



YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE
KARŞI AÇILACAK SORUMLULUK DAVALARININ
TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ**

EMİR OKŞAN

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. ALİ MURAT SEVİ

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

BORNOVA / İZMİR
KASIM 2024

JÜRİ ONAY SAYFASI

Jüri üyeleri olarak bu tezi okuduğumuzu ve kapsam ve kalite bakımından Yüksek Lisans tezi olarak uygunluğunu onaylıyoruz.

Jüri Üyeleri:

İmza:

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi /Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

.....

Prof. Dr. Yücel Öztürkoğlu
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZ

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI AÇILACAK SORUMLULUK DAVALARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Okşan, Emir

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Danışman: Doç. Dr. Ali Murat SEVİ

Kasım 2024

Çalışmamız, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği sorusuna cevap aramaktadır.

Kanun koyucu, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşmeye uygun davranmasını temin etmek istediğinden, TTK m. 553'te yönetim kurulu üyelerinin kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde sorumluluklarının doğacağını öngörmüştür. Bu şekilde kanun koyucu, Türk ekonomisinin lokomotiflerinden birini oluşturan sermaye şirketlerinden nitelik, sermaye ve hacim olarak daha büyük olanı anonim şirketler temelinde bu konuyu ele almış ve piyasada önem arz eden anonim şirketlerin, bu şirketlerin pay sahiplerinin ve şirketin alacaklılarının zarara uğratılması halinde bu zararın tazminine büyük önem verdiğini göstermiştir. Bunun yanı sıra çalışmamızda tahkime ilişkin genel esaslara da yer verilerek, bu araştırmada yer alan tahkimle çözümlenmesi olgusunun içeriği ve bu olguyu ilgilendiren temel tahkim kavramları anlatılmaya çalışılmıştır.

Bu süreçlerden geçildikten sonra, araştırmanın esas sebebini oluşturan konu ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Bu kapsamda özellikle sorumluluk davasının tahkime tabi olup olmayacağı, daha geniş bir perspektiften ele alınarak sorumluluk davasına ilişkin oluşabilecek sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmış ve milletlerarası tahkim hukukunda bu alanda oluşabilecek sorunlar şirketler hukuku ile kesiştirilerek açıklanmıştır.

Anahtar sözcükler: yönetim kurulu üyeleri, anonim şirketler, sorumluluk davaları, tahkime elverişlilik, korporatif uyumsuzluklar.

ABSTRACT

RESOLUTION OF LIABILITY CASES AGAINST JOINT STOCK COMPANY BOARD MEMBERS THROUGH ARBITRATION

Oksan, Emir

MA, Private Law Programme

Advisor: Assoc. Prof.(PhD) Ali Murat SEVİ

November 2024

Our work seeks to answer the question of whether liability cases filed against board members in joint-stock companies can be resolved through arbitration.

As the legislator aims to ensure that board members of joint-stock companies act in accordance with the law and the articles of association, Article 553 of the Turkish Commercial Code (TCC) anticipates that liabilities will arise if board members violate their obligations arising from the law or articles of association. In this way, the legislator has addressed this issue on the basis of joint stock companies, which are larger in quality, capital and volume among the capital companies that constitute one of the locomotives of the Turkish economy, emphasizing the importance placed on the compensation of damages in case of harm to these companies, their shareholders, and creditors. Additionally, our work seeks into general principles related to arbitration. It attempts to explain the content of the phenomenon of resolving disputes through arbitration, along with fundamental arbitration concepts. After going through these processes, evaluations have been made regarding the main subject of the research. Particularly, the study addresses whether the liability cases is subject to arbitration, aiming to provide solutions to potential issues related to liability cases from a broader perspective. Suggestions for resolution are presented, and potential problems in international arbitration law are explained by intersecting them with corporate law.

Keywords: board members, joint-stock companies, liability cases, arbitrability, corporative disputes

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans tez çalışması olarak hazırlanan “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi” başlıklı tez, savunmam sonucunda 23.10.2024 tarihinde saygıdeğer tez jürisi tarafından oybirliğiyle kabul edilmiştir.

Bu süreçte tezimin her satırını okuyarak yorumlarıyla tezin olduğu haline ulaşmasında büyük katkısı olan, tezin yolunu çizmemde yardımcı olan, her daim sorularımı yanıtlayıp, bana destek olan ve süreci oldukça titizlikle yürüten tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Ali Murat Sevi’ye teşekkürü bir borç bilirim.

Yine tezde değerlendirmelerine yer verdiğim, bakış açıları ile tez metnine değerli katkıları olan jüri üyelerim Sayın Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Yaşar Can Göksoy’a ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım.

Yüksek lisans sürecinde her türlü esnekliği tarafıma sağlayan ve desteği veren değerli üstadım Av. Murat Akı’ya da teşekkürlerimi sunuyorum.

Özellikle yüksek lisans tez dönemimde zaman zaman yakınmalarımı dinleyen isimlerini saymakla tez kapsamını genişleteceğim bütün arkadaş ve meslektaşlarıma da ayrıca birer birer teşekkür ediyorum.

Her daim arkamda duran, yüksek lisans sürecinde desteklerini esirgemeyen sevgili annem Begüm Erkızan ve kıymetli babam Cüneyt İbrahim Okşan başta olmak üzere bütün aile üyelerime şükranlarımı sunuyorum.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI AÇILACAK SORUMLULUK DAVALARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Emir Okşan

19.11.2024

İÇİNDEKİLER

JÜRİ ONAY SAYFASI.....	iii
ÖZ.....	v
ABSTRACT.....	vii
TEŞEKKÜR.....	ix
YEMİN METNİ.....	xi
İÇİNDEKİLER.....	xii
KISALTMALAR.....	xxiii
BÖLÜM 1: GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 2: ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU DAVASI.....	3
2.1. Sorumluluk Davasının Şartları.....	3
2.1.1. Sorumluluk Davasının Maddi Şartları.....	3
2.1.1.1. Hukuka aykırı fiil.....	4
2.1.1.2. Kusur.....	5
2.1.1.2.1. Tanım ve anlam.....	5
2.1.1.2.2. Kusurun objektifleştirilmesi.....	7
2.1.1.3. Zarar.....	10
2.1.1.3.1. Genel olarak ve tanımı.....	10
2.1.1.3.2. Doğrudan ve dolayısıyla zarar ayrımı.....	10
2.1.1.3.2.1. Doğrudan zarar.....	10
2.1.1.3.2.2. Dolayısıyla zarar.....	12
2.1.1.3.3. Manevi zararın, zarar unsurunu oluşturup oluşturamayacağı sorunu.....	13
2.1.1.4. İlliyet (nedensellik) bağı.....	13

2.2. Sorumluluk Davasının Usuli Şartları.....	15
2.2.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.....	15
2.2.2. Şirketin Açacağı Doğrudan Zarara Dayalı Sorumluluk Davasında Özel Bir Dava Şartı Tartışması: Genel Kurul Kararının Gerekip Gerekmeyeceği.....	16
2.3. Sorumluluk Davasında Taraflar.....	19
2.3.1. Davacı.....	19
2.3.1.1. Doğrudan zarar nedeniyle açılan sorumluluk davasında.....	19
2.3.1.1.1. Anonim şirket.....	19
2.3.1.1.2. Pay sahipleri ve şirket alacaklıları.....	20
2.3.1.1.3. İstisnai hak: iflas idaresinin doğrudan zarar için dava hakkı.....	21
2.3.1.2. Dolayısıyla zarar nedeniyle açılan sorumluluk davasında.....	22
2.3.1.2.1. Pay sahipleri.....	22
2.3.1.2.2. Şirket alacaklıları.....	22
2.3.2. Davalı.....	23
2.3.2.1. Genel olarak ve davalı sıfatında yer alan “yöneticiler” ifadesi.....	23
2.3.2.2. Şekli ve fiili organ kavramı ile “yöneticiler” ifadesine fiili organın girip girmediği.....	23
2.3.2.3. Şekli ve fiili organın davalı sıfatı.....	26
2.4. Sorumluluğu Sona Erdiren Haller.....	26
2.4.1. Zamanaşımı.....	26
2.4.2. İbra.....	30
2.4.2.1. Genel olarak, tanımı ve ibra türleri.....	30
2.4.2.2. İbranın reddi ve reddin iptali davası.....	31
2.4.2.3. İbra davası.....	32
2.4.2.4. İbranın sorumluluk davalarına etkisi.....	33

2.4.2.4.1. İbranin şirketin açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi.....	33
2.4.2.4.2. İbranin pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi.....	34
2.4.2.4.3. İbranin alacaklıların açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi.....	35
2.4.2.4.4. Kuruluş ve sermaye artırımında ibranın sorumluluk davasına etkisi.....	36
2.4.3. Sulh Sözleşmesi.....	36
2.5. Sorumluluk Davasında Usul.....	36
BÖLÜM 3: SORUMLULUK DAVASININ TAHKİM YARGILAMASINA ELVERİŞİLİĞİ.....	39
3.1. “Tahkim” Kavramı.....	39
3.2. Türk Hukukunda Tahkim Yargılamasının Genel Esasları.....	41
3.2.1. Genel Olarak Tahkim Süreci.....	41
3.2.2. Tahkime Elverişlilik.....	43
3.2.2.1. Genel olarak.....	43
3.2.2.2. Milli tahkimde tahkime elverişlilik.....	43
3.2.2.3. Milletlerarası tahkimde tahkime elverişlilik.....	45
3.2.3. Tahkim Sözleşmesi.....	46
3.2.3.1. Genel olarak.....	46
3.2.3.2. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik unsurları.....	46
3.2.3.2.1. Genel hükümlerin sınırlarını aşmamak.....	46
3.2.3.2.2. Yazılı olmak.....	48
3.2.3.2.3. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olması.....	49
3.2.3.2.4. Tarafların tahkim iradesinin açıkça sözleşmeye yansıtılması.....	49
3.2.3.2.5. Tahkim iradesinin belirli bir konuya özgülenmesi.....	50

3.3. Sorumluluk Davasının Tahkim Yargılamasına Elverişliliği Hakkında Değerlendirilmesi Gerekli Meseleler.....	50
3.3.1. Sorumluluk Davasının Korporatif – Korporatif Olmayan Uyuşmazlık Ayrımındaki Yeri.....	50
3.3.1.1. Korporatif – korporatif olmayan uyuşmazlık.....	50
3.3.1.2. Sorumluluk davasının bu ayırmadaki yeri.....	51
3.3.2. Tahkim Şartı İle İlgili Sorunlar.....	52
3.3.2.1. Esas sözleşmede tahkim şartı düzenlenebilir mi?	52
3.3.2.1.1. Şirketler hukuku bakımından değerlendirme.....	52
3.3.2.1.1.1. Emredici hükümler ilkesi (ttk m. 340)	52
3.3.2.1.1.2. Tek borç ilkesi (ttk m. 480)	56
3.3.2.1.2. Tahkim hukuku bakımından değerlendirme ve bu değerlendirmenin şirketler hukuku ile kesiştirilmesi.....	57
3.3.2.2. Tahkim şartının esas sözleşmede yer alma imkanına ilişkin varılan sonuç.....	59
3.3.2.2.1. Varılan sonuç.....	59
3.3.2.2.2. Bu doğrultuda tahkim şartı hangi nitelik ve içerikte olmalıdır?.....	62
3.3.3. Korporatif Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği.....	64
3.3.4. Esas Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Bağlayıcılığı Meselesi.....	70
3.3.4.1. Bağlayıcılık meselesi değerlendirmesinde kullanılması gereken ölçü.....	70
3.3.4.2. Tahkim şartının korporatif - korporatif olmayan ayrımındaki yeri ve bu şartın pay sahiplerini bağlayıcılığı bakımından değerlendirmemiz.....	72
3.3.4.3. Tahkim şartının yönetim kurulu üyelerini bağlayıcılığı.....	78
3.3.4.3.1. Tahkim şartının yönetim kurulu üyelerini bağlayıcılığı hakkında değerlendirmeler.....	78

3.3.4.3.2. Tahkim şartının fiili organı bağlayıcılığı hakkında değerlendirmeler.....	83
3.3.4.4. Tahkim şartının şirket alacaklılarını bağlaması.....	84
3.3.4.5. Sorumluluk davalarının özel durumundan dolayı yapılması gerekli bir inceleme: tahkim şartının iflas idaresini bağlaması.....	84
3.3.5. Sorumluluk Davasının Paralel Yargılamalara Sebep Olması Durumu.....	85
3.3.5.1. Genel olarak.....	85
3.3.5.2. <i>Lis pendens</i> itirazı ve tahkime uygulanma olanağı.....	86
3.3.5.2.1. <i>Lis pendens</i> in anlamı.....	86
3.3.5.2.2. <i>Lis pendens</i> itirazının mahkeme-tahkim şeklindeki paralel yargılamalarda uygulanabilir mi?	87
3.3.5.3. <i>Res judicata</i> ve tahkime uygulanması.....	91
3.3.5.3.1. <i>Res judicata</i> 'nın anlamı.....	91
3.3.5.3.2. <i>Res judicata</i> 'nın tahkim-mahkeme şeklindeki paralel yargılamalara uygulanması.....	92
3.3.5.4. Dava karşıtı emir - <i>anti-suit (arbitration) injunction</i>	93
3.3.6. Sorumluluk Davası Hakkında Verilen Hakem Kararının Tenfizinin Paralel Yargılamaların Varlığı Halinde Mümkün Olup Olmayacağı.....	95
BÖLÜM 4: SONUÇ.....	97
BÖLÜM 5: KAYNAKÇA.....	101

KISALTMALAR

KISALTMALAR:

AAA	American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Derneği)
Arb.	Arbitration (Tahkim)
Art.	Article (Madde)
b.	bent
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BGH	Alman Federal Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
eTTK	Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ISCID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
ISTAC	İstanbul Tahkim Merkezi

İBBGK	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İşK	4857 sayılı İş Kanunu
İTOTAM	İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi
İÜFHM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırım
KHÜHFD	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LCIA	London Court of International Arbitration (Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi)
LHD	Legal Hukuk Dergisi
m.	Madde
MÖHUK	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
R.G.	Resmi Gazete
s.	sayılı
S.	Sayı
Sec.	Section (Madde)
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
TBB	Türkiye Barolar Birliği

TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
vd.	ve devamı
Y.	Yıl

BÖLÜM 1: GİRİŞ

Çalışmamızda ele alacağımız konu özellikle son yıllarda oldukça tercih edilmeye başlanan tahkim yargılamasının anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davalarına yansımalarının ne ölçüde olacağını ölçecektir. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için çalışma içerik bakımından iki ana kısımdan oluşmaktadır. Aynı zamanda çalışmanın da ikinci bölümünü oluşturan birinci kısım; anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu davasına ilişkin genel açıklamalarımızın yer aldığı bölümdür.

Bu ikinci bölümde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasına ilişkin genel açıklamalara yer verilmesinin yanı sıra, sorumluluk davasının tarafları ve taraf sıfatının nasıl oluşacağı ile sorumluluğu sona erdiren haller üzerinde özel olarak durulmuştur. Bu sayede sorumluluk davası ile tahkimin kesişimine giden yolda davanın bir açılımını sunmak amaçlanmıştır.

Bu çalışmanın üçüncü bölümüm oluşturan ikinci kısımda ise; öncelikle tahkim yargılamasıyla ilgili genel bir giriş ve asıl konumuzu açıklarken temas edilecek tahkim yargılamasına ilişkin kurumlar açıklanmıştır. Devamında çalışmamızın esas cevap aradığı soru olan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceğine cevap aranmaktadır. Bu kapsamda bir tahkim şartının esas sözleşmede yer alıp alamayacağı tartışıldığı gibi devamında bu tahkim şartı ile pay sahiplerinin ve yönüm kurulu üyelerinin nasıl bağlı kılınabileceğine ilişkin hem *de lege lata* hem de *de lege ferenda* görüşlerimiz açıklanmıştır. Esas sözleşmede yer alan tahkim şartının bağlayıcılığı tartışması yönünden ilgili bölümde tahkim şartının bir korporatif mi yoksa korporatif olmayan esas sözleşme hükmü olup olmadığı yönünde incelemelerde bulunulmuş, bu kavramlar açıklandıktan sonra görüşümüz de açıklanmıştır. Yapılan tüm incelemelerle görüşlerimiz Yargıtay'ın tahkim iradesi kriterine uygun çözümler getirmeye çalışmıştır. Özellikle bu bölümde yer verilen İsviçre, Alman, Amerikan ve İngiliz

hukukundan çözüm önerileri ile Türk hukuku açısından ufuk açılmaya çalışılmış ve bu yönde katkı sağlanmaya çalışılmıştır.



BÖLÜM 2: ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU DAVASI

2.1. Sorumluluk Davasının Şartları

Her dava gibi, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası ikame edilebilmesi için belli olumlu şartların varlığı ile olumsuz şartların bulunmaması gerekecektir. Bu şartlar bir yandan maddi hukuktan, diğer yandan da usul hukukundan doğan şartlardır. Bu şartlar gerçekleşmeden açılacak sorumluluk davası, eksiklik olan dava şartına göre gerek usulden gerekse esastan reddedilebilecektir.

2.1.1. Sorumluluk Davasının Maddi Şartları

Sorumluluk davasında, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin ihlalinin dolaylı hukuki sorumluluklarına hükmedilebilmesi için öncelikle ortada bir sorumluluğun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayalı olduğu için¹, sorumluluğun unsurlarını TBK genel hükümlerine bakarak belirlememiz gerekmektedir. Tabi, bu konuda özel hüküm olan TTK m. 553'te bulunduğu için bu maddenin de incelenmesi gerekir.

TBK m. 114/2'ye göre, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sözleşmeye aykırılık hallerine de kıyasen uygulanacağı için, bu sorumluluğun oluşması için gerekli unsurları haksız fiil sorumluluğunun oluşması için hangi unsurlar gerekliyse o unsurlar olarak tespit etmek doğru olacaktır. Bu bakımdan haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 49/1'in incelenmesi gerekmektedir. Bu maddeye

¹ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 277; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970) 124; Sait Kemal Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967), 98; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 389; Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: BTHAE, 1972), 102; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I* (Ankara: BTHAE, 2013), 453; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 363; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 431; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (İstanbul: Gün Matbaası, 1974), 156; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Güngören Tekinalp, "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu" *İÜHFM Atatürk'e Armağan* 45, no.1-4, (1981): 380; Hamdi Yasaman, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları", *GÜHFD Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu* 12, no.2, (2013): 105.

göre, hukuka aykırı bir fiille, kusurlu olarak başkasına zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bu tanımdan haksız fiile ilişkin sorumluluğun dolayısıyla sözleşmeye aykırılıktan kaynaklı sorumluluğun, hangi unsurların varlığı halinde oluşacağı ortaya çıkmaktadır.

TTK m. 553'in incelenmesi sonucunda da farklı bir sonuca varılamayacaktır. Gerçekten de, TTK m. 553'e göre, yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlal etmeleri halinde verdikleri zarardan sorumlulukları doğacaktır.

Dolayısıyla sorumluluğun unsurlarını, yani sorumluluk davasının maddi şartlarını; hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı olarak tespit edebilmek mümkündür².

2.1.1.1. Hukuka aykırı fiil

Yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları bir fiilden sorumluluklarının doğması için öncelikle bu fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka aykırı fiilin tam anlamıyla bir tanımı bulunmamakla birlikte, hukuka uygun hale getiren sebeplerden birisinin bulunmaması halinde, emredici kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen fiiller olarak tanımlamak mümkündür³.

Gerçekten de, hukuka aykırı olmayan bir fiil sonucunda herhangi bir sorumluluğun oluşması beklenemez. TTK m. 553'te bu hukuka aykırı fiil unsuru "kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal" şeklinde işaret edilmiş olup yönetim kurulu üyelerinin bu şekilde kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden birisini ihlal etmesi halinde hukuka aykırı fiil gerçekleştirmiş olacaklardır.

²Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C. 1-2*, çev. Cevat Edege, (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 361 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 540; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 361 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 12; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 11.

³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 611; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I1*, 14.

Hukuka aykırı fiil bir yapma ile gerçekleşebileceği gibi, bir yapmama ile de gerçekleşebilir⁴. TTK ve SerPK’de⁵ çeşitli hükümlerde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna sebep olabilecek yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin ihlali hukuka aykırı fiil unsurunu doğuracaktır⁶.

TTK m. 553/1’de düzenlenen kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu gerektirecek filleri yönünden geniş bir çerçeve çizmektedir. Bu maddede düzenlenen hukuki sorumluluk hali, aşağıda ele alacağımız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumlu olacaklarının özel olarak düzenlendiği filleri içeren TTK m. 549-552’den farklıdır⁷. Yönetim kurulu üyelerinin her alanda kendisine temas eden TTK m. 369’da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğünün ihlali de bu madde kapsamında kanundan doğan görev ve yükümlülüklerin ihlali anlamına gelecek olup sorumluluğu gerektirebilecektir⁸.

2.1.1.2. Kusur

2.1.1.2.1. Tanım ve anlam

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda diğer incelenmesi gereken unsur kusurdur. Burada tespit edilmesi gereken yönetim kurulu üyesinin hukuka aykırı fiile kusuru ile sebep olmasıdır. Biraz geriye çekilerek bakmamız gerekirse kusurun tanımını yaparak başlamanız doğru olacaktır. Doktrindeki hakim görüşe göre ve Yargıtay’ın da kabul ettiği tanıma göre kusur, bir kimsenin hukuk tarafından uygun görülmeyen, olması gerekenin dışında olarak nitelendirilen davranış biçimine verilen

⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 542; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 362; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 13; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 12.

⁵ R.G. 30 Aralık 2012, S. 28513.

⁶ Mesela hukuk işlerinden sorumlu olarak görevlendirmesi yapılan yönetim kurulu üyesinin bir devralma işlemindeki hukuki *due diligence* sırasındaki bir olumsuzluğun yönetim kuruluna rapor edilmemesi veya yönetim kurulu üyesinin (ve tabi kurulun) buradaki TTK m. 375/1, b. (e)’den doğan üst gözetim fonksiyonunu yerine getirmemesi örnek olarak verilebilir.

⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 376-377.

⁸ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 304-305; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 228; Görev ve yükümlülük kavramlarının farklı olduğuna ve sadece yükümlülüklerin sorumluluk davası açmaya imkan verdiğine ilişkin görüş için bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 379-380.

addır⁹. Yani, ortalama nitelikteki bir kişiden beklenen ortalama davranış ne ise yani olağan ne ise ondan ayrılmak şeklindeki bir davranış kusurdur¹⁰.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun unsurlarına kıyasen uyguladığımız haksız fiil unsurlarından olan kusur, kasti veya ihmali bir davranış sonucu gerçekteşebilir. Yani sorumlu tutulacak üye, sorumluluğuna sebep olacak hukuka aykırı duruma bile isteye sebep olabileceği gibi, sorumluluğuna sebep olacak hukuka aykırı durumu o durumun gerçekteşmemesi için gerekli önlemleri bilerek almayarak bir eylemsizlik hali ile de sebep olabilir. Hatta yönetim kurulu üyesi, bir durumun gerçekteşmemesi yüzünden sorumlu olacaksa ve gerçekteşmesi gereken bir duruma kasten engel oluyorsa veya ihmali ile gerçekteşmesi için gerekli aksiyonları almıyorsa da söz konusu hukuka aykırı fiile kusuru ile sebep olduğu söylenebilir¹¹. Yine ihmal durumunda eylem hali de mevcuttur¹². Bu ayırım yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğundaki kusur unsurunun tespiti bakımından önem teşkil etmekte olup borçlar hukukundaki kusurun derecelendirilmesi kadar önem arz etmez. Çünkü, TTK m. 553/1'in gerekçesinde de belirtildiği üzere, TTK'nın benimsediği sisteme göre, yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğundaki kusur unsurunun tatmin edilmesinde kast veya ihmalin olması veya bunların derecelerinin olması hukuki sorumluluğun oluşması sonucuna etki etmeyecektir¹³. Kusurun derecesi sadece sorumlu olunan tazminat miktarının tayininde etkili olacaktır.

⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 594; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 404; Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. 1-2*, 377-378; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 54; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 45; Yargıtay HGK 2014/77 E., 2015/1712 K., 19 Haziran 2015 tarihli kararında, "...Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. ..." şeklinde doktrindeki hakim görüşün tanımı ile ittifak ettiğini göstermiştir (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 25 Ekim 2023).

¹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 595; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 46.

¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 599 vd.

¹² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 601.

¹³ Akdağ Güney, *Anonim şirket Yönetim Kurulu*, 312; şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 420.

2.1.1.2.2. Kusurun objektifleştirilmesi

Kusurun hangi ölçüte göre belirleneceğinin tespit edilebilmesi amacıyla doktrinde, kusurun objektifleştirilmesi adı da verilen, ihmalin ölçüsünün hukuka aykırı fiili işleyen işinin, faaliyetinin, yaşının, olayın somut şartlarının ve mesleği gibi durumların göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Bu da somut inceleme konumuza uygulandığı zaman, yönetim kurulu üyelerinin kusur ölçütü bakımından kendileri ile aynı şartlarda makul bir yönetim kurulu üyesinden bu davranışın beklenip beklenmeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği sonucunu doğuracaktır. Esasen bu ölçüte TTK m. 369'daki özen yükümlülüğü penceresinden de bakılması mümkündür. Zira, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın gerçekleştirilmesi aynı zamanda kusurun oluşmasına da sebep olabilir¹⁵.

Maddeye göre, yönetim kurulu üyeleri görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeli ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmelidir. İşte bu tedbirli yönetici ifadesi esasen hukuki sorumluluk unsurlarından olan kusur bakımından ölçüt olarak ele alınmalıdır¹⁶. Zira, borçlar hukukunda ifade edilen kusurun objektifleştirilmesi tam da ticaret hukuku yönünden bunun karşılığıdır.

Tedbirli yöneticiden kasıt, aynı şirket içerisinde, aynı koşul ve durumlar içerisindeki ve aynı zaman diliminde yöneticilik yapan, tedbirli ve varsayımsal bir kişinin olması gereken davranışlarıdır¹⁷. Bu da yönetim kurulu üyesi bakımından beklenen

¹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 602; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 53-54.

¹⁵ Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 125; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 419-420; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 387; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 199; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 657; Yargıtay 11. HD, 2015/7187 E., 2016/6792 K. 17 Haziran 2016 tarihli kararında, “Statüleri gereği basiretli bir tacir gibi hareket etmek durumunda olan davalı ... üyelerinin (E-TTK'nın 320/1. md.), bunları zamanında tahsil etmemesi, bu yönde herhangi bir faaliyette bulunmaması zarar oluşturduğu gibi, davalılar yönünden de kusur teşkil eder.” (<https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 25 Ekim 2023)

¹⁶ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 319; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 387; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 432; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 657; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 423.

¹⁷ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 213; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 423; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 657; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 73.

davranışın alt sınırını teşkil eder. Daha genel bir ölçütten çok eşitler arasında genel bir ölçütün tespit ve baz alınması gerekmektedir.

Bu alt sınırın yanı sıra, yönetim kurulu üyelerinin kendi bilgi ve birikimleri, yönetim kurulu içerisinde yer alan hangi kurul veya komisyon üyesi olduğu ya da hangi işlerden sorumlu yönetim kurulu üyesi olduğu, yönetim kurulunun hukuki sorumluluğuna esas teşkil edecek fiilin gerçekleşmesinde sahip olduğu mesleğin durumu daha iyi analiz etmesini sağlayarak bu durumun önüne geçip geçemeyeceği, tecrübesi gibi somut durumlar o yönetim kurulu üyesinden beklenen davranışın alt sınırından daha yüksek bir beklenti sınırına uzaklaşılmasını sağlar¹⁸. Bu açıklamalardan da ortaya çıkan, her bir yönetim kurulu üyesinin vasıfları, ve konumları, şirket içerisindeki diğer görevleri ve tecrübesi gibi özen ve dikkat seviyesinin daha yüksek olmasını sağlayan etkenleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir¹⁹.

Tedbirli bir yönetici gibi davranmak, TTK m. 369/1'in gerekçesine göre, Yargıtay'ın sert bir şekilde uyguladığı basiretli işadamı ölçüsünden farklı bir ölçüyü ifade etmektedir. Yine gerekçeye göre, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine

¹⁸ Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 118-119; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 316; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 218-219; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 422; Mimaroğlu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*, 30; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 72; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 417 vd. ve özellikle 417 dn. 19.; Yine yönetim kurulu üyelerinin kusuru bakımından özellikli durumlar ortaya çıkabilmektedir. Mesela Yine yönetim kurulu üyelerinin kusuruna ilişkin ele alınacak ölçüde birtakım özellikli durumlar ortaya çıkabilir. Mesela yönetim kurulu üyesi, hukuki sorumluluğa neden olacak toplantıya katılmamış olabilir. Bu gibi durumlarda kusurun tespitine ilişkin bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 321-324; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 142-143, Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 76; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 126; Mimaroğlu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*, 42; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 421.

¹⁹ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 219; Buna bir örnek vermek gerekirse, mesela anonim şirketin, İtalya'ya ürün göndermek için bir taşıma sözleşmesi imzaladığını düşünelim. Bu örnek de anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin arasında hukukçu bir üyenin bulunduğunu ve imzalanacak sözleşme hakkında olumlu görüş verdiğini, bu sebeple diğer yönetim kurulu üyelerinin de bu sözleşmeye onay verdiğini ele alacak olursak, daha sonra sözleşmede şirketin aleyhine hükümler yer aldığı ortaya çıktığında ve bu aleyhe hükümler uygulanarak şirket zarara uğramışsa, hukukçu üyenin özen ve dikkat seviyesi, hukukçu olduğu için, diğer yönetim kurulu üyelerinden yüksek olması gerektiğinden, bu olayda sorumluluğu diğer unsurların da varlığı halinde gündeme gelecektir. Diğer yönetim kurulu üyeleri ise başkaca subjektif unsurların var olmadığı ihtimalinde, hukukçu olmadıkları için sözleşmeye ilk bakışta her ortalama yönetim kurulu üyesinin fark etmesi gereken noktaları fark edemez ise sorumlu olacaklardır.

göre bir “işadamı kararı” vermiş olması halinde, bu karardan sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Bu “işadamı kararı” tedbirli bir yönetici olarak davranmanın bir boyutunu açıklamaktadır. Bize göre “işadamı kararı” terimi yerine “ticari takdir kuralı” terimi daha uygun olup bundan sonra bu terim ile hareket edeceğiz²⁰. Dolayısıyla tedbirli bir yöneticinin ortaya çıkan bir zarardan sorumluluğunun olup olmadığı ortada onu sorumluluktan kurtarabilecek bir ticari takdir kuralının bulunup bulunmadığına bağlı olup varlığı halinde yönetim kurulu üyesinin kusurundan da söz edilemeyecektir²¹.

Bu kurala göre, yönetim kurulu üyeleri, şirket çıkarlarına uygun, menfaat çatışması içerisinde girmeyecek bir şekilde ve yeterli bilgiye sahip olarak hareket etmekteyse, yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları işletmesel kararların²² ileride yarattığı zararlardan geriye dönük olarak sorumlu tutulmaları mümkün olmamalıdır²³. Artık bu durumda yönetim kurulu üyesinin hukuka aykırı davranışından ve kusurundan söz edilemeyecektir²⁴.

Ticari takdir kuralının somut olaya uygulanabilirliği, yerindelik denetimine tabi tutulmayarak²⁵, şartlar sadece olaydan önceki bir andan geleceğe yönelik bakış açısına (*ex ante*) göre değerlendirilecektir²⁶.

²⁰ Ticari takdir kuralı ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğuna ilişkin bkz. Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 240-242.

²¹ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 189; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 248; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 421.

²² Yargıtay HGK 2010/9-272 E., 2010/276 K., 02 Haziran 2010 tarihli kararında da belirtildiği üzere, işletmesel karar, en basit tabiri ile; işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzeltilmesi konusunda alınacak kararlar olarak tanımlanabilir. (www.kazanci.com.tr, 27 Ekim 2023).

²³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 189; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 385; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 301; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 433; Mallor vd., *Business Law and the Regulatory Environment*, 910; Fiili organların bu korumadan yararlanamayacağına ilişkin bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 193

²⁴ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 301.

²⁵ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 189-190; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 421; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 385

²⁶ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 296-297; *Ex post* değerlendirmenin eleştirisi için bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 659-660; Kararın yerindelik denetimi Mahkeme yetkisine girmemekle birlikte Yargıtay’ın farklı farklı uygulamalar yaptığını ve eski kanun dönemindeki kararlarında somut olayları olaydan sonraki bir andan geçmişe yönelik bir bakış açısı ile (*ex post*) yerindelik denetimine tabi tuttuğunu ve buna göre

2.1.1.3. Zarar

2.1.1.3.1. Genel olarak ve tanımı

Hukuki sorumluluğun söz konusu olabilmesi için var olması gereken bir diğer unsur da zarardır. Gerçekten de yönetim kurulu üyesinin kusuruyla işlediği hukuka aykırı fiili ile bir zarara sebep olması gerekeceğinden bir zararının olmaması halinde, yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğunun doğmayacağı açıktır.

Zarar, herhangi bir şekilde ama maddi ama manevi olarak bir eksilmeyi işaret etmektedir. Zarar, bir kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında iradesi hilafına gerçekleşen eksilme veya artışın önlenmesi olarak tanımlanabilir²⁷.

Zararın Borçlar Hukuku bakımından oldukça çeşitli sınıflandırması mevcut olsa da, bunlardan yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu davasını ilgilendiren doğrudan ve dolayısıyla zarar ayırımıdır. Zararın türleri bakımından yapılan bu ayırım esasen maddi zararın alt türleri bakımından bir ayrımı ifade etmektedir²⁸.

2.1.1.3.2. Doğrudan ve dolayısıyla zarar ayırımı

2.1.1.3.2.1. Doğrudan zarar

Doğrudan zarar kavramsal olarak, hukuka aykırı fiilin sonucunda olan her türlü zarar olarak adlandırılabilir²⁹. Bu zarar türünde fiil doğrudan doğruya zarar gören nezdinde, bir olumsuz etki yaratarak malvarlığının eksilmesine veya artışının önlenmesine sebep olmaktadır³⁰.

değerlendirme yaptığı görülmektedir. Bkz. Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 286.

²⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 545 ve 550-551; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 386-387; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 64-69; Yargıtay HGK, 2010/4-130 E., 2010/161 K. 17 Mart 2010 tarihli kararı (<https://legalbank.net/>, 05 Kasım 2023); Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 39-40.

²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 545 vd.; Zararın diğer sınıflandırmaları çalışmamız kapsamına girmemekle beraber bu sınıflandırmalar hakkında bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 550 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 387 vd.

²⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 553; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 70; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 390; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 43.

³⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445- 446 Poroy, Tekinalp ve Tekinalp, "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", 381; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 390; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 645; İstanbul BAM, 14. HD., 2018/161 E., 2018/758 K., 13 Temmuz 2018 tarihli kararında, "Doğrudan zarar, anonim şirket ortaklarının veya

TTK m. 553/1’de de bu esastan hareketle, yönetim kurulu üyelerinin hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarını karşı verdikleri zarardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Kanun, “verdikleri zarar” ifadesiyle doğrudan zararı işaret etmiştir³¹. Burada hüküm itibarıyla doğrudan zararın iki gruba ayrılarak ifade edilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, şirketin doğrudan uğradığı zararlardır. Gerçekten de, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı fiili sonucu ortaya çıkan zarar, şirketin doğrudan doğruya malvarlığında eksilmeye veyahut artışın gerçekleşmemesine, yani olağan gidişata göre şirketin aktiflerinin artması beklenirken aktifin artış göstermemesine sebep olmaktaysa, şirket doğrudan bir zarara uğramış olacaktır³². Yönetim kurulu üyelerinin verecekleri zararın şirkete dolaylı olarak sirayeti mümkün olmayıp, her halükarda şirketin bu zarardan etkilenmesi doğrudan olacaktır.

İkinci olarak ele alınması gereken grup ise pay sahipleri ve alacaklılardır. Pay sahipleri, şirketin de hissedarı oldukları için şahsi malvarlıkları bakımından zarar görebilir. Ha keza, şirket alacaklılarının şirketin uğradığı zarardan bağımsız olarak şahsi malvarlıkları bakımından zarara uğramaları da mümkündür. İşte pay sahiplerinin veya alacaklıların bu şekilde, bu sıfatlarından ötürü, şirketten bağımsız şahsi malvarlıklarında oluşan zararlar doğrudan zarar olarak adlandırılmaktadır³³. Bu grubun zararının oluşması, şirketin zararının oluşmasından bağımsız olduğu için, bir pay sahibi veya alacaklı doğrudan zarara uğramışken şirketin zarara uğramamış olması da mümkündür.

Bu duruma, yöneticilerin alacaklıları zarara uğratmak maksadıyla şirket malvarlıklarını içi boş işlemlerle azaltması, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının ihlal edilmesi, yönetim kurulu üyelerinin alacaklılardan şirketin iflasın eşiğinde

alacaklılarının, yönetim kurulu üyelerinin filleri sonucunda, şirketin zararından bağımsız olarak uğradıkları zararlardır.” (<https://emsal.uyap.gov.tr/>, E.T. 06 Kasım 2023).

³¹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 389; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 422.

³² Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 390; Yasaman, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, 104.

³³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 295; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445-446; Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 46-47; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 421; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 131.

olduğunu saklamaları, pay sahiplerinin pay devrinin bilerek zorlaştırılması için pay senetlerinin teslim edilmemesi gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir³⁴.

2.1.1.3.2.2. Dolayısıyla zarar

Dolayısıyla zarar, en kısa haliyle doğrudan zarar olarak nitelendirilemeyen zararlardır. Bu zararlar, hukuka aykırı fiilin sonucunda doğrudan doğan zararlar değil, bu fiilin yarattığı sonucun etkisi ile başkalarına yansıyan zararlardır³⁵. Yansıma zararlardan kural olarak sorumluluk doğmasa da bunun istisnaları kanunla belirlenir³⁶. TTK m. 555/1 ve m. 556'da düzenlenen pay sahiplerinin ve alacaklıların şirketin doğrudan zarara uğramasından dolayı kendilerine yansıyan zararların tazminini talep edebilmeleri³⁷ de bu istisnalardan birisidir.

Esasen bu açıklamamız ile doğrudan – dolayısıyla zarar ayrımı da netleşmiş olmaktadır. Gerçekten de, doğrudan zararda hukuka aykırı fiil sonucu pay sahipleri ve alacaklıların malvarlıkları şirketten bağımsız bir şekilde zarara uğrayabilmekteyken; dolayısıyla zararda, şirketin zarara uğraması sebebiyle pay sahipleri ve alacaklıların bir zararı oluşmakta, yani şirketin zararı bir ön şart haline gelmektedir.

Dolayısıyla zarara, spekülasyon kredilerin açılması, gerçek olmayan kar dağıtımı gibi, şirket pay senetlerinin rayiç bedellerini düşüren ve kar payını azaltan yönetim kurulu üyesi fiilleri örnek olarak gösterilebilir³⁸.

³⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 446; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 390; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 646.

³⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 553; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 70; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 391; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 43.

³⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 391.

³⁷ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 297; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 127; Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*, 48; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 443; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 397; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 422; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 647; Poroy, Tekinalp ve Tekinalp, "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", 383; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 131; İstanbul BAM, 14. HD., 2018/161 E., 2018/758 K., 19 Temmuz 2018 tarihli kararında, "Dolaylı zarardan ise, ancak ortaklığın zarara uğraması ve bu zararın ortaklığın mal varlığında bir azalmaya sebep olması halinde uğranılan zarar anlaşılır. Ortaklığın zararı, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararlarının ön şartıdır..." (<http://www.kazanci.com>, E.T. 07 Kasım 2023).

³⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 443; Yine örnekler için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 648.

TTK dolayısıyla zarardan kaynaklı taleplerin istenebileceğini, 555 ve 556 ncı maddelerinde kabul etmiş olup hukuka aykırı bir fiilden dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminini talep hakkı bulunmaktadır³⁹.

2.1.1.3.3. Manevi zararın, zarar unsurunu oluşturup oluşturamayacağı sorunu

Kanundaki düzenlemelerden ortaya çıkan doğrudan ve dolayısıyla zarar ayrımı, maddi zararın bir alt ayrımı olarak görüldüğü için, manevi zararın, hukuki sorumluluk içerisinde yönetim kurulu üyelerinden istenip istenemeyeceği konusunun özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁰, manevi zararlar da aynı maddi zararlar gibi yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin davada talep edilebilir. Yani, manevi bir zarar da hukuki sorumluluğun zarar unsurunu karşılayabilir. Manevi zarar şahsın kendi maneviyatının zedelenmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan bir zarar olduğu için, manevi zararın doğrudan zarar davasına konu edilmesi gerekmektedir⁴¹.

2.1.1.4. İlliyet (nedensellik) bağı

TBK m. 49'un kıyasen uygulanması sonucunda hukuki sorumluluğa ilişkin incelenmesi gereken son unsur, kusur ile işlenen hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zararın arasındaki ilişkiyi kuran illiyet bağıdır. İlliyet bağı, bir fiil ile sonucu arasında yer alan sebep-sonuç ilişkisidir⁴². Burada illiyet bağının tespiti için bakılması gereken,

³⁹ Talep edebilecek kişiler ve detayı için bkz. 1.3.1. nolu başlık.

⁴⁰ Aynı yönde, Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 434; Manevi zarar talebinin bir doğrudan zarar talebi olduğuna ilişkin bkz. Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 50; Pay sahiplerinin manevi tazminatı TTK m. 371/5'e göre talep edebileceklerine ilişkin bkz., Murat Can Pehlivanoglu "Pay Sahiplerinin Manevi Tazminat Hakkı ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu" *BATİDER* 38, no.2, (2022): 216-217.

⁴¹ İstanbul BAM, 14. HD., 2018/1746 E., 2020/163 K. 13 Şubat 2020 tarihli kararında, "Dava, davacının ortağı olduğu şirketin yöneticisinin rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle şirketin zarara uğratıldığından bahisle şirket yöneticisine karşı açılan maddi manevi tazminat davası ve ... Diğer taraftan, davacının, davalı ...'undan manevi tazminat istemiş olduğu da görülmektedir. Davacının manevi tazminat talebi, kendi kişilik hakkının zarar gördüğü iddiası niteliğinde olup, manevi zararın dolaylı zarar olduğundan söz edilemez. Davacının kişilik hakları zedelenmiş ise bu davacının doğrudan zararıdır. İlk derece mahkemesince manevi tazminat talebi yönünden işin esasına girilerek inceleme yapılması gerekirken bu hususta hiçbir değerlendirme yapılmamış olması da usule aykırıdır." (<https://emsal.uyap.gov.tr/>, E.T. 09 Kasım 2023).

⁴² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 561; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 71-72; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 397.

bu hareket olmasaydı bu sonuç ortaya çıkacak mıydı yoksa çıkmayacak mıydı sorusunun cevaplanmasıdır. Eğer çıkmayacak sonucuna varılıyorsa ortada illiyet bağının varlığından söz etmemiz gerekir.

Bununla birlikte, zararın birden fazla hukuka aykırı fiilin bir araya gelmesi ile de doğabilmesi mümkündür. Bu durumda birden çok hukuka aykırı fiilin bir araya gelmesi ile ancak zararın ortaya çıkması durumu ortak illiyeti; birden çok hukuka aykırı fiilin birbirinden bağımsız şekilde, ayrı ayrı zararı oluşturmada elverişli olması halinde yarışan (müterafik) illiyet; zararı meydana getiren hukuka aykırı fiillerden hangisinin bu sonucu doğurduğunun belirlenemediği durumda ise seçimlik illiyet söz konusu olmaktadır⁴³. Yine, illiyet bağının varlığından söz edebilmemiz için illiyetin kesilmesine sebep olacak durumlardan birisinin olmaması gerekmektedir⁴⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğun da unsurlarından birisi olan illiyetin uygun illiyet teorisine göre tespiti gerekmektedir⁴⁵. Uygun illiyetten kasıt, zararın meydana gelmesinde hayatın olağan akışı içerisinde etkili ve elverişli olabilecek hukuka aykırı fiil ile arasındaki ilişkidir⁴⁶.

⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 571-575; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 83-88; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 402; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 52-54.

⁴⁴ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 581 vd.; Yine Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 403 vd.; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 79 vd.

⁴⁵ Sorumluluk hukuku bakımından Türk-İsviçre ve Alman doktrini uygun illiyet teorisini hakim şekilde desteklemektedir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 565; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 398; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 76-77; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 45 vd.; Yargıtay HGK, 2017/2008 E., 2019/172 K., 19 Şubat 2019 tarihli kararında, “Hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse ancak bu fiilinin sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bir kimseden fiilinin sebep olmadığı bir zararın tazmininin istenememesi mantık icabıdır. Şu hâlde zarar ile fiil arasında mantiki illiyet bulunmayan bir zararın tazmini istenemez. Fakat fiille mantiki illiyet bağı bulunan bütün zararlardan faili sorumlu tutmak da adil olmayabilir. Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlara olan mantiki illiyet bağına uygun illiyet bağı denilmektedir. Mantiki illiyet zinciri içinde bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır.”(<https://www.lexpera.com.tr/>, E.T., 16 Kasım 2023).

⁴⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 565; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 77; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 398; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 45.

2.2. Sorumluluk Davasının Usuli Şartları

2.2.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

TTK m. 5/A'ya göre, TTK'nın 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açmazdan evvel bir dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurulması gerekmektedir. TTK m. 4/1,(a) 'ya göre, TTK içerisinde düzenlenen dava türlerinin hepsi tarafların tacir olup olmadıklarına dahi bakılmaksızın ticari birer dava sayılır. Doktrin ve uygulamada bu cinsten davalara mutlak ticari dava adı verilmektedir⁴⁷. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu davası da TTK'da düzenlendiğinden ve bu sebeple bir mutlak ticari dava olduğundan ayrıca da niteliği gereği bir tazminat davası olduğundan, TTK m. 5/A'ya göre dava şartı olarak arabuluculuk yoluna tabidir⁴⁸.

Dolayısıyla arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın anonim şirket yönetim kurulu üyesine karşı bir sorumluluk davası ikame edilmesi halinde, dava HMK m. 115/2'ye göre, usulden reddedilir. Yine HUAK m. 18/A/2'ye göre, dava dilekçesi ekine tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşamadığına dair tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylı bir örneği eklenmelidir.

Yine, HUAK m. 18/A/18'e göre, tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanamaz. Dolayısıyla çalışmamızın 4. Bölümünde incelenecek anlamda geçerli ve bağlayıcı bir tahkim şartı esas sözleşmeye konulabilirse, bu tahkim şartının varlığı karşısında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaksızın doğrudan tahkim yargılamasına gidilebilecektir.

⁴⁷ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: BTHAE, 2018), 107-108; İstanbul BAM 19. HD., 2019/1062 E., 2019/937 K., 11 Nisan 2019 tarihli kararında, “Ticari davalar, mutlak ticari davalar, nisbi ticari davalar, yalnızca bir ticari işletmeyle ilgili olmasına rağmen ticari nitelikte kabul edilen davalar olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari sayılan davalarlardır.” şeklinde ticari davalarda yer alan ayrımı açıklamıştır (www.turkhukuk sitesi.com, E.T. 18 Kasım 2023).

⁴⁸ Özkes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 152; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 423.

2.2.2. Şirketin Açacağı Doğrudan Zarara Dayalı Sorumluluk Davasında Özel Bir Dava Şartı Tartışması: Genel Kurul Kararının Gerekip Gerekmeyeceği

Anonim Şirketin, doğrudan zararının tazmini için yönetim kurulu aleyhine açacağı hukuki sorumluluk davasında, eTTK m. 341'e göre genel kurul kararı alınması gerekmekteydi. Yargıtay ise bu düzenlemeden hareketle, genel kurul kararını özel bir dava şartı olarak aramaktaydı. Tarihsel süreç içerisinde, genel kurul kararı tamamlanabilir bir özel dava şartı eksikliği olarak kabul edilmişti⁴⁹. Daha sonra yeni TTK'nın getirdiği sistemde ise şirketin açacağı doğrudan zarara dayalı sorumluluk davalarında açık bir şekilde genel kurul kararı aranmamış olmasına rağmen, TTK m. 408/1'de yer alan genel kurulun kanunda (ve esas sözleşmede) açıkça öngörülmesi hallerde karar alacağı hükmü ve TTK m. 479/3, b. (c)'de genel kurul oylamasında bazı paylarda bulunan imtiyaz hakkının ibra ve sorumluluk davası açılmasında kullanılamayacağının ifade edilmesi karşısında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan bizim de katıldığımız birinci grup görüşe göre, sorumluluk davalarında dava şartı olarak genel kurul kararının dava şartı olarak aranmayacaktır⁵⁰.

ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP), eTTK aksine, yeni TTK'da açık bir şekilde genel kurul kararının aranacağı düzenlemesi bulunmadığından ve dava şartlarının açıkça düzenlenmesi gerektiğinden, genel kurul kararının bir dava şartı olarak aranmayacağını, TTK m. 408/1'e dayanılarak böyle bir sonucun çıkartılmasının da mümkün olmadığını, çünkü TTK m. 479/3, b. (c)'de açıkça genel kurul kararının aranacağını belirtilmediğini, TTK m. 408/1'in de sadece kanunda açıkça genel kurulun karar alacağını açık bir şekilde belirtilmesi halinde uygulanabileceğini ve

⁴⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 440.

⁵⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 440-441; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 332; Açıkça genel kurul kararı yönünden görüşünü belirtmemekle birlikte, dava hakkının yönetim kurulunda olduğu ve yeni kanunda eTTK'da yer alan denetçilerin dava açma hakkının bulunmadığına ilişkin bkz. Yasaman, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları", 106; Helvacı, "Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı", 157 ve 160; Helvacı, "Yenilikler", 356; Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 96-97; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 178 vd.; Sevdâ Bora Çınar, "Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme", *Turkish Academic Research Review* 4, no.2 (2019): 249.

genel kurulun aldığı bir sorumluluk davası açma kararının olsa olsa tavsiye niteliğinde olduğunu ifade etmektedir⁵¹.

AKDAĞ GÜNEY'e göre, TTK m. 479/3, b. (c)'de zımni olarak bir genel kurul kararından bahsedilmiş olsa da, bu genel kurul kararı eTTK dönemindeki gibi bir dava şartı olarak nitelendirilemeyecektir⁵².

HELVACI'YA göre, yeni TTK, genel kurul kararını bir zorunluluk olarak öngörmediyse de, belirli durumlarda genel kurul kararına ihtiyaç duyulabilecektir. Tartışma konusu olan TTK m. 479/3, b. (c) hükmü; menfaat uyuşmazlıkları yaşanması durumunda genel kurulun alacağı kararların kanuni dayanağını oluşturacak, ancak bu dayanak, dava açılması için münhasıran genel kurul kararının aranması anlamına da gelmeyecektir. Yazar sonuç olarak, bu düzenlemenin sadece genel kurul kararı ile de sorumluluk davası açılabilceğini gösteren bir "dayanak hükmü" olarak yorumlanması gerekeceğini ifade etmektedir. Yine yazara göre, halin icabı bir genel kurul kararı gerektirse dahi, sorumluluk davasını açma hakkı yönetim kuruluna aittir⁵³.

ÖZEKES/ SEVEN/ MERİÇ'e göre, yönetim kurulu üyeleri üst gözetim görevleri ve her türlü iş ve işlemler hakkında karar alabileceklerinden genel kurul kararı olmaksızın yönetim kurulu, sorumluluk davasını açabilecektir. Ancak yazarlar, şirket yönetim kurulunun dava açamayacağı hallerde bir genel kurul kararına da ihtiyaç duyulabileceğini ifade etmişlerdir⁵⁴.

İkinci grup görüşe göre ise yönetim kurulu üyeleri aleyhinde sorumluluk davasının açılması genel kurul kararına bağlıdır ve bu bir dava şartıdır⁵⁵.

Bu görüşü savunan KENDİGELEN'e göre, her ne kadar eTTK m. 341/1 hükmüne yönelik herhangi bir ifade TTK m. 408'de belirtilmemişse de, bunun sorumluluk

⁵¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 440-441; Aynı yönde, Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 685-686, dn. 109a.

⁵² Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 332.

⁵³ Helvacı, "Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı", 157 ve 160; Helvacı, "Yenilikler", 356.

⁵⁴ Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 96-97.

⁵⁵ Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenili klikler ve İlk Tespitler*, 308, dn. 164; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 424; Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 340; Altay, "Yargıtay Kararları Işığında", 76-77; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 301 vd.

davası için genel kurul yetkisine ihtiyaç duyulmadığı şeklinde yorumlanması doğru olmaz. Yazar, oy hakkında imtiyazın kullanılamayacağı kararlar TTK 479/3'te sayılırken, ibra kararının yanı sıra açıkça “sorumluluk davası açılması” kararından da söz edildiğini ifade etmektedir⁵⁶.

MOROĞLU'na göre, şirket adına açılacak sorumluluk davasında genel kurul kararı gerekmesine rağmen bu hükmün ihmal edilmiş olması ve bu sonuca TTK m. 479/3, b. (c)'den ulaşılması önemli bir eksikliktir⁵⁷.

Yargıtay da bu görüşü benimsemiş ve eTTK döneminden gelen uygulamayı devam ettirmiştir. Yargıtay'ın müstakar içtihatlarında da belirtildiği üzere, TTK m. 408/1 ve TTK m. 479/3, b. (c) hükümleri uyarınca genel kurul kararı bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Yine Yargıtay'a göre, bu dava şartı HMK m. 115/2'ye göre süre verilerek giderilmesi mümkün olan bir dava şartıdır⁵⁸.

Sonuç olarak, bizim görüşümüze göre, sorumluluk davasının açılabilmesi için TTK'da, açık bir şekilde genel kurul kararı alınması dava şartı olarak aranmadığı tartışmasızdır. Ancak yönetim kurulunun üst gözetim görevinin göz ardı edilmemesi ve özellikle şirketin icra organı olduğu da unutulmamalı ve bunun yanı sıra kural olarak dava açma yönündeki kararın yönetim kuruluna ait olduğu kabul edilmelidir. Ancak uygulamada yönetim kurulunun bu kararı alamama hali de söz konusu olabilecektir. Bu durumda genel kurul kararı ile de dava açılabilmesinin kabulü, TTK

⁵⁶ Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 308, dn. 164.

⁵⁷ Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 340.

⁵⁸ Yargıtay 6. HD, 2021/2939 E., 2022/2929 K. ve 30 Mayıs 2022 tarihli kararında, “Bu bilgiler ışığında, dosya kapsamında davalı aleyhine sorumluluk davası açılması yönünde genel kurulca alınmış bir karar bulunmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, bu doğrultuda davacı vekiline genel kurul kararını sunması ya da bu davaya muvafakatlerinin sağlanması için süre verilmemiştir. Bu durumda, mahkemece, davacı tarafa, 6100 Sayılı HMK'nın 52, 53 ve 54. maddeleri uyarınca davalı hakkında eylemin kişi, konu ve kapsamını somut olarak gösteren sorumluluk kararı alınmasına ya da işbu davaya muvafakat verilmesine ilişkin genel kurul kararının ibrazı için makul süre verilmesi, noksan olan usuli işlemler yerine getirildikten sonra davaya devam edilmesi, verilen süre içinde bu eksiklikler tamamlanmaz ise davanın açıklanan nedenlerle usul yönünden reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” (<https://kazanci.com.tr>, E.T. 30 Kasım 2023); Yargıtay 11. HD, 2016/8829 E., 2017/4095 K. ve 12 Temmuz 2017 tarihli kararında, “Öte yandan, yargılama sırasında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 408/1 ve 479/3-a maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir. Fakat, anılan yönteme uyulmaması davanın hemen reddi sonucunu doğurmamalıdır. Somut olayda davalı yönetici aleyhine tazminat davası açılması yönünde alınmış bir genel kurul kararının olup olmadığı dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Böyle bir kararın varlığı dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 30 Kasım 2023).

m. 479/3, b. (c)'nin bu gibi durumlarda çıkış yolu olarak görülmesi ve genel kurulun bu yönde bir karar alabilmesinin dayanağı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıklamalarımız doğrultusunda ikinci grup görüşe katılamıyoruz.

2.3. Sorumluluk Davasında Taraflar

2.3.1. Davacı

2.3.1.1. Doğrudan zarar nedeniyle açılan sorumluluk davasında

TTK m. 553'e göre, yönetim kurulu üyeleri anonim şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan, incelediğimiz başlık itibariyle doğrudan zararlardan, sorumlu olacaklardır. Yine TTK m. 555'e göre şirket kendi uğradığı zararın tazminin talep edebilir. Hiç şüphesiz ki, her doğrudan zarara uğrayanların dava hakları birbirinden bağımsız şekilde doğabilecek ve takip edilebilecektir. Bunun sonucu olarak, anonim şirket, pay sahipleri ve alacaklılar hukuki sorumluluk davasının davacı tarafından yer almaktadırlar.

2.3.1.1.1. Anonim şirket

Anonim şirket, TTK m. 553'e dayanarak hukuki sorumluluk davasını sorumlu olduğunu düşündüğü yönetim kurulu üyelerine karşı açabilecektir. Anonim şirketin halihazırda görevde olan yönetim kurulu tüm üyelerine karşı bu davayı açmak istemesi halinde davanın kimin tarafından açılması gerektiği sorununa cevap verilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna sebep olabilecek bir eylemlerinden şirket zarara uğramış ve bu sebeple de hepsinin aleyhlerinde hukuki sorumluluk davası ikame edilmek isteniyor olabilir. Şirketin davayı nasıl açacağı sorunu yönetim kurulu üyelerinin tamamına yöneltildiği durumlarda ortaya çıkacak olup eski yönetim kurulu üyelerine açılacak sorumluluk davalarında böyle bir sorun gündeme gelmeyecektir.

Bu durumda ikili bir yaklaşım izlenebilir. Birinci ihtimalde, yönetim kurulu üyelerinin kendi aleyhlerinde sorumluluk davası açmaları menfaat çatışması yüzünden mümkün olamayacağından, şirkete bir temsil kayyımı ataması yapılarak bu sorun çözülebilir. TMK m. 426/1, b. (3)'e göre, yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel durum olması halinde vesayet makamının temsil kayyımı atama hakkı bulunmaktadır. Doktrinde ifade edilen, bu madde hükmünden yararlanarak, şirketin yönetim ve temsilini gerçekleştiren yönetim kurulunun görevi olan dava açma işlemini

gerçekleştiremediğinden, temsil kayyımı atanmasının mümkün olduğu görüşüne⁵⁹ bizde katılmaktayız. İkinci ihtimalde ise yönetim kurulunun görevinden azledilerek yeni bir yönetim kurulunun seçilmesi olanaklıdır. Bu durumda menfaat çatışması ortadan kalkacak ve dava açılabilir⁶⁰. Yine bu yaklaşım da mahsurlu olmayıp, bizce bu yolun benimsenmesinde de sakınca yoktur. Bunun yanında, sorumluluk davasında hasım gösterilecek yönetim kurulu üyelerinin sadece kuruldaki bazı üyeler olması halinde, dava, sorumluluk atfedilen üyeler haricindeki üyelerin davayı açması gerekecektir⁶¹.

2.3.1.1.2. Pay sahipleri ve şirket alacaklıları

Yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı fiillerinin şirket pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının malvarlıklarını doğrudan etkileyebilecektir. Bu zararlar anonim şirketin zararından bağımsız gerçekleştiğinden, dava hakkı bağımsızdır⁶². Bu dava sonucunda, pay sahibi veya alacaklının zararı yönetim kurulu üyesinden alınarak davacının kendisine verilir⁶³.

⁵⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 441-442; PULAŞLI, 687; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 63; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 170; eTTK dönemi bakımından bkz. Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 107-108.

⁶⁰ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 335; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 424: Açıkça kaleme almamakla birlikte, verdiği örnek somut olayın çözümü için önerdiği yoldur.

⁶¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 441; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 685; Poroy, Tekinalp ve Tekinalp, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, 367; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 170-171.

⁶² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 684 ve 688; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 195.

⁶³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 337; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 129; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 392; Mimaroğlu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 115; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 132-133; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 684.

Dava hakkını pay sahibi kullanacak ise bu kişinin pay sahibi olduğunun tespiti de gerekmektedir. Davacının pay sahibi olduğunun tespiti için, pay senedi veya pay senedi basılmamışsa pay defterinin incelenmesi cihetine gidilmelidir⁶⁴.

Payların tamamının devri halinde, ortada bir pay sahibi sıfatı kalmayacağından, devredenin davayı takip yetkisi kalmayacaktır. Buradan hareketle payların davanın kesinleşmesi anına kadar devredilmemesi gerektiği, aksi halde davayı ikame eden pay sahibinin davayı takip yetkisinin kalmayacağını söylemek doğru olacaktır⁶⁵. Bununla beraber payı devralan yeni pay sahibinin payı devralmasından hem önceki hem de doğal olarak sonraki dönemlere ilişkin dolayısıyla zarar nedeniyle sorumluluk davası ikame edebileceğinin kabulü gerekmektedir⁶⁶.

2.3.1.1.3. İstisnai hak: iflas idaresinin doğrudan zarar için dava hakkı

Anonim şirket iflas etmeden önce, hukuki sorumluluk davası ikame edilmemiş ve hatta hukuki sorumluluk davasının ikame edilmesini gerektirir bir durumun bulunduğu dahi tespit edilememiş olabilir. İşte bu ihtimalde, şirketin iflasından sonra doğrudan zararın giderilmesi için hukuki sorumluluk davası açılacaktır. İİK m. 226/1'e göre, bu davayı takip etkisi iflas idaresinin olacaktır. Ancak, alacaklıların ve pay sahiplerinin doğrudan zarar hallerinde müstakil dava haklarının bağımsız şekilde var olduğu çalışmamızda yapılan açıklamalar sonucunda tartışmasızdır. İşte bu durumda iflas idaresinin artık

⁶⁴ Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 100; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 85-86; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 180.

⁶⁵ Yargıtay 11. HD., 2016/13488 E., 2018/4280 K. sayılı ve 05.06.2018 tarihli kararında, “Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, asıl ve birleşen davacıların davanın devamı sırasında hisselerini devrettiği, TTK'nın 555. maddesine göre davanın sonucunda elde edilecek tazminat doğrudan şirkete ödenmek durumunda olduğu, dolayısıyla tazmin edilecek zararın da şirketin zararı olduğu, şirketteki hisselerini devrederek ortaklıktan ayrılan davacılar paylarına karşılık bir bedel alarak paylarına bağlanan tüm haklarını tazmin etmiş durumunda bulunduğu, bu durumda paya bağlı kâr ve zarar da karşılanmış olacağı, hisse senetlerini devretmek suretiyle pay sahipliği sıfatını kaybeden kişinin sorumluluk davası açma hakkı da ortadan kalkacağı, açılmış dava yönünden ise taraf sıfatı sona ereceği, (Yargıtay 11. HD.23/02/1989 tarih 1988/4114 esas 1989/1057 karar) buna durumda sorumluluk davasına devam edebilmek için pay sahipliği sıfatının davanın sonuna kadar korunması gerekmekte olduğu gerekçesi ile asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir.. usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 05 Aralık 2023); Sorumluluk davası kesinleşmeden yapılan pay devrinin HMK m. 125 çerçevesinde çekişme konusu hakkın devri niteliğinde olduğunu savunan görüş için bkz. Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 82-83; Davanın açıldıktan sonra payın devredilmesi halinde yeni pay sahibini davaya devam etmesi görüşü için bkz. Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 183 vd.

⁶⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445; Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 100.

şirketin doğrudan zarar davasını takip yetkisi hakkını iktisap ettiğini, bunun dışında pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının davayı takip yetkilerinin ayrı ayrı bulunduğu sonucuna varmamız gerekmektedir⁶⁷.

2.3.1.2. Dolayısıyla zarar nedeniyle açılan sorumluluk davasında

2.3.1.2.1. Pay sahipleri

TTK m. 555'e göre, anonim şirketin uğradığı zararın tazminin talep etme hakkı pay sahiplerine de aittir. Şirkete paydaş olan pay sahibinin şirketin zarara uğramasından zarar görmesi doğal ve mümkündür. İşte bu sebeple TTK m. 555'e göre, pay sahiplerinin dolayısıyla zararlarının tazmini için hukuki sorumluluk davası açabilmesi mümkündür. Pay sahibinin dolayısıyla zarara dayalı sorumluluk davasında davayı takip yetkisine sahip olabilmesi için, dava tarihinde pay sahipliğinin devam ediyor olması lazımdır. Yani, dava tarihinde pay sahibi olmayanın dolayısıyla zarara ilişkin dava hakkı yoktur⁶⁸. Pay sahipliğinin ispatı ve payın devri hususundaki yukarıdaki açıklamalarımızı burada da yineliyoruz⁶⁹.

Ancak dolayısıyla zararın tazmini için açılan sorumluluk davasında pay sahipleri, TTK m. 555'e göre tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilecektir. Bu ihtimalde pay sahiplerinin kendilerine tazminat ödenmesini talep hakları bulunmamaktadır.

Şirket iflasına kadar dolayısıyla zararlarının tazmini için sorumluluk davası açmamış pay sahiplerinin dava hakkı TTK m. 556/1'e göre iflas idaresine geçer. Yine bu dava hakkı iflas idaresince kullanılmaz ise TTK m. 556/2'ye göre, her pay sahibinin bu davayı açma hakkı bulunmaktadır.

2.3.1.2.2. Şirket alacaklıları

Şirket alacaklılarının da şirketin zarara uğraması sebebiyle dolayısıyla zarara uğrayabileceğini yukarıda açıklamıştık⁷⁰. Buna göre, alacaklılar da aynen pay sahipleri gibi, şirketin dolayısıyla zararının giderilmesini dava edebilecektir. Alacaklıların

⁶⁷ Her ne kadar kanunda bunu engelleyen bir hüküm olmasa da İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarına göre, bu durumda dava açma hakkının sınırlandırıldığına ilişkin bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 346.

⁶⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 445; Özkes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 99.

⁶⁹ Bkz. 1.3.1.1.2. nolu başlık.

⁷⁰ Bkz. 1.1.1.3.2.2. nolu başlık.

dolayısıyla zararının tazmini için açacağı davada TTK m. 556/1’ye göre, şirketin iflas etmesi koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu halde de, şirket alacaklılarının dava açması iflas idaresinin bu dava hakkını kullanmamış olmasına bağlıdır. TTK m. 555/1’in gerekçesine göre, alacaklının dolayısıyla zararının iflas şartına bağlanması, şirketin borçlarını ödemediği sürece alacaklının zarara uğramadığı varsayımından hareket edilmesinin bir sonucudur⁷¹.

2.3.2. Davalı

2.3.2.1. Genel olarak ve davalı sıfatında yer alan “yöneticiler” ifadesi

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin açılacak sorumluluk davasının davalısı, eşyanın tabiatı gereği yönetim kurulu üyeleri olacaktır. Bildiğimiz anlamda hukuki sorumluluk davasının temel maddesi olan TTK m. 553’te, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra, kurucuların, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının da aleyhlerinde sorumluluk davası açılabileceği düzenlenmiştir. Tabi, çalışmamızın kapsamı yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı olduğundan sadece yönetim kurulu üyelerinin davalı sıfatına değineceğiz.

Ancak kanun maddesinde yer alan “yöneticiler” ifadesi düşündürücü ve ilgi çekicidir. Gerçekten de yönetim kurulu üyeleri bir kez zikredilmekle halihazırda icra organını oluşturan yönetim kurulu üyeleri kastedilmiştir. Peki, bu “yöneticilerin” kapsamı neyi içermektedir? TTK m. 553’ün gerekçesine baktığımızda, Kaynak OR Art. 754’te yer alan "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler" ifadesinde geçen “uğraşan” kelimesine yer vermenin fiili organı kastetmek anlamına geleceğinden, “yöneticiler” kavramına yer verildiğini ve bunun kapsamının doktrine ve içtihatlarla bırakıldığı ifade edilmektedir. O zaman burada “yöneticiler” ile kastedilene fiili organların girip girmediği tespit edilmelidir.

2.3.2.2. Şekli ve fiili organ kavramı ile “yöneticiler” ifadesine fiili organın girip girmediği

Kanun maddesinde yer alan “yöneticiler” ifadesinin kapsamının çizilebilmesi için şekli ve fiili organın açıklanması ve şirketler hukukundaki yeri hakkında düşünülmesi uygun olacaktır. Şekli organın tanım ve tespiti kolaydır. Gerçekten de, bir tüzel kişiliği

⁷¹ Yönetim kurulu ve sahiplerinin aynı kişilerden oluşması halinde, alacaklıların dava hakkının iflas şartı ile etkisizleşeceğine ilişkin eleştiri için bkz. Helvacı, “Yenilikler”, 350.

ya da incelediğimiz şirketleri oluşturan organları kanunda veya şirketler bakımından esas sözleşmede tespit edebilmek mümkündür. Dolayısıyla şekli organ, kural olarak, önceden tespit edilmiş, belirli olan, hukuki öngörülebilirlik çerçevesinde varlığı bilinen organ olarak ifade edilebilir⁷². TTK m. 359/1'e göre, her bir anonim şirkette yönetim kurulunun bulunma zorunluluğu vardır. İşte bu anlamda yönetim kurulu bir şekli organdır⁷³.

Fiili organ, daha önceden tespit edilmemiş organ olarak tanımlanabilir. Bu organlar daha önceden kanun veya esas sözleşme ile tespit edilen bir organ olmayıp, bu fiili organ olarak hareket eden kişiler herhangi bir atama veya seçilme ile göreve gelmezler⁷⁴. Bu kişilerin şirketin yönetiminde herhangi bir görevi bulunmamasına rağmen, yönetim kuruluna ait görevleri gerçekleştirmesi, şirket yönetiminde etkisinin olması ve baskın etkisi ile şirket kararlarına etki edebilmesi veya karar alabilmesi, fiili organ sayılmaları için yeterlidir⁷⁵. Burada bahsedilen şirket yönetiminde etkili olmak, şirketin günlük ve olağan işlerini gerçekleştirmek değil, yönetime ilişkin stratejik kararları alabilmek veya alınmasını sağlamaktır⁷⁶.

TMK m. 50/1'de yer alan, tüzel kişinin iradesinin organları aracılığıyla açıklanacağı hükmü ve TMK m. 50/2'de yer alan organların hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı hükümleri de, bu sonucu desteklemektedir.

Burada fiili organın kapsamını tespit ederken, danışman ile fiili organı ayırt etmek gerekmektedir. Yönetim kurulunun görevlerini özen yükümlülüğünün gerektirdiği

⁷² Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 355; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 77.

⁷³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 355; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 78; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 214.

⁷⁴ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 389; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 79-80; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 125.

⁷⁵ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 356-357; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 439; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 185; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 389; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 419; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 80-81; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 229.

⁷⁶ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 81.

ölçüde ifa edebilmeleri için eksik bilgisinin olduğu konularda dışarıdan birtakım danışmanlar ile çalışabilmeleri mümkündür. İşte bu durumda danışman söz konusu danışmanlığını verdiği kararın alınmasına etki etmiyorsa, fiili organ olarak addedilemezler⁷⁷. Elbette ki, teknik olan bir konuda danışmanın verdiği görüş yönetim kurulunu belirli bir ölçüde etkileyecektir ancak, yönetim kurulu üyelerinin tedbirli yöneticiler olarak ilgili konuyu başka danışmanlardan sorarak görüşleri karşılaştırma imkan ve mecburiyetleri de bulunmaktadır.

Nihayet, şekli ve fiili organ ayrımından sonra, TTK m. 553'te yer alan “yöneticiler” ifadesinin kapsamına fiili organın girip girmediği incelenebilecektir. Organlar kanunda veya esas sözleşmede önceden tespit edilebilse dahi, TMK m. 50 kapsamında, tüzel kişiliğin iradesini açıklamak organ tarafından yapılabileceğinden ve yine aynı madde uyarınca organların hukuki işlem ve diğer her fiiliyle tüzel kişiyi borç altına sokabileceği hükümleri karşısında, bu sonuçların oluşmasını sağlayan ancak şeklen organ olmayan bir kişinin fiili organ olacağı, bu ikisinin arasındaki farkın sadece öngörülmemiş, o göreve atama veya seçimle gelmemek olduğu açıktır. Kaldı ki, organ olmanın şartı kanun veya esas sözleşmede organ sıfatına işaret edilmiş olması da değildir⁷⁸. Bu veriler ışığında, icra organı olan yönetim kurulunu etkileyerek şirketi hukuk aleminde yönlendiren fiili organların fiillerinden sorumlu olmaları, hukuk güvenliği ve sorumluluk hükümlerinin uygulama alanının zarar uğrayanlar aleyhine daraltılmaması bakımından bir gerekliliktir. Bu açıdan “yönetici” kavramına fiili organın dahil olduğu görüşü doktrin ve içtihatlarda benimsenmiş olup⁷⁹, biz de bu

⁷⁷ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 357; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 83.

⁷⁸ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 367; Poroy, Tekinalp ve Tekinalp, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, 349.

⁷⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 430; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 419; Poroy, Tekinalp ve Tekinalp, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, 349; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 367-368; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 377; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 83; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 136; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 232; Yargıtay HGK, 2003/4-359 E., 2003/406 K. 11 Haziran 2003 tarihli kararında, “MK.47 ve 48 nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde “organ” kavramının kapsamına “tüzel kişinin varsayılan idaresinin oluşmasında ve açıklanmasında aracı olan kurul organları” girer. Ancak organ kavramını fazla daraltarak yalnız kurul organları, organ saymak her zaman yeterli olmayabilir. Madem ki, organ tüzel kişinin (varsayılan) iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yol açmaktadır, şu halde kanun veya kuruluş belgeleri dolayısıyla belirli konularda karar verebilme ve icra

görüŖe aynen iŖtirak ediyoruz. Bu sonuçla birlikte, kanunda yer verilen “yönetici” ifadesinin kapsamına fiili organın da girdiği kabul edilmeli ve fiili organın sorumluluk gerektiren fiillerinden dolayı aleyhlerinde sorumluluklarına gidilmelidir.

2.3.2.2.3. Ŗekli ve fiili organın davalı sıfatı

Yukarıda yaptığımız açıklamalar sonucunda, yönetim kurulu üyeleri zaten TTK m. 553’te açıkça zikredilmekle sorumluluk davasının davalısı olarak iŖaret edilmiŖlerdir. Bu düzenlemeyi organ bakıŖ açısından yorumlayacak olursak; anonim Ŗirketlerde her ne kadar zorunlu organ yönetim kurulu ve genel kurulu olsa da, icra yetkisi TTK m. 365’e göre yönetim kuruluna aittir. Buradan varılacak sonuç TTK ve esas sözleşmede organ olarak yer alan yönetim kuruluna seçilen veya atanan kiŖilerin, TTK m. 553 kapsamında hukuki sorumluluk muhatabı olan kiŖilerin Ŗekli organ olarak davalı olacađıdır⁸⁰. Bununla birlikte, yapılan açıklamalardan sonra, fiili organın “yönetici” kapsamına girmesiyle birlikte, hukuki sorumluluk davasında davalı tarafta yer alabileceği açıktır.

2.4. Sorumluluğu Sona Erdiren Haller

2.4.1. ZamanaŖımı

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuına iliŖkin zamanaŖımı süreleri TTK m. 560’ta düzenlenmiŖtir. Bu maddeye göre, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuına iliŖkin talep edilebilecek tazminat bakımından 3 ayrı zamanaŖımı süresi öngörölmüŖtür. Yeni TTK’mız, eTTK’da yer alan ve doktrinde tartıŖmalara sebep olan 340 ve 341. ci maddelerine yer vermemiŖtir. Daha önceki kanun döneminde yer alan bu hükümler sebebiyle zamanaŖımı süresinin 2 yıl mı yoksa 5 yıl mı uygulanacağı tartıŖmalı olup yeni kanunda bu tartıŖmalara son verilmiŖtir⁸¹.

edebilme yetkisine haiz olan kiŖiler de organ sayabiliriz. ... Böylece haksız fiil sorumluluğuunda yönetim kurulunun, organ kurul sıfatı ile birlikte hareket etmeleri yanında, idare ve temsile yetkili bulunan yönetim kurulu üyelerinin ayrı ayrı fiilleri ile de tüzeli, kiŖiyi sorumluluk altına sokabilecekleri kabul edilmelidir.” (<https://www.hukuki.net/>, 07 Aralık 2023).

⁸⁰ Kırca, Ŗehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Ŗirketler Hukuku C. I*, 389.

⁸¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 450; Eski kanun dönemindeki tartıŖmalar için bkz. Çamoğu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 224 vd.; Ersin Çamoğu, “Anonim Ŗirket İdare Meclisi Üyelerine KarŖı Açılacak Mesuliyet Davalarında

(i) İki Yıllık Zamanaşımı Süresi; Kanuna göre, davacının oluşan zararı ve bu zararın sorumlularını öğrendiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi başlar ve bu süre bu tarihten itibaren iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Birden fazla zarara sebep olan sorumlulardan sadece belirli bir kısmının öğrenilmesi (veya zararın belirli bir kısmının öğrenilmesi), süreyi başlatsa da diğer sorumlular (veya zarar) açısından süre işlemez⁸². Sorumlunun kimin tarafından öğrenileceği hususunun ise değerlendirilmesi gerekmektedir.

Gerçekten de şirketin açacağı doğrudan zarar davalarında sorumlunun kimin tarafında öğrenilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Burada verilecek cevap ise genele göre daha kolaydır. Kanunda açık bir düzenleme olmadığından, şirketi yönetim ve temsile yetkili olan yönetim kurulunun öğrenmesi ile zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır⁸³. Buradaki öğrenme kurul halinde öğrenmeyi değil, sadece bir yönetim kurulu üyesinin öğrenmesi anlamında kullanılmaktadır⁸⁴.

Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı doğrudan ve dolayısıyla zarar dolayısıyla sorumluluk davaları bakımından pay sahiplerinin veya alacaklıların sorumluları öğrenmesi gerektiğinde bir duraksama yoktur⁸⁵. Ancak burada dolayısıyla zarar bakımından bir değerlendirme yapılması da gerekmektedir. Aşağıda⁸⁶ detaylıca değineceğimiz üzere, TTK m. 558/2'ye göre genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin ibra yönünde olumlu oy kullanan ve bu olumlu oyu bilerek payı iktisap eden pay sahiplerinin dolayısıyla zarara ilişkin dava hakları ortadan kalkar. Ancak diğer pay sahipleri bakımından ibra tarihinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içerisinde bu

Zamanaşımı”, *BATİDER* 3, no.2 (1965); Yine bkz. Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 131; Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 122 vd.

⁸² Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 458-459; Çamoğlu, “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”, 269-270; Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 122; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 226-227.

⁸³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 459; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 452; Eski kanun döneminde, bu davanın açılabilmesi için genel kurul kararı zorunlu olduğundan genel kurulun öğrenmesi aranmaktaydı. Bkz. İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 196.

⁸⁴ Özkes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 75-76.

⁸⁵ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 463; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 452; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 228-229.

⁸⁶ Bkz. 1.4.2.5.2. nolu başlık.

sorumluluk davası açılabilir. İşte bu durumda her ne kadar zamanaşımı süresi öğrenme tarihinden itibaren iki yıl olsa da, artık ibra bakımından yapılan özel düzenleme gereği olumlu oy vermeyen pay sahiplerinin dava hakları altı aylık hak düşürücü süre ile kısıtlanacaktır⁸⁷. Doğal olarak bu ihtimal bir ibra söz konusu olduğunda gerçekleşecektir.

HUAK m. 16'ya göre, arabuluculuk süreci başladığı andan sona ermesi anına kadar geçen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanması bakımından dikkate alınamayacağından zamanaşımı değerlendirmesinde bu düzenlemenin de dikkate alınması gerekmektedir.

(ii) Beş Yıllık Zamanaşımı Süresi; Kanuna göre, herhalde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmesi ile yönetim kurulu üyesine karşı tazminat isteme hakkı zamanaşımına uğrar. Burada zamanaşımı süresi bakımından bir üst sınır getirilmiş ve zararı sebep olanın ve zararın öğrenilmemiş olması halinde, ne zamana kadar dava açılabilceği düzenlenmiştir. Süre hukuka aykırı fiilin işlendiği tarihten başlayarak beş yıl olup son yıl içerisinde bu zarar ve sorumlusunun öğrenilmesi, zamanaşımı süresinin uzamasına sebep olamaz⁸⁸.

(iii) Ceza Zamanaşımı Süresi; Maddede öngörülen son zamanaşımı süresi ise hukuki sorumluluğu gerektiren fiilin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi hali için düzenlenmiştir. Bu durumlarda, hukuka aykırı fiil TCK'ya göre, az önce ele alınan iki veya beş yıllık zamanaşımı sürelerinden daha uzun bir dava zamanaşımına tabi ise hukuki sorumluluk bakımından açılacak davanın zamanaşımı da bu zamanaşımı olur.

Ceza zamanaşımının 2 ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri geçtikten sonra, somut olaylarda uygulanabilmesi için, aynı zamanda sanık olan yönetim kurulu üyesi hakkında verilen cezanın kesinleşmesi gerekmektedir. Hukuki sorumluluk davası, ceza davasını

⁸⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 452; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. IV*, 3034.

⁸⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 454; Çamoğlu, “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”, 272; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 229; Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 124.

beklemeli ve akabinde sonucuna göre, zamanaşımı yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır⁸⁹.

(iv) Rekabet Etme Yasağının İhlali Halinde Mevcut Olan Özel Zamanaşımı Süresi; Gerçekten de, TTK m. 396/1’de belirtilen şirketin tazminat isteme hakkını içerir seçimlik hak, TTK m. 396/3’teki düzenleme uyarınca, TTK m. 396/1’de belirtilen ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve herhalde bu fiillerin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar. Zamanaşımının başlangıcı diğer üyelerinin tümünün öğrendiği andır⁹⁰.

TTK m. 396/4’te yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklı tutulmuştur. TTK m. 396’da sadece şirketin dava açma hakkı düzenlenmiş olup pay sahiplerine bir dava hakkı tanınmamıştır. Doktrinde, TTK m. 396/4’ün bu bağlamda yorumlanıp yorumlanamayacağı tartışılmıştır⁹¹. Pay sahiplerine TTK m. 396’ya dayalı dava açma hakkı tanındığında, TTK m. 396/3’te belirtilen üç ay ve bir yıllık sürelerinin uygulanması gerekecektir. Bizce kanun TTK m. 396 kapsamında dava açma hakkını anonim şirkete bırakmıştır. Eğer pay sahipleri hukuka aykırı fiil unsuru olarak rekabet yasağına dayanmak istiyorsa bu vakıayı TTK m. 553’e göre açacağı sorumluluk davasında ileri sürmelidir. Sorumluluk davalarının saklı tutulmasının amacının bu olduğu düşüncesiyle, katıldığımız bu görüş ile beraber, pay sahiplerinin rekabet yasağı vakıasını ileri sürdüğü sorumluluk davasında zamanaşımı süreleri bakımından esas kural olan iki ve beş yıllık sürelerden ayrılmamak gerekir⁹².

⁸⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 454.

⁹⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 457; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 699-700; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 122; Diğer bütün üyelerin öğrenmesi ile zamanaşımının başlayacağını kabul etmekle birlikte, bu durumu eleştirisi için bkz. Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti*, 127-128; Bir diğer eleştiri için bkz. Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 95-96.

⁹¹ Bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 700 ve dn. 837; Bu hükmün rekabet yasağının ihlali temelli bir sorumluluk davası açma imkanı verdiği görüşü için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 417.

⁹² Aynı şekilde, bu vakıanın sorumluluk davasında ileri sürülmesi gerekliliğine ilişkin bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 701; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 417.

2.4.2. İbra

2.4.2.1. Genel olarak, tanımı ve ibra türleri

İbra, pay sahiplerinin TTK m. 408/2, b. (b)'den aldıkları devredilmez yetki ile genel kurulda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk taşıdıkları çalışma döneminde aldıkları karar ve yaptıkları işlemleri hukuka, ana sözleşmeye ve ticaretin gereklerine uygun bulduklarını açıklayarak onları sorumluluktan kurtardıkları açıklama olarak ifade edilebilir⁹³. Yani özetle ibrayı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasından kurtulabilecekleri bir pencere olarak görebiliriz. İbra, TTK m. 436/2'ye göre açık bir şekilde verilebileceği gibi⁹⁴, TTK m. 424'te düzenlendiği üzere örtülü bir şekilde de yapılabilir⁹⁵. Açık ibra, genel olarak yönetim kurulunun bütün üyelerini sorumluluktan

⁹³ Doktrinde farklı tanımlamalar olmakla birlikte, ulaşılmak istenen sonuç aynıdır: Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 413; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 458; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 429; Özkes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 58; Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, *İÜHFM* 36, no.1 (1970): 323; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 695.

TTK m. 558'e göre, ibraya ilişkin genel kurul kararının geri alınamayacaktır Bu kararın sadece TTK m. 445'e göre iptali istenebilecektir. Bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 432; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 462; Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbraları”, 11; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 432; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 160; İsmail Kırca, “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, *BATİDER* 23, no.3 (2006), 36.

⁹⁴ Açık ibra türleri için bkz. Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, *BATİDER* 21, no.2, (2001): 6; Yargıtay 11. HD., 1976/2890E., 1976/3333 K., 24 Haziran 1976 tarihli kararı (Bkz. Mehmet Bahtiyar, “Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar”, *KHÜHFD* 6, no.1, (2018): 102, dn. 3).

⁹⁵ Çalışma kapsamını oldukça aşacağından örtülü ibra detaylı olarak incelenmeyecektir. Örtülü ibra, TTK m. 424'e göre, (i) Bilançoda bazı hususların hiç veya gereği gibi gösterilmemesi ya da Bilançonun şirketin gerçek durumunun fark edilmesine engel olacak hususları içermesi (ikisinden birisi) ve (ii) Bunun bilinçli olarak yapılması şartları bir arada gerçekleşmesi halinde ortaya çıkmaz. Bu hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 423-424; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 56; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 200; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 461; Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, 232; Hüsnü Turanlı, “Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta İbra”, *KHÜHFD* 2, no.2, (2014): 124 ve özellikle dn. 177.

kurtarabilecek nitelikte alınabileceği gibi⁹⁶, özel bir ibra şeklinde, zaman, kişi, kapsam sınırları koyularak spesifik bir ibra olarak da yapılabilir⁹⁷.

2.4.2.2. İbranın reddi ve reddin iptali davası

İbranın reddi, ibrası açıkça veya bilanço onaylanmasına ilişkin müzakereler yoluyla örtülü şekilde istenen yönetim kurulu üyeleri (ve ibraya tabi diğer kimseler) bakımından ibranın kabul görmemesi halidir.

İbranın reddinin sonucu olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasıyla yüzleşme ihtimali söz konusu olacaktır. İşte, aleyhine doğacak sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için, ibranın reddinin muhataplarına, genel kurul kararı niteliğinde olan ibranın reddi kararını iptal hakkı tanınmıştır.

Bu dava, esasen genel kurul kararının iptali niteliğinde olduğu için; yönetim kurulu üyeleri ve pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra her bir pay sahibi de TTK m. 446'da yer alan şartları karşılamak kaydıyla bu davayı açabilmelidir⁹⁸.

TTK m. 558/1'de, genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK m. 445 hükmü saklı tutulmuş olsa da, ibranın reddi kararını alan genel kurulun bu kararına karşı iptal davası açılabilmesi doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu davanın açılabilmesi mümkündür⁹⁹. Bu davanın açılmasına imkan verilmemesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasıyla yüzleşmesine sebep olabileceğinden, yönetim kurulu üyesinin bu davayı açmasında hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁰.

⁹⁶ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 427; Bahtiyar, “Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar”, 102; Salih Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 52; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 199.

⁹⁷ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 427; Aydın Çelik, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası” (Doktora tezi, Marmara Üniversitesi, 2007), 41; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 199; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 53.

⁹⁸ Murat Alışkan ve İsmail Akbaş “Teori Ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması”, *LHD* 17 , no.200, (2019): 3512.

⁹⁹ Bu konuya ilişkin tartışmalar ve Yargıtay kararları için bkz., Alışkan ve Akbaş, “İbranın Reddi Kararına Karşı”, 3479 vd.; Doktrindeki bir görüşe göre, bu davanın açılmasında çoğu zaman hukuki yarar olmayacaktır, buna ilişkin bkz. Alışkan ve Akbaş, “İbranın Reddi Kararına Karşı”, 3484; Zühtü Aytaç, “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü” *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, Ed. İsmail Kırca vd., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, 249 vd. dn. 9.

¹⁰⁰ Aytaç, “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü”, 250-251.

Yargıtay, ibranın reddi kararına karşı iptal davası açılabilirliğini, yönetim kurulu üyesinin bu davayı açmakta hukuki yararı olduğunu, ancak; bunun için yönetim kurulu aleyhinde açılacak sorumluluk davasının makul bir sürede açılmaması gerektiği; böyle bir sorumluluk davası açılması halindeyse bu meselenin sorumluluk davası içerisinde halledilmesi gerektiği görüşündedir¹⁰¹.

2.4.2.3. İbra davası

Genel kurul toplantısında pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin ibra etmemeleri halinde¹⁰² ibralarını talep için bu davayı açabilecekleri doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹⁰³. Bu ibra davasını, ibrası reddedilen veya hakkında ibradan kaçınılan her yönetim kurulu üyesinin açabilmesi mümkündür¹⁰⁴.

İbra davasının hukuki niteliğiyle ilgili doktrinde çeşitli tartışmalar da yaşanmıştır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre bu dava menfi tespit davası niteliğindedir¹⁰⁵.

Yargıtay, bu davanın açılma zamanı bakımından da zaman zaman ibranın reddi kararına karşı açılacak iptal davasındaki yaklaşımını sürdürmüştür. Yargıtay'ın bu

¹⁰¹ Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamakla birlikte bkz. Yargıtay 11. HD., 2015/10277 E., 2016/5229 K., 09 Mayıs 2016 tarihli kararı; Hatta Yargıtay 11. HD., 2015/13056 E., 2017/1271 K. sayılı ve 06 Mart 2017 tarihli kararında ibranın reddine karşı iptal davası açılmayacağı içtihat edilmiştir (Bkz. *BATİDER* 33, no.2, (2017): 282). Bu kararın eleştirisi için bkz. Aytaç, “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü”, 261-262; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 339.

¹⁰² Bu ifade geniş yorumlanarak, ibranın yersiz geciktirilmesi ve bu kararın alınamaması, ibranın reddi kararı hallerine karşı da bu davanın açılabilmesine imkan tanımak gerekir. Aynı yönde bkz. Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 346; Aytaç, “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü”, 253.

¹⁰³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 463; Turanlı “İbra”, 129; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 346; Aytaç, “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü”, 253; ŞENER, 434; Yargıtay 11. HD., E. 2015/2459, K. 2015/8041 sayılı ve 10 Haziran 2015, (Bkz. *BATİDER* 31, no.3 (2015): 165); Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 214.

¹⁰⁴ Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 349.

¹⁰⁵ Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 215; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 458; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 429; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 348; Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbraları”, 5; Yargıtay 11. HD., 1976/2890 E., 1976/3333 K. sayılı ve 24 Haziran 1976 tarihli kararı “İbra kararı, yönetim kurulunun ve denetçilerin yıllık raporlarının, kar-zarar hesabını içeren menfi borç ikrarı niteliğinde olduğunu...”. (<http://www.kazanci.com>, E.T. 20 Aralık 2023); Yargıtay 11. HD., 2015/4760 E., 2015/11377 K. sayılı ve 02 Kasım 2015 tarihli kararı (<http://www.kazanci.com>, E.T. 20 Aralık 2023).

kararlarına¹⁰⁶ göre, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davası için makul süre beklenmeksizin açılacak ibra davası dinlenemeyecektir. Zaten, TTK m. 558/2'ye göre, ibra kararına olumsuz oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakları altı aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. Yargıtay burada da, bir makul süre şartı getirerek, hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir¹⁰⁷.

Bunun yanı sıra, sorumluluk davasından önce açılan ibra davası, ibra davasının davacısı olan yönetim kurulu üyeleri lehine sonuçlanmışsa, artık şirketin sorumluluk davasını açması mümkün değildir¹⁰⁸. Yine, bizce ibra davasının açılmasına sebep olan ibra kararının alınmadığı genel kurulda ibra lehine oy kullanan pay sahiplerinin de sorumluluk davası hakkı TMK m. 2 gereğince tükenmelidir.

2.4.2.4. İbranın sorumluluk davalarına etkisi

2.4.2.4.1. İbranın şirketin açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi

Pay sahiplerinin teşekkül ettiği genel kurul tarafından alınan bir ibra kararı doğal olarak, yönetim kurulu üyelerini ibradan kurtardığı için, aleyhlerinde sorumluluk davası açılmasını engelleyecektir.

TTK m. 558/1'e göre, genel kurulda alınan ibra kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak dava hakkını ortadan kaldıracaktır. Ancak kanundaki "ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylar" ifadesi doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre, bu ibarenin genel kurulun ibra kararının genel kurul tarafından bilinen olaylar yönünden sorumluluğu kaldırdığı şeklinde anlaşılmalıdır¹⁰⁹. Bu eleştiriye katılmamız mümkün olmakla birlikte, ulaşılan sonuç ibranın niteliği itibariyle zaten malumun ilanıdır. Zira, genel kurulun bilmediği bir husus hakkında ibra kararı verebilmesi

¹⁰⁶ Yargıtay 11.HD., 2017/800 E., 2017/3655 K. sayılı ve 11 Aralık 2017 tarihli: "...kooperatifin açacağı sorumluluk davası veya bu yola uzun bir zaman zarfında gidilmediği takdirde daha sonra ibra edilmeyenlerin açacağı hükmen ibra davasında karara bağlanmalıdır." (<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 20 Aralık 2023).

¹⁰⁷ Eleştirisi için bkz. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 463; Aytaç, "İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü", 257; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 353

¹⁰⁸ Aytaç, "İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay'ın Görüşü", 258.

¹⁰⁹ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 420-422; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 431; Çamoğlu, "İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi", 329, dn. 19; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 201; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 699; Yargıtay 11. HD., 2015/ 15708 E., 2016/ 8807 K. sayılı ve 01 Aralık 2016 tarihli kararı (<http://www.kazanci.com>, E.T. 23 Aralık 2023).

mümkün olmadığı gibi, kanun koyucu örtülü ibrada da gizlemeye yönelik bilinçli hareketin ibra sonucundan yararlanamayacağını hükme bağlamıştır.

2.4.2.4.2. İbranın pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi

İbra kararının pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davasına etkisi incelenirken de doğrudan ve dolayısıyla zarar ayrımı yapılması zorunludur. Zira, ibranın etkileri her iki davaya da farklı işleyecektir.

Pay sahiplerinin doğrudan zararında, kendileri şirketten bağımsız bir şekilde zarara uğradıkları için, şirketi zararının mevcut olup olmaması bir şey değiştirmeyecek olup bu dava hakkı pay sahibinin kendi zararıyla ilgili olduğu için, genel kurulda ibra kararı alınmışsa bile, ibra kararı pay sahibinin doğrudan zararına ilişkin sorumluluk davası açma hakkını etkilemez¹¹⁰.

Pay sahiplerinin dolayısıyla zararları bakımından TTK m. 558/2 hükmüne bakmamız gerekir. Hükme göre, şirket genel kurulunun yönetim kurulu üyelerini ibra etmesine ilişkin kararı, ibranın kapsamı ile sınırlı olarak ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek bu payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldırır. Hatta diğer pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşer. düzenlemesini getirerek, pay sahiplerinin dolaylı olarak şirket üzerinden uğradıkları zarara karşı dava hakkının sınırlarını çizmiştir. Toplantıya katılmayan, payı bu olguyu bilmeden iktisap eden veya ibra aleyhinde oy kullanan pay sahiplerinin dolayısıyla zararları için dava açma hakkı ise ibra tarihinden itibaren 6 ayla sınırlandırılmıştır.

Gerçekten de, ibra lehine oy kullanan oy sahibinin, başka bir koldan sorumluluk davası açması TMK m.2'yi ihlal eder¹¹¹. Burada bir diğer ihtimal olarak, ibranın sonradan TTK m. 445'e iptal edilmesi durumunda ibra kararı lehine oy kullanan pay sahiplerinin

¹¹⁰ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 435; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 133; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 467; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 432; Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 63-64; Çamoğlu, “İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi”, 346; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 208-209; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 222-223; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 705; Doğrudan zararlarında dahi öncelikle genel kurul kararının iptal edilmesi gerektiği görüşü için bkz. İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 197.

¹¹¹ Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 432; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 214; Çamoğlu, “İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi”, 341; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 221; Helvacı, “Yenilikler”, 346.

sorumluluk davası ikame edip edemeyeceği sorusu akıllara gelebilir. İbra kararı bir genel kurul kararı olmakla birlikte, iptali ile etkileri geçmişe etkili olarak kalkar¹¹². Bu yönden bakıldığında, ortada verilen bir ibra kararı kalmadığına göre pay sahiplerinin görüş değiştirebileceğini söylemek ilk bakışta mümkün gözükebilir. Ancak, ibra kararının iptali oy kullanma hakkına sahip pay sahiplerinin bu oylarını belirli bir doğrultuda kullandığı gerçeğini de değiştirmeyecektir. Özellikle TMK m. 2 bağlamında, daha önce ibra kararı yönünde irade gösteren pay sahiplerinin ibra kararının iptali sonrası sorumluluk davası açabilmelerine imkan tanımak dürüstlük kuralına aykırı düşecektir.

2.4.2.4.3. İbranın alacaklıların açacağı sorumluluk davası bakımından etkisi

Şirket alacaklılarının şirketin uğradığı zararlardan olumsuz etkilenecek zarara uğraması mümkündür. Yine alacaklılar bakımından da doğrudan ve dolayısıyla zarar temelli sorumluluk davası şeklinde ikili bir ayırım yapmak gerekir.

Alacaklıların doğrudan zararları nedeniyle açacakları dava, aynı pay sahiplerinde olduğu gibi, ibra kararından etkilenmeyecektir. Zira, bu dava hakkı şirketin dava hakkından bağımsızdır¹¹³.

Alacaklılar doğrudan uğradıkları zararların yanı sıra, alacaklısı oldukları şirketin zarara uğramasından dolayı kendi malvarlıklarında oluşacak dolayısıyla zarar için de sorumluluk davası açabilir. Genel Kurul tarafından yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmesi alacaklıların dolaylı dava hakkını da etkilemeyecektir. Doktrinde haklı olarak, alacaklıların şirkete nazaran üçüncü kişi konumunda olduğunu ve bu sebeple ibra kararının üçüncü kişinin dava hakkını ortadan kaldıramayacağı ifade edilmektedir¹¹⁴. Ancak bu hak, kanunun da açık düzenlemesi karşısında, hiç şüphesiz ki iflas idaresinin hukuki girişimde bulunmaması halinde kullanılabilir.

¹¹² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 612.

¹¹³ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 436; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 133; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 467; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 705; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 222; Özekes, Seven ve Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 63; Çamoğlu, “İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi”, 346; Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 222-223.

¹¹⁴ Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 133; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 467; Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, 225; Çamoğlu, “İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi”, 342;

2.4.2.4.4. Kuruluş ve sermaye artırımında ibranın sorumluluk davasına etkisi

TTK m. 559'a göre, yönetim kurulu üyelerinin şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren 4 yıl geçmedikçe ibra edilemez. Yani kanun burada kuruluştan doğan sorumluluğun kaldırılabilmesi için 4 yıllık bir sürenin geçmesini şart koşmuş, bu tarihten önce alınacak ibra kararlarının geçersiz olacağı düzenlemiştir.

Bu ibra türünde, olağan faaliyet dönemine ilişkin ibralardan farklı olarak genel kurul kararının 4 yıllık yasak süre sonunda alınması gerekmektedir. Süre sonunda alınacak bu genel kurul kararıyla, yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtarılacaklar ve karar geçerli olacaktır.

2.4.3. Sulh Sözleşmesi

TTK m. 559'a göre, yönetim kurulu üyelerinin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh yolu ile kaldırılamayacaktır. Bu düzenlemeyle, kuruluş aşaması ve sermaye artırımı özelinde sulhe özel bir sınırlama getirildiği de açıktır. Anılan hüküm esasen hem ibrayı hem de sulhu bir arada içermektedir. İbranın sorumluluk davasına etkisine ilişkin hükümler sulh sözleşmesi durumunda kıyasen uygulanacağından yukarıda ibraya ilişkin yaptığımız açıklamalarımıza yollama yapıyoruz¹¹⁵.

2.5. Sorumluluk Davasında Usul

TTK m. 561'e göre, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılacak hukuki sorumluluk davalarında görevli Mahkeme; Asliye Ticaret Mahkemesidir. Yine aynı maddede, bu davanın şirketin merkezinin bulunduğu yer Mahkemesi diyerek yetkili Mahkeme belirtilmiştir. Gerekçede de ifade edildiği üzere, bu maddede bir kesin yetki kuralı getirilmemiş, sadece bir seçimlik yetkide bulunacak seçeneklerden birisi ifade

Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 222; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 706.

¹¹⁵ Bkz. 1.4.2. nolu başlık.

edilmiştir¹¹⁶. Buna göre HMK m.6'da yer alan genel yetki kuralı burada da uygulama alanı bulacak olup davalının yerleşim yeri Mahkemesi de yetkilidir. Yine HMK m. 14/2'ye göre, HMK m. 6 ile aynı sonuca varılacak da olsa, yönetim kurulu üyesinin yerleşim yeri Mahkemesi de yetkilidir.

TTK m. 4/2'ye göre, ticari davalarda deliller ve sunulması HMK'ya tabi olacaktır. Konuyu HMK m. 222 bakımından incelediğimizde, sorumluluk davasının davalısı konumunda olan yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olması durumunda, gerçek kişi yönetim kurulu üyesi şirket adına işlettiğinden tacir sayılamaz ve dolayısıyla ticari defterlere delil olarak dayanılamaz¹¹⁷. Bunun yanı sıra yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması durumunda da bu esastan sapmamak gerekir. Mesela, yönetim kurulu üyesinin bir anonim şirket olduğunu düşündüğümüzde, anonim şirket o üyelik koltuğunda sadece diğer bir anonim şirketin yönetim ve temsili için bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyesi anonim şirket, söz konusu şirketin kendisi değildir ve sorumluluk davasındaki sıfatı da kendisinin bir ticaret şirketi olmasından dolayı değil, yönetim kurulu üyesi olmasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki, yönetim kurulu üyeliği fiili yapılabilecek bir ticaret işi değil, ticaret yapan şirketin idaresi için var olan bir pozisyonudur. Dolayısı ile yönetim kurulu üyesinin anonim şirket olması ihtimalinde dahi, HMK m. 222 doğrudan uygulanamayacaktır. Kaldı ki, bu duruma TMK m. 2'de engeldir. Yine bunun tek istisnasının HMK m. 222/5'teki, bir tarafın tacir olmasa dahi, ticari defterin ibrazını talep etmesi ve karşı tarafın bunu sunmaması düzenlemesi olabileceğini söyleyebiliriz.

TTK m. 1521'de yer alan, şirketin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtildiğinden, sorumluluk davalarında basit yargılama usulü uygulanacaktır.

TTK m. 555/2'de yargılama giderleri bakımından da özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, sadece pay sahibinin açtığı dolayısıyla zarara dayalı sorumluluk davası ile sınırlı olmak üzere, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin davalıya yükletilemediği hallerde, davacı pay sahibi ve şirket arasında hakkaniyete uygun olarak paylaşılır.

¹¹⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 448; Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 469; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 146.

¹¹⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 128; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 449.

Şirketin doğrudan zararının tazmini için harekete geçmemesi pay sahiplerine bu davayı ikame etme hakkı tanısı da, pay sahiplerinin ödemek zorunda kalacakları yüksek yargılama giderleri dolayısıyla dava açmaktan vazgeçmemesi için bu hüküm getirilmiş olup getirilmesi pay sahiplerinin üzerindeki yükün azaltılmasını sağlayacaktır.



BÖLÜM 3: SORUMLULUK DAVASININ TAHKİM YARGILAMASINA ELVERİŞLİLİĞİ

3.1. “Tahkim” Kavramı

Tahkim ve tahkim yargılaması kavramları geçmişten günümüze sıkça incelenmiş ve haklarında doktrinde çeşitli tanımlamalar ortaya konulmuştur. Dolayısı ile bu tanımlardan da faydalanarak tahkim kavramını ifade etmeye çalışacağız.

İlk olarak TDK’ye göre, “tahkim” kelimesi, anlaşmazlıkların hakem yolu ile çözümlenmesi yöntemi anlamına gelen bir Arapça kelimedir¹¹⁸. Hukukumuzda tahkim, milli tahkimi düzenleyen 6100 s. HMK¹¹⁹ ve milletlerarası tahkimi düzenleyen 4686 s. MTK’da¹²⁰ düzenlenmiştir. Her iki kanuna da bakıldığında metinlerinde tahkim kavramına doğrudan vücut kazandırılmamış, ancak tahkim sözleşmesini tanımlamış ve tahkime ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bir çıkış noktası olarak, hem MTK m. 4 hem de HMK m 412’de yer alan tahkim sözleşmesi tanımları incelendiğinde, bir tahkim sözleşmesinin taraflar arasında sözleşmesel bir hukuki ilişkiden veya sözleşme dışındaki bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların bütünü veya bir parçasının çözülmesinin tahkim yargılamasına bırakıldığı konusunda yapılan bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Doktrindeki kavrama ilişkin açıklamalar ve yapılan tanımlamalar incelendiğinde¹²¹ yazarların, bir tahkimin söz konusu olabilmesi için ortada mevcut veya müstakbel bir

¹¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 10 Temmuz 2023).

¹¹⁹ R.G. 04 Şubat 2011, S. 27836.

¹²⁰ R.G. 05 Temmuz 2001, S. 24453.

¹²¹ Doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta tahkim kavramına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018); 666. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özokes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 591; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 5385; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 758; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 7; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir: Güncel Yayınevi, 2008), 26; Rasih Yeğengil, *Tahkim* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 94-95; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 5; Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku C. I* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022), 142; H. Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020) 556; Clare Ambrose, Karen Maxwell ve Michael Collett, *London*

uyuşmazlık olması ve bu uyuşmazlık taraflarının devletin kurmuş olduğu mahkemeler yerine hakemlerin uyuşmazlığı çözmesi üzerinde anlaşmaları gerektiğini ortak kanaatte ifade ettiğı açıktır. Gerçekten de, ortada bir tahkim yargılaması yapılabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlık olmalıdır. Zira, tahkim yolu bir uyuşmazlığın çözüm yöntemlerinden birisini oluşturacaktır. Yine, Devletin kurmuş olduğu asli yargı sistemine alternatif olarak seçilecek tahkim yargısı sonucunda verilecek karar da tarafları bağlayıcı nitelikte olacaktır¹²². Yargıtay'da¹²³ tahkim kavramını doktrinindeki gibi ele almış ve aynı yönde tanımlamıştır.

Doktrin ve içtihatlarda benimsenen tanımlardan tahkime ilişkin çıkartılabilecek unsurlar; i) Tahkimin, devlet mahkemelerine alternatif seçilen bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu; ii) Tahkim yargılamasının, hakemler tarafından çözümleneceğı; iii) Tahkim yargılamasının, mevcut veya müstakbel bir uyuşmazlığın çözümü için tercih edilebileceğı; iv) Tahkim yargılamasının tarafların anlaşması ile mümkün olabileceğı ve v) Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar tarafları bağlayacağı şeklinde ortaya konulabilir¹²⁴.

Maritime Arbitration (Oxford: Informa Law from Routledge, 2018), 1; Alan Redfern vd. *Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version* (New York: Oxford University Press, 2015), 2; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 2-3; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard ve Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard ve John Savage, (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 11.

¹²² Tahkim sonucunda bu şekilde bağlayıcı karar çıkmakla beraber bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk için aynısını söylemek mümkün değildir. Zira, arabuluculuk süreci, tarafların yanı sıra arabulucu adı verilen bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmayan 3.cü bir kişinin idaresinde gerçekleşmektedir. Bu konuda bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 616; Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 190; Ambrose, Maxwell ve Collett, *London Maritime Arbitration*, 31; Lew, Mistellis ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 14.

¹²³ Yargıtay 9. HD. 2014/22697 E., 2014/26896 K. sayılı ve 17 Eylül 2014 tarihli kararı (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 10 Temmuz 2023); Yargıtay İBBGK, 2016/2 E., 2018/4 K., sayılı ve 13 Nisan 2018 tarihli kararı (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 10 Temmuz 2023); Karş. *Benson Pump Co. v. South Central Pool Supply, Inc.*, 325 F. Supp. 2d 1152, 1156 (D. Nev. 2004) (www.casetext.com E.T. 10 Temmuz 2023), *Matter of Berkovitz v. Arbib Houlberg*, 230 N.Y. 261, 270 (N.Y. 1921) (www.casetext.com E.T. 10 Temmuz 2023).

¹²⁴ Bkz. Çalışmamız dn. 146 ve 147'daki atıflar.

3.2. Türk Hukukunda Tahkim Yargılamasının Genel Esasları

3.2.1. Genel Olarak Tahkim Süreci

Tahkim süreci, tarafların arasındaki tahkime elverişli uyuşmazlık hakkında yaptıkları tahkim sözleşmesini dayanak alarak ya kurumsal tahkim merkezlerine ya da *ad hoc* oluşturulan hakemlere tahkim talebi dilekçesinin ve gerekli belgelerin eklenerek iletilmesiyle başlayacak olup¹²⁵, bu aşamadan sonra davacıya asıl dava dilekçesini sunması için tensiple süre verilir¹²⁶. Dava dilekçesinin sunumundan sonraki süreç, karşı tarafın cevap vermesiyle devam edecektir. Buna ilişkin Türk hukukunda HMK m. 426'da ve MTK m. 10/A'ya göre, aksi kararlaştırılmadıkça tahkimin hakem seçimi için Mahkemeye veya hakemi seçecek kişi, kurum veya kuruluşa başvurulması ve eğer ki tahkim sözleşmesinde hakem seçiminin iki tarafa da ait olduğu belirtilmişse, davacının kendi hakemini seçtiğini davalıya bildirdiği; tahkim sözleşmesinde hakem kimlikleri açıkça işaret edilmişse, tahkim talebinin davalıya ulaşması ile tahkim davası açılmış sayılacaktır¹²⁷.

HMK m. 428 ve MTK m. 10/D ortak bir şekilde, tarafların kararlaştırdığı veya hakem tarafından belirlenecek süre içerisinde dilekçelerini hakemlere sunacakları düzenlenmiştir.

Bir sonraki aşamada ufak bir ayrıma gitmemiz gerekmektedir. Bazı tahkim kurumlarında, tahkimde dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra, hakemlerin bir görev belgesi hazırlayacağını öngörmüştür. Milletlerarası tahkimi düzenleyen MTK m. 10/E'ye baktığımızda da bu durum böyledir. Görev belgesi, belirli temel unsurları içeren tarafların yargılamaya esas beyanlarının neler olduğunun tespit edildiği bir belgedir.¹²⁸ Ancak görev belgesi HMK'da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla

¹²⁵ ICC Arb. Rules Art. 4, LCIA Art. 1, UNCITRAL Arb. Art. 3, 20, AAA Commercial Arb. R-4, İSTAC Tahkim Kuralları m. 7, İTOTAM Tahkim Kuralları m. 7-8, TOBB Tahkim Tüzüğü m. 5-6.

¹²⁶ Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV*, 5475.

¹²⁷ Bununla birlikte, hem HMK m. 415/1'de hem MTK m. 7/A'da, tarafların hakem sayısını seçmekte serbest olduğu ancak bu sayının mutlaka tek olması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, tarafların hakem sayısını belirleyememesi halinde, HMK m. 415/2 ve MTK m. 7/A'ya göre, taraflar arasında hakem sayısının kararlaştırılmasında bir irade uyuşması gerçekleşmemişse üç hakem seçilir.

¹²⁸ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 310-311; ICC Arb Rules Art. 23, İSTAC Tahkim Kuralları m. 26 (27. Maddede de Usuli Zaman Çizelgesi düzenlenmiştir), TOBB Tahkim Tüzüğü m. 28; Dava Yönetim Toplantısı ve Usuli Zaman Çizelgesi uygulaması için ayrıca bkz. ICC Arb. Rules Art. 24, İTOTAM

HMK'ya göre yürütülen bir tahkimde görev belgesi hazırlama zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bu şekilde dilekçelerin teatisi aşaması tamamlanacak ve artık esas tahkim yargılamasına başlanabilecektir. Bu yargılama safhasında duruşma yapılabileceği gibi, dosya üzerinden de inceleme yapılabilecek olup hakemlerin delillerin MTK m. 12/A ve HMK m. 431'e göre toplanması için bilirkişi görevlendirmesi veya keşif yapabilme imkanları bulunmaktadır¹²⁹. Bununla birlikte MTK m. 12/B ve HMK m. 432'ye göre delillerin toplanması için Mahkemeden yardım istenilebilir.

Delillerin toplanmasından sonra, yargılaması yapılan uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesine geçilecektir. HMK m. 433 ve MTK m. 13/A'ya göre, hakemler aksine bir anlaşma olmamışsa, oyçokluğu ile karar verecektir¹³⁰. Bu nihai kararın verilmesi durumunda tahkim yargılaması sona erecek olup¹³¹, artık uyuşmazlık çözüme ulaştırılmış olur. Bunun yanı sıra hem HMK m. 427 hem de MTK m. 10/B, tahkim sürecinin aksi kararlaştırılmadıkça tek hakemli yargılamada hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sonuçlandırılması gerektiğini ifade etmiş, istisnasını da, HMK m. 427/2 ve MTK m. 10/B/2'de tarafların ortak talebi ile Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından tahkim süresinin uzatılması olarak düzenlemiştir.

Genel olarak özetlenen tahkim sürecinden sonra tahkim yargılaması için özellikle önem arz eden konular aşağıda müstakil olarak ele alınmıştır¹³².

Tahkim Kuralları m. 32.

¹²⁹ ICC Arb. Rules Art. 25, LCIA Art. 20-21, UNCITRAL Arb. Art. 27, 29, UNCITRAL Model Kanun m. 26-27, AAA Commercial Arb. R-35 ila 37, İSTAC Tahkim Kuralları m. 29-30, İTOTAM Tahkim Kuralları m. 35, TOBB Tahkim Tüzüğü m. 32.

¹³⁰ ICC Arb. Rules Art. 32, LCIA Art. 26, UNCITRAL Arb. Art. 33-34, AAA Commercial Arb. R-46, 48-49, İSTAC Tahkim Kuralları m. 34-35, İTOTAM Tahkim Kuralları m. 44-46, TOBB Tahkim Tüzüğü m. 37.

¹³¹ Nihai karar hariç sona erme hallerine ilişkin bkz. MTK m. 13/B, HMK m. 435.

¹³² Hakemler tarafından hiçbir usuli işlem yapılmadan doğrudan dosya üzerinden karar verilmesi zamanının Yargıtay Ticaret Dairesi tarafından 25.10.1970 tarihli kararıyla BOZMA sebebi yapılmıştır. Karar metni için bkz. Yeğengil, *Tahkim*, 458-459.

3.2.2. Tahkime Elverişlilik

3.2.2.1. Genel olarak

Tahkime elverişlilik, bir hukuki ilişkinin sonucunda ortaya çıkacak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği anlamına gelmektedir. Yani öyle konular vardır ki, kanun koyucu o konuların tahkime gitmesini istememektedir. Dolayısıyla tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlık konusunun tahkim yargılamasında görülüp görülememesinin tespiti olarak düşünülebilir¹³³.

Doktrinde tahkime elverişlilik, konusu bakımından objektif ve tarafları bakımından sübjektif tahkime elverişlilik olarak iki başlık altında incelenmektedir¹³⁴. Biz çalışmamız kapsamında şirketler hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık olan sorumluluk davaları özelinde daha spesifik bir inceleme yapacağımızdan tahkime elverişliliğe ilişkin yapacağımız açıklamalar ana inceleme konumuzun temelini verecek olan objektif tahkime elverişliliğe ilişkin olacaktır.

3.2.2.2. Milli tahkimde tahkime elverişlilik

Milli tahkimin düzenlendiği HMK'ya bakıldığında; Madde 408' e göre, taşınmaz üzerinde yer alan aynı haklardan kaynaklı veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli uyuşmazlıklar değildir¹³⁵.

¹³³ Yargıtay 11. HD, 2004/6686 E., 2005/3600 K. sayılı ve 12 Nisan 2005 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T. 05 Ağustos 2023); Milletlerarası alanda buna ilişkin olan düzenleme ve bakış açıları için bkz. Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* (The Hague: Kluwer Law International, 2001), 171 vd.

¹³⁴ Bkz. Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 15-19; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*,

¹³⁵ Yargıtay İBK, 2019/4 E., 2020/1 K. sayılı ve tarihli 19 Haziran 2020 tarihli kararında, “*Tahkim, sadece tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için geçerlidir. HMK'nın 408.maddesinde yer alan bu ilkeye tahkime elverişlilik ilkesi denilmektedir. İki tarafın arzusuna tabi olmayan işlerde tahkim sözleşmesi yapılmaz. ...*” (www.kazanci.com E.T. 05 Ağustos 2023).; Aynı haklardan kaynaklı kelimesi oldukça geniş bir uyuşmazlık kategorisine işaret etmektedir. Mesela Yargıtay, HMK'ya göre aynı haklardan kaynaklı uyuşmazlıklardan kaynaklı uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığından, tapu iptal ve tescil davalarının tahkimde görülemeyeceği görüşündedir . Bkz. Yargıtay 15. HD., 2011/4411 E., 2011/5792 K. sayılı ve 10 Ekim 2011 tarihli kararında, “*Tapu iptal ve tescil davalarında hakemlerin karar vermesi mümkün olmayıp bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan görevi gereği mahkemeler, hakemler ve temyiz aşamasında Yargıtayca dahi kendiliğinden gözönünde tutulur. (Yargıtay 15.HD'nin 14.04.2008 gün 2008/2087 E.-2008/2429 K.sayılı ilamı). Bu nedenle sözleşmenin 7. maddesindeki tahkim şartı tapu iptal ve tescil istemli bu davada uygulanamayacağı, hakem kurulunca açılan davanın genel mahkemede görülmesi gerektiği gerekçesiyle görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esası hakkında karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun*

HMK tahkime elverişlilik konusunda iki ihtimal dışında kalan her uyuşmazlığın tahkime elverişli olacağını öngörmüştür. Ancak burada genel hüküm olan TBK¹³⁶ m. 27'nin de unutulmaması gerekir. TBK m. 27'ye göre, bir sözleşme kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı ise veya konusu imkansızsa kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla tarafların araların doğan uyuşmazlıkların TBK m. 27'de öngörülen sınırlar içerisinde kalması gerekmektedir.

HMK'da açıklanmayan ve irdelenmeye ihtiyaç duyulan husus, iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların hangi uyuşmazlıklar olacağıdır. Hiç şüphesiz ki, ceza hukuku ve icra – iflas hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzeninden¹³⁷ olduğu için bu konularda tahkime elverişlilik tartışması yapılmayacaktır¹³⁸. Bununla birlikte boşanma davasında boşanma hakkında verilecek karar iki tarafın arzusuna tabi işlerden olmadığı için bu uyuşmazlığın da tahkime elverişli olmadığı söylenebilir¹³⁹.

bulunmuştur.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 05 Ağustos 2023); Yargıtay 15. HD., 2007/2680 E., 2007/4137 K. sayılı ve 18 Haziran 2007 tarihli kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 05 Ağustos 2023).

¹³⁶ R.G. 04 Şubat 2011, S. 27836.

¹³⁷ Yargıtay'ın son dönemlerde ilamsız icra takiplerine yapılan itirazın iptali davalarının tahkimde görülebileceğine ilişkin görüşü için bkz. Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 830 vd. ve Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 114-115; Yargıtay, eski Tüketiciyi Koruma Kanunu döneminde, bu kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması hasebiyle, bu kanun kapsamına giren uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceğine hükmetmiştir. Yeni 6502 sayılı TKHK döneminde de kanunun niteliği ve amacı değişmediğinden Yargıtay'ın görüşünden sapması için bir sebepte bulunmamaktadır. Bkz. Yargıtay 13. HD., 2008/6195 E., 2008/12026 K. sayılı ve 20.10.2008 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T. 05 Ağustos 2023). Tüketici uyuşmazlıklarının hepsinde bu sonuca varılmaması gerektiğine ilişkin bkz. Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 908 vd.; Uyuşmazlığın doğumu sonrasında tüketicinin imzalayacağı tahkim sözleşmesinin geçerli olacağına ilişkin bkz. Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 130; İsviçre Federal Mahkemesinin kamu düzenine ilişkin tanımlamaları için bkz. Yeğengil, *Tahkim*, 154-155.

¹³⁸ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 542; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 670; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV*, 5402; Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 147; Born, *International Law and Practice*, 89; Yargıtay 15 HD., 2018/2228 E., 2019/950 K. sayılı ve 05 Mart 2019 tarihli kararında, “Tahkim sözleşmesi, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür (m.408).Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Mesela, boşanma ve ayrılık davaları ,iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 07 Ağustos 2023).

¹³⁹ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 594;Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV*, 5402.

Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar bu şekilde örneklendirilebilirken bir yandan da tahkime elverişli uyuşmazlıkların da sayısı azımsanamayacak seviyededir. HMK m. 408 kapsamı dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağı zaten açıktır. Burada tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekler uyuşmazlıkların ne olduğunun tespiti gerekmektedir. Aşağıda detaylıca incelenecek olsa da, şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların oldukça büyük bir kısmını tahkime elverişli kabul etmek gerekir. Her ne kadar Yargıtay bu konuda çekingen yaklaşırsa da doktrinin karşılaştırmalı hukuku da ele alarak ortaya koyduğu görüşler bugün şirketler hukuku alanında tahkime elverişliliğin güncellenerek değerlendirilmesine yol açmaktadır¹⁴⁰.

3.2.2.3. Milletlerarası tahkimde tahkime elverişlilik

Milletlerarası tahkimdeki tahkime elverişliliği düzenleyen MTK m. 1/4'e göre, MTK, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan kaynaklı uyuşmazlıklar ve iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanamayacaktır.

Öncelikle kanunda HMK'dan farklı olarak, tahkime elverişsiz olan taşınmazın aynından kaynaklı uyuşmazlıklar sadece Türkiye'de bulunan taşınmazlar ile sınırlandırılmıştır. HMK ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iradesinin Türkiye de yer alan taşınmazları özellikle tahkim dışı bıraktığı tartışmasızdır. Sonuç olarak, Türkiye dışında bulunan bir taşınmazın aynından kaynaklı uyuşmazlık pekala tahkime elverişlidir ve bu uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi de yapılabilir¹⁴¹.

Yine, yukarıda milli tahkimde tahkime elverişliliği açıklarken bahsettiğimiz üzere¹⁴², bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği için milletlerarası tahkim bakımından da TBK m. 27 göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte, milli tahkimde tahkime elverişliliğe ilişkin yaptığımız iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalarımızı da burada tekrar ediyoruz.

¹⁴⁰ Şirketler hukuku uyuşmazlıkları içerisinde yer alan korporatif uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği için bkz. 2.3.3. nolu bölüm.

¹⁴¹ Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 811; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 97.

¹⁴² Bkz. 2.2.2.2. nolu bölüm.

3.2.3. Tahkim Sözleşmesi

3.2.3.1. Genel olarak

Tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın taraflarının mevcut olan veya müstakbel uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri ile değil de, tahkim aracılığıyla çözmek istedikleri hususundaki iradelerini yansıttığı bir hukuki işlemdir¹⁴³. Hatta tarafların mevcut olan uyuşmazlıkları bakımından yargılama sırasında da tahkim iradesi ortaya koyarak, tahkim yargılamasına başvurabilmeleri mümkündür. Bu durumda, HMK m. 412/5 ve MTK m. 5/2'ye göre, dava dosyası Mahkeme tarafından ilgili hakemlere gönderilir.

Tahkim sözleşmesinin taraflar arasında imza edilecek bir sözleşmenin (örneğin eser sözleşmesi, satım sözleşmesi gibi) içerisine konulabilecek bir tahkim şartı ile düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesi HMK m. 412/2'ye ve MTK m. 4/2, c. sona göre mümkündür¹⁴⁴.

Tarafların milli veya milletlerarası tahkime gitme iradelerini bu yollarla yansıttığı tahkim sözleşmesi birtakım şartları sağlamaksızın yapılan tahkim sözleşmesi geçerli bir tahkim sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir. Her sözleşme gibi, tahkim sözleşmesinde hem yürürlükteki hukuktan hem de içtihatlardan kaynaklanan bazı şartların yer alması gerekmektedir.

3.2.3.2. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik unsurları

3.2.3.2.1. Genel hükümlerin sınırlarını aşmamak

Tahkim sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla her ne kadar bir usul hukuk sözleşmesi olsa da, genel hükümler bakımından TBK'ya tabi bir sözleşmedir¹⁴⁵. Dolayısıyla

¹⁴³ Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 669; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2011), 1139; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 265; Çeşitli tahkim sözleşmesi tanımları için bkz. 1923 Cenevre Sözleşmesi m. 1; 1958 New York Sözleşmesi m. 2/1, UNCITRAL m. 7, *United Kingdom Arbitration Act 1996 Sec. 6/1*.

¹⁴⁴ Türkiye'de bulunan tahkim merkezlerinin aynı yönde uygulamaları için bkz. ISTAC Tahkim Kuralları m. 3/1,(a); İTOTAM Tahkim Kuralları m.6/1, TOBB Tahkim Tüzüğü m. 4/2. Ayrıca bkz. *Arbitration Act 1996 Sec. 6/2*.

¹⁴⁵ Yargıtay 9. HD, 2016/6529 E., 2016/11095 K. sayılı ve 18 Nisan 2016 tarihli kararı, "Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir." (www.calismatoplum.org, 12

tahkim sözleşmesi de, borçlar hukukuna göre sözleşme nasıl kuruluyor ise o şekilde kurulacaktır¹⁴⁶. TBK m. 1’de sözleşmenin kurulmasını ilişkin düzenleme yapılmış olup bu düzenleme somut sözleşme bakımından ele alındığında, tahkim sözleşmesi, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacaktır. Tabi ki bu sözleşme TBK m. 27’ye aykırı olmamalıdır¹⁴⁷. Dolayısıyla ne milli ne de milletlerarası tahkim bakımından düzenlenen bir tahkim sözleşmesi bu sınırları aşamayacak, aksi halde tahkim sözleşmesinin hukuka aykırı olması gündeme gelebilecektir¹⁴⁸.

Bu hususların yanında genel hükümlere uyum denildiğinde irdelenmesi gereken konulardan birisi de ehliyet meselesidir. Elbette ki tahkim sözleşmesi de bir sözleşme olarak, ama bağımsız bir sözleşme olsun ama asıl sözleşme içerisinde hüküm olarak yer alsın, yapılabilmesi tarafların kanununa göre ehliyetli olmasına bağlıdır. MÖHUK m. 9’a göre, tarafların hak ve fiil ehliyeti durumları ilgilinin milli hukukuna göre belirlenir. Eğer, taraflar arasında tüzel kişilik varsa, MÖHUK m. 9/4 düzenlemesiyle, tüzel kişilerin (veya kişi veya mal topluluklarının) hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi kılınmıştır. Kaldı ki, tarafın tam ehliyetli olmasına da

Ağustos 2023)

¹⁴⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 597; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 669

¹⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 333; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 134 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 84 vd. ; TBK m.27’de yer alan ahlaka aykırılık bakımından, uyuşmazlık taraflarından birisinin hakim ve güçlü konumunu kullanarak hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamını seçme hakkının kendisinde olacağını karşı tarafa dayatması popüler bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 468, özellikle dn. 168.

¹⁴⁸ Mesela, tahkim sözleşmelerinin taraflardan birisinin iradesinin sakatlanarak kurulması halinde tahkim sözleşmesi TBK genel hükümlerine göre geçersiz olacaktır. Genel bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 366 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 233; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 134 vd.

Yine, tahkim sözleşmesinin genel hükümlere uygun olması gerekeceğinden genel işlem koşulu şeklinde yapılan tahkim sözleşmeleri TBK genel hükümlerinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin sınırlamalara tabi olacaktır. Genel İşlem Koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 215-238; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 155-175; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 27-29. Tahkim sözleşmesinin genel işlem koşulu olarak yer almasında TBK m. 21’in uygulanabilirliği yönünden bkz. Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 469; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 204; Burcu Zengin, “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.2 (2013): 129-153. Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin* 40, no.2 (2020): 1313-1350.

gerek yoktur, belirli durum ve koşulların varlığı halinde diğer ehliyet grupları da bu sözleşmeyi imza edebilir veya adına edilebilir¹⁴⁹. Ez cümle, kendi hukukuna göre ehliyet kıstasını sağlayan taraf, sözleşme tarafı olabilecektir.

3.2.3.2.2. Yazılı olmak

Yazılılık şartı bakımından milli ve milletlerarası tahkimde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten de HMK m. 412/3 ve MTK m. 4, tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Esasen bu düzenlemeler milletlerarası anlaşmalardaki tahkim sözleşmesinin yazılı olma şartıyla da paraleldir. Mesela New York Sözleşmesinin 2. Maddesinde, tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Hakeza, UNICITRAL Model Kanunu m.7’de de tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, milletlerarası tahkime ilişkin olarak MTK m. 4/3’te, uyuşmazlığın taraflarının tahkim sözleşmesine uygulanacağını seçtikleri hukuka veya hukuk seçimi yoksa Türk Hukuku’na göre geçerli olması gerektiği düzenlenmiştir. HMK açısından böyle bir tespite ihtiyaç duyulmaması gayet doğaldır. Çünkü zaten HMK’da düzenlenen tahkimde bir yabancılik unsuru yer almadığı için, Türk Hukuku’na uygun olması kendiliğinden çıkartılabilecek bir sonuçtur. Bahsedilen yazılılık şartı, geçerlilik şartıdır¹⁵⁰. Bu yazılılık şartı için özellikli bir durum belirtilmediğinden, kanunun adi yazılı şekli yeterli gördüğü açıktır¹⁵¹.

¹⁴⁹ Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 480 vd.

¹⁵⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 208; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 670; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 597; Yargıtay 13. HD., 2006/521 E., 2006/5446 K. sayılı ve 12 Nisan 2006 tarihli kararında, “HUMK.nun 517.11 maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 12 Ağustos 2023); İngiliz hukukunda yazılılık koşulunun, tahkim sözleşmesinin ses kayıt cihazı ile yapılması halinde dahi tatmin edileceği hakkında bkz. Andrew Tweeddale ve Keren Tweeddale, *A Practical Approach To Arbitration Law* (Londra: Blackstone Press Limited, 1999), 71; Ayrıca bkz. England and Wales High Court, *Barrier Limited v Redhall Marine Limited* [2016] EWHC 381 (QB) (<https://www.casemine.com/>, E.T. 20 Ağustos 2023); Amerikan hukukunda, açıkça imza şartı aranmamıştır. Bkz. U.S. Court of Appeals, *McAllister Bros. v. a S Transp. Co.*, 621 F.2d 519 (2d Cir. 1980) (<https://casetext.com/>, E.T. 20 Ağustos 2023).

¹⁵¹ Yazılılık şartının kapsamından HMK m. 412/3 ve MTK m. 4/2’nin anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 208; Yazılılık şartına ilişkin detaylı incelemeler ve New York Sözleşmesi ile HMK/ MTK hükümlerinin karşılaştırması için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 207; Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 568; Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 439; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 270-271; Birleşmiş

3.2.3.2.3. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olması

Yukarıda¹⁵² da detaylı bir şekilde ifade ettiğimiz üzere, bir uyuşmazlığın tahkime tabi olabilmesi için, o uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. HMK m. 408 ve MTK m. 1/4 'te düzenlenen tahkime elverişlilik, tahkime elverişlilik konusunda temel ilkeleri belirlerken, esasen tahkim sözleşmelerinin hangi uyuşmazlıklar bakımından yapılabileceğini belirlemiştir.

3.2.3.2.4. Tarafların tahkim iradesinin açıkça sözleşmeye yansıtılması

Tahkim iradesi, uyuşmazlık taraflarının ellerindeki mevcut veya ileride oluşabilecek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözme yolundaki iradeleri anlamına gelmektedir. Tarafların açık ve kesin bir şekilde uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğini ortaya koymaları, tahkim sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi bakımından aranan şartlardandır¹⁵³.

Uygulamada Yargıtay bu koşulu oldukça katı uygulamakta ve tahkim yolunun tercihiyle ilişkin irade açıklamasının net ve kesin olmasını aramaktadır. Net ve kesin ifadeler kullanmayan tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmeyen Yargıtay, bu anlamda yapılacak tahkime ilişkin ilk itirazların reddedilmesi gerektiği görüşündedir¹⁵⁴.

Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu A/6/17 sayılı ve 07 Temmuz 2006 tarihli tavsiye kararı.

¹⁵² Bkz. 2.2.2. nolu bölüm.

¹⁵³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 152; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV*, 5415; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 283

¹⁵⁴ Yargıtay 15. HD, 2009/1438 E., 2009/2153 K. sayılı ve 13 Nisan 2009 tarihli kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 20 Ağustos 2023). Benzer karar örnekleri, Yargıtay 15. HD., 2015/2198 E., 2015/2758 K., 22 Mayıs 2015 tarihli kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 20 Ağustos 2023), Yargıtay 15. HD., 2016/4735 E. 2017/259 K. sayılı ve 23 Ocak 2017 tarihli kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 20 Ağustos 2023), İstanbul BAM, 15. HD., 2018/1740 E., 2018/1330 K. sayılı ve 18 Eylül 2018 tarihli kararı (<https://emsal.uyap.gov.tr/> E.T. 20 Ağustos 2023); İngiliz hukukunda zımni olarak tahkim sözleşmesi yapılabilecek olup, ta raflar, bir tahkim yargılaması veya hukuki süreçlerde karşılıklı yazılı beyanlarında tahkim sözleşmesinin varlığı hakkında ifadelerde bulunmuşlarsa tahkim sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Bkz. Ambrose, Maxwell ve Collett, *London Maritime Arbitration*, 44; Georgios I. Zekos, *International Commercial and Marine Arbitration* (Oxon: Routledge-Cavendish, 2008), 213. Yargıtay bu kesin ve net yaklaşımının yanı sıra, son zamanlarda vermiş olduğu bir kararla kesin bir tahkim iradesinin varlığı ortaya konulursa ve tahkimin birinci zorunlu seçenek olarak düzenlenmesi halinde, tahkim kurullarının görevini yapmaması halinde ikincil olarak Mahkeme yetkisini kabul eden tahkim sözleşmesini geçerli saymıştır. Bkz. Yargıtay 15. HD, 2019/2824 E., 2019/5139 K. sayılı ve 12 Aralık 2019 tarihli kararı (www.kazanci.com.tr, 21 Ağustos 2023).

Yargıtay için bu kriterin gerçekleşmesindeki en önemli nokta, tahkim sözleşmesi içerisinde veya atıf yoluyla birden fazla sözleşme için içerisine dahil edilmişse, bu sözleşmelerde de tahkim iradesini kesin olmaktan çıkartacak, çelişkili başkaca bir ifadenin olmaması gerekmektedir. Bununla beraber, tahkim sözleşmesinde tahkim öncesinde başka aşamaların öngörülmesi de mümkündür. Mesela, tahkim sözleşmesinde tahkim yargılaması öncesinde, arabuluculuğa gidilmesi veya milletlerarası inşaat sözleşmelerinde mühendise başvurulması gibi ön aşamaların öngörülmesi mümkündür¹⁵⁵. Yargıtay bu şekilde yapılan ön aşamalı tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmektedir¹⁵⁶.

3.2.3.2.5. Tahkim iradesinin belirli bir konuya özgülenmesi

Tahkim sözleşmesi, belirsiz bir şekilde, taraflar arasındaki sınırsız veya belirsiz sayıdaki uyuşmazlığa ya da belirli bir konudaki sınırsız veya belirsiz sayıdaki uyuşmazlığa uygulanamayacaktır. HMK m. 412/1 ve MTK m 4/1’de yer alan tahkim sözleşmesi tanımlarından da anlaşılabileceği üzere, tahkim sözleşmesi belirli bir konuya özgü yapılmalıdır. Belirli bir konudan kasıt, tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki hangi hukuki ilişki bakımından uygulanacağının münferitleştirilmesidir. Dolayısıyla, ister milli ister milletlerarası tahkime ilişkin bir tahkim sözleşmesi yapılsın, o sözleşmede tahkime tabi uyuşmazlık münferiden belirtilmelidir¹⁵⁷.

3.3. Sorumluluk Davasının Tahkim Yargılamasına Elverişliliği Hakkında Değerlendirilmesi Gerekli Meseleler

3.3.1. Sorumluluk Davasının Korporatif – Korporatif Olmayan Uyuşmazlık Ayrımındaki Yeri

3.3.1.1. Korporatif – korporatif olmayan uyuşmazlık

Korporatif kelimesi, şirket ile ilgili anlamında kullanılan ve şirket içinde ortaya çıkan anlamında kullanılmaktadır. Bu tarz uyuşmazlıklar, dayanağını şirketler hukukundan

¹⁵⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 181; Ebru Şensöz Malkoç ve Müge Değirmencioğlu, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Kızlarının Geçerliliği”, *MÜHFHAD* 27, no.1 (2021): 609.

¹⁵⁶ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 181; Malkoç ve Değirmencioğlu, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Kızlarının Geçerliliği”, 613.

¹⁵⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 597; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 671.

almakta olup şirket ile pay sahiplerinin arasındaki uyuşmazlıkları ifade etmektedir¹⁵⁸. Bunun aksine korporatif olmayan kelimesi de şirketin dışında gerçekleşmesine rağmen şirket hukuku ile alakalı anlamında kullanılmaktadır. Bu tarz uyuşmazlıklar, dayanağını borçlar hukukundan almakta olup pay sahiplerinin kendi arasındaki uyuşmazlıkları ifade etmektedir¹⁵⁹.

Doktrinde korporatif davalara örnek olarak, genel kurul kararlarının iptali veya butlanının saptanması, ortağın iskatı, birleşme veya bölünmeden doğan uyuşmazlıklar gibi uyuşmazlıklar örnek olarak verilmektedir. Bu uyuşmazlıkların ve örnek kabilinden saymadığımız aynı nitelikteki uyuşmazlıkların tamamı şirket tüzel kişiliği sahasında doğan uyuşmazlıklardır. Yani burada şirket ile pay sahibi arasında bir uyuşmazlık veya şirket işleyişi ile ilgili bir uyuşmazlık mevcuttur¹⁶⁰.

Bunun karşılığında korporatif olmayan uyuşmazlıklara örnek olarak, pay sahipleri sözleşmesinden veya pay satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar örnek gösterilmektedir¹⁶¹. Dolayısıyla korporatif olmayan uyuşmazlıkların aynı zamanda pay sahipleri arasında doğan uyuşmazlıklar olarak anmakta mümkündür.

3.3.1.2. Sorumluluk davasının bu ayırmadaki yeri

Sorumluluk davasının yukarıda açıkladığımız ayırmada düştüğü yerin tespiti için bakmamız gerekli şey uyuşmazlığın kiminle kimin arasında meydana gelmiş olduğudur. Bunun için yukarıda da yer verdiğimiz sorumluluk davasının taraflarının

¹⁵⁸ Tolga, Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 9; Ercüment H. Erdem, "Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", *Tahkim Anlaşması*, ed. Hatice Özdemir Kocasakal ve Süheyla Balkar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 7.

¹⁵⁹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 173; Erdem, "Tahkime Elverişliliği", 5.

¹⁶⁰ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 98 vd.; Erdem, "Tahkime Elverişliliği", 7; İstanbul 12. ATM, 2019/337 E., 2021/167 K., 01 Mart 2021 tarihli kararı, "Oysa GK kararlarının iptali korporatif yapı gereği ortaklığın hukukuna ilişkin olup, ortakların hukukunun ihlali ortaklığın hukukunun ihlalinin beraberinde getirmez ve ortaklar arası borçlar hukuku karakterli sözleşmelerin ihlali sebebiyle GK kararının iptali talep edilemez." (<https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 28 Aralık 2023).

¹⁶¹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 173; Erdem, "Tahkime Elverişliliği", 5; İstanbul 16. ATM, 2014/424 E., 2018/488 K., 21 Mayıs 2018 tarihli kararı, "Paysahipleri arasındaki ilişkileri ve paysahipliğinden doğan hakları düzenlemesi bakımından ise, ortaklar sözleşmesinin korporatif bir niteliği bulunmamaktadır." (<https://emsal.uyap.gov.tr/>, E.T. 29 Aralık 2023).

kim olduğu bilgisinden yararlanabiliriz. Sorumluluk davasının davacısı, duruma göre değişmekle beraber, anonim şirketin kendisi, pay sahipleri veya alacaklı ve hatta iflas idaresi olabilmektedir. Bununla birlikte davalı, yönetim kurulu üyeleri ve geniş anlamında kullanılmak üzere sorumlu yöneticilerdir. Bu sorumluluk davası da konusu itibariyle yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı fiilleri sonucu açılmaktadır. İşte bu dava, sadece pay sahipleri arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık olmayarak, yönetim kurulu üyelerinin şirket yönetim organının bir üyesi olarak gerçekleştirdiğı hukuka aykırı işlemlerinden sorumlu tutulması anlamını taşıdığından korporatiftir¹⁶².

3.3.2. Tahkim Şartı İle İlgili Sorunlar

3.3.2.1. Esas sözleşmede tahkim şartı düzenlenebilir mi?

3.3.2.1.1. Şirketler hukuku bakımından değerlendirme

Esas sözleşmeye bir tahkim şartının konulup konulamayacağına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tabi her görüş meseleyi doğrudan tahkim şartı meselesi üzerinden incelememiş, ancak esas sözleşmeye kanunda sayılanlardan başkaca kayıtların konulup konulamayacağını irdelenmişlerdir. Her halükarda bu değerlendirme, TTK anonim şirket hükümlerinin birtakım genel ilkelerinden hareketle yapılmalıdır.

3.3.2.1.1.1. Emredici hükümler ilkesi (ttk m. 340)

Bu kapsamda ilk incelenmesi gereken hüküm, emredici hükümler ilkesi olmalıdır. TTK m. 340'a göre, esas sözleşme TTK'nın anonim şirkete ilişkin hükümlerinden ancak TTK'nın açıkça izin verdiği hallerde sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri varsa da o hükümler o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Kanun maddesinin irdelenmesinden sonra, genel olarak doktrinde hangi görüş emredici hükümler ilkesini nasıl yorumlamış bunun irdelenmesi gerekmektedir.

İlk görüşe göre, TTK m. 340 hükmünün lafzı esas alınmalı ve maddede yer alan “açıkça” ifadesi ölçüt olarak kabul edilecek ve TTK'nın açıkça sapmayı öngörmediğı

¹⁶² Sorumluluk davaları korporatif davaların tipik örnekleri arasında sayılmaktadır. Bkz. Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 98; Erdem, “Tahkime Elverişliliğı”, 7-8.

hallerde esas sözleşmede yapılacak düzenlemeler emredici hükümler ilkesinden sapmayacaktır¹⁶³.

BAHTİYAR'A göre, gerekçede yer alan ifadeler, kanunun lafzındaki emredici hükümlerden sapma için aranan açık izne ters düşmekte ve bu şekilde hükmün varoluş amacını ortadan kaldırmaktadır. Yazar emredici hükümler ilkesini katı yorumlamakla beraber, özellikle tahkim bakımından kanunun açıkça bir düzenleme yapmamış olması karşısında ortada bir olumlu bir kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve esas sözleşmede yer alacak bir tahkim şartını geçerli olarak kabul etmek gerekeceğini ifade etmektedir¹⁶⁴.

ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/ MANAVGAT), TTK m. 340'ta yer verilen "açıkça" ifadesinin madde lafzından anlaşılmayan ancak yorum yapılarak ortaya çıkartılan hükümleri de içerdiğinin kabulü halinde TTK m. 340'ın varoluş sebebinin ortadan kalkacağını ifade etmiştir. Yazarlar, emredici hükümler ilkesinden sapmada aranan açık iznin yorum yapılarak tespit edilebilmesinin ancak TTK m. 340 hükmü olmasaydı izlenebilecek bir yol olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁵.

Diğer görüşe göre ise TTK m. 340'ın lafzının tek başına emredici hükümler ilkesinin yorumlanmasında dikkate alınamayacağını, ruhunun da dikkate alınması gerektiğini, emredici hükümlerden sapmanın ölçütünün lafzında belirtilen kadar katı olmadığını ve hatta bunun da gerekçede kendisine yer edindiğini ifade etmektedir¹⁶⁶.

¹⁶³ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 158 vd.; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 113 vd.

¹⁶⁴ Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 208-209; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 114.

¹⁶⁵ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 161.

¹⁶⁶ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 28; Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", *MARUHAD* 18, no.2, (2012): 316; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 255; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 306-307; Abdurrahman Kayıklık "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim", *BATİDER* 36, no.4 (Aralık 2020): 159 vd.; Yağmur Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 18; Beyza Gül Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 88; Burak Etirli, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan Cilt 2* 32, no.8, (2019): 2002-2003.

PULAŞLI'YA göre, TTK m. 340/1, c. 1'e göre sapma, kanuni düzenlemenin yerine, başka bir düzenlemenin yapılması halinde ortaya çıkacaktır. Yazara göre, kanunda hiçbir düzenlemeye yer verilmemiş bir konu hakkında esas sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile sapma mümkün değildir. Yine, kanunun açıkça suskun kaldığı konularda esas sözleşmede yapılacak düzenlemenin, hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi gözetilerek emredici hükümlerden sapabilmesi mümkün olabilecektir¹⁶⁷.

KARASU'YA göre, TTK m. 340'ta yer verilen "açıkça" ifadesine rağmen tek başına hükmün lafzı değil, ruhu da dikkate alınmalı ve hatta ruhuna üstünlük tanınmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir amaçsal yorum sonucunda, emredici hükümlerden sapmaya müsaadenin tereddütte yer vermeyecek şekilde açık olması gerekmekte ve tereddüt halinde sapmaya müsaade verilmediği kabul edilmelidir¹⁶⁸.

Bu alanda çoğunluk görüşüne benzeyen ancak belirli nüanslarla o görüşten ayrılan VEZİROĞLU'NA göre, TTK m. 340 bakımından öncelikle lafzi ve sistematik yorumla sonuca varmaya çalışmak gerekecek, ancak bu yöntemlerle sonuca ulaşılamıyorsa da amaçsal yorum yapılmasında gerekecektir. Ancak yazar, yapılacak amaçsal yoruma bir sınırlama getirilmesi gerektiğini de itina ile belirtmiştir. Dolayısıyla azınlık pay sahipleri, üçüncü kişilerin veya halka açık şirketlerde yatırımcılar aleyhine getirilecek düzenlemeler bakımından amaçsal yorumun yapılması kabul edilemez. Yine yazara göre, hükümden sapılmaya izin verilip verilmediği konusunda tereddüt oluşması halinde izin verilmediği kabul edilmelidir¹⁶⁹.

Genellikle hakim olan ve iştirak ettiğimiz görüşe göre, TTK m. 340, anonim şirketler hukukunda kısıtlayıcı bir hüküm etkisine sahiptir¹⁷⁰. Bu kısıtlayıcı hükmün sadece lafzına bağlı kalmak ise hükmün doğru yorumlanmasını engelleyecektir. Gerekçede, kanunda açıkça izin verilmişse ifadesinden, tek başına lafzen açıkça sapmaya izin

¹⁶⁷ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 255; Aynı yönde Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 306-307.

¹⁶⁸ Karasu, "Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", 316; Aynı yönde: Etirli, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", 2003.

¹⁶⁹ Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 390-392.

¹⁷⁰ TTK m. 340 ile ilgili eleştiriler için özellikle bkz. Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 151 vd.; Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 229.

verildiği şeklinde yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine gerekçede, lafzen açıkça sapmanın anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayalı, sonuçları adil ve menfaatler dengesine uygun bir sapmanın da emredici hükümlerden sapma konusunda kanunun aradığı gibi bir hukuka uygun sapma olduğu ifade edilmiştir.

Burada önemli olan tahkim şartının kanunun cevaz verdiği bir sapma olup olmadığıdır. Desteklediğimiz ikinci görüşe göre, kanunun lafzı ile sınırlı kalınmamalıdır. Burada emredici hükümlerde öngörülme-yen tahkim şartının TTK'yı tamamlayıcı bir niteliği olup olmadığı düşünölmeli ve tahkim şartının, TTK m. 340'ın ruhuna aykırı olup olmadığı tartışılması gerekmektedir. Her şeyden önce, TTK içerisinde açıkça düzenlenmeyen tahkim şartının, emredici hükümlerin bir tamamlayıcısı olması ve emredici hükümlere aykırı düşmemesi gerekmektedir¹⁷¹. Zaten emredici ve tamamlayıcı hüküm ilişkisi de bu yapı üzerine kuruludur. Tahkim şartının TTK m. 340'ta yer alan düzenlemenin ruhuna aykırı olduğu söylenemez. Zira, kanun koyucu TTK düzenlenirken esas sözleşmeye tahkim şartının koyulabilmesini açık bir şekilde reddetmemiştir. Kanun koyucunun bu şekilde bilinçli olarak yasaklaması durumu hariç veya anonim şirketler hukuku düzenlemelerine aykırı olmayacak bir şekilde kaleme alınacak tahkim şartının da esas sözleşmede yer alması herhangi bir şekilde TTK m. 340'ı ihlal etmeyecektir¹⁷². Kaldı ki, TTK m. 339/2'nin gerekçesinde, bu

¹⁷¹ Bkz. Cem Veziroğlu, "Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinde Düzenlenen Tahkim Şartının Geçerliliği", *Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm - Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt - 2*, ed. Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15-16.

¹⁷² Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 31; Karasu, "Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", 321; Kayıklık "Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim", 159-160; Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 191; Tahkim şartı bakımından kanundan sapma değil, bir kanun boşluğunun doldurulmasından bahsetmesi hakkında bkz. Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 397; Veziroğlu, "Tahkim Şartının Geçerliliği", 16-17; Her ne kadar emredici hükümler ilkesini lafzen katı bir şekilde yorumlasa da, tahkim şartının HMK uyarınca esas sözleşmeye konulabileceğine ilişkin bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 114, dn. 180; BAHTİYAR bu görüşünü istikrarlı bir şekilde HUMK döneminden beri sürdürmektedir bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 208 vd. Açıkça tahkim şartını zikretmese de, emredici hükümlere aykırı olmamak ve savunduğu görüş çerçevesinde kalmak kaydıyla TTK m. 339'dan başkaca kayıtların esas sözleşmeye konulabileceği hakkında bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 293; Korporatif davalar bakımından tahkim şartının TTK m. 340'ı ihlal etmeyeceğine ilişkin bkz. Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 18; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 88.

hükümün esas sözleşmenin asgari içeriğini gösterdiği de ifade edilmiştir. Bu düzenlemeyle de, esas sözleşme kayıtlarının TTK m. 339'da olanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmek istenilmiştir¹⁷³. TTK m. 340'ın ruhu, TTK'nın Anonim Şirketler Hukukuna ilişkin emredici düzenlemelerine aykırılığın engellenmesidir. Tahkim şartının TTK'da düzenlenen emredici hükümlere aykırılık oluşturmayacak kaleme alınması halinde, TTK m. 340'a aykırılıktan söz edilemeyecektir.

3.3.2.1.1.2. Tek borç ilkesi (ttk m. 480)

TTK m. 480/1'de düzenlenen tek borç ilkesi, kanunda öngörülen istisnalar haricinde esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primin ifası dışında herhangi bir borç yükletilemeyeceğini öngörmektedir¹⁷⁴. Yani, tahkim şartının tek borç ilkesi bakımından değerlendirilmesinde bakılması gereken husus tahkim şartının pay sahiplerine ek bir borç yükleyip yüklenmediğidir.

Esas sözleşmede tahkim şartının yer almasının tek borç ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini savunan VEZİROĞLU, öngörülecek tahkim şartının pay sahiplerinin en azından vazgeçilmez nitelikteki dava haklarını ihlal edecek şekilde kaleme alınmaması gerektiğini belirtmiş, aksi durumda tahkim şartının batıl olacağını ifade etmiştir¹⁷⁵.

Burada bizim de katıldığımız görüşe göre, esas sözleşmeye bir tahkim şartının konulması, tek borç ilkesini ihlal etmeyecektir. Zaten tahkim şartı, pay sahiplerine yeni borç yaratmak amacıyla değil, alternatif bir yargılama yolu öngörülmesi amacıyla esas sözleşmeye konulmaktadır. Tahkim yoluna gitme şartı bir borç değil, usuli bir yükümlülüktür¹⁷⁶. Pay sahibinin doğal olarak bu uyuşmazlığı sadece devletin Mahkemelerine götürememesi de pay sahiplerinin esas sözleşmeye tahkim şartını koyarken bilinçli tercihleri ile gerçekleştiğinden, bu bakımdan da tek borç ilkesine aykırılığın ileri sürülebilmesi mümkün değildir¹⁷⁷. Yine, bu tahkim şartı, pay

¹⁷³ Aynı yönde, Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 31.

¹⁷⁴ Tek borç ilkesi hakkında incelemeler için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 75 vd.

¹⁷⁵ Veziroğlu, "Tahkim Şartının Geçerliliği", 15.

¹⁷⁶ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 35; Kayıklık "Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim", 156.

¹⁷⁷ Tahkim şartının pay sahiplerini bağlayıp bağlamayacağına ilişkin detaylı açıklamalarımız için bkz. 2.3.4.2. nolu başlık.

sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki dava haklarını ihlal edecek şekilde kaleme alınamayacaktır¹⁷⁸.

3.3.2.1.2. Tahkim hukuku bakımından değerlendirme ve bu değerlendirmenin şirketler hukuku ile kesiştirilmesi

Yukarıda, tahkim sözleşmesinin, ister kendi başına müstakil olarak bir sözleşme şeklinde ister bir sözleşme içerisinde yer alan bir klot ile ve hatta istenilirse bir genel işlem şartı şeklinde düzenlenebileceği ve sözleşmede bu şarta atıf yapılmak suretiyle düzenlenebileceğini incelemiştik¹⁷⁹.

Burada incelenecek husus klot olarak tahkim şartına yer vermek değildir. Zaten buna bir engel bulunmamaktadır. Yukarıda¹⁸⁰ da yaptığımız incelemelerde şirketler hukuku alanında yaşanan doktrinsel tartışmalar tahkim klotunun esas sözleşmede düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Bu halde gündeme, tahkim sözleşmesinin klot olarak değil de, ayrı bir sözleşme düzenlenerek yer verilmesi halinde esas sözleşmede yer alacak tahkim klotu gibi etki doğurması mümkün olacak mıdır sorusu gelebilecektir. Öncelikle korporatif uyuşmazlığın tanımına başvurulması uygun olacaktır. Yukarıda¹⁸¹ açıkladığımız üzere, bir korporatif uyuşmazlıktan söz edilebilmesi için o uyuşmazlığın şirket içi bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. Yine tahkim sözleşmesine tabi olmak için tarafın doğal olarak o sözleşmeye de katılması gerekmektedir.

Dolayısı ile buradan varılacak sonuç, ayrıca yapılacak bir tahkim sözleşmesine şirketin katılıp katılamayacağı sorusunda gizlidir. Yani, bu bilgiler ışığında sorulacak soru; korporatif bir uyuşmazlığın haricen yapılan bir tahkim sözleşmesine şirketin de katılımıyla müsaade vermesi ve bu şekilde uyuşmazlığı tahkime tabi kılması mümkün müdür? Böyle bir şeyin mümkün olmasının, tipik bir tahkim örneği olabilecek olan, sözleşmenin diğer tarafının alacaklı olması durumunda olabileceği görüşündeyiz. Yani anonim şirketin bir alacaklısı ile yaptığı sözleşmede tahkim klotuna yer verilmesi veya atıf ile bir müstakil tahkim sözleşmesinin sözleşmeye dahil edilmesi halinde mümkün

¹⁷⁸ Veziroğlu, "Tahkim Şartının Geçerliliği", 15; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 24.

¹⁷⁹ Bkz. 2.2.3.1. nolu başlık.

¹⁸⁰ Bkz. 2.3.2.1.1. nolu başlık.

¹⁸¹ Bkz. 2.3.1.1. nolu başlık.

olabilecektir. Öbür taraftan pay sahiplerinin şirketi katarak böyle bir sözleşme yapmaları sadece teoride mümkündür. Zira, bu durum şirketler hukukunun karakteristik özelliğine ve esas sözleşmenin varlık amacına aykırılık teşkil eder¹⁸².

Düzenlenme biçimini tartıştığımız tahkim klotunun yazılı olması da bir gerekliliktir. Zaten yukarıda¹⁸³ da belirttiğimiz üzere, hem HMK hem de MTK’de tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerektiği ifade edilmiştir. MÖHUK m. 9/4’e göre, tüzel kişililerin hak ve fiil ehliyetleri, statülerinde (kuruluş belgelerinde)¹⁸⁴ belirtilen idare merkezi hukukuna tabi kılınmış ve fiili (gerçek) idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukukunun da uygulanabileceği ifade edilmiştir. Buradan çıkarılabilecek sonuç, şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke hukukunun (*lex societatis*)¹⁸⁵ şirkete ilişkin meselelere de uygulanması gerekir¹⁸⁶. Dolayısı ile ama statüsel ama fiili idare merkezinin Türkiye olduğu şirketlerdeki tahkim şartının HMK ve MTK’ya göre yazılı olması bir zorunluluktur. Esas sözleşmeye yazılması ile de bu şart sağlanmış olacaktır.

Bununla birlikte, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının hangi konulara özgülendiğinin de belirlenmesi önemlidir¹⁸⁷. Bu anlamda esas sözleşmede hangi uyuşmazlıkların tahkime tabi olacağını açık bir şekilde kaleme almak esas sözleşmedeki hükmün sıhhati bakımından da önem taşır. Aksi halde, yukarıda da açıkladığımız üzere, HMK m. 412/1 ve MTK m. 4/1’de yer alan düzenlemelere aykırı bir tahkim sözleşmesi kaleme alınmış olacaktır.

¹⁸² Aynı yönde, Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 41, dn. 84.

¹⁸³ Bkz. 2.2.3.2.2. nolu başlık.

¹⁸⁴ Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 131.

¹⁸⁵ *Lex societatis* hakkında bilgi için bkz. Florence Gullhaume “Law Governing Companies In Swiss Private International Law”, *Yearbook of Private International Law Vol. VI*, ed. Petar Sarcevic, Paul Volken ve Andrea Bonomi, Bern: Stämpfli Publishers Ltd., 257 vd.

¹⁸⁶ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 11, dn. 1; Avrupa birliği üye devletleri bakımından karşılaştırmalı bir inceleme olması açısından da yararlı ve Avrupa Birliği üye devletlerinde *lex societatis*in en azından şirket iç yönetim meselelerine ve özellikle pay sahipleri, yönetim kurulu ve şirket arasındaki ilişkilere de (korporatif uyuşmazlıklara) uygulanacağını tespiti hakkında bkz. Carsten Gerner-Beuerle vd., *Study on the Law Applicable to Companies Final Report* (Londra: European Commission, 2016), 143 ve 154 vd.

¹⁸⁷ Bkz. 2.2.3.2.5. nolu başlık.

3.3.2.2. Tahkim şartının esas sözleşmede yer alma imkanına ilişkin varılan sonuç

3.3.2.2.1. Varılan sonuç

Yukarıda da ele aldığımız üzere, tahkim şartının esas sözleşmede herhangi bir şekilde yer alıp alamayacağı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bu bakımından doktrindeki tartışma eğilimi özellikle pay sahiplerini bağlayıcılık yönünden tek borç ilkesinin tartışılması ve tahkim şartının emredici hükümler ilkesini ihlal edip etmeyeceği üzerinde çerçevelenmektedir. Esasen bu eğilim makul görülür; zira, bakıldığı zaman TTK'daki özgürlük sahasını daraltan düzenlemelerden birisi de TTK m 340'ta yer alan emredici hükümler ilkesidir. Hem gerekçesinin hem de lafzının birbiriyle bu denli örtüşmemesi de hem kanun uygulamasında hem de yorumunda ikilemler yaratmaktadır. Yukarıda genel olarak yaptığımız tespitlere tekrarlamak manasına gelmemek üzere, biz, esas sözleşmeye tahkim şartının konulmasının emredici hükümler ilkesine aykırılık oluşturmayacağını, kanunun lafzının yorumda tek başına bir anlam ifade etmeyeceğini ve gerekçede yer alan amaçsal yoruma dayalı sapma izninin geçerli olduğu görüşünü benimsemekteyiz. Yine TTK m. 480 kapsamında, pay sahiplerine sadece sermaye koyma borcu yükletilebileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda da, iştirak ettiğimiz görüşün, tahkime gitme yönünde bir borç değil, usuli bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştik. Bu noktada, tahkim masraflarının tek borç ilkesine bir aykırılık oluşturup oluşturmayacağı düşünülebilirse de, sadece tahkim giderlerinin devlet mahkemelerinde yapılacak yargılama giderlerinden fazla olmasının tek borç ilkesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmeyecektir. Yine, devlet mahkemelerinde kesinleşmeden icraya konulabilecek, mesela tazminat konulu davalarda İİK m. 33 gereği icranın geri bırakılması kararı alınabilmesi için dosyaya teminat yatırılması zorunluluğu değerlendirildiğinde, tahkim giderlerinin devlet mahkemesinde yapılacak yargılama giderinden fazla olmasının tek borç ilkesine aykırılık oluşturmayacağını da göstermektedir¹⁸⁸.

Tek borç ilkesi kapsamında düşünülebilecek bir ayırım tahkim şartının şirket kurulurken esas sözleşmede yer alması ile daha sonradan esas sözleşmeye dahil edilmesi halinde bir farkın oluşup oluşmayacağı ayrımı olabilir. Bizce şirket kurulurken esas sözleşmeye tahkim şartının dahil edilmesinde zaten bir sorun ortaya

¹⁸⁸ Kayıklık, “Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, 156.

çıkmayacaktır. Kurucular iradeleri ile bir esas sözleşme kaleme almışlar ve bu şekilde tescil ve ilan ettirerek şirketlerinin temel düzenleyici hukuki kurallar bütününe kaleme almışlardır. Sonuç olarak kuruluştaki esas sözleşmede tahkim şartının yer alması kurucuların müşterek iradesini gösterir. Tabi ki, daha sonra gerçekleştirilen bir esas sözleşme değişikliğinde ortak iradenin kuruluştaki gibi mevcut olamaması ihtimali de bulunmaktadır.

Genel olarak esas sözleşmeye sonradan konulacak bir hüküm ile tahkim şartına yer verilebileceği yönünden uluslararası doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş, kimi görüşler oybirliği ararken kimi ise üçte iki nitelikli çoğunluğun yeterli olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir¹⁸⁹.

İsviçre’de yakın zamanda kanunlaşan yeni Borçlar Kanunu değişikliği tasarısı ile değişik, OR Art. 704’te, belirli konulardaki esas sözleşme değişikliği için verilen oyların üçte iki çoğunluğunun ve verilen oyların değerlerinin çoğunluğunun arandığı nitelikli çoğunluk hükmüne bir 14. cü bent eklenerek, esas sözleşmeye tahkim şartının eklenmesinde nitelikli çoğunluğun aranacağı düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Yetersayı meselesinin yanı sıra, İsviçre’deki OR’da değişiklikler yapan ve yeni kanunlaşan tasarı ile OR’a Art. 697n hükmü eklemiş ve bu hüküm ile şirketin esas sözleşmesinde şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceğine ilişkin tahkim klotuna yer verilebileceği düzenlemesine yer verilerek bu mesele kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Karşılaştırmalı hukukta başka bakabileceğimiz bir örnek de Amerika’nın Delaware eyaleti olabilir. Delaware Code, General Corporation Law, Sec. 102/b/1’e göre¹⁹⁰, Şirketin, yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin haklarını yaratan, tanımlayan, sınırlayan ve düzenleyen hükümler Eyaletin hukukuyla ters düşmediği sürece esas sözleşmede düzenlenebilecektir. Bu hüküm, Amerikan doktrininde Delaware eyaletindeki şirketlerin tahkim klotunu esas sözleşmeye yazabilmesinin imkanı olarak değerlendirilmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ Bu görüşler için bkz. Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 42-44.

¹⁹⁰ Tümü yerine özetlenerek esas alınması gereken kısımlar çevrilmiştir.

¹⁹¹ Garry D. Hartlieb, “Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses for Shareholders-Corporation Disputes”, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 4, no.1, (2014), 133-134.

Birinci bölümde de açıkladığımız üzere, tahkim sözleşmesi sözleşme taraflarının iradesi ile bir uyumsuzluk türünü devlet yargısı yerine tahkim yargılamasına tabi kılmalarıdır. Dolayısıyla, tahkim sözleşme taraflarının iradelerinin tam bir şekilde sözleşmeye yansıtılması gerekmekte olup bu da ancak pay sahiplerinin tamamının bunu onaylamaları halinde söz konusu olur. Gerçekten de, oybirliği ile kabul edilmeyen bir tahkim şartının pay sahipleri tarafının küll halinde iradesini yansıttığını söyleyemeyeceğimizden tahkim şartının esas sözleşmeye konuşabilmesi için oybirliği aranması gerektiğini düşünüyoruz¹⁹². Nihai olarak esas sözleşmeye tahkim şartının konulabilmesinin mümkün olduğu sonucunu tekrarlamak isteriz¹⁹³.

Esasen bu açıklamalarımız Anonim Şirketler bakımından geçerli olsa da, Halka Açık Anonim Şirketler bakımından da genel olarak ifade ettiğimiz bu sonuca varılıp varılamayacağı değerlendirilmelidir. Halka Açık Anonim Şirketler, SerPK m. 3/1, b. (e)'de de belirtildiği üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirketler anlamına geldiğinden, bir Halka Açık Anonim Şirketin pay sahiplerinin sayısı oldukça fazla olacaktır¹⁹⁴. Yine, SerPK m. 16/1'de bir şirketin paylarının borsada işlem görmesi veya pay sahibi sayısının beş yüzü aşması halinde o şirketin borsada işlem görmese dahi, Halka Açık Anonim Şirket hükümlerine tabi olacağının düzenlenmesi de Halka Açık Anonim Şirketlerdeki pay sahibi sayısının fazla olduğunu göstermektedir¹⁹⁵. Halka Açık Anonim Şirketlerin esas sözleşmesinde

¹⁹² Aynı yönde, Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 35; Kayıklık, “Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, 162; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 386; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 60.

¹⁹³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 386; Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 31; Karasu, “Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”, 321; Kayıklık, “Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, 159-160; Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 397; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 114, dn. 180; Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 209; Mehmet Helvacı, “Anonim Ortaklığın Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “TAHKİM”*, Ed. Aslı Yıldırım ve Erol Ulusoy, İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, 190; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 17; Ayrıca bkz. Court of Chancery of Delaware, *In re Revlon, Inc. Shareholders Litigation*, 990 A.2d 940, 960 (Del. Ch. 2010) (<https://casetext.com/> E.T. 03 Ocak 2024).

¹⁹⁴ Çağlar Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (Ankara: BTHAE, 2016), 16.

¹⁹⁵ Halka açıklık statüsü hakkında detaylı bilgi için bkz. Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, 48 vd.

yer alacak tahkim klotunu incelemeye geri dönecek olursak, Halka Açık Anonim Şirketlerin esas sözleşmesinde fiilen tahkim hükmünün yer alamayacağı düşüncesindeyiz. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir esas sözleşmede yer alacak tahkim şartının geçerliliği pay sahiplerinin söz konusu şartı oybirliği ile kabulüne bağlıdır. Sözleşmenin sonradan tarafı olacak pay sahiplerini o hükme taraf kılmak mümkün olsa da, mümkün kılacak çözüm, Halka Açık Anonim Şirketler bakımından da uygulama alanı bulamayacaktır. En nihayetinde, Halka Açık Anonim Şirketin pay sahibi sayısı oldukça fazla olacağından, ister borsada işlem gören ister görmeyen bir Halka Açık Anonim Şirket olsun, Halka Açık Anonim Şirketlerin esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilebilmesi fiilen mümkün değildir¹⁹⁶.

3.3.2.2.2. Bu doğrultuda tahkim şartı hangi nitelik ve içerikte olmalıdır?

Bu doğrultuda esas sözleşmede düzenlenecek tahkim şartının ne içerikte olabileceği düşünülmelidir. Öncelikle, esas sözleşmede yer alan ve ilgili uyuşmazlıkları düzenleyen tahkim şartının tahkime elverişli uyuşmazlıklar bakımından geçerli olabileceğini veya bu uyuşmazlıklar bakımından kaleme alınması gerektiğini belirtmemiz gerekir.

Burada ilgi çekici bir örneğe değinerek güncel uygulamadaki görüşü yansıtabileceğimize inanıyoruz. 01.11.2021 tarihli ve 10441 sayılı TTSG’de, bir şirket esas sözleşmesi ilan edilmiştir. Bu esas sözleşmenin özelliği ise İstanbul Ticaret Müdürlüğünde tescil edilen ilk tahkim şartına sahip esas sözleşme olmasıdır¹⁹⁷. Tescil edilen bu metinde tescil için götürülen haline nazaran belirli değişiklikler yaparak bundan sonraki içerik düzenlemelerinde ne yapılacağına da bir fikir verilmiştir.

Metindeki değişikliklerin hepsini inceleyecek olmasak da¹⁹⁸, esas sözleşme hükmünün kaleme alınırken önem arz edecek bir hususu da belirtmekte fayda görüyoruz. Tescil edilmek istenen esas sözleşme metninde, “...*organ kararlarının hükümsüzlüğü ve şirketin feshi davalarında...*” şeklindeki ifadenin yer aldığı ve nitekim bağlantılı olan

¹⁹⁶ Aynı yönde Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 71.

¹⁹⁷ Cem Veziroğlu ve Kadir Çevikbaş, “İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü’nde Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi*, ed. Başak Baysal ve Nilay Arat, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 376.

¹⁹⁸ Tescili talep edilen ve tescil edilen metinlerin karşılaştırması için bkz. Veziroğlu ve Çevikbaş, “Tespitler”, 377-378.

paragrafı komple çıkartılmıştır. Bu anlamda İstanbul Ticaret Müdürlüğünün Yargıtay'ın şirketler hukukunun tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar bakımından yaptığı değerlendirmeleri tescile engel bir hal olarak sunmuş ve düzeltilmesini talep etmiştir¹⁹⁹.

Bunun yanı sıra, 24.11.2021 tarihinde İTOTAM tarafından esas sözleşmeye konulacak örnek bir tahkim şartı yayımlanarak²⁰⁰, gelişen tahkim eğiliminde nasıl bir tahkim şartı ile ilerlenmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Zaten İTOTAM'ın örnek esas sözleşme şartı da esasen İstanbul Ticaret Müdürlüğünde tescil edilen tahkim şartını içerir ilk esas sözleşmenin neredeyse aynısıdır. İTOTAM'ın İstanbul Ticaret Odasının bir merkezi olduğunu düşündüğümüzde de hayatın olağan akışında oldukça makul bir sonuçtur.

Yine bu aşamada örnek bir tahkim şartı kaleme almamızın uygun olacağını düşünüyoruz. Şirketlerin esas sözleşmesinde, “Şirket ve pay sahipleri arasında çıkacak veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında şirket ile ilgili TTK'dan, yönetimden, kararlardan veya esas sözleşmeden kaynaklı çıkacak uyuşmazlıklar ... kurallarına tabi olarak ... tarafından çözümlenir. Uyuşmazlık ... kurallarına göre seçilecek ... hakem tarafından çözümlenir. Tahkim yeri ...'dir. Tahkim dili ...'dir.” şeklinde bir tahkim klotuna yer vererek uyuşmazlıklarını tahkime tabi kılmaya çalışabilirler. Bu önerimiz çerçevesinde “...” diye belirtilen boşluklar tarafların irade ve isteğine göre doldurulacaktır.

Sonuç olarak kaleme alınacak esas sözleşme hükümlerinde, tahkim iradesinin açıkça ortaya konulabilmesi için örnek metinlerde kaleme alındığı gibi uyuşmazlık çeşitlerini sayma yolu ile işaret etmek daha emniyetli bir yol olarak gözükmektedir. Ancak, bu

¹⁹⁹ Veziroğlu ve Çevikbaş, “Tespitler”, 380.

²⁰⁰ İTOTAM tarafından yayımlanan şirket esas sözleşmesine konulmak üzere kaleme alınan örnek tahkim şartı, “Türk Ticaret Kanunu, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Uyuşmazlıklara İTOTAM Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlığa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kuralları uygulanacaktır. Uyuşmazlık..... (tek hakem veya üç hakemden oluşan hakem kurulu) tarafından çözüme bağlanacaktır. Tahkim yeri İstanbul'dur. Tahkim dili Türkçe'dir.” şeklindedir.

tahkim şartının herhangi bir uyuşmazlıkta ne kadar geçerlilik gücü olacağı, Yargıtay'ın önüne bu hususu içeren bir uyuşmazlık gittiği zaman anlaşılabilecektir.

3.3.3. Korporatif Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümüne ilişkin bir değerlendirme yapılırken önemli hususlardan birisi olan tahkime elverişliliği de ele almamız gerekir. Yukarıda, sorumluluk davalarının korporatif uyuşmazlıklar içerisinde yer aldığını ifade etmiştik. Dolayısı ile çalışma kapsamımızın içerisinde kalmak için korporatif uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini incelemeyi uygun görüyoruz.

Doktrinde hangi tür korporatif uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamakta olduğundan her bir korporatif uyuşmazlığı müstakil olarak, somut olay çerçevesinde değerlendirmek daha doğru olacaktır²⁰¹.

Tahkime elverişlilik bakımından bakılması gereken temel mesele taraf iradeleridir. Tahkime elverişlilik bakımından da *lex societatis* in uygulanması söz konusu olduğundan, bu sorun da HMK ve MTK çerçevesinde çözümlenmelidir. Zaten doktrinde de, kamu düzeni ve taraf iradelerinden yola çıkan bir yaklaşım benimsenmiş olup her bir korporatif uyuşmazlık müstakilen, somut olay çerçevesinde ele alınmaktadır.

Uyuşmazlığın taraf iradelerine tabi olup olmamasına bakılırken öncelikle devletin söz konusu uyuşmazlığın kamu düzeni gerekçesiyle tahkime elverişli saymama ihtimali değerlendirilmeli ve bu uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar olarak kabul edilmelidir²⁰². Bunun devamında bir uyuşmazlığın her iki tarafın iradesine tabi uyuşmazlık olup olmadığı ise tarafların o uyuşmazlık üzerinde Mahkeme müdahalesi

²⁰¹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 79; Erdem, “Tahkime Elverişliliği”, 8; Sinan H. Yüksel, “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim”, *Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim*, ed. Ziya Akıncı ve Candan Yasan Tepetaş, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 149; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 61-62; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 68; Etirli, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, 2006.

²⁰² Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 13.

gerekmeden sulh, kabul, feragat gibi işlemlerle uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarruf edip edemediklerine göre belirlenir²⁰³.

Mesela İstanbul BAM 14. HD. vermiş olduğu bir kararında²⁰⁴, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın taraf iradelerine tabi olduğunun kabulü ile tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir. Bu doğaldır. Zira, taraflar herhangi bir Mahkeme müdahalesi olmadan kendileri arasında bu uyuşmazlığı sulh, kabul veya feragat gibi taraf açıklamaları ile sona erdirebilirler. Mahkemenin bunu onaylaması veya katılımı da gerekmemektedir.

Yine İstanbul BAM 12. HD. vermiş olduğu bir kararda²⁰⁵, ticari satım sözleşmesine dayalı uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde olması nedeniyle tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.

Örnek olarak verilen bütün kararların ortak noktası tarafların Mahkeme müdahalesi olmadan üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların tahkime elverişli sayılmasıdır.

²⁰³ Özbek, *Tahkim Hukuku C. I*, 819; İstanbul BAM 43. HD., 2023/1495 E., 2024/269 K. 27 Şubat 2024 tarihli kararında, “Bu bağlamda davalı tarafın tahkim ilk itirazı HMK’nın 413. maddesi gereğince incelendiğinde 20.11.2015 tarihli hisse alım sözleşmesinin konusu ... San. Ve Tic. Aş. Hisselerinin davalı şirkete devrine ilişkin olmakla birlikte taraflar arasındaki uyuşmazlık 20.11.2015 tarihli hisse alım sözleşmesinin yerine getirilmemesi nedeniyle hisse devri yapacak olan davacının, ... San. Ve Tic. Aş.’nin %9luk hissesi nedeniyle ... San. Ve Tic. Aş.’de hissedar olduğunun tespiti istemine dayanmaktadır. Bu halde sözleşme konusu olan hisse devri aynı hakka ilişkin olmadığı gibi iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden de olmayıp, uyuşmazlık hissedarlık durumunun tespitine ilişkin olduğundan HMK’nun 408. maddesindeki tahkime elverişlilik koşulu gerçekleşmiştir.” (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E.T. 10 Eylül 2024); İstanbul BAM 16. HD., 2023/895 E., 2023/1132 K., 19.07.2023 tarihli kararında, “Somut olayda taraflar arasındaki Sözleşme’nin 8.maddesinin d paragrafında “Sözleşmenin franchise veren tarafından feshedilmesi ve franchise alanın feshe itirazı olması halinde sözleşmenin 10. maddesi ve bu maddenin h paragrafında belirtildiği üzere tahkime başvurusu gerektiğinin” düzenlendiği; Sözleşme’nin 10/a. maddesinde ise tahkimin International ... (...) yani Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Merkezi’nin yetkisinde olduğunun kararlaştırıldığı görülmüştür. Buna göre, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için aranan temel unsurlardan geçerli bir tahkim iradesinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak bulunduğu, yazılı şekil şartına uyulduğu, uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu yani uyuşmazlığın iki tarafın iradesine bağlı işlerden olduğu, tahkim mercinin de net bir şekilde belirlenmiş olması karşısında taraflar arasındaki tahkim şartının geçerli ve uygulanabilir olduğu anlaşılmakla; mahkemece davanın tahkim ilk itirazı nedeniyle reddedilmesi isabetli olduğundan davacı vekilinin istinaf isteminin reddine karar verilmiştir.” (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E.T. 10 Eylül 2024)

²⁰⁴ İstanbul BAM 14. HD., 2022/438 E. 2023/610 K. 06.04.2023 tarihli kararı (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E.T. 10 Eylül 2024).

²⁰⁵ İstanbul BAM 12. HD., 2024/917 E. 2024/864 K. 03.06.2023 tarihli kararı (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E.T. 10 Eylül 2024).

Korporatif uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmayacağı noktasında akla ilk önce tek borç ilkesi ve emredici hükümler gelmekteyse de, yukarıda yaptığımız tahkim şartına ilişkin açıklamalar çerçevesinde²⁰⁶, bir korporatif uyuşmazlığın tahkime götürülmesini emredici hükümler ilkesine ve tek borç ilkesine aykırılık oluşturmayacağını düşünüyoruz²⁰⁷.

Tahkime elverişlilik bakımından kamu düzeninden kaynaklı olarak akla gelebilecek bir diğer mesele de, TTK aracılığıyla uyuşmazlığın Mahkeme tarafından çözüleceğinin belirtilmesi olabilir. Gerçekten de TTK, mesela 445.ci maddede, genel kurul kararlarının iptalini Asliye Ticaret Mahkemelerinin bakacağını düzenlemiştir. Ancak bu maddede yer alan düzenleme münhasıran o davaya ilişkin yetkinin Asliye Ticaret Mahkemelerine ait olduğunu söylemek de değildir.

Yargıtay bir kararında²⁰⁸, “...Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir anonim şirketin feshine dair uyuşmazlığın ortaklar arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, 6102 sayılı TTK’nın 530 ve 531. maddelerinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükümleri de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır...” şeklinde, hem tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri bir uyuşmazlık olduğundan hem de Asliye Ticaret Mahkemesinin yetkili kılındığı hükümler olduğu gerekçeleri ortaya konulmuştur. Şirketin feshinin tarafların iradesi ile sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklardan olup olmadıkları yönü genel konumuz itibariyle incelenmeyecektir²⁰⁹. Ancak Yargıtay’ın ikinci dayanağı inceleme ve eleştiriye

²⁰⁶ Bkz. 2.3.2.1.1. nolu başlık.

²⁰⁷ Emredici hükümler bakımından Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 81 vd.

²⁰⁸ Yargıtay 11. HD., 2014/141 E., 2014/6951 K. ve 09 Nisan 2014 tarihli kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 07 Ocak 2024).

²⁰⁹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 145 ve doktrindeki çeşitli görüşler için bkz. Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 140 vd.; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 349; Şirketin feshinin hakemlerce karara bağlanabileceğine ilişkin bkz. Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 327.

muhtaçtır. Bir uyuşmazlık hakkında kesin yetki kuralı öngörülmüş olsa dahi, o uyuşmazlık bakımından tahkime elverişliliğin ortadan kaldırılmak istenildiği söylenemez. Zira, TTK'da yer alan şirketin merkezinin bulunduğu Asliye Ticaret Mahkemesinin işaret edilmesi, uyuşmazlığın devlet Mahkemelerinde çözülmesi halinde neredeki hangi Mahkemede çözümlenmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemedir. Yoksa tarafların üzerinde tasarruf edebildikleri bir uyuşmazlıkta sırf Kanunda kesin yetki bulunuyor diye o uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını söylemek, TTK'nın ruhuyla bağdaşmayacaktır. Hukuk düzeninde tahkime ilişkin düzenlemelerin usul kanunları ile düzenlendiği dikkate alındığında, TTK'nın kaleme alınış şeklinde doğal olarak, devletin kendi Mahkemesine ilişkin kuralları öngörmesi gerekecektir. Bu çerçevede de, taraflar tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığın Mahkemede görülmesi yönünde irade gösterirlerse, onlara arzusunu yansıtmak kanun koyucunun hukuk kurallarını ihdas etme görevinden ileri gelir. Sonuç olarak Mahkemeye Kanunla tanınan kesin yetki tahkime elverişliliğe engel teşkil etmez²¹⁰.

Yine doktrinde, bazı davalar bakımından kanunun özel bir yargılama usulünü öngörmesi halinde, bunun korporatif uyuşmazlıklar bakımından tahkime elverişliliğe engel teşkil edeceği ileri sürülmüştür. HELVACI, genel kurul kararlarının iptalini tahkime ilişkin değerlendirirken, TTK'da (değerlendirme eTTK döneminde) genel kurul kararlarının iptali bakımından kanun koyucu tarafından özel bir usul öngörüldüğü, bunun da emredici nitelikte olduğu konusunda bir duraksama

²¹⁰ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 87-88; Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 310-311; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 334-335; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 70; İstanbul BAM 14. HD., 2022/1843 E., 2022/1373 K., 20 Kasım 2022 tarihli kararı, “Yargıtay 11. HD'nin 2014/141 E-2014/ 6951 K sayılı, 09.04.2014 tarihli kararında, hissedarlar sözleşmesindeki tahkim şartına dayanılarak şirketin fesih ve tasfiyesi için hakemde dava açılmayacağı, tahkim konusunda şirket ortakları arasındaki sözleşmede yer alan bir hükmün veya yapılacak hakem sözleşmesinin geçerli olmadığı, TTK'nın 530 ve 531. maddelerinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükümlerin buna izin vermeyeceği, tahkimin sadece taraf iradelerine tabi konularda mümkün olduğu, şirket ortakları arasındaki tahkim koşulunun geçerli olmadığı gerekçeleriyle, tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usulden reddeden ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuştur. Öncelikle, mahkemede açılacak bir dava bakımından kesin yetki kuralının konulmuş olması, o meselenin tahkime elverişli olmadığına gerekçe yapılamaz (YEŞİLOVA, s.334 335; AYOĞLU, s.86-87)” (<https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 07 Ocak 2024); YHGK'nun 22.01.1947 tarihli bir kararına göre de kolektif şirketin Mahkeme kararıyla feshedilebileceğini düzenleyen kanun hükmüne rağmen bu uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Yeğengil, *Tahkim*, 357.

olmayacağından genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olamayacağı sonucuna ulaşmaktadır²¹¹. Sonuç olarak, TTK tarafından sadece özel usuli düzenlemeler öngörüldüğü için bir korporatif uyumsuzluğun tahkime elverişli olmadığını söyleme konusunda duraksamamak gerekir. Burada uyumsuzluğun niteliği ve iki tarafın iradesine tabi olmasına bakılarak hareket edilmesi uygun olacaktır²¹².

Korporatif uyumsuzlukların tahkime elverişliliğini incelerken ve yukarıda işaret edilen tahkim engelleri olarak adlandırılacak durumları aşmaya gayret gösterirken, Alman Federal Mahkemesinin (BGH)'nin vermiş olduğu "Arbitrability" kararlarına da değinmemiz gerekmektedir.

Bunlardan ilki, "Arbitrability I" kararı olarak bilinen bir genel kurul kararının iptaline ilişkin karardır²¹³. Söz konusu karara konu olayda, bir limited şirketin azınlığını teşkil eden pay sahipleri tarafından limited şirket genel kurul kararının iptali amacıyla dava açarlar. Davacıların bu talebine karşılık şirket, esas sözleşmede, açıkça genel kurul kararlarına karşı açılacak davalara özgülenmiş bir tahkim klotunun yer aldığı savunmasını yapmış, konu BGH'nin önüne taşındığında ise BGH, somut olayda genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir. BGH bu gerekçesini iptal davaları yönünden karar verme yetkisinin münhasıran kanunda belirtilen mahkemelere ait olduğuna dayandırmıştır²¹⁴.

Bu kararda kıymetli olan bir nokta ise BGH'nin söz konusu uyumsuzlukta tahkime elverişliliği kabul etmemesinin gerekçelerinde yer almaktadır. BGH, AktG Art. 248/1, cümle 1'in yarattığı herkes için sonuç doğuran etkiyi, *erga omnes*, söz konusu dönemde yürürlükteki tahkim hukuku bakımından uygulamayı uygun görmemiştir. Bu da o dönemki ZPO'nun tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkacak kararın tüm pay sahipleri ve organları bağlayıp bağlamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemesinden ileri gelmektedir²¹⁵. Bunun yanı sıra BGH'nin, tahkim yargılamasına

²¹¹ Helvacı, "Tahkim", 201.

²¹² Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 108-109.

²¹³ BGH, 04 Temmuz 1951 - II ZR 117/50

²¹⁴ İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. II* (Ankara: BTHAE, 2016), 220-221.

²¹⁵ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 99-100; Türkes, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 72-73.

katılmayan pay sahibinin hakem seçme hakkından mahrum bırakılacağına da işaret ettiği görülmektedir.

BGH'nin vermiş olduğu bu karar sonrasında, ikinci olarak 2009 tarihli "Arbitrability II"²¹⁶ kararına değinmemiz gerekecektir. Söz konusu karara konu olayda da, aynı Arbitrability I kararına konu olan somut olaydaki gibi bir olay gerçekleşmiş ve şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim klotunun geçerliliği, genel kurul kararının iptali uyumsuzluğunu tahkime tabi kılıp kılamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. BGH, genel kurul kararlarının iptali uyumsuzluklarının kural olarak tahkimde görülebileceğine hükmederken, Arbitrability I kararının aksine bu sefer tarafların *erga omnes* etkiden yararlanabilme konusunda serbest iradelerinin olduğunu ancak bu etkinin doğabilmesi için de bazı şartların bulunduğunu ifade etmiştir. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde tahkim sözleşmesi BGB Art. 138'e göre geçersiz kabul edilecektir.

Bu şartlar; i) Bütün pay sahiplerinin esas sözleşmede yer verilen tahkim klotuna veya haricen yapılan tahkim sözleşmesine oybirliği ile onay vermesi, ii) Bütün pay sahiplerinin tahkime gidildiğinden haberdar edilmesi, tahkim süreçleriyle ilgili sürekli bilgilendirilmesi ve sürece müdahil olması için adil bir imkan sağlanması, iii) bütün pay sahiplerinin hakemlerin seçilmesinde eşit derecede söz sahibi olması ve iv) aynı genel kurul kararından kaynaklı tüm uyumsuzlukların tek bir tahkim yargılaması içerisinde görülmesinin gerekmesidir.

BGH, verdiği bu karar ile bir şirketin esas sözleşmesinde tahkim klotu düzenlenirken taşınması gereken asgari şartlara da şekil vermiştir.

Bu karardan sonra 2017 tarihinde BGH'nin verdiği "Arbitrability III"²¹⁷ kararı ile Arbitrability II kararında benimsenen ilkeler komandit şirketler açısından da kabul edilmiş, limited şirket pay sahiplerine tanınan hukuki korumanın komandite ortaklara da tanınması gerektiği kabul edilmiştir²¹⁸.

²¹⁶ BGH, 06 Eylül 2009 - II ZR 255/08.

²¹⁷ BGH, 06 Nisan 2017 - I ZB 23/16.

²¹⁸ Arbitrability III kararında ele alınan esas sözleşme, "Şirket ve şirket ortakları arasında veya şirket ortaklarının kendileri arasında veya şirket organlarının kararlarının icrasına dair bu sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklar hakkında devlet mahkemesine gidilmeksizin, tahkim mahkemesi karar verir. Konuyla ilgili mutabakat, ortaklar arasında ilave ve müstakil olarak yapılacak bir tahkim sözleşmesi ile sağlanacaktır." Şeklinde olup taraflar arasında bir de "Taraflar 30 Aralık 1968 tarihli şirket anlaşmasından kaynaklanan tüm uyumsuzluklar için devlet mahkemesine gidilmeksizin, tahkim mahkemesine tabi olmayı kabul ederler." içeriğine sahip tahkim sözleşmesi imzalanmıştır (Bkz. Tuğçe

BGH en sonunda Arbitrability III kararı için gelen eleştirileri de dikkate alarak, 2021 yılında “Arbitrability IV”²¹⁹ olarak adlandırılan kararını vermiştir. Uyuşmazlığa konu olayda, bir GmbH & Co. KG²²⁰ tipi şirketin pay sahiplerinden bazıları başka bir pay sahibini ortaklıktan çıkartmak istemektedir. Şirket esas sözleşmesinde de pay sahipliği ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar tahkime tabi tutulmuştur. BGH bu kararında, genel kurul kararından doğan uyuşmazlıklar bakımından Arbitrability II’nin uygulanabilmesi için uyuşmazlığın yalnızca pay sahipleri arasında değil, şirketin de taraf olduğu bir yargılamada çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yine kararda, kısmi geçersizlik halinde dahi, tahkim sözleşmesi taraflarının sözleşmeyi olabildiğince sürdürme niyetlerinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

3.3.4. Esas Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Bağlayıcılığı Meselesi

3.3.4.1. Bağlayıcılık meselesi değerlendirmesinde kullanılması gereken ölçü

Esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun inceleme konumuz olan sorumluluk davasının taraflarını bağlayıp bağlamayacağı değerlendirilirken, ilgili esas sözleşme hükmünün niteliğinin ne olduğu belirlenmelidir. Esas sözleşmeye konulan hükümler, sözleşmenin tarafı olmakla birlikte bağlayıcılık sağlaması bakımından, korporatif (maddi) - korporatif olmayan (şekli) hüküm şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır²²¹.

Esasen korporatif ve korporatif olmayan terimleri yukarıda ifade ettiğimiz anlamını bu konu içerisinde de korumaktadır. Korporatif hüküm, şirketin tüzel kişiliğinden kaynaklanan, amacının şirketin işleyişine ilişkin olan ve yeni pay sahiplerini de bağlayan hükümler iken; Korporatif olmayan hüküm, şirketin tüzel kişiliği ile ilgili olmayan, Anonim Şirketler Hukuku tarafından kendisine sonuç bağlanmayan, sadece

Nimet Yaşar ve Mustafa Yaşar, “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Tahkime Elverişlilik III Kararı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi – Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 2, no.7, (2022): 1818.

²¹⁹ BGH, 23 Eylül 2021 – I ZB 13/21.

²²⁰ Alman hukukunda, komandite ortağın bir limited şirket olduğu komandit şirketlere verilen isim.

²²¹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 57; Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 235; Türkes, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 25; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 89.

kendisini kabul edenleri sözleşmesel olarak bağlayan, Borçlar Hukuku sahasında anlam ifade eden hüküm anlamına gelmektedir²²².

Bir hükmün korporatif niteliğinin tespit edilebilmesi için, o hükmün şirkete özgü ilişkileri düzenlemesi gerektiği, söz konusu hükmün amacının şirkete yönelik olması ve hükmün uygulama alanının şirket ve şirket iç ilişkisinde yer alan kişilere yönelik olması gerekmektedir²²³. Mesela esas sözleşmede bulunması zorunlu olan hususlar birer korporatif hüküm olarak kabul edilmektedir²²⁴.

BGH, hükmün korporatif olup olmadığı değerlendirmesini yaparken hükmün kimleri etkileyeceğine ve o hükmün muhataplarına bakılması gerektiğine işaret etmektedir. Bu kapsamda, BGH'ye göre, önceden öngörülemeyen bir tip kişileri bağlayıcı şekilde,

²²² Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 58 vd.; Yüksel, “Tahkim”, 149; Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 279 vd.; Gerçek olmayan esas sözleşme hükmüne ilişkin bkz. Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, *Makaleler*, der. Erdoğan Moroğlu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, 439; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 25-26; Yargıtay 11. HD., 2016/3020 E., 2017/1692 K. ve 21 Mart 2017 tarihli kararında, “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafından hisse devirlerinin geçersiz olduğu ve hazirun cetvelinin gerçeği yansıtmadığı iddiası ile 05/05/2009 tarihli olağan ortaklar genel kurul toplantısında alınan kararların iptalinin talep edildiği, davalı şirketin esas sözleşmesinin 7. maddesinde payın devri halinde teklif etme yükünün belirli bir pay grubuna değil esas sözleşmede ismen sayılmış pay sahiplerine tanındığı, esas sözleşmenin 8/3 maddesine göre devreden hissedarın kemer hissedarlarından biri olması halinde devri ilk olarak diğer kemer hissedarlarına teklif etmekle yükümlü oldukları, bu maddenin tüzel kişiliğe ilişkin bir hüküm olmayıp doğrudan 7 maddede sayılan pay sahiplerinin şahıslarına tanınmış borçlar hukuku niteliğine sahip bir sözleşme olduğu, esas sözleşmenin 8.3 maddesinde düzenlenen teklifte bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen pay devrinin yaptırımının geçersizlik olmadığı, bu sebeple yapılan pay devirlerinin geçerli olduğu, davaya konu olan genel kurul toplantısına ilişkin düzenlenen hazirun cetvelinin gerçek pay durumu yansıtmadığı iddiasının ispatlanmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. davacılar vekili temyiz etmiştir. Ancak mahkemece davacının anonim şirket genel kurul toplantısında alınan kararların 6762 s. TTK 381. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı yönündeki iddiasına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu itibarla mahkemece, alınan kararların TTK'nın 381. maddesi uyarınca iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığı değerlendirilip tartışılarak neticesine göre bir karar vermek gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 10 Ocak 2024); Ayrıca Bkz. BGH 11 Ekim 1993 – II ZR 155/92.

²²³ Doktrinde bu irdelemeyi özellikle BAHTİYAR yapmıştır. Bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 238, dn. 37'deki yazarlar; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 26-27.

²²⁴ Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 237. Diğer örnekler için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 237-238.

mesela müstakbel pay sahiplerini, olan esas sözleşme hükmünün korporatif olarak kabul edilmesi gerekecektir²²⁵.

Dolayısı ile korporatif hüküm ek bir katılma, rıza, vb. gibi bir işlem gerektirmeksizin kendiliğinden şirketi, organları ve üyelerini, yeni ve mevcut pay sahiplerini bağlayacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişiler, TTK m. 354/2’de düzenlenen tescilin olumlu etkisi ile sınırlı olarak bu hükümlerle bağlı olacaktır. Ancak, korporatif olmayan hüküm bakımından, o an esas sözleşmeyi ve dolayısıyla hükmü imza eden kurucu pay sahiplerini bağlayacaktır²²⁶.

3.3.4.2. Tahkim şartının korporatif - korporatif olmayan ayrımındaki yeri ve bu şartın pay sahiplerini bağlayıcılığı bakımından değerlendirmemiz

Esas sözleşmede yer alacak tahkim şartının korporatif – korporatif olmayan hükümler arasında hangi hüküm türünde değerlendirileceği tahkim şartının bağlayıcılığı meselesinde incelenmesi gereken bir husustur. Doktrinde tahkim şartının bu anlamdaki niteliği tartışmalıdır.

Birinci görüşe göre, tahkim şartı korporatif esas sözleşme hükmüdür²²⁷.

HELVACI’ya göre, anonim şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim kaydı, pay satın alarak ortaklığa katılan kimseler bakımından da geçerli olacaktır²²⁸.

HUYSAL’a göre, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı şirketi, organlarını ve tüm pay sahiplerini bağlayacaktır. Yazara göre, sonradan şirkete dahil olacak kişiler de tahkim şartı ile bağlı olacaktır²²⁹.

²²⁵ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 305; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 27-28.

²²⁶ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 280-281; Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 228-230; Örnekler için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 237-238.

²²⁷ Helvacı, “Tahkim”, 190; Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 283, dn. 478; Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 296; Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 32; Etirli, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, 2021; Bkz. BayObLG, 10 Ekim 2022 - 101 SchH 46/22.

²²⁸ Helvacı, “Tahkim”, 190.

²²⁹ Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 296.

VEZİROĞLU'na göre, esas sözleşmeye eklenecek bir düzenlemenin oybirliğine tabi olması onun korporatif niteliğine halel getirmez. Yazar, tahkim şartında da oybirliği gerekmesine rağmen, müstakbel pay sahiplerini ve şirketi bağlayacağı için esas sözleşmedeki tahkim şartının korporatif nitelikte olduğunu ifade etmektedir²³⁰.

TÜRKEŞ'e göre, tahkim şartının tüm pay sahipleri ile şirket arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik olması, bu şartın korporatif niteliği taşıdığını desteklemektedir. Pay sahipliğinin aslen veya devren elde edilmesi fark edilmeksizin tahkim şartına korporatif nitelik atfedilmelidir. Yazara göre bu kabulün pratik anlamda da önemi bulunmaktadır²³¹.

Bir diğer görüşe göre ise tahkim şartı korporatif olmayan esas sözleşme hükmüdür²³².

AYOĞLU'na göre, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına korporatif nitelik değil, korporatif olamayan nitelik tanınması gerekliliğinin sebebi, tahkimin bir sözleşmeye ve taraf iradelerine tabi bir uyuşmazlık olmasından ileri gelmektedir. Yazara göre, bu hüküm esas sözleşmedeki şekli kabul anında olumlu oy veren pay sahiplerini aynı Borçlar Hukuku sözleşmelerinin taraflarını bağladığı gibi bağlayacaktır²³³.

BÜYÜKSAĞIŞ'e göre, tescilin olumlu etkisinden yararlanabilecek hükümlerin açıkça kanunda sayıldığından ve tahkim şartı da bunlardan birisi olmadığından, yeni pay sahibinin tahkim şartı ile bağlı olmayacaktır. Yazar bununla birlikte, salt pay devralınmasının tacir sıfatını oluşturmayacağını ve ticaretinin konusu pay alım-satım işleri değilse, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gerekçesi ile yeni pay sahibinin tahkim kaydına bağlı olduğu ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir²³⁴.

²³⁰ Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 283, dn. 478.

²³¹ Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 32.

²³² Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 69-70; Erdem Büyüksağış, “Şirketler Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, *Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI)*, ed. Metin Kıratlı vd., Ankara: Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 2023, 74; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 92-93; Eskioçak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 270-271.

²³³ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 69-70.

²³⁴ Büyüksağış, “Üçüncü Kişilere Teşmili”, 74.

Tahkim şartının korporatif-korporatif olmayan esas sözleşme hükmü olup olmadığının tespitinde, TTK'da belirtilen tescilin olumlu etkisine bakmak gerekir. TTK m. 354, esas sözleşmede tescil edilerek olumlu etki kazanacak hükümleri tespit etmiştir. Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 30'a göre, tescil ve ilan edilecek hususlara ilişkin üçüncü kişilerin bu hususları bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez. Dolayısıyla, hem TTK hem de Yönetmelik tescilin olumlu etkisinden yararlanacak hükümlerin herkesi bağlayacağını net bir şekilde ifade etmiştir. Bu nev'i hükümler herkesi bağlayacağından, yeni payı devralan pay sahibinin bilmediğini ileri sürmesi mümkün ve imkanı değildir. Ancak yeni pay sahibi, devraldığı payın daha önceden tahkim klotuna onay verdiğini bilmediğini de ileri sürebilir. Bu durumda, sicil olumlu etkisinin tahkime ilişkin hükmü kapsayıp kapsamadığı önem arz etmeksizin ortada tahkim iradesi bakımından bir uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, yeni pay sahibinin tahkim klotu ile bağlı olma iradesine sahip olduğunu ispatlamak oldukça zor olacaktır.

Yukarıda, korporatif olmayan hükümlerin, sadece o an imza eden kurucu pay sahiplerini bağlayacağını ifade etmiştik. Bize göre, pay sahiplerinin yürürlükte olan hukuki düzenlemelerimiz karşısında tahkim klotu ile sadece devralınma ile bağlı olduğu kabul edilmeyecektir. Bu anlamda Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler bakımından esas sözleşmede yer alan bu hükmü, yürürlükteki hukukumuzla sınırlı olarak korporatif olmayan bir hüküm olarak kabul etmek gerekir. Tahkim klotuna korporatif olmayan bir hüküm nitelendirmesi yapmak, tahkim klotunun korporatif uyuşmazlıklar bakımından uygulamasına hâle getirmez. Sadece pay devri halinde pay sahiplerinin kendiliğinden bu klotla bağlılığının mümkün olmayacağını kabulü gerekir²³⁵.

Bunların aynı sıra, pay devrinde, yeni pay sahiplerinin tahkim klotu ile bağlılığı nasıl temin edilebilir sorusu akla gelmektedir. Burada AYOĞLU, bağlamdan yararlanılmasını sağlayan TTK m. 493/1'de düzenlenen kaçış klotu yöntemini önermektedir²³⁶. Kaçış klotunu düzenleyen TTK m. 493/1'e göre, şirketin, esas

²³⁵ Aynı yönde: Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 97.

²³⁶ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 73-74; Aynı yönde: Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 271; Kaçış klotu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ali Murat Sevi,

sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebileceği kabul edilmektedir²³⁷. Yani bu düzenlemeye göre iki farklı sebepten dolayı anonim şirketin onaydan kaçınma hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan önemli sebeplere dayanılıp dayanılamayacağıının açıklanması gerekmektedir.

Önemli sebebin kapsamının belirlenmesi, esas sözleşmede yer alan tahkim klozu bakımından önemli sebep kavramına dayanılıp dayanılamayacağını da gösterecektir. Gerekçeye göre, önemli sebep, TTK m. 493/2’de belirtilen kategorilere dahil olmalıdır. Yani, önemli sebep ancak; pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin (i) şirketin işletme konusu veya (ii) işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilgili olan bir esas sözleşme hükmüne dayanılarak ileri sürülebilir²³⁸.

Bunlardan şirketin işletme konusu ile ilgili olma kriteri için doktrinde, rakiplerin şirkete girmesini engelleme amacıyla konulacak hükümler ve pay sahiplerinin bazı kişisel nitelikleri sahip olacağının kararlaştırılmasına ilişkin hükümler örnek olarak gösterilmektedir²³⁹.

İşletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilgili olma kriteri yönünden ise; bu hükümlerin, rakiplerin şirkete girmesini engellemek amacıyla konulacak hükümler, şirketin ekonomik bağımsızlığını korumak için getirilecek yüzdelik ve sayısal devir sınırlamaları hükümleri²⁴⁰ ve şirketin bir şirketler topluluğuna dahil olmasının önlenmesine ilişkin hükümler olabileceği ifade edilmektedir²⁴¹.

Anonim Ortaklıkta Pay Devri (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018), 294 vd.

²³⁷ Yargıtay 11. HD., 2014/17122 E., 2015/2152 K. sayılı ve 18 Şubat 2015 tarihli kararı, “Bu maddeyle anonim şirkete, devre konu olan pay senetlerini gerçek değer üzerinden devralma önerisinde bulunabilme olanağı tanınması, şirkete haklı sebepler yanında sağlanmış, uygun görmediği devirlerden kurtulabilme olanağıdır. Bu suretle şirketin yabancılaşması veya niteliklerini kaybetmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 16 Ocak 2024).

²³⁸ Bkz. Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 285; Aksi yönde, Ercüment H. Erdem, “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* 25, ed. Murat Gürel, Ankara: BTHAE, 2012, 120.

²³⁹ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 286-289.

²⁴⁰ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 291.

²⁴¹ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 290-293.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da görülebileceği üzere, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun bir “önemli sebep” olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü, tahkim klotu, TTK m. 493/2 anlamında önemli sebebe konu olabilecek bir hüküm değildir. Dolayısıyla başvurulabilecek çözüm yöntemi TTK m. 493/1’in devamındaki ikinci sebeptir. Buna göre, şirket, bir nama yazılı pay devri sırasında devreden pay sahibine onun devredeceği paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi adına veya diğer pay sahipleri hatta 3.cü kişiler hesabına almayı önererek, nama yazılı senetlerin başka birisine devrine onayı reddedebilecektir. Tabi bu hükmün uygulanması da bazı sınırlı durumlarda söz konusu olabilir. Öncelikle bu satın alma önerisi için, TTK m. 492/1’de yer verilen, esas sözleşmeye nama yazılı senetlerinin şirket onayına bağlı olduğuna ilişkin göre esas sözleşmeye bir hüküm konulmalıdır²⁴². Bu bağlam hükmünün amacını gerçekleştirmesi devre onay verilmesi isteminin şirket tarafından reddedilmesi halinde söz konusu olacaktır²⁴³.

Bununla beraber, bedeli tamamen ödenmemiş olan nama yazılı payların devri bakımından TTK m. 491/1’e göre, pay devrinin şirketin onayına bağlı olduğu da unutulmamalıdır. Ancak şirket, bu onay ile devir gücünü sadece TTK m. 491/2’ye göre, nama yazılı senetleri devralacak kişinin ödeme yeterliliğinden şüphe duyuyorsa ve şirketin talep ettiği teminat şirkete verilmemişse, kullanabilecektir. Dolayısı ile bu hükmün tahkim klotu ile bağlı olmak istemeyen pay sahipleri yönünden uygulama alanı oldukça kısıtlı kalacaktır.

TTK m. 492/1’in uygulanması yararlı bir çözüm yolu olabilecek olmakla beraber, hangi durumda bu yöntemin uygulanabileceği de tespit edilmelidir. Burada ikili bir ayırım yapılabilir. Bir yönden payı devralan pay sahibinin tahkim klotuna ilişkin bir itirazı olmayabilir. Gerçekten de yeni pay sahibi, tahkim klotu ile bağlı olmak ve esas sözleşmede belirtilen uyuşmazlıklar bakımından tahkime gitmek isteyebilir. Bu durumda, yeni pay sahibinden, tahkim klotu ile bağlı olduğuna ilişkin yazılı bir beyan alındıktan sonra ya da yeni pay sahibi bu klotu hiçbir zaman itiraz etmemesi halinde tahkim klotunun bağlayıcılığında tarafların iradesi yönünden bir tartışmaya gerek olmayacaktır. Bir diğer yönden, yeni pay sahibi bu tahkim klotunu bilmeyerek payı

²⁴² Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 239; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 152.

²⁴³ Sevi, *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*, 305.

devralır ve daha sonradan tahkim klozu ile bağı olmak istemezse uyuşmazlık burada ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tahkim klozu, klotla bağı olmak istemeyen taraf bakımından bağlayıcı olmayacak ve bağı olmayan kişinin dahil olduğı uyuşmazlıklarda, sanki tahkim klozu bulunmuyormuş gibi uyuşmazlıklar, devlet mahkemeleri önüne getirilebilecektir. İşte bu ihtimalin önüne geçmek için kaçış klozu uygulaması gündeme gelebilir. Dolayısıyla bu ihtimalin önüne geçebilmek için, esas sözleşmede kaçış klotuna yer verilmesi ve müstakbel pay sahibinden yazılı bir beyan alınması, müstakbel pay sahibi bundan kaçınıyor ise TTK m. 493/1'e göre şirketin paylarını devredecek olan kişiye onun paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğere pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek devrin engellenmesi gerekecektir²⁴⁴.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, yukarıda yer alan düzenlemeler tahkim sözleşmesinin iradi bir sözleşme olmasından çok mevcut Türk hukukundaki düzenlemeler kapsamında ulaşabildiğimiz bir sonuçtur. Tescilin olumlu etkisinin tahkim klotunu kapsamayacak olması, müstakbel pay sahibinin de tahkim klozu ile bağı olmayacağı sonucunu doğurmasına sebep olabilecektir. Bu durumda pay sahibi tahkim klotunu bozabileceğinden, kaçış klozu gibi dolaylı korumaları öngörerek hareket edilmesi gerektiğini ifade etmek mecburiyetindeyiz. Yoksa *de lege ferenda* görüşümüz, tahkim klotunun müstakbel pay sahiplerini de bağlaması, yani korporatif hüküm olmasıdır. Zaten normalde devir sonucunda sözleşmenin tarafı olan yeni sözleşme tarafının o sıfatı kazanması ile o sıfatın yükümlendiğı bütün hak ve borçları da devralmış olması usuli kayıtların da kendisine geçmesi anlamına gelecektir. Ancak ifade ettiğimiz gibi yürürlükteki hukuk kuralları ve Yargıtay uygulaması esas sözleşme bakımından bu genel ilkeye engel olmaktadır. Bu sorunun *de lege ferenda* olarak nasıl aşılabileceğı hakkında aşağıda esas sözleşmedeki tahkim şartı yönetim kurulu üyelerini bağlayıcılığı başlığındaki değerlendirmelerimize de yollama yapıyoruz.

²⁴⁴ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 74.

3.3.4.3. Tahkim şartının yönetim kurulu üyelerini bağlayıcılığı

3.3.4.3.1. Tahkim şartının yönetim kurulu üyelerini bağlayıcılığı hakkında değerlendirmeler

Esas sözleşmede bulunan tahkim şartının yönetim kurulu üyeleri bakımından bir bağlayıcılığı olup olmadığını da değerlendirmek gerekmektedir.

Bir görüşe göre, yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olmayıp, sadece yönetim kurulu üyeliği görevini kabulü, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olunması sonucunu doğurmaz. Bu görüşe göre, bu durum, tahkim şartının korporatif olmayan sözleşme hükmü olmasından ileri gelmektedir²⁴⁵. Bir diğer görüşe göre ise esas sözleşmede yer alan tahkim kizları yönetim kurulu üyelerini de doğrudan bağlamaktadır²⁴⁶.

Bize göre, esas sözleşmede yer alan tahkim şartını yürürlükte hukuk dolayısıyla korporatif olmayan esas sözleşme hükmü olarak tanımlayabileceğimiz için, yönetim kurulu üyelerinin o tahkim kizuna taraf olup olmadığı incelenmelidir. Burada meseleyi ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Tahmin edilebileceği üzere, yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda pay sahibi kişilerden oluşması da mümkündür. Bu durum özellikle halka kapalı – aile tipi denilen şirketlerde daha çok görülmektedir. Aile üyeleri hem şirketin pay sahipleri, hem de yönetim kurulu üyeleridir. İşte bu durumda pay sahiplerinin kendi koydukları bir tahkim kizundan daha sonrasında, tahkim kizunun yönetim kurulu üyesini bağlamayacağı iddiasıyla kaçınması TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı düşer. Zira burada, pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi zaten diğer pay sahipleriyle birlikte oybirliği ile karar alarak, o tahkim kizunu ama sonradan ama kuruluştaki esas sözleşmeye yazılmasında ortak bir irade göstermiştir. Kendi getirdiği bu kuralı, sadece yönetim kurulu üyesi olduğu için kendisini bağlayamayacağını artık söyleyemeyecektir. İkinci bir ihtimalde ise yönetim

²⁴⁵ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 75; Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, 270; Joseph Lee, “Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective”, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 83, no.1, (Şubat 2017): 87; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 100.

²⁴⁶ Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, 193; Türkes, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 86; Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 75, dn. 183.

kurulu üyesinin bir pay sahipliği mevcut olmayabilir. Bu durumda ise yönetim kurulu üyesinin tahkim klozu ile bağlı olmayacağını söylemek mümkündür. Zira, yönetim kurulu üyesi sadece görevi kabul ile birlikte bir tahkim şartına bağlı hale getirilemez²⁴⁷. Yönetim kurulu üyesinin TTK'nın yanı sıra esas sözleşmedeki hükümlere de uyması gereklidir ancak, bu gereklilik Yargıtay'ın tahkim sözleşmesi için aradığı uyuşmazlığın açıkça tahkime tabi tutulması iradesinin de karşılığını oluşturmamaktadır.

O zaman bu aşamada düşünülmesi gerekli olan, ikinci ihtimalde yer alan yönetim kurulu üyesinin tahkim iradesinin açık bir şekilde nasıl alınabileceğidir. Öncelikle karşılaştırmalı hukuka bakarsak, OR Art. 697n/1'de, esas sözleşmede aksi belirtilmedikçe, yönetim kurulu üyelerinin de esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olacağı tespit edilmiştir. Buna göre, İsviçre Hukukundaki gibi bir kanuni düzenleme Türk hukuku açısından benimsenebilir, bu sayede arana tahkim klozu ile bağlı olma yönündeki irade açıklaması bu şekilde kanun yoluyla tamamlanmış olacaktır. Yine anılan maddenin 3. cü fıkrası, uygulamada Yargıtay'ın aradığı tahkim iradesi şartını sağlayacaktır. OR Art. 697n/3'e göre, esas sözleşmedeki tahkim klotundan doğan bir tahkim yargılamasının sonucundan etkilenebilecek kişilere yargılamanın başlaması ve bitmesinde bilgilendirme yapılır. Yine bu kişiler hakem veya hakem heyeti seçimine katılabilir ve yargılamalara müdahil olarak katılabilir. İşte bu düzenleme Türk hukuku bakımından önemlidir. Bu hükmün benimsenmesi ile hem kanunen esas sözleşmedeki tahkim klozu ile bağlı olan tarafların tahkim yargılamasına aktif katılım sağlaması ve usuli işlemlerde söz sahibi olması sağlanacaktır. OR Art. 697n/1'in adeta bir tamamlayıcısı olan bu 3.cü fıkra, BGH tarafından verilen Arbitrability II kararındaki tarafların tahkim sürecine aktif katılımının sağlanması ve haberdar edilmesi kriterini de karşılamaktadır. Dolayısıyla buradan çıkartılabilecek sonuç hem İsviçre Hukuku hem de Alman Hukuku tarafların esas sözleşmedeki tahkim klozu ile bağlı olmasını organik olarak bu sonuçların da gerçekleşmesine bağlamaktadır. Bu güvencelerin sağlanması ile esas sözleşmedeki tahkim klotuna *erga omnes* etki kazandırılmıştır. Bu şekilde herkes bakımından etki doğurması

²⁴⁷ Aynı yönde: Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 100-101; Korporatif olmayan sözleşme hükmü niteliği dolayısıyla aynı sonuç için bkz. Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 75.

sağlanan esas sözleşmedeki tahkim klozunun Türk hukuku bakımından da bu nevi bir doğrudan bağlayıcılık kazanması için bu güvencelerin de benimsenmesi gerekecektir.

Yine, işin içinden nasıl çıkılabileceğine ilişkin bu konuda bir düzenleme olmayan İngiliz Hukukundaki çözüm yollarını incelemek ve bu yoldan belki bir çözüm yoluna ulaşmayı hedeflemekteyiz. İngiliz doktrininde, yönetim kurulu üyelerinin de, esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri ve hakları olsa da, esas sözleşmeye sözleşmenin nisbiliği anlamında taraf olmadığı ifade edilmiş, yönetim kurulu üyelerine sözleşmenin nisbiliği²⁴⁸ kapsamında esas sözleşmedeki tahkim klozunun uygulanabilmesi için çözüm önerileri getirilmiştir²⁴⁹.

Bu çözüm önerilerinden birisi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerine özgün hak ve yükümlülükler tanınarak bu hak ve yükümlülüklerden doğan uyuşmazlıklardan doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceği yönünde bir hüküm kaleme alınmasıdır. Bizce, bu öneri Türk hukuku bakımından çok da geçerli kabul edilemez. Zira, tahkim iradesinin açık olması gerekmektedir. Kaldı ki, TTK’da yönetim kurulu üyelerinin ve genel kurulun görev sahaları, nelere yetkili olabilecekleri ve hatta nelerin yetki devrine konu edilebileceği veya genel kurul tarafından yönetim kuruluna devredilebileceği tespit edilmiştir. Genel kurulun devredilmez yetkisinde olan durumlar hariç, her alanda yönetim kurulunun yetkili olabilmesinin TTK’ya göre mümkün olması karşısında, bu öneri uygulanamayacaktır.

İkinci çözüm önerisi olarak, esas sözleşmede yer alan tahkim klozunun özellikle yönetim kurulunun tarafı olacağı davalar bakımından da uygulanacağını açıkça yazılı olması ve bu klozun üçüncü kişiler tarafından biliniyor olması halinde, yönetim kurulu üyelerinin ve hatta denetçinin (ifadeyi TTK anlamında yorumlarsak, bağımsız denetimden ziyade iç denetimi yapan denetçi) bu klozu biliyor olması durumunda bu kloz ile bağlı olacağı ifade edilmiştir²⁵⁰. Türk Hukukunda yönetim kurulu üyelerinin davranış sınırının ölçüsü özen yükümlülüğüyle iç içedir. Bu kapsamda, bir yönetim

²⁴⁸ Anglo-sakson hukukunda nisbilik terimine benzer bir terim olarak “*privity*” terimi kullanılmaktadır. Bkz. Court of Appeal of California, Fourth District, Division One, *Windham at Carmel Mountain Ranch Assn. v. Superior Court*, 109 Cal.App.4th 1162, 1169 (Cal. Ct. App. 2003) (<https://casetext.com/>, E.T. 25 Ocak 2024).

²⁴⁹ Lee, “Intra-Corporate Dispute Arbitration”, 86-87.

²⁵⁰ Lee, “Intra-Corporate Dispute Arbitration”, 87.

kurulu üyesinden beklenen ortalama davranışın, ondan gösterilmesi beklenen ortalama özen olduğu ve bu ortalama özen sınırının daha da yukarı bir seviyede beklenilmesini sağlayacak bazı subjektif unsurların da var olabileceğini yukarıda detaylıca açıklamıştık²⁵¹. Çözüm önerisini incelemeye devam edecek olursak; Yargıtay'ın tahkim iradesindeki katı tutumu nedeniyle bu noktadan ilerlemenin yine mümkün olamayacağı görüşündeyiz. Ancak bu görüşümüz, Yargıtay'ın Şirketler Hukuku sahasında tahkime olan yaklaşımının henüz yeterli esnekliği sağlamamasından ve tahkim iradesini bir mutlak olarak yorumlamasından ileri gelmektedir.

Burada, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü içerisinde bulunduğu, hatta bu özen yükümlülüğü çerçevesinde yönetim kurulu üyeliği teklifini kabul etmek kadar bu teklifi kabul etmeyebilme veya seçildiği zaman görevden istifa etme gerekliliğinin de bulunduğu hususlarını tekrardan vurgulamak doğru olacaktır²⁵². Bunun yanı sıra yönetim kurulu üyesi olacak bir kişinin esas sözleşmeden de haberdar olmadığı söylenemeyecektir. Gerçekten de bir şirketin yönetim kurulu şirketin esas sözleşmesine uymakla yükümlüdür. Zaten uymamaları halinde de, TTK m. 553'e göre sorumlulukları doğacaktır. Kanun bu derece yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uymasına önem vermekteyken, yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmedeki tahkim klotunu bilmediklerini ileri sürmeleri hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi bizce TMK m. 2'yle de pek bağdaşmayacaktır. Tabi ki bu sonuca ulaşmak için tahkim klotunda açıkça yönetim kurulu üyelerinin bu klotla bağlı olduğu ifadesi de yer almalıdır. Sonuçta, bu açıklamalarımız çerçevesinde, *de lege ferenda* olarak yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olacağının sonucuna ulaşılması gerekir.

Yine, esas sözleşmeye konulacak hükmün bağlayıcılığı yönünden mehz OR Art. 697n'deki esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe yönetim kurulu üyesinin tahkim klotu ile bağlı olacağı düzenlemesinin şu an yürürlükteki hukuk ve süregelen Yargıtay uygulaması karşısında uygulamada uygulama imkanı bulunmasa pek bulunamacağını ifade etmiş olsak da, İngiliz doktrininde LEE'NİN getirdiği ikinci çözüm önerisi kayda

²⁵¹ Bkz. 1.1.1.2.2. nolu başlık.

²⁵² Bu konu ile ilgili detaylı bilgi ve kaynakçaya ulaşmak için bkz. Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, 118 vd.

değerdir. Buna her ne kadar açık irade olmaması sebebiyle karşı çıkılacak olsa da, bir yönetim kurulu üyesinin esas sözleşmeyi bilmemesi mümkün olmayacağından, tahkim klotunda açık ve kesin bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin de klotla bağlı olduğu yönünde bir ifadenin geçmesi halinde, TMK m. 2'ye göre de bunun aksinin kabulünün mümkün olmaması gerekmektedir²⁵³.

Bu olması gerekenin yanı sıra *de lege lata* nasıl çözüme ulaşılabileceği sorusuna cevap vermek de gereklidir. Burada da AYOĞLU'NUN görüşünü değerlendirmemiz eldeki düzenlemeler ve uygulama bakımından şu an için bizim görebildiğimiz tek çıkış yoludur²⁵⁴. TTK m. 359/3'e göre, yönetim kurulu üyesi olarak atanacak kişinin tam ehliyetli olması şartı bulunmaktaysa da, bunun dışında başkaca olumlu bir şart bulunmamaktadır²⁵⁵. Bununla birlikte olumsuz bir şart olarak TTK m. 363/2'deki düzenleme de değerlendirilmelidir. Söz konusu hükme göre, yönetim kurulu üyelerinden birisinin iflasına karar verilmesi, ehliyetinin kısıtlanması veya üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde üyeliği kendiliğinden sona erer. Kanunun üyeliğin kendiliğinden sona erme hali olarak öngördüğü bu hallerin TTK m. 359/4'e göre seçilme engeli oluşturacağı

²⁵³ Tahkim şartının varlığından haberdar olan kişinin tahkim şartından kaçınabilmesinin milletlerarası ticaretin gereklilikleri, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağı hakkındaki açıklamalar için bkz. Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 287-288.

²⁵⁴ Mesela, Yargıtay 11. HD., 2008/9429 E., 2010/1648 K. sayılı ve 15 Şubat 2010 tarihli kararında, ortak olmayan limited şirket müdürleri bakımından esas sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli sayılamayacağını, bununla birlikte uyuşmazlığın bütün halinde görülmesi gerektiğinden uyuşmazlığın tümünden devlet mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir; “Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanarak, dava konusu Teknik 20 Makine Ltd. Şti. anasözleşmesinin 18.maddesinde “hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla halledileceğinin, hakem seçimi ve meselenin çözümünün HUMK'nun belirtilen usullere göre yapılacağını” belirtildiği... Somut olayda ise davalılardan ... ve ..., dava konusu limited şirketin dışarıdan atanan ve ortak olmayan müdürleridir halde bu kişiler yönünden anasözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olması, anılan kişilerin tahkim itirazında bulunabilmesi ve bu kişiler yönünden uyuşmazlığın hakem önünde çözümlenebilmesi mümkün değildir. Bu türden bir davanın ise kapsadığı maddi olgular açısından birlikte görülmesi zorunlu olup, davaların birbirinden ayrılması suretiyle bir kısım davalılar yönünden uyuşmazlığın mahkemede, diğer davalılar yönünden ise hakem önünde çözümlenmesi düşünülemez.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 06 Şubat 2024).

²⁵⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 394; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 36; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 410; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 351.

düzenlendiğinden, bu durumlar yönetim kurulu üyeliği için birer olumsuz şart oluşturacaklardır²⁵⁶.

Ancak, bir şirketin esas sözleşmesinde seçilecek yönetim kurulu üyeleri bakımından kanunun aramadığı nitelikleri getirmesi mümkün olup böyle bir kriterin esas sözleşmede yer alması halinde, yönetim kurulu üyeliğine seçilme bu kritere bağlı olacaktır²⁵⁷. Gerçekten TTK m. 340'ın gerekçesinde de bu husus açık bir şekilde, esas sözleşme ile kişisel şartların ve mesleki niteliklerin yönetim kurulu üyeliğine seçilme şartı olarak düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Dolayısı ile esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yönetim kurulu üyelerinin açık bir irade gösterir yazılı beyanlarının alınmaları ve tahkim sözleşmesine katılmaları mümkün hale getirilebilecektir²⁵⁸.

3.3.4.3.2. Tahkim şartının fiili organı bağlayıcılığı hakkında değerlendirmeler

Buraya kadar yönetim kurulu üyelerinin durumunu inceleyerek birtakım düşünceler ifade ettiysek de, bir de fiili organların bu tahkim klozu ile bağlılığını incelememiz gerekir. Yukarıda detaylıca ifade ettiğimiz üzere²⁵⁹, fiili organ, görünürde bir yönetim kurulu üyesi olmayan ancak yönetim kurulunu aldığı kararları ve şirketin doğrultusuna yön veren kişiye atfedilen terimsel bir ifadedir. Normal şartlarda fiili organ kavramının ortaya atılma amacı, yönetim kurulunu sorumluluğunu gerektiren bir karar almasını kendileri değil de başkalarının dikte etmesi durumunda bu diğer kişilerin de hukuken sorumlu tutulabilmesinin önünü açmaktır.

Bir örnek vererek durumu açıklamamız gerekirse, bir fiili organın yönlendirmesi sebebiyle yönetim kurulu üyelerine karşı bir dava açılacak ve esas sözleşmedeki tahkim klozu nedeniyle bu uyuşmazlık tahkime gidecek olsun (klozun yönetim kurulu üyelerini bağladığını kabul edelim). Bu durumda fiili organa karşı da tahkime gidilebilecek midir? Buna yanıt verirken ikili bir ayrıma gidilmelidir. Zira, nasıl bir

²⁵⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 397-398; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 411-412; TTK harici kanunlardaki seçilme engelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 398-399; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 412-413.

²⁵⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 397; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, 413; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 30-31.

²⁵⁸ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 75; Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*, 102.

²⁵⁹ Bkz. 1.3.2.2. nolu bölüm.

yönetim kurulu üyesi aynı zamanda pay sahibi olabiliyorsa, bir fiili organın da aynı zamanda pay sahibi olması olanaklıdır. Özellikle aile tipi şirketlerde, hele ki ailenin reisi konumundaki kişi, yönetim kurulunu çocuklarından ya da diğer aile üyelerini de katarak oluşturmakla birlikte, paylarından çekilmemiş ve alınan kararlarda yönetim kurulu üzerinde bir dikte etkisine sahip olabilir. Bu durumda, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olması ihtimalindeki aynı sonuç benimsenmeli ve fiili organ tahkim klozu ile bağlı kabul edilmelidir²⁶⁰. Aksi durumda ise fiili organ bir yönetim kurulu üyesi olmadığı ve pay sahibi de olmadığı için mevcut düzenlemeler ışığında tahkim klozu ile bağlı tutulabilmesi mümkün değildir.

3.3.4.4. Tahkim şartının şirket alacaklılarını bağlaması

Şirket alacaklıları, şirketle birlikte bir ticari ilişkiye girmiş, ondan bir alacağı olan kişiler olacağından, esas sözleşmenin tarafı veya birinci elden muhatabı olmayacaklardır. Bu sebeple, şirket alacaklıları, alacaklı sıfatından kaynaklı talepleri yönünden esas sözleşmedeki tahkim klozu ile bağlı olmayacaklardır. Bu prensiplerden hareketle mehz OR Art. 697n hükmü alacaklıları kapsamına almamış, hükmün karşıt anlamı belirttiğimiz sonucu işaret etmiştir.

3.3.4.5. Sorumluluk davalarının özel durumundan dolayı yapılması gerekli bir inceleme: tahkim şartının iflas idaresini bağlaması

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin taleplerde, şirketin iflası halinde buna ilişkin hukuki girişimlerde bulunma hakkının iflas idaresine geçeceğini yukarıda açıklamıştık²⁶¹. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından şirketin iflası durumunda akla gelebilecek bir ihtimalin de, esas sözleşmesinde tahkim şartının yer alan şirketin iflas etmesi durumunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası ikame etmek isteyen iflas idaresinin esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmayacağı söylenebilir.

İflas idaresinin tahkim şartı ile bağlı olup olmayacağı değerlendirmesinde BGH'nin 2017 tarihindeki bir karara değinmemiz gerekmektedir²⁶². Karara konu olayda, bir gemi sahibi gemisinin işletimi için bir anlaşma yapmış ve anlaşmada geminin

²⁶⁰ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 138.

²⁶¹ Bkz. 1.3.1.

²⁶² BGH, 29.06.2017 - I ZB 60/16.

başkasına satılması halinde gemiyi işletenin satış fiyatı üzerinden %1,5 tazminat alacağı ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceği²⁶³ kararlaştırılmıştır. İlerleyen süreçte gemi sahibi hakkında iflas kararı verilmiş ve iflas idaresi tarafından söz konusu gemi başkasına satılmıştır. İflas idaresinin tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığı yönündeki itirazları üst mahkeme tarafından kabul görmüşse de, BGH'ye yapılan itirazda BGH daha önceki verdiği içtihatlarına benzer bir şekilde iflas idaresinin tahkim sözleşmesi ile bağlı olabilmesi için bakılması gereken bir kritere işaret etmiştir.

BGH; uyuşmazlığın, iflas idaresinin müflisin kontrolünde olmayan bir hakkına dayanması durumunda iflas idaresinin müflisin yapmış olduğu tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığını vurgulamıştır. Ancak aksi halde bağlı olacağına da işaret etmiştir. Yani, BGH burada iflas idaresinin kullandığı hakkın müflisin iflas öncesi yaptığı sözleşmeden mi kaynaklandığı yoksa iflas kanunu dolayısıyla iflas durumundan mı kaynaklandığına bakılması gerektiğine işaret etmiştir²⁶⁴.

Bu kriter esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile iflas idaresinin bağlı olup olmayacağı konusunda değerlendirildiğinde, zaten esas sözleşmedeki tahkim klotunu çalıştıracak olan uyuşmazlıkların iflas idaresi ile alakalı olmadığı ve iflas idaresinin irade olarak tahkim klotuna esas sözleşmesinde yer vererek gösteren şirketin yerine geçtiği konuları birlikte düşünüldüğünde iflas idaresinin esas sözleşmede yer alan tahkim klotu ile bağlı olacağını söyleyebiliriz.

3.3.5. Sorumluluk Davasının Paralel Yargılamalara Sebep Olması Durumu

3.3.5.1. Genel olarak

Bir hukuki ilişkinin tarafı olan kimselerin arasında çıkacak uyuşmazlık, eğer ki dostane bir şekilde çözümlenemiyorsa, uyuşmazlığı çözmek için kurulan mekanizmalara, müesseselere götürülecektir. Mesela, bir uyuşmazlığın çözülememesi halinde devletin mahkemelerine götürülmesi ya da tarafların uyuşmazlıklarını tahkime taşıması da uyuşmazlığı çözmek içindir. İşte bu durumlarda aynı veya benzer konuları ele alan iki

²⁶³ Sözleşmedeki hükme göre, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili veya sözleşmeden ya da sözleşmeyle bağlantılı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar Alman Denizcilik Tahkim Derneğinin tahkim yargılaması kurallarına göre çözümlenecektir.

²⁶⁴ Buna ilişkin bir örnek için bkz. BGH, 20.11.2003 - III ZB 24/03; Alman Aciz Kanunu m. 166/2'nin istisna olduğuna dair bkz. BGH, 25.04.2013 - IX ZR 49/12.

uyuşmazlığın farklı yargılama kurumlarında ele alınması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Paralel yargılama adı verilen bu durum, az önce belirtilen türdeki uyuşmazlıkların farklı tahkimlere aynı anda ya da hem devlet mahkemesine hem de tahkime götürülmesi hatta iki ayrı devlet mahkemesine getirilmesi halinde odaya çıkmaktadır²⁶⁵. Birbirinden iki farklı süreç yargılama süreci de farklı sonuçta kararların çıkmasına sebebiyet verebileceğinden, farklı kararlardan hangisinin uygulanabileceği, farklı kararların çıkmasının nasıl engellenebileceği üzerinde düşüncelerde bulunulmuştur. İnceleme konumuz temelinde olarak yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu için hem devlet Mahkemesine hem de tahkime veya iki farklı tahkim kurumuna başvurulmuş da olabilir. Ancak bu düşünceler tahkim klotunun müstakbel pay sahipleri veya her halükarda yönetim kurulu üyelerinin tahkim şartıyla bağlı olması gerektiğine ilişkin *de lege feranda* görüşümüz halinde fiilen uygulama alanı bulamayacaktır. Bu düşünceler mevcut durumda herkesin bağlı olmayacağını öngören *de lege lata* görüşlerimiz çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde etkilidir²⁶⁶.

3.3.5.2. *Lis pendens* itirazı ve tahkime uygulanma olanağı

3.3.5.2.1. *Lis pendens*in anlamı

*Lis pendens*in, Uluslararası Hukuk Derneği'nin (ILA) yapmış olduğu konferans sonucunda benimsenen genel ilkelerde, aynı tarafları içeren ve aynı sebepten kaynaklı olan bir uyuşmazlık hakkında aynı anda iki farklı devlette paralel olarak yargılama yapılması anlamına geldiği açıklanmıştır²⁶⁷. Buradan *lis pendens* itirazı kavramının, bir milletlerarası derdestlik itirazı anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır²⁶⁸.

²⁶⁵ Bernardo M. Cremades ve Ignacio Madalena, "Parallel Proceedings in International Arbitration", *Arbitration International* 24, no.4 (2008): 508; Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation)", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 2, no.2, (2013): 19; Cahit Ağaoğlu, "Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no.7, (2018): 188.

²⁶⁶ Bkz. 2.3.4.2. ve 2.3.4.3.1. nolu başlıklar.

²⁶⁷ Filip De Ly ve Audley Sheppard, "Final Report On *Lis Pendens* And Arbitration", *International Law Association Toronto Conference* 0, no.0 (2006): 2; Bu durumda uygulanacak üçlü kimlik testi için bkz. Cremades ve Madalena, "Parallel Proceedings", 510; Bu kavram Amerikan gayrimenkul hukukunda kullanılan *lis pendens* ile karıştırılmamalıdır.

²⁶⁸ *Lis pendens*in uygulanması bakımından Anglo-sakson Hukuku ile Kıta Avrupası Hukuku arasında farklılıklar olsa da, her iki sistemde de *lis pendens*in iki farklı devlet Mahkemesi önüne getirilen uyuşmazlıklarda uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Cremades ve Madalena, "Parallel

Ancak *lis pendens*in tahkime ne kadar uygulanabileceği net değildir. Mesela tahkim yargılaması süren bir uyuşmazlığın daha sonra bir devlet Mahkemesinde ikame edilmesi durumunda, devlet Mahkemesinde *lis pendens*in ileri sürülebilmesi için yeterli iç hukuk düzenlemeleri mevcut olmayabilir. Hukukumuzda da, *lis pendens* şeklinde bir derdestlik itirazı düzenlenmemiş olup mesela LCIA’de görülen bir yönetim kurulu sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlığın daha sonra Asliye Ticaret Mahkemesinde ikame edilmesi durumunda ne yapılacağı belirli değildir.

3.3.5.2.2. *Lis pendens* itirazı mahkeme-tahkim şeklindeki paralel yargılamalarda uygulanabilir mi?

Az önce de ifade edildiği üzere, *lis pendens* itirazının tahkim yargılamalarının dahil olduğu paralel yargılamalarda uygulanması açısından açık bir hukuki düzenleme mevcut değildir.

Bu anlamda olmak üzere, bir devlet Mahkemesi ile tahkim yargılamasının karşı karşıya gelmesi halinde *lis pendens*in uygulanıp uygulanamayacağını ihtimallerle incelemek gerekir.

Bu durumda öncelikle İsviçre’deki milletlerarası özel hukuku düzenleyen kanun olan IPRG’ye baktığımızda, IPRG Art. 181’de, tahkim yargılamasının başlaması için tahkim sözleşmesinde belirtilen hakemlerden birisine başvuruda bulunmak veya hakem heyetinin oluşturulması için gerekli usuli işleme başlanması halinde, tahkim yargılamasının derdest hale geleceği düzenlenmiştir. Yine IPRG Art. 186/1’de, kompetenz-kompetenz ilkesi düzenlenmiş ve Art. 186/1bis’de, hakemlerin aksi yönde esaslı bir gerekçe olmadıkça, aynı konuda aynı tarafları içeren bir uyuşmazlığın başka bir devletin Mahkemesi veya başka bir hakemde derdest olmasına bakmaksızın kendi yargılama yetkisi hakkında kendisinin karar vereceği düzenlenmiştir. Yani IPRG, *lis pendens*in başlama anını belirlemekle beraber, oluşabilecek bir *lis pendens* sorununu kompetenz-komptenz ilkesiyle çözmeyi tercih etmiştir²⁶⁹.

Bununla birlikte Federal Mahkeme Fomento kararında²⁷⁰, IPRG Art. 9’un *lis pendens*in uygulanması bakımından dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna

Proceedings”, Ağaoğlu, “Paralel Yargılamalar”, 190-191.

²⁶⁹ Emmanuel Gaillard, “Switzerland Says Lis Pendens Not Applicable to Arbitration”, *New York Law Journal*, Ağustos 7, 2006.

²⁷⁰ *Formento de Construccuones y Contratas SA vs. Colon Container Terminal SA*, 14 May 2001, BGE

göre, bir Mahkeme veya tahkim kurumu başka bir ülkedeki Mahkeme ile tahkim kurumunda paralel yargılama yapılıyorsa, İsviçre'de bulunan Mahkeme veya hakem, (i) ortada bir derdestliğin olup olmadığını, (ii) paralel yargılamayı yapan yabancı devletin Mahkemesinin veya tahkim kurumunun makul bir zamanda uyuşmazlığı karara bağlayıp bağlayamayacağı ve (iii) yabancı devletten getirilecek kararın İsviçre'de tenfizinin mümkün olup olmadığının değerlendirmesini yaparak şartlar oluştuysa yabancı devlette bulunan Mahkeme veya hakemin kararını vermesine kadar yargılama durdurulmalıdır²⁷¹.

İsviçre'de benimsenen kompetenz-kompetenz ekseninde belirli kriterleri dikkate alarak kendi yargı yetkisi hakkında karar verme imkanı *lis pendens* durumunu ortadan kaldıracak bir uygulama olarak gözükmektedir.

Bir yandan da Anglo-Sakson hukukunda Mahkemenin dahil olduğu bir *lis pendens* sorununun ele alınışına bakarsak, *common law* hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde kompetenz-kompetenz ilkesi ekseninden bir çözüme ilerlemek yerine, *forum non conveniens* doktrininin kullanıldığını görmekteyiz²⁷². *Forum non conveniens* doktrini, bir Mahkemenin, uyuşmazlıkla ilgili daha iyi sonuç verebilecek başka bir ülke Mahkemesinin bulunması halinde, o ülke Mahkemesi lehine uyuşmazlıktan el çekerek, milletlerarası yetkisinden feragat etmesini ifade eder²⁷³. Bu doktrine göre, Mahkeme, diğer Mahkemenin, delillere ulaşım, tenfiz, tarafların iradesi ve Mahkemelerin ülkeleri ile bağlantıları gibi unsurları dikkate alarak karar vermelidir²⁷⁴.

Son olarak, *lis pendens*in çözümünde Avrupa Birliği de kendi çözüm yönetimini ortaya koymuştur. Brüksel I Bis Tüzüğü²⁷⁵ Art. 29'a göre, aynı konudan kaynaklı ve aynı

127 III 279, [2001] (<https://www.swissarbitrationdecisions.com/>)

²⁷¹ De Ly ve Sheppard, "Final Report On *Lis Pendens* And Arbitration", 21.

²⁷² De Ly ve Sheppard, "Final Report On *Lis Pendens* And Arbitration", 16.

²⁷³ Ekşi, "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar", 28.

²⁷⁴ Amerikan hukukunda, *forum non conveniens*in uygulanıp uygulanmaması bakımından, *balancing test* ve *adequate alternative inquiry test* olarak isimlendirilen iki temel kriter ekseninde inceleme yapılmaktadır (https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens). Ayrıca Bkz. U.S. Court Of Appeals For The Third Circuit, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252 (1981) (<https://casetext.com/>, 25 Şubat 2024); U.S. Court Of Appeals For The Second Circuit, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839 (1947) (<https://casetext.com/>, 25 Şubat 2024).

²⁷⁵ Tam adı, Regulation (EU) No 1215/2012 Of The European Parliament And Of The Council of 12 December 2012 on Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgments In Civil And

tarafları içeren uyuşmazlığın akit devletlerden birinde dava açıldıktan sonra diğerinin de Mahkemelerinin önüne getirilmesi halinde, ilk Mahkeme hariç, diğer Mahkemeler ilk Mahkeme kararını verene dek yargılamalarını durdurmalıdır (*stay of proceedings*). Daha sonra diğer Mahkemeler, ilk Mahkeme yargı yetkisini tesis ettiğinde, onun lehine yargı yetkisi yönünden davayı reddetmelidir. Yani bir ilk Mahkeme kararını verene kadar bekletici mesele yapmalıdır.

Uluslararası Hukuk Derneği raporunda, *lis pendens*in çözümü için genelde Avrupa’da benimsenen ilk Mahkeme kuralı ve *forum non conveniens* doktrinine eleştiri de getirilmiş ve bir tahkim ve devlet Mahkemesinin karşı karşıya gelmesi durumunda, Mahkemenin tahkime öncelik vererek, hakemin kendi yargılama yetkisi hakkında karar vermesini beklemesini önermektedir²⁷⁶.

Öncelikle Türk hukukunda, *common law*da benimsenen *forum non conveniens* doktrinin uygulanabilmesi imkanı değildir. Türk hukukunda yer edinebilmesi mümkün olmayan bu görüşe göre, Türk hakimin paralel yargılama sorunu yaşadığı tahkim bakımından bir değerlendirme yapması veya tersi durumda Türkiye’de bulunan tahkim kurumunun yabancı Mahkeme bakımından bir değerlendirme yapması gerekebilecektir. Bu değerlendirmenin yapılmasının da kanunda yeri yoktur. Ayrıca hukukumuzda bir Mahkemenin önüne gelen davalardan el çekebileceği haller açıkça düzenlenmiştir.

Mesela dosyada nihai hükmün verilmesi, Mahkemenin dosyadan el çekmesi anlamına gelmektedir²⁷⁷. Yine HMK’da yer alan usuli düzenlemeler haricinde bir Mahkeme kendi önüne getirilen uyuşmazlığa bakacaktır. Kaldı ki, usuli bölüm için dahi usul kuralları bakımından bir inceleme yapılacaktır. Hukukumuzda ise bir Mahkemenin veya hakem heyetinin kendi kendisine uyuşmazlığı başka bir Mahkemenin ya da tahkimin görmesinin daha iyi olacağından bahisle dosyadan el çekebilmesi mümkün değildir. Ne HMK’da ne de MTK’da böyle bir düzenleme yer almamaktadır.

Brüksel I Bis Tüzüğünde benimsenen yaklaşıma gelirsek, bu yaklaşım hukukumuza *forum non conveniens* doktrininden daha yakın durmaktadır. Gerçekten de bir nevi bir

Commercial Matters (recast).

²⁷⁶ De Ly ve Sheppard, “Final Report On *Lis Pendens* And Arbitration”, 16-17.

²⁷⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 427.

Mahkemenin diğerk Mahkeme lehine davayı reddediyor olması HMK'daki görev veya yetki yönünden dosyanın yetkili Mahkemeye gönderilmesinin paralel yargılamadaki benzer hali olarak yorumlanabilir. Yine Tüzükte benimsenen bekleme, hukukumuzdaki bekletici mesele yapmaya benzemektedir. Bekletici meseleye müessesesine ilişkin HMK kapsamında bilgi vermek çalışma kapsamını aşacağından, hukukumuz açısından devlet Mahkemesi ve tahkim yargılamasını içeren bir uyuşmazlığın çözümünde kullanılıp kullanılmayacağının değerlendirmesini yapacağız.

Bizce, bekletici mesele kurumuna başvurmakta bir beis yoktur. Sonuç olarak tahkimden verilecek karar Mahkeme kararının sonucunu etkileyecek ise aynı sebepten doğan ve tarafları aynı olan uyuşmazlığın diğerini beklemesi, sağlıklı bir yargılama için de gerekmektedir. Somut hukuk bakımından tahkim doğrudan *lis pendens* itirazı ile çözülemeyeceğinden, ihtimallere göre hareket etmek gerekmektedir.

Örneğin konumuz bakımından da bütünlük için bir sorumluluk davasını ele alalım. İlk ihtimalde, bir sorumluluk davası tahkim kurumu önüne götürülmüş ve daha sonra da devlet Mahkemelerinin önüne getirilmiş olsun. Burada ikinci olan devlet Mahkemesi önünde tahkim ilk itirazı sürülerek davanın usulden reddine sebep olarak, tahkim yargılamasının tek kalması sağlanabilir. Yine de bu durumda dahi belirli bir zaman daha yargılama görülür ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği incelenir²⁷⁸. Bu şekilde ikinci yargılama engellenerek paralel yargılama sorunu çözülebilir.

İkinci ihtimal olan durumda da, yani önce Mahkeme sonrasında tahkime gidilmesi halinde de tahkim ilk itirazı kurtarıcı olacaktır. Güncel hukukumuzda tahkime ilişkin bir derdestlik itirazı olmadığından bunlar pratik çözümlerdir. Bununla birlikte, üçüncü bir ihtimalde ilk olarak tahkime veya devlet Mahkemelerine gidilmesi fark etmeksizin, tahkim ilk itirazı sürülmediği zaman tahkim kurumuna veya Mahkemeye bekletici mesele talebinde bulunulabilir. Sonuçta verilecek karar bir diğerini doğrudan etkileyeceğinden, tahkim klozu geçerli olmasına rağmen, ilk itiraz olarak ileri sürülmediyse bekletici mesele müessesesinden faydalanabileceği görüşünderiz²⁷⁹.

²⁷⁸ Ağaoğlu, "Paralel Yargılamalar", 191.

²⁷⁹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 242; Özbek, *Tahkim Hukuku C.II*, 1512; Her somut olay bakımından kendi özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir, bekletici mesele yapılacak yargılamanın korunan menfaatler ekseninde

Yukarıda benimsenen bekletici meseleye ve tahkim ilk itirazına ilişkin açıklamalarımız hiç şüphesiz ki, benzer uyuşmazlıklardan kaynaklı paralel yargılama problemlerinde de uygulanacaktır. Bekletici meselenin benzer uyuşmazlıklardan kaynaklı paralel yargılama problemlerinde durumda nasıl işe yarayacağına ilişkin bir örnek üzerinden ilerlemek gerekirse; örneğin Asliye Ticaret Mahkemesinde yönetim kurulu üyeleri tarafından bir ibra davası açılmış olsun ve bunun üzerine pay sahipleri de bir sorumluluk davasını tahkim kurumunun önüne getirilmiş olsun. İşte bu durumda ibra davasının sonucu sorumluluk davasının sonucunu etkileyeceğinden temelinde aynı gerekçeler içeren bir benzer uyuşmazlıkta paralel yargılama sorunu ortaya çıkacaktır. Dolayısı ile bu durumda sorumluluk davasında tahkim kurumunun bekletici mesele yapması ve ibra davasının bitmesini beklemesi gerekecektir.

3.3.5.3. *Res judicata* ve tahkime uygulanması

3.3.5.3.1. *Res judicata*'nın anlamı

Res Judicata, aynı tarafları içeren ve aynı sebepten kaynaklı, aynı konudaki bir uyuşmazlık hakkında daha önceden verilen kesin karar anlamına gelmektedir²⁸⁰. Elde her anlamda²⁸¹ bir kesin karar olduğu zaman, daha sonrasında aynı tarafların, aynı konuda ve aynı sebepten kaynaklı bir uyuşmazlığı tahkim veya Mahkeme önüne getirmesi mümkün olmayıp, kesin hüküm, bu üç durumu bir arada içeren bir uyuşmazlık hakkında tekrardan hüküm verme yasağını içerir²⁸².

Yani tekrardan aynı tarafları içeren, aynı konu ve sebeplerle doğan uyuşmazlık bir yargılama müessesesinin önüne getirildiğinde bu konuda hali hazırda verilmiş bir kesin hüküm olduğu ileri sürülebilecektir. Bu konuda HMK m. 114/1, b. (i)'de aynı

değerlendirilerek tespit edilmesi ancak bekletici meselenin kesin bir çözüm de sağlamayacağına ilişkin bkz. Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*, 139 ve 141-142.

²⁸⁰ Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar”, 26; Ağaoğlu, “Paralel Yargılamalar”, 195; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 747-748; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 444.

²⁸¹ Doktrinde kesin hüküm, maddi-şekli anlamda kesin hüküm olarak ayrılmaktadır. Bizim burada kesin hüküm olarak bahsettiğimiz şey, her anlamı ile bir kesin hükümdür. Maddi-şekli anlamda kesin hüküm ayrımı için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 444 vd.; Cremades ve Madalena, “Parallel Proceedings”, 519 vd.

²⁸² Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 450; ICC Award No. 6363, sayfa 198 (<https://www.trans-lex.org/>, 26 Şubat 2024).

davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması bir dava şartı olarak işaret edilerek, kesin hükmün yargılamayı önleyici etkisi gösterilmiştir.

3.3.5.3.2. *Res judicata*'nın tahkim-mahkeme şeklindeki paralel yargılamalara uygulanması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere *res judicata*'nın etkisi iç hukukta düzenlenmiş olabilir. Ancak bununla beraber mesela bir Asliye Ticaret Mahkemesi ile bir tahkim kurumunun paralel yargılama ile karşı karşıya kalması halinde *res judicata* bağlamında nasıl bir yol izleneceği net değildir. Burada ilgili karara tanınan etkiye bakmak gerekir. Mesela ISCID Konvansiyonu m. 54'e göre ISCID tarafından verilen kararlar Konvansiyona taraf devletleri, sanki kendi Mahkemeleri tarafından verilen bir kesin hüküm gibi bağlayacaktır. Bu durumda tenfiz prosedürü işletilmeyeceği için, ISCID kararlarının doğrudan doğruya *res judicata* teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Böyle bir etkiye sahip olmayan diğer tahkim kurumları bakımından MÖHUK m. 50/1'e göre icra kabiliyeti kazanılabilmesi için, ilgili tahkim kararının ülkede tenfiz edilmesi o ülkedeki kesin hüküm etkisinin ortaya çıkması bakımından gereklidir²⁸³. Her ne kadar MÖHUK m. 50/1'de yabancı Mahkemelerden bahsedilmişse de, MÖHUK m. 60'a göre yabancı hakem kararlarının da tenfizi mümkündür. Kaldı ki, günümüzde geçerli tenfiz yollarından görülen 1958 tarihli New York sözleşmesi de bu yöndedir. Yabancı bir tahkim kurumundan alınan kararın bu şekilde tenfizinden sonra kesin hüküm etkisi ile Mahkeme kararını önlemesi mümkün olmalıdır.

Hukukumuz bakımından HMK m. 114/1, b. (i) ileri sürülerek daha sonra Mahkemede açılacak veya açılan davanın usulden reddi sağlanabilir. Kesin hüküm bir dava şartı olduğundan HMK m. 115/1'e göre her aşamada gözetilmesi gerektiğinden, önceden aynı tarafları içerir aynı sebeple ve konudaki uyuşmazlık hakkında tahkim kurumu tarafından verilen karar, tenfizinden sonra devlet Mahkemelerinde bir *res judicata* olarak ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz. IPRG Art. 190'da da buna benzer şekilde bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hükmün sadece belirli koşullarda uygulanamayacağı ifade edilerek, istisnalar haricinde hakem kararın kesin hüküm etkisi kabul edilmiştir²⁸⁴.

²⁸³ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 747.

²⁸⁴ Cremades ve Madalena, "Parallel Proceedings", 520.

Bununla birlikte önceden devlet Mahkemesi tarafından verilen kararın yabancı bir tahkim kurumu tarafından *res judicata* olarak nazara alıp alamayacağı net değildir. Burada taraflar, konu ve sebep aynı olsa dahi, devlet Mahkemesinin kararının tahkim kurumu tarafından tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, devlet Mahkemesi geçerli bir tahkim anlaşması olmasına rağmen tahkim ilk itirazını reddederek yargılama yapmış ve karar vermişse artık tahkim kurumunun yargılamaya devam etmesi ve kararı *res judicata* görmemesi gerekir²⁸⁵.

Bizce, tahkim kurumları bir devlet Mahkemesinin *res judicata* vermesiyle uyuşmazlıktan el çekmeyebilir. Buna ilişkin tahkim kurumunda özel bir kural yoksa ya da taraflar arasında uygulanacağı belirtilen kurallarda ya da hukukta böyle bir düzenleme olmadıkça, tahkim kurumu devlet Mahkemesi kararını *res judicata* görmeyebilir. Tabi bu durumda, eğer verilecek karar yine aynı Mahkemenin bulunduğu ülkede uygulanmak istenecekse, bunun tenfizine fiili olarak olanak tanınmayacağı da açıktır.

Son olarak Mahkeme ve hakem heyetlerinin *res judicata* ile çözmek istediği paralel yargılama sorununa yardımcı bir çözüm enstrümanı olarak *lis pendens* çözümünde kullanılan bekletici meseleyi de katabilecektir. Buna göre Mahkeme veya hakem heyeti bekletici mesele kararı verecek, bundan sonra diğer yargılama müessesesinde verilen karar bir *res judicata* olarak kabul edilecek ve bekleyen yargılama kesin hüküm olduğundan sonlandırılacaktır. Esasen bu ihtimal, yukarıdaki *lis pendens* durumunda bekletici mesele yapma ihtimalinin sonucunda olacak olandır. Yani, *lis pendens* sorunu yukarıdaki ifadelerimizle çözülecek, sonucunda paralel diğer yargılama da *res judicata* ile giderilecektir²⁸⁶.

3.3.5.4. Dava karşıtı emir - *anti-suit (arbitration) injunction*

Doktrinde paralel yargılamaların önüne geçilebilmesinin imkanlarından birisinin de anglo-sakson hukukunda benimsenen *anti-suit injunction* (dava karşıtı emir)

²⁸⁵ Cremades ve Madalena, “Parallel Proceedings”, 521.

²⁸⁶ Stacie Strong, “Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States” *American Journal of Comparative Law* 66, no.0 (Haziran 2018): 153; U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Laker Airways v. Sabena, Belgian Wd. Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984) (<https://casetext.com/>, E.T. 02 Mart 2024).

müessesesi olduğu ifade edilmektedir²⁸⁷. Dava karşıtı emir, bir Mahkeme veya hakemin, başkaca bir yargılama süreci başlatılmasını engellemek için aldığı ihtiyati tedbir niteliğindeki karara verilen isimdir²⁸⁸.

Dava karşıtı emrin uygulama şartlarına detaylıca girmek sorumluluk davasının paralel bir yargılamaya sebep olması halinde bu imkanın kullanılıp kullanılamayacağına cevap oluşturmayacaktır²⁸⁹. Bu her somut olay özelinde değerlendirilebilecek bir meseledir. Dolayısı ile bu kararın sonuçlarını tartışmamız gerekir.

Sonuç olarak, bir dava karşıtı emir kararı, var olan yargılamadan sonra başka bir dava açılmasını veya paralel yargılama olması halinde, paralel olan yargılamadan çekilmeyi, takibi yasaklamayı veya paralel olan yargılamada bekletici mesele yapılması gibi emirleri içerir²⁹⁰.

Uygulamada bu yaklaşım benimsenirse düşünülecek birkaç ihtimal ortaya çıkabilir. Mesela, bir devlet Mahkemesi ile hakem heyeti karşı karşıya gelirse ne olacaktır? Şüphesiz hakem heyetinin böyle bir karar almasının önünde engel yoktur. Ancak hakemlerin bu yetkiye sahip olmaları için benimsenen kuralların da buna cevaz vermesinin gerekliliği kaçınılmazdır²⁹¹. Bunun karşısında Mahkemelerin bu karara uyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Yanı sıra, yukarıda yer verdiğimiz *lis pendens* ve *res judicata* veya kompetenz-kompetenz ilkesi gibi gerekçeler ile hakem

²⁸⁷ Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar”, 29; Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 234; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 419-420.

²⁸⁸ Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar”, 29; Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 235; Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 372; Born, *International Law and Practice*, 68; Bkz. U.S. Court of Appeals, First Circuit, *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler*, 361 F.3d 11 (1st Cir. 2004) (<https://casetext.com/>, E.T. 02 Mart 2024).

²⁸⁹ Kaldı ki, Amerikan Mahkemelerinde dahi uygulama koşulları arasında bir fikir birliği yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Strong, “Anti-Suit Injunctions” 159 vd.; Ayrıca bkz. ; Born, *International Law and Practice*, 69.

²⁹⁰ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 235; Laurent Lévy “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”, *Anti-Suit Injunctions In International Arbitration - IAI Series No. 2*, ed. Emmanuel Galliard, Bern: Staempfli Publishing, 124.

²⁹¹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 238; Lévy “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”, 121.

heyetinin bu ihtiyati tedbiri verebileceği ifade edilmektedir²⁹². Bununla birlikte hukukumuzdaki düzenlemeler bakımından Asliye Ticaret Mahkemesinin Dava karşıtı emir kararı verebilmesi mümkün olmayacaktır²⁹³.

3.3.6. Sorumluluk Davası Hakkında Verilen Hakem Kararının Tenfizinin Paralel Yargılamaların Varlığı Halinde Mümkün Olup Olmayacağı

Yabancı bir Mahkeme kararının ülkemizde icra kabiliyeti kazanabilmesi için tenfizi şarttır. MÖHUK m. 60 ile yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebileceğini kabul ederek, yabancı hakem kararlarının icrası için tenfiz edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Burada tenfiz durumunun sorun teşkil edebileceği ihtimalleri inceleyecek olursak, ilk ihtimalde göre, devletin Mahkemesi tarafından yürütülen bir yargılama olsun ve bir yandan da aynı uyuşmazlık tahkime götürülmüş olsun.

Burada paralel yargılamaların engellenmesine ilişkin yukarıda değindiğimiz yöntemler önceden uygulanmaksızın her iki yargılama da devam etmiş olsun. Bu ihtimalde öncelikle devlet Mahkemesi kararı verilmişse, artık tahkimde verilen örneğin sorumluluk davasına ilişkin kararın tenfizi daha önceden bir kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan HMK m. 114/1, b. (i)'ye göre mümkün olmayacaktır²⁹⁴. Ters ihtimalde tahkim kararının tenfiz edilmesi halinde artık devlet Mahkemesi HMK m. 114/1, b. (i)'ye göre kesin hükmün varlığı sebebiyle davayı usulden reddedecektir. Bu iki ihtimalden de görülebileceği üzere, sorumluluk davasına ilişkin tahkim yargılaması hükmünün tenfizi biraz da “ilk bitiren kazanır” a bağlanmaktadır. Yani, yargılamayı ilk kim bitirirse (tabi tahkim kararının tenfiz de

²⁹² Bu durumların haricinde de *anti-suit injunction* kararının verilebileceğini ancak bu kararın keyfilikten ziyade ayağı yere sağlam basan gerekçelerinin olması gerektiği hakkında bkz. Lévy “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”, 120 ve 123.

²⁹³ Hukukumuz bakımından *anti-suit injunction*'in uygulanamayacağına ilişkin açıklamalar ve bir Yargıtay kararı için bkz. Hakan Tüfekçi, “Milletlerarası Usul Hukukunda Dava Etmeme Emrine (Anti-Suit Injunction) İngiliz Hukuku, Brüksel Konvansiyon Rejimi ve Türk Hukuku Çerçevesinde Genel Bir Bakış”, *GÜHFD Ata Sakmar'a Armağan* 1, no.1, (Nisan 2012): 743-745.

²⁹⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 834 dn. 714 delaletiyle sayfa 680; Aynı yönde, Yargıtay 2. HD., 2010/5910 E., 2010/20102 K. ve 02 Aralık 2010 tarihli kararında, “Mahkemece, ... Aile Mahkemesinin ... esas, ... karar sayılı dosyasının incelenerek, kesin hükmün varlığı halinde, işin esasına girilmeksizin davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, bu yönde bir araştırma yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 15 Mart 2024); Bu durumda kamu düzeninden tenfizin reddedilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Özbek, *Tahkim Hukuku C. II*, 1826.

edilmesi şartıyla) onun kararı geçerli olacaktır. Burada tahkim kararına tenfiz engeli, devlet Mahkemesinin önceden kesin hüküm oluşturan kararını vermesi ile mümkün olabilecektir.



BÖLÜM 4: SONUÇ

Buraya kadar incelediklerimizle, sorumluluk davasının tahkime götürülmesinde ortaya çıkabilecek problemler ve hukukumuzda tahkim klotunun sorumluluk davalarında nasıl kullanılabileceği ve bağlayıcı olabileceği sorularına cevap aranmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede belirli sonuçlara ulaşılmış ve sorumluluk davası gibi korporatif uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceği değerlendirilmiştir. Sorumluluk davalarının ve korporatif uyuşmazlıkların genelinin yukarıda belirtilen durumlara sunulan *de lege lata* ve *de lege ferenda* çözüm imkanları ile sorumluluk davasının bakımından tahkim yargılamasına ışık tutulurken, özellikle sorumluluk davasının tahkimle çözümlenmeye elverişli olup olmaması imkanını bu bölüme kadar olabildiğince doğrudan zikretmekten kaçınarak, korporatif davalar ekseninden ilerlemeye çalıştık.

Gelinen bu aşamada sunulan sorun ve verilen cevaplarla birlikte, sorumluluk davasının tahkim ile çözümlenebilip çözümlenemeyeceği ifadesine birazdan geleceğiz. Yukarıda ele alınan hususların yanı sıra sorumluluk davasının tahkimle çözümlenip çözümlenemeyeceğine ilişkin kanun koyucunun iradesi gerekçede çok güzel yansıtılmıştır. Bu gerekçede kanun koyucu görüşünü sorumluluk davası özelinde açıklıyor olsa da, bu görüşü sorumluluk davasının temsil ettiği korporatif uyuşmazlıkların bütününe ilişkin olarak anlamak gerekir.

Bahsettiğimiz madde olan TTK m. 561 esasında, sorumluluk davasındaki yetkili Mahkemeyi düzenleyen bir hükümden ibarettir²⁹⁵. İlgili maddenin gerekçesinin sonunda, “*Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır.*” diyerek, bu çalışmanın peşinde koştuğu sorunun cevabını birinci elden kanun koyucu kendisi vermiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, sorumluluk davalarında (ve temsil ettiği korporatif uyuşmazlıklarda) tahkime gidilebileceği yönünde irade göstermiştir.

Tahkim klotlarından kaynaklı tahkime gidilememe halini bir kenara bıraktığımızda, Hukukumuzda açık bir şekilde maalesef korporatif uyuşmazlık lehine tahkim düzenlemesi mevcut değildir. Dolayısıyla tahkim klotunun Yargıtay’ın istediği kusursuzlukta hazırlamak önemlidir. Bu açıdan, uygulamaya bir yol açması yönünden

²⁹⁵ TTK m. 561’in gerekçesine göre bu bir seçimlik yetkiden ibarettir.

faydalı gördüğümüz İstanbul Ticaret Odası tarihinde ilk tescil ve ilan edilen tahkim kizlu esas sözleşmeye yukarıda yer vermiştik²⁹⁶. Bu örneğimizin yanı sıra, başka dikkate değer tahkim kizlari da bulunmaktadır. Özellikle Milano Tahkim Odası ve Alman Tahkim Enstitüsünün model kizlari da ilerisi için dikkate alınabilir. Bu kizlariin ticaret odalarındaki tescilinin imkanı tartışmalı olmakla beraber, esas sözleşmeye konulabilecek tip tahkim kizlariinin geliştirilmesi bakımından dikkate alınmalıdır²⁹⁷.

Nitekim bu bölüm içerisinde daha önce yer verdiğimiz İstanbul BAM 14. HD. 2022/1843 E., 2022/1373 K. ve 20.11.2022 tarihli kararında sorumluluk davalarıyla ilgili olarak²⁹⁸, *“Bununla birlikte, ortaklar arasındaki her türlü tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna dair genel bir gerekçenin benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Örneğin, ortakların kâr payı dağıtımı konusunda ya da şirket yöneticisinin sorumluluğu konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine dair tüm ortakların anlaşma yapmaları mümkündür. Nitekim, TTK'nın 561. maddesinin gerekçesinde, sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğu açıkça benimsenmiştir. Bu bağlamda, somut olayda olduğu gibi, şirket ortakları, şirket yöneticisinin yönetim görevini esas sözleşme ve yasaya uygun yerine getirmediği iddiasıyla açılacak davaların hakemde görüleceğine dair anlaşma yapabilirler. Buna engel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.”* Şeklinde ifadeler kullanılmış ve sorumluluk davasının tahkim yolu ile çözümlenebileceği yönünde görüş bildirilmiştir.

Esas sözleşmede tahkim kizlariunun bulunabileceği sonucuna yukarıda varmıştık. Ancak bu esas sözleşme hükmünün pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerine etkisinin ne olacağının tartışmalı olduğunu, sonuç olarak da müstakbel pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerine esas sözleşmede birtakım koşullar ile ayrı bir tahkim sözleşmesine

²⁹⁶ Bkz. 2.3.2.2.2. nolu bölüm.

²⁹⁷ Milano Tahkim Odasının model kizlari için bkz. <https://www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Clauses/Models+clauses.php?id=222>; Alman Tahkim Enstitüsünün model kizlari için bkz. Model Clause for Articles of Incorporation for Arbitration Pursuant to the Supplementary Rules for Corporate Disputes 2018 <https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-model-clauses>.

²⁹⁸ İstanbul BAM 14. HD. 2022/1843 E., 2022/1373 K. ve 20 Kasım 2022 tarihli kararı (<https://emsal.uyap.gov.tr/>, E.T. 19 Mart 2024).

katılma iradesi beyanı vermeleri gerektiğinin zorunlu hale getirilmesinin *de lege lata* çözüm olduğu yönündeki görüşümüzü belirtmiştik.

Alman Hukukunda BGH'nin vermiş olduğu Arbitrability kararları bu yönden oldukça kıymetli ve yol gösterici olmuştur. Arbitrability kararlarında, esas sözleşmedeki tahkim klotunun herkese yansıyacak etkisinin nasıl sağlanabileceği üzerinde değerlendirmeler yapılmış ve bu şekilde esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun bağlayıcılığı sorumuna ışık tutmuştur. Bu karardaki ilkelere göre özellikle tarafların bütün tahkim sürecine aktif katılım sağlanması ve usuli olarak aşamalardan haberdar edilerek hakem seçimine müdahil olma hakkı tanınması gerekecektir. Bu imkanların bütün taraflara eşit şekilde sağlanması ve bu suretle tarafların terazi dengesinde eşitlenmesi Türk hukuku bakımından uygulamadaki tereddütleri de giderecektir. Artık bu hukuki korumaların sağlandığı bir ortamda tahkim iradesinin olmadığından bahisle hareket edilemeyecektir. Tabi bu kanuni bir düzenleme ile bağlayıcı ve net hale getirilmelidir.

Dolayısıyla burada tekrardan ve öneri olarak OR Art. 697n hükmüne değinmemiz uygun olacaktır. OR Art. 697n, esas sözleşmenin tahkim hükmünü içerebileceğini ve esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça bu hükmün, şirket, organları, organların üyeleri ve pay sahiplerini bağlayacağını açıkça düzenlemiştir. Esasen bu düzenleme yönetim kurulu üyeleri ve müstakbel pay sahiplerinin tahkim klotu ile bağlılığı yönünden sorunları kanun yolu ile çözdüğünden, taraf iradeleri de kanun yolu ile tamamlanmış sayılacaktır²⁹⁹. Yine OR Art. 697n/3'te BGH'nin özellikle Arbitrability II kararında değindiği esas sözleşmedeki tahkim klotunun herkesi bağlayıcı etki kazanması için ele aldığı kriterler bir nevi kanun metnine dökülmüştür. Türk hukukunca da bu düzenlemeler benimsenerek hem hukuki güvenlik hem de usuli eşitlik sağlanarak tahkim sürecindeki kanun ile tamamlanan iradelerin tam anlamıyla ortaya konulabilmesi sağlanmış olacaktır.

Bununla birlikte OR Art. 697n'nin gerekçesinde açık bir şekilde, bu madde kapsamındaki şirketler hukuku uyuşmazlıkları terimine sorumluluk hükümlerinin de

²⁹⁹ OR Art. 697n hükmünün, ERDEM tarafından çevrilmiş ve hukukumuzda uyarlanmış metni için bkz. Ercüment H. Erdem, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler”, (Aralık 2021), (<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/sirketler-hukuku-uyusmazliklarinda-tahkim-isvicre-ornegi-alinacak-dersler-ve-oneriler>, E.T. 23 Mart 2024).

dahil olduğu ifade edilmiştir. Bu hükmün TTK'ya uyarlanması ile hem esas sözleşmede tahkim klotunun yer alıp almaması sorunu hem de bu tahkim klotunun bağlayıcılığı tartışmaları çözülecektir.

Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından benimsenebilecek bu düzenlemeler ışığında şirket esas sözleşmelerinde yer verilebilecek model bir tahkim klotuna da yer vermiştik. Hazırladığımız örnek tahkim klotunun bir kısmı, “Şirket ve pay sahipleri arasında çıkacak veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında şirket ile ilgili TTK'dan, yönetimden, kararlardan veya esas sözleşmeden kaynaklı çıkacak uyuşmazlıklar ... kurallarına tabi olarak ... tarafından çözümlenir.” şeklindeydi. Yukarıdaki tavsiyelerin yanı sıra şirketlerin esas sözleşmelerine bu şekilde ekleyeceği bir tahkim klotu da uyuşmazlıklarını tahkime tabi kılmalarını sağlayacaktır.

Yine de tartışmaları kenara bıraktığımızda, TTK m. 561 hükmünün gerekçesinden hareketle her türlü sorumluluk davasının tahkime tabi olabileceğini söyleyebilir miyiz? Yukarıda ifade ettiğimiz üzere³⁰⁰, sorumluluk davaları şirketin doğrudan zararı, pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan ve dolaylı zararları için açılabilir.

Tahkim sözleşmesinin pay sahipleri ve yönetim kurulu üyelerini ne kadar bağlayacağı sorununu bir kenara bıraktığımızda, zaten esas sözleşmede bulunan tahkim klotunun bir tarafında pay sahiplerinin ya da şirketin bulunduğu açıktır. Dolayısı ile şirket tarafından açılacak doğrudan ve pay sahipleri tarafından açılacak doğrudan ve dolaylı zararların tahkime tabi olacağını düşünüyoruz. Bununla birlikte, alacaklılar üçüncü kişi konumunda olduğundan esas sözleşmenin bir tarafı olmayıp, açacağı doğrudan veya dolayısıyla zararına dayalı sorumluluk davası için tahkime gidilemeyecektir³⁰¹. Ki, OR Art. 697n'de alacaklılarla ilgili bir düzenleme içermemektedir. Sonuç olarak sorumluluk davalarının tahkim yolu ile çözülebilmesi belirli davacılar bakımından mümkün iken genel anlamda başta şirket alacaklıları bakımından mümkün değildir.

³⁰⁰ Bkz. 1.3. nolu bölüm.

³⁰¹ Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, 132.

BÖLÜM 5: KAYNAKÇA

- Ağaoğlu, Cahit. “Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no.7 (2018): 187-220.
- Ağırman, Doğan. *Milli & Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirketlerde Kuruluş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Alışkan, Murat ve İsmail Akbaş. “Teori Ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması”. *LHD* 17, no.200 (2019): 348-363.
- Altay, Sıtkı Anlam. ”Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”. *31. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. Ed. İbrahim Bektaş, 71-108. Ankara: BTHAE, 2018.
- Ambrose, Clare, Karen Maxwell ve Michael Collett. *London Maritime Arbitration*. Oxford: Informa Law from Routledge, 2018.
- Ansay, Tuğrul. *Anonim Şirketler Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: BTHAE, Ankara, 2018.
- Ayoğlu, Tolga. *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Aytaç, Zühtü. “İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay’ın Görüşü”. *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, Ed. İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener, 348-363. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar”. *KHÜHFD* 6, no.1, (2018): 101-109.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.
- Bora Çınar, Sevda. “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Turkish Academic Research Review* 4, no.2, (2019): 235-257.

- Büyüksağış, Erdem. “Şirketler Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”. *Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI)*. Ed. Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Ali Yeşilirmak, A. Eda Manav Özdemir ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 69-81. Ankara: Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 2023.
- Canöz, Salih. *Anonim Şirketlerde İbra*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Cremades, Bernardo M. Ve Ignacio Madalena. “Parallel Proceedings in International Arbitration”. *Arbitration International* 24, no.4, (2008): 507-540.
- Çamoğlu, Ersin. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”. *İÜHFM* 36, no.1, (1970): 323-348.
- Çamoğlu, Ersin. “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”. *BATİDER* 3, no.2, (1965): 266-279.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: BTHAE, 1972.
- Çelik, Aydın, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası” Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- De Ly, Filip ve Audley Sheppard. “Final Report On *Lis Pendens* And Arbitration”, *International Law Association Toronto Conference* 0, no.0, (2006): 1-39.
- Demirkol, Berk. "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması". *Public and Private International Law Bulletin* 40, no.2, (2020): 1313-1350.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Ve İş Sözleşmesi”. *İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı* 74, no.0, (2016): 313-336.
- Ekşi, Nuray. “Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation)”. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 2, no.2, (2013): 3-36.
- Erdem, Ercüment H.. “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri”. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* 25. Ed. Murat Gürel, 97-131. Ankara: BTHAE, 2012, 120.
- Erdem, H. Ercüment. “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”. *Tahkim Anlaşması*. Ed. Hatice Özdemir Kocasakal ve Süheyla Balkar, 1-24. 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Erdem, H. Ercüment. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.

- Etirli, Burak. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan Cilt 2* 32, no.8, (2019): 1997-2030.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Galliard ve Berthold Goldman. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Ed. Emmanuel Gaillard ve John Savage. The Hauge: Kluwer Law International, 1999.
- Gaillard, Emmanuel. “Switzerland Says Lis Pendens Not Applicable to Arbitration”. *New York Law Journal*, Ağustos 7, 2006.
- Gerner-Beuerle, Carsten, Federico Mucciarelli, Edmund Schuster ve Mathias Siems. *Study on the Law Applicable to Companies Final Report*. Londra: European Commission, 2016.
- Gözen, Beyza Gül. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Gulliaume, Florence. “Law Governing Companies In Swiss Private International Law”. *Yearbook of Private International Law Vol. VI*. Ed. Petar Sarcevic, Paul Volken ve Andrea Bonomi, 251-290. Bern: Stämpfli Publishers Ltd., 2004.
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Hakan Karan, “Milletlerarası Ticarî Tahkimin Hukukî Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan* 0, no.0 (2001): 201-230.
- Hartlieb, Garry D. “Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses for Shareholders-Corporation Disputes”, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 4, no.1, (2014): 131-161.
- Helvacı, Mehmet. “Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu - Düşünce ve Değerlendirmeler”. *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*. Ed. Abuzer Kendigelen, M. Halil Çonkar, İ. Çağrı Zengin, F. Pelin Tokcan, Numan S. Sönmez ve Buğra Kesici, 143-175. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Helvacı, Mehmet. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Sistemindeki Başlıca Yenilikler”. *Türkiye Adalet Akademisi Türk Ticaret Kanunun 5. Yılı Sempozyumu*, no.0, (2018): 319-342.
- Helvacı, Mehmet.” Anonim Ortaklığın Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”. *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “TAHKİM”*. Ed. Aslı Yıldırım ve Erol Ulusoy, 179-202. İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007.

- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Gün Matbaası, 1974.
- Kalpsüz, Turgut. “Hakem Kararlarının Milliyeti”, *BATİDER* 9, no.3, (1978): 601-633.
- Karasu, Rauf. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”, *MARUHAD* 18, no.2, (2012): 311-331.
- Kayıklık, Abdurrahman. “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, *BATİDER* 36, no.4, (2020): 133-176.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku C. I*. Ankara: BTHAE, 2013.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku C. II*. Ankara: BTHAE, 2016.
- Kırca, İsmail. “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, *BATİDER* 23, no.3, (2006): 33-51.
- Koral, Rabi. “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler Ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, *İÜHFM* 48, no.1-4, (1983): 75-98.
- Köprücü, Üstün. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Lee, Joseph. “Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective”, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 83, no.1, (2017): 85-101.
- Lévy, Laurent. “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”. *Anti-Suit Injunctions In International Arbitration - IAI Series No. 2*. Ed. Emmanuel Galliard, 115-129. Bern: Staempfli Publishing, 2005.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis ve Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Mallor, Jane P., A. James Barnes, Thomas Bowers, Michael J. Phillips ve Arlen W. Langvardt. *Business Law and the Regulatory Environment*. New York: McGraw-Hill Irwin.

- Manavgat, Çağlar. *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*. Ankara: BTHAE, 2016.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Moroğlu, Erdoğan. “Anonim Ortaklık AnaSözleşmesi ve Hukuki Niteliği”. *Makaleler*. Der. Erdoğan Moroğlu, 429,444. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Moroğlu, Erdoğan. “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, *BATİDER* 21, no.2, (2001): 5-12.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku C. I*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku C. II*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Özekes, Muhammet, Vural Seven ve Nedim Meriç. *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Pehlivanoglu, Murat Can. “Pay Sahiplerinin Manevi Tazminat Hakkı ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, *BATİDER* 38, no.2, (2022): 199-226.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Pekcanitez, Hakan. “Tahkim İlk İtirazı”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi* 11, no.32, (2015): 21-52.

- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Güngören Tekinalp. “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, *İÜHFM Atatürk’e Armağan* 45, no.1-4, (1981): 347-398.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. IV*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Rubino-Sammartano, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Pay Devri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerinin Özen Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Stephenson, Douglas A.. *Arbitration Practice in Construction Contracts*. Oxford: Blackwell Science, 2001.
- Strong, Stacie. “Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States”, *American Journal of Comparative Law* 66, no.0, (2018): 153-179.
- Synkova, Sandra. *Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*. İsviçre: Springer International, 2013.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Şensöz Malkoç Ebru ve Müge Değirmencioğlu. “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotzlarının Geçerliliği”, *MÜHFHAD* 27, no.1, (2021): 593-641.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

- Teoman, Ömer. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımını Nedir?”, *BATİDER* 26, no.4, (2010): 5-14.
- Turanlı Hüsni. “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta İbra”, *KHÜHFD* 2, no.2, (2014): 101-135.
- Tüfekçi, Hakan. “Milletlerarası Usul Hukukunda Dava Etmeme Emrine (Anti-Suit Injunction) İngiliz Hukuku, Brüksel Konvansiyon Rejimi ve Türk Hukuku Çerçevesinde Genel Bir Bakış”, *GÜHFD Ata Sakmar’a Armağan* 1, no.1, (Nisan 2012): 743-745.
- Türkeş, Yağmur. *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Tweeddale, Andrew, Keren Tweeddale. *A Practical Approach To Arbitration Law*. Londra: Blackstone Press Limited, 1999.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2011.
- Veziroğlu, Cem ve Kadir Çevikbaş. “İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü’nde Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi*. Ed. Başak Baysal ve Nilay Arat, 373-382. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Veziroğlu, Cem. *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C. 1-2*. Çev. Cevat Edege. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.
- Yasaman, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları”, *GÜHFD Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu* 12, no.2, (2013): 97-112.
- Yaşar, Nimet ve Mustafa Yaşar. “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Tahkime Elverişlilik III Kararı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi – Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 2, no.7, (2022): 1813-1821
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilova, Bilgehan. “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler Ve Güncel Gelişmeler”, *TBB Dergisi* 0, no.76, (2008): 83-164.
- Yeşilova, Bilgehan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.<
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. IV. 4. Bası*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

Yüksel, Sinan H.. “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim”. *Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim*. Ed. Ziya Akıncı ve Candan Yasan Tepetaş, 141-168. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Zekos, Georgios I.. *International Commercial and Marine Arbitration*. Oxon: Routledge-Cavendish, 2008.

Zengin, Burcu. “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu” *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.2 (2013): 129-153.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2019.

