

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

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN

ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN

HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

Oğuz OKAY

Ankara-2008

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

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

Oğuz OKAY

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Korkut ÖZKORKUT

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (Ticaret Hukuku)
ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Korkut ÖZKORKUT

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

.....

Doç Dr. Korkut ÖZKORKUT

.....

Yrd. Doç.Dr. Feyzan ŞEHİRALİ ÇELİK

.....

Tez Sınavı Tarihi:

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	VI
KAYNAKÇA	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİMİ VE YÖNETİCİLERİN TEMEL BORÇLARI

§1. ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİMİ	6
I. GENEL OLARAK	6
II. YÖNETİM KURULU.....	7
A. Oluşumu	7
B. Görevleri	8
C. Fonksiyonu	9
D. Yönetim Kurulu’nun İşbölümü, Yetki Taksimi ve Devri	14
1) Yönetim Kurulu içinde Komisyon veya Komite Teşekkülü	14
2) Yetki Taksimi	15
3) Yetki Devri	16
II. DİĞER YÖNETİCİLER	17
A. Yönetici Kavramı	17
B. Yöneticilerin TTK’da Düzenlenme Biçimi	19
1) Murahhaslar (TTK m. 319/II)	19
2) Şirket İşlerinin Dış İlişkide İcrasıyla Görevli Müdürler (TTK m. 342)	20
§2. ANONİM ŞİRKET YÖNETİCİLERİNİN TEMEL BORÇLARI.....	21
I. GENEL OLARAK	21
II. ÖZEN BORCU	24
A. Özen Borcunun Niteliği	24
B. Özen Derecesi	25
1) Karşılaştırmalı Hukukta Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi	25
2) Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi	27

3) TTK Tasarı'nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi	31
4) Ticari Takdir Kuralı (<i>Business Judgement Rule</i>).....	32
a) Kavram Seçimi	32
b) Ticarî Takdir Kuralı Kavramı.....	34
c) Ticari Takdir Kuralının Gelişimi.....	36
d) Ticarî Takdir Kuralının Mahiyeti	39
e) Ticarî Takdir Kuralının Dayandığı Görüşler	44
aa) Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Tarafından İdare Edileceği Görüşü (Kurumsal Demokrasi ve Egemenlik Görüşü)	44
bb) Hakimlerin Ticarî Konularda Uzman Olmadığı Görüşü	46
cc) Yararlı Risklerin Alınmasını Sağladığı Görüşü	49
dd) Yargısal Kaynakların Muhafaza Edilmesini Sağladığı Görüşü	52
ee) Anonim Şirketi Ticarî Stratejilerini Açıklamaktan Koruyacağı Görüşü	53
f) Ticarî Takdir Kuralı / Ticarî Takdir Doktrini Ayrımı	53
III. SADAKAT BORCU.....	56
A. Genel Olarak	56
B. ABD Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu	57
1) Kaynakları ve Gelişimi.....	57
2) Modern Kurallar	60
a) Menfaat Çatışmaları	64
b) Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete Ait Ticari Fırsatları Kendileri Lehinde Kullanamamaları Prensibi (<i>Corporate Opportunity Doctrine</i>).....	66
3-) Sadakat Borcundan Doğan Sorumluluğun Sınırlanamaması	70
C) Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu.....	70
1) Müzakerelere Katılma Yasağı	71
2) Şirketle İşlem Yapma Yasağı.....	72
3) Rekabet Yasağı	74
D) TTK Tasarı'nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu	77

İKİNCİ BÖLÜM

ABD HUKUKUNDA ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI

§ 1. GENEL OLARAK	79
§ 2. ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN TİCARİ TAKDİR KURALI	

ÇERÇEVESİNDE SINIRLANMASI	80
I. TİCARÎ TAKDİR KURALININ UYGULAMA ALANI.....	80
<i>A. Genel Olarak</i>	<i>80</i>
<i>B. Ticari Takdir Kuralının Diğer Yöneticelere Uygulanması.....</i>	<i>81</i>
<i>C. Ticarî Takdir Kuralının Uygulanmasının Sınırlandığı Durumlar</i>	<i>82</i>
1) Yönetim Kurulunun Ele Geçirme Girişimine Karşı Savunma Önlemi Alması.....	85
2) Kontrol Hakkının Satılması Yahut Değişmesini İçeren İşlemlerde Yoğun Denetim Çerçevesinde Yönetim Kurulu ÜyelerineYüklenen İlave Yükümlülükler	88
3) Yoğun Denetimin Sınırları.....	90
II. TİCARÎ TAKDİR KURALININ UYGULAMA ŞARTLARI	92
<i>A. Genel olarak</i>	<i>92</i>
<i>B. Ticarî bir takdirin mevcudiyeti</i>	<i>97</i>
1) Teşebbüse İlişkin Meseleler	99
2) Mülkiyete İlişkin Meseleler.....	99
<i>C. Ticarî Takdir, Menfaat Çatışmalarından Uzak Olarak Tarafsız Bir Şekilde Kullanılmalıdır</i>	<i>100</i>
<i>D. Özen Borcu Yerine Getirilmiş Olmalıdır (Ticari Takdirin Bilgiye Dayalı Olması).....</i>	<i>105</i>
<i>E. Ticarî Takdir İyiniyetle Kullanılmalıdır.....</i>	<i>115</i>
§ 3. ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN KANUNLA SINIRLANMASI	131
<i>A. Genel Olarak</i>	<i>131</i>
<i>B. Özen Borcundan Doğan Sorumluluğun Kanunla Sınırlanmasının Sebepleri</i>	<i>133</i>
<i>C. Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu Sınırlandıran Kanuni Düzenlemelerin Temel Özellikleri</i>	<i>138</i>
1) Uygulama Alanı	138
2) Sorumluluğu Sınırlanabilen Yöneticiler	139
3) Getirilen Sorumluluk Sınırlamaları	140
4) Sorumluluk Sınırlarının Hüküm İfade Ettiği Kişiler	142
<i>D. Delaware’de ve Model Kanunlarda Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sınırlanması.....</i>	<i>144</i>
1) Delaware.....	144
2) Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)	145
3) American Law Institute (ALI) Kurumsal Yönetim İlkeleri.....	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU VE ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN HUKUKİ
SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI

§ 1. GENEL OLARAK	148
§ 2. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	149
I. GENEL OLARAK YÖNETİM KURULUNUN GÖREVLERİ.....	149
II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUK REJİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ.....	150
<i>A. Kusurlu Sorumluluk İlkesi</i>	<i>150</i>
<i>B. Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Şirkete İzafesi İlkesi</i>	<i>155</i>
<i>C. Bireysel Sorumluluk İlkesi</i>	<i>156</i>
<i>D. Müteselsil Sorumluluk İlkesi.....</i>	<i>157</i>
1) Kural.....	157
2) Müteselsil Sorumluluk Halleri.....	159
a) Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından vuku bulan ödemelerin doğru olmaması	160
b) Dağıtılan ve ödenen kar paylarının hakiki olmaması	161
c) Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız surette tutulması.....	162
d) Umumi heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi	163
e) Gerek kanunun gerekse esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmâl neticesi olarak yapılmaması	165
3) Müteselsil Sorumluluğun Geçerli Olmadığı Durumlar	167
a) Üyelerin Kusursuz Olması.....	167
b) Yönetim Kurulunun Yetkilerini Delege Etmiş Olması	167
c) Sorumluluk Doğuran Görevin Üyelere Münferiden Yüklenmiş Olması	169
4) TTK Tasarısı'ndaki Düzenleme (Farklılaştırılmış Teselsül).....	170
E. Akdi Sorumluluk İlkesi.....	171
II. YÖNETİM KURULUNUN TAKDİR YETKİSİ.....	172
III. TİCARİ TAKDİR KURALININ TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ (TİCARİ TAKDİRLERİN YARGISAL DENETİMİ).....	175
<i>A. Genel Olarak</i>	<i>175</i>

<i>B. Yargısal Denetimin Sınırları.....</i>	<i>178</i>
<i>C. Özen Borcunun Kapsamı ve İncelenmesi.....</i>	<i>180</i>
<i>D. Özen Borcu Konusundaki Yargısal Denetimin Ticari Takdir Kuralı Çerçevesinde Sınırlanmasının Sorumluluk Rejimine Etkisi</i>	<i>183</i>
<i>E. TTK Tasarısı’nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırlanması</i>	<i>185</i>
1-) Ticari Takdir Kuralı (<i>Business Judgement Rule</i>) Açısından	186
3-) Gözetim Yükümlülüğü Açısından	190
3-) Müteselsil Sorumluluk Açısından	190
SONUÇ.....	192
ÖZET	198
ABSTRACT	200

KISALTMALAR

2d Cir.	: United States Court of Appeals for the Second Circuit
11th Cir.	: United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit
A.	: Atlantic Reporter
ABA	: American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALI	: American Law Institute
AG	: Aktiengesellschaft
a.g.m	: Adı geçen makale
A.Ş	: Anonim şirket
ATRA	: American Tort Reform Association
A.Ü.H.F.M	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
A.Y	: Anayasa
b.	: Bent
BATIDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.A	: Civil Action
Cal. Corp. Code	: California Corporations Code
CC	: Combined Code
CEO	: Chief Executive Officer

CFO	: Chief Financial Officer
Ch.	: Chancery Division (Law Reports)
Corp	: Corporation
Çev	: Çeviren
Del.	: Delaware Supreme Court
Del.Ch.	: Delaware Court of Chancery
Der.	: Derleyen
DGCL	: Delaware General Corporations Law
D&O	: Directors' and Officers'
E	: Esas Numarası
ECGI	: European Corporate Governance Institute
F.	: Federal Reporter
FRC	: Financial Reporting Council
FTSE	: Financial Times Stock Exchange
Gilm.	: Gilmer's Reports
H.D	: Hukuk Dairesi
I.	: Issue
Inc	: Incorporated
K.	: Karar numarası
m.	: madde
NASDAQ	: National Association of Securities Dealers Automated Quotation
N.W	: North Western Reporter

N.Y Bus. Corp.Law:	: New York Business Corporation Law
NYSE	: New York Stock Exchange
N.Y. Sup	: New York Supreme Court
N.Y.S	: West's New York State Reporter
RMBCA	: Revised Moded Business Corporations Act
Rp	: Real Property
s.	: sayfa
SEC	: Securities Exchange Comission
SOA	: Sarbanes Oxley Act
SerPK	: Sermaya Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaya Piyasası Kurulu
SSRN	: Social Science Research Network
SPKKYİ	: Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U.S.C.	: United States Code
V.	: Volume
vd	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA*

- AKIN, Murat** : Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002
- ALLEN, T. William/**
- JACOBS, B. Jack/**
- STRINE, E. Leo** : “Realigning The Standard of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and It’s Progeny as a Standard of Review Problem”, Northwestern University Law Review, V. 96, I. 2, 2002, s. 449-465
- ANSAY, Tuğrul** : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1971
- ANSAY, Tuğrul** :Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Ankara 2005.
- ARAL, Fahrettin** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, Ankara 2000
- ARKAN Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004
- ARSHT, Samuel** : “The Business Judgement Rule Revisited”, Hofstra Law Review, V.8, I. 1, 1979, s. 93-134,
- ATAN Turhan,** :Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 22.
- BALOTTI, R.Franklin/**
- HANKS, J. James** : “Rejudging The Business Judgement Rule”, The

* Birden çok eserine atıfta bulunulan yazarların eser veya yazılarının kısaltılmış atıf şekli parantez içinde gösterilmiştir.

- Business Law Review, V. 48, I. 4, 1993, s. 1337-1553,
- BAINBRIDGE**, Stephen : "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine",
Vanderbilt Law Review; V.57, I. 1, 2004, s. 83-130,
- BAINBRIDGE**, Stephan : "Director Primacy and Shareholder Disempowerment",
Harvard Law Review, V.119, No.6, 2006, s. 1735-1758
- BAINBRIDGE** Stephan : "Much Ado about Little? Directors' Fiduciary Duties in
the Vicinity of Insolvency", UCLA School of Law, Law-
Econ Research Paper No. 05-26, 2005 (Fiduciary)
- BAINBRIDGE** Stephan, : "Smith v. Van Gorkom", UCLA School of Law Law &
Economics Research Paper Series Research Paper No. 08-
13, 2008, (Van Gorkom).
- BAINBRIDGE** Stephan/
LOPEZ, Star/
- OKLAN**, Benjamin : "The Convergence of Good Faith and Oversight", UCLA
School of Law Research Paper No. 07-09, 2007
- BAŞPINAR**, Veysel : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara
2004, s. 147.
- BERZEK**, Ayşe : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2007
- BEYER**, Vicki : "Judicial Development of a Business Judgement Rule in
Japan", Bond Law Review, V.5, I. 2, 1993, s. 209-216
- BISHOP**, W. Joseph : "Sitting Ducks and Decoy Ducks, New Trends in The
Indemnification and Insurance of Corporate Directors and
Officers", The Yale Law Journal, V. 77 N. 6, May 1968, s.

1078-1103

- BISHOP, Carter** : “Abdication on Steroids and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law Before and After Disney”, Suffolk University Law School Research Paper No. 07-21, 2007
- BRANSON, Douglas** : “The Rule That isn’t a Rule: The Business Judgement Rule”, Valparaiso Law Review V.31, 2002, s.631-651
- BRANSON, Douglas/**
- KEONG, Chee Low** : “Balancing the Scales: A Statutory Business Judgement Rule for Hong Kong?” Hong Kong Law Review V.34, I. 2, 2004 s. 303-320
- BRUNER, M. Christopher,** : “Good Faith, State of Mind and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law”, Wake Forest Law Review, V. 41, I. 4, 2006, s. 1131-1186
- BROWN Robert** : “Speaking with Complete Candor: Shareholder Ratification and the Elimination of the Duty of Loyalty”, Hastings Law Journal, V.54, 2003, s. 641-694
- BROWN, Robert/**
- GOPALAN, Sandeep** : Opting Only in: Contractarians, Waiver of Liability Provisions and the Race to the Bottom, University of Denver Sturm College of Law, Legal Research Paper Series, No: 08-02, 2008
- BURGDOERFER, Mathias** : Directors and Officers Liability: Prevention, Insurance

and Indemnification, Updated through Release 11,
New York 2006

CHEFFINS, R. Brian/

BLACK, S. Bernard : “Outside Director Liability Across Countries”, Texas
Law Review V.84, 2006, s. 1385-1480.

CLARKE, C. Donald : “Three Concepts of The Independent Director”,
Delaware Journal of Corporate Law, V.32, n. 1, 2007, s.
73-111

COHN, R. Stuart : “Demise of the Director’s Due Care: Judicial Avoidance
of Standards and Sanctions Through the Business
Judgement Rule”, Texas Law Review, V. 62, I. 4, 1983, s.
591-638

COTTINGHAM, John : “The D&O Insurance Crisis: Darkness at the End of the
Tunnel”, South Carolina Law Review, V. 39, I. 3, 1989,
s.653-705

ÇAMOĞLU, Ersin : “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen
Borcu”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970 (Özen)

ÇAMOĞLU, Ersin : “Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet
Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet”, BATIDER, C. III,
S. 3, 1966, s. 523-549 (Mesuliyet)

ÇAMOĞLU, Ersin : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki
Sorumluluğu, İstanbul 2007 (Sorumluluk)

CUMMINGS, André Douglas

- Pond : “Ain't No Glory In Pain': How the 1994 Republican Revolution and the Private Securities Litigation Reform Act Contributed to the Collapse of the United States Capital Markets.”, Nebraska Law Review, V.83, I. 1, s. 979-1072
- DEMOTT, A. Deborah** : “Shareholders as Principles”, Duke Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 15, 2001
- DeMOTT, Deborah** : “Limiting Directors’ Liability”, Washington University Law Quarterly, V. 66, I. 2, 1988, s. 295-323 (Liability)
- DOĞANAY, İsmail** : “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumlulukları”, BATIDER, C. XVII, S. 3, 1994,
- DOMANIÇ, Hayri** : Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964
- DOOLEY, P. Michael** : “Two Models of Corporate Governance”, The Business Lawyer, V. 47, I. 2, 1992, s. 461-527
- DUNN, L. Tara** : “The Developing Theory of Good Faith in Director Conduct: Are Delaware Courts Ready to Force Corporate Directors to go Out of Pocket After Disney IV”, Denver Law Review, V. 83, I. 2, 2005, s. 53-577
- EISENBERG, Melvin** : “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review, in Corporate Law”, Fordham Law Review, V. 62, I. 3, 1993, s. 437-468 (Standards)
- EISENBERG, A. Melvin** : “An Overview of Principles of Corporate Governance”, The Business Lawyer, V.48, I. 4, 1993, s. 1271-1296

- EISENBERG, Melvin,** : “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, Delaware Journal of Corporate Law, V. 31, I. 1, 2006, s. 1-75 (Good Faith)
- EISENBERG, Melvin** : Background Study for the California Law Revision Commission on Whether the Business-Judgment Rule Should Be Codified, California 1995 (Codified)
- ELSON, M. Charles** : “Fairness Opinions: Are They Fair or Should We Care?”, Ohio State Law Journal, V.53, I. 4, 1992, s. 951-1003
- EMERSON, Robert W.** : Business Law, Fourth Edition, Canada 2004
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006,
- FARGFAGLIA Theodore** : “The Business Judgement Rule: A Guide to Corporate Directors Liability, St. Louis University Law Journal, V. 7, I. 2, 1962, s. 151- 157
- FREIDMANN W** : “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat”, A.Ü.H.F.M, C. 15, S. 1, 1958, s.50-66 (Çev. **ANSAY** Tuğrul)
- FISCHEL, R. Daniel** : “The Business Judgement Rule and the Trans Union Case”, The Business Lawyer, V. 40, I. 4, 1985, s. 1437-1455
- FRAIDIN, N. Samuel** : “Duty of Care Jurisprudence: Comparing Judicial Intuition and Social Psychology Research”, U.C Davis Law Review, V.38, No. 1, 2004, s. 1-78
- GELB, Harvey** : “Director Due Care Liability: An Assesment of the New

- Statutes”, Temple Law Review, V. 61, I. 1, 1988, s. 13-50
- GEVURTZ, A. Franklin** : “The Business Judgement Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion”, Southern California Law Review, V. 67, I. 2, 1994, s. 287-337
- GIRALDO, Carlos** : Factors Governing the Application of the Business Judgement Rule: An Emprical Study of the US, UK, Australia and the EU. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Erasmus University, Rotterdam 2005
- GREENFIELD, Kent** : “Democracy and the Dominance of Delaware in Corporate Law”, V. 67, I. 4, 2004, s. 134-145
- GREENFIELD Kent/**
- NILSSON, E. John** : “Gradgrind’s Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (and Replace?) the Business Judgement Rule”, Brooklyn Law Review, V.63, I. 3, 1997, s. 799-859
- GREENHOW, Anette** :“The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Director's Sails”, Bond Law Review V.11, No, 1999, s.33-58.
- GRIFFITH, Sean** :“Good Faith Business Judgement: A Theory Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence”, Duke Law Journal, V. 55, I. 1, 2005, s. 1-73
- GOLD, D. Andrew** : “A Decesion Theory Approach to the Business Judgement Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty”, Maryland Law Review, V. 66, I.2,

- 2007, s. 398-474,
- GUTIERREZ, Maria** : “A Contractual Approach to the Regulation of Corporate Directors’ Fiduciary Duties”, CEMFI Working Paper No. 0013, 2000
- GÜNEY AKDAĞ, Necla** : Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008
- HANSEN, Charles** : “The ALI Corporate Governance Project of the Duty of Due Care and the Business Judgement Rule a Commentary”, V. 41, I. 4, 1986, s. 1237-1253, (Commentary)
- HANSEN, Charles** : “The Tecnicolor Decision - A Lost Opportunity”, Delaware Journal of Corporate Law, V.19, I.3, 1994, s. 617-639 (Decision)
- HAZEN, Thomas** : “Corporate Directors Accountability: The Race to the Bottom the Second Lap”, North Carolina Law Review, V. 66, I.1, 1987, s. 171-182
- HELVACI, Mehmet** : Anonim Ortaklıkarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2001 (Yönetim Kurulu)
- HELVACI, Mehmet** : “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.

219-232 (Müteselsil)

- HINSEY, Joseph** : “Business Judgement and the American Law Institute’s Corporate Governance Project”, George Washington Law Review, V. 52, I. 4&5, 1984, s. 609-623
- HOPT, J. Klaus/**
- LEYENS, C. Patrick** : “Board Models in Europe, Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy”, ECGI Working Papers on Law, N.18/2004
- HORSEY, Henry,** : “The Duty of Care Component of The Delaware Business Judgement Rule”, Delaware Journal of Corporate Law V. 19, No. 3, 1994, s. 971-998
- İMREGÜN, Oğuz** :Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989
- JENSEN, C. Michael/**
- MECKLING, H. William** : “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs,and Ownership Struucture”, Romana Roberta (der.), Foundations of Corporate Law, 2nd Reprint 2004, s. 4-9
- JOHNSON, Lyman** : “Rethinking Judicial Review of Director Care”, Delaware Journal of Corporate Law, V. 24, I. 3, 1999 s. 787-833 (Care)
- JOHNSON, Lyman** : “The Modest Business Judgement Rule”, The Business Law Review, V. 55, I. 2, 2000, s.625-652 (Modest)
- JOHNSON, Lyman/**

- SIDES Mark** : “The Sarbanes Oxley Act and Fiduciary Duties”, William Mitchel Law Review, V.30. I.4, 2004, s. 1149-1225
- JOHNSON, Lyman/**
- MILLON, David** : “Recalling Why Corporate Officers are Fiduciaries”, William & Mary Law Review, V. 46, I. 5, 2005, s.1597-1653,
- KARACA, Bedir** : Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 2005
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C. II, Ankara 1983
- KERVANKIRAN, Emrullah** : “Alman Hukukunda Business Judgement Rule’un Kodifikasyonu: Türk ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007
- KIRCA, İsmail** : “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu”, Batider, C. XXII, sayı 3, 2004, s.85-96
- KNEPPER, William /**
- BAILEY, Dan** : Liability of Corporate Officers and Directors, V. I-II, Seventh Edition 2004
- KUBİLAY, Huriye** : “Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası”, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 537-561

- LANE, J. Marc** : Representing Corporate Officers and Directors, 2005
- LAWRENCE, Hamermesh/**
- SPARKS, Gilchrist** : “Corporate Officers and the Business Judgement Rule: A Reply to Professor Johnson”, The Business Law Review, V.60, I. 3, 2005, s. 865-876
- LANGBEIN John** : “Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?”, The Yale Law Journal V. 114, 2005, s. 929-990
- LEDERER, Philip** : “A Comparative Analysis of the Liability of Non-executive Directors in the UK and of Members of the Supervisory Board in Germany”, European Business Law Review, V. 17, I.16, 2006 , s. 1575-1613
- LEE, P. Denise** : “The Business Judgement Rule: Should it Protect Non Profit Directors”, Columbia Law Review V. 103, 2003, s.925-968
- LINSLEY, A. Kristen** : “Statutory Limitations on Directors’ Liability in Delaware : A New Look at Conflicts of Interest and the Business Judgement Rule”, Harward Journal on Legislation, V.24, I. 2, 1987, s. 527-572
- LUBBEN, J. Stephen/**
- DARNELL, J. Alana** : “Delaware’s Duty of Care”, Delaware Journal of Corporate Law, V.31, No.2, 2006, s. 589-630
- MANCIE Jessica** : “Forecasting the Future: An Assesment of the New

Delaware General Law Corporations, Section 122(17)",
Journal of Corporate Law Studies V.1, I. 2, 2001, s. 449-
484 (SSRN, <http://ssrn.com/abstract=294623> üzerinden
erişilmiştir.)

MANNING, Bayless : "The Business Judgement Rule in Overview", Ohio State
Law Journal, V.45, I. 3, 1984, s. 615-627 (Overview)

MANNING, Bayless : "The Business Judgement Rule and the Directors Duty of
Attention: Time for Reality, The Business Lawyer, V.39,
I. 4, 1984, s. 1472-1501 (Attention)

MANNING, Bayless : "Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom
after Van Gorkom", The Business Lawyer, V. 41, I. 1,
1985, s. 1-14 (Boardroom)

MATTAR, P. Edward/

HILSON, J.Francis, : "Exposure of Corporate Directors, An Overview of
Indemnification and Insurance", The Journal of Risk and
Insurance, V.46, No.3, 1979, s. 411-424 (atıftan düştüm
kontrol et.)

McKENNA, Christopher : "Watchdogs, Lapdogs or Retrievers? Liability and the
Rebirth of the Management Audit", Oxford University
Working Paper Series, No. 1

MILLER, Elizabeth/

RUTLEDGE, Thomas E. : "The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions:
The Business Judgement Rule in Unincorporated Business

Organizations" Delaware Journal of Corporate Law, V. 30, I. 2, 2005, s. 343-388;

MUIR Dana/

SCHIPANI Cindy

: “New Standards of Director Loyalty and Care in the Post Enron Era : Are Some Shareholders More Equal Than Others”, New York University Journal of Legislation and Public Policy, V.8, I.2, 2005, s. 279-358

OĞUZMAN Kemal/

ÖZ Turgut

: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006,

ÖZKORKUT, Korkut,

: Anonim Ortaklıklarında Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara, 1996,

ÖZKORKUT, Korkut

: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhaasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler”, BATIDER, Cilt XXIII sayı: 2, 2005, s. 29-69

ÖZKORKUT, Korkut

: Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007 (Bağımsız)

POROY, Reha/

TEKİNALP, Ünal/

ÇAMOĞLU, Ersin

: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003,

RAMIREZ, Steven

: “The Chaos of Smith”, Washburn Law Journal, V. 45, I. 2, 2006, s. 343-365

RIBSTEIN, Larry/

- ALCES, Kelli** :Directors’ Duties in Failing Firms, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 234, 2006
- ROMANA, Roberta** :“What Went Wrong with Directors’ and Officers’ Insurance”, Delaware Journal of Corporate Law, V.14, I. 1, 1989, s. 1-33;
- ROMANA, Roberta** : “The State Competition Debate in Corporate Law”, Romana Roberta (der.), Foundations of Corporate Law, 2nd Reprint 2004, s. 84-90
- ROSENBERG, David** : “Galactic Stupidity and the Business Judgement Rule”, The Journal of Corporate Law, V.32. I..2, 2007, s. 301-322
- ROSENBERG Jonathan/
BURR Kendall** : “Making Sence of New York’s Corporate Opportunity Doctrine”, New York State Bar Association Journal V.80, I.5, 2008, s. 11-18
- ROSSI, Filippo** : “Making sense of the Delaware Supreme Court’s Triad of Fiduciary Duties”, [ttp://ssrn.com/abstract=755784](http://ssrn.com/abstract=755784) , 2005, (Erişim 8 Haziran 2007)
- SALE, A. Hillary** : “Delaware’s Good Faith”, Cornell Law Review, V.89, I. 2, 2004, s. 456-495
- SAVITT, William** : “A New Look at Corporate Opportunities”, Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No: 235, 2003
- SCHAEFTLER, Michael** : The Liabilities of Office: Indemnification and Insurance

- of Corporate Officers and Directors, Boston 1976.
- SHARFMAN**, Bernard : “The Enduring Legacy of Van Gorkom”, Delaware Journal of Corporate Law V.33, I.2, 2008
- SMITH**, D. Gordon : “Chancellor Allen and The Fundamental Question”, Seattle University Law Review, V.21, N.3., 1998, s. 577-611 (Chancellor)
- SMITH**, D. Gordon : “The Shareholder Primacy Norm”, Journal of Corporation Law, V.23, I.2, 1998, s.277-323 (Primacy)
- STEELE**, T. Myron : “Judicial Scrutiny of Fiduciary Duties in Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies”, Delaware Journal of Corporate Law, V.32, I. 1, 2007, s. 1-32
- STEINBERG**, Marc : “The Evisceration of Duty of Care”, Southwestern Law Journal, V.42, I.3, 1988, s. 919-929
- STRINE**, Leo : “Derivative Impact? Some Early Reflections on the Corporation Law Implications of Enron Debacle”, The Business Lawyer, V. 57, I. 4, 2002, s. 1371-1402
- ŞEHİRALİ ÇELİK**,
Feyzan Hayal : Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008
- TEKİL**, Müge : “Anonim Ortalık Yöneticileri ile Denetçileri için Sorumluluk Sigortası”, Prof. Dr.Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 116-144

- TELMAN, Jeremy** : "The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation", Valparaiso University Working Paper series, 2006
- TRIEM, W. Fred** : "Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgement Rule", Alaska Law Review, V.24, I. 1, 2007, s. 23-44
- VEASEY, . Norman** : "New Insights into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should We Trust the Courts", The Business Law Review, V.39, I.4, 1984, s. 1461-1475 (Insights)
- VEASEY, Norman** : "The Defining Tension in Corporate Governance in America", The Business Lawyer, V. 52, I. 2, 1997, s. 394, 398 (Tension)
- VEASEY, Norman/**
- FINKELSTEIN, Jesse/**
- BIGLER, Stephan** : "Delaware Support Directors with a Three Legged Stool of Limited Liability, Indemnification and Insurance", The Business Lawyer, V.42, I.2, 1987, s. 399-421
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bası, İstanbul 2002

DiĞER

- ABA Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook, Forth Edition

, 2004

- ABA Business Law Section, Corporate Governance Committee, Corporate Governance and Fiduciary Duties: A Multi-Jurisdictional Review of the Directors' Relationship to the Corporation, <http://www.abanet.org/buslaw/newsletter/0026/materials/46.pdf> (Erişim 8 şubat 2007), s.4

- FRC The Combined Code on Corporate Governance, 2006

- "Public Policy and Directors' Liability Insurance," Columbia Law Review, V. 67, No. 4, 1967, s. 716-730;

- SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Ankara 2000

- Doğan Yayın Holding Kurumsal Yönetim Uyum Raporu,

<http://www.dyh.com.tr/tr/download/DYHOL%20Kurumsal%20Y%C3%B6netim%20Uyum%20Raporu.pdf> (Erişin 10 Nisan 2007)

- Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim şirketi Ana Sözleşmesi

<http://www.turkcell.com.tr/ir/Anasozlesme04052005.pdf> (Erişim 10 Nisan 2007)

- Koç Holding Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyum Raporu,

http://www.koc.com.tr/images/pdf/Corp_Gov_Align_Report.pdf (Erişim 13 Mayıs 2007)

- <http://courts.delaware.gov>

- <http://professorbainbridge.com>

- <http://www.nyls.edu>

- <http://www.atra.org>

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın uygulanması, yönetim kurulu üyeleri üzerinde adalet duygularını rencide edecek kadar ağır bir sorumluluk riski yükleyerek yönetim kurullarını hiç kimsenin görev almak istemeyeceği mevkiler haline getirebilir. Hukuk düzeninin, A.Ş. yönetim kurulu üyelerini aşırı derecede muhafazkarlaştıran bir sorumluluk rejimini benimsememesi, onları büyük kar potansiyeli bulunan riskli yatırımlara yönelmekten caydırmaması gerekir.

Ticarî kararlar, bünyeleri gereği riskleri barındırırlar. Kapitalist sistem üzerine kurulu bir ekonomide, risksiz bir ticarî faaliyet düşünülemez. Kâr potansiyeli, risk potansiyeline koşut olduğundan, temel amacı kâr etmek olan anonim şirket risk almak zorundadır. Bu sebeple Anonim şirkette müteşebbis işlevi gören yönetim kurulu üyelerinin, ticarî hayatın gerektirdiği verimli riskleri almaları şirketin ve pay sahiplerinin menfaatleri icabıdır.

Bu düşüncelerden hareketle, özellikle Amerikan hukukunda yerine göre içtihat; yerine göre kanun yoluyla, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun çeşitli açılardan sınırlanması yoluna gidilmiştir. ABD’ de “ticari takdir kuralı” (*business judgement rule*) ve “kanunla sınırlama” (*exculpation/limited liability provisions*) müesseseleri, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosunun tahakkukuna engel olmaktadır.

ABD müşterek hukukunda geliştirilen ticari takdir kuralı, esas itibariyle yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde aldığı kararlara, gayrı makul bir suretle yargısal müdahalede bulunulmamasına ilişkin bir prensibi ifade eder. Nitekim söz konusu kural, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılan sorumluluk davalarında, özen borcuna ilişkin yargısal denetimleri karar alma sürecine hasreder ve yönetim kurullarında iyiniyetle alınan kararların, duruşma salonlarında *ex-post* yerindelik denetimine tabi tutulmasına engel olur. Böylece ticarî takdir kuralı, karar alma sürecinde özen borcunu yerine getiren yönetim kurulu üyelerini, takdir hatalarına bağlı hukukî sorumluluk rizikosundan korur. Karar alma sürecinde gerekli özeni gösteren yönetim kurulu üyeleri, salt takdir hataları dolayısıyla özen borcundan bahisle sorumlu tutulmazlar. Bir diğer ifadeyle, ticari takdir kuralı özen borcunun, yönetim kurulu üyelerini, takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararların garantörü durumuna getiren veya yönetim kurulu kararlarını, yerindelikleri bakımından değerlendirmekte başvuru bir araç olarak kullanılmasını engeller.

Ticari takdir kuralı, yönetim kurulu üyeleri dışındaki yöneticilerin, kendilerine delege edilen yetkiler çerçevesinde aldıkları kararlar bakımından da uygulanır.

Ticari takdir kuralı, özen borcuna ilişkin yargısal denetimlerin sınırını çizmek suretiyle A.Ş yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosuna maruziyetini sınırlandırmaktadır. ABD’de yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, ticari takdir kuralı çerçevesinde dolaylı olarak sınırlandırıldığı gibi; eyalet kanunlarında yer alan düzenlemeler çerçevesinde, doğrudan doğruya sınırlamalara da tabi olmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, ABD hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunu sınırlayan müesseselerin incelenmesidir. Bu bağlamda “ticari takdir kuralı” ve “kanunla sınırlama” müesseseleri inceleme konusu yapılmıştır. Her iki müessesenin müşterek özelliği, sorumluluk riskinin tahakkukuna engel olmalarıdır. ABD hukukunda, yönetim kurulu üyeleri üzerinde fiilen tahakkuk eden sorumluluğu, üçüncü şahıslara aktaran müesseseler de mevcut olmakla birlikte, (D&O sigortası, tazminat riskine şirketçe güvence verilmesini ifade eden *indemnification*), bunlar özen borcuna bağlı hukuki sorumluluğun doğumunu takiben devreye girdiklerinden çalışmamızın kapsamında yer almamaktadırlar.

Çalışmamız çerçevesinde, özellikle ticari takdir kuralının takdimi ve Türk hukukunda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. TTK Tasarısı’nın A.Ş yöneticilerinin özen borcunu düzenleyen m. 369 hükmünün gerekçesinde hukukumuza getirilme niyeti açıkça belirtilen ticari takdir kuralına, kaynak Amerikan hukukundan hareketle ışık tutulması, bu çalışmanın hareket noktasını oluşturmuştur.

“Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırlanması” başlığını taşıyan çalışmamızda, “Giriş” ile “Sonuç” bölümleri dışında üç bölüm bulunmaktadır. Birinci bölüm, Anonim şirketin yönetimi ve yöneticilerin temel borçlarına ayrılmıştır. Bu bölümde ilk olarak, Anonim şirketin yönetimi kapsamında yönetim kurulunun oluşumu, görevleri ve fonksiyonları konusu ele alınmaktadır. Daha sonra yönetici kavramı üzerinde durulmaktadır. Söz konusu bölümde ikinci olarak, anonim şirket yöneticilerinin temel borçları konusu incelenmektedir. Bu bağlamda, anonim şirket yöneticilerinin özen ve sadakat borcu ele alınmaktadır. Özen

borcunun incelenmesi sırasında, TTK Tasarısı'nın, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu düzenleyen m. 369 hükmünün gerekçesinde atıfta bulunulan *business judgement rule* (ticari takdir kuralı), kavram olarak ele alınmış, müessesenin mahiyeti, gelişimi ve dayanağını oluşturan görüşler, ABD hukukundan hareketle incelenmiştir. Bunun yanısıra, ticari takdir kuralı/ticari takdir doktrini ayırımına değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümü ise, ABD'de anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkindir. Bu bölümde ilk olarak, ABD hukukunda ticari takdir kuralının uygulama alanı ve söz konusu kuralın uygulama şartları incelenmiştir. Kuralın uygulama alanının ve şartlarının incelenmesinde ağırlıklı olarak Delaware hukukuna bağlı kalınmıştır. Zira Delaware eyaleti, ABD'de gerek içtihat hukukuyla, gerekse yazılı hukukuyla, anonim şirketler hukukunda tayin edici role sahiptir. Nitekim ABD'de büyük sermayeli anonim şirketlerin kahir ekseriyeti Delaware hukukuna tabidir. Mahkeme içtihatları ve yazılı hukukuyla fiilen model durumunda bulunan Delaware, anonim şirketler hukukunun tanziminde diğer eyaletler tarafından takip edilmektedir. Ticari takdir kuralı ABD'de bir müşterek hukuk müessesesi olduğu ve hiçbir eyalette kodifiye edilmediği içindir ki, incelememiz büyük ölçüde mahkeme içtihatları çerçevesinde şekillenmiştir

Bu bölümde ikinci olarak, ABD hukukukunda yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun, kanunla sınırlanması konusu incelenmiştir. Özen borcundan doğan hukuki sorumluluğun kanunla sınırlandırılması incelenirken; kanunla sınırlandırmanın sebepleri, özen borcundan doğan sorumluluğu sınırlandıran kanuni düzenlemelerin temel özellikleri ve Delaware'de ve model kanunlarda özen borcundan doğan hukuki

sorumluluğun sınırlandırılması konuları üzerinde durulmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, Türk hukukunda anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan sorumluluğunun sınırlandırılması konusu ele alınmaktadır. Burada ilk olarak, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu ve yönetim kurulunun takdir yetkisi konuları incelenmektedir. İkinci olarak, ticari takdir kuralının Türk hukukunda uygulanabilirliği konusu üzerinde durulmaktadır. Bu bölümde son olarak, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun sınırlanması konusu, TTK Tasarısı hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bakımdan özellikle, TTK Tasarısı'nın 369. maddesinde yer alan düzenlemenin, söz konusu kuralı Türk hukukunda tesis etmek yönünden elverişli olup olmadığı meselesi üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİMİ ve YÖNETİCİLERİN TEMEL BORÇLARI

§1. ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİMİ

I. Genel Olarak

Kanuni tarifler anonim şirketin yönetim kurulu tarafından temsil ve idare edileceğini öngörmekle birlikte, günümüzde münhasıran yönetim kurulunca idare olunan bir halka açık anonim şirket tasavvur etmek güçtür¹. Bu şirketlerde kaçınılmaz olarak yetki delegasyonu gündeme gelmekte ve şirketin gündelik işlerinin idaresi diğer yöneticilere havale edilirken, yöneticilerin gözetimi ve önemli kararların alınması yönetim kurulunun sorumluluğunda olmaktadır.

¹ **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, s. 240; **KNEPPER** William / **BAILEY** Dan, Liability of Corporate Officers and Directors, V. I, Seventh Edition 2004, §1.02-6; **LANE** J. Marc Representing Corporate Officers and Directors, 2005, §2.01, 5

II. Yönetim Kurulu

A. Oluşumu

Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketin kanuni temsilcisi ve idare organı olan yönetim kurulunun en az üç kişiden oluşmasını öngörmüştür (m.312)². Yönetim kurulu üyeleri kural olarak genel kurul tarafından azami üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir³. Esas sözleşmede aksine düzenleme bulunmamak şartıyla üyelerin tekrar seçilmesi mümkündür. Üyelerin azli, münhasıran genel kurulun yetkisindedir.

Yönetim kurulunda görev alacak üye sayısı bakımından bir üst sınır bulunmamakla birlikte, kurulun etkin bir şekilde çalışmasını engelleyecek derecede kalabalık olmaması tavsiye edilmektedir⁴. Yönetim kurulunun şirket işlerini etkin bir şekilde yürütüp gözetleyecek ve şirketin başarısına müspet katkıda bulunacak bir organ olarak yapılandırılması için, yönetim kurulu üyelerinin seçiminde, gerek üyelerin münferiden sahip oldukları bilgi, beceri ve tecrübe düzeyleri, gerekse oluşacak kurulun kolektif tecrübe düzeyi, bağımsızlığı ve çeşitliliği değerlendirilmelidir⁵.

² Tek kişilik anonim şirket kurulmasına cevaz veren Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, bu durumun doğal sonucu olarak m.360/I hükmüyle yönetim kurulunun tek üyeden oluşabileceğini öngörmektedir.

³ Bu prensibin istisnaları ve yönetim kurulu üyeliğine seçilme yeterliliği için bkz. **ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP)**, s.311-312

⁴ ABA Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook, Forth Edition s. 29 (ABA Guidebook); karşı. SPKKYİ m. 3.1.4.

⁵ ABA Guidebook, s. 26

B. Görevleri

TTK'da ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda yönetim kuruluna ait yetki ve görevlerin bir kısmı açıkça düzenlenmiştir⁶. Ancak yönetim kurulunun haiz bulunduğu yetkiler bunlarla sınırlı değildir. Kanun ve esas sözleşmenin açıkça genel kurulu yetkilendirdiği konular dışında kalan bütün meselelerde yönetim kurulu karar almaya yetkilidir⁷. Bu bakımdan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, şirket menfaatleri doğrultusunda kullanacakları geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁸.

Günümüzde halka açık anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin, şirketin gündelik işleriyle ilgili rolleri fevkalade sınırlıdır⁹. Bu durum genel olarak halka açık anonim şirketlerin geniş ve karmaşık teşkilat yapılarına; teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren birçok alanda faaliyet göstermelerine atfedilen doğal bir sonuç olarak kabul edilmektedir. Şirketin gündelik işlerinin yönetim kurulu üyelerince icrasını beklemek,

⁶ Bkz. TTK m, 66, 324, 326, 362, 365, 366, 368, 375, 376, 378; SerPK m, 12, 13/son, 15/IV

⁷ **KIRCA** İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu”, Batider, , C. XXII, sayı 3, 2004, s.85-96 ; yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki ilişki için bkz. **ÖZKORKUT** Korkut, Anonim Ortaklıklarıda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara, 1996, s.12 vd.; karş. **HELVACI** Mehmet, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2001, s.23-25 (Yönetim Kurulu)

⁸ **KIRCA**, s.86; **KNEPPER/BAILEY**, §1.02-4: A.Ş yöneticilerinin malik oldukları bilgi ve tecrübeyle şekillendirecekleri bu takdir yetkisinin kullanılması, onların şirkete sundukları hizmetin en önemli yönlerinden biri olmaktadır.

⁹ **EISENBERG** Melvin, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review, in Corporate Law”, Fordham Law Review, V. 62, I. 3, 1993, s. 439 (Standards)

yönetim kurullarının çağrı üzerine toplanıp karar alan yapısıyla da bağdaşmamaktadır¹⁰.

Aile şirketlerinde yönetim kurulunun şirketin işleyişine ilişkin tüm kararları bizzat alması; hatta şirketin gündelik işlerini bilfiil yürütmesi mümkün ve alışıldık olsa da, halka açık şirketler bakımından yönetim kuruluna böyle bir rolün izafesi lüzumlu ve mümkün görülmemektedir¹¹.

C. Fonksiyonu

Halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun temel olarak iki fonksiyonu

¹⁰ Yönetim kurullarının görevi bakımından kanunî tariflerle, bu kurulların şirketin işleyişindeki fiili rolleri arasında ortaya çıkan çelişki, ABD’de kanun koyucular tarafından da takdir edilmiştir. Nitekim, Delaware General Corporations Law’un (Delaware Anonim Şirketler Kanunu DGCL) “anonim şirketin ticarî iş ve ilişkilerinin yönetim kurulu tarafından idare edileceğini” öngören hükmü, 1974 yılında “...anonim şirketin ticarî iş ve ilişkileri yönetim kurulu tarafından veya yönetim kurulunun rehberliği ve gözetimi altında idare edilir...” şeklinde tadil edilmiştir [§.141(a)] Aynı maddenin devamında, esas sözleşme ile bu hükmün aksine bir düzenleme getirilebileceği; bu durumda kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklediği yetki ve görevlerin esas sözleşme ile tayin olunan kişilerce yürütüleceği öngörülmüştür. Aynı yıl içinde benzer bir değişiklik de, ABD Barolar Birliği’nce hazırlanan ve bağlayıcı gücü olmamakla birlikte, muhtelif hükümleri pek çok eyalet tarafından aynen iktibas edilmesi itibarıyla ABD anonim şirketler hukukunda büyük önemi haiz bulunan Model Business Corporations Act (Ticarî Anonim Şirketler Hakkında Kanun Tasarısı) de yapılmıştır. Bu hususta bkz. **SCHAEFTLER** A. Michael, *The Liabilities of Office: Indemnification and Insurance of Corporate Officers and Directors*, Boston 1976, s. 58 vd.

¹¹ **SCHAEFTLER**, s. 59; **COHN** R. Stuart, “Demise of the Director’s Due Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgement Rule”, *Texas Law Review*, V. 62, I. 4, 1983, s. 611-612; **LANE**, §2.02-8; **KNEPPER/BAILEY**, §1.03-7; **JOHNSON** Lyman P.Q./**MILLON** David, “Recalling Why Corporate Officers are Fiduciaries”, *William & Mary Law Review*, V. 46, I. 5, 2005, s. 1601

bulunduğu belirtilmektedir¹²: Bunlar, karar oluşturmak ve gözetimdir. Yönetim kurulunun karar oluşturmaktaki rolü genel olarak, liderlik etmek; şirketin temel politikalarını ve stratejik hedeflerini tayin etmek; etkin bir yönetim organizasyonu oluşturmak; genel kurulun tensibine sunmak üzere esas sözleşme değişiklikleri hazırlamak, yedek akçeleri –ve dolayısıyla pay sahiplerine ödenecek temettüleri- tayin etmek, müdürleri atamak, birleşme ve devralma ile şirketin tasfiyesine ilişkin kararları almak şeklinde sıralanabilir. Yönetim kurulunun gözetim fonksiyonu ise, şirketin mevcut ticarî iş ve ilişkilerinin gözlemek; risk değerlendirmesini ve yönetimini yapmak; icra başkanını (CEO) ve yöneticileri başarıları açısından değerlendirmek, bunların ücret ve ödeneklerinin sürekli olarak gözden geçirmek; şirket faaliyetlerinin hukukî yükümlölüklerle, esas sözleşmeye ve şirket politikalarına uygunluğunu gözlemek; şirketin ticarî faaliyetlerine ve finansal durumuna ilişkin olarak pay sahiplerine ve kurula sunulan bilgilerin sıhhatini incelemek; kurulun, üyeleri ve yapısı itibariyle genel verimliliğini değerlendirmek şeklinde özetlenebilir¹³.

Halka açık anonim şirketlerde yönetim kurullarının işlevsel değişimi, kurulların yapısal değişimini de tetiklemiştir. Günümüzde halka açık anonim şirketlerin yönetim kurullarında şirketle organik bir bağlantısı olmayan ve şirketin idare ve temsilde

¹² **MANNING** Bayless, “The Business Judgement Rule and the Directors Duty of Attention: Time for Reality, The Business Lawyer, V.39, I. 4, 1984, s. 1484 (Attention); ABA Committee on Corporate Laws, Corporate Director’s Guidebook, Forth Edition s. 5 (ABA Guidebook); Ayrıca bkz. FRC The Combined Code on Corporate Governance,2006, <http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/frc/Combined%20code%202006%20OCTOBER.pdf> , §1. A.1; SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri , Temmuz 2003, s. 39

¹³ ABA Guidebook, s.5; **KNEPPER/BAILEY**, § 1.03-8

yetkisi bulunmayan bağımsız yönetim kurulu üyelerine yer verilmesi¹⁴, kurumsal

¹⁴ Bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramı ve tarihi gelişimi için bkz. **ÖZKORKUT** Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, 2008 (Bağımsız), s. 5 vd.; Bağımsız yönetim kurulu üyeliği uygulaması ABD’de 60’lı yıllardan itibaren muhtelif isim altında (*independent/non-interested/disinterested/outside/non-employee* gibi) yaygın bir şekilde tatbik edilmekle birlikte, bu müessesenin Avrupa’da uygulanmaya başlaması görece yeni bir gelişmedir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri için kullanılan farklı kavramlar ve bu kavramlar arasındaki nüanslar için bkz. **CLARKE** C. Donald “Three Concepts of The Independent Director”, Delaware Journal of Corporate Law, V.32, n. 1, 2007, s. 78. Yazar, üst kavram olarak kullandığı “icracı olmayan yönetim kurulu üyesi” (*non management director*) kavramının altına, “bağımsız üye”(independent); “menfaat ilişkisi bulunmayan/tarafsız üye”(disinterested); “istihdam ilişkisi bulunmayan/harici üye” (*outside/non employee*) kavramlarını yerleştirmekte ve haklı olarak, istihdam ilişkisi bulunmayan (harici/outside) bir yönetim kurulu üyesinin pekala “bağımlı” olabileceğini ifade etmektedir. Yazarın tasnifi isabetli olmakla birlikte, a.g.m’inde de belirtildiği üzere ABD literatüründe “istihdam ilişkisi bulunmayan/harici üye” (*non employee/outside director*) kavramı hemen daima “bağımsız yönetim kurulu üyeliğini” ifade eder şekilde kullanılmıştır. Bunun sebebi, ABD’de harici yönetim kurulu üyelerine izafe edile gelen işlevlerin günümüzde “bağımsız yönetim kurulu üyeleri”ne atfolunanlarla aynı olmasıdır. Nitekim anonim şirketin idaresini icracı üyelerin ve üst düzey yöneticilerin etkisi altında kalmaksızın içerden gözlemek, hakim ortaklara karşı azlık haklarının bekçiliğini yapmak gibi işlevler, harici yönetim kurulu üyelerine izafe olunmaktaydı. Sonradan yaşanan gelişmeler, bilhassa Amerikan ekonomisinin yıldızı addedilen devasa şirketlerin hileli muhasebe pratikleri sonucu peşisıra iflasa sürüklenmeleri, bağımsızlık sorununu gündeme getirmiş ve bu hususta ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. Bugün bağımsızlık kriterleri muhtelif ülkelerde yerine göre kanunla, yerine göre düzenleyici otoritelerin vazettiği kurumsal yönetim kurallarıyla ve yerine göre de menkul kıymet borsalarının koyduğu listeleme şartlarıyla sarahaten ortaya konulmaktadır. Bu açıdan günümüzde “bağımsız yönetim kurulu üyeliği”nin, “harici (outside) yönetim kurulu üyeliği”nden farklı bir kategori olarak ele alınması tabii ise de, bunun sebebi ABD’de onlarca yıldır uygulandığı şekliyle harici yönetim kurulu üyeliğinin, özü itibarıyla bağımsız yönetim kurulu üyeliğinden farklı olması değildir. Bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin ABD’de onlarca yıl öncesine dayanan bir maziye sahip bulunması bu çerçevede

yönetimin vazgeçilmez uygulamalarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁵. Halka açık anonim şirketlerde yönetim kurullarının vicdanı olarak tasvir edilen¹⁶ bağımsız üyelere atfedilen muhtelif roller arasından en önemlisi, kurul üzerinde gözetim kurmaktır¹⁷. Bu gözetim temel olarak, yönetim kurulunun karar alma süreçlerinde bireysel menfaatlerin, şirket menfaatlerinin önüne geçmesi riskine karşı yapılmaktadır. İngiliz Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde yönetim kurulunun, karar alma süreçleri üzerinde belirli bir şahsın ya da küçük grupların hakimiyet kurmasını engelleyecek bir dengeyi sağlayacak şekilde, “*icrada görevli olan*” ve “*icrada görevli olmayan bağımsız*” üyelere oluşması öngörülmüştür¹⁸. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde ise yönetim kurulunun, ikiden aşağı olmamak üzere asgari 1/3’ünün, “*görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın icra*

değerlendirilmek gerekir. Karş. **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 46

¹⁵ Gerçi yönetim kurullarında bağımsız üyelere yer verilmesinin, pay sahiplerinde beyhude bir güven duygusu yaratacağından bahisle, bağımsız yönetim kurulu üyelerini *tuzak ördeklerine* benzetenler dahi olmuştur. Bkz. **BISHOP** W. Joseph, “Sitting Ducks and Decoy Ducks, New Trends in The Indemnification and Insurance of Corporate Directors and Officers”, The Yale Law Journal, V. 77 N. 6, May 1968, s. 1092. Fakat günümüzde gerek akademyanın, gerek kanun koyucuların ve gerekse düzenleyici otoritelerin, bu müessesenin faydası üzerinde birleştiği görülmektedir.

¹⁶ **SCHAEFTLER**, s. 53

¹⁷ Bağımsız yönetim kurulu üyelerine atfedilen roller için bkz. **CLARKE**, s. 79 vd.

¹⁸ FRC Combined Code, m. A.3/I. Söz konusu “denge” CC’nin müteakkip maddelerinde somutlaştırılmıştır. Buna göre, küçük şirketler müstesna olmak üzere, yönetim kurulu üyelerinin en azından yarısı bağımsız olmalıdır. Hesaplamaya kurul başkanı dahil edilmeyecektir. Yıl boyunca FTSE 350 endeksinin altında kalan küçük şirketlerde ise asgari iki bağımsız üyenin mevcudiyeti yeterli görülmüştür (CC §1. A.3.2). Bağımsızlık kriterleri için bkz. (CC. §1. A.3.1); **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 49

etme niteliğine ve potansiyeline sahip bağımsız üyeler”den oluşması düzenlenmiştir¹⁹ (m. 3.3.1). ABD’de kurumsal yönetim skandallarına tepki olarak 2002 yılında yürürlüğe sokulan Sarbanes Oxley Kanunu (SOA), halka açık anonim şirketlerin yönetim kurulları içinde münhasıran bağımsız üyelerden oluşacak bir “denetim komitesi” (*audit committee*) kurulmasını emretmektedir (SOA § 301)²⁰.

Yönetim kurulu içinde işlevleri ve şirketle ilişkileri bakımından birbirinden kalın çizgilerle ayrılan iki farklı türde üyeye yer verilmesi suretiyle bir gözetim mekanizması teşekkül ettirilmesi, Alman hukukundaki ikili yönetim kurulu yapısının, üniter yönetim kurulu modeline entegrasyon biçimi olarak değerlendirilebilir²¹. Öte yandan, gerek

¹⁹ Bağımsızlık kriterleri için bkz. SPKKYİ m.. 3.3.5

²⁰ Aynı tepki NYSE ve NASDAQ’ın 2003 yılında SEC tarafından onaylanarak yürürlüğe giren muaddel listeleme koşulları içinde, bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesine de sebep olmuştur. Bu düzenlemeler yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun bağımsız olmasını aramakta ve bağımsızlık kriterlerini detaylı olarak göstermektedir. Bu hususta bkz. **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s.35 vd.

²¹ **BISHOP**, s. 1092-1093: Nitekim bağımsız yönetim kurulu üyeleri, halka açık Alman anonim şirketlerindeki (AG) gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) üyelerine benzetilmekte; bağımsız yönetim kurulu üyeliği de, Alman kurumsal yönetiminin anglo amerikan modeli üzerindeki somut etkisi olarak görülmektedir. Üniter ve ikili yapıdaki yönetim kurullarının mukayesesi ve Avrupada’daki uygulamaları için bkz. **HOPT J. Klaus/LEYENS C. Patrick**, “Board Models in Europe, Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy”, ECGI Working Papers on Law, 2004, N.18/2004, s.4-9 (SSRN: <http://ssrn.com/abstract=487944> üzerinden erişilebilir); Bu benzetme için ayrıca bkz.. **LEDERER Philip**, “A Comparative Analysis of the Liability of Non-executive Directors in the UK and of Members of the Supervisory Board in Germany”, European Business Law Review, V. 17, I.16, 2006 , s. 1575 vd.; **CHEFFINS R. Brian/BLACK S. Bernard**, “Outside Director Liability Across Countries”, Texas Law Review V.84, 2006, s. 1420-1422.

mukayeseli hukukta, gerekse ülkemizde yönetim kurulları içinde tamamen bağımsız üyelere oluşması öngörülen “denetim komiteleri”, bu entegrasyonun somut bir tezahürü olarak görülebilir²². Ancak Alman sisteminde “gözetim kurulu”nun ifa ettiği rolün, nitelik itibariyle “denetim komiteleri”nden farklı olduğu belirtilmektedir²³. Zira Alman hukukunda gözetim kurulu üyeleri, belirli menfaat gruplarını temsilen seçilmektedir. Bu itibarla gözetim kurulu üyeleri, yalnızca yönetimden bağımsız olup, temsil ettikleri menfaat gruplarına bağlıdırlar²⁴. Burada yönetimden bağımsızlıkla varılmak istenen amaç, pay sahiplerinin değil, fakat temsili söz konusu olan menfaat gruplarının (işçiler, bankalar vs.) korunmasıdır²⁵.

D. Yönetim Kurulu’nun İşbölümü, Yetki Taksimi ve Devri

1) Yönetim Kurulu içinde Komisyon veya Komite Teşekkülü

Yönetim kurulu görevlerini, kendi içinde işbölümüne giderek; diğer bir ifadeyle TTK m. 318/II anlamında komiteler veya komisyonlar teşekkül etmek suretiyle yerine

²² Bkz. SPKKYİ , m. 5.6. ; CC §1 C.3; SOA §301. Denetim komiteleri diğer taraftan, halka açık anonim şirketlerin dışarıdan denetlenmesinde bağımsız denetim kuruluşlarına karşı giderek artan bir şüphecilğin ifadesi olmaktadır. Bkz. SOA §301 B (2); CC §1 C.3.2 beş ve altıncı satırlar, C.3.6, C.3.7 ; SPKKYİ m. 5.6.5-9 Türk hukukunda bağımsız dış denetlemeye ilişkin mer’i ve müstakbel hukukî düzenlemeler için bkz. **ÖZKORKUT** Korkut, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhaesibeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler”, BATIDER, Cilt XXIII sayı: 2, 2005, s. 29-69

²³ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 50

²⁴ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 50

²⁵ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 49

getirebilir. Yönetim kurulu içinde bu tür bir yapılanmaya gidilmesi, tamamiyle kurulun takdirinde olup esas sözleşmesel dayanak gerektirmemektedir. Zira ilgili maddede düzenlendiği anlamda komisyon teşekkülü, tek başına üyeler arasında yetki devrini/taksimini sonuçlamayıp, yönetim hak ve görevi bu durumda dahi kurulun bütün üyelerine ait olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte komisyonlar, TTK m. 319/I hükmüne tevfikan yetki taksimi suretiyle de oluşturulabilir.

2) Yetki Taksimi

Anonim şirketin münhasıran yönetim kurulunca temsil/idare olunamayacağını ve bütün yetkilerin kollektif olarak kullanılmasının doğuracağı pratik zorlukları takdir eden kanun koyucu, TTK m 319 ile yetki taksimine/devrine izin vermiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında, esas sözleşmede hüküm bulunmak ve usulü gösterilmek şartıyla²⁶, idare ve temsil yetkilerinin üyeler arasında bölünebileceği öngörülmektedir. TTK m. 319/I hükmü, doktrinde yönetim haklarının taksimi olarak nitelendirilmektedir²⁷. Burada yönetim kurulunun işbölümü düzenlemektedir. Fakat TTK m. 318/II hükmünden farklı olarak, bu işbölümü, kurulun iç teşkilatlanmasıyla sınırlı kalmamakta; görevler esas sözleşmeyle taksim edildiği ölçüde üyeler arasında yetki ve sorumluluk devrini de sonuçlamaktadır (TTK m. 336/II).

²⁶ **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 78; **ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP)** s. 304; karş. TTK Tasarısı m.367 ve gerekçesi

²⁷ **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 78 ; **ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP)** s. 304

3) Yetki Devri

TTK m. 319/II da, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla, yönetim kuruluna ait yetki ve görevlerin, tamamen veya kısmen Murahhaslara devrine cevaz verilmiştir. Murahhasların yönetim kurulu üyesi olmaları şart değildir. Bu hükme nazaran yönetim kurulu, yetkilerini üyeleri dışındaki kişilere de devredebilmektedir. Yönetim kurulu yetkilerini ister üyeleri arasında taksim etsin; ister üyelerinden bazılarına yahut üyeleri dışındaki kişilere devretsin; yetkiler devredildiği ölçüde sorumluluk da devredilir ve devredilen bu yetkiler bakımından müteselsil sorumluluk cari olmaz²⁸. Fakat yetki ve görevlerinin tamamını devreden bir üyenin dahi, murahhaslar üzerindeki gözetim görevi ile buna bağlı sorumluluğu devam eder²⁹. Halka açık anonim şirketlerde, icra işlerinden en üst derecede yetkili ve sorumlu olacak bir murahhas üye atanmaktadır. Şirket faaliyetlerinin icrasından en üst düzeyde sorumlu olmak üzere atanan söz konusu murahhas üye³⁰, ülkemizde genel müdür; icra başkanı; icra komitesi başkanı ve CEO

²⁸ Şu kadar ki yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren işler bu prensibin sınırını teşkil eder. Bir başka ifadeyle, yetkilerin ve dolayısıyla da sorumluluğun geçerli olarak devredilebilmesi herşeyden önce devire konu yetkilerin nitelikleri itibarıyla kabili devir olmasını gerektirir. Diğer taraftan kurulun asgari bir üyesinin temsil yetkisini muhafaza etmesi kanunî zorunluktur. Doktrinde TTK m. 325-427, 331, 365, 381 de düzenlenen yetki ve görevlerin münhasıran yönetim kuruluna ait olduğu kabul edilmektedir. **ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP)**, s. 536; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 79; Yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren yetki ve görevler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 375. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

²⁹ **ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP)**, s. 304; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 80; **KARACA** Bedir, Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 2005, s. 13; **ÖZKORKUT**, Bağimsız, s. 177

³⁰ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde ve mukayeseli hukukta CEO'ya atfedilen yetki ve

olarak adlandırılmaktadır³¹.

II. Diğer Yöneticiler

A. Yönetici Kavramı

Burada söz konusu olan, yönetim kurulunun kararlarını uygulayan, kurulun çizdiği vizyona ve genel politikalara göre yetkisi dahilinde bağımsız kararlar da alabilen; şirketin temsil ve idaresini bilfiil icra ederek, şirketin gündelik faaliyetlerini yürüten üst

görevlerin TTK çerçevesinde yürütülebilmesi için CEO'nun yönetim kurulu üyesi olması teoride şart değildir. TTK m. 319/II anlamında murahhas müdürün, bu görevin gerektirdiği yetkilerle mücehhez olabileceği şüphesiz ise de, gerek Türkiye'de gerekse uluslararası uygulamada CEO, hemen daima yönetim kurulu üyesi olmaktadır. Yönetim kuruluyla sürekli etkileşim içinde bulunmayı gerektiren bu mevkiye, kurul dışından birinin atanmasına nadiren rastlanılmaktadır. Esasen asıl tartışma, yönetim kurulu başkanının aynı zamanda CEO görevini yürütmesinin fayda ve zararları üzerinde odaklanmaktadır. “Uygula ya da açıkla” ilkesine dayalı Türk (SPK) ve İngiliz (FRC) kurumsal yönetim ilkeleri, CEO ve yönetim kurulu başkanlığı sıfatlarının aynı kişi üzerinde toplanmaması kabul edilmiştir. Öte yandan Bankacılık Kanunu'nda, yönetim kurulu başkanlığı ve genel müdür sıfatlarının aynı şahıs üzerinde toplanması açıkça yasaklanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 174 vd.). ABD uygulamasında ise genellikle yönetim kurulu başkanı aynı zamanda CEO olmaktadır. Bu konuda bkz. **KNEPPER/BAILEY**, §1.03-9 vd; ABA Guidebook, s. 28; **JONHSON/MILLON** s. 1650-1651; FRC Combined Code, m.A.2.1; SPKKYİ m.3.2.1.

³¹ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 113: “CEO ya da icra başkanlığı hukuki bir konu olmaktan ziyade yönetim bilimini ilgilendiren işletme örgütü hakkındaki bir konu olarak görünmektedir. Zira, CEO ta da icra (kurulu) başkanı şeklinde nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin, hukuki olarak elde ettiği yetkilere göre, yönetim kurulu üyesi ise murahhas aza, yönetim kurulu üyesi değilse murahhas müdür ya da geniş yetkili tacir yardımcısı yetkileri verilmişse ticari mümessil sıfatını haiz bir genel müdür olacak ve hak ve yükümlülükleri bakımından uygulanacak hükümler de değişiklik gösterecektir.”

düzyer yöneticilerdir. Evvelce belirtildiğı üzere, halka açık anonim şirketlerde, yönetim kurulunun şirketin gündelik işlerindeki rolü sınırlı olmakta; şirketin günlük işlerinin bilfiil idaresi yöneticiler tarafından yürütölmektedir. Anonim şirketin büyüklüğüne ve faaliyet gösterdiği alanlara bağılı olarak, yönetim organizasyonu içinde farklı yetkilere sahip pek çok yönetici bulunabilir. “Şirketin işleri ve muameleleri gerektirdiğı zamanlarda”³² ya da “ayda bir defadan az olmamak kaydıyla”³³ biraraya gelen yönetim kurullarından farklı olarak, yöneticiler şirkette tam zamanlı olarak görev yapan, işleri doğrudan doğruya idare eden profesyonel yöneticilerdir. Bu itibarla yöneticilerin şirketin gündelik faaliyetlerine ilişkin bilgi ve tecrübeleri, yönetim kurulu üyelerinininkine nazaran daha yüksek olabilmektedir³⁴.

³² Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi Ana Sözleşmesi, m.11/1 <http://www.turkcell.com.tr/ir/Anasozlesme04052005.pdf> (Erişim 10 Nisan 2007) NYSE’de listelenmesi itibariyle ABD sermaye piyasası mevzuatına da tabi olan söz konusu şirketin Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyum Raporu’nda da 2006 senesinde yönetim kurulunun 11 defa olağan şekilde toplandığı, fakat bunun dışında takvimdışı toplantılar da yapıldığı belirtilmiştir. Koc Holding Kurumsal İlkeleri Uyum Raporuna nazaran, 2006 yılında yönetim kurulu 4 defa toplanmıştır. http://www.koc.com.tr/images/pdf/Corp_Gov_Align_Report.pdf (Erişim 10 Nisan 2007)

³³ Doğan Yayın Holding 2006 Yılı Kurumsal Yönetim Uyum Raporu m. 23.5.1 , <http://www.dyh.com.tr/tr/download/DYHOL%20Kurumsal%20Y%C3%B6netim%20Uyum%20Raporu.pdf> (Erişim 10 Nisan 2007)

³⁴ **JOHNSON/MILLON**, s. 1618-1619 : ABD’de Sarbanes Oxley Kanunu’nundan önce yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatla yaptıkları mesainin senede ortalama 40 saati geçmediğı; Sarbanes Oxley Kanunu’nu müteakiben 190 saate çıkan bu ortalamanın dahi müdürlerin şirket işlerine adadıkları zamanla mukayese edilemeyeceğı haklı olarak belirtilmektedir.

B. Yöneticilerin TTK'da Düzenlenme Biçimi

TTK, anonim şirket yönetiminde yönetim kurulu üyeleri dışında, “murahhas” ve “müdür” kavramlarına yer vermektedir. Şayet murahhas yönetim kurulu dışından atanmış ise, “murahhas müdür” olarak adlandırılmaktadır. TTK'da “müdür” kavramına yer verilen bir diğer düzenleme, 342. maddede yer almaktadır. Ancak 342. maddede düzenlenen müdürlük, murahhas müdürlükten tamamen farklıdır. Yönetim kurulunun, yönetim ve temsil yetkisini taşıyan murahhas müdürler, “kişi organ” seviyesindedirler³⁵

1) Murahhaslar (TTK m. 319/II)

TTK m. 319/II'de düzenlenen murahhaslar, yönetim kuruluna ait yetki ve sorumlulukların kısmen ya da tamamen kendilerine devredildiği kişilerdir. Bu kişi ya da kişiler, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi oldukları takdirde TTK'nun tabiriyle “murahhas aza”; yönetim kurulu dışından iseler, “murahhas müdür” olarak adlandırılmaktadırlar. Murahhas atanması için esas sözleşmesel dayanak şarttır. Esas sözleşmedeki düzenlemeye göre, murahhaslar yönetim kurulu veya genel kurul tarafından atanırlar. TTK'da murahhasların azli düzenlenmemiştir. Murahhasların organ niteliğinden hareket eden bir fikre göre, azil yetkisi münhasıran genel kurula aittir³⁶. Yönetim kurulunun murahhaslar üzerindeki nezaret yükümlülüğünden hareket eden diğer bir fikre göre ise, murahhasları atayan organ azle de yetkilidir³⁷ Esasen ister genel kurul, ister yönetim kurulu atamış bulunsun, murahhasları azil yetkisinin yönetim

³⁵ ÖZKORKUT, Bağımsız, s. 177

³⁶ Bkz. ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP) s. 304.

³⁷ Bkz. KARACA, s. 14

kuruluna tanınması gerekir. Bu yetki, yönetim kurulunun murahhaslar üzerinde genel bir denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğuna ilişkin kabulün doğal sonucu olacaktır. Yönetim kurulu üyelerini bir taraftan murahhaslara nezaret ile yükümlü kılmak diğer taraftan bu nezareti etkin bir şekilde gerçekleştirecek en önemli araçtan mahrum bırakmak, -bilhassa TTK Tasarısı'ndaki 367/III benzeri bir hükmün yokluğunda- yetki/sorumluluk dengesini önemli ölçüde sarsacaktır. Murahhaslar genel kurulca atanmış olsalar dahi, TTK'nun, aleyhlerinde kusur karinesi kabul ettiği yönetim kurulu üyeleri, hukukî sorumluluk riskini müteselsilen taşımaktadırlar. Bu açıdan söz konusu riski pekala tahakkuk ettirebilecek nezaret yükümlülüğünün, azil yetkisini de içermesi gerekir³⁸.

Murahhaslar, yönetim kuruluna ait yetkileri devaldikları ölçüde bu yetkilere terettüp eden hukukî sorumluluk riskine tek başlarına maruz kalırlar (TTK m. 336/son).

2) Şirket İşlerinin Dış İlişkide İcrasıyla Görevli Müdürler (TTK m. 342)

TTK m. 342'de düzenlenen müdürlük ise, yetkileri şirket işlerinin dış ilişkide yürütülmesiyle sınırlı olan alt düzey yöneticilerin atanmasında başvurulabilecek bir hükümdür³⁹. TTK bu hükme nazaran atanan yöneticileri, “şirket muamelelerinin icra safhasına taalluk eden kısmı” kendilerine tevdi edilen müdürler olarak tanımlamaktadır. Bu anlamda müdür atanması yönetim kurulunun yetki devrini sonuçlamayacağı içindir ki, TTK m. 342'ye göre müdürlerin görevlendirilmesinde esas sözleşmesel dayanak

³⁸ Murahhaslarla yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki için bkz. **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 79 vd.

³⁹ **ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP)**, s. 362

aranmamıştır. Esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça atama ve azil yetkisi yönetim kuruluna aittir⁴⁰ (TTK m. 343). TTK m. 342'ye nazaran atanan müdürlerin yetkileri açısından, “şirket muamelelerinin icra safhası” ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği; müdürlerin fonskyionunu salt alınan kararların icrasına hasretmenin ticarî hayatın gerekleriyle bağdaşmayacağı; ayrıca onları herhangi bir memurdan farksız kılacağı gibi mülahazalarla, TTK m 342'de düzenlenen müdürlerin dahi, icrası kendilerine tevdi edilen işlere ilişkin olağan kararları bağımsız olarak alabilecekleri belirtilmektedir⁴¹.

§2.ANONİM ŞİRKET YÖNETİCİLERİNİN TEMEL BORÇLARI

I. Genel Olarak

Bu paragrafta yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerin münferit yükümlülükleri ve bunların ihlaline bağlanan hukukî sorumluluk hallerinin teker teker incelenmesi yerine, bu çalışmanın amacıyla sınırlı olarak A.Ş yöneticilerinin hukukî sorumluluklarını doğuran hukukî düzenlemelerin temel referansı olan özen ve sadakat borçları ele alınmaktadır. Özen ve sadakat borçları gerek doktrine, gerekse kanuni düzenlemelere uygun olarak yönetim kurulu üyeleri esas alınmak suretiyle incelenecektir. Esasen yönetim kurulu üyeleri bakımından belirtilen hususlar, diğer

⁴⁰ Yönetim kurulu üyeleri müdürlerin seçiminde özen göstermek, işlerine sürekli nezaret etmek ve kurulun yetkisinde olmayan bir işi müdürlere havale etmemekle mükelleftirler. Yönetim kurulu üyeleri, bu hususlarda ihmalleri bulunmamak şartıyla, müdürlerin sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu değildirler(TTK m. 346).

⁴¹ **KARACA**, s. 16-17

yöneticiler bakımından da geçerlidir.

Anonim şirket ve yöneticileri arasındaki ilişkinin temel özelliği güven unsurunun ön planda bulunduğu bir ilişki olmasıdır⁴². Hakikaten yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerin şirketle aralarındaki akdi ilişki, ister vekalet, ister hizmet olarak tavsif edilsin; bu ilişkinin “güvene dayalı olmak” (*fiduciary*) özelliği değişmemektedir⁴³.

⁴² **ÇAMOĞLU** Ersin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 392 (Özen); **ANSAY** Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Ankara 2005, s. 6; **ŞEHİRALİ ÇELİK** Feyzan, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara, 2008, s. 26

⁴³ Türk doktrininde hakim görüş bu ilişkiyi yönetim kurulu üyeleri açısından vekalet, TTK m. 342 anlamındaki müdürler bakımından da hizmet olarak tavsif etmektedir. Akdi ilişkinin münferit pay sahipleriyle değil, fakat şirketle yöneticiler arasında bulunduğu kabul edilmektedir. Yönetim kurulu üyeleri ve münferit pay sahipleri arasında bir temsil/vekalet ilişkisi genel olarak kabul edilmemektedir. Buna karşın ABD’de, anonim şirket uygulamasının ilk gelişmeye başladığı yıllardan itibaren, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin yanısıra, pay sahiplerinin üstünlüğü doktrini (*shareholder primacy norm*) çerçevesinde yöneticiler ve pay sahipleri arasında da bir vekalet/temsil ilişkisinin (*agency*) mevcudiyetinden bahsedilmiştir. Özellikle iktisatçılar, yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ilişkiye hemen daima bu zaviyeden yaklaşmışlardır. Modern görüşler hem pay sahiplerinin üstünlüğü doktrininin halka açık anonim şirketlerde eski ağırlığını kaybettiğinin altını çizmektedir, hem de vekalet ve temsile ilişkin prensiplerin anonim şirkette münferit pay sahipleriyle yöneticiler arasındaki ilişkiye uygulanmasının pratik açıdan imkansızlığını vurgulamaktadır. Bu hususlara ilişkin tartışmalar için bkz. **DEMOTT** A. Deborah, “Shareholders as Principles”, Duke Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 15, 2001 (SSRN: <http://ssrn.com/abstract=275049> üzerinden erişilebilir); **JENSEN.C.** Michael/**MECKLING** H. William, “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure”, **ROMANA** Roberta (der.), Foundations of Corporate Law, 2nd Reprint 2004, s.4-9; **SMITH** D. Gordon, ”The Shareholder Primacy Norm”, Journal of Corporation Law, V.23, I.2 s.277-323, 1998 (Primacy); **GUTIERREZ** Maria, “A Contractual Approach to the Regulation of Corporate Directors’

Özellikle mülkiyet ve yönetimin birbirinden ayrıldığı halka açık anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyeleri özünde pay sahiplerine ait bir malvarlığını idare eden kişiler durumunda bulunduklarından, şirketle aralarındaki ilişkiye güven unsuru hakim olmaktadır⁴⁴. Şirketle aralarında bulunan güvene dayalı bu ilişki sebebiyledir ki, yönetim kurulu üyeleri şirket işlerini görürken belirli standartlara uymak ve güven ilişkisini sarsacak bir takım davranışlardan kaçınmakla mükellef kılınmışlardır.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle aralarındaki güvene dayalı ilişkiden doğan sorumlulukları, özen ve sadakat borçları çerçevesinde şekillenmektedir. Özen borcu, yönetim kurulu üyelerinin, şirket işlerini makul bir dikkat ve itina ile görmelerini ifade ederken; sadakat borcu, şirket işlerinin daima iyiniyetle ve şirket menfaatleri ön planda tutularak görülmesi gereğini ifade etmektedir.

Özen ve sadakat borçlarının dikkate değer bir özelliği, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan bağımsız olarak, A.Ş. yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk rejimini düzenleyen hükümlerin temel referansını teşkil etmeleridir. İster Anglo-Amerikan sistemine, ister Kıta Avrupası sistemine dahil olsun; özen ve sadakat

Fiduciary Duties”, CEMFI Working Paper No. 0013, 2000. Diğer taraftan, temsil ilişkisi bulunmasa dahi, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine karşı güvene dayanan bir sorumluluğu bulunduğu kabul edilmekte olup, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açabildikleri sorumluluk davaları bu ilişkiye dayandırılmaktadır.

⁴⁴ ANSAY s. 6; Corporate Governance and Fiduciary Duties: A Multi-Jurisdictional Review of the Directors’ Relationship to the Corporation, ABA Business Law Section, Corporate Governance Committee (ABA Multi-Jurisdictional Review), <http://www.abanet.org/buslaw/newsletter/0026/materials/46.pdf> (Erişim 8 Şubat 2007), s.4

borçları, anonim şirket uygulamasının bulunduğu her yerde yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk rejiminin temel unsuru olmaktadır. Özen ve sadakat borçları, sorumluluk rejiminin genel çerçevesini çizmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğuna ilişkin tüm düzenlemeler, özen ve/veya sadakat borçlarının özel tazahürleri olarak değerlendirilebilir⁴⁵.

II. Özen Borcu

A. Özen Borcunun Niteliği

Özen borcu hem bağımsız bir bağımsız borcu hem de, yönetim kurulu üyelerinin ihtilaf konusu haline gelen ihmali ve icrai fiilleri dolayısıyla kusurlu olup olmadıklarını saptamaya yarayan bir ölçüyü ifade etmektedir⁴⁶. Özen borcunun, önleyici ve telafi edici olmak üzere ikili bir işlev gördüğü belirtilmektedir. Şöyle ki, özen borcu öncelikle, yönetim kurulu üyelerini şirket işlerinde gerekli özeni göstermek hususunda güdüleyerek şirketin zarar görmesi ihtimalini azaltmaktadır (*Ex-ante işlevi*). Özen borcunun telafi edici rolü ise zarar doğduktan sonra şirketin ve pay sahiplerinin maruz kaldığı zararın

⁴⁵ *Skeen v. Jo-Ann Stores Inc.*, 750 A.2d 1170, 1172 (Del. 2000), **KNEPPER/BAILEY**, §3.02-7'den naklen

⁴⁶ **ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP)**, s. 326; **GUITERREZ**, s. 5; **KNEPPER/BAILEY**, §3.01; bağımsız bir borç olmayıp, yalnızca kusurun tespitinde ölçüt olduğu kanaati için bkz. **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 47. Doktrinde, vekilin özen borcunun hukukî niteliği konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri; özen borcunun, vekilin üstlendiği edimden bağımsız bir borç olduğunu ileri süren görüş ile, özen borcunun vekilin aslî borcunun gereği gibi ifasını sağlayan talî bir borç olduğu ayrımıdır. Bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 147.

tazmin edilmesinde ortaya çıkmaktadır (*Ex-post işlevi*)⁴⁷.

B. Özen Derecesi

Yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde göstermeleri gereken özenin derecesi genellikle objektif bir ölçütle tespit edilmektedir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta, A.Ş yönetim kurulu üyelerinin, şirket işlerinde gösterecekleri özenin tayininde, objektif ve subjektif ölçülere birarada yer veren düzenlemeler de bulunmaktadır. Türk hukukunda A.Ş yönetim kurulu üyelerinin özen derecesi ziyadesiyle tartışmalı bir konu olmakla birlikte, doktrindeki hakim görüş ve uygulama objektif kıstaslara itibar etmektedir.

1) Karşılaştırmalı Hukukta Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi

Yukarıda belirtildiği üzere mukayeseli hukukta, A.Ş yönetim kurulu üyelerinin özen derecesi genellikle objektif ölçütlerle düzenlenmektedir. Buna göre, benzer konumda bulunan ortalama yeteneğe sahip, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin aynı şartlar altında sarf edeceği özeni gösteren yönetim kurulu üyesi, özen borcunu yerine getirmiş sayılmaktadır⁴⁸. Hakikaten, Almanya, Avusturalya, Kanada, Fransa, Japonya’da burada ifade olunan ölçüte çok benzeyen objektif ölçütler kullanılmaktadır⁴⁹. Buna karşın bazı

⁴⁷ **GUITERREZ**, s. 5

⁴⁸ Anonim şirket yöneticilerinin özen borcunun bu suretle düzenlenmesini eleştiren ve söz konusu düzenleme şeklinin, anonim şirketlerin işleyişleri ve yönetim kurullarının yapılarıyla bağdaşmadığına ilişkin görüş için bkz. **MANNING**, Attention, s. 1492-1495

⁴⁹ **CHEFFINS/BLACK**, s. 1422, 1433, 1442, 1453, 1458.

ülkelerde objektif ve subjektif standartlar birarada uygulanmaktadır. Örneğin İngiltere’de özen derecesinin tayininde objektif ölçütün yanısıra, ilgili yönetim kurulu üyesinin kişisel bilgi, yetenek ve tecrübe düzeyinin de dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir⁵⁰.

ABD’de özen derecesi, eyaletlerin büyük kısmında kanunla düzenlenmiş olmakla birlikte, Delaware’de müşterek hukuk tarafından belirlenmektedir. En yaygın şekilde kabul edilen ölçüt, muaddel Model Act’in (RMBCA) kabul ettiği, “aynı nitelikte bir konumda bulunan ortalama düzeyde tedbirli, sağduyulu bir kişinin benzer şartlar altında göstereceği özen”dir (*Orinarily prudent person in a like position*)⁵¹. Delaware’de müşterek hukuk çerçevesinde aynı ölçüt geçerli olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu dolayısıyla hukukî sorumluluğu, ticarî takdirler çerçevesinde ağır ihmalin; gözetim yükümlülüğü çerçevesinde ise kötüniyete tekabül eden şuurlu bir ihmalin mevcudiyetine bağlı olmaktadır. ABD’de özen borcunun en önemli unsurunu bilgi kavramı teşkil etmekte; özen borcu hemen daima bilgiye dayalı hareket ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Öte yandan hemen tüm eyaletlerde, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğun -yönetim kurulu üyesinin kasdı ve kötüniyetini içeren tasarrufları müstesna olmak üzere- şirket ve pay pay sahiplerinin parasal tazminat talepleri itibariyle izale edilmesine cevaz verilmektedir. Diğer taraftan, federal sermaye piyasası mevzuatının (özellikle Securities Act of 1933 ve Securities Exchange Act of 1934) kamunun aydınlatılmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde daha yüksek

⁵⁰ Bkz. Companies Act 2006 m. 174/II; Insolvency Act 1986 m.214/4

⁵¹ Bkz. RMBCA §8.30 (a); N.Y Bus. Corp.Law §717(a)

standartlar ortaya çıkabilmektedir⁵².

2) Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi

Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin, özen derecesi⁵³ TTK'nun bu hususta net bir düzenleme getirmek yerine, göndermelerden oluşan bir sistemi kabul etmesi sebebiyle tereddütlere ve tartışmalara açık bir konu olmuştur⁵⁴. Nitekim TTK'nun 320. maddesi yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde göstereceği özen hususunda, BK'nun adi şirkette ortakların özen borcuna ilişkin m. 528/II hükmüne atıf yapmaktadır. BK'nun m. 528/II hükmü vekilin özen borcuna ilişkin BK m. 390'a; bu hüküm ise işçinin özen borcunun düzenlendiği BK m. 321'e atıfta bulunmaktadır⁵⁵. Üç dereceli atfı

⁵² Bu hususta bkz. Securities Act of 1933 §.11/(c); Exchange Act of 1934 §.13/(b)7; **KNEPPER/BAILEY** §13.04. Burada altı çizilmesi gereken husus, federal sermaye mevzuatından doğan sorumluluklar yönünden eyalet kanunlarının, özen borcunu *ipso jure* tahdit eden, yahut tahdit edilmesine izin veren hükümlerinin geçerli olmadıklarıdır.

⁵³ Özen borcu değişik kanunlarda çeşitli kişilere yüklenmiştir. BK. m. 256 kiracının, BK. m. 278 ürün kiracısının, BK. m. 321 işçinin, BK. m. 390/231 vekilin, BK. m. 528 adi şirket ortağının, TTK. m. 124/II acentanın, TTK. m. 225 kolektif şirket tasfiye memurunun, TTK. m. 809 taşıma komisyoncusunun, TTK. m. 959 gemi müdürünün, TTK. m. 972 kaptanın ve TTK. m. 1061 taşıyanın özen borcunu düzenlemektedir.

⁵⁴ Bkz. TTK Tasarısı m.369 gerekçesi

⁵⁵ Kanun koyucu, vekilin özen borcunu işçinin özen borcuna atf yaparak düzenlemiştir. Ancak hakim görüş, bu düzenlemenin “kanun koyucunun bir hatası (gesetzgeberische Fehlleistung)” olduğunu, onun söz konusu düzenlemeyi yaparken hatalı davrandığını savunmaktadır. Buna göre, iş görme sözleşmelerindeki sorumluluk hallerinin tamamının, hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna tâbi tutulması doğru değildir. Çünkü, vekâlet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasındaki ilişki, işçi ile işveren arasındaki ilişkiden son derece farklı esaslara bağlanmış bulunmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, s. 160.

müteakkip nihayet yönetim kurulu üyelerinin özen derecesine ulaşıldığında dahi, birinci derecedeki atıfta (BK m. 528/II) yer alan “ücret” kavramının yarattığı tartışmalar⁵⁶ sebebiyle ittifak halinde kabul edilen bir ölçüt konulamamaktadır. Öte yandan, ücrete ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılıp, TTK m. 320’nin BK m. 528/II ‘ye herhangi bir ayırım gözetmeksizin mutlak suretle atıf yaptığı ve dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin ücret alıp almaması bakımından bir ayırım gözetilmemesi gerektiği kabul edildiğinde dahi⁵⁷, işçinin özen borcunu objektif ve subjektif unsurları içeren karma bir sistemle⁵⁸ düzenleyen BK m. 321’in yönetim kurulu üyelerine hangi kapsamda uygulanacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin özen derecesi, BK m 321’de yer alan objektif ve subjektif unsurların birarada değerlendirilmesiyle tayin edilir. Dolayısıyla, *benzer konumda bulunan ortalama yeteneğe sahip dürüst ve tedbirli bir yöneticinin aynı şartlar altında sarf edeceği özeni*

⁵⁶ Tartışma, ücret alan ve almayan yönetim kurulu üyelerinin gösterecekleri özen konusunda farklı standartların kabul edilip edilmediği noktasındadır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinin BK m. 321’de düzenlenen işçinin özen borcuna tabi olacağı açıktır. Buna karşın, BK m. 528/II hükmünün, adi şirket işlerini ücretle idare eden ortağın özen borcunu düzenlediğinden bahisle, ücret almayan yönetim kurulu üyelerinin özen derecesinin BK m. 528/I hükmüne göre subjektif (*kendi işlerinde gösterdiği özen*) olacağı ileri sürülebilmektedir. Bkz. **ANSAY** Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1971 s. 188-109 (Anonim); **DOMANIÇ** Hayri, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, s. 61; **ATAN** Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 22.

⁵⁷ **ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP)**, s.. 328 ; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 44; **DOĞANAY** İsmail, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumlulukları”, BATIDER, C. XVII, S. 3, 1994, s. 58

⁵⁸ **YAVUZ** Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bası, İstanbul 2002, s. 417-418; **ARAL** Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, Ankara 2000, s. 419

ifade eden objektif ölçütün yanısıra, “*yönetim kurulu üyesinin genel kurul tarafından bilenen veya bilinmesi gereken malumat ve mesleki vufuk derecesi ile şahsi istidat ve vasıfları da nazarı itibara alınacaktır*”⁵⁹. Aksi yöndeki görüşe göre ise, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri özenin subjektif esaslardan hareketle tayin edilmesi sorumluluk rejimini zedeler. Kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayacak bu sonuç kabul edilemez. Hatta, yönetim kurulu üyeliği için liyakatli olmadığını bilen ya da bilmesi gereken kişinin bu görevi kabul etmesinin kendi başına bir sorumluluk sebebi sayılması savunulmaktadır⁶⁰.

Doktrinde bu hususta kabul edilen objektif ölçütlerden birine göre, kanunun yönetim kurulu üyelerine yüklemiş olduğu özen borcu, TTK. m. 20/II’de öngörülen “basiretli tacir gibi hareket”⁶¹ etme yükümü ile aynı nitelikte bir borçtur⁶². Ancak basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü, -özellikle bu yükümlülüğün Yargıtay tarafından katı bir şekilde yorumlandığı ülkemizde- A.Ş yönetim kurulu üyelerinin özen derecesinin saptanmasında elverişli bir ölçüt değildir. Zira bu ölçüt, yönetim kurulu

⁵⁹ ÇAMOĞLU, Özen, s. 399; Sorumluluk, s. 72

⁶⁰ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 46; GÜNEY AKDAĞ, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 66; karşı. KNEPPER/BAILEY §3.10

⁶¹ TTK. m. 20/II’ye göre, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli işadamı gibi hareket etmek demek, hukukî ve fiili durumu dikkate alarak, ileriye görecektir şekilde davranmak anlamına gelir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. BERZEK, Ayşe N., Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2007, s. 51-52.

⁶² ÇAMOĞLU, Özen, s. 390; DOĞANAY, s. 58

üyelerinin takdir hatalarına bağı hukuki sorumluluk rizikosunu fevkalade ağırlaştırır⁶³.

Yargıtay da yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri özen derecesi bakımından objektif ölçütler koymaktadır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre, yönetim kurulu üyeleri “*mütebbir bir şirket idarecisi gibi hareket etmeleri*”⁶⁴.” Gerekir. Yargıtay'ın bir diğer kararına göre ise, “*yönetim kurulunun, ticaret şirketinin iştigal konularına giren bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi lazımdır. Bu itibarla yönetim kurulu mensuplarının sorumluluğunda bu kıstasın ele alınması gerekir*”⁶⁵”

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de yönetim kurulu üyeleri için objektif bir özen derecesi öngörülmektedir. Nitekim SPKKYİ m. 2.3'e göre, “*Yönetim kurulu üyesi, görevini basiretli biçimde ve iyiniyet kuralları çerçevesinde yerine getirir. Görevin basiretli ve iyiniyet kuralları çerçevesinde ifa edilmesi, benzer durumlarda ve benzer koşullar altında, asgari olarak gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterildiği anlamına gelir*”.

⁶³ Bkz. TTK Tasarısı m. 369 gerekçesi.

⁶⁴ Y. Tic. D. 16.12.1962, N. 4545/4384 (ABD. 1963/I, s. 123).

⁶⁵ Y. 11.H.D, 17.12.1974, E. 1974/3677, K. 1974/3733. Bir diğer karara göre, “*...kurul üyelerinin kendilerine düşen ve basiretli bir iş adamından beklenen ihtimamı gösterip göstermedikleri, zararın meydana gelmesinden ve artmasında kusur ve ihmalleri bulunup bulunmadığı tartışılmadan bilirkişilerin yetersiz ve mücerret beyanlarına dayanılarak davanın red edilmesinde isabet görülmemiştir.*” Y. 11. H.D, E. 1974/3523, K. 1975/3. Görüldüğü üzere bu kararda da yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen derecesi, “basiretli bir işadamından beklenen ihtimam” olarak ifade edilmiştir.

3) TTK Tasarı’nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi

TTK Tasarısı, yasalaştığı takdirde yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde göstermeleri gereken özen konusundaki tartışmaları sona erdirecek objektif bir standart getirmektedir. Tasarı’nın ABD hukukundakine benzer bir şekilde özen ve sadakat borçlarını birarada düzenleyen 369. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*” Görüldüğü üzere, Tasarı’nın kabul ettiği ölçüt, “tedbirli bir yöneticinin özeni” olmaktadır. Şirket menfaatlerinin dürüstlük kurallarına uyarak gözetilmesi ise, sadakat borcunun gereğidir.

Tasarı’nın yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerinin özen borcunu düzenleyen söz konusu hükmü, şirket işlerinde gösterilmesi gereken özen derecesini netleştirmesinin yanı sıra, son derece önemli bir yeniliği bünyesinde barındırmaktadır. Tasarı’nın 369. maddesi ile, ABD anonim şirketler hukukunun en önemli müesseselerinden biri olan *business judgement rule*, Türk hukukuna takdim edilmektedir. Nitekim 369. maddenin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere⁶⁶ tedbirli yönetici ölçütü, Tasarı’nın, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerin özen borcuna

⁶⁶ “*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadımı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.*”

bağlı hukuki sorumluluklarını *business judgement rule* esaslarına tabi kılmaya yönelik iradesini yansıtmaktadır. Bu itibarla *business judgement rule*'un, kaynağını oluşturan ABD hukukundan hareketle incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

4) Ticari Takdir Kuralı (*Business Judgement Rule*)

Aşağıda, bu çalışmada dilimize “ticari takdir kuralı” olarak çevrilen *business judgement rule*, kavram olarak ele alınmış, müessesenin mahiyeti, gelişimi ve dayanağını oluşturan görüşler incelenmiştir. Bunun yanısıra, ticari takdir kuralı/ticari takdir doktrini ayırımına değinilmiştir. Kuralın ABD hukukundaki uygulama alanı ve şartları, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenmiştir. Ticari takdir kuralının, Türk hukukunda uygulanabilirliği ve TTK Tasarısı'nın 369. maddesinde yer alan düzenlemenin, söz konusu kuralı Türk hukukunda tesis etmek yönünden elverişli olup olmadığı meseleleri ise, çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenmiştir.

a) Kavram Seçimi

TTK Tasarısı *business judgment rule*'a karşılık olarak, “işadami kararı” kavramını kullanmaktadır. Türk doktrininde *business judgement rule*'u doğrudan veya dolaylı olarak ele alan yazarlar, konuyu herhangi bir kavrama başvurmada ele almış⁶⁷ veya *business judgement rule* kavramını İngilizce'deki haliyle kullanmayı tercih etmiş⁶⁸,

⁶⁷ Bkz. **KIRCA**, s. 88. Yazar, konuyu isabetle yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi çerçevesinde ele almakta fakat herhangi bir kavram önermemektedir; **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 73

⁶⁸ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 161; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s.108 vd. Yazar, konuyu incelediği

yahut Tasarı'nın kullandığı “işadamı kararı” ifadesini benimsemişlerdir⁶⁹. *Business judgement rule*'un bu çalışmanın konusu açısından taşıdığı önem, kavramın Türkçeleştirilmesi zarureti doğurmuş ve bu çerçevede *business judgement rule*' a karşılık olarak “ticari takdir kuralı”nın kullanılması uygun görülmüştür. Bu ifadenin seçilmesinde iki unsur rol oynamıştır. Öncelikle “ticari takdir kuralı”, *business judgement rule* kavramında yer alan münferit İngilizce sözlüklerin dilimizdeki birebir karşılıklarıyla ve bu sözcüklerin bir arada kullanılmasıyla oluşan anlamın Türkçe karşılığıyla uyumludur. İkinci olarak, “ticari takdir kuralı” ifadesinin, Amerikan hukukunda *business judgement rule* olarak kavramlaştırılan müesseseyi doğru bir şekilde yansıttığı kanaatindeyim. Gerçekten de, ABD’de maddi ve şekli hukuka ilişkin yansımaları bulunan bir müşterek hukuk prensibi, bir hukuk kuralıdır. Bu itibarla “kural” ifadesi yerindedir. *Business judgement rule*, herşeyden çok yönetim kurulunun ve üyelerinin “takdir yetkisi” ile; bu yetkinin korunması ve serbestçe kullanılmasıyla ilişkilidir. Kuralın amacı, esas itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararların gayri makul bir surette yargısal müdahaleye maruz kalmasını önlemek ve böyle bir müdahalenin doğuracağı adaletsiz sonuçlardan, üyeleri

başlıkta *business judgement rule*'a karşılık, “yönetim kurulu üyelerinin karar alma özgürlüğü ilkesi” kavramını kullanmaktaysa da, çalışmasının devamında *business judgement rule*'a İngilizce olarak atıfta bulunmaktadır. “Yönetim kurulu üyelerinin karar alma özgürlüğü”, müessesenin özünü yansıtmaları bakımından son derece isabetli bir çeviri olmakla birlikte, *business judgement rule* kavramına sürekli atıf yapmak zarureti bulunan bu çalışmada kullanılamayacak kadar uzundur; **AKDAĞ GÜNEY**, s.71.

⁶⁹ **KERVANKIRAN** Emrullah, “Alman Hukukunda Business Judgement Rule’un Kodifikasyonu: Türk ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s. 249 vd.

korumaktadır. Takdir yetkisi çerçevesinde alınan bir karar, kullanılan bir inisiyatif olmadıkça, *business judgement rule*'dan söz etmek mümkün değildir. Bu açıdan “takdir” ifadesinin kullanımı zaruridir. “Ticari” ifadesine gelince, takdir yetkisinin kaynağını, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından idare edilmesini öngören ticaret kanunları oluşturmaktadır. Bu takdirler, anonim şirketin iç idaresine, kısa-orta-uzun vadeli politikalarının belirlenmesine, ticari faaliyetlerinin yürütülmesine vs. yönelik olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu takdirler, hukuki nitelikleri itibariyle “ticari” dirler.

b) Ticarî Takdir Kuralı Kavramı

Ticarî takdir kuralı özü itibariyle, menfaat çatışmasını barındırmayan ve yönetim kurullarında iyiniyetle alınan kararların nihai olarak şirketi zarara uğrattığı durumlarda; özen borcunun ihlali iddiasına dayalı olarak açılan sorumluluk davalarında, yargısal incelemenin ihtilaf konusu kararın “*oluşum sürecine*” hasredilmesini ifade eder⁷⁰. Ticarî takdir kuralı çerçevesinde hakim, yönetim kurulu üyelerinin şirketin idaresine ilişkin olarak kullandıkları inisiyatifleri, neticeleri açısından incelemez. Hakim belirli bir doğrultuda tezahür eden söz konusu inisiyatifleri, ancak özenli bir karar alma sürecinin

⁷⁰ **HANSEN** Charles, “The ALI Corporate Governance Project of the Duty of Due Care and the Business Judgement Rule a Commentary”, V. 41, I. 4, 1986, s. 1239;

KNEPPER/BAILEY, §2.01-1; **BURGDOERFER** Mathias, Directors and Officers Liability: Prevention, Insurance and Indemnification, Updated through Release 11, New York 2006, §1.05-23; **LANE** §3.11; **KIRCA**, s.88

ürünü olup olmadıkları bakımından değerlendirir⁷¹. Bu bağlamda ticarî takdir kuralı, yönetim kurullarında iyiniyetle kararların, mahkeme salonlarında *ex-post* yerindelik denetimine⁷² tabi tutulmasına engel olur. Böylece yönetim kurulu üyelerinin, salt takdir hataları sebebiyle sorumlu tutulmalarının önüne geçilmiş olur⁷³. Ancak, yönetim kurulu üyesi, ticarî takdirini kullandığı konuyla “*ilgili*” bulunması halinde, yani, kendisinin ya da yakınlarının o konuda bir menfaati bulunması durumunda ticarî takdir kuralının himayesinden yararlanamaz. Zira ticarî takdir kuralının uygulama alanı münhasıran özen borcunun ihlali iddialarıyla sınırlıdır.

Ticarî takdir kuralı, katı bir hukuk normundan ziyade, ticarî bir takdirde bulunan yönetim kurulu üyeleri aleyhinde, özen borcunun ihlali iddiasıyla açılan sorumluluk davalarında yargısal incelemeyi karar alma sürecine hasreden ve mahkemelerin, söz konusu kararları, yerindelik yönünden incelemekten kaçınmalarını içeren esnek bir

⁷¹ **COHN**, s. 603; **GREENFIELD** Kent/ **NILSSON** E. John, “Gradgrind’s Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (and Replace?) the Business Judgement Rule”, Brooklyn Law Review, V.63, I. 3, 1997, s. 855

⁷² **KIRCA**, s. 88

⁷³ **FARGFAGLIA** Theodore S., “The Business Judgement Rule: A Guide to Corporate Directors Liability, St. Louis University Law Journal, V. 7, I. 2, 1962 s. 156; **HANSEN**, Commentary, s. 1240; **DOOLEY** P. Michael, “Two Models of Corporate Governance”, The Business Lawyer, V. 47, I. 2, s. 469, 1992; **DAVIS** B Kenneth., “Once More The Business Judgement Rule”, 2000 Wisconsin Law Review, I. 3, 2000, s. 573; **MILLER** Elizabeth/**RUTLEDGE** Thomas E., "The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgement Rule in Unincorporated Business Organizations" Delaware Journal of Corporate Law, V. 30, I. 2, 2005, s. 346

prensibi ifade etmektedir⁷⁴.

c) Ticari Takdir Kuralının Gelişimi

Ticarî takdir kuralı ABD müşterek hukukunda geliştirilen bir müessedir. Ticari takdir kuralına ilk olarak, 1829 yılında Lousiana eyaletinde bir bankanın yönetim kurulu üyelerine karşı açılan *Percy v. Millaudon* davasında rastlamak mümkündür⁷⁵. Söz konusu kural, 19. yy'ın ortalarından itibaren, giderek günümüzdeki halini almaya başlamıştır.

Ticari takdir kuralı, yargılama yetkisinin bizatihi yargılama makamı tarafından sınırlandırıldığı, anonim şirketler hukukuna mahsus, istisnai⁷⁶ bir uygulamayı ifade

⁷⁴ **BRANSON** M. Douglas, “The Rule That isn’t a Rule: The Business Judgement Rule”, Valparaiso Law Review V.31, 2002, s.631-651; **DOOLEY**, s. 480; **LANE** §3.11; **GIRALDO** Carlos, Factors Governing the Application of the Business Judgement Rule: An Emprical Study of the US, UK, Australia and the EU. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Erasmus University, Rotterdam 2005 , s. 6

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSHT** Samuel, “The Business Judgement Rule Revisited”, Hofstra Law Review, V.8, I. 1, 1979, s. 97; **HINSEY** Joseph, “Business Judgement and the American Law Institute’s Corporate Governance Project”, George Washington Law Review, V. 52, I. 4&5, 1984, s. 610; **SMITH**, Primacy, s. 309; **BALOTTI** R.Franklin/**HANKS** J. James, “Rejudging The Business Judgement Rule”, The Business Law Review, V. 48, I. 4, 1993, s. 1341; **HORSEY** Henry, “The Duty of Care Component of The Delaware Business Judgement Rule”, Delaware Journal of Corporate Law V. 19, No. 3, 1994, s. 975.

⁷⁶ İstisnaidir zira, özel hukukun başka hiçbir dalında bu tür bir sınırlamaya rastlanmamaktadır. Tıbbi takdirlerini kullanan hekimler, hukukî takdirlerini kullanan avukatlar ve genel olarak mesleki takdirlerini kullanan diğer profesyoneller, bu tür bir sınırlamadan yararlandırılmamaktadırlar. Yönetim kurulu üyelerine tanınan geniş takdir yetkisinin bir

etmektedir. Gerçekten ticarî takdir kuralı, anonim şirketler alanında geliştirilmiş bir müesseedir. Diğer şirket türlerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. ABD’de bazı mahkemeler, ticarî takdir kuralının anonim şirket dışındaki şirket türlerinde uygulanmayacağına açıkça hükmederken, bazıları kuralı farklı kapsamlarda uygulamaktadır⁷⁷. Bunun yanısıra, ticarî takdir kuralının dayanağını oluşturan gerekçelerin, *kar amacı gütmeyen anonim şirketlerde* (ABD hukuku kar amacı gütmeyen dernek, vakıf gibi oluşumların anonim şirket çatısı altında kurulmasına izin vermektedir) geçerli olmadığı; kuralın kar amacı gütmeyen şirketlere tatbikinin kamu düzeni bakımından mahzurlu olabileceği belirtilmektedir⁷⁸. Kuralın uygulanması bakımından halka açık ve kapalı anonim şirketler arasında prensip itibariyle bir ayrım yapılmamaktadır⁷⁹.

Ticarî takdir kuralı, ABD’de yaklaşık iki asırdır uygulanmasına rağmen, halen hiçbir eyalette kodifiye edilmemiştir⁸⁰. Kuralın gelişimini dondurmamak ve esnek yapısını korumak amacıyla, kodifikasyondan özellikle kaçınılmaktadır. Nitekim, RMBCA’nın §8.30 ve §8.31 maddelerinin resmi gerekçelerinde bu husus açıkça dile

benzerini idare hukukunda, idarenin takdiri prensibi çerçevesinde görmek mümkünse de, kuvvetler ayrılığının gereği olan bu prensip kanunî dayanağa sahip olup, yargılama makamı tarafından konulmuş bir sınırlamayı ifade etmemektedir. Öte yandan, anayasa değişikliklerinin esas yönüncü incelenmesini yasaklayan A.Y m. 148/1 hükmü de, anayasanın değiştirilmesinde parlamentoya mutlak bir takdir yetkisi tanımaktadır. Karş. **KIRCA**, s. 92 vd.

⁷⁷ Bu hususta bkz. **MILLER/RUDLEDGE**, s. 373 vd

⁷⁸ Bu hususta bkz. **LEE**, s. 939, 945 vd;

⁷⁹ Kuralın kapalı anonim şirketlerde uygulanmasının, azlık hakları bakımından sakıncalar doğurabileceğini savunan görüş için bkz. **SMITH**, Primacy, s. 310

⁸⁰ **KNEPPER/BAILEY**, §2.01-4

getirilmiştir. Ticarî takdir kuralının bazı unsurlarına RMBCA §8.31(a)(2)’de yer verilmesi, bazı yazarlar tarafından ticarî takdir kuralını kanunlaştırma girişimi olarak değerlendirilmiş olmakla birlikte, RMBCA §8.31’in gerekçesine göre “...unsurları ve uygulandığı koşullar mahkemeler tarafından geliştirilmeye devam ettiğinden, kavramun kanun içinde dondurulması arzu edilmemiştir...⁸¹”. Diğer taraftan, RMBCA’nın özen derecesini düzenleyen §8.30 hükmünün gerekçesine göre de:

“Ticarî takdir kuralının unsurları ve uygulandığı koşullar mahkemeler tarafından geliştirilmeye devam etmektedir. 8.30 hükmü (kanunun) ticarî takdir kuralını kanunlaştırma teşebbüsü olmadığı gibi, bu hükmün düzenlediği özen derecesi ile söz konusu kurtuluş beyyinesi (ticarî takdir kuralının) arasındaki farkları ortaya koymaya yönelik bir girişim de değildir...⁸²”.

Yukarıda belirtildiği üzere, ticarî takdir kuralı hiçbir eyalette kodifiye edilmemiştir. Bununla birlikte, Indiana’da Anonim Şirketler Kanunu’nun yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu düzenleyen §23-5-1 maddesine 1989 yılında eklenen (f) ve (g) fıkralarıyla, anonim şirkette kontrol değişikliğine yönelik teklifleri onaylamak ve/veya bu husustaki girişimlere engel olmak üzere izlenecek yolları seçmek konularında yönetim kurulu üyelerine fevkalade geniş bir takdir yetkisi bahşedilmiştir. Ticarî takdir kuralının açıkça zikredildiği bu hükümler, özel bir alana ilişkin olup kodifikasyon olarak değerlendirilmemektedir. Kaldı ki başka hiçbir eyalette benzeri

⁸¹ **KNEPPER/BAILEY** §2.01-5’den naklen

⁸² **BRANSON** s.633, 7 nolu dipnot’dan naklen. Ayrıca bkz.. **BALOTTI/HANKS**, s.1338; **MILLER/RUDLEDGE**, s. 387, 172 nolu dipnot

bulunmayan bu düzenlemeler her bakımdan istisnaidir ve kullandığı dil itibariyle (farklı eyaletlerde verilen mahkeme kararlarına atıfta bulunmak, ancak gerekçede yer alabilecek bazı hususlara madde metninde yer vermek, yasayı açıkça yorumlamak gibi) kanunlaştırma tekniğine de yabancıdır⁸³.

ABD müşterek hukukunda geliştirilen ticari takdir kuralı, günümüzde hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan bağımsız olarak pek çok ülke hukukunda uygulanmaktadır⁸⁴.

d) Ticarî Takdir Kurallının Mahiyeti

Ticarî takdir kuralının mahiyeti üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta, yargının kanuni özen derecesini yorumlama şekli; yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğu yönünde bir karine; sorumluluktan koruyan bir kurtuluş beyyinesi; ticarî kararlara yargısal müdahalede bulunulmamasına ilişkin bir prensip, gibi muhtelif görüşler bulunmaktadır⁸⁵.

⁸³ Eleştiriler için bkz. **BRANSON**, s. 649 vd.; yasa metni için bkz. <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title23/ar1/ch35.html> (Erişim: 25 Ocak 2007)

⁸⁴ Örneğin Almanya ve Avusturalya'nın kodifikasyon yoluyla ithal ettiği ticari takdir kuralı, Japonya ve Kanada hukuklarına içtihat yoluyla girmiştir.

⁸⁵ Muhtelif görüşler için bkz. **BALOTTI/HANKS**, s. 1339; **EISENBERG**, Standards, s. 441-443 ; **JOHNSON** Lyman, "The Modest Business Judgement Rule", The Business Law Review, V. 55, I. 2, 2000, s. 628, 631 (Modest); **BAINBRIDGE**, Stephen M., "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", Vanderbilt Law Review; V.57, I. 1, 2004, s. 87 (Abstention); **MILLER/RUDLEDGE**, s.345 ve dipnot 33; **BRANSON**, s.637; **LEE** Ping Denise, "The Business Judgement Rule: Should it Protect Non Profit Directors", Columbia Law Review V.

Ticarî takdir kuralı esas itibariyle, yönetim kurulunun belirli şartları taşıyan ticarî kararlarına yargısal müdahalede bulunulmamasına ilişkin bir prensibi ifade etmektedir. Bir diğer ifadeyle söz konusu kural, yönetim kurulu kararlarına gayri makul bir suretle müdahalede bulunulmamasına ilişkin bir doktrin olarak değerlendirilmelidir⁸⁶. Bu açıdan ticari takdir kuralı herşeyden evvel, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri dahilinde kullandıkları insiyatiflere karşı, yargısal müdahale aleyhinde bir “kaçınma doktrinini” ifade etmektedir⁸⁷. Kuralın mahiyetine ilişkin olarak ileri sürülen diğer görüşler, genellikle yerel uygulamalardaki bir takım hususiyetlerden ve yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu üzerindeki somut etkilerinden hareket etmekte olup, onun mahiyetine ilişkin genel bir çerçeve sunmamaktadır⁸⁸. Özellikle ticarî takdir kuralının bir karine ya da kurtuluş beyyinesi olarak değerlendirilmesi, onun mahiyetine değil tatbik şekline, usuli boyutuna ilişkin bir husus olmaktadır⁸⁹.

Ticarî takdir kuralı, belirli şartların mevcudiyeti halinde ticarî kararları yargısal

103, 2003 s. 939; **TELMAN**, Jeremy, "The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation", Valparaiso University Working Paper series, 2006, s. 4

⁸⁶ **BALOTTI/HANKS**, s. 1339; **JOHNSON**, Modest, s. 631, 635; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 90; **BAINBRIDGE** Stephan, “Much Ado about Little? Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency”, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-26, 2005, s.8, 30 nolu dipnot (Fiduciaries); **BISHOP** Carter, “Abdication on Steroids and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law Before and After Disney”, Suffolk University Law School Research Paper No. 07-21, 2007, s. 20. Ayrıca bkz. http://www.professorbainbridge.com/2004/01/the_business_ju.html (Erişim: 15 Nisan 2007)

⁸⁷ **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 90

⁸⁸ Bkz. **JOHNSON**, Modest, s. 628-630; **BAINBRIDGE**, Abstention s. 89-90,

⁸⁹ **BALOTTI/HANKS**, s. 1339, 1341; **GREENFIELD/NILSSON**, s. 816-817

müdaheden ve yönetim kurulu üyelerini de hukukî sorumluluktan korumaktadır⁹⁰. Bu sonuç, ticarî bir kararla ilgili olarak, özen borcunun ihlali iddiasıyla açılan davalarda yargısal incelemenin karar alma sürecine hasredilmesiyle gerçekleşmektedir. Söz konusu kural çerçevesinde karar alma sürecinde özenli davranan, bilgiye dayalı olarak hareket eden iyiniyetli yönetim kurulu üyeleri, sonradan hatalı ya da basiretsiz olduğu anlaşılan takdirleri sebebiyle sorumlu tutulmamaktadırlar.

Ticarî takdir kuralı, Delaware uygulamasındaki bir takım hususiyetlerden hareket eden bazı yazarlar tarafından bir özen derecesi olarak yorumlanmaktadır. Ancak söz konusu kural, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri özen derecesini değil⁹¹; ticarî bir takdirin dava konusu olması halinde, özen borcunun ihlal edilip edilmediği konusundaki yargısal incelemelerin sınırlarını tayin etmektedir⁹². Söz konusu sınırlama, hakimin kendisini yönetim kurulunun yerine koyarak, dava konusu kararı, verildiği koşullar altındaki en doğru karar olup olmadığı, yani yerindeliği ve isabeti

⁹⁰ Doktrinde bazı yazarlar bu hususta bir tasnife giderek ticarî kararların yargısal müdaheden korunmasını “*ticarî takdir doktrini*”; yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunmasını ise “*ticarî takdir kuralı*” olarak isimlendirmektedir. Bu hususta bkz. **HINSEY**, s. 617; **MANNING** Bayless, “The Business Judgement Rule in Overview”, Ohio State Law Journal, V.45, I. 3, 1984, s. 622 (Overview); **VEASEY** E. Norman, “New Insights into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should We Trust the Courts”, The Business Law Review, V.39, I.4, 1984, s. 1462, dipnot 2 (Insights); **JOHNSON**, s. 628 vd.; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. . 94-102

⁹¹ Bir yazar bu yorumlara karşı, ticarî takdir kuralı ile özen borcu arasındaki ilişkiyi, anonim şirketler hukukun en önemli olmakla birlikte, en çok yanlış anlaşılan meselelerinden biri olarak değerlendirmektedir. Bkz. **JOHNSON**, (Modest), s. 636; ayrıca bkz. **COHN**, s. 603-604

⁹² **JOHNSON**, (Modest), s. 632; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 101, 127

açısından incelemesine engel olmaktadır. Şu halde özen borcunun yargısal denetimine ilişkin bir sınırlamayı ifade eden ticarî takdir kuralının esas muhatabı, yönetim kurulunun, belirli şartları taşıyan ticarî kararlarına müdahaleden kaçınması gereken hakimlerdir⁹³. Yoksa ticarî takdir kuralı mahiyeti itibariyle, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde göstermeleri gereken ve genellikle, *aynı konumda bulunan tedbirli sağduyulu bir yöneticinin benzer şartlar altında seçeceği hareket tarzı* olarak ifade edilen özen borcuna alternatif bir davranış standardı değildir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun belirli bir konudaki takdirinin, şirketi iktisadi bir felakete sürüklediği ve ortalama düzeyde yetenekli, makul ve tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin, aynı şartlar altındaki takdirinin bu yönde olmayacağını kabul edilebildiği hallerde dahi, ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyelerini tazminat riskinden koruyabilecektir. Zira, ticarî takdir kuralı çerçevesinde hakim, zarar doğuran bir kararı, isabetli, basiretli ya da makul olup olmadığı noktasından incelemeyecektir. Kararın yerindeliğine ve neticesine değil, davalı yönetim kurulu üyelerinin bu kararı alırken özenli davranıp davranmadıklarına bakacaktır. Bir başka ifadeyle hakim, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin aynı şartlar altında vereceği karara değil, bu kararı vermeden önce göstereceği özene ve izleyeceği prosedürlere odaklanacaktır. Bu açıdan karar vereceği konuyla ilgili olarak kendisini makul surette bilgilendirdiği kabul edilen bir yönetim kurulu üyesi, prensip itibariyle basiretsizliği ya da yeteneksizliği dolayısıyla düştüğü takdir hatasından sorumlu tutulmayacaktır. Bu sonuç ve özellikle Delaware uygulamasındaki bazı hususiyetler⁹⁴

⁹³ **BAINBRIDGE**, Abstention s. 101

⁹⁴ Kuralın, yönetim kurulu lehinde özen borcunun ikmalini de içeren bir karine teşkil ettiğinin kabulü; bu karine ve hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açılacak sorumluluk

ticarî takdir kuralının, objektif özen borcunu ortadan kaldıran, çıtası oldukça düşük fiili bir özen derecesi, gevşek bir sorumluluk standardı olarak yorumlanmasına sebep olmuştur⁹⁵.

Ticarî takdir kuralı ve özen borcu, birbirini tamamlayan iki farklı hukukî müessesedir⁹⁶. Özen borcu anonim şirket yönetim kurulu üyelerine objektif bir davranış standardı getirmektedir. Ticari takdir kuralı ise, özen borcunun karar alma sürecinin ötesinde aranmasını engellemektedir. Böylece bir taraftan mahkemelerin, yönetim kurulunun takdir yetkisine gayri makul müdahalesini önlemektedir, diğer taraftan üyelerin, bir yükümlülük ihlali söz konusu olmadıkça, salt takdir hataları sebebiyle sorumlu tutulmalarını engellemektedir. Öte yandan özen borcu, içerik itibarıyla ticarî takdir kuralından daha kapsamlıdır. Özen borcu ihmali davranışları, örneğin yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğüne de içine alırken, ticarî takdir kuralı yalnızca şuurlu bir şekilde kullanılan inisiyatifleri kapsamaktadır⁹⁷.

davalarına (*derivative suit*) ilişkin bir takım usuli şartlar çerçevesinde, davaların büyük kısmının henüz ilk etapta usulden reddi (*motion to dismiss*); karar alma sürecinde ancak ağır bir ihmalin hukukî sorumluluk doğuracağına kabulü gibi

⁹⁵ Bkz. “Public Policy and Directors’ Liability Insurance,” *Columbia Law Review*, V. 67, No. 4, 1967 s. 725-726; **TELMAN**, s. 5-11; karş.; **ARSHT**, s. 100-102, 119; **HORSEY**, s. 977, 981, 994; **JOHNSON**, Modest, dipnot 44 ve ilgili metin; **COHN**, s. 605

⁹⁶ **ARSHT**, s. 119; **COHN**, s. 603; **JOHNSON**, Modest, s. 633; **DAVIS**, s. 576

⁹⁷ **JOHNSON**, Lyman, “Rethinking Judicial Review of Director Care, *Delaware Journal of Corporate Law*”, V. 24, I. 3, 1999, s. 802 (Care); **DAVIS**, s. 576

e) Ticarî Takdir Kuralının Dayandığı Görüşler

aa) Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Tarafından İdare Edileceği Görüşü (Kurumsal Demokrasi ve Egemenlik Görüşü)

Ticarî takdir kuralının dayandığı temel esas, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından idare edileceği prensibidir⁹⁸. Buna göre, kanunlar anonim şirketin idaresine ve ticarî faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin konularda karar alma yetkisini yönetim kuruluna bırakmıştır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin hukuk kurallarına uygun olarak kullandıkları insiyatiflere saygı duymak ve bu konudaki insiyatiflerin pay sahipleri veya mahkemelerce kullanılması sonucunu doğuracak uygulamalardan

⁹⁸ *McMullin v. Beran* (Del. 2000):

“Delaware Anonim Şirketler Kanunu’nun temel prensiplerinden biri, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından ya da yönetim kurulunun gözetim ve rehberliğinde idare edilmesidir. Ticarî takdir kuralı, bu kanunî prensibin doğal sonucu olan bir müşterek hukuk kaidesidir. Ticarî takdir kuralı bu itibarla... yönetim kurulu üyelerine kanunen bahsedilen idari imtiyazların mahkemelerce tanınmasıdır...”.

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(sbramqmmvqwfmkysfarshubi\)/download.aspx?ID=41570](http://courts.delaware.gov/opinions/(sbramqmmvqwfmkysfarshubi)/download.aspx?ID=41570) , s.10 (Erişim: 15 Nisan 2007)

Ryan v. Gifford, (Del.Ch. 2007):

“...Anonim şirketin ticarî işleri yönetim kurulu tarafından ya da yönetim kurulunun gözetimi ve rehberliğinde idare edilir. Delaware hukuku idari yetkilerin tam olarak kullanılabilmesini teminen, anonim şirket yöneticilerini ticarî takdir kuralı marifetiyle korumaktadır...”

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(atylgd45yzq1bdz0iysjtz31\)/download.aspx?ID=87720](http://courts.delaware.gov/opinions/(atylgd45yzq1bdz0iysjtz31)/download.aspx?ID=87720) , s.28 (Erişim 18 Nisan 2007)

Ayrıca bkz. **DOOLEY**, s. 470; **BRANSON**, s. 636, **RUDLEDGE/MILLER**, s.351; **LEE**, s.955; **KIRCA**, s.89; **BURGDOERFER**, §1.05-25. karş. **DAVIS**, s. 587 vd.

kaçınmak gerekir⁹⁹. Hal böyle olunca, “...daha akıllıca politikalar ve farklı yöntemler izlenseydi, şirketin daha başarılı olacağı kabul edilebilse dahi, mahkemeler anonim şirketin politikalarına ve ticarî yöntemlerine müdahale etmeyecektir¹⁰⁰.” Diğer bir ifadeyle, bir ticarî takdirin “...kar durumuna, pazar fiyatlarına, rekabet koşullarına yahut vergi avantajlarına etkileri gibi tamamıyla ticarî olan meselelerin tartışılacağı yerler duruşma salonları değil, yönetim kurullarıdır... Bu itibarla hile, sahtekârlık ya da bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olmadıkça mahkemeler, yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerinin yerine kendi takdirlerini ikame etmeyecektir¹⁰¹.”

Anonim şirket, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda yönetilir. Şirket menfaatlerinin saptanması ve bu menfaatleri gerçekleştirecek araçların seçimi, prensip itibariyle yönetim kurulunun takdirindedir. Nitekim pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerini şirket menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik inisiyatiflerini kullanmaları amacıyla seçimle göreve getirmektedir. Bu itibarla, tasarruflarından hoşnut olmadıkları yönetim kurulu üyelerini, yargı yoluyla değil fakat kurumsal demokrasi çerçevesinde, yerlerine yenilerini seçmek suretiyle sorumlu tutmalıdırlar¹⁰². Aksi halde

⁹⁹ **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 108; **BRANSON**, s. 637; **BURGDOERFER**, §1.05-25; **LEE**, s. 955; **RUDLEDGE/MILLER**, s. 351

¹⁰⁰ *Davis v. Louisville Gas & Electric Co.*, 142 A. 654 (Del. Ch. 1928). (**BAINBRIDGE**, Abstention, 92 nolu dipnot’dan naklen)

¹⁰¹ *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807 (N.Y. Sup. 1976). (**BAINBRIDGE**, Abstention, 97 nolu dipnot’dan naklen)

¹⁰² **ALLEN T. William/JACOBS B. Jack/ STRINE E. Leo**, “Realigning The Standard of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and It’s Progeny as a Standard of Review Problem”, *Northwestern University Law Review*, V. 96, I. 2,

anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetileceğine ilişkin kanuni prensip delinerek şirketin pay sahipleri ve mahkemeler tarafından yönetilmesi doğrultusunda bir uygulamaya kapı aralanmış olur¹⁰³. Gerçekten de pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerine yargı yoluyla müdahale edebileceklerinin kabulü, karar alma yetkisinin yönetim kurulundan pay sahiplerine devrini sonuçlar. Bu durum, neticesi itibariyle karar alma yetkisinin, bireysel menfaatleri şirketin menfaatleriyle örtüşmeyen bir ya da bir grup pay sahibine devrine yol açabilir. Bu bakımdan ticarî takdir kuralı, yönetim kurullarında alınan kararların, mahkemelerce incelenmesini sınırlandırmak suretiyle, anonim şirkette karar alma yetkisini yönetim kurulu üzerinde merkezileştiren kanuni çerçeveyi kuvvetlendirdiği gibi; anonim şirket yönetimine yersiz müdahalelerin önünü keserek, pay sahiplerini birbirlerine karşı da korumaktadır¹⁰⁴. Böylece ticarî takdir kuralı, mahkemelerin bir taraftan pay sahiplerinin iradesine (kurumsal demokrasiye); diğer taraftan yönetim kurulunun kanunen sahip olduğu yetkilere gösterdiği saygının bir ifadesi olmaktadır¹⁰⁵.

bb) Hakimlerin Ticarî Konularda Uzman Olmadığı Görüşü

Ticarî takdir kuralının müşterek hukuktaki en eski dayanaklarından biri, yönetim

2002, s. 456; karşı. COHN, s. 602. Bu argümanın kapalı anonim şirketlerde geçerli olamayacağı hususunda bkz. DAVIS, s. 592-593

¹⁰³ RUDLEDGE/MILLER, s.351

¹⁰⁴ RUDLEDGE/MILLER, s.351, 30 nolu dipnot: Ayrıca bkz. FARGFAGLIA, s. 156-157; DOOLEY, s. 470; BAINBRIDGE M Stephan, “Director Primacy and Shareholder Disempowerment”, Harvard Law Review, V.119, I. .6, 2006, s. 1747-1748 (Primacy)

¹⁰⁵ Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. TELMAN, s. 22

kurulu üyelerinin, ticarî konularda hakimlerden çok daha donanımlı olduklarının bizatihi hakimler tarafından teslim edilmiş olmasıdır¹⁰⁶. *Ford Motor CO vs Dodge* davasını temyizen inceleyen Michigan Yüksek Mahkemesi, Ford Motor Co. yönetim kurulunun, pay sahiplerince dava konusu edilen, yeni üretim tesisleri kurmak yönündeki kararını, “yargıçlar ticarî konularda uzman değildir” gerekçesiyle incelememiştir¹⁰⁷.

Bu görüşün dayanağı şudur: Ticarî kararlar genellikle rekabetçi planlamalar, maliyet yapıları, ekonomik ve endüstriyel trendler gibi bir takım karmaşık ticarî meselelere ilişkin sezgisel bir kavrayışı içerirler. Söz konusu kararlar, çoğu zaman bu unsurların piyasadaki muhtemel seyrine ilişkin tahminlere dayalı olarak, belirsizlik ortamında alınır¹⁰⁸. Bu bakımdan ticarî takdirlerin belirli bir zamanın koşullarına göre doğru ya da isabetli olup olmadıklarını değerlendirmekte kullanılacak objektif bir ölçüt koymak mümkün değildir¹⁰⁹. Ömürleri boyunca anonim şirket yönetim kurullarında bulunmamış ve ticarî faaliyetlerle iştigal etmemiş olan hakimler, ticarî kararları alındıkları şartlar altında isabetli olup olmadıkları yönünden değerlendirecek birikime sahip değildirler. Hakimler, ticarî konularda uzman olmadıkları gibi, yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerini kullandıkları belirli bir anonim şirkete ilişkin hususiyetlere de vakıf değildirler. Bu sebeplerle hakimler kendi takdirlerini, ticarî konulardaki

¹⁰⁶ **MANNING**, Attention, s. 1491; **KNEPPER/BAILEY**, §2.02-6; **EMERSON** Robert W., Business Law, Fourth Edition, Canada 2004, s. 362; **BRANSON**, s. 636; **JONHSON**, Modest, s. 648; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 117

¹⁰⁷ 170 N.W. 668 (Mich.1919), Azlık hakları bakımından da büyük önem atfedilen bu davanın ayrıntıları için bkz. **SMITH**, Primacy, s. 315-320

¹⁰⁸ **MANNING**, Attention, s. 1482, 1490; **BRANSON**, s. 636; **KNEPPER/BAILEY**, §2.02

¹⁰⁹ **BRANSON**, s. 636; **KNEPPER/BAILEY**, §2.02-6

uzmanlıkları sebebiyle göreve getirilen yönetim kurulu üyelerinin takdirleri yerine ikame etmekten kaçınmalıdırlar¹¹⁰.

Ticarî takdir kuralını hakimlerin ticarî konularda uzman olmamalarıyla açıklayan görüşler, modern doktrinde pek taraftar bulmamaktadır. Diğer meslek gruplarına mensup kişilerin mesleki takdirlerini kullandıkları durumlarda, mahkemelerin bu takdirleri incelemekten kaçınmak yerine bilirkişi görüşlerine başvurduğu hatırlatılmaktadır¹¹¹. Bu konuda özellikle tıbbi takdirlerini kullanan hekimler örnek gösterilmektedir. Ancak, mesleki takdirlerinde hataya düşen doktorların, ticarî takdirini kullanan anonim şirket yönetim kurulu üyeleriyle kıyas edilmeleri işin mahiyetine aykırıdır¹¹². Hatalı ticarî takdirler yalnızca maddi zararlara sebep olurken¹¹³, hatalı tıbbi takdirler çoğu kez cismani zararlara sebebiyet vermektedir. Mağdurun korunması ihtiyacının son derece ağır bastığı bu alanda, sorumluluk hukukunun caydırıcı etkisini törpülemesi muhtemel

¹¹⁰ *Solash v. Telex Corp.*, Fed. Sec. L. Rep. (Del. Ch.1988), (**KNEPPER/BAILEY** §2.02-7'den naklen):

“...İşadamlarının ve işkadınlarının, malik oldukları haklı olarak varsayılan bilgiye, yeteneğe ve muhakeme gücüne davayı gören mahkemeler sahip olmadığından... mahkemeler hanidir bu tür (ticarî) kararları, iyiniyetle alınmış gibi göründükleri durumlarda incelemekten kaçınmışlardır...”

¹¹¹ **BALOTTI/HANKS**, s. 1342; **TELMAN**, s. 13 vd.; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 120.; **DAVIS**, s. 581

¹¹² Yönetim kurulu üyelerinin gördükleri işlerin, mimar, avukat, doktor gibi serbest meslek sahiplerinden nitelik itibarıyla ayrıldığı hususunda bkz. **BALOTTI/HANKS**, s. 1344

¹¹³ Çok istisnai olarak, ticarî bir takdirin cismani bir zarara sebebiyet vermesi durumunda ticarî takdir kuralı uygulanmaz. Cismani zararlara müteallik talepler kuralın uygulama alanının dışındadır.

uygulamalardan kaçınmak, eşyanın tabiatı icabıdır. Kaldı ki çoğu zaman belirsizlik ortamında, hiçkimsenin kontrol edemeyeceği kapitalist piyasa koşullarına ilişkin beklentilere dayalı olarak alınan ticarî kararlara karşın, tıp alanında kullanılan takdirlerin objektif ölçütlerin süzgecinden geçirilmesi mümkündür¹¹⁴.

Ticarî takdir kuralını yargıçların ticarî konularda uzman olmadıklarına istinatla açıklayan görüşler diğer taraftan, ticarî uyuşmazlıkları çözümlemeleri için yapılandırılan uzmanlık mahkemeleri işaret edilerek eleştirilmektedir¹¹⁵. Ticarî davalarla sık sık karşılaşmaları ya da münhasıran bu tür davaları görmeleri, yargıçları ticarî ihtilafların çözümünde uygulanacak hukuk normaları bakımından uzmanlaştırabilir. Ancak bu uzmanlığın, ticarî işlerin idaresine ilişkin bir uzmanlık olduğu ve bu davalarda edinilen tecrübelerin yargıçları ticaret erbapları haline getirdiği söylenemez.

cc) Yararlı Risklerin Alınmasını Sağladığı Görüşü

Ticarî takdir kuralının, doktrinde ve uygulamada sıkça atıfta bulunulan amaçlarından biri de, hukukî sorumluluk rizikosunun yönetim kurulu üyelerinin girişimci ruhları üzerine ipotek koymasını engellemektir. Bu görüş şöyle özetlenebilir: Yönetim kurulu üyeleri, kararlarını sorumluluk korkusuyla değil, ticaret hayatının

¹¹⁴ Aksi kanaat için bkz. **GEVURTZ** A. Franklin, “The Business Judgement Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion”, Southern California Law Review, V. 67, I. 2, 1994, s. 308-312

¹¹⁵ **TELMAN**, s.14. Teknik olarak uzmanlık mahkemesi olmasalar da, çok sık bir şekilde ticarî davalara bakan mahkemeler de bu bakımdan zikredilmektedir. Özellikle Delaware mahkemelerine atıfta bulunularak, sürekli olarak dünyanın en büyük anonim şirketleriyle ilgili ihtilafları çözüme bağlayan bu mahkemelerin ticarî konularda uzman olmadıklarının söylenemeyeceği belirtilmektedir.

gereklerine göre almadırlar¹¹⁶. Ticarî takdir kuralı, vasıflı ve yetenekli kişileri yönetim kurullarında görev almaya teşvik ettiği gibi, yönetim kurulu üyelerini ticarî hayatın gerektirdiği riskleri almaları yönünde de teşvik eder¹¹⁷.

Ticarî kararlar, bünyeleri gereği riskleri barındırırlar. Kapitalist sistem üzerine kurulu bir ekonomide, risksiz bir ticarî faaliyet düşünülemez. Bu sebeple, temel amacı kâr elde etmek olan anonim şirket risk almak zorundadır. Anonim şirkette müteşebbis işlevi gören yönetim kurulu üyelerinin, ticarî hayatın gerektirdiği verimli riskleri almaları şirketin ve pay sahiplerinin menfaatleri icabıdır.

Sorumluluk davaları, ticarî kararların değerlendirilmesinde elverişli bir araç değildir. İş hayatının gereksinimleri, çoğu kez yönetim kurulu üyelerini beklentilere dayalı hızlı kararlar almaya zorlar. Belirli bir zamanın koşullarında yapılan risk değerlendirmesine nazaran makul görülebilen bir ticarî karar, seneler sonra açılacak bir sorumluluk davasında isabetsiz bulunabilir¹¹⁸. ABD federal temyiz mahkemelerinden, *Second Circuit*¹¹⁹ 'ın bir içtihatına nazaran:

¹¹⁶ **MANNING**, Overview, s. 625; **LANE**, §3.11-14; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 108; **KNEPPER/BAILEY**, §2.02-7

¹¹⁷ **MANNING**, Overview, s. 625; **BALOTTI/HANKS**, s. 1342-1343

¹¹⁸ **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 114; **BALOTTI/HANKS**, s. 1343; **MANNING**, Attention s. 1491; karşı. **DAVIS**, s. 574, 582

¹¹⁹ United States Court of Appeals for the Second Circuit (*Second Circuit*), ABD yargı sisteminde, bölge federal mahkemeleri (*United States district courts*) tarafından verilen kararları temyizden inceleyen 13 federal temyiz mahkemesinden biridir. Second Circuit, Vermont, New York ve Connecticut eyaletlerinde kurulu bölge federal mahkemelerince verilen kararları

“...mahkemeler sorumluluk davalarının anonim şirketin ticarî kararlarını değerlendirmekte elverişli bir araç olmadığını takdir etmektedir. Ticarî kararların verildiği koşulların yıllar sonra duruşma salonlarında yeniden yaratılması kolay değildir. İş hayatının gereksinimleri çoğu zaman kaçınılmaz olarak kısıtlı bilgilere dayalı hızlı kararlar alınmasını dayatmaktadır. Girişimcinin rolü riskle yüzleşmek ve belirsizlikle mücadele etmektir. Verildiği şartlar altında makul ve mantıklı olan bir karar, seneler sonra değerlendirildiğinde çılgınca bir karar olarak görülebilir... Kar potansiyeli, genellikle risk potansiyeline koşut olduğundan, hukukun aşırı derecede muhafazakar kararlar alınmasını engelleyen güdüler yaratmasında pay sahiplerinin menfaati büyüktür...”¹²⁰,

Yönetim kurulu üyelerinin, ileride açılması muhtemel bir sorumluluk davasında, kararlarını yerindelikleri açısından savunmak durumunda kalacak olmaları, onları aşırı derecede muhafazakarlaştırarak ticarî hayatın alınmasını gerektirdiği risklere karşı son derece çekingen kılacaktır. Bu etki özellikle şirkette önemli oranda payı bulunmayan yönetim kurulu üyeleri üzerinde çok kuvvetli olabilir. Ticarî takdir kuralı, takdir hatalarının riskini yönetim kurulu üyelerinden pay sahiplerine transfer ederek¹²¹, anonim şirket yönetimini büyük kâr potansiyeli bulunan yenilikçi yatırımlara girişilmesi

temyizen incelemektedir.

¹²⁰ *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 885 (2d Cir. 1982), **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 114, 188 nolu dipnottan naklen

¹²¹ Risk transferini ticarî takdir kuralının esas amacı olarak kabul eden görüş için bkz. **DAVIS**, s. 574-575

yönünde güdüler¹²². Bu bakımdan ticarî takdir kuralı, münhasıran pay sahiplerinin menfaatlerine odaklanan bir müessese olarak da telakki edilmektedir¹²³.

Ticarî takdir kuralının, verimli risklerin alınmasını teşvik ettiği yönündeki düşünce, söz konusu kuralın ahlaki rizikoya (*moral hazard*) sebep olabileceğinden ve risk alımını teşvik eden diğer müesselerin mevcudiyetinden (sorumluluk sigortası, tazminat risklerine şirketin güvence vermesi gibi) bahisle eleştirilmektedir¹²⁴.

dd) Yargısal Kaynakların Muhafaza Edilmesini Sağladığı Görüşü

Ticarî takdir kuralı lehinde ileri sürülen görüşlerden biri de, kuralın sınırlı yargısal kaynakların ekonomik kullanılmasını sağladığı yönündedir¹²⁵. Bu görüşe nazaran, sorumluluk davaları ticarî kararların enine boyuna tartışıldığı ve yönetim kurulu üyelerine ait takdirlerin gerisindeki mantığın sorgulandığı zeminler haline gelmesi yargısal sistem üzerine ciddi bir yük bindirir. Ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyeleri aleyhindeki mesnetsiz iddiaları, yargılama sürecinin başında süzgecinden geçirmek suretiyle yargısal kaynakların muhafazasına hizmet etmektedir¹²⁶. Bu bakımdan ticarî takdir kuralının, anonim şirketlere olduğu kadar yargısal sisteme de faydalı olduğu dile

¹²² **HANSEN**, Commentary, s. 1239; **DAVIS**, s. 574; **BALOTTI/HANKS**, s. 1242; **ALLEN /JACOBS/ STRINE**, s. 458; **MILLER/RUDLEDGE**, s. 350 dipnot 28:

¹²³ **BAINBRIDGE**, Fiduciary, s. 11

¹²⁴ Bkz. **TELMAN**, s.16 vd

¹²⁵ **ARSHT**, s. 95; **BRANSON**, s. 634, 637; **FRAIDIN** N. Samuel, “Duty of Care Jurisprudence: Comparing Judicial Intuition and Social Psychology Research”, U.C Davis Law Review, V.38, No. 1, 2004, s. 13

¹²⁶ **BRANSON**, s. 637

getirilmektedir¹²⁷.

ee) Anonim Şirketi Ticarî Stratejilerini Açıklamaktan Koruyacağı Görüşü

Sorumluluk davalarında ticarî kararların yerindelik denetimine tabi tutulması anonim şirketi ticarî planlarını ifşa etmeye zorlayabilir¹²⁸. Bu durumun rekabetçi bir pazarda anonim şirket için yaratacağı mahzurlar her türlü tartışmanın üzerindedir. Örneğin şirketin birleşme ve devralma kararlarının ticarî takdir kuralının yokluğunda dava konusu edilmesi halinde, şirketin ticarî planlarına ve yatırım stratejilerine ilişkin kilit bilgilerin açıklanması söz konusu olabilir¹²⁹.

Ticarî takdir kuralının sınırlandırılması gerektiğini savunan bu görüşe göre söz konusu kural, münhasıran anonim şirketi gelecekle ilgili ticarî planlarını açıklamak zorunda bırakacak nitelikteki kararlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır. Bu bağlamda ticarî takdir kuralının, birleşme ve devralma, temettü dağıtımı gibi alanlarla sınırlı olarak devreye girmesi gerektiği; buna mukabil yönetici ücretlerinin tayini gibi, detaylarının sorgulanmasında anonim şirket açısından sakınca bulunmayan kararlara ilişkin olarak açılan davalarda uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır¹³⁰.

f) Ticarî Takdir Kuralı / Ticarî Takdir Doktrini Ayrımı

Ticarî takdir kuralı, mahkemelerin ticarî kararları yerindelikleri bakımından

¹²⁷ Bkz. **RUDLEGDE/MILLER**, s.351, 29 nolu dipnotta atıfta bulunulan mahkeme kararları

¹²⁸ **TELMAN**, s. 38

¹²⁹ **TELMAN**, s. 38

¹³⁰ bkz. **TELMAN** s. 39-42

denetlemesine engel olduğu gibi, özen borcunu yerine getiren yönetim kurulu üyelerini takdir hatalarına bağlı hukukî sorumluluk rizikosundan korur. Doktrinde bazı yazarlar bu hususta bir tasnife giderek ticarî kararların yargısal müdahaleden korunmasını “*ticarî takdir doktrini*”; yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunmasını ise “*ticarî takdir kuralı*” olarak isimlendirmektedirler¹³¹. Bir başka ifadeyle, ticarî takdirlerin mahkemelerce yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı keyfiyeti “*ticarî takdir doktrini*” olarak değerlendirilirken, bu doktrin çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunması, “*ticarî takdir kuralı*” olarak ifade edilmektedir. Bu çalışmada kavram karmaşasına yol açmamak adına “*ticarî takdir kuralı*” her iki kavramı da kapsayacak şekilde kullanılmış olsa da, söz konusu müessesenin doğru bir şekilde anlaşılabilmesi bakımından aradaki nüansın vurgulanması gerekmektedir. Zira yerindelik denetiminden kaçınılması keyfiyeti ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan korunması keyfiyetlerinin adeta birbirlerinin doğal sonucu olarak takdimi; özellikle bu ikisinin aynı şartlara tabi kılınması, müessenin mantığı ve uygulama tekniği bakımından ciddi problemler doğurabilmektedir¹³².

Ticarî bir kararın yerindelik denetiminden muafiyeti için bu kararın iyiniyetle ve menfaat çatışmalarından etkilenmeksizin alınmış olması gerekli ve yeterlidir¹³³. Halbuki

¹³¹ **HINSEY**, s. 617 vd.; **MANNING**, Overview, s. 622; **VEASEY**, Insights, s. 1462; **JOHNSON**, Modest, s. 628 vd. Karş. **BAINBRIDGE**, s. 95 vd.

¹³² Bkz. **JOHNSON**, Modest s. 637-638; **JOHNSON**, Care, s. 818; **MANNING**, Overview, s. 622; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 94

¹³³ Bu hususta bkz. **HINSEY**, s. 611; **MANNING**, Overview, s. 622; **JOHNSON**, Modest, s. 628 vd.; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 94-102

yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunması için ayrıca özen borcunun da yerine getirilmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle özen borcuna riayet, yerindelik denetiminden kaçınılmasının değil, fakat yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunmasının şartını teşkil etmelidir. Kuralın asli işlevi, yani yerindelik denetiminden kaçınılması, özen borcundan bağımsız olarak, menfaat çatışması içermeyen ve iyiniyetle alınan bütün ticarî kararlar bakımından cari olmalıdır. Bu iki unsurun, aksi davacı tarafından ortaya konmadıkça, karar alma sürecine hasredilecek olan yargısal incelemenin sonucunda, bu süreçte özenli davrandığı, bilgiye dayalı olarak hareket ettiği kabul edilen yönetim kurulu üyeleri, kararın neticelerinden bağımsız olarak hukukî sorumluluktan korunmalıdırlar. Buna karşın karar alma sürecinde özen borcunu ihlal ettiği anlaşılan yönetim kurulu üyeleri, bu ihlalleriyle illiyet bağı içinde bulunan zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Her iki halde de (özen borcu ihlal edilse de, edilmese de) menfaat çatışması içermeyen ve iyiniyetle alınan ticarî takdirlerin yargısal incelemesi, yerindelik denetimine dönüşmemelidir¹³⁴. Karar alma sürecinde özen borcunun ihlal edildiği sabit olduktan sonra illiyet bağı ve zararın mevcut bulunup bulunmadığına göre hüküm tesis edilmelidir. Ticarî takdir kuralının ideal uygulama şekli böyle olmakla birlikte, özellikle ABD anonim şirketler hukukunda tayin edici role sahip Delaware’de bu uygulama şeklinden sapan içtihatlarla da rastlanmaktadır¹³⁵.

¹³⁴ **JOHNSON**, Modest, s. 649

¹³⁵ *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993)

III. Sadakat Borcu

A. Genel Olarak

Sadakat borcu, anonim şirketler hukukunun en önemli prensiplerinden birine vücut vermektedir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri (ve diğer yöneticiler), temelde pay sahiplerine ait bir malvarlığını idare etmektedirler. Nitekim geleneksel anonim şirket modelinde pay sahipleri, yatırımlarının korunmasını ve geliştirilmesini teminen, şirketin idaresini yönetim kurulu üyelerine emanet etmektedirler¹³⁶. Yönetim kurulu üyelerinin, şirketle ve pay sahipleriyle arasındaki ilişkiye güven unsuru hakim olmaktadır. Sadakat borcu, güvene dayanan bu ilişkinin yöneticiler tarafından suistimalini önlemeye yönelik temel hukuki müessese olmaktadır. Zira söz konusu ilişki niteliği itibariyle suistimale açık bulunmaktadır¹³⁷. Yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler, güven unsurunu zedeleyecek her türlü hareketten kaçınmak ve kendilerine emanet edilen menfaatleri müspet bir şekilde korumakla yükümlüdürler¹³⁸.

A.Ş yöneticileri sadakat borcu çerçevesinde, şirket menfaatlerini daima şahsi menfaatlerinin önünde tutmalıdırlar. Sadakat borcu, yöneticilerin görevleriyle ilgili bütün tasarruflarında, şirketin menfaatlerini takip ettiklerine dair iyiniyetli bir inanç

¹³⁶ **KNEPPER/BAILEY**, § 4.01-2; **MANCE** Jessica, “Forecasting the Future: An Assesment of the New Delaware General Law Corporations, Section 122(17)”, *Journal of Corporate Law Studies*, V.1, I. 2, 2001 (SSRN, <http://ssrn.com/abstract=294623> üzerinden erişilmiştir.), s. 2; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 108

¹³⁷ **KNEPPER/BAILEY**, § 4.01-3; karşı. **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 40

¹³⁸ **KNEPPER/BAILEY**, § 4.01-2

taşımalarını gerektirir. Söz konusu borç, yöneticilerin, şirket ilişkisine yabancı menfaatlerin (şahsi yahut üçüncü şahıslara ait) tesiriyle hareket etmelerini engellemektedir. Yöneticiler, kendilerini menfaat çatışmalarına sürükleyecek durumlara sokmaktan kaçınmalıdırlar (*no-conflict rule*). Yöneticiler, şirketteki pozisyonları sebebiyle veya yetkilerini kullanarak, şirketin bilgisi dışında hiçbir menfaat elde edemezler (*no-profit rule*). Yöneticiler, bu sıfatlarına bağlı olarak karşılaştıkları, yahut şirket imkanlarını kullanmak suretiyle yarattıkları ticari fırsatları bizzat değerlendiremez ve bu fırsatlardan şahsi menfaat temin edemezler (*corporate opportunity doctrine*).

Sadakat borcuna aykırı hareketlere, genellikle maddi menfaat temin etmek maksadıyla başvurulursa da, tamah yöneticileri şirket menfaatlerinden saptıran yegane güdü olmadığı gibi; maddi bir menfaatin temini de, sadakat borcuna aykırılığın zaruri unsuru değildir. Nitekim intikam, hırs, şehvet gibi birçok insani dürtü de, yöneticileri sadakatsiz davranışlara sevk edebilir. Sadakatsiz hareketler, sayısız şekillerde ortaya çıkabilir. Bu bakımdan sadakat borcu geniş çerçeveli bir borç olarak, esnek bir şekilde tarif edilmekte ve bu alanda sınırlayıcı düzenlemelerden uzak durulmaktadır.

B. ABD Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu

1) Kaynakları ve Gelişimi

ABD’de A.Ş yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerin sadakat borcunun temelleri, “trust hukuku¹³⁹” na dayanmaktadır¹⁴⁰. Nitekim A.Ş hukukunun ilk gelişim

¹³⁹ **FREIDMANN W.**, “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat”, A.Ü.H.F.M, C. 15, S. 1, 1958,

evrelerini geçirdiği 18-19. yy'da mahkemeler, anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin “mutemet” (*trustee*) konumunda bulunduğunu ve pay sahiplerinin de “müstefit” (*cestui que trusts/beneficiary*) sıfatıyla, anonim şirketin bütün malvarlığı ve faaliyetleri üzerinde müşterek bir menfaate sahip olduklarını kabul etmişlerdir¹⁴¹. Bu çerçevede mutemetlerin, müstefitlerle aralarında bulunan güvene dayalı ilişkiden (*fiduciary relationship*) doğan borçları, A.Ş yönetim kurulu üyelerinin şirketle ve pay sahipleriyle olan ilişkilerine teşmil edilmiştir. Netice itibariyle, *trustee*'nin *trust* ilişkisinden doğan temel borçları olan özen ve sadakat borçları, A.Ş yönetim kurulu üyelerine *trustee*'ler ile aynı kapsamda uygulanmıştır. Ancak, 20. yy'dan itibaren A.Ş yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu, şirketler hukukuna mahsus bir rejime bağlanarak *trust* hukukunun, menfaat çatışması içeren işlemlere bağladığı bazı

s.53 (Çev. **ANSAY** Tuğrul): “*Trust Anglo-Amerikan hukuk sistemine has bir müessesedir. Bunda, trustee (mutemet) denilen şahıs, beneficiary (müstefit) denilen şahsın mallarını idare eder. Malların hukukî bakımdan maliki mutemet, hakkaniyet icabı maliki (equitable ovner) ise müstefittir. Mutemet malları kendi namına fakat müstefitin menfaatine idare eder*”.

¹⁴⁰ **LANGBEIN** John, “Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?”, *The Yale Law Journal* V. 114, 2005, s. 958; **LANE**, §4.01-4; **MANCE**, s. 2; **MUIR** Dana/**SCHIPANI** Cindy, “New Standards of Director Loyalty and Care in the Post Enron Era: Are Some Shareholders More Equal Than Others”, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, V.8, I.2, 2005, s. 291, 305

¹⁴¹ *Robinson v Smith* 3 Paige Ch Rp 222 (NY 1832), (**MANCE**, s. 2'den naklen). Söz konusu dönemde verilen bir çok mahkeme kararında A.Ş yönetim kurulu üyeleri, resmen “*trustee*” olarak nitelendirilmişlerdir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin resmen “*trustee*” olarak nitelendirilmediği durumlarda dahi, üyelerin şirketle ve pay sahipleriyle arasındaki ilişkiye daima *trust* hukuku hakim olmuştur. Yönetim kurulu üyelerinin söz konusu ilişkiden kaynaklanan temel borçları olan özen ve sadakat borçları da *trust* hukukuna kıyasen tarif ve tatbik edilmiştir. Bkz. **MUIR/SCHIPANI**, s. 291 vd.

neticelerden uzaklaşmıştır¹⁴².

Trust hukukunda mutemet, kendi idaresine emanet edilen malvarlığını münhasıran müstefitin menfaatleri doğrultusunda idare etmekle yükümlüdür. Bu bakımdan her türlü menfaat çatışmasından kaçınmak zorunda olduğu gibi, mutemetin menfaat çatışması içeren işlemlerde bulunması da *per-se* yasaktır. Müstefit, mutemetin menfaat çatışması içeren bir işlemini başkaca hiçbir sebebe dayanmak zorunda kalmaksızın iptal edebilir¹⁴³. Bir diğer ifadeyle söz konusu işlemler, “iptal edilebilirlik” düzeyinde sakattır. Bu bakımdan mutemetin iyiniyeti veya menfaat çatışması içeren işlemin adil olması, yahut menfaat çatışması içeren işlemde müstefitin önemli oranda fayda sağlamış olması sonucu değiştirmez¹⁴⁴.

Müşterek hukukta şirketle ilgili bir işleminde şahsi menfaati bulunan yönetim kurulu üyelerinin, sadakat borcunu yerine getiremeyeceği ittifak halinde kabul edilmekteydi¹⁴⁵. Nitekim, yönetim kurulu üyeleri nezdinde gerçekleşen bütün menfaat çatışmaları, üyelerin şirket ilişkisinden şahsi menfaat temin etmelerine yönelik bir fırsatı içerir ki, bu durum tabiatı gereği şirkete zarar verme potansiyelini barındırır. “Çatışan iki menfaat arasından kimin menfaatinin ihmal ve feda edileceğini öngörmek kolay

¹⁴² LANGBEIN, s. 959

¹⁴³ LANGBEIN, s. 935 vd.

¹⁴⁴ LANGBEIN, s. 956 vd.

¹⁴⁵ *Wardell v. R.R. Co.*, 103 U.S. 651,658 (1880): “Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, temsil ve muhafaza etmekle görevli oldukları tarafların menfaatleriyle çatışan durumlara giremezler. Vekil (agent) yahut mutemet (trustee) sıfatıyla akdettikleri yahut onayladıkları sözleşmelerden şahsi bir menfaat elde edemezler”. (LANE, §4.01-4’den naklen)

*olduğu gibi, bu öngörü tecrübelerle de sabittir*¹⁴⁶”. Bu kapsamda *trust* hukukunun menfaat çatışması içeren işlemlere bağladığı hüküm ve neticeler, anonim şirketler hukukunda da uygulanmaktaydı. Yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerin menfaat çatışması içeren işlemleri, bu işlemlerin şirket için adil (*fair*) olup olmadığından bağımsız olarak, şirketin veya pay sahiplerinin talebiyle iptal edilebilmekteydi¹⁴⁷.

2) Modern Kurallar

ABD’de mahkemeler, 20.yy’dan itibaren menfaat çatışması içeren işlemlerin, özellikle yönetim kurulu üyelerinin şirketle, yahut müşterek yönetim kurulu üyesine sahip şirketlerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerin, şirketi zarara uğratacağının *a-priori* kabulüne ilişkin yaklaşımlarını değiştirmişlerdir¹⁴⁸. Mahkemelerin menfaat çatışması içeren işlemlere ilişkin yaklaşımlarının yumuşatmalarının sebeplerinden biri olarak, anonim şirketler arasındaki ilişkilerin giderek karmaşık bir hal alması ve yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatı eşzamanlı olarak birden çok şirkette taşımalarına bağlı olarak, yönetim kurullarında müşterek üye bulunan çok sayıda şirketin ortaya çıkması gösterilmektedir¹⁴⁹. Bu yeni yaklaşım çerçevesinde müşterek hukuk, yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışması içeren işlemlerini *per-se* yasaklayan ve söz konusu işlemlerin daima iptal edilebileceğini kabul eden uygulamadan uzaklaşmıştır¹⁵⁰. Buna

¹⁴⁶ *THORP v. McCullum*, 6 Ill. (1 Gilm.) 614,626 (1844) (LANGBEIN, s. 934’den naklen)

¹⁴⁷ LANE, §4.01-3; ÖZKORKUT, Bağımsız, s. 52

¹⁴⁸ LANE, §4.01-4

¹⁴⁹ LANE, § 4.01-4; karş. LANGBEIN, s. 959 vd.

¹⁵⁰ ÖZKORKUT, Bağımsız, s. 52

göre, menfaat çatışması içeren bir işlem, bu işlemde menfaat bağı bulunmayan ilgisiz ve tarafsız (*disinterested*) yönetim kurulu üyelerinden oluşan çoğunluk tarafından kabul edilmişse, yahut pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından onaylanmış bulunuyorsa, mahkemeler söz konusu işlemin geçerliliğine itibar edeceklerdir. Şu şartla ki, işlemi onaylayan tarafsız üyeler (yahut pay sahipleri), menfaat çatışması hakkında tam olarak aydınlatılmış olmalıdır¹⁵¹. Buna karşın, menfaat çatışması içeren işlem, tarafsız üyelerce onaylanmamışsa, yahut içeriği itibariyle hileli veya gayri adil bulunuyorsa, pay sahipleri veya şirketin açacağı dava ile iptal edilebilir. Ancak, menfaat çatışması içeren bir işlem, tarafsız yönetim kurulu üyeleri tarafından onaylanmamış olsa dahi, bu durum, söz konusu işlemin iptali için yeterli olmayabilir¹⁵². Zira söz konusu işlem, şirkete karşı bütünüyle adil bulunuyorsa iptal edilmez. Davalı üye(ler), menfaat çatışması içeren işlemin şirkete karşı hakkaniyetini (*entire fairness*) ispat etmek suretiyle, dava konusu işlemi iptalden ve kendisini de sorumluluktan kurtarabilir. Menfaat çatışması içeren bir işlemin dava konusu edildiği durumlarda, ticari takdir kuralı uygulanmaz ve ispat külfeti de davalı yönetim kurulu üyelerine aittir.

Menfaat çatışması içeren işlemler hakkında yukarıda belirtilen uygulama, eyalet kanunlarında yapılan değişikliklerle, kanuni düzeyde de kabul ve teyid edilmiştir¹⁵³.

¹⁵¹ **LANE**, § 4.01-5; **LANGBEIN**, s. 959; **MUIR/SCHIPANI**, s. 306; ABA Guidebook, s. 15; **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s.28. Karş. **BROWN** Robert, “Speaking with Complete Candor: Shareholder Ratification and the Elimination of the Duty of Loyalty”, *Hastings Law Journal*, V.54, 2003, s. 660 vd.

¹⁵² **LANE**, § 4.01-5; **MUIR/SCHIPANI**, s. 306

¹⁵³ **LANE**, §4.01-7: Bu düzenlemelerle, müşterek hukukta önceki dönemlerde oluşan katı

RMBCA § 8.61 hükmüne göre¹⁵⁴, yönetim kurulu üyesinin menfaat çatışması içeren bir işlemi, üç bent halinde belirtilen şartlardan birinin tahakkuk etmesi durumunda yönetim kurulu üyesinin veya yönetim kurulu üyesiyle şahsi, mali veya başka bir ilişkiye sahip bulunan bir kimsenin, söz konusu işlemde menfaati bulunması sebebiyle pay sahipleri veya şirket tarafından açılan davalarda iptal edilemez ve tazminata yahut başka bir müeyyidenin uygulanmasına esas teşkil etmez¹⁵⁵. Üç bent halinde belirtilen şartlardan ilk ikisi (a ve b bentleri), söz konusu işlemlerin yönetim kurulu veya pay sahipleri tarafından geçerli bir şekilde onaylanmasının şartlarını gösteren, RMBCA § 8.62 ve § 8.63 hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Bu hükümler (§8.62, §8.63), menfaat çatışması içeren işlemlerin onaylanması bakımından kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Özetle belirtmek gerekirse, menfaat çatışmasının tabiatı ve kapsamı ile, söz konusu işlemin içeriği hususlarında ortalama düzeyde tedbirli bir kimsenin makul surette önemli kabul edeceği bütün olguların, ilgili yönetim kurulu üyesi tarafından önceden açıklanmış veya işlemin akıbetine karar verecek kişiler tarafından biliniyor olması şartıyla¹⁵⁶, ilgisiz ve tarafsız yönetim kurulu üyelerinden¹⁵⁷ oluşan çoğunluğun oyu ile¹⁵⁸ yahut pay sahiplerinin çoğunluğu¹⁵⁹ tarafından, menfaat çatışması içeren işlem onaylanabilir.

kuralların yumuşatılmasının amaçlandığı da belirtilmektedir.

¹⁵⁴ **LANE**, §4.01-6: ABD’de 24 eyalet RMBCA § 8.61 hükmünü aynen kabul etmiştir. Bir çok eyalet de ana hatlarıyla bu düzenlemeyi takip etmiştir.

¹⁵⁵ DGCL’nin benzer düzenlemesi için bkz. **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s.52 vd.

¹⁵⁶ Bkz. RMBCA § 8.60 (4)

¹⁵⁷ Bkz. RMBCA § 8.62 (d)

¹⁵⁸ Bkz. RMBCA § 8.62 (c)

¹⁵⁹ Menfaat çatışması yaşayan üyenin veya RMBCA 8.60 (3) hükmünde belirtildiği anlamda

RMBCA §8.61’de belirtilen şartlardan üçüncüsü ise (c bendi), menfaat çatışması içeren işleme girişildiği anın koşullarına göre yapılacak değerlendirme çerçevesinde, söz konusu işlemin şirket açısından adil olduğunun ortaya konmasıdır. Maddenin ifade biçiminden de anlaşılacağı üzere, ispat yükümlülüğü davalı yönetim kurulu üyesine aittir¹⁶⁰.

ABD’de A.Ş yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerin sadakat borcu, doktrinde ve uygulamada genellikle menfaat çatışmaları ve yöneticilerin, şirkete ait olduğu kabul edilen ticari fırsatları kendileri lehinde kullanmalarını yasaklayan “*corporate opportunity doctrine*” bağlamında ele alınmaktadır¹⁶¹. Bu itibarla, söz

onunla yakın ilişkiye sahip kişilerin (eşi, çocuğu, torunu gibi yakın akrabalık ilişkisine sahip olduğu kişilerle, aynı evi paylaştığı yahut vesayeti altında bulunan kişiler gibi) doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edebildiği paylar, bu bakımdan dikkate alınmaz [RMBCA § 8.63 (b)].

¹⁶⁰ Davalı yönetim kurulu üyesi, işlemin şirkete karşı hakkaniyetini, *entire fairness* (tam hakkaniyet) olarak tabir edilen bir ölçüte göre ispat etmelidir. *Entire fairness*, adil işlem (*fair dealing*) ve adil fiyat (*fair price*) olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Adil işlem, menfaat çatışması içeren işlemi doğuran sürecin, doğruluk ve dürüstlük çerçevesi içinde şeffaf ve hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülmüş olmasını gerektirmektedir. Adil fiyat ise, şirketin menfaat çatışması içeren işleminden adil bir karşılık elde etmiş olmasını gerektirmektedir. Mahkemeler, bu iki unsuru her somut olayın özelliklerine göre bir bütün olarak inceleyerek, menfaat çatışması içeren işlemin, şirkete karşı adil olup olmadığına karar vermektedirler. Mahkemelerin bu hususta uyguladıkları kriterler hususunda bkz. **LANE**, § 4.01-13 vd.

¹⁶¹ ABA Guidebook, s. 14 vd. Menfaat çatışmaları ve *corporate opportunity doctrine* oldukça geniş bir alanı kapsamaktaysa da, sadakat borcunun kapsamı bunlarla sınırlı değildir. Sadakat borcu, sır saklama yükümlülüğü, gizli kâr yasağı, şirkete zarar veren rekabetten kaçınılması, pay sahiplerinin aydınlatılması gibi bir çok yükümlülüğü içermektedir. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu çerçevesindeki bütün yükümlülüklerinin, nihai olarak maddi veya manevi menfaat çatışmalarını engellemeye yönelik olduğu söylenebilir.

konusu kavramların ABD hukukunda tanımlanma biçimini incelemekte fayda bulunmaktadır.

a) Menfaat Çatışmaları

Menfaat çatışmaları geleneksel olarak, vekilin şahsi menfaatlerinin, asilin menfaatleriyle çatıştığı durumları ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Daha önce belirtildiği üzere yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir vekalet ilişkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Yönetim kurulu üyeleri, anonim şirketin vekilleri olarak şahsi menfaatlerinin şirketin (asil) menfaatleriyle çatışacağı durumlara girmekten kaçınmalıdırlar. Yönetim kurulu üyeleri, muayyen menfaat gruplarının değil, fakat daima şirket menfaatlerinin doğrultusunda hareket etmelidirler. Bir diğer ifadeyle yönetim kurulu üyeleri, şirket menfaatlerini gerek maddi-manevi her nevi şahsi menfaatlerinin, gerekse diğer kişi veya kurumlara ait menfaatlerin önünde tutmalıdırlar.

Menfaat çatışması kavramı, şahsi, mesleki veya mali mülahazaların, yönetim kurulu üyesinin tarafsızlığını, kararlarını yahut genel olarak şirket menfaatleri doğrultusunda hareket etme kabiliyetini etkilediği veya etkilemesi makul surette beklenebilecek durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹⁶².

ABD’de üyelerin ve diğer yöneticilerin menfaat çatışması altında bulunduğu durumları ifade etmek üzere genellikle, *interested* (tarafli/ilgili) kavramı

¹⁶² <http://www.cira.ca/en/documents/2006/CIRA-code-of-conduct.pdf> (Erişim: 15 Eylül 2008)

kullanılmaktadır¹⁶³. ALI Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 1.23(a) hükmünde, sadakat borcunun amacı bakımından yönetim kurulu üyelerini ve diğer yöneticileri, kararları veya tasarruflarıyla “ilgili” kılan haller şöyle gösterilmiştir¹⁶⁴: i) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin işlem veyahut tasarrufun tarafı olduğu haller; ii) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin, tasarruf veyahut işlemin taraflarından biriyle ticarî, mali ya da ailevi bir ilişkiye sahip olduğu ve bu ilişkinin yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin söz konusu işlem veyahut tasarrufla ilgili takdirini etkilemesinin makul suretle beklenebileceği haller; iii) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin söz konusu tasarruf veyahut işlem üzerinde önemli bir maddi menfaate sahip olduğu ve bu menfaatin, yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin takdirini, şirket aleyhinde etkilemesinin makul suretle beklenebileceği haller.

Menfaat çatışması doğuran durumları örnek kabilinden belirtmek gerekirse: Yönetim kurulu üyeleri, hizmetlerine karşılık teşkil etmek üzere anonim şirketin yetkili organları tarafından kararlaştırılan menfaatler hariç olmak üzere, bu sıfatlarına bağlı olarak, doğrudan veya dolayısıyla hiçbir maddi menfaat elde edemezler. Bu esas, yönetim kurulu üyelerinin yakın akrabaları, dostları yahut ticari veya mesleki açıdan yakın ilişkisi bulunan kişiler bakımından da geçerlidir. Yönetim kurulu üyelerinin veya üyelerin akrabalarının, arkadaşlarının, yakın ticari ilişkiye sahip oldukları kişilerin, şirketten şahsi yahut maddi bir menfaat elde etmelerine sebep olan durumlarda menfaat çatışması söz konusu olur. Üyelerin başka bir sıfatla, şirkete ücret karşılığında

¹⁶³ Bkz. **ÖZKORKUT**, Bağlımsız, s. 51 vd.

¹⁶⁴ Benzer bir düzenlemeye RMBCA'nın § 8.60 hükmünde de yer verilmiştir.

doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir hizmet sunmaları durumunda da menfaat çatışması söz konusu olur. Üyeler, tedarikçilerden, satıcılardan veya şirketle ticaret yapan yahut yapmak isteyen kişi veya kurumlardan hiçbir menfaat kabul edemezler. Aksi yönde bir girişim, menfaat çatışmasına sebebiyet verir. Yönetim kurulu üyelerinin, akrabalarının, arkadaşlarının veya yakın ticari ilişkiye sahip oldukları kişilerin istihdamında, gözetiminde, değerlendirmesinde, terfisinde, işten çıkarılmasında ve benzeri konularda müdahil olmaları menfaat çatışmasına sebebiyet verir. Üyelerin, çatışan menfaatlere sahip iki ayrı şirketin yönetim kurulunda bulunmaları veya şirketle çatışan menfaatleri bulunan kişilerin müdahdemi durumunda bulunmaları da menfaat çatışmasına sebebiyet verir.

b) Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete Ait Ticari Fırsatları Kendileri Lehinde Kullanamamaları Prensipli (*Corporate Opportunity Doctrine*)

Yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerin, görevleri sebebiyle karşılaştıkları, yahut şirket kaynaklarını kullanmak suretiyle yarattıkları ticari fırsatları kendi lehlerine kullanmaları sadakat borcuyla bağdaşmaz. ABD hukukunda *corporate opportunity doctrine* çerçevesinde, anonim şirket yöneticilerinin, görevleri sırasında karşılaştıkları, şirketle mantıki ve makul bir surette irtibatlandırılabilen ticari fırsatların şirkete ait olduğu kabul edilerek, yöneticilerin, söz konusu ticari fırsatları şirketin muvafakatı olmaksızın kendi hesaplarına takip etmeleri yasaklanmaktadır¹⁶⁵. Böylece

¹⁶⁵ Bkz. SAVITT William, “A New Look at Corporate Opportunities”, Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No:235, 2003, s. 16; KNEPPER/BAILEY, § 4.12-29; LANE, §5.01-3; BURGDOERFER, §.1.02-

anonim şirket, kendisine ait olduğu kabul edilebilen ticari fırsatların yöneticiler tarafından kullanılması sebebiyle uğrayacağı mahrumiyetlerden korunmaktadır.

Şirkete ait bir ticari fırsatı kendi adına kullanmak isteyen yönetim kurulu üyesi veya yönetici, söz konusu fırsatı öncelikle şirkete teklif etmek zorundadır. Şirket bunun üzerine ticari fırsatı kendisi kullanabilir veya söz konusu fırsat üzerindeki hakkından feragat edebilir. Şirket ticari fırsatı kullanmak istemediğini yetkili organları aracılığıyla açıkladığı veya yöneticiye bu hususta izin verdiği takdirde, yönetici söz konusu fırsatı kendi adına değerlendirebilir¹⁶⁶. Ancak bunun için menfaat çatışması yaşayan üyenin, bu çatışmanın kapsamı ve ticari fırsatın içeriği konusunda şirketi yeterli düzeyde bilgilendirmiş olması şarttır

Corporate opportunity doctrine, özü itibariyle bir tür rekabet yasağını ifade etmektedir. Bu açıdan gerek söz konusu yasağın kapsamını belirlemekte kullanılan ölçütler¹⁶⁷, gerekse ihlaline bağlanan müeyyideler¹⁶⁸ bakımından Türk hukukunda

10; **MUIR/SCHIPANI**, s. 306; **MANCE**, s. 3 **ROSENBERG** Jonathan/**BURR** Kendall “Making Sense of New York’s Corporate Opportunity Doctrine”, New York State Bar Association Journal V.80, I.5, 2008, s. 11

¹⁶⁶ Bu hususta şirketin iradesini oluşturan karar, ilgisiz ve tarafsız yönetim kurulu üyeleri veya pay sahipleri tarafından alınır.

¹⁶⁷ Yöneticilerin kendileri adına değerlendirdikleri bir ticari fırsat hakkında, şirketin talep hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesinde öncelikle, eyalet uygulamalarına göre değişen üç temel ölçüt dikkate alınmaktadır. Bunlardan ilkinde, yöneticinin kendisi adına kullandığı ticari fırsatın, şirketin fiilen iştigal ettiği, yahut iştigal etmesi beklenen alanlardan birine girip girmediği araştırılmaktadır (*line of business test*). Bu ölçüte göre, ticari fırsatın şirkete aidiyetinin kabulü için, şirketin söz konusu fırsatı kullanabilecek mali imkanlara sahip olması da

yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 335 hükmüyle

gerekmektedir. İkinci ölçütte şirketin, mahrumiyeti iddia edilen ticari fırsat üzerinde, mevcut bir hakka, yahut hukuki ilişkiye dayanan somut bir menfaate veya beklentiye sahip olup olmadığına bakılmaktadır (*interest or expectancy test*). Burada aranan menfaat veya beklentinin kapsamı, bu husustaki uygulama istikrarlı olmadığından net değildir. Ancak menfaat veya beklentinin, basit bir ümidin yahut arzusun ötesinde bir dayanağı olması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, New York'da verilen bir kararda, şirketin ticari fırsat üzerindeki menfaatinin veya beklentisinin, yöneticinin söz konusu fırsat için şirket adına müzakerelerde bulunmuş veya şirket kaynaklarını suistimal etmiş olmasından yahut şirketin bu fırsata duyduğu ihtiyaçtan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Üçüncü ölçütte, yöneticinin ticari fırsatı kendi adına değerlendirmesinin hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir (*fairness test*). Mahkemeler, *corporate opportunity* taleplerini değerlendirirken, resmen bu ölçütlerden birine veya ikisine atıfta bulunsalar da, fiilen söz konusu ölçütlerin tamamını harmanlamaktadırlar. Bu bakımdan hiçbir ölçüt tek başına kullanılmamakta ve sorumluluğun tayini yönünden de belirleyici olmamaktadır. Mahkemeler incelemelerinde özellikle, yöneticinin kendi adına kullandığı ticari fırsatın, şirketin fiili ve potansiyel faaliyetleriyle ilişkisi; yöneticinin söz konusu fırsatla karşılaşma şekli; ticari fırsatın yöneticinin şirketteki görevi dolayısıyla mı, yoksa şirketteki görevinden bağımsız olarak mı karşısına çıktığı; söz konusu fırsatın kullanımında şirket kaynaklarından yararlanılıp yararlanılmadığı; şirketin söz konusu fırsatı kullanmasını engelleyen hukuki, mali veya fiili engeller bulunup bulunmadığı gibi hususları değerlendirmektedirler.

¹⁶⁸ Şirkete ait bir ticari fırsatı kendisi adına kullanan yönetim kurulu üyesi, şirketin bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmeye mahkum edilebileceği gibi, bu faaliyetten elde ettiği menfaatlerin şirkete iadesine dahi hükmedilebilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin bu bağlamda sorumluluğu, şirketin zararıyla sınırlı değildir. Meşhur *Guth v. Loft* davasında (5 A.2d 503 / Del. 1939), Loft yönetim kurulu başkanı, Loft'a ait parasa kaynakları kullanarak kendisi adına satın aldığı tasfiye sürecindeki Pepsi Cola Company'yi, Loft'un personelini ve ofislerini de kullanmak suretiyle, o dönemin en başarılı şirketlerinden biri haline getirmiştir. Ancak *corporate opportunity* talebine dayalı olarak açılan davanın neticesinde Delaware Yüksek Mahkemesi, Pepsi Cola Company'nin Loft'a devrine hükmetmiştir. Bu davanın olguları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SAVITT**, s. 25 vd.

benzerlikler bulunmaktadır. Ancak, TTK m. 335’den farklı olarak corporate opportunity doctrine, şirket konusuna giren ticari işler yönünden genel ve soyut bir rekabet yasağı getirmemektedir. *Corporate opportunity doctrine*, temel olarak yöneticilerin şirketteki pozisyonları sebebiyle karşılarına çıkan ticari fırsatları, ABD’de kullanılan tabirle şirketten “gasp etmelerini” (*usurpation of corporate opportunity*) veya şirketten bağımsız olarak yürüttükleri ticari faaliyetlerde şirketin maddi yahut gayri maddi kaynaklarını kullanmalarını engellemeye yönelik bir müessesedir. Bir diğer ifadeyle *corporate opportunity doctrine*, yöneticilerin şirket konusuna giren bir alanda kendileri veya başkaları namına ticari faaliyette bulunmalarını değil; rekabet teşkil eden faaliyeti, şirketteki pozisyonlarını suistimal etmek suretiyle yürütmelerini yasaklamaktadır. Örneğin şirket nezinde geliştirilen bir teknolojiyi kullanarak yeni bir ürünü kendi adına piyasaya sürmesi, yahut şirket namına yürüttüğü müzakerelerde karşısına çıkan bir yatırım projesini kendi adına değerlendirmesi veya şirketten bağımsız olarak giriştiği ticari faaliyeti şirket kaynaklarıyla finanse etmesi, bu faaliyette şirkete ait tesisleri, araçları, personeli vs. kullanması gibi... Öte yandan yöneticilerin şirketle rekabeti, somut olayın özelliklerine göre şirketle yöneticilerin menfaatlerini karşı karşıya getirdiği ve şirkete zarar verdiği ölçüde, *corporate opportunity doctrine*’den bağımsız bir şekilde genel olarak sadakat borcuna aykırılık sebebiyle sorumluluk doğurabilir. Ancak böyle bir durum olmadıkça, yöneticilerin salt şirketle aynı alanda ticari bir faaliyette bulunmaları veya aynı konuda faaliyet gösteren başka bir şirkette de yönetim kurulu üyesi yahut yönetici sıfatını taşımaları, tek başına sadakat borcunu ihlal eden bir

fiil olarak değerlendirilmemektedir¹⁶⁹.

3-) Sadakat Borcundan Doğan Sorumluluğun Sınırlanamaması

ABD hukukunda sadakat borcundan doğan sorumluluk mutlak bir nitelik taşımaktadır. Gerçekten, A.Ş yöneticilerinin sadakat borcundan doğan sorumluluğunun izale edilmesi mümkün olmadığı gibi; sadakat borcu dolayısıyla fiilen tahakkuk eden hukuki sorumluluğun üçüncü kişilere aktarılması da mümkün değildir. Bu bakımdan, ticari takdir kuralı (*business judgement rule*); kanuni sorumluluk sınırlamaları (*exculpation/limited liability provisions*); sorumluluk sigortası (*D&O insurance*); tazminat riskine şirketin güvence vermesi (*indemnification*) gibi, ABD hukukunda anonim şirket yöneticilerini hukuki sorumluluk rizikosundan koruyan müesseseler, prensip itibariyle sadakat borcuna aykırılık hallerini kapsamamaktadır.

C) Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu

Yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu, TTK'da genel bir borç olarak açıkça zikredilmiş değildir. Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu, anonim

¹⁶⁹ Bununla birlikte farklı eyaletlerde aksi yönde içtihatlar bulunduğu da belirtilmektedir. Ancak ABD hukukunda bu hususta genel bir yasak bulunmayıp, yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabetinden kaynaklanan ihtilaflar her somut olayın özelliklerine göre çözüme bağlanmaktadır. Bkz. LANE, §5.14-29; KNEPPER/BAILEY, §4.16-39. ALI Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin § 5.06 başlıklı düzenlemesinde, makul surette öngörülebilir bir zararın yokluğunda veya şirketin rekabetten edineceği faydaların, maruz kalacağı zarardan fazla olacağı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabeti tecviz edilmektedir. Bunun yanısıra söz konusu düzenlemede, yöneticilerin şirketle rekabet etmelerine önceden izin veya sonradan onay verilebileceği belirtilmektedir.

şirketle aralarındaki vekalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır¹⁷⁰. Türk hukukunda da sadakat borcu, geniş çerçeveli bir borç olarak yönetim kurulu üyelerinin, şirket menfaatlerini diğer bütün menfaatlerden üstün tutmalarını ve daima şirket menfaatleri doğrultusunda iyiniyetle hareket etmelerini gerektirmektedir¹⁷¹. Sadakat borcu, TTK m. 336/b. 5 anlamında üyelere yüklenmiş bir görevdir¹⁷². Bu itibarla şirketin söz konusu borcun ihlalden doğan zararları, her bir pay sahibi veya alacaklı tarafından, hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere dava konusu edilebilir (TTK m. 340, 309).

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu, genel bir hükümle düzenlenmemiş olmakla birlikte, üyelerin ve diğer yöneticilerin sadakat borcu çerçevesindeki bazı yükümlülükleri özel olarak düzenlenmiştir. TTK'nun sadakat borcu çerçevesindeki özel düzenlemelerini, müzakerelere katılma yasağı (m. 332), şirketle işlem yasağı (m. 334) ve şirketle rekabet yasağı (m. 335) teşkil etmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcundan doğan somut yükümlülüklerinden biri de, sır saklama yükümlülüğüdür¹⁷³. Aşağıda TTK'nun konuyla ilgili düzenlemeleri incelenmiştir.

1) Müzakerelere Katılma Yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin, menfaat çatışması yaşadıkları konuların müzakere

¹⁷⁰ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 73

¹⁷¹ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 73

¹⁷² ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s.56

¹⁷³ Bkz. ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 330; karşı. TTK m. 363/II

edildiği toplantılarına iştirakleri sadakat borcuyla bağdaşmayacağı gibi, ilgisiz ve tarafsız üyelerin konuya ilişkin takdirlerinin serbestçe oluşmasını da engelleyebilir. Kanun koyucu bu sebeple, üyelerin menfaat çatışması yaşadıkları konularla ilgili karar alma süreçlerine katılmalarını yasaklamıştır. Nitekim TTK m. 332 hükmüne göre, *“İdare meclisi azaları, şahsi menfaatlerine veya 349. maddede sayılan yakınlarının menfaatlerine taalluk eden hususların müzakeresine iştirak edemezler”*. İlgili üye, menfaat çatışmasını açıklayarak müzakere zaptına kaydettirmekle yükümlüdür. İlgili üyenin, müzakeresine iştiraktan men edildiği bir konuda oy kullanamaması ise, evleviyet gereğidir.

Bu hükümlere aykırı hareket eden üye, ilgili olduğu işlemin şirketi uğratacağı zararlardan sorumludur (TTK m. 332/II). Sorumluluk davası şirket tarafından açılabileceği gibi, her bir pay sahibi veya alacaklı dahi, şirketin bu sebeple uğradığı zararın tazminini dava edebilir (TTK m. 336/b. 5, 340,309). TTK m. 332 hükmü, müzakerelere fiilen katılmasa bile, şahsi veya ailevi bir menfaatini ilgilendiren bir konuda yönetim kurulunun takdirini şirket menfaatleri aleyhinde etkileyen üyeler ve diğer yöneticiler hakkında da uygulanmalıdır.

2) Şirketle İşlem Yapma Yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin, şirketle ilgili bir işlemin iki tarafında da yer almalarının doğurabileceği mahzurları gözönünde bulunduran kanun koyucu, TTK m. 334 hükmüyle üyelerin ve diğer yöneticilerin genel kurulun izni olmadıkça şirketle işlem yapmalarını yasaklamıştır. Söz konusu hükme göre, *“İdare meclisi azalarından*

biri umumi heyetten izin almadan kendi veya başkası namına, bizzat veya dolayısıyla şirketle şirket konusuna giren bir ticari muamele yapamaz. Aksi takdirde şirket yapılan muamelenin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak diğer taraf için mevcut değildir¹⁷⁴”.

Yasağın kapsamına şirketle yapılan sözleşmelerin yanısıra, tek taraflı hukuki işlemler de dahildir¹⁷⁵.

Maddede açıkça belirtildiği üzere, yasağın kapsamına giren işlemler genel kurulun izin vermesi durumunda yönetim kurulu üyesi tarafından geçerli olarak yapılabilir. Amerikan hukukundan farklı olarak genel kurul (TTK m. 374/I’e göre tarafsız pay sahipleri), bu hususta münhasıran yetkili olup, şirket adına izin verebilecek başka bir merci bulunmamaktadır. Genel kurul, işleme önceden izin verebileceği gibi, icra edilmiş olan işleme icazet dahi verebilir. Bu izin veya icazet açık, yahut örtülü olabilir¹⁷⁶. Çamoğlu’na göre, genel kurulun yönetim kurulu üyelerine bu hususta soyut ve genel bir izin vermesi mümkündür. Bu açıdan olağan genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin tamamı için konu yönünden bir sınırlama olmaksızın, faaliyet dönemimin tamamını kapsayacak şekilde genel bir izin dahi verilebilir. Öte yandan yazar, şirketle işlem yapma yasağının esas sözleşmeyle tamamen kaldırılabilceğini savunmaktadır¹⁷⁷. Buna karşın şirketle işlem yapma yasağını düzenleyen TTK m. 334 hükmü, şirketi korumak amacına yönelik olduğundan, önceden alınan genel ve soyut bir iznin, geçerli

¹⁷⁴ Maddenin ifade tarzına yöneltlen eleştiriler için bkz. **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 87; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 89

¹⁷⁵ **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 88

¹⁷⁶ **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 91

¹⁷⁷ **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 90

olmayacağına işaret edilmektedir¹⁷⁸. Zira aksi halin kabulü, yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapmalarını mutad bir işe dönüştürür ki, bu sonuç kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmaz. Bu itibarla böyle bir iznin esas sözleşmeyle de verilmesi mümkün değildir¹⁷⁹.

Şirketle işlem yapma yasağına aykırı hareket edilmesinin müeyyidesi olarak şirkete, söz konusu işlemin batıl olduğunu ileri sürebilme hakkı tanınmıştır. Şirket adına bu iradeyi kullanacak organ genel kuruldur. Diğer taraf, işlemin geçersiz olduğunu ileri süremez. TTK m. 334 hükmüne aykırı olarak yapılan bir işlem, şirketi bağlamamakla birlikte, karşı taraf için bağlayıcı olduğundan, burada bir “askıda hükümsüzlük” söz konusu olmaktadır. Öte yandan, TTK m. 334 hükmüne aykırı olarak yapılan bir işlemin şirketi zarara uğrattığı durumlarda, ilgili yönetim kurulu üyesinin, sadakat borcuna aykırılık sebebiyle TTK m. 336/b. 5 çerçevesinde de sorumluluğu söz konusu olur¹⁸⁰.

3) Rekabet Yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle aynı alanda, kendileri veya başkaları hesabına ticari faaliyetlerde bulunmalarından doğabilecek menfaat çatışmalarını ve suistimalleri önlemek isteyen kanun koyucu, şirketle rekabet teşkil edecek işlemleri, üyelere (ve diğer yöneticilere) yasaklamıştır. Söz konusu yasağın düzenlendiği TTK m. 335 hükmüne göre, “*İdare meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini almaksızın şirketin*

¹⁷⁸ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 90

¹⁷⁹ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 90

¹⁸⁰ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 93; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 90

konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdit edilmemiş olan ortay sıfatıyla da giremez“.

Yönetim kurulu üyesinin, rekabet yasağını ihlal etmesi için şirket konusuna giren bir ticari işlemi kendisi veya başkası hesabına yapması, yahut aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla girmesi yeterli olup; rekabet teşkil eden söz konusu faaliyetlerin, fiili bir suistimal yoluyla icra edilmiş veyahut böyle bir suistimale sebebiyet vermiş olması şart değildir.

Uygulamada şirketlerin gerçekten iştigal ettiği konularla, esas sözleşmelerinde yazılı konular arasında büyük farklar ortaya çıktığından¹⁸¹, rekabet yasağının kapsamı bakımından “şirket konusu” ifadesi dar yorumlanmalıdır. Bu açıdan esas sözleşmede yazılı olan konular değil, şirketin fiilen iştigal ettiği alanlar esas alınmalıdır¹⁸². TTK m. 335, yönetim kurulu üyelerinin, aynı konuda faaliyet gösteren bir kollektif şirkete girmelerini veya bir komandit şirkete komandite ortak sıfatıyla katılmalarını da yasaklamaktadır. Buna karşın, yönetim kurulu üyelerinin sınırlı sorumlu bir şirkete ortak sıfatıyla katılmaları yasağın kapsamı dışındadır¹⁸³. Diğer taraftan yönetim kurulu üyelerinin, aynı konuda faaliyet gösteren bir sınırlı sorumlu şirkette yönetim görevi

¹⁸¹ Bkz. Y. 11. H.D, E.1988/8953, K. 1989/7012, Muhalefet şerhi

¹⁸² ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 94

¹⁸³ Y. 11. H.D, E.1982/1548, K. 1982/2136: “Aynı konuyla uğraşan başka bir anonim şirketin de paydaşı olan bir ortağın yönetim kuruluna seçiminde yasaya aykırılık söz konusu edilemez... Aynı konuda uğraşı verdiği iddia edilen ortaklık, anonim ortaklık niteliğinde bulunduğu göre, yönetici paydaşın sorumluluğu da koyduğu sermayeyle sınırlı olacaktır.”

üstlenmelerinin rekabet yasağına aykırı düşeceği kabul edilmektedir¹⁸⁴. Zira bu halde, rekabet teşkil eden faaliyetin “başkası hesabına” yapılması söz konusu olmaktadır¹⁸⁵.

TTK m. 335 hükmünün açık ifadesi gereği, rekabet yasağı kapsamındaki bir işlemin, genel kurulun izniyle yapılması mümkündür. Genel kurulun bu husustaki izni açık veya örtülü olabilir¹⁸⁶. Genel kurulun, yapılan işleme sonradan icazet vermesi de mümkündür. Rekabet yasağının esas sözleşme ile kaldırılması, şirketle işlem yapma yasağının incelendiği kısımda belirtilen sebepler dolayısıyla mümkün olmamalıdır¹⁸⁷.

Anonim şirket, rekabet yasağına aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesine karşı, TTK m. 335’de düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanabilir. Şirket bu çerçevede, i) rekabet yasağının ihlali sebebiyle uğradığı zararının tazminini; ii) üçüncü şahıs hesabına sözleşme yapılmışsa bundan doğan menfaatlerin devrini; iii) yapılan

¹⁸⁴ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 95; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 93

¹⁸⁵ Y. 11. H.D, E. 1985/5620, K. 1985/6350 : “*Davalının sonradan ortak olduğu şirketin bir limited şirket olduğu, bu nedenle davalının bu şirkete TTK.'nun 335/1 inci maddesinin tabiriyle (bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak sıfatıyla) girmedığı tartışmasızdır. Ne var ki davalı, anılan limited şirkete ortak olmakla yetinmeyip Anasözleşme'nin 8 ve 9 uncu maddelerinde belirtildiği üzere limited şirketin müdürlüğü görevini de üstlenmiş, diğer deyişle limited şirketin yöneticisi sıfatını kazanmıştır. Her iki şirketin faaliyet konuları da aynı olduğuna göre bu durumda (TTK. 335/1) maddesindeki davacı anonim şirketin konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi başkası hesabına yapma şeklindeki hükme göre davalının bu davranışının iş bu maddedeki rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir.*”

¹⁸⁶ Y. 11. H.D, E.1982/1548, K. 1982/2136: “*TTK.nun 335. maddesinde öngörülen koşulların bulunduğunu da öne sürme olanağı yoktur. Çünkü genel kurul bu olguyu bilerek yönetim kuruluna seçtiğine göre, olur vermiş demektir.*”

¹⁸⁷ HELVACI, s. 93. Aksi kanaatte ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 96

işlemin şirket adına yapılmış sayılmasını talep edebilir. Yönetim kurulu üyesi, rekabet yasağını sınırsız sorumlu bir şirkete girmek veya sınırlı sorumlu bir şirkette yönetim görevi üstlenmek suretiyle ihlal etmişse, bu şirketten elde ettiği menfaatlerin devri istenebileceği gibi¹⁸⁸, ilgili üyenin rekabete son vermesi de talep edilebilir¹⁸⁹. Şirketin seçimlik hakları, tarafsız yönetim kurulu üyelerince kullanılır (TTK m. 335/II).

D) TTK Tasarı’nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Borcu

Tasarı’nın “özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369. maddesi, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerin sadakat borcunu, genel bir hükümle düzenlenmektedir. Buna göre yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, *şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar*¹⁹⁰. Tasarı’nın sadakat borcu çerçevesindeki özel düzenlemelerinde ise,

¹⁸⁸ Y. 11.H.D, E.1988/7043, K.1989/32

¹⁸⁹ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 97; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 94

¹⁹⁰ Tasarı’nın 369. maddesinin gerekçesine göre, “*şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar*”. Gerekçede belirtildiğinin aksine, “*şirket menfaatlerinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi*” özen borcunun değil, sadakat borcunun temelini oluşturur.

temel olarak TTK'nun sistemi muhafaza edilmiş, ancak söz konusu düzenlemelerin ifade biçiminde bazı değişiklikler yapılmıştır¹⁹¹.

¹⁹¹ Bkz. TTK Tasarısı, m. 393, 395,396 ve gerekçeleri

İKİNCİ BÖLÜM

ABD HUKUKUNDA ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI

§ 1. Genel Olarak

Özen borcunun içeriği, denetimi veya neticeleri bakımından hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın uygulanması, yönetim kurulu üyeleri üzerinde adalet duygularını rencide edecek kadar ağır bir sorumluluk riski yükleyerek yönetim kurullarını hiç kimsenin görev almak istemeyeceği mevkiler haline getirebilir. Diğer taraftan hukuk düzeninin, A.Ş yönetim kurulu üyelerini aşırı derecede muhafazkarlaştıran bir sorumluluk rejimini benimsememesi, onları büyük kar potansiyeli bulunan riskli yatırımlara yönelmekten caydırmaması gerekir. Bu düşüncelerden hareketle, ABD hukukunda yerine göre içtihat; yerine göre kanun yoluyla, özen borcunun çeşitli açılardan sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

Anonim şirket yöneticilerini hukukî sorumluluktan korumak üzere başvuru müesseseler, hemen daima bu riskin en yoğun olarak hissedildiği ABD’de geliştirilmektedir. Söz konusu müessese ve uygulamalar, yönetim kurulu üyeleri üzerindeki hukukî sorumluluk riski arttığı ölçüde, diğer ülkeler tarafından ithal edilmektedir. Aşağıda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan

hukuki sorumluluğunu dolaylı olarak sınırlayan “ticari takdir kuralı” ile söz konusu sorumluluğun doğrudan doğruya sınırlanmasını ifade eden “kanunla sınırlama” müesseseleri incelenmiştir. Her iki müesseseye de ABD hukuku kaynaklık etmektedir. Ticari takdir kuralı günümüzde diğer ülkelerin hukuklarında da yaygın şekilde uygulanmakla birlikte, sorumluluğun kanunla sınırlanmasına henüz yalnızca Amerikan hukukunda başvurulmaktadır.

§ 2. Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğun Ticari Takdir Kuralı Çerçevesinde Sınırlanması

I. Ticarî Takdir Kuralının Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

Ticarî takdir kuralı, tanımı gereği, yalnızca bir ticarî takdirle ilgili olarak açılan davalarda uygulanır. Ticarî bir takdirin kullanılmasıyla ilgili bulunmayan ihtilaflarda ticarî takdir kuralı uygulanmaz. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin genel gözetim yükümlülüklerinin ihlaline dayanan davalarda, ticarî takdir kuralı, prensip itibarıyla uygulanmaz.

Ticarî takdir kuralının uygulama alanı, özen borcuna aykırılık iddialarıyla sınırlıdır. Kural sadakat borcunun ihlalini teşkil eden ticarî kararlarda uygulama alanı bulmaz¹⁹². Hukuka aykırı, hileli veya ultra vires kararlar ile yönetim kurulu üyelerinin

¹⁹² SMITH, Chancellor, s. 585; KNEPPER/BAILEY §2.06; BURGDOERFER §1.05- 30

temsil yetkilerini aşarak aldıkları kararlar, kuralın himayesinden yararlanamaz¹⁹³.

Kural, paysahipleri tarafından açılan davalarda uygulandığı gibi, üçüncü şahıslar tarafından açılan davalarda dahi uygulanır.

B. Ticari Takdir Kuralının Diğer Yöneticilere Uygulanması

Ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyeleri dışındaki yöneticilerin kendilerine delege edilen yetkiler çerçevesinde aldıkları ticarî kararlar hakkında dahi uygulanır¹⁹⁴. Konuyu doğrudan ele alan içtihat sayısı sınırlı olmakla birlikte, doktrindeki hakim görüş, kuralın uygulama alanını diğer yöneticilere de teşmil etmektedir¹⁹⁵. Şu şartla ki, yöneticilerin ticarî takdirleri, kendilerine delege edilen yetkilerin hudutlarına tecavüz etmemelidir¹⁹⁶.

Amerikan Hukuk Ensititüsü'nün ticarî takdir kuralına ilişkin formülasyonunda ve RMBCA'nın gerekçesinde, yönetim kurulu üyeleri dışında kalan icrada görevli tüm yöneticilerin (*officer*) de kuralın himayesinden yararlanacakları/yararlandıkları belirtilmiştir. Ticarî takdir kuralının, yönetim kurulu üyeleri hakkında uygulandığı

¹⁹³ **LANE** §3.11-24; **JOHNSON**, Modest, s. 634; **BURGDOERFER**, §1.05-33

¹⁹⁴ **LAWRENCE** A. Hamermesh/**SPARKS** Gilchrist, "Corporate Officers and the Business Judgement Rule: A Reply to Professor Johnson", The Business Law Review, V.60, I. 3, 2005, s. 865

¹⁹⁵ **HANSEN**, Charles "The Tecnicolor Decision - A Lost Opportunity", Delaware Journal of Corporate Law, V.19, I.3, 1994, s. 638 (Decision); **LAWRENCE/SPARKS**, s.870; **KNEPPER/BAILEY** §2.03-9; **LANE**, §3.11-27; **BURGDOERFER** §1.05-26; **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 89; **TELMAN**, s.16.

¹⁹⁶ **LAWRENCE/SPARKS**, s. 876.

birçok mahkeme kararının gerekçesinde, yönetim kurulu üyeleri dışında kalan yöneticiler, kuralın uygulama alanı bakımından hemen daima yönetim kurulu üyeleri ile birlikte zikredilmektedir. Fakat bu kararların çok büyük kısmı yalnızca yönetim kurulu üyeleri hakkında açılan davalarda verilmiş olup, ticarî takdir kuralının diğer yöneticiler bakımından uygulanma kabiliyetini doğrudan ele alan karar sayısı sınırlıdır.

Bununla birlikte, ticarî takdir kuralının yönetim kurulu üyeleri dışında kalan yöneticiler hakkında uygulanmaması gerektiğini, zira ticarî takdir kuralının dayandığı esasların büyük kısmının bunlar bakımından geçerli olmadığını; konuyu ele alan sınırlı sayıdaki yargı kararının da bu görüşle çatışmadığını savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁹⁷.

C. Ticarî Takdir Kuralının Uygulanmasının Sınırlandığı Durumlar

ABD’de yönetim kurulu üyelerinin, anonim şirket paylarının özünü ilgilendiren konularda kullandıkları insiyatiflerin denetlenmesinde, giderek artan bir kuşkuculuğun izleri görülmektedir¹⁹⁸. Bu hallerde yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini sınırlandıran uygulamalar söz konusu olmaktadır.

Aşağıda incelendiği üzere Delaware’de, ticarî takdirlerle yargısal müdahalede bulunulmaması esas olup, yönetim kurulu üyelerinin dava konusu edilen ticarî takdirleri dolayısıyla sorumlu olmadıkları karine olarak kabul edilir. Yönetim kurulunun anonim

¹⁹⁷ **JOHNSON** Lyman, “Corporate Officers and The Business Judgement Rule”, The Business Lawyer, V. 60, I. 2, 2005 s. 439-469 (Officers). Bu görüşün eleştirisi için genel olarak bkz. **LAWRENCE/SPARKS**, a.g.m.

¹⁹⁸ Bu hususta bkz. s .61-63

şirkette kontrol değişikliğine ilişkin teklif ve girişimlere karşı izlediği politikaların pay sahipleri tarafından dava konusu edildiği haller, bu prensibe istisna teşkil eder. Bu hallerde ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyeleri lehinde bir karine işlevi görmediği gibi, baştaki ispat yükümlülüğü belirli konularda yönetim kurulu üyelerine geçmektedir¹⁹⁹. Nitekim, Delaware Yüksek Mahkemesi yönetim kurulunun, kontrol değişikliği sırasında izlediği insiyatiflerin, özellikle kontrol değişikliğine ilişkin bir tehdide karşı yönetim kurulunun savunma amaçlı olarak başvurduğu tedbirlerin yargısal denetiminde “yoğun denetim” (*enhanced scrutiny*) olarak nitelendirdiği bir ölçüte başvurmaktadır. Söz konusu ölçüt, Yüksek Mahkeme tarafından, ABD’de anonim şirket birleşme ve devralmalarında patlama yaşanan seksenli yılların ortalarında geliştirilmiştir. Yoğun denetim ölçütü, anonim şirketin kontrol haklarının yönetim kurulunun rızası hilafına ele geçirilmesine vaki teşebbüslere (*hostile takeover*) karşı, hedef şirket yönetim kurulunca savunma maksatlı olarak başvuru tedbirlerin makuliyetinin değerlendirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilmiştir²⁰⁰. Ticari takdir kuralının,

¹⁹⁹ Bu açıdan yönetim kurulu üyeleri, rızaları hilafına gerçekleşmesi söz konusu olan kontrol değişikliğine karşı, i) iyiniyetli ve makul bir araştırma yürütüldüğünü; ii) bu araştırmanın sonucunda, şirketin temel politikalarının ve verimliliğin tehdit altında olduğuna kanaat getirildiğini ve iii) kontrol değişikliğine karşı izlenen savunma tedbirlerinin, kontrol değişikliğinin doğurduğu tehditle orantılı olduğunu ispat etmekle yükümlüdürler .

²⁰⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **LINSLEY A. Kristen**, “Statutory Limitations on Directors’ Liability in Delaware : A New Look at Conflicts of Interest and the Business Judgement Rule, Harward Journal on Legislation, V.24, I. 2, 1987, s. 544 vd; **CUNNINGHAM Lawrence/ YABLON Charles**, “Delaware Fiduciary Duty Law after QVC and Technicolor: A Unified Standard (and the End of Revlon Duties?)”, Business Lawyer V. 49, 1994, s. 1602 vd.; **SMITH D.Gordon**, “Chancellor Allen and The Fundamental Question”, Seattle University Law

yönetim kurulunun kontrol değişikliği sırasında izlediği inisiyatiflerin incelenmesine özgü olarak sınırlandırılması, “muaddel ticari takdir kuralı” (*modified business judgement rule*) olarak da isimlendirilmektedir.

Yoğun denetim ölçütü ilk kez *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*²⁰¹ davasında, hedef şirket yönetim kurulunun savunma önlemlerinin incelenmesinde geliştirilmiştir²⁰². Sonradan, *Revlon Inc v. Macandrews & Forbes Holdings Inc.*²⁰³ davası ile, kontrol değişikliğinin kaçınılmaz hale geldiği durumlarda yönetim kurulunun, yoğun denetim çerçevesindeki yükümlülükleri genişletilmiştir²⁰⁴.

Söz konusu denetimin, “yoğun denetim” (*enhanced scrutiny*) olarak nitelendirilmesinin sebebi, mahkemelerin bu bağlamda açıkça ilgili yönetim kurulu kararlarının makuliyetini incelemeleri ve ancak belirli hususların, davalı yönetim kurulu üyeleri tarafından ispatlanması üzerine ticari takdir kuralını uygulamalarıdır.

Review, V.21, N.3., 1998, s. 583 vd. (Chancellor); **JOHNSON**, Care, s. 792; **BRUNER M. Christopher**, “Good Faith, State of Mind and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law”, Wake Forest Law Review, V. 41, I. 4, 2006, s. 1147 vd.; **LUBBEN J. Stephen/DARNELL J. Alana**, “Delaware’s Duty of Care”, Delaware Journal of Corporate Law, V.31, No.2, 2006, s. 611 vd.

²⁰¹ 493 A.2d 946 (Del.1985) (**SMITH**, Chancellor, s. 583’den naklen). Kararın elektronik kopyasına <http://www.nyls.edu/pdfs/UnocalvMesa.pdf> adresi üzerinden erişilebilir. (Erişim 22 Ağustos 2008)

²⁰² **CUNNINGHAM/YABLON**, s. 1609

²⁰³ 506 A.2d 173 (Del. 1986) (**SMITH**, Chancellor, s. 582’den naklen)

²⁰⁴ **CUNNINGHAM/YABLON**, s. 1609

1) Yönetim Kurulunun Ele Geçirme Girişimine Karşı Savunma Önlemi Alması

1980’li yıllarda ABD’de şirket birleşme ve devralmaları ile şirket ele geçirmelerinde (*takeover*)²⁰⁵ yaşanan büyük artış, ilgili yönetim kurulu kararlarının ticari takdir kuralının himayesinden yararlandığı bir çok hukuki ihtilafı da beraberinde getirmiştir. Nitekim bu dönemin başında mahkemelerin genel eğilimi, yönetim kurullarının, ele geçirme girişiminin şirket menfaatlerine uygun olmadığı yönündeki iyiniyetli takdirlerine itibar etmek olmuştur. Aynı şekilde, mahkemelerin genel eğilimi, ele geçirme girişiminin şirket menfaatlerine uygun olmadığına iyiniyetle kanaat getiren bir yönetim kuruluna, söz konusu girişime karşı savunma tedbirlerinin²⁰⁶ seçimi ve

²⁰⁵ **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 52: “Anonim şirketlerde ele geçirme (*takeover*) kavramı, hukuki bağımsızlığını devam ettiren bir hedef şirketin kontrolünün ele geçirilmesi anlamında kullanılmaktadır. Ekonomik açıdan birleşme ve devralmalar gibi işletmelerin büyümesine ve merkezileşmesine olanak sağlayan bu yöntem, hukuki açıdan birleşme ve devralmalardan farklılık göstermektedir. Hukuki anlamda birleşme en az bir ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin bir başka ticaret şirketi tarafından devralınmasını veya en az iki ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin birleşerek yeni bir şirket kurmaları anlamına gelmektedir. ...Oysa ki kontrolün ele geçirilmesi işleminde iki şirket hukuken bağımsızlıklarını sürdürmekte, ancak kontrolü ele geçirilen şirketin malvarlığı üzerindeki doğrudan veya dolaylı hakimiyet elde edilmektedir.”

²⁰⁶ ABD’de ele geçirme girişimlerine karşı, hedef şirket yönetim kurullarının başvurduğu çok çeşitli savunma tedbirleri bulunmaktadır. Şirketin kendi paylarını edinmesi; sermaye artırımını yoluyla yeni pay ihracı; şirket varlıklarının satılması; şirket borçlarının artırılması; üst düzey yöneticilerin sözleşmelerine eklenen cezai şartlarla, iş akitlerinin feshi halinde yüksek miktarlarda tazminat ödenmesinin kararlaştırılması gibi yöntemler, ele geçirme girişimine karşı başvuru olan savunma tedbirlerine örnek olarak gösterilebilir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.

bunların uygulanması hususunda neredeyse sınırsız bir serbesti tanınması olmuştur²⁰⁷.

Bu eğilimin değişmeye başladığının ilk sinyali, Federal temyiz mahkemelerinden Second Circuit'ın New York hukukuna göre karara bağladığı bir davada görülmüştür. Söz konusu olayda, hedef şirket yönetim kurulunun, kontrol mücadelesi sırasında şirket çalışanları için hisse senedi opsiyonu planı yaratılmasına ilişkin kararı, mahkeme tarafından yönetim kurulunun kendi pozisyonunu sağlamlaştırmaya yönelik bir tasarrufu, kendi yararına işlemi (*self dealing*) olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme bir adım ileri giderek, anonim şirketin nihai kaderini tayin eden kararların, demokratik usullere göre pay sahiplerince alınması gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁸.

Ticari takdir kuralının, şirket ele geçirmeleri çerçevesinde açıkça yeniden yapılandırılması ise, Delaware Yüksek Mahkemesi'nin *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum* davasında verdiği kararla gerçekleşmiştir. Davaya sebebiyet veren olayda, Unocal'ın azınlık pay sahibi olan Mesa Petroleum, Unocal hisseleri için iki aşamalı aleni pay alım teklifinde bulunmuştur. Unocal Yönetim kurulu, ele geçirme girişimini engellemek üzere, kendi hisse senetlerini geri almaya karar vermiştir. Bu bağlamda Unocal Yönetim kurulu, Mesa'nın hisse senedi başına 54 \$ olan teklifine karşı, hisse senedi başına 72 \$'lık aleni pay alım teklifinde bulunmuş, ancak Mesa'yı tekliften hariç tutmuştur²⁰⁹.

ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 190 vd.

²⁰⁷ **KNEPPER/BAILEY** § 2.13

²⁰⁸ *Norlin Corp. v. Rooney Pace Inc.*, 744 F.2d 255,258 (2d Cir. 1984) (**KNEPPER/BAILEY**, § 2.13'den naklen)

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 120

Yüksek Mahkeme öncelikle yönetim kurulunun, aleni pay alım teklifini değerlendirirken söz konusu teklifin, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatine uygun olup olmadığını saptamakla yükümlü olduğunu; bu açıdan yönetim kurulunun yükümlüğünün, üstlendiği diğer yükümlülüklerden farklı olmadığını; dolayısıyla bu çerçevede vereceği kararların da, ticari takdir olarak himaye göreceğini belirtmiştir. Ancak bu tespitin hemen ardından, ele geçirme girişimine karşı savunma tedbiri alan bir yönetim kurulunun içinde bulunduğu yoğun ve aşıkâr menfaat çatışmasına işaret eden Yüksek Mahkeme, ele geçirmeler çerçevesinde uygulanacak olan ticari takdir kuralının, yönetim kurulunun diğer kararlarına uygulanan geleneksel ticari takdir kuralından farklı olması gerektiğini ifade etmiştir²¹⁰. Yüksek Mahkeme, kontrol değişikliğine direnen bir yönetim kurulunun, karşı karşıya bulunduğu yoğun menfaat çatışması sebebiyle, ticari takdir kuralının geleneksel uygulamasının aksine, baştaki ispat yükümlülüğünün yönetim kuruluna ait olduğuna hükmetmiştir. Buna göre, ele geçirme girişimine karşı savunma tedbirine başvuran bir yönetim kurulu, iki hususu ispat etmelidir: Yönetim kurulu öncelikle, ele geçirme girişiminin şirket politikalarını ve verimliliğini tehdit ettiğine kanaat getirmesine yol açan makul sebeplerin mevcudiyetini ispat etmelidir²¹¹.

²¹⁰ “Kontrol değişikliğine yönelik bir tehdidi ortadan kaldırmak üzere, hisse senetlerinin şirket kaynaklarıyla satın alınması yönündeki işlemlerin, tabiatları gereği barındırdıkları tehlikeyi aklımızdan çıkarmamalıyız. Yönetim kurulu üyeleri kaçınılmaz olarak menfaat çatışması altındadırlar ve objektif bir karar vermeleri güçtür.”,

<http://www.nyls.edu/pdfs/UnocalvMesa.pdf> , s. 10

²¹¹ Yüksek Mahkeme’ye göre bu tehditler, fiyatın yeterince yüksek olmaması, teklifin zamanlaması ve mahiyeti itibarıyla uygunsuz olması; teklifin hukuka aykırı unsurlar içerdiğine yönelik kuşkuvarın bulunması; teklifte bulunanın, taahhütlerini yerine getirebileceğinin şüpheli

Yönetim kurulu ikinci olarak, başvurduğu savunma tedbirinin, ele geçirme girişiminin yarattığı tehdit ile orantılı olduğunu ispat etmelidir²¹². Ancak bu iki hususun ispatıyladır ki, yönetim kurulu, ticari takdir kuralının korumasından yararlanır. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, Unocal kararıyla yönetim kurulunun, gerek ele geçirme girişiminin şirket politikalarını ve verimliliğini tehdit ettiğine yönelik kanaatinin, gerekse başvurduğu savunma tedbirlerinin, makul olup olmadıkları açısından incelenmesine yönelik bir içtihat yaratmıştır.

2) Kontrol Hakkının Satılması Yahut Değişmesini İçeren İşlemlerde Yoğun Denetim Çerçevesinde Yönetim Kurulu ÜyelerineYüklenen İlave Yükümlülükler

Delaware Yüksek Mahkemesi'nin, *Revlon Inc. v. Mcandrews & Forbes Holding Inc.* davasında²¹³ ortaya koyduğu ilkeye göre, aleni pay alım teklifleri neticesinde

olması; teklifin menkul kıymet karşılığı olarak yapılması durumunda, teklif edilen menkul kıymetlerin niteliğinin uygun görülmemesi; teklifin pay sahipleri dışındaki menfaat grupları üzerindeki olumsuz etkileri gibi sebeplere dayanabilir. Bkz. **KNEPPER/BAILEY**, § 14.04

²¹² <http://www.nyls.edu/pdfs/UnocalvMesa.pdf>, s. 11. Ayrıca bkz. **LUBBEN/DARNEL**, s. 601 vd; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 121

²¹³ Davaya sebebiyet veren olayda Revlon Inc.(Revlon)'u ele geçirmek üzere, Pantry Pride Inc (Pantry Pride) ve Forstman Little & Co. (Forstman) mücadele etmişlerdir. Hedef şirket (Revlon) yönetim kurulu, bu süreçte tüm inisiyatiflerini, Pantry Pride'ın ele geçirme girişimini engellemeye ve şirketin Forstman'a satılmasını temin etmeye yönelik olarak kullanmıştır. Nitekim, Pantry Pride'ın sürecin başında teklif ettiği 45 \$'lık aleni pay alım teklifinin, Revlon yönetim kurulunca reddedilmesi üzerine, Pantry Pride yönetim kurulu, Revlon'un gerekirse yönetim kurulununun rızası hilafına ele geçirilmesi hususunda karar almıştır. Revlon yönetim kurulu bunun üzerine, şirketin kendi hisselerinin satın alınması da dahil olmak üzere bir dizi

şirkette kontrol değişikliğinin kaçınılmaz hale gelmesi durumunda yönetim kurulunun görevi, şirketin mevcut yapısını korumaktan, yapılacak satışta pay sahipleri için en yüksek değeri elde etmeye dönüşmektedir²¹⁴. Yüksek Mahkeme'ye göre kontrol değişikliğinin gerçekleşeceği kesinleştikten sonra yönetim kurulu üyelerinin rolü, “*şirket kalesinin muhafızlarından, satışta pay sahipleri için en yüksek değeri elde etmekle*

savunma tedbirine başvurmuş ve alternatif teklif sahibi olarak belirlediği Forstman ile ayrıcalıklı bir anlaşma yapmıştır. Bu çerçevede Forstman'a Revlon'un muayyen mal varlıklarını öncelikli olarak satın alma hakkı tanınmış (*lock up option*) ve Revlon, ele geçirme konusunda başka bir şirketle müzakere yürütmeme yükümlülüğü altına girmiştir (*no shop provision*). Pantry Pride ve Forstman'ın karşılıklı olarak tekliflerini yükselttikleri ele geçirme mücadelesinde, Revlon yönetim kurulu her iki şirketle de müzakerelerini sürdürmüş olmakla birlikte, Forstman'ı açık bir şekilde kayırmıştır. Revlon yönetim kurulu, Forstman'a müzakerelerde büyük avantaj sağlayan ve aralarında kamuya açıklanmamış finansal verilerin de bulunduğu gizli şirket bilgilerini de aktarmıştır. Sürecin sonunda Revlon yönetim kurulu, Pantry Pride'ın 56.25 \$'lık teklifine karşı Forstman'ın 57.25 \$'lık teklifi kabul etmiştir. Pantry Pride bu noktada Revlon yönetim kurulunun, Forstman'a ayrıcalık tanıyan anlaşmayı akdetmek ve kendi tekliflerini iyiniyetle değerlendirmeksizin teklif yarışını sona erdirmek suretiyle yükümlülüklerini ihlal ettiği ve pay sahiplerinin menfaatlerine aykırı hareket ettiği iddiasına dayanarak Revlon yönetim kurulunun ilgili kararlarına karşı tedbir talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi Pantry Pride'ın taleplerini karşılamış ve bu karar Yüksek Mahkeme tarafından da onaylanmıştır. Yüksek Mahkeme, Delaware hukukunda *lock up* ve *no shop* anlaşmalarının *per se* yasak olmadığını, ancak bu davanın olgularında söz konusu anlaşmaların pay sahiplerinin menfaatleri pahasına akdedildiğini belirterek, yönetim kurulunun sadakat borcunu ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 123 vd; **LUBBEN/DARNELL**, s. 603 vd. Kararın elektronik kopyası için bkz. <http://www.nyls.edu/pdfs/RevlonvMacAndrews.pdf>

²¹⁴ **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 123 : “*Bu davada (Revlon) Unocal kararında kabul edilen ilkeler, savunma önlemlerinin hedef şirket tarafından belirlenmiş bir alternatif teklif sahibini (beyaz şövalye – white knight), uzlaşmasız şekilde şirketin kontrolünü ele geçirmek isteyen ilk teklif sahibine göre üstün duruma gelmesini sağlayacak şekilde kullanılması sorununa uyarlanmıştır.*”

*görevli mezaratçılara” dönüşmektedir*²¹⁵. Dolayısıyla, şirket satışa sunulduğunda yahut kontrol hakkının değişmesi kaçınılmaz hale geldiğinde, yönetim kurulunun temel görevi, şirketin en yüksek fiyattan satılmasını temin etmektir. Artık bu noktada savunma tedbirlerine başvurulması mümkün olmadığı gibi, birden çok teklif sahibi arasında eşitsizlik yaratacak; teklif sahiplerinden birini, ötekilerden avantajlı konuma getirecek türden anlaşmalara girişilmesi de mümkün değildir²¹⁶.

3) Yoğun Denetimin Sınırları

Delaware Yüksek Mahkemesi, sonraki yıllarda Unocal ve Revlon kararlarında ortaya konan ilkeleri (yoğun denetim) netleştiren muhtelif karara imza atmıştır. Bu kararlarda ortaya konduğu üzere yoğun denetim, yönetim kurulu üyelerinin kontrol değişiklikleri çerçevesinde izledikleri insiyatiflerin denetlenmesinde mahkemelere sınırsız bir yetki vermemektedir.

Unocal sonrası dönemde ilk derece mahkemesi, yönetim kurulunun onaylamadığı ele geçirme girişimlerinin, şirketin menfaatine uygun olup olmadığı hususu ile, pay sahiplerinin hisse değerinin kısa vadede maksimize edilmesi uğrunda, şirketin uzun vadeli strajelerinden vazgeçilip geçilmeyeceği hususunda, yönetim kurulunun ticari takdiri yerine kendi takdirini ikame ettiği bazı kararlar vermiştir²¹⁷.

²¹⁵ <http://www.nyls.edu/pdfs/RevlonvMacAndrews.pdf>, s. 3

²¹⁶ LUBBEN/DARNEL, s. 605; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 125

²¹⁷ *City Capital Assocs v. Interco, Inc.*, 551 A.2d 787 (Del Ch. 1988); *Grand Metropolitan Public Inc., v. Pillsbury Co.*, 558 A.2d 1049 (Del Ch. 1988). (KNEPPER/BAILEY, §. 14.04'den naklen)

Yüksek Mahkeme, *Paramount Communications Inc v. Time Inc*²¹⁸ davasında, ilk derece mahkemesinin bu tutumunu açıkça reddederek, ticari takdir kuralını oluşturan kaidelerin, mahkemelerin bu tür değerlendirmeler yapmasını engellediğini ifade etmiştir²¹⁹. Mahkemelerin pay sahiplerinin kısa vadeli menfaatleriyle, uzun vadeli menfaatlerini karşılaştırıp bunlardan hangisinin tercih edileceği hususunda değerlendirmeler yapmaları, Yüksek Mahkeme tarafından, Unocal ilkelerinin amacından saptırılması olarak yorumlanmıştır.

*Paramount Communications v. QVC Network Inc*²²⁰. davasında yoğun denetimin anahtar özellikleri şöyle sıralanmıştır: “a) yönetim kurulu tarafından yürütülen karar alma sürecinin ve üyelerin kararlarını dayandırdıkları bilgilerin yeterliliğinin yargılama makamı tarafından belirlenmesi; b) yönetim kurulunun hareket tarzının, ortaya konduğu koşullar çerçevesinde makul olup olmadığının yargılama makamı tarafından incelenmesidir. Şirket kontrolünün satılmasını ya da değişmesini içeren durumlarda yönetim kurulu üyeleri, yeterli derecede bilgi sahibi olduklarını ve makul bir suretle hareket ettiklerini ispat etmekle yükümlüdürler.”²²¹ Yoğun denetim ölçütü, yönetim kurulunun kontrol değişiklikleri çerçevesinde izlediği inisiyatiflerin objektif makuliyetinin incelenmesini gerektirmekle birlikte, Yüksek Mahkeme’ye göre bu

²¹⁸ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **LANE**, §. 8.04; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 125 vd.

²¹⁹ Kararın elektronik kopyasına aşağıdaki adresten ulaşılabilir:

http://content.lawyerlinks.com/default.htm#http://content.lawyerlinks.com/library/sec/cases/571_A2d_1140.htm

²²⁰ 637 A.2d 34 (Del. 1994) (**SMITH**, Chancellor, s. 603’den naklen). Bu dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **CUNNINGHAM/YABLON**, s. 1603 vd.; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 128

²²¹ <http://www.nyls.edu/pdfs/ParamountvQVC.pdf> , s. 13

incelemeyi yapan mahkemeler, yönetim kurulunun söz konusu süreçteki görevlerinin karmaşık yapısını da göz önüne almalıdırlar. *“Anonim şirketin karar alma organını oluşturan yönetim kurulu üyeleri, söz konusu kararları almak hususunda en donanımlı kişilerdir. Dolayısıyla yoğun denetimi uygulayan bir mahkeme, yönetim kurulunun mükemmel bir karar alıp almadığını değil, makul bir karar alıp almadığını değerlendirmelidir. Şayet yönetim kurulu makul alternatifler arasından birini seçmişse, davayı gören mahkeme kendisi farklı bir alternatifi tercih edecek olsaydı dahi; yahut sonradan yaşanan gelişmeler, yönetim kurulunun seçiminin isabeti üzerinde kuşkular uyandırorsa dahi, yönetim kurulunun tercihinin sorgulamamalıdırlar. Bu çerçevede, mahkemeler kendi takdirlerini, yönetim kurulu üyelerinin ticari takdirlerinin yerine ikame etmeyecek; ancak yönetim kurulu üyelerince alınan kararın makul sınırlar içinde yer alıp almadığına karar vereceklerdir²²².*

II. Ticarî Takdir Kuralının Uygulama Şartları

A. Genel olarak

ABD’de, ticarî takdir kuralına ilişkin yeknesak bağlayıcı bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, kuralın uygulama şartları bakımından eyalet uygulamaları arasında bazı farklılıklar ortaya çıkabilmektedir²²³. Bununla birlikte doktrinde, konunun genellikle Delaware uygulaması ve Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI)’ne ait

²²² <http://www.nyls.edu/pdfs/ParamountvQVC.pdf> , s. 13-14

²²³ **BRANSON**, s. 634; **BURGDOERFER** §1.05-26; **MILLER RUDLEDGE**, s. 348

formülasyon²²⁴ çerçevesinde ele alındığı müşahade edilmektedir. Bu iki yaklaşım (Delaware ve ALI) arasındaki en önemli farklardan biri, Delaware uygulamasında ticarî takdir kuralının bir karine olarak tavsif edilmesidir²²⁵.

Delaware Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik içtihatına göre ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyelerinin ticarî bir karar alırken bilgiye dayalı olarak hareket ettiklerine (özen borcunun ikmal edildiğine), iyiniyetli olduklarına ve söz konusu kararın şirketin menfaatleri doğrultusunda olduğuna dair samimi bir inanç taşıdıklarına (sadakat borcunun ikmal edildiğine) karine teşkil eder²²⁶. Takdir yetkisi suistimal edilmedikçe, mahkemeler yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerine itibar etmektedir.

Bazı yazarlar ticarî takdir kuralının uygulanacağı durumlarda ispat yükümlülüğünün esasen genel prensiplere göre davacıya ait olduğunu; davacının bu yükümlülüğü kusur, zarar ve illiyet bağının mevcudiyetini ispat ederek yerine getirmesi gerektiğini ve bu itibarla kuralın karine olarak değerlendirilmesinin isabetli olmadığını dile getirmektedirler²²⁷. ALI düzenlemesinin gerekçesinde, aynı argümanlar

²²⁴ American Law Institute Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994, §4.01 (c). Ayrıntılı bilgi için bkz. **DOOLEY**, s.471 vd.; **EISENBERG** A. Melvin, “An Overview of Principles of Corporate Governance”, The Business Lawyer, V.48, I. 4, s. 1271-1296

²²⁵ **MILLER/RUDLEDGE**, s. 348; **BRANSON**, s. 634. İki yaklaşım arasında çok kalın çizgiler bulunduğu, ALI düzenlemesinin, müşterek hukuktaki yerleşik uygulamalardan önemli sapmalar gösterdiği hususunda bkz. **DOOLEY**, s. 477; **HANSEN**, Commentary, s. 1240

²²⁶ *Aronson v. Levis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

²²⁷ Bkz. **BALOTTI/HANKS**, s. 1345, **BRANSON**, s.634 vd; **TELMAN**, s.6 vd. Aksi yönde kanaat için bkz. **DOOLEY**, s. 477-478. Bu uygulamanın asıl amacının, davacının ispat

kullanılarak, kavram karmaşası yaratmamak üzere “karine” nitelendirmesinden özellikle kaçınıldığı; aynı sonucun özen borcunun ihlali iddialarında ispat yükünün davacıya ait olduğunun açıkça belirtilmesi suretiyle elde edildiği ifade edilmiştir. Nitekim, Delaware eyaletinde, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde kusur karinesi getiren TTK m. 338 benzeri bir hüküm bulunmadığından, bu uygulama pratik değerden yoksun gibi görünse de, Yüksek Mahkeme’nin mevcudiyetine hükmettiği karine, ispat yükünün tarafını göstermenin ötesinde bir anlam taşımaktadır. Öncelikle bu uygulama, yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğunun yanı sıra, yargısal müdahale aleyhinde de karine teşkil etmektedir. İkinci olarak, belirli olguların davacı tarafından ispat edilmesi gerektiğinin belirtilmesiyle, ispat edilmesi gereken olguların somut olayda mevcut bulunmadığının *a-priori* olarak kabulü aynı şeyler değildir. Kanaatimce, asıl problemli olan Yüksek Mahkeme’nin karine nitelendirmesinin kapsamını “ticarî kararlara yargısal müdahalede bulunulmaması” ile sınırlı tutmayıp, özen borcunun ikmaline dahi teşmil etmesidir. Zira bu uygulamanın sonucu olarak özen borcunun yerine getirilmediği hallerde, bu ihmal ile illiyet bağı içinde bir zarar bulunup bulunmadığına göre hüküm tesis edileceği yerde; yerindelik denetimine geçildiği içtihatlar olmuştur²²⁸. Burada sorunlu olan, özen borcunun ikmal edildiğinin karine olarak kabul edilmesi değil; bu kabulün, ticari takdir kuralı marifetiyle gerçekleşmesidir. Netice itibariyle, uyuşmazlık konusu haline gelen meselelerde üyelerin özenli hareket ettikleri karine olarak kabul edilmelidir, fakat bu

yükümlülüğünü ağırlaştırmak olduğunu ileri süren bir görüş için bkz. **BALOTTI/HANKS**, s. 1347-1349; karşı. **ARSHT**, s. 131

²²⁸ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, (Del.1993). Ayrıntılı bilgi için bkz. **JOHNSON**, Modest, s. 627 vd.

husustaki uygulama, ticari takdir kuralından bağımsız olarak tesis edilmelidir.

Yüksek Mahkeme'ye göre ticarî takdir kuralı hem davacılara yol gösteren usule ait bir müessese olarak, hem de maddi hukuka ait bir kural olarak işlev görmektedir. Usuli olarak, ticarî takdir kuralının yönetim kurulu üyeleri lehinde getirdiği karineyi çürütmek davacının yükümlülüğünündedir. Davacı, davalı yönetim kurulu üyelerinin, özen veya sadakat borcuna aykırı davrandıklarını ispat etmek suretiyle söz konusu karineyi çürütebilir. Şayet davacı karineyi çürütemezse, kuralın maddi boyutu devreye girmekte ve davalı yönetim kurulu üyelerini hukukî sorumluluktan korumaktadır²²⁹. Bir diğer ifadeyle, Delaware'de ticarî kararlara yargısal müdahalede bulunulmaması esastır ve yönetim kurulu üyelerinin dava konusu ticarî kararlar dolayısıyla sorumlu olmadıkları karine olarak kabul edilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin, ticarî takdir kuralından istifade etmelerine engel bir durum bulunduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını ispatla mükelleftir. Davacı, karineyi çürüttüğü takdirde ispat yükümlülüğü taraf değiştirir ve ticarî takdir kuralının himayesinden mahrum kalan yönetim kurulu üyeleri, söz konusu kararın şirket ve pay sahipleri için adil olduğunu göstermek durumunda kalır. Delaware uygulamasında, karinenin çürütülmesi tek başına davalı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmamakla birlikte, bu durumda hem ispat yükü taraf değiştireceğinden, hem de yargısal inceleme ticarî takdir kuralına göre yapılmayacağından, davalıların sorumluluktan kurtulması güç bir hal alır. Delaware mahkemeleri, ticarî takdir kuralının uygulanmasına engel teşkil eden bir sebebin, davalılar tarafından somut olgularla ortaya konması üzerine, yargısal incelemeyi “tam

²²⁹ *McMullin v. Beran*, 91 nolu dipnotta belirtilen internet adresi, s. 9-10.

hakkaniyet” (*entire fairness*) olarak nitelendirdikleri bir ölçüte göre yapmaktadırlar. Buna göre, davalı yönetim kurulu üyeleri, dava konusu işlemin şirket ile pay sahipleri için adil olduğunu ispat edemedikleri sürece sorumluluktan kurtulamayacaklardır²³⁰. Münhasıran menfaat çatışması içeren ticarî takdirlerin yargısal denetiminde uygulanagelen “tam hakkaniyet” ölçütü, Yüksek Mahkeme’nin 1993 tarihli ve hayli tartışmalı bir kararıyla, özen borcu ihlallerine de teşmil edilmiştir. Adil muamele ve adil fiyat olmak üzere iki unsurdan müteşekkil olan bu ölçütün, esasen birleşme-devralma çerçevesi dışında uygulanmaya uygun olmadığı, doktrinde belirtilmektedir²³¹.

ALI Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin § 4. 01(c) hükmünde, ticari takdirde bulunan bir yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin, aşağıdaki şartların mevcudiyeti halinde sorumlu tutulmaması kabul edilmiştir:

- i) Ticari takdirin konusu bakımından ilgisiz/tarafsız olması;
- ii) ticari takdirin konusu hakkında durumun gerektirdiği ölçüde bilgilenmiş olduğuna makul surette inanması;
- iii) ticari takdirini şirket menfaatleri doğrultusunda kullandığına dair “rasyonel” bir inanç taşıması

ALI’nin formulülasyonunda ticarî takdir kuralı, yalnızca yönetim kurulu üyelerini hukukî sorumluluktan koruyan özel bir kurtuluş beyyinesi (*safe harbour*)

²³⁰ *McMullin v. Beran*, 91 nolu dipnotta belirtilen internet adresi, s.10. Ayrıca bkz. **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s.460-462; **KNEPPER/BAILEY** §2.11; **BURGDOERFER**, §1.02-34; **LUBBEN/DARNELL**, s.609-612.

²³¹ Bkz.. **JOHNSON**, Care, s. 797, 817-819; **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s. 460-462

olarak ele alınmıştır²³². ALI formülasyonun kapsamı, ticarî bir takdirde bulunan yönetim kurulu üyelerinin hangi şartlar altında hukuken sorumlu tutulmayacaklarını göstermekten ibarettir. Söz konusu formülasyonda kuralın tarihsel gelişim süreci içindeki asli işlevine, yani yerindelik denetiminden kaçınılmasına dair bir vurgu yapılmış değildir²³³. Bu bakımdan ALI formülasyonu, ancak münferit uygulama şartlarının incelenmesi bakımından bir değer taşımaktadır ki, bu şartların yansıtılma şekli dahi doktrinde sert eleştirilere hedef olmuştur²³⁴.

B. Ticarî bir takdirin mevcudiyeti

Ticarî takdir kuralının uygulanabilmesi için herşeyden evvel, ticarî bir takdirde bulunulmuş olması gerekir. Bu manada ticarî takdir, anonim şirketin idaresine ilişkin ve belirli bir neticeye yönelik olarak, bilinçli bir şekilde kullanılan *insiyatifleri* ifade eder. Ticarî takdirler, belirli bir hareket tarzının seçildiği, yahut bir hareket tarzından bilinçli olarak kaçınıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır²³⁵. Örneğin anonim şirketin yeni alanlarda yatırımlar yapması; şirkete ait üretim tesislerinin genişletilmesi; temettü dağıtılması veya bundan kaçınılması; yöneticilerin istihdamı, ücretlerinin tayin edilmesi; başka bir şirketin devralınması gibi konularda yönetim kurulu üyelerinin izledikleri insiyatifler, diğer şartlar mevcut bulunmak şartıyla ticarî takdir kuralının himayesinden

²³² BRANSON, s. 635; MILLER/RUDLEDGE, s. 348

²³³ BALOTTI/HANKS, s. 1339; karşı. BRANSON, s. 633

²³⁴ Bkz. DOOLEY, s. 477-481; HANSEN, Commentary, s.1237 vd.

²³⁵ *Rales v. Blasbend*, 634 A.2d 927, 933 (Del. 1993). *Ryan v. Gifford*, (Del.Ch. 2007), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(atylgd45yzqlbdz0iysjtz31\)/download.aspx?ID=87720](http://courts.delaware.gov/opinions/(atylgd45yzqlbdz0iysjtz31)/download.aspx?ID=87720) , s. 18'den naklen (Erişim 10 Nisan 2007); Ayrıca bkz. FARGFALIA, s. 151; KIRCA, s. 86

yararlanır. Buna karşın, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerine kayıtsız kaldıkları, görevlerini ihmal ettikleri ve genel olarak bir ticarî takdirin kullanılmasıyla ilgisi bulunmayan iddialarda ticarî takdir kuralı uygulanmaz²³⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin genel gözetim yükümlülüklerinin ihlaline dayanan iddialar, bir ticarî takdirle ilgili bulunmadıklarından kuralın uygulama alanının dışındadır²³⁷. Bununla birlikte, yöneticilerin gözetimiyle ilgili bir konuda ticarî bir takdir kullanılması söz konusu olduğunda, kural uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticiler ve üyeler aleyhinde sorumluluk davası açmamak yönündeki kararları, mahkemeler tarafından belirli şartlar altında ticarî bir takdir olarak nitelendirilebilmektedir²³⁸.

ABD doktrininde, 1980’li yılların ortalarından itibaren ticarî takdirler, ilişkin

²³⁶ **ARSHT**, s. 112; **HINSEY**, s. 615; **HANSEN**, Commentary, s. 1247; **DOOLEY**, s. 483; **JOHNSON**, Modest, s. 635; karşı. **MANNING**, Attention, s. 1495-1496

²³⁷ Delaware’de yönetim kurulu üyelerinin genel gözetim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla sorumlu tutulabilmeleri için, hafif bir ihmalin yeterli olmadığı, yönetim kurulu üyelerinin kötüniyetine tekabül eden “sürekli ve sistematik” bir ihmal arandığı hususunda bkz.; **DOOLEY**, s. 483-484; **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s. 457, 51 nolu dipnot; *Stone v. Ritter* (Del.2006) C.A. No. 1570-N,

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=84060](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=84060)

(Erişim: 10 Nisan 2007)

²³⁸ Şayet yönetim kurulu içinde bağımsız ve tarafsız üyelerden oluşan bir özel dava komitesi (*special litigation committee*) oluşturulmuşsa, bu komitenin makul bir araştırmayı müteakiben vereceği kararın ticari takdir kuralının himayesinden istifade edeceği kabul edilmektedir. Bkz. **VEASEY**, Insights, 1467- 1468; **KNEPPER/BAILEY** §2.06-12, 13 nolu dipnot.

bulundukları konular bakımından ikili bir tasnife tabi tutulmaya başlanmıştır²³⁹. Bu tasnife göre, yönetim kurulunun sık sık karşılaştığı ve ticarî takdirini kullandığı önemli konular, “teşebbüse ilişkin meseleler” (*enterprise issues*) ve “mülkiyete ilişkin meseleler” (*ownership claim issues*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁴⁰.

1) Teşebbüse İlişkin Meseleler

Yeni alanlarda yatırımla girişilmesi; ticarî faaliyetlerinin farklı alanlara kanalize edilmesi, üçüncü şahıslarla akdi muamelelere girişilmesi; şirket varlıklarının değerlendirilmesi, satılması ya da genişletilmesi gibi, anonim şirketin ticarî işlerinin kapsamını, tabiatını ve bunların genel idaresini ilgilendiren konular “teşebbüse ilişkin meseleler”dir. Ticarî takdir kuralı, esas itibarıyla teşebbüse ilişkin meseleler hakkında kullanılan ticarî takdirleri korumak üzere geliştirilmiştir.

2) Mülkiyete İlişkin Meseleler

Anonim şirket paylarının tanzimine ve aidiyetine ilişkin konular “mülkiyete ilişkin meseleler”dir²⁴¹. Örneğin, bazı pay sahiplerini şirketin dışında bırakacak suretle payların birleştirilmesini (*reverse stock split*) teşvik eden bir yönetim kurulu kararı ya da pay bedelleri nakden ödenmek üzere pay sahiplerini şirket dışına itecek bir birleşme

²³⁹ **MANNING** Bayles, “Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom after Van Gorkom”, *The Business Lawyer*, V. 41, I. 1, 1985, s. 5 (Boardroom)

²⁴⁰ **MANNING**, Boardroom, s. 5; Delaware Yüksek Mahkemesi’nin bu tasnifi uygulamasına esas aldığı husunda bkz. **VEASEY** Norman, “The Defining Tension in Corporate Governance in America”, *The Business Lawyer*, V. 52, I. 2, 1997, s. 394, 398 (Tension).

²⁴¹ **KNEPPER/BAILEY**, §2.12-28

anlaşması (*cash-out merger*) akdedilmesi bu gruba dahil olmaktadır²⁴². Bu gruba dahil olan işlemlerin müşterek özelliği, doğrudan doğruya pay sahiplerinin mülkiyet haklarını etkilemeleridir. Burada söz konusu olan mülkiyet, anonim şirketin geneli üzerindeki teorik mülkiyet değil fakat, pay sahibinin kendisine ait paylar üzerinde cismanileşen somut bir mülkiyettir²⁴³.

Yukarıda belirtildiği üzere, ticarî takdir kuralı, esas itibariyle teşebbüse ilişkin meseleler hakkında kullanılan ticarî takdirleri korumak üzere geliştirilmiştir. ABD’de yönetim kurulunun teşebbüse ilişkin meseleler hakkında sadakat borcunu ihlal etmemek kaydıyla kullandığı ticarî takdirler, sınırsız denilebilecek derecede geniş bir himayeye mazhar olmaya devam ederken²⁴⁴, mülkiyete ilişkin meseleleri içeren ticarî takdirlere giderek artan bir şüphecilikle yaklaşılmaktadır²⁴⁵.

C. Ticarî Takdir, Menfaat Çatışmalarından Uzak Olarak Tarafsız Bir Şekilde Kullanılmalıdır

Sadakat borcunun ihlalini teşkil eden karar ve tasarruflar, ticarî takdir kuralının kapsamına girmemektedir. Bu itibarla, yönetim kurulu üyelerinin şahsi menfaatlerini

²⁴² MANNING, Boardroom, s. 5

²⁴³ MANNING, Boardroom, s. 6

²⁴⁴ Bkz. *Brehm. v. Eisner* (Del. 2000), C.A. No:15452, [http://courts.delaware.gov/opinions/\(hvs2i355nharvb45edkyim55\)/download.aspx?ID=60450](http://courts.delaware.gov/opinions/(hvs2i355nharvb45edkyim55)/download.aspx?ID=60450) , s. 44 (Erişim 10 Nisan 2007); *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* (Del. 2005) [http://courts.delaware.gov/opinions/\(z4mmxo555sd5wd55f51wiieu\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(z4mmxo555sd5wd55f51wiieu)/download.aspx?ID=77400) , s. 85 (Erişim 10 Ocak 2007)

²⁴⁵ VEASEY, Tension, s. 399; KNEPPER/BAILEY, §2.13; JOHNSON, Care, s. 792.

şirket menfaatlerinin önüne geçirdikleri hallerde, ticarî takdir kuralı uygulanmaz. Ticari takdir kuralı, bağımsız ve tarafsız bir şekilde kullanılan ticari takdirleri himaye eder. Ticari takdirin bağımsız ve tarafsız bir şekilde kullanılmasını gölgeleyen menfaat çatışmaları, söz konusu kuralın uygulanmasını engeller. Yönetim kurulu üyesinin, ticari takdirini kullandığı konuda şahsi, ailevi, mali, ticari bir menfaate sahip olması, onu kuralın himayesinden mahrum bırakır. Yönetim kurulu üzerinde fiili hakimiyete sahip bir üyenin, yahut hakim pay sahiplerinin güdümünde kullanılan ticari takdirler, ticari takdir kuralından istifade edemezler.

Yönetim kurulu üyelerinin, şirketle muamele yaptıkları, bir işlemin iki tarafında da yer aldıkları durumlar, onları bu tasarruflarıyla ilgili kılarak ticarî takdir kuralının himayesinden mahrum bırakan başlıca hallerdir²⁴⁶. Ticarî takdirini kullandığı muamelenin iki tarafında yer almasa dahi, müstehak olmadığı bir maddi menfaat temini beklentisiyle hareket eden yönetim kurulu üyesi, ticarî takdir kuralından yararlanamaz²⁴⁷. Buna karşın yönetim kurulu üyesinin pay sahibi sıfatıyla, diğer pay sahipleriyle eşit oranda elde edeceği menfaatler, ticarî takdir kuralının uygulanmasına engel olmaz²⁴⁸. Nitekim yönetim kurulu üyeleri, bu sıfatı taşıdıkları şirketlerde önemli oranda pay sahibi olabilmektedirler. Bu bakımdan yönetim kurulu üyelerinin takdirlerini kullandıkları her konuda maddi bir menfaatleri bulunmakla birlikte, pay sahibi sıfatıyla elde edilen bu menfaatler, şirketin ve diğer pay sahiplerinin menfaatleriyle

²⁴⁶ **KNEPPER/BAILEY**, §2.06-12; **BURGDOERFER** §1.05-28

²⁴⁷ **KNEPPER/BAILEY**, §2.06-14

²⁴⁸ **ARSHT**, s. 116; **LANE**, §3.11-18; **BURGDOERFER**, §1.05-28

çakışmamakta; bilakis tam bir menfaat birliği içinde gerçekleşmektedir²⁴⁹. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi sıfatı taşımaları, onları ticarî takdir kuralının himayesinden mahrum kılmak şöyle dursun; arzu edilen bir durumdur²⁵⁰.

Yönetim kurulu üyelerinin, kendilerinin ya da yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren konularda ticarî takdirde bulunmaktan kaçınmaları, sadakat borcunun gereğidir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi, ticarî takdir kuralından yararlanamaz²⁵¹.

Yönetim kurulu üyesinin belirli bir kararından elde etmesi muhtemel her türlü menfaat ticarî takdir kuralının uygulanmasına engel olmaz²⁵². Yönetim kurulu üyesinin bir işlemin iki tarafında da yer aldığı haller saklı olmak kaydıyla, ancak “önemli” bir menfaatin söz konusu olması durumundadır ki, ticarî takdir kuralı somut olayda uygulama kabiliyetini yitirir²⁵³. Menfaatin önemli olup olmadığı her somut olayda davalı yönetim kurulu üyeleri açısından subjektif olarak değerlendirilir. Delaware Yüksek Mahkemesi’nin yerleşik içtihatına göre, bir yönetim kurulu üyesinin belirli bir işlemdeki maddi menfaatinin önemli olup olmadığının tayininde objektif bir ölçüte (*reasonable*

²⁴⁹ **KNEPPER/BAILEY**, §2.06-16; **LANE**, §3.11-19

²⁵⁰ Karş. **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 40,47

²⁵¹ *Chaffin and Chaffin v. GNI Group Inc.*, 1999 Del. Ch. (**KNEPPER/BAILEY**, §2.06-14’dan naklen). Örneğin bir yönetim kurulu üyesinin, aynı şirkette başkan yardımcısı olan oğluna ikbal vaadeden bir kariyer ve maddi imkanlar sağlayacak bir birleşmeyi onaylamak yönündeki kararına, ticarî takdir kuralı uygulanmamıştır

²⁵² **LANE**, §3.11-20; **BRANSON**, s.639

²⁵³ **KNEPPER/BAILEY**, §2.06-15; **HANSEN**, Decision, s. 620

person / makul kişi yaklaşımı) bařvurulamaz²⁵⁴. Buna mukabil yönetim kurulu yesi, kendi yararına işlem yaptığının (*self dealing*) aşıkar bulunduğu hallerde ve bilhassa bir işlemin iki tarafında da yer aldığı durumlarda, elde ettiği menfaatin önemine bakılmaksızın *a priori* olarak ilgili kabul edilir²⁵⁵.

Ticarî takdirlerin menfaat atışması iddiaları yönünden incelenmesinde, çatışmayı doğurabilecek tüm unsurların birlikte değerlendirmesi gerekir. Münferiden değerlendirildiğinde, tarafsızlığı zedelemeyeceği kabul edilebilen birden çok unsurun biraraya gelmesi, yönetim kurulu üyesini kararıyla ilgili kılarak, ticarî takdir kuralının uygulanmasına engel olabilir²⁵⁶.

²⁵⁴ *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 364 (Del. 1993), (**HANSEN**, Decision, s. 621'den naklen); *Cinerama Inc.v. Technicolor Inc.*, 663 A.2d 1156 (Del. 1995), (**KNEPPER/BAILEY** §2.06-15'den naklen)

²⁵⁵ *HMG/Courtland Properties, Inc. v. Gray*, 749 A.2d 94 (Del. Ch. 1999), (**KNEPPER/BAILEY**, § 2.06-15'den naklen)

²⁵⁶ *California Public Employees' Retirement System v. Coulter*, C.A. No: 19191 (Del. Ch. 2002):

"Birbirlerinden ayrı olarak ele alındığında, münferit iddiaların hiçbiri Mandigo'nun (davalı yönetim kurulu yesi) ilgisizliğine ya da bağımsızlığına dair makul bir şüphe uyandırmak için yeterli olmamaktadır. Bu mahkemenin daha önceki içtihatlarında kararlaştırıldığı üzere, kişisel arkadaşlıklar, daha fazlası olmadıkça; iş dışı ilişkiler, daha fazlası olmadıkça; dava konusu işlemlerin onaylanması yahut bunlara karşı çıkılmaması, daha fazlası olmadıkça... hiçbiri yönetim kurulu üyesinin bağımsız bir ticarî takdirde bulunma kabiliyetine ilişkin makul bir şüphe uyandırmak için yeterli değildir. Fakat bu davanın olgularında, mezkur iddiaların hiçbiri tek başına, "daha fazlası olmadan" durmamaktadır. Birlikte ele alındıklarında ise, Mandigo'nun bağımsız ve tarafsız bir ticarî takdirde bulunduğundan şüphe duyması için bu mahkemeye sebep vermektedirler..."

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(xeqckbmde302q4454npb4xfd\)/download.aspx?ID=1340](http://courts.delaware.gov/opinions/(xeqckbmde302q4454npb4xfd)/download.aspx?ID=1340)

(Erişim: 10 Nisan 2007)

Menfaat çatışmasının yalnızca üyelerden bir kısmına atfedilebildiği durumlarda, kollektif olarak verilen bir yönetim kurulu kararının ticarî takdir kuralı çerçevesinde himaye görüp görmeyeceği meselesi gündeme gelebilir. Delaware Yüksek Mahkemesi'ne göre, dava konusu yönetim kurulu kararı, tarafsız ve ilgisiz üyelerin çoğunluk oyuyla alınmış bulunuyorsa, bu karara menfaat çatışması yaşayan üyelerin de katılmış olması ticarî takdir kuralının uygulanmasını engellememektedir²⁵⁷. Bununla birlikte, menfaat çatışması yaşayan üyenin, yönetim kurulu üzerinde fiili bir hakimiyete sahip olması durumunda ticarî takdir kuralı uygulanmayacaktır²⁵⁸. Öte yandan, Yüksek Mahkeme'nin güncel bir kararına nazaran, menfaat çatışması yaşadığı bilinen bir üyenin karar alma sürecine katılmasına izin verilmesi, ilgisiz ve tarafsız üyelerin kötüniyetine delalet edebilmektedir²⁵⁹.

Yönetim kurulu üyesini ticarî takdirinde ilgili ya da taraflı kılarak, ticarî takdir kuralının uygulanmasını engelleyebilecek diğer bir durum da, ticarî takdirin bağımsız bir suretle kullanılmamış olmasıdır. Ticarî bir kararın şirket menfaatleri dışında bir takım mülahazalarla alındığı durumlarda ve özellikle yönetim kurulu üyelerinin başka bir şahıs ya da kurumun hakimiyeti altında bulunmaları sebebiyle, ticarî takdirlerini serbest bir şekilde kullanma kabiliyetlerini yitirdiklerinin kabul edilebildiği durumlarda ortaya

²⁵⁷ *Rales v. Blasband*, 634, A.2d 927,936 (Del. 1993), (LANE, §3.11-17'den naklen)

²⁵⁸ Bkz.. **KNEPPER/BAILEY** §2.06-16,17; **BRANSON**, s.640; **BAINBRIDGE** Stephan, "Smith v. Van Gorkom", UCLA School of Law Law & Economics Research Paper Series Research Paper No. 08-13, 2008, s. 14 (Van Gorkom).

²⁵⁹ *Emerald Partners v. Berlin*, C.A. No. 9700 (Del. 2003), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(0vjump55tpmzgm55pt25ki45\)/download.aspx?ID=37140](http://courts.delaware.gov/opinions/(0vjump55tpmzgm55pt25ki45)/download.aspx?ID=37140) (Erişim 10 Nisan 2007)

çıkan bağımsızlık sorunu, ticarî takdir kuralının uygulanmasını engelleyecektir²⁶⁰.

D. Özen Borcu Yerine Getirilmiş Olmalıdır (Ticari Takdirin Bilgiye Dayalı Olması)

Ticarî takdir kuralı, karar alma sürecinde özen borcunu yerine getiren yönetim kurulu üyelerini, takdir hatalarına bağlı hukukî sorumluluk rizikosundan korur. Diğer bir ifadeyle, özen borcuna riayet, ticarî takdir kuralı çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluktan korunmasının şartını teşkil eder. Bu sebeple, yönetim kurulu üyelerinin dürüst ve iyiniyetli olmaları, menfaat çatışmalarından uzak durmaları, sorumluluktan korunmaları için yeterli değildir.

Ticarî takdir kuralı, özen borcunun yerine geçen, onu ortadan kaldıran alternatif bir sorumluluk ölçütü değildir. Bununla birlikte, ABD’de özen borcuyla ticarî takdir kuralı arasındaki ilişkinin gözardı edildiği; ticarî takdir kuralının, özen borcuyla ilgili her türlü yargısal incelemeyi engelleyen bir müessese olarak yorumlandığı mahkeme kararları da verilmiştir. Ticarî takdir kuralı bilhassa Delaware uygulamasında uzun yıllar boyunca iyiniyetli ve menfaat çatışmalarından uzak duran yönetim kurulu üyeleri için mutlak bir sorumluluk kalkanı işlevi görmüştür. Bunun en önemli sebebi olarak, genel bir kanuni özen borcu bulunmayan söz konusu eyalette, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun, mahkeme kararlarında açıkça kabul ve ifade edilmesinin, ticarî takdir kuralına göre daha geç bir döneme tekabül etmesi gösterilmektedir. Nitekim Delaware Yüksek Mahkemesi’nin 1963 yılına dek, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu açıkça ifade

²⁶⁰ **KNEPPER/BAILEY**, §2.06-14; **LANE**, §3.11-19; **BRANSON**, s. 640

eden bir kararı bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Delaware’de ticarî takdir kuralının, bir hukuk müessesesi olarak, özen borcundan önce gelişmiş olması dolayısıyladır ki, bu iki müessese arasındaki ilişki sağlam bir zemin üzerinde kurulamamıştır. Yüksek Mahkeme’nin yakın tarihli kararlarında dahi, bu ilişkinin sağlıklı bir şekilde tesis edildiğini söylemek güçtür. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu ihlal ettiklerinin davacı tarafından ispatlanması üzerine, zarar ve illiyetin mevcudiyetine göre hüküm tesis etmek yerine, yargılamaya “tam hakkaniyet” (*entire fairness*) ölçüsü çerçevesinde devam edilmesini öngören içtihatlar bulunmaktadır²⁶¹.

Özen borcu ve ticarî takdir kuralı, birbirine alternatif teşkil etmek şöyle dursun; ABD’de yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna paralel olarak gelişen²⁶² ticarî takdir kuralı, özen borcuna ilişkin yargısal incelemelerin yol haritası olarak yorumlanabilir. Nitekim ticarî takdir kuralı, temel olarak, karar alma süreci ile bu sürecin ürünü olan kararın birbirinden ayrılmasını ve özen borcuyla ilgili yargısal incelemenin yalnızca karar alma süreciyle sınırlı tutulmasını ifade eder. Bu bakımdan, bir ticarî takdirin, özen borcuna aykırılık iddiasına dayanarak dava konusu edildiği hallerde ticarî takdir kuralı, hakime nereye bakması ve nereye bakmaktan kaçınması gerektiğini göstermektedir. Bu sınırlamanın yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu üzerindeki en önemli etkisi

²⁶¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. **ARSHT**, s. 100 vd.; **COHN**; s. 602 vd; **HORSEY**, s. 977 vd; **JOHNSON**, Care, s. 797 vd; **DAVIS**; s. 578; **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s. 450, 460-462; **JOHNSON**, Modest, s. 639-645; **LUBBEN/DARNEL**, s. 597-599; karşı. **BAINBRIDGE**, Abstention, s. 95

²⁶² **ARSHT**, s. 99; **COHN**, s. 603; **HORSEY**, s. 976; **JOHNSON**, Modest, s. 637

şudur ki; özen borcu, yönetim kurulu üyelerini ticarî takdirlerinin garantörü durumuna getirecek bir araç olarak kullanılamayacaktır²⁶³.

ABD’de, yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna ilişkin yargısal incelemeler hemen daima “bilgilenme yükümlülüğü” veya “bilgiye dayalı hareket” veyahut “bilgiye dayalı karar” kavramları çerçevesinde yapılmaktadır. Özen borcu uygulamada ve doktrinde çoğu zaman bu kavramlarla birarada zikredilmekte, hatta çoğu zaman söz konusu kavramlarla eşanlamlı olarak kullanılmaktadır²⁶⁴. Bu bakımdan denilebilir ki, ABD’de yönetim kurulu üyelerinin özen borcu, bilgilenme ve bilgiye dayalı olarak hareket etme yükümlülüğüyle somutlaşmaktadır²⁶⁵. Yukarıda belirtildiği üzere ticarî takdir kuralı, yargısal incelemeyi karar alma sürecine hasreder. Böylece, incelemenin sonucunda özenli davrandığı, bilgiye dayalı olarak hareket ettiği kabul edilen yönetim kurulu üyeleri, hukukî sorumluluktan korunurlar. Bu çerçevede ortaya çıkan zarar, makul ve tedbirli yönetim kurulu üyelerince sonradan değerlendirildiğinde; basiretsiz ya da hatalı olarak nitelendirilecek bir karara atfedilebilse dahi, davalı yönetim kurulu üyeleri şahsen sorumlu tutulmazlar; elverir ki menfaat çatışmalarından uzak ve iyiniyetle hareket etmiş bulunsunlar²⁶⁶.

Karar alma sürecinde izlenecek prosedürler ve ticarî takdirin dayanması gereken

²⁶³ **ÖZKORKUT**, Bağımsız, s. 24

²⁶⁴ ABA Guidebook, s. 12; Eleştiri için bkz. **JOHNSON**, Care, s. 811-814

²⁶⁵ **FISCHEL** R. Daniel, “The Business Judgement Rule and the Trans Union Case”, The Business Lawyer, V. 40, I. 4, 1985, s. 1440

²⁶⁶ **HANSEN**, Decision, s. 629

bilgi düzeyi, somut olayın özelliklerine ve ticarî takdirin kullanılacağı konuya bağlı olarak değişeceğinden, “bilgiye dayalı karar”ın genel bir tarifi bulunmamaktadır²⁶⁷. Bilgiye dayalı karar kavramı, karar verilecek konularda bilgi toplanmasıyla sınırlı olmayıp, bu bilgilerin özenli bir şekilde incelenmesini ve gerektiğinde eleştirel bir gözle değerlendirilmesini de kapsamaktadır²⁶⁸. Bu bakımdan karar alma sürecinin bir bütün olarak incelenmesi gerekir.

Özenli bir yönetim kurulu üyesinden herşeyden evvel yönetim kurulu ve görev aldığı komitelerin toplantılarına düzenli olarak katılımı beklenir²⁶⁹. Üyelerin hazırlıklı olmalarını sağlamak üzere, toplantıda görüşülecek konuların yönetim kurulu üyelerine önceden bildirilmesi ve ilgili belge ve dokümanların kendilerine ulaştırılması gerekir²⁷⁰. Yönetim kurulu üyelerinin yararlanacağı bilgi, veri ve dokümanların büyük kısmı genellikle şirketin üst düzey yönetimi tarafından sağlanacağından, karar alma sürecinde üyelerin, yöneticilerle müzakerelerde bulunması büyük önem taşımaktadır. Yönetim kurulu üyeleri, gerekli olduğuna inandıkları durumlarda, şirket üst yönetimince sağlanan bilgilerin ilave bilgilerle ikmal veya teyid edilmesini talep etmelidirler. Karar alma sürecinde her bir üye, ticarî takdirin konusuyla ilgili olarak vakıf olduğu bütün önemli bilgileri, diğer üyelere açıklamak zorundadır²⁷¹. Bu yükümlülüğün, başka bir hukukî

²⁶⁷ **MANNING**, Overview, s. 617, 619-621; **KNEPPER/BAILEY**, §2.07-18; karşı. **DAVIS**, s. 582-585; **FRAIDIN**, s. 15-19

²⁶⁸ **HANSEN**, Commentary, s. 1241; **FRAIDIN**, s.9

²⁶⁹ **MANNING**, Attention, s. 1487; ABA Guidebook, s. 12, 30

²⁷⁰ Bkz. **KIRCA**, s. 94; **FRAIDIN**, s. 39-42;

²⁷¹ Bkz. RMBCA § 8.31 (c)

yükümlülükle çatıştığı hallerde²⁷², yönetim kurulu durumdan haberdar edilmeli ve ilgili üye o konudaki müzakerelere katılmamalıdır²⁷³. ABD’de çoğu eyalette, şirket yöneticileri, personeli veya yönetim kurulu komiteleri tarafından takdim edilen bilgilere (kanaatler, raporlar, finansal tablolar, ve sair finansal veriler gibi) ve şirket kayıtlarına iyiniyetle istinat eden yönetim kurulu üyelerinin, hukukî sorumluluktan korunacakları açıkça düzenlenmiştir²⁷⁴. Yönetim kurulu, ticarî takdirde bulunmadan evvel dışarıdan uzman görüşüne de başvurabilir. Hatta ticarî takdirin önemine ve niteliğine göre, uzman görüşüne başvurulmaması özen borcunun ihlali olarak da değerlendirilebilmektedir²⁷⁵. ABD’de mahkemeler, yönetim kurulunun bilgiye dayalı bir karar alıp almadığını incelerken, kararın alındığı yönetim kurulu toplantısının uzunluğu; tutanaklarda ve üyelerce tutulan notlarda yer alan kayıtların içeriği; alınan kararın konusuyla ilgili alternatif arayışına girilip girilmediği gibi keyfiyetleri de değerlendirmektedir²⁷⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin, karar verecekleri konularda söz konusu olabilecek

²⁷² Örneğin yönetim kurulu üyesinin üçüncü bir şahsın avukatı sıfatıyla vakıf olduğu bilgiler bu meyandadır.

²⁷³ ABA Guidebook, s.13

²⁷⁴ Şu şartla ki, bu kişilerin açıklamada bulundukları konularda güvenilir ve ehil olduklarına yönetim kurulu üyeleri makul bir suretle inanmalıdır. Örnekler için bkz. DGBCA § 141 (e); RMBCA § 8.30; ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 4.02 (b); New York Business Corporation Law, § 717; Ohio General Corporation Law § 1701.59 (B); ayrıca bkz. ABA Guidebook, s. 13-14; ayrıca bkz. **MANNING**, Attention, s. 1487-1488

²⁷⁵ Bkz. **FISCHEL**, s. 1446; **ELSON** M. Charles, “Fairness Opinions: Are They Fair or Should We Care?”, Ohio State Law Journal, V.53, I. 4, 1992, s. 958

²⁷⁶ Bkz. **FRAIDIN**, s. 23 vd; **SALE** A. Hillary, “Delaware’s Good Faith”, Cornell Law Review, V.89, I. 2, 2004, s. 466

her türlü bilgiye sahip olmaları beklenemez. Karar alma sürecinde, azami ihtimam gösterilse dahi, akla gelebilecek ticarî kararların hemen tamamında, yönetim kurulu üyelerinin edinecekleri ilave bilgilerle kararlarını daha da fazla bilgiye dayandırabilecekleri ileri sürülebileceğinden²⁷⁷, ticarî takdir kuralının “bilgiye dayalılık” şartının bir şekilde sınırlandırılmasına duyulan ihtiyaç açıktır. Ticarî takdirde bulunacak kişilerin hakim olmaları gereken bilginin kapsamına ilişkin olarak iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ALI formülasyonunda da ifadesini bulan, görece subjektif bir ölçütten hareket etmektedir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin ticarî bir takdirde bulunurken, yeterli bilgiye sahip olduklarına dair makul bir inanç taşıyıp taşımadıklarına bakmak gerekir. Bir başka ifadeyle, ticarî takdirlerini kullandıkları sırada yeterli bilgiye sahip olduklarına makul bir suretle inanan yönetim kurulu üyeleri, bilgiye dayalı olarak hareket etmiş sayılacaklardır²⁷⁸. İkinci yaklaşım, Delaware Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen objektif bir ölçüte tekabül etmektedir. 1984 yılından itibaren yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdir kuralı altındaki hukukî sorumluluğunun ağır ihmale dayandığına açıkça içtihat edegelen²⁷⁹ Yüksek Mahkeme’ye göre, yönetim

²⁷⁷ **MANNING**, Overview, s. 62; **FISCHEL**, s. 1422; **KNEPPER/BAILEY**, §2.07-18

²⁷⁸ **BAINBRIDGE**, (Van Gorkom), s.22; RMBCA’da, §8.31 (a)(2)(b) hükmüyle benzer bir ifadeye yer vermektedir.

²⁷⁹ Gerçi bu tarihten önce de Delaware uygulamasında yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun hafif ihmali sebebiyle sorumlu tutuldukları dava örneklerine rastlanmamaktadır. Hatta 1998 yılında yapılan bir araştırmaya nazaran, Delaware’de yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışması ve hile gibi hallerin yokluğunda yalnızca özen borcunun ihlaline bağlı olarak sorumlu bulundukları davaların sayısı on ikiyi geçmemektedir. Fakat özen borcunun ihlaline bağlı hukukî sorumluluğun ağır ihmale dayandığı keyfiyeti ilk kez 1984 yılında karara bağlanan *Aronson v. Lewis* (473 A.2d 805) davasında açıkça ifade edilmiştir. Bkz. **FRAIDIN**, s.12, dipnot 35;

kurulu üyeleri ticarî bir karar vermeden önce, makul bir suretle ulaşılabilen bütün önemli bilgileri değerlendirmelidir²⁸⁰. Nitekim Delaware Yüksek Mahkemesi, *Brehm v. Eisner* davasında, bu hususu şöyle ifade etmiştir:

“...Yönetim kurulu üyeleri ticarî bir karar alırken makul suretle ulaşılabilen bütün önemli bilgileri değerlendirmelidir. Bu süreç, ancak ağır ihmalin mevcudiyeti halinde dava konusu edilebilir. Mesele, ilk derece mahkemesinin ifade tarzının objektif makuliyet testimizle, önemlilik testiyle ve ağır ihmal kavramıyla uyumlu olup olmadığıdır. Karar alma sürecindeki bilgi unsurunun, yönetim kurulunun bütün olgularda bilgilenmek zorunda olduğu anlamına gelmediği konusunda ilk derece

BRUNER, s. 9; karşı. **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s. 458. Makul ve tedbirli bir yöneticinin aynı şartlar altında izleyeceği hareket tarzı olarak ifade edilen objektif özen borcu, hiç şüphesiz hafif bir ihmalle dahi ihlali mümkün olan bir yükümlülüktür. Diğer taraftan, bir fikre nazaran ticarî takdirin gerektirdiği bilgi düzeyi, bu bilgiye erişmekte kullanılacak kanallar (bağımsız denetim raporları, komiteler, uzman görüşleri gibi) ve karar alma sürecinde izlenecek prosedürler, esas itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin idari yetkileri dahilinde olan ve uzmanlık gerektiren birer ticarî takdir konularıdır. Bkz. **KNEPPER/BAILEY**, §2.07-18; **GRIFFITH** Sean, “Good Faith Business Judgement: A Theory Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence”, *Duke Law Journal*, V. 55, I. 1, 2005, s. 25-26”. Yargısal incelemenin karar alma sürecinde söz konusu olabilecek en hafif bir ihmali dahi keşfine yönelmesi durumunda, yönetim kurulu üyelerinin bu süreçteki tercihleri mahkemelerin yoğun müdahalesine maruz kalacak ve sonuç olarak ticarî takdir kuralının dayandığı esaslara ters düşen bir uygulama doğabilecektir. Belki de bu düşünceyledir ki, Delaware Yüksek Mahkemesi, yönetim kurulu üyelerinin bilgiye dayanan bir ticarî karar verip vermediklerini ancak “ağır ihmal” (*gross negligence*) kapsamında incelemektedir. Ticarî takdir kuralının, bazı yazarlar tarafından objektif özen borcunu ortadan kaldıran, gevşek bir sorumluluk standardı olarak değerlendirilmesinin sebeplerinden biri de bu uygulama olmaktadır.

²⁸⁰ Bkz. **BAINBRIDGE**, Van Gorkom, s. 22

mahkemesiyle hemfikiriz. Yönetim kurulu, önemli olmayan ya da makul bir suretle ulaşamayacağı olguları değil; sadece makul bir suretle ulaşılabilen önemli olguları değerlendirmekle yükümlüdür...²⁸¹”

Şu hususun altı bir kez daha çizilmek gerekir ki, ağır ihmal kavramı, kararın isabetinin ya da yerindeliğinin değerlendirilmesinde değil; fakat karar alma sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tayininde kullanılmaktadır. Hakikaten, Delaware Chancery Mahkemesi’nin, 1996 tarihli *Caremark Int’l* davasında verdiği ve sonraki yıllarda ilgili bölümüne sıkça atıfta bulunduğu kararına göre:

“Bir yönetim kurulu üyesinin özen borcuna riayet edip etmediği keyfiyeti, kat’iyyen şirketin zararına yol açan kararın içeriğinden hareketle münasip bir suretle tayin edilemez. Bir yargıcın veya jürinin, kararın esası bakımından hatalı olduğuna inanması, yahut söz konusu hatayı, budalalık, vehamet yahut irrasyonelite ile derecelendirmesi; rasyonel bir karar alma sürecinin takip edildiği, yahut şirket menfaatlerini geliştirmek üzere iyiniyetli bir gayret sarf edildiği mahkemece sabit görüldüğü müddetçe, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna esas teşkil etmez. Bundan farklı bir kurala -kararın objektif olarak değerlendirilmesini tecviz eden- yer verilmesi, yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerini, bu hususta yeterli donanımına sahip bulunmayan yargıçların ve jürilerin değerlendirmesine maruz bırakır ki, bu durum uzun

²⁸¹ *Brehm v. Eisner*, C.A No: 15452 (Del. 2000)

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(hvs2i355nharvb45edkyim55\)/download.aspx?ID=60450](http://courts.delaware.gov/opinions/(hvs2i355nharvb45edkyim55)/download.aspx?ID=60450) , s 25-26 (Erişim: 10 Nisan 2007)

*vadede yatırımcıların menfaatlerine zarar verir*²⁸².”

Bilgiye dayalı bir karar almak hususunda ağır ihmalleri bulunan yönetim kurulu üyeleri, bu karar sebebiyle doğan zarardan sorumlu olmaktadırlar²⁸³. Buna karşın, karar alma sürecinde gerekli özen gösterildiği sürece, takdirin kendisi sorgulanmamaktadır²⁸⁴.

²⁸² *In re Caremark Int’l Derivative Litig.* (Del Ch. 1996), (*In re The Walt Disney Company* (Del Ch. 2005), s. 113’den naklen)

²⁸³ Delaware uygulamasına yöneltilen eleştirilerden biri de, Yüksek Mahkeme’nin bazı içtihatlarında özen borcunun ihlal edildiğinin davacı tarafından ispatlanması üzerine, mahkemenin bu ihlalle illiyet bağı içinde zarar bulunup bulunmamasına göre doğrudan hüküm tesis etmek yerine, yargılamaya “tam hakkaniyet” ölçütüne göre devam edilerek ticarî takdirin yerindeliliği açısından inceleneceğini öngörmesidir. Halbuki özen borcunun ihlal edildiği sabit olduktan sonra, mahkemenin bakması gereken tek şey bu ihlalle illiyet bağı içinde bir zararın doğup doğmadığı keyfiyetidir. Şayet zarar doğmuşsa, özen borcunun ihlali yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunun doğumu bakımından gerekli ve yeterlidir. Bu bakımdan, özen borcunun ihlal edildiği hallerde dahi, mahkemenin kendisini yönetim kurulunun yerine koyarak ticarî takdiri yerindeliliği açısından denetlememesi gerekir. Aksi yöndeki uygulama, özen borcunu anlamsızlaştıracak gibi, ticarî takdir kuralıyla da bağdaşmamaktadır. Bu hususta bkz. **JOHNSON**, Modest, s. 634-636, 638

²⁸⁴ **KNEPPER/BAILEY**, §2.07-20’den naklen:

Northview Terrace Association v. Mueller, 2002 Wash. App. LEXIS 584:

“*Hatalar (takdir hataları), yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin işlerini idare etmekteki liyakatsizliğine delalet edecek kadar ağır olsalar dahi ticarî takdir kuralı uygulanır.*” *FDIC v. Stahl*, 89 F.3d 1510 (11th Cir. 1996):

“*Hareket tarzları hileli, hukuka aykırı ya da kötüniyetli olmadıkça; ticarî takdirleri ne kadar kötü olursa olsun, yönetim kurulu üyeleri ticarî takdir kuralı tarafından korunur....*”

Mariaux v. Turtle Bay Towers Corp., 2002 N.Y. Misc. Lexis 1732 (Sup. Ct., 2002):

“*Yönetim kurulu kararının esası ya da hikmeti bakımından değerlendirilmesi, gayri münasip bir incelemedir. Yönetim kurulu, anonim şirketin amaçları ve kendi yetkisi dahilinde iyiniyetle hareket ettiği sürece, mahkemeler kendi takdirlerini yönetim kurulunun takdiri yerine*

Ticarî takdir kuralının özünü oluşturan bu prensip Yüksek Mahkeme'nin 2000 yılında verdiği bir kararında kesin ifadelerle yinelenmiştir. Söz konusu olayda, Walt Disney Co. Yönetim Kurulu'nun 5 yıl süreyle göreve getirdiği icra başkanının sözleşmesini 1. yılın sonunda feshedip, bu sözleşmede yer alan cezai şartlara nazaran, toplam değeri 140 milyon doları bulan bir ödemede bulunması üzerine, pay sahipleri tarafından yönetim kurulu aleyhinde 263 milyon dolarlık dolaylı sorumluluk davası (hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere) açılmıştır. Davacılar, muhtelif iddiaları arasında, karar alma sürecinde özen borcunun ihlal edildiği, yönetim kurulunun söz konusu istihdam sözleşmesinin akdedilmesine yönelik kararının bilgiye dayalı olmadığı keyfiyetinin yanı sıra, yapılan ödemenin astronomik boyutuna atfen, söz konusu tasarrufun israf teşkil ettiğini ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin “asli özen borcunu” (*substantive due care*) ihlal ettikleri iddiasına yer vermişlerdir. Bir başka ifadeyle davacılar, özen borcunu, karar alma sürecine (şekli) ve neticeye (asli) ilişkin olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutmak suretiyle davayı ikame etmişlerdir. Yüksek Mahkeme bu iddiayı şu satırlarla yanıtlamıştır:

“Davacıların asli özen borcunun ihlal edildiği hususundaki iddialarına gelince, bu kavramın ticarî takdir kuralına yabancı olduğunu belirtmeliyiz. Mahkemeler yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerini değerlendirmez, onları ölçüp biçmezler. Bizler bu takdirlerin makul olup olmadıklarını dahi incelemeyiz. Ticarî takdirler veçhesinde özen borcu, yalnızca karar alma sürecinde gösterilecek özenden ibarettir...”²⁸⁵,

ikame etmeyeceklerdir.”

²⁸⁵ *Brehm. v. Eisner* (Del. 2000), C.A. No:15452,

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(hvs2i355nharvb45edkyim55\)/download.aspx?ID=60450](http://courts.delaware.gov/opinions/(hvs2i355nharvb45edkyim55)/download.aspx?ID=60450) ,

E. Ticarî Takdir İyiniyetle Kullanılmalıdır

İyiniyet, ABD’de yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu bakımından en önemli kavramlardan birini teşkil etmektedir. Nitekim iyiniyet, ticarî takdir kuralının uygulama şartlarından biri olmasının yanı sıra; ABD’de yönetim kurulu üyelerini hukukî sorumluluktan koruyan bir dizi hukukî müesseseden istifade edilmesinin de şartını teşkil etmektedir²⁸⁶. Bu müesseselerden bazıları hukukî sorumluluğun doğumunu engellerken, bazıları ise doğmuş bulunan hukukî sorumluluğu risk transferi yoluyla yönetim kurulu üyelerinden başka taraflara (anonim şirket tüzel kişiliğine veya sigortacıya) aktarmaktadır²⁸⁷. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin iyiniyeti, gerek hukukî

s. 36-37 (Erişim 10 Nisan 2007). Yüksek Mahkeme tarafından, iddiaların talebi karşılamaya elverişli olmadığından bahisle, usulden reddedilmesinin ardından tekrar açılan bu dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **SALE**, s. 471-482; **GOLD D. Andrew**, “A Decesion Theory Approach to the Business Judgement Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty”, *Maryland Law Review*, V. 66, I. 2, 2007, s. 410

²⁸⁶ Yönetim kurulu üyeleri ve müdürler için hukukî sorumluluk sigortası (*D&O Insurance*); anonim şirketin tazminat risklerine karşı güvence vermesi (*Indemnification*); Esas sözleşmeyle özen borcuna bağlı hukukî sorumluluğun münhasıran yönetim kurulu üyeleriyle sınırlı olmak üzere izale edilmesi (*Exculpation*); uzman kişiler, şirket çalışanları ve müdürler tarafından sunulan bilgi, rapor vs’ye iyiniyetle dayanan yönetim kurulu üyesinin hukukî sorumluluktan korunacağını öngören kanunî hükümler bu meyandadır. Hepsinin müşterek özelliği, kasten iras edilen zararlarla kötünietli ve/veya sadakatsiz hareketlerin neticesi olarak husule gelen zararları kapsamamalarıdır.

²⁸⁷ Tazminat riskinin yöneticilerden anonim şirket tüzel kişiliğine aktarılmasını ifade eden güvence (*indemnification*) müessesesi, tazminat talebinin niteliğine ve güvence verilmesi söz konusu olan zararın kapsamına göre kanunî veya akdi; mecburi yahut iradî bir mahiyet arz edebilmektedir. Tarihsel kökeni vekalet akdine ilişkin müşterek hukuk prensiplerine dayanmakla birlikte, günümüzde ABD’nin tüm eyaletlerinde kanunlaştırılmış bulunan söz konusu müessese

sorumluluğun doğumunda gerekse tahakkuk eden hukukî sorumluluğun nihai olarak yönetim kurulu üyelerinin üzerinde kalıp kalmayacağına rol oynamaktadır.

Ticarî takdir kuralı, ancak iyiniyetle kullanılan ticarî takdirler hakkında uygulanır. İyiniyet, eskiden beridir kuralın uygulama şartı olarak zikredilmekle birlikte²⁸⁸, Amerikan kurumsal yönetimine duyulan güveni örseleyen büyük şirket çöküşlerinin yaşandığı yakın zamana kadar, içeriği büyük ölçüde belirsiz bir kavram

çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin, bu sıfatlarına bağlı olarak maruz kaldıkları idari takibatlar, hukuk ve ceza davaları yahut dava ve soruşturma tehditleri dolayısıyla uğradıkları zararlar (avukatlık masrafları, yargılama giderleri, uzlaşma bedelleri, mahkemece hükmolunan tazminat meblağı gibi) anonim şirket tüzel kişiliğince karşılanmaktadır. Anonim şirket tüzel kişiliğince yürütülen dava ve soruşturmalar ile pay sahiplerinin hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açtıkları sorumluluk davaları, kural olarak müessesenin kapsamı dışında kalmaktadır. Müessesenin şirket tüzel kişiliği tarafından veya onun adına açılan davalarda ve yöneltile taleplerde uygulaması, bu dava veya taleplerin müdafaasında başarılı olunması şartına bağlı olarak, yargılama giderleri ve avukatlık masraflarıyla sınırlı olmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, bu müessese esas itibariyle vekilin vekalet dolayısıyla yaptığı harcamaları ve uğradığı zararları müvekkilin tazmin etmesini öngören vekalet prensibine müstenittir. ABD hukukunda yönetim kurulu üyeleri ve müdürler için sorumluluk sigortası (*D&O Insurance*) ise başlıca iki işlev görmektedir. İlk olarak anonim şirket tüzel kişiliğince güvence verilen tazminat risklerini, şirketten sigortacıya transfer etmektedir. İkinci olarak, şirket tarafından ya da şirket adına açılan ve kural olarak güvence müessesenin kapsamı dışında kalan tazminat taleplerine karşı, yönetim kurulu üyeleri ve müdürler için doğrudan sigorta teminatı sağlamaktadır. Bu iki farklı teminat aynı poliçe içine konulan iki klotla (*Direct Coverage/Side A* ve *Corporate Reimbursement/Side B*) sağlanmaktadır. Öte yandan son yıllarda D&O poliçelerine eklenen üçüncü bir klotla (*Entitiy Coverage ya da Side C*), anonim şirket tüzel kişiliğinin ihraç ettiği menkul kıymetler dolayısıyla maruz kaldığı hukukî sorumluluk rizikosunu da sigorta edilmeye başlanmıştır.

²⁸⁸ *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132, 11 S. Ct. 924, 35 L. Ed. 662 (1891) (**KNEPPER/BAILEY**, §2.08, 22 ‘den naklen)

olarak kalmıştır. Nitekim, bilhassa Enron, Worldcom, Tyco gibi ABD'nin en büyük halka açık anonim şirketlerinde izlenen hileli muhasebe pratiklerinin ifşa edilmesiyle oluşan konjonktürde, iyiniyet şartı, giderek artan bir öneme kavuşmuş ve bu çerçevede kavramın içeriği içtihat yoluyla doldurulduğu gibi çok sayıda akademik çalışmaya da konu olmuştur²⁸⁹.

ABD'de anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk rejimine ilişkin muhtelif kanuni düzenlemede iyiniyet kavramına açıkça atıfta bulunulmakla birlikte, söz konusu düzenlemeler bu hususta bir tanım içermemektedirler.. Esasen kanuni tarife elverişli bir kavram olmayan iyiniyet, uzun süre boyunca kazai ve ilmi içtihatlarda da hemen daima sadakat borcuyla birarada anılmış ve fakat yönetim kurulu üyelerinden beklenen iyiniyetin kapsamı açıklığa kavuşturulmamıştır. Anonim şirket yöneticileri açısından iyiniyet kavramının kuramsal çerçevesini 1990'lı yıllardan itibaren çizme eğilimi gösteren²⁹⁰ Delaware Yüksek Mahkemesi, nihai olarak 2005 yılında

²⁸⁹ Konuyu doğrudan ele alan akademik çalışmaların bir kısmı için bkz. **JOHNSON** Lyman/**SIDES** Mark, "The Sarbanes Oxley Act and Fiduciary Duties", William Mitchel Law Review, V.30. I.4, 2004, s.1200 vd.; **DUNN** L. Tara, "The Developing Theory of Good Faith in Director Conduct: Are Delaware Courts Ready to Force Corporate Directors to go Out of Pocket After Disney IV", Denver Law Review, V. 83, I. 2, 2005, s. 531; **BRUNER**, a.g.m; **SALE**, a.g.m; **GRIFFITH**, a.g.m; **EISENBERG** Melvin, "The Duty of Good Faith in Corporate Law", Delaware Journal of Corporate Law, V. 31, I. 1, 2006, s. 1 (Good Faith); **GOLD**, a.g.m; **ROSENBERG** David, "Galactic Stupidity and the Business Judgement Rule", The Journal of Corporate Law, V.32. I.2, 2007, s. 301; **BAINBRIDGE** Stephan/**LOPEZ** Star/**OKLAN** Benjamin, "The Convergence of Good Faith and Oversight", UCLA School of Law Research Paper No. 07-09, 2007; **BISHOP** Carter, a.g.m.

²⁹⁰ Yüksek Mahkeme 'nin 1993 tarihinde, bir hukuk sözlüğüne atfen yaptığı tanıma nazaran

karara bağladığı meşhur Walt Disney davasında, yönetim kurulu üyelerinden beklenen iyiniyetin kapsamını büyük ölçüde netleştirmiştir.

Aşağıda belirtildiği üzere, ABD’de ticarî takdir kuralının uygulaması açısından iyiniyet, objektif davranış kalıpları empoze eden bir hukukî mükellefiyetten ziyade, esas itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin ticarî takdirlerini kullandıkları sıradaki ruh hallerine odaklanan subjektif bir unsur ifade etmektedir²⁹¹. Nitekim Delaware uygulamasında genel olarak, dürüst bir gayeyle hareket eden ve tasarrufunun şirket menfaatleri doğrultusunda olduğuna inanan bir yönetim kurulu üyesinin iyiniyet şartını tahakkuk ettireceği kabul edilmektedir. Buna karşın kötüniet ise, ağır bir ihmalin ötesinde, yönetim kurulu üyelerinin kasdi ya da şuuri hareketleri üzerinden tanımlanmaktadır. Bu çerçevede hukukun bilinçli ihlali, bir yükümlülüğün kasten yahut şüuren yerine getirilmemesi gibi fiiller kötünietli olarak kabul edilmektedir²⁹².

kötüniet, sadece bir takdir hatası yahut ihmali bir davranış değildir; kusurlu hareketin dürüst olmayan bir gaye yahut gayri ahlaki bir eğilimden mülhem olarak şuurlu bir suretle ika edildiğine delalet eder. Sinsi bir plan dahilinde veya hasmane bir saikle çalışan aktif bir ruh haline tekabül ettiğinden, menfî bir kavram olan ihmalden farklıdır. *Desert Equities Inc. v Morgan Stanley Leveraged Equity Fund*, 624 A.2d 1199, 1208 n.16 (Del. 1993), (KNEPPER/BAILEY, §.2.08, 22’den naklen)

²⁹¹ **STRINE** Leo, “Derivative Impact? Some Early Reflections on the Corporation Law Implications of Enron Debacle”, *The Business Lawyer*, V. 57, I. 4, 2002, s. 1385; **SALE**, s. 488; **JOHNSON/SIDES**, s. 1204; **GOLD**, s. 426; **BRUNER**, s. 40.

²⁹² *In Re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, C.A No: 15452, (Del. Ch. 2003), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(wfjurw555apzdx55ral5xv55\)/download.aspx?ID=240](http://courts.delaware.gov/opinions/(wfjurw555apzdx55ral5xv55)/download.aspx?ID=240) , s. 28; *In Re Walt Disney Co. Derivative Litigaion*, C.A No: 15452, (Del. Ch. 2005), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=64510](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=64510) , s.

ABD’de anonim şirketler hukuku bakımından iyiniyet kavramıyla ilgili tartışmaların merkezinde, iyiniyetin özen ve sadakat borçlarına bağlı bir yan yükümlülük olarak mı değerlendirileceği; yoksa şirketle yöneticiler arasındaki güvene dayalı ilişkiden (*fiduciary*) doğan bağımsız bir borç olarak mı kabul edileceği meselesi yer almıştır. Bu tartışmaya zemin hazırlayan sebeplerden biri, ABD’de fiili bir durum olarak, sadakat borcunun genellikle yönetim kurulu üyelerinin şirketten uygunsuz maddi menfaat elde ettikleri hallerle sınırlı olarak uygulama alanı bulmuş olmasıdır. İyiniyet tartışmalarını alevlendiren temel sebep ise, ABD’de başta Delaware olmak üzere hemen tüm eyaletlerde yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna bağlı mali sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi, hatta tamamen izale edilebilmesidir²⁹³. Sınırlı sorumluluk hükümleri, ticarî takdir kuralının kuvvetli karinesiyle ve Delaware usul hukukunun

119-125. Bu esaslar, yönetim kurulu üyelerinin genel gözetim yükümlülüklerini yerine getirirken iyiniyetle hareket edip etmediklerinin tayininde de geçerli olmaktadır. Bkz. *Stone v. Ritter*, C.A No: 1570-N (Del. 2006),

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=84060](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=84060) ,

s.17

(Erişim: 15 Nisan 2007)

²⁹³ Bu sınırlamalar bazı eyaletlerde esas sözleşme değişikliği gerektirmektedir; bazılarında ise *Ipsa Jure* geçerli olmaktadır. Eyaletlerin büyük çoğunluğunda salt özen borcunun ihlaline bağlı hukukî sorumluluk izale edilebilirken, bazılarında ise azami bir meblağ ile sınırlandırılabilir. Sorumluluk sınırlamaları kural olarak yalnızca şirket tüzel kişiliği veya pay sahipleri tarafından açılan davalarda geçerli olurken, bazı eyaletlerde üçüncü şahıslara dahi teşmil edilmiştir. Delaware’de, DGCL §102(b)(7) muvacehesinde, esas sözleşmeye bu hususta hüküm konmak şartıyla yönetim kurulu üyelerinin salt özen borcuna bağlı mali sorumluluğu şirkete ve pay sahiplerine karşı geçerli olmak üzere izale edilebilmektedir.

(*Rules of The Court of Chancery*²⁹⁴) pay sahiplerince açılacak sorumluluk davalarını katı şartlara tabi kılan hükümleriyle²⁹⁵ birleştiğinde, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde maddi

²⁹⁴ Metin için bkz. <http://courts.delaware.gov/Rules/?chanceryrules.pdf> (Erişim 18 Nisan)

²⁹⁵ Esasen katı olan, söz konusu düzenlemelerin lafzından ziyade, Delaware mahkemelerinin bu hükümleri yorumlama biçimidir. Anılan düzenlemenin, ABD Federal Hukuk Usulü Kanunu’nun (*Federal Rules of Civil Procedure*) aynı numarayı taşıyan maddesine dayanan §.23.1 hükmü; şirkete ait olup da, şirket tüzel kişiliğince ileri sürülmeyen hakların, bir ya da daha fazla pay sahibi tarafından şirket adına ve hesabına kullanılmasının şartlarını göstermektedir. Bir başka ifadeyle, söz konusu düzenleme pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde şirket adına ve hesabına olmak üzere açacakları sorumluluk davalarının şartlarını tanzim etmektedir. Özetle belirtmek gerekirse,. şirkete ait dava haklarının kullanımı esas itibariyle yönetim kurulunun yetkisinde olduğundan, pay sahiplerinin kural olarak yönetim kurulundan davayı açması için talepte bulunmaları şarttır. Ancak talebin yönetim kurulunca değerlendirilmediği ve/veya talepte bulunmamanın mazur görülebileceği hallerdedir ki, pay sahipleri davayı şirket adına açabilecektir. Delaware mahkemeleri, talepte bulunmamanın mazur görülebileceği halleri hayli dar yorumlamaktadır. Öte yandan, Delaware Yüksek Mahkemesi’ne nazaran, pay sahiplerince tevcih edilen talepleri incelemek üzere yönetim kurulu içinde bağımsız ve tarafsız üyelerden oluşan bir “özel dava komitesi” teşekkül edilmiş bulunuyorsa, bu komitenin vereceği karar ticarî takdir kuralının himayesinden yararlanacaktır. Bu itibarla dolaylı sorumluluk davalarında pay sahiplerinin -Yüksek Mahkeme’nin ifadesiyle- “talebin beyhudeliğini” (*demand futility*) göstermeleri hayati öneme sahip olmaktadır ki, Yüksek Mahkeme bu ölçüyü gayet dar ve katı yorumlamaktadır. Hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açılacak dolaylı sorumluluk davalarıyla (*derivative suit*) ilgili bu özel hükmün yanısıra, Delaware usul hukukuna ilişkin genel bir hüküm olan ve yine özetle, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaların, taleplerini karşılamaya elverişli olmasını arayan 12(b)(6) hükmü, Delaware mahkemelerince anonim şirket yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılan davalarda katı yorumlanmaktadır. Özellikle iddiaların somut olgulara istinatla ve ayrıntılı bir suretle ileri sürülmesine ilişkin gereksinim, davacıların önünde aşılması güç bir engel teşkil etmektedir. Bkz. *In Re J.P Morgan Chase & Co. Shareholder Litigation*, C.A. No: 531-N, (Del.Ch.2005), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(g3kozf55pr5artzth5hyomr\)/download.aspx?ID=60980](http://courts.delaware.gov/opinions/(g3kozf55pr5artzth5hyomr)/download.aspx?ID=60980) , s. 12-29 (Erişim 20 Mayıs 2007). Ayrıca bkz. **DUNN**, s. 550 vd; **SALE**, s. 467

tazminat talebiyle açılan bir sorumluluk davasının başarıyla neticelenmesi şöyle dursun; esastan görülmesi dahi fevkalade güç bir hal almıştır. İyiniyetin özen ve sadakat borcundan bağımsız üçüncü temel borç olup olmadığına ilişkin, kuramsal temeli Delaware Yüksek Mahkemesi'nin 1993 tarihli bir kararıyla atılan ve kurumsal yönetim skandallarıyla yoğunlaşan tartışmalar, A.Ş. yöneticilerinin hukukî sorumluluk rejiminde yetki-sorumluluk dengesini sorumluluk lehine çevirme arayışları olarak değerlendirilmek gerekir. Nitekim, iyiniyet, ister bağımsız bir borç kabul edilsin, ister sadakat borcuna bağlı bir yan yükümlülük olarak değerlendirilsin, yetki sorumluluk dengesini kaydırmakta kullanılan bir retorik araç olarak görülmektedir²⁹⁶.

A.Ş yöneticilerinin sadakat borcu, şirket menfaatlerinin daima şahsi menfaatlerin önünde tutulmasını ve yöneticilerin şirketle ilgili tüm tasarruflarında şirket menfaatlerini takip ettiklerine dair iyiniyetli bir inanç taşımalarını gerektirir. Sadakat borcuna aykırı hareketlerin tipik motivasyonu maddi menfaat temini olmakla birlikte, bir yöneticiyi sadakatsiz harekete sevk eden güdüler açgözlülükle sınırlı olmadığı gibi, maddi bir menfaat temin edilmiş olması da, sadakat borcuna aykırı hareketin zaruri unsuru değildir. Nitekim, *“Bir kimseyi doğruluk ve dürüstlük yolundan saptıran yegane hissiyat tamah değildir; Nefret, şehvet, kıskançlık, haset, intikam, hicap yahut azamet dahi aynı neticeyi doğurabilir. Esasen her türlü insani duygu bir yönetim kurulu üyesinin şahsi menfaatlerini, tercihlerini ve arzularını şirket menfaatlerinin önüne geçirmesine sebep*

²⁹⁶ GRIFFITH, s. 33,47; SALE, s. 462; BAINBRIDGE/LOPEZ/OKLAN, s. 15; JOHNSON/SIDES, s. 1204

*olabilir*²⁹⁷.” Bu bağlamdadır ki, ABD’de A.Ş yöneticileri bakımından iyiniyet meselesi, geleneksel olarak sadakat borcunun bir unsuru olarak görüle gelmiştir. Delaware Yüksek Mahkemesi, 1993 yılında verdiği bir kararla bu geleneği bozarak iyiniyeti açıkça özen ve sadakat borçlarından bağımsız olarak üçüncü temel borç olarak zikretmiştir²⁹⁸. Yüksek Mahkeme, bu tarihten itibaren hükme bağladığı yedi davada çizgisini korumuşsa da²⁹⁹, ilk derece mahkemesi (Delaware Court of Chancery), iyiniyetin bağımsız bir borç olarak tavsifine karşı istikrarlı bir şekilde direnmiştir. Nitekim, ilk derece mahkemesinin bu dönemde verdiği kararlarda sadakat borcunun, tanımı gereği iyiniyetli davranma yükümlülüğünü de kapsadığı, iyiniyetin sadakat borcundan ayrı ve bağımsız bir içeriği olamayacağı belirtilmiştir³⁰⁰. Buna göre, bir kimsenin subjektif iyiniyetle hareket ettiği

²⁹⁷ *RJR Nabisco Inc. Shareholders Litig.*, 1989 WL 703 (Del. Ch. 1989), (**BRANSON**, s. 642, 45 nolu dipnottan naklen).

²⁹⁸ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993), (**BRUNER**, s. 1151’den naklen). Bu karar iyiniyete ilişkin çok tartışmalı tavsifinin yanısıra, tazminat hukukunun temel kavramlarının (illiyet/zarar) hatalı uygulanması ve salt özen borcunun ihlaline dayanan bir davada “tam hakkaniyet” ölçütünün uygulanmasını öngörmesi sebebiyle de çok eleştirilmiş, hatta bir yorumcu tarafından, Yüksek Mahkeme’nin tarihi boyunca imza attığı en kötü kararlardan biri olarak değerlendirilmiştir.

http://www.professorbainbridge.com/2004/03/cinerama_v_tech.html (Erişim 10 Haziran 2007); **BAINBRIDGE/LOPEZ/OKLAN**, s. 29; **JOHNSON**, Modest, s. 644; **JOHNSON**, Care, s. 803; **BISHOP** Carter, s. 22

²⁹⁹ **ROSSI** Filippo, “Making sense of the Delaware Supreme Court’s Triad of Fiduciary Duties”, <http://ssrn.com/abstract=755784>, 2005, s. 17 (Erişim 8 Haziran 2007)

³⁰⁰ *In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation*, No. 15,741 LEXIS 238 (Del. Ch. 1999), (**EISENBERG**, Good Faith, s. 13’den naklen); *Naggy v. Bistrice*, C.A. No: 18017, (Del. Ch. 2000),

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(dfcu2erizetiurq4ij23yyp\)/download.aspx?ID=32700](http://courts.delaware.gov/opinions/(dfcu2erizetiurq4ij23yyp)/download.aspx?ID=32700)

halde sadakat borcunu ihlal edebileceği durumlar olabilirse de, kötünîyet ve sadakatin bir araya gelmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, subjektif kötünîyetle hareket eden birinin şirkete sadakatinden bahsetmenin mümkün olacağı bir hal tasavvur edilemez³⁰¹. Bu açıdan Yüksek Mahkeme'nin tavsifi, sadakat borcunun şahsi menfaat temini dışında bir takım sebeplerle de ihlal edilebileceğini ve hangi sebeple olursa olsun (mali, ailevi, mesleki, nihilistik) şuurlu bir suretle şirket menfaatlerine aykırı hareket eden yöneticilerin, bu hareketlerinden doğan zararı tazmin etmek durumunda kalacaklarını hatırlatmaya yöneliktir³⁰². Bu argümanlar, iyiniyeti objektif unsurları ağır basan bağımsız bir borç olarak yorumlayan bir yazar tarafından hayli sert bir üslup ile tenkit edilmişse de³⁰³, Delaware Yüksek Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararla eski içtihatını değiştirerek iyiniyetin, temel borç olan sadakat borcuna bağlı bir unsur olduğuna hükmetmiştir³⁰⁴. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararına nazaran, iyiniyetle hareket etme yükümlülüğünü ihlal eden bir davranış *ipso facto* sorumluluk doğurmaz; ancak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmesi sebebiyle dolaylı olarak sorumluluk doğurabilir. Yine Yüksek Mahkeme'ye göre, bu kabulün doktrinel açıdan iki neticesi söz

³⁰¹ *Guttman v. Huang*, C.A. No. 19571-NC, (Del. Ch. 2003), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(dppjiq55hcoipummw51v5055\)/download.aspx?ID=300](http://courts.delaware.gov/opinions/(dppjiq55hcoipummw51v5055)/download.aspx?ID=300) , 34 nolu dipnot (Erişim 11 Temmuz 2007)

³⁰² *Nagy v. Bistrice*, C.A. No: 18017, (Del. Ch. 2000), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(wzzqyh2xwgfj1dadvwmxhk55\)/download.aspx?ID=32700](http://courts.delaware.gov/opinions/(wzzqyh2xwgfj1dadvwmxhk55)/download.aspx?ID=32700) , 2 nolu dipnot (Erişim 11 Temmuz 2007)

³⁰³ Bkz. **EISENBERG**, Good Faith, s. 15 vd.

³⁰⁴ *Stone v. Ritter*, C.A. No: 93, (Del. 2006), [http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=84060](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=84060) , s.16 (Erişim 12 Temmuz 2007)

konusudur: Öncelikle, yöneticilerin iyiniyetle hareket etmelerine ilişkin gereksinim, özen ve sadakat borçları gibi bağımsız bir borç teşkil etmez ve bu yükümlülüğe aykırı davranışlar doğrudan doğruya sorumluluk doğurmazlar. Sadece özen ve sadakat borçları –ihlalleri halinde- yöneticilerin hukukî sorumluluğunu doğrudan sonuçlar. İkinci olarak, sadakat borcunun kapsamı maddi yahut gayri maddi menfaat çatışmalarıyla sınırlı olmayıp, yöneticilerin iyiniyetle hareket etmedikleri durumları da içerir. Zira hareket tarzının şirket menfaatleri doğrultusunda olduğuna dair iyiniyetli bir inanç taşımayan yöneticinin sadakatinden de söz edilemez³⁰⁵.

ABD’de, gerek ticarî takdir kuralının uygulama şartını teşkil etmesi, gerek yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğü dolayısıyla sorumluluğunu tayin etmesi ve gerekse sorumluluktan koruyan mekanizmalardan yararlanmanın şartını teşkil etmesi itibariyle büyük öneme sahip bulunan iyiniyet, yukarıda belirtildiği üzere anonim şirket yöneticilerin ruh hallerine odaklanan subjektif bir unsur ifade etmektedir. İyiniyetin objektif ya da subjektif açıdan tanımlanması bilhassa ticarî takdir kuralı bakımından ön plana çıkmaktadır. Ticarî takdir kuralının uygulama alanı açısından İyiniyetin geniş ve objektif olarak tanımlanması, kuralı pratik olarak uygulanamaz hale getirme potansiyelini taşımaktadır. Zira objektif iyiniyet, temelde alabildiğince geniş yorumlanmaya açık bir makuliyet testidir. İyiniyetin bu suretle tarifi, tam da ticarî takdir kuralının önüne geçmeyi amaçladığı türden bir yargısal incelemeye vücut verebilir. Bir başka ifadeyle, geniş ve objektif açıdan tanımlanan iyiniyet, yargısal incelemeyi karar alma sürecinden kararın objektif içeriğine yani isabetliliğine, yerindeliğine ya da

³⁰⁵ *Stone v. Ritter*, s. 16

makuliyetine taşıyacak bir araç olarak kullanılabilir. Başlıca amacı yerindelik denetiminin önüne geçmek olan bir hukukî müessesenin uygulama şartları arasında makuliyet testine yer verilmesi, kuralı anlamsızlaştıracığı gibi mantıksal bir fasit daireye yol açabilir. İyiniyet meselesi bilhassa ticarî takdir kuralının başka ülke hukuklarına ithalinde ciddi bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir. Örneğin kendi yargılama kültürü içinde ticarî takdir kuralı gibi, ticarî kararları yerindelik denetiminden koruyan bir müessese geliştirmeyen, özen borcunu basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne teşmil eden³⁰⁶ ve iyiniyet, dürüstlük kuralı gibi kavramları zaman zaman lüzumundan ziyade geniş yorumlayan bir yargılama kültürünün kurulu bulunduğu bir ülkede³⁰⁷ ticarî takdir kuralının amacına uygun olarak tatbiki, ancak iyiniyet kavramının ticarî takdirler çerçevesinde dar yorumlanmasıyla mümkün olabilir.

Delaware Yüksek Mahkemesi, ABD anonim şirketler hukukunda iyiniyet unsurunun içeriğini büyük ölçüde netleştiren Walt Disney kararıyla, kavramın subjektif mahiyetini de teyid etmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında ilk derece mahkemesinin, davacılar tarafından subjektif mahiyetinden bahisle itiraz konusu yapılan³⁰⁸ ölçütünü aynen kabul etmiştir. Buna göre, anonim şirket yöneticilerinin iyiniyetle hareket edip etmediklerinin tayininde başvurulacak ölçüt kasıt ve şuurlu

³⁰⁶ Y. 11.H.D. 17.12.1974, E. 1974/3677, K. 1974/3733; karş. TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, 369. madde gerekçesi.

³⁰⁷ AKIN Murat, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 93

³⁰⁸ *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* (Del. 2005) , [http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=77400) , s

ihmaldir³⁰⁹. Nitekim mahkemenin ifadesiyle, “bir yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi”, “bir kimsenin sorumluluklarını şuurlu bir suretle ihmal etmesi”, hareket tarzının iyiniyetli olup olmadığının tayininde münhasır olmamakla birlikte uygun ölçüttür. Yerine getirmekle mükellef olduğunu bildiği bir yükümlülük karşısında kasıtlı olarak hareketsiz kalan yöneticinin bu davranışı kötünietlidir³¹⁰. İyiniyetle hareket etme yükümlülüğü, yöneticilerin şirketle ilgili tüm tasarruflarının şirket menfaatleri doğrultusunda dürüst bir amaca dayanmasını gerektirir. İyiniyetin mevcudiyeti karine olarak kabul edilir. Davacılar, davalı yöneticilerin kötünietini ispat ederek karineyi çürütebilirler. Kötünietli hareket için genel geçerli bir tanım yapmak fevkalade güç olmakla birlikte, yöneticilerin, şirket menfaatlerinden kasten saptıkları; hukuk kurallarını kasten ihlal ettikleri; belirli bir yükümlülük karşısında hareketsiz kalmayı seçerek sorumluluklarına karşı şuuri bir ihmal sergiledikleri haller, kötünietli hareket tarzının

³⁰⁹ Bu çalışmada İngilizce “*conscious disregard*” kavramına karşılık olmak üzere “şuurlu ihmal” kavramı kullanılmıştır. Burada fail, fiilinin muhtemel sonuçlarını öngördüğü halde, mazur görülecek bir sebep olmaksızın gerekli tedbirleri almamakta; mevcudiyetini bildiği risklere karşı adeta meydan okumaktadır. ABD’de bu kavram, failde sorumluluklarını ihmal ettiğine dair bir bilinç ve bu ihmalin neticelerine ilişkin açık bir kayıtsızlık gerektirmektedir. Bu itibarla söz konusu kavramın, Türk doktrininde yapılan tasnifler açısından “şuurlu ihmal” den ziyade “dolaylı kast” a yaklaştığı söylenebilirse de, esasen doktrinimizde bu iki kavramı tefrik etmekteki müşkülata da dikkat çekilmektedir. Bkz. **OĞUZMAN** Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 528-529; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s. 541.

³¹⁰ *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, (Del.Ch. 2005)

[http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=64510](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=64510) , s. 123, 125.

tipik örnekleridir³¹¹.

Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesince konulan kıstasları onayladıktan sonra, anonim şirket yöneticilerinin hukukî sorumluluğu açısından iyiniyet kavramının anlamını netleştirmek adına, kötüniet iddiasına geçit verebilecek hareketler açısından bir sınıflandırmaya gitmiştir Buna göre düz bir mantık kullanarak, kötünietin ileri sürülebileceği asgari üç hal tasavvur edilebilir. Bunlardan ilki, yöneticilerin fiilen şirkete zarar verme kastıyla hareket ettikleri durumlardır. Bu grupta yer alan hareketler tabiatları gereği kötünietli olup, kötünietin en klasik, en bariz örneklerine vücut verdiklerinden, iyiniyetle hareket etme yükümlülüğünün ihlalini teşkil ettiklerinde tereddüt yoktur. İkinci olarak, yöneticilerin herhangi bir art niyetleri olmaksızın, özen borcunu ağır bir suretle ihmal ettikleri haller kötüniet iddialarına sebep olabilir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bu grupta yer alan iddialar, hukuken kötüniet olarak kabul edilemez. Salt özen borcunun ağır bir suretle ihmal edilmiş olması keyfiyeti, başkaca bir sebep olmadıkça aynı zamanda iyiniyetli hareket etme yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmez³¹². Yüksek Mahkeme'nin tasnifine nazaran, kötüniet meselesinin gündeme gelebileceği üçüncü hal, zarar verme kastı yahut uygunsuz bir menfaat temini söz konusu olmamakla birlikte, yöneticilerin şirketin maruz kalabileceği potansiyel zararlara

³¹¹ *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, (Del. 2005),
[http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=77400) , s.

³¹² *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, (Del. 2005),
[http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=77400) , s.

aldırmaksızın yükümlülüklerini kasten yerine getirmedikleri; sorumluluklarını bilinçli olarak ihmal ettikleri durumlardır. Mahkeme bu kategoride yer alan fiillerin iyiniyetle hareket etme yükümlülüğünün ihlalini teşkil ettiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerini teminen; yöneticilerin, nitelik itibarıyla ağır ihmalden daha kusurlu olan bu kategorideki davranışlardan kesin olarak caydırılması gerekir. Bu hususta başvurulacak doktrinel zemini, iyiniyetle hareket etme yükümlülüğü sağlamaktadır³¹³. Yüksek Mahkeme’nin tasnifinin önemi şuradadır ki, özen borcunu ihlal eden bir fiil objektif açıdan ne kadar vahim olursa olsun, yöneticilerin bu ihlale ilişkin subjektif iradesini içermedikçe iyiniyetle hareket etme yükümlülüğünün de ihlalini teşkil etmeyecektir. Bir başka ifadeyle, özen borcu ihlaliyle kötüniyetin çakışması, ancak özen borcunu ihlal eden failde bu ihlale ilişkin subjektif bir bilincin; şirket menfaatlerine karşı tam anlamıyla kayıtsız bir ruh halinin mevcudiyetine bağlıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, ABD anonim şirketler hukukunda iyiniyet kavramının yorumlanma biçimi dar olup, kural olarak objektif değerlendirmeye izin vermemektedir. Bununla birlikte, A.Ş yöneticilerinin takdir yetkisinin sınırını teşkil ettiğinde birçok yazarın hemfikir olduğu³¹⁴ *rasyonallite* kavramı, çok istisnai hallerde

³¹³ Mahkeme bu pragmatik argümanın yanısıra, Delaware Anonim Şirketler Kanunu’nun, özen borcuna bağlı sorumluluğun sınırlanmasına cevaz veren ve tazminat riskine şirketçe güvence verilmesini düzenleyen hükümlerine istinat etmiştir.

³¹⁴ **ALLEN/JACOBS/STRINE**, s. 452; **BRANSON**, s. 641; **BISHOP** Carter, s. 20; **GOLD**, s. 402; **TRIEM** W. Fred, “Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgement Rule”, *Alaska Law Review*, V.24, I. 1, 2007, s. 28.

devreye girmesi mümkün, sınırlı bir objektif iyiniyet denetiminin retorik aracı olarak değerlendirilebilir³¹⁵. Bu bağlamda objektif olarak mantık sınırlarının dışında kalan, hiçbir ticarî maksada atfedilemeyen bir ticarî kararın, kuralın himayesinden yararlanamayacağı kabul edilmektedir³¹⁶. Delaware uygulamasında adeta müstakil bir şart gibi, iyiniyetten ayrı olarak vurgulanan bu kavrama, ALI'nin ticarî takdir kuralına ilişkin formülasyonunda iyiniyet şartı çerçevesinde yer verilmiştir³¹⁷. İster müstakil bir

³¹⁵ Karş. **EISENBERG** Melvin, Background Study for the California Law Revision Commission on Whether the Business-Judgment Rule Should Be Codified, 1995, s. 41 (Codified); **STEELE** T. Myron, “Judicial Scrutiny of Fiduciary Duties in Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies”, Delaware Journal of Corporate Law, V.32, I. 1, 2007, s. 29. Ancak rasyonalitenin münhasıran karar alma süreciyle sınırlandırıldığı Delaware içtihatları da bulunmaktadır. Bu yoruma göre rasyoneliteden maksat, karar alma sürecinin bir bütün olarak rasyonel olmasıdır. Bir diğer ifadeyle rasyonalite, karar alma sürecinin ötesinde aranmaz. Bkz. **BAINBRIDGE/LOPEZ/OKLAN**, s. 40

³¹⁶ Bununla birlikte bazı yazarlar yerindelik denetimine yol açabileceğinden bahisle, takdir yetkisini sınırlayan bir kavram olarak rasyonaliteye yer verilmesini şiddetle tenkit etmektedirler. Bkz. **HANSEN**, Commentary, s. 1249-1250; **DOOLEY**, s. 478-479; **MANNING**, Overview, s. 622; **VEASEY**, Insights, s. 1472.

³¹⁷ ALI formülasyonunun §4.01 (c)(3) hükmünde iyiniyet şartı, “Ticarî takdirin anonim şirketin menfaatleri doğrultusunda olduğuna dair rasyonel bir inanç taşımak” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesinde, “rasyonel inanç” kavramının hem objektif hem de subjektif bir içeriğe tekabül ettiği belirtilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyesi ticarî takdirinin şirket menfaatleri doğrultusunda olduğuna dair subjektif bir inanç taşımalı ve bu inanç rasyonel olmalıdır. ALI formülasyonunun gerekçesinde, “makuliyet” kavramından özellikle kaçınıldığı; bunun yerine çok daha geniş bir kavram olarak “rasyonalite”ye yer verildiği ve böylece makul ölçülerin dışına taşıdığı iddia edilebilecek olmakla birlikte, mantık sınırlarının dışında yer almayan ticarî kararların, kuralın himayesinden yararlanacağı belirtilmiştir. ALI formülasyonuna benzer bir düzenlemeye, ticarî takdir kuralının 1999 yılında kodifikasyon yoluyla entegre edildiği Avusturalya hukukunda da yer verilmiştir. Avusturalya’da ticarî takdir kuralını

uygulama şartı olarak değerlendirilsin, ister iyiniyet meselesi muvacehesinde ele alınsın; ticarî takdirin rasyonel bir temele dayanmasından maksat, kararın makul olması değildir³¹⁸. Ticarî takdirin mantık sınırları içinde atfedilebileceği her türlü ticarî gaye, bu gereksinimi tahakkuk ettirecektir³¹⁹. Öte yandan “rasyonel ticarî maksat” gereksinimi, mahkemelerce ticarî takdirlerin *a priori* olarak “rasyonalite” denetiminden geçirilmesini ifade etmediği gibi; kural olarak yöneticilere bu yönde bir ispat külfeti de getirmemektedir³²⁰. Ticarî takdirin rasyonel bir ticarî maksatla alınmış olması ihtimal

düzenleyen Corporations Act §. 180 (2) hükmü büyük ölçüde ALI formülasyonundan esinlenmiş olmakla birlikte, iyiniyet ve rasyonalite meselelerini ayrı ayrı ele alması ve kuralı anlamsızlaştıracak derecede geniş bir iyiniyet kavramına yer vermesi itibarıyla, ALI formülasyonundan ayrılmaktadır. Avusturalya hukukundaki bu düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **GREENHOW** Anette, “The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Director's Sails”, *Bond Law Review* V.11, I. 1, 1999, s. 32-58 ; **BRANSON** Douglas/**KEONG** Chee Low, “Balancing the Scales: A Statutory Business Judgement Rule for Hong Kong?” *Hong Kong Law Review* V.34, I. 2, 2004 s. 303-320, (SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557236 üzerinden erişilmiştir). Roma-Germen sistemine tabi Japonya’da içtihat yoluyla özümşenen ticarî takdir kuralının uygulamasında da rasyonalite kavramına atıf yapıldığı hususunda bkz. **BEYER** Vicki, “Judicial Development of a Business Judgement Rule in Japan”, *Bond Law Review*, V.5, I. 2, 1993, s. 212

³¹⁸ ALI formülasyonunun gerekçesinde, “makuliyet” kavramından özellikle kaçınıldığı; bunun yerine çok daha geniş bir kavram olarak “rasyonalite”ye yer verildiği ve böylece makul ölçülerin dışına taşıdığı iddia edilebilecek olmakla birlikte, mantık sınırlarının dışında yer almayan ticarî kararların, kuralın himayesinden yararlanacağı belirtilmiştir. Bkz. **BRANSON**, s.641; karşı. **DOOLEY**, s. 478

³¹⁹ **BRANSON**, s. 641

³²⁰ **BAINBRIDGE**, Van Gorkom, s. 15

dahilinde bulunduğu sürece, onun ardındaki mantık sorgulanmamaktadır³²¹. Bu çalışma çerçevesinde doğrudan ve dolaylı olarak incelediğimiz mahkeme kararları arasında ticarî takdir kuralının, irrasyonelite sebebiyle uygulanmadığı bir içtihatla rastlamadık. Doktrinde de ticarî takdir kuralının, bu sebeple uygulanmadığı bir karara atıf yapılmamaktadır³²².

§ 3. ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN KANUNLA SINIRLANMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda incelenen ticari takdir kuralı, prensip itibariyle yöneticilerin, şirket işlerinde göstermeleri gereken özenin derecesini sınırlandırmadığı gibi, özen borcuna bağlı hukuki sorumluluklarını da, doğrudan doğruya sınırlandırmamaktadır. Ticari takdir kuralı, özen borcuna ilişkin yargısal denetimlerin sınırını çizmek suretiyle yöneticilerin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosuna maruziyetini sınırlandırmaktadır. Bir başka ifadeyle, anonim şirket yöneticilerinin özen borcuna bağlı hukuki sorumluluğu, ticari takdir kuralı çerçevesinde *dolaylı olarak* sınırlanmaktadır. Özen borcuna ilişkin yargısal denetimleri, karar alma sürecine hasreden ticari takdir kuralı, mahkemelerin, iyiniyetle alınan ve menfaat çatışması içermeyen ticari kararları, yerindelikleri ve isabetleri açısından denetlemelerine engel olmaktadır. Böylece ticari

³²¹ BAINBRIDGE, Abstention, s. 100

³²² Hatta bu husustaki içtihat yokluğu, doktrinde fantastik örnekler verilmesine sebep olmuştur. Örneğin bir yazar, bir kimsenin Mars'a gönderilmesini içeren bir yönetim kurulu kararının irrasyonel olacağını belirtmektedir (BRANSON, s. 641)

takdir kuralı, karar alma sürecinde gerekli özeni gösteren yöneticileri, sonradan hatalı olduğu anlaşılan ve şirketi zarara uğratan tasarrufları sebebiyle, özen borcundan bahisle sorumlu tutulmaktan korumaktadır. ABD müşterek hukukunda geliştirilen ticari takdir kuralı, söz konusu ülkede gerek federal, gerekse federe düzeyde kodifiye edilmemiştir. Bu açıdan ticari takdir kuralı, yargılama makamının bizatihi kendi kendisini sınırladığı bir uygulamayı ifade etmektedir³²³.

ABD’de yöneticilerin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, ticari takdir kuralı çerçevesinde dolaylı olarak sınırlandırıldığı gibi; eyalet kanunlarında yer alan düzenlemeler uyarınca, doğrudan doğruya sınırlamalara da tabi olmaktadır. Gerçekten de, günümüzde bütün eyaletlerin kanunlarında bu tür düzenlemeler yer almaktadır³²⁴. Özen borcundan doğan hukuki sorumluluğun kanunla sınırlanmasında, farklı yaklaşımlar söz konusu olmaktadır. Bu düzenlemeler arasında, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu azami bir meblağ ile sınırlandıranlar bulunduğu gibi, özen borcuna bağlı mali sorumluluğun tamamen izale edilmesini tecviz edenler de bulunmaktadır. Sorumluluğu sınırlandıran düzenlemelerin kapsamı, çoğunlukla yönetim kurulu üyeleriyle sınırlıdır. Ancak, bazı eyaletlerde diğer yöneticilerin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu dahi sınırlanabilmektedir. Bunların yanısıra, sorumluluk

³²³ Bununla birlikte ticari takdir kuralının, ABD’den kodifikasyon yoluyla ithal edildiği Avusturalya, Almanya gibi ülkelerde söz konusu kural, kanuni bir sınırlama niteliğindedir. Ancak bu sınırlama doğrudan değil, dolaylı bir sınırlama olmaktadır.

³²⁴ **BROWN Robert/GOPALAN Sandeep**, “Opting Only in: Contractarians, Waiver of Liability Provisions and the Race to the Bottom”, University of Denver Sturm College of Law, Legal Research Paper Series, No: 08-02, 2008 s. 3

sınırlamasının yürürlüğe giriş biçimi ve hüküm ifade edeceği kişiler bakımından da farklı yaklaşımlar görülmektedir. Özen borcundan doğan hukuki sorumluluğun kanunla sınırlanmasında farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte, Delaware eyaletindeki düzenleme, bu hususta yaygın bir mutabakatı ifade etmektedir³²⁵. Hakikaten, eyaletlerin büyük çoğunluğu, Delaware’ın düzenlemesini model almıştır

Ticari takdir kuralı, ABD dışındaki ülkelerde de yaygın şekilde uygulanmaktaysa da; anonim şirket yöneticilerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun, doğrudan doğruya sınırlanmasını içeren kanuni düzenlemelere, bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla, başka hiçbir ülke hukukunda rastlanmamaktadır.

B. Özen Borcundan Doğan Sorumluluğun Kanunla Sınırlanmasının Sebepleri

Eyalet kanun koyucularını, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu kanunla sınırlamaya sevk eden temel sebep, “yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler için hukuki sorumluluk sigortası” (*D&O insurance*) piyasasında yaşanan kriz olmuştur³²⁶. Gerçekten de, ABD’de 80’li yıllarda şirket birleşme ve devralmalarında kaydedilen büyük artış, pay sahipleri tarafından A.Ş yöneticileri aleyhinde açılan dolaylı sorumluluk

³²⁵ **BROWN/GOPALAN**, s. 8; **KNEPPER BAILEY**, §16-4

³²⁶ Söz konusu krizle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ROMANA** Roberta, “What Went Wrong with Directors’ and Officers’ Insurance”, *Delaware Journal of Corporate Law*, V.14, I. 1, 1989, s. 1-33; **COTTINGHAM** John, “The D&O Insurance Crisis: Darkness at the End of the Tunnel”, *South Carolina Law Review*, V. 39, I. 3, 1989, s.653-7050; karşı. **BROWN/GOPALAN**, s. 13 vd.

davalarında, patlama yaşanmasına sebep olmuştur³²⁷. Bu dönemde yöneticiler aleyhinde açılan sorumluluk davaları, nicelik itibarıyla arttığı gibi, söz konusu davalarda talep edilen ortalama tazminat miktarı; bu davaları savunmak üzere yapılan ortalama harcama miktarı gibi, hukuki sorumluluk rizikosunu belirleyen diğer kalemlerde de büyük artışlar yaşanmıştır³²⁸. Böylece, A.Ş. yöneticilerin hukuki sorumluluk rizikosu, öngörülemez oranlarda ağırlaşmıştır. Rizikonun daha önceki yıllardaki seyrine göre tayin ve tahsil ettikleri primlerle, söz konusu rizikoyu taşıyamaz hale gelen sigorta şirketleri, yürürlükteki D&O poliçelerini feshetmek yoluna gitmişlerdir. Bu gelişmelere, söz konusu dönemde ABD’de uygulanan faiz oranlarının düşmesi gibi, harici faktörlerin³²⁹ de eklenmesi üzerine, çok sayıda sigorta şirketi, D&O sigortası piyasasından tamamen çekilmiştir. Buna bağlı olarak, D&O sigortası piyasasındaki arz-talep dengesi de sarsılmıştır. Bu gelişmelerin doğurduğu kriz şartlarında, D&O sigortası primleri, görülmemiş seviyelere yükseldiği halde, sigortayla sağlanan teminat, önemli oranda sınırlanmıştır³³⁰. Öte yandan sigortacılar, özellikle yüksek risk grubunda bulunan

³²⁷ 1985 yılında pay sahipleri tarafından A.Ş. yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılan sorumluluk davaları, 1984 yılına nazaran dört kat artış kaydettiği hususunda bkz. **ROMANA**, s. 6

³²⁸ **MOODIE** Gordon, “Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors from Liability?”, The Harvard John M. Olin Fellow’s Discussion Paper Series, No. 1, 2004, s. 36: 1970 yılında, 1 milyon dolar ve üzerindeki tazminat taleplerinin sayısı yalnızca 2 adet iken, 1985’de bu sayı 500’ü bulmuştur. Ödemeye neticelenen tazminat taleplerin ortalama maliyeti 1980’de 877.361 \$ iken, 1985’de 1.988.200 \$’a yükselmiştir. 1980 yılında ortalama 318.255 \$ olan savunma masrafları, 1986’da 592.000 \$ a yükselmiştir.

³²⁹ Söz konusu faktörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **COTTINGHAM**, s. 697 vd.

³³⁰ Bir araştırmaya göre, 1984-1985 yılları arasında D&O sigortası poliçelerinde öngörülen ortalama sigorta bedeli, 25 milyon \$’dan 15 milyon \$’a düştüğü halde, ortalama prim miktarı

şirketlere, D&O sigortası teminatı sağlamayı bütünüyle reddetmişlerdir.

Giderek ağırlaşan sorumluluk tehdidine karşın, D&O sigortasına erişimin fevkalade güçleştiği, hatta kimi durumlarda olanaksızlaştığı koşullar altında, anonim şirket yönetim kurulu üyeliği, ABD’de “kimsenin kabul etmeyeceği bir görev” olarak takdim edilmiştir³³¹. Bu dönemde, yeterli sigorta teminatı olmamaması sebebiyle, yönetim kurullarından toplu istifalar yaşanmış; giderek artan sayıda kişi, yönetim kurullarında görev almayı reddetmeye başlamıştır³³². Özellikle 1985 yılında karara bağlanan, meşhur *Smith v. Van Gorkom* davasında, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, salt özen borcunun ağır ihmali dolayısıyla sorumlu bulunmaları, kamuoyunda şok yaratmıştır³³³. Sigorta krizini iyice derinleştiren bu kararın üzerine, Delaware Eyalet

%190; ortalama tenzili muafiyet miktarı ise %300 oranında artmıştır. Öte yandan poliçelere pek çok yeni riziko istisnası eklenmiş ve süre yönünden de ilave kısıtlamalar getirilmiştir. Bu dönemde sigorta teminatının, dolar başına maliyetinin ortalama %500 oranında arttığı kaydedilmektedir. Bkz. **MOODIE**, s. 35. Bir diğer araştırmanın sonuçlarına göre, büyük ölçekli bir şirketin, 1984 yılında 48.6 milyon \$ sigorta bedeli ve 94.996 \$ tenzili muafiyet öngörülen bir poliçeye 94.996 \$ prim ödemesi gerekirken; 1987 yılında aynı sigorta bedelini, 1.527.780 \$ tenzili muafiyet ile içeren bir poliçe için, 2.296.824 \$ prim ödemesi gerekmiştir. Bkz. **COTTINGHAM**, s. 656, 14 nolu dipnot. Başka bir araştırmada, 1986 yılının ilk çeyreğinde, poliçelerde öngörülen sigorta bedellerinin, ortalama %50 oranında azaldığı belirtilmektedir. Bkz. **ROMANA**, s. 13

³³¹ Bkz. **COTTINGHAM**, s. 655

³³² Bir araştırma göre 1984 yılında, kendisine yönetim kurulu üyeliği teklif edilen her 5 kişiden 4’ü bu görevi kabul ettiği halde, 1985 yılında her 5 kişiden ancak 2’si yönetim kurullarında görev almayı kabul etmiştir. Bkz. **MOODIE**, s. 36-37

³³³ Söz konusu kararda, Trans Union Şirketi’nin, Marmon Şirket Grubu ile birleşme anlaşmasını onaylayan davalı yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli olup olmadıkları açısından ayırım

Meclisi (*Delaware General Assembly*), anonim şirket yöneticilerinin hukuki sorumluluk rizikosunu, iktisaden sigorta edilebilir bir risk haline getirmek³³⁴ ve nitelikli kişileri yönetim kurullarında görev almaya teşvik etmek amacıyla, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan mali sorumluluğunun, belirli şartlar altında sınırlandırılmasına

yapılmaksızın, ağır ihmal derecesinde kusurlu bulunmuşlardır. Delaware Yüksek Mahkemesi, birleşme kararının alındığı toplantı gündeminden haberdar olunmaması; toplantıdan önce hiçbir evrak dağıtılmaması; kararın, münhasıran şirket CEO'sunun 20 dakika süren sözlü takdimine dayanarak verilmesi; hisselerin makul değerine ilişkin hiçbir inceleme ve sorgulama yapılmaması gibi hususları gözönüne alarak, davalı yönetim kurulu üyelerini, bilgiye dayalı bir karar almak hususunda ağır ihmal derecesinde kusurlu bulmuştur. Böylece dava konusu yönetim kurulu kararı ve davalı yönetim kurulu üyeleri, ticari takdir kuralının himayesinden mahrum kalmışlardır. Dosya, hisselerin adil değerinin (*fair value*) saptanması için ilk derece mahkemesine gönderilmiş; davalı yönetim kurulu üyeleri, hisse başına 55\$ olarak kararlaştıran satış bedeli ile, mahkemece belirlenecek olan adil değer arasındaki farkı tazmine mahkum edilecek iken, taraflar 23,5 milyon \$'lık tazminat ödemenmesi hususunda uzlaşmışlardır. Karar özellikle iki açıdan şok uyandırmıştır: Öncelikle salt özen borcuna dayanan bir davada, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, şahsen sorumlu tutulmuşlardır. İkinci olarak, birleşme anlaşmasında öngörülen hisse başına 55 \$'lık fiyat, o tarihlerde şirketin, 30-39 \$ civarında seyreden borsa değerinden önemli oranda yüksektir. Delaware hukukunda özen borcunun, A.Ş yöneticilerine uygulanma şekli bakımından milat teşkil eden bu kararlar ilgili ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. **BAINBRIDGE**, Van Gorkom; **RAMIREZ** Steven, "The Chaos of Smith", Washburn Law Journal, V. 45, I. 2, 2006, s. 343-365; **SHARFMAN** Bernard, "The Enduring Legacy of Van Gorkom", Delaware Journal of Corporate Law V.33, I.2, 2008. Söz konusu kararın, D&O sigortası piyasasında yarattığı etkiler için bkz. **McKENNA** Christopher, "Watchdogs, Lapdogs or Retrievers? Liability and the Rebirth of the Management Audit", Oxford University Working Paper Series No. 1, s. 18 vd.

³³⁴ **DeMOTT** Deborah, "Limiting Directors' Liability", Washington University Law Quarterly, V. 66, I. 2, 1988, s. 298 (Liability)

ve/veya izale edilmesine izin veren kanun değişikliğini gerçekleştirmiştir³³⁵. Delaware'in düzenlemesi, ABD'de A.Ş yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun, kanun marifetiyle sınırlanmasında bir akım başlatmıştır. Bu bağlamda diğer eyaletler de, sigorta krizini aşmak ve kendi kanunlarına göre kurulan anonim şirketlerin Delaware'e kaymasını önlemek üzere³³⁶ peşisıra kanun değişikliğine gitmişlerdir. Günümüzde bütün eyaletlerde, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan

³³⁵ Söz konusu yasa değişikliğinin gerekçesine göre, “102 (b) (7) hükmü ve 102. maddede yapılan diğer değişiklikler, yasama organının, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk sigortası piyasasında, son dönemlerde yaşanan değişikliklere verdiği tepkiyi temsil etmektedir. Söz konusu sigorta, yönetim kurulu üyelerinin istihdam edilmelerinde standart bir şart haline gelmiştir. Son dönemlerde piyasalarda yaşanan değişiklikler, özellikle geleneksel poliçelerin temin edilememesi (ve birçok durumda sigorta şirketlerinden, söz konusu poliçenin hiçbir türünün temin edilememesi) Delaware anonim şirketlerinin istikrarlı ve nitelikli bir suretle idaresini tehdit etmiştir. Zira yönetim kurulu üyeleri, çoğu durumda söz konusu sigortanın teminatı olmaksızın görev almak istemedikleri gibi; sigorta teminatının yokluğu, onları girişimci kararlar almaktan da caydırabilir...” Bkz. Delaware Senate Bill No: 533, 133’rd General Assembly, 1986 (**STEINBERG** Marc, “The Evisceration of Duty of Care”, Southwestern Law Journal, V.42, I.3, 1988, s. 942’den naklen).

³³⁶ ABD’de eyaletler, kendi sınırlarında kurulan anonim şirketlerden “franchise tax” olarak tabir edilen vergiyi tahsil etmektedir. Söz konusu verginin tahsili, eyaletler için önemli bir gelir kaynağı olduğu gibi, şirketlerin kurulması, eyaletlerde yeni istihdam olanakları da yaratarak ekonomilerine müspet katkılarda bulunmaktadır. Bu itibarla, ABD’de eyaletler arasında, anonim şirketlerin kendi sınırlarında kurulmasını sağlamaya yönelik bir rekabet söz konusu olmaktadır. Delaware’in tartışmasız liderliğinde devam eden bu rekabetle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ROMANA** Roberta, “The State Competition Debate in Corporate Law”, Foundations of Corporate Law, s. 84-90. Ayrıca bkz. **GREENFIELD** Kent, “Democracy and the Dominance of Delaware in Corporate Law”, V. 67, I. 4, 2004, s. 134-145. Söz konusu rekabetin, ABD’de şirket ele geçirmelerine ilişkin eyalet düzenlemelerinin hazırlanmasında da belirleyici olduğu hususunda bkz. **ŞEHİRALİ ÇELİK**, s. 97

doğan hukuki sorumluluğunu sınırlandıran veya bu sorumluluğun sınırlandırılmasına izin veren kanun hükümleri bulunmaktadır³³⁷.

C. Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu Sınırlandıran Kanuni Düzenlemelerin Temel Özellikleri

1) Uygulama Alanı

A.Ş yöneticilerinin, özen borcundan doğan sorumluluğunu sınırlayan kanun hükümlerinin müşterek özelliği, eyalet kanunlarına dayanan dava ve taleplerle sınırlı olarak hüküm ifade etmeleridir.

ABD’de anonim şirketler hukuku, büyük ölçüde eyalet hukukları tarafından düzenlenmektedir. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun birincil kaynağını, söz konusu şirketlerin, esas sözleşmelerini tescil ettirdikleri eyaletin kanunları tayin etmektedir. Bununla birlikte, özellikle menkul kıymet ihracı; hisse senetlerinin halka arzı ve borsalarda işlem görmesi gibi; yatırımcıları koruma ihtiyacının özel hassasiyet teşkil ettiği alanlarda, merkeziyetçi bir yaklaşım seçilerek, federal düzenlemelere gidilmiştir. Federal kanunlar, federe kanunlara nazaran uygulama önceliğine sahip olduklarından, özen borcundan doğan sorumluluğu sınırlayan hükümler, yöneticilerin federal kanunlardan kaynaklanan sorumluluklarını etkilemez. Örneğin, menkul kıymet ihraç eden veya hisse senetleri borsalarda işlem gören anonim şirketlerin yöneticileri, hukuki sorumluluklarının önemli birer kaynağını teşkil eden

³³⁷ **BROWN/GOPALAN**, s. 22-23. Ayrıca bkz. **KNEPPER/BAILEY**, Appendix B

Federal Borsa Kanunu ve Federal Menkul Kıymetler Kanunu'na dayanan dava ve taleplerde, sorumluluk sınırlamalarını ileri süremezler.

Söz konusu kanuni düzenlemelerin uygulama alanı bakımından, halka açık ve kapalı şirketler arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu açıdan, sorumluluğu sınırlandıran hükümler, gerek kapalı şirketlere, gerekse halka açık anonim şirketlere uygulanmaktadır.

2) Sorumluluğu Sınırlanabilen Yöneticiler

Sorumluluk sınırlamaları, esas itibariyle yönetim kurulu üyeleri için getirilmiştir. Nitekim, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğun sınırlanmasına izin veren veya bu sorumluluğu *ipso jure* sınırlayan kanuni düzenlemelerin büyük çoğunluğu, münhasıran yönetim kurulu üyelerini kapsamaktadır. Söz konusu düzenlemeler, sorumluluğu sınırlanan yönetim kurulu üyelerinin, icrada görevli olup olmamaları bakımından bir ayrıma gitmemişlerdir³³⁸.

Buna karşın bazı eyaletlerde, diğer yöneticilerin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu da sınırlanabilmektedir. Gerçekten, New Jersey, Louisiana, Maryland ve Nevada eyaletlerinde, müdürlerin hukuki sorumluluğu da, yönetim kurulu üyeleriyle aynı ölçüde sınırlanabilmektedir³³⁹.

³³⁸ Bu hususta bkz. **STEINBERG**, s. 923

³³⁹ **KNEPPER/BAILEY**, § 16-02

3) Getirilen Sorumluluk Sınırlamaları

Sorumluluk sınırlamasının biçimi, kapsamı ve yürürlüğe girişi açısından eyaletler arasında farklı yaklaşımlar söz konusu olmaktadır. En yaygın olarak kabul edilen yaklaşım, esas sözleşmeye eklenecek bir hükümle, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına izin verilmesidir. Bu bakımdan eyaletlerin büyük çoğunluğunda, söz konusu sınırlamalar esas sözleşmesel dayanak gerektirmektedir³⁴⁰. Kuruluş aşamasında kurucular; kuruluşu takiben de pay sahipleri, sınırlı sorumluluk rejimine geçip geçmemekte serbesttirler. Esas sözleşme ile sorumluluğun sınırlandırılması, kural olarak makalede şamil değildir.

Bazı eyaletlerde ise, sınırlı sorumluluk rejimi kuraldır; esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, *ipso jure* devreye girmektedir. Bir başka ifadeyle, esas sözleşmede sınırlı sorumluluk rejiminin uygulanmayacağına dair açık hüküm bulunmadıkça, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, ilgili kanunun öngördüğü kapsamda otomatik olarak sınırlandırılmaktadır. Virginia, Indiana, Florida, Wisconsin, Ohio ve Maryland eyaletlerinde kabul edilen sınırlı sorumluluk rejimleri, *ipso jure* devreye girmektedir³⁴¹.

Sorumluluk sınırlamasının biçimi bakımından da farklı yaklaşımlar söz konusu olmaktadır. Örneğin Virginia'da yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan

³⁴⁰ BROWN/GOPALAN, s. 23

³⁴¹ Bkz. KNEPPER/BAILEY, Appendix B

hukuki sorumluluğu, “zarar olayı” başına azami bir meblağ ile sınırlandırılmışken³⁴², Delaware ve onu takip eden eyaletlerde esas sözleşmenin, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran bir hüküm ihtiva edebileceği belirtilmiştir³⁴³. Bazı eyaletlerde ise, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulacağı haller önemli ölçüde daraltılmıştır. Örneğin, Ohio’da otomatik olarak devreye giren sınırlamaya nazaran, yönetim kurulu üyeleri, ancak şirkete zarar vermek kastıyla, icrai veya ihmali bir harekette bulundukları, yahut şirket menfaatlerine karşı şuurî bir ihmal sergiledikleri hallerde sorumlu olurlar. Bu sınırlamanın yanısıra, yönetim kurulu üyelerinin tazminata mahkum edilmeleri, *açık ve ikna edici* delillerin mevcudiyetine bağlanmıştır³⁴⁴.

Özen borcundan doğan hukuki sorumluluk, bazı eyaletlerde münhasıran parasal

³⁴² Virginia Stock Corporation Act, m. 13.1-692.1 (A) hükmüne nazaran, yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin şirkete ve pay sahiplerine karşı özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, zarar olayı başına, 100.000 \$ veya son 12 ay içinde şirketten elde ettikleri nakit karşılıkların toplamı ile sınırlandırılmıştır. Bu açıdan, son 12 ay içinde elde edilen nakit karşılıklar 100.000\$’ı geçiyorsa bu miktar; geçmiyorsa 100.000 \$, yöneticilerden zarar olayı başına talep edebilecek azami tazminat miktarını teşkil etmektedir. Öte yandan, esas sözleşmede yapılacak değişiklik ile daha düşük bir sorumluluk sınırı öngörülebileceği gibi; sorumluluğun tamamen kaldırılması dahi mümkündür. Söz konusu yasanın açık hükmü gereği, esas sözleşme ile daha düşük bir sorumluluk sınırı getirilmesi veya sorumluluğun tamamen izalesi mümkün ise de; sorumluluk sınırını yükselten değişikliklerin muteber olup olmadığını tartışma konusu olmuştur. Bkz. **GELB**, s. 29; **HAZEN** s. 173; **DeMOTT**, s. 317.

³⁴³ DGCL, §. 102 (b)(7)

³⁴⁴ Ohio General Corporation Law, m. 1701.59 (D)

talepler itibariyle sınırlanmaktadır³⁴⁵. Bazı eyaletlerde ise, talebin konusuna göre bir ayırım yapılmaksızın, genel olarak sınırlanmaktadır. Bu açıdan söz konusu eyaletlerde davacılar, parasal olmayan taleplerinde dahi yöneticilerin özen borcuna istinat edememektedirler.

Sadakat borcundan doğan hukuki sorumluluğun sınırlanması, kural olarak mümkün değildir³⁴⁶. Bu husus, bazı eyaletlerde, sadakat borcu açıkça zikredilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bazı eyaletlerde ise, sadakat borcuna aykırılık teşkil eden muayyen fiiller, teker teker zikredilmek suretiyle düzenlenmiştir. Genel olarak, yöneticilerin şirkete kasten zarar verdikleri; kötüniyetle hareket ettikleri; gerçeğe uygun olmayan temettü dağıttıkları; uygunsuz menfaat temin ettikleri; şirket menfaatlerine karşı şüuri bir ihmâl sergiledikleri hallerde, sınırlı sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

4) Sorumluluk Sınırlarının Hüküm İfade Ettiği Kişiler

Özen borcundan doğan sorumluluk, eyaletlerin büyük çoğunluğunda, yalnızca şirkete ve pay sahiplerine karşı sınırlanabilmektedir. Ancak, bazı eyaletlerde sorumluluk sınırlamaları, üçüncü şahıslara ve bu arada alacaklılara karşı dahi hüküm ifade

³⁴⁵ Dolayısıyla, parasal olmayan talepler bakımından, sorumluluk sınırlaması ileri sürülememektedir. Bu hususta bkz. **GELB** Harvey, “Director Due Care Liability: An Assessment of the New Statutes”, Temple Law Review, V. 61, I. 1, 1988, s. 32; **VEASEY** Norman/**FINKELSTEIN** Jesse/**BIGLER** Stephan, “Delaware Support Directors with a Three Legged Stool of Limited Liability, Indemnification and Insurance”, The Business Lawyer, V.42, I.2, 1987, s. 403; **STEINBERG**, s. 921

³⁴⁶ Karş. **HAZEN** Thomas, “Corporate Directors Accountability: The Race to the Bottom the Second Lap”, North Carolina Law Review, V. 66, I.1, 1987, s. 173; **STEINBERG**, s. 921

etmektedir. Örneğin Indiana, Florida, South Dakota ve North Carolina eyaletlerinde, sorumluluğu sınırlayan kanuni düzenlemeler, üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade etmektedir³⁴⁷.

Sorumluluğun, sadece pay sahiplerine ve şirkete karşı sınırlanmasının kabul edildiği eyaletlerde, pay sahipleri tarafından yöneltilen taleplerin, doğrudan veya dolaylı nitelikte olması bakımından bir ayrım gözetilmemiştir. Bu açıdan, pay sahiplerinin doğrudan doğruya zararlarına dayanan davalarda da; şirketin zararına dayanan ve hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açılan davalarda da uygulanırlar. Ancak California’da sorumluluk sınırlamasının, sadece şirket tarafından veya şirket adına açılan davaları kapsadığı, açıkça düzenlenmiştir³⁴⁸. Bu açıdan, söz konusu eyalette sorumluluk sınırlaması, pay sahiplerinin, doğrudan doğruya uğradıkları zararlara dayanarak, münferiden yahut sınıf halinde açtıkları sorumluluk davalarını kapsamamaktadır. Buna karşın pay sahiplerinin, hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açtıkları sorumluluk davalarında (*derivative suit*), sorumluluk sınırlamaları uygulanır.

³⁴⁷ Bkz. **DeMOTT**, Liability, s. 302-303; **KNEPPER/BAILEY**, §16.04-05. Florida’da yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, üçüncü şahıslara karşı da sınırlanmış olmakla birlikte; sınırlı sorumluluğun kapsamı bakımından, şirket ve pay sahipleri tarafından yöneltilen talepler ile, üçüncü şahıslarca yöneltilen talepler arasında farklılık bulunmaktadır. Bu bakımdan, üçüncü şahıslara karşı sınırlı sorumluluk halleri, biraz daha dar kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Florida Business Organizations Code, m. 607.0831 (b)

³⁴⁸ California Corporation Code, §. 204 (a)(10)

D. Delaware’de ve Model Kanunlarda Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sınırlanması

1) Delaware

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun sınırlanmasında 38 eyalet, Delaware’in düzenlemesini takip etmiştir³⁴⁹. Bu itibarla, söz konusu düzenlemenin yer aldığı DGCL §.102(b)(7) hükmü, ABD’de anonim şirket yöneticilerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun sınırlanmasında fiilen model kanun olmuştur.

DGCL §. 102 (b)(7) hükmüne göre, şirket esas sözleşmesi, şirketin ve pay sahiplerinin, parasal zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerine karşı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran bir hüküm ihtiva edebilir. Ancak aşağıdaki fiil ve işlemlere karşı sorumluluğun sınırlanması mümkün değildir:

- i. Sadakat borcunu ihlal eden fiiller;
- ii. Kötüniyet veya ızzar kastı yahut hukuk kurallarının bilinçli olarak ihlalini içeren, ihmali ve icrai fiiller;
- iii. Gerçek olmayan temettü dağıtılması³⁵⁰;
- iv. Yönetim kurulu üyesinin uygunsuz bir şekilde şahsi menfaat temin ettiği işlemler

³⁴⁹ Delaware’i model alan eyaletlerin listesi için bkz. **KNEPPER/BAILEY**, Appendix B

³⁵⁰ Bkz. DGCL §. 174

DGCL, yalnızca yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun sınırlanmasına izin vermektedir. Esas sözleşme ile kabul edilen sorumluluk sınırlaması, münhasıran yönetim kurulu üyesi sıfatıyla gerçekleştirilen işlem ve tasarruflar bakımından geçerli olur. Bu itibarla, yönetim kurulu üyesinin, başka bir sıfatla gerçekleştirdiği işlem ve tasarrufları kapsamaz³⁵¹. Esas sözleşme ile getirilmesine izin verilen sınırlamanın konusu, şirketin ve pay sahiplerinin, “parasal zararlardan kaynaklanan tazminat talepleri”dir. Dolayısıyla sorumluluğun, üçüncü şahıslara karşı sınırlanması mümkün olmadığı gibi³⁵²; şirket veya pay sahiplerinin, parasal zararların tazmini dışında bir hukuki çare talep ettikleri durumlarda da, sorumluluk sınırı ileri sürülemez. Bu itibarla özen borcunun ihlali iddiasına, yönetim kurulu kararına karşı tedbir yahut iptal talebi dolayısıyla istinat edildiği durumlarda, sorumluluk sınırlaması ileri sürülemez.

Söz konusu hükümde belirtilen şartlar çerçevesinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kısmen yahut tamamen kaldırılabilir. Esas sözleşmede, yönetim kurulu için genel bir sınırlama öngörülebileceği gibi, her bir yönetim kurulu üyesi için farklı sınırlamalar da kabul edilebilir³⁵³.

2) Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)

³⁵¹ Bkz. **BAINBRIDGE**, Van Gorkom, s. 26; **MANCE**, s. 8

³⁵² Bununla birlikte, üçüncü şahsın talebi veya davası, esasen şirkete ait olan bir hakka dayanıyorsa, sorumluluk sınırının ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **RIBSTEIN** Larry/**ALCES** Kelli, “Directors’ Duties in Failing Firms, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 234, 2006, s. 17

³⁵³ **VEASEY/FINKELSTEIN/BIGLER**, s. 402

RMBCA'nın sorumluluk sınırlamasına ilişkin §.2.02 (4) hükmü, büyük ölçüde yukarıda incelenen DGCL §.102 (b)(7)'ye benzemektedir. Nitekim, RMBCA'nın söz konusu hükmüne göre de, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyelerinin parasal zararlardan kaynaklanan tazminat sorumluluğu, şirkete ve pay sahiplerine karşı sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Ancak, sorumluluk sınırlamasına konu edilemeyecek durumlar, DGCL §.102 (b)(7)'ye göre daha dar kapsamlı olarak düzenlenmiştir. RMBCA §. 2.02 (4) hükmüne göre, yönetim kurulu üyelerinin müstehak olmadıkları bir mali menfaate atfedilebilen kazançları, sorumluluk sınırlamasına konu edilemez. Bunun yanı sıra, şirkete veya pay sahiplerine kasten verilen zararlar; gerçek olmayan temettü dağıtımı³⁵⁴ ve ceza hukukuna ait kuralların kasten ihlali dolayısıyla da, sorumluluğun sınırlanması mümkün değildir.

DGCL'nin ilgili düzenlemesinden farklı olarak, RMBCA §. 2.02 (4) hükmünde, sadakat borcu açıkça zikredilmediği gibi, yönetim kurulu üyelerinin iyiniyetli olmayan hareketleri de, sorumluluk sınırlamasının geçerli olmayacağı filler arasında gösterilmemiştir. Öte yandan, DGCL'de genel olarak hukuk kurallarını şüuren ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sınırlamasından istifade edemeyeceği düzenlenmişken; RMBCA'da, sadece ceza hukukuna ait kuralların kasten ihlal edilmesi, sorumluluk sınırlamasının dışında bırakılmıştır.

3) American Law Institute (ALI) Kurumsal Yönetim İlkeleri

ALI Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde mahkemelere, şirket esas sözleşmelerinde

³⁵⁴ Bkz. RMBCA, §. 8.33

yer alan ve yönetim kurulu üyeleri veya müdürlerin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunu, şirketten elde ettikleri bir yıllık kazançlarından aşağı olmayan bir meblağ ile sınırlayan hükümlerin geçerliliğini tanımaları tavsiye edilmektedir. Şu şartla ki, ilgili yönetim kurulu üyesi veya müdür, şirketten uygunsuz bir menfaat temin etmemiş olmalıdır. Bunun yanısıra, cezai müeyyideye bağlanan bir hukuk kuralının bilinçli olarak ihlal edilmesi halinde ve özen borcunun, kasdi veya şuurî bir suretle ihlalini içeren bazı hallerde³⁵⁵ sorumluluk sınırlamasına itibar edilmemesi tavsiye edilmektedir.

³⁵⁵ Bu haller esas itibarıyla ticarî takdir kuralının uygulama şartları arasında incelendiği anlamda, yöneticilerin iyiniyetli olmadıkları durumları ifade etmektedir. Örneğin, mazur görülebilen bir sebep olmaksızın, yöneticilerin şirketi ciddi şekilde zarara uğratacağını bildikleri bir riske karşı bütünüyle kayıtsız kalmaları, bu hallerden biridir. Bkz. **KNEPPER/BAILEY** §. 16-20

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE ÖZEN BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

§ 1. GENEL OLARAK

Aşağıda yönetim kurulu üyelerinin yetki ve görevleriyle, bunlara karşılık gelen hukuki sorumluluğu ana hatlarıyla incelenmiştir. Bunun ardından, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunu dolaylı olarak sınırlandırdığını belirttiğimiz ticarî takdir kuralının, Türk hukukunda uygulanabilirliği tartışılmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin TTK hükümlerinin emredici mahiyeti üzerinde görüş birliği bulunduğu³⁵⁶, özen borcunun esas sözleşmeyle sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışmasına girilmemiştir.

³⁵⁶ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 17 ve dipnot 15 de belirtilen yazarlar; HELVACI, s. 36, 100; DOĞANAY, s.61

§ 2. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak Yönetim Kurulunun Görevleri

TTK m. 317 hükmüne göre, anonim şirketler yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunur. Yönetim kurulunun görev ve yetkileri kanundan veya sözleşmeden doğar. Yönetim kurulu için kanunda öngörülen görevler şu şekilde sıralanabilir: Yönetim görevi ve yetkisi, temsil görevi ve yetkisi, ortaklık defterlerinin tutulması (m. 66, 326, 428), genel kurul toplantılarıyla ilgili görevler (m. 365, 366, 368, 375, 376, 378, 388, 389), genel kurul kararlarının yürütülmesi (m. 336/I, 4), ortaklık hesaplarıyla ilgili görevler (m. 362), malvarlığının azalması halindeki görevleri (m. 324), sermayenin artırılması veya azaltılmasıyla ilgili görevleri, ortaklığın sona vermesi ve tasfiyesiyle ilgili görevleri (m. 441, 445, 451, 454), tescil ve ilan görevi ve tahvillerle ilgili görevleridir³⁵⁷.

Yönetim kuruluna TTK ile tanınan yetki ve görevlerin yanında SerPK ile de tanınan özel yetkiler bulunmaktadır. Klasik anonim şirketlerde genel kurulun münhasır yetkisinde bulunan sermaye artırım yetkisi, “*kayıtlı sermaye*” sistemini kabul eden anonim şirketlerde yönetim kuruluna verilmiştir. Aynı şekilde bu tür anonim şirketlerde, sözleşmeye konulacak hükümle, yönetim kuruluna imtiyazlı veya itibarî değerinin üzerinde hisse senedi çıkarma, pay sahiplerinin rüçhan haklarını sınırlandırma veya

³⁵⁷ Yönetim kurulunun görevleri hakkında geniş bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 63 vd.; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s.295

imtiyazlı hisse sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisi tanınabilir (SerPK m. 12/V). Ayrıca, TTK da genel kurula ait olan tahvil çıkarma yetkisi de bu tür ortaklıklarda ana sözleşmeye konulacak bir hükümle yönetim kuruluna bırakılabilir (SerPK m. 13/son)³⁵⁸.

Yönetim kurulunun yukarıda kısaca belirtilen yetki ve görevlerinin yanısıra, şirketin idaresinde çok geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri, gerek takdir yetkilerini kullanırken, gerekse kanunun kendisine yüklediği diğer görevleri yerine getirirken özen ve sadakat borçları çerçevesinde hareket etmek durumundadırlar.

II. Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluk Rejiminin Temel Özellikleri

Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk rejimi, kusurlu sorumluluk ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin şirkete izafesi ilkesi, bireysel sorumluluk ilkesi, müteselsil sorumluluk ilkesi ve akdi sorumluluk ilkesi çerçevesinde şekillenmektedir.

A. Kusurlu Sorumluluk İlkesi

TTK yönetim kurulu üyeleri için kusurlu sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için kendilerine kusurlu bir hareketin izafe edilebilmesi şarttır³⁵⁹. Bu açıdan şirketin zarara uğraması yönetim

³⁵⁸ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s.296.

³⁵⁹ Y. 11. H.D, E. 1974/3677, K. 1974/3733 : “*Davalıların yönetim kurulu başkanı ve üyesi olarak sorumluluğuna gelince, bu sorumluluğun Türk Ticaret Kanunu’nun 336. maddesinin 5. fıkrası gereğince, görevin infazında kasıt veya ihmâl sonucu olarak yükümlülüklerine aykırı*

kurulu üyelerini sorumlu tutmak için yeterli değildir.

TTK'nun A.Ş yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinin çoğunda açıkça kusur aranmaktadır (TTK m. 308, 336/b. 5, 338, 339, 346). TTK'nun yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk rejiminde kusur sorumluluğu ilkesini kabul ettiğinin en açık göstergelerinden biri, kanunun ve esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun, kast veya ihmallerinin mevcudiyetine bağlanmış olmasıdır (m. 336/b. 5)³⁶⁰. Bunun yanı sıra, TTK m. 338'de öngörülen kusursuzluk beyyinesi de, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğunun açık bir göstergesini teşkil etmektedir³⁶¹.

Yönetim kurulu üyeleri, kusurlarının her derecesinden sorumlu tutulmuşlardır³⁶².

davranıp davranmamış olmalarına göre tayini iktiza eder.”

³⁶⁰ 336. maddenin 5. bendinde, “kusur”dan söz edilmesi, ilk dört halin “kusursuz sorumluluk” oluşturduğu yönünde tereddütler uyandırmıştır. Ancak bu konudaki hakim görüş, 336. maddenin ilk dört bendindeki hallerde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun, kusurdan doğan bir sorumluluk olduğu yönündedir Bkz. **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 15; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 38, 51; **İMREGÜN**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 245; **ERİŞ** Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, B. 2, Ankara 1992, s. 970; **KIRCA**, s. 87; **KERVANKIRAN** Emrullah, “Alman Hukukunda Business Judgement Rule’un Kodifikasyonu: Türk ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 34. Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Y. 11. HD., E. 9543, K. 4039, T. 27.02.1990.

³⁶¹ **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 39; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 34

³⁶² ABD’de yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen eyalet kanunlarında kusurun derecesi açısından bir ayırım yapılmamakla birlikte, içtihat hukukunda yönetim kurulu

Bu açıdan yönetim kurulu üyesinin kusurunun kast, ağır ihmal veya hafif ihmal teşkil etmesi, dış ilişki yönünden önem taşımamakta olup, ancak iç ilişkide üyelerin birbirlerine rücu hakları bakımından dikkate alınır.

Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıkları, onların şirket işlerini görürken özen borcunu yerine getirip getirmemelerine göre tayin edilir³⁶³. Daha önce incelendiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu, TTK m. 320'de yollamalardan oluşan bir sistem içinde düzenlenmiştir. Doktrin ve uygulama bu hususta objektif bir özen derecesini esas almaktadır. Bu bağlamda, kanunun kendilerine yüklediği özen borcunu yerine getiren üyelerin, şirketi zarara uğratan bir işlem dolayısıyla sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Ancak kanunun, sorumluluğun doğumunu sadakat borcunun ihlaline bağladığı hallerde³⁶⁴, sadakat borcunu ihlal eden üyelerin, ayrıca özen borcunu da ihlal edip etmediklerine bakılmaz.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmaları için kusurlu bulunmaları gerekmektedir birlike, TTK, üyeler aleyhine kusur karinesi getirmiştir (m.338)³⁶⁵.

üyelerinin hukuken sorumlu tutulabilmeleri, gerek ticari takdirler, gerekse gözetim yükümlülüğü çerçevesinde ağır ihmallerinin (*gross negligence*) mevcudiyetine bağlanmıştır. Bu itibarla ABD'de özen borcunun hafif ihmal suretiyle ihlali, kural olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmamakta; hatta dava dilekçesinin, somut olgulara istinatla, yönetim kurulu üyelerinin ağır ihmalleri bulunduğu hususunda makul bir şüphe uyandıramadığı durumlarda davanın esasına girilmemektedir.

³⁶³ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 66; AKDAĞ GÜNEY, s. 63

³⁶⁴ Örneğin TTK m. 332, 334, 335, 363/II hükümlerinde düzenlenen sorumluluk hallerinde durum böyledir.

³⁶⁵ ABD hukukunda ticari takdir kuralının uygulama alanına giren durumlarda söz konusu kural,

Dolayısıyla, şirketin zarara uğradığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin kusurlu oldukları karine olarak kabul edilir ve davalı üyeler, kusursuz olduklarını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamazlar³⁶⁶. TTK m. 338'in kusursuzluğun ispatına

aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluğu yönünde bir karine de teşkil etmektedir. Öte yandan, ticari takdir kuralının uygulama alanına girmeyen durumlarda dahi (örneğin gözetim yükümlülüğünün ihlali iddialarında), yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduklarını ispat etmek, prensip itibarıyla davacının yükümlülüğündedir. Bkz. RMBCA §. 8.31 (a) ve alt bentleri, §. 8.33 (a). ABD'de eyalet kanunlarında, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde genel bir kusur karinesi getiren bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bazı eyaletlerde uygunsuz temettü dağıtımı, şirketin usulsüz olarak kredi veya kefalet vermesi gibi işlemlerin onaylanmasıyla sınırlı olarak, yönetim kurulu üyelerine TTK m. 338'de düzenlenenlere benzeyen yükümlülükler getiren hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin. N.Y Bus. Corp.Law. § 719 (a) hükmünde, dört bent halinde zikredilen usulsüz işlemleri onaylayan yönetim kurulu üyelerinin, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu oldukları (Esasen sorumluluk şirkete karşı olmakla birlikte, pay sahipleri ve alacaklılar, davayı hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açabilirler. Ancak Türk hukukunda kabul edildiğinin aksine, ABD'de pay sahiplerinin ve alacaklıların dolayısıyla zararlarına dayanan dava hakları bağımsız mahiyette olmadığından, bu hakkın kullanılması Federal Usul Kanunu'nda düzenlenen önemli sınırlamalara tabidir. Öte yandan ABD'de alacaklılar, kural olarak şirketin iflasından, yahut iflasın kaçınılmaz hale gelmesinden evvel, üyeler aleyhinde bu tür davaları ikame etmek imkanını haiz değildirler.) öngörüldükten sonra, söz konusu usulsüz işlemlerin onaylandığı yönetim kurulu toplantılarına katılan üyelerin, muhalefetlerini kayda geçirmedikleri sürece, bu işlemlere muvafakat ettiklerinin kabul edileceği öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme DGCL §. 174 (a) hükmünde de yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki anılan düzenlemeler, “kanun veya esas sözleşmeyle yüklenen sair görevlerin yerine getirilmemesi” gibi, akla gelebilecek bütün sorumluluk hallerini içine alan genel bir sorumluluk sebebinin içermediğinden, kapsamı TTK m. 338'e göre fevkalade dardır.

³⁶⁶ Y. 11. HD, E.2005/834, K. 2006/8210 : “...Kural olarak, yönetim kurulu üyeleri şirket adına yaptıkları işlemlerden dolayı kişisel olarak sorumlu tutulmazlar, ancak, TTK.nun 336 ncı maddesinde belirtilen hallerde ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına

yönelik olarak koyduğu ölçüte nazaran, kusur karinesinin çürütülmesi için yönetim kurulu üyesinin, söz konusu karara menfi oy vermiş ve bunu müzakere zaptına geçirmiş olması, ayrıca durumdan denetçileri yazılı olarak haberdar etmiş olması gerekir³⁶⁷. Bunun yanı sıra, mazeretini bildirerek toplantıya katılmayan üye bakımından da, kusur karinesinin işlemeyeceği öngörülmüştür. Ancak TTK m. 338 hükmünün sınırlayıcı olmadığı, kusursuzluğun genel hükümlere göre de ispat edilebileceği kabul edilmektedir³⁶⁸. Maddede yer alan “hususiyile” ifadesi de bu görüşü desteklemektedir.

TTK Tasarısı’nda da, kusurlu sorumluluk prensibi kabul edilmiştir³⁶⁹. Nitekim

karşı kusursuz olduklarını ispat etmedikçe müteselsilen sorumlu olurlar. Yani yönetim kurulu üyelerinin görevlerini ifaları sırasında bir zarar oluşmuşsa, bu zararın üyelerin kusurlu eylemi sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir. Başka bir deyişle, Türk Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için kusur esasına dayanan bir sorumluluk öngörmüş ve yönetim kurulu üyeleri aleyhine kusur karinesi kabul etmiştir.”

³⁶⁷ Kusur karinesinin, yalnızca TTK m. 336 ve 337’de düzenlenen müteselsil sorumluluk hallerini mi kapsadığı, yoksa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna uygulanacak genel bir sistemi mi ifade ettiği tartışılmıştır. **ÇAMOĞLU** (Sorumluluk, s. 19), söz konusu karinenin, 336 ve 337. maddeler dışındaki sorumluluk halleri için geçerli olmadığını savunmaktadır. Buna karşın TTK m. 336/5 hükmünde düzenlenen genel sorumluluk sebebinin kapsamı dışında kalan bir sorumluluk hali bulunamayacağından bahisle, kusur karinesinin, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun etkili bir şekilde uygulanabilmesi için bir sistem olarak benimsendiği, haklı olarak savunulmaktadır. (**HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 41).

³⁶⁸ **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 19; **GÜNEY AKDAĞ**, s. 187

³⁶⁹ Tasarı’nın 361. maddesinde, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zararlardan dolayı isteğe bağlı zarar sigortası yaptırabilme imkânına yer verilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sigortası için bkz. **KUBİLAY**, Huriye, Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 537-561; **TEKİL**, Müge, “Anonim

Tasarı'nın m. 553/I hükmüne göre, “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.*” Görüldüğü üzere Tasarı, kusurlu sorumluluk ilkesini kabul ettiği gibi, kusur karinesini de muhafaza etmektedir³⁷⁰.

B. Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Şirkete İzafesi İlkesi

Anonim şirketin yürütme organı olan yönetim kurulu, usulüne uygun olarak toplanıp alacağı kararlarla şirket iradesini oluşturur. Bu iradeyi, yetkili kılacağı temsilciler aracılığı ile üçüncü kişilere yöneltir. Yönetim kurulunun aldığı kararlara dayanılarak üçüncü kişilerle şirket adına girişilen iş ve işlemlerden, yapılan sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükler anonim şirketin bizzat kendisini bağlar. Bu

Ortalık Yöneticileri ile Denetçileri için Sorumluluk Sigortası”, Prof. Dr.Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 116-144

³⁷⁰ Tasarı'nın ilk metninde, söz konusu düzenleme, “*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.*” hükmünü içermekte ve kusur karinesine yer vermemekteydi. Tasarı, üyeler aleyhinde bir kusur karinesine yer vermediği gibi, özen ve sadakat borçlarının düzenlendiği 369. maddesinde kusur karinesini tersine çevrilmiş ve özen borcunun yerine getirildiği karine olarak kabul edilmişti. Bir diğer ifadeyle, üyelerin kusurlu olduğunu iddia eden taraf, bu iddialarını ispatla yükümlü kılınmıştı. Ancak Tasarı'nın A.Ş yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejimindeki çağdaş gelişmelerle uyumlu bu düzenlemesi, Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metinden talihsiz bir şekilde çıkarılmış ve yerine yürürlükteki TTK'nun kusur karinesi sistemi kabul edilmiştir.

iş ve işlemler için karar alan yönetim kurulu üyeleri, bu sözleşmeleri şirket adına üçüncü kişilerle yapan temsilciler bunlardan dolayı bizzat üçüncü kişilere karşı sorumlu olmazlar. Gerçekten de, TTK. m. 336'ya göre, “idare meclisi azaları, şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı şahsen mes’ul olmazlar”.

Yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatla gerçekleştirdikleri bütün işlem ve fiiller şirkete izafe edilir. Yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin şirkete izafesi prensibi, hukuka aykırı fiiller bakımından da geçerli olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatla yönetim ve temsil görevini ifa ettikleri sırada, üçüncü kişilere karşı işledikleri haksız fiillerden şirket sorumlu olur³⁷¹.

C. Bireysel Sorumluluk İlkesi

Yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektiren hallerde, bu sorumluluk kurulun tamamına yönelik olmayıp, bireysel olarak düzenlendiğinden, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, bireysel mahiyette bir sorumluluktur. Bir diğer ifadeyle kurulun organ olarak sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu bağlamda yönetim kuruluna kurul olarak yüklenen görevler bakımından da sorumluluk münferiden üyelere aittir. Bireysel sorumluluk ilkesi çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri, sırf bu sıfatı taşımaları itibariyle kusurlu olup olmadıklarından bağımsız olarak sorumlu tutulamazlar. Her bir üye ancak kendi kusurlu fiilinden dolayı sorumlu tutulabilir. Aşağıda incelenen müteselsil sorumluluk ilkesi, ancak kusurlu üyeler bakımından geçerli olduğundan, söz konusu ilke

³⁷¹ İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 255-277, buradan s. 262.

de sorumluluğun bireysel niteliğini deęiřtirmemektedir³⁷².

D. Mütelsil Sorumluluk İlkesi

1) Kural

TTK m. 336 ile, yönetim kurulu üyeleri için kural olarak mütelsil sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir³⁷³. Bu çerçevede yönetim kuruluna, kurul olarak verilmiş

³⁷² ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 30; AKDAĞ GÜNEY, s. 37

³⁷³ ABD özel hukukunda, gerek federal kanunlarda, gerekse eyalet kanunlarında yapılan değişikler çerçevesinde, mütelsil sorumluluk ilkesinin genel olarak mütetadiyyen terk edildiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de söz konusu ülkede, mütelsil sorumluluk prensibinin (*joint and several liability / solidary liability*) yerini, aynı zarara sebebiyet veren birden çok kişinin ancak kusurları oranında sorumlu tutulmasını öngören “farklılaştırılmış teselsül” (*proportionate liability*) ilkesi almaktadır. American Tort Reform Association (ATRA / Haksız fiil hukukunun reforma tabi tutulmasına yönelik çalışmalar yapan bir sivil toplum kuruluşu)’ın raporuna göre, 80’li yılların ortalarında başlayan yasal reformlar çerçevesinde, ABD’de 32 eyalette farklılaştırılmış teselsül ilkesinin muhtelif türleri kabul edilmiştir. Indiana, Alabama, Kansas ve Okhaloma eyaletlerinde ise mütelsil sorumluluk hiç uygulanmamıştır. Yasal değişiklikler çerçevesinde Alaska, Louisiana, Utah, Vermont ve Wyoming eyaletlerinde mütelsil sorumluluk ilkesi tamamen terk edilmiştir. Bununla birlikte, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabulüne ilişkin yasal değişiklik yapan 32 eyaletin tamamında söz konusu ilke mutlak bir şekilde uygulanmamaktadır. Bazı eyaletlerde farklılaştırılmış teselsül ilkesi, sadece gayri maddi zararlarla sınırlı olarak uygulanmaktadır. Örneğin California ve Ohio’da durum böyledir. Bazı eyaletlerde ise, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanabilmesi, davalının kusurunun kanunen tayin edilen bir oranın altında olması şartına bağlanmıştır. Örneğin Texas’da bu oran %51’in altı olarak öngörölmüşken, New Jersey’de %60, New York’da ise %50 ve altı olarak düzenlenmiştir. South Dakota eyaletinde ise, aynı zarara sebebiyet veren birden çok kişinin sorumluluğu, bu kişiler %50’nin altında kusurlu olmak şartıyla, şahsen verdikleri zararın iki katıyla sınırlanmıştır. Öte yandan Çevreye verilen zararlardan doğan sorumluluk bakımından mütelsil sorumluluk ilkesinin birçok eyalette muhafaza edildiği görölmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.atra.org/show/7345>. A.Ş hukuku alanındaki özel düzenlemelere gelince,

görevlerin ihlali sebebiyle doğan zararlardan dolayı, üyeler müteselsilen sorumlu

ABD’de yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen eyalet kanunlarında, müteselsil sorumluluğun prensip itibariyle benimsenmediği görülmektedir. Örneğin RMBCA’da yönetim kurulu üyeleri, daima münfediren-şahsen sorumlu tutulmuş olup, üyeler arasında müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın bazı eyaletlerde, kanunların sınırlayıcı olarak düzenlediği belli başlı hallerde, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun müteselsil olduğu açıkça öngörülmüştür. Bu istisnai düzenlemeler, gerçeğe uygun olmayan temettü dağıtımı, şirketin kendi hisselerini usulsüz olarak satın alması, şirketin usulsüz olarak garanti veya kefalet altına sokulması gibi işlemlere ilişkin olmaktadır. Bkz. DGCL § 170 (a); N.Y. Bus. Corp. Law §. 719 (a); Cal. Corp. Code §. 316 (a). ABD’de müteselsil sorumluluğun yerini büyük ölçüde farklılaştırılmış teselsül ilkesine bıraktığı çok önemli bir diğer alan da, yönetim kurulu üyelerinin (ihraççılar, bağımsız denetim kuruluşları ve sorumlulukları düzenlenen diğer kişilerle birlikte), federal sermaye piyasası mevzuatından doğan sorumluluklarıdır. Gerçekten de, 1995 yılında kabul edilen Private Securities Litigation Reform Act ile, Securities Exchange Act’e eklenen 21 D maddesiyle [U.S.C. §. 78u-4(f)(2)(B)(i)], bu kanundan doğan sorumluluklarda müteselsil sorumluluk ilkesi, yerini kural olarak farklılaştırılmış teselsüle bırakmıştır. Securities Act’in, izahnamede yer alan bilgilerin gerçeği yansıtmamasından doğan sorumluluğu düzenleyen §.11 hükmü için ise [§. 11’e eklenen (f) 2 bendiyle], farklılaştırılmış teselsül, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri (*outside director*) ile sınırlı olarak kabul edilmiştir [U.S.C. §. 77k(f)(2)(A)]. Her iki halde de farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması, sermaye piyasası mevzuatının kasden ihlal edilmemiş olması şartına bağlanmıştır. Bunun yanısıra, davacının müstehak olduğu tazminat miktarı, onun net malvarlığının %10’unu aşarsa, bu malvarlığı 200.000\$’ın altında olmak şartıyla, davalıların müteselsilen sorumlu olmaları öngörülmüştür. Son olarak, şayet davalılardan biri, acz sebebiyle zararın kendi payına düşen kısmını ödemeyemiyorsa, diğer davalılar, zararın kendi kusurlarına atfedilen kısmına göre sorumlu oldukları tazminat miktarının %50’sini aşmamak üzere, bu açığı kapatmak durumundadırlar. PSLRA’nın federal sermaye piyasası mevzuatından doğan dava haklarını tahdit eden diğer hükümleri hakkında geniş bilgi için bkz. **CUMMINGS**, André Douglas Pond, ‘“Ain’t No Glory In Pain’: How the 1994 Republican Revolution and the Private Securities Litigation Reform Act Contributed to the Collapse of the United States Capital Markets.”, Nebraska Law Review, V.83, I. 1, s. 979-1072

kılınmışlardır. Üyeler için tam teselsül öngörüldüğünden, davacı, sorumlu üyelerin kusurlarının derecesine bakmaksızın tazminatın tamamını birinden veya hepsinden talep edebilir³⁷⁴. Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak, yönetim kurulu üyeleri dış ilişkide şahsi indirim sebeplerini ileri süremezler. Üyelerin kusurlarının ağırlığı, yalnızca iç ilişkide rücu hakkının kapsamı bakımından dikkate alınır.

2) Müteselsil Sorumluluk Halleri

Yönetim kurulu üyelerinin genel sorumluluk halleri TTK m. 336'da düzenlenmiştir. Söz konusu maddede beş bent olarak düzenlenen sorumluluk sebeplerinin tamamı, kural olarak müteselsil sorumluluk halleridir³⁷⁵. TTK m. 340'ın,

³⁷⁴ **ÇAMOĞLU**, Sorumluluk, s. 21; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 34; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 186. Doğanay'a göre, ilk bakışta, önceden birbirini tanımayan ve daha doğrusu seçimde en ufak bir etki ve reyi olmayan kimseler arasında müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli olması, gayri adil ve hukuk mantığı ile bağdaşması mümkün olmayan bir düşünüş şekli olarak kabul etmek isteyenler olabilir. Ancak, genellikle yönetim kurulu üyeleri, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre daha çok "kurul" olarak çalışmak zorunda oldukları için "kurul" halinde görev yapmanın normal bir sonucu olarak da anonim şirket hükmî şahsiyetinin, pay sahiplerinin ve alacaklıların, uğradıkları zararın kimin tarafından irâs edildiğini araştırmak zorunluluğunda kalmadan kurulu oluşturan üyelerin tümüne müracaat edebilme olanağı getirilmesi, sistemin bünyesine daha uygun bir durumdur. Bkz. a.g.m, s. 60. Aynı yönde, **ÇAMOĞLU**, s. 22; **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 36. Ancak yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluğun, sorumluluk sisteminin bünyesine uygun mu olduğu, yoksa gayri adilane bir prensip mi olduğu hususu tartışmalı olup, gerek Kıta Avrupası'nda gerekse Anglo Amerikan sisteminde, üyelerin müteselsil sorumluluğunu önemli oranda yumuşatan yahut kaldıran düzenlemeler yapılmaktadır. İsviçre, ABD, Avusturalya fiilen bu değişiklikleri gerçekleştirmiş ülkeler arasında zikredilebilir. TTK Tasarısı'da yukarıda açıklanan görüşü reddetmekte ve farklılaştırılmış teselsül ilkesini getirmektedir.

³⁷⁵ TTK'da, m. 336 dışında da, yönetim kurulu üyelerinin kural olarak müteselsilen

309. maddeye yaptığı yaptığı yollama çerçevesinde, bu hallerde pay sahiplerine ve alacaklılara, şirketin gördüğü zararın sonucu olarak dolaylı surette maruz kaldıkları zararlar sebebiyle, hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere dava açma yetkisi tanınmıştır. TTK m. 336'da düzenlenen müteselsil sorumluluk halleri şunlardır :

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

TTK m. 336'nın ilk bendinde düzenlenen sorumluluk sebebinin kapsamı üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Çamoğlu'na göre, burada daha ziyade, yönetim kurulu üyeleri ile bir pay sahibi arasındaki anlaşma sonucunda pay bedelinin tamamen veya kısmen ödenmiş gösterilmesi, sorumluluk sebebi sayılmıştır. Bu çerçevede pay bedeli eksik gösterilen pay sahibi ile bu fiile iştirak eden yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olurlar. Bununla birlikte, bu fiilde yalnızca ihmali bulunan yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi, meydana gelen zararın ilgili pay sahiplerinden tahsil edilememesi şartına bağlıdır³⁷⁶. Helvacı'ya göre ise, sorumluluğun doğumu bakımından, yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasında bir anlaşmanın bulunması gerekmemekte olup, üyelerin ihmalleri sebebiyle bu durumun gerçekleşmiş olması halinde de sorumluluk söz konusu olacaktır³⁷⁷. Öte yandan Helvacı'ya göre, yönetim kurulu üyelerinin, TTK m. 407-408 hükümleri çerçevesinde sermaye

sorumluluğunu doğuran muhtelif hükümler bulunmaktadır (TTK m. 308, 337, 346, 392, 433, 451/3). Öte yandan TTK dışındaki kanunlarda da üyeler arasında müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü sorumluluk sebepleri bulunmaktadır. Örneğin bkz. SerPK. m. 15/son

³⁷⁶ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 45

³⁷⁷ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 53

ödemelerini yerine getirmeyen pay sahipleri aleyhinde ıskat usulünü başlatmamaları ve bu usulün gereği olan ticari faizi talep etmemeleri hali dahi, bu bendin düzenlediği sorumluluğun kapsamındadır³⁷⁸.

b) Dağıtılan ve ödenen kar paylarının hakiki olmaması

Yıllık bilançoya göre tespit edilen kâr üzerinde tasarruf yetkisi genel kurulda olup, bu kârın genel kurul kararıyla dağıtılmasına karar verilmesiyle birlikte, kâr payı, alacaklılar bakımından adi bir talep haline gelir³⁷⁹. Anonim şirkette kâr, ancak safi kazançtan veya olağanüstü yedek akçelerden dağıtılabılır (TTK m. 470). Bu bağlamda, şirket kâr elde etmediği halde kasten veya ihmalen kâr etmiş gösterilmesi veya genel kurul kararı bulunmaksızın kâr payı dağıtılması halinde yahut kâr payı karşılığı avans verilmesi durumunda yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar³⁸⁰.

TTK, haksız yere ve kötü niyetle kâr payı alan pay sahiplerini iade ile yükümlü kılmakla birlikte (m. 473), iadenin, gerçek olmayan kâr payı dağıtımı sebebiyle doğan zararı telafi etmediği durumlar için yönetim kurulu üyelerini de ayrıca sorumlu tutmuştur. Bu itibarla fazladan ödenen kâr payının, 473. maddeye göre iadesi mümkün olmadığı, yahut iade edilse dahi doğan zararı karşılamadığı hallerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan dağıtılmasına karar verilen ve ödenen kar payının, dağıtılması

³⁷⁸ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 53

³⁷⁹ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 45

³⁸⁰ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 46

gereken kar payından az olması hali de, maddede düzenlenen sorumluluğun kapsamındadır³⁸¹.

c) Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız surette tutulması

Defter tutmak, yönetim kurulu üyelerine devredilemez bir görev olarak yüklenmiş olup³⁸², anonim şirketin tacir sıfatıyla tutmakla yükümlü olduğu defterlerin mevcut olmaması yahut bunların intizamsız surette (kanuna aykırı olarak) tutulmasından dolayı, yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Anonim şirket, TTK m. 66'da düzenlenen defterleri tutmakla yükümlüdür. Bunun yanısıra, TTK m. 1465'de düzenlenen, işletmenin hacim ve öneminin gerekli kıldığı beyana tabi defterler ile,

³⁸¹ **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 55

³⁸² Helvacı, yönetim kurulu üyelerinin, özel beceri isteyen defter tutma görevini bizzat yürütmelerine fiilen imkan bulunmadığını belirterek, mer'i kanunun defter tutmayı üyelere devredilemez bir görev olarak yüklemesini eleştirmektedir. Yazara göre, üyelere bu kapsamda yüklenen sorumluluk, defterleri tutacak kişilerin seçiminde özen göstermek ve bunlara nezaret etmekle sınırlı olmalıdır. Bkz. Yönetim Kurulu, s. 57-58. TTK Tasarısı'nda bu husus açıkça düzenlenmiştir. Tasarı'nın yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini düzenleyen 375. maddesinin (c) bendinde, yönetim kurulunun bu kapsamdaki görevleri, "*Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal plânlama için gerekli düzenin kurulması*" olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesine göre de, "...düzenin kurulması sözcüğünden de anlaşıldığı üzere, devredilmez olan, düzenin kurulması görevidir; yoksa muhasebenin tutulması devredilebilir ve yönetimin devri hallerinde bu husus açıkça ifade edilir." Aynı şekilde Tasarı'nın ticari defterleri düzenleyen m. 67/I hükmünün gerekçesine göre de, "*Defter tutulması, yani fiilen kayıtların işlenmesi kişiye bağlı bir görev ve yetki olmadığı için kayıtların bizzat sorumlular tarafından yapılması defterlerin sorumlularca bizzat tutulması anlamına gelmez....*"

kanunun, anonim şirketlere mahsusen düzenlediği defterleri de tutmakla yükümlüdür. Defterlerin içeriğini oluşturan ve TTK m. 66/II doğrultusunda saklanması gereken belgelerin de, bu kapsamda yer aldığı kabul edilmektedir³⁸³.

Ticari defterlerin eksik veya kanuna aykırı olarak tutulması anonim şirketi, ticari defterlerini delil olarak kullanma imkanından bırakır³⁸⁴. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu ticari defterlerin eksik yahut kanuna aykırı surette tutulmasını, yönetim kurulu üyeleri için bir sorumluluk sebebi olarak düzenlemiştir³⁸⁵. Nitekim, TTK m. 82/III hükmüne göre, *“bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesi şarttır; aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar.”* TTK m. 85’de ise, *“kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur “* ifadesiyle, kanuna aykırı olarak tutulan yahut birbirini teyit etmeyen defterlerin, sahibi lehine delil kuvveti taşımayacağı öngörülmüştür

d) Umumi heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi

Genel kurul tarafından alınan kararların yerine getirilmesi, yönetim kuruluna yüklenen bir görevdir. Genel kurul kararların sebepsiz olarak, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi yönetim kurulu üyelerini şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu kılar. TTK m. 336 b. 4 hükmünün açık ifadesi gereği, genel

³⁸³ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 46; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 56

³⁸⁴ Bu hususta bkz. ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, s. 337 v.d

³⁸⁵ Çamoğlu, TTK m. 67/II hükmünden hareketle, burada bir kusursuz sorumluluk hali bulunduğunu savunmaktadır (Sorumluluk, s. 50). Buna karşın Helvacı, kusur sorumluluğu ilkesinin, defterlerin eksik yahut kanuna aykırı olarak tutulmasından doğan sorumluluk bakımından da geçerli olduğu kanaatindedir (Yönetim Kurulu, s. 57) Aynı yönde bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 34

kurul kararının yerine getirilmemesi için bir sebep bulunduğu hallerde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu edilemeyecektir. Anılan hükümde belirtilen sebep teriminin kapsamına herşeyden evvel, kararın uygulanmasına engel olan olağanüstü haller ve mücbir sebeplerle, uygulamanın hukuki veya maddi yönden imkansız bulunduğu haller girer³⁸⁶. Bunun yanısıra, genel kurul kararının şeklen yahut maddeten sakatlık taşıdığı haller de, sebep terimine dahildir. Bu itibarla, toplantı ve karar alma nisaplarına riayet edilmeksizin alınan veya içerik itibariyle ahlaka, kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olan yahut TTK m. 381' e göre iptali mümkün olan kararların uygulanmaması yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğurmaz.

Şekli yahut maddi bakımdan sakatlık taşıyan kararların uygulanmaması yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğurmaz. Öte yandan, açıkça sakat olan bir genel kurul kararını uygulayan yönetim kurulu üyelerinin, duruma göre özen ve/veya sadakat borçlarına aykırılık sebebiyle sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Hatta Çamoğlu, şirket menfaatlerine uygun olmakla birlikte, alındığı koşullar altında en doğru kararı teşkil etmeyen bir genel kurul kararının uygulanmasının dahi, özen ve sadakat borçları çerçevesinde sorumluluk doğuracağını savunmaktadır³⁸⁷. Bu görüş iki açıdan tereddüt uyandırmaktadır. Öncelikle, yazara göre genel kurul, anonim şirketin üst yönetim organı olup, yetkisine giren konulara ilişkin olarak üst organ sıfatıyla, yönetim kuruluna vereceği talimatlar bağlayıcı nitelik taşır³⁸⁸. Yönetim kurulu, genel kurulun

³⁸⁶ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 59

³⁸⁷ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 52

³⁸⁸ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s.

altında yer alan ve onun talimatlarıyla bağı bir organ ise, genel kurulun şeklen ve maddeden sıhhatli olduğı gibi, şirket menfaatleriyle de örtüşen kararlarını uygulayıp uygulamamak noktasında bu derece geniş bir takdir yetkisine sahip bulunmaması gerekir. İkinci olarak, şayet yönetim kurulu, genel kurulun söz konusu kararlarını uygulayıp uygulamamak konusunda bu derece geniş bir takdir yetkisine sahip ise, bu yetkinin iyiniyetle kullanılması sorumluluk doğurmamalıdır. Bir diğ er ifadeyle, yönetim kurulunun, şirket menfaatleriyle uyumlu olan böyle bir kararı uygulamak hususundaki takdiri, başkaca bir sebep olmadıkça (kararın uygulanmasında şahsi menfaati bulunan üyelerin, genel kurulu bu hususta yönlendirmiş olmaları gibi), üyelerin sorumluluğ una yol açmamalıdır.

e) Gerek kanunun gerekse esas mukavelelerinin kendilerine yüklediğı sair vazifelerin kasden veya ihm al neticesi olarak yapılmaması

Ticaret Kanunu, 336. maddenin 5. bendiyle bütün sorumluluk hallerini kapsayan genel bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu hükümde kanun ve esas sözleşme tarafından yüklenen görevleri kasden yahut ihm alen, hiç veya gereğı gibi yerine getirmeyen üyelerin müteselsilen sorumlulu olacakları öngörölmüştür. Burada yer alan kanun ifadesinin TTK ile sınırlı olmadığı, diğ er kanunları ve özellikle Borçlar Kanunu'nu da kapsadığı kabul edilmektedir³⁸⁹. Öte yandan, TTK m. 336/b. 5'de belirtilen görevlerin kapsamına müspet yapma borçları girdiğı gibi, kanun ve esas sözleşmenin üyelere kaçınma borcu yüklediğı durumlar girmektedir³⁹⁰.

³⁸⁹ ÇAMOĞ LU, Sorumluluk, s. 55; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 57

³⁹⁰ ÇAMOĞ LU, Sorumluluk, s. 86,127; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 67

Yönetim kurulunun, yukarıda kısaca incelenen görevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sonucunda şirketin bir zarara uğradığı durumlarda, kusurlu üyelerin TTK m. 336/b.5 çerçevesinde sorumlulukları doğacaktır. Bunun yanısıra, yönetim kuruluna esas sözleşmeyle de bir takım görevler yüklenmiş olabilir ki, bunların da hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, kusurlu üyelerin sorumluluğunu doğurur. Ancak sorumluluk rejiminin temel özelliklerini değiştirmek suretiyle, üyelerin sorumluluğunu ağırlaştıran düzenlemelerin muteber olmayacağı belirtilmektedir. Bu açıdan örneğin, esas sözleşme ile kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilemeyeceği savunulmaktadır³⁹¹. Bu sonuca, sorumluluk sisteminin emredici mahiyetinden hareketle ulaşıldığından, aynı esasların esas sözleşmenin sorumluluk sistemini hafifleten düzenlemeleri içermesi durumunu da kapsadığı şüphesizdir. Örneğin üyelerin, hafif ihmallerinden sorumlu tutulmayacağını öngören bir esas sözleşme hükmü geçerli olmayacaktır³⁹².

336. maddenin 5. bendindeki düzenlemenin en önemli özelliklerinden biri, yönetim kurulu üyeleri için 336-341. maddelerde öngörülen sorumluluk sistemini, onlara yüklenen menfi-müspet bütün görevler bakımından genelleştirmesidir. Değil mi ki yönetim kurulu üyelerin sorumluluğunu gerektiren tüm haller, ayrıca başka bir sorumluluk sistemine ve sonucuna bağlanmadıkça TTK m. 336/b.5 kapsamındadır³⁹³; öyleyse bütün bu hallerde kusurlu sorumluluk ilkesi, müteselsil sorumluluk ilkesi ve kusur karinesi geçerli olduğu gibi; 340. maddenin 309. maddeye yaptığı yollama

³⁹¹ **HELVACI**, Yönetim Kurulu, s. 100

³⁹² Ancak bu hususun, TTK m. 342'de sadece müdürler hakkında düzenlenmiş olması dikkat çekicidir.

³⁹³ **HELVACI**, s. 67

çerçevesinde münferit pay sahipleri ve alacaklılar dahi, dolayısıyla zararlarına istinatla, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere sorumluluk davası açabileceklerdir. Özen borcu yönetim kurulu üyelerine kanun tarafından yüklenen bir görev olması itibariyle (TTK m .320), münferit pay sahipleri ve alacaklılar TTK m. 336/b.5 hükmüne istinatla özen borcunun yargısal denetimini harekete geçirebileceklerdir. Aynı sonuç, sadakat borcu bakımından da geçerlidir³⁹⁴.

3) Müteselsil Sorumluluğun Geçerli Olmadığı Durumlar

a) Üyelerin Kusursuz Olması

Müteselsil sorumluluk, kusurlu üyeler için geçerlidir. Dolayısıyla, şirketin zarara uğramasında kusuru bulunmayan üyeler için müteselsil sorumluluk ilkesi uygulanmaz. Ancak, TTK m. 338’de düzenlenen kusur karinesi sebebiyle, davalı üyeler kusursuzluklarını ispat edemedikçe müteselsilen sorumlu olurlar. Kusursuzluğun ispatına yönelik olarak yukarıda belirtilen hususlar burada da geçerlidir.

b)Yönetim Kurulunun Yetkilerini Delege Etmiş Olması

TTK m. 336/II’de belirtilen kanun veya esas sözleşmenin yüklediği görevlerden biri, TTK m. 319 çerçevesinde üyelerden birine veya bir murahhas müdüre bırakıldığı takdirde, sorumluluk sadece söz konusu yetki ve görevin kendisine devredildiği kişiye ait olur. Bir diğer ifadeyle bu durumda müteselsil sorumluluk ilkesi geçerli olmaz³⁹⁵.

³⁹⁴ Sadakat borcu, TTK’da genel bir borç olarak açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, Borçlar Kanunu’nun vekaleti düzenleyen hükümlerinin ihlalinin de TTK m. 336/b.5 çerçevesinde sorumluluk doğuracağı kabul edilmektedir. Bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 56.

³⁹⁵ HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 36: Bununla birlikte, yetkinin devredildiği alanda birden çok

Ancak bunun için, yetkilerin kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir şekilde bölünmüş/devredilmiş olması gerekir. Bu açıdan esas sözleşmesel dayanağı bulunmayan veya esas sözleşmede öngörülen usule aykırı olarak yapılan devirler, üyeler arasındaki müteselsil sorumluluğu kaldırmaz³⁹⁶. Aynı şekilde, yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren görevlerin³⁹⁷ devri mümkün olmadığından, söz konusu görevler bakımından da, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu devam eder. Bu bağlamda, yönetim kurulunun münhasır yetkisine girmeyen idare ve temsil yetkilerinin tamamı devredilmiş olsa bile, üyelerin genel gözetim yükümlülüğü devam eder³⁹⁸. Bu yükümlülükten doğan sorumluluk da müteselsil niteliktedir³⁹⁹.

kişinin görevlendirildiği hallerde, bu kişiler arasındaki sorumluluk müteselsil olacaktır.

³⁹⁶ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 182; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 36

³⁹⁷ TTK m. 336/II'de, 336. maddenin beşinci fıkrasında yazılı görevlerden birinin devredilmesi halinde müteselsil sorumluluk prensibinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, ilk dört bentte yazılı görevler devredilmiş olsalar dahi, üyeler arasındaki müteselsil sorumluluk devam eder. Bunların yanısıra doktrinde, yıllık raporun kaleme alınması; TTK m. 329 uyarınca malvarlığının azalması durumunda bildirim görevi; gerekli işlemlerin ticaret siciline tescil ve ilanı; genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması; bilançonun düzenlenmesi; genel kurul kararlarının icrası; işletme politikasının saptanması; yıllık plan ve bütçenin hazırlanması; plan ve bütçe dışı krediler alınması; işlerin gidişinin genel gözetimi, yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren işler arasında sayılmaktadır. Bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 187; HELVACI, Yönetim Kurulu, s. 50. TTK Tasarısı'nın, "devredilemez yetki ve görevler" başlığını taşıyan 375. maddesinde, yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren işler, yedi bent halinde düzenlenmiştir.

³⁹⁸ TTK Tasarısı'nın 375. maddesinin (e) bendinde, yönetim kurulunun genel gözetim yükümlülüğü, açıkça devredilemez bir görev olarak düzenlenmiştir.

³⁹⁹ Y. 11. H.D, E. 2003/4466, K. 2003/11543 : "*TTK'nun 336. maddesi hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri ortaklık anasözleşmesi ve yasanın kendilerine yüklediği görevlerin kasden ve*

c) Sorumluluk Doğuran Görevin Üyelere Münferiden Yüklenmiş Olması

Kanun koyucunun yönetim kuruluna kurul olarak değil de, üyelere münferiden yüklediği görev ve yükümlülüklerin ihlal edilmesi, üyelerin bireysel olarak sorumluluklarını doğurur⁴⁰⁰. TTK. m. 308, 332, 334, 335, 337 ve 339 hükümlerinde, yönetim kurulu üyelerinin bireysel sorumlulukları bulunmaktadır. Zira bütün bu hükümlerde kanun koyucu, yönetim kurulu üyelerine “münferiden-şahsen” yükümlülük yüklemiştir⁴⁰¹.

Yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatla üçüncü kişilere karşı ika eyledikleri haksız fiillerden dolayı şirket sorumlu olmakla birlikte, şirketin haksız fiili işleyen yönetim kurulu üyesine rücu hakkı saklıdır (TTK. m. 321/5). Bu rücu bakımından doğan

ihmalen yapılmamış olmasından müteselsilen sorumludurlar. Ayrıca, ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimselerin vazifelerini gereği gibi ifa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle görevlidir. Dolayısıyla, kasıt veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar... Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, davalı Vehbi'nin genel müdürlük görevini icra ettiği esnda yapmış olduğu faaliyetlerinden sorumlu olacağı tartışmasız olduğu gibi, adı geçen bu faaliyetlerini denetlemeyen ve buna karşı çıkmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olduğu... Kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”

Y. 11. H.D, E. 1994/5009, K. 1994/7936 : “Yönetim kurulu üyelerinden bazılarının işlemleri ile şirketi zarara uğratması halinde, bu işlemlere nezaret etme durumunda olan diğer yönetim kurulu üyelerinin de müteselsil sorumlu olmalarına göre... karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.”

⁴⁰⁰ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 74

⁴⁰¹ DOĞANAY, s. 59; karş. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s.74, 86 nolu dipnot.

sorumluluk da bireysel niteliktedir⁴⁰².

4) TTK Tasarısı'ndaki Düzenleme (Farklılaştırılmış Teselsül)

Müteselsil sorumluların, kusurlarının derecesine bakılmaksızın zararın tamamından sorumlu tutulmalarının hakkaniyetle bağdaşmayacağı görüşünden hareketle, TTK Tasarısı'nda “mutlak teselsül ilkesi” reddedilerek, “farklılaştırılmış teselsül ilkesi” kabul edilmiştir⁴⁰³. “Farklılaştırılmış teselsül”, aynı zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin her birinin, dış ilişkide şahsi indirim sebeplerini ileri sürerek zararın kendilerine isnat edilebilecek miktarıyla sorumlu tutulmalarını ifade etmektedir⁴⁰⁴. Böylece müteselsil sorumlulardan her birinin sorumluluğu, bu kişiler tek başlarına sorumlu olsalardı ödemekle yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlanmaktadır.

Tasarı'nın yönetim kurulu üyeleri (ve diğer sorumlular) arasında farklılaştırılmış teselsülü düzenleyen m. 557/I hükmüne göre, *“birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur*⁴⁰⁵”. Bu düzenleme çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri,

⁴⁰² İMREGÜN, s. 267.

⁴⁰³ Bkz. TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 557

⁴⁰⁴ AKDAĞ GÜNEY, s. 189

⁴⁰⁵ Tasarı'nın 557. maddesine kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI Mehmet, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 219-232 (Müteselsil); AKDAĞ GÜNEY,

zararın tamınından değil, ancak kendilerine isnat edilebilen kısmından sorumlu olacaklardır. Tasarı'nın 557. maddesinin gerekçesine göre, farklılaştırılmış teselsül çerçevesinde “...önce, sorumluların tek başlarına ve birlikte verdikleri zarar birbirinden ayrılmalıdır. . İkinci olarak birlikte verilen zararda da kusurun ağırlığına ve diğer indirim olgularına göre farklılaştırılmış teselsüle gidilmelidir. Böylece birlikte verilen zararda herbir tazminat yükümlüsüne isnat edilebilen zarar da belirlenmelidir. Teselsül tavanı içinde müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümü aynen devam eder”. Bu hesabın yapılması güç olduğundan, Tasarı'nın 557. maddesinin ikinci fıkrasıyla davacının, her bir davalının sorumlu olduğu tazminat miktarının tayin edilmesini mahkemeden talep edebileceği kabul edilmiştir.

E. Akdi Sorumluluk İlkesi

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluğunun dayanağı tartışmalıdır⁴⁰⁶. Bu dayanağın haksız fiil (BK. m. 41), sözleşmeye aykırılık (BK. m. 96) ve yasadan doğan bir sorumluluk olduğu yönünde çeşitli görüşler vardır⁴⁰⁷.

Anonim şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki, akdî bir ilişkidir⁴⁰⁸. Bu

s. 189 v.d

⁴⁰⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **ANSAY**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1971, s. 123 vd.

⁴⁰⁷ **ATAN**, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti, Ankara 1967, s. 15.

⁴⁰⁸ Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirketle arasındaki akdi ilişkinin hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde yazarların çoğu, bu ilişkiyi temelde “vekalet” sözleşmesine

akdî ilişki niteliği itibariyle bir vekâlet akdidir. Yönetim kurulu üyelerinin kanun veya sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmemeleri, anonim şirket ile aralarındaki sözleşmenin ihlâli anlamına gelir. Bu sözleşmeye aykırılık sebebiyle şirket yönetim kurulu üyelerine karşı rücu hakkı elde eder⁴⁰⁹. Yönetim kurulu üyelerinin, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluğunun dayanağı da akdi mahiyettedir. Bu itibarla pay sahipleri ve alacaklılar, hükmolunacak tazminat şirkete ödenmek üzere açılan sorumluluk davalarında da, doğrudan doğruya zararlarına dayanan sorumluluk davalarında da, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki sözleşmenin ihlaline dayanabilirler⁴¹⁰. Bunun yanı sıra, yönetim kurulu üyelerinin üçüncü şahıslara karşı haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olabilir (TTK m. 339).

II. YÖNETİM KURULUNUN TAKDİR YETKİSİ

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun rolü, kanunun, esas sözleşmenin ve genel kurulun buyruklarını yerine getiren bir vasıta olmakla sınırlı değildir. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulunun yetki ve görevleri, mevzuatta ve esas sözleşmede açıkça gösterilen işlerin yapılmasıyla sınırlı değildir. Kanun ve esas sözleşmenin açıkça genel kurulu yetkilendirdiği meseleler hariç olmak olmak üzere; yönetim kurulu, olağan-olağanüstü

dayandığını kabul etmektedirler. Ancak taraflar arasında “hizmet” sözleşmesi de bulunabileceği ifade edilmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **KARAYALÇIN**, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C. II, Ankara 1983, s. 80; **İMREGÜN**, s. 260; **ÇAMOĞLU**, s. 104; **ÇELİK**, Aydın, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007, s. 82 vd.

⁴⁰⁹ **İMREGÜN**, s. 263.

⁴¹⁰ **ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP)**, s. 340-341

ayrımı yapılmaksızın bütün işlerde karar almaya yetkilidir⁴¹¹.

Yönetim kurulu, muayyen bir konuda izlemesi gereken yolun kanunlarla, esas sözleşmeyle veya genel kurul kararlarıyla açıkça saptanmamış bulunduğu durumlarda, şirketi takdir yetkisine dayarak idare eder⁴¹². Bu açıdan yönetim kurulunun şirketin idaresinde fevkalade geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yönetim kurulunun takdir yetkisine dayanarak şirketin idaresine ilişkin ve belirli bir neticeye yönelik olarak bilinçli bir insiyatif kullandığı; yani belirli bir hareket tarzını seçtiği yahut belirli bir hareket tarzından bilinçli olarak kaçındığı hallerde yönetim kurulunun *ticari takdirinden* söz edilir. Yeni yatırımlar yapılıp yapılmaması; üretim tesislerinin genişletilip genişletilmemesi; müdürlerin istihdam edilip edilmemesi, edilecekse kimlerin, hangi şartlarla istihdam edileceği; şirket varlıklarının ne suretle değerlendirileceği; üçüncü şahıslarla akdi ilişkilere girilip girilmeyeceği, girilecekse bunun şartlarının belirlenmesi vb. konularda yönetim kurulu, ticari takdirini kullanmak suretiyle kararlar alır⁴¹³. Esasen şirketin başarısını, kârlılığını ve değerini tayin edecek olan, yönetim kurulu üyelerinin, takdir yetkilerine dayanarak kullandıkları bu tür insiyatiflerdir. Nitekim Kırca'nın isabetle belirttiği üzere, yönetim kurulunun ne suretle hareket edeceğinin, nasıl ve hangi yönde karar vereceğinin mevzuatta veya esas sözleşmede açıkça gösterildiği durumlarda üyelerin verecekleri kararlar, gerçek anlamda

⁴¹¹ KIRCA, s. 88; ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 297

⁴¹² KIRCA, s. 86

⁴¹³ KIRCA, s. 86

birer karar olarak nitelendirilemez⁴¹⁴. Zira bu hallerde yönetim kurulu üyeleri bir inisiyatif kullanmamaktadırlar. Bu açıdan rolleri bir vasıta olmaktan öteye gitmemektedir. Halbuki yönetim kurulu üyeleri, pay sahiplerince şirketin kârlılığını ve değerini artırmaya yönelik inisiyatiflerini kullanmaları; şirket menfaatlerini geliştirmeye yönelik ticari takdirlerde bulunmaları için göreve getirilmektedirler. Yönetim kurulu üyeliğinin gerektirdiği vizyona, bilgi düzeyine, becerilere ve tecrübelere bu bakımdan ihtiyaç duyulmaktadır.

Yönetim kurulunun takdir yetkisinin sınırlarını kanunun ve esas sözleşmenin açık hükümleri ile genel kurulun açık kararları⁴¹⁵ çizer. Bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetim kurulu, anonim şirketin stratejik karar alma, temsil ve en üst düzeyde yürütme organı sıfatıyla⁴¹⁶, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerini geliştirmeye yönelik her türlü kararı takdir yetkisine istinaden alabilir.

Yönetim kurulunun ticari takdirlerine karşı da yargı yolu açıktır. Daha önce belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin hukuken sorumlu tutulabilmeleri için kendilerine kusurlu bir hareketin izafesi şarttır. Üyelerin kusurlu olup olmadıkları ise özen borcu çerçevesinde tespit edilir. Bu itibarla yönetim kurulu üyeleri, takdir

⁴¹⁴ Bkz. **KIRCA**, s. 87

⁴¹⁵ Sadece sıhhatli genel kurul kararları, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisini sınırlar. Yönetim kurulu üyeleri, kanuna, esas sözleşmeye veya afaki iyiniyet kurallarına açıkça aykırı olan genel kurul kararlarına itibar etmemekle yükümlüdürler (TTK m. 381). Bu hususta bkz. **ÇAMOĞLU** Ersin “Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet”, **BATIDER**, C. III, S. 3, 1966, s. 523 vd. (Mesuliyet)

⁴¹⁶ **SPKKYİ**, m. 1.1

yetkilerine dayanarak aldıkları kararlar dolayısıyla da, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosuna maruz kalırlar. Nitekim yönetim kurulu üyeleri, özen borcunun ihlali halinde, TTK m. 336/b.5 hükmü gereğince sorumlu olurlar⁴¹⁷. Bu açıdan Ticari takdirde bulunan yönetim kurulu üyelerinin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosuna maruziyetini önemli oranda sınırlayan ticari takdir kuralının Türk hukuku bakımından uygulanabilirliğini incelemekte fayda vardır.

III. TİCARİ TAKDİR KURALININ TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ (TİCARİ TAKDİRLERİN YARGISAL DENETİMİ)

A. Genel Olarak

Ticari takdir kuralı esas itibariyle, menfaat çatışması barındırmayan ve iyiniyetle alınan ticari kararların, salt özen borcuna aykırılıktan bahisle dava konusu edildiği hallerde, yargısal incelemeyi karar alma sürecine hasreden ve böylece ticari takdirlerin duruşma salonlarında ex-post yerindelik denetimine tabi tutulmalarını engelleyen bir prensibi ifade eder. Ticari bir takdirde bulunan yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna riayet edip etmedikleri, dava konusu kararın objektif içeriği (yerindeliği, makuliyeti, isabeti) ve neticelerinden bağımsız olarak, münhasıran karar alma sürecinin incelenmesiyle tayin edilir. Bir başka ifadeyle ticari takdir kuralı çerçevesinde özen borcuna riayet edilip edilmediği, kararın objektif içeriğinden hareketle tespit edilemez. Bu açıdan hakim, benzer konumda bulunan dikkatli ve tedbirli bir yönetim kurulu

⁴¹⁷ ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 336

üyesinin aynı şartlar altında vereceği karara değil; bu kararı vermeden önce göstereceği özene odaklanacaktır. Böylece ticari takdir kuralı karar alma sürecinde özenli davranan yönetim kurulu üyelerinin, şirketi zarara uğratan ticari takdirlerinin objektif içeriğinden hareketle sorumlu tutulmalarını engeller. Şu halde ticari takdir kuralı özen borcunun, yönetim kurulu üyelerini ticari takdirlerinin garantörü durumuna getiren yahut ticari takdirleri yerindelikleri bakımından değerlendirmekte başvurulacak bir araç olarak kullanımını engellemektedir.

Bu anlamda ticari takdir kuralının Türk hukukunda da uygulanması gerekir. ABD’de, söz konusu kuralın temel hukuki dayanağı, anonim şirketin yönetim kurulunca idare edileceği ilkesidir. Bu esasın Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu şüphesizdir. Nitekim TTK m. 317’ye göre, anonim şirket yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilir. Bu açıdan hakimler, kanunun yönetim kurulu üyelerine tanıdığı idare yetkisinin, mahkemelerce kullanılması sonucunu doğuran bir denetim tarzından kaçınmalıdır. Hakimler kendilerini yönetim kurulu üyelerinin yerine koymamalı; kendi takdirlerini yönetim kurulu üyelerinin ticari takdirleri yerine ikame etmemelidirler⁴¹⁸. Bu itibarla, sadakat borcuna uygun olarak kullanılan bir ticari takdir, şirket menfaatlerine uygunluğu; basireti veya isabeti yönünden incelenmemelidir. Zira hukuk kurallarına, esas sözleşmeye ve genel kurul kararlarına aykırı olmadıkça, gerek şirket menfaatlerinin tayin edilmesi, gerekse bu menfaatleri gerçekleştirmekte kullanılacak araçların ve izlenecek yolların seçilmesi, TTK m.317 uyarınca, yönetim kurulunun yetkisindedir.

⁴¹⁸ KIRCA, s. 89

Yönetim kurulu üyeleri, ticari takdirlerini bu hususlarda kullanmak üzere, pay sahipleri tarafından seçimle göreve getirilmektedirler (TTK m. 312). Mahkemelerin ticari takdirleri yerindelikleri bakımından denetlemeleri, anonim şirkette karar alma yetkisinin yönetim kurullarından mahkemelere geçirilmesi anlamına gelir. Böyle bir uygulama TTK m 317 ile bağdaşmayacağı gibi, pay sahiplerinin iradesiyle de örtüşmez. Özellikle münferit pay sahipleri ve alacaklıların, dolayısıyla zararlarına istinatla yönetim kurulu üyeleri aleyhinde sorumluluk davası açma hakkına sahip olduğu⁴¹⁹ ülkemiz hukukunda (TTK m. 309,340), özen borcuna ilişkin yargısal incelemelerin karar alma süreciyle sınırlanması, anonim şirkette karar alma yetkisini yönetim kurulu üzerinde merkezileştiren kanuni çerçeveyi muhafaza etmek bakımından büyük önem taşımaktadır.

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti de, ticari takdir kuralının yukarıda belirtildiği kapsamda uygulanmasını gerektirmektedir. Gerçekten de, yönetim kurulu üyeleri arasında akdi bir ilişki mevcut olup, bu akit mahiyeti itibariyle vekalettir. Vekalet sözleşmesinde vekilin borcu bir “sonuç borcu” değildir⁴²⁰. Buna göre, vekil, yüklendiği işi özenle yerine getirmekle yükümlü olup, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir⁴²¹. Bir başka ifadeyle, vekil sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetlerde özen

⁴¹⁹ ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 339 vd.

⁴²⁰ ARAL, s. 407

⁴²¹ BAŞPINAR, s. 147: Ancak, vekil somut sözleşmede sonucu garanti etmiş, fakat arzulanan sonuç gerçekleşmemiş ise, ifa başarılı bir şekilde gerçekleşmemiş sayılacağından tazminat borcu söz konusu olur

göstermemekten sorumludur⁴²². Dolayısıyla, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin mahiyeti de, özen borcunun ihlali iddiasına dayanan sorumluluk davalarında, yargılamanın karar alma sürecine hasredilmesini ve böylece yönetim kurulu üyelerinin salt takdir hataları dolayısıyla sorumlu tutulmamalarını gerektirmektedir⁴²³. Yönetim kurulu üyelerinin ticari takdirler çerçevesindeki özen borcu, karar alma sürecinde gösterecekleri özenden ibarettir. Sorumluluk davalarında özen borcunun karar alma sürecinin ötesinde aranması, yönetim kurulu üyelerini ticari takdirlerinin garantörü durumuna getirir. Aynı esastan, yönetim kurulunun kendilerine devrettiği yetkiler çerçevesinde ticari takdir kullanan müdürler bakımından da geçerli olması gerekir.

B. Yargısal Denetimin Sınırları

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarında, yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde aldığı kararların özen borcu yönünden incelenmesinde, hakimin görevi, yönetim kurulu üyelerinin kanunun ve esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri yerine getirip getirmediğini incelemekten ibaret olmalıdır⁴²⁴. Hakim, yönetim kurulunun yerine geçmesi sonucunu doğuracak bir incelemeden kaçınmalıdır. Bu açıdan özen borcu konusundaki inceleme, ticari takdirin şirket menfaatlerine veya amaca uygunluğu; verimliliği; yerindeliği veya isabeti gibi hususlara teşmil edilmemelidir. Özen borcu konusundaki inceleme, ihtilaf konusu ticari takdirin, özenli bir karar alma sürecinin ürünü olup olmadığını tespit etmekten ibaret

⁴²² YAVUZ, s. 586

⁴²³ KIRCA, s. 89; ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 73; ÖZKORKUT, Bağımsız, s.162;

⁴²⁴ KIRCA, s. 88

olmalıdır.

Hakim anonim şirketin idaresine ve ticari faaliyetlerine gayri makul bir suretle müdahale etmekten kaçınmalıdır. Bu bağlamda yönetim kurulunun, şirketin idaresine ve ticari işlerinin yürütülmesine ilişkin olarak, iyiniyetle ve menfaat çatışmalarından uzak durarak kullandığı insiyatifler, ancak hukuka uygunluk yönünden incelenmelidir. Bir başka ifadeyle ihtilaf konusu haline gelen ticari takdirlerin objektif içeriği, sadece kanuna, esas sözleşmeye ve afaki iyiniyet kurallarına uygunluk bakımından denetlenmelidir⁴²⁵. Ancak bu hususta yapılacak denetim, yerindelik denetiminin bir aracı haline getirilmemelidir. Ticari takdirlerin, kanuna ve esas sözleşmeye uygunluğu incelenirken, kanunun ve esas sözleşmenin yalnızca açık hükümleri dikkate alınmalıdır⁴²⁶. Diğer taraftan, ülkemizde zaman zaman çok geniş yorumlanan afaki iyiniyet kavramının, ticari takdirleri yerindelikleri bakımından değerlendirmekte sıkça başvurulmuş bir araç haline getirilmemesi de büyük önem taşımaktadır.

Yönetim kurulunun takdir yetkisi dahilinde aldığı kararların yargısal denetiminin sınırlarına ilişkin olarak söylenenler, yönetim kurulu üyelerinin, şirket menfaatlerini geliştirmeye yönelik iyiniyetli bir inançla hareket ettikleri durumlarda ve sadakat borcunu ihlal etmeyen kararlar bakımından geçerlidir. Buna karşın, takdir yetkisinin suistimal edildiği hallerde, hakim ticari takdirleri yerindelikleri bakımından da incelemelidir.

⁴²⁵ **KIRCA**, s. 88

⁴²⁶ **KIRCA**, s. 88

Nitekim, yönetim kurulu kararı, şirket menfaatlerinin dışında bir takım menfaatlerin tesiriyle alınmış buluyorsa, bu durumda yargısal inceleme karar alma sürecinin ötesine geçmelidir. Bir başka ifadeyle, bu durumda yönetim kurulu kararı, yerindeliği bakımından incelenmeli ve söz konusu kararla illiyet bağı içindeki zararlardan dolayı üyelerin sorumluluğuna gidilmelidir. Zira şirket menfaatlerine uzak bir takım mülahazalarla karar alan yönetim kurulu, takdir yetkisini açıkça suistimal etmiş olur. Kurulun ve üyelerin takdir yetkisini suistimal eden kararları, hukuken himaye görmez. Örneğin, TTK m. 332, 334 hükümlerine riayet etmeyen üyelerin hukuki sorumluluğun tespitinde, yukarıdaki esaslar geçerli olmaz. Burada ilgili üyelerin özen borcunu ihlal edip etmediklerinin araştırılmasına da gerek yoktur. Zira sadakatsiz bir yönetim kurulu üyesinin, özenli davranıp davranmadığını araştırmak anlamlı olmadığı gibi; burada sorumluluğun doğumu bakımından kusur unsurunu özensizlik değil, sadakatsizlik teşkil eder.

C. Özen Borcunun Kapsamı ve İncelenmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, ticari takdirleri dolayısıyla sorumluluk davasına maruz kalan yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu ihlal edip etmedikleri, münhasıran karar alma süreci incelenerek tespit edilmelidir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun kapsamı, hâkimin gereksiz müdahalesini önleyecek ve bu anlamda kararın yerindelik açısından incelenmesinin önüne geçecek bir şekilde yorumlanmalıdır⁴²⁷. Bu bağlamda karar alma sürecinde, benzer konumda bulunan

⁴²⁷ KIRCA, s. 93

dikkatli ve tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin aynı şartlar altında göstereceği özeni gösteren üyelerin, kararın olumsuz neticelerinden sorumlu tutulmamaları gerekir. Nitekim daha önce belirtildiği üzere, şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti de, özen borcunun karar alma sürecinin ötesinde aranmamasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyelerinin, özen borcuna riayet edip etmedikleri keyfiyeti, şirketi zarara uğratan kararın objektif içeriğinden hareketle tespit edilmemelidir.

Yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde aldığı bir karar sebebiyle, üyelere karşı açılan sorumluluk davasını özen borcu yönünden (TTK m.320) inceleyen hakim, söz konusu kararın objektif içeriği itibarıyla makul veya isabetli olup olmadığını değil; özenli bir karar alma sürecinin ürünü olup olmadığını araştırmalıdır. Yönetim kurulu kararının, özenli bir karar alma sürecinin ürünü olduğunun kabulü için, söz konusu kararın bilgiye dayalı olarak alınmış olması şarttır. Bu itibarla, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıklarının tespitinde, onların bilgiye dayalı olarak hareket edip etmediklerinin belirlenmesi gerekir.

Davalı yönetim kurulu üyelerinin bilgiye dayalı olarak hareket edip etmedikleri, karar alma sürecinin bir bütün olarak incelenmesiyle tespit edilmelidir⁴²⁸. Bu açıdan öncelikle yönetim kurulu üyelerinin, davaya sebebiyet veren kararı almadan önce yeterli düzeyde bilgi toplayıp toplamadıkları araştırılmalıdır. Karar verilmeden önce toplanan bilgilerin yeterli düzeyde olup olmadığı, benzer konumda bulunan dikkatli ve tedbirli bir

⁴²⁸ **KIRCA**, s. 94

yönetim kurulu üyesinin, söz konusu kararı vermeden önce yeterli kabul edeceği bilgi düzeyinden hareketle tespit edilebilir. Yeterli bilgi toplanıp toplanmadığının saptanmasında, Delaware Yüksek Mahkemesi'nin “*makul suretle ulaşılabilen önemli bilgiler*” ölçütünden de yararlanılabilir. Zira yönetim kurulu üyelerinden, karar verecekleri konuyla ilgili her türlü bilgiyi toplamaları da beklenemez. Diğer taraftan, yönetim kurulu üyelerinin, karar alma sürecinde gerekli özeni gösterdiklerinin kabulü için, yalnızca bilgi toplamaları yeterli değildir. Özen borcu, toplanan bilgilerin dikkatli bir şekilde analiz edilmesini, tartışılmasını ve gerektiğinde eleştirel bir gözle değerlendirilmesini de kapsar. Aynı şekilde, karar verilmeden önce, kararın konusuyla ilgili alternatif açıklamaların değerlendirilmesi de özen borcunun gereğidir. Üyeler kendilerine sunulan bilgilerin yeterli olup olmadığını sorgulamalı ve gerekli gördükleri durumlarda mevcut bilgilerin ek bilgilerle desteklenmesini talep etmelidirler. Her bir üye, karar verilecek konuyla ilgili olarak vakıf olduğu olguları, tereddütlerini ve çekincelerini diğer üyelerle paylaşmalıdır.

Karar alma sürecinin özenli ve etkin bir suretle yürütülmesi açısından üyelerin toplantıya hazırlıklı gelmeleri büyük önem taşır. Bu itibarla üyeler, toplantı tarihinden makul bir süre önce gündemle ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilmeli ve toplanan bilgilerin (veriler, dokümanlar, uzman görüşleri, raporlar vs.) kendilerine ulaştırılması gerekir.

Hakim yönetim kurulu üyelerinin karar alma sürecinde özen borcunu yerine getirip getirmediğini yukarıdaki esaslar çerçevesinde saptarken, kararın alındığı toplantının uzunluğu; kararın niteliğine göre uzman görüşüne başvurup vurulmadığı;

kararın konusuyla ilgili alternatif arayışlarına girilip girilmediği; toplantıya katılan üye sayısı gibi hususlardan da faydalanabilir. Dolayısıyla, bu hususların aydınlatılmasında başvurulacak olan müzakere zaptının, kapsamlı bir şekilde tutulması büyük önem taşımaktadır⁴²⁹.

Karar alma sürecinin bir bütün olarak incelenmesi sonucunda bilgiye dayalı olarak hareket ettiği kabul edilebilen yönetim kurulu üyelerinin, özen borcunu yerine getirdikleri, dolayısıyla kusursuz oldukları kabul edilerek sorumluluk davası reddedilmelidir⁴³⁰. Buna karşın yönetim kurulu üyelerinin, kararı alırken bilgiye dayalı olarak hareket etmedikleri sabit olduğu takdirde, üyelerin TTK m. 320 hükmünün kendilerine yüklediği özen borcunu ihmal ettikleri kabul edilmeli ve bu ihmal ile illiyet bağı içinde bulunan zararlardan TTK m. 336/b.5 hükmü uyarınca sorumlu tutulmaları gerekir.

D. Özen Borcu Konusundaki Yargısal Denetimin Ticari Takdir Kuralı Çerçevesinde Sınırlanmasının Sorumluluk Rejimine Etkisi

Özen borcuna ilişkin yargısal denetimin yukarıda belirtildiği çerçevede sınırlanması TTK m. 320 hükmünün, yönetim kurulu üyelerini, takdir yetkileri dahilinde aldıkları kararların garantörü durumuna getiren bir araç olarak kullanılmasını engeller. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 320'nin kendilerine yüklediği özen borcunu yerine getirip getirmediikleri, söz konusu kararların neticelerinden ve

⁴²⁹ KIRCA, s. 94

⁴³⁰ KIRCA, s. 95

içeriğinden bağımsız olarak, münhasıran karar alma sürecinin incelenmesi suretiyle tespit edilir. Böylece, karar alma sürecinde TTK m. 320'nin kendilerine yüklediği objektif özen borcunu yerine getiren üyelerin, iyiniyetle ve menfaat çatışmalarından uzak durarak aldıkları kararların nihai olarak şirketi zarara uğrattığı durumlarda, söz konusu kararın basiretsizliğinden veya isabetsizliğinden bahisle üyelerin sorumlu tutulmaları engellenir. Diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu üyeleri, salt takdir hataları dolayısıyla, TTK m. 320'den hareketle sorumlu tutulamazlar. Yönetim kurulu üyelerinin bu çerçevede hukuki sorumluluktan korunmaları için :

- i. Takdir yetkisi çerçevesinde alınan bir kararın mevcudiyeti;
- ii. Karar alma sürecinde özen borcunun yerine getirilmiş olması (ticari takdirin bilgiye dayalı olarak kullanılmış olması);
- iii. Kararın şirket menfaatlerini geliştirmek üzere, iyiniyetle, dış etkilere ve menfaat çatışmalarından uzak olarak alınmış olması (Sadakat borcu ihlal edilmemiş olmalıdır);
- iv. Kararın kanunlara, esas sözleşmeye, afaki iyiniyet kaidelerine açıkça aykırı olmaması gerekir.

Ticari takdir kuralının yukarıda belirtilen kapsamda uygulanması, sorumluluk rejimini yalnızca yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri dahilinde bir inisiyatif kullandıkları durumlarda etkiler. Yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde ticari takdirde bulunan üyelerin, TTK m. 320'yi ihlal ettiklerinden bahisle TTK m. 336/b.5 hükmü uyarınca sorumlu tutulmaları engellenir. Bu itibarla, ticari bir takdirin kullanılmasıyla ilgili olmayan durumlarda, sorumluluk rejimine hiçbir etkisi olmaz. Bir diğer ifadeyle,

yönetim kurulunun, icrası karar alınmasını gerektirmeyen görevleri dolayısıyla sorumluluğunu⁴³¹ etkilemediği gibi, ortada şekli anlamda bir karar bulunsa dahi, bu kararın yönetim kurulunun takdir hakkını kullanmasına atfedilemediği durumlarda sorumluluk rejimine etkisi olmaz. Örneğin genel gözetim yükümlülüğünün ihlal edilmesi; gerçek olmayan temettü dağıtılması; yanlış beyanlarda bulunulması; rekabet yasağının ihlal edilmesi; şirketle işlem yapılması; kanunen tutulması gereken defterlerin hiç ya da düzenli tutulmaması; yıllık raporun, bilançonun ve kar-zarar hesabının düzenlenmemesi; genel kurul kararlarının tescil ve ilan ettirilmemesi ve 324. maddeye göre alınması gerekli tedbirlerin ihmal etmesi gibi, bir ticari takdirin kullanımıyla ilgili olmayan durumlarda sorumluluk rejimine etkisi olmaz.

Bu esaslar, yönetim kurulu üyeleri kadar, esas sözleşme ile temsil ve idare yetkilerinin bir kısmı kendilerine devredilen diğer yöneticilerin, takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararlar bakımından da kabul edilmelidir.

E. TTK Tasarısı'nda Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırlanması

Burada son olarak, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan sorumluluklarının sınırlandırılması açısından önemli yenilikler getiren TTK Tasarısı üzerinde de durmakta yarar vardır.

⁴³¹ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 74

1-) Ticarî Takdir Kuralı (*Business Judgement Rule*) Açısından

TTK Tasarısı'nın özen ve sadakat borçlarını düzenleyen m. 369/I hükmü, A.Ş yöneticilerinin şirket işlerinde göstermeleri gereken özen derecesi konusundaki tartışmaları sona erdirecek objektif bir standart getirmektedir. Tasarı'nın kabul ettiği “tedbirli yönetici” ölçütü, özen derecesinin netleştirilmesinin ötesinde bir anlam taşımaktadır. Nitekim söz konusu hükmün gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, özen borcunun kapsamının *business judgement rule*, yani çalışmamızda ele aldığımız ticarî takdir kuralı çerçevesinde belirlenmesi amaçlanmıştır. Buna göre:

“Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır⁴³².”

Tasarı'nın gerekçesinden, ticarî takdir kuralına özen borcu perspektifinden yaklaşıldığı izlenimi uyanmaktadır. Çalışmamızda muhtelif surette belirtildiği üzere, ticari takdir kuralı müessesine kaynaklık eden Amerikan hukukunda, söz konusu kural bir özen derecesi olmayıp, özen borcuna ilişkin yargısal denetimlerin sınırlarını tayin etmektedir. Amerikan hukukunda özen borcu ve ticari takdir kuralı, birarada yaşayan ve birbirini tamamlayan iki farklı müessesedir. A.Ş yönetim kurulu üyelerinin özen borcu

⁴³² Tasarı'nın m. 369/I hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere, Yargıtay'ın muhtelif kararında esas alınan “basiretli bir işadamı” ölçütünden özellikle uzak durulmuştur. Zira, “*Yargıtay kararları basiretli işadamı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi*”.

ve bunun ölçütü, eyaletlerin büyük çoğunluğunda kanunlar tarafından tarif edilirken, yönetim kurulunun takdir yetkisi dahilinde aldığı kararlara gayri makul bir surette müdahale edilmesini engelleyen ticari takdir kuralı, bizatihi yargılama makamı tarafından geliştirilen, müşterek hukuka ait bir müessesedir. Özen borcunun doğrudan doğruya muhatabı yönetim kurulu üyeleri olup, söz konusu borcun ihlali, bir zarar meydana getirdiği durumlarda üyelerin sorumluluğunu doğurur. Halbuki ticari takdir kuralının esas muhatabı, özen borcuna aykırılık iddiasıyla uyuşmazlık konusu haline gelen ticari takdirlerin yargısal denetimiyle görevli bulunan hakimlerdir. Bu anlamda ticari takdir kuralı, hakimlere bir kaçınma görevi yüklemektedir. Hakim, yönetim kurulunun sadakat borcunu ihlal etmeyen ve iyiniyetle kullandığı ticari takdirlerini, yerindelik yönünden denetlememelidir. Sonuç olarak ticari takdir kuralı, objektif özen borcunun sınırlanması suretiyle değil, fakat hakime yüklediği bu kaçınma görevinin bir sonucu olarak üyelerin, özen borcundan doğan hukuki sorumluluk rizikosuna maruziyetini sınırlandırmaktadır. Zira yerindelik denetiminden kaçınılması, özen borcunun, yönetim kurulu üyelerini ticari takdirlerinin garantörü durumuna getiren bir araç olarak kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Tasarı'nın m. 369/I hükmüyle, bu neticenin elde edilmek istendiği, yani özen borcunun, üyeleri ticari takdirlerinin garantörü durumuna getiren bir araç olarak kullanılmasını önlemek istediği açıktır. Bu husus gerekçede, *“duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.”* ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Ancak bu neticenin nasıl elde edileceği sorusu, 369. maddede yanıtsız bırakılmıştır. Ticari takdir kuralının özünü teşkil eden yerindelik denetiminden kaçınılması işlevine madde

metninde ve gerekçede değinilmemiştir⁴³³.

Ticarî takdir kuralının, salt üyelerin özen borcu çerçevesinde sorumlu tutulacakları standartları gösteren bir ölçüt, yahut üyeleri sorumluluktan koruyan bir müessese olarak düzenlenmesi, Tasarı'ya mahsus bir yaklaşım değildir. ALI formülasyonunda, Avusturalya'daki ve Almanya'daki kodifikasyonlarda da bu yaklaşım görülmektedir. Ancak söz konusu düzenlemeler, yönetim kurulu üyelerini, ticarî takdirler çerçevesinde sorumluluktan koruyan pozitif hukuk normları içermektedirler. Gerçekten de bu düzenlemelerde ticari takdir kuralı, üyeler için uygulama şartları açıkça gösterilen özel bir kurtuluş beyyinesi olarak kaleme alınmıştır. Bir diğer ifadeyle söz konusu düzenlemelerde, bilgiye dayalı olarak, iyiniyetle ve sadakat borcununa uygun olarak kullanılan ticarî takdirlerin nihai olarak şirketi zarara uğrattığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmaması esası, pozitif hukuk normu düzeyinde kabul edilmiş bulunmaktadır⁴³⁴.

⁴³³ Gerçi daha önce incelendiği üzere, ticarî takdir kuralının Türk hukukunda yerindelik denetimini engelleyen bir müessese olarak uygulanabilmesi için yasal bir düzenleme şart olmayıp, yürürlükteki TTK hükümleri ve vekalet sözleşmesine ilişkin genel prensipler çerçevesinde hakimlerin, yerindelik denetiminden kaçınmaları ve üyelerin salt takdir hataları dolayısıyla sorumlu tutulmamaları savunulabilir. Ancak anayasal düzeyde açıkça yasaklandığı halde, parlamentonun siyasi takdirlerinin dahi yerindelik denetimine tabi tutulabildiği bir yargılama kültüründe (Bkz. A.Y m. 148; A.Y.M, E.2008/16, K.2008/116) mahkemelerin, - özellikle buna icbar eden açık bir pozitif hukuk normunun yokluğunda- ticarî takdir doktrinini benimsemeleri uzak bir ihtimal olarak değerlendirilebilir.

⁴³⁴ Bkz. ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §. 4.01; Deutscher Corporate Governance Kodex m. 3.8; Australia Corporations Act 2001 §. 180 (2)

TTK Tasarısı’nda ise bu hususlar yalnızca gerekçede belirtilmiş olup, Tasarı metni bu yönde bir hüküm içermemektedir. Tasarı’nın m. 369/I hükmüyle getirilen “tedbirli yönetici” ölçütü, esas itibariyle yalnızca objektif bir özen borcunu ifade etmektedir. Üyelerin şirket işlerinde gösterecekleri özenin ölçütü olması yönünden de, gerekçede eleştirilen “basiretli yönetici” ile “tedbirli yönetici” ölçütleri arasında temel bir farklılık bulunduğu söylemek güçtür. Nitekim, “tedbirli yönetici” ölçütünün, Tasarı’nın gerekçesinde katı bir şekilde uygulandığından bahisle eleştirilen “basiretli yönetici” ölçütü ile aynı kapsamda ve sertlikte uygulanması mümkündür. Zira Tasarı bunu engelleyecek bir pozitif hukuk normu getirmemektedir⁴³⁵.

“Tedbirli yönetici” ölçütü Tasarı’nın getirmek istediği sorumluluk standardını

⁴³⁵ Tasarı’nın ilk metninde yer alan ve “üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir” düzenlemesini içeren m. 369/III hükmü Adalet Komisyonu’nda kabul edilen metinden çıkarılmıştır. Söz konusu hüküm, Tasarı’nın düzenlemesine ilişkin olarak yukarıda belirtilen noksanları gidermek için yeterli olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin ticari takdirler çerçevesindeki sorumluluğu bakımından gerekçede belirtilen esasları temine yönelik asgari bir zemin hazırlamaktaydı. Gerçekten de evvelce belirtildiği üzere, ticari takdir kuralına kaynaklık eden ABD hukukunda, söz konusu müessesenin en önemli özelliklerinden biri de, üyelerin özen borcunu ikmal ettiklerine dair bir karine teşkil etmesidir. Bu husus, ticari takdir kuralını hayli sınırlı bir şekilde formüle etmesinden bahisle şiddetli tenkitlere maruz kalan ALI düzenlemesinde dahi açıkça öngörülmüştür. Tasarı’nın Adalet Komisyonu’nda kabul edilen metninde ise yürürlükteki TTK’nun kusur karinesi muhafaza edilmektedir (m. 553/I). Bir diğer ifadeyle Adalet Komisyonu’nda kabul edilen metinde ticari takdirler çerçevesinde dahi üyelerin, özen borcunu yerine getirmediikleri karine olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan Tasarı, mevcut haliyle ticari takdir kuralını tesis etmeye yönelik bir pozitif hukuk normu içermemesi bir tarafa, söz konusu kuralın sağlıklı bir şekilde uygulanmasını güçleştirecek bir unsur barındırmaktadır.

tek başına gerçekleştirecek bir hukuki araç değildir. Ne Türk hukukunda ne de mukayeseli hukukta, söz konusu ölçüte böyle bir işlev atfolunmaktadır. Bu açıdan Tasarı'nın gerekçesinde belirtilen hususların madde metnine dahil edilmesi, yahut ticari takdir kuralının daha geniş bir perspektifle, yerindelik denetimini engelleyen bir müessese olarak kaleme alınması isabetli olacaktır. Bu bağlamda Tasarı'nın ilk metninde yer alan ve kusur karinesini tersine çeviren m.369/III hükmünün, hiç değilse ticari takdirlerle sınırlı olarak kabulü de, ticari takdir kuralının Türk hukukunda tesisi bakımından büyük önem taşımaktadır.

3-) Gözetim Yükümlülüğü Açısından

Tasarı özen borcunu, gözetim yükümlülüğü açısından sınırlayan bir düzenleme içermektedir. Tasarı'nın, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen 553. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, *“hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz”*. Maddenin gerekçesine göre, *“bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür.”*

3-) Müteselsil Sorumluluk Açısından

Tasarı'nın sorumluluk rejiminde getirdiği diğer bir yenilik de, mutlak teselsül

ilkesinden farklılaştırılmış teselsül ilkesine geçilmesidir. Bu bağlamda müteselsil sorumlulardan her birinin sorumluluğu, bu kişiler tek başlarına sorumlu olsalardı ödemekle yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlanmaktadır. Tasarı'nın yukarıda incelenen m. 557 hükmü çerçevesinde özenin, kişi temelinde değerlendirilmesi esas alınmaktadır.

SONUÇ

Anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından temsil ve idare edilirler. Ancak günümüzde münhasıran yönetim kurulu tarafından yönetilen halka açık bir anonim şirketi tasavvur etmek güçtür. Bunun yerine, söz konusu şirketlerde yetki delegasyonu gündeme gelmekte ve şirketin gündelik işleri diğer yöneticilere havale edilmektedir. Fakat yöneticilerin gözetimi ve önemli kararların alınması yönetim kurulunun sorumluluğunda olmaktadır.

Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşmenin açıkça genel kurulu yetkilendirdiği konular dışında kalan bütün konularda karar almaya yetkilidir. Bu sebeple, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, şirket menfaatleri doğrultusunda kullanabilecekleri geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirketler arasındaki ilişkinin temeli güven ilişkisidir. Gerçekten de, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki akdi ilişki, ister vekâlet, ister hizmet olarak nitelendirilsin; bu ilişkinin “güvene dayalı olmak” özelliği değişmemektedir. Bu güven ilişkisinin gereği olarak da, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki özen ve sadakat borçları çerçevesinde şekillenmektedir. Özen borcu, yönetim kurulu üyelerinin, şirket işlerini yaparken dikkat ve özen göstermelerini ifade eder. Buna karşılık sadakat borcu, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerini daima iyiniyetle ve şirket menfaatlerini ön planda tutarak görmeleridir.

Özen ve sadakat borçları, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk rejimini düzenleyen hükümlerin temel referansını teşkil etmektedir. Bu

sebeple, ister Anglo-Amerikan sistemine, ister Kıta Avrupası sistemine dahil olsun; özen ve sadakat borçları, anonim şirket uygulamasının bulunduğu her yerde yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk rejiminin temel unsuru olmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın uygulanması, yönetim kurulu üyelerini ağır bir sorumluluk altına sokacaktır. Bu sebeple, mukayeseli hukukta gerek içtihat ve gerekse kanun marifetiyle, özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunun çeşitli açılardan sınırlanması yoluna gidilmiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerini özen borcundan kaynaklanan hukuki sorumluluk riskinden korumak üzere geliştirilen müesseselere, söz konusu riskin en yoğun olarak hissedildiği Amerika Birleşik Devletleri'nde rastlamak mümkündür.

Ticari takdir kuralı (*Business Judgement Rule*), yönetim kurullarında iyiniyetle alınan kararların nihai olarak şirketi zarara uğrattığı durumlarda; özen borcunun ihlali iddiasına dayalı olarak açılan sorumluluk davalarında, yargısal incelemenin ihtilaf konusu kararın oluşum sürecine hasredilmesini ifade etmektedir. Bu kural çerçevesinde hâkim, yönetim kurulu üyelerinin şirketin idaresi esnasında kullandıkları inisiyatifleri, ancak özenli bir karar alma sürecinin ürünü olup olmadıkları bakımından değerlendirir. Diğer bir ifadeyle hâkim, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri çerçevesinde almış oldukları kararları yerindelik denetimine tabi tutmaz. Böylece, yönetim kurulu üyelerinin salt takdir hataları sebebiyle sorumlu tutulmalarının önüne geçilmiş olur.

Ticari takdir kuralının mahiyetine ilişkin görüş birliği bulunmamakla birlikte, söz konusu kural esas itibarıyla, belirli şartları haiz ticarî kararlara yargısal müdahalede

bulunulmamasına ilişkin bir prensip olarak değerlendirmek gerekir. Ticari takdir kuralı, ABD müşterek hukukunda geliştirilen bir müessese olup, yargılama yetkisinin bizzat yargılama makamı tarafından sınırlandırıldığı, anonim şirketler hukukuna mahsus, istisnai bir uygulamadır. Diğer şirket türlerine uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır.

Ticarî takdir kuralının uygulanabilmesi için öncelikle yötemin kurulu üyeleri tarafından ticarî bir takdirde bulunulmuş olması gerekir. Ticarî takdir, belirli bir hareket tarzının seçildiği yahut bir hareket tarzından bilinçli olarak kaçınıldığı durumlarda söz konusu olur. Ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyelerinin şahsi menfaatlerini şirket menfaatlerinin önüne geçirdikleri hallerde uygulanmaz. Ticarî takdir kuralı, karar alma sürecinde özen borcunu yerine getiren yönetim kurulu üyelerini, takdir hatalarına bağlı olarak hukukî sorumluluk rizikosundan korur. Ticarî takdir kuralı, ancak iyiniyetle kullanılan ticarî takdirlerde uygulanır.

ABD’de anonim şirketi yöneticilerinin özen borcundan doğan hukukî sorumluluğu, ticarî takdir kuralı çerçevesinde dolaylı olarak sınırlandırıldığı gibi, eyalet kanunlarında yer alan düzenlemeler uyarınca, doğrudan doğruya sınırlamalara da tabi tutulmaktadır. Bu düzenlemeler arasında farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bazı düzenlemelerde, özen borcundan doğan sorumluluğun azami bir meblağ ile sınırlandırılması öngörülmekte; diğer bazı düzenlemelerde ise, özen borcuna bağlı malî sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılması tercih edilmektedir.

TTK. m. 320’ye göre, yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri

dikkat ve basiret hakkında BK. m. 528/II hükmü uygulanır. Bu hükme göre, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumlulukları, esas itibariyle kusurdan doğan bir sorumluluk şekli olarak öngörülmüştür. Ancak TTK, yönetim kurulu üyeleri için kusur karinesi getirmiştir. Bu sebeple, yönetim kurulu üyesi sorumluluktan kurtulmak için kusursuz olduğunu ispatlamak zorundadır (TTK. m. 338, 346).

Ticarî bir takdirde bulunan yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna riayet edip etmedikleri, dava konusu kararın objektif içeriği ve neticelerinden bağımsız olarak, münhasıran karar alma sürecinin incelenmesiyle tayin edilir. Bu açıdan, ticarî takdir kuralı çerçevesinde özen borcuna riayet edilip edilmediği, kararın objektif içeriğinden hareketle tespit edilemez. Hâkim, benzer konumda bulunan dikkatli ve tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin aynı şartlar altında vereceği karara değil; bu kararı vermeden önce göstereceği özene odaklanmalıdır. Böylece, ticarî takdir kuralı karar alma sürecinde özenli davranan yönetim kurulu üyelerinin, şirketi zarara uğratan ticarî takdirlerinin objektif içeriğinden hareketle sorumlu tutulmalarını engeller. Ticarî takdir kuralı, yerindelik denetimini engelleyen ve iyiniyetli yönetim kurulu üyelerinin, salt takdir hatalarından dolayı sorumlu tutulmamasını içeren bir müessese olarak, Türk hukukunda da uygulanmalıdır. Zira hukuk kurallarına, esas sözleşmeye ve genel kurul kararlarına aykırı olmadıkça, gerek şirket menfaatlerinin tayin edilmesi, gerekse bu menfaatleri gerçekleştirmekte kullanılacak araçların ve izlenecek yolların seçilmesi, TTK m. 317 uyarınca yönetim kurulunun yetkisindedir. Bu açıdan hakimler, kanunun yönetim kurulu üyelerine tanıdığı idare yetkisinin, mahkemelerce kullanılması sonucunu doğuran bir denetim tarzından kaçınmalıdır.

Diğer taraftan, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hukukî mahiyeti de, ticarî takdir kuralının uygulanmasını gerektirmektedir. Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki akdî ilişki, mahiyeti itibariyle bir vekalet ilişkisidir. Vekalet sözleşmesinde verilen borcu bir sonuç borcu değildir. Vekil işi özenle yerine getirmekle yükümlü olup, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Bu sebeple, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti, özen borcunun ihlali iddiasına dayanan sorumluluk davalarında, yargılamanın karar alma sürecine hasredilmesini ve böylece yönetim kurulu üyelerinin salt takdir hataları dolayısıyla sorumlu tutulmamalarını gerektirmektedir. Aksi yöndeki uygulama yönetim kurulu üyelerini, takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararların garantörü durumuna getirir.

Yönetim kurulu üyelerinin, ticarî takdir kuralı çerçevesinde sorumluluktan kurtulabilmeleri için; takdir yetkisi dahilinde alınan bir kararın mevcudiyeti, karar alma sürecinde özen borcunun yerine getirilmiş olması, kararın şirket menfaatlerini geliştirmek üzere iyiniyetle alınmış olması ve kararın kanunlara, esas sözleşmeye, afaki iyiniyet kurallarına açıkça aykırı bulunmaması gerekir.

Ticarî takdir kuralı, TTK m. 319/II hükmü çerçevesinde yetkilendirilen yöneticilerin, takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararlar bakımından da uygulanmalıdır.

TTK Tasarısı'nı hazırlayan iradenin, anonim şirket yöneticilerinin özen borcuna bağlı hukuki sorumluluklarını, çağdaş hukuk sistemlerine paralel olarak önemli oranda yumuşatmayı amaçladığı açıktır. Bu yaklaşımın, anonim şirketin idaresinde zaafiyete yol açacağı veya yöneticileri özensizliğe teşvik edeceği düşünülmemelidir. Zira anılan

düzenlemeler, yöneticilere insan üstü beklentiler atfedilemeyeceğini teslim etmekten ibarettir. Tasarı'nın söz konusu hükümleri, anonim şirket yöneticilerinin, yetki-sorumluluk dengesini çağın gereklerine göre tesis etmek amacına yöneliktir. Bu çerçevede Tasarı, anonim şirketlerin sorumluluk tehdidiyle değil, ticaret hayatının gereklerine göre yönetilmesini sağlayacak bir hukuki altyapıyı kurmak istemektedir. Hukuk düzeninin, anonim şirket yöneticilerini aşırı derecede muhafazakârlaştıracak bir sorumluluk rejimini reddetmesinde pay sahiplerinin de menfaati büyüktür. Ancak Tasarı'nın bu husustaki en önemli düzenlemesi olan m. 369 hükmü, yu bu amacı gerçekleştirmeye elverişli görünmemektedir. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin yeniden gözden geçirilerek, gerekçedeki hususların pozitif hukuk normu düzeyinde kaleme alınması ve ticarî takdirler çerçevesinde kusur karinesinin tersine çevrilmesinde yarar bulunmaktadır.

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, ABD hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin,özen borcundan doğan hukuki sorumluluğunu sınırlayan müesseselerin incelenmesidir.Bu bağlamda özellikle ticarî takdir kuralının (business judgement rule) takdimi ve Türk hukukunda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. TTK Tasarısı'nın A.Ş yöneticilerinin özen borcunu düzenleyen m. 369 hükmünün gerekçesinde hukukumuza getirilme niyeti açıkça belirtilen ticari takdir kuralına, kaynak Amerikan hukukundan hareketle ışık tutulması, bu çalışmanın hareket noktasını oluşturmuştur.

ABD müşterek hukukunda geliştirilen ticarî takdir kuralı, esas itibariyle yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde aldığı kararlara, gayrı makul bir suretle yargısal müdahalede bulunulmamasına ilişkin bir prensibi ifade eder. Nitekim söz konusu kural, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılan sorumluluk davalarında, özen borcuna ilişkin yargısal denetimleri karar alma sürecine hasreder ve yönetim kurullarında iyiniyetle alınan kararların, duruşma salonlarında *ex-post* yerindelik denetimine tabi tutulmasına engel olur. Böylece ticarî takdir kuralı, karar alma sürecinde özen borcunu yerine getiren yönetim kurulu üyelerini, takdir hatalarına bağlı hukukî sorumluluk rizikosundan korur. Ticarî takdir kuralı, yönetim kurulu üyeleri dışındaki yöneticilerin (müdürler), kendilerine delege edilen yetkiler çerçevesinde aldıkları kararlar bakımından da uygulanır.

Ticarî takdir kuralı, anonim şirket yöneticilerinin özen borcundan doğan hukuki

sorumluluğunu dolaylı olarak sınırlamaktadır. Bununla birlikte, ABD’de yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan hukuki sorumluluğu, eyalet kanunları çerçevesinde doğrudan doğruya sınırlamalara da tabi olmaktadır.

Anonim şirketin idare yetkisini yönetim kurulu üzerinde merkezileştiren TTK m. 317 hükmü ve şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti, Türk hukukunda da yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri çerçevesinde aldıkları kararların, yerindelik denetimine tabi tutulmamasını ve sorumluluk davalarında özen borcunun, karar alma sürecinin ötesinde aranmamasını gerektirmektedir.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study legal institutions which limit the due care liability of corporate directors in the US Law. Within this context, its especially aimed to present the business judgement rule (BJR) and its applicability in Turkish law. The BJR is explicitly intended to be brought to Turkish law in the official comment of article 369 of the Turkish Commercial Code Draft, which sets corporate directors' and officers duty of care. The main motive of this study, is to shed light on the BJR in reliance to the US law where it originated from.

The BJR which is developed in US common law is essentially a principle that prevents undue judicial interference to the board of directors' decision making discretion and business affairs of a corporation. In fact, the rule dictates the judicial review of due care claims exclusively in the decision making process and excludes reviewing substantive merits (i.e soundness) of good faith business judgements. Thus, exercise of due care in the decision making process will shield directors from personal liability when there is an honest mistake of judgement. The BJR also, applies with equal force to the actions of officers within their delegated discretionary authority.

The BJR, limits the due care liability of directors and officers indirectly. Nonetheless in US, due care liability of directors is subject to direct limitation within state laws as well.

Article 317 of Turkish Commercial Code centralizes decision making authority in the board of directors in corporations. This and the nature of legal relationship

between the directors and corporation mandates courts, to abstain from reviewing the substantive merits of the directors' business decisions and refraining from judicial review of business judgements beyond the decision making process in due care claims in Turkish law aswell