

**T.C. KOÇ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İŞADAMI KARARI İLKESİNİN TÜRK HUKUKU'NDA
UYGULANMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mutlucan SOLAK

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Sıtkı Anlam Altay



ARALIK 2019



ÖZET

Yönetim kurulu üyelerinin haklarında açılacak sorumluluk davalarında ortaya çıkan zarardan her halükârda sorumlu tutulmaları; yönetim kurulu üyelerinin pasifleşmesine ve karar almakta çekinik kalmalarına sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple, ABD Hukuku'nda mahkeme içtihatlarıyla business judgment rule adı verilen bir ilke geliştirilmiştir.

İşadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin takdir alanlarını korumakta ve belli başlı şartların mevcut olması halinde yönetim kurulunun vermiş olduğu kararların beklenmedik sonuçlarından dolayı sorumlu tutulamamalarını sağlamaktadır.

Çalışma kapsamında Türk Hukuku'nda herhangi bir kanun marifetiyle düzenlenmemiş söz konusu ilkenin Türk Hukuku'ndaki temelleri araştırılmış ve uygulanma koşulları değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İşadamı Kararı İlkesi, Takdir Yetkisi, Sorumluluk.

ABSTRACT

If the board of directors' members are held liable for the damages arising from the liability cases to be filed against them in each case; it will cause the board of directors' members to become passive and remain hesitant in taking decisions. For this reason, as per US law, a principle referred to as business judgment rule has been developed by the case law.

Business judgment rule protects the discretionary powers of the members of the board of directors' and ensures that the board of directors cannot be held responsible for the unexpected results of the decisions given under certain conditions.

Within the scope of the study, the principles of the said law, which was not regulated under any laws or regulations under Turkish Law, were examined; and the conditions of application were evaluated.

Keywords Business Judgment Rule, Discretionary Power, Liability.

ÖNSÖZ

Yollarımız kesiştiğinden bu yana bana her daim rehber olmuş ve bana iyi bir hukukçu olmanın ötesinde iyi bir insan olma noktasında da ilham veren tez danışmanım Doç. Dr. Sıtkı Anlam Altay'a yüksek lisans tezimi tamamlama süresince ilgisi ve anlayışını üzerimden hiç eksik etmediği için müteşekkirim. Tez jürimde yer alan ve bana ihtiyaç duyduğum desteği veren kıymetli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu ve Dr. Öğr. Üyesi Özgün Çelebi'ye de teşekkürlerimi sunuyorum.

Sevgili babam İlyas Solak ve sevgili annem Emine Solak hayatım boyunca ihtiyaç duyduğum bütün desteği sağladılar. Beni sevgi dolu bir ortamda mutlu bir insan olarak bugün doğru olduğunu bildiğim prensiplerle yetiştirmek için emek verdiler. Haklarımı hiçbir zaman ödeyemem. Sevgili kardeşim Av. Hatice Solak, bu çalışmayı ortaya çıkarma sürecinde değerli katkılarını esirgemedi. Hepsine sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Sadece bu çalışmanın ortaya çıkış sürecinde değil hayatımın her alanında bana ihtiyaç duyduğum bütün desteği fedakarca sağlayan, sabırla katlanan ve mücadele etme azmi veren hayat ortağım Av. Elçin Karatay'a en içten sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
BİRİNCİ BÖLÜM: İŞADAMI KARARI İLKESİ KAVRAMI VE	
TEMELLERİ	5
I. KAVRAM	5
A. <i>Terminoloji</i>	5
B. <i>İşadami Kararı İlkesinin Uygulama Alanının Belirlenmesi</i>	6
C. <i>Tanım</i>	7
II. İLKENİN TEMELLERİ, İŞLEVLERİ VE İLKEYE YÖNELİK ELEŞTİREL	
YAKLAŞIMLAR	10
A. <i>Ortaya Çıkış Sebepleri ve Faydaları</i>	10
B. <i>Eleştiriler</i>	12
İKİNCİ BÖLÜM: ABD HUKUKU'NDA İŞADAMI KARARI İLKESİ	16
I. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI	16
A. <i>Ticari Bir Kararın Mevcudiyeti</i>	16
1. Ticari Kararın Mevcut Olması	16

2. <i>Ultra Vires</i> ile İlişkisi.....	18
<i>B. Takdir Yetkisinin Kullanılmış Olması</i>	19
<i>C. Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Davranışın Olmaması</i>	19
<i>D. Kararın Kanunlara Aykırı Olmaması</i>	20
II. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UNSURLARI	21
<i>A. Kararın Verilmesi Sürecinde Kararla İlgili Bilgilerin Edinilmiş Olması</i> 24	
1. Bilgi Edinme Yükümlülüğü.....	24
2. Özen Borcu ile İlişkisi	26
<i>B. Kararın İyiniyetli Bir Şekilde Verilmiş Olması</i>	28
1. İyiniyetli Olma Yükümlülüğü.....	28
2. Sadakat Borcu ile İlişkisi	29
<i>C. Kararın Şirketin Menfaatine Olduğuna Dair Bir İnanca Sahip Olunması</i>	29
1. Şirket Menfaati Kavramı.....	30
a. Genel.....	30
b. Menfaat Çatışmasından Kaçınılması Gerekliği	30
2. Şirketin Menfaati Doğrultusunda Davranılmış Olduğuna Dair İnanç . 31	
a. Sübjektif İyiniyet	31
b. Özen ve Sadakat Borçlarıyla İlişkisi.....	31
III. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE İŞADAMI KARARI İLKESİ	33
<i>A. Alman Hukuku</i>	33
<i>B. İsviçre Hukuku</i>	35
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ....	37
I. ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN	
YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUKLARI	37
<i>A. Genel Olarak</i>	37
<i>B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri</i>	38
1. Yönetime İlişkin Yükümlülükler	43
2. Gözetim Yükümlülüğü.....	45
3. Özen Yükümlülüğü.....	46
a. Özen Kavramı	46
b. Özen Yükümlülüğünün Konusu	48

c.	Tedbirli Bir Yönetici Kriteri	50
d.	Özen Yükümlülüğünün Çifte Doğası.....	59
4.	Sadakat Yükümlülüğü.....	63
a.	Sadakat Kavramı ve Sadakat Yükümlülüğü	63
C.	<i>Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları</i>	69
1.	Genel Olarak	69
a.	Kusur Sorumluluğu.....	69
b.	Sorumluluğun Kaynağı	73
c.	Farklılaştırılmış Teselsül.....	74
2.	Sorumluluk ve İşadamı Kararı Savunması	74
II.	TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİNİN	
	UYGULANABİLİRLİĞİ	78
A.	<i>Genel Olarak</i>	78
B.	<i>Türk Hukuku 'ndaki Durum</i>	79
1.	ETK Sistemine ilişkin Değerlendirmeler.....	79
2.	Taslak TTK Sistemine ilişkin Değerlendirmeler	81
3.	TTK'da Öngörülen Sistemine İlişkin Değerlendirmeler	84
a.	Genel Olarak	84
b.	6335 sayılı Kanun'dan Önceki Dönem.....	84
c.	6335 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İşadamı Kararı İlkesinin Uygulanabilirliği Üzerindeki Etkileri	86
d.	Şirketler Topluluğunda Bağlı Şirketin Sorumluluğu	87
4.	Türk Hukuku'nda İşadamı Kararı İlkesine Dayanan Savunmaların Uygulanma Koşulları	89
a.	Genel Olarak	89
b.	Takdir Yetkisinin Kullanıldığı Ticari Bir Kararın Mevcudiyeti.....	91
c.	Özen Yükümlülüğüne Uyum	93
d.	Sadakat Yükümlülüğüne Uyum.....	97
e.	Emredici Bir Hükmün veya Somut İçerikli Bir Normun İhlal Edilmemesi	98
	SONUÇ	100
	KAYNAKÇA	104

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
EBK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
ETK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
Ibid.	: Ibidem (aynı)
m.	: Madde
MBCA	: <i>Model Business Corporation Act</i>
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
n.	: numara
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Anonim ortaklıkların genel kurul, yönetim kurulu ve denetçilerden meydana gelen üç köşeli organ yapılanması TTK ile terk edilmiş ve denetçiler organ olmaktan çıkartılmıştır. Bu kapsamda genel kurul ve yönetim kurulundan oluşan ikili bir yapılanma benimsenmiş ve bu yapılanma içerisinde genel kurulun bir üst organ niteliği ortadan kaldırılmıştır. Yeni yapılanma ile organlar arasında eşitlik ilkesi benimsenmiş ve daha modern bir yaklaşımla yönetim kurulunun ortaklık içerisinde güçlenen konumu TTK döneminde yönetim kurulunun önemini daha ön plana çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Bu bağlamda, TTK m. 374 kapsamında yönetim kurulunun, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Bu yeni düzen içerisinde anonim ortaklıkların yönetim ve temsili kural olarak yönetim kurulunun yetki ve görevleri arasına bırakılmakta ve ortaklıkla ilgili alınacak kararlar için yönetim kurulu nezdinde bir rezervuar oluşturulmaktadır. Ortaklık içerisinde herhangi bir organın yetkileri arasında yer almayan, yüzen yetkilerin, ortaya çıkmasını engelleyen bu hükümlerle yönetim kuruluna izafe edilen sorumluluğun kapsamı da artırılmıştır.

Yönetim kurulu genişleyen sorumluluk rejimi kapsamında ortaklığı yönetirken çoğu defa ortaklığın amacı ve konusu gerçekleştirmek için belirsizliklerle dolu bir alanda ortaklık için en iyi sonucu doğuracağını inandığı kararları vermek durumunda kalmaktadır. Zira ortaklık için her zaman net ve tek bir doğru olmadığı gibi; söz konusu net ve tek bir doğru da her zaman belirgin bir şekilde ortaya çıkmamaktadır. Bu itibarla, sıklıkla yönetim kurulunun kararlarını öngörülebilir doğrusal bir ekseninde değil sayısız değişkene bağlı çok boyutlu ve öngörülmesi zor bir alanda vermesi gündeme gelmektedir. İşte bu noktada, yönetim kurulundan takdir yetkisini kullanarak, sürdüreceği bir analiz faaliyeti neticesinde ortaklık için en iyi olduğuna inandığı kararı vermesi beklenmektedir.

Yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak vereceği çok boyutlu kararlar; verildikleri an itibariyle gayet makul ve haklı gerekçelere dayansa da kararın hayata geçirilmesi esnasında, kararın verildiği alanın çok boyutlu ve öngörülemeyen riskler içeren boyutu, zaman zaman zarar kararın alınması esnasında yapılan tahminlerin aksi yönünde bir sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir.

İşte tam da bu sebepten yönetim kurulu takdir yetkisini kullanmasını gerektiren ticari kararlar verirken çekinik davranmasın ve karar almaktan kaçınmasın istenmektedir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin takdir alanlarını korumak; ve çok boyutlu ticari kararlarının beklenmedik zarar doğurucu sonuçlarından dolayı sorumlu tutulabilmelerini engellemek amacıyla ABD Hukuku'nda mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen “*business judgment rule*” olarak adlandırılan ilkenin Türk hukukuna aktarılması gündeme gelmiştir.

İlke yönetim kurulu kararlarının geçmişe dönük bir bakış açısıyla yerindelik denetimine tabi kılınamamalarını ve karar verme sürecinde çeşitli şartların mevcut olması halinde yönetim kurulu üyelerinin beklenmedik sonuçlardan sorumlu tutulamamalarını sağlamayı amaçlamaktadır.

İlke TTK kapsamında düzenlenmemiş olmakla beraber TTK m. 369'un Gerekesi'nde tedbirli bir yönetici ölçütünün yönetim kurulunun işadamı kararı

vermesine olanak tanıdığı belirtilmiştir. Bu itibarla, kanun koyucu işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların Türk Hukuku'nda ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu noktasında iradesini açıklığa kavuşturmuştur. Öte yandan, TTK m. 553/1 bağlamında getirilen kusurluluğu ispat yükünün davacının üzerine bırakıldığı yönündeki görüş de işadamı kararı ilkesinin Türk Hukuku'ndaki uygulanabilirliğini TTK m. 553/1'e dayandırmaktadır.

Çalışma kapsamında ilk olarak işadamı kararı ilkesinin ABD Hukuku'nda ele alınış biçimi irdelenmiş ardından Türk Hukuku'nda tatbik edilebilirliği ve ilkenin uygulanma koşulları incelenmiştir.

II. İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmanın ilk bölümünde işadamı ilkesine dayanan savunmalar kavramsal olarak irdelenmiştir. İlkeye yönelik tanımlamalara yer verilmiş; ilkenin uygulama alanı belirlenmiş ve ilkenin unsurları genel olarak ele alınmıştır. Ayrıca ortaya çıkış sebepleri; ilkenin işlevleri ve ilkeye yönelik eleştirel yaklaşımlar da bu bölümde incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ilkenin kaynağını bulduğu ABD Hukuk sisteminde ele alınış biçimi irdelenmiş ve ABD Hukuku'nda ilkenin uygulanabilme koşulları değerlendirilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde işadamı kararı ilkesinin Türk Hukuku'nda kaynağını bulduğu zemin araştırılmış ve ilkenin Türk Hukuku'nda uygulanabilmesine ilişkin koşullar değerlendirilmiştir. Bu kapsamdaki çalışmalarımız arasında işadamı kararı ilkesine ilişkin ispat yükünü değerlendirdiğimiz ayrı bir bölüme yer verilmemiş; konunun ispat hukukuyla olan kopartılamaz bağları gözetilerek maddi hukuka ilişkin değerlendirmelerimiz arasında yeri geldikçe ispat hukukuna ilişkin değerlendirmelerimize de yer verilmiştir.

Çalışma kapsamında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasları ve yönetim kurulu üyelerine yöneltilebilecek sorumluluk davalarının unsurları ayrıca incelenmemiştir. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri de işadami kararı ilkesi dikeyinde ele alınmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM: İŞADAMI KARARI İLKESİ KAVRAMI VE TEMELLERİ

I. KAVRAM

A. Terminoloji

Business judgment rule, kaynağını ABD Hukuku'nda bulan, yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları kararların yerindelik denetimine tabi tutulamamasını öngören bir sorumluluk hukuku düzenlemesidir. Türk Hukuku kapsamında TTK m. 369'un gerekçesinde *business judgment rule*'a ilişkin açıklamalara "işadami kararı" terimi kullanılarak yer verilmiştir¹.

Doktrinde, *business judgment rule* kavramının ifade etmek için Türk Hukuku kapsamında hangi terimin kullanılması gerektiği yönünde farklı öneriler bulunmaktadır. Yapılan önerilerin başında: "ticari takdir kuralı"², "yöneticinin hukuka uygunluk kuralı"³, "ticari takdir ilkesi"⁴, "ticari takdir yetkisi"⁵, "ticari

¹ TTK m. 369'un gerekçesi: "Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadami kararı" (*business judgment rule*) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır."

² Sevgi Bozkurt Yaşar, **Anonim Şirketlerde İşadami Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması**, İstanbul, 2015, s. 3.

³ Ali Bengi, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 70.

⁴ Kürşat Göktürk, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadami Kararı İlkesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s. 210.

⁵ İclal Çelik, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi Ve Bundan Doğan Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 67.

muhakeme kuralı”⁶ ve “basiretli (ticarete uygun) muhakeme yürütme kuralı”⁷ gelmektedir⁸.

Kanımızca, “işadamı kararı ilkesi”, birçok yazar tarafından da ifade edildiği üzere ilkenin anlamını ifade etmek adına en doğru tercih değildir⁹. Doktrinde önerilen “ticari takdir kuralı” yahut “ticari muhakeme kuralı” ifadelerinin kullanılması, ilkenin unsurları hakkında fikir vermesi açısından daha faydalı olacaktır.

Ancak, kanımızca, TTK’nın gerekçesinde yer alan ifadeden farklı bir ifadenin tercih edilmesi ve bu anlamda TTK ile öğretisi arasında bir kavram farklılığı oluşturulması karışıklığa sebep olabilecektir. Sonuçta, *business judgment rule*, ABD Hukuku’nda, yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları kararlara ilişkin sorumluluklarını sınırlayıcı bir kavram olarak ortaya çıkmakta, bu anlamda “işadamı” ve “karar” kelimelerinin tercihi, ilkenin diğer kavramlarla karıştırılması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, “işadamı kararı ilkesi” yerine, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın eşitliğe ilişkin 10’uncu maddesi gözetilerek, “iş insanı kararı ilkesi” terminolojisinin tercih edilmesi düşünülebilir.

B. İşadamı Kararı İlkesinin Uygulama Alanının Belirlenmesi

ABD Hukuku’nda işadamı kararı ilkesinin uygulama alanı, (i) kararın ticari niteliği, (ii) kararın kimler tarafından verildiği, (iii) takdir yetkisinin kullanılıp kullanılmadığı, (iv) kararın “bilinçli” bir şekilde verilip verilmediği gibi unsurların değerlendirilmesi ile belirlenmektedir. Bu hususlara, çalışmanın İkinci Bölümü’nde ayrıntılı olarak değinilmiştir.

⁶ Sibel Hacımahmutoğlu, **Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın (Yönetim Kurulunun) Yetkilerinin Sınırlanmaması**, Ankara, 2016, s. 99

⁷ Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, İstanbul, 2004, s. 191.

⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Semih Sırrı Özdemir, **İşadamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul, 2017, s. 9

⁹ Özdemir, s. 11 vd.

C. Tanım

“İşadamı kararı” ilkesi (*business judgment rule*) ABD Hukuku’nda yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumluluklarına ilişkin olarak yapılan hukuki değerlendirmelerin merkezine oturmuş ve birçok yargı kararı ile akademik araştırmanın konusu olmuş bir ilke olarak karşımıza çıkar. İşadamı kararı ilkesi, özellikle Delaware Eyaleti şirketler hukukunda en çok tartışılan konularından biridir. Ancak, doktrinde de ifade edildiği üzere, kural doktrinde bir anlam karmaşışına sebep olmuş ve en çok tartışılan ancak en az anlaşılan konulardan biri olarak ABD Hukuku’nda yerini almıştır¹⁰.

Yönetim kurulu üyeleri, ortaklığı ilgilendiren konularda devamlı olarak kararlar vermektedir. Bu kararlar temel olarak iki unsurun; riskler ve ortaklığın menfaatleri¹¹ bir dengeye getirerek verilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin verdikleri bazı kararlar, kararın sonuçları gözlemlendiğinde (*benefit of hindsight*), yanlış olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bu durum tek başına yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Zira, ABD Hukuku’nda, kural olarak iyiniyetle ve bilgi edinilerek verilmiş kararlar sebebiyle yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulamazlar¹².

İşadamı kararı ilkesinin ABD Hukuku’nda hangi hukuki kurum içerisinde değerlendirileceği noktasında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Klasik görüşler, temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki işadamı kararı ilkesini bir değerlendirme standardı (*standard of review*) olarak görmekte ve kuralın “iyiniyetli” (*good faith*) olarak davrandığı sürece yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan koruduğunu ifade etmekte; diğeri ise kuralın sorumluluk sınırını ihmalden (*negligence*) ağır ihmale (*gross negligence*) çektiğini savunmaktadır¹³. Bunun yanında, işadamı kararı ilkesini bir “çekinme doktrini” (*abstention doctrine*) olarak gören ve özen

¹⁰ Stephen M. Bainbridge, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", **Vanderbilt Law Review**, vol. 57, n. 1, Ocak 2004, s. 83-130, s. 84.

¹¹ MBCA Resmi Görüşü, s. 188.

¹² Ibid., s. 188, 189.

¹³ Stephen M. Bainbridge, **Corporate Law**, St Paul, MN, 2015, s. 107.

yükümlülüğüne dayalı taleplere ilişkin mahkeme değerlendirmesi için bir karine oluşturduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, mahkemeler, davacı işadamı kararı ilkesinin sağladığı koruma perdesini, bu karinenin unsurlarından bir veya birkaçının eksik olduğunu ispat etmedikçe kaldıramayacaktır¹⁴. Bunun yanında, doktrinde, işadamı kararı ilkesinin bir muafiyet yahut dokunulmazlık (*immunity*) özelliklerini taşıdığını savunan görüşler de bulunmaktadır¹⁵.

Hukuki olarak sınıflandırma ve tanımlama çalışmaları bir yana dursun, ABD Hukuku kapsamında uygulama açısından işadamı kararı ilkesinin temel olarak, yöneticilerin görevlerini (*functions*) yerine getirirken iyiniyetli davrandıklarını varsayar. Bu varsayım aşılamadığı, başka bir ifadeyle aksi kanıtlamadığı takdirde, mahkemeler, kararların sonuçları olumsuz olsa dahi, bu iyiniyetli kararları irdelemekten imtina ederler¹⁶. Kararın “hatalı” olduğu açıkça anlaşılabilirse dahi bu şahsi sorumluluğa sebep olmaz¹⁷.

Doktrinde, genel anlamda, işadamı kararı ilkesi, yöneticilerin özen yükümlülüğüne özelinde ele alınmaktadır¹⁸.

ABD Hukuku’nda yöneticiler hem kanunlardan hem de mahkeme kararları yani *common-law*’dan kaynaklanan özen standartlarına tabidir. Birçok eyalet, kanunlarında, yöneticilerin özen yükümlülüklerine ilişkin standartları belirleyen hükümlere yer vermektedir. MBCA¹⁹’deki ilgili m. 8.30(a)’da “yönetim kurulu

¹⁴ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 107; Bainbridge, **Business Judgment Rule**, s. 84 vd.; aynı yönde bkz. Bernard S. Sharfman, “The Importance of the Business Judgment Rule”, **NYU Journal of Law & Business**, Vol. 14, 2017, s. 54.

¹⁵ Lori McMillan, "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", **William and Mary Business Law Review**, vol. 4, no. 2, Nisan 2013, p. 521-574, s. 524 vd.

¹⁶ Alan R. Palmiter, **Corporations : Examples and Explanations**, 5th ed., The Examples & Explanations Series., New York, 2006, s. 192.

¹⁷ Bainbridge, **Business Judgment Rule**, s. 89.

¹⁸ Palmiter, s. 201

¹⁹ Türkçe’ye Model Şirketler Kanunu olarak çevrilebilecek, *Model Business Corporation Act*, Amerikan Barosu (*American Bar Association*) tarafından yayımlanmış ve farklı eyaletler arasındaki ortaklıklar hukukuna dayalı ilişkileri bir bütün olarak düzenleme amacını taşıyan bir kodifikasyon çalışmasıdır. Uygulanması, ilgili eyaletin, hükümlerini kanunlaştırmasına bağlıdır. ABD Eyaletlerinin yarısından fazlası tarafından MBCA tamamen veya kısmen kanunlaştırılmıştır. (Bkz.

üyelerinin her biri, yönetici olarak görevlerini yerine getirirken, (i) iyiniyetle, ve (ii) makul olarak (*reasonably*) şirketin menfaatini en iyi şekilde gözettiğine inandığı şekilde davranmalıdır” hükmü yer almaktadır²⁰. Bunun yanında, MBCA m. 8.30(b)’de “yönetim kurulu üyeleri veya yönetim komiteleri, karar verme işlevlerine ilişkin olarak bilgi alırken veya gözetim işlevlerine ilişkin olarak dikkat/ilgi gösterirken, benzer pozisyonadaki bir kişinin benzer koşullar altında uygun olacağına makul olarak inandığı özenle görevlerini yerine getirmelidir” hükmü bulunmaktadır²¹. Müşterek hukuk (*common law*) açısından ise, Delaware mahkemeleri benzer bir yaklaşımla hareket etmektedir. Delaware Yüksek Mahkemesi, bir kişinin, yöneticilerin kararını mahkeme nezdinde incelemeye tabi tutabilmesini talep edebilmek için, ilgili yöneticinin (1) iyiniyetle, (2) alınan kararın şirketin menfaatini en iyi şekilde gözeteceğine dürüst bir şekilde inanarak, veya (3) bilgilendirilmiş olarak hareket etmediğini ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir²².

<https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/11/a-map-of-model-business-corporation-act-states.html>).

²⁰ Hüküm orijinal dili olan İngilizce dilinde, şu şekilde ifade edilmektedir: “*Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (i) in good faith, and (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.*”

²¹ Hüküm orijinal dili olan İngilizce dilinde, şu şekilde ifade edilmektedir: “*The members of the board of directors or a board committee, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.*”.

²² *Palmiter, s. 202; Aranson v. Levis, 472 A.2d 808 (Delaware, 1984); aynı yönde bkz. Disney, 907 A.2d 27.*

II. İLKENİN TEMELLERİ, İŞLEVLERİ VE İLKEYE YÖNELİK ELEŞTİREL YAKLAŞIMLAR

A. Ortaya Çıkış Sebepleri ve Faydaları

ABD Hukuku'nda, işadamı kararı ilkesinin temellerinin 1829 tarihli Percy v. Millaudon kararına dayandığı düşünülmektedir. Ancak, ilkenin uygulamadaki gelişimi Delaware eyaleti mahkemelerinin 1970 ila 2000 yılları arasında vermiş olduğu bazı kararlara dayanmaktadır²³.

İşadamı kararı ilkesi, iyiniyetli, ortaklığın menfaatini en iyi şekilde gözettiğine inanarak ve bilgilendirilmiş olarak verilen kararların sonuçlarından yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulamaması sonucunu doğuracak şekilde uygulanmakta; davacı bu karinelere birinin aksini ispat edemediği takdirde, davanın esas yönünden incelenmesine geçilmemektedir. İşadamı kararı ilkesinin unsurları değerlendirildiğinde, ilkenin ortaya çıkmasındaki temel sebebin, iyiniyetli ancak yanlış bilgilendirilmiş, yanlış yönlendirilmiş yahut dürüst olarak yanlış (hata yapmış) yönetim kurulu üyelerinin bazı istisnai haller dışında mahkemeler tarafından yapılan sorumluluklarına ilişkin değerlendirmelerden kaçınması ve dolayısıyla sorumlu tutulmamaları olduğu anlaşılacaktır²⁴. Ancak, irdelenmesi gereken, yönetim kurulu üyelerinin bu tür bir korumaya neden ihtiyaçları olduğudur.

İşadamı kararı kuralının ve dolayısıyla, mahkemelerin yönetim kurulu kararların içeriğini ve sonuçlarını irdemesinin önüne geçilmesinin, mahkemelerin şirket yönetimi gibi son derece karmaşık bir konuda uzman olmamaları (*business expert*) sebebiyle ortaya çıktığı savunulmaktadır²⁵. Söz konusu görüş, mahkemelerin, yönetim kurulu üyeleri ile benzer şekilde, bir kararın yerindeliğini değerlendirmeleri

²³ Özdemir, s. 14 vd.

²⁴ Asaf Eckstein ve Gideon Parchomovzky, "Toward a Horizontal Fiduciary Duty in Corporate Law", **University of Pennsylvania Law School, Institute for Law and Economics, Research Paper No. 18-10**, 2018, s. 14; *FDIC v. Casterter*, 184 F.3d 1040, 1046 (9th Cir. 1999).

²⁵ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 115; Palmiter, s. 204.

mümkün olmayacağından hareket etmektedir. Gerçekten de, mahkemelerin karmaşık konularda yaptığı tek inceleme, yönetim kurulu kararlarına ilişkin değildir ve aynı şekilde mahkemelerin uzman görüşüne başvurmaları da mümkündür²⁶.

Bu noktada işadımı kararı ilkesinin ortaya çıkış sebebi olarak mahkemelerin bu konuyu değerlendiremeyecek yeterlilikte olmaları değil; mahkemelerin sürdürecekleri inceleme faaliyetlerinin değerlendirmeye konu kararın alındığı şartlar altında yapılamayacak olması gerekçe gösterilmelidir. Mahkemelerin, ilgili karara ilişkin yönetim kurulu üyelerinden çok daha az bilgileri vardır ve kararı sonuçlarını gördükten sonra değerlendirdikleri için bir önyargıya sahiptirler²⁷. Bu sebeple, yönetim kurulu üyelerinin riskli kararlar vermeleri ve bunların sürekli değerlendirmeye tabi tutulmaları makul olmayacaktır. Bir ön değerlendirme ile mahkemenin bazı durumlarda kararı incelememesi, ortaklığın devamı için makul olarak değerlendirilebilir. Bunun ötesinde bir değerlendirmenin yapılamayacak olmasının bir ortaklığa paysahibi olurken ya da söz konusu ortaklıkla iş yaparken yahut kararı alan yönetim kurulu üyesini atarken alınan makul risklerin kapsamında kaldığı düşünülebilir.

ABD Hukuku'nun, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, ortaklıklar hukuku kurallarının temelinde yönetim kurulu üyelerine güvenin yer aldığı söylemek de yanlış olmaz. Gerçekten, ABD Hukuku, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi ve buna güven ile ortaklığın paysahipleri olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına ilişkin dengeyi gözetmektedir²⁸.

İşadımı kararı ilkesinin en temel faydalarından biri, yöneticilerin şahsi sorumluluk korkusu ile ticari riskler almaktan kaçınmalarının önlenmesidir²⁹. Ticari risklerin alınması, ABD ortaklıklar ve ticaret uygulamasının temel yapı taşlarından

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., s. 116.

²⁸ Palmiter, s. 189.

²⁹ Ibid., s. 204.

biri olarak değerlendirilmektedir³⁰. Gerçekten de, özellikle yeni teknolojiler veya iş modelleri geliştiren ortaklıkların ortaya çıkardıkları ürün veya hizmetler veya bunların satış, pazarlanma ve uygulanma koşulları, piyasada daha önce benzerine rastlanmamış nitelikte olabilir. Risk almanın, inovatif gelişim için hayati öneme sahip olması, ABD Hukuku'nda yasa koyucuları ve mahkemelerin bu yönde bir anlayış geliştirmesine sebep olmaktadır³¹.

İşadamı kararı ilkesinin, mahkemenin, ilgili yönetim kurulu kararını, çoğunlukla, kararın olumsuz sonuçları ortaya çıktıktan sonra değerlendirmesi sebebiyle bir önyargının oluşacağı ihtimali gözetildiğinde de faydalı olduğu savunulmaktadır³².

B. Eleştiriler

İşadamı kararı ilkesi, ilkenin öngördüğü karinenin, bir faraziye gibi, mutlak bir şekilde uygulanması gerektiğinden bahisle eleştirilmektedir. Bu noktada getirilen eleştirilen ilkenin olması gerekenden daha sınırlı bir şekilde uygulandığını öne sürmektedir. Eleştiride bulunan yazarlara göre, ABD ortaklıklar hukukunun özen standartları (*care standard*) belirlememesi gerektiği ve uygun olmayan yönetimin yalnızca pay sahiplerinin oy hakkını kullanması ile yönetimi değiştirebilmesi ve piyasa ile kontrol altına alınabileceği savunulmaktadır³³. Ortaklığın kötü yönetimi

³⁰ MBCA m. 8.30'un 1998 yılında değiştirilmesine ilişkin resmi gerekçede bu durum, yöneticilerin görevleri için risk alınan kararların merkezde olduğu şekilde ifade edilmiştir. Robert Hamilton, Robert, Jonathan R Macey, ve Douglas K Moll, **The Law of Business Organizations : Cases, Materials, and Problems**, 12. Baskı. American Casebook Series. St. Paul, MN, 2014, s. 557

³¹ Yönetim kurulu üyelerinin risk almaktan çekinmemesi ve şahsi sorumluluk endişesi taşımamaları için ABD Hukuku'nda bazı durumlarda esas sözleşmeye eklenecek maddeler ile sorumsuzluk hükümlerinin öngörülmesi ve yöneticilere yönelik sigortaların yapılması yaygın olarak yapılan uygulamalardır. Bkz. Palmiter, s. 192; ABD Hukuku'nda, bazı eyaletlerde, yönetim kurulu yüksek riskli işlerde görev almalarını sağlamak için esas sözleşmede sorumluluklarını sınırlamaya yönelik maddeler düzenlenebilir. Örneğin Delaware Eyaleti'nde, özen yükümlülüğüne ilişkin esas sözleşmede sorumluluk sınırlamaları düzenlemek mümkündür. Bkz. Larry E. Ribstein, "The Evolving Partnership", **The Governance of Close Corporations and Partnerships**, New York, 2004, s. 181.

³² Bainbridge, **Corporate Law**, s. 119.

³³ Palmiter, s. 204.

halinde, işlerin ve dolayısıyla ortaklığın bundan zarar göreceği ve ortaklığın pay değerinin düşeceği; bu sebeple ilgili yönetim kurulu üyeleri yerine başkaları atanacağı veya ortaklığın zarar sebebiyle borca batık hale geleceği iddia edilmektedir. Ayrıca, bu yazarlara göre, ilgili yönetim kurulu üyeleri, zayıf karar verme yeteneklerine ilişkin bir itibar kazanacaklarından başka ortaklıklara da yönetim kurulu üyeliği yapmaları için tercih edilmeyeceklerdir. Bu gerekçelerle, yönetim kurulu üyelerinin, sorumluluk hukukundan kaynaklanmasa da, gerekli yetkinliğe sahip ve özenli (*diligent*) davranacakları düşünülmektedir³⁴. Ancak, kanımızca, bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Nitekim, eleştirinin dayanağı olan unsurlar, işadamı kararı ilkesi ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin şu an uygulandığı şekilde uygulanmaya devam ettiği durumlarda da geçerliliğini koruyacaktır. İşadamı kararı ilkesi ve sorumluluk kurallarının varlığı, yönetim kurulu üyelerinin, anlatıldığı şekilde tekrar yönetim kurulu üyeliğine seçilmemeleri ve ortaklık pay değerlerinin düşmesi sonuçlarının oluşmasını engellememektedir. Bu durum, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu tümüyle reddetmeye yahut işadamı kararı ilkesindeki uygulama şartlarını bir faraziye olarak kabul etmeyi gerekli kılmayacaktır³⁵.

Bu eleştiri ayrıca, yönetim kurulu üyesinin alacağı kötü kararların, şirketlere yatırım yapan pay sahiplerinin bu yatırımları ile aldıkları bir riskin kapsamında olduğu ileri sürülerek de gerekçelendirilmek istenmektedir. Bu kapsamda, pay sahiplerinin haklarının her zaman korunması ve her türlü zararlarının tazmini kabul edilmemelidir³⁶. Mahkemeler, bir ortaklıktan pay alan yahut sermaye artırımına katılan pay sahiplerinin, zımni olarak, ortaklığın çoğunluk pay sahipleri veya bu çoğunluk tarafından usulüne uygun olarak seçilmiş olan kişilerin (esas sözleşmede kendilerine tanınan yetkiler kapsamında) gerçekleştirdikleri işlemler ile

³⁴ Ibid.

³⁵ Walt Disney Company Derivative Litigation, 907 A. 2d 693, (Del. Ch. 2005) kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin ihmalleri olan ancak kötü niyetli olmadıkları davada mahkeme tarafından sorumlu tutulamayacakları sonucuna varılmış, bununla birlikte, saygınlık ve itibarları zarar gördüğü için sonraki dönemlerde yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmaları neredeyse imkansız bir hale gelmiştir. Bkz. Eckstein ve Parchomovzky, s. 4.

³⁶ Palmiter, s. 192; Ayrıca, Delaware Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda pay sahiplerinin bu riski, birden çok ortaklığa yatırım yaparak dağıtabileceği paylaşılmıştır. Bkz. *Gagliardi v. Trifoods Int'l Inc.*, 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996), Palmiter, s. 204.

bağlı olacağını kabul ettiğini de belirtmektedir³⁷. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna başvurmak makul bir çözüm teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir.

İşadamı kararı ilkesi mahkemelerin yönetim kurulu kararların içeriğini ve sonuçlarını irdelemesinin önüne geçmekte, böylece mahkemelerin şirket yönetimi gibi son derece karmaşık bir konuda uzman olmamaları (*business expert*) sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuz durumu engellediği savunulmaktadır³⁸. Öte yandan, işadamı kararı ilkesinin ortaya çıkma sebeplerinden biri olarak da gösterilen bu düşüncenin makul bir gerekçeye dayanmadığı yahut bu gerekçeye dayandırılarak getirilen işadamı kararı ilkesinin herhangi bir fayda sağlamadığını iddia eden yazarlar da bulunmaktadır³⁹.

İşadamı kararı ilkesinin, arzu edildiği ölçüde uygulanmadığını savunan görüşlerin yanında, bu ilkenin uygulanmasının olumsuz sonuçlara yol açacağını savunan yazarlar da vardır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin serbestçe risk almalarının, ortaklık nezdinde maddi kayıplara sebep olabileceği söylenmektedir⁴⁰.

İlkenin uygulanmasının, doğrudan bir zarara sebep olmamakla birlikte, özellikle, profesyonel risk sermayesi yatırım ortaklıkları, portföy yönetim ortaklıkları gibi şirketler açısından, bir karar ve dolayısıyla zarar serbestisi oluşturduğu ve bu sebeple ilkenin uygulanması noktasında katı davranılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴¹.

İşadamı kararı ilkesinin, uygulama koşullarında mahkemeler tarafından izlenebilen farklı yaklaşımlar sebebiyle, yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin birçok

³⁷ *Wheeler v. Pullman Iron and Steel Company*, 143 Ill.197, 307, 32 N.E. 430, 423 bkz. Hamilton et al, s. 553.

³⁸ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 115; Palmiter, s. 204.

³⁹ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 115.

⁴⁰ D.A. Jeremy Telman, “The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation”, **Tulane Law Review**, Vol. 81, 2007, s. 63; Özdemir, s. 50 vd.

⁴¹William T. Allen, “Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law”, **CLPE Research Paper Series**, No. 06/2008, 2008, s. 17 vd.

uyuşmazlığın, mahkemeler dışında tarafların sulhu veya alternatif uyuşmazlık çözümleriyle çözüme kavuşturulmaktadır⁴². Ayrıca, her ne kadar işadamları kararı ilkesi, yönetim kurulu üyesini sorumluluktan kurtarabilse de, ilgili yönetim kurulu üyesinin itibar ve saygınlığı üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir⁴³.



⁴² Eckstein ve Parchomovzky, s. 17.

⁴³ Jonathan R. Macey, **Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken**, New Jersey, 2008, 52 vd.

İKİNCİ BÖLÜM: ABD HUKUKU'NDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

I. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

İşadamı kararı ilkesinin uygulama koşulları, yönetim kurulu üyelerinin kararlarına yönelik yargı sürecinde işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için söz konusu karara ilişkin bulunması gereken ön şartları ifade etmektedir⁴⁴ ve işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için uygulama koşullarının tümünün bulunması gerekmektedir.

A. Ticari Bir Kararın Mevcudiyeti

1. Ticari Kararın Mevcut Olması

ABD Hukuku'nda, genel görüş, işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için, bir kararın mevcut olması gerektiği yönündedir. Yönetim kurulunun hiçbir karar vermediği durumlarda, işadamı kararı ilkesi uygulanamayacaktır. Ancak, yönetim kurulunun değerlendirmesine rağmen ilgili aksiyonu almamaya karar vermesi halinde iş adamı kararı ilkesinin getirdiği korumadan faydalanma imkanı doğabilecektir⁴⁵. Sonuçta, işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için “bilinçli” olarak verilmiş bir karar bulunması gerekmekte, işadamı kararı ilkesinin temelinde bir “işadamı kararı” yatmaktadır⁴⁶.

⁴⁴ Özdemir, s. 68.

⁴⁵ Palmiter, s. 209.

⁴⁶ Ibid., s. 209, 210.

Ancak, doktrinde, bazı yazarlar, bu duruma karşı çıkmakta ve birçok konunun yönetim kurulunun gündemine gelemeyebileceğini, bunların tümünü aynı şekilde değerlendirerek işadamı kararı ilkesini uygulamamanın yanlış bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedirler⁴⁷. Sonuçta, işadamı kararı ilkesinin temelinde de tüm bu kararlar için yönetim kurulunun sorumlu tutulmasının yatmadığını savunmakta ve tümüyle ilgilenilmemiş konular için bu ayırımın uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁸. Oysa, kanımızca, işadamı kararı ilkesinin uygulanmamasının doğrudan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmadığı düşünüldüğünde, bu yazarların görüşüne, işadamı kararı ilkesinin uygulanması açısından katılmak mümkün olmayacaktır. Nitekim, işadamı kararının uygulama koşulları incelendiğinde, ilkenin ancak bilinçli olarak alınmış kararlara uygulanabileceği görülecektir. Örneğin, yönetim kurulu tarafından hiç değerlendirilmemiş bir konuda, iyiniyet yahut şirketin menfaatini düşünme kıstaslarının değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu görüşe gerekçe olarak MBCA m. 8.31(a)'da yer alan bir aksiyon almamaya yönelik kararlar ile birlikte hiçbir aksiyon almamanın da, yalnızca hükümde gösterilen hallerde (örneğin m. 8.31(a)(2)(iv) uyarınca zamanında dikkat göstermeme durumunda) yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna sebep olacağı hükmü gösterilmektedir. Ancak, maddede gösterilen hallerde yönetim kurulunun sorumlu tutulması, iş adamı kararı uygulansa da gündeme gelecektir. Zira, işadamı kararı ilkesinin uygulanmasını ortadan kaldıran sebepler mevcuttur. Bu sebeple, ABD Hukuku açısından, çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

Yönetim kurulunun karar almayı ertelemesi veya başka kişilere bırakması durumunda⁴⁹ ticari bir kararın varlığından söz edilip edilmeyeceği de ABD Hukuku'nda tartışmalıdır. Bu noktada, yönetim kurulunun karar almayı ertelemeyi, bilgi edinme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gibi sebeplerle gerçekleştirilmesi durumunda ticari bir kararın var olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁰. Zira, bu erteleme iradesi de bilinçli bir şekilde verilmiş bir kararla ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷ Ibid., s. 209.

⁴⁸ Ibid., s. 210.

⁴⁹ Yönetim kurulunun karar almayı başka kişilere, örneğin genel kurula bırakmasının, sorumluluğunu engellemeyeceği yönünde bkz. *Smith v. Van Gorkom*.

⁵⁰ Özdemir, s. 54.

Yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa ilişkin aldıkları kararların da ticari karar olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁵¹.

2. *Ultra Vires* ile İlişkisi

Genel olarak, yönetim kurulu üyelerinin, kendilerine kanunla yahut esas sözleşme ile tanınmış olan yetkileri aşarak aldıkları kararlar, *ultra vires* karar alınması olarak kabul edilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin *ultra vires* kararlarının işadami kararı ilkesinin korunma alanı kapsamında kalması, kabul gören bir görüş değildir⁵².

ABD Hukuku'nda *ultra vires* ilkesini destekleyen görüşlerin yerini esas sözleşmede gösterilmemiş alanlarda da ortaklığın faaliyetlerde bulunabileceği görüşü almaktadır⁵³. MBCA m. 3.01 kapsamında, ortaklıkların, esas sözleşmelerinde daha dar bir amaç yer almıyorsa, hukuka uygun her türlü iş ile uğraşabilecekleri belirtilmektedir. Ortaklıkların hukuka uygun her türlü işi yapabileceklerine dair hüküm, ABD'nin birçok eyaletinde kabul edilen bir uygulamadır⁵⁴.

Ancak, *ultra vires* ilkesine karşı MBCA kapsamında ortaya çıkan bu görüş değişikliği, işadami kararı ilkesinin uygulanmasında herhangi değişikliğe yol açmamıştır.

⁵¹ Ibid., s. 53.

⁵² Özdemir, s. 63; *California Public Employees' Retirement System v. Coulter, A. 2d, WL 3188843 (Del. Ch. 2002)*.

⁵³ Ibid., s. 63.

⁵⁴ MBCA, Official Comment (Resmi Görüş), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbc_a.authcheckdam.pdf adresinden erişilebilir, s. 60.

B. Takdir Yetkisinin Kullanılmış Olması

Yönetim kurulu üyeleri, görevlerini yerine getirirken ve özellikle karar alırken takdir yetkilerini kullanmaktadırlar. İşadamı kararı ilkesi tarafından korunan hususların temelinde de yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini kullanmalarına ortaklıklar hukukunda gösterilen saygı yatmaktadır. Bu bakımdan, ilkenin uygulanabilme koşulları arasında sayılan “takdir yetkisinin kötüye kullanılması”nın (*abuse of discretion*) incelenebilmesi için, öncelikle bir takdir yetkisinin kullanıldığıнын tespit edilmesi gerekecektir⁵⁵.

Takdir yetkisinin varlığının değerlendirilmesi çok geniş yorumlanmaktadır. Kararın alınması öncesinde, uzman görüşlerine başvurulması, raporların alınması, araştırma yapılması yönetim kurulunun takdir yetkisini kullandığı şeklinde yorumlandığı gibi⁵⁶, kararın yönetim kurulu üyesi tarafından inceleme yapılmaksızın kabulü halinde de takdir yetkisinin kullanıldığı söylenecektir.

Bu noktada, takdir yetkisinin kullanılmamasına örnek olarak, ortaklık ticari defterlerinin tutulması veya vergi beyannamelerinin hazırlanması gibi işlemler gösterilebilir.

C. Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Davranışın Olmaması

ABD Hukuku’nda mahkemeler, pahasahipleri tarafından usulüne uygun olarak atanmış olan yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın işlerinin kendi takdir yetkileri çerçevesinde ortaklığı yönetmeye yetkili olduğunu temel bir ilke olarak kabul etmekte ve bunun istisnalarını esas sözleşme yahut kanunların ihlali veya ortaklık yahut bir pahasahibinin haklarını ahlaka aykırı (*corruptly*) ve hileyle (*fraudulently*) ihlal etmek olarak göstermektedirler⁵⁷.

⁵⁵ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 123.

⁵⁶ Özdemir, s. 57.

⁵⁷ *Wheeler v. Pullman Iron and Steel Company*, 143 Ill.197, 307, 32 N.E. 430, 423, bkz. Hamilton et al, s. 553.

D. Kararın Kanunlara Aykırı Olmaması

Yönetim kurulu kararlarının kanuna aykırı olması (*illegality*), işadami karinesine bir istisna oluşturmaktadır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin kanuna aykırı karar vermeleri yanında, kanuna aykırı uygulamaların bilinçli olarak dikkate alınmaması durumunda, işadami kararı ilkesi uygulanamayacaktır⁵⁸. Örnek vermek gerekirse, çeşitli ABD mahkemeleri tarafından yönetim kurulu üyelerinin, işletmenin hukuka aykırı faaliyetlerinin devamı için devlet memurlarına rüşvet vermesini⁵⁹; çalışanların disiplinini sağlamak için bazı aletlerin iş hukuku mevzuatına aykırı olarak kaldırmasını⁶⁰; çalışanlara tıbbi referanslar toplamak için sigorta mevzuatını ihlal etmeye yönelik ciddi katkılar sağlayan teşvikler sağlanan iş planının oluşturulmasını⁶¹ onaylayan kararları dolayısıyla sorumlu olabileceklerine hükmedilmiştir⁶².

Bazı yazarlar tarafından, kararın kanuna aykırı olması, işadami kararının uygulama koşulu olarak tanımlanmamıştır. Bu yazarlara göre, kanuna aykırılık, işadami kararı ilkesinin unsurlarından olan iyiniyetli olmaya aykırılık teşkil eder⁶³.

Kanuna aykırılığın, ABD ortaklıklar hukuku bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurması, ortaklığın faaliyetlerine ilişkin mevzuatın uygulanması için, ilgili mevzuatın gösterdiği yaptırımlar yerine (veya yanında) yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecektir⁶⁴.

⁵⁸ Bainbridge, **Corporate Law**, s. 124; Palmiter, s. 206.

⁵⁹ *Roth v. Robertson*, 118 N.Y.S. 351 (Sup. Ct. 1909).

⁶⁰ *Abrams v. Allen*, 74 N.E.2d 305 (N.Y. 1947).

⁶¹ *McCall v. Scott*, 239 F.3d 808.

⁶² Palmiter, s. 206.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid., s.207.

II. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UNSURLARI

Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü oluğu aşıkardır. Ancak, diğer ülke hukukları gibi ABD Hukuku'nda da karşılaşılan en büyük problemlerden biri, bu yükümlülüğün doğru bir şekilde ifade edilmesi ve sınırlarının belirlenmesidir. Yönetim kurulu üyeleri, ancak, özen yükümlülüğünün somutlaştırılması suretiyle, yükümlülüklerini makul bir şekilde kavrayabileceklerdir⁶⁵. MBCA m. 8.30 genel olarak yönetim kurulu üyelerinin davranış standartlarını düzenlemektedir. MBCA m. 8.30(a) uyarınca, yönetim kurulunun her üyesi, yönetici olarak görevlerini yerine getirirken, (i) iyiniyetli olarak, ve (ii) yöneticinin makul bir şekilde ortaklığın menfaatini en iyi şekilde (*best interest*) gözeticeğini düşündüğü şekilde davranmalıdır⁶⁶. MBCA m. 8.30(b) uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, “bilgi edinme” yükümlülüklerini yerine getirirken, aynı (veya çok benzer) bir pozisyondaki kişinin benzer koşullarda uygun olacağını makul bir şekilde düşündüğü şekilde yerine getirmelidir⁶⁷.

MBCA m. 8.30'da gösterilen davranış standartları, yönetim kurulu üyelerinden beklenen davranış seviyelerini göstermekte ve madde sorumluluğa ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu m. 8.31 kapsamında gösterilmektedir. Ancak, burada gösterilen davranış standartlarına uymamak bazı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurabilir⁶⁸. Başka bir anlatımla, kural olarak, yönetim kurulu üyesi, MBCA m. 8.30'da gösterilen davranış standartlarına uyan kararları sebebiyle sorumlu tutulmamakta ancak davranış standartlarına aykırı davranışları bulunması da

⁶⁵ Hamilton et al, s. 556.

⁶⁶ MBCA m. 8.30(a) şu şekildedir: “(a) *Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (i) in good faith, and (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.*”

⁶⁷ MBCA m. 8.30(b) şu şekildedir: “*The members of the board of directors or a board committee, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.*”

⁶⁸ MBCA Resmi Görüşü, s. 181.

yönetim kurulu üyesinin doğrudan sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir⁶⁹. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin genel esaslar, MBCA m. 8.31'de düzenlenmiştir. MBCA m. 8.31(a) uyarınca, bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin talepte bulunan kişi bazı hususları ispat etmedikçe, yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulamamaktadır. Bu kapsamda sayılan aksi ispat edilmesi gereken bazı hususlara örnek vermek gerekirse, MBCA m. 8.31(a)(2) uyarınca ilgili kararın:

(i) iyiniyetli olarak gerçekleştirilmemiş bir eylemin;

(ii) yönetim kurulu üyesinin makul bir şekilde ortaklığın menfaatini en iyi şekilde gözettiğini düşünmemesi veya ilgili koşullar altında makul olarak uygun olduğuna inandığı bir kapsamda bilgi edinmiş olmamasının;

(iii) yönetim kurulu üyesinin ailesel, finansal veya iş ilişkisi sebebiyle objektiflikten uzak yahut üçüncü bir kişinin önemli bir menfaati olduğu işlemlerde yönetim kurulu üyesinin kontrolü sebebiyle bağımsız olmamasının;

(iv) yönetim kurulu üyesinin işletmenin genel işleyişi ve işlerine ilgi göstermemesinin;

(v) yönetim kurulu üyesinin hak kazanmamış olduğu bir finansal menfaat elde etmesi veya başka bir şekilde ortaklıkla yahut pay sahipleri ile adil bir şekilde işlem yapmasını gerektiren yükümlülüklerini ihlal etmesinin

sonucu olarak ortaya çıktığının iddia edence kanıtlanması gerekmektedir.

⁶⁹ Ibid., s. 189.

MBCA m. 8.31, mahkemeler ve doktrin tarafından belirlenmiş, yer yer farklılaşabilen işadamı kararı ilkesinin genel bir yansımasıdır. Resmi görüşte, ilkenin koşullarının ve uygulanacağı durumlara ilişkin değerlendirmelerin mahkemeler tarafından geliştirilmeye ve tanımlanmaya devam ettiği; bu sebeple, herhangi bir mevzuat düzenlemesiyle uygulamanın kesin ve değişmez kalıplara sokulmasının doğru olmayacağı paylaşılmıştır. Bu sebeple, MBCA’de işadamı kararı ilkesi kanunlaştırılmamış, ancak, kişisel sorumluluğa ilişkin temel özelliklerinden bazıları m. 8.31(a)(2)’ye yansıtılmıştır⁷⁰. Bu kapsamda MBCA’ye ilişkin yapılan değerlendirme kapsamında, genel anlamda ilkenin, kararın herhangi mantıklı bir işletme amacına dayanmadığı haller dışında mahkemelerce incelenemeyeceği ve yönetim kurulu üyelerinin bir karar verirken iyiniyetle, bilgi edinmiş bir şekilde ve dürüstlük kuralına uygun (*honest*) bir şekilde ortaklığın menfaatini en iyi gözeceğine inandığı kararı aldığı varsayılması üzerinde temellendiği söylenmektedir⁷¹.

Mahkeme kararlarında, farklı uygulamalara ve değerlendirmelere yer verilmişse de, işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için, davacının, yönetim kurulu üyesinin (i) bilgi edinme yükümlülüğüne aykırı davrandığını, (ii) kararını iyiniyetli bir şekilde vermediğini ve (iii) kararın şirketin menfaatine olduğuna ilişkin bir inanca sahip olunmadan verildiğini kanıtlaması gerekmektedir. Davacı, bu hususlardan birini kanıtlamadığı hallerde, mahkemeler, ilgili kararın bir zarara yol açıp açmadığı ve illiyet bağının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmayacaktır.

⁷⁰ MBCA Resmi Görüşü, s. 189.

⁷¹ Ibid.

A. Kararın Verilmesi Sürecinde Kararla İlgili Bilgilerin Edinilmiş Olması

1. Bilgi Edinme Yükümlülüğü

“Bilgi edinme”, yönetim kurulunun karar verme işlevi bakımından, kararı ilgilendiren arka plandaki olaylar ve koşullar hakkında yeterli aşinalığın kazanılması sürecini ifade etmektedir⁷².

ABD Hukuku’nda bilgi edinme yükümlülüğünün hem münferit yönetim kurulu üyelerinin hem de genel olarak yönetim kurulu için bu yükümlülüğün getirildiği şeklinde yorumlanmaktadır⁷³.

Yönetim Kurulu üyelerinin bilgi edinme yükümlülüğünün somut görünümüne örnek olarak yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu toplantısından önce veya bu sırada konuya ilişkin yazılı belgeleri okuma ve tartışmalara katılma yükümlülüğü olduğu söylenebilecektir⁷⁴.

Bilgi edinme yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin, karara ilişkin her bilgiyi kendileri edinmesi ve araştırmaların tümünü kendileri gerçekleştirmesi şeklinde yorumlanmamaktadır. Yönetim kurulu üyesi, bilgi edinme yükümlülüğü kapsamında, ortaklığın diğer yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, çalışanları veya danışmanlarından bilgi alabilir⁷⁵. Aynı şekilde, yönetim kurulu üyesinin, üçüncü

⁷² Ibid., s. 182, 183.

⁷³ MBCA m. 8.30(b)’de üyelere ve onların görevlerine yaptığı atfın bu şekilde yorumlanmasına ilişkin olarak bkz. MBCA Resmi Görüşü, s. 182.

⁷⁴ MBCA Resmi Görüşü, s. 183.

⁷⁵ Ibid., MBCA m. 8.30(e) kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin açıkça kimlerden ne şekilde aldıkları bilgilere dayanabilecekleri gösterilmiştir. Bu kapsamda MBCA m. 830(f) ile birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulu üyesinin, güvenilir ve yetkin olduğuna makul bir şekilde inandığı çalışan ve yöneticilerinden; hukuki danışmanlarından, mali müşavirlerinden; ilgili yönetim kurulu üyesinin üyesi olmadığı bir ortaklığın bir komitesinden aldığı bilgilere dayanabileceği anlaşılmaktadır.

kişilerin düzenledikleri rapor, araştırma ve makalelerden de yararlanması mümkündür⁷⁶.

Bilgi edinme yükümlülüğüne ilişkin ABD Hukuku'nda verilmiş en önemli kararlardan biri Delaware Yüksek Mahkemesi'nin 1985 tarihli *Smith v. Van Gorkom* kararıdır. Karara konu olay, yönetim kurulu üyelerinden birinin bir yatırımcı ile yaptığı görüşmeler sonrasında, ortaklığın devralınması için belirledikleri bir fiyat üzerinden ortaklık paylarının satılmasına (birleşme) ilişkindir. İlgili yönetim kurulu üyesi, oluşturduğu teklifi, yönetim kuruluna sunmuş, yönetim kurulu üyelerinin hızlı bir şekilde karar vermelerini talep etmiştir. Yönetim kurulu üyeleri, pay alım bedelinin, başka bir yönetim kurulu üyesinin yaptığı bir çalışmada belirlemiş olduğu muhtemel bedel aralığının içinde kalması ve sözleşmenin imzalanmasını takiben başka tekliflerin de alınmasına imkan sağlanacağı yönündeki taahhüt sebebiyle ilgili anlaşmanın onaylanmasına karar vermiştir. Bu noktada, ortaklık avukatının, sözleşme koşullarının makul olması ve yönetim kurulu üyelerinin bunu kabul etmemeleri halinde, pay sahiplerinin zararına sebep olabilecekleri ve dolayısıyla sorumlu olabileceklerine ilişkin toplantıda bir değerlendirme yaptığı da davalı yönetim kurulu üyeleri tarafından iddia edilmiştir. Mahkeme, yönetim kurulunca bu kapsamda sürdürülen faaliyetin “bilgi edinme yükümlülüğüne” uygun olarak karar vermeye ilişkin kısıtları sağlayıp sağlamadığına yönelik bir değerlendirme yapmış; anlaşma özelinde hazırlanmamış ve nasıl yapıldığı sorgulanmamış bir çalışmaya itibar edilmesini “bilgi edinme yükümlülüğün” yerine getirilmesi olarak değerlendirmemiştir. Kararın hızlı bir şekilde verilmesi gerekliliğinin, bilgi edinme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde haklı bir sebep olmadığını da belirtmiştir⁷⁷.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Bkz. *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, (Del. Sup. Co., 1985); Benzer bir şekilde *Cede & Co. v. Technicolor*, 634 A.2d 345 (Del. 1993) kararında, Delaware mahkemeleri, Technicolor şirketinin yöneticilerinden Fred Sullivan, şirketin yönetim kurulu başkanı ile bir yatırımcıyı tanıştırmış ve bunu takiben, 150.000 Amerikan Doları değerinde bir bedel (*finder's fee*) almıştır. Bundan itibaren, yatırımcının, Technicolor şirketini satın alma süreci tamamen bu iki yönetim kurulu başkanı tarafından yürütülmüş ve kısa bir toplantının ardından ilgili satın alma yönetim kurulu tarafından onaylanmıştır. Kararda, bilgi edinme yükümlülüğüne aykırı davranıldığına karar verilmiştir.

Karar, bilgi edinme yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmeleri sebebiyle, doktrinde birçok tartışmaya yol açmıştır⁷⁸. Bu bağlamda, mahkemenin vermiş olduğu karar, sorumluluk hukuku anlamında bilgi edinme yükümlülüğüne getirdiği sıkı inceleme koşulu sebebiyle eleştirilmiştir⁷⁹. Nitekim, karara ilişkin karşı oy yazısında da, Hakim MCNeilly, özellikle yönetim kurulu üyelerinin alanlarındaki tecrübelerine dikkat çekerek, bu kişilerin takdir yetkisini kullanırken geçmiş tecrübelerinden de yararlandığı ve yalnızca hızlı karar vermeye zorlanmaları sebebiyle stres altında karar vermeyeceklerini, deneyim ve tecrübeleri doğrultusunda aldıkları bilgiler ile karar verme yetkinliklerinin olduğuna değinmiştir. Ayrıca, gelişen ticari hayatta, tüm işlemlerin geçmişe göre çok daha hızlı yapıldığını vurgulamıştır.

Bu anlamda, mahkemenin kararını eleştirenler, bu kararın, yalnızca işlem ücretlerini arttıracığını, örneğin avukat, finansal danışman ve muhasebecilerden her işlem öncesinde görüş alınması sonucunu doğuracağını iddia etmektedir⁸⁰.

2. Özen Borcu ile İlişkisi

ABD Hukuku kapsamında özen borcu, yönetim kurulu üyelerinin makul bir özen ve tedbir göstererek davranmaları yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir⁸¹. Doktrinde, özen yükümlülüğüne aykırılığın (ve dolayısıyla özen yükümlülüğün) sınırlarını, işadami kararı ilkesinin çizdiği ifade edilmektedir⁸².

Bilgi edinme yükümlülüğü, genel olarak, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı özen borcunun bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır⁸³. Bu kapsamda, bilgi edinme yükümlülüğüne aykırı davranarak karar veren bir yönetim kurulu üyesi, özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacaktır.

⁷⁸ Hamilton et al, s. 575.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.'de Leo Herzel ve Leo Katz'ın bu eleştirisini paylaşmıştır.

⁸¹ Jennifer G. Hill ve Matthew Conaglen, "Directors' Duties and Legal Safe Harbours: A Comparative Analysis", **SSRN Electronic Journal**, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 351/2017, Sydney Law School Research Paper No. 17/29, Nisan 2018, s. 19.

⁸² Ibid, s. 4.

⁸³ Eckstein ve Parchomovsky, s. 9.

MBCA m. 8.30(b) uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, karar verme işlevini yerine getirme ile ilgili olarak “bilgilendirilirken”, görevlerini, aynı (veya çok benzer) bir pozisyondaki kişinin benzer koşullarda uygun olacağını makul bir şekilde düşündüğü şekilde yerine getirmelidir. MBCA m. 8.30, 1998 yılında değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikten önce m. 8.30(a)’da yöneticilerin, görevlerini yerine getirdikleri sırada, aynı (veya çok benzer) bir pozisyondaki olağan basiretli bir kişinin (*ordinary prudent person*) benzer koşullarda yerine getireceği şekilde yerine getirmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme içermekteydi⁸⁴. Görüldüğü üzere, MBCA, olağan basiretli kişi ölçüsünden ve dolayısıyla olağan ihmalden (*ordinary negligence*) vazgeçmiştir⁸⁵.

MBCA m. 8.30(b)’nin, bilgilendirilmeye ilişkin hükmü ve davranış standardını belirleme şekli, ABD Hukuku’nda, yönetim kurulu üyelerinin kararlarının doğruluğuna değil; kararları alınması ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken gösterdikleri davranışlara odaklandığını göstermektedir⁸⁶. MBCA m. 8.30(b) bu değerlendirmeyi yaparken, “aynı (veya çok benzer) bir pozisyondaki kişinin benzer koşullarda” göstereceği özeni dikkate almıştır, bu sebeple, yönetim kurulu üyelerinin uymaları gereken özen objektif bir standart içermektedir⁸⁷.

Özen yükümlülüğü, hem yönetim kurulu üyesinin, konuya ilişkin yeterli bilgi sahibi olup olmadığını, hem de yeterli bilgi sahibi değilse bu bilgiyi nasıl ve ne ölçüde elde etmesi gerektiğine ilişkin yapılacak değerlendirmede dikkate alınır⁸⁸.

⁸⁴ MBCA m. 8.30(a) 1998’de yapılan değişiklik öncesinde şu hükmü içermektedir: “*A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of committee: (1) in good faith; (2) with the care an ordinary prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interest of the corporation.*” Bkz. Hamilton et al, s. 556.

⁸⁵ Hamilton et al, s. 557; Eckstein ve Parchomovsky, s. 4.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Bkz. MBCA Resmi Görüşü, s. 180 vd.

⁸⁸ Ibid., s. 183.

MBCA m. 8.30(b) kapsamında getirilen, “aynı (veya çok benzer) bir pozisyondaki kişi”den anlaşılması gereken, bir kişinin ilgili ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olsaydı uygulayacağı özen standardını ifade etmektedir⁸⁹. Aynı pozisyondaki kişi kriteri ile “benzer koşullarda” kriteri birlikte değerlendirildiğinde ise sorumluluklarının niteliği ve kapsamının, ilgili ortaklık tarafından sürdürülen faaliyetin boyutu, karmaşıklığı, aciliyeti ve yerine göre değişebileceği sonucuna varılmaktadır⁹⁰.

B. Kararın İyiniyetli Bir Şekilde Verilmiş Olması

1. İyiniyetli Olma Yükümlülüğü

MBCA m. 8.31(a)(2) kapsamında, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin bir değerlendirme yapılması, üyenin iyiniyetli davranmadığının kanıtlanması ile de mümkün olabilecektir⁹¹. Mahkeme kararlarına da genel bir kural olarak yansıyan “iyiniyet”li (*good faith*) olma yükümlülüğü, işadamı kararı ilkesinin uygulanması için bir unsur olarak ele alınmaktadır. Buna göre, diğer unsurların varlığı durumunda, yönetim kurulu üyesinin iyiniyetli davranmadığı kanıtlanmadığı halde, yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulamayacaktır⁹².

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.; Bu noktada ortaya çıkan tartışmalardan biri, ilgili yönetim kurulu üyesinin kişisel özelliklerinin, özen yükümlülüğüne uyuma ilişkin değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağıdır. MBCA’ın Resmi Görüşü’nde, yönetim kurulu üyesinin özgeçmiş ve özelliklerin değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.

⁹¹ Ibid.

⁹² *Walt Disney Company Derivative Litigation*, 907 A. 2d 693, (Del. Ch. 2005), kapsamında, 1995 yılında 1995 yılında, Michael Ovitz’in, Walt Disney Company’nin Yönetim Kurulu Başkanı (*president*) olarak görev alması için ücretlendirme komitesi başkanı tarafından yürütülen müzakereler sonucunda ücret ve fesih haklarının yer aldığı bir sözleşme ilgili komite tarafından oybirliği ile onaylanmış ve yönetim kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bir yıldan kısa bir süre sonra ise, Ovitz’in sözleşmesi haklı sebep olmaksızın feshedilmiştir ve sözleşmesindeki tazminat hükümleri sebebiyle 130 milyon Amerikan Doları tazminat ödenmesi ile görevini bırakmıştır. Bu olayda, Yüksek Mahkeme (*Chancery Court*), yönetim kurulunu “ihmalî” olduğunu belirtmekle birlikte, kötü niyetli olarak davranmaları sebebiyle, ilgili zarardan sorumlu tutmamıştır. Eckstein ve Parchomozky, s. 3, 4.

Kararın, işadamı kararı ilkesinin diğer koşullarından birinin ihlal edilmesi halinde, iyiniyetli olma yükümlülüğünün de çoğunlukla ihlal edildiği söylenebilecektir⁹³. Bu anlamda, iyiniyetin kapsayıcı bir şemsiye hüküm olduğu savunulabilir. Kararın alınması sırasında mevcut olması gereken koşulların somut olayda bulunmadığı kanıtlanamasa dahi, makul bir kararın sınırlarının aşıldığı bazı durumlarda, yönetim kurulu üyesinin kötü niyetli davrandığı iddia edilebilir⁹⁴.

2. Sadakat Borcu ile İlişkisi

İyiniyetli olma standardının görünümleri yönetim kurulu üyelerinin dürüst olmaları, ortaklık ile menfaat çatışmasında olmamaları ve hukuka yahut ahlaka aykırı kararları onaylamamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır⁹⁵. Mahkeme kararlarında değerlendirilen bu görünümler, çoğunlukla, yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcuna aykırı davrandıkları durumları kapsamaktadır. Nitekim, ABD Hukuku'nda iyiniyetli davranma yükümünün, sadakat yükümünden bağımsız bir niteliği olup olmadığı da tartışılmaktadır⁹⁶.

C. Kararın Şirketin Menfaatine Olduğuna Dair Bir İnanca Sahip Olunması

MBCA m. 8.31(a)(2)(ii) uyarınca, yönetim kurulu üyesinin kararının makul bir şekilde şirketin menfaatine olduğuna dair inanca sahip olması gerekmektedir.

⁹³ Ibid., s. 191.

⁹⁴ Ibid., s. 191.

⁹⁵ Palmiter, s. 202; *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003).

⁹⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar için, bkz. Leo E. Strine, Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balotti ve Jeffrey M. Gorris, "Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law", **Harvard Law and Economics Discussion Paper**, No. 630, 2009, s. 644. vd.; Özdemir, s. 71.

1. Şirket Menfaati Kavramı

a. Genel

MBCA m. 8.30(a) uyarınca, yönetim kurulunun üyeleri kararın makul bir şekilde ortaklığın menfaatini en iyi şekilde (*best interest*) gözeteceğini düşündüğü şekilde davranmalıdır. Bu noktada ortaklık menfaati ve bunun en iyi şekilde gözetme kavramları incelenmelidir. MBCA kapsamında ortaklık menfaati kavramında “ortaklık”ın, hem işletmeyi ifade edecek şekilde, hem de genel olarak genel kurulu kapsayacak şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir⁹⁷. Ortaklığın menfaatini en iyi şekilde gözetmeye yönelik kararları verirken, yönetim kurulu üyesi çok geniş bir yetkiye sahiptir, örneğin, yönetim kurulu üyesi, kısa veya uzun dönemli menfaatleri gözetmeyi tercih edebilir⁹⁸.

b. Menfaat Çatışmasından Kaçınılması Gerekliliği

Menfaat çatışmasından kaçınma yükümlülüğüne aykırı davranma, yönetim kurulu üyelerinin, ilgili kararda kişisel bir menfaatleri olması halinde, bu kararlara ilişkin açılan sorumluluk davalarında işadami kararı ilkesinin korumasından yararlanamayacağı anlamına gelmektedir⁹⁹. Yönetim kurulu üyesinin, ilgili işleme ilişkin herhangi bir kişisel menfaatinin bulunması halinde, karara ilişkin takdir yetkisini kullanırken bağımsız olamayacağı ve kararın şirketin menfaatleri gözetilmeksizin alınmış olabileceği savunulmaktadır¹⁰⁰.

Yönetim kurulu üyesinin sağladığı menfaatin dolaylı olması halinde de, bir menfaat çatışmasının varlığından söz edilmektedir. Örneğin, bir yönetim kurulu üyesinin, eşinin, yönetim kurulu üyeliği yaptığı ortaklıkta işe alınması, dolaylı bir menfaat olarak yorumlanmıştır¹⁰¹.

⁹⁷ MBCA Resmi Görüşü, s. 182.

⁹⁸ MBCA Resmi Görüşü, s. 182.

⁹⁹ Bozkurt Yaşar, s. 66.

¹⁰⁰ Bainbridge, *Corporate Law*, s. 123.

¹⁰¹ *Ibid.*; Palmiter, s.232.

2. Şirketin Menfaati Doğrultusunda Davranılmış Olduğuna Dair İnanç

a. Sübjektif İyiniyet

MBCA m. 8.30(a) uyarınca, yönetim kurulunun her üyesi, yönetici olarak görevlerini yerine getirirken, (i) iyiniyetli olarak, ve (ii) yöneticinin makul bir şekilde ortaklığın en iyi şekilde menfaatine (*best interest*) olduğunu düşündüğü şekilde davranmalıdır. “Makul bir şekilde inanmak” (*reasonably believes*) lafzının, hem sübjektif hem de objektif karakterleri bünyesinde barındırdığı düşünülebilir¹⁰². İlk değerlendirme, sübjektif bir unsur olan “inanmak” üzerinedir, burada, yönetim kurulu üyesinin, aynı koşullar altında başka bir kişinin ilgili kararın şirketin menfaatine olacağına ilişkin düşüncesi değil, yönetim kurulu üyesinin sübjektif olarak iyiniyetli bir şekilde buna inanmasına ilişkin bir değerlendirmedir. İkinci değerlendirme ise, objektif özellikler taşır. Burada yönetim kurulu üyesinin kararın şirket menfaatine olduğuna ilişkin “inancı”nın “makul” olup olmadığı değerlendirilir. Bu değerlendirme ise, aynı (veya çok benzer) bir pozisyonda bir kişinin benzer koşullar altında bu inancı taşıyıp taşımayacağı incelenecektir¹⁰³.

b. Özen ve Sadakat Borçlarıyla İlişkisi

MBCA m. 8.30(a) uyarınca, yönetim kurulunun her üyesi, yönetici olarak görevlerini yerine getirirken, (i) iyiniyetli olarak, ve (ii) yöneticinin makul bir şekilde ortaklığın en iyi şekilde menfaatine olduğunu düşündüğü şekilde davranmalıdır¹⁰⁴. ABD Hukuku’nda, yönetim kurulu üyesinin aldığı kararın ortaklığın menfaatine

¹⁰² MBCA Resmi Görüşü, s. 181, 191.

¹⁰³ MBCA Resmi Görüşü, s. 181.

¹⁰⁴ MBCA m. 8.30(a) şu şekildedir: “(a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (i) in good faith, and (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.”

olduğuna makul bir şekilde inanması gerekliliğinin, yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat dahil olmak üzere tüm yükümlülüklerini kapsadığı savunulmaktadır¹⁰⁵.



¹⁰⁵ Hamilton et al, s. 557.

III. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE İŞADAMI KARARI İLKESİ

A. Alman Hukuku

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93(1)2 hükmü, Alman Hukuku'nda, işadami kararı ilkesinin uygulanmasının dayanağını oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre: “*Bir yönetim kurulu üyesi, bir ticari kararı alırken, elverişli bilgilere dayanarak akılcı bir şekilde şirketin menfaatine hizmet ettiğini varsaymaya haklı olduğu takdirde, hukuka aykırılıktan söz edilemez.*”¹⁰⁶ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93(1)2 hükmü, 93(1)1'e ikinci bir cümle olarak eklenmiştir¹⁰⁷. Cümlelerin eklenmesinden önce Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93(1)1 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü hakkında temel normu oluşturmaktaydı¹⁰⁸. Alman Hukuku'nda, “*Yönetim kurulu üyeleri işletmelerin yönetiminde düzenli ve itinalı bir yöneticide olması gereken özen ve dikkati göstermek zorundadır.*” hükmünü içeren maddenin, hem yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün sınırlarını belirlediği, hem de yükümlülükler konusunda objektif bir ölçüt getirdiği ifade edilmektedir¹⁰⁹. Bu madde, yönetim kurulu üyelerinin, işletmelerin yönetiminde vermiş oldukları kararların itinalı bir yöneticinin aynı şartlarda vereceği karara uyması halinde, yönetim kurulu üyelerinin gerekli özeni

¹⁰⁶ Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul, 2011, s. 378. Hükme ilişkin olarak ayrıca bkz., Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu'nun Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009, C. XXV, S. 1, 27-66, s. 56: “*İşletmeye ilişkin kararda yönetici kurul üyesinin temelde uygun bilgilerle işletmenin menfaatleri doğrultusunda hareket ettiği akla uygun olarak kabul edilebiliyorsa, özen yükümü ihlal edilmemiş olur.*” çevirisine yer vermiştir. Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 82, dipnot 214'te “*Bu düzenlemeye göre, yönetim kurulu üyesi işletme ile ilgili bir karar alırken uygun bilgilere dayanarak akılcı bir şekilde karar verdiğini düşünüyorsa yükümlülüklerini ihlal etmemiş sayılır.*” açıklamasına yer vermiştir.

¹⁰⁷ Emrullah Kervankıran, “Alman Hukuku'nda Business Judgment Rule'nin Kodifikasyonu – Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı bir Değerlendirme”, **Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, 2007, C. I, 249-263, s. 251; Altay, s. 378 vd.; Özdemir, s. 101 vd.

¹⁰⁸ Kervankıran, s. 253; Altay, s. 378 vd.; Özdemir, s. 101 vd.

¹⁰⁹ Kervankıran, s. 252.

göstermiş olduğunun kabul edileceği yönünde yorumlanmaktadır¹¹⁰. Nitekim, Alman Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında da yönetim kuruluna işletme yönetiminde daha geniş bir hareket alanı sağlanması gerekliliği vurgulanarak, işin esasının gerektirdiği itina ve özenin gösterilmiş, işletmenin gelişimi hedeflenerek ve gerekli bilgiler ile temellendirilmiş bir kararın verilmiş olması halinde yönetim kurulunun sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir¹¹¹. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93(1)1 cümlesine eklenen ikinci cümle, Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında yer bulan bu prensibin kodifiye edilmesi amacıyla 2005 yılında eklenmiştir¹¹².

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93(1)2 hükmü ile “akılcı bir şekilde şirket menfaatine hizmet ettiği varsayımına dayanma” kıstasını getirilmiştir. Bu madde, nesnel bir kıstasa yer vermemektedir¹¹³. Bu bakımdan, Alman Hukuku'nda sorumluluğun varlığına ilişkin, öznel bir değerlendirme ile sorumluluğu tartışılan yönetici gözünden bir değerlendirme yapılmakta ve onun gözünden akılcı bir kararın alınması koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekliliği doğmaktadır¹¹⁴.

TTK m. 369'un gerekçesinde, tedbirli yönetici ölçüsünün basiretli işadamı kavramından farklı olduğu ve bu ölçüye Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 93'ün kaynaklık ettiğinin düşünülmemesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten de, çalışmanın Üçüncü Bölümü'nde ayrıntılı olarak değinileceği üzere, tedbirli yönetici ölçütü, yönetim kurulu üyesinin gözünden akılcı hareket edildiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmasını öngörmemektedir. Yine gerekçede, “*Hükme esin veren yeni öğretisi daha gerçekçidir.*” denilmekte ve Alman Hukuku'nda konuya ilişkin öngörülen modern bakış açısı, işadamı kararı değerlendirmesinde kıstasların,

¹¹⁰ Ibid., s. 253.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Altay, s. 379; Kervankıran, s. 254; Pulaşlı, Özen Borcu, s. 56; Bozkurt Yaşar, s. 25.

¹¹³ Altay, s. 379.

¹¹⁴ Ibid.

yöneticiye tanınan hareket alanı dahilinde, yöneticinin tabi olduğu davranış kurallarından soyutlanarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁵.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda sınırlı bir şekilde düzenlenen işadımı kararı ilkesinin uygulama esasları gerekçede açıklanmıştır. Buna göre, kararlar beş ayrı koşulu sağlaması halinde ilke uygulanması için değerlendirilebilecektir¹¹⁶; bu koşullar:

- (i) İşletme faaliyetleri ile ilgili bir kararın bulunması;
- (ii) İyiniyet;
- (iii) Şirketin menfaatleri doğrultusunda hareket edilmiş olması;
- (iv) Kişisel (özel) bir menfaat ve dış etkilerden uzak hareket edilmiş olması;
- (v) Karar alınırken makul düzeyde bilgiye sahip olunmasıdır.

Her ne kadar ilkenin uygulanmasına ilişkin ön şartlar Amerikan Hukuku'ndaki sistemle benzerlik gösterse de Alman Hukuku'nda Paylı Ortaklıklar Kanunu m 93(1) uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin özenli davrandıklarına ilişkin bir ön kabul bulunmamaktadır ve kusura ilişkin ispat yükü yönetim kurulu üyelerinin üzerinde bırakılmaktadır¹¹⁷.

B. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku'nda işadımı kararı ilkesinin uygulanmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁸. İş adamı kararı ilkesi, İsviçre Hukuku'nda, ilkenin uygulanabileceğine ilişkin doktrinde görüşlerin bulunması ve daha sonra bu görüşlerin İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenmesi sebebiyle, uygulama

¹¹⁵ Ibid., s. 379, 380. Alman Hukuku'nda, yöneticilerin özen yükümlülüğünün yalnızca ağır kusur halinde söz konusu olacağı gerekçesiyle, Türk Hukuku uygulamasından farklılaştığına ilişkin, Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. N. 119a, 119b.

¹¹⁶ Koşullara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kervankıran, s. 255 vd. Ayrıca bkz. Özdemir, s. 106 vd.; Akdağ Güney, Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 82; Bozkurt Yaşar, s. 26.

¹¹⁷ Bozkurt Yaşar, s. 27.

¹¹⁸ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 199c; Bozkurt Yaşar, s. 28; Altay, 378; Göktürk, **İşadımı Kararı**, s. 229.

alanı bulmuştur¹¹⁹. Ancak, doktrinde, ilgili ilkenin uygulanıp uygulanamayacağına ve uygulanacağına kabulü halinde ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır¹²⁰.

İlkenin lehine olan yani İsviçre Hukuku'nda sorumluluk davalarında uygulanabileceğine ilişkin görüşler, uygulamanın nasıl gerçekleşeceği konusunda farklılaşmaktadır. Buna göre, bazı yazarlar, yöneticilerin takdir yetkisi kullandığı durumlarda, işadamı kararı ilkesinin uygulama koşullarının varlığı halinde bu kararların korumadan yararlanabileceğini kabul etmekte, ancak, İsviçre Hukuku'nda gösterilen ispat veya sorumluluk esaslarının tümüyle kuralın uygulanması bakımından uygun düşmediğini belirtmekte; bazı yazarlar ise iki aşamalı bir inceleme yapılarak işadamı ilkesinin Amerikan Hukuku'nda uygulandığı şekilde uygulanabileceğini, öncelikle bazı şekli incelemelerin (örneğin yeterli bilgi ile karar verilip verilmediğinin) yapılabilmesini savunmaktadır¹²¹.

İşadamı kararı ilkesinin İsviçre Hukuku'nda uygulanmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar ise, genel olarak ilkenin uygulanmasına imkan veren yasal bir dayanak bulunmadığını dile getirmektedir. Ayrıca, ilkenin genel olarak Amerikan Hukuku'nda ispat yüküne ilişkin bir değişiklik getirdiğini ve buna dayanak gösterilebilecek hiçbir hukuki düzenlemenin bulunmadığını belirten ve ilkenin uygulanmasının azınlığın korunmasını olumsuz yönde etkileyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır¹²².

¹¹⁹ Özellikle, Grass'ın monografisinde yer alan ve işadamı kararı ilkesinin İsviçre Hukuku'na uygulanabilirliğine ilişkin görüş ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt Yaşar, s. 28 vd. Aynı yönde, bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 199c

¹²⁰ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 199c; Bozkurt Yaşar, s. 28

¹²¹ Bu konuda, İsviçre Hukuku'ndaki tartışmalara yönelik olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. Göktürk, **İşadamı Kararı**, s. 230 vd.; Bozkurt Yaşar, s. 29 vd.

¹²² Bu konuda, İsviçre Hukuku'ndaki tartışmalara yönelik olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. Göktürk, **İşadamı Kararı**, s. 230 vd.; Bozkurt Yaşar, s. 29 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

I. ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUKLARI

A. Genel Olarak

Anonim ortaklık, sermayesi paylara bölünmüş, ortaklık pay sahibinin kişiliğinden soyutlanmış katı bir sermaye ortaklığı olarak tanımlanmaktadır¹²³. Anonim ortaklıklar faaliyetlerini organları vasıtasıyla yürütmektedir; genel kurul karar organı, yönetim kurulu ise anonim ortaklığın yönetim ve temsil organıdır¹²⁴.

Bu yapı, genel kurulda oy kullanmaya yetkili olan ve bu hakları payın maliki sıfatından kaynaklanan pay sahipleri ile pay sahiplerinin kişiliğinden soyut nitelikte olan anonim ortaklık arasında ve bunun yanında pay sahipleri ile yönetim kurulu arasında bazı durumlarda menfaat çatışmalarına sebep olmaktadır¹²⁵.

Türk sisteminde İsviçre sisteminden farklı olarak genel kurul ve yönetim kurulu arasında bir alt-üst ilişkisi kurulmamış¹²⁶; sadece münhasıran genel kurulun ya da yönetim kurulunun yetkisi kapsamında olan hususlar belirtilmiştir¹²⁷. Bu

¹²³ Altay, s. 44.

¹²⁴ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul, 2019, n. 521; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 3.

¹²⁵ Altay, s. 45.

¹²⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar I**, n. 516 vd.; Altay, s. 46; Akdağ Güney, **Hukuki Sorumluluk**, s. 16; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 6.; Hediye Bahar Sayın, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 11.

¹²⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 524 vd.; Bahar Sayın, s. 11 vd.

İtibarla, genel kurul ve yönetim kurulu arasında bir iş bölümü yapılmıştır. TTK m. 408 kapsamında genel kurulun görev ve yetkileri belirtilmiştir. Genel kurul ancak kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş bulunan hallerde karar alabilecektir. Bu durum, genel kurulun harekete geçerek karar almasını istisnai bir niteliğe kavuşturmuştur. Öte yandan, yönetim kurulu bir anonim ortaklığın yürütme ve temsil organıdır; yapısal olarak gerektiğinde karar alan ve bu sebeple hantal bir nitelikte bulunan genel kurulun¹²⁸ aksine yönetim kurulu anonim ortaklığın amaçlarını gerçekleştirmek için sürekli olarak faaliyette bulunur. Bu temel ayrımın bir sonucu olarak anonim ortaklığın faaliyet alanına giren ve kanunla ya da kanunun çizdiği çerçevede esas sözleşmeyle genel kurula bırakılmayan konularla ilgili kararları yönetim kurulu alabilecektir.

Söz konusu düzenleme anonim ortaklıklarda herhangi bir organın yetkisi kapsamına girmeyen yüzen yetki problemini ortadan kaldırmakla¹²⁹ beraber yönetim kuruluna tanımış olan faaliyet alanının kapsamını ve bununla beraber yönetim kurulunun yükümlülüklerini de genişletmektedir.

B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri

Yönetim kurulu soyut bir kavramken bu soyut kavramı somutlaştıran ve tabiri caizse bu kavrama hayat verenler, yönetim kuruluna atanan gerçek kişi üyeler ve temsilcilerdir¹³⁰. Anonim şirketin temsil ve idaresi yönetim kurulu tarafından yerine getirilmekte ve yönetim kurulunun bu görevi gerçek kişi üyeleri tarafından ifa edilmektedir¹³¹. Her ne kadar, yönetim kurulu, idare ve temsil yetkisini TTK m. 367 ve 370 uyarınca bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişilere devredebilse de¹³² TTK m. 375 ile buna bir sınır getirilmiş ve yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri kanunda sıralanmıştır¹³³. TTK m. 375 uyarınca,

¹²⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 521 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 3.

¹²⁹ Altay, s. 47 vd.; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2019, s. 215, 149 vd.

¹³⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 521 vd.

¹³¹ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 181.

¹³² Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 81 vd.

¹³³ *Ibid.*, s. 145 vd.

yönetim kurulunun (i) anonim şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi; (ii) yönetim teşkilatının belirlenmesi; (iii) muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması; (iv) müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları; (v) yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi; (vi) pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi; (vii) borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması görev ve yetkilerini devredemez¹³⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin görevlerini bizzat yerine getirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin görevlerini vekaleten yerine getirmesi mümkün değildir¹³⁵. Bu husus TTK m. 390(2)'de de açıkça dile getirilmiştir. İlgili madde uyarınca yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar.

Yönetim kurulu ve anonim ortaklık arasında organsal bir bağ varken; yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklık arasında kural olarak vekalet, şartları olgunlaşmışsa hizmet sözleşmesi ilişkisi bulunmaktadır¹³⁶.

¹³⁴ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 145 vd.; TTK m. 375'te sayılan devredilemez görev ve yetkilerin yanı sıra, TTK ve ilgili mevzuatın farklı maddelerinde de yönetim kurulunun devredemeyeceği çeşitli görev ve yetkiler yer almaktadır. Örnek vermek gerekirse, TTK m. 419(2) uyarınca iç yönergelerin hazırlanması, TTK m. 516 uyarınca yıllık faaliyet raporunun hazırlanması yönetim kurulunun devredilemez yetki ve görevleri arasındadır. Bunun yanı sıra, bazı yetki ve görevlerin devredilip devredilemeyeceğine ilişkin TTK'da hüküm bulunmadığı hallerde, bu belirlemenin öğretiyeye bırakıldığı kabul edilmektedir. TTK m. 379(2)'nin gerekçesinde bir şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul edebilmesi için yönetim kurulunu yetkilendirmesi konusunda, yönetim kuruluna verilen bu yetkinin devredilip devredilemeyeceğinin öğretiyeye bırakılmış olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 147 ve dipnot 147.

¹³⁵ Ibid., s. 181 vd.

¹³⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 543 vd.; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 149 vd. Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki ilişkinin vekalet ve hizmet sözleşmelerinden hangisinin özelliklerini ihtiva ettiğinin belirlenmesine ilişkin kıstaslara

yönelik olarak bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/9-82, K. 2003/65 sayılı 05.02.2003 tarihli kararında “*Davalı ... 'nin bankanın Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Üyesi olduğu, hizmet sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanununun 13.maddesine göre feshedilip kendisine kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği esasen bu konuda yerel mahkeme ile Yargıtay Özel Dairesi arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yürürlükten kalkan 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinde özel olarak Yönetim Kurulu Başkan ve Üyelerinin banka sermayesinin % 1' ini temsil eden hisse senedine sahip olmaları (azami 2 milyar TL) ve bu hisse senetlerine Merkez Bankasına tevdi yükümlülüğü öngördüğü halde, 18/6/1999 gün ve 4389 sayılı Bankalar Kanunda bu hükme yer verilmemiş olup Anonim Şirket şeklinde kurulan bankaların TTK.nun 313.maddedeki yükümlüğe tabi olacakları belirtilmiştir. Banka yönetim kurulu üyeleri itibarı kıymetleri esas sermayenin en az yüzde birine muaddil miktarda hisse senedi alacakları ve 3182 sayılı Kanundan farklı olarak Merkez Bankasına değil bankaya tevdi edilecekleri belirtilmiş ve yönetim kurulunun muvafakati ile bir üçüncü kişi tarafından da bu hisse senetlerinin bankaya rehnedilebileceği kabul edilmiştir. Somut olayı irdelerken davalının statüsünün sadece bir hizmet akdi ilişkisi olmadığı, onun yanında Bankalar Kanunundaki özel statüsünün de gözönünde bulundurulması gerekir.*

İlke olarak Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişki vekalet akdine dayanmaktadır. (Prof.Dr.Seza Reisoğlu Bankalar Kanunu Şerhi Ank. 2002 sh.228 vd, Prof.Dr. İbrahim Kaplan Banka Sözleşmeleri Ank. 1996 sh.300).

Yargıtay, Yönetim Kurulu Üyeleri ile şirket (banka) arasında bir hizmet akdi bulunmadığını en azından şirket (Banka) Genel Müdürü iken, Yönetim Kurulu Üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin sona erdiğini kabul etmiştir. (Bkz. Yargıtay 11.H.D. 15/9/1993 gün 3083/3773, Gönen Eriş Ticari İşletme ve Şirketler 1992 sh.1004, Yargıtay 9.H.D. 23/3/1989 gün E; 88/13629 K:89/2707 Yargıtay Kararları Dergisi Eylül 1989 sh.1268, aynı şekilde Yargıtay 11.H.D. 24/11/1981 gün E:475 K:5019 Bk. Age. Kaplan Banka Sözleşmeleri Sn: 301)...”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/35169, K. 2010/28779 sayılı ve 12.10.2010 tarihli kararında, “*4857 sayılı İş Kanununun ... 2. maddesinde, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. Buna göre işçi ve işveren sıfatlarının aynı kişiden birleşmesi mümkün olmaz.*

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağıllığı vardır.

...

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu

anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Tüzel kişilerde yönetim hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi zorunlu olarak tüzel kişilerin temsilcileri aracılığıyla kullanılır. Bu bakımdan tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işverene tüzel kişinin organı ise somut işveren sıfatını haizdir.

Ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde bir gerçek kişinin de organ sıfatını kazanması mümkündür.

Limited şirket, hisseli komandit ve kolektif şirketlerde şirketi yönetim yetkisi şirket ortaklarından birine bırakıldığında bu kişi müdür sıfatıyla kişi-organ sayılır. Türk Ticaret Kanununun 319. maddesine göre anonim şirketler yönünden de yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde bu kişi ya da kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Bu açıdan bakıldığında tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını haiz kişiler doğrudan somut işveren olduğundan, kural olarak işçi sıfatını haiz olmazlar.

İş Kanununa tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde ise, kişi-organ statüsünü haiz olup olmadığının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, yürütmekte olduğu genel müdürlük görevi sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili, kişi-organ sıfatı kazanılmışsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşemeyeceğinden iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilmelidir. ...”

Bu kararlardan anlaşılabilen üzere, Yargıtay’ın konuya ilişkin farklı görüşleri bulunmakla birlikte, kanımızca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından benimsenen kıstas değerlendirilmeli ve yönetim kurulu üyesinin murahhas veya kişi-organ niteliğinde olduğu durumlarda, somut işveren olduğunun kabulüyle hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı söylenmelidir. Aynı yönde bkz. Süzek, s. 149 vd.

Ayrıca, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin “vekalet” olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/13218, K. 2015/7120 sayılı, 26.5.2015 tarihli kararı: “Şirketin temsil ve idaresinden sorumlu bulunan yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında 6762 sayılı TTK’nun 320. maddesi, Borçlar Kanunu’nun 528/2. maddesine atıf yapmıştır. Buna göre şirket yöneticileri bir vekil gibi

Bir kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla birlikte birtakım haklara sahip olması ve bunun yanı sıra çeşitli borçların gereği gibi ifasından da sorumlu olması gündeme gelir.

Yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri genel olarak (i) yönetime ilişkin yükümlülükler; (ii) gözetim yükümlülüğü; (iii) özen yükümlülüğü; (iv) sadakat yükümlülüğü ve (v) sadakat yükümlülüğünün TTK kapsamında somutlaştırılmış görünümleri niteliğindeki birtakım yasaklara uyum olarak özetlenebilir¹³⁷. Öte yandan, yönetim kurulunun bazı görevleri de niteliği itibarıyla yönetim kurulu üyeleri için yükümlülük niteliğinde olabilmektedir.

Bu noktada, söz konusu yükümlülükler arasında kesin bir ayırım yapmanın giderek zorlaştığını ve çoğu defa söz konusu yükümlülüklerin iç içe geçmiş bir şekilde karşımıza çıktığını belirtmemiz gerekir. Bu çalışma kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri işadami kararı ilkesi ekseninde ele alınacak ve her biri başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek bu detaylı alanlarla ilgili daha kapsamlı değerlendirmelerde bulunulmayacaktır.

sorumludur. Şirket ile yöneticiler arasında vekalet ilişkisi söz konusu olup, yöneticiler kanun ve anasözleşme hükümleri ile genel kurullar tarafından alınan kararlar uyarınca şirket yararını gözeterek şirketin temsil ve yönetimini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Şirket yöneticileri kasti veya ihmali hareketleri sonucu şirketi zarara uğratmaları halinde meydana gelen zarardan sorumludurlar. Bu itibarla, yöneticilerin şirkete karşı sorumluluğu kusur sorumluluğu niteliğinde ise de TTK'nun 338. maddesi uyarınca meydana gelen zararda bir kusuru olmadığının ispat yükü şirket yöneticilerine ait bulunmaktadır. Bir başka deyişle, yöneticinin sorumluluğu ispat yükü tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olup, yöneticinin zararın meydana gelmesinde kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekmektedir.”

¹³⁷ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 181 vd.; Bunun yanı sıra doktrinde TTK m. 357 uyarınca pay sahiplerinin eşit şartlarda işleme tutulacağı hükmü gereği, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine karşı eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 182 vd.

1. Yönetime İlişkin Yükümlülükler

Daha önce de belirtildiği üzere bir anonim ortaklığın yürütme ve temsil organı yönetim kuruludur. Yönetim kurulu üyelerinin yönetime ilişkin sahip olduğu hakların bazıları; söz konusu üyeler için aynı zamanda yönetime ilişkin yükümlülüklerin bir kısmını da oluşturmaktadır¹³⁸.

Yönetim kurulunun yönetime ilişkin görev ve yetkilerinin bir kısmı TTK'da açıkça düzenlenmek suretiyle somutlaştırılmıştır¹³⁹. Ancak yönetime ilişkin görev ve yetkileri TTK'da yer alanlardan ibaret değildir. Bu bağlamda, yönetim kurulunun yönetim görevi geniş anlamda bir ortaklığın amacını gerçekleştirmeye yönelik her türlü faaliyet ve işlemde bulunmayı gerektirir¹⁴⁰. Bu noktada, bir ortaklığın kanunda ve esas sözleşmede belirtilen yönetim görevlerinin dışında kalan alan; genellikle yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisi kullanmasını gerektirir¹⁴¹. Bize göre, takdir yetkisini kullanmak bir analiz işidir; yönetim kurulu üyesi bu analiz sürecinde mümkün olan en iyi kararı vermesini mümkün kılacak bilgilerle beslenecek ve ortaklığın amaçları doğrultusunda ortaklığın menfaatine en uygun olduğuna inandığı kararı verecektir.

Yönetim kurulu üyesi ve ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin ana edim borcunun konusunu yönetim kurulunun yönetim yükümlülüğü oluşturmaktadır. Bu bağlamda, aşağıda detaylarıyla incelenecek olan özen yükümlülüğü de yönetim kurulu üyesinin bu asıl edim yükümlülüğüne eklenen bir yan edim yükümlülüğü niteliğindedir.

Kanaatimizce, yönetim yükümlülüğünün altında yer alan takdir yetkisini kullanma olgusu tek başına sadakat; takdir yetkisinin kullanım biçimi ise özen

¹³⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 558 vd.; Bahtiyar, s. 215, 245 vd.

¹³⁹ Ticari defterlerin tutulması; genel kurul toplantılarıyla ilgili ve genel kurul toplantılarının yürütülmesiyle ilgili görevler; ortaklık hesaplarıyla ve ortaklık mali durumunun bozulması halinde uyulması gereken görevler. İsmail Kırca, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXII Sa. 3, 2004, s. 86.

¹⁴⁰ Ibid., s. 85.

¹⁴¹ Ibid., s. 86.

yükümlülüğüyle ilişkilidir. Bir başka ifadeyle, takdir yetkisini kullanması gerekirken kullanmayan bir yönetim kurulu üyesi aynı zamanda sadakat yükümlülüğünü; kararını belirli bir analiz faaliyetinde bulunmaksızın veren yönetim kurulu üyesi ise özen yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

Takdir yetkisi kullanılırken gerekli hazırlıkları yaparak tamamen bilinçli bir karar veren üyeler, ayrıca şirket menfaatlerini gözetmeyerek sadakat yükümlülüklerini ihlal etmemişlerse; ortaya çıkan sonuç itibarıyla sorumlu tutulamazlar¹⁴². Esasında bu ilke doğrudan işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların Türk Hukuku'ndaki kaynağını oluşturmaktadır.

Kırca'ya göre hakim tarafından yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisini kullandığı kararlar belirli kriterlere göre verilmiş olmaları koşuluyla yerindelik denetimine tabi tutulamazlar ve idare hukuku alanında yapılan yerindelik denetimi yasağına ilişkin açıklamalar, temel olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin davalarda da geçerlidir¹⁴³. Kanaatimizce, idare hukukuna ilişkin söz konusu kural görünüş itibarıyla şirketler hukuku alanına aktarılabilir gibi gözükse de esas itibarıyla böyle bir aktarım mümkün değildir. Zira idare hukuku alanında uygulama alanı bulmuş yerindelik denetimi yasağı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir izdüşümüdür. İdare hukuku alanında bu ilkenin kabulü “idareyi yargılamak idare etmek olacaktır” denilerek gerekçelendirilmiştir. Oysa, özel hukuk alanında böyle bir ilkenin tatbik edilmesi; takdir yetkisinin kullanıldığı her türlü bağımlı olmayan ilişki bakımından hâkimin yerindelik denetimi yapamamasına sebep olacaktır. Bu durum ihtisaslaşmanın giderek arttığı günümüz dünyasında hâkimin çok dar bir alana hapsedilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Kaldı ki, yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları kararların yerindelik denetimine tabi kılınmasını engellemek için sorumluluk hukuku alanına yabancı bir idare hukuku kuralının ithal edilmesine de gerek yoktur. Zira, yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklıklar arasındaki ilişki kural olarak vekalet sözleşmesi

¹⁴² Aynı yönde bkz. *Ibid.*, s. 95.

¹⁴³ *Ibid.*, s. 96.

görünümündedir. Vekalet sözleşmeleri kapsamında vekilin herhangi bir sonuç taahhüdü -kural olarak- bulunmamaktadır¹⁴⁴. Yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatini gözeterek, belirli bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik eylemleri kural olarak onların vekalet sözleşmesinden doğan borçlarının gereği gibi ifası açısından yeterlidir. Hal böyleyken, hâkim tarafından yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararın sonucuna ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapılamaması, yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin doğası gereğidir.

Öte yandan, bu çalışmanın konusunu oluşturan işadami kararı ilkesi çalışmanın İkinci Bölümü I başlığı altında detaylı bir şekilde değinildiği üzere ABD Hukuku'nda, genel kabul edilen görüşe göre, ispat yükünü davacı üzerine bırakan bir karine olarak kendisine yer bulmuş ve yönetim kurulu kararlarının esasen incelenmesini davacının söz konusu karineyi çürütmesi ön koşuluna bağlamıştır. Yöneticilerin verdikleri kararların hâkim tarafından yerindelik denetlemelerine tabi tutulmasını engelleyerek takdir alanlarını korumakta olan işadami kararı ilkesinin dogmatik temellerini bu itibarla takdir yetkisi oluşturmaktadır¹⁴⁵.

2. Gözetim Yükümlülüğü

Yönetim kurulu üyeleri, anonim ortaklığın yönetimini ve işleyişini gözetmekle yükümlüdürler¹⁴⁶. Gözetim yükümlülüğü yönetim kurulunun ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görevlerinden birisidir; şöyle ki

¹⁴⁴ Vekalet sözleşmesi kapsamında vekilin herhangi bir sonuç taahhüdünde bulunmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001, s. 152. Doktrinde bir görüş yazarca, bazı sözleşme tipleri için sonuç taahhüdü verilemeyeceği belirtilmekle beraber; kanaatimizce bu yaklaşım ideal niteliği ticari niteliğinden ağır basan sözleşmeler için kabul edilmelidir (örneğin tedavi amacıyla hasta ve doktor arasında akdedilen vekalet sözleşmesi). Bu bağlamda, iktisadi amaçlar için kurulan bir anonim ortaklıkla, söz konusu ortaklığın yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin tamamıyla ticari bir niteliği haiz olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla, anonim ortaklık ve yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmede sonuç taahhüdüne de pekâlâ yer verilebilir. Böyle bir durumda söz konusu sonuç taahhüdünü gerçekleştiremeyen yönetim kurulu üyesinin sonucu gerçekleştirememesinden doğan zararı tazmin etme borcu gündeme gelecektir.

¹⁴⁵ Bozkurt Yaşar, s. 129.

¹⁴⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2019, n. 564.

üst gözetim yönetim kurulunun kullanacağı bir görev ve yetkiyen; gözetim münferit olarak her bir yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu bir görev ve yetkidir¹⁴⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüklerinin özel bir görünümü olan gözetim yükümlülüğü kapsamında yönetim kurulu üyeleri, anonim ortaklığın işleyişini, kanun ve esas sözleşmeye uygun faaliyetlerde bulunup bulunmadığını gözetlemekle yükümlüdürler.

3. Özen Yükümlülüğü

a. Özen Kavramı

Özen kavramının gerek Türk gerekse İsviçre hukuklarında çok çeşitli alanlarda ve farklı hukuki kurumlar içerisinde kendisine yer bulmasına rağmen herhangi bir tanımlaması mevcut değildir¹⁴⁸. “Bir işin elden geldiğince iyi olması için gösterilen çaba, itina, ihtimam”¹⁴⁹ olarak tanımlanan özen kavramı hukuk sistemimiz içerisinde genellikle sorumluluk sorunu çerçevesinde ve fakat düzenlendiği her bir kurumda sistemsal, yapısal ve konusal herhangi bir ayırım yapılmaksızın ele alınmaktadır¹⁵⁰.

Özen yükümlülüğü, TTK'nın “özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369(1). maddesinde “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*” şeklinde ifade edilmiştir.

TTK m. 369/1 hükmü, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık işlerinin görülmesinde bir özen gösterme borcu yüklemiştir. Yönetim kurulu ve anonim

¹⁴⁷ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, İstanbul, 2014, s.472.

¹⁴⁸ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 45.

¹⁴⁹ Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) www.sozluk.gov.tr, 13.08.2019.

¹⁵⁰ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 45.

ortaklık arasındaki ilişki kural olarak vekalet sözleşmesi görünümündedir¹⁵¹. Vekalet sözleşmesi, vekilin bir iş veya hizmet görmeyi borçlanarak müvekkil menfaatine hareket ettiği ve güven ilişkisine dayanan bir sözleşmedir. Sözleşmenin niteliği itibariyle güven ilişkisine dayanıyor olması; tarafları ortadan kalkmış bir güven ilişkisine rağmen bir sözleşmeyle bağlı olmaya devam etmek zorunda kalmasınlar diye, ilişkinin çok kolay bir şekilde sona erdirilebilmesine de olanak tanır. Öyle ki, vekalet ilişkilerinde vekilin ücret hakkı dahi ihtiyari bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵². Bu durum vekalet sözleşmesinin güvene dayalı yönünün Türk Hukuku'nda ne denli önemli olduğunu da göstermektedir¹⁵³.

Vekalet sözleşmelerinde vekilin bir sonuç taahhüdünün bulunmadığı öğretide de genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴. Vekalet sözleşmesinde vekil belirli bir iş veya hizmeti belirli özen ölçüsünde yerine getirmeyi borçlanır; dolayısıyla, aksi kararlaştırılmadıkça vekilin bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır¹⁵⁵. Gerçekten de vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında müvekkiline karşı üstlendiği borç bir sonuç taahhüdünden ziyade bir süreç taahhüdü gibidir. Bu süreç taahhüdü kapsamında vekil, kendisine duyulan güven karşılığında, belirli bir sonuca ulaşmak için elinden gelen özenli davranışlarda bulunmakla yükümlüdür. Dolayısıyla vekilin temel borcu bir iş veya hizmeti özenli bir şekilde görmekten ibarettir¹⁵⁶.

Bu noktada, yönetim kurulu üyesinin özenli bir şekilde hareket ettiğini söyleyebilmek için; kendisinin (*i*) görevlerini ifa etmeden önce kapsamlı bir araştırma

¹⁵¹ Kırca, s. 89; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 543; Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (IV)**, Ankara 1992, s. 114.

¹⁵² Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul, 2016

, s. 607; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2014, s. 710.

¹⁵³ Aynı yönde bkz. Gümüş, Vekilin Özen Borcu, s. 34.

¹⁵⁴ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 147 dipnot 589; Yavuz/Acar/Özen, s. 633; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Ankara, 2015, s. 601.

¹⁵⁵ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 147.

¹⁵⁶ Öte yandan, vekalet sözleşmesinde ortaya çıkan sonucun çeşitli durumlarda birtakım özel öneme de sahip olması söz konusu olabilmektedir. Bu durumlardan önemli birisi ise, müvekkilin ulaşmak istediği sonuç tam olarak gerçekleşiyorsa, vekil, sözleşme kapsamında üstlendiği iş veya hizmeti özensiz bir şekilde görmüş olsa bile, artık sözleşme ihlalden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Bkz. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 150.

yapması ve bu kapsamda olabildiğince bilgi edinerek atılabilecek farklı adımları tespit etmesi; ardından (ii) tespit edilen adımlar içerisinde en makul olan adımı atması gerekecektir.

b. Özen Yükümlülüğünün Konusu

Yönetim kurulunun üyelerinin özen yükümlülüğüne konu olan haller, yönetim kurulu üyelerinin görevleridir. Bu noktada, bir yönetim kurulu üyesi anonim ortaklıkla arasındaki sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece; ifa etmesi gereken görevlerini özenli bir şekilde yerine getirmelidir. Bu itibarla özen yükümlülüğünün niteliği tartışmalıdır. **Çamoğlu**'na göre özen yükümlülüğü kanun ve ana sözleşmede öngörülmuş görevler yanında yüklenilmiş tali bir borçtur¹⁵⁷. Bu noktada, yazarın “tali bir borç” ifadesini yan edim yükümlülüğü olarak kullandığını belirtmek gerekir. Öte yandan, **Helvacı**'ya göre ise özen borcu bir yan yükümlülük olarak ancak bağlı bulunduğu edimlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği durumlarda tazminat davasına konu edilebilecektir¹⁵⁸.

Özen yükümlülüğünün konusunu yönetim kurulu üyesinin anonim ortaklığa karşı üstlendiği yükümlülükler oluşturur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre özen yükümlülüğünün konusu yönetimin takdir yetkisinin belirlenmesi ve yükümlülük ihlalinin tespiti açısından işadami ilkesinin tatbik alanını da belirlemektedir¹⁵⁹. Kanaatimizce işadami ilkesinin tatbik alanı yönetim kurulu üyesinin özen borcunun konusu itibariyle değil; takdir yetkisinin kullanıldığı alanlar itibariyle belirlenebilir. Özen borcu yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir takdir hakkı kullanmadığı ve hatta takdir hakkını kullanmasına uygun olmayan görevlerin ifası bakımından dahi gündeme gelmektedir. Gerçekten de TTK m. 396/1'in “görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek” lafzından, özen borcunun konusunu, sadece

¹⁵⁷ Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, 2007, s. 56.

¹⁵⁸ Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, 2001, s. 47.

¹⁵⁹ Sevgi Bozkurt, s. 141.

yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisini kullandığı görevlerin değil; yönetim kurulu üyesinin bütün görevlerinin oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin anonim ortaklığa karşı üstlendiği özen yükümlülüğünün doğuş anı taraflar arasındaki vekalet ilişkisinin kuruluş anından biraz daha öncesine uzanır¹⁶⁰ ve ilişkinin sona erme anından sonra da devam edebilir. Bu durum, sözleşme görüşmelerinden doğan, *culpa in contrahendo*, sorumluluğunun doğal bir sonucudur. Pratikteki önemi bir kişiye yönetim kurulu üyesi olarak atanacağı anonim ortaklıkta görevlerini gereği gibi ifa etmesine olanak sağlayacak niteliklere sahip olup olmadığını, görevi kabul etmeden önce değerlendirme ve söz konusu niteliklere sahip değilse görevi reddetme yükümlülüğü getirmesidir. İlişkinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan özen yükümlülüğü de genellikle sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak ortaya çıkan ve yönetim kurulu üyesine bir yapma borcu yükleyen borçların özenli bir şekilde yerine getirilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Keza, sadakat yükümlülüğü gereği şirket sınırlarını özenli bir şekilde korumak bu bağlamda örnek olarak verilebilir.

Özen yükümlülüğüne ilişkin olarak yöneticinin ücret alıp almaması TTK m. 369 uyarınca bir kriter olarak belirlenmemiştir. Bu bakımdan, ETK'dan farklı bir yöntem izlenmiş¹⁶¹ ve madde ücrete ilişkin tartışmalara yer vermeyecek şekilde kaleme alınmıştır. ETK döneminde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin ETK m. 320'nin yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında EBK m. 528/2'ye yaptığı yollama nedeniyle, şirket işlerini ücretle idare eden bir ortak tıpkı bir vekil gibi sorumlu olacaktır¹⁶². Bu bakımdan, ETK

¹⁶⁰ Doktrinde, bir yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin bilgisizlik ve yetersizlik sebebiyle sorumluluktan kurtulamayacağı, bu yetenekten yoksun kişinin bu görevi kabul etmemesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 76 vd. Ayrıca, yazar ilgili bölümde, bazı yazarların, görevi yerine getirecek bilgi ve donanıma sahip olmayan kişinin bile bile bu görevi kabul etmesinin kendiliğinden özen yükümlülüğünün ihlali olduğuna ilişkin görüşleri de aktarmıştır. Görevin kabulünde özen gösterilmesi gerektiği ve bu sebeple yönetim kurulunun “uzman bilgisine sahip olması”nın aranabileceğine ilişkin görüş için bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 52, 53; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, n. 198.

¹⁶¹ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 187

¹⁶² Kervankıran, s. 259; EBK m. 528/2 hükmü: “Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur.”

döneminde ETK m. 320 uyarınca ücret alan yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu sebeple, ücret alan ve almayan üyelerin özen borcunun değerlendirilmesinde ayrı kriterlerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğmuştur. Ancak, EBK m. 528/2 lafzına rağmen, doktrindeki ücret almayan yönetim kurulu üyelerinin de aynı şekilde sorumlu tutulmaları gerektiği de savunulmaktadır¹⁶³.

Kanımızca, TTK'da özen yükümlülüğünün konusunun yahut sınırlarının belirlenmesine ilişkin olarak ücrete ilişkin herhangi bir kıstasa yer veren bir hüküm bulunmadığı gözetildiğinde, ücretin, özen yükümlülüğüne ilişkin bir kıstas olarak değerlendirilebilmesine ilişkin herhangi bir hukuki dayanak kalmamıştır¹⁶⁴.

c. Tedbirli Bir Yönetici Kriteri

i. Kavram

ETK m. 320 hükmü öğretide özen borcu gibi önemli bir konuda açık ve kesin bir hüküm sevk edeceği yerde bir yollamalar zinciri oluşturarak kendi amacının anlaşılmasını zorlaştırdığından bahisle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁶⁵. Bu eleştirilere kayıtsız kalmayan kanun koyucu TTK m. 369 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna ilişkin açık bir kural getirmiş ve aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerine de değinmiştir¹⁶⁶.

¹⁶³ YK üyelerinin özen borcu hakkında, yönetim kurulu üyeleri ücret alsınlar almasınlar subjektif özen ölçüsünün benimsenmemesi görüşü için bkz. Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2010, n. 581 vd. Aksi yönde görüşler için bkz. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, Cilt II, İstanbul, 1988, s. 514.

¹⁶⁴ Özen yükümlülüğü açısından ücret kıstasının kaldırıldığına ilişkin bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 187.

¹⁶⁵ Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2001, s. 345; ETK m. 320 öncelikle adi şirket ortaklarının özen borcunu düzenlemekte olan EBK m. 528'e yollama yapmakta; EBK 528 ise ilk olarak vekilin özen borcuna ilişkin EBK m. 390'a; EBK m. 390 ise işçinin özen borcunu düzenleyen EBK m. 321'e götürmekteydi, bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 581.

¹⁶⁶ Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul, 2012, s. 259.

“Özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı TTK m. 369 hükmüne göre:

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

Buna göre, bir yönetim kurulu üyesinden beklenen özenin ölçütü “tedbirli bir yönetici”dir. TTK m. 369’un gerekçesine göre: *“Tedbirli yönetici” terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz.*” TTK gerekçesinde açıkça tedbirli yönetici ölçütünün yönetim kurulu üyesinin kusurluluğunu belirlerken değerlendirilecek bir davranış maksimi olan niteliğine odaklanılmıştır. Bu itibarla tedbirli bir yönetici gibi hareket etmeyen yönetim kurulu üyelerinin; objektifleştirilmiş özen borcuna aykırılık dolayısıyla kusurlu olmaları gündeme gelebilecektir.

Tedbirli yönetici kriteri kapsamında yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü için nesnel bir ölçüt (*benchmark*) belirlenmiştir. Buna göre tedbirli bir kişinin aynı durum ve koşullarda bulunacağı davranışlar göz önüne alınır. Bu noktada, doktrinde tedbirli bir yöneticinin bir anonim şirketi yönetebilecek özellikleri haiz olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁷. Kanaatimizce, bu noktada bir yönetim kurulu üyesi teste tabi tutulurken ölçüt, benzer bir anonim ortaklıkta benzer bir rolü üstlenen tedbirli bir yönetici olmalıdır.

TTK m. 369/1 hükmüyle kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünü nesnelleştirmiştir. Hükmün gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir: *“Nesnellikte, diligentia quam in suis yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır.”* Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin subjektif özen ekseninde ileri süreceği

¹⁶⁷ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 2013, İstanbul, n. 12-118.

savunmalar dikkate alınmayacaktır. Yönetim kurulu üyesi genel kurul tarafından kendi kişisel özellikleri bilinerek seçildiğini ve kendisinden beklenen özenin de buna göre belirlenmesi gerektiğini ileri süremeyecektir¹⁶⁸. Bu kapsamda, Türk Hukuku'nda genel olarak kabul edilen¹⁶⁹ özen ölçütünün hem objektif hem de subjektif kıstaslara göre belirlenmesi görüşünün dışlandığı söylenebilecektir.

Bu nesnelleştirmeye ilişkin ikinci bir hukuki tartışma ise, yönetim kurulu üyelerinin, sahip oldukları özelliklerin, özenin belirlenmesi ölçütünde özen yükümlülüğünü arttırıp arttırmayacağı; bir başka ifadeyle, belirli bir konuda uzmanlığı olan yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünün bu uzmanlığı değerlendirilerek belirlenip belirlenmeyeceği konusundadır. TTK m. 369'un gerekçesinde “*işin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz. "Nesnellik" ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır.*” denilmektedir. Bu noktada, tedbirli yönetici ölçütünün “benzer anonim ortaklıkta benzer rolü üstlenen tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin benzer durum ve koşullar altında ne yönde davranacağını” tespitine dayandırıldığı düşünüldüğünde, kanımızca, benzer rolü üstlenen tedbirli yöneticiden de bu uzmanlığa sahip olması ve bu ölçüde karar vermesi beklenemiyorsa, yönetim kurulu üyesinin de bu sebeple sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Ancak, doktrinde aksi görüşü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin, **Pulaşlı**, özenin nesnel olarak belirleneceği ve konuya ilişkin uzman bilgisinin aranmayacağına ilişkin düşünceye tamamen katılmadığını ifade etmektedir¹⁷⁰. Yazar bu görüşünü gerekçelendirirken, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarına dayanmıştır. Görüşe dayanak kararlarda, “*tekstil stoku fiyat gelişmeleri hakkında bilgi sahibi olmayan bir kişinin denetçiliğe seçilmesi halinde, branş, bilgilerine ilişkin bu eksikliği tekstil alanında uzman bir kişiden bilgi alarak gidermesi ya da bu görevi reddetmesi gerektiğine*” ve “*bir bankanın yönetim*

¹⁶⁸ Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 132; Ayrıca bkz. Yönetim kurulu üyelerinin kişisel özelliklerine ilişkin Bölüm I.B.3.b.

¹⁶⁹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, İstanbul, 2010, s. 410 vd.; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 314'teki yazarlar.

¹⁷⁰ Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 52.

kuruluna seçilen iki kişinin, bankanın zararından sorumlu tutulmamasına ilişkin olarak, banka muhasebesi konusunda yeterli bilgiye sahip olmadıkları ... yolundaki savunmalarını, YK üyeliği görevini, yeterli uzmanlık-bilgi eksikliği ... nedeniyle özenle yerine getirememişlerse banka yönetim kurulu üyeliğinden vazgeçmeleri gerekirdi demek suretiyle reddetmiştir” hükümlerine varılmıştır¹⁷¹. Ancak, kanımızca, bu kararların içeriği, gerekçede gösterilmiş olan “uzmanlık aranmadığı” yönündeki açıklama ile yahut özenin belirlenmesinde kullanılan kıstasların “nesnel” olduğuna ilişkin açıklamalar ile herhangi bir çelişki içerisinde değildir. Nitekim, tedbirli yönetici ölçütü, benzer rolü üstlenen tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin benzer durum ve koşullar altında ne yönde davranacağına tespitini gerektirmektedir. Bu bakımdan, bu kararlarda sözü edilen uzmanlık, benzer rolü üstlenen tedbirli yönetim kurulu üyelerinde aranacağından, “nesnel” bir tedbirli yönetici ölçütüdür.

Bu bağlamda, tedbirli bir yönetici ölçütünün sınırlarının belirlenmesi iki farklı değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Bunlardan ilki benzeri bir anonim ortaklığın tespiti¹⁷², ikincisi ise benzer anonim ortaklıkta benzer rolü üstlenen tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin benzer durum ve koşullar altında ne yönde davranacağına tespitidir. Keza bir anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri arasında da ortaklık bünyesinde üstlendikleri görev ve sorumluluklara göre kendilerinden beklenebilecek özen derecesi farklı olabilecektir¹⁷³.

Öte yandan, doktrinde bir grup yazar tarafından benzer şirket varsayımı üzerine inşa edilen tedbirli yönetici ölçütünün, hâkimin sorumluluk iddiaları karşısında sürdüreceği değerlendirme için birtakım belirsizlikler barındırdığını ileri sürmektedir¹⁷⁴. Bir anonim ortaklığın içerisinde bulunduğu durumun zaman içerisinde sıklıkla değişmesi; bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin kararlarını bu değişen koşullar altında vermesi; hatta pek çok kararın iç içe geçen bir yapıda bulunması dolayısıyla tedbirli yönetici ölçütünün tatbiki esnasında yapılacak tespit

¹⁷¹ Ibid., s. 52, 53.

¹⁷² Teoman Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 1975, s. 128.

¹⁷³ Hacımahmutoğlu **Özen Yükümlülüğü**, s. 26-27.

¹⁷⁴ Özdemir, s. 124; Hanife Doğrusöz, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, İstanbul, 2010, s. 167-168.

değerlendirmelerinin uygulamada önemli düzeyde belirsizlik içerme ihtimali bulunmaktadır¹⁷⁵.

Öte yandan, TTK m. 369'un gerekçesinde: “*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgment rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.*” ifadesi yer almaktadır.

Madde gerekçesinden, tedbirli yönetici ölçütünün kabulüyle birlikte, yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı verebilmesinin olanaklı hale getirilmiş olduğu anlamı çıkartılmaktadır. Gerekçenin lafzından işadamı kararı ilkesine dayanan savunmanın; sadece özensizliği ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin kusurluluğunu ortadan kaldırarak sorumlu tutulmalarını engellediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Kanun koyucunun işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaları sadece kusurluluk alanıyla ilgili bulan yaklaşımının; ilkenin unsurları arasında yer alan bazı yükümlülüklerle uygun davranılması gerekliliği karşısında ne şekilde anlam bulacağı ayrıca tartışılmalıdır. Kanaatimizce, Kanun koyucunun belirtmek istediği husus; ETK döneminde basiretli olmaya yüklenen anlam dolayısıyla ortaya çıkan neredeyse kusursuz sorumluluk rejiminden farklı olarak tedbirli bir yönetici kriterinin artık bu rejimi yumuşattığı ve diğer şartlarının da mevcut olması halinde işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların artık Türk Hukuku'nda mümkün olduğudur.

Öte yandan, doktrinde bir görüş; madde gerekçesinden işadamı kararı ilkesinin, yönetim kurulu üyelerinin verecekleri kararlarda, tedbirli yönetici ölçütünün belirlenmesinde bir kriter olarak benimsenmiş ve yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı ilkesine uygun karar vermesi halinde tedbirli yöneticinin

¹⁷⁵ Özdemir, s. 124.

göstereceği özeni göstermiş sayılacaklarını belirtmiştir¹⁷⁶. Fakat kanaatimize göre madde gerekçesinden bu yönde bir anlam çıkartmak işadımı kararı ilkesinin diğer unsurlarını ortadan kaldıracığı için isabetli değildir. Madde gerekçesi işadımı kararı ilkesini tedbirli yöneticinin göstereceği özenin bir unsuru olduğunu değil; aksine, tedbirli yöneticinin göstereceği özenin işadımı kararı ilkesinin unsuru olduğunu ve tedbirli yönetici ölçütünün kabulüyle artık işadımı kararı ilkesinin hukuk sistemimize ihdas edildiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, tedbirli yönetici kavramı, işadımı kararı ilkesine dayanan savunmaların -şartlarının mevcut olması halinde- ileri sürülebilmelerine olanak bulmasını sağlayan yeni bir özen yükümlülüğü ölçütüdür.

ii. Basiretli Bir Tacir Kriteriyle İlişkisi

ETK döneminde Yargıtay “basiretli tacir gibi davranma” ölçütünü anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine de uygulamakta¹⁷⁷ ve bu durum tacir sıfatını haiz

¹⁷⁶ Bozkurt Yaşar, s. 167.

¹⁷⁷ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/7187, K. 2016/6792 sayılı 17.6.2016 tarihli kararı, “[...] Davalıların eski yöneticisi oldukları şirket, bir sermaye şirketi olup, faaliyetlerini ortaklardan aldığı sermaye payları ile bundan elde ettiği kazançlarla yürütür. Hayatın olağan koşulları gereğince de sermaye payının zamanında tahsil edilmemesinin şirketi zarara uğratacağı tabiidir. 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 [...].”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/14536, K. 2014/2258 sayılı ve 10.2.2014 tarihli kararı:

“[...] Gerçekten 336. maddenin 5. bendi hükmüne göre gerek kanunun, gerek esas sözleşmenin kendilerine yüklediği belli görevlerin kasten veya ihmali sonucu olarak yapılmamasından dolayı yönetim kurulu üyeleri şirkete karşı müteselsilen sorumludurlar. Kasıt ve ihmali tayin ve takdirinde Ticaret Kanununun 320. maddesi delaletile Borçlar Kanununun 528. maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanununun 390. maddesi delaletile aynı kanunun 321. maddesindeki ihtimam ölçüsünün esas alınması lazımdır. [...]”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1974/3677, K. 1974/3733 sayılı 17.12.1974 tarihli kararı:

“[...] Davalıların yönetim kurulu başkanı ve üyesi olarak sorumluluğuna gelince bu sorumluluğun Türk Ticaret Kanununun 336. maddesinin 5. fıkrası gereğince, görevin ifasında kasıt veya ihmali sonucu olarak yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmamış olmalarına göre tayini iktiza eder.

[...] Davalıların mensubu oldukları yönetim kurulu anonim şirketin yönetim görevini ifa eder. Şirketi temsilen faaliyette bulunan yönetim kurulunun, ticaret şirketinin iştegi konularına giren bütün faaliyetlerinde (Basiretli bir iş adamı) gibi hareket etmesi lazımdır. Bunun önemli bir

olmayan yönetim kurulu üyeleri için adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarmaktaydı; keza basiretli tacirden vereceği bütün kararlarla ilgili her türlü olasılığı -pazar koşulları; kur riski; konjonktürel gelişmeler ve siyasi riskler dahil olmak üzere- göz önünde bulundurmaları beklenmekteydi¹⁷⁸. Bu itibarla, basiretli tacir gibi davranma ölçüsünün neredeyse bir sonuç sorumluluğu gibi değerlendirildiğini söylenebilecektir.

ETK döneminde yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerine ilişkin sıkça eleştirilen 320'nci madde hükmü TTK m. 369 ile değiştirilerek yönetim kurulu üyeleri için adaletsiz sonuçlar doğuran basiretli tacir ölçütünden bilinçli olarak uzak durulmuştur. Keza TTK m. 369 gerekçesinde de bu husus şu şekilde belirtilmiştir: *“Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanunun 320'nci maddesinde öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli işadami ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü, Yargıtay kararları basiretli işadami ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi.”*

Öte yandan, yeni düzenlemeyle birlikte ETK döneminde adeta üstün bir insan fonksiyonu yüklenen basiretli tacir kavramının yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun ölçütü olarak belirlenmesinin gerçekçi olmadığı altı şu şekilde çizilmiştir: *“Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli işadami kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve*

kıstası da herhangi bir faaliyetin şirket menfaatına, yararlı olup olmadığıdır. Bu itibarla yönetim kurulu mensuplarının sorumluluğunda bu kıstasın esas alınması gerekir. Sorumluluğa karşılık ticarî hayatın icap ettirdiği yetkilerin tanınmaması basiretli iş adamı gibi hareket etme olanağını ortadan kaldırır. [...]”

¹⁷⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 581.

gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.”

Tedbirli yönetici ölçütü bir yönetim kurulu üyesinin gerekli kararları alırken yeterli hazırlıkları yapmasını ve karara ilişkin kendisinden beklenebilecek önlemleri göz ardı etmemesini gerektirir¹⁷⁹. Bu bağlamda yönetim kurulu üyesi vereceği kararla ilgili yeterli araştırmayı yapmış ve kararı belirli bir yönde vermesinin temelini oluşturan bilgilere erişmiş olmalıdır; bu itibarıyla yönetim kurulu üyesinin bir karar alırken onu gerekçelendirmekle yükümlü olduğu söylenebilir. Fakat kanaatimizce, tedbirli yönetici ölçütü, TTK’da yer verildiği haliyle, sadece kararın verilmiş aşamasında gösterilen özene indirgenmeye elverişli değildir. Keza tedbirli bir yönetici kararı verdikten sonra, elinden geldiği ölçüde kararının hayata geçirilmesi aşamasını takip etmek; verdiği kararın hayata geçirilmesi aşamasında anonim ortaklık aleyhine sonuçlar doğurmaya başlaması halinde bu duruma müdahale etmekle de yükümlüdür. Fakat tedbirli bir yönetici ölçütü içerisinde yer alan kararın verilmesinden sonraki aşamalara ilişkin takip yükümlülüğü bir sonuç taahhüdü şeklinde ele alınmamalıdır. Bir başka ifadeyle, tedbirli yönetici ölçütü, basiretli tacir ölçütünün Yargıtay kararlarında anlam bulduğu haliyle¹⁸⁰ -yani yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın bütün ticari faaliyetlerini kapsayan şekilde- özdeş bir şekilde ele alınmamalıdır. Bazı durumlarda, yönetim kurulu üyesinin vermiş olduğu kararın sonuçları, yönetim kurulu üyesinin etki alanının dışında olmaktadır.

Kanaatimizce, tedbirli yönetici ölçütü kural olarak kararın verilmesi aşamasıyla ilgili olsa da her bir somut olay özelinde kararın hayata geçirilmesi aşamasıyla da ilişkili bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Bu kapsamda yapılacak değerlendirme, yönetim kurulu üyesinin, insan üstü bir öngörüyle hareket etmiş olmasını gerektirmeyecek; genel olarak, vermiş olduğu kararın ne şekilde hayata geçirildiğinin ve kararın anonim ortaklık aleyhine zarar doğurucu bir niteliğe bürünmesi halinde gerekli müdahalelerin yapılıp yapılmadığının tespiti suretiyle gerçekleştirilecektir.

¹⁷⁹ Özdemir, s. 125.

¹⁸⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm I.B.3.c.ii.

Bu bağlamda, basiretli tacir ölçütü gereğince bir yönetim kurulu üyesinden her şeyi öngörmesini beklemek nasıl gerçekçi değilse; tedbirli yönetici ölçütünün de sadece kararın verilmesi aşamasına odaklandığını ve yönetim kurulu üyesinin kararın icrası aşamasına ilişkin bir yükümlülüğünün bulunmadığını iddia etmek de aynı oranda gerçekçi değildir. Zira ticari başarıda fikrin/kararın rolü; verilen kararın hayata geçirilmesine oranla çok daha küçüktür. Başarılı bir yönetim kurulu üyesinden verdiği kararın hayata geçirilme aşamalarını takip etmesi; bu süreçte gerekli müdahalelerde bulunması; gerekirse kararından dönmesi ya da kararını farklı bir şekilde revize etmesi pekala beklenebilecektir. Ancak bazı kararlar niteliği itibarıyla bu tarz devam eden bir takibe konu edilmeye uygun değildirler; bu noktada, yönetim kurulu üyesinin tedbirli bir yönetici ölçütünü sağlayıp sağlamadığını değerlendirirken somut olay özelinde kararın niteliğine göre de bir değerlendirme yapılmalıdır.

Yönetim Kurulu üyesinin vermiş olduğu karara müdahale etmesine olanak verecek takip kararlarının ayrıca tedbirli bir yönetici ölçütüne göre değerlendirileceği; bu bağlamda yönetim kurulu üyesinin müdahale kararı vermesi gerekirken bu kararı vermeyi ihmal etmesinin ise sadakat yükümlülüğünü ihlal edebileceği iddia edilebilecektir. Bu durumda, takip kararlarının verilmemesi durumunda işadamı kararı ilkesinin tedbirli bir yöneticinin göstereceği özeni göstermek unsuru sağlansa da; yönetim kurulu üyesinin sadakat borcunu ihlal etmesi işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesini engelleyeceği düşünülebilecektir. Ayrıca yönetim kurulu üyesi tarafından verilen her bir takip kararı da ayrıca tedbirli bir yöneticinin göstereceği özenle verilmelidir; işadamı kararı ilkesine dayanan savunmalar bu kararlar için de ileri sürülebilecektir.

Ayrıca TBK m. 506/3 hükmü ("*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*") adi vekalet sözleşmelerinde vekilin özen borcunu belirlerken yine "basiretli" olmayı ölçüt olarak kabul etmiştir. Basiretli olmaya Yargıtay tarafından yüklenen ve neredeyse objektif bir özen borcu yaratan

yaklaşım göz önüne alındığında¹⁸¹; TTK m. 396/1 hükmü ile birlikte genel hükümlerde yönetim kurulu üyeleri lehine bir istisna yaratıldığı söylenebilecektir. Bunun yerindeligi ise ayrıca tartışılmalıdır. Keza, bir anonim ortaklığa basiretli bir tacir özeni yükleyerek; bu anonim ortaklığın kural olarak iradesini oluşturan yönetim kurulu üyelerine basiretli bir tacirden daha aşağı seviyede özen yükümlülüğü getirilmesi çelişkili olarak değerlendirilebilecektir¹⁸². Öte yandan, uygulamada tedbirli bir yöneticinin özen yükümlülüğünün ETK döneminde olduğu gibi basiretli bir tacirin özen yükümlülüğüne benzer bir şekilde değerlendirilmeyeceği de kesin değildir¹⁸³. Kanaatimizce, Yargıtay tarafından basiretli olmaya yüklenen anlam vekalet sözleşmesi kapsamında doğan vekilin borçlarının kapsamını bir hayli genişletmektedir. ETK dönemindeki problem, kural olarak süreçten sorumlu olması gereken yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir hukuki dayanağı olmadan neredeyse sonuçtan da sorumlu tutulması eğiliminden kaynaklanmaktadır. Hukuki olmayan bir uygulama için sadece sözcük farklılıklarına dayanan bir çözüm üretilmesi çabasının; mevcut problemin çözümü noktasında yeterli olup olmadığı zaman içerisinde ortaya çıkacaktır.

d. Özen Yükümlülüğünün Çifte Doğası

Doktrinde bir grup yazarca, özenin, hem kusuru hem de sözleşme ihlalini (haksız fiil sorumluluğu alanında ise hukuka aykırılığı) belirlemede temel tanımlayıcı kavram olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Bu bağlamda, özen yükümlülüğünün sadece kusuru belirlemede değil aynı zamanda hukuka aykırılığı ya da sözleşme ihlalini belirlemede de tanımlayıcı olması sebebiyle; özen yükümlülüğünün çifte doğasından bahsedilmektedir. Kavramın çifte görünümü ispat hukuku açısından önem arz etmektedir. Keza davalı ve davacının ispat yükü bölüşümü özen yükümlülüğünün ihlalinin kusuru mu yoksa sözleşme ihlalini mi belirlediğine göre değişmektedir.

¹⁸¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I.B.3.c.ii.

¹⁸² İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara, 2013 s. 659.

¹⁸³ Kırcı et al, s. 659.

¹⁸⁴ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 79.

Bir görüŖe göre özen yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ispat külfeti müvekkile aittir¹⁸⁵. Bu itibarla özen yükümlülüğünün kusurdan ziyade sözleşme ihlalini belirlemede bir fonksiyona sahip olduğu söylenebilir. Söz konusu görüŖe göre müvekkil özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla istenilen sonucun ortaya çıkmadığını ispat edebilirse; vekil ancak herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulur. Haksız fiil alanında yapılan başka bir değerlendirmede ise özensizliğin hukuka aykırılık olarak ortaya çıktığından bahsedilmektedir¹⁸⁶. Fakat bütün bu görüşlere rağmen Türk öğretisinde yapma edimini içeren sözleşmesel ilişkilerde “vekilin sözleşmesel bir borcu olarak özen” ve “kusura ilişkin özen” kavramları birbirleriyle karıştırılmakta, hatta kusur ve sözleşme ihlali arasındaki ayırım ortadan kalkmaktadır¹⁸⁷.

Öte yandan, kusuru sübjektif özen ihlali, sözleşme ihlali ve hukuka aykırılığı ise objektifleştirilmiş özen ihlali olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Söz konusu görüŖe göre özen yükümlülüğünün çifte doğası gereği kusurun sübjektifleştirilmesi gerekmektedir¹⁸⁸. Tabii bu görüşün temelini kusurluluğun sübjektifleştirilmesi gerekliliği oluşturmaktadır. Keza aksinin kabulü halinde sözleşme ihlali ya da hukuka aykırılık olarak tezahür eden objektif özen ihlali karşısında; kişi sübjektif olarak elinden gelenin en iyisini yaptığını ispat ederek kusurun kendisine isnat edilmemesini sağlayamaz.

Bir başka görüş ise hem sözleşme ihlali hem kusuru sağlayan özen kavramlarının iç içe geçtiğini savunmaktadır¹⁸⁹. Bu kapsamda ileri sürülen görüşler genel olarak özenin edim yükümlülüğünün tamamlayıcısı olması halinde, hiç ifa etmemenin içerisine özensizliğin ispatının da dahil olacağını belirtmektedir. Öte yandan, iç içe geçme teorisi kapsamında kusurun objektif ve sübjektif boyutu da

¹⁸⁵ Tandoğan, s. 432; Zevkliler/Gökyayla, s. 645.

¹⁸⁶ Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kurumları**, İstanbul, 1996, s. 350.

¹⁸⁷ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 86.

¹⁸⁸ Ibid., s. 93, dipnot 382’de bahsedilen yazarlar.

¹⁸⁹ Ibid., s. 97 dipnot 398’de bahsedilen yazarlar.

önem arz etmektedir. Keza hiç ifa etmemeyi objektif kusur olarak değerlendiren yazarlar; kişinin kusurluluğunda sübjektif boyutu değerlendirmemektedir.

Bir başka görüşe¹⁹⁰ göre ise sözleşme ihlali için aranan ve kusurluluk için aranan özen ölçütleri birbirinden farklıdır. Sözleşme ihlalinden bahsedebilmek için objektif özen yükümlülüğünden; kusurluluktan bahsedebilmek içinse objektifleştirilmiş özen yükümlülüğünden sapma gerekir. Bu bağlamda, objektif özen mesleğin ideali bir kişinin en yüksek ölçüdeki özenli davranışyken; objektifleştirilmiş özen ise mesleğin ortalaması bir kişinin somut olay özelinde göstereceği özendir.

Bu bağlamda, bir örneklemeyle tekrar ifade etmek gerekirse, yüz üzerinden yüzlük bir özen göstermeyen yönetim kurulu üyesinin sözleşmeyi ihlal ettiği; ancak yüz üzerinden ellilik bir özen göstermeyen yönetim kurulu üyesinin ise kusurlu olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, yüz üzerinden yetmiş beşlik bir özen gösteren yönetim kurulu üyesi sözleşmeye aykırı davrandığı halde kusurlu olmadığı için söz konusu aykırılığın sonuçlarından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Bu ayırım kusursuz sorumluluk ve kusura dayanan sorumluluk rejimlerinin somutlaştırılması olarak değerlendirilebilir. Ancak bize göre, özen yükümlülüğünün kanunen somutlaştırıldığı durumlarda bu tarz bir ayırma gitmenin kabul edilebilir makul bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kanaatimize göre, kanunen özen yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğe uygun davranmanın kriterlerinin belirlendiği durumlarda sözleşme ihlalinden bahsedebilmek için objektif özen yükümlülüğünden bir sapmanın gerekli olduğunu ileri sürmek isabetsizdir. Keza kanun özen yükümlülüğüne uygun davranmanın ölçütünü belirleyerek söz konusu yükümlülüğün gereği gibi ifasının ne şekilde gerçekleştirileceğini zaten belirlemiştir. Bu bağlamda, kanunen belirlenmiş özen

¹⁹⁰ Mustafa Alper Gümüş, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/22’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, **Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt II**, İstanbul, 2016, s. 1224.

yükümlülüğünden sapma her zaman sözleşme ihlali için yeterli olacaktır. Keza özen borcunun asıl edim borcuna eklenen niteliği de bunu gerektirmektedir.

Yukarıda tedbirli bir yönetici ölçütüyle basiretli bir tacir ölçütlerini karşılaştırırken; Yargıtay uygulamasında basiretli olmaya atfedilen anlam dolayısıyla, basiretli tacirden en yüksek derecedeki özeni göstermesinin beklendiğinden bahsetmiştik. Bu noktada, TTK m. 396 gerekçesinden yola çıkarak tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özenin -basiretli tacirden farklı olarak- objektif değil objektifleştirilmiş bir özen yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

TTK m. 369 bağlamında yönetim kurulu üyelerinin asıl edim borcunu oluşturan yönetime ilişkin görevleri tedbirli bir yöneticinin özeni gösterilerek ifa edilmelidir. Bir yönetim kurulu üyesi tarafından tedbirli bir yöneticinin göstereceği özenin gösterilmediği durumlarda hem yönetim yükümlülüğü gereği gibi ifa edilmediği için bir sözleşme ihlali (haksız fiil boyutundaki izdüşümü; hukuka aykırılık) hem de söz konusu yönetim kurulu üyesinin kusurluluğu aynı anda ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, sözleşme ihlaliyle birlikte kusur unsurunun kendiliğinden sağlanıyor olması bir kusursuzluk sorumluluk hali de yaratmamaktadır; kusur sözleşme ihlaliyle ortaya çıkan bir niteliği haizdir. Şayet tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özenin basiretli bir işadammın göstermesi gereken özen gibi insan üstü bir öngörüyle hareket etmeyi gerektirdiği ve dolayısıyla sözleşme ihlalinin de bu özenin gösterilmediği her türlü sonuca sirayet ettiği söylenebilseydi bir kusursuz sorumluluktan bahsedilebilirdi.

4. Sadakat Yükümlülüğü

a. Sadakat Kavramı ve Sadakat Yükümlülüğü

Sözlük anlamı içten bağlılık¹⁹¹ olan sadakat kavramı; temelinde güvene dayanan bir bağı ifade eder.

Vekalet sözleşmesi bağlamında, sadakat yükümlülüğü vekilin müvekkilin menfaatlerini sözleşmenin amacı çerçevesinde koruyacağı ve faaliyetlerinin müvekkilin menfaatine olacağı yönündeki yükümlülüğü ifade eder¹⁹².

Yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklıklar arasındaki sözleşmesel ilişki genellikle vekalet sözleşmesi¹⁹³ olarak karşımıza çıkmaktadır. Vekalet sözleşmesi ise diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi -belki de bu sözleşmelerden daha geniş ölçüde- tarafların birbirine olan karşılıklı güveni üzerine kurulmakta ve vekilin borçları genel olarak bu güven unsurundan doğmaktadır¹⁹⁴. Sadakat yükümlülüğü vekilin kendisine değil başka bir kişiye ait işi görmesinden ve işini gördüğü kimsenin menfaat ve iradesine uygun hareket etmesinin vekaletin zorunlu bir unsuru olmasından dolayı ortaya çıkmaktadır¹⁹⁵. Vekil sadakat yükümlülüğü gereğince müvekkilin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve müvekkiline herhangi bir şekilde zarar verebilecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür¹⁹⁶.

Öte yandan, sadakat yükümlülüğü sadece vekalet sözleşmelerine özgü bir yükümlülük de değildir. Her borç ilişkisinde değişik yoğunlukta da olsa bulunan bu yükümlülük, sürekli edimli sözleşmelerde, ani edimli sözleşmelere nazaran daha

¹⁹¹ TDK, sozluk.gov.tr.

¹⁹² Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 154; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 420; Eren, s. 733.

¹⁹³ Yönetim kurulu üyesi ve anonim ortaklık arasındaki sözleşmesel ilişkinin unsurlarının sağlanması halinde hizmet sözleşmesi niteliğinde olması da söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, sadakat yükümlülüğünün sadece vekalet sözleşmeleri için değil genel olarak iş görme sözleşmeleri alanında karşımıza çıkan bir yükümlülüktür.

¹⁹⁴ Tandoğan, , s. 406, 407; Ansay, s. 129.

¹⁹⁵ Tandoğan, s. 407.

¹⁹⁶ Aral/Ayrancı, s. 400.

vurgulu bir şekilde belirlemektedir; zira bu tarz sözleşmelerin amacı sürekli bir bağlılığa yönelmiş bulunmakta ve bu sözleşmeler artırılmış bir sadakat bağıyla karakterize edilmektedirler¹⁹⁷.

Yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklıklar arasında da bir güven ilişkisi bulunmaktadır¹⁹⁸. Ortaklıklar hukuku bağlamında sadakat borcu genel olarak geniş bir yükümlülüğü ifade etmekte ve yönetim kurulu üyelerini bütün faaliyetlerinde anonim ortaklığın menfaatlerini ön planda tutmakla yükümlü kılmaktadır¹⁹⁹.

TTK m. 369 içerisinde yukarıda incelediğimiz özen borcuyla bir arada düzenlenmiş sadakat yükümlülüğü “*şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla, TTK m. 369 anlamında sadakat borcunun kapsamı iki unsurun, (i) şirket menfaati ve (ii) dürüstlük kurallarına uyma borcunun anlamları ortaya koyulmak suretiyle belirlenebilecektir.

i. Şirket Menfaati

Vekalet sözleşmelerinde vekil her zaman bir başkası için iş görmektedir; bu kapsamda birden çok kişinin menfaati vekaletin temelidir; ve sadakat yükümlülüğü vekilin müvekkilin menfaatlerinin sözleşmenin amacı çerçevesinde koruyacağı ve faaliyetlerinin müvekkilin menfaatine olacağı yönündeki yükümlülüğü ifade eder²⁰⁰.

Vekalet sözleşmesi bağlamında müvekkilin menfaati ortaklıklar hukukunda şirket menfaati olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şirket menfaati kavramına ilişkin kanunlarımızda herhangi bir tanım bulunmasa da TTK'nın birtakım maddelerinde açıkça ya da zımnen bu kavramdan bahsedilmektedir²⁰¹. TTK m. 369 Gereğesi'nde de şirket menfaati kavramına ilişkin

¹⁹⁷ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 154.

¹⁹⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 585.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 154.

²⁰¹ Muhammed Sulu, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, İstanbul, 2019, s. 57.

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

Bu bağlamda, Gerekçe’de yönetim kurulu üyesinin menfaatinin, pay sahiplerinin menfaatinin ve üçüncü kişilerin menfaatinin şirketin menfaatinin önüne geçirilmemesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Özellikle kaynağını ABD Hukuku’nda bulan pay sahiplerinin menfaatinin öncellenmesi görüşü kanun koyucu tarafından reddedilmiş ve şirket menfaatinin diğer menfaat sahiplerinin menfaatinden üstün olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, Genel Gerekçe’de gelişen trendlerle birlikte kurumsal yönetim ilkelerinin tüm ilgililerin menfaatini ideal düzeyde korumaya yöneldiğinden bahsedilmiştir. Bu durumun şirket menfaati kavramının Türk Hukuku’ndaki içeriğinin tespit edilmesini zorlaştırdığı; şirket menfaati kavramının çerçevesinin belirlenmesi için ek açıklamalara ihtiyaç duyulduğu ve gerçek kişilerin aksine tüzel kişiliği haiz anonim ortaklıkların menfaatlerinin genellikle belirli kişi veya gruplar üzerinden somutlaşması sebebiyle bu bağlamda bir tanımlama yapılması gerektiği belirtilmektedir²⁰².

Her ne kadar, şirket menfaatine ilişkin kanunlarımızda herhangi bir tanım yer almasa da doktrinde bazı yazarlarca çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bu bağlamda,

²⁰² Özdemir, s. 131.

Helvacı'ya²⁰³ göre; şirket menfaati esas sözleşmede öngörülen amaca öngörülen süre içerisinde ulaşmayı sağlayabilmek amacıyla, esas sözleşmede belirtilen yolları kullanarak, şirketin hukuki ve ekonomik menfaatlerinin birlikte oluşturduğu menfaatler bütünüdür.

Kanaatimizce, şirket menfaati kavramının çerçevesini belirlemek için kanun koyucunun belirli bir tanım yapmaması isabetlidir. Zira şirket menfaati kavramının çerçevesi her bir somut olay özelinde çizilmelidir. Bazı durumlarda şirketin günlük spekülasyon işlemler yapması; bazı durumlarda pay sahiplerinin menfaatini öncellemesi şirket menfaatini sağlamak için gerekli olabilir. Her bir ticari kararda neyin şirket menfaatine olduğuna karar vermek yönetim kurulu üyesinin muhakeme yetkisi içerisinde değerlendirilmelidir.

Şirket menfaatinin bütün kararlarda şirketin ekonomik menfaatine öncelik vermek olarak belirlenmesi şirketi kısıtlı bir alanda faaliyet sürdürmeye mahkûm edebilir. Bu itibarla şirket menfaatini kesin değer yargılar üzerinden tanımlamaya yönelik bütün yaklaşımları reddetmekteyiz. Bir şirketin menfaati günlük spekülasyon işlemleri gerçekleştirmekle sağlanabileceği gibi uzun vadeli planlar çerçevesinde hayata geçirilecek projelerle de gerçekleştirilebilir. Keza aynı şekilde bazı kararlarda belirli pay gruplarının menfaatinin ön plana çıkarılması da şirket menfaatinin gerekli kıldığı bir davranış biçimi olarak görülebilir.

Bize göre şirket menfaati kavramı her bir somut olay özelinde; başta şirket tipi, faaliyet gösterilen sektör, şirketin iş planları ve hedef müşteri çevresi dahil olmak üzere pek çok kritere göre belirlenmelidir. Kanaatimizce şirket menfaatini belirlerken en önemli kıstas sürdürülebilirlik olmalıdır; bütün menfaat sahipleri arasında sürdürülebilir bir denge kurulması şirket menfaatinin sağlanması noktasında en optimal çözümdür. Öte yandan, TBK m. 506/2'nin ticaret hukuku alanındaki yansıması niteliğindeki TTK m. 396/1 bağlamında şirket menfaati kavramının

²⁰³ Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu ve İsmail Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirketler Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, 2017, s. 312.

çerçevesi belirlenirken; TBK m. 506/2 hükmü uyarınca vekilin haklı menfaati kavramının çerçevesini çizen borçlar hukuku doktrininden de yararlanılabilecektir.

ii. Dürüstlük Kurallarına Uymak

Sadakat yükümlülüğünün ikinci unsuru ise dürüstlük kurallarına uymaktır. Dürüstlük kurallarına uymak yükümlülüğü kaynağını MK m. 2’de bulmaktadır. Buna göre: “*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” Kişiler için kanun maddelerinde açıkça yazmasa da genel bir davranış kuralı oluşturan bu hüküm; hak sahiplerini ve borçluları, haklar kullanılırken ve borçlar ifa ederken, hukuk ahlakına bağlı kılmaktadır²⁰⁴.

MK m. 2 bağlamında, kişiler, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, orta seviyede, dürüst ve namuslu bir insandan beklenen davranış şekline uymalıdır; ayrıca davranışların, dürüstlük kurallarına uyar nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken ahlak düzeni, sosyal kabuller ve normal görgü kuralları belirleyici olmaktadır²⁰⁵. Bu ölçüler objektiftir. Dolayısıyla MK m. 2’de yer alan dürüstlük kurallarına uyma yükümlülüğü çoğu defa objektif iyiniyet kuralı olarak anılmaktadır.

TTK m. 369/1 hükmünde yer alan sadakat yükümlülüğünde yönetim kurulu üyesine de şirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü getirilmiştir. MK m. 2’nin bütün hukuki ilişkileri ve bu ilişkiler bağlamında alacaklı ve borçlu konumunda bulunan kişileri kapsayıcı niteliği göz önüne alındığında; TTK m. 369/1 hükmünde ayrıca dürüstlük kurallarına uyarak şirket menfaatlerinin gözetilmesi gerekliliğinin belirtilmiş olmasına ne derece lüzum olduğu izaha muhtaç olduğu düşünülebilecektir.

²⁰⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukuku’n Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 166; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2011, n. II, § 9, 9b; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 24. Bası, İstanbul, 2018, n. 850 vd.

²⁰⁵ Tekinay, s. 166.

Fakat sadakat yükümlülüğünün, MK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralının, vekalet sözleşmesi alanına özgü, daha yoğunlaştırılmış özel bir görünümü olduğu göz önüne alındığında²⁰⁶; kanun koyucunun sadakat yükümlülüğünü kaynağını bulduğu MK m. 2 ile bağını kurarak düzenlemesinde kanaatimizce herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

TTK m. 369/1 hükmü ile yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın menfaatlerini korumak için uymaları gereken davranışın sınırları belirlenmiştir. Fakat bu sınır bütün borçların ifasında uyulması gereken asgari davranış ölçütü olan MK m. 2’ye atıf yapılarak belirlenmiştir. Bu itibarla özen yükümlülüğünde yer alan tedbirli yönetici ölçütünden daha aşağıda yer alan bir ölçütün -dürüstlük kuralında nazara alınan kıstasın orta seviyede, dürüst ve namuslu bir insan olması sebebiyle-sadakat borcu için belirlenmiş olduğu söylenebilecektir.

Bu noktada, ETK döneminde basiretli tacir ölçütüyle yönetim kurulu üyeleri için yaratılan ve yönetim kurulu üyelerinin neredeyse sonuç sorumluluğu kapısını aralayan Yargıtay uygulamasının sadakat yükümlülüğü dikeyinde de ortaya çıkmaması için kanun koyucunun bu yönde bilinçli bir tercih yapmış olduğu da iddia edilebilecektir. Fakat her halükârda, sadakat yükümlülüğünün konusunu, duruma göre, bazen bir yapma borcu oluşturabileceği²⁰⁷ ve bu durumda söz konusu yapma borcunun da özenli görülmesi gerekliliği karşısında kanun koyucunun yukarıda ortaya çıkardığımız farazi iradesinin temeldeki kaygıyı tamamen ortadan kaldırır bir nitelikte olmadığı ve hatta sadakat yükümlülüğünün konusunu aktif bir yapma borcu oluşturan durumlarda yönetim kurulu üyesinin dürüstlük kuralı ölçütüne göre mi yoksa tedbirli bir yönetici ölçütüne göre mi değerlendirileceği noktasında da bir belirsizlik yarattığı söylenebilecektir.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün konusunu aktif bir yapma borcu oluşturan durumlarda; yönetim kurulu üyesine söz konusu borcun atfedilebilirliğini ortaya çıkarmak için dürüstlük kuralı ölçütü, ardından söz

²⁰⁶ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 154.

²⁰⁷ *Ibid.*, s. 158.

konusu borcun ifası noktasında ise tedbirli bir yönetici ölçütü uygulanmalıdır. Bir başka ifadeyle, sadakat yükümlülüğü gereği bir yapma borcunun ifasının yönetim kurulu üyesinden beklenebilirliğini dürüstlük kuralı ölçütüne göre değerlendirirken; beklenebilirliğine kanaat getirdikten sonra söz konusu borcun ifasını ise tedbirli bir yönetici ölçütüne göre değerlendirmek makul bir çözüm olacaktır.

C. Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları

1. Genel Olarak

TTT m. 553/1 ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasları belirlenmiştir. Buna göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem ortaklığa hem pay sahiplerine hem de ortaklığın alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır.

a. Kusur Sorumluluğu

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını düzenleyen TTK m. 553 hükmü yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için kusur sorumluluğu prensibini benimsemiştir²⁰⁸.

TTK m. 553'te kusurun derecesi bakımından herhangi bir ayrıma gidilmediği belirtilmiş olsa da²⁰⁹ kanaatimizce, TTK m. 553'de zımnen kusurluluk için hafif ihmali ölçüt olarak belirlenmiştir. Keza, kusurluluk dereceleri arasında bir ayırım yapılmaksızın doğrudan kusura atıf yapılan durumlarda, yapılan atfın hafif ihmali belirttiğinin kabulü isabetli olacaktır. Öte yandan, kusurluluğun derecesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken belirleyici olacaktır.

²⁰⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 590.

²⁰⁹ Sami Karahan, **Şirketler Hukuku**, Konya, 2013, s. 790; Pulaşlı, s. 692.

TTK m. 553'e göre, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuran sebep, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmiş olmasıdır. Yönetim kurulunun yükümlülükleri yukarıda açıklananlar ile yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığı, pay sahiplerini ve alacaklıları koruyucu niteliği olan görev ve yetkilerden oluşur²¹⁰.

Doktrinde bir grup yazarca²¹¹, TTK m. 553 hükmü dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa zarar veren işlem ve eylemlerinin ancak söz konusu yönetim kurulu üyelerinin kusurlarından kaynaklandığının ispatlanması halinde sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, ETK döneminde var olan kusur karinesi TTK'nın mevcut halinde artık ortadan kaldırılmıştır ve ispat yükü davacı üzerinde bırakılmıştır²¹².

MK m. 6 hükmü uyarınca; kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ispat yükü davacı üzerindedir. Fakat TBK m. 112 hükmü ile sözleşmesel bir ilişki içerisinde borcunu gereği gibi ifa etmeyen kişinin, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, davacının zararını gidermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu itibarla MK m. 6'da getirilen genel ispat kuralı; sözleşmesel ilişkiler bağlamında tersine çevrilmiş ve kusursuzluğunu ispatlama yükü davalı üzerine bırakılmıştır.

Yönetim kurulu üyeleri ve anonim ortaklık arasındaki ilişkisinin sözleşmesel niteliği göz önüne alındığında davacıların genellikle yönetim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle sözleşmesel borç ihlaline dayanarak taleplerini yöneltmesi beklenebilecekse de ilgili ihlallerin kaynağının çoğu defa haksız fiil niteliğinde olması sebebiyle, davacıların yönetim kurulu üyelerine karşı haksız fiile

²¹⁰ Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, İstanbul, 2011, s. 273 vd.

²¹¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 590 vd.

²¹² Necdet Uzel, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı", **Sorumluluk Hukuku Seminerler Makaleler 2017**, Hazırlayan: Başak Baysal, 2018, 375-414, s. 395.

dayanan taleplerini de yönetmesi mümkün olabilecektir²¹³. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davalarda sözleşmeye dayanan taleplerle haksız fiile dayanan taleplerin tam yarışma içerisinde olduğu söylenebilecektir²¹⁴.

Bu noktada, yönetim kurulu üyelerine yöneltilen davalarda ispat yükünün davalının mı yoksa yönetim kurulu üyelerinin üzerine mi bırakıldığının anlaşılması TTK m. 553'ün TBK m. 112 ve MK m. 6 ile olan ilişkilerinin incelenmesiyle mümkün olabilecektir. Keza TTK m. 553 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kusurlarını da davacıların ispat etmesi gerektiğini belirten görüş; TTK m. 553 ile TBK m. 112 arasında ispat yükünün paylaşılması açısından bir özel hüküm genel hüküm ilişkisi kurularak TTK m. 553'ün TBK m. 112 karşısında özel hüküm görünümünde olduğunu ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerine karşı yöneltilen taleplerde ispat yükünün TBK m. 112 gereği yönetim kurulu üzerinde değil TTK m. 553 hükmü uyarınca davacı üzerinde olduğunu belirtmektedir²¹⁵. Oysa, kanaatimizce TTK m. 553 hükmü ve TBK m. 112 hükmü aralarında özel hüküm genel hüküm ilişkisi kurulmaya uygun değildirler. Zira, TBK m. 112'nin aksine TTK m. 553 yönetim kurulu üyelerinin kusurluluğu açısından herhangi bir ispat yükü paylaşımı öngörmemektedir. Bu itibarla hükümler arasında -düzenledikleri alanlar bire bir

²¹³ TBK'nın "Sebeplerin yarışması" başlıklı 60'ıncı maddesi uyarınca: "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*". Bu durumda, talebini hem haksız fiile hem de sözleşmeye dayandırabilecek olan davacının, bu iki talepten birini ileri sürebilecektir. Sebeplerin yarışmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Vedat Buz, "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, Ankara, Haziran 2013, 19-57; Oğuzman, Kemal, ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 14. Bası, İstanbul, 2018, n. 826 vd.

²¹⁴ Şirkete karşı sorumluluk bakımından genel hükümler uyarınca kusurun varlığını davacı şirket değil, sözleşmesel ilişki kapsamında borcun gereği gibi ifa etmeyen davalı yöneticinin ispatlaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kendigelen, s. 460;

²¹⁵ **Uzel**, TTK m 553/1'in özgün bir şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmekte, ve bu sebeple, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğu hareketle TBK m. 112'de öngörülen kusur karinesinin uygulanabileceğini savunan görüşü reddetmektedir. Yazar, TTK m. 553'ün özel hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Uzel, s. 395 vd.; Aksi yönde, şirkete karşı sorumluluk bakımından genel hükümler uyarınca kusurun varlığını davacı şirket değil, sözleşmesel ilişki kapsamında borcun gereği gibi ifa etmeyen davalı yöneticinin ispatlaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kendigelen, s. 460.

örtüşmediği için- doğrudan bir özel hüküm genel hüküm ilişkisi kurulması ve dolayısıyla TTK m. 553'e öncelik verilmesi mümkün değildir.

TTK m. 553 hükmü ispat yükü açısından herhangi bir açık düzenleme ihtiva etmemektedir. Bu durum karşısında, genel hükümlerdeki ispat yükü paylaştırılan düzenlemelerin nazara alınması ve ispat yükünün kimin üzerinde olduğu yöneltile talebin kaynağına göre (haksız fiile dayanan mı; yoksa sözleşme ihlaline dayanan mı) belirlenmelidir.

Doktrinde, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin TBK m. 112'nin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalarda bakımından uygulanamayacağını savunan yazarlar, TBK m. 112'de öngörülen kusur karinesinin tarafların iradesi ile değiştirilebilmesi sebebiyle mevzuat ile bunun aksinin öngörülmesinin evleviyetle mümkün olduğunu ve TTK m. 553'deki değişiklik sürecinin kanun koyucunun TBK m. 112 hükmüne bir istisna yaratma iradesinin göstergesi olduğunu ifade etmektedir²¹⁶. Ancak, kanımızca, görüşe dayanak gerekçenin kabulü mümkün değildir. Nitekim, TTK m. 553'te yapılan değişiklik sonrasında hükümden kusur karinesini kaldırılmış olmasının, kusura ilişkin haksız fiil sorumluluğunun benimsenmesi amacını taşıdığı yahut kaldırılması ile ispat yükünün yer değiştirilmeye çalışıldığına ilişkin dayanak bulunmamaktadır. Ayrıca, aynı gerekçe ile, kanun koyucunun, TTK m. 112'nin uygulanmaması yönünde bir iradesi olsaydı, yalnızca kusur karinesini kaldırmak yerine, değişikliği ispat yükünü belirleyecek şekilde açıkça yapacağını savunulması ile TTK m 553'teki değişiklik iradesinin aslında tam olarak sözleşmesel ve haksız fiile dayalı ispat düzenine ilişkin herhangi bir yorum yapmamayı amaçladığı şeklinde yorumlanması gerekecektir. Bu durumda, kanaatimizce, TTK m. 553'te yapılan değişiklik ile TBK m. 112'deki kusur karinesinin uygulanmasının önüne geçen herhangi bir hüküm bulunmadığından, ilgili hükmün uygulanamayacağını savunmak mümkün değildir. Kanaatimizce, TTK m. 553 hükmü kusura ilişkin ispat yükü bakımından bir boşluk içermektedir ve bu boşluk

²¹⁶ Uzel, s. 395. Ayrıca bkz. Kendigelen, s. 260, ispat yükünü yer değiştiren karinenin son tasarıda maddeden kaldırılmasına yönelik yapılan değişikliğin ispatın yöneticilerin üzerine bırakıldığı görüşüne dayanak oluşturabileceğini düşünmektedir. TTK m. 553'te yapılan değişikliklere ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm II.B.

menfaatler dengesi gözetilerek doldurulmalıdır. Bize göre yönetim kurulu üyeleri açısından TBK m. 112 hükmünden sapmayı gerektiren haklı bir menfaat bulunmamaktadır.

Doktrinde, ayrıca, sorumluluğun kaynağının sözleşme değil kanun olduğu gerekçe gösterilerek, TBK m. 112'nin uygulanamayacağı da savunulmaktadır²¹⁷. Ancak, sorumluluğun kaynağının kanun olduğunu görüşünü savunan yazarlar, davalarda tazminat hukukunun genel kaidelerinin uygulanacağına atıfla haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK hükümlerine atıf yapmaktadırlar²¹⁸. Ancak, TBK m. 553'ün özel hüküm olduğu ve hükümde yapılan değişikliklerin TBK m. 112'nin uygulanmasının önüne geçme amacını taşıdığı gerekçelerinin reddi halinde, savunulan bu görüş, aslen "tazminat hukukunun genel kaidesi" olan TBK m. 50 ve TBK m. 112'nin de uygulanabilmesi yönünde yorumlanmalıdır.

Öte yandan, yönetime ilişkin yükümlülükler özelinde, özen borcunun çifte doğası gereği sözleşme ihlalinin ya da hukuka aykırılığın ispatıyla kusurluluğun da kendiliğinden ispatlanmış olacağı yönündeki görüşümüz bu noktada yapılan tartışmaların pratik olarak önemini ortadan kaldırmaktadır.

b. Sorumluluğun Kaynağı

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davalarda sorumluluğun kaynağı davacının sıfatına göre değişiklik arz etmektedir.

Anonim ortaklık ve dolaylı zararları için pay sahipleriyle alacaklılar yönetim kurulu üyelerine karşı gerek sözleşmesel²¹⁹ gerekse haksız fiile dayanan taleplerini ileri sürebileceklerdir.

Öte yandan, pay sahipleri ve alacaklılar doğrudan zararları için yönetim kurulu üyelerine karşı ancak haksız fiil temeline dayanan davaları açabileceklerdir²²⁰.

²¹⁷ Uzel, s. 396

²¹⁸ Uzel, s. 396 vd.

²¹⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 591.

²²⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 591.

c. Farklılaştırılmış Teselsül

TTK, ETK'dan farklı olarak, mutlak teselsül kuralı yerine -adalet düşüncesine ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerine daha uygun olduğu düşünülen-farklılaştırılmış teselsül kuralını kabul etmiştir²²¹.

Farklılaştırılmış teselsül kuralı her üyenin diğer üyelerle birlikte vermiş oldukları zararlar için zararın oluşumundaki katkıları oranında sorumlu tutulmasını ifade etmektedir²²². Bu itibarla, sorumluluğun verilen zararlar kusur arasındaki illiyet bağı ile sınırlandırıldığı belirtilmektedir²²³.

Tam teselsüle nazaran usul ekonomisi açısından da çeşitli faydalar ihtiva eden farklılaştırılmış teselsül kuralı yönetim kurulu üyeleri arasındaki iç ilişkide hüküm ifade edecek bir niteliğin ötesinde doğrudan sorumluluk tavanını sınırlandırdığı için dış ilişkide de anlam ifade etmekte ve bu itibarla tam teselsülün aksine yönetim kurulu üyelerinin birbirlerine karşı rücu etmeleri lüzumunu da bazı istisnai durumlar haricinde ortadan kaldırmaktadır²²⁴.

2. Sorumluluk ve İşadamı Kararı Savunması

İşadamı kararı ilkesi konu olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bölümünde yer alan ve şartları olgunlaşmışsa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını ortadan kaldıran bir savunma kurumudur. Bu itibarla, işadamı kararı

²²¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 591, 591a.; Emin Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul, 2015, s. 105 vd. Ayrıca, farklılaştırılmış teselsüle ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Yördem, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi**, İstanbul, 2018, s. 99 vd.; Bahtiyar, s. 397 vd.

²²² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 591a.

²²³ Akdağ Güney, **Hukuki Sorumluluk**, s. 254.; Çamurca, s. 126 vd.

²²⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yördem, s. 57 vd., 99 vd.

ilkesine dayanan savunmalar, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejimiyle ilgilidir.

ABD Hukuku'nda genel olarak kabul edilen görüşe göre, karine niteliğini haiz olan kurum, işadami kuralı ilkesine dayanan savunma perdesinin somut olay özelinde uygulanmaması davacının kuralın temelini oluşturan koşulların birinin eksik olduğunu ispat etmesi koşuluna bağlıdır. Bu itibarla, işadami kararı ilkesinin koşullarının somut olay özelinde mevcudiyeti karine olarak kabul edilir ve bu koşullardan birinin eksik olduğu ispatlanmadıkça kararın esas yönünden incelenmesine geçilemez.

Türk Hukuku'nda, kanuni karineler ispat yükünü yer değiştiren kurallardandır²²⁵. Kanuni bir karinenin varlığı karşısında iddia eden taraf bir olayın gerçekleştiğini ispatlamakla yükümlü değildir; zira iddia eden tarafın gerçekleştiğini iddia ettiği olay artık kanunen gerçekleşmiş sayılmaktadır²²⁶. Bu durumda, karşı taraf kanunun gerçekleştiğini varsaydığı olayın esasen gerçekleşmediğini ispat edebilir. Bu durumda, kanuni karine çürütülmüş olur.

ABD Hukuku'nda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin davalarda işadami kararı ilkesi tıpkı bir öninceleme sorunu gibi değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, hakimin davanın esasına girebilmesi için işadami kararı ilkesine dayanan savunma perdesinin aralanması gerekir. Türk Hukuku'nda da davanın esasına girilmeden önce dava şartları ve ilk itirazlar incelenir. Bu bağlamda, işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ABD Hukuku'nda olduğu gibi davanın esasına girilmesini engeller mahiyette olabilmesi için; kurumun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları kararlar dolayısıyla kural olarak sorumsuz olmalarını sağlayan bu tarz bir karineye Türk Hukuku kapsamında kanunen açıkça yer verilmiş değildir. Öte yandan, TTK m. 369'un Gerekçesi'ne göre:

²²⁵ Tekinay, s. 192; Serozan, n. I, § 1, 18; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, n. 1042 vd. .

²²⁶ Tekinay, s. 190.

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

Buna göre tedbirli bir yönetici ölçütünün yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararını vermelerine olanak verdiği ve riskin bu karar dolayısıyla doğması ve kararın verilmesi sırasında bazı kurallara riayet edilmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulamayacağı Gerekçe’de belirtilmiştir.

Her ne kadar, TTK m. 369’un Gerekçesi’nde işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların, şartları mevcutsa, uygulama alanı bulabileceği kabul edilmiş olsa da; bu durum işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanının Türk Hukuku’nda uygulama alanı bulmasını tek başına olanaklı hale getirmemektedir. Keza kanunların gerekçeleri kanun metnine dahil olmadığı gibi ancak bir kanun boşluğunun mevcut olması halinde söz konusu boşluğun doldurulması için yol gösterici olabilirler. Bu itibarla, TTK m. 369’un gerekçesi işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların doğrudan Türk Hukuku’nda uygulama alanı bulmasına olanak sağlamasa da yargı uygulamasıyla basiretli bir işadamı ölçütü dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin neredeyse sonuç sorumluluğuna varan sakıncalı uygulamayı ortadan kaldırmaktadır. Bize göre, TTK m. 369’un gerekçesinde işadamı kararı ilkesine sorumluluğun kurucu unsuru olan kusurluluğu ortadan kaldıran bir nitelik atfedilmektedir.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyelerinin verecekleri işadamı kararlarından dolayı ortaya çıkan beklenmedik sonuçlardan dolayı sorumsuz olmalarına olanak sağlayacak işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların Türk Hukuku’nda kabul edilebilirliği meselesinin çözümü; yönetim kurulu üyesi ve anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetiyle ilgilidir. Her ne kadar, Türk Hukuku’nda işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanı kanunen açıkça kabul edilmiş olmasa da yönetim kurulu üyesi ve anonim ortaklık arasında var olduğu kabul edilen

vekalet sözleşmesi, niteliği itibariyle yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı ilkesine benzer bir savunma ileri sürmelerine olanak verecek mahiyettedir.

Yukarıda detaylarıyla aktardığımız üzere, vekalet sözleşmesinde vekilin borcu bir sonuç taahhüdü değil; süreç taahhüdüdür. Süreç boyunca vekalet sözleşmesinden doğan borçlarını gereği gibi ifa eden yönetim kurulu üyesi ortaya çıkacak beklenmedik sonuç dolayısıyla sorumlu tutulamaz.

Öte yandan, vekalet sözleşmelerinde vekilin müvekkille olan ilişkisi bağımsız niteliktedir; bu da vekalet sözleşmesinde vekilin -hizmet sözleşmesinde çalışandan farklı olarak- işlerin görülmesi sırasında kendi muhakeme yeteneğine dayanacağını göstermektedir. Bu itibarla, vekalet sözleşmesi vekilin bir muhakeme faaliyeti sürdürmesine de olanak sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle, vekalet sözleşmelerinde vekilin kendi muhakemesine göre hareket etmesi işin doğası gereğidir. Dolayısıyla, gereği gibi sürdürülmüş bir muhakeme faaliyeti neticesinde zarara sebebiyet veren bir kararın verilmesi halinde söz konusu yönetim kurulu üyesinin zaten sözleşme ihlalden söz edilemeyecektir.

TTK m. 369'un gerekçesinde yer alan tedbirli bir yönetici ölçütünün işadamı kararı ilkesine dayanan savunmalara olanak verdiğine yönelik ifadeyle birlikte, vekalet sözleşmesinin sonuca değil sürece odaklanan ve vekilin kendi muhakeme yeteneğine dayanan niteliği göz önüne alındığında; işadamı kararı ilkesinin Türk Hukuku kapsamında da uygulama alanı bulması artık olanaklı gözükmektedir.

Fakat, Türk Hukuku'nda bir yönetim kurulu üyesinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaları bir dava şartı ya da ilk itiraz olarak öne sürerek davanın esasına girilmesinin engelleyen bir koruma perdesinin arkasına gizlenmesi; kurumun, Türk kanunlarında ABD Hukuku'nda olduğu gibi davanın esasına girilmeden aşılması gereken bir karine olarak ele alınmaması dolayısıyla mümkün değildir.

II. TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Genel Olarak

Yukarıda izah edildiği üzere TTK'da işadami kararı ilkesine ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Öte yandan, TTK m. 369'un gerekçesinde ilgili kurumdan bahsedilmiş ve artık yönetim kurulu üyelerinin işadami kararı verebileceğinin altı çizilmiştir. İşadami kararı ilkesinin TTK'da açıkça düzenlenmeksizin sadece Gerekçe'de söz konusu kuruma atıfta bulunulmasının temel sebebinin; ilkenin gelişiminin ve somutlaştırılmasının yargı kararlarına bırakılması düşüncesi olduğu ileri sürülmektedir²²⁷. İlke ABD Hukuku'nda son derece net bir şekilde belirli kriterlerin mevcudiyeti halinde doğrudan tatbik alanı bulmaktadır. Bu uygulama ABD'nin şirketler üzerinde inşa edildiğini kabul eden kapitalist ekonomi ve hukuk politikalarının bir yansımasıdır. Oysa Türkiye'deki hukuk uygulamasında sorumluluk rejiminin unsurlarıyla ilgili net bir ayırım dahi mevcut değildir; çoğu defa zararın varlığı hukuka aykırılığın ya da sözleşme ihlalinin veya kusurluluğun varlığıyla eş tutulmaktadır²²⁸. Son derece karmaşık ve iç içe geçmiş unsurlar üzerine inşa edilen sorumluluk hukukunun birçok koluyla doğrudan ya da dolaylı ilişkisi olan işadami kararı ilkesinin somutlaştırılmasının yargı kararlarına bırakılması ise bize göre, kurumun Türk Hukuku'ndaki tatbik alanını bir hayli sınırlar nitelikte olacaktır.

Bize göre, işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilme imkanı vekalet sözleşmesinin doğası gereğidir ve bu savunmanın ileri sürülebilme

²²⁷ Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, n. 16-74.

²²⁸ Bkz. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 86'da yazar, "özellikle vekalet hukuku öğretisinde çoğu kez TBK m. 390 hükmüne dayalı olarak vekilin özen borcundan (veya yükümlülüğünden) bahsedilse bile, sonraki açıklamalarda "özen borcunun ölçüsü" TBK 390/II'de öngörülen kusura ilişkin özen ölçüsüne bağlanmakta ve bir noktadan sonra vekilin sözleşmeden doğan bir borcu olarak özen ile kusura ilişkin özen birbiriyle karışmakta, kusur ve sözleşme ihlali unsurları arasındaki ayırım silikleşmekte, hatta kaybolmaktadır." demekte ve buna ilişkin doktrinde yer alan birçok örneğe yer vermektedir

olanağı bulunan her durumda zaten bir sözleşme ihlalden ya da hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir.

Kanaatimizce ilkenin somutlaştırılması, özellikle ispat hukuku bağlamında, ETK'nın, TTK Tasarısı'nın ve TTK'nın mevcut halinin değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilebilecektir.

B. Türk Hukuku'ndaki Durum

1. ETK Sistemine ilişkin Değerlendirmeler

ETK döneminde yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanıp yararlanmadığı meselesi genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasıyla ilgilidir. Bu kapsamda, değerlendirmeler ETK döneminde genel olarak basiretli olmaya verilen anlam özelinde yapıldığı için tacir olmanın sonuçları bağlamında yapılmış yorumlar, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ölçütü bağlamında da nazara alınabilecektir²²⁹.

Teknik olarak yönetim kurulu üyelerinin özen borçları için öngörölmüş olan basiretli işadamı ölçütünün; adi vekalet sözleşmelerinde vekil için öngörölmüş mesleğe özgü ortalama borçlunun ortalama davranışı ölçütünün ticaret hukuku alanındaki yansımasıdır. Bu noktada, basiretli işadamı ölçütünün bir vekilin kusurluluğunun tespitinde nazara alınması gereken bir davranış maksimi olduğu belirtilmektedir²³⁰. Kanaatimizce, ETK m. 320'de somutlaşan bu davranış maksimi hem kusurluluğun hem de asıl edim borcuna eklenen bir yan edim yükümlülüğü olarak sözleşme ihlalinin de belirlenmesinde bir fonksiyona sahiptir.

Fakat yönetim kurulu üyesinin kusurluluğunun tespitinde nazara alınması gereken bir davranış maksimi olarak objektifleştirilmiş özen borcu niteliğindeki

²²⁹ ETK döneminde işadamı kararı ilkesinin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bengi, s. 114 vd.

²³⁰ Gümüş, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, s. 1224.

basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü; Yargıtay uygulamasıyla neredeyse objektif özen borcu gibi değerlendirilmiştir²³¹.

Yargıtay'ın bu bağlamdaki yaklaşımı, doktrindeki bir grup yazarın²³²; basiretli bir işadamından beklenen özenin derecesi, mücbir sebebe veya beklenmedik hale dayanan iddiaların pek istisnai durumlarda nazara alınmasını gerektirir görüşüyle paraleldir; bu uygulama dolayısıyla basiretli işadamı ölçütü neredeyse en yüksek derecede özen ölçütüne eşitlenmiş ve kusura dayalı vekilin/tacirin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali almıştır²³³.

Öte yandan, yönetim kurulu üyelerinin muhakeme alanlarını korumaya yönelmiş işadamı kararı ilkesinin ETK ve TTK döneminde tatbik edilirliliği önünde - ispat hukukuna ilişkin olanlar ve basiretli olmaya yüklenen anlam hariç- herhangi bariz bir fark bulunmamaktadır. Yukarıda değindiğimiz üzere, Türk Hukuku'nda işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların kaynağını bulduğu yer vekalet sözleşmesinin niteliğidir.

ABD Hukuku'nda işadamı kararı ilkesinin ele alındığı şekliyle davanın esasına girilmesinde bir savunma perdesi yaratan niteliği; ETK döneminde kurumun kanuni bir dayanağı bulunmadığı ve yargının yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutma eğilimleri dolayısıyla Türk Hukuku'nda ayrıca ortaya çıkmamıştır.

Yargıtay uygulamasıyla yönetim kurulu üyesinin kural olarak sürece odaklanmış sorumluluğu, sonuç alanına genişletilmiştir. Bu genişlemeyle, yönetim kurulu üyesinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaları ileri sürebilmesinin olanağı da fiilen ortadan kaldırmıştır. Bu itibarla, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine uygun davranmaları halinde sorumluluklarını ortadan kaldıran iş

²³¹ Gümüş, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, s. 1230.

²³² Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme**, 3.Baskı, Ankara, 1968 s. 219; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 286.

²³³ Gümüş, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, s. 1230.

adamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanı ETK döneminde herhangi bir uygulama alanı bulamamıştır.

2. Taslak TTK Sistemine ilişkin Değerlendirmeler

TTK Tasarısı'nda yer alan TTK m. 369/3²³⁴ hükmü; yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettiklerini bir karine olarak düzenlemiştir. Bu itibarla yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanının sadece özen yükümlülüğü özelinde kanunen düzenlendiği belirtilebilecektir.

TTK Tasarısı'nda ABD Hukuku'nda olduğu gibi özen, sadakat ve iyiniyet yükümlülükleri açısından kapsayıcı bir karineye değil; sadece özen yükümlülüğü özelinde bir karineye yer verdiği görülmektedir. Bu itibarla, işadamı kararı ilkesinin ABD Hukuku'nda olduğu şekliyle hukuk sistemimize aktarıldığı iddiası kanaatimizce isabetli değildir²³⁵. Yönetim kurulu üyelerinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilmeleri için kanunda ve esas sözleşmede öngörülmüş yükümlülüklerine uygun davranmaları gerekmektedir; bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü dışındaki yükümlülükleri -örneğin, sadakat yükümlülüğünü- bakımından TTK Tasarısı'nda bir karine öngörülmemiştir. Bu nedenle, doktrinde bir grup yazarca TTK m. 369/3 bağlamında ABD Hukuku'ndan farklı olarak sınırlı bir karineye yer verildiği belirtilmektedir²³⁶. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin tamamını kapsayıcı bir karinenin öngörülmemiş olmasının ilkenin tatbik edilmesi açısından herhangi bir fark yaratıp yaratmadığı ise ayrıca tartışılmalıdır. Kanaatimizce, TTK m. 369/3 kapsamında ABD Hukuku'ndan farklı olarak sadakat ve iyiniyetli hareket etme

²³⁴ “Üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir.”

²³⁵ İşadamı kararı ilkesinin, tek başına tedbirli yönetici ölçütünü açıklamaması ve özen ölçüsü bakımından kabul edilmesine ilişkin tespitler için bkz. Göktürk, **İşadamı Kararı**, s. 235.

²³⁶ Özdemir, s. 149 vd.; Ayrıca Türk Hukuku bakımından ilkenin ABD Hukuku'ndakine benzer şekilde uygulanamayacağı, ilk etapta bazı hususların araştırılması ve bu sorulara olumsuz cevap verilmesi halinde ikinci aşama değerlendirmeye geçilmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Göktürk, **İşadamı Kararı**, s. 239.

yükümlülükleri için bir karine öngörülmemiş olması, söz konusu yükümlülüklerle aykırılığın zaten sözleşme ihlali ya da hukuka aykırılık unsurları kapsamında değerlendirilecek olması ve söz konusu yükümlülüklerle aykırılığa ilişkin ispat yükünün zaten davacı üzerinde olması dolayısıyla herhangi bir fark yaratmamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 369/3 kapsamında sadece özen yükümlülüğü için bir karine öngörülmesi ilkenin tatbiki açısından ABD Hukuku'na nazaran daha sınırlı bir uygulama alanı yaratacağı yönünde yorumlanmamalıdır.

Öte yandan, özen yükümlülüğü kapsamında getirilmiş olan karinenin ilkenin Türk Hukuku'na aktarılması noktasında herhangi bir fark yaratıp yaratmayacağı meselesi ise daha karmaşıktır. Yukarıda değindiğimiz üzere, özen yükümlülüğünün çifte doğası gereği, özensizlik, kusurluluğun ötesinde sözleşme ihlali ve hukuka aykırılıkta da belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesinin kusurlu olarak addedilmesine sebep olan özensizliği aynı zamanda yönetim kurulu üyesinin sözleşmeye aykırılığı olarak da ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme ihlalini ispat yükü davacının üzerindeyken; özensizlik dolayısıyla sözleşmeye aykırılığı ispat edecek davacının zaten kusurluluğun belirlenmesiyle ilgili olan özensizliği de kendiliğinden ispat etmiş olacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla, özen borcunun çifte doğası gereği, TTK m. 369/3 kapsamında özenli davranışın karine olarak zikredilmesinin ispat hukuku anlamında fark yaratan bir sonuç doğurmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Zira davacı sözleşme ihlalini ya da hukuka aykırılığı ispat ederken; kusurluluğu da ispat etmiş olacaktır.

Sonuç olarak, TTK Tasarısı'nda yer alan TTK m. 369/3 hükmünde öngörülen karinenin kurumun ABD Hukuku'na benzer bir şekilde tatbik edilmesi noktasında da herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Keza ABD Hukuku'nda karine, yükümlülüklerle aykırılığın ispatlanması aşamasıyla ilgilidir. Türk Hukuku'nda sözleşme ihlali ya da hukuka aykırılığa ilişkin ispat yükünün davacının üzerinde bırakıldığı yapı karşısında; söz konusu karinenin, ilkenin ABD Hukuku'nda olduğu şekilde uygulanması noktasında fark yaratıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

Öte yandan, ilgili karinenin yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının sözleşmeye dayandığı noktada davalı yönetim kurulu üyesine getirilen kusursuzluğu ispat yüküne ne şekilde etki edeceği de ayrıca tartışılmalıdır. Kanaatimizce, özen yükümlülüğüne aykırılığın bir sözleşme ihlali olarak ortaya çıktığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluklarını ispat edebilme olanakları da bulunmamaktadır. Ancak bu durum bir kusursuz sorumluluk hali olarak değil; kusurluluğun bir sözleşme ihlali olarak somutlaşması olarak değerlendirilmelidir. Özenin bir yan edim yükümlülüğü görünümünde ortaya çıktığı sözleşmesel ilişkilerde; asıl edim borcunun gereği gibi ifası ancak özenli bir şekilde davranılarak gerçekleştirilecektir.

Bu noktada, her ne kadar yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen için tedbirli bir yönetici ölçütünün kabulüyle subjektif özelliklerin özensizliğin tespitinde nazara alınamayacağı ileri sürülüyor olsa da vekalet sözleşmesinde vekilin özgün kişiliğine atfedilen önem dolayısıyla vekilin özensizliğinin tespitinde subjektif niteliklerinin de nazara alınması görüşünden yola çıkarak yönetim kurulu üyesine bu kuvvetli sorumluluk prangasından kurtulma olanağı sağlanabileceği düşünülebilir. Kuvvetli şahsi edim borcu doğuran vekalet sözleşmesinde vekilin kişiliğine atfedilen öneme binaen vekilin kendi özgün özelliklerinin müvekkil tarafından bilinerek bu yönde bir atama gerçekleştirildiği ve bu özelliklerinin bir uzantısı olan davranışların özensizlik olarak nitelendirilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Kanaatimizce, kuvvetli şahsi edim borcu doğuran sözleşmelerden olan vekalet sözleşmesinde vekilin kişiliğinin göz ardı edilmesi ancak müvekkilin vekilin borçlarının gereği gibi ifası sürecine tamamen yabancı olduğu ya da vekaletin bir ruhsata tabi olduğu durumlarda mümkün olmalıdır. Bu bağlamda, bütün yönetim kurulu üyelerini kapsayan genel geçer bir yargıya varmaktansa her bir somut olay özelinde ilgili yönetim kurulu üyesinin ve ortaklığın nitelikleri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bir başka ifadeyle, bize göre tedbirli yönetici ölçütü yönetim kurulu üyelerinin subjektif niteliklerinin göz ardı edilmesini her zaman gerektirmeyebilecektir. Faaliyet konusu yönetim kurulu üyesinin belirli bir alanda uzmanlığını gerektirmeyen ve şahsi ilişkiler üzerine kurulu kapalı bir aile şirketinde yönetim kurulu üyesinin özensizliğin tespitinde subjektif

kriterlerin de nazara alınması menfaatler dengesi gözetildiğinde anlamlı olabilecektir. Öte yandan, sübjektif kriterlerin nazara alınması bir özensizliğin ortaya çıkmasını engelliyorsa; bu durum özen borcunun çifte doğası gereği bir sözleşme ihlalinin de ortaya çıkmasını engelleyecektir. Dolayısıyla, sübjektif kriterleri ileri sürerek kusursuzluğu ispatlamak da sözleşme ihlalinin ispatlandığı durumlarda bir anlam ifade etmeyecektir. Sübjektif kriterler zaten sözleşme ihlalinin ispatlanması aşamasında değerlendirilmiş olacaktır. Fakat sözleşme ihlalinin ispatlanmasından evvel yönetim kurulu üyesinin *karşı ispat* kurumu kapsamında sübjektif niteliklerine dayanarak özenli davrandığını ispat edebileceği de aşıkardır.

3. TTK'da Öngörülen Sistemine İlişkin Değerlendirmeler

a. Genel Olarak

TTK, Tasarı'da yer alan birtakım hükümler değiştirilerek yasalaşmış; ardından çıkarılan 6335 sayılı Kanun ile TTK'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerden, özellikle TTK m. 369 ve TTK m. 553 üzerinde yapılanlar, Türk Hukuku'nda iş adamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülüp sürülemediği noktasında yapılan değerlendirmelerin odağında yer almaktadır.

b. 6335 sayılı Kanun'dan Önceki Dönem

TTK'nın yasalaşma sürecinde, TTK Tasarısı'nda yer alan TTK m. 369/3 hükmü kanun metninden çıkartılmış ve TTK m. 553²³⁷ hükmüne yönetim kurulu üyelerinin "kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça" sorumlu olacaklarına ilişkin bir ifade eklenmiştir.

TTK m. 369/3 hükmünün kanun metninden çıkartılmasıyla birlikte işadamı kararına dayanan savunmaların Türk Hukuku'ndaki başlıca dayanak noktasının ve

²³⁷ "Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığı ispatlanmadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar."

yine TTK m. 553'e yapılan eklemeye ilkenin Türk Hukuku'nda uygulanmasında yararlanılabilecek bir diğer hükmün de ortadan kaldırıldığı belirtilmektedir²³⁸.

İşadamı kararı ilkesinin Türk Hukuku'nda uygulanabilmesi için yeterli yasal zemini tam olarak sağlayamayan Tasarı'nın bu şekilde yasalaşmasının; ilkenin Türk Hukuku'nda farklılaştırılarak uygulanabileceğine yönelik varsayımlara dahi yer bırakmadığı; ve ilkenin Türk Hukuku'nda uygulanmasını, tartışmaya yer bırakmayacak şekilde, olanaksız hale getirdiği ifade edilmektedir²³⁹.

Kanaatimizce, işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların öne sürülebilme olanağı, kaynağını, yönetim kurulu üyesi ve ortaklık arasındaki sözleşmesel ilişkide bulmaktadır. İlke, ABD Hukuku'nda sözleşme ihlalinin ispatlanması noktasında ispat yükünü davacı üzerinde bırakmaktayken; Türk Hukuku'nda sözleşme ihlalinin ispat yükü zaten davacı üzerindedir. Kusurluluğa yönelik tartışılarsa, özen borcunun çifte doğası gereği, kusurluluğun zaten sözleşme ihlali olarak somutlaşması ve bu sebeple ispat yükünün davacı üzerinde olması sebebiyle anlamını yitirmektedir.

Bu itibarla, TTK m. 369/3 hükmünün yasalaşma sürecinde kanun metninden çıkartılması ya da TTK m. 553 üzerinde yapılan değişikliğin pratik olarak işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesi noktasında bir etkisi bulunmamaktadır.

²³⁸ Özdemir, s. 156.

²³⁹ Özdemir, s. 156.

c. 6335 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İşadami Kararı İlkesinin Uygulanabilirliği Üzerindeki Etkileri

6335 sayılı Kanun ile TTK m. 553/1 hükmü revize edilmiş ve “yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ifadesi kaldırılarak; “kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde” ifadesi eklenmiştir²⁴⁰.

Değişikliğe ilişkin Adalet Komisyonu raporunda bu değişikliğin amacının Kanun’un yasalaşması sürecinde yönetim kurulu üyeleri üzerinde bırakılan kusurlu olmadıklarını ispat yükünün tekrar davacının üzerine bırakılması olduğu belirtilmiştir²⁴¹.

Doktrinde bu ifadeden yola çıkarak işadami kararı ilkesinin Türk Hukuku’nda uygulanabilmesinin önünün açıldığı ileri sürülmektedir²⁴². Yine aynı ifadeden yola çıkarak, TTK m. 553/1 dolayısıyla, işadami kararı ilkesinin oluşturduğu sonuçlara benzerlik taşıyan sonuçlara ulaşılabileceğinin düşünülebileceği fakat TTK m. 553/1 kapsamında 369/3’te olduğu gibi karinenin bütün unsurlarına (iyiniyetli davranma gibi) yer verilmediği için ilkenin belirgin bir yasal dayanağının olmadığını ileri sürmektedir²⁴³.

Kanaatimizce, TTK m. 553 hükmü ispat yükü bakımından Adalet Komisyonu Raporu’nda ifade edildiği üzere kusurluluğu ispat yükünü davacı üzerinde bırakan bir düzenleme ihtiva etmemektedir²⁴⁴.

²⁴⁰ “Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.”

²⁴¹ “[...] Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlarda kusuru ispat yükü yeniden düzenlenerek kusuru müddeinin ispat edeceği yönünde düzenlemeye gidildiği [...]” 25.06.2012 tarihli, 14 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/630, Sıra Sayısı 303, s. 10.

²⁴² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 582 vd.

²⁴³ Özdemir, s. 157 vd.

²⁴⁴ Aynı yönde bkz. Kendigelen, s. 459-460.

Bu itibarla, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davalarda, talebin dayandırıldığı kurum göz önüne alınarak, TMK m. 6 ve TBK m. 112 hükümlerinde öngörülen ispat yükü dağılımına ilişkin kuralların geçerliliğini koruduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Öte yandan, bu durum yukarıda detaylarıyla açıkladığımız üzere, işadamı kararına dayanan savunmaların kaynağını ortaklık ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki vekalet sözleşmesinin niteliğinde bulunduğu yönündeki görüşümüz gereği, işadamı kararına ilişkin ilkenin Türk Hukuku kapsamında tatbik edilebilirliği noktasında herhangi bir fark yaratmamaktadır.

d. Şirketler Topluluğunda Bağlı Şirketin Sorumluluğu

Özen yükümlülüğüne ilişkin olarak tartışılması gereken başka bir husus ise, şirketler topluluğunda bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne ilişkindir. TTK m. 369/2 uyarınca, şirketler topluluğuna ilişkin TTK m. 203 ila 205 özen ve bağlılık yükümlülüğü açısından saklı tutulmuştur ve böylece hakim ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü açısından farklı kıstaslar getirilmiştir²⁴⁵. TTK m. 203 uyarınca, tam hakimiyetin sağlandığı durumlarda, başka bir ifadeyle bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olduğu durumlarda; *“hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyabilir bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır”*²⁴⁶. TTK m. 203’te gösterilen talimata uyma yükümlülüğüne TTK m. 204 ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, *“Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan*

²⁴⁵ Nurgül Ekecik, **Bağlı Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2018, s. 43; Bozkurt Yaşar, s. 138; Kendigelen, s. 259 vd.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, 2009; Kürşat Göktürk, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, 2015.

veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez”.

Bu durumda, bağlı şirket, tam hakimiyet halinde, topluluk politikaları ile uyumlu hakim şirket talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak, TTK m. 205’te, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir istisna getirilmiştir. TTK m. 205 uyarınca, *“Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar”.*

TTK’nın 203 ila 205’inci maddelerinden anlaşılacağı üzere, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK m. 203 uyarınca verilen talimatlara uyulan haller dışında TTK m. 553 uyarınca belirlenecektir²⁴⁷. Aynı şekilde, TTK m. 203’te verilen talimatların yalnızca topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla bağlı şirket tarafından uygulanması öngörüldüğü için, bu şartı taşımayan talimatlara uyulması durumunda, TTK m. 205’te gösterilen sorumluluk sınırlamasından yararlanmak mümkün olmayacaktır²⁴⁸. Bu noktada, kanımızca, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü, ilgili talimatın TTK m. 203’e göre topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olup olmadığının değerlendirilmek ve TTK m. 204 uyarınca bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyıp taşımadığını incelemek açısından devam etmektedir²⁴⁹.

Kanaatimizce, bağlı yönetim kurulu üyelerinin bir talimat olmaksızın verecekleri; verilmiş olan talimatların TTK m. 203 ve 204’e uygunluğu açısından yapacakları değerlendirme neticesinde verecekleri ve talimatın bağlı yönetim kurulu

²⁴⁷ Kürşat, **Şirketler Topluluğu**, s. 325.

²⁴⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 423 vd.; Kürşat, **Şirketler Topluluğu**, s. 328 vd.; Ekecik, s. 162 vd.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. Ekecik, s. Davacı taraf bakımından yapılan sınırlamalar için bkz. Okutan Nilsson, s. 426 vd.; Kürşat, **Şirketler Topluluğu**, s. 329 vd.

üyelerine bir takdir alanı bırakması durumunda verecekleri ticari kararlar itibariyle işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların öne sürülme imkanı bulunmaktadır.

4. Türk Hukuku'nda İşadamı Kararı İlkesine Dayanan Savunmaların Uygulanma Koşulları

a. Genel Olarak

İşadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların Türk Hukuku'nda kaynağını bulduğu yer yönetim kurulu üyesi ve anonim ortaklık arasındaki vekalet sözleşmesi niteliğindeki hukuki ilişkidir. Vekalet sözleşmesinde karakteristik edim borcu vekilin yükümlendiği belirli bir sonuca ulaşmak için iş görmektir. Bu itibarla, vekalet sözleşmesinden dolayı vekilin müvekkile karşı, kural olarak, belirli bir sonucu elde etme yükümlülüğü değil; o sonuca ulaşmak için elinden geleni yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklı olarak, vekil ve müvekkil arasında bağımsız bir ilişki yaratmaktadır. Dolayısıyla, somut bir vekalet ilişkisinde vekalet amacını yerine getirilmesine yönelik olarak vekilin ne yönde faaliyetlerde bulunacağı vekilin takdirine kalmaktadır²⁵⁰.

Yönetim kurulu ve anonim ortaklık arasındaki vekalet sözleşmesi gereği yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı yükümlendiği asli edim borcu ise ortaklığın yönetimidir. Yönetim borcu kapsamında zaman zaman kanundan doğan yükümlülüklerin ifası söz konusu olabileceken; bazı durumlarda da şirket amacını gerçekleştirmek için yönetim kurulunun takdir yetkisini kullandığı birtakım ticari kararların alınmış olması söz konusu olabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı yükümlendiği yönetim borcu kapsamında alacağı ticari kararlarda takdir yetkisini kullanması durumunda, çeşitli şartların da mevcudiyeti koşuluyla, yönetim kurulu üyesinin işadamı kararı ilkesine

²⁵⁰ Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 359; Yavuz,/Acar/Özen, s. 633; Zevkliler/Gökyayla, s. 601.

dayanan savunma perdesinin arkasına gizlenerek sorumlu tutulamamaları söz konusu olabilecektir. Bir başka ifadeyle, yönetim kurulu üyeleri ortaklığa karşı yükümlenmiş oldukları bütün borçları için değil; sadece yönetim borcu kapsamında takdir yetkisi kullanmaları durumunda işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilmesi ise süreç üzerine odaklanmış yönetim borcu kapsamında takdir yetkisini özenle kullanılmalı; sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmemeli ve emredici bir hükmü veya somut içerikli bir normu ihlal etmemiş olmalıdır²⁵¹.

Bu itibarla, yönetim kurulu üyesinin belli başlı yükümlülüklerine uygun hareket etmiş olması koşuluyla, herhangi bir hukuka aykırılığın ya da sözleşme ihlalinin ortaya çıkmasını engelleyecek ve işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilecektir. Bu noktada, yönetim kurulu üyesinin kararını alırken uyması gereken yükümlülüklerine aykırı davrandığını ispat edecek davacı; işadamı kararı ilkesine ilişkin savunmaları da etkisiz kılabilecektir. Bir başka ifadeyle, sorumluluk davasında hukuka aykırılığı ya da sözleşme ihlalini davacı üzerinde bırakan ispat yükü göz önüne alındığında; işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ayrıca ileri sürülmesi gerekmeyecek ve davalının bu savunma imkanından yararlanıp yararlanamayacağı sözleşme ihlalinin ya da hukuka aykırılığın ispatlanmasına göre belirlenecektir²⁵². Her halükârda, işadamı kararı

²⁵¹ Doktrinde daha az şartın uygulanmasını öngören yazarlar için bkz. Hüsnü Turanlı, “A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, no.1, 2016, s. 88. Yazar, kararların, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı, esas sözleşme ile uyumlu oldu ve iyiniyetli bir şekilde verildikleri takdirde, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmayacağını savunmaktadır.

²⁵² Aksi yöndeki görüş işadamı kararı ilkesine dayanan savunmanın unsurlarının bir kısmının hukuka aykırılığı bir kısmının ise kusurluluğu ilgilendirdiğini ve ispat yükü dağılımının buna göre belirlenmesi gerektiğini; bu bağlamda, ilkenin “emredici bir hükmün veya somut bir normun ihlal edilmemesi” koşulunun hukuka aykırılığı; öte yandan, ilkenin “özen yükümlülüğüne uyum” ve “sadakat yükümlülüğüne uyum” unsurlarının daha çok kusurlulukla ilgili olduğunu belirtmektedir bkz. Altay, s. 378. Kanaatimizce, işadamı kararı ilkesine dayanan savunmanın bütün unsurları, özen yükümlülüğü bakımından kabul ettiğimiz iç içe geçme teorisi gereği,

ilkesine dayanan savunmanın, karşı ispat kurumu devreye sokulmadığı müddetçe davalı tarafından ileri sürülmesine gerek bulunmayacağı düşünülebiyecek olsa da kanaatimizce sorumluluk davasının unsurları bakımından mahkemenin yapacağı incelemede unsurların hangi sıralamayla ele alınacağına dair genel bir kural olmadığı için²⁵³ yine de davalının işadamı kararı ilkesine dayanan savunmayı dilekçesinde öne sürmesi gerekecektir. Fakat mahkemenin usul ekonomisi gereği, öncelikli olarak hukuka aykırılık ya da sözleşme ihlali unsurlarının mevcudiyetini değerlendirmesi isabetli olacaktır. Öte yandan, davacıya yüklenen ispat yükünün ağırlığı gözetildiğinde, ispat yükünü kolaylaştırıcı araçların, ilk görünüş ispatı ve MK m. 2 gereği ispat yükünün yer değiştirmesi imkanının, davacı tarafından kullanılmasının önünde ise bir engel bulunmamaktadır.

Aşağıda incelediğimiz işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesinin koşullarını, ilkeyi dayandırdığımız alan itibariyle, aynı zamanda yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı yönetim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmiş olmasının koşulları olarak değerlendirmek isabetli olacaktır.

b. Takdir Yetkisinin Kullanıldığı Ticari Bir Kararın Mevcudiyeti

hukuka aykırılığı ya da sözleşme ihlalini ilgilendirmektedir. Ayrıca TBK m. 112'nin uygulanamayacağına ilişkin görüş için bkz. Üçüncü Bölüm I.C.1.a.'daki açıklamalar ve Uzel, s. 395 vd.

²⁵³ Altay, s. 377 vd. HMK m. 189/1 uyarınca “*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.*”. Bu bakımdan, ispat hakkının süreye uygun olarak kullanılması için delil ibrazına ilişkin süre sınırlamalarına uymak gerekecektir. Tarafların delillerini dilekçelerinde belirtmeleri, ibrazını ve sunulmasını ise ön inceleme ve tahkikat aşamasında gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, tarafların dilekçelerinde belirtmemiş oldukları delilleri daha sonra yargılamaya getirmesi ancak HMK m. 145 uyarınca mümkündür. HMK m. 145 uyarınca “*Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.*” Bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1591 vd. Bu bakımdan, HMK uyarınca dilekçelerin ve dolayısıyla tüm delillerin tahkikata başlamadan önce sunulmuş olması gerekecektir.

İşadamı kararı ilkesinin uygulanma koşullarından ilki yönetim kurulunun takdir yetkisini kullandığı ticari bir kararın mevcut olmasıdır²⁵⁴. Öğretide, ticari karar kavramı yönetim kurulu veya yöneticiler tarafından alınan bilinçli bir karar olarak tanımlanmaktadır²⁵⁵. Öte yandan, doktrinde, “ticari karar” kavramı, yönetim kurulunun alacağı bütün kararların sanki ticari bir karar değilmiş izlenimi yarattığından bahisle eleştirilmiş ve yerine “işletmeye dair bir karar” kavramının kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁵⁶. Kanaatimizce, “ticari karar” kavramı bilinçli bir iradenin ürünü olarak verilen bütün kararları kapsar bir şekilde tanımlandığı için bu yönde terimsel bir farklılaşmaya gitmeye gerek de bulunmamaktadır; fakat ticari karar kavramıyla karar kavramlarının örtüşmesi dolayısıyla terimsel bir sadeleşmeye gidilerek ticari karar kavramı yerine doğrudan karar kavramı kullanılabilir. Ayrıca işletmeye dair bir karar kavramının kullanılmasının; ilkenin sadece ortaklığın faaliyet alanına girer konular için işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların öne sürülebileceği gerekçesiyle haklı kılınabileceği düşünülebilecektir²⁵⁷. Fakat *ultra vires* temelinde izaha kavuşturulabilecek bu görüş de mevcut TTK sisteminde artık temelini yitirmiştir. İşletme konusu içerisinde yer almayan kararlar bakımından da işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesi kanaatimizce artık olanak dahilindedir. Bu noktada, faaliyet alanı dışında verilen kararların, işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların diğer koşulları arasında yer alan özen yükümlülüğü ile ilişkisi değerlendirilmeli; belki de faaliyet alanı dışındaki kararlar için özen yükümlülüğü ölçütü yükseltilecek uygulanmalıdır.

Bize göre, ticari karar kavramı yönetim kurulu ve yöneticiler tarafından alınan her türlü kararı kapsamaktadır. Zaten belirli yönde bir kararın alınması ya da alınmaması ancak bilinçli bir şekilde gerçekleştirilebilecektir. Bu itibarla, yönetim kurulunun ve murahhasların belirli bir şekilde hareket etme noktasında bilinçli bir iradelerinin bulunmaması halinde zaten ortada bir karar da bulunmamaktadır. Dolayısıyla karar kavramı bilinçlilik unsurunu da kendiliğinden içermektedir.

²⁵⁴ Göktürk, **İşadamı Kararı**, s. 215.; Bozkurt Yaşar, s. 60; Özdemir, s. 53.

²⁵⁵ Altay, s. 380; Özdemir, s. 56.

²⁵⁶ Bozkurt Yaşar, s. 60; Özdemir, s. 60 vd.

²⁵⁷ Bozkurt Yaşar, s. 62.

İhmalen kaynaklanan ve bilinçsiz bir şekilde belirli bir yönde irade oluşturmamak şeklinde vuku bulan karar vermeme hali genellikle yönetim kurulunun sadakat yükümlülüklerin ihlaliyle ilgilidir; ve yönetim kurulunun takdir yetkisi alanını koruyan işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülmesine olanak tanımamaktadır²⁵⁸.

Ticari karar kavramının çerçevesin yönetim kurulu ve murahhaslarca verilecek her türlü karar olarak belirledikten sonra bu çerçeve içerisinde hangi kararların işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesine olanak verdiğini belirlemek gerekirse; bu noktada karşımıza takdir yetkisinin kullanıldığı kararlar çıkmaktadır. Yönetim kurulunun kanunda veya esas sözleşmede belirli bir şekilde hareket etmesinin öngörüldüğü kararlar, zihni bir muhakeme faaliyeti gerektiren takdir yetkisi kullanımına yabancı oldukları için²⁵⁹ işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülmesine de olanak tanımamaktadırlar²⁶⁰.

Sonuç olarak işadami kararı ilkesine dayanan savunmaların ileri sürülebilmesinin ilk koşulu yönetim kurulunun ya da murahhasların takdir yetkisini kullandıkları bir karar almış olmalarıdır.

c. Özen Yükümlülüğüne Uyum

i. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyesinin işadami kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilmesinin belki de en önemli koşulu takdir yetkisini kullanırken tedbirli bir yöneticinin göstereceği özeni göstermesidir²⁶¹.

²⁵⁸ Altay, s. 381; Özdemir s. 56.

²⁵⁹ Kırca, **Yönetim Kurulu**, s. 86.

²⁶⁰ Bozkurt Yaşar, s. 63.

²⁶¹ Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 145, yazar, “ticari muhakeme kuralı” olarak nitelendirdiği işadami kararı ilkesinin, daha hafif bir özen ölçütü getirdiği ve ispat hukuku açısından karinenin uygulanabilmesi için kurucu unsurların açıkça kanunda düzenlenmiş olması gerektiğini savunmaktadır.

Tedbirli yöneticinin göstereceği özen yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisini kullanırken birtakım ilkelere uygun hareket etmesini gerektirir. TTK m. 369'un Gereğesi'nde ABD Hukuku'na paralel olarak, belirtildiği üzere; “*duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez*²⁶².”

Kanaatimizce, özen yükümlülüğüne uygun hareket etmek için ilk olarak alınacak kararla ilgili bir analiz yapılması; ardından, gerekli araştırmaların yapılması ve bilgilerin edinilmesi; devamında, araştırma ve bilgi edinme aşamasında elde edilen birikimin haklı kıldığı kararın verilmesi; son olarak, kararın hayata geçirilmesi aşamasında gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir.

ii. Analiz²⁶³

Kanaatimizce, özen yükümlülüğüne uygun hareket etmek için ilk olarak alınacak kararla ilgili bir analiz yapılması ve alınacak karara ilişkin ortaklığın ne tür beklentileri olduğu ve bu kararın alınmasından önce ne tür bilgilerin edinilmesi gerektiği saptanmalıdır. Şayet bu analiz faaliyeti neticesinde ortaklığın beklentilerine uygun bir sonucun elde edilmeme olanağı bariz bir şekilde belirmişse artık karara ilişkin bir sonraki aşamaya geçerek araştırma ve bilgi edinmeye gerek de bulunmamaktadır.

Bu aşamada, ortaklığın kararın alınmasıyla sağlanacak faydalardan yararlanabilecek konumda olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Analiz faaliyeti zaman zaman bir ön araştırma yapmayı gerektirse de bu araştırma faaliyeti aşağıda incelediğimiz araştırma faaliyetinden kapsam itibarıyla

²⁶² Altay, s. 384.

²⁶³ Bu aşama adi vekalet sözleşmelerinde vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin yapılan değerlendirmelerin ortaklıklar hukuku alanına yansıtılması suretiyle türetilmiştir. Adi vekalet sözleşmelerine ilişkin analiz aşamasıyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Vekilin Özen Borcu, s. 355 vd.

daha dardır. Gerçekten de bazı kararlar niteliği için yapılacak kısa bir araştırma neticesinde, söz konusu kararın ortaklığın beklentilerine uygun düşmediği anlaşılacaktır.

iii. Araştırma ve Bilgi Edinme

Yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü gereği gibi ifası alınacak karara ilişkin gerekli bilgilerin edinilmiş olmasını ve bu bilgilerin doğru bir şekilde kullanılarak kararın oluşturulması suretiyle mümkündür²⁶⁴.

Bu aşama, TTK m. 369'un Gerekeci'sinde somutlaştırıldığı şekliyle; duruma uygun araştırmaların yapılması ve ilgililerden bilgiler alınmasını gerektirir. Araştırma ve bilgi edinme aşamasında, yönetim kurulu tarafından konu özelinde komiteler oluşturup oluşturmadığı, konu özelinde uzmanların görüşlerine başvurup başvurmadığı gibi hususlar önem kazanır²⁶⁵.

Araştırma ve bilgi edinme aşamasında, yönetim kurulu karara ilişkin farklı seçenekleri de ele alacak ve farklı seçeneklerin olası sonuçlarını fayda ve zararlarını mukayese etmek suretiyle değerlendirecektir.

Bu kapsamda edinilecek bilgilerin, yönetim kurulunu ya karara ilişkin riskleri öngörebilecek düzeye getirmesi ya da kendi bilgisinin yetersiz olması sebebiyle bu riskleri öngöremeyeceğinin farkına varacağı bir konuma taşınması gerekmektedir. Yönetim kurulunun karara ilişkin riskleri öngöremeyecek bir konumda olduğunu anlaması halinde uzman görüşüne başvurması gerekmektedir.

²⁶⁴ Özdemir, s. 74 vd.; Bozkurt Yaşar, s. 63 vd.; Altay, s. 384.

²⁶⁵ Altay, s. 384; Özdemir, s. 79 vd.

iv. Kararın Araştırma ve Bilgi Edinme Faaliyetleri Neticesinde Ulaşılan Sonuca göre Verilmesi

Yönetim kurulu araştırma ve bilgi edinme faaliyetleri neticesinde elde edeceği birikime göre bir karar vermelidir. Araştırma ve bilgi edinme faaliyetleri özenle yerine getirilmiş olsa bile bu aşamada elde edilen birikimin haklı kılmadığı bir kararın verilmesi özen yükümlülüğünün gereği gibi ifası olarak değerlendirilemez.

Bu itibarla, araştırma ve bilgi edinme faaliyetleri neticesinde elde edilen bilginin de özenle kullanılması gerektiğinden bahsedilebilecektir. Yönetim kurulu edinmiş olduğu bilgilere göre ulaşılmak istenilen sonucu en kolay bir şekilde sağlayacağına inandığı en güvenli kararı vermekle yükümlüdür.

v. Kararın Özenle Yerine Getirilmesi

Yönetim kurulu tarafından verilen her kararın hayata geçirilmesi kararın verildiği anda gerçekleşmemekte; bazı zamanlarda yönetim kurulunun vermiş olduğu kararın dış dünyada bir anlam ifade etmesi için çeşitli hukuki iş ve işlemlerde bulunmasını da gerektirmektedir. Bu bağlamda, kararın alınması ve hayata geçirilme aşamaları birbirinden ayrılmaktadır.

Bu itibarla, yönetim kurulu tarafından özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı meselesi bazı zamanlarda yukarıda incelediğimiz kararın verilmesini aşamasından sonrasına da sirayet etmektedir. Bazı kararlar niteliği itibariyle verildikleri anda yönetim kurulunun erişim alanından çıksalar da bazı kararların hayata geçirilmesi aşaması yönetim kurulu üyelerinin hala erişim alanları içerisinde kalabilmektedir.

Bu bağlamda, kararın özenle verilmesinden sonra kararın hayata geçirilmesi aşamasının da özenle takip edilmesi gerekmektedir ki böylece kararın beklenmedik bir zarar doğurucu sonuç meydana getirmesi engellenebilsin.

Hatta bazı durumlarda, yönetim kurulunun söz konusu zarar doğurucu sonucu engellemek için özenle vermiş olduğu karardan dönmesi bile gerekebilecektir. Fakat kanaatimizce, bu noktada yeni bir karar alınarak özenle verilmiş karardan dönülebileceği için bu dönme kararının alınmasının yönetim kurulunun bir önceki karara ilişkin özen yükümlülüğü kapsamında değil; tekrar işadamı kararı ilkesinin bütün unsurları göz önüne alınarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Öte yandan, yönetim kurulunun özenle vermiş olduğu karardan dönme kararı vermesi gerekirken; bu dönme kararının olası zarar doğurucu unsurları gözetilerek bilinçli bir dönmeme kararı verilmediği sürece, yönetim kurulunun sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği düşünülebilecektir.

d. Sadakat Yükümlülüğüne Uyum

Yönetim kurulu üyesinin işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanabilmesinin bir diğer koşulu ise sadakat yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olmalarıdır. TTK m. 369/1 hükmünde somutlaştırıldığı şekliyle sadakat yükümlülüğü, yönetim kuruluna ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek borcu yüklemektedir.

Dürüstlük kurallarına uyarak şirket menfaatini gözetmek yükümlülüğü yönetim kurulunun alacağı kararlarda tarafsız ve bağımsız olması ön koşuluna dayanmaktadır. Tarafsız ve bağımsızlık yönetim kurulunun karar alırken ve bu kararı hayata geçirirken salt ortaklığın menfaatini esas almış olmasını; bir başka ifadeyle, ortaklık menfaatini ortaklık ilişkisini çevreleyen diğer tüm menfaatlerin önünde tutmasını, ortaklık menfaatini esaslı referans noktası olarak almasını gerektirir²⁶⁶.

Bu itibarla, sadakat yükümlülüğüne uygun bir şekilde karar alınıp alınmadığını değerlendirme faaliyeti; ilk olarak ortaklık menfaatinin belirlenmesi

²⁶⁶ Altay, s. 380; Özdemir, s. 82 vd.

ardından alınan kararın bu menfaat ile örtüşüp örtüşmediğinin değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilmelidir²⁶⁷.

Öte yandan, TTK'nın çeşitli maddelerinde sadakat yükümlülüğünün birtakım özel görünümüleri de düzenlenmiş vaziyettedir²⁶⁸. Bu noktada, sadakat yükümlülüğünün söz konusu maddelere aykırı davranılması suretiyle ihlal edilmesi halinde; mesele aşağıda inceleyeceğimiz emredici bir hükmün veya somut içerikli bir normun ihlal edilmemesi koşulu içerisinde ele alınmalıdır²⁶⁹.

e. Emredici Bir Hükmün veya Somut İçerikli Bir Normun İhlal Edilmemesi

Yukarıda açıkladığımız üzere işadama kararı ilkesine dayanan savunmadan yararlanmanın ilk koşulu takdir yetkisinin kullanıldığı bir kararın mevcut olmasıdır. Öte yandan, emredici bir hükme ya da somut içerikli bir norma uygun hareket etme yükümlülüğü yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanmasına elverişli değildir²⁷⁰. Bu itibarla, görünüşte takdir yetkisi kullanılarak alınan bir kararın esasında emredici bir hükmü veya somut içerikli bir normu ihlal etmesi söz konusu olabilecektir.

Bu tarz bir ihlalin mevcut olduğu durumlarda, yönetim kurulu üyesinin işadama kararı ilkesine dayanan savunma imkanından yararlanmasına olanak

²⁶⁷ Bağlı ve inancılı yönetim kurulu üyelerinin alacağı kararlarda söz konusu yönetim kurulu üyelerinin temsil ettiği kişilerin menfaatlerinin gözetilmiş olması muhtemeldir [Sıtkı Anlam Altay, s. 382].

²⁶⁸ Görüşmelere Katılma Yasağı (TTK m. 393); ortaklıkla işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395); rekabet yasağı (TTK m. 396) sadakat yükümlülüğünün özel görünüm halleridir bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar I**, n. 585.

²⁶⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. Murat Yusuf Akın ve Muhammed Sulu, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, sayı I, Haziran 2019, s. 169-184.

²⁷⁰ Altay, s. 385; yazar ayrıca İsviçre Hukuku'nda, “emredici bir hükmün ihlal edilmemiş olmasının” işadama kararı ilkesinin unsurları arasında yer almasını; içeriği somut olmayan ve yöneticiye takdir alanı tanıyıp tanımadığı belli olmayan ihlallerde, bu ihlallerin de hukuka aykırılığa yol açmasına rağmen işadama kararı ilkesine dayanan savunmalardan yararlandırılması karşısında çelişkili bulmuştur.; Ayrıca, İsviçre Hukuku'na ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Göktürk, **İşadama Kararı**, s. 229 vd.

bulunmamaktadır. Bu kıstasın aynı zamanda yukarıda yer alan yükümlülükler karşısında bulunduğu konum da önemlidir. Kanaatimizce, emredici bir hükmün veya somut içerikli bir normun ihlal edilmesi olgusu zaten özen ya da sadakat yükümlülüklerin de ihlal edilmiş olması dolayısıyla gerçekleşeceği için böyle bir şartın ayrıca işadımı kararı ilkesine dayanan savunmanın koşulları arasında değerlendirilmesi gerek bulunmamaktadır.



SONUÇ

Yönetim kurulu üyelerinin haklarında açılacak sorumluluk davalarında ortaya çıkan zarardan her halükârda sorumlu tutulmaları; yönetim kurulu üyelerinin pasifleşmesine ve karar almakta çekinik kalmalarına sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple, ABD Hukuku'nda mahkeme içtihatlarıyla *business judgment rule* adı verilen bir ilke geliştirilmiştir.

İşadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin takdir alanlarını korumakta ve belli başlı şartların mevcut olması halinde yönetim kurulunun vermiş olduğu kararların beklenmedik sonuçlarından dolayı sorumlu tutulamamalarını sağlamaktadır.

İlke Türk Hukuku'nda herhangi bir kanun hükmü marifetiyle düzenlenmemiş olsa da doktrinde bazı yazarlar TTK m. 369'un Gerekçesi'ne ve TTK m. 553/1 hükmüne dayandırmak suretiyle işadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların öne sürülmesinin artık Türk Hukuku'nda da mümkün olduğunu ifade etmekte; bazı yazarlarsa TTK m. 553/1 hükmü kapsamında getirilen ispat yükü dağılımının ilkenin Türk Hukuku'nda uygulanması için yeterli olmadığını belirtmektedirler.

Bize göre ABD Hukuku'nda ortaya çıkmış işadamı kararı ilkesine dayanan savunma imkanının temeli halihazırda Türk Sorumluluk Hukuku'nda mevcuttur. İşadamı kararı ilkesine dayanan savunmaların Türk Hukuku'nda dayanağını bulduğu hukuki kurum ise adi vekalet sözleşmeleridir.

Bilindiği gibi üzere adi vekalet sözleşmelerinde vekilin temel yükümlülüğü bir sonuç taahhüdü olarak değil; belirli bir sonucu elde etmek için kendisinden beklenen işleri görmek olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, vekilin sorumluluğu bir sonuç taahhüdü değil; bir süreç taahhüdü gibidir.

Bu kapsamda, belirli bir sonucu elde etmek için elinden geleni yapan vekil; eylemlerini yöneltmiş olduğu sonucun ortaya çıkmamasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. İşte vekalet sözleşmesinin, vekile elde edilemeyen sonuçlardan dolayı herhangi bir sorumluluk yüklenememesini öngören bu yapısı; ABD Hukuku'nda işadami kararı ilkesiyle sağlanmaya çalışılan yönetim kurulu üyesinin almış olduğu kararların beklenmedik sonuçlarından dolayı sorumlu tutulamamasını sağlama amacını zaten yerine getirmektedir.

Dolayısıyla, işadami kararı ilkesine dayanan savunmaları ileri sürebilmek için yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla arasında var olan sözleşmesel ilişki kapsamında yükümlendiği borçlarını gereği gibi ifa etmiş olması yeterlidir.

Öte yandan, ABD Hukuku'nda işadami kararı ilkesinin unsurlarının mevcudiyetini her bir somut olay özelinde karine olarak değerlendirilmesi gözetildiğinde; Türk Hukuku'nda bu yönde bir karineye yer verilmemiş olmasının, ilkenin Türk Hukuku'nda tatbik edilmesi aşamasında ne gibi etkileri bulunacağı akıllarda soru işareti yaratabilmektedir. Fakat Türk Hukuku'nda sözleşme ihlali veya hukuka aykırılığı davacı üzerinde bırakan sistem dolayısıyla ilkenin ayrıyeten karine olarak düzenlenmemiş olması da uygulamada herhangi bir fark yaratmayacaktır.

Bu noktada, kusurluluğu ispat yönünden bir karineye yer verilmesinin ilkenin Türk Hukuku'nda ABD Hukuku'ndakine benzer bir şekilde tatbik edilmesi açısından etkili olabileceği düşünülebilecek olsa da kanaatimizce, özenin çifte doğası gereği, tedbirli bir yöneticinin göstereceği özenin gösterilmemesi hem hukuka aykırılık veya sözleşme ihlali hem de kusurluluğun belirlenmesinde etkili olacağı için bu yönde bir karineye de yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Zaten davacı sözleşme ihlalinin

ya da hukuka aykırılığı ispat ederken; davalının kusurluluğunu da aksi ispatlanamaz bir şekilde ispat etmiş olacaktır.

Bu itibarla, Türk Hukuku'nda işadamı kararı ilkesine dayanan savunmadan anlaşılması gereken yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisini kullandığı kararlar itibariyle anonim ortaklıkla arasındaki sözleşmeden doğan borçlarına uygun hareket etmiş olması ön kabulüdür.

Yönetim kurulu takdir yetkisini kullandığı kararlarda anonim ortaklığa karşı yükümlendiği borçlarını ancak söz konusu kararlar ilgili gerekli araştırma ve bilgi edinme faaliyetini sürdürdükten sonra dürüstlük kuralına uygun olarak şirket menfaatini gözettiği bir karar vererek ve bu kararın ayrıca emredici bir hükmü veya somut içerikli bir normu ihlal etmemesi koşuluyla ifa edebilir. Bu bağlamda, işadamı kararı ilkesinin, takdir yetkisi kullanılan kararlarda yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı yükümlendiği borçlarının gereği gibi ifasının somutlaştırılmasından başka bir şey olmadığı söylenebilecektir.

Yönetim kurulunun bu noktada borçlarını gereği gibi ifa etmediğini ispat yükü ise davacının üzerindedir. İşte bu noktada, ispat yükünü davacı üzerinde bırakan hukuk kuralları ABD Hukuku'nda karine olarak ele alınan işadamı kararı ilkesine benzer bir sonucun Türk Hukuku'nda da ortaya çıkmasını sağlayarak ilkenin Türk Hukuku'nda ayrıca düzenlenmesi gerekliliğini de ortadan kaldırdığı söylenebilecektir. Fakat, Türk Usul Hukuku'nda sorumluluğun unsurlarının ispatlanması açısından ABD Hukuku'ndakine benzer bir öncelik ya da ayırıştırma öngörülmediği için uygulamada işadamı kararı ilkesine dayanan savunmalara dayanmanın ABD Hukuku'nda olduğu gibi davanın esasına girilmesini engelleyen bir niteliği olmayacaktır.

Türk Sorumluluk Hukuku'ndaki temel problem zararın varlığı halinde hukuka aykırılığı ya da kusurluluğu kendiliğinden var kabul eden yargı uygulamasıdır; ilkenin uygulanması yönünde geliştirilecek içtihatlar sorumluluğun unsurları arasında somut bir ayırıştırma yapılmalı ve yönetim kurulu üyelerinin hangi

yükümlülüklerinin işadami kararı ilkesinin hangi unsuru içerisine girdiği belirlenmelidir. Öte yandan, ilkeye ABD Hukuku'nda olduğu gibi usul hukuku perspektifinde de bir işlerlik kazandırmak arzu edilirse -Türk Usul Hukuku'nun yargılamanın seyrine ilişkin kuralları gereği özdeş bir sonuç elde edilemeyecek olsa da- ilke kanunen düzenlenmeli ve ilkenin unsurlarının varlığı belki bir öninceleme meselesi gibi değerlendirilmelidir.



KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2016 (Kısaca “**Yönetim Kurulu**”)

Akdağ Güney, Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2010 (Kısaca “**Hukuki Sorumluluk**”)

Akın, Murat Yusuf ve Muhammed Sulu, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, sayı I, Haziran 2019, s. 169-184

Allen, William T., “Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law”, **CLPE Research Paper Series**, No. 06/2008, 2008

Altay, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul, 2011

Ansay, Teoman, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 1975

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, 2018

Atamer, Yeşim M., **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kurumları**, İstanbul, 1996

Bahar Sayın, Hediye, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul, 2017

Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2019

Bainbridge, Stephen M., **Corporate Law**, Third ed. St Paul, MN, 2015 (Kısaca “**Corporate Law**”)

Bainbridge, Stephen M., "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", **Vanderbilt Law Review**, vol. 57, n. 1, Ocak 2004, s. 83-130 (Kısaca “**Business Judgment Rule**”)

Bengi, Ali, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009

Bozkurt Yaşar, Sevgi, **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması**, İstanbul, 2015

Buz, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, Ankara, Haziran 2013, 19-57

Cahn, Andreas ve David C Donald, **Comparative Company Law : Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA**. Cambridge, 2010

Çamoğlu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, 2007

Çamurca, Emin, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul, 2015

Çelik, İclal, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi Ve Bundan Doğan Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012

Doğrusöz, Hanife, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, İstanbul, 2010

Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, Cilt II, İstanbul, 1988

Eckstein, Asaf ve Gideon Parchomovzky, “Toward a Horizontal Fiduciary Duty in Corporate Law”, **University of Pennsylvania Law School, Institute for Law and Economics, Research Paper No. 18-10**, 2018, s. 4

Ekecik, Nurgül, **Bağlı Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2018

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2014

Göktürk, Kürşat, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2011 (Kısaca “İşadamı Kararı”)

Göktürk, Kürşat, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, 2015
(Kısaca “**Şirketler Topluluğu**”)

Gümüş, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**,
İstanbul, 2001 (Kısaca “**Vekilin Özen Borcu**”)

Gümüş, Mustafa Alper, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/22’de Yer
Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3)
Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, **Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt II**,
İstanbul, 2016 (Kısaca “**Cevdet Yavuz’a Armağan**”)

Hacımahmutoğlu, Sibel, **Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı
Bağlamaya Yetkili Organın (Yönetim Kurulunun) Yetkilerinin
Sınırlandırılmaması**, Ankara, 2016, s. 99

Hacımahmutoğlu, Sibel, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen
Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, **Banka ve Ticaret Hukuku
Dergisi**, C. 31, S.3, 2015 (Kısaca “**Özen Yükümlülüğü**”)

Hamilton, Robert W, Jonathan R Macey, and Douglas K Moll, **The Law of Business
Organizations : Cases, Materials, and Problems**, Twelfth. American
Casebook Series. St. Paul, MN, 2014

Helvacı, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki
Sorumluluğu**, İstanbul, 2001 (Kısaca “**Hukuki Sorumluluk**”)

Helvacı, Mehmet, Emin Çamurcu ve İsmail Türkyılmaz, “Özellikle Anonim Şirketler
Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a
Armağan**, İstanbul, 2017

Hill, Jennifer G. ve Matthew Conaglen, “Directors’ Duties and Legal Safe Harbours:
A Comparative Analysis”, **SSRN Electronic Journal**, European Corporate

Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 351/2017, Sydney
Law School Research Paper No. 17/29, Nisan 2018

İmregün, Oğuz. **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12. Bası, İstanbul, 2001

Karahan, Sami, **Şirketler Hukuku**, Konya, 2013

Karayalçın, Yaşar, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (IV)**, Ankara 1992

Karayalçın, Yaşar, **Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara, 1968

Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, İstanbul, 2012

Kervankıran, Emrullah, “Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu – Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı bir Değerlendirme”, **Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, 2007, C. I, 249-263

Kırca, İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXII Sa. 3, 2004 (Kısaca “Yönetim Kurulu”)

Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara, 2013

Macey, Jonathan R., **Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken**, New Jersey, 2008

MBCA, Official Comment (Resmi Görüş),
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/

[corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf](#) adresinden erişilebilir (Kısaca “**MBCA Resmi Görüş**”)

McMillan, Lori "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", **William and Mary Business Law Review**, vol. 4, no. 2, Nisan 2013, p. 521-574

Oğuzman, Kemal, ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 14. Bası, İstanbul, 2018

Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 24. Bası, İstanbul, 2018 (Kısaca “**Medeni Hukuk**”)

Okutan Nilsson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, 2009

Özdemir, Semih Sırrı, **İşadamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul, 2017

Palmiter, Alan R., **Corporations : Examples and Explanations**, 5th ed., The Examples & Explanations Series., New York, 2006

Paslı, Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, İstanbul, 2004

Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özokes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul, 2019 (Kısaca “**Ortaklıklar I**”)

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2010 (Kısaca “**Ortaklıklar ve Kooperatif**”)

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, İstanbul, 2014

Pulaşlı Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 5. Baskı, Ankara, 2017 (Kısaca “**Şirketler Hukuku**”)

Pulaşlı, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu’nun Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009, C. XXV, S. 1, 27-66 (Kısaca “**Özen Yükümlülüğü**”)

Ribstein, Larry E., “The Evolving Partnership”, **The Governance of Close Corporations and Partnerships**, New York, 2004

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2011

Sharfman, Bernard S., “The Importance of the Business Judgment Rule”, **NYU Journal of Law & Business**, Vol. 14, 2017

Strine, Leo E., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balotti ve Jeffrey M. Gorris, “Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law” **Harvard Law and Economics Discussion Paper**, No. 630, 2009

Sulu, Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, İstanbul, 2019

Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, 2017

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, İstanbul, 2010

Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 2013, İstanbul

Tekinalp, Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, İstanbul, 2011 (Kısaca “**Tek Kişi Ortaklığı**”)

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Medeni Hukuku’n Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 1992

Telman, D.A. Jeremy, “The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation”, **Tulane Law Review**, Vol. 81, 2007

Teoman, Ömer, “Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir Mi?” **BATİDER**, C. XVII, S. 3, Ankara, 1996

Turanlı, Hüsnü, “A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, no.1, 2016, s. 81-92

Uzel, Necdet, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler Makaleler 2017**, Hazırlayan: Başak Baysal, 2018, 375-414

Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsun Nomer Ertan **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2015

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul, 2016

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Ankara, 2015

Yörem, Yılmaz, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, İstanbul, 2018

