Discretion)	66
B.	Alman Hukukunda Kuralın Uygulanması	67
1.	İçtihatlar Yoluyla Gelişimi	67
2.	Kanuni Düzenlemelerin Getirdiği Uygulama Şartları	69
a.	Kararın İşletmeye İlişkin Verilmiş Ticari Bir Karar Olması (Unternehmerische Entscheidung).....	70
b.	Yeterli Bilgi İle Hareket Edilmiş Olması (Handeln Auf Grundlage Angemessener Information)	70
c.	Şirket Çıkarına Uygun Hareket Edilmiş Olması (Handeln zum Wohle der Gesellschaft)	71
d.	İyi niyet İle Hareket Edilmiş Olması (Handeln in gutem Glauben)....	71
C.	İsviçre Hukukunda Kuralın Uygulanması	72

IV. BÖLÜM

İŞLETMESEL KARAR KURALININ TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASI

A.	İşletmesel Karar Kuralının Sorumluluk Davalarında Uygulanması	74
1.	Şirketin Dava Hakkı.....	74
2.	Pay Sahipleri ve Alacaklıların Dava Hakları	76
a.	Dolayısıyla Zarar Nedeniyle Açılacak Davaların Özellikleri	77
b.	Doğrudan Zarar Nedeniyle Açılacak Davaların Özellikleri.....	79
3.	İşletmesel Karar Kuralının Sorumluluk Davalarında Uygulanması (Hâkimin Takdir Yetkisi).....	80

4. İşletmesel Karar Kuralının İptal ve Butlan Davalarında Uygulanması Sorunu.....	81
5. Konunun İspat Yüğü Açısından İncelenmesi	83
B. İşletmesel Karar Kuralının Sınırlandığı ve Uygulanamayacağı Bazı Durumlar	84
C. İşletmesel Karar Kuralının Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından İncelenmesi	86
D. İşletmesel Karar Kuralının Türk Hukukunda Uygulanmasının Sonuçları.	89
1. Hâkimin Yerindelik Denetimi Yapmasını Engeller ve Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisinin Sınırlarını Belirler.....	89
2. Yönetim Kurulunun Özen Yüğümlülüğünü Somutlaştırır.....	90
3. Usul Ekonomisi İlkesine Katkıda Bulunur	91
4. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Etkin Şekilde Uygulanmasını Sağlar.....	92
5. Kuralın Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Konusu.....	92
SONUÇ	94
KAYNAKÇA.....	98

GİRİŞ

A. Konunun Sunumu

Pay sahiplerinin bir araya gelmesi ile oluşan ve hukuki olarak sürekli bir niteliğe sahip olmakla beraber belirli aralıklarla faaliyet gösteren genel kurulun yapısı gereği anonim şirketin yönetimini tek başına yürütmesi mümkün değildir. Yönetim kurulu, Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 365. maddesi gereğince, anonim şirketin işlerini yönetme ve şirketi temsil yetkilerine sahip sürekli organıdır. Yönetim kurulu üyeleri şirket yönetimi hakkında bilgi sahibi olan kişilerdir ve üzerlerine aldıkları bu yönetim ve temsil görevlerini şirketin çıkarını gözeterek yerine getirmekle yükümlüdürler. Şirketin yönetim ve temsile ilişkin tüm işlerini sürekli şekilde faaliyet göstererek yerine getirirler. Genel kurul her ne kadar yönetim kurulu üyelerini seçen organ olsa da yönetim kurulundan daha üstün, yönetim kuruluna emir veren bir organ niteliği taşımamaktadır. Diğer bir deyişle, genel kurulun üst organ niteliği bulunmamaktadır. TTK m. 374 gereğince yönetim kurulu, kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunu gerçekleştirmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Takip eden 375. madde yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerin belirlemektedir. Bu maddelerden de anlaşıldığı üzere, yönetim kurulu ile genel kurul arasında bir hiyerarşi değil, görev ayrımı söz konusudur ve iki organ arasında eşitlik ilkesi kabul edilmektedir. Bu sebeple yönetim kurulu, kendi yetki ve görev alanına giren işlere ilişkin kararlarını alırken bağımsız şekilde takdir yetkisini kullanır. Ticaret hayatı, doğası gereği belirli riskler taşıyan bir niteliğe sahiptir. Yönetim kurulu şirketin amacını gerçekleştirmek adına faaliyet gösterirken, yeri geldiğinde ticari rizikosu bulunan kararlar almak zorundadır. Zira herhangi bir çaba harcamadan, risk almadan yönetilen bir şirketin ticari hayatta başarılı olma şansı bulunmamaktadır. Yönetim kurulu aldığı riskli kararlarda, takdir yetkisini kullanır. Ancak yönetim kurulunun takdir yetkisi sınırsız değildir ve yargı denetimine tabidir. Çalışmanın konusu bu noktada önem arz etmektedir. Zira yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak verdiği kararlarda hâkimin yerindelik denetimi yapıp yapamayacağı sorusu önemli bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Business Judgment Rule ya da işletmesel karar kuralı, yöneticinin takdir yetkisini kullanarak, özen ve sadakat yükümlülüklerini yerine getirerek aldığı kararlarda hâkimin

yerindelik denetimi yapamayacağını öngörmektedir. Çalışmanın konusunu oluşturan ilke temelde iki farklı yönü ile alınmaktadır. Buna göre ilke, öncelikle yönetim kurulunun karar alırken ne şekilde davranması gerektiği yönünde belirli sınırlar çizer. İkincil olarak ise, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan davalarda hâkimin yerindelik denetimi yapmasını sınırlandırarak yönetim kurulunun takdir alanını koruma altına alır.

TTK'de işletmesel karar kuralı kanun metninde değil, 369. maddenin gerekçesinde ele alınmaktadır¹. Gerekçeye göre, kurumsal yönetim ilkelerine uygun şekilde alınan *iş adamı kararından* doğan risk ve zarar sebebi ile yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Kısaca, yönetim kurulunun gerekli bilgi ve araştırmaya dayanan ve özen borcuna uygun şekilde aldığı kararlar sebebi ile sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Konunun ilk kez karşımıza çıktığı kaynak Amerikan hukukunda kural, *business judgment rule*² olarak adlandırılmaktadır. Bu terimin Türkçe'ye doğrudan tercümesi '*ticari yargı kuralı*' olarak yapılabilir.

¹ Ayrıntılı olarak aşağıda bkz. Bölüm I A 4, bölüm I A 5.

² Bkz. RADIN, S. A., 2009. *The Business Judgment Rule - Fiduciary Duties of Corporate Directors*. 6th Edition, Wolters Kluwer Law & Business; SCARLETT, A. M., 2008. *A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in Shareholder Derivative Litigation*. Kansas Law Review, Cilt 57; GREENFIELD, K., NILSSON, J. E., 1997. *Gradgrind's Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (And Replace?) The Business Judgment Rule*. Brooklyn Law Review, Cilt 63; OESTERLE, D. F., PALMITER, A. R., 1994. *Judicial Schizophrenia in Shareholder Voting Cases*. Iowa Law Review, Cilt 79; PRICKETT, W., BROWN, R. A., 1994. *Cede v. Technicolor: The Supreme Court Re-Illuminates Existing Lines of Delaware's Level Playing Field*. Delaware Journal of Corporate Law, Cilt 19; MANNE, H., 1967. *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*. Virginia Law Review, 53(2); MCMILLAN, L., 2013. *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*. Mary Business Law Review, 4(2); BAINBRIDGE, S., 2003. *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*. Law & Economics Research Paper Series: Research Paper No. 03-18, Los Angeles: University of California, Los Angeles School of Law (Abstention); CARRETTA, D., 2012. *The Business Judgment Rule: Analysis of the Latest Developments*. New York: Fordham University School of Law; MANNING, B., 1984. *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*. The Business Lawyer, 39(4) (Duty of attention); HINSEY, J., 1984. *Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: the Rule, the Doctrine, and the Reality*. The George Washington Law Review, 52(4-5); VEASEY, N., 1984. *New Insights Into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should We Trust the Courts?*. The Business Lawyer, Cilt 39; EICHELBERGER, J., 2009. *Unification of Corporate Liability: Should European Union adopt a U.S. Style Business Judgment Rule?*. Master 2 - Final Memoire - Droit du Commerce International University of Montpellier; WARREN, I., ARONSTAM, B., 2007. *Delaware's Business Judgment Rule and Varying Standards of Judicial Review for Assessing Director Conduct in M&A Transactions*. The Canadian Institute.; BLOCK, D. J., BARTON, N. E., RADIN, S. A., 1987. *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*. The Business Lawyer, 42(3); BLOCK, D., PRUSSIN, H. A., 1981. *The Business Judgment Rule and Shareholder*

Alman hukukunda ise kural *unternehmerisches Ermessen*³ terimi ile ifade edilmektedir. Bu terim Türkçe'ye 'işletmesel/işletmeye ilişkin takdir' şeklinde tercüme edilebilir. Her ne kadar *unternehmerisches Ermessen* terimi Alman Hukuku'nda yaygın bir kullanım alanına sahip olsa da terimin İngilizce karşılığı olan Business Judgment Rule doktrinde yazarlar tarafından sıklıkla kullanılmaktadır⁴.

Türk Hukuku'nda ise henüz bir terim birliği sağlanamamıştır. Konunun düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu m. 369'un gerekçesinde kural *iş adamı kararı* olarak adlandırılmıştır. Bununla birlikte doktrinde '*basiretli muhakeme yürütme kuralı*', '*sorumsuzluk ayrıcalığı*', '*yöneticinin hukuka uygunluk kuralı*', '*ticari takdir ilkesi*' gibi farklı kullanımlar karşımıza çıkmaktadır⁵.

Söz konusu kural bu çalışmada *işletmesel karar* olarak adlandırılacaktır. İşletmesel karar terimi, kanunun gerekçesinde kullanılan iş adamı kararı ilkesi terimi ile uyumlu olmasa da Yargıtay'ın iş hukuku ilişkileri kapsamında konuya ilişkin verdiği kararlarda kullanılmıştır. Bu sebeple, hem Yargıtay uygulamasına uyumlu olması açısından, hem de

Derivative Actions: Viva Zapata?. The Business Lawyer, Cilt 37; JOHNSON, L. P., 2005. *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*. The Business Lawyer, Cilt 60; PINTO, A. R., BRANSON, D. M., 2009. *Understanding Corporate Law*. 4th Edition, Pittsburg: University of Pittsburgh School of Law.

³ OLTMANNS, M., 2001. *Geschäftsleiterhaftung und Unternehmerisches Ermessen*. Frankfurt am Main: Peter Lang; LOHSE, A., 2005. *Unternehmerisches Ermessen: Zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat*: Mohr Siebeck; ZACHERT, N., 2005. *Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden im US-amerikanischen Gesellschafts- und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag; GOETTE, W., HABERSACK, M., KALSS, S., 2014. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2: §§ 76 - 117*. 4th Edition; Munich: Verlag C. H. Beck; Arbeitskreis 'Externe und interne Überwachung der Unternehmung' der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., 2006. *Praktische Empfehlungen für unternehmerisches Entscheiden - Zur Anwendung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG*. Der Betrieb, Cilt 59; REDEKE, J., 2009. *Zu den Voraussetzungen unternehmerischer Ermessensentscheidungen*. NZG 2009.

⁴ WENDLER, J.-S., 2007. *Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht*. Frankfurt am Main: Peter Lang; GRASS, A., 1998. *Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*. Zürih: Schulthess Polygraphischer Verlag; GEISER, M., 2010. *Leitungspflichten des Vorstandes in der AG*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac; BRÖMMELMEYER, C., 2005. *Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands - Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule*, WM 2005, 2065; FLEISCHER, H., 2004. Die "Business Judgment Rule": Vom Richterrecht zur Kodifizierung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Cilt 15; KOCHER, D., 2009. *Zur Reichweite der Business Judgment Rule*, CCZ 2009, 215; LUTTER, M., 2007. Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Cilt 18; PAEFGEN, W. G., 2009. *Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule*, NZG 2009.

⁵ Ayrıntılı olarak aşağıda bkz. 'Terminoloji' Bölüm III B.

kuralın anlamını en iyi şekilde ifade ettiği gerekçesi ile bu çalışmada konu *işletmesel karar kuralı* olarak ele alınacaktır.

B. Konunun Karşılaştırmalı Hukuk Boyutu

Bu çalışmada ele alınan işletmesel karar kuralı genel olarak Amerikan hukuku temeline dayanmaktadır. Bu sebeple çalışmanın kuralın tarihsel gelişimini ele alan ikinci bölümünde konunun özellikle Amerikan hukukunda ne şekilde ortaya çıktığı üzerinde durulmuştur. Dördüncü bölümde ise Amerikan hukuku ve Türk hukukundaki konuya ilişkin benzerlik ve farklılıklar ele alınmıştır. Amerikan hukukunda uzun bir geçmişe sahip olan işletmesel karar kuralına ilişkin farklı görüşler açıklanmaya çalışılmıştır. Aynı bölümün ikinci kısmında ise, Kıta Avrupası hukukunda öncü hukuk sistemlerinden olması ve Türk hukuku ile olan uyumu sebebi ile işletmesel karar kuralının Alman hukukundaki uygulaması üzerinde durulmuştur. Ayrıca henüz pozitif düzenlemeye konu olmamasına rağmen, kuralın İsviçre hukukunda uygulanabilirliği sorunu kısaca ele alınmıştır.

C. İnceleme Planı

Bu çalışma giriş, dört ana bölüm ve sonuç bölümünden oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde anonim şirket yönetim kurulunun özen borcunun belirlenmesinde tedbirli yöneticinin özenini öngörmek suretiyle özen yükümlülüğünün kapsamını belirlediğinden öncelikle özen ve sadakat yükümlülüğü incelenecektir. Bu bölümde özen borcuna ilişkin genel bilgiler verilecek ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun özen ve bağlılık yükümlülüklerini düzenleyen 369. maddesi incelenecektir. Önceki kanun döneminde özen yükümlülüğünün ne şekilde düzenlendiğı ve konuya ilişkin eleştiriler yine bu bölümde inceleme konusu yapılacaktır. Basiretli iş adamı ve tedbirli yönetici kavramlarının üzerinde durulacak, ayrıca yeni kanunun bu konuda kabul ettiğı yöntem Alman ve Amerikan hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Aynı bölümün devamında yönetim kurulunun takdir yetkisi ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme şekli üzerinde durulacaktır. Bu bölümde son olarak incelenecek olan konu ise, bağlılık ve sadakat yükümlülükleridir. Bu konular da yine karşılaştırmalı hukuk açısından ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

İkinci bölüm, çalışmanın temelin oluşturan işletmesel karar (business judgment rule) kuralı hakkında bilgiler içermektedir. Konunun Amerika Birleşik Devletleri'ndeki

gelişimi ele alınmıştır. Devamında kuralın işlevi ve unsurları üzerinde durulmuş, böylelikle Türk hukukunda kuralın uygulanabilmesi için gereken unsurlar açıklanmıştır. Ayrıca kuralın ispat yükü üzerindeki etkileri de bu bölümde inceleme konusu yapılmıştır.

Dördüncü bölüm kuralın karşılaştırmalı hukukta ne şekilde karşımıza çıktığı konusunda bilgiler içermektedir. Kuralın kaynak hukuku olan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişimi ele alınmış, konuya ilişkin farklı hukuki görüşler incelenmiştir. Aynı şekilde Alman hukukunda konunun ne şekilde düzenlendiği de araştırma konusu yapılmış ve Türk hukuk uygulaması ile arasındaki benzerlikler ve farklılıklar üzerinde durulmuştur. Ayrıca İsviçre hukukunda konunun uygulanabilirliği konusu kısaca ele alınmıştır.

Beşinci bölümde ise kuralın Türk hukukunda uygulamasına bağlı sonuçlar üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda konunun sorumluluk ve iptal davalarında ne şekilde karşımıza çıktığı konusu üzerinde durulmuştur. Hukukumuzda kuralın hangi durumlarda uygulanamayacağı ve uygulanma halinde kuralın getireceği sonuçlar da son bölümün konusunu oluşturmaktadır.

D. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmada ele alınan işletmesel karar kuralı, temel olarak Türk Hukuku'nda kuralın uygulanması konusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bununla beraber, konunun daha iyi kavranabilmesi amacı ile yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümlülükleri de ele alınmıştır. Kuralın tarihsel gelişimi, işlevi ve unsurları ayrıntılı şekilde çalışılmıştır. Konunun en büyük öneme sahip olduğu sorumluluk davaları konusuna ağırlık verilmiştir. Çalışmanın yüksek lisans tezi olarak hazırlanması sebebi ile, karşılaştırmalı hukuk bölümünde konu sınırlandırılmış, çalışma Amerikan ve Alman uygulamaları özelinde incelenmiş ve İsviçre hukukuna kısaca değinilmiştir.

I. BÖLÜM

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN ÖZEN VE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Özen kavramı, hukuk düzenimizde özellikle Türk Ticaret⁶ ve Türk Borçlar⁷ Kanunlarında sıklıkla karşılaştığımız bir kavram olmakla birlikte, bu maddelerde genel

⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda özen kavramı **m. 199/4** (Şirketler topluluğu- Bağlı ve hâkim şirketlerin raporları), **m. 200** (Şirketler topluluğu- Bağlı şirketler hakkında bilgi alma), **m. 202/1-d** (Şirketler topluluğu- Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması), **m. 369/1** (Yönetim kurulu- Özen ve bağlılık yükümlülüğü), **m. 398/1** (Denetleme- Konu ve kapsam), **m. 401/2** (Denetleme- İbraz yükümü ve bilgi alma hakkı), **m. 437/2** (Genel kurul- Bilgi alma ve inceleme hakkı), **m. 553/2-3** (Hukuki Sorumluluk- Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu), **m. 626** (Şirketin organları- Özen ve bağlılık yükümü, rekabet yasağı), **m. 630/3** (Şirketin organları- Görevden alma, yönetim ve temsil yetkisinin geri alınması ve sınırlandırılması), **m. 869/3** (Eşya taşıma- Taşıma ve teslim engelleri), **m. 873** (Eşya taşıma- Taşıma süresi), **m. 875/3** (Eşya taşıma- Taşıyıcının sorumluluğu- Ziya veya hasar ile gecikmeden doğan zarardan sorumluluk), **m. 876** (Eşya taşıma- Taşıyıcının sorumluluğu- Taşıyıcının özeni), **m. 914/2** (Yolcu taşıma- Taşıyıcının sorumluluğu), **m. 928/2** (Taşıma işleri komisyoncusu- Komisyoncunun sorumluluğu), **m. 1073** (Donatan ve donatma iştiraki- Özen yükümlülüğü), **m. 1088** (Kaptan- Özen yükümlülüğü), **m. 1112** (Kaptan- Yükle ilgili olanların menfaatlerini koruma yükümlülüğü), **m. 1141/2** (Navlun sözleşmesi- Taşıyanın, gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma yükümlülüğü), **m. 1178/1** (Taşıyanın sorumluluğu), **1302/2** (Kurtarma- Emredici hükümler), **m. 1303/1-a-b, 1303/2-b** (Kurtarma- Tarafların yükümlülükleri) maddelerinde karşımıza çıkmaktadır.

⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 'özen' kavramı ise **m. 66/2** (Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri- Adam çalıştırmanın sorumluluğu), **m. 67/2** (Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri- Hayvan çalıştırmanın sorumluluğu), **m. 71/2** (Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri- Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme), **m. 192/2** (Alacağın devri- İfaya yönelik devir), **m. 316/1** (Kira sözleşmesi- Özenle kullanma ve koşullara saygı gösterme borcu), **m. 372/3** (Ürün kirası- Sona ermenin sonuçları- Geri verme), **m. 377** (Ürün Kirası-Hayvan kirası- Sorumluluk), **m. 396/2** (Genel hizmet sözleşmesi- Özen ve sadakat borcu), **m. 464/1** (Evde hizmet sözleşmesi- Malzeme ve iş araçları), **m. 471/1-2** (Eser sözleşmesi- Yüklenicinin borçları), **m. 472/2** (Eser sözleşmesi- Malzeme bakımından), **m. 506/2-3** (vekâlet sözleşmesi- Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme), **m. 507/2** (Vekâlet Sözleşmesi- İşin üçüncü kişiye gördürülmesi halinde), **m. 529/1** (Vekâletsiz iş görme- İşin iş sahibinin menfaatine yapılması halinde), **m. 534** (Komisyon sözleşmesi- Özen borcu), **m. 572/1** (Saklama sözleşmeleri- Ardiyecinin saklama borcu), **m. 592/2** (Kefalet sözleşmesi- Özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi), **m. 614/2** (Ölünceye kadar bakma sözleşmesi- Konusu), **m. 628/1** (Adi Ortaklık Sözleşmesi- Özen borcu), **m. 641/1** (Adi Ortaklık Sözleşmesi- Sona ermenin ortaklığın yönetimine etkisi) maddelerinde karşımıza çıkmaktadır.

olarak özen kavramının veya özen yükümlülüğünün tanımı yapılmamıştır⁸. Bu sebeple özen yükümlülüğünün ihlali, hukuksal bir kavram olarak belirsiz ve soyut bir nitelik taşımaktadır⁹.

Türk Dil Kurumu özen kavramını; *bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam* olarak tanımlamaktadır¹⁰.

GÜMÜŞ özen kavramını içsel ve dışsal olmak üzere iki temel yanıyla ele almaktadır. Buna göre özen kavramının dışsal açıdan karşımıza çıkan kısmı kişinin bir davranışına veya edimine ilişkindir. Özen kavramının içsel niteliği ise belirli bir edim sonucuna ilişkin manevi süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki yönü ile ele alındığında, özen kavramını bir dış davranış ve bir içsel manevi sürecin bir araya gelerek ortaya çıkardığı bir bütün olarak kabul etmek mümkündür. Daha pratik anlamıyla ele alındığında ise, özeni insani bir davranış kriteri olarak tanımlamak yerinde olacaktır. Zira, bir davranışın veya hareketin *özenliliği* davranışın sonucuna etki edecektir. Bu sebeple ‘özenli’ sıfatı bir edimi veya davranışı nitelerken kullanılmaktadır¹¹.

Anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişki temel olarak bir güven ilişkisidir¹². Bu hukuki ilişki, yönetim kurulu üyesinin genel kurulca seçilmesi ve seçilen yönetim kurulu üyesinin görevi kabul etmesi ile başlar¹³. Türk hukukunda yönetim kurulu ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda şirketin dava hakkının temel olarak sözleşmeye dayandığı kabul edilmektedir, bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin idare ve temsil hakları sebebi ile meydana getirdikleri zararın haksız fiil dayanması da mümkündür. Bu durumlarda sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna

⁸ BOZKURT YAŞAR, S., 2015. *Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması*. İstanbul, s. 139.

⁹ GÜMÜŞ M. A., 2001, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, (Özen borcu), s. 45.

¹⁰ www.tdk.gov.tr. (Erişim tarihi: 18.11.2016).

¹¹ GÜMÜŞ, Özen borcu, s. 47.

¹² BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E., 2013. *Şirketler Hukuku*. Bursa, s. 394.

¹³ AKDAĞ GÜNEY, N., 2012. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul, (Yönetim Kurulu), s. 174.

dayanan istem hakları yarışır¹⁴. Böylece zarar görenin sözleşmesel ya da haksız fiil sorumluluklarından birini seçmek konusunda tercih hakları bulunmaktadır¹⁵.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, Kurumsal Yönetim İlkeleri'ndeki gelişmeleri dikkate alarak yönetim kurulu üyelerinin vereceği kararlarda 'tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özen' kıstasını getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, tedbirli yöneticinin özeni dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca maddenin gerekçesinde tedbirli yöneticiye gerekli araştırmaları yaparak ve ilgililerden bilgi alarak karar alması yükümlülüğü getirilerek özen yükümlülüğü somutlaştırılmıştır. Bir başka deyişle, yönetim kurulu üyelerinin kararları açısından işletmesel karar kuralının uygulanabilmesinin temel koşulu, tedbirli yöneticinin özeni ile karar alınmasıdır.

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulunun, Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin de öngördüğü gibi hesap verebilir bir şekilde faaliyet göstermesi önemlidir. Yönetim kurulunun öncelikle yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bu yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi halinde sorumluluklarının düzenlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, yönetim kurulunun yükümlülüklerinden biri olan özen yükümlülüğünün işlevini yerine getirmesi için de özen ölçütünün belirlenmesi ve bu ölçütün yerine getirilip getirilmediği konusunun ispatlanması gerekmektedir¹⁶.

Önceki kanun dönemindeki düzenlemenin ve yeni kanunun özen yükümlülüğüne ilişkin getirdiği yeniliklerin açıklanacağı bu bölümde ayrıca özen yükümlülüğünün belirlenmesinde önemli bir kıstas olması sebebi ile yönetim kurulu ve anonim şirket arasındaki ilişkinin niteliği üzerinde durulacaktır. Özen yükümlülüğünün hukuki niteliği ve kusur kavramı ile ilişkisi bu bölümde ele alınacaktır.

¹⁴ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 174; AKDAĞ GÜNEY, N., 2010. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* İstanbul, (Sorumluluk), s. 100; ÇAMOĞLU, E., 2011. *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, (Hukuki sorumluluk), s. 113.

¹⁵ Ayrıntılı olarak bkz. aşağıda 'Şirketin Dava Hakkı' Bölüm V A 1.

¹⁶ HACİMAHMUTOĞLU, S., 2015. 'Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2015, C. XXXI, Sayı: 3, (Özen yükümlülüğü), s. 25.

2. Yönetim Kurulu ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Niteliği

Yönetim kurulu ve şirket arasındaki sözleşmenin niteliği kanun, ana sözleşme ya da genel kurul kararları ile belirlenmiş olabilir. Bu durumlarda her bir ilişki söz konusu somut olaya ve sözleşmenin özelliklerine göre ele alınır. Bununla birlikte bazı durumlarda sözleşmenin niteliği taraflarca açıkça belirlenmemiş olabilir; bu gibi hallerde sözleşmenin bir vekâlet sözleşmesi mi, hizmet sözleşmesi mi, yoksa sui generis bir sözleşme mi olduğunun belirlenmesi gerekir. Sözleşmenin niteliğinin taraflarca önceden belirlendiği hallerde bile, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkiyi sadece bu sözleşmelerden birinin kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Zira yönetim kurulu üyesi olan kişi, şirket organizasyonu ve şirketteki etkisi ve konumuna göre de her olay için farklı şekilde değerlendirmeye tabii tutulacaktır¹⁷.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşüne göre, yönetim kurulunun sorumluluğu vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu gibi ele alınmalıdır. Vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayanarak, vekâlet verenin çıkarına ve hesabına olarak ve nispeten yerel, zamansal veya maddi bağımsızlık içinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır¹⁸. Doktrinde büyük ölçüde hâkim olan görüş uyarınca vekâlet sözleşmesinde vekil, üstlendiği görevi belirli bir özen çerçevesinde yerine getirmeyi borçlanır ancak belirli bir sonucun sağlanmasını borçlanmaz¹⁹. Kısaca vekil, işin özenli şekilde görülmesinden sorumlu olsa da (aksi zımni veya açık şekilde kararlaştırılmadıysa) belirli bir sonucun gerçekleşmesinden sorumlu değildir. Yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüştür²⁰.

¹⁷ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 101.

¹⁸ GÜMÜŞ, M. A., 2014. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt II*, (Borçlar), s. 122.

¹⁹ PULAŞLI, H., 2014. *Şirketler Hukuku Şerhi*, prg. 64 (Şerh); PULAŞLI, H., 2016. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Şirketler), s. 473; GÜMÜŞ, Borçlar, s. 130; GÜMÜŞ, Özen borcu, s. 151.

²⁰ ÇAMOĞLU, POROY, R., TEKİNALP, Ü., 2014. *Ortaklıklar Hukuku*, prg. 543; PULAŞLI, Şerh, s. 1140; PULAŞLI, Şirketler, sf. 473; HACİMAHMUTOĞLU, S., 2014. *The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (İşadamı), s. 129; AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 101; ÇAMOĞLU, E., 2010. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul, s. 111. ÇAMOĞLU'na göre yönetim kurulu üyesinin görevi kabulü ile bir sözleşme ilişkisi doğar. Bu sözleşmenin mahiyeti kararlaştırılan özel hükümlere göre tayin edilmelidir. Eğer özel hükümlerin incelenmesi ile bir sonuca varılamıyorsa, doktrinin de işaret ettiği

Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı yönündeki görüşe göre, yönetim kurulunun görevinin süreklilik arz etmesi ve belirli işlerle sınırlandırılmış olması sebebi ile yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir²¹. Hizmet sözleşmesi niteliği gereği işçi ve işveren arasında tabiiyet ilişkisi öngörmektedir²². Yukarıda da değinildiği üzere, ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına tarafların iradesinin ne yönde olduğunun tespiti ile karar verilecektir.

Yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkinin sui generis sözleşme olduğu yönündeki görüşe göre ise her ilişki kendine özgü özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme kanun ve esas sözleşme hükümleri göz önünde bulundurularak somut olayın özelliklerine uygun şekilde yapılır²³. Zira anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiyi hizmet veya vekâlet gibi belirli bir sözleşme tipine özgülemek mümkün olmayacaktır²⁴.

Şirket ve yöneticiler arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ister vekâlet ister hizmet ister sui generis olarak kabul edilsin, taraflar arasındaki güven ilişkisi varlığını koruyacaktır²⁵. Taraflar güvene dayanan bu ilişkiden doğan sorumluluklarını yerine getirirken özenli davranma yükümlülüğü altındadır. Bunun başlıca sebebi, özellikle halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, pay sahiplerinin mal varlığını idare eden kişiler durumunda olmalarıdır²⁶. Bu sebeple yönetim kurulu, şirkete ilişkin yürüttüğü tüm işlerde şirket çıkarını üstün tutarak hareket etmelidir. Özen yükümlülüğü

şekilde ilişkinin bir vekâlet ilişkisi sayılması ve vekâlet hükümlerinin uygulanması gerekir. ÇAMOĞLU, s. 117.

²¹ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 352; HACİMAHMUTOĞLU, İşadımı, s. 129; AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 103. AKDAĞ GÜNEY eserinde İsviçre doktrininde anonim şirket ile yönetim kurulu arasında var olan sözleşmenin devamlılık unsuru sebebi ile hizmet sözleşmesine benzediği, ancak ücret unsurunun zorunlu olmaması sebebi ile hizmet sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği görüşünü savunan yazarlara atıf yapılmaktadır.

²² GÜMÜŞ, Borçlar, s. 9.

²³ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 178.

²⁴ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 104.

²⁵ ÇAMOĞLU, E., 1970. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu*. İmran Öktem'e Armağan, s. 392, (Özen borcu); OKAY, O., 2008. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırlandırılması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s. 22.

²⁶ OKAY, s. 23.

sadece yönetim kurulu üyelerine değil, aynı zamanda yönetimde görevli müdürler ve Murahhas üyeler için de geçerlidir.

Tüm bu bilgiler ve görüşler ışığında yönetim kurulu ve şirket arasındaki ilişkiyi borçlar hukuku ve şirketler hukuku alanlarındaki özellikleri göz önünde bulundurularak ele almak yerinde olacaktır. Örneğin şirketin işleyişine ilişkin konular şirketler hukukunun alanına girmekteyken, şirket ile yönetim kurulu üyesinin arasındaki karşılıklı edim yükümlülüğü doğuran hukuki ilişkiler borçlar hukukunun uygulama alanına girmektedir²⁷.

3. Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği ve Kusur Kavramı ile İlişkisi

Genel olarak kusur sorumluluğunda, işi yapan kişinin kusurunun somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir, buna göre bir mesleği yerine getiren kişinin o mesleğin gerektirdiği objektif özeni göstermesi gerekmektedir²⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur temeline dayanmaktadır²⁹. Haksız fiilin kurucu unsurlarından biri olan kusur kavramı, bir davranışın hukuk düzeni tarafından kınanması anlamını taşımaktadır³⁰.

Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki farklı çeşidi bulunmaktadır. Buna göre, fail hukuka aykırı sonucu isteyerek hareket etmişse kastı, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin almaması ve gerekli özeni göstermemesi halinde ihmali söz konusudur³¹.

²⁷ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 105 Eserde örnek olarak verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki uyumsuzluğun ortaya çıkma nedenine bakarak karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin ilişki bir hizmet sözleşmesi niteliğini taşıyorsa, uyumsuzluğun söz konusu hizmet sözleşmesinden mi yoksa ortaklık ilişkisinden mi kaynaklandığına bakarak karar verilmesi gerekmektedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.02.2003 tarihli ve E. 003/9-82 K. 2003/65 sayılı kararı- Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

²⁸ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., 2016. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul, s. 58; GÜMÜŞ, Borçlar, s. 164; HACİMAHMUTOĞLU, Özen yükümlülüğü, s. 38. Objektif özenin ölçüsü hakkında ayrıntılı olarak bkz. aşağıda 'Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü' Bölüm II A 3.

²⁹ KIRCA, İ., 2004. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, XXII (3), s. 87.

³⁰ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 67.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 55.

Yönetim kurulunun sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Bir başka deyişle yönetim kurulu üyesi, ihmali dahil tüm kusurlarından sorumludur³². Kanunun 553. maddesinde de bu durum,

Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

şeklinde ifade edilmektedir. Kanun koyucu kast veya ihmal kavramları yerine her iki kavramı da kapsayan *kusur* kavramını kullanmayı tercih ederek, yönetim kurulunun hafif ihmalden bile sorumlu tutulması gerektiği yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Bununla birlikte kusurun derecesi zararın tazmini aşamasında tazminatın miktarı açısından belirleyicidir. Bu farklılık, rücu davalarında önem kazanmaktadır³³. Bu noktada farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabul edildiği TTK m. 557 üzerinde durmak gerekmektedir. Madde gereğince,

'...birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde ve bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır...'

Bu anlamda aynı zarardan birden fazla kişinin birlikte sorumlu olması halinde bu kişiler arasında teselsül söz konusu olacaktır. Davacı, zararın tazmini için kural olarak her bir yönetim kurulu üyesini takip edebilecektir³⁴. Ancak aynı zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin her biri, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek zararın kendisine isnat edilebilecek miktarıyla sorumlu olacaktır³⁵. Bir başka deyişle, farklılaştırılmış teselsül gereği, bu kişinin sorumluluğu, tek başına sorumluluğuna gidilmiş olsaydı mahkûm olacağı tazminat miktarı ile sınırlandırılmıştır. Bu sebeple

³² AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 69.

³³ TEKİNALP Ü., 2015, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, (Sermaye ortaklıkları), sf. 441, prg. 16-78. Yönetim kurulu üyeleri her türlü kusurlarından sorumlu tutulmuşlardır, bununla birlikte kusurun ağırlık derecesi, üyeler arasındaki rücuda göz önünde bulundurulur.

³⁴ BOZKURT YAŞAR, s. 216.

³⁵ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 254.

farklılaştırılmış teselsül kavramı, zararın yönetim kurulu üyesinden talep edildiği davalarda kusur derecesinin dikkate alınmasının zorunlu kılar³⁶.

Özellikle yönetim yetkisinin tek bir üyeye devri halinde karşımıza çıkan bir durum ise yönetim kurulu üyeleri tek başlarına zarara neden olmalarıdır. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri fiillerinden müteselsilen değil, tek başlarına sorumlu olacaklardır. Zira farklılaştırılmış teselsül hükümleri, birlikte verilen zararlar için söz konusudur³⁷.

Kararın alınması ve uygulanması aşamalarında yönetim kurulunun herhangi bir kusuru söz konusu değilse, zarar doğmuş olsa bile yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yönetim kurulu üyelerinin kasıtlı davranışları ile anonim şirketi zarara uğrattığı halleri bir kenara bırakırsak, yönetim kurulunun ihmalinin bulunup bulunmadığının tespiti, özen borçlarını yerine getirip getirmediğinin tespitine bağlıdır³⁸. Zira ihmal kavramı mutlaka özensizlik ve özen eksikliği kavramları ile tanımlanmaktadır³⁹.

Yönetim kurulu üyelerine yüklenen özen yükümlülüğü, kanun ve esas sözleşmenin öngördüğü diğer görevlerine ek olarak yüklenmiş bir tali (yan) edim borcudur⁴⁰. Buna göre özen yükümlülüğü, yalnızca kanun ya da esas sözleşmeden doğan borçların ifası sırasında gösterilmesi gereken dikkati değil, bağımsız bir borcu ifade eder. Özen yükümlülüğünün bağımsız bir borç olarak kabul edilmesi, yükümlülüğün yerine

³⁶ YÜKSEL, S., 2009, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Şartları ve Yargının Bunlara Yaklaşımı*, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, s. 363. Düzenleme ile kişinin tek başına sorumlu olduğu hallerde yararlanabildiği TBK m. 51 ve 52 hükümleri, müteselsilen sorumluluk halinde de uygulama alanı bulacaktır. Buna göre hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir.

³⁷ 6102 sayılı Kanun m. 557 gerekçesi.

³⁸ KIRCA, s. 87.

³⁹ GÜMÜŞ, Özen borcu, s. 60.

⁴⁰ ÇAMOĞLU, Özen borcu, s. 389; OKAY, s. 24; ÇAMOĞLU, s. 68. Yazar önceki kanun döneminde kaleme aldığı eserlerinde özen borcunun gerçekte asıl edim borcundan bağımsız bir davranış yükümlülüğü niteliğine sahip olduğunu ancak kanunun açık hükmü (eTTK m. 320) sebebi ile özen yükümlülüğünün bir yan edim borcu seviyesine yükseltildiğini ifade etmektedir. Yeni kanunun getirdiği tedbirli yöneticinin özeni kıstasının da bu çerçevede ele alınması ve bağımsız bir borç olarak nitelendirilmesi mümkündür. Buna karşın, doktrinde HELVACI özen borcunun başlı başına borç yükleyen bir yan edim olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, özen borcunun ifası tek başına talep ve dava edilemez. Özen borcu, kanun ve esas sözleşme gereğince yüklenilen görevlerin ifasında kusurun bir ölçüsü olarak ele alınmaktadır. HELVACI, M., 2001. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul, s. 47.

getirilmediği durumlarda yönetim kurulu üyesinin anonim şirkete karşı sözleşmeye aykırılık sebebi ile sorumlu olması anlamına gelmektedir⁴¹. Kanun veya esas sözleşmedeki yükümlülöklere aykırılık bulunmasa dahi, aldıkları kararlardan doğan zararlardan sorumlu olup olmayacaklarını özen yükümlölüğü belirleyecektir.

Yönetim kurulunun özen yükümlölüğüne aykırılık sebebi ile kusurları farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Öncelikle TTK m. 369'un getirdiğı tedbirli yönetici ölçüsü gereğı, yönetim kurulunun özen borcu objektif bir nitelik taşımaktadır⁴². Bu objektif ölçü, tedbirli yöneticiyi, anonim şirketi yönetebilecek niteliklere sahip, şirketin faaliyet gösterdiği alanda gerekli deneyim ve bilgilere sahip kişi olarak tanımlanmaktadır⁴³. Yönetim kurulu üyeleri, kişisel durumlarına ilişkin mazeret göstererek sorumluluktan kurtulamazlar. Örneğın bir yönetim kurulu üyesi, zamanının olmadığı gerekçesi ile, kendisine yüklenen görevleri yerine getirmediğı ya da toplantılara katılmadığı takdirde, meydana gelen zarardan sorumludurlar. Benzer şekilde, hastalık sebebi ile belirli bir süre toplantılara katılamamak kusursuzluğu ispat için bir neden olarak öne sürülebilirse de uzun süredir hasta olan bir yönetim kurulu üyesinin görevinden istifa etmemesi halinde kusurlu sayılması söz konusu olacaktır⁴⁴.

Hiçbir sebep göstermeksizin toplantılara katılmayan yönetim kurulu üyesinin katılmadığı toplantılarda alınan kararlara ilişkin sorumluluğunun söz konusu olduğı kabul edilmektedir. Bununla birlikte mazeret göstererek toplantıya katılmayan bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, kararın uygulanmasını engellemek amacıyla daha sonradan elinden geleni yapmış olması gerekir. Yönetim kurulu üyesi, üst gözetim yükümlölüğü gereğı, toplantıya katılmamış olsa bile, alınan kararları kontrol etmeli ve gereken tedbirleri almalıdır⁴⁵.

Zarar meydana getiren kararın alındığı toplantıya katılmış ve karara açıkça karşı çıkmış olan yönetim kurulu üyesinin ise kararın alınmasına engel olmaya çalışması, engel olamıyorsa muhalefetini zapta geçirtmesi sorumluluktan kurtulabilmesi için gereklidir.

⁴¹ ÇAMOĞLU, Özen borcu, s. 389; ÇAMOĞLU, s. 68; BENĞİ, A., 2009. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, s. 114.

⁴² Bkz. aşağıda 'TTK m. 369 Uyarınca Yönetim Kurulunun Özen Yükümlölüğü' Bölüm II A 4.

⁴³ Bkz. aşağıda 'Tedbirli Yönetici Kavramı' Bölüm II A 8 b.

⁴⁴ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 210.

⁴⁵ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 212- 213; BOZKURT YAŞAR, s. 214-215.

Toplantıda çekimser oy kullanmış veya sessiz kalmış yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁴⁶.

Yönetim kurulunun aldıkları kararlarda kusurlu olup olmadıklarının tespit edilebilmesi için, işletmesel karar kuralının unsurlarının kararda bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Zira yönetim kurulunun işletmesel karar kuralına uygun olarak aldığı kararlarda zarar meydana gelmiş olsa bile yöneticilerin sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁴⁷. İşletmesel karar kuralına uygun şekilde alınmış olan kararlar, mahkemeler tarafından yerindelik açısından incelenemez ve yönetim kurulu üyeleri sorumluluk denetimine tabi tutulamazlar⁴⁸.

4. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesi, özen ve bağlılık yükümlülüklerini birlikte düzenlemiştir. Maddeye göre,

“Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır.

203 ila 205. madde hükümleri saklıdır.”

Maddenin bu şekilde düzenlenmesi şirket yönetiminde gösterilmesi gereken özenin derecesinin netleştirmesi açısından önem taşımaktadır.

Hem özen yükümlülüğü hem de sadakat yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerine ek olarak yönetimle görevli üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir. ‘Yönetimle ilgili üçüncü kişiler’ ile kastedilen, TTK m. 367 ve 370 gereğince yönetimin devredildiği Murahhas üye ya da müdürlerdir⁴⁹. Kısaca Murahhas

⁴⁶ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, sf. 444-445, prg. 16-83.

⁴⁷ BOZKURT YAŞAR, s. 215.

⁴⁸ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 380.

⁴⁹ 6102 sayılı TTK’de yönetimin devrine ilişkin 367. madde uyarınca;

‘...Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem

üyeler ve müdürler de yönetim kurulu üyeleri ile aynı yükümlülükleri taşımaktadırlar⁵⁰. Bununla beraber, ticari temsilcilerin ve ticari vekillerin de hüküm kapsamında bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, 369. maddede adı geçen ‘yönetimle görevli üçüncü kişiler’ ile kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının hukuki sorumluluğunu düzenleyen 553. maddedeki ‘yöneticiler’ ile aynı kişilerdir⁵¹.

Yeni kanunumuzdaki bu düzenleme, önceki kanundaki düzenlemeye kıyasla daha geniş, amaca daha uygun ve objektif olarak kabul edilmektedir⁵². Madde gerekçesine göre, göndermelerden oluşan, bu sebeple karmaşaya yol açan ve doktrinde eleştirilere konu olan 6762 sayılı eski TTK’nin 320. maddesi, yerini özen yükümlülüğünü ‘tedbirli yönetici’ ölçüsü ile tanımlayan 369. maddeye bırakmıştır.

5. 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu’nda Özen Yükümlülüğü

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunumuzun 320. maddesi

“... idare meclisi azalarının şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanunu’nun 528. maddesinin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunur...”

hükmünü haizdi. Atıf yapılan eBK 528/2 hükmü ise,

“Şeriklerden her biri şirket işlerinde mutad veçhile gösterdiği ikdam ve ihtimamı sarf etmeğe mecburdur. Diğer şeriklere karşı kendi kusuriyle sebebiyet verdiği zararları, şirkete diğer işlerde temin ettiği menfaatlar ile mahsup ettirmeye hakkı olmaksızın tazmin ile

üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir...”

370. maddenin ikinci fıkrasında da ‘...Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla Murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır...’ hükmü ile Murahhas üye ve müdürlerin temsil yetkisine sahip olabilecekleri belirlenmiştir.

⁵⁰ KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H., MANAVGAT, Ç., 2013. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.655.

⁵¹ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 655.

⁵² PULAŞLI, Şerh, s. 1140.

mükelleftir. Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur.’’

şeklinde idi. eBK m. 528/2 hükmü böylelikle şirket işlerini ücret karşılığı gören ortağın özen yükümlülüğünü, vekilin özen ölçüsü olarak kabul etmekteydi. Vekilin sorumluluğunu düzenleyen eBK m. 390 ise,

“...vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir...”

hükmüyle, vekilin sorumluluğunu, işçinin sorumluluğu hükümlerine tabii kılmaktaydı. eBK m. 321’de ise, işçinin özen yükümlülüğü

“...işçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malümu olan veya olması icabeden malümatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafi gözetebilir.”

şeklinde düzenlenmekteydi. Bu bir dizi yollama sonucu ulaşılan sonuç, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun işçinin özen borcu gibi olduğu yönündeydi⁵³.

321. maddeye yapılan gönderme sonucu, ücret alan yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen yükümlülüğü, işçinin işini ifa ederken göstermesi gereken özen olarak belirlenmekteydi. Ancak bu durumda ücret alan ve ücret almayan yönetim kurulu üyeleri arasında özen yükümlülüğüne ilişkin farklılık söz konusu olmaktadır⁵⁴. Zira yukarıda adı geçen 528. maddenin ilk fıkrası sebebi ile ücret alan üyelerin sorumluluğunun daha ağır olması gerektiğini savunan yazarlar⁵⁵, mülga TTK’nin 320. maddesi o dönemde yürürlükte olan Borçlar Kanunu’nun 528. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yaptığını savunmaktaydı. Söz konusu ikinci fıkra;

‘...Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur...’

⁵³ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 410.

⁵⁴ KERVANKIRAN, E., 2007. *Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu - Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*. Hüseyin Ülgen'e Armağan. İstanbul, s. 259.

⁵⁵ ARSLANLI, H., 1960. *Anonim Şirketler (II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller)*. İstanbul, s. 151 vd.; DOMANIÇ, H., 1988. *TTK Şerhi-Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul, s. 514. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için ayrıntılı olarak bkz. KERVANKIRAN, s. 260; BOZKURT YAŞAR, s. 166.

şeklinde idi. Bu maddedeki ‘ücretle idare eden şerik’ sınırlaması sebebi ile, ücret alan ve ücret almayan yönetim kurulu üyelerine uygulanacak özen yükümlülüğünün derecesinde farklılık olması gerektiği doktrinde kabul görmekteydi. Bu görüşe göre, ücret almayan yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsü, 528. maddenin ilk fıkrasında belirtildiği üzere, kendi işlerinde gösterdikleri özen olarak belirlenmekteydi. Kısaca şirketten huzur hakkı, aylık, prim, ikramiye, yıllık kazançtan pay ya da intifa hakkı gibi mali çıkarlar sağlamayan yönetim kurulu üyeleri, sübjektif bir değerlendirme ile, kendi işlerinde gösterdikleri özenle hareket etmekle yükümlü oldukları kabul edilmekteydi⁵⁶.

Buna karşın, sübjektif bir ölçü getiren ve ücret alan ve almayan yönetim kurulu üyeleri arasında ayırım yapan bu görüş doktrinde eleştirilere konu olmuştur. ÇAMOĞLU⁵⁷,’nun ayrıntılı şekilde açıkladığı üzere, eTTK m. 320’de yapılan atıf doğrudan Borçlar Kanunu’nun ücret alan ortağın vekil gibi sorumlu olacağını öngören 528. maddesinin *ikinci* fıkrasınadır. Kısaca, kanun koyucunun amacı, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun ücret alan bir vekilin özen borcu gibi olacağını belirtmektir. Kanun koyucu bu atfı yaparken yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almıyor olması konusunda herhangi bir fark gözetmemiştir. Kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu, maddenin tamamına değil, sadece ikinci fıkrasına atıf yapmasından da anlaşılmaktadır. ÇAMOĞLU’nun eserinde ayrıca belirttiği üzere, söz konusu atıf Hükümet Tasarısında 528. maddenin tamamına yapılmıştı. Ancak kanun maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında iki farklı durum öngörülmüş olduğundan tereddütleri önlemek açısından tasarı kanunlaşırken atıf sadece ikinci fıkra yapılmıştır.

321. maddeye yapılan atıf sebebiyle ortaya çıkan bir başka tartışma konusu ise, işçinin özen derecesinin sözleşmeye göre belirlenebileceği ve işçinin o iş için sahip olduğu -iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken- yeteneklerinin özen yükümlülüğünü etkilemesi olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu durum, sübjektif bir ölçü getirmesinden dolayı eleştirilmekte ve tartışmalara konu olmaktadır⁵⁸. Konuya ilişkin olarak kanunun getirdiği sübjektif unsurlara atıf yapması sebebi ile özen derecesinin belirlenmesinde, kendilerine tanınan yetki sınırlarına önem vermekte, icra gücüne sahip olan ve olmayan

⁵⁶ ÇAMOĞLU, Özen borcu, s. 394; BOZKURT YAŞAR, s. 166; KERVANKIRAN, s. 260.

⁵⁷ ÇAMOĞLU, Özen borcu, s. 398.

⁵⁸ BOZKURT YAŞAR, s. 166.

üyeler arasında ayırım yapmaktaydı.⁵⁹ Diğer görüş ise yönetim kurulu üyelerinin yeteneklerine göre objektif özen yükümlülüğünün hafifletilmesinin yerinde olmayacağını ve görevin gerektirdiği objektif özenin gösterilmesinin yerinde olacağı kabul etmekteydi.

Eski kanun döneminde hem yöneticinin öznel niteliklerinin sorumluluğa etki etmesinin tartışılması, hem de ücret alan ve almayan yönetici ayırımı konusunun da gündemde olması sebebiyle hem objektif hem de sübjektif ölçütlerin bir arada kullanıldığı ‘karma’ bir sistemin varlığı kabul edilmekteydi⁶⁰.

TTK’nin 369. maddesi ile eTTK m. 320’nin göndermeleri ile ortaya çıkan objektif ve sübjektif özen ölçülerinin birlikte ele alındığı karma sistem terk edilmiş ve yerine ‘tedbirli yönetici’ ölçüsü getirilmiştir.⁶¹ Uygulamada oluşan adaletsizlik, çağdaş eğilimlere uygun şekilde gidermeye çalışılmıştır⁶².

Yeni düzenleme ile objektiflik ölçüsü netlik kazanmıştır. 369. maddenin gerekçesine göre, “...nesnellikte *diligentia quam in suis* (kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen⁶³) yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır...”. Kısaca yönetim kurulu üyesinin işi kendi işi gibi yapması yeterli olmayacak, benzer işlerde profesyonel olarak çalışan yöneticilerin özeni göz önünde bulundurulacaktır. Gerekçede ayrıca ‘işin gerektirdiği özenin nesnel olarak belirleneceği, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisinin aranmayacağı’ da belirtilmiştir. PULAŞLI’ya göre, gerekçenin bu hükmü hem eleştiriye açık hem de İsviçre uygulamasına aykırıdır⁶⁴. Zira yönetim kurulu üyesi olacak kişinin, kendisine yüklenen görevi yapabilecek nitelikte olup olmadığını değerlendirmesi beklenmektedir. Eğer bu kişi işi yerine getirmeye uygun bilgi birikimine sahip değilse görevi reddetmesi gerekmektedir. Göreve ilişkin yeterli bilgiye sahip olmadığı halde

⁵⁹ BOZKURT YAŞAR, s. 166; ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 296. Aynı yönde bkz: Yargıtay. 11. HD., 17.12.1974 tarih ve E. 3677, K. 3733 sayılı kararı; “...Sorumluluğa karşılık ticari hayatın icap ettirdiği yetkilerin tanınmaması basiretli iş adamı gibi hareket etmek olanağını ortadan kaldırır...”. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

⁶⁰ BOZKURT YAŞAR, s. 166; İMREGÜN, O., 1989. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul, s. 231; ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 410; ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 379.

⁶¹ PULAŞLI, Şerh, s. 1140.

⁶² ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 411.

⁶³ ZİLELİOĞLU, H., 1982-1987. *Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39(1-4), s. 259.

⁶⁴ PULAŞLI, Şerh, s. 1141.

yönetim kurulu üyeliğini kabul etmesi de özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir.

6. Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü

Tedbirli yöneticinin belirlenmesinde özen yükümlülüğü açısından objektif bir ölçü kabul edilmiştir⁶⁵. Bununla beraber özenin objektif niteliğe sahip olması, tüm olaylar ve kişiler için tek bir şekilde tespit edilmesi ve her olaya tek bir özen ölçüsünün uygulanması anlamına gelmemektedir. Şirketin büyüklüğü, faaliyet gösterdiği ticaret alanı, işletme konusu, bu konudaki yasal düzenlemeler, yönetim kurulunun yapısı, yönetim kurulunun yetki devrinde bulunup bulunmadığı gibi konular özen yükümlülüğünün tespitinde önem arz eder. Bir başka deyişle, objektif ölçü, yönetim kurulunun ve durumun somut özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir⁶⁶.

Bununla birlikte yönetim kurulu üyesi, objektif ölçütün gerektirdiği bilgi, yetenek ve tecrübeden fazlasına sahipse; objektif özen ölçüsü, yöneticinin subjektif özellikleri göz önünde bulundurularak yükseltilmektedir. Bir başka deyişle, bir alanda yüksek bilgi, eğitim ve deneyime sahip olmak özen yükümlülüğünü artıracaktır⁶⁷. Yönetim kurulu üyesi, bir alanda objektif özen ölçütünün gerektirdiği bilgi, yetenek ve tecrübeden daha fazlasına sahipse, bu durumda yönetim kurulu üyesinden sahip olduğu uzmanlık derecesine uygun, daha yüksek bir özen derecesi aranacaktır⁶⁸.

Aynı nitelik ve büyüklükteki bir anonim şirket yöneticisinin benzer olaylarda göstermesi gereken özen ölçüsünü sağlayamayan yönetim kurulu üyesi hem kusurlu davranış sergilemiş hem de özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁶⁹. Bir başka deyişle, objektif özen ölçüsü, somut olayda yönetim kurulu üyesinin davranışının, aynı özelliklere sahip, makul bir yönetim kurulu üyesinin aynı koşullarda göstereceği davranış şekli ile kıyaslanmasını öngörmektedir. Yönetim kurulu üyesinin kıyaslanan davranışı, objektif

⁶⁵ Bkz. yukarıda 'TTK m. 369 Uyarınca Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü' Bölüm II A 4.

⁶⁶ HACİMAHMUTOĞLU, Özen yükümlülüğü, s. 30.

⁶⁷ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 72; ÇAMOĞLU, s. 73.

⁶⁸ HACİMAHMUTOĞLU, Özen yükümlülüğü, s. 36: Yönetim kurulunun yaptığı iş 'uzmanlık bilgisi' gerektirmiyor olsa bile, yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu uzmanlık derecesi kusurunun belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Bu değerlendirme, özen derecesinin objektiflik niteliğini değiştirmez.

⁶⁹ ÇAMOĞLU, s. 73: '...Bu sebeple büyük sermayeli halka açık bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen, bir aile anonim ortaklığı yöneticisinden beklenen özenle aynı olamaz... '.

şekilde belirlenen ölçünün altında kalıyorsa, özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olacaktır⁷⁰.

AKDAĞ GÜNEY'in eserinde savunduğu üzere, özen ölçüsü yapılan işin büyüklüğü ve önemine göre de farklılık gösterir. Yapılan iş ne kadar uzmanlık gerektiriyorsa, özen ölçüsü de o derecede ağır olacaktır. Bununla birlikte, iş büyüdükçe ve işin gerektirdiği uzmanlık alanı genişledikçe yönetim kurulu üyesinin alanında uzman kişilerden yardım alma ihtiyacı ortaya çıkacaktır⁷¹. Yönetim kurulu başkanlarının özen sorumluluklarının ölçüsü diğer yönetim kurulu üyelerinden farklıdır. Yönetim kurulu başkanlarının görevlerinin önemi, konumlarının etkinliği ve bilgiye ulaşmalarının daha kolay olması sebebi ile özen ölçüleri diğer yönetim kurulu üyelerine göre daha ağır olarak kabul edilmektedir⁷².

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise banka yönetimine diğer anonim şirket yönetim kurullarına nazaran daha ağır bir özen ölçütü getirilmektedir. Kanun'un 'genel müdür ve yardımcıları' başlıklı 25. maddesine göre;

'...Banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şarttır... Genel müdür yardımcılarının en az yedi yıllık meslekî deneyime sahip ve asgarî üçte ikisinin birinci fıkrada belirtilen alanlarda en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olması şarttır. Başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda icraî nitelikte görev yapan diğer yöneticiler de bu Kanunun genel müdür yardımcılarına ilişkin hükümlerine tâbidir...'

⁷⁰ HACİMAHMUTOĞLU, Özen yükümlülüğü, s. 31: '...yönetim kurulu üyesinin yerine getirdiği işin gerektirdiği bilgi, yetenek, tecrübe ve dikkate sahip ortalama ve makul bir yönetim kurulu üyesi, zararı öngörebilir, zarar gören sonucu öngörebilirdiyse, kusurlu bulunup sorumlu tutulur... '.

⁷¹ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 73: '...örneğin çok sayıda şubeye sahip bir bankanın yönetim kurulu üyesinin tüm şubelerin muhasebelerini takip edip bilanço düzenlemesi beklenemez. Ancak bu konuda uzman kimselerden yararlanması mümkün, hatta gereklidir... '.

⁷² AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 74.

Bu hüküm ile banka genel müdür ve yardımcılarının seçiminde sıkı kıstaslar getirilmiştir.

Kanun'un 23. maddesinde ise, kanunda genel müdür için öngörülen şartların yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de arandığı ve yönetim kurulu üyeliğine seçilenlerin kanunun aradığı şartları taşıdıklarını gösteren belgelerle birlikte yedi iş günü içinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na bildirmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Belli dalda eğitim veya uzmanlıkları aranmayan banka yönetim kurulu üyelerinin ise gerekli danışmanlık hizmetlerinden yararlanması ve işin sonuçlarını kavrayabilmelerini sağlayacak genel bilgi ve kültüre sahip olmaları gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Son derece sıkı koşullarla seçilen banka genel müdürü, yardımcıları ve banka yönetim kurulu üyelerinin, karar alırken göstermek zorunda oldukları özen ölçüsü diğer anonim şirket yönetim kurullarına uygulanan ölçüden daha ağır olacaktır. Zira bankacılık, özel uzmanlaşma gerektiren ve kendine ait bazı özellikleri olan bir meslek olarak kabul edilmektedir⁷³.

7. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

Yönetim kurulunun özen yükümlülüğü yöneticilerin takdir yetkisinin kapsamı ve yükümlülük ihlallerinin tespitinde önemli olduğundan dikkatle ele alınması gereken bir konudur⁷⁴.

Bu açıdan ele alınması gereken konulardan biri, yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünün hangi anda başladığı meselesine ilişkindir. Başka bir deyişle, yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü görevi kabul ile mi başlar, yoksa yönetici görevi kabul konusunda da özen yükümlülüğü ile bağlı mıdır? Yönetim kurulu üyeliği zorunlu bir görev değildir. Kişinin seçimine bağlı olan böylesi bir görevi kabul eden kişi, gerekli özeni gösterecek ve gösterebilecek nitelikte bir kişi olduğunu da önceden kabul etmiş sayılmaktadır. Kişi yeteneğinin sınırlarını ve bilgisini önceden göz önünde bulundurarak görevi kabul etmelidir⁷⁵. Zira bilgisizlik, zamansızlık, yetersizlik gibi sebepler yönetim kurulunu sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir. Dolayısıyla görevi yerine

⁷³ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 78.

⁷⁴ BOZKURT YAŞAR, s. 141.

⁷⁵ BOZKURT YAŞAR, s. 142; AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 76-77.

getirmekten aciz olan kişinin görevi kabul etmiş olması başlı başına özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir ve kişi meydana gelecek zararlardan da sorumludur⁷⁶. Yönetim kurulu üyesi doğrudan uzmanı olmadığı konularda ise konuya ilişkin daha ayrıntılı bilgi sahibi olan kişilerden yardım almakla yükümlüdür. Ancak bu ihtimalde bile, kendisine sunulan belgeleri değerlendirme konusunda gerekli nitelikleri haiz olması beklenmektedir⁷⁷.

Aksi görüşteki yazarlarca, özen yükümlülüğünün görevi kabulü kapsamadığı belirtilmektedir. Önceki kanun kapsamında yapılan bu değerlendirmede, özen yükümlülüğünün görevin kabulü anında başlayacağı ve üstesinden gelemeyeceği işi kabul eden kişinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kabul edilemeyeceği üzerinde durulmuştur⁷⁸.

Yönetim kurulu ayrıca şirketin organizasyonuna ilişkin görevlerde de özenli davranma yükümlülüğü altındadır. Özellikle yönetim kurulunun komite ve komisyonları oluşturma görevi ile doğrudan ilişkili olan bu yükümlülük Türk Ticaret Kanunu'nun 366. maddesinde ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-17.1. sayılı Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği'nde de düzenlenmiştir. TTK m. 366/2 hükmü;

'... Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir...'

şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 'kurabilir' şeklindeki lafzından da anlaşıldığı üzere, yönetim kurulunun komite ve komisyonlar kurması kapalı anonim şirketlerde kural olarak zorunlu değildir. Komite ve komisyonlar, esas sözleşme ile belirlenip görevlendirilebilir.

⁷⁶ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s.134. İsviçre uygulamasında da desteklenen bu görüşe göre, yönetim kuruluna seçilen kişinin üyelik için gerekli yetenek, bilgi ve deneyime sahip olması, ayrıca görevi yerine getirebilmek için yeterli derecede zaman ayırabilecek olması da gerekmektedir. (İsviçre uygulaması için ayrıntılı olarak bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1141.

⁷⁷ BOZKURT YAŞAR, s. 143.

⁷⁸ TEKİNALP Ü., 2003, *Fondaki Bankanın Hukuku*, İstanbul, (Banka), s. 78. İsviçre doktrininde de savunulan görüş, görevin kabulünde özene (*Sorgfalt in der Mandatsübernahme*) uyulmaması durumunda özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinin kabul edildiği yönünde bkz.: PULAŞLI, Özen yükümlülüğü, s. 52 dipnot 82.

Bu görevlendirmeler yetki devri niteliği de taşımadığından herhangi bir şekil şartına da tabii değildir. Bununla birlikte 378. maddesi;

‘... Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür...’

düzenlemesi ile pay senetleri borsada işlem gören şirketler için riskin erken teşhisi komitesinin kurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Esas olarak komiteleri kurmak konusundaki zorunluluk ise Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği ile getirilmiştir. Tebliğin 4.5.1 maddesinde kurumsal yönetim ilkelerine tabi olan anonim şirket yönetim kurullarının görev ve sorumluluklarını sağlıklı bir biçimde yerine getirmelerini sağlamak amacı ile *Denetimden Sorumlu Komite, Riskin Erken Saptanması Komitesi, Kurumsal Yönetim Komitesi, Aday Gösterme Komitesi ve Ücret Komitesi* oluşturulması kuralı getirilmiştir. Ayrıca şirketin yönetim kurulu yapılanması gereğince ayrı bir aday gösterme komitesi ve ücret komitesi oluşturulamaması durumunda, kurumsal yönetim komitesi bu komitelerin görevlerini de üstlenecektir⁷⁹.

Yönetim kurulu bu komite ve komisyonları oluştururken de görevlendirdiği kişilerin işin gerektirdiği yetenek, bilgi ve tecrübeye sahip olduğunu araştırmak yükümlülüğü altındadır. Yönetim kurulu üyelerinin bu komite ve komisyonları oluştururken işin ve mevzuatın gereklerine uygun kişileri seçmemesi özen yükümlülüğünün ihlalini olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰.

⁷⁹ DOĞAN, B. F., 2011. *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul s. 80.

⁸⁰ PULAŞLI, H., 2003. *Corporate Governance (Kurumsal Yönetim İlkeleri) Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 131, (Corporate governance); DOĞAN, s. 99,

Yönetim kurulu, yönetim ve temsil yetkisi⁸¹, yönetimin devri⁸², Murahhas üye ve müdürlerin atanması, şirket yöneticilerine gerekli talimatların verilmesi gibi şirket organizasyonuna ilişkin diğer görevlerini yerine getirirken alacakları kararlarda da özen yükümlülüğü altındadırlar.

8. Basiretli İş Adamı, Tedbirli Yönetici ve Gözetim Yükümlülüğü Kavramlarının Özen Yükümlülüğü Kavramı ile İlişkisi

a. Basiretli İş Adamı Kavramı

Basiretli iş adamı ve tedbirli yönetici ölçütleri, yönetim kurulu üyelerinin özen derecesini belirlemede kullanılan kavramlardır.

Basiretli iş adamı kavramı TTK m. 18/2 '*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*' hükmünde karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm, ticari işlerde tarafların özen derecesini belirleyen bir hukuk kuralıdır⁸³. Kural gereğince tacire, daha önceden taahhüt etmediği edimler -*külfetler*- yüklenmektedir. Tacir, yaptığı ticaretin gereği olarak ileride meydana gelebilecek zararlı sonuçları öngörebilmeli ve konuya ilişkin gerekli tedbirleri alabilmelidir⁸⁴.

Basiret, tedbir, öngörü, sağduyu, ileriye görme şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁵. Deneyim ve sezgi ile bir konuyu kavrama anlamına gelen basiretli olma yükümlülüğü, objektif bir özen ölçüsü getirmektedir⁸⁶. Bu nedenle tacirin kişisel özellikleri değil, işin

⁸¹ Yönetim ve temsil yetkisi, TTK m. 365 düzenlemesi ile yönetim kuruluna verilmiş bir yetkidir. Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme tarafından genel kurula bırakılan yetkiler dışında, şirketin için gerekli olan kararları alma yetkisini haizdir.

⁸² Yönetimin devri yetkisi, TTK m. 367 uyarınca sadece yönetim kuruluna verilmiş devredilemez bir yetkidir. Anonim şirket yönetim kurulu söz konusu yetkisini, esas sözleşmeye koyacağı bir hükümle, düzenleyeceği iç yönergeye göre kullanır.

⁸³ AYHAN R., ÖZDAMAR M., ÇAĞLAR H., 2016. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 9. Bası, İstanbul, s. 234.

⁸⁴ POROY, R., YASAMAN, H., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul, s. 155-156.

⁸⁵ BAHTİYAR, M., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. 17. Bası, İstanbul, s. 99; BOZER, A., GÖLE, C., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 65, ARKAN, S., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Bası, Ankara, s. 138.

⁸⁶ KARAHAN, S., 2011. *Ticari İşletme Hukuku*. 22. Bası. Konya, s. 86; ŞENER, O. H., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara, s. 191; POROY/YASAMAN, s. 155; ÜLGEN H., HELVACI M., KENDİGELEN A., KAYA A., NOMER ERTAN F., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul, s. 285; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 234; KİZİR, M., 2011. *Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi*. Selçuk

niteliğine uygun olarak tecrübeli, tedbirli ve sağduyulu tacirin davranışı esas alınacaktır⁸⁷. Yoksa tacirin işletmesine ilişkin faaliyetlerinde kendi yetenek ve olanaklarına göre kendisinden beklenebilecek özeni göstermesi yeterli değildir⁸⁸. Kısaca, tacirin işletme konusu ile ilgili öngörebileceği, yetki alanına giren konularda deneyimsizliğini öne sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacaktır⁸⁹.

Tacirin basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlü olması kuralı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca getirilen kimi kuralların tacirler açısından özellik arz etmesine de neden olmaktadır. Örneğin, aşırı yararlanmaya ilişkin TBK m. 28 kuralı tacir sıfatı taşıyan kişilere sınırlı olarak uygulanabilir⁹⁰. Zira aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için, subjektif bir unsur olarak zarar gören tarafın zayıf bir durumda olması; zor durumda kalması (müzayaka), düşüncesizliği (hiffet) ya da deneyimsizliği (tecrübesizlik) söz konusu olmalıdır⁹¹. Yukarıda da açıklandığı üzere tacir, basiretli bir iş adamı olarak *ticari işletmesine ilişkin*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19, S. 2, s. 248; BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E. 2016. *Ticari İşletme Hukuku*, s. 94.

⁸⁷ BAHTİYAR, s. 77; KARAHAN, s. 86; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 94-95; ASLAN, Y., ŞENYÜZ, D., 2012. *İşletme Hukuku*. Bursa, s. 77.

⁸⁸ ŞENER, s. 191.

⁸⁹ Yargıtay'ın konuya ilişkin yeni kanun döneminde verdiği kararlara örnek olarak;

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2014/337 K. 2014/3588 sayılı ve 24.2.2014 tarihli kararında '*...Davacının erken ödeme talebi üzerine davalı banka tarafından ödenmesi gereken toplam borç miktarı davacıya bildirilmiş ve davacı da bildirilen bu borcu herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın ödemiştir. Taraflar tacir olup işlemlerinde basiretli davranmaları asıldır. Davacı tarafından ihtirazi kayıt konulmadan borcun ödenmiş olması nedeniyle sonradan fazla ödeme iddiasıyla alacak talep edilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan davacının bu yöndeki talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...*'. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

Bankaların basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü açısından: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/11-2425 K. 2015/2022 sayılı ve 30.9.2015 tarihli kararında '*...kusur ve özen belirlenirken, borçlunun faaliyet sahası da nazara alınır. Riskli bir saha ise bu kişiden beklenen özen yüksek olacaktır. Bankacılık sektörü gerek banka yönetimi ve gerekse hizmet verdiği kişiler yönünden bir bütün olarak riskli bir alandır. Bankaların özen borcu bu riskin bir gereği olarak ağırlaştırılmalıdır... Bankaların tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranmaları mükellefiyeti, herhangi bir tacirinkinden farklıdır. Bankacılık alanında hizmet verenlerden beklenen basiret ölçüsü, özen vecibesi, şüphesiz daha ağırdır...*'. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

Ayrıca bankaların tacir sıfatları ve basiretli tacir gibi davranma yükümlülükleri açısından çalıştırdıkları kişilerin seçimi ve denetlenmesinde de gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altında oldukları yönünde ayrıntılı olarak bkz. İNAL, s. 407.

⁹⁰ ŞENER, s. 194.

⁹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., 2014. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul, s. 486

faaliyetlerinde tecrübesizliğe veya düşüncesizliğe dayanamaz⁹². TMK açısından ele alındığında ise tacirin basiretli davranma yükümlülüğü kimi durumlarda iyiniyet iddiasında bulunmasına da engel olabilmektedir. Yargıtay kararına⁹³ da konu olan bir örnekte, banka, ipotek karşılığı yaptığı kredi sözleşmesinde, kredi alan tarafın gösterdiği (aslen aile konutu olan) taşınmaz ile ilgili tapu kaydında herhangi bir şerhe rastlayamamış ve taşınmazın aile konutu olduğu daha sonra ortaya çıkmıştır. Kararda, TMK m. 1023 gereğince tapuda şerh bulunmadığına göre lehine ipotek tesis edilmiş olan tarafın iyiniyetinin korunacağı ve kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğunun kuşkusuz olduğu dile getirilmiştir (TMK m.3/1). Bununla beraber, somut olayın koşullarına göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen tarafın iyiniyet iddiasında bulunamayacağını da altı çizilmiştir (TMK m. 3). Yargıtay olaya ilişkin verdiği kararda bankanın tacir olarak teminat aldığı taşınmazın sadece hukuki değil, fiili durumunu da araştırmasının zorunlu olduğunu ve basiretsiz davranan bankanın iyiniyet iddiasında da bulunamayacağını karara bağlamıştır⁹⁴.

Bununla birlikte meydana geleceğini kestirmenin neredeyse imkânsız olduğu uzak ihtimalleri öngörmek basiretli tacir ilkesinin ihlali olarak kabul edilemeyecektir. Bir başka deyişle, tacirin, mücbir sebep savunması dinlenebilecektir⁹⁵.

⁹² Tacirin müzayaka halinde olduğundan bahisle aşırı yararlanma sebebiyle sözleşmeyi fesih hakkına sahip olduğu yönünde bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN7KAYA/NOMER ERTAN, s. 285, Ticari işletmesine ilişkin olmayan faaliyetlerinde aşırı yararlanma sebebi ile mağdur olan tacirin, kanunun sağladığı korumadan yararlanabileceği yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 492.

⁹³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.3.2011 tarihli E. 2011/4111 K. 2011/4489 sayılı kararı. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

⁹⁴ ŞENER, s. 195. Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2013/2-472 K. 2014/41 sayılı ve 29.1.2014 tarihli kararında da aile konutunun ipotek edilmesine ilişkin belgede, eşin imzasının davacı eşe ait olmadığı sonrada ortaya çıkmıştır. Yargıtay kararında davalı bankanın basiretli bir tacir gibi davranarak imzanın geçerliliğini kontrol etmemesini yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmiştir. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. ŞENER, s. 193: ŞENER'e göre ayrıca, aşırı ifa güçlüğü başlığını taşıyan TBK m. 138 düzenlemesini de tacirin basiretli iş adamı gibi davranış yükümü açısından değerlendirmek mümkündür. Yazara göre, taraflardan birisi tacir ise ve dolayısı ile basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında ise, onun olağanüstü olayları öngöremediği iddiasını dinlemek mümkün değildir. Tacir, basiretli davranmalı ve olayları önceden sezerek yükümlülük altında girmelidir. Yazar konu hakkında verdiği örnekte, ekonomik krizin sonuçlarını öngöremeyen tacirin, kriz sebebi ile edimini ifa edemediği savunmasını dinlenemeyeceği ve TBK m. 138'e göre de sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunamayacağını öne sürmektedir.

Yargıtay, eTTK döneminde tacirlere özgü basiretli tacir gibi davranma kuralını tüm anonim şirket yönetim kurulu üyelerine uygulama eğiliminde idi⁹⁶. eTTK döneminde yönetim kurulu üyesi olmak için reşit ve mümeyyiz olmak dışında başka bir özellik taşımak gerekmiyordu. Böyle bir sistemde, yönetim kurulu üyesinden her türlü riski göz önünde bulundurarak karar almasını beklemek son derece adaletsiz sonuçlara yol açmaktaydı⁹⁷. Önceki kanun döneminde yönetim kurulunun özen derecesi açık olmayan ve göndermelerden oluşan bir sistem ile belirlenmeye çalışılmıştı⁹⁸.

b. Tedbirli Yönetici Kavramı

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesinde ise yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün belirlenmesinde daha objektif ve amaca uygun olarak 'tedbirli yönetici' ölçüsü kabul edilmiştir⁹⁹.

Bu noktada 'tedbirli yönetici' ölçüsünün ne şekilde belirleneceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Madde gerekçesine göre;

'...Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak 'iş adamı kararı' (business judgment rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse,

Benzer şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 1996/3653 K. 1996/3920 sayılı ve 16.4.1996 tarihli kararında da enflasyon sebebi ile hükümetin aldığı ekonomik tedbirler *mücbir sebepler arasında sayılmamışsa*, ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan davacı tacirin, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük kabul ederek ifadan kaçınmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Kararda aşırı ifa güçlüğü ile ifa imkansızlığı arasındaki farka işaret edilmiştir. İmkânsızlık halinin borç ilişkisini kendiliğinden sona erdirdiğinin, ancak olayda aşırı ifa güçlüğü olduğunun üzerinde durulmuştur. Olayda davalı tacir olduğundan, 1980 yılından itibaren ülke ekonomisinde kendini gösteren ve her yıl artan enflasyona ilişkin olaylara karşın hükümetin alacağı tedbirleri öngörebilmesi gerektiğine karar verilmiştir. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

⁹⁶ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 379.

⁹⁷ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 411; ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 379.

⁹⁸ eTTK'nin yönetim kurulunun özenine ilişkin düzenlemesi hakkında ayrıntılı olarak bkz. yukarıda '6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda Özen Yükümlülüğü' Bölüm II A 5.

⁹⁹ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 657; PULAŞLI, Şerh, s. 1140; HACİMAHMUTOĞLU, İşadamı, s. 136; OKAY, s. 30; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 383.

*gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile
özensizlikten söz edilemez...’’*

Kısaca tedbirli yönetici, nesnel ve ideal değerleri temsil eden kişidir¹⁰⁰. Burada sözü edilen tedbirli yönetici ölçüsünde kıstas sıradan dikkatli bir kişi değil, anonim şirketi yönetebilecek özellikleri haiz tedbirli bir kişidir¹⁰¹. Tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özenin tespitinde ‘kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen’ kıstası dikkate alınmaz, aksine aynı büyüklükteki, aynı türden işlerle uğraşan bir şirkette görev yapan tedbirli yöneticinin özeni aranır¹⁰². Durumun gerektirdiği araştırmaları yapıp, gerekli bilgiyi alan yönetim kurulu üyesinin aldığı karar hatalı bile olsa özensizliğinden söz edilemeyecektir. Emredici kanun hükümlerine uygun, şirketin çıkarlarını gözeten, dürüstlük kuralına uyarak alınmış kararlar hatalı olsa da sorumluluk doğurmayacaktır¹⁰³. Bu noktada önemli olan konu, olayı ex post bakış açısı ile değerlendirmemektir. Zira olumsuz sonuç ortaya çıktıktan sonra, verilmiş olan kararın hatalı olduğunu iddia etmek kolaydır. Oysa hâkim açısından önemli olan kararın alındığı anda şartların ne şekilde meydana geldiğini tespit edebilmektir¹⁰⁴.

Madde gerekçesinde ayrıca;

*‘...işin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya
ilişkin uzman bilgisi aranmaz...’*

denmektedir. Kanunun objektif bir ölçüt getirme amacı göz önünde bulundurulduğunda gerekçenin bu kısmının amaç ile uyum içerisinde olmadığı yolunda bir eleştiri yapmak mümkündür.

Tedbirli yöneticinin seçiminde, kurumsal yönetim ilkelerinin bir parçası olarak karşımıza çıkan ‘aday gösterme komiteleri’ önemli rol oynamaktadır¹⁰⁵. Yalnızca hisse

¹⁰⁰ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, s.280, prg. 12-118.

¹⁰¹ PULAŞLI, Şirketler, s. 474; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 394.

¹⁰² KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 657; TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, s. 279, prg. 12-118.

¹⁰³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 394.

¹⁰⁴ KOCHER, s. 215; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 659.

¹⁰⁵ PULAŞLI, Şerh, s. 1145. Ayrıca görevi kabul etmede özen konusuna ilişkin olarak yukarıda bkz. ‘Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü’ Bölüm II A.

senetleri borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerde oluşturulabilen bu komiteler, adayların yönetim kuruluna seçilmelerine ilişkin ilkeleri belirler¹⁰⁶.

Bir yöneticiyi ‘tedbirli bir yönetici’ yapan en önemli unsur, karar alma süreçlerinde izlediği yoldur. Yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğini değerlendiren hâkim, kararın yerindeliğini değil, yönetim kurulu üyesinin kararı alırken yeterli ve gerekli bilgiyi alıp almadığını inceleme konusu yapmakla yükümlüdür¹⁰⁷. TTK 392. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkını ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Kanuna göre, ‘...*yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir inceleme yapabilir...*’. Bu hakkın engellenmesi halinde ise yönetim kurulu üyesinin konuyu yönetim kurulu gündemine getirmek ve sonuç alamazsa mahkemeye başvurmak hakkı yine aynı kanunun dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Şirket yönetimi tarafından görevlendirilen kişi ve komitelerin bilgi verme yükümlülüğü de kanun ile belirlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin bu kişi ve komitelere soru sorma istemi reddedilemez, sorduğu sorular cevapsız bırakılamaz (TTK m. 392/2). Ayrıca yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında da (yönetim kurulu başkanının izni ile) ilgili kişilerden bilgi talebinde bulunabilir, şirket dosya ve defterlerini inceleyebilir (TTK m. 392/3). TTK m. 392’de karşımıza çıkan bu ayrıntılı düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu yeni Türk Ticaret Kanunu’nda, yönetim kurulunun görevini yerine getirirken ve karar alma süreçlerinde yeterli ve gerekli bilgiyi elde edebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Bu hakkın temelinde, yönetim kurulunun müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır, inceleme hakkı reddedilen üyenin sorumluluğunun ve teselsülün meşruiyet temeli bulunmamaktadır¹⁰⁸. Yönetim kurulu üyeleri karar almadan önce ve karar alma sürecinde kanunun tanıdığı yetkilerini kullanmalı, yeterli ve doğru bilgi ile hareket etmelidir.

Tüm bu bilgiler ışığında ve TTK’nin 369. madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, ‘...*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak ‘iş adamı kararı’ (business judgment rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır...*’. Bu

¹⁰⁶ PULAŞLI, Corporate governance, s. 63.

¹⁰⁷ BOZKURT YAŞAR, s. 170; ALTAŞ, S., 2016. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler*. Ankara, s. 328.

¹⁰⁸ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, s. 271-272, prg. 12-101.

sebeple kanunun yönetim kurulu üyeleri açısından basiret ölçüsünden uzak durmaya çalıştığı sonucuna varılabilmektedir. Gerekçede Yargıtay'ın basiretli tacire ilişkin hükümlerinin '*sert, hatta aşırı denilebilecek beklentiler*' ile tanımladığı ve bu ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamanın adaletsiz sonuçlar doğurabileceği üzerinde de durulmuştur¹⁰⁹. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak doktrinde bazı yazarlar yeni kanunun 369. maddesinde yönetim kurulu üyeleri için getirilen tedbirli yönetici ölçüsü ile basiretli iş adamı ilkesinin (yönetim kurulu üyeleri açısından) terk edildiğini savunmaktadır¹¹⁰. Buna rağmen, her iki kavramın da birbirine çok yakın anlamlar taşıdığı da göz önünde bulundurulduğunda, basiretli davranış kıstasının tamamen ortadan kaldırıldığı iddia etmek fiili durumu tam olarak açıklayamamaktadır. Zira yukarıda da ayrı ayrı ele alındığı üzere tanımları gereği bire bir örtüşmeler de basiretli tacir ve tedbirli yönetici kavramlarını pratik hayatta birbirinden ayırmak son derece zordur¹¹¹. Bununla beraber, kanun koyucunun iradesinin yönetim kurulu üyeleri açısından daha hafif bir sorumluluk ölçüsü getirmek olduğu aşikardır. Bu sebeple kavramsal zorluklar olmasına rağmen, tedbirli yönetici ölçüsü ile kanunun önceki kanun dönemine göre takdir yetkisi daha geniş bir yönetim kurulu ile karşı karşıya olduğumuzu söylemek yerinde olacaktır. Yargıtay'ın henüz madde 369'daki tedbirli yönetici ilkesine ilişkin bir kararı bulunmamaktadır.

¹⁰⁹ TTK m. 369 gerekçesi.

¹¹⁰ PULAŞLI, H., 2009. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu*. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXV(1), (Özen yükümlülüğü), s. 52; PULAŞLI, Şirketler s. 473; ÇELİK, İ., 2011. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı - Ticaret Hukuku Anabilim Dalı - Yüksek Lisans Tezi, s. 65; TURANLI, H., 2016. *A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, 2016/1, Ankara s. 86.

¹¹¹ Doktrinde bazı yazarlarca kabul edildiği üzere, kanunda da bu konuda tam bir kavram birliği sağlanamamıştır. KİZİR, s. 251'de TTK'nin bazı maddelerinde 'basiretli tacir' kavramı yerine *aynı anlamda olmak* üzere 'tedbirli tacir' kavramının kullanıldığı üzerinde durmuştur. Benzer şekilde 11. Hukuk Dairesi'nin 19.10.1978 tarihli ve E. 1978/4853 K. 1978/4568 sayılı kararında (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016) da Yargıtay 'basiretli' yerine 'özenli' kavramını kullanmıştır (ayrıntılı olarak bkz. POROY/YASAMAN, s. 159: Eserde ayrıca tacir ve iş adamı kavramlarının da kanunda gelişigüzel kullanıldığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır.) Ayrıca özen borcu ile basiretli tacir gibi hareket yükümlülüğünün aynı nitelikte bir borç olduğu yönünde bkz. ÇAMOĞLU, E., 2012. *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı*. Yaklaşım Dergisi, Cilt Mayıs 2012, s. 390.

Kanun metninde yer almasa da 369. maddenin gerekçesinde *business judgment rule* olarak ele alınmış olan işletmesel karar kuralı, tedbirli yönetici ölçüsü ile doğrudan ilişkilidir. Zira işletmesel karar kuralının getirdiği yeterli bilgiye dayanarak ve özenli şekilde hareket etme unsurları, aynı zamanda tedbirli yönetici ölçüsünün belirlenmesinde kullanılmaktadır. Bir başka deyişle tedbirli yönetici, işletmesel karar kuralının aradığı, kuralın gerekli kıldığı özellikleri taşıyan yöneticidir.

Benzer bir ölçü getiren Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Alm. POK) m. 93-I/1 uyarınca yönetim kurulu üyesinin özen ölçütü, düzenli (*ordentlich*) ve bilgili (*gewissenhaft*) bir yönetici olarak davranması olarak belirlenmiştir¹¹². Bu sorumluluk sınırlı olarak ele alınabilecek bir sorumluluk olmaktan ziyade, her türlü ihmalkâr, yüzeysel, üstünkörü yönetimi kapsamaktadır. Yönetim kurulu üyeleri yetkili kişilerden doğru ve yeterli şekilde bilgi aldıktan sonra harekete geçmelidir¹¹³. Alman hukuk uygulamasına göre, her bir yönetim kurulu üyesine geniş bir takdir alanı bırakılmalıdır. Böylelikle yönetim kurulu üyesi, en iyi bilgi ile ve vicdani şekilde karar alabilecektir¹¹⁴.

OECD ilkeleri VI-A maddesi de ‘yöneticilerin tam olarak bilgilenmiş şekilde, iyi niyetle, gerekli titizlik ve özeni göstererek ve şirket ile pay sahiplerinin menfaatine uygun hareket etmelidir’ hükmünü içerir¹¹⁵. İlkenin açıklamasında, özen yükümlülüğü (*duty of care*) ve bağlılık yükümlülüğü (*duty of loyalty*) vurgusu yapmaktadır. Buna göre, özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için, yönetim kurulu üyelerinin tam olarak bilgilendirilmesinin ve iyi niyet, ayrıntılı araştırma ve itina ile davranması gerekliliği üzerinde durmaktadır. OECD de yönetim kurulunca gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü böylelikle belirlemiştir. Görüldüğü üzere, yönetim kurulunun bilgilendirilmesine ilişkin olarak Türk Hukuku’ndaki düzenleme, OECD ilkeleri ile uyumludur.

¹¹² Alman hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ‘*Alman Hukukunda Kuralın Uygulanması*’ Bölüm IV B.

¹¹³ PULAŞLI, Özen yükümlülüğü, s. 53.

¹¹⁴ PULAŞLI, Özen yükümlülüğü, s. 55. Kanunun 369. Maddesinin gerekçesinde ‘...*Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli iş adamı kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez...*’ denilmektedir. Gerekçenin bu kısmı doktrinde PULAŞLI tarafından gerçeği yansıtmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir.

¹¹⁵ <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2015).

c. Gözetim Yükümlülüğü

Yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü, çoğunlukla yetki devrinin gerçekleştiği durumlar açısından önem arz etmesine rağmen¹¹⁶, yönetim kurulunun özen ve bağlılık yükümlülüğünün bir parçası olarak, yönetim devrinin söz konusu olmadığı durumlar açısından da önemli bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada sözü edilen gözetim yükümlülüğü, teknik anlamda ‘denetim yükümlülüğünü’¹¹⁷ içinde barındıran bir yükümlülük değildir, bu yükümlülük şirketle ilgili alınan kararların, yapılan işlemlerin yönetim kurulu tarafından gözetimi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla yalnızca geçmişe dönük olarak şirket faaliyetlerini denetlemek anlamının dışında, geleceğe dönük işlerin göz önünde bulundurulması yönünde de anlam taşımaktadır¹¹⁸.

TTK m. 375’de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri belirlenmiştir. Bu görev ve yetkiler bakımından, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Ayrıca 375. maddenin e bendiyle, yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim

¹¹⁶ Kanunumuzda yönetimin devrine ilişkin 367. Maddede, yönetimin devri halinde yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte madde 553/2’nin ‘...Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar...’ şeklindeki lafzı yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Çünkü yetki devrinde sadece yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen aranmıştır. Konu hakkında doktrindeki farklı görüşler ve karşılaştırmalı hukukta farklı uygulamalar için ayrıntılı olarak bkz. GÖKTÜRK, K., 2014. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 (114), (Yetki devri).

¹¹⁷ Sözü edilen *teknik anlamda denetim*, önceki kanunda zorunlu bir organ olan denetçilere verilmişti. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu denetçiyi anonim şirketin zorunlu organlarından biri olmaktan çıkartmış ve yerine bağımsız denetim kurumunu getirmiştir. Bağımsız denetim, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının bir parçası niteliğinde olup, şirketin idaresi ile ilgili konularda yeterli ve gerekli bilgileri almalarını amaçlamaktadır.

¹¹⁸ KAYA, M. İ., 2015. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 3263-3264. Üst gözetim yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olarak belirlenmiş olmasına rağmen (TTK m. 375), gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yönetim kuruluna komiteler kurma imkânı tanınmıştır (TTK m. 366). Kanun’un 378. maddesinde düzenlenmiş olan riskin erken saptanması komitesi, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek sebeplerin erken teşhisi ve gerekli çözümlerin bulunması amacıyla yönetim kurulu tarafından kurulabilmektedir.

¹¹⁹ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, s. 437-438, prg. 16-70.

kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin *üst gözetimi* de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Gözetim yükümlülüğü açısından gerekli özenin gösterilip gösterilmediği konusu ayrıca tedbirli yöneticinin özeni çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yetki devrinin söz konusu olduğu durumlarda, 553. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, yönetim kurulu, kontrolü dışında kalan kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu sorumlu tutulamama durumu gözetim ve özen yükümlülüğü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz. Kısaca yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin kontrol alanı ile sınırlı şekilde ele alınmaktadır¹²⁰. Yetki devrinin söz konusu olmadığı durumlarda ise, yönetim kurulunun şirket işlerine ilişkin konularda yönetimin kanun, esas sözleşme ve şirket çıkarlarına uygun şekilde yönetilip yönetilmediğini kontrol etmek amacı ile bir gözetim ve denetim yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir¹²¹.

B. Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi

Yönetim kurulunun takdir yetkisinin yasal temelini TTK'nin 365 ve 374. hükümleri oluşturur. TTK m. 365' göre;

“Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır.”

Bu madde ile kanun, yönetim kuruluna yönetim ve temsil görevlerini vermiştir. Kanunun 374. maddesi ise,

“Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.”

hükmü ile yönetim kuruluna gerekli işlemlerde karar alma yetkisini yüklemiştir. Kararlar, yönetim kurulu üyeleri tarafından ve yetki devri halinde murahhas üye ve müdürlerce

¹²⁰ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 86.

¹²¹ KAYA, s. 3268-3269.

verilir. Yönetim kurulunun takdir yetkisi, bu kararlar verilirken şirket çıkarına en uygun yolun seçilmesi ve bunun uygulanması anlamına gelir¹²².

Yönetim kuruluna verilen bu karar alma yetkisi, şirketin konusunu gerçekleştirme amacına uygun olarak uygulanacak her türlü tedbir, faaliyet ve işlemi de kapsamaktadır. Ticari işlerin doğası gereği alınacak her karar belirli bir riziko ve buna bağlı olarak başarı şansı taşımaktadır. Şirket stratejisi belirlenirken, yönetim kuruluna belirli bir hareket serbestisi tanınmazsa, yöneticiler kişisel sorumluluk almak istemeyecek ve risk içeren herhangi bir işe girişemeyecektir. Ticari ilişkilerde risk almak, özen yükümüne aykırılık teşkil etmez; zira hiçbir çaba harcamadan sadece kanun ve ana sözleşmede belirtilenleri uygulayan bir yönetim kurulunun başarılı bir ticari hayat sürdürmesi mümkün olmayacaktır¹²³. Ancak riskli kararlar gözetim ve denetime olan ihtiyacı artırmaktadır, kısaca yönetim kuruluna tanınan takdir yetkisi sınırsız bir yetki değildir¹²⁴.

Yönetim kurulunun takdir yetkisinin sınırları kanun ile belirlenebileceği gibi, esas sözleşme, iç yönerge ve genel kurulu kararları ile de belirlenebilir. Buna göre TTK'nin bazı maddelerinde yönetim kuruluna birtakım sınırlamalar getirilmiştir. TTK m. 357 '*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*' hükmünü içermektedir. Kanun bu maddesi ile yönetim kurulunun takdir alanını sınırlandırmış ve yönetim kuruluna pay sahiplerine karşı eşit davranma yükümlülüğü getirmiştir¹²⁵. Bir başka sınırlandırma örneği şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı getiren 395. maddede karşımıza çıkmaktadır. Bu kanun maddesine göre yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapması genel kurulun bu yönde bir karar vermesi ile mümkündür. Kanunda ayrıca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacağı, bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve borçlarını devralamayacağı yönünde sınırlandırmalar getirilmiştir.

¹²² BOZKURT YAŞAR, s. 129 vd.

¹²³ KIRCA, s. 86-87.

¹²⁴ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamı, s. 132.

¹²⁵ Şirketin yürütme organı olan yönetim kurulunun pay sahiplerinin haklarını ya da ortaklık içindeki durumlarını etkileyebilecek kararlarında takdir yetkisinin eşit işlem ilkesi ile sınırlandığı yönünde ayrıntılı olarak bkz. YILDIZ, Ş., 2004. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*. Ankara, s. 92.

TTK'nin 396. maddesi ise yönetim kurulu üyelerinin genel kurul izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremeyeceği yönünde bir düzenleme getirerek yönetim kurulunun şirket ile rekabet etmesini yasaklamıştır. Ayrıca kanunun hukuki sorumluluk hallerini düzenleyen 549 ve devamı maddelerinde yönetim kuruluna yasaklanmış olan işlem ve faaliyetler belirlenmiştir. Bununla beraber yönetim kurulu, diğer kanunlardaki kanuni düzenlemelere de uymakla yükümlüdür. Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Vergi Kanunları, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu gibi kanunlar ile getirilen sınırlandırmalara yönetim kurulu üyeleri de tabidir. Ayrıca yönetim kurulunun takdir yetkisi 339. madde gereğince şirket esas sözleşmesinde belirlenmiş olan işletme konusu ile sınırlıdır. Zira yönetim kurulunun işletme konusu dışında kararlar alması şirketi farklı risklere açık hale getirecektir¹²⁶. Yönetim kurulunun takdir yetkisi ayrıca genel kurulun verdiği kararlar ile de sınırlıdır. Yönetim kurulu açısından genel kurulun verdiği kararların yürütülmesi TTK m. 375/1-f gereğince yönetim kurulunun devredilemez görevleri arasındadır.

Yönetim kurulunun takdir yetkisine dayanarak aldığı kararlara karşı yargı yolu açıktır¹²⁷. Bu noktada önemli olan soru, hâkimin yönetim kurulunun aldığı kararları yerindelik denetimine¹²⁸ tabi tutup tutamayacağı konusunda karşımıza çıkmaktadır. Hangi kararın şirket yararına olacağının belirlenmesi, mahkemelere değil, şirket yönetim kurulu üyelerine verilen bir takdir yetkisidir. Mahkemeler yönetimin takdir yetkisi ile verdiği bir kararı *yerindelik denetimine* tabi tutamaz¹²⁹. Bu noktada hâkimin yapacağı denetimin içeriği önem arz etmektedir. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta yönetim kurulunun herhangi bir kanun ya da esas sözleşmeye aykırılığını *hukuka uygunluk*

¹²⁶ BOZKURT YAŞAR, s. 135.

¹²⁷ KIRCA, s. 87.

¹²⁸ Hâkimin yönetim kurulu kararlarını yerindelik denetimine tutamaması kuralı, idarenin takdir yetkisinin yargı denetimine tabi olmaması kuralı ile paralellik göstermektedir. İdari yargı organları ancak hukukilik denetimine tabidir ve idari işlemin yerindeliği denetlenemez. Zira tıpkı yönetim kurulu gibi, idare de riskli kararlar almak ve günün hızlı değişen koşullarına uyum sağlamak sorumluluğu altındadır. İdarenin karşılaştığı sorunlara en uygun çözümü bulması 'yerindelik' olarak adlandırılır. Takdir yetkisinin amacı idareye 'yerinde' kararlar alma imkânını sağlamaktır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, K., 2016. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa, s. 362).

¹²⁹ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 130; KIRCA, s. 88; ÇAMOĞLU, s. 75.

açısından inceleyecektir. Yönetim kurulunun aldığı karar sonucu ortaya çıkan zararda, sorumluluğun tüm şartları mevcutsa, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³⁰. Bununla birlikte hâkimin yerindelik denetimi yapamaması kuralı, kendini şirket yöneticisi yerine koyup, şirketin geleceği açısından hangi kararın daha *yerinde* olacağı konusunda değerlendirme yapamamasına ilişkindir¹³¹. Kısaca hâkim, verilmiş olan kararın şirket geleceği açısından isabetli olup olmadığını değerlendiremeyecek, ancak kararın verilmesi sürecinde bir hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı konusunu inceleyecektir¹³².

369. maddenin birinci fıkrasının temelinde yönetim kurulu üyelerinin şirket yararına yetkilerle donatılmış olması ve bu sebeple şirket yararını kendi çıkarının da üzerinde tutması ve bu yönde karar vermesi gerekliliği bulunmaktadır. Nitekim vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin temelinde de vekil ve işçi, işi müvekkilin ya da iş sahibinin yararına görmekle yükümlüdürler¹³³. Yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği konusuna yukarıda değinilmişti¹³⁴. Bu bağlamda vekilin belirli bir sonucun elde edilmesini değil, sonucun elde edilmesi için gerekli tüm özen ve gayreti göstereceğini taahhüt etmesi önem kazanmaktadır¹³⁵. Önemli olan kararın alınması aşamasında özenli davranma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasıdır¹³⁶.

Yönetim kurulu karar alırken farklı alternatifleri ve kararın sonuçlarını göz önünde bulundurmuş olmalıdır¹³⁷. Bunu yaparken geleceğe yönelik varsayımlarda bulundukları

¹³⁰ KIRCA, s. 88.

¹³¹ GRASS, s. 110. Buna karşılık, yönetim kurulunun takdir yetkisini kötüye kullanması ihtimaline karşı önlem olarak bir istisna getirilmesi gerektiği de doktrinde kabul edilmektedir. Buna göre, örneğin yönetim kurulunun *ekonomik kriz çıkma ihtimaline rağmen dolarla borçlanmaya devam etmesi, böylelikle şirket için bir faydası olmayıp sadece risk içeren kararlar alması* gibi mantıklı değerlendirme sınırlarının dışına çıkan kararları açısından hâkimin yerindelik denetimi yapması gerektiği savunulmaktadır. Ancak burada kaçınılması gereken konu, bu istisnanın çok geniş uygulanarak yönetim kurulu kararlarına gereksiz müdahaleler yapılmasıdır. KIRCA, s. 95-96.

¹³² BAINBRIDGE, S., 2008. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. 2. Bası, New York (Corporate governance), s. 107.

¹³³ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamları, s. 130-131.

¹³⁴ Bkz. yukarıda 'Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği ve Kusur Kavramı ile İlişkisi' Bölüm II A 3.

¹³⁵ GÜMÜŞ, Borçlar, s. 146.

¹³⁶ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 171.

¹³⁷ von der CRONE, H. C., 2000. *Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft*. Sonderdruck aus: SJV-Publikations 2000 und ZSR, NF 119(II. Halbband), s. 249.

ve geleceğe ilişkin bilgilerin kesinlik taşımadığı kabul edilmektedir. Hâkim karar verirken bu durumu da göz önünde bulundurmalı ve geçmiş tarihte, kararın alındığı andaki durumu göz önünde bulundurmalıdır. Zira verildiği anda gayet yerinde olarak kabul edilebilecek bir yönetim kurulu kararı, geçen zaman içinde beklenmedik olayların meydana gelmesi ile son derece isabetsiz bir sonuç ortaya çıkarabilmektedir¹³⁸.

C. Bağlılık ve Sadakat Yükümlülüğü

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki için vekâlet ya da hizmet gibi farklı hukuki nitelendirmeler yapılabildiği ve her iki sözleşmenin de temelinde sadakat ve güvene dayandığı¹³⁹ konuları yukarıda tartışılmıştı¹⁴⁰. Hizmet ve vekâlet gibi güven temeline dayanan sözleşmelerden, özen yükümlülüğünü de kapsayan, daha geniş kapsamlı bir sadakat yükümlülüğü doğar¹⁴¹. Bu yükümlülük yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin çıkarını gözeterek hareket etmesini, ortaklık çıkarını kendi çıkarının dahi önüne koyarak karar almasını gerektirir¹⁴².

Geniş kapsamlı bu sadakat yükümlülüğünün yanında, daha dar kapsamlı bir yükümlülük olarak, bağlılık yükümlülüğü yer alır. Bağlılık yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerine şirket işlerine ilişkin bir takdir yetkisi tanır ve sübjektif özellik taşır¹⁴³. Yönetim kurulu üyesi karar alırken, neyin şirket yararına olacağı konusunda kendi muhakemesi ile karar verecektir. Bağlılık yükümlülüğü, şirket çıkarlarının gözetilmesi, kişisel çıkarların şirket çıkarlarının önüne geçirilmemesi, şirkete zarar verecek işler yapılmasından kaçınılması olarak ifade edilmektedir¹⁴⁴.

Yönetim kurulunun bağlılık yükümlülüğüne uygun hareket ederken şirketin çıkarlarının her şeyin üstünde tutarak hareket etmesi gerekliliği kurumsal yönetim ilkeleri açısından eleştiri konusu olmaktadır. Çünkü, kurumsal yönetim felsefesi ile geliştirilmiş modern şirketler hukuku yönetim kurulunun işlemlerinde alacaklılar, pay sahipleri,

¹³⁸ KIRCA, s. 90.

¹³⁹ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, prg. 585; PULAŞLI, Şerh, s. 1159; OKAY, s. 31; PULAŞLI, Şirketler, sf. 483; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 394; BENİ, s. 122; BOZKURT YAŞAR, s. 136.

¹⁴⁰ Bkz. yukarıda 'Yönetim Kurulu ve Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Niteliği' Bölüm II A 2

¹⁴¹ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 70.

¹⁴² ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 76.

¹⁴³ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamları, s. 130.

¹⁴⁴ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, s. 280, prg. 12-119.

Çalışanlar gibi tüm çıkar sahiplerinin, hatta toplum çıkarının da gözetilmesini zorunlu kılmaktadır¹⁴⁵.

Bu noktada, zen yükümlülüğü ile bağlılık yükümlülüğü arasındaki farkı ortaya koymak gerekmektedir. Yukarıda da ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, yeni TTK ile zen yükümlülüğüne objektif bir ölçüt getirilmiştir. Ancak bağlılık yükümlülüğü, zen yükümlülüğünden bağımsız, yönetim kuruluna takdir yetkisi veren, sübjektif bir yükümlülüktür. Takdir yetkisi doğası gereği içsel bir muhakemeyi gerektirdiğinden sübjektif nitelik taşıması vazgeilmezdir¹⁴⁶.

Burada sözü edilen sadakatli ve dürüst davranma kuralı, TMK m. 2’de düzenlenmiş olan objektif iyiniyet kuralı değildir. TMK m. 2’de düzenlenen ‘*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*’ hükmü şüphesiz ki yönetim kurulu yeleri için de geçerlidir. Yönetim kurulu yeleri şirket yönetimine ilişkin kararlar alırken her birey gibi bu kural dhilinde hareket etmekle, kısaca doğru ve dürüst davranmakla ykmldrlər. Dolayısı ile bu kuralın tekrar TTK’de düzenlenmesi gerekmemektedir. Ancak kişinin sadakatli ve dürüst davranması hali objektif bir durumdur¹⁴⁷. Sözü edilmekte olan bağlılık yükümlülüğünde de yönetim kurulu üyesinin içsel durumu önem taşır. Yönetim kurulu yeleri şirket yararına olacağına inandıkları işlemleri sübjektif bir değerlendirme sonucunda verirler. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin verdikleri bir kararı yalnızca objektif iyiniyet (TMK m. 2) erevesinde değerlendirmek, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisini sınırlandıracaktır¹⁴⁸.

Yönetim kurulu yeleri yaptıkları tüm işlemlerde şirket çıkarlarını gözetmeli, sahip oldukları takdir yetkilerini kendi menfaatlerine yönelik olarak değil, şirket çıkarlarına uygun şekilde kullanmalıdırlar. Aksi davranışlar, TTK m. 369/1’in ‘... *şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar*...’ hükmüne aykırılık oluşturacaktır.

Madde gerekçesinde de değinildiği üzere, hüküm, çıkar atışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve *arm's length* temelinde yani, hâkim

¹⁴⁵ EMİNOğLU, C., 2014. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*. İstanbül, s. 226.

¹⁴⁶ HACİMAHMUTOğLU, İşadamı, s. 131.

¹⁴⁷ OğUZMAN, K., BARLAS, N., 2016. *Medeni Hukuk*. İstanbül, s. 220.

¹⁴⁸ HACİMAHMUTOğLU, İşadamı, s. 132.

ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin çıkarı için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder¹⁴⁹. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına¹⁵⁰ ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu kılar¹⁵¹. Madde gerekçesinde değinilen bu yükümlülükler, bağlılık yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır¹⁵².

İsviçre-Türk Hukukunda çifte temsil olarak anılan, bir organ üyenin bir tarafta şirketin temsilcisi olarak, diğer yanda ise bizzat kendisinin yer aldığı bir sözleşmeyi akdetmesi, yani bir hukuki işlemin her iki tarafında da yer alması da bağlılık yükümlülüğü sebebi ile mümkün değildir. Bir yönetim kurulu üyesinin, şirket ile sözleşme yaparken bile şirket çıkarlarını öne koyması ve sanki kendi ile değil, üçüncü bir kişi ile sözleşme akdediyormuş gibi davranması gerekir (dealing at arm's length-Drittbedingung). Böylesi bir sözleşmenin yapılması ancak sözleşme konusu şeyin borsa ya da rayiç değeri varsa ve tarafların zarar etme olasılığı yoksa yapılabilir¹⁵³.

Sadakat yükümlülüğü özellikle şirketler topluluğunda bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri açısından sorun teşkil etmektedir. Bağlı şirketin yönetim kurulundan, şirketin çıkarlarını, bağlı bulunduğu hâkim şirketin çıkarının önünde tutmasını beklemek gerçekçi

¹⁴⁹ 'Arm's length' Türkçe'ye 'araya mesafe koymak', 'samimi olmaya izin vermemek' şeklinde çevrilebilir. Bu kavram şirketler hukuku alanında, yöneticilerin şirketi yönetirken çıkar çatışmaları sebebiyle yetkilerini kötüye kullanmamaları gerektiği yönündeki yükümlülüklerini ifade etmektedir. Delaware Yüksek Mahkemesi'nin konuya ilişkin verdiği kararlar için ayrıntılı olarak bkz. BAINBRIDGE, Corporate Governance, s. 176; ARSHT, S., 1979. *The Business Judgment Rule Revisited*. Hostra Law Review, 8(1), s. 102; WARREN/ARONSTAM, s. 17. Mahkeme 1983 yılında verdiği bir kararda hâkim ortağın çıkarlarının gözetilmesinin önüne geçebilmek için bağımsız bir müzakere komitesi kurularak şirket ile alıcı arasında 'arm's length' temeline dayanan bir ilişki kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir (Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 709 n.7 (Del. 1983). (Kaynak: Justia.com, erişim tarihi: 02.12.2016).

¹⁵⁰ Sermaye Piyasası Kanunu'nda 'bilgi suiistimali suçu' olarak nitelendirilmiştir. (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 106) Aynı kanunun 102. maddesindeki bildirim yükümlülüğüne dayanılarak hazırlanan V-102.1 sayılı 'Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği' Temmuz 2014 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

¹⁵¹ TTK m. 369/1 madde gerekçesi.

¹⁵² KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H., MANAVGAT, Ç., 2013. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 662.

¹⁵³ PULAŞLI, Şerh, s. 1160; PULAŞLI, Şirketler, s. 484.

değildir. Bu sebeple TTK m. 369/2 gereğince şirketler topluluğuna ilişkin 203 ila 205. maddeler saklı tutulmuştur¹⁵⁴.

Şirket çıkarlarının korunması çerçevesinde sadakat yükümlülüğü müzakereye katılma yasağı getiren TTK m. 393, şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı getiren TTK m. 395, rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 396 gibi düzenlemeler, sadakat borcunun özel görünüm hallerine örnek olarak verilebilir¹⁵⁵. Ayrıca sadakat yükümlülüğünden doğan bir başka somut yükümlülük de sır saklama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, sadece görev süresince değil, eğer şirket çıkarlarını ihlal edebilecek nitelikte ise, görev süresi sona erdikten sonra da devam eder¹⁵⁶. Bu yasağın kapsamına ortaklığa ait belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılması, görev süresi sonunda evrakların şirkete iadesinden kaçınma gibi davranışlar da girmektedir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ TTK m. 369/2 gerekçesi. Ayrıca m. 202'nin kapsam dışında bırakılmış olmasına yönelik eleştiriler için bkz. KIRCA, s. 663; KENDİGELEN, A., 2012. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul, s. 260.

¹⁵⁵ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 382; BENİ, s. 122, BOZKURT YAŞAR, s. 136.

¹⁵⁶ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 664; ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, prg. 586; PULAŞLI, Şerh, s. 1161; ARSLAN, E., 2011. *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre 'Denetçinin' Niteliği*. Mali Çözüm Dergisi, Cilt Mart-Nisan, s. 421; BENİ, A., 2009. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, s. 127.

¹⁵⁷ Bankacılık sektörüne ilişkin örnekler için bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1161; PULAŞLI, Şirketler, s. 485.

II. BÖLÜM

TEDBİRLİ YÖNETİCİNİN BELİRLENMESİNDE İŞLETMESEL KARAR KURALI

A. Kavram

Anonim şirket yönetim kurulunun yükümlülüğü, kendine yüklenen görevi özenle icra etmektir. Ticari hayata ilişkin bu görev, beraberinde belirli rizikoların alınmasını gerektirmektedir, zira riziko ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarından biridir. Yöneticilerin özen yükümlülüğüne riayet ederek aldıkları risklerden doğan zararlarda sorumluluklarını sınırlandırmak açısından kökeni Anglosakson hukukuna dayanan ve Kıta Avrupası'nda da kabul gören 'Business Judgment Rule' ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke içtihatlar yolu ile gelişmiş ve zaman içinde pozitif hukuk normları ile de düzenlenmiştir¹⁵⁸.

Ticari kararlar ne kadar özenle alınmış olurlarsa olsunlar, her zaman için başarısızlık riski taşıyan kararlardır. Konuya ilişkin yeterli bilgi ve deneyime sahip olan bir yönetici dahi olsa, hiç yanlış karar almadan yönetim faaliyetlerini sürdürmesini beklemek, hem ticaret hayatının olağan akışına aykırılık teşkil edecek, hem de hiç kimsenin yönetim kurulunda görev almak istememesi sonucunu doğuracaktır. Bu olumsuz sonuçları engellemek adına ilke temel olarak yönetim kurulu üyelerinin yönetime ilişkin ticari kararlarının dokunulmaz olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁹.

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta hukuka aykırılık olup olmadığı konusunu inceleyecektir. Bununla beraber, yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak almış oldukları işletmeye ilişkin kararların yeterli bilgi ve özenle alınmış oldukları hallerde mahkemeler tarafından yerindelik denetimi yapılması işletmesel karar kuralı ile sınırlandırılmıştır.

İşletmesel karar kuralının iki temel işlevi bulunmaktadır. Buna göre, yönetim kurulunun özen yükümlülüğü somutlaştırılarak takdir yetkisinin alanı çizilmekte ve

¹⁵⁸ GÖKTÜRK, K., 2011. *Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2(2), (İşadamı), s. 208.

¹⁵⁹ GÖKTÜRK, İşadamı, s. 211.

sadakat yükümlülüğüne uygun olarak ve iyi niyetle hareket eden yönetim kurulunun kararlarına karşı hâkim denetimi sınırlandırılmaktadır.

Türk Hukuku açısından ele alındığında, işletmesel karar kuralı TTK'da düzenlenmemiştir. Bununla beraber özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen ve yönetim kurulu üyelerinin özenine *tedbirli yönetici ölçüsü* getiren Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesinin gerekçesinde konu ele alınmış ve yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "iş adamı kararı" verebileceği üzerinde durmuştur.

B. Terminoloji

Amerikan hukukunda 'Business Judgment Rule' olarak isimlendirilen kavramın Türkçe'ye doğrudan tercümesi, '*ticaret/iş yargı kuralı*'dır. Bununla beraber bu kurum, 6102 sayılı TTK'nin 369. madde gerekçesinde 'iş adamı kararı' olarak adlandırılmaktadır. İş adamı kararı terimi, kavramın niteliğini tam olarak yansıtamadığı için uygulamada ve doktrinde genel kabul görmemiştir. Türk doktrinde kuruma farklı isimler verilmeye çalışılmış ancak henüz bir terim birliği sağlanamamıştır. PASLI¹⁶⁰ tarafından uygun bulunan terim '*basiretli muhakeme yürütme kuralı*'dır. Ancak TTK'de yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler için objektif özen ölçütü benimsenmiş olmasına rağmen, basiretli iş adamı ölçütünden uzaklaşmak istenmektedir, bu sebeple '*basiretli iş adamı/basiretli muhakeme*' terimlerini kullanmak Türk hukuku açısından yeterli olmayacaktır¹⁶¹. BİLGİLİ¹⁶²'nin kurala ilişkin önerisi '*sorumsuzluk ayrıcalığı*'dır. BENĞİ¹⁶³'nin terminolojiye ilişkin teklifi ise '*yöneticinin hukuka uygunluk kuralı*'dır.

Business Judgment Rule, belirli şartları taşımak kaydıyla yönetim kurulunun aldığı ticari ve takdiri kararlardan sorumsuzluğunu öngörmektedir. Bu bakımdan ilkenin anlamını ifade eden terimlerden bir diğeri '*ticari takdir ilkesi*'dir¹⁶⁴. Aynı şekilde HACİMAHMUTOĞLU tarafından önerilen terim '*ticari muhakeme kuralı*'dır. Bu

¹⁶⁰ PASLI, A., 2005. *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance*. İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı, (Corporate Governance), s. 191.

¹⁶¹ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamı, s. 144.

¹⁶² BİLGİLİ, F., 2004, *Alman Hukukunda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İşletmeyle İlgili Aldığı Kararlardan Dolayı Sorumluluğu ve Yeni Hazırlanan Kanun Tasarısıyla Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda Bu Konuda Getirilen Değişiklikler*, e-akademi, Kasım 2004, Sayı 33.

¹⁶³ BENĞİ, s. 70.

¹⁶⁴ GÖKTÜRK, İşadamı, s. 210 vd.

çalışmada kural, yöneticilerin işletmeye ilişkin ticari kararlarında takdir yetkisine sahip olmalarını daha iyi ifade etmesi itibarıyla 'işletmesel karar kuralı' olarak adlandırılacaktır¹⁶⁵.

C. Tarihsel Gelişimi

İşletmesel karar kuralı, Amerikan şirketler hukukunda 1800'lü yılların başlarına dayanan bir tarihe sahiptir. Konuya ilişkin ilk karar, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1829 yılında Percy v. Millaudon davasında¹⁶⁶ verilmiştir. Louisiana Yüksek Mahkemesince görülen davada banka çalışanları tarafından yapılan usulsüzlüklerden banka yöneticilerinin ne ölçüde sorumlu tutulabileceği konusu ele alınmıştır. Verilen kararda özetle, sorumluluk belirlenirken sıradan insanın bilgisinin (*ordinary knowledge*) esas alınması ve insanın doğası gereği sahip olduğu eksikliklerin/kusurların (*imperfection*) göz önünde bulundurulması gerektiği mahkemece kabul edilmiştir¹⁶⁷. Kararda yapılacak olan işin belirli bir bilgi birikimini gerektirdiği hallerde, yöneticinin konuya ilişkin hiçbir bilgisi olmamasına rağmen görevi kabul etmesinin bağlılık ve özen yükümlülüğüne aykırı olduğu belirtilmiş, bununla beraber, kişinin işi görmek için gerekli niteliklere sahip olduğu durumlarda, meydana gelen zor durumlar karşısında gerekli tedbirleri de almışsa, zarardan sorumlu tutulmaması gerektiği yönünde karar verilmiştir¹⁶⁸.

Benzer bir karar 1847 yılında bu kez Alabama Yüksek Mahkemesi tarafından Godbold v. Branch Bank davasında¹⁶⁹ verilmiştir. Karara konu olan olayda, banka

¹⁶⁵ Yargıtay şirketler hukuku alanında henüz konuya ilişkin bir karar vermiş olmasa da, iş hukuku kapsamında verdiği kararlarında *işverenin amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları işletmesel karar* olarak nitelendirmiş ve hakimnin bu kararlar için yerindelik denetimi yapamayacağı yönünde karar vermiştir. Bu çalışmada Yargıtay uygulaması ile uyumlu olması açısından 'işletmesel karar kuralı' ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁶⁶ Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68, 74 f, 78 (La. 1829). Ayrıntılı olarak bkz. ARSHT, s. 95.

¹⁶⁷ ARSHT, s. 97.

¹⁶⁸ ARSHT, s. 97. '...It is no doubt true that if the business to be transacted presupposes the exercise of a particular kind of knowledge, a person who would accept the office of mandatory, totally ignorant of the subject, could not excuse himself on the ground that he discharged his trust with fidelity and care.... But when the person who was appointed attorney-in fact, has the qualifications necessary for the discharge of the ordinary duties of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of difficulties, in the exercise of it, which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen...' Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68, 74 f, 78 (La. 1829).

¹⁶⁹ Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847). Ayrıntılı olarak bkz. ARSHT, s. 93.

yönetim kurulu, yöneticilerden birini banka adına para tahsilatı yapmak ve belirli banka ilişkileri ile ilgilenmek üzere görevlendirmiş ve bu hizmet için kendisine yıllık bir ödeme yapmaya karar vermiştir. Yönetim kurulu üyelerinden birinin bu şekilde temsilci (*agent*) olarak kullanılması hukuka aykırı bulunmuş ve yapılmış olan hukuka aykırı ödemelerin iadesi dava konusu olmuştur. Mahkeme verdiği kararda, yöneticilerin her alanda mükemmel bir bilgi birikimine sahip olmalarının mümkün olmadığını ve verdikleri kararlarda hata yapabileceklerini ifade etmiştir. O günden bu yana kurumsal ilişkilerin doğası ve teknikleri radikal şekilde değişmiş olsa da Goldbold v. Branch Bank davası yönetici davranışlarının hukuki değerlendirmesi konusunda günümüzde de kullanılan temel prensipleri belirlemiştir¹⁷⁰.

1853 yılında Hodges v. New England Screw Co. kararında¹⁷¹ mahkeme, iyi niyet, makul özen ve titizlikle hareket eden bir yönetim kurulunun aldığı kararların sonuçları olumsuz olsa bile sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde karar vermiştir¹⁷².

Benzer kararlar Amerikan mahkemelerince Cede & Co. v. Technicolor, Inc.¹⁷³, Dodge v. Ford Motor Co.¹⁷⁴, Shlensky v. Wrigley¹⁷⁵ davalarında verilmiştir¹⁷⁶.

Görüldüğü üzere ilkenin temelleri bundan neredeyse 200 yıl önce Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen mahkeme kararlarında atılmıştır. Zaman içinde çoğu eyalet kanunu tarafından da benimsenmiş olan ilke, Amerikan Barolar Birliği (American Bar

¹⁷⁰ BLOCK/BARTON/RADIN, s. 995.

¹⁷¹ Hodges v. New England Screw Co, 3 R. I. 9 (1853). (Kaynak: casetext.com, erişim tarihi: 30.11.2016).

¹⁷² ‘...*We think a board of directors acting in good faith and with reasonable care and diligence, who nevertheless fall into a mistake, either as to law or fact, are not liable for the consequences of such mistake...*’.

¹⁷³ Cede & Co. And Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 634 A. 2d 345 (Del. 1993) (Kaynak: www.law.justia.com). Dava hakkında ayrıntılı olarak bkz. aşağıda; *Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Uygulanmasına İlişkin Görüşler* Bölüm IV A 1.

¹⁷⁴ Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (Mich. 1919) (Kaynak: www.courtlistener.com, erişim tarihi: 30.11.2016). Dava hakkında ayrıntılı olarak bkz. aşağıda; *Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Uygulanmasına İlişkin Görüşler* Bölüm IV A 1.

¹⁷⁵ Shlensky v Wrigley, 237 NE 2d 776 (Ill. App. 1968) (Kaynak: www.courtlistener.com, erişim tarihi: 30.11.2016). Dava hakkında ayrıntılı olarak bkz. aşağıda; *Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Uygulanmasına İlişkin Görüşler* Bölüm IV A 1.

¹⁷⁶ ARSHT, s. 99; BOZKURT YAŞAR, s. 14; BENGİ, s. 71-72; GÖKTÜRK, İşadımı, s. 210.

Association –ABA) tarafından hazırlanan Model Ticaret Şirketleri Kanunu’nda (Model Business Corporation Act: ¹⁷⁷ yer bulmaktadır. Model Kanun’un 8.30 (a) maddesi,

‘...her bir yönetim kurulu üyesi, görevini yerine getirirken iyi niyet ile ve şirketin en yüksek çıkarları doğrultusunda hareket ettiği inancı ile davranmalıdır...’

hükmünü içermektedir¹⁷⁸. Aynı kanunun ‘Yöneticilerin Sorumluluk Standartları’ başlıklı 8.31. (a) maddesi ise;

‘...Yöneticinin şirkete ilişkin aldığı veya almadığı kararlarının sonuçlarından dolayı şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu söz konusu değildir...’¹⁷⁹

düzenlemesi ile işletmesel karar kuralını pozitif hukuk düzenlemesi haline getirmiştir. Bununla beraber aynı maddede, yöneticinin karar alırken iyi niyetli olmaması, şirketin yüksek çıkarlarını göz önünde bulundurmada hareket etmiş olması, ailevi, finansal ya da ticari ilişkilerini göz önüne alarak (objektif olmayacak şekilde) karar vermiş olması gibi haller kuralın istisnaları olarak sıralanmıştır.

Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün (American Law Institute-ALI) hazırladığı kurumsal yönetim ilkelerinin özen yükümlülüğü başlıklı 4.01-c maddesinde işletmesel karar kuralına yer verilmiştir¹⁸⁰. Bu maddeye göre, yönetim kurulunun kişisel çıkar gözetmeden iyi niyet ile hareket ettiği hallerde, kararın şirketin çıkarına olduğunu

¹⁷⁷ Şirketler hukuku ile ilgili düzenlemeler her bir eyalette farklılık gösterdiğinden Amerikan Barolar Birliği tarafından bir ‘Model Kanun’ düzenlenmiştir. Model kanun eyaletlerin çoğunluğunca kabul edilmiş ve kendi kanunlarını model kanun ile uyumlu hale getirmişlerdir. Model kanunu kabul eden eyaletlerin listesi için bkz.: <http://corporations.uslegal.com/basics-of-corporations/state-corporation-laws/> (Erişim Tarihi: 29.09.2015).

Model kanun metni için bkz.: www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf (Erişim Tarihi: 29.09.2015)

¹⁷⁸ § 8.30 Standards of Conduct for Directors: *Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: in good faith, and in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.*

¹⁷⁹ *‘...A director shall not be liable to the corporation or its shareholders for any decision to take or not to take action, or any failure to take any action, as a director...’*

¹⁸⁰ EISENBERG, M. A., 1993. *An Overview of the Principles of Corporate Governance*. The Business Lawyer, Vol. 48, s. 1281.

düşünerek ve makul bir insanın özeni ile hareket ettiği hallerde kuralın gereklerini yerine getirmiş sayılırlar¹⁸¹.

Kıta Avrupası'nda ilkenin gelişimi, Alman Mahkemelerince verilen kararlar ile şekillenmiştir. Bu konuda Almanya'da verilmiş en önemli karar 1997 tarihli ARAG/Garmenbeck kararıdır¹⁸². Bu kararın ardından, ilk olarak Amerikan mahkemelerince geliştirilmiş olan ilke, Alman hukuk çevrelerinde de kabul görmeye başlamıştır¹⁸³. 2005 yılında kabul edilen 'Kurumsal Bütünlük ve İptal Davası Hakkının Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun' (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht-UMAG) Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (Alm. POK) 93. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik ile maddenin ilk fıkrasına

'...yönetim kurulu, şirkete ilişkin kararlarını, yeterli bilgiye dayanarak ve şirket yararına olacak şekilde aldığı akla uygun şekilde kabul edilebiliyorsa, özen yükümü ihlali söz konusu değildir...'

cümlesi eklenmiştir. Böylelikle yönetim kurulu üyelerine şirket yönetiminde daha rahat hareket alanı sağlayan bu ilke Alman pozitif hukukunun bir parçası haline gelmiştir.

D. İşlevi

İşletmesel karar kuralı temelde yönetim kurulu kararlarına bir çeşit yargısal bağışıklık sağlamaktadır. Böylelikle kararın, ilkenin gerektirdiği şartlar¹⁸⁴ yerine getirilerek alınmış olması halinde, mahkemelerce esasa ilişkin bir yargılama

¹⁸¹ American Law Institute, Principles of Corporate Governance Part IV Section 4.01. *'...A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director or officer: (1) is not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the Corporation...'*

¹⁸² BGHZ 135, 244, 253 – 254 (Kaynak: dejure.org, erişim tarihi: 06.12.2016).

¹⁸³ FLEISCHER, s. 685. Kanun metni için bkz.:

http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%27bgbl105s2802.pdf%27%255D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl105s2802.pdf%27%5D__1443539714255 (Erişim tarihi: 29.09.2015).

¹⁸⁴ Bkz. yukarıda 'Unsurları' Bölüm III E.

yapılamayacaktır¹⁸⁵. Bir başka deyişle mahkeme bu ilke gereğince, özen yükümlülüğüne uygun hareket edilip edilmediği konusunda bir değerlendirme yapacak, ancak kararın doğruluğunu esas yönünden inceleyemeyecektir.

Kuralın işlevleri dört temel başlık halinde ‘Block/Barton/Radin¹⁸⁶’ tarafından ortaya konmuştur¹⁸⁷.

Bu işlevlerden ilki, yönetim kurulu üyeleri aldıkları kararlar sebebi ile gelecekte sorumlu tutulma endişesi taşımadan görevlerini sürdürebilmeleri amacını taşımaktadır. Bu sebeple işletmesel karar kuralı kapsamında, herhangi bir kişisel çıkar sağlamamak, bilgili ve iyi niyetli davranmak şartıyla yönetim kurulunca alınan kararın şirket aleyhine sonuçlar da doğurabileceği kabul edilecektir. Böylelikle şirket yönetimi konusunda yetenekli olan kişilerin yüreklendirilmesi sağlanacak ve yönetimde rol alma istekleri artırılabilecektir. Yönetim kurulu kararları şirketin ileriye dönük olarak atacağı adımları belirleme yöntemidir. Yönetim kurulu üyesi karar alırken iyi niyetli davranma, gerekli bilgiye sahip olma ve şirket çıkarlarını en üst düzeyde önemseme koşullarını yerine getirdikten sonra, daha sonradan ortaya çıkacak şartlar sebebi ile ‘özensiz’ davrandığı iddiası ile sorumlu tutulamayacaktır. Böylelikle karar alma süreçlerinde daha özgür davranabilecektir.

İkincisi, ticari ilişkilerin doğası gereği var olması gereken risk faktörüne ilişkindir. Alınan risklerin sonuçlarının önceden kesin olarak belirlenmesi, sınırlarının çizilmesi mümkün değildir¹⁸⁸. Eğer yönetim kurulu üyeleri aldıkları her bir risk içeren karardan sorumlu tutulacak olursa, hareket alanları son derece kısıtlanacak, ticaret hayatının vazgeçilmez unsuru olan ‘risk’ içeren kararlar alınamayacaktı. Ancak işletmesel karar kuralı, ‘makul olduğu sürece’ alınan kararların risk taşıyabileceğini kabul etmektedir. Böylelikle yöneticilerin riskli kararlar alırken bir yargılanma endişesi içine düşmemeleri amaçlanmaktadır.

Üçüncü işlev, hâkimlerin ne kadar iyi hukukçular olurlarsa olsunlar, şirkete ilişkin ticari kararlar hakkında bir yönetici kadar deneyimli olamayacakları varsayımına dayanır.

¹⁸⁵ GÖKTÜRK, İşadımı, s. 211.

¹⁸⁶ BLOCK/RADIN/BARTON, s. 7 vd.

¹⁸⁷ Bu dört işlev Türk Hukuku’nda da kabul görmektedir. Bkz. ÇELİK, s. 39; BENĞİ, s. 76.

¹⁸⁸ GÖKTÜRK, İşadımı, s. 212.

Gerçekten hâkimler çoğu zaman bir ticari karar alma konusunda deneyimli insanlar değildirler. İşletmesel karar kuralı sayesinde mahkemelerin şirket kararlarına ilişkin hatalı değerlendirmede bulunmalarının önüne geçilmektedir¹⁸⁹. Mahkemeler, yönetim kurulu kararlarının iyi niyetli ve makul şekilde alındığı konusunda bir yargıya varabilirler, ancak bunun ötesinde, alınmış olan kararın içeriğine ilişkin muhakeme yapmak serbest piyasa ekonomisine zarar verecek ve bir ‘yargıçlar ekonomisi’nin yaratılmasına sebep olacaktır¹⁹⁰. Hâkimin, yönetim kurulunun takdir yetkisini sorgulamadan, sadece hukuka uygunluk denetimi yapması yeterli olacaktır.

İşletmesel karar kuralının *dördüncü işlevi*, pay sahiplerinin şirket aleyhine açacakları davalara bir sınırlandırma getirmesidir¹⁹¹. Böylelikle şirketin pay sahiplerince değil, uygulamada da yönetim kurulu tarafından yönetilmesi sağlanacaktır. Pay sahiplerine yargı denetimine başvurma konusunda geniş haklar verilmesi, yönetim kurulunun görevlerini gerektiği gibi yerine getirememesine sebep olacaktır¹⁹².

İşletmesel karar kuralı, ‘hata yapabilme imkânı vererek’ yöneticileri koruyan, yönetim kuruluna risk alma imkânı tanıyarak ticari hayatın devamlılığını koruyan, karmaşık ticari kararlara ilişkin hatalı karar vermelerinin önüne geçerek hâkimleri koruyan ve kötü niyetli pay sahiplerine-davacılara karşı şirketi koruyan bir sistem öngörmektedir.

E. Unsurları

İşletmesel karar kuralının uygulanabilmesi için, yöneticilerin kararın verildiği tarihte iyi niyetli, tarafsız ve gerekli bilgiyi haiz olmaları gerekmektedir. *Ex ante* bakış açısı¹⁹³ ile verilmiş bir karar için, *ex post* bakış açısı¹⁹⁴ ile yönetim kurulunu yargılamak yerinde olmaz¹⁹⁵. Başka bir deyişle sonradan yapılan değerlendirmelerde o kararın

¹⁸⁹ BLOCK/RADIN/BARTON, s. 8.

¹⁹⁰ GÖKTÜRK, İşadamları, s. 212; GRASS, s. 36. Ayrıca Amerika’da konuya ilişkin alınmış diğer kararlar için ayrıntılı olarak bkz. BLOCK/BARTON/RADIN, s. 9 vd.

¹⁹¹ BLOCK/RADIN/BARTON, s. 10.

¹⁹² BENĞİ, s. 78; ÇELİK, s. 39.

¹⁹³ ‘Ex ante’ içinde bulunulan andan ileriye bakılarak tahmini şekilde, bir konuya ilişkin *önceden* alınan karar anlamında kullanılmaktadır.

¹⁹⁴ ‘Ex post’ tahminlere dayanarak değil, meydana gelmiş olgulara dayanarak, *sonradan* verilmiş karar anlamında kullanılmaktadır.

¹⁹⁵ KOCHER, s. 215.

alındığı tarihteki şartların göz önünde bulundurulması, adil bir yargılama yapılmasını sağlayacak ve böylelikle şirket yönetimi konusunda yetenekli olan kişilerin teşvik edilmesi açısından önemli rol oynayacaktır¹⁹⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere, risk, ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarındandır ve bu risklerin önceden bilinmesi, sınırlarının çizilmesi mümkün değildir. Dahası şirket yöneticilerinin, bu konuda uzman ve profesyonel kişiler olarak hâkimlerden daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip oldukları da bir gerçektir. Şu durumda alınan kararların hâkimler tarafından denetlenmesi, serbest piyasa ekonomisine aykırılık teşkil eder.

1. Yönetim Kurulunun İşletmeye İlişkin Bir Karar Almış Olması

İşletmesel karar kuralının uygulama alanı bulabilmesi için, yönetim kurulunca bilinçli ve şeklen doğru alınmış ve uygulanmış¹⁹⁷ bir kararın varlığı gerekmektedir¹⁹⁸. Yönetim kurulunca alınan bu kararın işletmesel karar kuralının koruması altına girebilmesi için, *işletmeye ilişkin ticari bir karar (Unternehmerische Entscheidung des Vorstands)*¹⁹⁹ olması gerekmektedir²⁰⁰.

Tanımdan ortaya çıkan ilk unsur kararın ticari bir karar olması gerektiği yönündedir. Şirketin amacı ile örtüşen tüm yönetim kurulu kararları ‘ticari karar’ olarak kabul edilecek, yürütülen faaliyet kapsamındaki tüm kararlar ilke kapsamında değerlendirilecektir²⁰¹. Zira tüzel kişi tacir olan yönetim kurulunun kararları tacirin verdiği kararlar olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, TTK m. 3 çerçevesinde yönetim kurulunun aldığı tüm kararlar ticari karar niteliği taşımaktadır²⁰².

Tanımın getirdiği ikinci unsur ise kararın işletmeye ilişkin bir karar olması gerektiği yönündedir. Yönetim kurulunun aldığı kararın, işletmeye ilişkin bir karar olarak kabul edilmesi için şirket işlerine ilişkin ticari nitelik taşıyan yasal ve meşru bir karar olması

¹⁹⁶ GÖKTÜRK, İşadamları, s. 211 vd.

¹⁹⁷ BİLGİLİ, prg.16; PULAŞLI, Şirketler, s. 476.

¹⁹⁸ PULAŞLI, Şerh, s. 1147.

¹⁹⁹ Alman Hukuku’nda ayrıca ‘Geschäftsentscheidung’ olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. GRASS, s. 49.

²⁰⁰ LUTTER, s. 843.

²⁰¹ GÖKTÜRK, İşadamları, s. 214.

²⁰² BOZKURT YAŞAR, s. 60.

yeterlidir, bunun dışında başka bir sınırlandırma söz konusu değildir²⁰³. Karar işletme politikasına ilişkin geniş kapsamlı bir karar olabileceği gibi, işletmeye ilişkin bir sorunun çözülmesine yönelik daha dar kapsamlı bir nitelik taşıyor da olabilir²⁰⁴. Örneğin bir yavru şirketin esas sermayesinin azaltılması, şirket hisselerinin satılması, kâr getirmeyen bir işkolunun kapatılması gibi kararlar içeriğe ilişkin herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmadan işletmeye ilişkin kararlar olarak kabul edilmektedir²⁰⁵.

Yönetim kurulunun verdiği kararın bir iş kararı sayılabilmesi için kurulun özgürce karar verebiliyor olması gerekmektedir. Şirketin yönetim kurulu organının birden fazla seçenek içinden seçerek bilinçli şekilde aldığı kararlar (conscious business decision) işletmeye ilişkin karar olarak adlandırılabilir.

Kararlar takdir yetkisine dayanarak alınmış olmalı, bir belirsizlik altında, geleceğe yönelik olarak alınmış olmalıdır²⁰⁶. Bu sebeple kanundan veya esas sözleşmeden doğan görevlerin ifası işletmesel karar kuralının uygulama alanına girmez²⁰⁷. Aynı şekilde, iş sözleşmesinden, iç tüzükten ya da diğer bağlayıcı yönergelerle bağlı olarak yapılan işlemler, işletmesel karar kuralının koruma kapsamı altında olmayacaktır²⁰⁸.

Yönetim kurulunun verdiği karar bir faaliyette bulunmaya ilişkin olabileceği gibi, faaliyette bulunmamaya ilişkin de olabilir²⁰⁹. Ancak yönetim kurulunun ihmali davranışları kural olarak koruma altına girmemektedir²¹⁰. Bir ihmali davranışın kuralın koruması kapsamına girebilmesi için, o davranışın bir yönetim kurulu kararına dayanıyor olması, kısaca yönetim kurulu tarafından o konuda bir pasif kalma kararı alınmış ve kasti olarak bir eylemde bulunulmamış olması gerekmektedir²¹¹. Örneğin yapılacak işin -

²⁰³ GRASS, s. 49: ‘...ansonsten bestehen keine weiteren Einschränkungen für die Anwendbarkeit der Regel...’.

²⁰⁴ GÖKTÜRK, İşadımı, s. 215.

²⁰⁵ GRASS, s. 52.

²⁰⁶ BOZKURT YAŞAR, s. 62.

²⁰⁷ Örneğin kanunen zorunlu defterlerin tutulmaması, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gibi durumlarda işletmesel karar kuralı uygulama alanı bulmayacaktır. BOZKURT YAŞAR, s. 63.

²⁰⁸ LUTTER, s. 843.

²⁰⁹ BOZKURT YAŞAR, s. 60. Örneğin bir şirketin yönetim kurulu, yeni bir ürüne yatırım yapma veya yapmama yönünde karar verebilir. Her iki ihtimalde de karar işletmeye ilişkin bir karar olarak nitelendirilir.

²¹⁰ GÖKTÜRK, İşadımı, s. 214. Örnek olarak, yönetim kurulu üyelerinin, şirket yöneticisinin şirketi dolandırmak amaçlı faaliyetlerde bulunduğu konusunda bazı duyurular almış olmaları halinde, konu hakkında hiçbir araştırma yapmamış olmaları sebebi ile aleyhlerine açılacak davada işletmesel karar kuralı uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. BOZKURT YAŞAR, s. 61-62.

²¹¹ BENGİ, s. 88; BOZKURT YAŞAR, s. 61.

doğru bilgiye dayalı ve ayrıntılı bir araştırmadan sonra- riskli bulunması durumunda yönetim kurulu pasif kalmayı tercih edebilir. Böyle durumlarda, daha sonradan yönetim kurulunun yerinde olmayan bir karar aldığı ve bu sebeple şirketin aleyhine sonuçlar meydana geldiği anlaşılabilir –eğer diğer şartlar da mevcutsa- işletmesel karar kuralı uygulama alanı bulacaktır²¹².

İşletmesel karar kuralı yönetim kurulu kararları bakımından uygulama alanı bulmasının yanı sıra, yönetimin devri durumunda da uygulanacağı kabul edilmektedir²¹³.

2. Şirket Çıkarlarının Gözetildiği Bir Karar Alınmış Olması (Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkeleri)

İşletmesel karar kuralı, yöneticilerin herhangi bir çıkar çatışması içinde olmadığı ve münhasıran şirket çıkarlarını göz önünde bulundurdukları fikrinden hareket etmektedir. Kendi menfaatlerini göz önünde bulundurarak karar alan yönetim kurulu üyesi, *bağımsızlık* ilkesine aykırı hareket etmiş olur²¹⁴.

Herhangi bir sebeple menfaat gruplarını ya da hâkim ortakların çıkarlarını gözetmek sureti ile, şirket menfaatlerine aykırı karar alan yönetim kurulu üyeleri ise *tarafsızlık* ilkesini ihlal ettiği gerekçesi ile işletmesel karar kuralının getirdiği korumadan faydalanamayacaktır²¹⁵.

Bu noktada şirket çıkarları kavramının ne şekilde ele alınması gerektiği konusu üzerinde durmak gerekmektedir. Kanunumuzda *şirket çıkarları* kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, yönetim kurulunun sadakat yükümlülüklerinin bir parçası olarak şirketin çıkarlarını, kendi çıkarlarının üzerinde görmeleri gerektiği kabul edilmektedir²¹⁶. BOZKURT YAŞAR eserinde²¹⁷ şirket çıkarı kavramının somutlaştırılmasında üç temel kıstas öngörmektedir. Bunlardan ilki şirketin amacı ve konusudur. TTK m. 331 gereğince, anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü amaç için kurulabilirler. Bu düzenleme ışığında, şirketin amacının ve konusunun, yapılan

²¹² BİLGİLİ, prg. 16.

²¹³ GRASS, s. 53; GÖKTÜRK, *İşadamları*, s. 215; BOZKURT YAŞAR, s. 62.

²¹⁴ GRASS s. 55.

²¹⁵ LUTTER, s. 844; BENGİ, s. 91; GÖKTÜRK, *İşadamları*, s. 216.

²¹⁶ Bkz. yukarıda '*Bağlılık ve Sadakat Yükümlülüğü*' Bölüm II C.

²¹⁷ BOZKURT YAŞAR, s. 119.

işlemin şirket çıkarına uygun olup olmadığı konusunda aydınlatıcı olacağı kabul edilmektedir. İkinci kıstas olarak, şirket değerinin artırılması ele alınmaktadır. Ancak şirket değerinin artırılmasına yönelik adımlar, her zaman kısa vadede sonuç vermemektedir. Bu sebeple şirketin sermaye piyasasındaki kısa süreli değer artışları ya da azalışları değil, uzun vadede şirketin amacını gerçekleştirmeye yönelik, spekülasyon olmayan gelişmeler göz önünde bulundurulmalıdır. Yazar, son kıstas olarak ise, pay sahiplerinin çıkarlarını ele almaktadır. Pay sahiplerinin çıkarları ile şirket çıkarları çoğunlukla paralellik göstermektedir. Bununla beraber pay sahiplerinin çıkarları bir bütün olarak ele alınamaz. Zira pay sahipleri farklı sebeplerle ve farklı oranlarla şirkette pay sahibidirler. Bu sebeple bu kıstas ele alınırken, pay sahiplerinin de kendi aralarında çıkar çatışmaları yaşıyor olabilecekleri ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.

Yönetim kurulu şirket çıkarlarına uygun şekilde hareket ederken aynı zamanda dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerini de yerine getirmelidir.

Bu konuda önemli bir husus, kararların bağımsız (*independent/unabhängig*) üyeler tarafından alınmış olması gerekliliğidir²¹⁸. Şirketler topluluğunda karşımıza çıkan ‘bağımlı yönetim kurulu üyeleri’ kendisini temsil ettikleri kişinin çıkarı ile şirket çıkarının çatıştığı durumlarda, yönetim kurulu başkanına bilgi vererek toplantıdan izin istemeli ve kararın alınması ya da alınmaması konusunda oy kullanmamalıdır²¹⁹. Bununla beraber, şirket içindeki bir grubun, kararı alan yönetim kurulu üyesinin seçiminde kendisine destek vermiş olması başlı başına tarafsızlığa zarar verecek bir durum olarak kabul edilemez²²⁰.

²¹⁸ Burada sözü edilen bağımsız yönetim kurulu üyeliği Kurumsal Yönetim İlkeleri ile getirilen, SPK sisteminde öngörülen bağımsız üyeler değildir. Buradaki *bağımsızlık* kavramı, şirketler topluluğundaki yavru şirketlerde söz konusu olan bağımlı yönetim kurulu üyeleri ile olan farkı ortaya koymak üzere kullanılmaktadır. PULAŞLI, Şerh, s. 1150.

Bağımlı yönetim kurulu üyeliği, bir yönetim kurulu üyesinin şirkete ilişkin çıkarları bulunan bir kişi ile arasında temsil ilişkisi bulunması anlamına gelir. Bu üyeler temsil ettikleri çıkar sahipleri ile bir bağımlılık ilişkisi içinde bulunduklarından bağımlı yönetim kurulu üyeleri olarak adlandırılmaktadırlar. KORKUT, Ö., 2007. Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 9.

²¹⁹ PULAŞLI, Şerh, s. 1150; BİLGİLİ, prg. 21.

²²⁰ BENGİ, s. 93; GÖKTÜRK, İşadami, s. 216.

3. Kararın Yeterli Bilgiye Dayanarak Ve Gerekli Risk Araştırması Yapılarak Alınmış Olması

Yönetim kurulu karar alırken konuya ilişkin yeterli şekilde bilgi sahibi olabilmek adına araştırmalar yapmalı ve bu araştırmanın sonucunda ortaya çıkan ortak fikri dikkate almalıdır²²¹. *Makul ölçüde bilgilenmek* ve bu süreçte *gerekli özeni* göstermek bu unsurun yerine getirilmiş olması açısından önemlidir²²².

Kararın doğru bilgiye dayanarak alınmış olması, her bir yöneticinin karar alınacak her bir konu hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmasını gerektirir ancak bir kişinin şirketin faaliyet gösterdiği her alanda profesyonel bilgiye sahip olması beklenemez. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinden, şirket işleri hakkında *makul bilgi birikimine* sahip olmaları ve şirket yönetimine ilişkin en azından *zorunlu ve önemli olan olaylara* hâkim olmaları beklenmektedir²²³. Böyle bir durumda dahi, gerekli bilgi konunun uzmanlarına danışılmalı, özellikle riskin daha fazla olduğu durumlarda konu üzerinde daha geniş çaplı çalışmalar yapılmalıdır²²⁴.

Pratikte bilgilenme yükümlülüğünün ölçülerinin belirlenmesi son derece zordur. Bilgi edinme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda, yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu zaman, söz konusu kararın önemi, bilgi edinmenin masrafı gibi konular göz önünde bulundurularak karar verilecektir²²⁵. Bazı durumlarda yöneticiler önsezilerine dayanarak karar almak durumundadırlar. Zira yöneticiler iş hayatının taşıdığı belirsizlikler sebebi ile karar verme aşamalarında her zaman hukukçuların göstereceği özeni gösteremeyebilirler²²⁶. Bu koşullar altında yönetim kurulunun her zaman tamamen doğru bilgiye ulaşması mümkün olmadığından, yeterli şekilde bilgilenmiş olmanın ölçüsü somut olaya göre belirlenecektir.

²²¹ Arbeitskreis 'Externe und interne Überwachung der Unternehmung' der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., 2006, s. 2162.

²²² BOZKURT YAŞAR, s. 64.

²²³ BOZKURT YAŞAR, s. 64.

²²⁴ Arbeitskreis 'Externe und interne Überwachung der Unternehmung' der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., s. 2192.

²²⁵ BOZKURT YAŞAR, s. 64.

²²⁶ GRASS, s. 59. '...Directors, of necessity, make decisions on incomplete information, often based on hunches... The rule allows directors to act in an indefinite business World on imperfect information... '.

Somut olayın özelliklerinin yanı sıra, bilgilenme yükümlülüğü ayrıca Amerikan hukukunda verilmiş kararlar göz önünde bulundurularak da ele alınmaktadır. Örneğin Delaware Yüksek Mahkemesi Smith v. Van Gorkom kararında²²⁷ yönetim kurulunun toplantı öncesinde toplantının gündemine ilişkin konularda bilgilendirilmiş olmasını, somut olay açısından yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak kabul etmiştir.

4. İyi Niyet İle Hareket Edilmiş Olması

Türk Medeni Kanunu'nda objektif iyiniyet kuralının düzenlendiği ikinci madde,

'...Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz...'

hükmünü içermektedir. Objektif bir iyi niyetli davranış kıtası getiren bu hüküm, yönetim kurulu üyeleri için de geçerlidir. Bu kanun hükmüne de uygun olarak, yönetim kurulu alınan kararın yerindeliğine ve şirket adına olumlu sonuçlar getireceğine inanmış olmalıdır²²⁸. Bir başka deyişle yönetim kurulu, sadakat yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır. Yönetim kurulu işletme ile ilgili aldığı bir karar sonucunda işin başarılı sonuçlanacağına inanmıyorsa işletmesel karar kuralından faydalanması mümkün olmayacaktır²²⁹. Yönetim kurulu üyesinin niyeti her bir somut olay açısından ayrı ayrı incelenmelidir²³⁰.

Geçmişe dönük olarak, alınan kararın nasıl bir niyet ile alındığını tespit etmek kolay değildir. Bu sebeple hâkim, karara sebep olan şartları doğru şekilde göz önünde bulundurmalı ve yönetim kurulunun kararı alırken sahip olduğu niyeti değerlendirmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin karar alırken iyi niyetli davranışları bir karine olduğundan aksini iddia eden ispatlamakla sorumludur²³¹.

²²⁷ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985) (Kaynak: law.Justia.com, erişim tarihi: 01.12.2016) *'...The determination of whether a business judgment is an informed one turns on whether the directors have informed themselves "prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them..."*.

²²⁸ Arbeitskreis 'Externe und interne Überwachung der Unternehmung' der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., s. 2162.

²²⁹ BİLGİLİ F, prg. 18.

²³⁰ GRASS, s. 65.

²³¹ BENGİ, s. 98. Kuralın karine niteliğine ilişkin aşağıda bkz. Bölüm III F.

5. Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmış Olması

Takdir yetkisi anonim şirket yöneticilerine tanınmış geniş kapsamlı bir yetkidir²³². İşletmesel karar kuralının uygulama alanı bulabilmesi için, yönetim kurulunun karar alırken bu takdir yetkisini kötüye kullanmamış olması gerekir.

Yeni kanun ile kanun koyucu, yönetim kurulu üyeleri açısından daha hafif bir sorumluluk düzeyi getirme isteğini ortaya koymuştur. Bu anlamda yönetim kurulu üyelerinin şirkete ilişkin aldıkları kararlarda takdir yetkileri daha geniş olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun takdir yetkisi sınırsız değildir.

Çalışmanın ilgili kısmında üzerinde durulduğu üzere²³³, hâkim yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak verdiği kararlarda yerindelik denetimi yapamayacaktır. Bununla birlikte, önüne gelen uyuşmazlıkta belirli bir hukuka aykırılık durumu olup olmadığını inceleme konusu yapacaktır. Hâkim böyle bir durumda kendini karar veren yönetici konumuna koyarak değil, yetkinin açıkça kötüye kullanılıp kullanılmadığını nesnel bir biçimde inceleyerek karar verecektir²³⁴. Bu inceleme sırasında mahkemeler ‘makul’ bir hata payına izin vermektedirler. Yönetim kurulunun takdir yetkisinin mahkemeler tarafından kontrolden geçecek olması ve ‘makul’ olma kriterinin de yine mahkemelerce belirlenecek olması şirket kararları üzerinde hâkimlerin sınırsız bir inceleme yetkisine sahip olacakları anlamına gelmemektedir²³⁵.

F. Karine Niteliği

İşletmesel karar kuralının önemli bir işlevi de usul hukukuna ilişkindir. İşletmesel karar kuralı, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken bağlılık ve özen yükümlülüklerini yerine getirerek, çıkar çatışması içine girmeden ve iyi niyetle hareket etmiş olduklarını karine olarak kabul eder²³⁶. Aksini, iddia edenin ispatlaması gerekmektedir²³⁷.

²³² BENĞİ, s. 99; KIRCA, s. 86.

²³³ Bkz. yukarıda ‘Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi’ Bölüm II B.

²³⁴ GÖKTÜRK, İşadamları, s. 220; BENĞİ, s. 99-100.

²³⁵ BENĞİ, s.100.

²³⁶ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamları, s. 125; BOZKURT YAŞAR, s. 16. Aksi yönde işletmesel karar kuralının karineden ziyade bir davranış standardı getirdiği yönünde bkz. HARI, O., 2015. *The Liability of Members of Governing Bodies and the Swiss 'Business Judgment Rule'*. Schellenberg Wittmer, s. 3.

²³⁷ Ticari muhakeme kuralı, aksinin ispatı mümkün olduğundan, usul hukuku açısından bir ‘adi kanuni karine’ niteliği taşır. Adi hukuki karinelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKAŞ, F. T., 2013. *Karine*

İşletmesel karar kuralının getirdiği karine, davacıya ispat külfeti yüklemektedir. Davacı zarar ve illiyet bağının yanı sıra işletmesel karar kuralının unsurlarından bir ya da birkaçının yerine getirilmediğini de ispatlamak külfeti altındadır. Davacı, bu külfeti yerine getiremezse, dava bu aşamada reddedilecektir²³⁸.

Davacı, işletmesel karar kuralının unsurlarının yerine getirilmediğini ispatlayabilirse, aldıkları kararın uygun ve adil olduğunu ispat yükü davalı yönetim kurulu üyelerine geçer²³⁹. Başka bir deyişle, bu yargılamada iki aşamalı bir değerlendirme söz konusudur. İlk aşamada davacı, işletmesel karar kuralının unsurlarından en az birinin bulunmadığını ispat edecektir. Davacının ispat külfetini yerine getirmesi halinde hâkim, doğrudan yönetim kurulunun sorumluluğuna ve tazminata hükmedemez. Bu durumda ispat yükü yer değiştirir ve ikinci aşamaya geçilir. İkinci aşamada davalı yönetim kurulu üyeleri, aldıkları kararın şirket yararına uygun olduğunu ispat mecburiyeti altındadırlar. Yönetim kurulu, karar alırken gerekli yükümlülükleri yerine getirdiğini ispatlayamazsa, mahkeme içerik incelemesine geçebilir. Kararın sadece sonuçları değil, tüm karar alma süreci mahkemece incelenebilir²⁴⁰.

Konu Alman ve Amerikan hukuklarında farklı özellikler göstermektedir. Amerikan hukukunda yöneticilerin işletmesel karar kuralına uygun şekilde hareket ettikleri karine olarak kabul edilir. Bu hususta Amerikan hukukunda yukarıda sözü edilen iki aşamalı uygulama geçerlidir. Buna göre davanın ilk aşamasında işletmesel karar kavramı kapsamında bir değerlendirme yapılır. Bu aşamada yönetim kurulunun kararının işletmesel karar kuralı ile uyumlu olup olmadığı konusu incelenir. Amerikan hukukunda karine yönetim kurulunun yükümlülüklerini yerine getirdiği yönünde olduğundan, bu aşamada davacı tarafın iddiasını ispatlama yükümlülüğü söz konusudur. İlk aşamada

Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(3), s. 738 vd. Bununla beraber mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesi gereğince kusursuzluğunu ispat yükü yönetim kurulu üyeleri üzerindeydi. Bu durum yönetim kurulu üyeleri açısından adil olmayan sonuçlara yol açmaktaydı. Ayrıntılı olarak bkz. ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s. 412.

²³⁸ ÇELİK, s. 38.

²³⁹ BOZKURT YAŞAR, s. 18-19.

²⁴⁰ BOZKURT YAŞAR, s. 19. İki aşamalı sistemin Türk Hukuku'nda uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. GÖKTÜRK, İşadamları, s. 239: '...ispat yükü bakımından sorumluluk davasında yöneticinin mevcut işlemin ticari takdir kapsamında olan bir işlem olduğunu ispatlaması gerekir. Kararın ya da işlemin ticari takdir sahasında bulunduğuna ilişkin karinenin, Türk Hukuku bakımından uygulama kabiliyeti yoktur... '.

yönetim kurulunun karar alırken işletmesel karar kuralı ilkelerine aykırı hareket ettiği yönünde bir izlenim elde edilirse ikinci aşamaya geçilir ve konu özen yükümlülüğü bakımından incelenir. İkinci aşamada ispat yükümlülüğü davalı yönetim kurulu üzerindedir²⁴¹.

Ancak, Alman hukukunda yöneticiler lehine böyle bir karine bulunmamaktadır, bu sebeple yöneticiler ilkeye uygun hareket ettiklerini ispatlama yükümlülüğü altındadırlar²⁴². Dolayısı ile yönetim kurulunun gerekli bilgi ve belgelere dayanarak kararın alındığı andan itibaren işletmesel karar kuralına uygun şekilde hareket ettiklerini ispat etmeleri gerekmektedir²⁴³. Yöneticilerin kuralın gereklerine uygun hareket ettiklerini ispatlayamamaları halinde, mahkemenin yönetim kurulu kararları üzerinde inceleme yapması mümkün olacaktır.

²⁴¹ GRASS, s. 34. Bu iki aşamalı testin İsviçre Hukuku'nda da uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. GRASS, s. 73 vd. Aşağıda bkz. 'Amerikan Hukukunda Kuralın Uygulanması' Bölüm IV A.

²⁴² GRASS, s. 34; WENDLER, s. 277; GÖKTÜRK, İşadamları, s. 229; KERVANKIRAN, s. 262.

²⁴³ WENDLER, s. 276-277; GÖKTÜRK, İşadamları, s. 229.

III. BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK SİSTEMLERİNDE İŞLETMESEL KARAR KURALI

İşletmesel karar kuralı ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış ve zamanla kurumsal şirketler hukukunun temel doktrinlerinden biri haline gelmiştir²⁴⁴. Yönetim kurulunun takdir alanını genişleten ve bu sebeple daha şeffaf ve kurumsal bir şirket yapılanmasını gerektiren bu kural, Amerikan hukuk doktrininde tartışılmış ve zaman içinde Kıta Avrupası hukuk sistemlerince de benimsenmiştir. Kıta Avrupası ve Amerikan hukuk sistemlerinin temelde pek çok farklılık taşıması sebebi ile bu kurumun karşılaştırmalı hukuktaki uygulama şekilleri de farklılık göstermektedir.

Çalışmanın bu kısmı, kuralın kaynak Amerikan hukuk uygulamasında gösterdiği özellikleri ve bir Kıta Avrupası örneği olarak Alman hukuk uygulaması üzerinde yoğunlaşacaktır. Zira Kıta Avrupası'nda işletmesel karar kuralına ilişkin ilk pozitif düzenleme Alman Hukuku'nda karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukukunda konunun ne şekilde ele alındığı konusuna da kısaca değinilecektir.

Kuralın bu ülkelerdeki uygulanma farklarını daha iyi anlayabilmek için, Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen içtihat hukuku (*common law*) ve Kıta Avrupa'sında uygulama bulan medeni hukuk (*civil law*) ilkeleri arasındaki farklar kısaca ele alınacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul gören hukuk sistemi, ayrıntılı şekilde düzenlenmiş kanunlara değil, içtihat hukukuna dayanmaktadır. Hâkimin yarattığı hukuk, her bir davanın kendine has özelliklerine göre farklılık gösterir ve zaman içinde benzer davalarda verilen kararların bir hukuki içtihat oluşturması ile gelişir. Bu hukuk sisteminde hâkimin takdir yetkisi daha geniştir. Kıta Avrupası hukuk sistemi aksine yazılı hukuk kurallarından beslenir. Hâkimlerin bu hukuk sisteminde de içtihat yaratma işlevi olmasına rağmen, takdir alanı içtihat hukuku geleneğine göre son derece sınırlıdır; hâkim temelde somut olguları belirler ve önceden hazırlanmış hukuk normlarını somut olaya uygular. Kısacası, hâkimin yaratacağı hukuk kanun koyucunun iradesi karşısında daha az önem arz etmektedir.

²⁴⁴ EICHELBERGER, s. 1; BAINBRIDGE, Abstention, s. 2.

İki hukuk sisteminin arasındaki bu önemli fark, Amerikan hukuk sistemi ve Alman hukuk sisteminin işletmesel karar kuralını kabulü ve uygulanması konusunda da yorum farklılıklarına neden olmaktadır. Zira kural, Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme kararları ile geliştirilmiş, Alman hukukunda ise konu § 93 AktG maddesinde ilgili değişiklikler yapılarak düzenlenmiştir²⁴⁵.

A. Amerikan Hukukunda Kuralın Uygulanması

İşletmesel karar kuralı, 19. yüzyılın sonlarında, 20. yüzyılın başlarında Amerikan hukuk uygulamasında yer bulmaya başlamış bir kavramdır²⁴⁶. Uzun yıllardır Amerikan hukukunda uygulama bulan ve kurumsal yönetimin temellerinden sayılan bu kural, halen kurumsal alanda 'en az anlaşılabilmiş kavramlardan biri' olarak nitelendirilmektedir²⁴⁷. Bunun en temel sebebi olarak, mahkemeler arasında konuya ilişkin bir uzlaşma sağlanamamış olması gösterilmektedir²⁴⁸. Bununla beraber, bir işletmesel kararın söz konusu olması, bu kararın özen yükümlülüğüne uygun şekilde ve yeterli bilgiye dayanılarak alınmış olması gibi temel ilkelerin yıllar içinde gelişen içtihatla genel olarak kabul gördüğü söylenebilir²⁴⁹. Konuya ilişkin genel bir düzenleme ayrıca Amerikan Baroları Birliği tarafından hazırlanan Model Ticaret Şirketleri Kanunu'nda da yer almaktadır²⁵⁰.

Özellikle 2001 yılında yaşanan Enron, WorldCom, Tyco skandalları²⁵¹ ile yönetim kurulunun sorumluluğu ve hesap verebilirliği konuları Amerikan doktrininde yeniden ayrıntılı şekilde tartışılmaya başlanmıştır. İşletmesel karar kuralının tarihsel gelişiminin anlatıldığı bölümde de üzerinde durulduğu üzere, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün

²⁴⁵ Aşağıda bkz. 'Alman Hukukunda Kuralın Uygulanması' Bölüm IV B.

²⁴⁶ WENDLER, s. 51. İlkenin 1800'lü yılların başlarında da kurala ilişkin mahkemelerce verilmiş kararlar olduğu yönünde bkz. ARSHT, s. 93. Ayrıca konunun tarihsel gelişiminin anlatıldığı başlık için yukarıda bkz. 'Tarihsel Gelişimi' Bölüm III C.

²⁴⁷ MCMILLAN, s. 524; JOHNSON, s. 454; MANNE, s. 270.

²⁴⁸ MCMILLAN, s. 526.

²⁴⁹ JOHNSON, s. 454.

²⁵⁰ Bkz. yukarıda 'Tarihsel Gelişimi' Bölüm III C.

²⁵¹ Söz konusu skandallar ve kurumsal yönetimin benimsenmesinin konuya ilişkin olumlu etkileri üzerine ayrıntılı olarak bkz. EDWARDS, F., 2003. *U.S. Corporate Governance: What Went Wrong and Can It Be Fixed?*. Chicago.

hazırladığı kurumsal yönetim ilkelerinin özen yükümlülüğüne ilişkin kısmında konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır²⁵².

Amerikan hukukunda konuya ilişkin olarak iki temel görüş bulunmaktadır. Kuralın bir sorumluluk ölçütü getirdiğine ilişkin ‘Standard of Liability’ görüşü ve hâkimin davayı görmekten kaçınmasını öngören ‘Abstention Doctrine’ görüşü Amerikan hukuku çerçevesinde ele alınacaktır.

1. Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Uygulanmasına İlişkin Görüşler

a. Sorumluluk Ölçütü Görüşü (Standard of Liability)

Güncel bir yaklaşım olarak sorumluluk ölçütü görüşüne göre işletmesel karar kuralı, iyi niyetle hareket ettikleri sürece yönetim kuruluna bir koruma kalkını oluşturur²⁵³. Buna göre işletmesel karar kuralı hâkimlerin davayı görürken uyguladıkları ve yöneticilerin yönetim faaliyetleri süresince sorumluluğa neden olacak davranışlarda bulunup bulunmadıkları konusunu belirleyen bir test olarak ele alınır²⁵⁴. Sorumluluk testinin uygulama alanı bulabilmesi için (yönetim kurulu aleyhine dava açan) davacı tarafın hile, hukuka aykırılık, kendi yararına işlem veya kurulun bilgisi dışında hareket gibi somut iddialar ortaya koyması ve ispatlaması gerekir. Davacının ispat yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda hâkim işletmesel karar kuralını uygulayacak ve yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁵⁵. Kural, yönetim kurulunun ağır ihmali ile sebep olduğu zararları koruma altına almamaktadır; bu görüşe göre işletmesel karar kuralı, hafif ve ağır ihmal hallerine farklı sonuçlar öngörerek dereceli bir sorumluluk anlayışı getirmektedir²⁵⁶.

²⁵² Ayrıntılı olarak yukarıda bkz. ‘Tarihsel Gelişimi’ Bölüm III C.

²⁵³ BAINBRIDGE, Abstention, s. 8.

²⁵⁴ MCMILLAN, s. 529.

²⁵⁵ MCMILLAN, s. 529; BAINBRIDGE, Abstention, s. 12.

²⁵⁶ MCMILLAN, s. 530; BAINBRIDGE, Abstention, s. 8.

İşletmesel karar kuralının bir sorumluluk ölçütü olarak kullanıldığı Technicolor davası²⁵⁷ Amerikan doktrininde sıklıkla örnek olarak gösterilmektedir²⁵⁸. Somut olayda davalı taraf olan Technicolor'ın %4.4 hisselerine sahip Cinerama şirketi, Technicolor yönetim kurulunun bir başka şirket ile birleşme anlaşması yaparken özen yükümlülüğüne aykırı davranarak şirketi zarara uğrattığı iddiası ile mahkemeye başvurmuş²⁵⁹, Delaware Yüksek Mahkemesi daha önceki içtihatlarına atıf yaparak verdiği kararda, sadakat yükümlülüğüne uygun ve doğru bilgiler ile hareket etmiş bir yönetim kurulunun kararı, mahkeme kararı ile hükümsüz kılınamaz açıklaması ile işletmesel karar kuralını uygulamıştır²⁶⁰. Mahkeme aynı zamanda davacı tarafın ispat yükü altında olduğunun da üzerinde durarak, yönetim kurulunun iyi niyet, sadakat ve özen yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair somut deliller sunulamadığı takdirde yöneticilerin sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmetmiştir. Davacı tarafın iddialarını ispatlaması halinde ise ispat yükü davalı şirket yönetimine geçecektir. Görüldüğü üzere sorumluluk ölçütü görüşü, yönetim kurulu üyelerine sonsuz bir koruma alanı yaratmamakta, aksine yönetim yetkilerini kullanırken gösterdikleri özeni derecelendirerek sınırlı bir koruma sağlamaktadır²⁶¹.

b. Hâkimin Davaya Bakmaktan Kaçınması Görüşü (Abstention Doctrine)

Hâkimin davaya bakmaktan kaçınması görüşü, uygulamada mahkemeler tarafından daha seyrek başvurulmuş bir yöntem olmasına rağmen Amerikan doktrininde üzerinde durulan bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶². Bu görüşe göre, etkin bir kurumsal

²⁵⁷ Cede & Co. And Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 634 A. 2d 345 (1993), (Kaynak: justia.com, erişim Tarihi: 01.12.2016).

²⁵⁸ MCMILLAN, s. 530; CAHN, A., 2013. *Aufsichtsrat und Business Judgment Rule*. Frankfurt Am Main, Institute for Law and Finance, s. 7; JOHNSON, s. 455; KIRCHNER, C., PAINTER, R. W., 2000. *European Takeover Law - Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*. European Business Organization Law Review , Cilt 1, s. 362; BAINBRIDGE, Abstention, s. 9; WARREN/ARONSTAM, s. 6.

²⁵⁹ PRICKETT/BROWN, s. 594; MCMILLAN, s. 530.

²⁶⁰ Karar metni 361. paragraf. '...The rule posits a powerful presumption in favor of actions taken by the directors in that a decision made by a loyal and informed board will not be overturned by the courts unless it cannot be "attributed to any rational business purpose..."'

²⁶¹ BAINBRIDGE, Abstention, s. 12-13.

²⁶² MCMILLAN, s. 534.

karar alma sürecinden söz edilebilmesi için, mahkemelerin bu süreçten tümüyle el çekmesi gerekmektedir. Aksi halde zarara uğrayan davacı taraf, jüri üyelerini etkileyerek davalı tarafın sorumluluğuna hükmedilmesini ve böylelikle işletmesel karar kuralının uygulama alanı dışında kalmasını sağlayabilecektir²⁶³. Dahası çalışmanın başında ele alındığı üzere, ex post bakış açısı ile yapılacak bir yargılama, kurumsal kararların değerlendirilmesi sürecinde son derece hatalı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir²⁶⁴. Zira anonim şirketin yönetimine ilişkin kararlar, işin doğası gereği risk içeren ve belirsizlik taşıyan kararlar olacak ve yıllar sonra konuyu inceleyen kişiler o günün koşullarına ilişkin gerekli bilgiye sahip olamayacaklardır. Bu görüşü destekleyenlerin ortaya koyduğu bir başka sebep, hâkimlerin konu hakkında yönetim kurulu üyeleri kadar bilgili olamayacaklarıdır; bu görüş işletmesel karar kuralının da temelinde yer almasına rağmen doktrinde sıklıkla tartışma konusu olmaktadır²⁶⁵.

Yönetim kurulunun kararları üzerindeki yargı kontrolü bu görüşe göre bir istisnai hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkim önüne gelen davada yargılama yapamayacağına dair bir ön kabul ile hareket edecektir. Bununla beraber nesnel bir gözle olayda hukuka aykırı bir işlem ya da hile olup olmadığı sorularını soracak ve böylelikle Business Judgment Rule kuralı bir önleyici bariyer görevi görecektir²⁶⁶.

Bu görüşü desteklemek için doktrinde sıklıkla verilen örnek, Shlensky v. Wrigley davasıdır²⁶⁷. Davada Wrigley şirketinin pay sahiplerinden Shlensky, yönetim kurulunun verdiği bir karara, şirketi zarara soktuğu gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Dava sebebi somut olayda, Wrigley şirketinin yerel spor kulübünün geceleri de maç yapabilmesi için gerekli olan saha aydınlatmalarını döşemeyi kabul etmemesi üzerine, davacı taraf Shlensky bu karara şirketin daha yüksek gelir elde etmesini engelleyen yersiz bir karar olduğu gerekçesi ile mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme verdiği kararda, yöneticilerin şirketin faaliyet alanı içinde ve hukuka uygun olarak verdikleri kararların mutlak

²⁶³ BAINBRIDGE, S. M., 2015. *Corporate Law*. 3. Bası, s. 535.

²⁶⁴ Bkz. BAINBRIDGE, Abstention, s. 34: Joy v. North 692 F. 2d 880 (1982).

²⁶⁵ BAINBRIDGE, Abstention, s. 37. Bu görüşe aykırı olarak, hakimlerin kendilerini yöneticinin yerine koyarak yerinde karar verebilecek bilgi ve deneyim birikimine sahip oldukları yönünde bkz. OESTERLE/PALMITER, s. 572; GREENFIELD/NILSSON, s. 835.

²⁶⁶ BAINBRIDGE, Abstention, s. 48.

²⁶⁷ Shlensky v Wrigley, 237 NE 2d 776 (Ill. App. 1968) (Kaynak: courtlistener.com, erişim tarihi: 30.11.2016).

olduğuna ve mahkemenin yönetim kurulu kararının yerine geçecek nitelikte bir karar veremeyeceğine hükmetmiştir²⁶⁸. Mahkeme karar metninde yönetim kurulunun verdiği kararın doğru olup olmadığını tartışma konusu olmadığına ve bu konunun mahkemenin yargı alanının dışında kaldığına hükmetmiştir.

Söz konusu karar Amerikan hukukunda bu yönde verilmiş ilk karar değildir. 1888 yılında New York Yüksek Mahkemesi yöneticilerin hukuka aykırı şekilde ya da hileli davranarak pay sahiplerini zarara uğratmaları halleri dışında mahkemelerin müdahil olmamaları gerektiğini karara bağlamıştır²⁶⁹. Aynı şekilde, 1917 yılında Michigan Yüksek Mahkemesi ‘hâkimler ticari konularda uzman değillerdir’ şeklinde karar vererek, dava konusu ticari çekişmeye ilişkin yorum yapmaktan kaçınmıştır²⁷⁰.

Hâkimin davayı görmekten kaçınması gerektiği görüşü doktrinde işletmesel karar kuralına bir yenilik getirmediği gerekçesi ile eleştirilen bir görüştür²⁷¹. McMillan’a göre bir yönetici hiçbir şekilde kendini herhangi bir mevzuata bağımlı hissetmeden, devlet kontrolünün tamamen dışına çıkarak hareket etme hakkına sahip değildir. İşletmesel karar kuralının uygulanması, hatalı davranan yöneticinin sorumluluğunun mahkemelerce kararlaştırılamayacağı anlamına gelmemektedir²⁷². Hâkim her ihtimalde hukuka aykırılık ve hile durumlarının söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi gerektiği görüşü, işletmesel karar kuralına yeni bir uygulama şekli getirmemektedir. Zira işletmesel karar kuralının bir sorumluluk ölçütü getirdiği yönündeki görüşe göre de kural, yönetim kurulunun kararının yerinde olduğuna dair bir karine kabul etmekte ve davacının aksini ispatlamasını beklemektedir²⁷³.

2. Amerikan Hukukunda İşletmesel Karar Kuralının Unsurları

Kuralın Amerikan hukukunca uygulama alanı bulabilmesi için gereken unsurlar, yıllar içinde içtihatlar yoluyla bir araya getirilmiştir. Bu unsurlar doktrinde beş ayrı soru

²⁶⁸ MCMILLAN, s. 536.

²⁶⁹ BAINBRIDGE, Abstention, s. 16: Leslie v. Lorillard, 18 N.E. 363 (1888).

²⁷⁰ BAINBRIDGE, Abstention, s. 16: Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (1919).

²⁷¹ MCMILLAN, s. 539; SCARLETT, s. 42.

²⁷² MCMILLAN, s. 540.

²⁷³ SCARLETT, s. 71.

şeklinde ele alınmaktadır. Buna göre hâkimin önüne gelen davada öncelikle bu soruların cevaplarını araması gerekmektedir²⁷⁴. Bunlar kısaca;

a. Somut Olayda Ticari Bir Karar Verilmiş mi? (Business Decision)

İlkenin uygulama alanı bulabilmesi için sadece bir ticari kararın varlığı yeterli değildir, aynı zamanda bu kararın bilinçli şekilde alınmış olması gerekmektedir. Kısaca yönetim kurulu ancak birden fazla ticari ihtimalden birini seçmesi durumunda bir karar vermiş sayılabilir²⁷⁵. Aynı şekilde yönetim kurulunun ihmali davranışları ilkenin koruma kapsamı dışındadır, başka bir deyişle bir ticari kararın söz konusu olmadığı, yöneticilerin ihmali ile ya da kasti olarak karar almaktan kaçındıkları hallerde yöneticiler işletmesel karar kuralının korumasından yararlanamayacaklardır²⁷⁶. Ancak yönetim kurulunun karar almaktan kaçınmasının da aslında bir karar olduğu görüşünü savunan yazarlar, yönetim kurulunun karar almadığı hallerde de eşit şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre yönetim kurulunun aldığı kararlar nasıl koruma altına alınıyorsa, kendi çalışma şekillerine uygun olarak karar almama hakları da koruma altına alınmalıdır²⁷⁷. Ancak bu karar almama halinin, bilgisizlik sebebine dayanmıyor olması gerekmektedir²⁷⁸.

b. Karar Verilirken Tarafsız Ve Bağımsız Şekilde Hareket Edilmiş mi? (Disinterestedness and Independence)

Yönetim kurulunca alınan ticari kararlarda, yöneticilerin kişisel çıkarlarının bulunmaması gerekir²⁷⁹. Bu çıkar Amerikan uygulamasında sadece maddi çıkarlar ile sınırlandırılmamıştır; yöneticinin herhangi bir şekilde çıkarına hizmet edildiğinin davacı

²⁷⁴ GRASS, s. 33.

²⁷⁵ WENDLER, s. 72.

²⁷⁶ GRASS, s. 52; OLTMANNS, s. 45; BLOCK/RADIN/BARTON. *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*. New York, s. 33.

Aronson v. Lewis, 473 A. 2d 805, 813 (Delaware 1984); ‘...*The business judgment rule operates only in the context of director action. Technically speaking, it has no role where directors have either abdicated their functions, or absent a conscious decision, failed to act...*’.

²⁷⁷ MANNING, Duty of attention, s. 1486; OLTMANNS, s. 46.

²⁷⁸ OLTMANNS, s. 46. Türk Hukuku açısından kuralın uygulanabilmesi için bir faaliyette bulunmama yönünde dahi olsa bir karar alınmış olması gerektiği yönünde yukarıda bkz. ‘*Yönetim Kurulunun İşletmeye İlişkin Bir Karar Almış Olması*’ Bölüm III E.

²⁷⁹ OLTMANNS, s. 51.

tarafından ispatı durumunda, ticari karar işletmesel karar kuralı kapsamında olmayacaktır²⁸⁰.

Yöneticinin ‘bağımsız’ şekilde karar almamış olmasından kasıt ise, yöneticilerin kendi çıkarlarını değil, üçüncü kişilerin çıkarlarını şirket çıkarlarının önüne koymaları anlamına gelmektedir. Bu ‘üçüncü kişiler’ şirket yönetimi üzerinde etkiye sahip olan herkes olabilir²⁸¹. Bu durumda dikkat edilmesi gereken durum, Amerikan hukukunda sıklıkla tartışılan ‘structural bias’ kavramıdır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri üzerinde birlikte çalıştıkları kişilerin ya da kendilerini seçmiş olan pay sahiplerinin menfaatlerini gözeteceklerine dair bir önyargı oluşmasıdır. Ancak sadece iyi ilişkilere sahip olmak ya da belirli bir grup tarafından seçilmiş olmak işletmesel karar korumasının ortadan kalkması için başlı başına yeterli bir sebep değildir²⁸². Korumanın ortadan kalkması için yönetim kurulunun aldığı kararlar bu kişilerin menfaatlerini şirket menfaatlerinin üzerinde tutmuş olması gerekmektedir²⁸³.

c. Karar Verilirken Gerekli Özen Gösterilmiş Mi? (Due Care)

Yönetim kurulunun gerekli özeni göstererek karar almış olması öncelikle yeterli bilgi ile hareket etmesine bağlıdır²⁸⁴. Burada sözü edilen yeterli bilgiye ait genel bir ölçüt getirmek mümkün değildir; yönetim kurulu o günün şartlarına göre gerekli araştırmaları yapacak ve uygun kararı bu bilgiler ışığında verecektir.

d. Karar Verilirken İyi Niyetle Hareket Edilmiş Mi? (Good Faith)

İyi niyet kıstasına göre yöneticiler, aldıkları kararlarda şirketin geleceği için en doğru şekilde hareket ettikleri inancını taşımalıdır²⁸⁵. Aksi takdirde, yönetim kurulu işletme ile ilgili aldığı bir karar sonucunda işin şirket açısından başarılı sonuçlanacağına dair bir inanç taşıımıyorsa işletmesel karar kuralından faydalanması mümkün olmayacaktır.

²⁸⁰ GRASS, s. 54; GÖKTÜRK, İşadamı, s. 216.

²⁸¹ OLTMANN, s. 52; WENDLER, s. 73; GRASS, s. 55.

²⁸² GRASS, s. 55-56; WENDLER, s. 73; OLTMANN, s. 51.

²⁸³ GÖKTÜRK, İşadamı, s. 217.

²⁸⁴ GRASS, s. 58; KERVANKIRAN, s. 259.

²⁸⁵ GRASS, s. 65.

e. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması Söz Konusu Mu? (Abuse Of Discretion)

Takdir yetkisinin kötüye kullanılması durumunun mahkemelerce inceleme konusu yapılması, işletmesel karar kuralının temel ilkesi ile çelişmektedir. Zira hakim, yönetim kurulunun yetkisi kötüye kullanıp kullanmadığını araştırırken aslında bir yerindelik denetimi yapmaktadır. Dolayısı ile bu durum Amerikan uygulamasında da hala açıklığa kavuşamamış bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla beraber hakimin, yönetim kurulunun aldığı kararın makul olmaktan tamamen uzak ya da mantıksız olduğu hallerde ilkeyi uygulamaktan vazgeçebileceği kabul edilmektedir²⁸⁶.

B. Alman Hukukunda Kuralın Uygulanması

Alman hukukunda kuralın gelişimi, Amerikan hukukuna benzer şekilde mahkeme içtihatları ile ortaya çıkmış ve zaman içinde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda yapılan düzenlemeler ile pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir²⁸⁷. Bu çalışmada kuralın Alman hukukundaki uygulaması, 2005 yılına kadar mahkeme kararları yoluyla yaşanan gelişmeler ve 2005 yılından sonra kanunda yapılan değişiklikler ile yaşanan gelişmeler olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

İşletmesel karar kuralının Almanya'daki uygulamasının Amerikan uygulamasından farklı olduğu temel nokta, kuralın karine niteliğine ilişkindir²⁸⁸. Amerikan uygulamasında yönetim kurulunun işletmesel karar kuralına uygun şekilde hareket ettiği karinesi kabul edilirken, Alman hukukunda durum farklıdır. Buna göre Alman hukukunda kuralın uygulanabilmesi için yönetim kurulu, işletmesel karar kuralının unsurlarına uygun şekilde karar aldıklarını ispatlama yükümlülüğü altındadır.

1. İctihatlar Yoluyla Gelişimi

Alman hukukunda işletmesel karar kuralının varlığına vurgu yapan, mahkemelerin yönetim kurulu kararları üzerinde yerindelik denetimi yapmasını engelleyen ve yönetim kurulunun takdir alanını koruyan ilk karar 1979 yılında Alman Federal Yüksek

²⁸⁶ GRASS, s. 67.

²⁸⁷ KERVANKIRAN, s. 251.

²⁸⁸ Bkz. yukarıda *Karine niteliği* başlığı Bölüm III F.

Mahkemesi'nin verdiği Herstatt Bank²⁸⁹ kararıdır. Söz konusu kararda yönetim kurulunun kusursuz gecikme halleri dışında, şirketin ekonomik durumunda bozulma söz konusu ise, iflas isteme veya konkordato talebinde bulunmak konusunda karar vermekte takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir. Karara göre düzenli ve özenli bir yöneticinin göstereceği özenle hareket eden ve karar veren yönetim kurulu alacaklılar, çalışanlar ve pay sahiplerinin çıkarları ve şirketin geleceği için yerinde olan kararı verecektir²⁹⁰. Yönetim kurulunun söz konusu özen kıstasına uygun şekilde hareket etmesi durumunda mahkeme ancak sınırlı bir denetim yapabilecektir. Mahkeme, bu denetim kararın objektif olarak doğruluğuna ilişkin olamayacağı, ancak günün koşullarına göre gerçekçi (*realistisch*) bir karar olup olmadığının mahkemece incelenebileceği yönünde karar vermiştir²⁹¹.

Kuralın Alman hukukunda uygulanmasına ilişkin bir başka önemli karar olarak Siemens/Nold kararı²⁹² örnek verilebilir. Karara konu olan uyuşmazlıkta, genel kurul aldığı bir kararla yönetim kuruluna sermaye artırımında pay sahiplerinin rüçhan hakkını kısıtlama yetkisi tanımıştır. Alman hukukuna göre sermaye artırımı ve rüçhan haklarını kısıtlama ancak yönetim kurulunun pay sahiplerine yazılı bir açıklama yapması ile mümkün olabilmektedir²⁹³. Mahkeme verdiği bu kararla Alman uygulamasında yönetim kurulunun pay sahiplerini şirkete ilişkin konularda bilgilendirme yükümlülüğünü hafifletmiş ve böylelikle yönetim kuruluna daha geniş bir takdir alanı sağlamıştır²⁹⁴. Bu karardan önceki uygulamaya göre, yönetim kurulu, şirket sermayesinin kullanımına ilişkin planların pay sahiplerine açıklanması yükümlülüğü altındaydı. Özellikle Holzmann kararına göre²⁹⁵, yönetim kurulunun rüçhan haklarının elden çıkarılması

²⁸⁹ Bundesgerichtshof 09.07.1979-II ZR 118/77. (Kaynak: dejure.com, erişim tarihi: 30.11.2016).

²⁹⁰ OLTMANNS, s. 232; WENDLER, s. 151.

Bundesgerichtshof Urt. v. 09.07.1979, Az.: II ZR 118/77 prg. 33. (Kaynak: dejure.com, erişim tarihi: 30.11.2016).

²⁹¹ OLTMANNS, s. 233.

²⁹² Bundesgerichtshof 23.06.1997-II ZR 132/93. (Kaynak: dejure.com, erişim tarihi: 30.11.2016).

²⁹³ Bkz. BGH 23.06.1997-II ZR 132/93 Leitsatz: '*...Der Vorstand darf von der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss nur dann Gebrauch machen, wenn das konkrete Vorhaben seiner abstrakten Umschreibung entspricht...*'.

²⁹⁴ MÄNTYSAARI, s. 343.

²⁹⁵ Bundesgerichtshof 19.04.1982-II ZR 55/81. (Kaynak: dejure.com, erişim tarihi: 30.11.2016). '*...Der Vorstand hat der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über den Grund für den teilweisen oder vollständigen Ausschluss des Bezugsrechts vorzulegen; in dem Bericht ist der vorgeschlagene Ausgabebetrag zu begründen...*'.

konusunda karar alabilmesi için pay sahiplerine yazılı bir açıklama yapmaları gerekmektedir. Yönetim kurulunun esas sermaye değişikliği ve rüçhan haklarına ilişkin konularda pay sahipleri, baştan yeterince bilgilendirilmedikleri gerekçesi ile yönetim kurulunun aldığı kararların uygulanmasını engelleyebiliyordu²⁹⁶. Bu sebeple Siemens/Nold kararı, yönetim kurulunun karar alma ve uygulama süreçlerini daha etkin hale getirmek amacıyla yönetim kurulunun pay sahiplerini bilgilendirilme yükümlülüğünü hafifletmiştir²⁹⁷. Bu özelliği ile Siemens/Nold kararı işletmesel karar kuralının Alman Hukuku'nda kabulü bakımından önem arz etmektedir²⁹⁸.

Konunun Alman hukukundaki gelişimi açısından en önemli karar ise 1997 yılında verilen ARAG/Garmenbeck kararıdır²⁹⁹. Karar, yönetim kurulunun takdir yetkisinin üzerinde durarak işletmesel karar kuralının Alman uygulamasında kabul görmesinde önemli rol oynamıştır³⁰⁰. ARAG/Garmenbeck kararında mahkeme, kurala ilişkin genel bir çerçeve çizmeye çalışmaktadır. Buna göre yönetim kurulunun takdir yetkisi, mahkemelerce sınırlandırılmayacaktır. Ancak, bunun için yönetim kurulu kararının 'aşırı riskli' olmaması gerekmektedir; burada kullanılacak olan sınır '*sorumluluk sahibi yönetici*'nin davranış şekli olarak kabul edilmektedir³⁰¹. Buna ek olarak yönetim kurulu dikkatli bir karar alma sürecinden geçmeli ve her zaman şirket çıkarlarına uygun kararlar almalıdır³⁰². ARAG/Garmenbeck kararından sonra, kararın çizdiği genel sınırlar dahilinde işletmesel karar kuralı uygulaması Alman hukuk doktrininde ilgi çekmeye başlamıştır. Yıllar içinde Alman uygulamacıları ve akademisyenleri tarafından üzerinde çalışılan kural 2005 yılında Alm. POK. m. 93'te yapılan bir değişiklik ile pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir.

²⁹⁶ CAHN, A., DONALD, D. C., 2010. *Comparative Company Law*. Cambridge, s. 199.

²⁹⁷ CAHN/DONALD, s. 199.

²⁹⁸ Karar ayrıca Avrupa Birliği Hukuku açısından da önem arz etmektedir. Avrupa Adalet Divanı'nın önüne gelen uyuşmazlıkta mahkeme konunun yerel Alman Hukuku'na göre çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Siemens AG v Henry Nold C-42/95). Adalet Divanı'nın kararı için ayrıntılı olarak bkz. SEALY, L., WORTHINGTON, S., 2008. *Cases and Materials in Company Law*. New York.

²⁹⁹ Bundesgerichtshof 21.041997-II ZR 175/95. (Kaynak: dejure.com, erişim tarihi: 30.11.2016)

³⁰⁰ OLTMANNS, s. 266.

³⁰¹ OLTMANNS, s. 373; GEISER, s. 27.

³⁰² OLTMANNS, s. 374; GEISER, s. 27. BGH 21.041997-II ZR 175/95, Prg. 22.

2. Kanuni Düzenlemelerin Getirdiği Uygulama Şartları

ARAG/Garmenbeck kararı Alman hukuk çevrelerinde işletmesel karar kuralının konusunun daha derinlemesine tartışılmasına neden olmuştur. Özellikle 63. Alman Hukuk Günleri kapsamında yapılan tartışmalarda kuralın kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğu konusu üzerinde durulmuştur³⁰³. Bu gelişmelerin ışığında kuralın Alman pozitif hukukunun bir parçası haline gelmesi 2005 yılında UMAG kanununun kabulü ile gerçekleşmiştir. Bu kanun, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93. maddesinin ilk fıkrasına ikinci bir cümle ekleyerek³⁰⁴, Alman hukukunda kuralın uygulanma sınırlarını belirlemiştir. Kanuna eklenen ifade;

‘...Yönetim kurulu üyesinin işletmesel kararında, uygun bilgiye dayanarak ve şirket çıkarlarına uygun şekilde hareket ettiği kabul edilebiliyorsa bir yükümlülük ihlali söz konusu değildir...’

şeklindedir. Buna göre, yönetim kurulunun, şirkete ilişkin kararları, yeterli bilgiye dayanarak ve şirket yararına olacak şekilde aldığı akla uygun olarak kabul edilebiliyorsa, özen yükümü ihlalden söz edilemeyecektir³⁰⁵.

Alman hukukunda da sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar m. 93'ün koruması altında değildir³⁰⁶. Aynı şekilde kanuni yükümlülükler, esas sözleşmeye, genel kurul kararlarına aykırı davranışlar da 93. madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

Kanun metni uyarınca işletmesel karar kuralının uygulanabilmesi için yönetim kurulunun aldığı kararın dört temel olgusal özelliğe sahip olması gerekmektedir³⁰⁷.

³⁰³ GEISER, s. 28.

³⁰⁴ Kanuna eklenen orijinal ifade: ‘...Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln...’ şeklindedir.

³⁰⁵ GEISER, s. 28; WENDLER, s. 262; GOLLAN, A. K., 2009. *Vorstandshaftung in der Stiftung*. Köln, s. 63.

³⁰⁶ GOETTE/HABERSACK/KALSS, prg. 45.

³⁰⁷ UMAG Gerekçe, Deutscher Bundestag 15. Wahlperiode 15/5092 (14.03.2005). s. 11.

**a. Kararın İşletmeye İlişkin Verilmiş Ticari Bir Karar Olması
(Unternehmerische Entscheidung)**

Yönetim kurulu karar alırken, sahip olduğu birden fazla seçenektan birini seçerek hareket etmiş olmalıdır. Ancak ticari seçeneklere ilişkin bilgi sahibi olmadan bir konuya ilişkin karar almaktan kaçınmak, bu kuralın uygulanması için gerekli olan ‘ticari bir karar’ olma özelliğini taşımamaktadır³⁰⁸.

b. Yeterli Bilgi İle Hareket Edilmiş Olması (Handeln Auf Grundlage Angemessener Information)

Yönetim kurulu karar verirken konuya ilişkin gerekli bilgileri edinmeli ve günün koşullarına uygun kararı vermelidir. Ticari kararlar içgüdü, deneyim, gelecekte meydana gelebilecek olaylara ilişkin bir öngörü, pazarı ve rakipleri iyi okuyabilme yeteneği gerektiren kararlardır³⁰⁹. Bu sebeple doğru bilgiye dayanmaları ve nesnel değerlendirmeler sonucu alınmaları gerekmektedir. Yeterli bilgiye dayanmayan kararların işletmesel karar kuralı korumasından faydalanması mümkün olamayacaktır.

c. Şirket Çıkarına Uygun Hareket Edilmiş Olması (Handeln zum Wohle der Gesellschaft)

Yönetim kurulunun işletmesel karar kuralının getirdiği ‘güvenli liman’a sığınabilmesi için alınan kararın şirketin çıkarlarına hizmet ediyor olması gerekir³¹⁰. Yönetim kurulunun kendi çıkarını veya üçüncü kişilerin çıkarını gözeterek hareket etmesi de şirket çıkarına aykırı davranış olarak kabul edilmelidir³¹¹.

³⁰⁸ GEISER, s. 29; HOPT, K., WIEDEMANN, H., 2006. *Aktiengesetz Großkommentar*. Berlin, prg. 82.

³⁰⁹ UMAG Gerekçe, Deutscher Bundestag 15. Wahlperiode 15/5092 (14.03.2005). s. 12.

³¹⁰ RAHLMAYER, N., 2010. *Vorstandshaftung zwischen traditionellem deutschen Aktienrecht und kapitalmarktorientierter Corporate Governance*. München, s. 80.

³¹¹ Bu durum Alman doktrininde kimi yazarlar tarafından ayrı bir başlık altında, beşinci bir özellik olarak ele alınmış olsa da (bkz. WENDLER, s. 270), şirket çıkarı ile yakın ilişkisi sebebi ile, bu çalışmada tek bir başlık altında ele alınmıştır.

d. İyi niyet ile Hareket Edilmiş Olması (Handeln in gutem Glauben)

Yönetim kurulunun karar alırken iyi niyetle hareket etmiş olması, yukarıda sayılan tüm özelliklerin geçerliliğini etkilememektedir. İyi niyet kuralına aykırı olarak alınmış kararlar için işletmesel karar kuralı koruması söz konusu olamayacaktır.

Kanun metninde açıkça iyi niyete ilişkin bir açıklama bulunmadığından³¹², kanun gerekçesi³¹³ ve doktrinde iyi niyet kuralı sıklıkla Amerikan uygulamasına atıflar yapılarak açıklanmaya çalışılmaktadır³¹⁴.

C. İsviçre Hukukunda Kuralın Uygulanması

İsviçre Hukuku'nda işletmesel karar kuralına ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise kuralın uygulanabilirliği konusu tartışma konusudur³¹⁵.

Kuralın uygulanmasına ilişkin kabul edilen unsurlar genel olarak Alman hukuku ile paralellik göstermektedir. Yönetim kurulunun yeterli bilgiye dayanarak, şirket çıkarlarını göz önünde bulundurarak, iyi niyetli şekilde ve gerekli özeni göstererek işletmeye ilişkin bir karar alması durumunda işletmesel karar kuralının uygulanabileceği İsviçre hukuku açısından da kabul edilmektedir³¹⁶.

İşletmesel karar kuralının İsviçre Hukuku'nda uygulanabileceği görüşü, İsviçre'de Amerikan sistemine benzer kabul edilen iki aşamalı yargılama sistemi olması nedeniyle de kabul edilmektedir³¹⁷. Buna göre hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle işletmesel karar kuralının uygulanabilir olup olmadığı konusunu inceleyecek, kuralın uygulanabilmesi için gerekli koşullar oluşmamışsa davayı içerik açısından inceleme

³¹² KERVANKIRAN, E., 2007. *Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu - Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*, Hüseyin Ülgen'e Armağan. İstanbul, s. 257.

³¹³ UMAG Gerekçe, Deutscher Bundestag 15. Wahlperiode 15/5092 (14.03.2005). s. 11.

³¹⁴ GEISER, s. 39; WENDLER, s. 273.

³¹⁵ GRASS; von der CRONE; VOGT, H., BÄNZIGER, M., 2012. *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 4/2010; DOERIG, M., 2005. *Director's Liability under Swiss Law*. International Law Office July 04; LEDERMANN, D., RÖTHELI, A., 2011. *The European Lawyer Reference Series-Switzerland*; HARI, O., 2015. *The Liability of Members of Governing Bodies and the Swiss 'Business Judgment Rule'*. Schellenberg Wittmer.

³¹⁶ DOERIG, s. 1; HARI, s. 3; GRASS, s. 82.

³¹⁷ Bkz. yukarıda 'Karine Niteliği' Bölüm III F.

konusu yapabilecektir³¹⁸. Doktrinde bu iki aşamalı sistemin, İsviçre Borçlar Kanunu ile de uyumlu olduğu kabul edilmektedir³¹⁹. Kanunun 754. maddesi gereğince, ilkenin uygulanması için gerekli olan unsurların ispat edilmesi yükümlülüğünün davacı tarafa ait olduğu savunulmaktadır³²⁰.

Bununla birlikte karşıt görüşe göre, 754. madde, işletmesel karar kuralının uygulanabilmesi için yeterli bir yasal düzenleme değildir. Bu görüş uyarınca, yönetim kurulu pay sahiplerinin çıkarlarını göz önünde bulundurmadan kararlar alıyorsa, mahkemelerin pay sahiplerini koruma yükümlülüğü söz konusudur³²¹. Bu görüşe uygun olarak İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin verdiği 1973 tarihli BGE 99 II 176 kararında, işletmesel karar kuralını uygulamamış, yönetim kurulu kararını yerindelik bakımından inceleyerek yönetim kurulunun karar alırken riskleri doğru şekilde dağıtması gerektiği sonucuna ulaşmıştır³²².

Bununla birlikte mahkeme güncel kararlarında işletmesel karar kuralını uygulamıştır. Eylül 2015 tarihli kararda³²³ İsviçre Yüksek Mahkemesi yeterli bilgiye dayanarak, çıkar çatışmalarından bağımsız ve uygun bir karar alma süreci sonucu alınmış olan bir yönetim kurulu kararının söz konusu olduğu durumlarda işletmesel karar kuralının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır³²⁴. Böylelikle Mahkeme, yeni tarihli kararlarında işletmesel karar kuralını benimsemiştir³²⁵.

³¹⁸ GRASS, s. 73; DOERIG, s. 2.

³¹⁹ GRASS, s. 81.

³²⁰ GRASS, s. 73; OR m. 754/1: *'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.'*

³²¹ HANSEN, s. 1373; BOZKURT YAŞAR, s. 29.

³²² BGE 99 II 176 (Kaynak: www.bger.ch, erişim tarihi: 06.12.2016)

³²³ BGE 4A_219/2015, 8 Eylül 2015 (Kaynak: www.bger.ch, erişim tarihi: 06.12.2016).

³²⁴ BGE 4A_219/2015, prg. 4.2.1: *'...Das Bundesgericht anerkennt, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind...'*

³²⁵ Mahkemenin aynı yönde verdiği kararlar için bkz. BGE 4A_626/2013, 8 Nisan 2014, prg. 5.1; BGE 4A_74/2012, 18 Haziran 2012, prg. 5.1 (Kaynak: www.bger.ch, erişim tarihi: 06.12.2016).

IV. BÖLÜM

İŞLETMESEL KARAR KURALININ TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASI

A. İşletmesel Karar Kuralının Sorumluluk Davalarında Uygulanması

1. Şirketin Dava Hakkı

Önceki kanun döneminde anonim şirket yönetim kurulu aleyhine dava açılabilmesi ancak genel kurulun veya esas sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin bu yönde bir karar vermesi ile mümkündü (eTTK m. 341/1) ve maddenin ikinci fıkrası uyarınca şirket adına dava açma hakkı denetçilere aitti³²⁶.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu şirketin dava hakkı için genel kurulun bu yönde bir karar vermesi zorunluluğuna kanun hükmünde yer verilmemiştir. Yalnızca madde 479/3, ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul kararlarında oyda imtiyazın kullanılamayacağını düzenleyerek üstü kapalı olarak bir genel kurul kararının alınması gerektiğine işaret etmiştir³²⁷.

Yeni düzenleme doktrinde tartışmaya konu olmuş, genel kurul kararı şartının bir ihmâl sonucu yeni kanuna konmadığı ve 479. madde gereğince sorumluluk davasının ancak genel kurul kararı ile açılabileceği ileri sürülmüştür³²⁸. Öte yandan, yeni kanun hükümlerine göre, genel kurul kararının bir dava şartı olarak kabul edilmesi mümkün değildir ve yönetim kurulu bu davayı herhangi bir genel kurul kararına ihtiyaç duymaksızın açabilir³²⁹.

³²⁶ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 117; ULUSOY, Y., 2005. *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetimin Fonksiyonları ve Denetçi Bağımsızlığı*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), s. 271; ÇELİK, s. 120.

³²⁷ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 217; BOZKURT YAŞAR, s. 193.

³²⁸ MOROĞLU, E., 2012. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler*. 7. Bası, İstanbul, s. 323; KENDİGELEN, s. 308.

³²⁹ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 218 vd. Kanunun genel yaklaşımının yönetim kuruluna geniş yetkiler verdiği ve konunun açıkça genel kurulun yetkisine bırakılmadığı hallerde yönetim kurulunun yetkili olacağı yönünde bakınız: BOZKURT YAŞAR, s. 195.

Bu bilgiler ışığında akla gelen ilk sorun, davanın hâlihazırda görevde bulunan yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılması durumunda nasıl bir yöntem izleneceğidir. Önceki kanun döneminde söz konusu davayı açma hakkının denetçilere tanındığı konusu üzerinde durulmuştu, 6102 sayılı Kanun ile denetçiler, şirket organı statüsünden çıkarılmış ve dış denetim sistemi kabul edilmiştir³³⁰. Böylelikle organ sıfatını haiz olmayan denetçilerin sorumluluk davasında şirketi temsil etmeleri söz konusu olamayacaktır. Doktrinde kabul edilen görüş, davayı açmak üzere kayyım atanması gerektiği yönündedir³³¹.

Şirketin dava hakkının hukuki dayanağının belirlenmesi, uygulama açısından ispat yükü, sorumluluğun kapsamı, zamanaşımı, görevli mahkemenin tespiti gibi önemli konuların belirlenmesi açısından önemlidir³³².

Yönetim kurulu ile anonim şirket arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir ve bu ilişkinin hukuki niteliği ne olursa olsun şirketin dava hakkı sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılabilir³³³. Bununla beraber yönetim kurulunun sorumluluğunun haksız fiile dayandığı hallerde ise yönetim kurulu üyesinin bir üçüncü kişi gibi, işlediği haksız fiilden sorumlu olması durumu ile karşılaşılmaktadır. Bir başka deyişle yönetim kurulunun haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için şirket ile arasındaki sözleşmenin ihlali aranmaz, ancak haksız fiil şartlarının oluşmuş olması gerekmektedir³³⁴.

Yönetim kurulunun fiilinde hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiilin unsurları söz konusuysa iki sorumluluk yarışır³³⁵. Yarışma durumundan söz edilebilmesi için, yönetim kurulunun fiilinin sözleşmeye aykırı olmasının yanı sıra, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu da meydana getirmiş olması gerekir³³⁶. Böyle bir durumda davacı anonim şirket, iki sorumluluk temelinden birine dayanmak konusunda seçim hakkına

³³⁰ ARSLAN, s. 73.

³³¹ BOZKURT YAŞAR, s. 196, Kayyımın kim tarafından atanacağı konusu ise doktrinde açıklığa kavuşturulamamıştır. İsviçre Hukuku uygulaması ile paralel olarak mahkemeden vekil tayini istenebileceğine ilişkin bkz.: AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 218.

³³² ÇAMOĞLU, s. 111.

³³³ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 112. Eserde ayrıca ilk yönetim kurulunun kuruluş yolsuzluklarına karşı acıkacak davaların da sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılması gerektiği savunulmaktadır.

³³⁴ ÇAMOĞLU, s. 113.

³³⁵ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 174; AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 100; ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 113.

³³⁶ Örneğin yönetim kurulu üyesinin toplantılara katılmaması sözleşmeye aykırılık niteliği taşımasına rağmen, haksız fiil teşkil etmeyecektir. ÇAMOĞLU, s. 113.

sahiptir. Hangi sorumluluğa dayanacağına karar veren davacı şirket, artık diğer sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanmasını talep edemez³³⁷.

2. Pay Sahipleri ve Alacaklıların Dava Hakları

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 555 ve 556. maddelerinde pay sahiplerine ve iflas halinde alacaklılara şirketin uğradığı zararın tazmini amacıyla dava hakkı tanımıştır. Bunun sebebi yönetim kurulu üyelerinin şirkete verdikleri zararların çoğunlukla pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına da yansımastır. Bu durumlarda pay sahipleri veya şirket alacaklıları dolayısıyla zararları sebebi ile mahkemeye başvururlar³³⁸. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin fiilleri şirkete zarar vermemiş, yalnızca pay sahiplerinin ya da yalnızca alacaklıların zararına sebep olmuş olabilir. Bu durumda pay sahipleri ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazminini isteyebileceklerdir³³⁹. Bu düzenlemeler ile, genel kurulun yönetim kurulu etkisinde kalarak dava hakkını kullanmaması durumunda pay sahibi ve alacaklıların söz sahibi olması sağlanmıştır³⁴⁰.

Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişinin bu fiil yüzünden araya başka bir sebep eklenmeden uğradığı, zarar veren fiilin doğrudan yöneldiği kişiye verdiği zarardır³⁴¹. Dolayısıyla zarar ise, fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara ek ve bağlı

³³⁷ AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A., 1993 . *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, s. 983.

³³⁸ TTK m. 555/1 gereğince pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler.

³³⁹ 6102 sayılı kanunda önceki kanundan farklı olarak doğrudan ve dolayısıyla zarar ayrımı yapılmamıştır. Bununla birlikte yeni kanun döneminde verilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/14405 K. 2016/6410 sayılı ve 09.06.2016 tarihli kararında '...davacıların zarara uğradığı bildirilen hususlar dolaylı zarar olduğundan pay sahiplerinin zarara uğraması halinde 6102 Sayılı TTK'nin 555/1 maddesi gereğince tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilecekleri, davacıların ise tazminatın doğrudan kendilerine ödenmesini talep ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde ise de açıklanan esas sermayenin arttırılması sonrasında nakdi sermayenin 1/4 ünün nakden ödenmek durumunda kalınması, bakiye kısmın ödenmesi için de davalı yönetim kurulu üyelerinin 15 günlük gibi kısa bir süre tanınmaları sebebiyle davacıların zarar gördüğü iddiası, doğrudan zarar niteliğinde bulunup, davacılar tarafından varsa belirlenen zararın tazminini talep edilebilecektir. Bu suretle, ileri sürülen işbu iddia hakkında gösterilen delillerin toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davacıların tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilecekleri, doğrudan kendilerine ödenmesini isteyemeyecekleri gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış bozmayı gerektirmişti...' şeklinde verdiği hüküm ile doğrudan zararın da pay sahipleri tarafından istenebileceğine karar vermiştir. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

³⁴⁰ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 123.

³⁴¹ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 565.

olarak mağdurun uğradığı zarardır³⁴². Bir başka deyişle dolayısıyla zarar, zarar veren fiilin doğrudan doğruya sonucu olan zarardan doğan, ancak doğrudan zarardan daha uzak sonuçlarıdır³⁴³.

a. Dolayısıyla Zarar Nedeniyle Açılacak Davaların Özellikleri

Anonim şirketin malvarlığı, hukuki açıdan pay sahipleri ve alacaklıların malvarlığından kesin şekilde ayrı olsa da ekonomik olarak sıkı bir bağ içindedir³⁴⁴. Bu sebeple, şirketin uğradığı doğrudan zarar, pay sahipleri ve alacaklıların dolayısıyla zararına neden olur; kısaca pay sahibi ve alacaklıların dolayısıyla zararından söz edebilmek için, şirketin mutlaka doğrudan zarara uğramış olması gerekmektedir³⁴⁵.

Kanunun yönetim kuruluna ek olarak pay sahipleri ve alacaklılara da dava hakkı tanınması yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Böylelikle yönetim kurulundan bağımsız olarak dava hakkına sahip olan pay sahipleri (TTK m. 555/1) ve (iflas halinde) alacaklılar (TTK m. 556/1) kendi menfaatlerini dava yolu ile talep edebileceklerdir.

Kanunun pay sahiplerine ve alacaklılara tanıdığı dava açma hakkı, sorumluluk hukuku açısından iki istisna getirdiği için önemlidir³⁴⁶. Bu istisnalardan ilki, pay sahiplerinin ve alacaklıların, şirket ve yönetim kurulu arasındaki sözleşmeye taraf olmamalarına rağmen sözleşmenin ihlali temeline dayanarak zararlarının tazminini isteyebilmeleridir³⁴⁷. Konuya ilişkin ikinci istisna ise, davanın haksız fiil temeline

³⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 42. Eserde konuya ilişkin verilen örneğe göre; ‘... A’nın B’nin kamyonunu yakması halinde, kamyonun değerinin B’nin malvarlığından çıkması doğrudan zarardır. Bu kamyonun taşıyacağı yükleri taşıyamaması yüzünden B’nin yük sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat, dolaylı zarardır...’.

³⁴³ TANDOĞAN, H., 1963, Ankara. *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 9; ÇAMOĞLU, s. 126. ‘...Bu uzak sonuçlar ya zaman itibarıyla daha sonra doğarlar ya da araya başka olaylar girdiği için illiyet zincirinde direkt neticelerden uzak sayılırlar...’ Dolayısıyla zarar kavramının ortaya çıkış nedeni, zarardan sorumlu kişinin fiilinin tüm sonuçlarından sorumlu tutulmasının çok ağır olacağı düşüncesidir. Ancak yıllar içinde doğrudan zarar ve dolayısıyla zarar kavramı terk edilmiş ve failin fiiline uygun illiyet bağı ile bağlanabilen tüm zararlardan sorumlu tutulacağı kuralı kabul edilmiştir.

³⁴⁴ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 224.

³⁴⁵ ÇAMOĞLU, s. 128; ÇELİK, s. 121; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 224.

³⁴⁶ ÇAMOĞLU, s. 123.

³⁴⁷ TANDOĞAN, s. 99: ‘...Pay sahipleri ve şirket alacaklılar, idare meclisi azaları veya müdürler ile şirket arasındaki akdi münasebette taraf olmadıkları halde, bu akdi münasebetin ihlali yüzünden doğrudan doğruya uğradıkları zararların tazminini isteyebileceklerdir ki, bu da akitte, veya umumi bir ifade ile bir

dayandırıldığı hallerde karşımıza çıkmaktadır. Zira alacaklı ve pay sahiplerinin dava hakkı, dolayısıyla zarar gören tarafın haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararının tazminin mümkün olmadığı kuralına³⁴⁸ aykırıdır. Kanun koyucu sorumluluk hukukuna böylesi istisnalar getirme pahasına pay sahibi ve alacaklıların haklarını koruma altına almak istemiştir. Zira şirket, kendi başına hak ve borçlara hamil olabilme yeteneğine sahip bir tüzel kişilik olsa da şirket tüzel kişiliği adı altında toplanan pay sahiplerinin haklarıdır³⁴⁹.

Pay sahiplerinin TTK m. 555 gereğince açacağı davalarda hükmolunan tazminat şirkete ödenecektir. Pay sahipleri, dolayısıyla zararları sebebiyle hükmedilen tazminatın kendilerine ödenmesini talep edemezler. Söz konusu tazminat ancak şirkete ödenebilir, çünkü dava ile talep edilen zarar pay sahibinin kendi hissesine düşen zarar değil, şirketin gördüğü doğrudan zararın tamamıdır. Pay sahibinin bu davayı açabilmesi için dava açıldığı tarihte şirket paydaşı olması ve bu sıfatını dava sonuçlanıncaya kadar koruması gerekmektedir³⁵⁰.

556. madde gereğince, alacaklıların dava hakkı ise sadece şirketin iflası halinde söz konusu olabilmektedir³⁵¹. İflas halinde davayı açma hakkı iflas idaresinde olacağından, alacaklılar bu haklarını ancak iflas idaresi söz konusu davayı açmadığı takdirde kullanabilirler (TTK m. 556/2)³⁵².

Pay sahibi ve şirket alacaklılarının dolayısıyla zararlarının tazmini amacıyla açılacak davanın hukuki temeli, haksız fiil, kanuni sorumluluk ya da sözleşmesel sorumluluğa dayandırılabilir³⁵³. Ancak doktrinde çoğunluk görüşü davanın sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılabilirliğini kabul etmektedir³⁵⁴. Anonim şirket ve yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşmesel bir bağ bulunduğu ve pay sahipleri ile

borç münasebetinde taraf olmayan kimsenin, o akde veya borç münasebetine müsteniden tazminat davası açamayacağı kuralına istisna teşkil eder... '.

³⁴⁸ TANDOĞAN, s. 11.

³⁴⁹ ÇAMOĞLU, s. 125.

³⁵⁰ BOZKURT YAŞAR, s. 196; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 226; ÇAMOĞLU, s. 137.

³⁵¹ İflas halinde dava hakkının iflas idaresine geçeceği ve bu sebeple alacaklılara tanınan bu hakkın önemi bulunmadığı yönünde bkz. ÇELİK, s. 121.

³⁵² Maddenin son fıkrasında şirketin istemlerinin devrine ilişkin İİK m. 245 saklı tutulmuştur.

³⁵³ BOZKURT YAŞAR, s. 245.

³⁵⁴ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 141; ÇELİK, s. 122; BOZKURT YAŞAR, s. 245.

alacaklıların dava hakkı, şirketin dava hakkından kaynaklandığından, davanın sözleşmeye aykırılık temeline dayandığı kabul edilmektedir³⁵⁵.

b. Doğrudan Zarar Nedeniyle Açılacak Davaların Özellikleri

Pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları, şirketin bir zarara uğramadığı, sadece pay sahipleri veya alacaklıların zararının söz konusu olduğu durumlarda karşımıza çıkar. Söz konusu dava hakkı, şirketin talep haklarından bağımsız, doğrudan pay sahiplerine ve alacaklılara verilmiş bir haktır. Davada talep edilen, şirketin zararı değil, davacı pay sahibi veya alacaklının zararıdır, bu sebeple hükmolunan tazminat, dolayısıyla zarardan farklı olarak şirkete değil, davacı tarafa verilir³⁵⁶.

Pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zararı, pay sahipliği ve alacaklılık sıfatından kaynaklanmalıdır, ancak dolayısıyla zararın tazmini talebinden farklı olarak, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava sırasında bu sıfatları haiz olması gerekli değildir; doğrudan zarar nedeniyle *dava açılabilmesi* için önemli olan zarar gören sıfatıdır³⁵⁷.

Davanın hukuki nitelik açısından sözleşmesel sorumluluk hükümlerine mi, yoksa haksız fiil sorumluluğuna mı dayandırılması gerektiği konusunda ise doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır³⁵⁸. Doğrudan zararda hukuki sorumluluğun sözleşmesel temele dayandırılabilmesi için, yönetim kurulunun zarar veren fiilinin aynı zamanda şirket ile olan sözleşmelerini de ihlal ediyor olması ve pay sahibi ve alacaklıların gördükleri zararın bu sıfatlarının bir sonucu olması gerekmektedir. Bu iki kıstasın sağlanmadığı durumlarda pay sahipleri ve alacaklılar (şartları sağlanıyorsa) ancak haksız fiil temeline dayanarak dava açabilirler³⁵⁹.

³⁵⁵ ÇELİK, s. 119; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 226. Ayrıca bazı durumlarda üçüncü kişilerin de taraf olmadıkları sözleşmeye dayanabilecekleri görüşü için bkz. ÇAMOĞLU, s. 137; BOZKURT YAŞAR, s. 245.

³⁵⁶ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 224.

³⁵⁷ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 223.

³⁵⁸ ÇAMOĞLU, Hukuki sorumluluk, s. 151.

³⁵⁹ ÇAMOĞLU, s. 152; BOZKURT YAŞAR, s. 695.

3. İşletmesel Karar Kuralının Sorumluluk Davalarında Uygulanması (Hâkimin Takdir Yetkisi)

Anonim şirket yönetim kurulu aleyhine açılan sorumluluk davalarında hâkimin takdir yetkisi konusu, çalışmanın ilk iki bölümünde araştırılmış olan kusur ve özen kavramları ile doğrudan ilişkilidir³⁶⁰. Yönetim kurulu şirketi idare ederken çeşitli kararlar alır; bu kararların kimileri şirket ana sözleşmesinden, kimileri de kanundan doğan yetkilerinin kullanılması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacını taşımaktadır. Bununla beraber şirket yönetim kurulu hem kanunda, hem de şirket ana sözleşmesinde yer almayan bazı kararlar almak ve uygulamak yükümlülüğü altındadır. Zira şirket yönetiminde amaç, şirketin hukuki ve ekonomik bütünlüğünü korumak ve şirket amacını gerçekleştirmektir. Ekonomik hayatın hızlı değişen koşulları dikkate alındığında, şirket yönetiminin kimi kararlarının ne kanun, ne de ana sözleşmeden kaynaklandığı, aksine şirketin amacını gerçekleştirmek üzere alınmış risk taşıyan kararlar olduğu görülmektedir. Zira alınan kararları yalnızca kanun ve ana sözleşmenin sınırları içine hapsetmek, yönetim kurulunu yalnızca yazılı olanı uygulayan bir organ haline getirecektir ki bu durum ticaret hayatının dinamik ve risk taşıyan doğası ile de uyumlu olmayacaktır³⁶¹. Yönetim kurulunun bu şekilde takdir yetkisine dayanarak verdiği kararlara karşı kanun yolu açıktır³⁶².

Bu noktada karşımıza çıkan sorun, yönetim kurulunun takdir yetkisine dayanarak verdiği kararların hâkim tarafından yerindelik denetimine tabii tutulup tutulamayacağı noktasında karşımıza çıkmaktadır. Hâkimin yönetim kurulu kararını yerindelik denetimine tutması, kararın şirketin çıkarına uygun olup olmadığını incelemesi anlamına gelmektedir. Yürürlükteki kanunumuzun 369. maddesi uyarınca yönetim kurulu ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Hâkim, yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin kararını verirken, yönetim kurulunun gerekli özeni göstererek, şirket menfaatlerine uygun hareket edip

³⁶⁰ KIRCA, s. 88; ÇELİK, s. 123.

³⁶¹ Şüphesiz yönetim kurulu şirketi kanun ve ana sözleşmeye uygun olarak yönetmek ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali iddiası ile yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilmesi için söz konusu ihlalin açık bir şekilde meydana gelmiş olması gerekmektedir. KIRCA, s. 87.

³⁶² KIRCA, s. 87.

etmediğini değerlendirmelidir. Ancak, bu değerlendirme, kararın yerindeliğine ilişkin değildir. Zira yönetim kurulu, görevlerini yerine getirirken bir vekil gibi hareket eder; kısaca, belirli bir sonucun sağlanmasını değil, işi özenle yapmayı taahhüt eder. Yönetim kurulunun aldığı kararların zaman içinde değişen koşullar sonucu isabetsiz hale gelmesi sebebi ile yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak, şirketin gerektiğinde risk almasını imkânsız hale getirecek ve şirketin uzun vadede zararı ile sonuçlanacaktır³⁶³. Buna ek olarak, yönetim kurulunun şirkete ilişkin konularda hâkimden daha deneyimli olduğunu kabul etmek, hayatın olağan akışına daha uygundur³⁶⁴. Yönetim kurulu, şirket adına karar alırken belirli rizikoları da göz önünde bulundurur. Hâkim, yönetim kurulunun sorumluluğuna karar verirken kararın verildiği tarihi göz önünde bulundurarak, o günün şartlarında yönetim kurulunu üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini araştırmak ile yükümlüdür. Bununla beraber yönetim kurulu takdir yetkisini şirket çıkarlarına aykırı şekilde kullanmış ise, sorumluluktan kurtulamayacaktır.

4. İşletmesel Karar Kuralının İptal ve Butlan Davalarında Uygulanması Sorunu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilirliğini düzenlememiş, kararların butlanına ise 391. maddesinde yer vermiştir³⁶⁵. Bununla birlikte kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim şirketlerde yönetim kurulunun imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandıran kararları aleyhine iptal davası açılabileceği hükmü, istisnai bir düzenleme olarak TTK m. 460, m. 461 ve SerPK m. 18/2’de karşımıza çıkmaktadır. Kanunun iptal davası açılabilmesi hakkını bu şekilde sınırlandırması, kanun koyucunun iptal davasının bu istisna haricinde açılmayacağı yönündeki iradesini göstermektedir³⁶⁶. Yönetim

³⁶³ KIRCA, s. 90; ÇELİK, s. 125.

³⁶⁴ FISCHER, D. R., 1982. *The Corporate Governance Movement*. Vanderbilt Law Review, 35(6): ‘...Mahkemenin kurumsal şirketlerden daha gelişmiş kararlar almasını beklemek için hiçbir sebep yoktur. Mahkemeler (ve pay sahipleri) şirkete ilişkin karmaşık kararlar vermek için gerekli deneyim, uzmanlık ve bilgiye sahip değildir. Mahkemeler bu nitelikleri haiz olsa bile, karar alırken pazar etkenleri tarafından kurumsal yöneticiler kadar baskı altında olmayacaklardır. Bir hâkim, bir şirket yöneticisinden farklı olarak, alacağı hatalı bir karar sebebi ile işinin pazar payını kaybetmesine sebep olmayacaktır...’.

³⁶⁵ İptal davası TTK m. 445’te genel kurul kararları için öngörülmüştür.

³⁶⁶ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 163.

kurulu kararları aleyhine bu düzenlemeler çerçevesinde açılacak olan iptal davalarında işletmesel karar kuralının uygulanabileceği ise doktrinde kabul edilmektedir³⁶⁷.

TTK m. 391’de ise yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği düzenlenmiştir. Maddede eşit işlem ilkesine aykırılık, anonim şirketin temel yapısına uymama ve sermayenin korunması ilkesine aykırılık, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal veya bunları kısıtlama, diğer organların devredilemez yetkilerine girme gibi haller butlan davasının açılabilmesi için haller *örnek* olarak verilmiştir³⁶⁸.

Sorumluluk davasından farklı olarak, iptal ve butlan davaları, gelecekte şirkete zarar verme ihtimali olan yönetim kurulu kararları aleyhine henüz zarar doğmadan mahkemeye başvurulmasını öngörmektedir. Böylelikle zarar söz konusu olmadığından yönetim kurulunun sorumluluğu da söz konusu olamayacak, alınmış olan karar sonuçlarını doğurmadan ortadan kaldırılmış olacaktır³⁶⁹. Bu noktada Amerikan doktrininde karşımıza çıkan bir kavram önem kazanmaktadır. *Business Judgment Doctrine* olarak bilinen bu kavram yönetim kurulu tarafından alınan *kararı* korumaktadır³⁷⁰. Görüldüğü üzere işletmesel karar kuralı (Business Judgment Rule) ile Business Judgment Doctrine arasında ince bir ayrım ve anlam farklılığı vardır. Zira iptal ve butlan davalarında zarar oluşmadığından yöneticilerin sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır; ancak (işletmesel karar kuralının şartları somut olayda mevcutsa) Business Judgment Doctrine kararın kendisini iptal edilmekten koruyabilecektir.³⁷¹

Yönetim kurulunun aldığı bir kararın henüz hiçbir zarar meydana gelmeden, sadece pay sahipleri tarafından ‘isabetsiz’ bulunduğu gerekçesi ile iptal edilebilmesi ya da batıl sayılabilmesi, yönetim kurulunun takdir yetkisine ve işletmesel karar kuralının temel

³⁶⁷ BOZKURT YAŞAR, s. 42; ÇELİK, s. 127

³⁶⁸ Madde metnindeki *özellikle* kelimesi sebebiyle dava açma sebebinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı sonucuna varılmaktadır.

³⁶⁹ BENGİ, s. 158.

³⁷⁰ HINSEY, s. 612; VEASEY, s. 1462; MANNING, B., 1984. *The Business Judgment Rule in Overview*. Ohio State Law Journal, 45(3), s. 622.

³⁷¹ HINSEY, s. 611.

fikrine aykırılık teşkil etmektedir³⁷². Zira alınmış olan kararın şirketin geleceği için çok faydalı bir karar olma ihtimali göz ardı edilemez.

5. Konunun İspat Yükü Açısından İncelenmesi

Genel ispat kuralı Türk Medeni Kanunu m. 6 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre *kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça* iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf, o vakıayı ispat ile yükümlüdür. Bu kanun hükümlerinden yola çıkarak yapılacak olan yoruma göre yönetim kurulu üyeleri aleyhlerine açılacak davalarda, kusurluluğun ispatı bu durumu ileri süren tarafın üzerindedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda da sorumluluk davalarında ispat yüküne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte konuya ilişkin düzenlemelerde tasarı, kanunun ilk hali ve yürürlükteki kanun arasındaki farklılıklar bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun tasarı metni m. 369/3'te yönetim kurulu üyeleri lehine, özenle hareket ettikleri yolunda bir karine getirilmişti³⁷³. Ancak bu hüküm, tasarinın Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında TTK m. 553 ile çelişki yaratabileceği çekincesi ile kaldırılmıştır³⁷⁴. 553. maddenin birinci fıkrası ise,

'...kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar...'

³⁷² Aksi yönde görüş için bkz: BENĞİ, s. 158: '*...Yönetim kurulunun aldığı hukuka aykırı karar sebebiyle hakkı ihlâl edilmiş olacak olan tarafa, kararın icrasından önce iptali yönünde bir talep hakkı verilip zararın doğumuna engel olma imkânı varken, zararın ortaya çıkmasını bekleyip daha sonra tazminat davasıyla telafisi yoluna gitmenin mantıksızlığı ortadadır...*'.

³⁷³ Tasarinın 369. Maddesinin 3. fıkrası: '*Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir.*' şeklinde idi. Ancak tasarı kanunlaşırken 369/3 hükmü metinden çıkarılmıştır.

³⁷⁴ HACİMAHMUTOĞLU, İşadamları, s. 142, aksi yönde bkz. ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, s. 380 ('*...Bu hükmün tasarıdan çıkarılmış olması, yöneticilerin sorumluluğu konusunda adil ve çağdaş bir sistemin getirilmesi bağlamında olumsuz bir müdahalede bulunmuştur... Ancak yasa koyucu daha kanun yürürlüğe girmeden bu adaletsizliği fark etmiş ve 6335 sayılı yasa ile 553. Maddede yaptığı değişiklik ile düzeltmiştir...*').

şeklinde düzenlenmişti³⁷⁵. Hüküm bu hali ile, kusursuzluğu ispat yükümlülüğünü yönetim kurulu üyelerine yüklemekteydi. Kanunun 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile *'kusurlarının bulunmadığı ispatlamadıkça'* kısmı kanunda çıkarılmıştır. Bununla beraber yönetim kurulu üyeleri lehine getirilmiş olan karine tasarının 369. maddesinin üçüncü fıkrasından çıkartılmış olduğundan, kanunda yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerini yerine getirdiklerine dair genel bir hüküm yer almamaktadır³⁷⁶. Bu bilgiler ışığında, sorumluluk davasında ispat yükünün hangi tarafa ait olduğunun kararlaştırılmasında 553. maddenin ilk fıkrası dikkate alınmalıdır. Kanun bu haliyle yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne aykırı şekilde hareket ettiğini iddia eden şirket, pay sahibi ya da alacaklıların iddialarını ispatlamak yükümlülüğü altında olduklarını kabul etmektedir³⁷⁷.

B. İşletmesel Karar Kuralının Sınırlandığı ve Uygulanamayacağı Bazı Durumlar

Yönetim kurulunun takdir yetisine dayanarak aldığı kararlardan dolayı sorumluluğuna gidilemeyeceği ve hâkimin dahi kararın yerindeliliğine ilişkin denetim yapamayacağı kuralı birtakım sınırlamalara tabidir. Kuralın asıl amacı, yönetim kurulunun aldığı karar sonucu şirket zarara uğramış olsa bile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilememesidir, ancak kuralın birtakım sınırlamalara tabi tutularak uygulandığı ya da uygulama alanı bulamadığı bazı haller de mevcuttur.

³⁷⁵ Kanunun bu hali, önceki kanunun kusursuzluğunu ispat yükünü yönetim kuruluna yükleyen 338. maddesi (*'...Yukarki maddeler gereğince müteselsil mesuliyeti mucib olan muamelelerde bir kusuru olmadığını ispat eden aza mesul olmaz...'*) ile paralellik göstermekteydi.

³⁷⁶ Bununla birlikte TTK m. 553/2'ye göre, yönetim kurulu üyelerinin yetki devri halinde, görev ve yetkilerin devredildiği kişileri seçmede gerekli özeni göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, yetkiyi kullanan kişilerin zararlarından sorumlu olmazlar. Bununla birlikte bu hükmü, ispat hukuku açısından getirilmiş bir düzenlemeden ziyade, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin bir hüküm olarak kabul etmek gerekmektedir. Ayrıntılı olarak bkz. HACİMAHMUTOĞLU, Özen yükümlülüğü, s. 53.

³⁷⁷ Kusurun ispatının şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara yüklenmesi kuralının pratikte sorunlara yol açabileceği, davacıların yönetim kurulunun özensizliğini ispatlamasının son derece güç olduğu yönünde bkz. AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk, s. 90. *'...Toplantıya katılmayan bir üyenin, hangi mazerete dayandığı, toplantıdan sonra zararı önlemek maksadıyla gerekli tedbirleri alıp almadığı veya yetkisini devreden yönetim kurulu üyesinin devralan kimsede hangi kriteri aradığını bu esnada gerekli özeni gösterip göstermediğini bu işlerin dışında olan davacıdan beklemek doğru değildir...'*

İşletmesel karar kuralı, yönetim kurulu üyelerinin iyi niyetle ve gerekli özeni göstererek karar aldığı varsayımına dayanır. Kuralın uygulanma şartlarının bulunmaması halinde hâkim, yönetim kurulunun verdiği kararları yerindelik denetimine tabi tutacaktır³⁷⁸. Bir başka deyişle, işletmesel karar kuralının uygulama bulamadığı bu hallerde yönetim kurulu üyeleri kuralın getirdiği korumadan yararlanamamaktadır³⁷⁹.

Yöneticilerin şirket çıkarlarına aykırı davranarak hareket etmeleri, özellikle kişisel menfaatleri ve şirket menfaatleri arasında çatışma durumu olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır³⁸⁰. Şirket ve yöneticilerin menfaat çatışması yaşamaları durumu sıklıkla, Amerikan hukukunda ‘*unfriendly acquisition*’³⁸¹ olarak adlandırılan hallerde karşımıza çıkmaktadır. Olağanüstü durumlarda şirket yöneticilerinin kendi çıkarlarını şirket çıkarlarının önüne koyarak hareket etmeleri ihtimali daha yüksek olduğundan, Amerikan hukukunda şirketin ele geçirilmiş olması veya böylesi bir tehlikenin etkin şekilde var olması durumlarında işletmesel karar kuralının uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁸². Şirket yönetimi bir tehlikeye karşı şirketi korumaya çalışırken dengeli davranmaya özen gösterecek; böylelikle, karar alırken şirketin düşmanca ele geçirilmesine sebep olabilecek gerçek bir tehlikenin olup olmadığı konusunda daha dikkatli davranacak ve keyfi davranışlardan kaçınacaktır. Uluslararası doktrinde Unocal test³⁸³ olarak bilinen bu uygulama kısaca ayrıntılı yargısal inceleme (‘*enhanced judicial scrutiny*’) anlamına gelmektedir³⁸⁴. Buna göre, yönetim kurulu şirketin kurumsal yapısına karşı bir tehlike olduğu konusunda haklı gerekçelere sahip olmalı ve bu tehlikeye karşı alınan önlemler söz konusu tehditle orantılı olmalıdır³⁸⁵.

³⁷⁸ GRASS, s. 43.

³⁷⁹ HANSEN, s. 1370.

³⁸⁰ WARREN/ARONSTAM, s. 4.

³⁸¹ *Unfriendly acquisition* (*feindliche Übernahme*); düşmanca, dostane olmayan, art niyetli devralma (ele geçirme) işlemleri için kullanılan bir terimdir. Kısaca bir şirketin diğer bir şirketin yönetimi veya pay sahiplerinin isteğine aykırı olarak, şirket üzerinde kontrol, denetim veya mülkiyet sağlamak amacı ile hisselerini satın alması anlamına gelmektedir. AYAYDIN, H., DAĞLI, H., 2012. *Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Geliştirilen Savunma Taktikleri: Kavramsal Bir İnceleme*. Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi , XIV(1), s. 213.

³⁸² BOZKURT YAŞAR, s. 219.

³⁸³ Unocal test ilk olarak Delaware Yüksel Mahkemesi’nin 493 A.2d 946 sayılı, 1985 tarihli kararında ortaya çıkmıştır. (Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co.) (Kaynak: justia.com, erişim tarihi: 01.12.2016).

³⁸⁴ WARREN/ARONSTAM, s. 19.

³⁸⁵ WARREN/ARONSTAM, s. 19-20; OLTMANNS, s. 117; WENDLER, s. 80.

İşletmesel karar kuralının, yönetim kurulunun aldığı kararın kanunun emredici hükümlerine açıkça aykırı olduğu durumlarda uygulanmayacağı da kabul edilmektedir; çünkü yönetim kurulu üyeleri, şirketin çıkarları dahi söz konusu olsa kanuna aykırı işlemler yapma hakkını haiz değildir³⁸⁶. Hâkim önüne gelen davada, yönetim kurulunun kanuna uygun davranıp davranmadığını inceleyecek ve kanuna aykırılık hallerinin varlığı durumunda işletmesel karar kuralının uygulama alanı bulamayacağına hükmedecektir³⁸⁷. Aynı şekilde ultra vires doktrini gereği, şirketin amacı dışında kalan işlerde alınan kararlar da işletmesel karar kuralı koruması altında olmayacaktır³⁸⁸.

Bu durumlara ek olarak, yönetim kurulunun şirket mallarını israf etmesi (*Verschwendung von Gesellschaftsvermögen-Waste*)³⁸⁹ de işletmesel karar kuralının uygulanmasını engelleyen hallerden biri olarak kabul edilmektedir³⁹⁰. Bununla beraber, şirket mallarında israf durumu, yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü ihlali çerçevesinde ele alınabileceğinden, hâkim tarafından doğrudan özen yükümlülüğünün ihlali olarak da kabul edilebilecektir.

C. İşletmesel Karar Kuralının Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından İncelenmesi

İşletmesel karar kuralı ve kurumsal yönetim ilkeleri, temelde birbirlerinden beslenen kurallardır. Kurumsal yönetim ilkelerinin varlığı, işletmesel karar kuralının hukuka uygun şekilde uygulanabilmesi için gerekli olan başlıca uygulamalardan biridir. Türk hukukunda da işletmesel karar kuralının uygulanabilmesi için kurumsal yönetim ilkelerinin etkin şekilde uygulanıyor olması yerinde olacaktır.

Kurumsal yönetim ilkeleri yirmi yılı aşkın süredir tüm dünyada tartışılan, anonim şirket yönetim kurulu üzerinde önemli etkilere sahip olan ve anonim şirketin nasıl idare edilmesi gerektiğine ilişkin bir kurallar sistemidir. Kurumsallaşmayı da beraberinde getiren bu kurallar bütünü³⁹¹, işletmesel karar kuralının uygulama alanı bulması için

³⁸⁶ BENĞİ, s. 102.

³⁸⁷ WENDLER, s. 77

³⁸⁸ BENĞİ, s. 102; BAINBRIDGE, Corporate Law, s. 31, GRASS, s. 44.

³⁸⁹ WENDLER, s. 77.

³⁹⁰ BENĞİ, s. 103; GRASS, s. 44.

³⁹¹ PASLI, s. 16.

öncelikle kabul edilmesi gereken kurallardır³⁹². Zira yönetim kuruluna daha geniş takdir yetkisi tanıyan işletmesel karar kuralı, ancak şeffaflık, hakkaniyet, hesap verilebilirlik gibi başlıca kurumsal yönetim ilkelerini benimsemiş sistemlerde gereken fonksiyonu yerine getirebilecektir. Bu sebeple, işletmesel karar kuralının Türk hukukuna uygulanması konusu tartışılırken, kurumsal yönetim ilkelerinin kısaca açıklanması yerinde olacaktır.

Kurumsal yönetim, kuzey Amerika'dan başlayarak, tüm dünyaya yayılan ve ilk olarak 1990'lı yıllarda şirketlerde yaşanan denetim eksiklerinin bir sonucu olarak, pay sahipleri ve çıkar gruplarının da desteği ile ortaya çıkmış bir kavramdır³⁹³. Etkili bir kurumsal yönetim, yatırımcıları korur, böylece yerli ve yabancı yatırımları koruma altına alır. Kurumsal yönetim ilkeleri, hukuki ve ekonomik etkilerinin yanı sıra, politik anlamda da önem arz eden kurallardır, zira kurumsal yönetim ilkelerinin etkin uygulanması, ülkenin demokratik yapısı ile doğrudan ilişkilidir³⁹⁴.

Türkiye'de kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin ilk çalışma OECD ilkeleri esas alınarak TÜSİAD tarafından 2002 yılında başlatılmıştır³⁹⁵. Devam eden yıllarda konuya ilişkin çalışmalar devam etmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket yönetimine ilişkin yapılan esaslı değişikliklere ek olarak Sermaye Piyasası Kanununda da kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin ayrı bir madde öngörülmüştür. İlkelerin uygulanma koşullarını daha da somut hale getirmesi açısından 2014 tarihli Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ³⁹⁶ ayrıca önem taşımaktadır.

³⁹² Business Judgment Rule kuralının kurumsal yönetim üzerindeki önemine ve yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün şirketin kurumsallaşmasındaki etkileri hakkında ayrıntılı olarak bkz. BAINBRIDGE, Corporate Governance, s. 106.

³⁹³ FARRAR, J. H., 1999. *A Brief Thematic History of Corporate Governance*. Bond Law Review, 11(2), s. 266. Amerika'da yaşanan Enron ve İngiltere'de yaşanan Maxwell skandalları için ayrıntılı olarak bakınız: YANG, L., 2006. *Corporate Scandals and Corporate Governance Agenda*. US-China Law Review, 3(4).

³⁹⁴ Avrupa Komisyonu'nun Europe 2020, 'A Strategy For Smart, Sustainable And Inclusive Growth COM (2010)' tebliğinde Avrupalı teşebbüsler için daha etkin şirketler hukuku ve kurumsal yönetim çerçevesi belirlenmiş, yatırımcılar için günün koşullarına ve değişen ekonomik ortama daha hızlı uyum sağlamaları için kurallar getirilmiştir. Konunun Avrupa Birliği iç pazarı üzerindeki etkileri ve önemine ilişkin ayrıntılı olarak bakınız: WEBER-REY, D., 2012. *Corporate Governance in Europa: die Initiativen der EU-Kommission*. Bonn: COM (2012) 740, 12.12.2012.

³⁹⁵ PAMUKÇU, F., Nisan 2011. Finansal Raporlama ile Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflıkta Kurumsal Yönetimin Önemi. *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, s. 137.

³⁹⁶ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na uyum kapsamında hazırlanan, II-17.1 sayılı 'Kurumsal Yönetim Tebliği', 3 Ocak 2014.

Böylesi bir konuda tek tip uluslararası kural koymak mümkün olmadığından, her ülke kendi özelliklerine uygun olarak kendine özgü kurallar getirmektedir. Yönetim kurulu için temelde kabul edilen ilkeler, *hakkaniyet*, *şeffaflık*, *hesap verilebilirlik* ve *dış sorumluluk* ilkeleridir.

Hakkaniyet ilkesi, pay sahipleri ve şirketle ilgili tüm menfaat gruplarına şirket işleri ile ilgili konularda bir ayırım yapılmaması anlamına gelmektedir; bu aynı zamanda şirket yöneticilerinin faaliyetlerini yerine getirirken tüm taraflara eşit mesafede olmasını, kısaca adil davranmasını gerektirmektedir³⁹⁷.

Şeffaflık ilkesi gereğince şirket, ticari sır niteliğinde olmamak kaydı ile şirkete ilişkin mali durum, performans, mülkiyet, yönetim yapıları gibi temel konularla ilgili bilgileri kamuya açıklaması gerekmektedir³⁹⁸. Bu ilke diğer temel ilkelerle sıkı ilişki içindedir. Hakkaniyet, hesap verilebilirlik ve dış sorumluluk ilkelerinin uygulama bulabilmesi için, ilgililerin yeterli bilgileri haiz olması gerekmektedir³⁹⁹.

Hesap verilebilirlik, yöneticilerin performansları ve verimliliği açısından son derece önemli bir ilkedir; yönetim kurulunun şirkete ilişkin konularda aldıkları kararlarda hesap verme yükümlülüğü altında olmaları, karar alırken daha dikkatli ve hakkaniyet çerçevesinde hareket etmelerine neden olacaktır.

Dış sorumluluk ise, hesap verilebilirlik ilkesinden farklı olarak, şirket dışında kalan ancak şirket işlerinden doğrudan etkilenen ilgililere karşı şirket yönetiminin sorumluluğuna işaret etmektedir. Anonim şirket yönetimi, yaptıkları işlemlerde işçiler, alacaklılar, müşteriler, üreticiler ve devlet gibi tüm ilgililerin çıkarlarını koruma yükümlülüğü altındadır⁴⁰⁰.

Görüldüğü üzere, temel kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kuruluna belirli yükümlülükler getirmekte ve kurumsallaşmayı desteklemektedir. Böylelikle, yönetim kuruluna daha geniş hareket alanı sağlayan işletmesel karar kuralının uygulanmasını mümkün hale getirmektedir.

³⁹⁷ PASLI, s. 73; ÇELİK, s. 81

³⁹⁸ PASLI, s. 74.

³⁹⁹ PASLI, s. 75-76.

⁴⁰⁰ PASLI, s. 78.

Kurumsal yönetim ilkeleri, yalnızca işletmeler için değil, diğer tüm yönetsel yapılar için anlam ifade eden kurallardır. Bu ilkelerin doğru şekilde uygulanması hesap verebilir, şeffaf, sorumlu, eşitlikçi anonim şirketlerin ticaret hayatında varlığını sürdürmedi anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, yönetim kurulunun özenli, sorumlu, tedbirli ve iyi niyetli şekilde takdir yetkisini kullanacağını varsayan bir ölçü getiren işletmesel karar kuralının kurumsal yönetim ilkeleri ile güçlendirilmiş bir sistemde etkim şekilde uygulanabileceği kabul edilebilir. Zira TTK'nin işletmesel karar kuralını açıklayan 369. madde gerekçesi de tedbirli yöneticinin *kurumsal yönetim ilkelerine uygun* olarak 'işadamı kararı' verebileceği üzerinde durmaktadır.

Türk hukukunda işletmesel karar kuralının uygulanması, ilkenin ilk kez ele alındığı Amerika Birleşik Devletleri ile de paralellik göstermektedir. İki ülkenin hukuk sistemlerindeki temel farklılıklar sebebi ile birebir uygulamalar söz konusu değildir, zira common law sistemi gereği içtihat hukuku ile şekillenen sistemin kıta Avrupası hukukuna etkileri farklıdır. Bununla beraber, Yargıtay'ın çeşitli kararları ilkenin hukukumuzda adaptasyonunun mümkün olduğuna işaret etmektedir. Yüksek mahkeme, şimdiye kadar şirketler hukukuna ilişkin konularda doğrudan '*business judgment rule*' kavramını kullanmamış olsa da iş hukukuna ilişkin konularda ve 'işletmesel karar' kavramı⁴⁰¹ altında konuyu ele almıştır⁴⁰².

D. İşletmesel Karar Kuralının Türk Hukukunda Uygulanmasının Sonuçları

1. Hâkimin Yerindelik Denetimi Yapmasını Engeller ve Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisinin Sınırlarını Belirler

Anonim şirket yönetim kurulunun karar alma süreçleri üzerinde son derece önemli etkilere sahip olan işletmesel karar kuralının etkin şekilde uygulanması hukuki düzende

⁴⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.06.2010 tarihli ve E. 2010/9-272 K. 2010/276 sayılı kararında Yargıtay işletmesel karar kavramını '*...işveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü karar...*' şeklinde tanımlamaktadır. Ayrıca kararda yargıcın işletmesel kararı denetleyemeyeceği ve yerindelik denetimine tabi tutamayacağı da açıkça vurgulanmaktadır. (Kaynak: www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.11.2016).

⁴⁰² BOZKURT YAŞAR, s. 188.

birtakım değişimlere sebep olmaktadır. Kuralın uygulanmasının en önemli etkisi, hâkimin (işletmesel karar kuralının şartları oluştuğu takdirde) yönetim kurulu kararları üzerinde *yerindelik denetimi yapma yetkisini ortadan kaldırmasıdır*. Bunun bir sonucu olarak, yönetim kurulu aldığı bir karar sebebi ile şirketin zarara uğramasına neden olmuş olsa bile yöneticilerin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu durum, çalışmanın ilk kısmında üzerinde durulduğu üzere, yönetim kurulunun bir sonucu borçlanmadığı ancak borcunu gerekli özeni göstererek ifa etmeyi borçlandığı kuralı ile de uyumludur⁴⁰³. Kısaca, işletmesel karar kuralının uygulanması yönetim kurulunun hareket alanını genişletecek, gerektiği zamanlarda gereken riskleri alabilmesi için yöneticileri yüreklendirecektir. Böylelikle pay sahiplerinin mahkemeye başvurarak şirket işlerine her istediklerinde müdahale etmelerinin de önüne geçilecektir. İşletmesel karar kuralının uygulanması ile yönetim kurulu, Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim yetkisini yönetim kuruluna bırakan 365. maddesine de uygun olarak şirketi sadece hukuki olarak değil, fiili olarak da yönetmeye yetkili organ olacaktır.

Kuralın en önemli ikinci sonucu ise, yönetim kurulunun *takdir yetkisinin sınırlarını çizmesidir*. Yönetim kurulu karar alma aşamasında işletmesel karar kuralının getirdiği şartları sağladığı takdirde, aleyhlerine açılacak davalarda hangi standartların uygulanacağını öngörebilecektir⁴⁰⁴. Hangi kararın şirket için daha yararlı olacağı konusunda takdir yetkisi mahkemelerde değil, yönetim kurulundadır. Bu sebeple yönetim kurulu karar alırken hakimin yerindelik denetimi yapma yetkisi olmadığının bilincinde olarak risk taşıyan kararları sorumluluğa ilişkin bir endişe taşımadan alabilecektir⁴⁰⁵.

2. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğünü Somutlaştırır

İşletmesel karar kuralının uygulanması, yönetim kurulunun *yönetim yetkisini somutlaştıracığından*, şirket işleri hakkında bilgi ve tecrübe sahibi kişiler bakımından şirket yönetiminde bulunmanın cazip bir hale gelmesini sağlayacaktır⁴⁰⁶. Ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru olan riskli yatırımlar yönetim kurulu açısından kolaylaştırılmış

⁴⁰³ Bkz. yukarıda 'Yönetim Kurulu ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Niteliği' Bölüm II A 2.

⁴⁰⁴ BOZKURT YAŞAR, s. 269.

⁴⁰⁵ Bkz. yukarıda 'Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi' Bölüm II B.

⁴⁰⁶ BOZKURT YAŞAR, s. 270.

olacaktır. Böylelikle işletmesel karar kuralı, ticarete riskli yatırımları teşvik etmekte ve dolaylı olarak pay sahiplerinin çıkarlarına da hizmet etmektedir⁴⁰⁷.

İşletmesel karar kuralının bir başka önemli etkisi, *özen yükümlülüğünü somutlaştırmasıdır*. Böylelikle takdir yetkisinin sınırlarını belirgin hale getirerek özen yükümlülüğünü somutlaştırır⁴⁰⁸. Özen yükümlülüğü, yönetim kurulunun karar almadan önce makul şekilde bilgilenip bilgilenmediği konusunda bir ölçüt getirir. Özen yükümlülüğünü yerine getirerek hareket eden yönetici, aldığı karar zararlı sonuçlara yol açmış olsa bile, bu sonuçlardan sorumlu tutulamayacaktır. Tedbirli yönetici kıstasının da öngördüğü gibi alınan kararların yeterli bilgi temeline dayanılarak alınmasını sağlar. Böylelikle anonim şirket yöneticilerini ticari işin niteliklerine uygun gerekli risklerin alınması konusunda cesaretlendirerek şirketin amacının gerçekleşmesini ve pay sahiplerinin çıkarlarının artırılmasını sağlamaktadır.

3. Usul Ekonomisi İlkesine Katkıda Bulunur

İşletmesel karar kuralı sorumluluğun şartlarını sınırlandıran niteliği gereğince, pay sahipleri ve alacaklıların her başarısızlık ya da zarar durumunda şirkete karşı dava açmalarını engelleyerek *usul ekonomisine de katkıda bulunmaktadır*⁴⁰⁹. Çünkü kimi başarısızlıklar, çalışmanın ilgili kısımlarında da belirtildiği üzere, ticari hayatın doğasından kaynaklanan riskli kararlar sonucu ortaya çıkar⁴¹⁰. Her başarısızlık ya da şirket zararı, hukuka aykırılık anlamı taşımaz. Bu sebeple hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta işletmesel karar kuralının unsurlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmesi sorumluluk davalarının daha hızlı ve daha az masrafla sonuçlanmasını sağlayacaktır⁴¹¹. Konunun Amerikan Hukuku'nda hakimler tarafından iki aşamalı bir değerlendirmeye konu olduğu üzerinde durulmuştu. Hâkimin önüne gelen davada ilk aşamada işletmesel karar kuralının şartlarının oluşup oluşmadığını denetlemesi, eğer şartlar oluşmamışsa yargılama aşamasına geçmesi sistemi, uzun ve masraflı bir yargılama sürecinin yaşanmasını engelleyecektir. Kuralın muhakeme hukukuna ilişkin bir başka

⁴⁰⁷ BAINBRIDGE, Corporate Law, s. 271.

⁴⁰⁸ LOHSE, s. 487.

⁴⁰⁹ BOZKURT YAŞAR, s. 243.

⁴¹⁰ Bkz. yukarıda 'Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi' Bölüm II B.

⁴¹¹ BOZKURT YAŞAR, s. 272.

önemli etkisi karine niteliğine ilişkindir; zira işletmesel karar kuralı, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin karar alırken bağlılık ve özen yükümlülüklerine uygun şekilde hareket ettiklerini karine olarak kabul eder⁴¹².

4. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Etkin Şekilde Uygulanmasını Sağlar

Kuralın uygulanmasının bir başka önemli sonucu, anonim şirket yönetiminde dolaylı olarak da olsa kurumsal yönetimin güçlendirilmesidir. İşletmesel karar yönetim kurulunun takdir alanını genişletirken, kurumsal yönetim ilkelerinin varlığı ile daha etkin ve şeffaf bir şirket yönetimi tesis edilecektir⁴¹³.

5. Kuralın Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Konusu

Kuralın Türk hukukunda uygulama alanı bulmasına ilişkin temel konu ise işletmesel karar kuralının TTK’de açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Kural, tasarı metninde 369. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve yönetim kurulu üyeleri lehine getirilmiş olan karine ile pozitif hukukun parçası haline getirilmek istenmiş ancak bu hüküm, tasarının Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında TTK m. 553 ile çelişki yaratabileceği çekincesi ile kaldırılmıştı⁴¹⁴. Böylelikle işletmesel karar kuralı, kanun metninde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TTK m. 369’un gerekçesinde konu ele alınmış ve kanun maddesi ile getirilen tedbirli yönetici ölçüsü gereğince, riskin yönetim kurulunun işletmesel kararına dayandığı hallerde yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulamayacağı üzerinde durulmuştur. TEKİNALP’e göre, bu tutum, mahkemelerin şartları varsa söz konusu *kuralı dikkate almaları temennisinin* bir ifadesidir. İşletmesel karar kuralının gerekçede yer bulmasına rağmen, bir hükümle somutlaştırılmamış olmasının nedeninin, kuralın unsurlarının öncelikle Yargıtay uygulaması ile net şekilde hukuklaşması ihtiyacı olarak kabul edilmektedir.⁴¹⁵

Bu bilgiler ışığında, ilkenin Türk hukuk uygulamasına adaptasyonunun mümkün olduğu ve zaman içinde verilecek yargı kararları ile konunun daha somut bir anlam kazanacağı açıktır. Türk hukuk uygulamasında işletmesel karar kuralı, kurumsal yönetim

⁴¹² Bkz. yukarıda ‘Karine Niteliği’ Bölüm III F.

⁴¹³ Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda ‘İşletmesel Karar Kuralının Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından İncelenmesi’ Bölüm V C.

⁴¹⁴ Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda ‘Konunun İspat Yükü Açısından İncelenmesi’ Bölüm V A 5.

⁴¹⁵ TEKİNALP, Sermaye ortaklıkları, sf. 440, prg. 16-74.

ilkeleri ile de uyumlu olarak, yönetim kurulu üyesinin karar verirken yeterli bilgiye sahip olup olmadığı, karar alma süreci, şirket çıkarları ve özen yükümlülüğü gibi konular dikkate alınarak hayata geçirilecektir.



SONUÇ

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olarak faaliyet gösteren yönetim kurulu, işletmeye ilişkin aldığı kararlarda takdir yetkisini kullanır. Bununla beraber, yönetim kurulunun sahip olduğu bu yetki sınırsız bir karar alma alanı yaratmamaktadır. Zira yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak aldığı kararlar yargı denetimine tabidir. Çalışmada ele alınan işletmesel karar kuralı ile, hem yönetim kurulunun işletmeye ilişkin aldığı kararlar üzerinde hâkimin yapacağı denetimin sınırları, hem de yönetim kurulunun karar alırken ne şekilde davranması gerektiği konusu belirlenmiştir. Bu anlamda işletmesel karar kuralının, hem yönetim kurulunun karar alma alanını belirleyen, hem de hâkimin denetim alanını belirleyen bir işleve sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Yönetim kurulunun karar alma süreçleri açısından özen yükümlülüğü son derece önemli bir yere sahiptir. Şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişki bir güven temeline dayanır ve aralarındaki ilişkinin hukuki niteliği ne şekilde belirlenirse belirlensin, bu güven ilişkisi varlığını sürdürür. Taraflar güvene dayanan bu ilişkiden doğan sorumluluklarını yerine getirirken özen yükümlülüğü altındadırlar. Özen sorumluluğu konusunda karşımıza çıkan en önemli unsur, kusur kavramıdır. Yönetim kurulunun sorumluluğu da bir kusur sorumluluğu niteliği taşımaktadır. Bir başka deyişle, yönetim kurulunun karar alma ya da uygulama süreçlerinde herhangi bir kusuru söz konusu değilse, zarar meydana gelmiş olsa bile sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Özen borcu, kanun ve esas sözleşme tarafından yönetim kuruluna yüklenmiş olan diğer görevlere ek bir yan edim borcu olarak kabul edilmektedir. Özen yükümlülüğünün bağımsız bir borç olarak kabul edilmesi, yükümlülüğe aykırı hareket edildiği durumlarda, yönetim kurulu üyesinin anonim şirkete karşı sözleşmeye aykırılık sebebi ile sorumlu olması anlamına gelmektedir.

Anonim şirket yönetim kurulunun özen yükümlülüğüne ilişkin eski ve yürürlükteki Türk Ticaret Kanunları arasında farklılık bulunmaktadır. Önceki kanun döneminde kanun, özen yükümlülüğünü farklı kanun maddelerine göndermeler yaparak düzenlemekteydi. Bu durum konunun tam ve doğru şekilde anlaşılmasına engel olmakta ve dolayısıyla tartışmalara sebep olmaktaydı. Kanunun net şekilde ele alınamaması sebebiyle ücret alan ve almayan yönetim kurulu üyelerinin özen sorumluluklarının farklı şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde yapılan değerlendirmeler ve yöneticilerin öznel

niteliklerinin özen yükümlülüklerini etkilediği yolundaki görüşler sebebi ile, kanunda objektif ve sübjektif ölçütlerin bir arada kullanıldığı karma bir sistemin varlığı kabul edilmekteydi. Önceki kanun döneminde Yargıtay, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü açısından, tacirlere özgü basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü uygulama eğilimindeydi. Büyük ticari riskler taşıyan durumlarda ticari kararlar alma yükümlülüğü altında olan yönetim kurulunun bu kadar ağır bir ölçüt ile değerlendirilmesi uygulamada son derece adaletsiz sonuçlara yol açmaktaydı.

Yeni kanun ise 369. maddesi ile yönetim kurulunun özen yükümlülüğüne ilişkin *objektif* bir ölçüt kabul etmektedir. Bu düzenleme, önceki kanundaki düzenlemeye kıyasla amaca daha uygun bir düzenlemedir. Bu kanun ile, önceki kanunun göndermeler sebebi ile karmaşaya yol açan sistemi terk edilmiş ve özen yükümlülüğü *tedbirli yönetici ölçüsü* ile tanımlanmaya başlanmıştır. Tedbirli yönetici ölçüsü, temelde duruma uygun araştırmalar yapıp, durumun özelliklerine uygun, yeterli ve doğru bilgi ile hareket etme yükümlülüğü getirmektedir.

İşletmesel karar kuralına ilişkin bir başka önemli konu, yönetim kurulunun takdir yetkisidir. Bu yetki, yönetim kurulunun karar alma sürecinde şirket çıkarına en uygun yolu seçmesi anlamını taşımaktadır. Ticari işlerin doğası gereği alınacak her karar belirli bir risk ve buna bağlı olarak belirli bir başarı şansı taşımaktadır. Yönetim kurulu bu durumları göz önünde bulundurarak, şirketin çıkarına olacak yolu takdir yetkisini kullanarak seçer. Ancak bu takdir yetkisi, yönetim kuruluna istediği şekilde hareket edebileceği sınırsız bir alan vermez. Yönetim kurulunun kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Burada önemli olan konu, hâkimin yönetim kurulunun aldığı kararı hangi çerçevede denetleyebileceğidir. Genel kabul gören görüş, hâkimin işin niteliğine ve ticari hayata ilişkin olan bilgisinin, yöneticilerden çok daha yetersiz olacağı yönündedir. Bu sebeple hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta, yönetim kurulunun aldığı kararın durumun şartlarına göre uygun olup olmadığı konusunda *yerindelik* denetimi yapamayacağı kabul edilmektedir. Zira hangi kararın şirket yararına olacağının belirlenmesi, mahkemelere değil, yönetim kuruluna verilen bir takdir yetkisidir. Bununla birlikte hâkim, yönetim kurulunun aldığı kararları hukuka uygunluk açısından inceleyebilecektir.

Yönetim kurulunun takdir alanını belirleyen ve hâkimin yerindelik denetimi yapmasını engelleyen bir kural olan işletmesel karar kuralı, Amerikan hukuk uygulaması ile ortaya çıkmıştır. Bu kurala göre, yönetim kurulunun yönetime ilişkin aldığı ticari

kararları *dokunulmazdır*. Kural, temelde yönetim kurulu kararlarına karşı bir çeşit yargı bağımsızlığı sağlamaktadır. Kurala ilişkin dört temel işlev, Amerikan doktrininde ele alınmıştır. Buna göre kuralın ilk işlevi, insanoğlunun hata yapabilen bir varlık olduğunu kabul eder. Böylelikle yönetim kurulu üyesi iyi niyetli, gerekli bilgiye sahip ve şirket çıkarlarını gözeterek hareket ettiyse, aldığı hatalı kararlardan geriye dönük olarak sorumlu tutulamayacaktır. İkinci işlevi ile kural, ticari işlerin doğasından kaynaklanan risk faktörünü göz önüne alır. Zira bu risklerin sınırlarının önceden net şekilde çizilmesi mümkün değildir. Üçüncü olarak, hakimlerin ne kadar ticari konular ile ilgili olsalar da bir yönetici kadar ticari kararlara hâkim olamayacağı varsayımını kabul eder. Dördüncü olarak ise, şirketin sadece hukuken değil, uygulamada da yönetim kurulu tarafından idare edilmesini sağlama işlevi görür. Böylelikle yönetim kuruluna hata yapabilme imkânı vererek risk almayı teşvik eder ve ticari hayatın devamlılığını korur. Kural aynı zamanda yönetim kurulunun bağlılık ve özen yükümlülüklerini yerine getirdiğine ilişkin bir karine getirir. Aksini, iddia eden taraf ispatlama yükümlülüğü altındadır.

İşletmesel karar kuralının uygulanabilmesi için gerekli olan temel unsurlar, yönetim kurulunun işletmeye ilişkin bir karar almış olması, üçüncü kişilerin etkisi altında kalmadan ve şirket çıkarları gözetilerek alınmış bir karar olması, kararın doğru bilgiye dayanarak ve gerekli risk araştırmaları yapılarak alınmış olması, yönetim kurulunun iyi niyet ile hareket etmiş olması, özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmiş olması ve yönetim kurulunun takdir yetkisini yerinde kullanmış olmasıdır.

Kurumsal yönetim ilkelerinin doğru şekilde uygulanıyor olması da işletmesel karar kuralının daha etkin biçimde uygulanabilmesini kolaylaştıracaktır. Yönetim kurulunun takdir yetkisini genişleten ve hâkimin denetim yetkisini sınırlandıran bir sistem olarak işletmesel karar kuralının doğru şekilde uygulanabilmesi, ancak kurumsal yönetim ilkeleri ile güçlendirilmiş bir şirketler hukuku sisteminde mümkündür. Bu sebeple çalışmada, kuralın Türk hukukunda uygulanabilirliği konusu ele alınırken kurumsal yönetim ilkelerinin önemi üzerinde durulmuştur.

Kuralın ilk kez karşımıza çıktığı Amerikan hukukunda konuya ilişkin farklı doktrinler ortaya çıkmıştır. Kuralın yönetim kuruluna temelde bir sorumluluk ölçütü getirdiğini savunan görüşe göre, yönetim kurulu üyeleri iyi niyet ile hareket ettikleri sürece işletmesel karar kuralının koruma alanı içindedirler. Hâkimin davaya bakmaktan kaçınması görüşüne göre ise, mahkemelerin yönetim kurulunun karar alma süreçlerinden

tamamen el çekmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üzerinde yargı denetimi ancak istisnai hallerde söz konusu olabilir, kural olarak hâkim yargılama yapamayacağına dair bir ön kabul ile hareket eder. Bu görüş, hakimin her koşulda hukuka aykırılık denetimi yapmakla yükümlü olduğu gerekçesi ile eleştiri konusu olmuştur. İşletmesel karar kuralının Avrupa’da ilk kez Alman hukukunda pozitif bir düzenlemeye konu olmuştur. Kural Amerikan hukukunda olduğu gibi öncelikle yargı kararları ile şekillenmiş, ardından kanuni bir düzenleme ile konuya ilişkin belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada yukarıda sözü edilen Amerikan ve Alman uygulamaları ile karşılaştırmalı olarak Türk doktrinde işletmesel karar kuralının sorumluluk ve iptal davalarında ne şekilde uygulanacağı konusu incelenmiştir. Sorumluluk davalarında hâkim, kararın yerindeliliğine ilişkin bir yargılama yapamayacak, ancak hukuka aykırılık hallerini tespit edecektir. İptal davalarında işletmesel karar kuralının uygulanması ise daha farklı bir nitelik taşımaktadır. İptal davalarına konu olan yönetim kurulu kararları, henüz bir zararın meydana gelmesine sebep olmamış ancak zarar verme potansiyeli taşıyan kararlardır. Bu açıdan bakıldığında, henüz zarar meydana gelmediği için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Hâkimin hiçbir zarar meydana gelmeden, sadece pay sahipleri tarafından isabetsiz bulunan bir kararı iptal etmesi, yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanmasını imkânsız hale getirecektir. Çünkü yönetim kurulunun aldığı karar, önceden son derece riskli ve isabetsiz olarak görülse de değişen koşullarda şirketin geleceği için son derece faydalı sonuçlar doğurabilecektir.

İşletmesel karar kuralının uygulanmasının hukuk sisteminde yaratacağı en önemli sonuç, hakimin yerindelik denetimi yapmasını engellemesidir. Böylelikle yönetim kurulunun takdir alanı netleşmekte ve sadece hukuki olarak değil, fiili olarak da şirketi yönetme yetkisini elinde bulundurması sağlanmaktadır. Kural sayesinde özen yükümlülüğünün şartları objektif bir temele dayanmaktadır. Şirket alacaklılarının ve pay sahiplerinin her başarısızlıkta şirkete karşı dava yoluna gitmelerinin önünde bir engel teşkil eden kural, aynı zamanda kurumsal yönetim ilkeleri ile de birbirini besleyen özellikler taşımaktadır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, N., 2010. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul : Vedat Yayınevi . (Sorumluluk)

AKDAĞ GÜNEY, N., 2012. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Yayınevi. (Yönetim kurulu)

AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A., 1993 . *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

ALTAŞ, S., 2016. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arbeitskreis 'Externe und interne Überwachung der Unternehmung' der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., 2006. *Praktische Empfehlungen für unternehmerisches Entscheiden - Zur Anwendung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG*. Der Betrieb, Cilt 59, s. 2189-2196.

ARKAN, S., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Bası, Ankara

ARSHT, S., 1979. *The Business Judgment Rule Revisited*. Hostra Law Review, 8(1), s. 93-134.

ARSLAN, E., 2011. *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre 'Denetçinin' Niteliği*. Mali Çözüm Dergisi, Cilt Mart-Nisan , s. 73-108.

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

ASLAN, Y., ŞENYÜZ, D., 2012. *İşletme Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi.

AYAYDIN, H., DAĞLI, H., 2012. *Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Geliştirilen Savunma Taktikleri: Kavramsal Bir İnceleme*. Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi , XIV(1), s. 207-230.

AYHAN R., ÖZDAMAR M., ÇAĞLAR H., 2016. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 9. Bası, İstanbul.

BAHTİYAR, M., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. 17. Bası İstanbul : Beta Yayınevi.

BAINBRIDGE, S., 2003. *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*. Law & Economics Research Paper Series: Research Paper No. 03-18 Los Angeles: University of California, Los Angeles School of Law. (Abstention)

BAINBRIDGE, S., 2008. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. 2. Bası. New York : Oxford University Press. (Corporate governance)

BAINBRIDGE, S. M., 2015. *Corporate Law*. 3. Bası:Foundation Press. (Corporate law)

BENGİ, A., 2009. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı.

BİLGİLİ, F., 2004. *Alman Hukukunda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İşletmeyle İlgili Aldığı Kararlardan Dolayı Sorumluluğu ve Yeni Hazırlanan Kanun Tasarısıyla Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda Bu Konuda Getirilen Değişiklikler*. e-akademi, Sayı 33.

BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E., 2013. *Şirketler Hukuku*. Bursa: Dora Yayınevi. (Şirketler)

BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul : Seçkin Yayıncılık.

BLOCK , D., PRUSSIN, H. A., 1981. *The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?*. The Business Lawyer, Cilt 37, s. 27-75.

BLOCK, D. J., BARTON, N. E., RADIN, S. A., 1987. *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*. The Business Lawyer, 42(3), s. 995-997.

BOZER, A., GÖLE, C., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

BOZKURT YAŞAR, S., 2015. *Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması*. İstanbul: Beta Yayınevi.

BRÖMMELMEYER, C., 2005 . *Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands - Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule*. WM 2005, 2065.

CAHN, A., 2013. *Aufsichtsrat und Business Judgment Rule*. Frankfurt Am Main, Institute for Law and Finance.

CAHN, A., DONALD, D. C., 2010. *Comparative Company Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

CARRETTA, D., 2012. *The Business Judgment Rule: Analysis of the Latest Developments*. New York: Fordham University School of Law.

ÇAMOĞLU, E., 1970. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu*. İmran Öktem'e Armağan. Ankara. s. 392. (Özen Borcu)

ÇAMOĞLU, E., 2010. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Yayınevi.

ÇAMOĞLU, E., 2011. *Yeni Türk Ticarete Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, s. 407-417. (Hukuki Sorumluluk)

ÇAMOĞLU E., POROY, R., TEKİNALP, Ü., 2014. *Ortaklıklar Hukuku*. 13. Bası. İstanbul: Vedat Yayınevi.

ÇELİK, İ., 2011. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı - Ticaret Hukuku Anabilim Dalı - Yüksek Lisans Tezi.

DOERIG, M., 2005. *Director's Liability under Swiss Law*. International Law Office July 04.

DOĞAN, B. F., 2011. *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul: Vedat Yayınevi.

DOMANIÇ, H., 1988. *TTK Şerhi-Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul.

EDWARDS, F., 2003. *U.S. Corporate Governance: What Went Wrong and Can It Be Fixed?*. Chicago.

EICHELBERGER, J., 2009. *Unification of Corporate Liability: Should European Union adopt a U.S. Style Business Judgment Rule?*. Master 2 - Final Memoire - Droit du Commerce International University of Montpellier.

EISENBERG, M. A., 1993. *An Overview of the Principles of Corporate Governance*. The Business Lawyer, Vol. 48, s. 1271-1296.

EMİNOĞLU, C., 2014. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*. İstanbul : XII Levha Yayınları.

FARRAR, J. H., 1999. *A Brief Thematic History of Corporate Governance*. Bond Law Review, 11(2).

FISCHEL, D. R., 1982. *The Corporate Governance Movement*. Vanderbilt Law Review , 35(6), s. 1259-1292.

FLEISCHER, H., 2004. *Die "Business Judgment Rule": Vom Richterrecht zur Kodifizierung*. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Cilt 15, s. 685-692.

GEISER, M., 2010. *Leitungspflichten des Vorstandes in der AG*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.

GOETTE, W., HABERSACK, M., KALSS, S., 2014. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2: §§ 76 - 117*. 4th Edition. Munich: Verlag C. H. Beck.

GOLLAN, A. K., 2009. *Vorstandshaftung in der Stiftung*. Köln: Carl Heymanns Verlag.

GÖKTÜRK, K., 2011. *Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamlı Kararı İlkesi*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2 (2), s. 207-233. (İşadamlı)

GÖKTÜRK, K., 2014. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 (114), s. 179-200. (Yetki devri)

GÖZLER, K., 2016. *İdare Hukuku Dersleri*. 18. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları.

GRASS, A., 1998. *Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

GREENFIELD, K., NILSSON, J. E., 1997. *Gradgrind's Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (And Replace?) The Business Judgment Rule*. Brooklyn Law Review, Cilt 63, s. 799-859.

GÜMÜŞ, M. A., 2001. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*. İstanbul: Beta Yayıncılık. (Özen Borcu)

GÜMÜŞ, M. A., 2014. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt II*. İstanbul: Vedat Yayınevi. (Borçlar)

HACİMAHMUTOĞLU, S., 2014. *The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 99-145. (İşadamı)

HACİMAHMUTOĞLU, S., 2015. 'Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2015, C. XXXI, Sayı: 3, s. 23-56. (Özen yükümlülüğü)

HANSEN, C., 1993. *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project*. The Business Lawyer Vol. 48 No. 4, s. 1355-1376.

HARI, O., 2015. *The Liability of Members of Governing Bodies and the Swiss 'Business Judgment Rule'*. Schellenberg Wittmer.

HELVACI, M., 2001. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul

HINSEY, J., 1984. *Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: the Rule, the Doctrine, and the Reality*. The George Washington Law Review, 52(4-5), s. 609-623.

HOPT, K., WIEDEMANN, H., 2006. *Aktiengesetz Großkommentar*. Berlin: De Gruyter Recht .

İMREGÜN, O., 1989. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Yasa Yayıncılık.

İNAL, T., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık.

JOHNSON, L. P., 2005. *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*. The Business Lawyer, Cilt 60, s. 439-469.

KARAHAN, S., 2012. *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınevi.

KARAKAŞ, F. T., 2013. *Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(3), s. 729-759.

KAYA, M. İ., 2015. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 3261-328.

KENDİGELEN, A., 2012. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: XII Levha.

KERVANKIRAN, E., 2007. *Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu - Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*, Hüseyin Ülgen'e Armağan. İstanbul: Vedat Yayınevi, s. 249-263.

KIRCA, İ., 2004. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, XXII(3), s. 86-96.

KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H., MANAVGAT, Ç., 2013. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

KIRCHNER, C., PAINTER, R. W., 2000. *European Takeover Law - Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*. European Business Organization Law Review , Cilt 1, s. 253-400.

KİZİR, M., 2011. *Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi*. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19, S. 2, s. 245-282.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., 2014. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul : Filiz Yayınevi.

KOCHER, D., 2009. *Zur Reichweite der Business Judgment Rule*. CCZ 2009, 215.

KORKUT, Ö., 2007. *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*. Ankara: Adalet Yayınevi.

LEDERMANN, D., RÖTHELI, A., 2011. *The European Lawyer Reference Series-Switzerland*. s. 355.

LOHSE, A., 2005. *Unternehmerisches Ermessen: Zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat*: Mohr Siebeck.

LUTTER, M., 2007. *Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung*. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Cilt 18, s. 841-848.

MANNE, H., 1967. *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*. Virginia Law Review, 53(2), s. 259-284.

MANNING, B., 1984. *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*. The Business Lawyer, 39(4), s. 1477-1501. (Duty of attention)

MANNING, B., 1984. *The Business Judgment Rule in Overview*. Ohio State Law Journal, 45(3), s. 615-628.

MÄNTYSAARI, P., 2005. *Comparative Corporate Governance: Shareholders as a Rule-maker*. Heidelberg: Springer.

MCMILLAN, L., 2013. *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*. Mary Business Law Review, 4(2), s. 521-574.

MOROĞLU, E., 2012. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler*. 7. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

OESTERLE, D. F., PALMITER, A. R., 1994. *Judicial Schizophrenia in Shareholder Voting Cases*. Iowa Law Review, Cilt 79, s. 485-583.

OĞUZMAN, K., BARLAS, N., 2016. *Medeni Hukuk*. İstanbul : Vedat Yayınevi.

OĞUZMAN, K., ÖZ, T., 2016. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul : Vedat Yayınevi.

OKAY, O., 2008. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırlandırılması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

OLTMANN, M., 2001. *Geschäftsleiterhaftung und Unternehmerisches Ermessen*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

PAEFGEN, W. G., 2009. *Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule*. NZG 2009, s. 891-896.

PAMUKÇU, F., Nisan 2011. *Finansal Raporlama ile Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflıkta Kurumsal Yönetimin Önemi*. Muhasebe ve Finansman Dergisi, s. 133-148.

PASLI, A., 2005. *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance*. İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı.

PINTO, A. R., BRANSON, D. M., 2009. *Understanding Corporate Law*. 4th Edition. Pittsburg: University of Pittsburgh School of Law

POROY, R., YASAMAN, H., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayınevi.

PRICKETT, W., BROWN, R. A., 1994. *Cede v. Technicolor: The Supreme Court Re-Illuminates Existing Lines of Delaware's Level Playing Field*. Delaware Journal of Corporate Law, Cilt 19, s. 593-615.

PULAŞLI, H., 2003. *Corporate Governance (Kurumsal Yönetim İlkeleri) Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. (Corporate governance)

PULAŞLI, H., 2009. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu*. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXV(1), s. 29-63. (Özen yükümlülüğü)

PULAŞLI, H., 2014. *Şirketler Hukuku Şerhi*. Ankara: Adalet. (Şerh)

PULAŞLI, H., 2016. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi. (Şirketler)

RADIN, S. A., 2009. *The Business Judgment Rule - Fiduciary Duties of Corporate Directors*. 6th Edition: Wolters Kluwer Law & Business.

RAHLMAYER, N., 2010. *Vorstandshaftung zwischen traditionellem deutschen Aktienrecht und kapitalmarktorientierter Corporate Governance*. München: Nomos.

REDEKE, J., 2009. *Zu den Voraussetzungen unternehmerischer Ermessensentscheidungen*. NZG 2009, s. 496-498.

SCARLETT, A. M., 2008. *A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in Shareholder Derivative Litigation*. Kansas Law Review, Cilt 57, s. 39-91.

SEALY, L., WORTHINGTON, S., 2008. *Cases and Materials in Company Law*. New York : Oxford University Press, Inc.

ŞENER, O. H., 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: 2016.

TANDOĞAN, H., 1963, Ankara. *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*: Ajans Türk Matbaası.

TEKİNALP Ü., 2015, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayınevi. (Sermaye Ortaklıkları)

TEKİNALP, Ü., 2003. *Fondaki Bankanın Hukuku*. İstanbul. (Banka)

TURANLI, H. (2016) *A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, 2016/1, Ankara.

ULUSOY, Y., 2005. *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetimin Fonksiyonları ve Denetçi Bağımsızlığı*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), s. 265-300.

ÜLGEN H., HELVACI M., KENDİGELEN A., KAYA A., NOMER ERTAN F., 2015. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: XII Levha.

VEASEY, N., 1984. *New Insights Into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should We Trust the Courts?*. The Business Lawyer, Cilt 39, s. 1461-1475.

VOGT, H.-U., BÄNZIGER, M., 2012. *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 4/2010, s. 607-627.

von der CRONE, H. C., 2000. *Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft*. Sonderdruck aus: SJV-Publikations 2000 und ZSR, NF 119(II. Halbband), s. 239 - 275.

WARREN, I., ARONSTAM, B., November 2007. *Delaware's Business Judgment Rule and Varying Standards of Judicial Review for Assessing Director Conduct in M&A Transactions*. The Canadian Institute.

WEBER-REY, D., 2012. *Corporate Governance in Europa: die Initiativen der EU-Kommission*. Bonn: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht.

WENDLER, J.-S., 2007. *Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

YANG, L., 2006. *Corporate Scandals and Corporate Governance Agenda*. US-China Law Review, 3(4), s. 75-78.

YILDIZ, Ş., 2004. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

YÜKSEL, S., 2009, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Şartları ve Yargının Bunlara Yaklaşımı*, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, s. 355-377.

ZACHERT, N., 2005. *Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden im US-amerikanischen Gesellschafts- und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag.

ZİLELİOĞLU, H., 1982-1987. *Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39(1-4), s. 241-264.