

KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ DOĞRULTUSUNDA TÜRK TİCARET
KANUNU TASARISI İLE YÖNETİM KURULLARI KONUSUNDA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Zehra BADAĞ
107615066

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Prof. Dr. Veliye YANLI

2010

KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ DOĞRULTUSUNDA TÜRK TİCARET
KANUNU TASARISI İLE YÖNETİM KURULLARI KONUSUNDA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

AMENDMENTS REGARDING THE BOARD OF DIRECTORS WITH THE
DRAFT TURKISH COMMERCIAL CODE IN ACCORDANCE WITH THE
CORPORATE GOVERNANCE PRINCIPALES

Zehra BADAĞ
107615066

Prof. Dr. Veliye YANLI :

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON :

Yrd. Doç. Dr. Cenktan ÖZYILDIRIM :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 122

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Kurumsal Yönetim
- 2) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
- 3) Türk Ticaret Kanunu
- 4) Yönetim Kurulu
- 5) Anonim Şirket

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Corporate Governance
- 2) Draft Turkish Commercial Code
- 3) Turkish Commercial Code
- 4) Board of Directors
- 5) Joint-Stock Company

ÖZET

Uzun yıllar süren çalışmalar ile oluşturulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari hayatı önemli şekilde etkileyecek değişiklikler yapılması planlanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin kısmı, bu değişikliklerin en belirgin şekilde hissedildiği bölümlerden birini teşkil etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket yönetim kurullarına ilişkin kurallarına kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda getirilen değişikliklerin, kurumsal yönetim ilkelerinin felsefesi de dikkate alınarak incelenmesi de bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anonim şirketler, farklı sermayelerin kâr etme amacıyla bir araya geldiği ancak bu sermayelerin (çoğu zaman büyük sermayedar elinde bulunan) ve bütün pay sahiplerinin her zaman temsil edilme imkânının bulunmadığı bir yönetim, yönetim kurulu, tarafından idare edildiği ticaret ortaklıklarıdır. Kurumsal yönetim ilkeleri, bu yönetimin yalnız belirli grupların değil tüm pay sahiplerinin ve diğer ilgili menfaat sahiplerinin maksimum ortak faydalarına hareket etmelerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu şekilde pay sahipliği değeri en yüksek seviyesine ulaştırılabilecektir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, kurumsal yönetim ilkelerinin bu amacını, ilkelerin felsefesini özümseyerek kanuna yansıtmayı hedeflemiştir.

Çalışmada öncelikle genel olarak anonim şirketler ve kurumsal yönetim bakımından anonim şirket yönetim şekilleri hakkında bilgi verilmiş, kurumsal yönetim kavramı, tarihi gelişimi ve dört temel ilkesi; hakkaniyet, şeffaflık, hesap verebilirlik, sorumluluk, açıklanmaya çalışılmıştır. Ardından, ikinci kısımda, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın yönetim kuruluna ilişkin getirdiği değişiklikler, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri ve mevcut kurumsal yönetim ilkeleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş, kurumsal yönetim ilkelerinin bu değişikliklerdeki etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Amendments, which will affect the commercial life significantly, to Turkish Commercial Code numbered 6762, have been planned to be made with the Draft Turkish Commercial Code that has been prepared after long years of research. The part of Turkish Commercial Code regarding the joint stock corporations is one of the main parts that the effects of such amendments are observed. The analysis of these amendments brought in line with the corporate governance principles, on the board of directors of joint stock corporations, with regards to the philosophy of the corporate governance principles, constitutes the subject of this study.

Joint stock corporations are commercial partnerships, in which various capitals join together in order to gain profit. However, these partnerships are governed by managements, the board of directors, (which are generally controlled by the shareholder holding the highest capital and) in which all the shareholders or capitals may not have the chance to be represented. Corporate governance principals are aiming to secure such management to act in maximum common benefit of not only particular groups but also all the shareholders and other relevant stockholders. Thus, the shareholder value will be maximized. The Draft Turkish Commercial Code intends to reflect such aim of corporate governance principles by harmonizing the philosophy of the principles.

In this study, first, general information regarding the joint stock corporations and corporate governance systems are represented, the four principles of corporate governance; integrity, transparency, accountability, responsibility are tried to be explained. Afterwards, in the second part, the amendments brought by the Draft Turkish Commercial Code, regarding the board of directors are analysed comparatively with the relevant regulations of the Turkish Commercial Code and present corporate governance rules; the role of the corporate governance principles on these amendments are tried to be determined.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	V
KAYNAKÇA.....	ix
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA.....	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ KISIM

Anonim Şirket Kavramı ve Kurumsal Yönetim

I. Anonim şirket kavramı.....	3
A- Tarihi gelişimi.....	4
B- İşlevi.....	7
II. Kurumsal yönetim kavramı.....	10
A- Tarihçesi.....	10
1. Cadbury Raporu.....	12
2. OECD İlkeleri.....	12
3. Sarbenes Oxley Yasası.....	13
4. Kıta Avrupası.....	13
5. Türkiye’de kurumsal yönetim ilkelerinin gelişim süreci.....	14
B- Kurumsal yönetimin tanımı.....	15
C- Menfaat sahipleri kavramı.....	18
III. Kurumsal yönetim sistemleri.....	22
A- İçsel merkezli sistemler.....	23
1. Alman modeli.....	23
2. Japon modeli.....	24
B- Dışsal merkezli sistemler.....	25
IV. Kurumsal yönetim temel ilkeleri.....	28
1. Hakkaniyet.....	28
2. Şeffaflık.....	29
3. Hesap verebilirlik.....	30
4. Sorumluluk.....	30
V. Kurumsal yönetim ve TTK Tasarısı.....	30

İKİNCİ KISIM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Yönetim Kurulu ve Kurumsal Yönetim İlkeleri

I. Anonim şirket ve genel hükümler.....	36
A- Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı.....	37
B- Anonim şirket.....	37

1. Sermaye	41
2. Aşgari kurucu pay sahibi sayısı	43
3. Esas sözleşme	47
4. Emredici hükümler	48
5. Kurucu menfaatleri	52
6. Kurucular beyanı	54
7. İşlem denetçisi raporu	55
8. Eşit işlem ilkesi	57
9. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı	59
II. Yönetim kurulu	60
A- Oluşumu, işlevi, hak ve yükümlülükleri	62
1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri	62
2. Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi	69
3. Sigorta	72
4. Görevden alma	74
5. Yönetimin ve temsil yetkisinin devri	77
6. Özen ve bağlılık yükümlülüğü	80
7. Temsil yetkisi ve kapsam ve sınırları	82
8. Devredilemez görev ve yetkiler	85
9. Riskin erken saptanması ve yönetimi	88
10. Şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi	89
11. Yönetim kurulunun batıl kararları	91
12. Bilgi alma ve inceleme hakkı	95
13. Müzakerelere katılma yasağı	96
14. Mali haklar	97
15. Şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı	98
B- Hukuki sorumluluk	99
1. Kusur sorumluluğu	101
2. Teselsül	101
3. TTK hükümleri	105
4. TTK Tasarısı hükümleri	110
C- Cezai sorumluluk	112
D- Geçici ve son hükümlerdeki ilgili hükümler	116
1. İnternet sitesi	116
2. Elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul	117
Sonuç	119

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
AB Komisyonu	Avrupa Birliği Komisyonu
a.g.e.	adı geçen eser
AlmPOK	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
b.	bent
BK	Borçlar Kanunu
dn.	dipnotu
f.	fıkra
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsv.BK	İsviçre Borçlar Kanunu
m.	madde
MK	Türk Medenî Kanunu
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
SEC	Securities Exchange Commission

SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
SPK İlkeleri	Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri
T.	tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTK Tasarısı, Tasarı	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TÜSİAD	Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development / Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
OECD İlkeleri	OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri
vd.	ve devamı
bkz.	bakınız

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010
(*Sorumluluk*)
- AKDAĞ GÜNEY, Necla Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yeralan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi ile Karşılaştırılması, Hüseyin Ülgen'e Armağan, s. 1207 - 1240, İstanbul 2007
(*Farklılaştırılmış Teselsül*)
- AKTAN, Coşkun Can "Kurumsal Şirket Yönetimi", Kurumsal Şirket Yönetimi: iyi şirket yönetimi için kurallar ve kurumlar, Editör Coşkun Can Aktan, s. 1 – 34, Ankara 2006
- ANSAY, Tuğrul Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005
(*Kontrpuan Denemesi*)
- ANSAY, Tuğrul Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982
(*Şirketler Hukuku*)
- ARARAT, Melsa "Kurumsal Şirket Yönetimi Alanında Genel Durum ve Yaşanılan Sorunlar (Şirketler Açısından)", Kurumsal Şirket Yönetimi Konferansı, editör Ali Tarhan, TCMB Yayınları, s. 81 – 114, Ankara 2003
- ARICI, M. Fatih Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, İstanbul 2008
- ARSLAN, İbrahim Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsil Sorunu, XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 14 Mayıs 1999, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 119 – 147, Ankara 1999
(*Sorumluluk ve Temsil*)
- ARSLAN, İbrahim Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994
(*Yönetim Yetkisi*)
- ARSLANLI, Halil Anonim Şirketler Cilt I Genel Hükümler, İkinci Bası, İstanbul 1959
- ATAMER, Yeşim M. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, Şubat 2001
- ATILHAN, Özen Türk Ticaret Kanunu'na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketler İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2009/4, s. 1949 – 1992, İstanbul 2009

- AYDIN, Alihan Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008
- AYSAN, Mustafa A. Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007
- BAHTİYAR, Mehmet Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2009
(*Ortaklıklar*)
- BAHTİYAR, Mehmet Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996
(*Kayıtlı Sermaye*)
- BAUEN, Marc
VENTURI, Silvio Swiss Board of Directors: organization, powers, liability, corporate governance, Brüksel 2009
- BERLE, Adolf A.
MEANS, Gardiner C. The Modern Corporation and Private Property, ilk olarak 1932’de yayımlanmış basıdan Murray L. Weidenbaum ve Mark Jensen’in önsözü ile tıpkı basım New Jersey 2002.
- BİLGE, M. Emin “Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I, s. 219 – 235, İstanbul 2003.
- BİLGİLİ, Fatih “İnternet ve Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 565 – 588, Ankara 2004
- ÇAMOĞLU, Ersin
POROY, Reha
TEKİNALP, Ünal Ersin Çamoğlu, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, İstanbul 2009
(*ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar*)
- ÇAMOĞLU, Ersin Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle) Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2007
(*Sorumluluk*)
- ÇEVİK, Orhan Nuri Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Bası, Ankara 2002
- DAVIES, Adrian Best Practice in Corporate Governance Building Reputation and Sustainable Success, 2006
- JESS, Digby C. Insurance of Commercial Risks: Law and Practice, London 2001, Third Edition.
- DOMANIÇ, Hayri Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – II, İstanbul 1988
- ERİŞ, Gönen Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler Birinci ve İkinci Cilt, Ankara 2004
(*Ticari İşletme ve Şirketler*)
- ERİŞ, Gönen Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995
(*Anonim Şirketler*)

- EROĞLU, Muzaffer Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler “Single Member Companies in Turkish Law”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 64, s. 1253 – 1268, Nisan 2008
- ESİN, İsmail “Hissedarlar Sözleşmesi”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, Cilt: II Sayı:1, s. 475 – 482, İstanbul 2005
- GÜRBÜZ, Osman
ERGİNCAN, Yakup Kurumsal Yönetim: Türkiye’deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, İstanbul 2004
- HELVACI, Mehmet Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001
(*Hukuki Sorumluluk*)
- HELVACI, Mehmet Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt. I, s. 219 – 232, İstanbul 2001
(*Müteselsil Sorumluluk*)
- İMREGÜN, Oğuz Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak, On Üçüncü Bası, İstanbul 2005
(*Kara Ticaret Hukuku Dersleri*)
- İMREGÜN, Oğuz Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962
(*Menfaat İhtilafları*)
- İMREGÜN, Oğuz Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 255 – 277, İstanbul 1999
(*Sorumluluk*)
- İZMİRLİ, Yadigar Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001
- KARASU, Rauf Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- KAYA, Arslan Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001
- KAYIHAN, Şaban “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 607 – 634, Ankara 2004
- KENDİGELEN, Abuzer Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXII, Sayı 1-2, s 403 – 433, İstanbul 2004,
- KESKİN, Muhsin “Türk Ticaret Kanunu Taslağında Kurumsal Yönetim İlkeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83 Sayı 2009/2, s. 773 – 785, İstanbul 2009

- KIM , Kenneth A.
NOFSINGER, John R. Corporate Governance, 2007
- KUBİLAY, Huriye Anonim ve Limited Şirketler Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 537 – 562, İstanbul 2003
- KURT, Gülizar
DEMİR, Gönenc TTK Tasarısı'nda Profesyoneleşme ve Vekalet Teorisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 60 – 66, Mayıs 2006
- KULA, Veysel Kurumsal Yönetim: Hissedar Korunması Uygulamaları ve Türkiye Örneği/İstanbul 2006
- MALLIN, Christine A. Corporate Governance, New York 2004
- MILLSTEIN Raporu Corporate governance: improving competitiveness and access to capital in global markets : a report to the OECD / by the Business Sector Advisory Group on Corporate Governance, OECD, Paris 1998.
- MONKS, Robert A.G.
MINOW, Nell Corporate Governance, Third Edition, 2005
- MOROĞLU, Erdoğan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı: Başlangıç, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri ve Son Hükümler'e İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2005
(Öneriler)
- MOROĞLU, Erdoğan Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, Şubat 2003
(Sermaye)
- MOROĞLU, Erdoğan “Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, Cilt: II Sayı:1, s. 341 – 352, İstanbul 2005
(Genel Değerlendirme)
- NOMER, Füsun Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999
- OBA, Beyza
GÖKAKIN, Zeynep
ATAKAN, Serap Turkish Management Culture and Corporate Governance: A Comperative Study, Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği ve İstanbul Bilgi Üniversitesi
- OĞUZMAN, M. Kemal
ÖZ, M. Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009
- OKUTAN NILSSON, Gül Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004
(Pay Sahipleri Sözleşmeleri)
- OKUTAN NILSSON, Gül Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009
(Şirketler Topluluğu)

- OKUTAN NILSSON, Gül Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s.563 – 601, İstanbul 2003
(Birikimli Oy)
- OKUTAN NILSSON, Gül Corporate Governance in Turkey, European Business Organization Law Review 8, s.195-236, T.M.C. Asser Press, 2006
(Corporate Governance)
- ÖZDAMAR, Mehmet Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005
- ÖZKORKUT, Korkut Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007
(Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri)
- ÖZKORKUT, Korkut Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996
(Kararların İptali)
- PASLI, Ali Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, İstanbul 2005
- PricewaterhouseCoopers Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Geleceği Hazırlayan Bir Düzenleme, İstanbul 2007
(PWC)
- PULAŞLI, Hasan Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası'dan 9. Tıpkı Baskı, Adana 2009
(Şirketler)
- PULAŞLI, Hasan Corporate Governance Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003
(Corporate Governance)
- REİSOĞLU, Safa Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmi Birinci Bası, İstanbul 2010
- SHORT, Helen
KEASEY, Kevin "Institutional Shareholders and Corporate Governance in the US", Kevin Keasey, Steve Thompson, Mike Wright, Corporate governance: accountability, enterprise, and international comparisons, s. 61 – 96, İngiltere 2005
- SOLOMON, Jill
SOLOMON, Aris Corporate Governance and Accountability, New York 2004
- STAPLEDON, G. P. Institutional Shareholders and Corporate Governance, New York 1996
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H. Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler, BATİDER, Cilt 24 No. 1-2, s. 163 – 216, Haziran 2007.
- TBB Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I – II – III, Ankara 2008
(TTK Tasarısı Toplantıları)

- TEKİL, Fahiman Şirketler Hukuku II. Cilt Anonim Şirketler, İkinci Bası İstanbul 1978
- TEKİNALP, Ünal Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, s. 227 – 252, Ankara 2003
(*Dinamikler*)
- TEKİNALP, Ünal Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 2, s. 635 – 652, İstanbul 2008
(*TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı*)
- TEKİNALP, Ünal Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965
(*Tüzel Kişilerin Temsili*)
- TEKİNALP, Ünal “Şirketler Hukukunda Yeni Gelişmeler”, Doğan Yayın Holding Kurumsal Yönetim Konferansı 2006, Kurumsal Yönetimde Trendleri Konuşmak, s. 24 – 30, İstanbul 2006
(*Trendleri Konuşmak*)
- TEKİNALP, Ünal Ticaretin Felsefesi, Ünal Tekinalp ile Röportaj, Business Week Özel Sayı, s. 46 – 53, Aralık 2008
(*Tekinalp ile Röportaj*)
- TEKİNALP, Ünal Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı’nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi Sayı 4, s. 12 – 17, Ağustos 2005
(*Kuramsal ve Dogmatik Düzen*)
- TEKİNALP, Ünal Erişim Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXIII, Sayı 4, s. 5 – 12, Aralık 2006.
(*Erişim Hakkı*)
- TÜRK, H. Sami “Tasarı Hakkında Genel değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II Sayı: 1, s. 328 – 340, İstanbul 2005
- TÜSİAD Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005
- ÜNAL, O. Kürşat Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999
- YANLI, Veliye Zulässigkei der Einpersonen-Aktiengesellschaft im Hinblick auf ihre Existenz und Gründung, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Cilt XXXII, No. 48, s. 199 – 205, İstanbul 1998
(*Einpersonen-Aktiengesellschaft*)
- YANLI, Veliye Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005
(*Kamunun Aydınlatılması*)

- YANLI, Veliye Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Sermaye Şirketleri Reformu Semineri (İTO), s. 45 – 66, İstanbul 2007
(*Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Tasarı*)
- YANLI, Veliye İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü" İlkesi ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHFM, C.LV, s.3, İstanbul 1997
(*Münhasır Yetkiler*)
- YANLI, Veliye Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000
(*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*)
- YILDIZ, Şükrü Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004
- YURTOĞLU, B. Burçin "Kurumsal Yönetimde Hukuk Sistemleri ve İktisadi Aktörlerin Ekonomik Performansa Etkileri", Kurumsal Şirket Yönetimi İyi Şirket Yönetimi İçin Kurallar ve Kurumlar, Editör: Coşkun Can Aktan, s. 129 – 146, Ankara 2006.
- WESTON, J. Fred
MITCHELL, Mark L.
MULHERIN, Herold Takeovers, Restructuring and Corporate Governance, New Jearsey 2007

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA

- Türkiye Küresel Rekabet Raporu, s. 55 vd.
ARARAT, Melsa
YURTOĞLU, Burçin
- <http://ref.advancity.net/tr/dokumanlar/bolum3.pdf>
(18 Mayıs 2010)
- Üye Ülkeler tarafından Anlaşmanın 58. Maddesinin ikinci paragrafı uyarınca şirketlerin üyelerinin ve ilgililerinin menfaatlerinin korunması için önlemlerin, bu önlemleri Birlik içerisinde eşdeğer kılma bakış açısıyla, koordinasyonuna ilişkin 9 Mart 1968 tarihli Birinci Konsey Yönergesi 68/151/EEC.
AB 1. Yönerge (68/151/EEC)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0151:EN:NOT>
(18 Mayıs 2010)
- Üye Ülkeler tarafından Anlaşmanın 58. Maddesinin ikinci paragrafı uyarınca şirketlerin üyelerinin ve ilgililerin menfaatlerinin korunması için önlemlerin, bu önlemleri eşdeğer kılma bakış açısıyla, halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin kurulması ve sermayelerinin korunması ve değiştirilmesi konusunda, koordinasyonuna ilişkin 13 Aralık 1976 tarihli İkinci Konsey Yönergesi 77/91/EEC
AB 2. Yönerge (77/91/EEC)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0091:EN:NOT>
(18 Mayıs 2010)
- Tek ortaklı sınırlı sorumlu şirketler için 21 Aralık 1989 tarihli On İkinci Konsey Şirketler Hukuku Yönergesi 89/667/EEC
AB 12. Yönerge (89/667/EEC)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:EN:NOT>
(18 Mayıs 2010)
- Tek ortaklı sınırlı sorumlu şirketler hakkında şirketler hukuk alanında Avrupa Parlamentosu Yönergesi 2009/102/EC
AB Yönergesi 2009/102 /EC (12. Yönergeyi yürürlükten kaldıran metin)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0102:EN:NOT>
(18 Mayıs 2010)
- Avrupa şirketi (SE) hakkında Kanuna ilişkin 8 Ekim 2001 tarihli Konsey Tüzüğü No 2157/2001
AB Tüzüğü No 2157/2001
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R2157:EN:NOT>
(18 Mayıs 2010)
- Cadbury Raporu
- <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>
(18 Mayıs 2010)

- Seperation of Ownership and Controle, 1983. <http://papers.ssrn.com/abstract=94034>
(18 Mayıs 2010)
FAMA, Eugene F.
JENSEN, Michael C.
Hampbell Report http://www.ecgi.org/codes/documents/hampel_index.htm
(18 Mayıs 2010)
- Turkish Management Culture and Corporate Governance: A Comperative Study, Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği ve İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2006 http://www.tkyd.org/files/downloads/bilgi_arastirma.pdf
(*Yönetim Kültürü ve Kurumsal Yönetim*)
OBA, Beyza
GÖKAKIN, Zeynep
ATAKAN, Serap
- OECD İlkeleri <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>
(18 Mayıs 2010)
- The EU Approach to Corporate Governance Essentials and Recent Developments, Şubat 2008, International Finance Corporation, World Bank Group [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/EU+Approach+to+CG/\\$FILE/IFC_EUApproach_Final.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/EU+Approach+to+CG/$FILE/IFC_EUApproach_Final.pdf)
(18 Mayıs 2010)
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>
(18 Mayıs 2010)

GİRİŞ

Son yıllarda özellikle AB müktesebatına uyum çerçevesinde belli başlı kanunlarda değişiklik yapılmakta, bunların ışığında da ikincil düzenlemeler getirilmektedir. 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu¹'nin ardından, özel hukuk alanında, Borçlar Kanunu² ve Türk Ticaret Kanunu³ üzerine yapılan çalışmalar dikkatle izlenmektedir.

TTK'da Tasarı ile yapılan değişiklikler aldığı övgüler kadar eleştirilere de hedef olmakta, bir yandan Türk ticaret hayatında bir devrim niteliği verilirken diğer taraftan derin bir bilgi birikimini bir kenara atmakla itham edilmektedir.

TTK Tasarısı⁴ sekiz yıldan uzun süren bir çalışma sonucunda bugünkü halini alarak TBMM'ye görüşülmek üzere iletilmiştir. Bu süreç içerisinde Tasarı üzerine yapılan görüşmeler, konferans ve toplantılar ile yazılan yazılarda Tasarının oluşumunda geçmişten günümüze gelen bir hukuk mirası olduğu belirtilmekle birlikte, Tasarının aynı zamanda varmak zorunda olduğu hedeflere de dikkat çekilmektedir⁵. Tasarının zorunlu hedefleri Türk işletmelerinin uluslararası arenada rekabet güçlerini korumaları, bilgi toplumu anlamında şeffaflık, sürdürülebilir pay sahipleri demokrasisinin sağlanması, AB müktesebatı ile uyumun sağlanması, Türkiye'nin uluslararası toplum kurallarına uyan ve bu toplumun dilini konuşan bir parçası olması şeklinde sıralanmıştır. Bunların yanında zorunlu hedef niteliği taşımaları bile bazı dinamiklerin de TTK Tasarısı'nın oluşumunda etkili olduğu ifade edilmiştir; kurumsal yönetim kuralları da işte bu dinamikler arasında sayılmıştır⁶.

¹ 4721 s.lı Türk Medeni Kanunu, RG T: 08.12.2001, sayı 24607.

² 818 s.lı Borçlar Kanunu, RG T:08.05.1926, sayı 366.

³ 6762 s.lı Türk Ticaret Kanunu, RG T: 09.07.1956, sayı: 9353.

⁴ Çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla TBMM gündeminde görüşülmektedir. Çevirimiçi <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Mayıs, 2010)

⁵ TEKİNALP, Ünal, Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kurumsal ve Dogmatik Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi Sayı 4, Ağustos 2005, s. 12.

⁶ TEKİNALP Kurumsal ve Dogmatik Düzen s. 12

Hukukun kaynağının hayatın kendisi olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu sebeple, insan ilişkilerinin geçirdikleri evrim hukuk kurallarına da yansımakta, bu gelişmeler, hukuk kurallarına değişiklikleri dayatmaktadır. Hukuk düzeni gelişmeler karşısında bir evrim geçirmekte, yoğrulmaktadır.

Kurumsal yönetim ilkeleri de özellikle anonim şirketler hukukunda, ticari hayatın ihtiyaçları karşısında ortaya çıkmış, zamanla tüm dünyayı etkisi altında bırakmıştır. Anonim şirketlere ilişkin hukuki düzenlemelerde batıda; kurumsal yönetim, şirketler topluluğu ve uluslararası muhasebe standartları olmak üzere üç dinamiğin yönlendirmelerinin görüldüğü ifade edilmektedir⁷. Dolayısıyla TTK'da yapılacak değişiklikler bakımından da kurumsal yönetimin etkisi göz ardı edilememiştir. Tasarının genel gerekçesinde de dünyada ve özellikle Avrupa'da ticaret hukukunu etkileyen öğretiler ve raporların başında sayılmıştır⁸. Aynı şekilde, gerekçede, kurumsal yönetimi ilgilendiren düzenlemelere de dikkat çekilmiştir⁹.

Bu doğrultuda, bu çalışmada da TTK Tasarısı'nın yönetim kuruluna ilişkin hükümlerinin oluşturulmasında kurumsal yönetim ilkelerinin etkileri irdelenecektir.

⁷ TEKİNALP, Ünal, "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 227, N. 1.

⁸ TTK Tasarısı Genel Gerekçesi Çevirimiçi <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Mayıs, 2010) N.88.

⁹ TTK Tasarısı Genel Gerekçe N. 136.

BİRİNCİ KISIM

Anonim Şirket Kavramı ve Kurumsal Yönetim

I. Anonim şirket kavramı

TTK'da verilen tanımdan¹⁰ yola çıkarak anonim şirketlerin iktisadi amaçlara erişmek için tüzel veya gerçek kişilerce oluşturulan bir birleşme türü olduğu düşünülebilir. Ancak ticari ve sosyal hayatın birleşimi, anonim şirket kavramını bu tanımla sınırlamanın mümkün olmadığını göstermektedir. Anonim şirketler ortakları için hedefledikleri iktisadi amaca ulaşmayı sağlayan birer araç olabilirken; bunlar dışında çalışanları, alacaklıları, müşterileri gibi ilgilileri de hem iktisadi hem de sosyal anlamda etkilemektedir. Daha açık biçimde ifade edilecek olursa, anonim şirketler artık sadece ortaklarını değil söz konusu şirketlerle doğrudan ya da dolaylı olarak ilgisi olan gerçek ve tüzel kişileri de etkilemekte ve hatta çok büyük ölçekli anonim şirketlerin toplumun sosyal yapısı üzerinde doğrudan etkileri olduğu kolaylıkla gözlemlenebilmektedir.

Bu durum 2007'nin son çeyreğinde ABD'de başlayıp 2008'de küresel hâl alan ve bu yıl da hâlen etkilerini yaşadığımız krizde çok açık biçimde izlendi ve izlenmeye devam edilmekte. Artık, küresel anlamda tanınır hâle gelmiş Chrysler, Morgan Stanley gibi şirketlerde meydana gelen yönetim değişiklikleri veya mali krizler sadece şirket merkezinin bulunduğu iktisadi ve sosyal çevreyi değil, bu şirketlerin bir şekilde bağ kurduğu diğer şirketleri veya diğer şahısları, dolayısıyla o iktisadi ve sosyal çevreleri de etkilemektedir.

Şirketlerin en temel amacı, kârı olabilecek en yüksek seviyeye çıkartmak ve şirketin devamlılığını sağlamaktır. Şirketler menfaatlerini güvence altına almak, en basit şekliyle daha fazla kâr elde edebilmek için, içerisinde buldukları sosyal

¹⁰ TTK m. 271 "Anonim şirketler iktisadi maksat ve konular için kurulabilirler". Tasarı m. 331'de dili değiştirilmiş olsa da aynı maksatlar korunmuştur.

çevreyi de kendi menfaatlerine uygun şekilde hareket eder hâle getirmeye çalışırlar¹¹. Kimi zaman ülkelerden bile daha fazla sermayeye sahip olan bazı şirketlerin seçimlerde finansman sağlamak, hukuki düzenlemelerin yapımı ve uygulanışı aşamasında etkili olmak ve lobi faaliyetlerinde bulunabilmek için bireylerden çok daha fazla kaynağı ellerinde bulundurduğu görülmektedir¹². Gündemin oluşturulması, kanunların düzenlenmesi ve uygulanmasındaki bu etkileri sebebiyle günümüzde şirketlerin yaptığı işlemlerin sonuçları çok daha fazla alanda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla anonim şirketlerin yalnız ekonomik alanda değil sosyal ve politik alanda da çok fazla işlevinin olduğu görülmektedir¹³.

A- Tarihi gelişimi

Bazı yazarlar çalışmalarında, şirket yapısının, iş hayatında daha önce mevcut formlarla karşılanamayan belli başlı ihtiyaçların karşılanabilmesi için oluşturulduğunu belirtmekte ve onu daha güçlü, tutarlı ve şirket dışındaki güçler tarafından kontrole daha dayanıklı hâle getiren Darwinci bir evrimle geliştiğini ifade etmektedir¹⁴. Şirketlerin tarihi süreçlerinden anlaşıldığı üzere, başta büyük hedeflerle kurulan ve çok rağbet gören şirketlerin batışı ve büyük sermayelerin tamamen yok olması gibi deneyimler, deniz aşırı ülkelerde yatırım yaparak çok zengin olabilecekleri vaatleriyle halktan büyük sermayeler toplayan bu şirketlerin taşıdıkları riski daha net biçimde ortaya koymuş ve sermaye sahiplerinin güvence altına alınması ve sorumluluklarının sınırlandırılması ihtiyacına dikkat çekmiştir. Böylece bugünkü anlamdaki şirketlerin ilk örnekleri ortaya çıkmıştır.

¹¹ Bu durum her zaman toplum düzeninin aleyhine gelişen bir durum değildir; aksine kimi zaman, şirketlerin bu tür baskıları sayesinde yasama ve yürütme organları hantal işleyişlerinden kurtulup günü takip eden düzenlemeler getirebilmektedir.

¹² MONKS, Robert A.G., MINOW, Nell, Corporate Governance, Third Edition, 2005 s. 109.

¹³ PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, İstanbul 2005 s. 6'da dn. 3; ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Bası, Ankara 2002 s. 21.

¹⁴ MONKS / MINOW s. 9.

Tarihi bakımından, bu tür şirketlerin ilk defa 14. yüzyılda görüldüğüne dair bilgiler bulunsa da, doktrinde kesin bir fikir birliğine varılamamaktadır. Ancak modern anlamdaki ilk anonim şirketlerin 16. – 17. yüzyılda görüldüğü genel olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Kaynaklara göre modern anlamda ilk şirketler Hindistan ve Amerika gibi yeni keşfedilen ve hammadde bakımından zengin topraklarda koloniler oluşturmak amacıyla kralların verdiği bir takım imtiyazlarla kurulmuştur. İlk olarak Hollanda'da daha sonra da Fransa, İngiltere ve İsveç'te rastlanan bu şirketler deniz aşırı ticaretle uğraşmışlardır. Bahsi geçen topraklarda koloniler oluşturmak ve ticaret yapabilmek için halktan sermaye toplamaya ihtiyaç duyan şirketlere bu sermayeyi toplamak ve şirketi kurmak için izin de yalnız kral tarafından bir imtiyaz şeklinde verilmiştir. Bu izin usulü *octroi* usulü olarak adlandırılmıştır.

Bu şirketlerin ilk örnekleri Hollanda'da Vereenigde Oost Indische Compagnie, İngiltere'de East India Company, Royal African Company, South Sea Company, Fransa'da Companies des Indes Orientales, Nouvelle Companies des Indes gibi kumpanyalardır.

Bu kumpanyalar o dönemde çok büyük ilgi görmüş ve hızla büyümüşlerdir. Ancak bu hızlı büyüye, büyük batışları da beraberinde getirmiştir. Bu konuda en bilindik örnek İngiltere'deki South Sea Company'nin batışıdır. Öyle ki bu şirket Sabun Köpüğü Kumpanya olarak anılmaya başlanmış ve İngiltere'de bu gibi kamuya zararlı her türlü girişimi yasaklayan 1719 tarihli "The Bubble Act" in ortaya çıkmasına sebep olmuştur¹⁶.

¹⁵ POROY, Reha; Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Ersin Çamoğlu, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, İstanbul 2009 N. 449, ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982 s. 4; TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku II. Cilt Anonim Şirketler, İkinci Bası İstanbul 1978 s.8; ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler Cilt I Genel Hükümler, İkinci Bası, İstanbul 1959 s. 1, DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – II, İstanbul 1988 s. 19, MONKS / MINOW s. 10.

¹⁶ POROY (Tekinalp, Çamoğlu) Ortaklıklar N. 449; TEKİL s. 8'de dn. 5, MONKS / MINOW s. 101.

Bunun ardından İngiltere’de 1844 tarihli Joint Stock Companies Act kabul edilmiştir. Bu kanun ile tüzel kişiliğin tescille kazanılacağı düzenlenerek, bir şirketler sicili kurulması öngörülmüş, bu şekilde aleniyet fikri de şirketler hukuku alanına girmiştir¹⁷. Bu düzenlemenin en önemli özelliği, *octroi* usulünden sonra gelen izin sisteminden de vazgeçilip günümüzde kullanılan normatif sisteme geçilmiş olmasıdır¹⁸. Daha sonra bu düzenlemeyi 1855 tarihli Limited Liability Act, 1856 tarihli Joint Stock Companies Act ve 1875 tarihli değişiklikler izlemiş, böylece sınırlı sorumluluk ilkesi ile *ultra vires* ilkesi de şirketler hukukuna girmiştir.

Fransa’da reform hareketleri ile birlikte değişen anlayış anonim şirketler hukuku alanında değişik düzenlemeler yapılmasına sebep olmuştur. Ardından İngiltere’deki kanuni düzenlemeler Fransa’da 1867 tarihli kanunun çıkarılmasına yol açmış ve normatif sistem kullanılmaya başlanmıştır. Fransa’daki bu akım, zamanla, neredeyse tüm Kıta Avrupası hukuk sistemlerini etkilemiş ve böylece günümüze kadar gelen düzenlemelerin temelleri atılmıştır.

Anonim şirketler tarihi incelendiğinde, İngiltere ve onun sistemini takip eden Amerikan Hukuku ile Fransa ve ondaki düzenlemeleri takip eden Kıta Avrupası Hukuku’nun, Fransa’daki reform hareketleri ile başlayan bu dönemden sonra çok farklılaştığı görülmektedir. Ancak yakın geçmişte ticari hayatın getirdiği

¹⁷ TEKİL s. 8.

¹⁸ TEKİL s. 8, POROY da 1844 tarihli bu düzenlemenin izin sistemini kaldırarak normatif sistemi getirdiğini söylemektedir, POROY (Tekinalp, Çamoğlu) Ortaklıklar N. 450, Ansay ise *octroi* usulünden izin sisteme geçişin ilk defa Fransa’da 18. yüzyılda gerçekleştiğini, İngiltere’deki 1844 yılındaki düzenlemenin izin sistemini getirdiğini, Fransa’daki 1867 yılındaki düzenleme ile de bugünkü normatif sisteme geçiş yapıldığını belirtmektedir, ANSAY, Şirketler Hukuku s. 6.

zorunluluklarla Kıta Avrupası sisteminin İngiliz – Amerikan sistemine doğru yakınlaştığı görülmüştür¹⁹.

B- İşlevi

Kısaca tarihsel gelişimine yer verdiğimiz anonim şirketleri belki de vazgeçilmez kılan en önemli etken, pek çok küçük sermayeyi bir araya getirerek bunların daha kullanışlı ve verimli şekilde ekonomiye katılmasını sağlıyor olmasıdır. Anonim şirketlerin bu özelliği ülke ekonomisi için de oldukça önemlidir²⁰. Bu durum şöyle açıklanabilir; büyük ölçekli yatırımlar için bir büyük yatırımcının hem bütün riski üstlenmesi hem de çok büyük bir meblağı/sermayeyi bir anda ortaya çıkarması gerekir. Oysa anonim şirketlerde pek çok küçük yatırımcı küçük sermayelerini bir araya getirerek bir büyük değer oluştururken her birinin sorumluluğu da getirdikleri sermaye kadar olur. Dolayısıyla, her bir yatırımcının riski kendi yatırım ölçeğinde olacağından risk de dağıtılmış olur. Bu sayede hem

¹⁹ POROY (Tekinalp, Çamoğlu) Ortaklıklar N. 451 vd. Yazar eğilimin Kıta Avrupası sisteminden İngiliz – Amerikan sistemine doğru olmasının sebeplerinden biri olarak küçük tasarrufların birleşerek büyük işler görme ihtiyacını karşılamalarının emniyetli şekilde sağlanabilmesi konusunda İngiliz ve Amerikan sistemlerinin daha başarılı olması olduğunu belirtmektedir. Aynı konuda ARARAT ve YURTOĞLU'nun çalışmasından naklen; “LaPorta, Lopez-De-Silanes, Shleifer ve Vishny'nin (“LLSV”) 1997 ve 1998’de yaptıkları çalışmada hukuk sistemlerinin sermayedar ve yöneticilerin çıkarlarını ne dereceye kadar aynı hizaya getirdiğini belirlemek amacıyla ülkelerin hukuk sistemlerinin kökenini ve gelişimini incelemiştir. LLSV'nin vardığı ve yaygın olarak kabul gören sonuca göre, örfi hukuk (common law) sistemine sahip olan (Anglosakson) ülkeler ve bunların eski kolonileri, hukuk sistemlerinin kökeni Roma hukuku (civil law) olan ülkelere kıyasla küçük yatırımcıları yöneticilerin (karar verme yetkisine sahip olanların) suistimalinden çok daha etkin bir şekilde korumaktadır. LLSV, Roma hukuku içinde İskandinav, Alman ve Fransız sistemlerini birbirinden ayırırlar. Bu farklı hukuk sistemleri içinde Fransız sistemi LLSV'ye göre yatırımcılara en az korumayı sağlarken, İskandinav sistemi ise en etkin korumayı sağlamaktadır.”ARARAT, Melsa, YURTOĞLU, Burçin, Türkiye Küresel Rekabet Raporu s. 68. Çalışmanın devamında yazarlar Kıta Avrupası'ndaki yönetim (kurumsal yönetim) sistemlerinin de giderek Anglosakson sisteme yaklaştığını ifade etmektedirler, s. 80; Veysel Kula da çalışmasında hissedarların en çok korunduğu sistem olarak en çok Anglo-Sakson sistemini daha sonra Alman ve İskandinav Sistemini en az olarak da Fransız sistemini göstermektedir, s. 70.

²⁰ PULAŞLI da anonim şirketlerin ülke ekonomisinde çok önemli yer kapladığı fikrine katılmaktadır, PULAŞLI, Hasan Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 8 . Basıdan 9. Tıpkı Baskı, Adana 2009 s. 181; POROY da bu konuda anonim ortaklıkların kapitalist ve karma ekonomilerde vazgeçilmez üretim araçları olduğunu söylemektedir, POROY (Tekinalp, Çamoğlu) Ortaklıklar N. 441.

riskin paylaşılması mümkün kılınır, hem de tek başına işlevi olmayacak, bir nevi ölü durumdaki sermaye ya da değer piyasaya kazandırılarak canlı hâle getirilir²¹.

Ancak anonim şirketler sisteminin kendi içerisinde dezavantajları da mevcuttur. Sistemin özünde pek çok sermaye sahibinin sermayelerinin bir araya getirilmesi ve bu sermaye kümesini belli bir yönetici grubunun yönetmesi olduğundan, ister istemez denetim zayıflamakta, bunun ötesinde sermayenin yani malın esas sahipleri mülkiyet haklarını kullanamaz hâle gelmektedir²². Modern anonim şirketlerde, yönetim ve sahiplik çoğu zaman birbirinden ayrılmıştır²³. Bu sebeple pay sahipleri ile yöneticiler arasında çıkar çatışması çıkma olasılığı oldukça

²¹ PULAŞLI ve ANSAY bu konuda kitaplarında anonim şirketlerin iktisadi fonksiyonunun ve faydasının üç önemli noktada toplanabileceğini söylemekte: a) sermayenin toplanması, b) sorumluluğun sınırlanması, c) işletmede devamlılık, PULAŞLI s. 182, ANSAY, Şirketler Hukuku s. 2. ÇEVİK de anonim şirketlerin sosyo ekonomik alanda çok önemli olduğunu, sermayenin bir araya toplanması, küçük tasarrufların bir araya getirilerek işletme sermayesine dönüştürülmesi, çeşitli faaliyet dallarına yatırım yapma olanağının sağlanması, sorumluluğun sınırlı olması suretiyle sermayedarı koruması ve süresinin kişi hayatına bağlı olmaması gibi fayda ve avantajlarının olduğunu belirtmektedir, ÇEVİK s. 346.

²² PULAŞLI s. 182, 183.

²³ Modern anonim ortaklıklarda yönetim ve sahipliğin birbirinden ayrılmış olması durumu yabancı literatürde “seperation of ownership and controle” olarak ele alınmaktadır. Bu ayrım halka açık şirketler alanında ilk defa Adolph A. Berle ve Gardiner C. Means tarafından 1932 yılında *The Modern Corporation and Private Property* isimli çalışmalarında ele alınmıştır, MONKS / MINOW s. 112. Doktrinde yönetim ve sahipliğin birbirinden ayrılması sorununun Kıta Avrupası'ndan çok Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi *common law* sisteminin uygulandığı yerlerde geçerli olduğu, dünya genelinde ise ortaklıkların daha çok aile şirketi niteliğinde olduğu da tartışılmaktadır (bu konuda bkz. MALLIN s. 12 ve ayrıca yine MALLIN'in çalışmasında atıf, La PORTA, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. and Vishny, R. (1999), *Corporate Ownership Around the World*, *Journal of Finance* 54) Ancak globalleşme ve ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi ortaklıklar hukuku sisteminin Kara Avrupası hukukunda da giderek *common law* sistemine yaklaşması gibi gelişmeler bu argümanın geçerliliğini zayıflatmaktadır. Bundan başka, sermaye piyasasının henüz yeterince derinleşmediği ve çoğunlukla aile şirketlerinin piyasaya hakim olduğu ülkemizde dahi, SPK düzenlemeleri uyarınca kurumsal yönetim raporu yayımlamak zorunda olan anonim ortaklıkların, bu zorunluluğu yerine getirmek dışında, gerek yabancı yatırımcıyı cezbetmek gerekse piyasadaki kredi alacaklıları gibi diğer aktörlere daha fazla güven vermek amacı ile de raporlara ayrı bir önem verdikleri görülmektedir.

yüksektir²⁴. Bunun yanında, anonim şirketlerin görülmeye başladığı ilk zamanlarda, zengin iş adamları veya aileler gibi, bir şirkete sermaye oluşturabilecek büyüklükte mal varlığına sahip bireyler şirketlerde pay sahibi konumunda olmuştur. Fakat ekonomik hayatın getirdiği yenilik ve kimi zaman zorunluluklarla pay sahibi profili bireysel yapıdan emeklilik fonları, hedge fonları, yatırımcı grupları, sigorta şirketleri, bankalar, finansal kurumlar gibi profesyonel ve kurumsal yapılara dönüşmüştür²⁵. Bu kurumsal yapılar, dolayısıyla, kendi alanlarındaki profesyonel bakış açısını pay sahibi oldukları şirketlerin yönetimine de taşımaya başlamışlardır. Temsil edilme sorunu, yönetim ve sahipliğin birbirinden ayrılması gibi sorunların farkında olan bu kurumsal yapılar birebir yönetimde yer almaya ihtiyaç duymadan, paylarının yani malvarlıklarının değerini korumak amacıyla yönetim üzerinde bir kontrol mekanizması oluşturulması veya mevcut mekanizmanın daha etkin işlemesi gerektiğine dikkat çekmişlerdir. Şirketlerin devamlılığı için de, pay sahiplerinin, kredi alacaklılarının ve özellikle günümüzde şirketlerin en büyük sermaye sağlayıcısı konumundaki kurumsal yatırımcıların şirket yönetimine güveninin sağlanması ve bunun korunması gerekmektedir. Dolayısıyla yönetimdeki grubun kontrolü ve en temelde bu sermaye sahiplerinin mülkiyet haklarının korunabilmesi gerekmekte, bunun için de tam bir şeffaflık ve bağımsız bir denetim sistemine ihtiyaç duyulmaktadır²⁶.

²⁴ Pay sahipleri ile yöneticiler arasında meydana gelmesi muhtemel kabul edilen bu çıkar çatışması sorunu da temsil edilme sorunu (agency problem) olarak tanımlanmaktadır. Yönetim ve sahipliğin birbirinden ayrılması probleminin bir adım ötesini teşkil eden bu sorun (i) Hissedarların kontrolünün zayıf olması halinde varlıkların yöneticiler tarafından ele geçirilmesini veya (ii) hissedar kontrolünün görece olarak güçlü olduğu durumda şirketin değerini artırmayacak, ancak yöneticilere menfaat sağlayacak projelerin kabulü şeklinde iki önemli sorunu içermektedir, GÜRBÜZ, Osman, ERGİNCAN, Yakup, Kurumsal Yönetim: Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, İstanbul 2004 s. 2 dn. 2, HARM, Christian, The Limits of Corporate Governance – An Examination of Manager-Shareholder Problem, September 2000.

²⁵ Kurumsal yatırımcılar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. STAPLEDON, G. P., Institutional Shareholders and Corporate Governance, New York 1996; SHORT, Helen, KEASEY, Kevin, "Institutional Shareholders and Corporate Governance in the US", Kevin Keasey, Steve Thompson, Mike Wright, Corporate governance: accountability, enterprise, and international comparisons, İngiltere 2005; ayrıca MONKS / MINOW s. 129 vd., MALLIN, Christine A., Corporate Governance, New York 2004, s. 63 vd.

²⁶ FAMA / JENSEN s. 5., POROY (Tekinalp, Çamoğlu) Ortaklıklar N. 441.

II. Kurumsal yönetim kavramı

Anonim şirketlerin daha ilk olarak ortaya çıktığı yıllardan itibaren anonim şirketlerin yönetimi üzerine tartışılmaktadır. Yönetimdekilerin özen ve dikkat yükümlülüklerine ilişkin tartışmalara Adam Smith'in dahi çalışmalarında yer verdiği görülmektedir²⁷. Anonim şirketlerin yönetimine ilişkin bu tartışmalar yukarıda da değindiğimiz şeffaf yönetim ve bağımsız denetim tartışmaları ile birlikte günümüzde kurumsal yönetim başlığı altında toplanmaktadır.

A- Tarihçesi

Kurumsal yönetimin tarihçesine göz gezdirdiğimizde, ekonomik hayatı global denilebilecek anlamda etkileyen krizlerin ardından kurumsal yönetim üzerine daha fazla düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Aynı şekilde kurum veya otoritelerin de, çoğu zaman, bir mali skandal, büyük çaplı şirketlerin batışı veya benzer krizlerin ardından kurumsal yönetimle ilgili düzenlemeleri yaptıkları görülmektedir²⁸.

Hissedara yönelik modelin daha baskın olması ve kapitalist sistemin etkinliği sebebiyle kurumsal yönetim ilkeleri de ilk olarak Anglo Sakson sistemde, özellikle 19. yüzyılda Amerika'da tartışılmaya başlanmıştır. 19. yüzyılda Amerika'da eyaletlerin kendi hukuklarında şirket yönetim organlarına, pay sahiplerine verecekleri bir takım yararlar karşılığında oybirliği aranmadan karar alabilmek gibi haklar tanınması şirket yönetimlerinin daha efektif şekilde işler hâle gelmesini sağlamıştır. Daha sonra tanınan bu tür haklar genişletilmiş, bunun sonucunda da sermayenin çok büyük bir kısmı belli başlı kurumsal yapılarda toplanmıştır. Dolayısıyla bu sermayenin yönetimi de sermayenin asıl sahibinden bu kurumsal yapıların yönetiminde bulunan kişilerin ellerine geçmiştir. Sonuç olarak bu pay sahiplerinin haklarının korunması için bu kurumsal yapıların yönetiminde bazı reformlara ihtiyaç duyulmuştur.

²⁷ PASLI s. 17 dn. 29.

²⁸ MALLIN s.19.

Ancak kurumsal yönetimin, bu başlık adı altında düzenli bir sistem şeklinde tartışılmaya başlanmasının daha çok 20. yüzyıl başlarına denk geldiği anlaşılmaktadır. Özellikle 1929 yılındaki Wall Street'te meydana gelen büyük çöküşün ardından modern şirketlerin toplumda değişen yerlerine dikkat çekilmiş²⁹, konuyla ilgili tartışmalar 1990'lı yıllarda hemen hemen tüm dünyaya yayılmıştır³⁰.

20. Yüzyılın son dönemlerinde de “mülkiyet ve kontrol ayrımı” ve “temsil edilme sorunu”³¹ gibi kavramlar şirket yönetimlerinin analizinde kullanılmaya başlanmıştır. Son olarak 1997 yılında başlayan Doğu Asya krizi, ardından 2001 yılında ABD’de Enron ve WorldCom gibi büyük şirketlerin bir anda batışları kurumsal yönetime ve özellikle onun denetimine ilgiyi tekrar toplamış³², yakın geçmişte 2007 yılında ABD’de başlayan ve hâlen etkilerini gördüğümüz son küresel kriz ile de özellikle yöneticilerin sorumluluğu ve denetimi konusundaki tartışmalar yoğunlaşmıştır. Bu gibi krizlerin her birinin ardından şirketlerin kurumsal yönetim sistemleri yeniden gözden geçirilmiş, sermaye piyasalarından hızla uzaklaşan yatırımcının geri kazanılması amaçlanmıştır. Bunun yolunun da bu yatırımcının haklarını gözetme ve savunma yollarından geçtiğini gören düzenleyici kurumlar, yönetimin şeffaflığını ve bağımsız denetimi öne çıkaran düzenlemeler getirmişlerdir. Bu düzenlemelerin arasında küresel anlamda etki doğuran en önemli gelişmeler İngiltere’de 1992 yılında yayımlanan “the Cadbury Committee Report: Financial Aspect of Corporate Governance” (daha sonra *Cadbury Report/Raporu* adıyla anılmaya başlanmıştır), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün ilk olarak 1999 yılında ve daha sonra gözden geçirerek 2004 yılında yeniden yayımladığı OECD İlkeleri ve Amerika’da 2002 yılında kabul

²⁹ GÜRBÜZ, ERGİNCAN s. 16, Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Adolf A. BERLE, Gardiner C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New Jersey.

³⁰ PASLI s. 18.

³¹ Bu kavramlar hakkında açıklama için bkz. dn. 23, 24.

³² PASLI s. 42.

edilen Halka Açık Şirketler Muhasebe Reformu ve Yatırımcıyı Koruma Yasası, daha çok bilinen adıyla *Serbanes-Oxley* Yasası, olmuştur³³.

1. Cadbury Raporu

İngiltere’de 1992 yılında Adrian Cadbury başkanlığındaki komitenin yayımladığı Cadbury Raporu kurumsal yönetim alanında yayımlanan ve dünya çapında ses getiren ilk belgelerdendir. Bu raporda kurumsal yönetim standartlarını iyileştirme, finansal raporlama ile denetime olan güveni artırma gibi hedeflerle İngiltere’deki borsada kote olan bütün şirketlerin uyması zorunlu³⁴ olan bir kodun getirilmesi önerilmiştir. Bu kodun da “uy ya da uyamıyorsan açıkla” (*comply or explain*) prensibini içermesi öngörülmüştür³⁵. Bugün bu rapor ile devamında yayımlanan raporların önerilerine İngiltere’de 1998 yılında kabul edilen Combined Code’da yer verilmiştir³⁶.

2. OECD İlkeleri

OECD İlkeleri ilk olarak 1999 yılında OECD Konseyi’nin talebiyle hazırlanmış daha sonra o dönemde mevcut kurumsal yönetim sistemlerinin eksik ve güçsüz tarafları incelenerek revize edilmiş ve 2004 yılında yeniden yayımlanmıştır. OECD İlkeleri, Cadbury Raporundan farklı olarak “diğer paydaşlara” yer vermiş, çalışanların ve doğrudan çıkar sahipleri olarak da ifade edilen ilgili diğer kesimlerin, şirketin uzun vadeli başarısı ve performansında önemli rol oynadıklarını vurgulamıştır³⁷. Bütün ülkelerde uygulanacak tek tip prensipler getirmek yerine, her ülkenin kendi sistemi içerisine adapte edebileceği, kurumsal yönetim sisteminin temelini oluşturan prensipleri ortaya koymayı amaçlamıştır.

³³ MALLIN s. 28 vd.

³⁴ Rapor borsada kote olmamış veya olma amacı gütmeyen şirketlere de bu prensiplere uygun hareketi ayrıca tavsiye etmiştir.

³⁵ Bu raporun ardından İngiltere’de 1995 yılında Greenbury Raporu ve 1998 yılında Hampbell Raporu yayımlanmıştır. Hampbell Raporu, Cadbury Raporu’na oranla iç kontrolü yani gözetimi daha somutlaştırmıştır, TEKINALP (Dinamikler) s. 231.

³⁶ MALLIN s. 27.

³⁷ OECD İlkeleri Preamble.

Esas olarak halka açık şirketleri hedef alan OECD İlkeleri de, Cadbury Raporu'nda olduğu gibi, diğer şirket formlarını da bu ilkelere uymaya davet etmektedir. OECD İlkeleri; etkili kurumsal yönetim yapısının temelini sağlanması, pay sahibi hakları, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmaları, kurumsal yönetimde ilgililerin rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile yönetim kurulunun sorumlulukları başlıklı altı bölümden oluşmaktadır. Bu ilkeler bağlayıcı olmadıkları halde pek çok ülke tarafından tanınmış ve kendi sistemleri içerisine adapte edilmiştir. Ayrıca getirdikleri prensipler pek çok ülke ve uluslararası statüdeki organizasyon tarafından da kurumsal yönetime ilişkin çalışmalarında temel olarak alınmıştır³⁸.

3. Sarbenes Oxley Yasası

Amerika'da, özellikle Enron ve Worldcom gibi güçlü şirketlerin beklenmedik iflaslarının ardından, bağımsız denetim organlarının güvenilirliğinin sağlanması amacıyla hazırlanan Sarbenes Oxley Yasası da yalnız Amerika'da değil tüm dünyada etki yaratmıştır. Amerikan Sermaye Piyasası Kurumu'na (Securities Exchange Commission) kayıtlı tüm şirketler bu yasanın kapsamı içerisine girmektedir. Yasa özellikle kamuyu aydınlatma ve denetim standartlarına çok sıkı kurallar getirmiştir.

4. Kıta Avrupası

Modern anlamda tartışılan kurumsal yönetim ilkelerinin Kıta Avrupası'ndaki geçmişi de ancak 20. yüzyılın sonlarına kadar gitmektedir. OECD'nin ilkeleri yayımlaması ile birlikte Almanya, Fransa, Rusya gibi devletler de bu ilkelere dayanarak ulusal düzenlemeler getirmişlerdir. Daha sonra, Avrupa Birliği Komisyonu'nun isteği ile oluşturulan High Level Group of Company Law Experts

³⁸ Yunanistan, Çin ve Türkiye ülkelere, Dünya Bankası (WB), Global Kurumsal Yönetim Forumu (GCGF), Uluslararası Kurumsal Yönetim Ağı (ICGN) uluslararası yapılanmalara örnek olarak verilebilir, MALLIN s. 29 vd., Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin hazırlanmasında da OECD İlkeleri dikkate alınmıştır.

tarafından 2002 yılında bir rapor yayımlanmış, bunun ardından AB Komisyonu 2003 yılında Avrupa Birliği'nde şirketler hukukunun modernizasyonu ve kurumsal yönetimin iyileştirilmesi konulu bir eylem planına girilerek “Modernizing Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union—A Plan to Move Forward” başlıklı bir tebliğ çıkartmıştır. Bu eylem planı 2006 yılında gözden geçirilmiştir. Eylem planının oluşturulmasındaki etkenler o dönemlerde gerçekleşen mali krizler, AB üyesi ülkelerdeki şirketlerin iç ve dış piyasalarda daha fazla sınırlar arası ticaret yapma eğilimi gibi durumlar olmuştur. Amaçlanan ise daha modern ve sistematik bir kurumsal yönetim ve şirketler hukuku ortaya koymak, bu sırada en başta pay sahiplerinin haklarını iyileştirmek, kurumsal yatırımcılar düzeyinde daha iyi bilgi akışına olanak tanımak ve borsaya kayıtlı şirketlere yönetim kurulunun yapısında Alman sistemine özgü olan ikili yönetim kurulu sistemi ile tekli yönetim kurulu sistemi arasında tercih hakkı tanımaktır³⁹. Eylem planının ardından AB Komisyonu 2007 yılında iki rapor daha yayımlamıştır. Bu raporlara göre üye devletlerin hepsi AB Komisyonu'nun tavsiyelerine uyarak birer kurumsal yönetim kodu hazırlamış, çoğunluğu da bu kodlarda uy ya da açıkla prensibini esas almıştır⁴⁰.

5. Türkiye’de kurumsal yönetim ilkelerinin gelişim süreci

Türkiye’de sermaye piyasası yeterince derinleşmediği, şirketler ancak çok yakın zamanda aile şirketi olma kavramından uzaklaştığı⁴¹, pek çok şirket hâlen çok az pay sahibi ile varlığını devam ettirdiği için kurumsal yönetim kavramının yerleşmesi de zaman almıştır. Yine de TÜSİAD 2002 yılında “Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi” başlığı altında kurallar yayımlamıştır. Bunun ardından SPK, OECD’nin 1999 yılında yayımladığı

³⁹ Kurumsal yönetim sistemleri ile tekli ve ikili yönetim kurulu sistemleri hakkında bilgi için aşağıda bkz. s. 22 vd.

⁴⁰ The Approach to Corporate Governance, Essentials and Recent Developments, Şubat 2008, International Finance Corporation, World Bank Group, s. 3.

⁴¹ Esasında ülkemizde halka açılmış veya borsaya kote olmuş şirketlerin büyük çoğunluğu hâlen aile şirketi olma özelliklerini devam ettirmektedir.

ilkeleri örnek alan, tavsiye niteliğindeki kurumsal yönetim ilkelerini 2003 yılında yayımlamıştır. OECD'nin 2004 yılında ilkelerinde yaptığı yenileme ardından SPK da kendi ilkelerinde bir gözden geçirme yapmıştır. Son olarak 2005 yılında yayımlanan SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri⁴² hisseleri borsada işlem görmekte olan şirketler için tavsiye edilmiştir. SPK İlkeleri'nde, OECD İlkelerinden farklı olarak Türkiye'deki pay sahibi profili dikkate alınmış ve düzenlemeler daha detaylı hâlde adapte edilmiştir⁴³. Son gelişmeler de TTK Tasarısı ile yaşanmaktadır.

B- Kurumsal yönetimin tanımı

Kurumsal yönetim teriminin dilimize çevrimi Kıta Avrupası Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku sistemleri arasındaki farklılık sebebiyle kolay olmamaktadır. Ancak kurumsal yönetim kavramının dünyada konuşulmaya başlandığı günden bugüne kadar geçirdiği evrim ve ülkemizde de yerleşen anlayış, İngilizce'de "corporate governance" diye adlandırılan bu yönetim ilkeleri sisteminin karşılığını Türkçe'de "kurumsal yönetim" teriminde bulmamızı sağlamaktadır. Ayrıca söyleniş kolaylığı, "kurumsal" teriminin profesyonellik⁴⁴ bakımından bir çağırışım yapması da anlaşılmayı kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple bu çalışmada

⁴² Bu ilkeler SPK tarafından ilk olarak 2003 yılında yayımlanmış olup 2005 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır. Çevirimiçi <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf&submenuheader=null> (Mayıs, 2010)

⁴³ YANLI, Veliye, Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Sermaye Şirketleri Reformu Semineri (İTO), İstanbul 2007 s. 46; SPK İlkeleri Bölüm 1 Giriş Metni.

⁴⁴ PASLI da kurumsal yönetim sisteminin esasını uzmanlaşma ve profesyonelleşme temeline dayanan kurumsallaşmanın teşkil ettiğini söylüyor, PASLI s. 16.

corporate governance teriminin karşılığı olarak “kurumsal yönetim” kullanılacaktır⁴⁵.

Kurumsal yönetimin tanımını yapmak da aynı şekilde zordur. Uygulanan pek çok farklı sistemin oluşu ile birlikte kurumsal yönetimin ilgilendiği alanların genişliği birden fazla tanımın oluşmasına sebep olmaktadır. Başka ifade ile kurumsal yönetim tanımları, tanımı yapan kişinin ona baktığı perspektifte, bu tanımı yaparken göz önüne aldığı disipline, dolayısıyla en temelinde hukuki veya finansal gözden bakılmasına bağlı olarak farklılık gösterebilir.

Kurumsal yönetim Cadbury Raporu’nda “anonim ortaklıkların yönetilme ve denetlenme sistemi”; OECD’nin ilkelerinde “şirketlerin yönetildikleri ve kontrol edildikleri sistem”, Millstein Raporu’nda da “yöneticilerin yönetim kurullarına, yönetim kurullarının da hissedarlara karşı sorumlu olması durumu” şeklinde tanımlanmıştır.

Bunlardan başka bu konuda çalışma yapan pek çok yazarın da kurumsal yönetimin bütün işlevlerini içine alan tanımlamalar yapmaya çalıştığını görüyoruz⁴⁶. Türk hukukundaki tanımlamaların birkaçına göz atacak olursak; TEKİNALP, kurumsal yönetimin hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörölmüş, uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kuralları olduğunu belirtmektedir⁴⁷. POROY, kurumsal yönetimin anonim şirketin

⁴⁵ BAUEN / VENTURI de *corporate governance* teriminin hukuki yorumlamaları kadar işletme yönetimi anlamında da yorumlamalarının bulunduğunu, bir noktada işletme yönetimi alanına el atarken diğer yandan hukuki düzeyde yetkilerin sınırlandırılması, özen borcu, uygulama ve davranış standartları gibi konularla da ilgilendiğini, Anglo-Sakson hukuk sisteminden alınan bütün sorunları kapsadığını bu sebeple Kıta Avrupası hukuk geleneğinde tam bir karşılık bulamadığını belirtmektedir, BAUEN / VENTURI Swiss Board of Directors: organization, powers, liability, corporate governance, Brüksel 2009, s. 291.

⁴⁶ Bu konuda daha detaylı bir incelemeler için bkz. PASLI s. 21 vd.; SOLOMON, Jill, SOLOMON, Aris, Corporate Governance and Accountability, New York 2004, s. 12 vd., Yazarlar bu çalışmalarında ayrıca kurumsal yatırımcılar gözünden, halihazırda yapılmış olan tanımlamalara getirilen yorumları da karşılaştırmalı olarak incelemişlerdir; AKTAN, Coşkun Can, “Kurumsal Şirket Yönetimi”, Kurumsal Şirket Yönetimi: iyi şirket yönetimi için kuralları ve kurumlar, Editör Coşkun Can Aktan, Ankara 2006 s. 2.

⁴⁷ TEKİNALP, Dinamikler, s. 228.

en iyi şekilde yönetilmesine, denetlenmesine, mükemmel uygulamalarla çalıştırılmasına ilişkin normlar veya ulusal ve uluslararası ölçüde iyi ve sorumluluğunun bilincinde yönetim olarak tanımlanabileceğini söylemiştir⁴⁸. PULAŞLI ise bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi aynı zamanda bu sevk ve idarenin şeffaf bir biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili ilkeler olarak tanımlamaktadır⁴⁹. ANSAY, kurumsal yönetim için şirketin en iyi biçimde yönetilmesi için menfaat gruplarını belirleyen ve yöneticiler tarafından onlar arasında ideal bir dengenin kurulmasını şirketin başarısı için temel gören bir akımdır demektedir⁵⁰. TÜSİAD Raporunda en geniş anlamda modern yaşamda insanların bir amaca ulaşmak için oluşturduğu herhangi bir kurumun yönetiminin düzenlenmesi, dar anlamda ise, bir kurumun beşeri ve mali sermayeyi çekmesine, etkin çalışmasına ve böylece ait olduğu toplumun değerlerine saygı gösterirken uzun dönemde ortaklarına ekonomik değer yaratmasına imkan tanıyan her türlü kanun, yönetmelik, kod ve uygulamaları ifade etmektedir şeklinde bir tanım yapmıştır⁵¹. PASLI, kurumsal yönetim, özellikle halka açık anonim şirketlerde görülen mülkiyet kontrol ayrımının ortaya çıkardığı sorunları asgariye indirmeyi amaçlayan, esasen hakkaniyet, şeffaflık, iç sorumluluk ve dış sorumluluk temel ilkeleri üzerine oturan, şirketin yönetim ve denetim esaslarını temel kurallara bağlayan, anonim şirketi kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün ve çok önemli bir ekonomik birim olarak ele alan, ülkeden ülkeye değişmekle beraber uluslararası geçerliliği olan bazı kuralları bünyesinde barındıran özel bir yönetim sistemidir demektedir⁵². Bunlardan başka, doktrinde kurumsal yönetim anlayışı, anonim şirketlerin idaresinde ve faaliyetlerinde kâr elde etme ve pay sahiplerine dağıtma ana unsuru ve amacını taşıyan geleneksel yapıların yanında, pay sahipleri dahil tüm menfaat sahiplerinin haklarının korunmasını ve bu çerçevede söz

⁴⁸ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), N. 471a.

⁴⁹ PULAŞLI, Şirketler s. 272, PULAŞLI Corporate Governance s. 4.

⁵⁰ ANSAY, Tuğrul Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005 s. 6.

⁵¹ TÜSİAD, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005, s.31.

⁵² PASLI s. 37.

konusu menfaat grupları arasındaki ilişkilerin kurallarının düzenlenmesini hedefleyen bir kavram olduğu tanımı da yapılmıştır⁵³. Bir başka yazar kurumsal yönetimin anonim şirket içinde kararların nasıl alınacağını veya kontrolün şirket içindeki taraflar arasında nasıl bölünmesi gerektiğini tayin ettiğini belirtmektedir⁵⁴.

Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere kurumsal yönetim için yapılan tanımlamalar bir tarafta daha dar diğer tarafta daha geniş bir bakış açısı sergilemektedir. Bunun sebeplerin başında, kurumsal yönetimin yalnız şirketin pay sahipleriyle olan ilişkisiyle sınırlı olduğu görüşü ile şirketin pay sahipleri yanında daha geniş bir toplulukla da ilişkilerini düzenlediğini savunan daha geniş bir görüş arasındaki yorum farklılıkları gelmektedir⁵⁵. Şirketlerin yalnız pay sahipleri ile ilişkilerinin kurumsal yönetimin alanına girdiğini kabul eden ilk görüş vekalet teorisi kapsamına girmektedir. Daha geniş bir bakış açısıyla konuyu ele alan ikinci görüş ise ilgililer (menfaat sahipleri) teorisi kapsamında yer almaktadır.

Yukarıdaki açıklamaları göz önünde tutarak kurumsal yönetimin tanımı; “şirketlerin hem pay sahiplerine hem de diğer ilgililere karşı güvenilirliğini ve her türlü işlemlerinde sosyal bir sorumluluk bilinci ile hareket ettiğini teminat altında alan, şirketlerin gerek içinden gerekse dışından kaynaklanan, şirketteki denetim ve dengeyi sağlayan bir güçler ayrılığı sistemidir⁵⁶” şeklinde yapılabilir.

C- Menfaat sahipleri kavramı

Kurumsal yönetimin tanımı yapılırken pay sahipleri ile birlikte pek çok yerde menfaat sahipleri veya ilgililer kavramlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Menfaat sahipleri kavramı, şirketlerin yaptığı işlemlerden etkilenen kesimin yalnız pay sahipleri değil, şirketle doğrudan ya da dolaylı olarak iletişim içerisinde bulunan

⁵³ PASLI s. 29 dn. 66.

⁵⁴ PASLI s. 28 dn. 64.

⁵⁵ SOLOMON / SOLOMON s. 12.

⁵⁶ SOLOMON / SOLOMON s. 14.

her türlü topluluk ya da kurumun olduğunu savunan menfaat sahipleri teorisi⁵⁷ ile tartışılmaya başlanmıştır.

Menfaat sahipleri teorisi 1970'lerden beri tartışılmaktadır. Şirketlerin kendi pay sahipleri kadar çalışanlar, çevre ve yerel topluluklar üzerindeki etkileri gün geçtikçe daha fazla önem kazanmaya başlamıştır. Menfaat sahipleri kavramının ortaya atılmasındaki sebeplerden biri şirketlerin giderek daha büyük hâle gelmesi ve toplum üzerinde de, bununla doğru orantılı olarak, daha büyük etkilerinin olmasıdır. Ancak menfaat sahiplerinin kimler olduğu konusundaki tanım, bu tanımları yapan kişinin konuya baktığı noktaya göre değişiklik göstermekte, kavram içerisinde kimlerin dâhil edileceği yine bu teoriye bakış açısına göre farklılaşmaktadır. Dolayısıyla çalışmalarda pek çok farklı unsurun dâhil edildiği görülmektedir⁵⁸.

Bazı yazarlar çalışmalarında, menfaat sahiplerini hissedarlar, kredi alacaklıları, çalışanlar ve toplum olarak saymaktadır⁵⁹. Bir başkası ise daha geniş bir yelpaze çizerek pay sahipleri, yönetim kurulu, müşteriler, çalışanlar, tedarikçiler, toplum ve devleti de dâhil etmek suretiyle menfaat sahipleri kavramının tanımını yapmaktadır.

Bu kavramı geniş anlamda ele alan çalışmalarda yazarların menfaat sahipleri kavramının içine bir kısmın pay sahipleri, çalışanlar, tedarikçiler, müşteriler, kredi alacaklıları, şirketin işlerinin yakınında yaşayan ahali ve genel olarak toplumu

⁵⁷ Menfaat sahipleri teorisi, kısaca, şirketlerin yalnız paysahiplerine karşı değil, şirkette menfaati bulunan daha geniş bir gruba karşı sorumlu olduğunu, bu sebeple şirket işlemlerinin ifasında ve denetiminde yalnız pay sahiplerinin değil daha geniş bir küme olan tüm menfaat sahiplerinin çıkarlarının gözetilmesi gerektiği tezini savunmaktadır. SPK'nın da SPK İlkelerini hazırlarken bu teoriyi de göz önünde bulundurduğu SPK İlkelerindeki Menfaat Sahipleri başlıklı bölümünden anlaşılmaktadır. Bu konuda ve kurumsal yönetim kavramının bugüne kadarki gelişiminde etkili olan teoriler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. MALLIN s. 9 vd. , kurumsal yönetimin pek çok disiplinin ilgi alanına girdiği konusunda ayrıca bkz. ARARAT, YURTOĞLU s. 56

⁵⁸ SOLOMON / SOLOMON s.23.

⁵⁹ KIM, Kenneth, NOFSINGER, John R., Corporate Governance, 2007 s. 3.

saydığı, bazılarının da bunu çok geniş ele alarak çevreyi, hayvanları ve gelecek nesilleri de buna dahil ettiği de belirtilmektedir⁶⁰.

Bu konudaki çalışmalarda ana kurucunun (sermayedar), ortakların, çalışanların, kurumsal yatırımcıların (yatırım fonları, risk sermayesi şirketleri), müşterilerin, sendikaların, bankaların ve kredi alacaklılarının, tedarikçilerin, kamunun, devletin ve hatta rakiplerin de kavramın kapsamına sokulduğu görülmektedir.

OECD İlkelerinde pay sahipleri yanında “diğer menfaat sahipleri⁶¹” olarak geçen bu kavram SPK ilkelerinde de “menfaat sahipleri” olarak kabul edilmiş pay sahiplerinden ayrı bir bölümde düzenlenmiştir⁶². SPK ilkelerinde menfaat sahibi, işletmenin hedeflerine ulaşmasında ve faaliyetlerinde ilgisi olan herhangi bir kimse, kurum veya çıkar grubu olarak nitelendirilmektedir.

Menfaat sahipleri kavramı içerisinde yer verilen alt kavramları kısaca ele alacak olursak, pay sahipleri en önemli menfaat sahipleri olarak karşımıza çıkar. Geleneksel anlamda şirketin sahibi onlardır. Daha sonra, kimi çok geniş değerlendirmelerde, neredeyse bütün yönetim yetkisini elinde bulunduran yönetim kurulu, bu etkisi sebebiyle menfaat sahipleri kavramı içerisinde sayılmaktadır. Şirketin yönetimde izlediği politika yönetim kurulu tarafından düzenlemekte ise de aynı zamanda onların hareket sınırlarını belirlemekte, bunun yanında şirketin faaliyetleri sonucunda şirkette meydana gelecek sonuçlar, mali anlamda da yönetim kurulu üyelerini etkileyebilmektedir. Bunun yanında seçim şekilleri, birbirlerine karşı sorumlulukları, denetim unsuru gibi konular da kurumsal yönetim kavramı içerisine giren, yönetim kurulu üyelerinin etkilendiği durumlardır. Nakit akışının en önemli kaynağı olan müşteriler nakit akışının

⁶⁰ SOLOMON / SOLOMON s. 23.

⁶¹ OECD İlkeleri 2004 Preamble. OECD İlkelerinde ayrıca “kurumsal yönetim, doğrudan çıkar sahiplerinin haklarını, yasalarda belirtildiği şekilde tanımalı, zenginlik ve yeni iş alanları yaratmada, şirketler ile doğrudan çıkar sahipleri arasında etkin bir işbirliğini ve mali olarak güçlü işletmelerin ayakta kalmasını teşvik etmelidir” denilmektedir.

⁶² SPK İlkeleri Bölüm IV.

devamlılığının önemi nedeniyle⁶³, çalışanlar da şirketler onların yeteneklerinden ve deneyimlerinden faydalandığı için menfaat sahiplerinin içerisine dâhil edilmektedir. Menfaat sahiplerinin korunması eğiliminin, doğrudan çıkar sahipleri içerisinde yer alan işçiler bakımından en gelişmiş uygulaması Almanya'da görülmektedir. Bunların ardından, sürekli iletişim içerisinde buldukları tedarikçilere yer verilmektedir. Bunlardan başka, şirketler kamusal desteğin kendileri için önemini fark ettikçe, faaliyetleri sırasında kamunun tepki ve isteklerini de göz önüne almakta, kamuyu da menfaat sahipleri arasında değerlendirmektedir. Özellikle son yıllarda şirketler kurumsal sosyal sorumluluk politikaları geliştirmekte, bu konuda raporlar yayımlamakta, şirketin büyümesi için bu projelerin sürekliliğinin gerektiğine inanmaktadır⁶⁴. Son olarak da devlet, kanuni düzenleme yetkisi sebebiyle menfaat sahipleri kavramı içerisine dâhil edilmektedir⁶⁵.

Menfaat sahipleri kavramında, karşılıklı bir etkileşim olduğu da dikkati çekmektedir⁶⁶. Yani, yalnız menfaat sahipleri şirketi değil, şirket de menfaat sahiplerini etkilemektedir. Bu bakımdan çalışanların şirketteki deneyimlerini özgeçmişlerinde belirtecek olması ve kendilerini geliştirmek için şirketin imkânlarını kullanabilmeleri, kamunun şirketin sosyal sorumluluk politikalarından fayda elde edecek olması, şirketlerin ekonomik kalkınmasının hem toplum hem de devlet için fayda sağlayacak olması bu karşılıklı etkileşime birer örnektir.

⁶³ Peter Drucker'e göre işletmenin yegane amacı bir müşteri bulmaktır. Müşterisiz bir işletmeyi sürdürecektir nakit akışı olmayacağından işletme de olmaz, Mutlu müşteri gelecekte de müşteri olma ihtimali olan müşteridir, bu da nakit girişi demektir, DAVIES, Adrian, Best Practice in Corporate Governance Building Reputation and Sustainable Success, 2006 s. 8.

⁶⁴ DAVIES s. 9, SOLOMON / SOLOMON s.24.

⁶⁵ Türk şirketleri bakımından Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği ve İstanbul Bilgi Üniversitesi'nin birlikte gerçekleştirdiği bir araştırmaya göre, CEOlar, şirket sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından menfaat sahiplerinin önem sırası tedarikçiler, müşteriler, devlet, büyük pay sahipleri, küçük pay sahipleri ve çalışanlar şeklinde görüldüğü ifade edilmektedir, OBA / GÖKAKIN / ATAKAN, Yönetim Kültürü ve Kurumsal Yönetim.

⁶⁶ SOLOMON / SOLOMON s.23.

III. Kurumsal yönetim sistemleri

Krizler global şekilde yaşandığı hâlde, gerek devletler tarafından izlenen kurumsal yönetim sistemlerinin gerekse devletlerin kendilerinin oluşturduğu kurumsal yönetim ilkelerinin her ülkenin mevzuatına ve takip ettiği veya ait olduğu hukuk sistemine göre farklılık gösterdiği görülür. Bunların dışında ülkelerin geçmişi, ekonomik politikalar, şirket kültürü, kültürel ve sosyal değerler de kurumsal yönetim sistemlerinin farklılaşmasına etki etmektedir⁶⁷. Bu sebeple belirli ülkelerin takip ettiği sınırlı sayıda ve hatları kesin olarak çizilmiş kurumsal yönetim sistemleri olduğunu söylemek çok doğru olmayacak, bunun yerine ülkelerin kullandığı sistemlerin temel prensipleri esas alınarak genel çerçevelerin çizilmesi kurumsal yönetim üzerine yapılacak çalışmaları kolaylaştıracaktır⁶⁸. Bu çerçevede, mülkiyet ve kontrol yapıları esas alınacak olursa, dünyadaki uygulamaların geneline bakıldığında ülkelerin uyguladıkları sistemlerin temel olarak iki farklı kurumsal yönetim sistemi altında toplanabileceği kabul edilebilir⁶⁹. Bunlar İçsel Merkezli Sistemler (Insider-dominated) ve Dışsal Merkezli Sistemler (Outsider-dominated) olarak adlandırılmaktadır⁷⁰.

⁶⁷ MILLSTEIN REPORT s. 9, OECD de yayımladığı prensiplerde “one size does not fit all” diyerek bütün ülkeler için tek bir kurumsal yönetim modelinin doğru olacağını iddia edilemeyeceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde Mallin de kurumsal yönetimin gelişiminin küresel bir olgu olduğunu, ve hukuksal, kültürel, mülkiyet yapısı ve diğer yapısal farklılıkları içeren kompleks bir alan olduğunu ve bu sebeple kurumsal yönetime ilişkin kimi teorilerin bazı ülkelere diğer ülkelerden çok daha uygun olabileceğini belirtmektedir, MALLIN s. 16. Kurumsal yönetim sistemlerinin oluşmasında da aynı şekilde ülkelerin hukuki, kültürel ve diğer farklılıkları ile kurumsal yönetimin temelinde yatan teorilere yaklaşımları etkili olmuş, bu yolla sistemler arasında küçük ya da belirgin farklılıklar ortaya çıkmıştır.

⁶⁸ Bu konuda SOLOMON / SOLOMON böyle bir uğraşının Sindirella'nın çirkin kız kardeşlerinin şekilsiz ayaklarını ayakkabıya sokmaya çalışma uğraşlarına benzeyeceğini söylemektedir, SOLOMON / SOLOMON s. 148.

⁶⁹ SOLOMON / SOLOMON s. 149; YURTOĞLU, B. Burçin, “Kurumsal Yönetimde Hukuk Sistemleri ve İktisadi Aktörlerin Ekonomik Performansa Etkileri”, Kurumsal Şirket Yönetimi İyi Şirket Yönetimi İçin Kurallar ve Kurumlar, düzenleyen Coşkun Can Aktan, Ankara 2006. s. 130;

⁷⁰ PASLI çalışmasında bu sistemleri Anglo-Sakson modeli ve Alman - Japon sistemi başlıkları altında incelemiş, ancak bu sistemlerin, sırasıyla, dışsal merkezli ve içsel merkezli sistemler olduğunu da ayrıca belirtmiştir, PASLI s. 53 vd.

A- İçsel merkezli sistemler

Bu sistemde şirketlerin payları genellikle büyük bir tabana yayılmamış, konsantre hâldedir ve bu paylar bir kaç büyük pay sahibi arasında paylaşılmıştır. Bu sistemin en öne çıkan örnekleri olarak Almanya ve Japonya gösterilebilir⁷¹.

1. Alman modeli

Bu sistemin öne çıkan özellikleri ikili (two-tier) yönetim kurulu ve banka ağırlıklı pay sahibi yapısıdır. Denetimi de bu iki unsur sağlar. Buna göre yönetim kurulu yürütme kurulu (management board) (Vorstand) ve gözetim kurulu (supervisory board) (Aufsichtsrat) şeklinde iki organdan oluşur. Genel kurul gözetim kurulu üyelerini seçer, gözetim kurulu da yönetim kurulu üyelerini ve ücretlerini belirler. Bu modelde, dışsal merkezli sistemden farklı olarak, sadece pay sahipleri değil, aynı zamanda şirket ile menfaat ilişkisi içerisinde olan alacaklılar, işçiler, üreticiler, müşteriler, vergi makamları ve en geniş anlamıyla kamu gibi “menfaat sahipleri”nin de gözetilmesi gerektiği savunulur. Bu sebeple gözetim kurulu içerisinde şirkette çalışan işçileri de temsil eden üyelerin⁷² yer alması gerekliliği mevcuttur. Yürütme kurulu şirketin işleyişini idare ederken, yaptıkları işlemler hakkında gözetim kuruluna rapor vermekle de yükümlüdür. Gözetim kurulu şirketin aktif yönetiminde yer almaz. Ancak bazı kararlarda gözetim ve denetim kurulunun bir arada hareket etmesi esas sözleşme ile kararlaştırılabilir. Gözetim kurulu yönetim kurulunun faaliyetlerini gözetir, fakat şirket işlerinin ve mali tabloların doğruluğunun incelenmesi için ayrıca bir bağımsız denetçi tayin eder.

Bu modelde de içsel merkezli sistemin bir yansıması olarak konsantre bir mülkiyet yapısı görülür dolayısıyla pay sahiplerinin pay oranları da yüksektir. Pay sahipleri bakımından en belirgin özellik banka hâkimiyetinin olmasıdır.

⁷¹ Bu iki sistem de temel bazı konularda birbirinden ayrılmakta ancak içsel merkezli özellikleri ve bankaların baskınlığı nedeniyle doktrinde bu sistem altında bir arada sıralanmaktadırlar.

⁷² PASLI s. 57 dn. 142’de işçi temsilinin anonim ortaklık yönetiminde göz önüne alınan menfaat çevresinin genişlemesi hareketinin bir parçası olduğu ifade edilmiştir.

Bu modelde finansman sağlamak için banka kredileri tercih edilir⁷³. Dolayısıyla bankalar da idari güçlerini kullanarak yönetimde uygun görmedikleri durumların değişmesine, hatanın düzeltilmesine çalışırlar. Bu durum modelin menfaat sahipleri temelli ve uzun vadeli yatırım önceliği felsefesini de destekler.

Ancak modelin içsel niteliği kamuyu aydınlatma metodlarının dışsal merkezli sistemdeki kadar gelişmesini engellemiş, bu sebeple büyük ölçekli paylara sahip olan az sayıda pay sahibinin yönetimi ele geçirmesini daha kolay hâle getirmiştir. Bunun yanında, bu modelde pay sahiplerinin haklarının korunabilmesi için kanuni düzenlemelere daha fazla önem verildiği görülür⁷⁴.

2. Japon modeli

Japonya’da Avrupa ve Anglo-Sakson sisteminden çok farklı olarak birbiri içerisine geçmiş, çok karmaşık bir pay sahibi yapısı görülür. Bu yapıya *keiretsu* adı verilir. Bu model de içsel merkezli sistemin menfaat sahiplerini dikkate alan özelliklerini gösterir. Bankalar yönetimde ağırlık sahibidir ve pay sahiplerinin pay oranları konsantre hâlde bulunur, fakat Alman modelinden farklı olarak tekli yönetim kurulu yapısına sahiptir⁷⁵.

⁷³ Finansman kaynağı olmaları sebebiyle şirketler üzerinde oldukça büyük etkiye sahip olan bankalara Alman modelinde, bu özelliklerinin yanında, finansal konulardaki uzmanlıkları nedeniyle de büyük güven duyulduğu ve bu sebeple, bankalar, yönetim kurullarında pay sahibi olarak veya olmasalar dahi temsil edilebildiği belirtilmektedir, PASLI s. 63.

⁷⁴ PASLI s. 64.

⁷⁵ ARARAT sunumunda “Japon sistemi Alman sistemi ile birlikte değerlendiriliyor ancak esasında sistem çok başka dağılmış sermaye var ama sermayenin iç içe geçmesiyle ortaya çıkan bir grup mülkiyet yapısı var ayrıca bankalar da etkili. Japon sisteminde geri dönüş Anglo Sakson sistemine göre çok geç oluyor, bunun için sabırlı yatırımcı gerekli bu da Japon sisteminde var o yüzden sistem işliyor. Bu da bize gösteriyor ki tek bir model KY iyidir diyemeyiz ülkelerin yapısı da burada önemli. “her durumda geçerli” uygulamalar yok, her durumda geçerli ilkeler var” demektedir, ARARAT, Melsa, “Kurumsal Şirket Yönetimi Alanında Genel Durum ve Yaşanılan Sorunlar (Şirketler Açısından)”, Kurumsal Şirket Yönetimi Konferansı, editör Ali Tarhan TCMB Yayınları, Ankara 2003 s. 94.

B- Dışsal merkezli sistemler

Bu sistem ayrıca Anglo-Sakson sistemi veya piyasa temelli (market-based) sistem olarak da adlandırılır⁷⁶. Bu şekilde adlandırılmasının sebebi, bu sistemin takip edildiği ülkelerde büyük şirketler yöneticiler tarafından yönetildiği hâlde pay sahiplerinin (veya sahiplerinin) yönetimin dışındaki pek çok küçük ve büyük kurumsal ya da bireysel yatırımcılar olmasıdır. En önemli özelliği payların atomize olmuş şekilde piyasaya dağılmış olmasıdır, sermaye piyasaları oldukça derinleşmiş, pay sahipleri geniş bir alana yayılmıştır. Dolayısıyla mülkiyet-kontrol ayrımı çok belirgin olarak izlenebilir.

Bu sistemde tekli (one-tier) yönetim kurulu yapısı bulunmaktadır. Ancak yönetim kurulu içerisinde şirket dışından gelen şahıslar da yer alır⁷⁷. Bu durum da kontrol doğrudan yöneticiler elinde olmasına rağmen, şirketin dolaylı olarak dışarıdan gelenler tarafından da kontrol edilebileceğini gösterir⁷⁸.

Bundan başka, şirket organı niteliğine sahip denetim organı yoktur, ancak yönetim, genel kurul tarafından seçilmiş ve şirketle sözleşmesel ilişki içerisinde bulunan bir bağımsız denetçi tarafından denetlenir. Yönetim kurulu üyelerinin icrai yetkisi olan (executive) ve olmayan (non-executive) şeklinde ikiye ayrıldığı şekilleri de mevcuttur. Bu durumda icrai yetkisi olmayan üyeler şirketin işlerinin

⁷⁶ bkz. dn. 70.

⁷⁷ YURTOĞLU s. 133.

⁷⁸ SOLOMON / SOLOMON s. 150.

işleyişinde söz sahibi değildir, fakat icrai yetkili olan üyeleri denetler ve icrai yetkisi olan üyeler de bunlara rapor verir⁷⁹.

Mülkiyet ve kontrol ayrımının etkilerini ortadan kaldırmak için sistemde etkin bir sermaye piyasası kontrolü oluşturulmuş, bunun işleyişi için de kamuyu aydınlatma mekanizması güçlendirilmiştir⁸⁰.

İki sistem arasındaki farklılık, yukarıda da belirtildiği gibi, bu sistemleri uygulayan ülkelerin kültürleri ve hukuk sistemleri, piyasa kültürleri ile doğrudan ilişkilidir. Denilebilir ki, içsel merkezli sistemde esas amaç ilgililerin menfaatlerinin en iyi şekilde korunması iken, dışsal merkezli sistemde anonim şirketin esas amacı pay sahipliği değerini maksimize etmektir. İçsel merkezli sistemde menfaat sahipleri yani ilgililer teorisi etkileri izlenir, dışsal merkezli sistemde pay sahipleri teorisi etkisini göstermektedir^{81, 82}.

Kurumsal yönetim ilkeleri arasındaki farklılıkların bunlarla sınırlanması doğru olmayacaktır. Zira her ülke kendisine en yakın hukuk sistemine ait sistemi örnek alıyor olsa da, bu sistemi kendi hukuk ve ekonomi sistemine uydurmak için yine bazı uyarlamalar yapmakta, böylece yalnız kendisine özel diyebileceğimiz bir model oluşturmaktadır.

⁷⁹ ÖZKORKUT kitabında icrai görevi olmayan yönetim kurulu üyesi kavramının yanında “hiçbir menfaati olmayan” (non-interested), “bağımsız” (independant), “şirket dışından” (outside), “şirket çalışanı olmayan” (non-employee) ve “tarafsız” (disinterested) gibi kavramlarla açıklanan yönetim kurulu üyeliklerinin olduğundan bahsetmekte, bu kavramların aynı şeyi tanımlıyorlarmış gibi sıklıkla birlikte ele alındıklarını ve benzer sonuçların yükletildiğini belirtmektedir (ÖZKORKUT, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007 s.25). Yazar, bu kavramların birbiriyle karıştırılmaması gerektiğine, mesela bir yönetim kurulu üyesinin bağımsız olması ile icrai görevinin olmamasının her zaman aynı anlama gelmeyeceğine dikkat çekmektedir (ÖZKORKUT Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri s. 23 vd). Gerçekten de bağımsızlık kavramının özellikle kurumsal yönetim bakımından yapılmış tanımı dikkate alındığında her icrai yetkisi (görevi) olmayan yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda bir bağımsız yönetim kurulu üyesinin niteliklerini taşıdığından veya tam tersinden bahsedilemez.

⁸⁰ PASLI s. 62.

⁸¹ İçsel Merkezli ve Dışsal Merkezli sistemler arasında karşılaştırma tablosu için SOLOMON / SOLOMON s. 151.

⁸² PASLI s. 64, pay sahibi değerinin maksimize edilmesi ile pahasahipleri ve ilgililer teorisi hakkında açıklamalar için ayrıca bkz TEKİNALP, Dinamikler s.229.

Türkiye’deki sermaye piyasası yapısı, hukuksal düzenlemeler ve kanunlar ile kurumsal yönetime ilişkin gelişmeler izlendiğinde mevcut hâliyle İçsel Merkezli Sistem’e yakın olduğu kabul edilebilir⁸³. Ancak TTK Tasarısı’nın gerek şirket hukuku gerekse kurumsal yönetimle ilişkili olarak getirdiği pek çok düzenleme onu Anglo-Sakson sistemine de yakınlaştırmaktadır.

Esasında küresel eğilim de tam da bu yöndedir. Alman sistemi, Anglo-Sakson sisteminin başarısı karşısında pay sahipleri dışındaki ilgililere çok fazla önem verip vermediğini sorgulamakta, pay sahibi değerinin maksimizasyonuna giderek daha fazla önem vermektedir⁸⁴. Öte yandan Anglo-Sakson sistemi de pay sahipleri dışındaki ilgililerin menfaatlerinin ve sosyal yükümlülüklerin çok fazla göz ardı edildiğini, Alman ve Japon modellerinin daha fazla göz önüne alınması gerektiğini, bu yolla aynı zamanda pahasahipliği değerinin de artacağını tartışmaktadır⁸⁵.

Sonuç olarak her iki sistemin de birbirine doğru yaklaştığı, pay sahipleri teorisi ve ilgililer teorisinin birbiri ile ilişkisi sonucunda her iki teoriyi de içerisinde barındıran modellerin ortaya çıktığı görülmektedir⁸⁶. Ancak kurumsal yönetim sistemlerindeki bu gelişimin de, hukuk sistemlerinde görülen, Kıta Avrupası sisteminden Anglo-Sakson sistemine olan eğilim gibi Anglo-Sakson kurumsal yönetim sistemine doğru olduğu gözlemlenmektedir⁸⁷.

⁸³ PASLI da Türkiye’deki sistemin özellikleri nedeniyle Alman-Japon sistemine daha yakın olduğunu söylemektedir, PASLI s. 53 dn. 132; OKUTAN NILSSON da Türk kurumsal pay sahipliği ve yönetim kontrol sisteminin genel olarak “insider-controlled” (içeriden kontrol edilen, içsel sistem) olarak sınıflandırılabilirliğini belirtmektedir, OKUTAN NILSSON Corporate Governance s.200.

⁸⁴ PASLI s. 65 dn. 175.

⁸⁵ PASLI s. 67 dn 180’de bazı yazarların pahasahipleri dışındaki ilgililerle daha iyi ilişkiler kurulması yoluyla pahasahipliği değerinin de artacağını belirtildiğini ifade etmektedir.

⁸⁶ Bu konuda TEKİNALP pahasahipleri teorisi ile onun türevi olan ilgililer teorisinin yerini gün geçtikçe toplumla özdeşleşen “şirket/işletme menfaati” anlayışına bıraktığını belirtmektedir, TEKİNALP Dinamikler s. 230.

⁸⁷ SOLOMON / SOLOMON s. 149., YURTOĞLU s.142 dn. 13.

IV. Kurumsal yönetim temel ilkeleri

Kurumsal Yönetim bakımından bütün dünyada kabul gören bir takım uluslararası prensipler mevcuttur, bu prensiplerin en verimli şekilde uygulanabilmesi içinse kurumların bu prensipleri ulusal durum ve beklentilere uygun hâle getirmesi gerekmektedir. Ancak bu harmonizasyon sırasında bütün kurumsal yönetim sistemlerinin dikkate alması gereken kurumsal yönetim mantığının bütün dünyada kabul görmüş başlıca dört ilkesi⁸⁸ mevcuttur⁸⁹: hakkaniyet, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk.

1. Hakkaniyet

Şirketlerde mülkiyet ve kontrolün birbirinden ayrılmış olması yönetimi pay sahiplerinin elinden alıp yöneticilerin eline bırakmaktadır. Bu durumda pay sahibi menfaatlerinin tam olarak korunduğundan emin olmak istemektedir. İşte bu sebeple yönetim herkese adil davranarak şirkete güven duyulmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu ilkeye göre azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerinin kanunen veya esas sözleşme ile tanınan hakları gerekli ve yeterli bir şekilde korunmalıdır⁹⁰. Eşit işlem ilkesi ve pay sahibinin haklarının korunmasına verilen önem bu ilkenin yansımasıdır⁹¹. Ancak tek başına eşit işlem ilkesi bu güvenin tam olarak sağlanmasına yeterli olmamakta, bunun yanında şeffaflık ve pay sahibi haklarının kullanımının kolaylaştırılması da en az hakların korunması kadar önem taşımaktadır.

⁸⁸ Çalışmanın bundan sonraki kısmında “kurumsal yönetim temel ilkeleri” tabiri, aksi özellikle belirtilmediği müddetçe bu başlık altında tanımlanan dört ilkeyi temsil edecek şekilde kullanılacaktır.

⁸⁹ TEKİNALP şeffaflık, nesnel adalet, hesap verilebilirlik, sorumluluk ve eşit işlem olmak üzere beş ilke olduğunu söylemektedir, TEKİNALP, Ünal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 2, İstanbul 2008 s. 638 N. 7; Cadbury Raporu’nda ise şeffaflık, adalet ve hesap verebilirlik olmak üzere üç ilkeye yer verilmiştir. Bunun sebebi olarak Anglo-Sakson modelinin pay sahibi merkezli bir sistem olması akla gelmektedir.

⁹⁰ MILLSTEIN Raporu. 20, PASLI s.73, Cadbury Raporu para. 3.3.

⁹¹ PASLI s. 73.

2. Şeffaflık

Yukarıda da belirttiğimiz gibi menfaat sahiplerinin haklarını tam olarak kullanabilmeleri, şirket işleyişi hakkında olabildiğince güncel ve doğru bilgiye sahip olmaları ile mümkün olacaktır. OECD İlkeleri de şirketin mali durumu, performansı, sahiplik yapısı ve idaresi dâhil, şirketle ilgili bütün maddi konularda, doğru ve zamanında açıklama yapılmasının güvence altına alınması⁹² gerektiğini belirtmektedir⁹³. Bu ilke kamuyu aydınlatma ilkesi⁹⁴ ile iç içe geçmiş durumdadır. Şeffaflık ilkesi gereğince şirketlerin kamuyu aydınlatma yükümlülükleri doğmakta, bunu da ilgililer için en kolay ve en düşük maliyeti getirecek şekilde yapmaları gerekmektedir. Bu yalnız mevcut menfaat sahipleri için değil, onlarla birlikte şirketin hisselerini almak, şirkete yatırım yapmak ya da herhangi bir ticari ilişki içerisine girmek isteyen tüzel ya da gerçek kişiler için önem taşımaktadır⁹⁵. Zira kamuyu aydınlatma amacıyla verilen bilgiler sadece geriye dönük değil aynı zamanda şirketin proje, , tahmin gibi ileriye yönelik bilgilerini de içermektedir⁹⁶. Ancak bu ilkenin de verimli şekilde işleyebilmesi için kamuya açıklanan bilgilerin zamanında, doğru, anlaşılır ve karşılaştırılabilir nitelikte sunulmuş olması gerekmektedir.

⁹² OECD İlkeleri Bölüm V s. 22.

⁹³ Bu ilkeye Millstein ve Cadbury Raporlarında da değinilmiştir, Cadbury Raporu'nda şirketler tarafında, piyasada rekabet bakımından pozisyonlarını da dikkate alarak, şeffaflığın (openness) şirket ve onun başarısında payı/menfaati olan herkes arasında olması gereken güvenin temeli olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁴ Kamuyu aydınlatma ilkesinin detaylı bir tanımı için bkz. YANLI, Kamunun Aydınlatılması s. 95 vd.

⁹⁵ PASLI s. 74 dn. 198'te anonim şirket yönetimine hakim olan yeni anlayışa göre ilgililer kavramı içerisinde yer bulanların şirkete güven duyabilmeleri için, onlara şirketin bir resminin gösterilmesi gerektiği; bu duruma doktrinde "güven bana"dan "göster bana"ya geçiş olarak açıklandığını belirtmiştir.

⁹⁶ YANLI, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005 s. 98.

3. Hesap verebilirlik

Bu ilke⁹⁷ esasında şirketin iç işleyişi ile ilgilidir. Cadbury Raporunda yöneticilerin şirketleri yönetirken özgür olmaları ama bu özgürlüğün çerçevesinin de hesap verebilirlik ile çizilmiş olduğu, bunun iyi kurumsal yönetim sisteminin temellerinden birini oluşturduğu belirtilmektedir⁹⁸. Şirketin hantal yapıdan kurtulup ticari hayattaki fırsatları en etkin şekilde gerçekleştirmesi yöneticilerinin özgür hareket kabiliyetine bağlı olsa da, pay sahiplerinin hakları ile çatışan durumlarda yöneticilerin hareketlerinin kontrolü bu ilke sayesinde sağlanabilir. Özetle bu ilkeye göre yönetim kurulu üyeleri yaptıkları işlemlerden dolayı tüm pay sahiplerine karşı sorumludur ve bu işlemlerin her biri için de gerektiğinde hesap verme yükümlülüğü altındadır.

4. Sorumluluk

Bu ilkeye göre şirketler eylemleri ile işleyişlerinden etkilenen bütün ilgililere karşı sorumludur, karar alma sürecinde bu ilgililerin menfaatlerini de göz önünde bulundurmaları zorundadır. Doktrinde bu ilke yöneticilerin işçiler, alacaklılar, müşteriler, üreticiler, muhtemel pay sahipleri ve devlet gibi tüm ilgililerin menfaatlerini ve isteklerini yerine getirme kaygısı taşımaları şeklinde, bir nevi anonim şirket yönetimine sosyal düşüncüyü yerleştirme esasına dayanan ilke olarak tanımlanmıştır⁹⁹. Buradan da bu ilkenin ilgililer teorisinden beslendiğini söyleyebiliriz. Bu ilke ile birlikte şirketlerin sosyal sorumlulukları öne çıkmaya başlamıştır.

V. Kurumsal yönetim ve TTK Tasarısı

Buraya kadar incelenen bilgilerin ışığında kurumsal yönetimin gerek bu ad altında gerekse daha başka teoriler ışığında çok uzun zamandır tartışıldığı görülmekte. Bu

⁹⁷ PASLI bu ilkeyi iç sorumluluk ilkesi olarak adlandırmıştır, PASLI s. 76.

⁹⁸ Cadbury Raporu, The Setting For the Report 1. 1.

⁹⁹ PASLI s. 78.

bahsedilen sorunlar yalnız hukuk değil finans, ekonomi, muhasebe, yönetim bilimi gibi pek çok disiplinde tartışılarak, temsil edilme sorunu, mülkiyet ve kontrolün ayrımı ve menfaat sahipleri teorisi gibi teorilerin ortaya atılmasına sebep olmuş ve bu teoriler de kurumsal yönetim kavramının bugünkü şeklini almasında temel rol oynamıştır. Geleneksel anlamda kurumsal yönetimin yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarına odaklandığı söylenebilir¹⁰⁰. Geniş anlamda ise bu ilişkinin işçiler, müşteriler, kamu ve devleti de içine alan büyük bir ilgililer topluluğunu kapsadığı anlaşılmaktadır.

Kurumsal yönetimin bu denli üzerinde durulmasının bir sebebi şirkete¹⁰¹ ve hisselerine kattığı değerdir. Bu değerden şirketle iletişimde olan herkes faydalanabileceği için hem pay sahiplerini de içerisine alan menfaat sahiplerini hem de yöneticileri ilgilendirmektedir. Daha açık bir ifadeyle, bir şirketin belli bir kaliteyi yakalamış kurumsal yönetim temel ilkeleri ile idare edilmesi şirketin hisselerinin değerini doğrudan pozitif yönde etkileyecektir. Bu artış, pay sahiplerinin malvarlığında bir artış anlamına gelmektedir. Bunun yanında, şirketle doğrudan ilişkide olan kredi alacaklılarının, alacaklılar ve kamunun kendisi de bu artış ile şirketten edinmeyi düşündükleri fayda bakımından daha güvenli bir pozisyonda yer alacaklardır. Yöneticiler de bu artışın doğrudan sorumluları olarak bundan belki maddi anlamda bir miktar faydalanacaklardır ama mutlaka prestij bakımından pozitif bir etki göreceklere. Ayrıca bu pozitif etkiyi izleyen diğer yatırımcılar bu şirketin bir parçası olmak isteyecek, şirketin kredibilitesi yükselecek, toplum içerisindeki prestiji ve tanınırlığı artacaktır. Sonuç olarak şirket açısından sermaye maliyetleri düşecek, yeni yatırım yapma ve kâr elde etme imkânları kolaylaşacaktır. Dolayısıyla iyi bir kurumsal yönetim şirketin varlığını sürdürebilmesi için en önemli etkenlerden biri hâline gelmiştir.

¹⁰⁰ WESTON, J. Fred, MITCHELL, Mark L., MULHERIN, Herold, Takeovers, Restructuring and Corporate Governance, New Jersey 2007, s. 613., AKTAN s. 2.

¹⁰¹ Bu bakımdan yapılan çalışmalardan biri Günye Kore'ye ilişkindir. Buna göre, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması, en verimli şekilleriyle uygulanamamış olsa bile Kore Borsası'na 2001'de kayıtlı şirketlerin toplam değerlerini ve öz varlık getirisini artırmıştır; Mustafa A. AYSAN, Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007, s. 135.

Bunun yanında kurumsal yönetimin özenle üzerinde durduğu denetim unsuru ayrı bir yer tutmaktadır. Yatırımcıların en büyük korkusu, yabancı doktrinde “separation of ownership and control” şeklinde geçen kontrolün ve mülkiyetin ayrıldığı durumlarda malvarlıklarının yönetiminin emin ellerde olduğunu bilememek, bu durumu kontrol edememektir. Bu bakımdan mülkiyet ve kontrol ayrımının kurumsal yönetim düzenlemelerine ihtiyacı daha belirgin hâle getirdiği açıktır¹⁰². Kurumsal yönetim temel ilkelerinin getirdiği iç ve dış denetimle ilgili düzenlemeler ve çözümler yatırımcıları bu konuda büyük ölçüde rahatlatmaktadır.

Günümüzde kurumsal yönetimin asıl hedef kitlesinin, payları halka arz edilmiş anonim şirketler olduğu savunulsa da, yukarıda da değinildiği gibi, yapılan bütün çalışmalar ve oluşturulan ilkeler bütün şirketleri hedef almakta, borsaya kote olmuş şirketler için uyulması zorunlu olan ilkelere diğer şirketlerin de uyması önemle tavsiye edilmektedir. Kurumsal yönetimin, yeterince kurumsallaşmamış, aile şirketi vasfını devam ettiren şirketler için de faydası, varisler arasında yaşanacak çatışmaların ve bunlardan kaynaklanacak hukuki süreçlerin doğuracağı yıkıcı etkilerin önlenmesi şeklinde olacaktır.

Ülkemiz açısından bakılacak olursa, henüz yeterince derinleşmemiş olan sermaye piyasası şirketlerin finansman sağlamasında güçlükler yaşamalarına sebep olmaktadır. Bunun değişmesi için sermaye piyasasının gelişmesi, yatırımcının korkmadan parasını piyasaya yönlendirmesinin sağlanması gerekmektedir. Kurumsal yönetim, hem yerli yatırımcıya denetim ve şeffaflık nitelikleriyle güven vermekte hem de tüm dünyada esas alınan temel ilkeleriyle

¹⁰² FAMA / JENSEN s. 86

farklı sistemleri birbirine yaklaştırmakta, yabancı yatırımcıya karşılaştırma imkânı¹⁰³ sunarak yatırımın kazanılabilmesini sağlamaktadır.

Kurumsal yönetim temel ilkelerinin de her bir ülke tarafından içselleştirilmesi, aynı zamanda farklı ekonomik gerçeklikler için uyumlanabilir hâle getirilmesi gereklidir. Zira tek tip modeller her ülke için geçerli olmadığı gibi, hiçbir belirli kurallar bütünü her türlü ekonomik durum için en doğrusu olamaz¹⁰⁴. Burada ülkelerin yasama organlarının ve kurumsal yönetim üzerine çalışan kurumlarının görevleri önem kazanmaktadır¹⁰⁵. Kurumsal yönetimin işleyişinde yer alan yönetim kurulu, pay sahibi ve diğer menfaat sahipleri ve çıkar grupları arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi de hukuk kuralları ile mümkündür.

Bu bakımdan AB uyum süreci çerçevesinde TTK'da yapılacak değişikliklerde kurumsal yönetim temel ilkeleri de önemle dikkate alınmıştır. Hirsch Kanunu olarak da anılan 1956 tarihli TTK, gününe göre çok işlevsel ve yapılan değişikliklerle güne ayak uydurması sağlanmış bir kanun olarak hukuk sistemimizde yer almaktadır. Ancak AB üyeliği hedefi yanında globalleşmenin ticari hayatta getirdiği değişiklik ve yenilikler karşısında ekonominin güçlenmesi, uluslararası piyasalarda daha aktif olarak yer alınabilmesi için kanunda köklü değişikliklerin yapılmasını gerekmiştir. Değişikliğin sebepleri arasında hem yerli hem de yabancı yatırımcıya güven veren bir piyasanın oluşturulması da yer almaktadır¹⁰⁶. Özellikle kalıcı yabancı yatırımın ülkeye çekilmesi için

¹⁰³ Yatırımcı güveni ve piyasa verimliliği kurumsal performans hakkında tutarlı ve zamanında verilen bilginin açıklanmasına bağlıdır. Küresel sermaye piyasalarında olabilmek için bu bilginin açık, tutarlı ve karşılaştırılabilir olması gerekir, MILLSTEIN Raporu s. 20 vd. Yani dışarıdan yatırımcı çekmek için onun karşılaştırma yapmasına da imkan tanınmalıdır, bu da uluslararası muhasebe standartları gibi global düzeyde karşılaştırmaya imkan veren ölçeklerin ve ilkelerin kabulü ile mümkün olacaktır.

¹⁰⁴ FAMA / JENSEN s. 85.

¹⁰⁵ GÜRBÜZ / ERGİNCAN s. 7'de kimi yazarların kurumsal yönetim kurumlarının şirketlerin ekonomik performanslarını artırmak ve anonim ortaklıkların uyum sağlamak gibi iki ana amacının bulunduğunu ifade edilmektedir.

¹⁰⁶ Ünal Tekinalp ile Röportaj, Ticaretin Yeni Felsefesi, Business Week Özel Sayı, Aralık 2008.

vazgeçilmez şart olan güven ortamı, sağlam ve modern hukuk kurallarının yürürlüğe konulması ile sağlanabilecektir.

Bu noktadan bakıldığında da, esasında, TTK Tasarısı'nın çıkış noktası ile kurumsal yönetim ilke ve uygulama kodlarının çıkış noktasının bazı bakımlardan örtüştüğü görülmektedir. Cadbury Raporu'nun oluşturulmasının sebepleri arasında sermaye piyasasına güveni sarsılarak kaçan yatırımcıyı geri çağırmak olduğu belirtilmişti. Türkiye'deki düzenleyiciler de benzer şekilde, ancak bu sefer kaçan yatırımcıyı değil henüz piyasadaki güvenlik ve şeffaflık gibi konular sebebiyle cesaretini toplayarak yatırımını yapamamış olan yatırımcıyı cezbetmek amacıyla bu reformları yapmaktadırlar.

TTK Tasarısı'nın kurumsal yönetime yaklaşımı, mevcut ilke veya öneri benzeri düzenlemeleri doğrudan adapte etmek yerine, bunlardan da faydalanarak, fakat asıl bu düzenlemelerin ortaya çıkışlarını sağlayan temel ilkelerin somutlaştırılması şeklinde olmuştur¹⁰⁷. TTK Tasarısı'nda kurumsal yönetimin başlangıçta korumayı hedeflediği pay sahibinin (*shareholder*) yerini daha geniş bir kavram olan menfaat sahipleri (*stakeholders*) almıştır¹⁰⁸. Ayrıca TTK Tasarısı kurumsal yönetim ilkelerini topluca alarak kanunun içine yerleştirmek yerine içselleştirmeye çalışmıştır¹⁰⁹. Bu belki de getirdiği en önemli yeniliktir. Ancak, öte yandan bu yenilik kaçınılmazdır. Şöyle ki, kurumsal yönetim ilkelerinin işaret ettiği konular ve düzenlemeler esasında günümüz şirketler hukukunun merkezinde olan, korumak istediği temel hak ve unsurlardır.

¹⁰⁷ TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, N. 8.

¹⁰⁸ TTK Tasarısı Genel Gerekeçe, TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 4. Bu kavram aynı zamanda TTK Tasarısı ile ticaret hukuku sistemine getirilen en dikkat çeken yeniliklerdendir.

¹⁰⁹ TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 1. Yazar TTK Tasarısında kurumsal yönetimin esaslı unsurlarının somutlaştırılmasının hedeflendiğini belirtmektedir. Somutlaştırma ile de bu esaslı unsurların sadece borsa şirketlerine özgülenmeyip, tüm anonim ve limited şirketler hukukunun birer somut parçası haline getirilmesini ifade etmektedir.

Doktrinde bu alanda yapılan çalışmalarda¹¹⁰, değişik kurumsal yönetim düzeyindeki şirketlerin performansları arasındaki farkın, az gelişmiş ülkelerde yüksek iken, Amerika ve İngiltere’de bu farkın anlamlı çıkmadığı belirtilmektedir. Çalışmayı yapan yazarlar bu durumu, gelişmiş ülkelerde yasal ortamın yatırımcıları anlamlı ölçüde korumasına ve neredeyse çoğu kurumsal yönetim ilkesinin mevzuatta yer almasına bağlamaktadır. Bu bakımdan TTK Tasarısı’nda kurumsal yönetimin temel ilkelerine ve bunların ekseninde ortaya çıkan ilkelere yer verilmiş olmasının ülkemizdeki ticari hayata büyük katkısı olacağı ortadadır. Yatırımcı güvenliği, kriz ortamında yabancı sermayenin ülkeden ayrılmaması için üzerinde durulacak en önemli konulardandır. Zira sermaye piyasaları yatırımcının girmesi en kolay piyasa olduğu gibi, yatırımını çekmesi en kolay olan piyasalardandır.

Bu yeniliklerin belki de en büyük etkisi TTK Tasarısı’nın anonim şirketlere ilişkin kısmında görülmektedir. Bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında da değinileceği gibi, TTK Tasarısı’nın getirmiş olduğu yenilikler yalnız kurumsal yönetim perspektifi ile sınırlı tutulsa bile çok geniş bir çalışma alanı ortaya çıkmaktadır. Bu geniş çalışma alanı içerisinde bu çalışma, TTK Tasarısı’nın anonim şirketler kısmında genel hükümler, yönetim kurulu ile geçici ve son hükümlerdeki ilgili hükümlerle sınırlı tutulacak, bu hükümlere kurumsal yönetim temel ilkelerinin yansımaları ile getirilen değişiklikler incelenecektir.

¹¹⁰ GÜRBÜZ / ERGİNCAN s. 9.

İKİNCİ KISIM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Yönetim Kurulu ve Kurumsal Yönetim İlkeleri

I. Anonim şirket ve genel hükümler

TTK Tasarısı, Ticaret Şirketleri başlıklı ikinci kitabının birinci kısmında, 124 ilâ 210. maddelerde, ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümleri düzenlemiştir. Bu hükümlerde anonim şirketler bakımından olarak *ultra vires* ilkesine ve özellikle birleşme, bölünme işlemleri ile şirketler topluluğu konusunda çok önemli yenilikler getirilmektedir. Bu yenilikler ile High Level Group of Company Law Experts tarafından tebliğ edilen rapor ve AB düzenlemeleri takip edilmekte¹¹¹, günün ihtiyaçları gözetilerek Türk ticaret hukuku uluslararası arenada daha modern bir yere taşınmaktadır. Bölünme, birleşme, tür değiştirme işlemleri ile birlikte şirket topluluklarının yönetimi¹¹² kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde tartışılan en güncel konulardandır. Özellikle, pay sahipleri ve azınlıkları da içerisine alan menfaat sahiplerinin hakları bu tartışmalarda ayrı bir yer tutmaktadır. TTK Tasarısı getirdiği modern düzenlemelerle bu konuda menfaat sahiplerinin haklarını ve profesyonel yönetim anlayışını gözetmekte, bu şekilde de kurumsal yönetim felsefesini takip etmektedir.

Bu çalışmada TTK Tasarısı'nın Anonim Şirketlere ilişkin "Dördüncü Kısım"ı esas alınmıştır. Bu sebeple her biri ayrı bir çalışma konusu olabilecek bölünme, birleşme ve tür değiştirme ile şirketler topluluğuna ilişkin hükümlere burada değinilmemiştir.

¹¹¹ TTK Tasarısı N.2 vd.

¹¹² TTK Tasarısı'nda şirket topluluklarına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

A- Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

1957 tarihinde yürürlüğe giren TTK, Başlangıç bölümünün ardından Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak, Deniz Ticareti, Sigorta Hukuku, olmak üzere beş kitap ve Son Hükümler başlıklı bölümlerden oluşmaktadır. TTK'da anonim şirketler Dördüncü Fasl'da 269 ve 461. maddeler arasında düzenlenmiştir. Yürürlüğe girdiği dönemde oldukça modern olan TTK bu tarihten sonra günün hukuki ve ticari gelişmelerine uyum sağlayabilmek için de pek çok değişikliğe uğramış, kimi eksikliklerine rağmen günümüze kadar da ülkemizin ticari hayatında karşılaşılan problemlere faydalı çözümler getirmiş, ticari hayatı kolaylaştırmıştır. Ancak hızla gelişen teknoloji, bu sayede giderek daha küresel hâle gelen ticari hayat, ülkemizin AB üyeliği süreci gibi etkenler TTK'da daha köklü değişikliklerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur¹¹³.

TTK Tasarısı 1999 yılında Adalet Bakanlığı'nca kurulan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. TTK Tasarısı da sistematik bakımından genel olarak TTK'yı takip etmiştir. Ancak ondan farklı olarak, uygulamadaki taleplerin de etkisiyle Taşıma İşleri başlıklı bir kitap daha ilave edilmiştir. Bu hâliyle, Başlangıç bölümünün ardından Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak, Taşıma İşleri, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku olmak üzere altı kitap ile Son Hükümler başlıklı bölümleri içermektedir. TTK Tasarısı bugünkü hâliyle toplam 1514 maddeden oluşmaktadır¹¹⁴. Anonim şirketler, Ticaret Şirketleri başlıklı ikinci kitabın dördüncü kısmında 329 ve 563. maddeler arasında düzenlenmiştir.

B- Anonim şirket

TTK Tasarısının Dördüncü Kısım'ı anonim şirketleri düzenlemektedir. Bu kısım Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler ile Yönetim Kurulu, Denetleme, Genel Kurul, Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi, Pay ve Sermaye Koyma Borcu,

¹¹³ Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz. TTK Tasarısı Genel Gerekçe N. 2 vd.

¹¹⁴ Çalışmanın hazırlandığı dönemde TTK Tasarısı mevcut haliyle TBMM Genel Kurulu'nun gündemindedir.

Menkul Kıymetler, Kâr, Kazanç ve Tasfiye Payı, Şirketin Finansal Tabloları, Yedek Akçeler, Sona Erme ve Tasfiye, Hukukî Sorumluluk ve son olarak Cezaî Sorumluluk olmak üzere on iki bölümden oluşmaktadır. TTK Tasarısı'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere anonim şirketlere ilişkin kısım neredeyse tamamen değiştirilmiş¹¹⁵, bu değişikliklerde komisyonun kurumsal yönetim temel ilkelerine ve felsefesine yaklaşımı büyük rol oynamıştır.

TTK Tasarısı'nın yürürlükteki kanunun anonim şirketler faslına kurumsal yönetim temel ilkeleri doğrultusunda getirdiği değişiklikleri incelemeye başlamadan önce, TTK Tasarısı'nda yer verilen payları borsada işlem gören halka açık anonim şirket, payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirket ve halka açık olmayan (halka kapalı) anonim şirket kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir¹¹⁶.

Halka açık anonim şirket kavramı TTK Tasarısı'nda tanımlanmamış¹¹⁷ ancak Sermaye Piyasası Kanunu¹¹⁸'nin 3. maddesi bir tanıma yer vermiştir. Buna göre SerPK'nın uygulanması bakımında halka açık anonim şirket, hisse senetleri halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirkettir. Görüldüğü gibi SerPK'ya göre halka açık anonim şirket kavramı bir üst kavram niteliğindedir¹¹⁹ ve tanımlaması payın halka arzı unsuru üzerinden yapılmaktadır. Aynı maddeye göre halka arz ise sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulması, halkın bir anonim şirkete katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesi, hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış piyasalarda

¹¹⁵ bkz. TTK Tasarısı Genel Gerekçe N.117

¹¹⁶ TTK Tasarısının Genel Gerekçesinde Avrupa'da kimi düşünürlerin pay senetleri borsada işlem görmeyen anonim şirketleri halka açık anonim şirket olarak kabul etmediği, yeni düzenlemelerin bu yönde ilerlediği, SerPK'nın halka açık anonim şirket kavramının da bu yönden sorgulanmaya ihtiyaç duyulabileceği, bu sebeple TTK Tasarısı'nın da istisnalar dışında pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketi bu anlamda esas aldığı belirtilmiştir, TTK Tasarısı Genel Gerekçe N. 117, 118.

¹¹⁷ Bunun sebebinin 119 numaralı dipnotta belirtilen bilgiler doğrultusunda TTK Tasarısı'nın gelişmeler karşısında güncel kalabilme maksadı olduğu anlaşılmaktadır.

¹¹⁸ 2499 s.lı Sermaye Piyasası Kanunu, RG T: 30.07.1981, sayı 7416.

¹¹⁹ ÜNAL, O Kürşat, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999 s. 15.

devamlı işlem görmesi ve SerPK'ya göre halka açık anonim şirketlerin sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade etmektedir. Bir şirket paylarını halka arz ettiği takdirde şirketin halka açık şirket vasfını kazanması için pay sahibi sayısının önemi olmayacaktır¹²⁰.

Bunun yanında aynı kanunun 11. maddesi pay sahibi sayısı iki yüz elliye aşan anonim şirketlerin ise paylarının halka arz edilmiş sayılacağını söylemektedir. Bu düzenlemeler ışığında genel çerçevede; anonim şirketler SPK'ya başvurarak paylarını buradaki yollarla¹²¹ halka arz eder ve halka açık anonim şirket vasfını kazanır¹²² ya da halka açılma niyeti olmadan ama paylarının piyasada sirkülasyonu sonucu pay sahibi sayısı iki yüz elliye aşabilir ve halka açık anonim şirket sınıflandırması içerisinde yer alır. SPK'da kayda alınıp halka arz edilen anonim şirketlerin borsaya kote olması zorunlu olmadığı gibi, payların borsada işlem görebilmesi için, İMKB Kotasyon Yönetmeliğindeki kotasyon şartlarını da sağlaması gerekir. Uygulamada borsaya kote olmuş şirketlere “payları borsada işlem gören halka açık anonim şirket”, (borsaya kote edilmiş halka açık anonim şirket, borsa anonim şirketi) denmekte, borsaya kote olmamış anonim şirketler ise “payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirket” olarak nitelendirilmektedir¹²³.

Bu tanımlamaların kapsamına girmeyen anonim şirketler ise halka kapalı anonim şirketler veya kısaca kapalı anonim şirketlerdir.

¹²⁰ YANLI, Kamunun Aydınlatılması s. 26.

¹²¹ SerPK m. 3'teki tanıma göre anonim şirketin payları dört hâlden birinin gerçekleşmesi durumunda halka arz edilmiş olacaktır, ancak bu hallerden biri halihazırda halka açık anonim şirketlere ilişkin bir durumu tanımlamaktadır. Bu konuda detaylı açıklama için YANLI, Kamunun Aydınlatılması s. 27 vd.

¹²² Elbette ki bu, ancak, SerPK ve SPK'nın ilgili tebliğ ve diğer düzenlemelerindeki şartların yerine getirilmesinin ardından mümkün olacaktır. Fakat konu dışında kaldığı için bu detaylara değinilmemiştir.

¹²³ Bu çalışmanın devamında “halka arz edilmiş sayılan anonim şirket” payları halka arz edilmiş sayılan halka açık anonim şirketi, “borsa anonim şirketi” borsaya kote olan halka açık anonim şirketi, “halka açık anonim şirket” bahsi geçen şirket türlerinin her ikisini, “kapalı anonim şirket” ise halka arz edilmemiş, halka kapalı anonim şirketi ifade etmek için kullanılacaktır.

Daha önce de bahsedildiği gibi kurumsal yönetim temel ilkeleri ve OECD İlkeleri ışığında hazırlanan SPK İlkeleri, SPK tarafından bir liste hâlinde, halka açık anonim şirketler bakımından “uygula, uygulayamıyorsan açıkla” prensibi ile kamuoyuna sunulmuştur¹²⁴. Bunun dışında, gerek borsaya kote olan gerekse olmayan, halka açık anonim şirketler hem TTK hem de SerPK kapsamına girmektedir¹²⁵. Özel kanun olduğu için öncelikle SerPK hükümleri, burada düzenleme olmayan hâllerde TTK hükümleri uygulanmaktadır. SerPK pek çok bakımdan yatırımcıların, daha da genel olarak sermaye piyasalarının baskısıyla, hem yönetim kurulunun görev, yetki ve sorumlukları, hem şirketlerin denetimi hem de pay sahiplerinin haklarının korunması anlamında çok daha detaylı ve işlevsel düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler kurumsal yönetim temel ilkeleri ile de paralellik içermektedir. Bunda elbette ki ülkemizde sermaye piyasasının geçmişinin çok yeni ve SPK’nın çok genç bir kurul olmasının etkisi büyüktür. Ancak SPK İlkelerinin, dolayısıyla kurumsal yönetim temel ilkelerinin yalnız halka açık anonim şirketler için uygulanır olması bu ilkelerin felsefesine aykırı olacaktır. Zaten SPK İlkelerinde de öncelikle halka açık anonim şirketlerin hedef alındığı, ancak ilkelerin kamuda veya özel sektörde faaliyet gösteren diğer anonim şirketler ve kuruluşlar tarafından da uygulama alanı bulabileceğinin düşünüldüğü ifade edilmiştir¹²⁶. Kurumsal yönetim temel ilkelerinin adil, şeffaf, hesap verebilir yönetim ve bağımsız denetim nitelikleri halka açık olmayan anonim şirketler ve hatta diğer sermaye şirketleri bakımından da önem taşımaktadır¹²⁷. Bu bakış açısı ile TTK Tasarısı düzenlemelerinde, kurumsal yönetim temel ilkelerine, halka kapalı anonim şirketlerin yanında halka açık anonim şirketleri de kapsayacak şekilde, OECD ve SPK’nın kurumsal yönetime

¹²⁴ SPK İlkeleri Giriş s. 4.

¹²⁵ Burada halka açık niteliğe haiz olsun veya olmasın anonim şirketlerin faaliyet konuları (bankacılık, sigortacılık, enerji ve sağlık hizmetleri gibi) sebebiyle tabi oldukları diğer özel kanun ve düzenlemelerin de varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak bu özel düzenlemelerin sessiz kaldığı durumlarda TTK uygulama alanı bulacaktır.

¹²⁶ SPK İlkeleri Giriş s. 4.

¹²⁷ TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, N.5.

ilişkin ilkelerini de dikkate alarak, yer vermiştir¹²⁸. Buna ek olarak ilkeler bir liste halinde veya tek bir başlık altında metne ilişitirilmemiştir. Kurumsal yönetim temel ilkelerinin modern ticaret hukukunu etkilediği konularda yeni düzenlemeler getirilmiş ve bunlarla ilgili, kanunda mevcut olan hükümlerde değişiklikler yapılmıştır. Bu da kurumsal yönetim ilkelerinin kanun tasarısında sindirilmesini sağlamıştır.

1. Sermaye

TTK Tasarısı'nda anonim şirketlerin en az sermaye tutarını düzenleyen 332. madde, TTK'nın 272. maddesinden daha farklı olarak, hâlihazırda halka açık anonim şirketler tarafından kullanılabilen kayıtlı sermaye sisteminin¹²⁹ artık kapalı anonim şirketler bakımından da kullanılabileceğini göstermektedir. Ancak halka açık anonim şirketler için SerPK'nın 12. maddesi hükmünü korumaya devam edecektir.

Çalışmanın başından beri ifade edildiği gibi; ekonomik maksatlarla kurulan şirketlerde bu maksada ulaşabilmek için bir sermayeye ihtiyaç duyulur, bu sermayeyi de pay sahipleri taahhüt eder. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin getirmeyi taahhüt ettikleri bu malvarlığı toplamının nakit olarak ifade edildiği değere "esas sermaye" denir¹³⁰. TTK'da düzenlenen şekliyle esas sermaye önceden belirlenmiş, sabit, nakitle ifade edilen, itibari değeri paylara bölünmüş ve tamamen taahhüt edilmiştir¹³¹.

Bugün TTK'da sermaye şirketleri için sabit sermaye sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemde sermaye artırımını için genel kurul kararı almak, aynı şekilde mali külfeti olan ve ağır işleyen birçok usulî işlemi de yerine getirmek gerekmektedir¹³².

¹²⁸ PWC s. 25.

¹²⁹ SerPK m. 3 b. (d), (e), (f), m. 11.

¹³⁰ BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996 s. 7.

¹³¹ Esas sermayenin nitelikleri hakkında bkz. BAHTİYAR, Kayıtlı Sermaye s. 8 vd.

¹³² BAHTİYAR, Kayıtlı Sermaye s. 25,

Ancak günümüzde piyasanın şartlarına uyum sağlayabilmek için anonim şirketlerin çok hızlı karar alması ve en önemlisi aldığı bu kararları bir an önce uygulamaya koyması büyük önem taşımaktadır.

Bunun yanında, sabit sermaye sisteminin sermaye artırımını usulündeki zorluklar sebebiyle, şirketlerde pay senedi ile değiştirilebilir tahvil ihracı ve çalışanların şirket kazancına katılımı da zordur¹³³. Oysa pay senedi ile değiştirilebilir tahviller, şirketler için ucuz ve kolay sermaye sağlayabilmek bakımından kullanışlıdır. Çalışanların şirket kazancına katılarak şirketten pay alabilmeleri de yönetimde söz sahibi olmaları bakımından önemlidir.

Kayıtlı sermaye sistemi, sabit sermaye sisteminin bahsettiğimiz bu dezavantajlarının bertaraf edilmesini kolaylaştırmaktadır¹³⁴. Kayıtlı sermaye sisteminde anasözleşmedeki düzenleme sayesinde yönetim kurulu kararı ile TTK'nın esas sermaye artırımına ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın, hisse senedi çıkararak sermaye artırımına gidilmesi mümkündür¹³⁵.

Kayıtlı sermaye sisteminde şirketler bakımından üç sermaye kavramı söz konusudur¹³⁶. Şirketlerin sisteme girdikleri anda ellerinde bulunan bir başlangıç sermayeleri vardır, bu başlangıç sermayesi sisteme girişle birlikte çıkarılmış sermaye olarak kabul edilir¹³⁷ ve çıkarılmış payların tümünün itibari değerlerinin toplamını temsil eder¹³⁸. Bundan başka, bir de çıkarılmış sermayenin artırılacağı bir tavan belirlenmiştir ki, bu da kayıtlı sermaye olarak isimlendirilir. Dolayısıyla bu sistemde yönetim kurulu, geleneksel sermaye artırım sisteminde ihtiyaç duyacağı genel kurul kararı olmadan karar alarak bu belirlenmiş tavana kadar sermaye artırımını yapabilir. Bu tavana kadar sermayesi

¹³³ BAHTİYAR, Kayıtlı Sermaye s. 26 vd.

¹³⁴ BAHTİYAR, Kayıtlı Sermaye s. 34.

¹³⁵ ARICI, M. Fatih, Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, İstanbul 2008 s. 10.

¹³⁶ MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, Şubat 2003 s. 25.

¹³⁷ SerPK m. 3 (e)

¹³⁸ TTK Tasarısı m. 332.

artırılmış olan şirketlerde yeniden sermaye artırımı yapılabilmesi için anasözleşme değişikliği ile kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesi gerekir¹³⁹.

TTK Tasarısı sermayeye ilişkin bu değişiklik sayesinde SerPK ile halka açık anonim şirketler için kabul edilmiş olan kayıtlı sermaye sisteminin avantajlarından tüm anonim şirketlerin de istifade edebilmesini sağlamıştır¹⁴⁰. Bu şekilde bütün anonim şirket türlerinde kurumsallaşmaya daha da yaklaşılacaktır.

2. Asgarî kurucu pay sahibi sayısı

TTK'nın düzenlemesi dikkate alındığında hukuk sistemimizde üç çeşit kurucu sayılabilir; esas sözleşmeyi düzenleyen ve imzalayan, tedrici kuruluştaki esas sözleşmeyi imzalamasa dahi aynı sermaye koymayı taahhüt edenler ve bunlar adına inanca temsil ile hareket edenler¹⁴¹. TTK Tasarısı'nda tedrici kuruluşa artık yer verilmediğinden Tasarıya göre esas sözleşmeyi imzalayanlar veya onların adına inanca temsil ile hareket edenler kurucu tanımı içerisinde yer alarak onlara ilişkin hükümlerin kapsamına gireceklerdir.

¹³⁹ Ancak bu durumda söz konusu işlem bir sermaye artırımı işlemi değil bir anasözleşme değişikliği olacaktır. Dolayısıyla kanunun sermaye artırımı hükümlerinin uygulanması gerekmeyecektir. MOROĞLU Sermaye s. 25.

¹⁴⁰ MOROĞLU da kitabında bu imkanlardan bütün anonim ortaklıkların faydalanabilmesi için kayıtlı sermaye sisteminin TTK sistemine içerisinde alınması gerektiğini belirtmiştir, MOROĞLU, Sermaye s. 31.

¹⁴¹ DOMANIÇ s. 131. TTK'nın 278. maddesinin üçüncü fıkrasına göre inanca temsil ile temsil edilen kişi de kuruluştan doğan sorumluluklar bakımından kurucu sayılacaktır. 278. madde ilk iki fıkrasında kurucu sıfatına haiz olmak için gerekli koşulları saymıştır. Bu iki fıkradaki işlemi, bir üçüncü kişi hesabına (paravan kişi olarak) yapan kişi yine kurucu sıfatına haiz olacak, fakat bu üçüncü kişi de bir kurucu gibi sorumluluk taşıyacaktır (bkz. İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak, On Üçüncü Bası, İstanbul 2005 s. 264, 265; TEKİL s. 224; POROY (Tekinalp/Çamoğlu) N. 484a) Ancak bu işlemler bir temsilci aracılığı ile yapılmış ise bu durumda temsilci kurucu sıfatını kazanamayacak, temsil ettiği şahıs kurucu olarak nitelendirilecektir (bkz. İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku Dersleri s. 265, ERİŞ, Gönen, Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995 s. 90).

TTK Tasarısı asgarî kurucu sayısını düzenlediği bu madde¹⁴² ile çok büyük bir yeniliği hukukumuza getirmektedir. TTK'nın 277. maddesine göre bir anonim şirketin kurulması için en az beş pay sahibi kurucunun bulunması gerekmektedir. Ancak TTK Tasarısı bu hükmü değiştirerek 338. maddesinde yalnız bir kurucu pay sahibinin dahi anonim şirketin kurulması için yeterli olduğunu öngörmüştür.

Bu düzenleme ile uygulamadaki büyük bir ihtiyaca cevap verilmiştir. TTK'nın düzenlemesi uygulamada ne yazık ki hiçbir yaptırım olamayan bir kanun hükmünden öteye geçememektedir. Bugün ticaret sicil memurluğundan her türlü hukuki ve ticari organa kadar ticari hayatın her aşamasında bilinmektedir ki, birçok anonim şirket kurulurken yalnız beş kişiyi tamamlayabilmek için küçük, temsili paylarla esasında şirketin işleyişi ile hiç alakası olmayan ve ileride de olmayacak kişileri kurucu pay sahibi olarak göstermekte, uygulamada zaten tek kişilik şirketlere rastlanmaktadır. Bunu ispat ise ayrı bir külfet olduğundan ya da kimsenin bunda hukuki bir faydası bulunmadığından, bu şekilde kanuni bir kanunsuzluğa ses çıkarılmamaktadır. Yabancı doktrinde saman adam (strohman) şeklinde de ifade edilen bu pay sahipleri yalnız kanunu dolanmak için kullanılmakta¹⁴³, bunun sonucunda kanun hükmüne olan saygıyı da zedelemektedir. Bu durum, şirkette gerçek pay sahiplerinin ve gerçek sorumluların da görülmesini engellediğinden ilgililerin menfaatlerinin korunması anlamında da iyiye doğru bir değişim sağlayacağı açıktır¹⁴⁴.

¹⁴² TTK Tasarısı Madde Gereçlerinde bu maddede AB'nin 89/667 sayılı 12. Yönergesinin tanıdığı olanaktan yararlanıldığı belirtilmektedir. Söz konusu yönerge 2009/102 sayılı Yönerge ile yürürlükten kaldırılmıştır, fakat bu yönerge de 12. Yönerge gibi tek kişilik şirketlerin kurulabilmesine imkan tanımaktadır.

¹⁴³ YANLI, Veliye, Zulässigkeit der Einpersonen-Aktiengesellschaft im Hinblick auf ihre Existenz und Gründung, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Cilt XXXII, No. 48, İstanbul 1998, s. 203, yazar çalışmasında resmi olarak istenen beş kurucu katılımının saman adamlar (strohännern) getirmek yoluyla uygulamada yanından dolanıldığı belirtilmektedir.

¹⁴⁴ MOROĞLU, Erdoğan, "Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, Cilt: II Sayı:1 İstanbul 2005, s.350, 351. Yazar sunumunda tek kişinin sınırlı sorumluluk imkânının arkasına saklanarak piyasayı dolandırmasının önüne geçecek, tek kişi ortağın sorumluluklarını daha sıkı ve detaylı şekilde ortaya koyan düzenlemelerin tasarıda eksik kaldığını belirtmektedir.

Bunun yanında tek kişilik anonim (ve limited şirketler) özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Avrupa ülkelerinde şirketler arası rekabetin de etkisiyle giderek yaygınlaşmaktadır¹⁴⁵. Tek kişilik sermaye şirketlerine ilişkin düzenlemeler özellikle şirketin oluşumu için gerekli sermayesi olan tüzel kişiler bakımından fayda sağlamaktadır. Kendi iş koluyla ilgili faaliyet gösterecek belki kendisine hammadde sağlayacak ya da yan sanayiinde çalışacak bağlı şirketler kurmak için tüzel kişiler bu tek kişilik şirketleri tercih etmektedir¹⁴⁶. Ayrıca dernek, vakıf ve sendikalar da bu yolla işletmecilik yapabilecek, kurumsallaşma kolaylaşacaktır¹⁴⁷. Şirket toplulukları anlamında da hükmün fayda sağlayacağı kesindir¹⁴⁸.

Tek kişilik anonim şirket kavramı için “şirket” teriminin ruhuna aykırı olduğu şeklinde eleştiriler getirilebilir¹⁴⁹. Ancak uygulamalar göstermiştir ki, modern anlamda şirket pay sahibi olan şahıstan çok şirketin faaliyeti ve organizasyonu ile tanımlanmaktadır¹⁵⁰. Ayrıca tek bir pay sahibinin olması şirketin organlarının¹⁵¹

¹⁴⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H., Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler, BATİDER, Cilt 24 No. 1-2, Haziran 2007 s. 164.

¹⁴⁶ PWC s.7.

¹⁴⁷ TTK Tasarısı Madde Gereççeleri m. 338 f.1.

¹⁴⁸ EROĞLU, Muzaffer, Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler “Single Member Companies in Turkish Law”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 64, Nisan 2008 s. 1259.

¹⁴⁹ Getirilen eleştirilerin arasında tek ortaklı sermaye şirketlerinin, sermayenin tek elde toplanıyor olmasına imkan vereceği de dile getirilmektedir; TÜRK, H. Sami, Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:II Sayı: 1 İstanbul 2005, s.339.

¹⁵⁰ TTK Tasarı Madde Gereççeleri m. 338 f.1. Tek kişilik şirketlerin birden çok kişinin varlığını gerektiren niteliği konusunda ŞEHİRALİ ÇELİK çalışmasında şöyle demektedir; “[Alman Hukukunda] Sözleşme unsurunun varlığını sağlayacak birden fazla kişinin iradesinin bulunmaması, bu unsurun tek kişilik şirketler açısından farklı bir ağırlık noktası esas alınarak değerlendirilmesine neden olmuştur. [...] Tek kişilik şirketler açısından şirketin esas sözleşmesinin, şirketin temelini oluşturan örgütsel yapı olma özelliği ön plana çıkarılmakta ve kişi birliği unsurunun eksikliği bu yolla giderilmeye çalışılmaktadır. Böylelikle, çok ortaklı şirketlerde bir *organizasyon (örgütlenme) sözleşmesi* ile gerçekleşen kuruluşun yerini, tek kişilik şirketlerde tek taraflı varması gerekli olmayan irade beyanına dayanan bir *organizasyon (örgütlenme) işleminin* aldığı kabul edilmektedir.” (s. 172, 173). Çalışmasının devamında yazar şirketlerin ortak amaç unsuru bakımından tek kişilik şirketlerde organizasyon (örgütlenme) amacının benimsendiğini; ortakların ortaklık amacına ulaşılması için eşit özeni ve gayreti göstermesi yükümü şeklinde tanımlayabileceğimiz *affectio societatis* unsurunsa özellikle Fransız hukukunda tartışıldığını ve bu unsurun tek ortaklı şirketler bakımından tek ortağın tek taraflı irade beyanı ile klasik bir şirket ortağı olarak davranma ve şahsi malvarlığı ile şirket malvarlığı arasındaki ayrımı dikkat etmek şeklinde anlaşılması gerektiğinin ifade edildiğini söylemektedir (s. 175, 176).

oluşturulmasına bir engel değildir, dolayısıyla şirket faaliyetini sorunsuz şekilde devam ettirebilecektir.

Tek kişilik anonim şirketlerin kuruluşuna izin veren bu düzenlemeye, Türk hukukunda perdeyi kaldırma teorisinin¹⁵² uygulama alanı bulduğu, bu sebeple sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanmak isteyen gerçek sorumlulara ulaşmak için imkan varken tek kişilik anonim şirketlere izin vermenin gerekli olmadığı yönünde eleştiriler de getirilmektedir¹⁵³. Fakat bu eleştiri, tek kişilik anonim şirketlerin düzenlenmesindeki asıl amaca çok sınırlı bir noktadan bakmak olur. Zira tek kişilik anonim şirket gerçek sorumluları kanun önüne çıkarmanın yanında uygulamada ek sermayeye ihtiyaç duymadan fakat anonim şirket hükümlerinden faydalanmak isteyen yatırımcılar, şirket toplulukları gibi oluşumlar için de düzenlenmektedir. Dolayısıyla tek kişilik anonim şirketin ticari hayatta profesyonelleşmeye katkısı olacağı açıktır. Bunun da ötesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulamada kanunu dolanmayı ortadan kaldırmak için kullanılmaktadır. Bunun yerine kanunu dolanmaya ihtiyaç duyulmayacak bir düzenlemenin getirilmesi elbette ki hukuk güvenliği açısından çok daha doğrudur.

¹⁵¹ Tüzel kişilerde organ kavramı için bkz. HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001 s. 3 vd.

¹⁵² Perdeyi kaldırma teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

¹⁵³ TBB Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I – II – III, Ankara 2008 s. 67.

Bu tespitler göstermektedir ki Tasarı'nın anonim şirketlerin pay sahibi sayısına ilişkin hükmü de kamunun şirket işleyişinden en doğru şekilde haberdar olmasını hedefleyen şeffaflık ilkesinden etkilenmiştir¹⁵⁴.

3. Esas sözleşme

TTK Tasarısının esas sözleşmenin asgari içeriğini ortaya koyan 339. maddesi genel itibariyle TTK'nın ilgili 279. maddesini tekrar etmekte, ancak ikinci fıkranın (b), (d), (j) ve (k) bentleri ile üçüncü fıkrada uygulamada ihtiyaç duyulan düzenlemeleri getirmektedir. 339. maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde şirketin işletme konusuna esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde yer verileceği, (d) bendinde pay senetlerinin nama mı hamiline mi yazılı olacağını belirtileceği, varsa, paylara tanınan imtiyaz ve devir sınırlamalarının da gösterileceği düzenlenmiştir. Fıkranın (j) bendinde pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye paylarının hem türlerine hem de miktarlarına yer verilmesi, (k) bendinde de şirketin hesap döneminin esas sözleşmede belirtilmesi öngörülmüştür. Maddenin 3. fıkrası ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme ile atanacağını düzenlemektedir.

Kurumsal yönetim ilkeleri bakımından incelendiğinde dikkat çeken düzenlemelerden biri (d) bendidir. Şirketin pay sahipleri bakımından önem arz eden unsurlardan biri de sahip oldukları payların nitelikleridir. Payların nama veya hamiline yazılı olduğu TTK'nın 300. maddesine göre sicile tescil edilmekte, 401. maddeye göre imtiyazlar ancak esas sözleşmede yapılacak bir değişiklik ile

¹⁵⁴ Tek kişilik anonim şirketler bakımından tartışılan ve kanımca kurumsal yönetimin şeffaflık ve sorumluluk ilkeleri bakımından önem taşıyan bir diğer konusu ise tek kişilik şirket ortağının şirketin ilişkiye girdiği ilgililer karşısındaki sorumluluğudur. Yukarıda 142 numaralı dn.ta bahsettiğimiz *affectio societatis* unsurunun eksikliği durumunda, tek ortak sermaye koyma borcunu tam olarak yerine getirmiş olsa bile, geleneksel anlamda şirket ile ortakların malvarlıklarının ve iradelerinin ayrılması anlamına gelen ayrılık ilkesinin burada katı şekilde uygulanması halinde en geniş anlamıyla ilgililerin hakları ihlal edilebilecektir. Bu durum ortadan kaldırılması için uygulanan yöntemler hakkında bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK s. 198 vd. Uygulamada Türk hukukunda ortaya çıkabilecek aksaklıkların önlenmesi için yapılabilecek düzenlemeler hakkında bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK s. 211 vd., EROĞLU s. 1260 vd.

sözleşmeye girebilmektedir. TTK'nın 409. maddesine göre esas sözleşmede hüküm bulunmadığı durumda şirketin paylarının nama yazılı kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak Tasarı esas sözleşmenin bu konuda sessiz kalmasına izin vermemiş, her durumda şirketin kurucularının bu konuda bir düzenlemeyi esas sözleşmeye koymasını istemiştir. Dürüstlük kuralında ele alınan pay sahiplerinin haklarının korunması ve eşit muameleye tabi olmaları, sahip oldukları payların niteliklerinin tanımlanması ile de doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar arasında sayarak pay sahiplerinin haklarının daha şeffaf biçimde ortaya konmasını sağlamıştır. Bir bütün olarak bu madde şirketin kimliğidir¹⁵⁵ ve hem üçüncü kişiler hem de pay sahipleri bakımından güvence niteliğindedir¹⁵⁶. Sonuç olarak getirilen yenilikleri ile birlikte bu hükmün kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkelerinden etkilendiğini ifade edebiliriz.

4. Emredici hükümler

TTK Tasarısı ile getirilen yeniliklerden üzerine en çok tartışılanlarından biri de 340. maddedeki emredici hükümlere ilişkin düzenlemedir. Bilindiği gibi özel hukuka sözleşme serbestisi ilkesi hâkimdir. Ancak bu madde ile esas sözleşmenin kanunun anonim şirkete ilişkin hükümlerinden yalnız kanun açıkça izin vermişse sapabileceğini söylenmektedir. Hüküm AlmPOK'un 23 (5) paragrafından esinlenilerek kaleme alınmış, ancak diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanunlara özgülenmiş olarak hüküm doğuracağını söyleyen ikinci cümlesi ile mehzaz hükümden farklılaşmıştır¹⁵⁷. Maddenin bu haliyle Tasarı'da sözleşme serbestisi ilkesinden¹⁵⁸ ayrılarak

¹⁵⁵ TTK Tasarısı Madde Gereçekleri m. 339.

¹⁵⁶ Esas sözleşmedeki bir hususun tescil edilmiş hâli ile ilan edilmiş hâli arasında bir farklılık varsa, iyi niyetli üçüncü kişilerin TTK Tasarısı m. 37'de düzenlenen görünüşe güven ilkesine dayanmaları mümkündür.

¹⁵⁷ TTK Tasarısı Madde Gereçekleri m. 340.

¹⁵⁸ Sözleşme serbestisi ilkesi ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. ATAMER, M. Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, Şubat 2001 s. 9 vd.

emredici hükümler ilkesine yöneldiği söylenebilir¹⁵⁹. Madde gerekçesinde bu ikinci cümle ile SerPK, Bankacılık Kanunu¹⁶⁰ gibi kanunlar çerçevesinde serbesti sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

Esas sözleşme pay sahiplerinin şirket kurma iradelerini ortaya koydukları bir sözleşme olduğundan, Tasarı'ya getirilen eleştirilerde bu hükmün sözleşme serbestisi ilkesinin ihlali olacağı savunulmaktadır. Maddenin özel kanunlara ilişkin esas sözleşme hükümlerinin yalnız bu özel kanunlara özgülenmiş hâlde sonuç doğuracağına dair düzenlemesi bakımından da özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağı prensibine aykırı olduğu belirtilmektedir¹⁶¹. Ayrıca bu düzenlemeyle Tasarı'nın kaçındığı pay sahipleri sözleşmelerinin daha da artacağı iddia edilmektedir¹⁶².

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca kişi dilediği akdi dilediği kimse ile yapmakta veya dilerse yapmamakta serbesttir¹⁶³. Sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları BK'nın 19 ve 20. maddelerinde gösterilmiştir¹⁶⁴. Güçlerin dengeli şekilde dağıldığı bir ortamda, taraflar için son derece özgürlükçü ve tercih edilir bir düzen sağlayacak bu ilke gerçek hayatta ancak sözleşme taraflarının pazarlık güçlerinin birbirine denk olduğu durumlarda tam olarak işlevini yerine getirebilecektir¹⁶⁵. Zira uygulamada, ekonomik yönden daha kuvvetli olan, bu ilke sayesinde, karşı tarafın aleyhine sonuçlar doğuruyor olsa bile, kendi isteklerini sözleşmeye geçirerek karşı tarafı da bu sözleşme ile bağlamaktadır. Bu sebeplerle hukukun

¹⁵⁹ KARASU, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 43.

¹⁶⁰ Kanun No: 5411 Kabul T: 19.10.2005, RG T: 1.11.2005 RG No: 25983.

¹⁶¹ MOROĞLU Genel Değerlendirme s. 350.

¹⁶² MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı: Başlangıç, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri ve Son Hükümler'e İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2005 s. 83.

¹⁶³ OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2006 s. 19.

¹⁶⁴ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On Dördüncü Bası, İstanbul 2006 s. 128.

¹⁶⁵ ATAMER s. 19.

çeşitli dallarında da sözleşme özgürlüğünün kanuni düzenlemeler ile sınırlandırılması yoluna gidilmektedir¹⁶⁶.

Sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen bu eleştiriler üzerinde düşünülmeden, maddenin ilkeye aykırı olduğu gerekçesiyle çekinceyle karşılanması doğru değildir. Aksine madde, bu hâliyle pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin haklarının korunması bakımından önem arz edecektir. Ancak, şahıs iradelerinin özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı olan bu ilke sınırlanırken, kendi iradesini karşı tarafın haklarını yok sayacak şekilde empoze edebilecek olan güçlü karşısında güçsüzün haklarını koruma amacından daha öteye gidecek şekilde hareket edilmemesine de özen gösterilmesi daha doğru olacaktır. Buna ek olarak, bu kadar katı şekilde düzenlenmiş bir esas sözleşme şirketler bakımından hareket serbestisini de son derece sınırlayacaktır¹⁶⁷. Dolayısıyla bu hâliyle amacını aşan bir düzenlemenin ortaya çıktığı söylenebilir.

Bunun yanında; madde gerekçesinde yapılan açıklamaya göre; *“kamında açıkça izin verilmişse” ibaresinin, maddenin lafzından “sapabilme” imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözteden bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı*¹⁶⁸ durumlar da dikkate alınmalıdır. Mevzuatın hükmüne ilişkin tartışmalarda da lafza göre mi yoksa amaç ve anlama göre mi yorumlanması gerektiği tartışılmaktadır¹⁶⁹. Hükmün, aksine düzenlemeye izin verip vermediği konusunda,

¹⁶⁶ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N.35.

¹⁶⁷ MOROĞLU Genel Değerlendirme s. 349. TTK Tasarısı'nın tip anonim şirket yarattığına da gönderme yapılmıştır (bkz. ESİN, İsmail, “Hissedarlar Sözleşmesi”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı sempozyumu, 27 – 28 Mayıs 2005, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, Cilt: II Sayı:1 İstanbul 2005, s. 477). Bu bakımdan ESİN, Tasarı'nın amacı dikkate alındığında bunun tutarlı olduğunu, şirket sözleşmesi ile detaylı şekilde şirket yapılanmasını düzenlemek isteyen bir kişinin limited şirket formunu esas almaya yönlendirdiğini, Tasarı'nın da zaten bunu amaçladığını da sunumunda ayrıca ifade etmektedir (bkz. ESİN s. 479).

¹⁶⁸ TTK Madde Gerekçesi m. 340.

¹⁶⁹ KARASU s. 45 vd.

hükümün anlam ve amacına göre de incelenmesi gerektiği yönündeki görüş¹⁷⁰, uygulamada ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı durumların önlenmesi bakımından Tasarı'nın mevcut düzenlemesine getirilebilecek en uygun çözüm olarak görünmektedir. Emredici hükümler ilkesinin amaçları olarak anonim şirket esas sözleşmelerine belli standartların getirilmesi ile hukuki güvenlik ve şeffaflığın sağlanması, pay sahipleri ve ilgililerin korunması sıralanmaktadır¹⁷¹. İlkenin bu amaçları dikkate alınacak olursa emredici hükümlerin yorumlanması bakımından aynı sonuca ulaşılabilecektir.

Pay sahipleri sözleşmesi konusunda, madde bu sözleşmeleri yasaklamamakta ancak bu sözleşmelerin şirketler hukuku anlamında ticaret kanunu kapsamında hüküm doğurmayacağını kabul etmektedir. Esasında ayrılık ilkesi¹⁷² çerçevesinde de pay sahipleri ile ayrı bir şahıs olan şirketin iradelerinin ve malvarlıklarının birbirinden bağımsız olduğu kabul edilir. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmelerinin de yalnız bu sözleşmeye taraf olan pay sahipleri bakımından hüküm doğuracağı iddia edilebilir¹⁷³. Ancak uygulamada bu ayrım bu kadar net yapılamamakta, pay sahipleri sözleşmesine taraf olan pay sahiplerinin yönetime etki etme güçlerine göre söz konusu sözleşmenin şirket üzerinde etkisi hissedilebilmekte, bu sebeple kimi zaman diğer pay sahiplerinin hakları ihlal edilmektedir¹⁷⁴. Pay sahiplerinin ve ilgililerin haklarının korunması bakımından paysahipliği sözleşmeleri ile getirilen düzenlemelerin izlenmesi, ilgililerin gerekli durumlarda bu sözleşmelere müdahale edebilme yollarının kolaylaştırılması gerekmektedir. Ancak bunun yolunun, pay sahipleri arasında kullanılmaya devam edecek bu sözleşmeleri şirketler hukuku alanından tamamen dışlamaktan geçtiğine katılmak mümkün değildir. Bunun yerine, bu sözleşmelerin de şirketler

¹⁷⁰ KARASU s. 47.

¹⁷¹ KARASU s.43.

¹⁷² bkz. YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 10vd.

¹⁷³ OKUTAN NILSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004 s.43. Ayrıca Tasarı'da emredici hükümler ilkesinin pay sahipleri sözleşmeleri bakımından incelemesi hakkında bkz. KARASU s. 177 vd.

¹⁷⁴ OKUTAN NILSSON Paysahipleri Sözleşmeleri s. 44 vd., s.71 vd.

hukuku çatısı altında da değerlendirilmesini sağlamak sözleşmelerin kontrolünü kolaylaştıracaktır¹⁷⁵. Ayrıca Tasarı ile getirilen hükümler ilgililerin haklarını korumayı hedeflediğinden bu müdahale ve koruma yolları pay sahipleri sözleşmeleri için de geçerli olabilecektir.

Gerekçede yapılan açıklamalar ışığında hükmün getirmek istediği amaç dikkate alındığında, kurumsal yönetimin hakkaniyet ilkesinden etkilenildiği anlaşılmaktadır¹⁷⁶.

5. Kurucu menfaatleri

TTK Tasarısı'nın kurucu menfaatlerine ilişkin 348. maddesi TTK'nın ilgili 298. maddesinden yalnız iki yerde farklılık göstermiştir. Bunlardan birincisi dağıtılacak bedelin hesaplanmasında dikkate alınacak sermaye, diğeri şirket kâr dağıtımını yapmama kararı almış olsa bile kurucu intifa senedi sahiplerine esas sözleşmede öngörülen kârın dağıtılması durumunun düzenlenmesi zorunluluğudur. Bu iki durum da mevcut düzenleme bakımından öğreti ve uygulamadaki tartışmalı konulara açıklık getirmektedir.

Tartışmalı birinci konu kuruculara 298. madde hükmü uyarınca dağıtılacak kâr payının hesaplanmasında esas alınacak esas sermaye tutarıdır. TTK'da 298. madde kurucuların kuruluştaki emeklerinin karşılığı olarak, şirket sermayesinin azalmasına sebep olabilecek, para ve bedelsiz hisse senedi almak gibi işlemlerde bulunmalarını yasaklamıştır. Fakat hasil olan kazançtan 466. maddenin birinci fıkrasına göre ayrılacak yedek akçe ve pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalan tutarın onda birinin kuruculara tahsis edilebileceğini söylemiştir. Madde hükmü esas alınacak sermaye bakımından sessiz kaldığı için

¹⁷⁵ “Geniş anlamda ortaklık düzeninin varlığını kabul, borçlar hukuku – ortaklıklar hukuku ayırımının yapaylaştığı ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği noktaların araştırılabilmesi için bir kapı açmaktadır.” OKUTAN NILSSON Paysahipleri Sözleşmeleri s. 47.

¹⁷⁶ KARASU çalışmasında kurumsal yönetim ilkelerinin emredici hükümler ile güvence altına alınmaması halinde menfaatler dengesini ve nesnel adaletin tam olarak sağlanmasının mümkün olmayacağını, bu bakımdan bu ilkenin Tasarı'da kurumsal yönetim felsefesinin en gerçekçi şekilde somutlaşmış hali olduğu ifade etmektedir, s. 105.

uygulamada kurucu pay sahiplerine dağıtılması düşünülen kâr payı bakımından esas alınacak sermayenin kuruluş sermayesi mi yoksa mevcut sermaye mi olduğu yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur¹⁷⁷. Yargıtay verdiği kararlarda¹⁷⁸ esas sözleşme ile sınırlandırılmadığı takdirde mevcut sermaye üzerinden kâr payı dağıtılacağına hükmetmiştir.

TTK Tasarısı'nın 348. maddesi bu konuda açık şekilde "mevcut sermaye" düzenlemesini getirmiş, bu şekilde uygulamadaki tartışmaya da son vermiştir.

Tartışma konusu olan ikinci durum ise şirketin pay sahiplerine kâr dağıtmama kararı aldığı durumlarda, kurucu intifa senedi sahiplerinin kârdan pay alıp alamayacağı sorusudur. TTK'nın 298. maddesi bu konuda bir düzenleme getirmemişken, uygulamadan kaynaklanan sorunları gözönüne alan Tasarı kâr dağıtılmasa dahi kurucu intifa senedi sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr payını almaya haklarının olduğu düzenlemesini getirmiştir.

Bu maddenin kurucu pay sahiplerinin haklarının korunması ve akılda soru bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olması sebebiyle kurumsal yönetim ilkelerinin hakkaniyet ve şeffaflık niteliklerinden etkilendiği ifade edilebilir. Maddenin bu hâliyle uygulamadaki soru işaretlerine kesin bir cevap verilmiş olması yatırımcılar bakımından şirkete güveni artıracak gibi kurucuların hakkının da, artırılan sermaye ve yeni pay sahipleri ile ihlal edilmesi ihtimalini de ortadan kaldırmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, büyük sermayeye ihtiyaç duyan yatırımlar bakımından kurucu menfaatlerinin net biçimde düzenlenmiş olması da ayrıca faydalıdır.

¹⁷⁷ TEKİNALP, Ünal; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Ersin Çamoğlu, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2009 N. 1233.

¹⁷⁸ 11. HD 01.04.1993 E. 7645/K.2018, 11. HD 29.12.1994 E. 5025/K. 9960, ERİŞ Anonim Şirketler s.131 vd.

6. Kurucular beyanı

349. madde ile ticaret hukukuna getirilmesi düzenlenen kurucular beyanı ile kamunun aydınlatılarak sermayenin korunmasının sağlanmaktadır. Ayrıca yolsuzlukların önlenmesi, şirketin kurucular menfaatine fakat ilgililerin zararına olacak şekilde kullanılmasının önlenmesi, kuruluşun denetlenmesinin kolaylaştırılması ve sorumluluk davalarının daha kolay çözüme ulaşmasının sağlanması amaçlanmıştır¹⁷⁹. Bu nedenle beyanın bilgiyi ve hesabı dürüst bir şekilde verme ilkesine göre doğru ve eksiksiz olarak hazırlanacağı, gerekçeli olacağı, emsal göstereceği, karşılaştırmalara yer vereceği ve anlaşılabilir bir dille yazılacağı öngörülmüştür.

Beyanın içeriği ise, maddede aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklendiği önemli taahhütler, makina ve benzeri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, kuruculara tanınan menfaatler, kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği, pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri; bunlar bir şirketler topluluğuna dahil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkileri, kuruluşu inceleyen işlem denetçisine ve diğer hizmet verenlere ödenen ücretler şeklinde belirtilmektedir. Ancak maddenin gerekçesinden bunların sınırlı şekilde sayılmamış olduğu, kuruluşa ilişkin her türlü taahhütlerin, işlemlerin, yapılan ve alınan ödemelerin burada açık bir dille ve belgelerle ifade edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁹ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 349.

¹⁸⁰ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 349.

Madde gerekçesinde, bunların yanında, şeklen verilen, içeriği bakımından amaçlanana uymayan beyanların da kuruluş denetçileri ve sicil memuru tarafından reddedilmesi gerektiği belirtilmekte, denetçinin kuruculardan kurucular beyanındaki çelişkili konular hakkında yazılı açıklama isteyebileceği ifade edilmektedir¹⁸¹.

Bu beyan yine TTK Tasarısı ile ilk defa düzenlenmiş olan kuruluş belgeleri¹⁸² arasında sayılmıştır.

Getirilen tüm bu düzenlemeler şirketin şeffaf bir nitelik taşımasını ve ilgililerin haklarının korunmasını, kurucuların gerektiği takdirde hesap verebilir durumda olmasını amaçlamaktadır. Bunun yanında kurucular ile sonradan katılacak pay sahipleri arasında hakkaniyetin devamlılığını sağlamak maksadını da gütmektedir. Bu beyanların doğruluğu da kuruluş belgelerine ilişkin 336. madde, işlem denetçisini düzenleyen 351. madde, hukuki sorumluluğu düzenleyen 549. madde ve cezai sorumluluğa ilişkin 562. madde ile güvence altına alınmıştır.

7. İşlem denetçisi raporu

TTK Tasarısı'nda mevcut sistemimizde şirketin bir organı olarak yer alan murakıplar zorunlu olmaktan çıkarılmış onun yerine bağımsız denetim zorunluluğu getirilmiştir. Bu doğrultuda da TTK Tasarısı'nda işlem denetçisi, şirket finansal tablolarını denetleyen denetçi (m. 397 vd.) ve özel denetçi (m.406, 438 vd.) olmak üzere üç farklı denetçi kavramı yer almaktadır. İşlem denetçisinin

¹⁸¹ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 349.

¹⁸² Kuruluş belgeleri 336. maddede düzenlenmiş, yürürlükteki kanunda karşılığı olmayan bu madde ile anonim şirketin kuruluşunda aranacak olan belgeler *numerus clausus* prensibi ile sıralanmıştır. Buna göre, yine ilk defa TTK Tasarısı'nda düzenlenen işlem denetçisi raporu ve kurucular beyanı yanında esas sözleşme, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler kuruluş belgeleri olarak nitelendirilmekte ve şirketin sicil dosyasında beş yıl süreyle saklanması emredici şekilde düzenlenmektedir. Bu yolla şirketin daha kuruluşundan itibaren şeffaflığının sağlanmasının yanı sıra pay sahipleri arasında eşitliği bozacak sözleşmelerin yapılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Hüküm kurumsal yönetimin hakkaniyet ve şeffaflık ilkelerinden etkilenmiştir. Bu belgelerin tam olarak dosyada yer aldığı ve içeriklerinin görünür olarak kanuna uygunluğunun denetimi de 351. madde ile işlem denetçisine verilmiştir.

düzenlendiği hükümlerden¹⁸³ anlaşıldığı kadarıyla işlem denetçisi, şirketin özellikle belirlenmiş bir faaliyeti, bir “işlem” üzerinde denetim yapacak denetçidir¹⁸⁴. Bunun dışında, özel denetçi TTK’nın 348. maddesinde düzenlenen hususi murakıba karşılık gelmektedir. Mevcut TTK’daki murakıpların görevini ise bağımsız denetçiler yerine getirecektir.

351. maddede düzenlenen işlem denetçisi kuruluş aşamasında kurucuların gerekli kuruluş işlemlerini kanuna uygun olarak yerine getirip getirmediğini, görünüşte herhangi bir muvazaa olup olmadığını, gerekli noter onaylarının ve izinlerin alınıp alınmadığını inceler, raporunda bu konuda açıklamalara yer verir. İşlem denetçisi raporu içeriğinin hükümde verilen konularla sınırlı tutulması zorunlu değildir¹⁸⁵. Kuruluş belgeleri arasında yer alan raporun anlaşılır nitelikte olması, bir sonuç belirtmesi ve kuruluşun kanuna aykırı olup olmadığını açıkça ifade etmesi gerekmektedir¹⁸⁶. İşlem denetçisinin bu rapordaki kusurlu hareketinden dolayı sorumlu olacağı da 554. maddede düzenlenmiştir.

Bu rapor da kurucular beyanı gibi şirketin kuruluş aşamasındaki şeffaflığını oluşturmayı amaçlamakta, aynı zamanda kurucuların sorumluluklarını tam olarak yerine getirmelerini sağlayarak hakkaniyete uygun şekilde şirketin kuruluşunun gerçekleşmesini hedeflemektedir. Bu bakımdan şeffaflık ve hakkaniyet ilkelerinden etkilenmiştir.

Bu raporun düzenlenmesi kurucuların kanunla düzenlenmiş olan yükümlülüklerini dolanmalarını zorlaştıracığı ifade edilebilir. Bunun yanında raporun getireceği mali külfet ve hazırlanışında harcanacak zaman üzerinde düşünülmesi gereken

¹⁸³ Bunlarla sınırlı olmamak üzere 401, 407, 457, 554 gibi maddelerdir.

¹⁸⁴ İşlem denetçisi raporu kural olarak bir bağımsız denetleme kurumu tarafından hazırlanacaktır. Bunun yanında, madde hükmünde orta ve küçük ölçekli anonim şirketler ile kapalı anonim şirketlerde bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirin bu raporu düzenlemeye yetkili olduğu söylenmektedir. Bahsi geçen orta ve küçük ölçekli anonim şirketler ise 1523. maddede tanımlanmışlardır.

¹⁸⁵ YANLI Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Tasarı s. 56; TTK Tasarısı Madde Gerekçesi m. 351.

¹⁸⁶ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 351.

dezavantajlarıdır. Bu bakımdan raporun hazırlanmasının bir süreye bağlanması özellikle, şirket kuruluşlarının usuli işlemlerinin zorlaştırılmaması bakımından faydalı olacaktır.

8. Eşit işlem ilkesi

Eşit işlem ilkesi doktrinde kabul görmüş, AB 77/91 sayılı İkinci Yönergesi'nde yer almış, ancak kanunumuzda bugüne kadar yer verilmemiş bir ilkedir. TTK Tasarısı 357. maddede bu ilkeye yer vererek ilkenin kanun düzeyinde somutlaşmasını sağlamayı amaçlamıştır.

Nitelikleri gereği çoğunluk ilkesine¹⁸⁷ göre yönetilen anonim şirketlerde çoğunluğun (bu çoğunluk, şirket yönetimini bu ilkeye dayanarak ele geçirmiş tek bir grup da olabilir) kendi menfaatlerini şirket menfaatlerinin önünde tutması ve kendileri dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesi mümkündür¹⁸⁸. Eşit işlem ilkesi, çoğunluğun hakimiyetindeki şirkette bir nevi kendilerine verilenle yetinmek durumunda bırakılan azınlığın¹⁸⁹ çoğunluğun keyfiyetinden korunmasını sağlayan, çoğunluğa mensup pay sahiplerinden daha kötü imkânlara katlanmasını ve daha ağır sorumluluk yüklenmesini engelleyen, şirketin gücü ile çoğunluğun etkisini azınlığın yararına sınırlayan genel bir hukuk ilkesi olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁰.

Temel olarak eşit işlem ilkesine göre pay sahipleri eşit şartlar altında eşit muamele görmeli, eşit sorumluluklar ve eşit haklarla donatılmalı, ayrımcılık

¹⁸⁷ Anonim şirketlere hakim ilkeler ve çoğunluk ilkesi hakkında açıklama için bkz. POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar N. 464a vd., TEKİL s. 78 vd.

¹⁸⁸ YILDIZ, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004 s. 58.

¹⁸⁹ Buradaki azınlık kanunda tanımlanmış “azlık” kavramı ile karıştırılmamalıdır.

¹⁹⁰ YILDIZ s. 58.

yapılmamalıdır¹⁹¹. Yani anonim şirketler hukuku bakımından ilke mutlak değil nispi eşitliği esas almaktadır¹⁹².

Bu ilke kurumsal yönetimin hakkaniyet ilkesi ile doğrudan ilişkilidir. Eşit işlem ilkesinin TTK Tasarısı'na girmesi ile hakkaniyet ilkesi, nesnel adalet ve eşit işlem nitelikleri ile somutlaştırılmıştır¹⁹³. OECD İlkelerinde pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmaları başlıklı üçüncü bölümde, SPK İlkeleri'nde de hem bilgi alma hakkına ilişkin ilkelerde (Bölüm I § 2) hem de pay sahiplerine eşit işlem ilkesi başlığı altında düzenlenen ilkelerde (Bölüm I § 8) eşit işlem ilkesine doğrudan yer verilmiştir.

Eşit işlem ilkesi pay sahiplerinin bilgiye ulaşım, oy kullanma hakları ve dolayısıyla internet üzerinden genel kurula katılım gibi düzenlemelerde de kendini göstermektedir. Bu ilkeye aykırı hareket edilmesi hâlinde 391. madde düzenlenen yönetim kurulu kararının butlanı veya somut olayın gereklerine göre yapılan işlem veya alınan kararın iptali talep edilebilecektir¹⁹⁴. Benzer şekilde, genel kurul kararlarının iptali hakkında hüküm getiren 445. madde de kanuna aykırı genel kurul kararlarının iptalinin dava edilebileceğini söylemektedir. Dolayısıyla, eşit işlem ilkesine aykırı genel kurul kararları da iptal davasına konu olabilecektir¹⁹⁵.

Daha yukarıda bahsedildiği gibi kurumsal yönetim ilkeleri yalnız pay sahiplerinin değil tüm ilgililerin menfaatlerinin korunması gerektiği felsefesini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan eşit işlem ilkesinden ilgililerin de faydalanması gerektiği görüşü tartışılabilir. Ancak TTK Tasarısı açık bir düzenleme ile bu ilkeyi yalnız pay sahipleri yönünden kaleme almıştır¹⁹⁶, dolayısıyla ilgililerin ya da pay

¹⁹¹ NOMER, Füsun, Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999 s. 24.

¹⁹² TEKİNALP (Poroy, Çamoğlu), Ortaklıklar N. 889.

¹⁹³ TEKİNALP TTK Tasarısı'nın Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N.7.

¹⁹⁴ TTK Tasarısı Madde Gereççeleri m. 357, TEKİNALP (Poroy, Çamoğlu), Ortaklıklar N.892.

¹⁹⁵ SerPK m. 12 yönetim kurulu kararlarının iptal edilebileceğini, eşit işlem ilkesine aykırılığın da iptal sebeplerinden biri olabileceğini düzenlemektedir.

¹⁹⁶ TTK Tasarısı m. 357 ve TTK Tasarısı Madde Gereççeleri m. 357.

sahibi sıfatı ve konumunun mevcut olmadığı işlemlerde pay sahiplerinin bu hükümden faydalanması mevcut düzenleme ile mümkün olamayacaktır.

9. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı

Uygulamada çoğu kez yönetime de hakim durumda olan pay sahipleri şirketi bir nevi kendi kasaları gibi kullanmakta, sürekli bir borç ilişkisine girerek şirket sermayesinden kendi menfaatleri yönünde istifade etmektedirler. Bu durum şirketin ilişkide olduğu herkes için şirketin güvenilirliğini etkilemekte, özellikle şirketle iş yapan alacaklıların, tedarikçilerin ve diğer pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmektedir. Bu bakımdan TTK Tasarısı 358. maddesinde şirket pay sahibinin şirkete karşı borçlanamayacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Kurumsal yönetimin şeffaflık ve hakkaniyet ilkeleri gereği bütün pay sahiplerinin eşit muameleye tabi olması, hak ve borçlarının eşit olması, şirketin ticari sır niteliğini taşımayan mümkün olan tüm işlemlerinin de kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde açıklanması gerekmektedir. Pay sahiplerinin, ilgililerin menfaatlerini ihlal edecek bu tür işlemlerinin yasaklanması şeffaflık ve hakkaniyet ilkelerinin gereğidir.

Bu maddeyi yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma yasağı ve şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK Tasarısı'nda 395. maddede karşılık bulan TTK'nın 334. maddesi ile karıştırmamak gerekir. Fakat 395. maddenin gerekçesi bu maddenin ikinci fıkrasının 358. maddenin tamamlayıcısı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. 395. maddenin ikinci fıkrası yönetim kurulu üyesi veya onun alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin şirkete nakit veya ayın borçlanamayacağını söylemektedir. Gerçekten de ilgililerin menfaatlerinin tam olarak korunabilmesi için, kanunun dolanılmasına imkan tanıyacak bu tür işlemlerin de herhangi bir uyuşmazlık hâlinde dikkatle incelenmesi ve gerçek maksatlarının anlaşılmasına çalışılması ilgililerin lehine olacaktır. Ancak madde

metninde bu yönde bir düzenlenmeye de yer verilmesi hükmün yorumlanması bakımından daha doğru sonuçlara ulaştıracaktır.

Maddenin ikinci cümlesi ise ticari hayatın gerekleriyle ortaya çıkacak ilişkilerin bu madde sebebiyle engele takılmaması için getirilmiştir. İşletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin işleri kapsamında ilişkiye girdiği diğer müşteri ve ilgililerle eşit haklara sahip olmasını sağlamak amaçlanmıştır. Pay sahiplerinin bu hükme aykırı hareket etmesi durumu da 562. maddede cezai sorumluluk hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu da hakkaniyet ilkesinin bir gereğidir.

II. Yönetim kurulu

Tüzel kişiler fiil ehliyetini MK 49'a göre kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organların oluşturulması ile kazanır. Dolayısıyla şirketin fiil ehliyetini kazanması için bir yönetim kurulu oluşturması gereklidir. Şirketin zorunlu organı olan yönetim kurulu, genel kurul tarafından pay sahiplerinin oyları ile oluşturulur ve şirket faaliyetlerinin yürütülmesi ile şirketin temsili görevini üstlenir.

Doktrinde yönetim kurulu ve genel kurul bakımından, genel kurulun üst organ niteliğinde olduğu yönünde tartışmalara yer verilmektedir¹⁹⁷. TTK Tasarısı'nın bu konuda yaklaşımı kuvvetler ayrılığı ilkesini güçlendirmek suretiyle organlar arasında işlev bakımından güçlerini dengelemek yönünde olmuştur¹⁹⁸. Ancak uygulamada pay sahiplerinin genel kurula ilgisizlikleri, karar alma sürecinde genel kurulun hantal yapısı gibi sebepler şirketin asıl işleyişini yönetim kurulu üzerinde toplamaktadır¹⁹⁹. Şirketin işleyişinde bu derece öne çıkan yönetim kurulunun şirketin ve ilgililerin menfaatlerini korumak konusunda hakkaniyet

¹⁹⁷ İMREGÜN, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962 s. 6., POROY (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar, N. 516 vd., TEKİL s. 235 vd.

¹⁹⁸ AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010 s.16.

¹⁹⁹ Aynı yönde PASLI s. 286 vd.

içerisinde hareket ettiğinin denetimi mevcut sistemimizde yine zorunlu bir organ olan denetçilere verilmiştir²⁰⁰. En başından beri bahsettiğimiz gibi şirket yönetiminin profesyonelleşmesi, yönetim kurulunun denetimi, pay sahiplerinin ve ilgililerin haklarını tam olarak kullanabilmesi ve bu hakların gözetimi gibi konular kurumsal yönetim felsefesinin merkezinde yer almaktadır. Bu doğrultuda bakıldığında, yönetim kurulunun yapılanmasının, yetkilerinin, faaliyetlerinde şirkete ve ilgililerin haklarına karşı gösterdiği tutumun kurumsal yönetim ilkelerine göre şekillenmesi ve kontrol edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de kurumsal yönetime ilişkin kod, rapor ve ilkeler gibi düzenlemelerin gerek pay sahibi ve ilgililerin haklarının korunması gerekse yönetim kurulu yetki ve sorumluluklarının düzenlenmesi, dolayısıyla kurumsal yönetim ilkelerinin şirket yönetimine uygulanması bakımından yönetim kuruluna görevler yüklediği görülmektedir²⁰¹.

TTK Tasarısı yönetim kuruluna ilişkin düzenlemelerinde yedi farklı açılıma yer vermiştir. Bunlar, şirketler topluluğu bağlamında yönetim kurulu, profesyonel yönetim, yönetim ile sermaye sahipleri arasındaki farklılığın belirginleştirilmesi, yönetim kurulunun pay sahipleri yanında menfaat sahiplerinin de menfaatlerini koruma yükümü, yönetim kurulu ile “yönetim”in (management) birbirinden ayrılması, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları bakımından mutlak teselsülden ayrılıp farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesi, krizin erken teşhisi ve yönetimidir²⁰². Bahsi geçen açılımlar kurumsal yönetimin dört temel sütunu olan şeffaflık, hakkaniyet, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleri ile doğrudan

²⁰⁰ Kurumsal yönetim felsefesi bu denetimin en doğru ve şeffaf şekilde ilerlemesi için bağımsız ve profesyonel denetime ihtiyaç olduğunu kabul etmektedir. Uygulamada da şirketlerin zorunlu organı niteliğindeki denetçilerin tam olarak denetim görevini yerine getiremedikleri bu sebeple zorunlu organ olmaktan çıkarılması görüşleri ileri sürülmektedir (PASLI s. 286 dn. 145). Bu bakımdan Tasarı da denetçileri zorunlu organ olmaktan çıkarmış ve bağımsız denetime yer vermiştir.

²⁰¹ PASLI çalışmasında OECD ilkelerinde söz edilen “pay sahiplerinin haklarının korunması”, “eşit işlem ilkesi”, “ilgililerin menfaatlerinin gözetilmesi” ve “kamuyu aydınlatma esaslarına uyulması” ilkelerinin kurumsal yönetim anlayışının temellerinin oluşturulması dışında, yönetim kuruluna yüklenmiş görevler niteliğinde olduğu belirtmektedir, PASLI, s. 288.

²⁰² TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 10.

ilişkili, bu ilkelerin şirketlerin yönetim sistemine uyumlaştırılması için gerekli açılımlardır.

TTK Tasarısı, yönetimin profesyonelleşmesi ve hakkaniyete uygun kararlar alması için, bugüne kadar ticari hayatta şirket yönetimi denince akla gelen yönetim kurulunun (*board of directors*) yanında, “yönetim” (*management*) kavramının da sistemimize yerleşmesini amaçlamakta, düzenlemelerde bu yönde değişiklikler getirmektedir. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine²⁰³, yönetim yetkisinin devrine²⁰⁴ ve sorumluluklarına²⁰⁵ ilişkin hükümlerde bu amaç kendini oldukça hissettirmektedir.

A- Oluşumu, işlevi, hak ve yükümlülükleri

1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri

Yukarıda bahsettiğimiz gibi yönetim kurulu, kurumsal yönetim felsefesi bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Öyle ki, yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri hakkında SPK İlkelerinde doğrudan ve açık bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁰⁶. TTK 312. maddede yönetim kurulu üyelerinin sayısı en az üç olarak belirlendikten sonra, nitelikleri bakımından yalnız pay sahibi olmak aranmıştır. Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacakları, ancak bir gerçek kişi ile temsil edilebilecekleri belirtilmiştir. TTK Tasarısı bu hükmün içeriğini tamamen değiştirmiştir.

TTK Tasarısı'nın 359. maddesine göre yönetim kurulu esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşacaktır. Yönetim kurulu üye sayısının bir kişiye kadar indirilmesi, asgari pay sahibi sayısını düzenleyen 338. maddenin tek kişilik anonim şirket kuruluşuna izin

²⁰³ bkz. aşağıda A- 1.

²⁰⁴ bkz. aşağıda A- 5.

²⁰⁵ bkz. aşağıda B.

²⁰⁶ SPK İlkeleri Bölüm I, 3.4.12; Bölüm IV, 3.1.

vermesi ile de birlikte ele alınabilir²⁰⁷. Tek ortak ile bir şirketin kurulmasına izin veren Tasarı, aynı şekilde yönetim kurulunun da tek kişiden oluşmasına imkân vermiştir. Tek kişilik anonim ortaklıklarda şirket yönetimine üçünü şahısların dâhil olmasını istemeyen tek kişi pay sahipleri için, tek kişilik yönetim kurulundaki bu tek üyenin de ortak olup olmaması konusunda bir sınırlamak getirmeyerek yönetimde yalnız başlarına yer alma imkânını tanımıştır. Dolayısıyla özellikle yukarıda tek kişilik anonim şirketlerde değindiğimiz gibi belirli amaçlarla kurulacak olan grup şirketlerinde hareket etmenin kolaylaşmasına da fırsat vermiştir. Bunun yanında grup şirketlerin faaliyetlerinin kolaylaştırılması, kurumsallaşma ve profesyonelleşmenin yaygınlaştırılması da amaçlanmıştır²⁰⁸.

TTK'dan farklı olarak burada yönetim kurulundaki üyelerden en az birinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması aranmıştır. Bu, yabancı sermayenin daha kolay yatırım yapabileceği bir sistem oluşturmak isteyen TTK Tasarısı'nın amaçlarına ters gibi görünse de, esasında, uygulamadaki bir aksaklığın önüne geçmek amaçlanmaktadır. Şöyle ki, hâlihazırda yabancı yatırımla kurulan şirketlerde yabancı ortaklar kendilerini temsilen genellikle yabancı bir gerçek kişiyi yönetim kuruluna aday göstermekte ve bu şahıs yönetim kurulu üyesi olarak seçilmektedir. Çoğunlukla yurt dışında ikamet eden bu kişilere erişim özellikle resmi kurumlar bakımından zor olmakta, hem ilgililer hem de resmi kuruluşlar için şirketle ilgili muamelelerde kolaylıkla ulaşılabilecek bir muhataba ihtiyaç

²⁰⁷ Bu konuda TTK Tasarısı'nın terminolojisinin hatalı olduğu yönünde eleştiriler getirilmektedir. Şirketler bakımından organlar arasında fert organ ve kurul organ ayrımı bulunmaktadır (nitelikleri bakımından diğer ayrımlar ve daha detaylı bilgi için bkz. Yedigâr İZMİRLİ, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 18 vd.). Tüzel kişi adına muamelede bulunma yetkisi tek bir gerçek kişiye verilmişse fert organdan, buna karşılık tüzel kişiye ait görevlerin ifası birden ziyade kişiye verilmişse kurul organdan bahsedilmektedir (İZMİRLİ a.g.e. s. 19). TTK'daki sistem bakımından da yönetim kurulu en az üç kişiden oluşmaktadır. Dolayısıyla mevcut düzenlemede yönetim kurulu bir kurul organ niteliğine sahiptir (ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar N. 521). Bu sebeple “yönetim kurulu” olarak adlandırılması da terminolojik bakımdan hatalı değildir. Ancak TTK Tasarısı'nın şirketin yönetimden sorumlu organının tek kişiden oluşabileceği düzenlemesinin ardından organa hâlen “kurul” olarak kanunda yer verilmiş olması eleştirilmektedir (bkz. TBB TTK Tasarısı Toplantıları s. 70). Bu eleştiriler madde gerekçesinde “kurul” kelimesi ile organın işaret edildiği belirtilerek cevaplanmaktadır.

²⁰⁸ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 359.

duyulmaktadır²⁰⁹. Gereğede yerleşim yeri ve vatandaşlıkla ilgili düzenlemenin işlem kolaylığı sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumak amaçları olduğu belirtilmiştir²¹⁰. Sonuç olarak geniş anlamda ilgililer arasında yer alan kamunun menfaatleri bakımından bu düzenlemenin getirilmesi işlem kolaylığının sağlanması olarak yorumlanabilir.

Madde hükmünün devamında tüzel kişinin yönetim kuruluna üye seçilebileceği belirtilmiştir. Yönetim kurulu üyesi olarak sicile tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, bir gerçek kişinin de tescil ve ilân olunacağı kuralı getirilmiştir. Tüzel kişi adına sadece bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilecektir.

Öncelikle, günümüz ticari hayatında, özellikle grup şirketlerde ve halka açık şirketlerde, pay sahipleri arasında birçok tüzel kişiye rastlanmaktadır. TEKİNALP 1965 yılında yaptığı çalışmada anonim şirketlerle ilgili geride bıraktığımız bir kaç yüzyılda, pay sahiplerinin çok küçük sermaye birikintilerini temsil eden gerçek kişiler iken bugün tüzel kişiliğe haiz büyük işletmeler, iktisadi devlet kurumları ve benzer teşebbüsler ve bu teşebbüslerin kurduğu çeşitli ortaklıklar olduğunu belirtmektedir²¹¹. Kırk yıldan daha uzun bir süre önce yapılmış bu tespit günümüz için artık bir gerçeklikten de öte gereklilik hâlini almıştır. Büyük yatırımlar için büyük sermayelere ihtiyaç vardır. Bu sermayeler ise genellikle tüzel kişilerin ellerinde toplanmaktadır. Sermayeleri ile şirkete yatırım yapan bu tüzel kişiler esasında riske de katılmaktadır²¹². Bu sebeplerle tüzel kişilerin yönetime doğrudan katılımını sağlamak, pay sahipliği haklarının kullanımının iyileştirilmesi yanında kasasında parası olan ancak risk konusunda şüpheleri bulunan yatırımcının cezbedilmesine de olanak verecektir.

²⁰⁹ KESKİN s. 762.

²¹⁰ TTK Tasarısı Madde Gereğçeleri m. 359 (c),

²¹¹ TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965 s. 2.

²¹² Aynı yönde TEKİNALP, Tüzel Kişilerin Temsili s. 2.

Bunun yanında, uygulamada tüzel kişilerin temsili usulü, tüzel kişi ile temsilci olarak seçilen kişinin yollarını ayırması durumunda veya tüzel kişi yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip olmadığından her ne kadar talimat ile hareket etmiş olsa da yönetim kurulu üyesi için düzenlenen sorumluluk temsilci üzerinde doğmaktadır. Dolayısıyla tüzel kişinin bu temsilcinin fiillerinden kaynaklanan hâllerde sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından zorluk yaşanmaktadır.

TTK Tasarısı tüzel kişilerin yönetim kurulunda doğrudan üye olabilmesine imkan vermek suretiyle pay sahibi olarak tüzel kişinin haklarını tam olarak ve daha kolay kullanabilmesine imkan tanımıştır. Ayrıca yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin durumlarda, ilgili tüzel kişiye başvurmak bakımından ortaya çıkan engelleri kaldırmıştır. Her iki durum da kurumsal yönetim yönünden son derece önemlidir. Zira, pay sahibinin haklarından istifade edebilmesi hakkaniyet ilkesinin; yönetim kurulunun sorumluluğu, daha doğrusu yönetimdeki gerçek gücün kim olduğunun ilanı ve onun sorumluluğuna başvurabilmek de şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin tanımları altında yer almaktadır. Maddenin tüzel kişilerin sadece bir temsilci ile temsil edilebileceğini ve yalnız bu temsilcinin tüzel kişiyi temsil edebileceğini özellikle düzenlemiş olması da hakkaniyet ilkesinin etkisini ortaya koymaktadır. Böylelikle ekonomik gücü genellikle gerçek kişi pay sahiplerinden fazla olan tüzel kişinin, yönetim kurulunda yer alma hakkını birden çok temsilci yollamak yolu ile kötüye kullanmasının da önü kesilmiştir²¹³. Ancak tüzel kişi pay sahibinin, yönetim kuruluna üye olarak girmeden, desteklediği kişinin yönetim kurulunda yer almasını sağlaması mümkün olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle çoğunluk payı elinde bulunduran tüzel kişiler (aynı durum çoğunluk payı elinde bulunduran gerçek kişiler için de geçerlidir) için bu senaryonun uygulamaya

²¹³ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın kararı uyarınca tüzel kişilerin yabancı sermayeli şirketlerde birden fazla yönetim kurulu üyesi atamasına izin verilmekte, bu da yukarıda değindiğimiz gibi, sermaye gücünü elinde bulunduran bir tüzel kişinin, daha küçük orandaki paylara sahip pay sahipleri yanında yönetimde daha kolaylıkla söz hakkına sahip olmasına imkân tanıdığından hakkaniyete aykırı bir durum oluşturmaktadır.

konması hiç de zor olmayacaktır. Yine de, üye olarak yönetim kurulunda yer almak isteyen tüzel kişi pay sahiplerinin haklarının kullanılması kolaylaştırılmıştır. Yine bu maksatla temsilci yollayan tüzel kişilerin haklarını diğer pay sahipleri ile eşit koşullarda kullanması, sorumluluklarına gidilebilmesi için kanunda açık düzenleme bulunması konuları dikkate alındığında getirilen düzenleme yerindedir.

Yönetim kurulundaki tüzel kişinin temsilcisinin tescili, ayrıca bu tescil ve ilânın yapılmış olduğunun şirketin internet sitesinde hemen açıklanması şeffaflık ilkesinin gereğidir, ilgililerin en kolay ve hızlı yoldan aydınlatılmasını sağlayacaktır.

Tüzel kişinin temsili bakımından şöyle bir soru akla gelebilir; tüzel kişinin temsilcisi tüzel kişi tarafından seçileceğinden pay sahiplerinin yönetim kurulunda görmek istemeyecekleri bir şahıs olabilir mi?²¹⁴. Fakat dikkat etmek gerekir ki, pay sahipleri yönetim kurulu üyesi atarken tüzel kişinin kendisine oy vermişlerdir. Dolayısıyla tüzel kişinin iradesine güvendiklerini ortaya koymuşlardır. Bu bakımdan, pay sahiplerinin bu iradenin seçtiği temsilciyi yönetim kurulunda görmek istemeyebileceklerinden bahisle tüzel kişi temsilcisinin tüzel kişi tarafından seçilmesi hakkında tereddüt ileri sürmek doğru olmayacaktır.

Madde yönetim kurulu üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikleri sıralarken TTK'nın seçilen yönetim kurulu üyesinin göreve başlayabilmesi için aradığı pay sahibi olma zorunluluğunu kaldırmıştır. Esasen profesyonelleşme anlamında kurumsal yönetim için son derece önemli olan bu değişiklik uygulamadaki bir durumu kanuna yansıtmaktan başka bir işlem olmamıştır. Bilindiği gibi uygulamada pay sahibi olma zorunluluğunun aşılması için yönetim kurulu üyeliğine seçilen şahsa temsili paylar verilmektedir. Oysa ki bu şahıs pay sahibi olma niyeti olmadan fakat yönetim konusunda deneyiminden faydalanılmak üzere

²¹⁴ TEKİNALP, Tüzel Kişilerin Temsili s. 32. Tüzel kişinin atayacağı şahsı dilediği zaman değiştirebileceği de Tasarının 364. maddesinde düzenlenmiştir.

kurulda yer almaktadır. Bu zorunluluğun kalkmasıyla kanunun bu şekilde dolanılması da son bulacaktır.

359. maddenin en çok tartışılan yeniliklerinden biri yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olma zorunluluğudur²¹⁵. Oysa bu düzenleme yönetim kurulu üyesinin göreve başlayabilmesi için pay sahibi olma zorunluluğunun kaldırılması ile birlikte yönetimde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yer alması ve yönetimin profesyonelleşmesi bakımından getirilen en önemli düzenlemelerdendir²¹⁶. Kurumsal yönetim temel ilkeleri ile tam anlamıyla örtüşmektedir.

Burada “bağımsız yönetim kurulu üyeleri” kavramı da öne çıkmaktadır²¹⁷. Gerçekten de kurumsal yönetim konusunda belirlenmiş olan ilkeler ve kodlar şirketin hakkaniyete uygun, verimli ve profesyonel yönetimi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yönetimde yer almasını özellikle tavsiye etmektedirler²¹⁸. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri icrada görev alabilecekleri gibi icrada görev almadıkları takdirde yöneticilerin gözetim ve denetimi bakımından öne çıkmaktadırlar. TTK mevcut haliyle yönetim yetkisinin devredilmesine ve yönetim kurulu içerisinde görev dağılımının yapılmasına imkân vermektedir. Ancak TTK Tasarısı şirketler yönünden bağımsız yönetim ve denetim kavramlarına ayrıca önem vermiş, kurumsal yönetim felsefesi ile paralel olarak

²¹⁵ TBB TTK Tasarısı Toplantıları s. 694 vd.

²¹⁶ KURT, Gülizar, DEMİR, Gönenç, TTK Tasarısı’nda Profesyonelleşme ve Vekalet Teorisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006 s. 62.

²¹⁷ Kavramın tarihçesi ve detaylı bir tanımı için bkz. ÖZKORKUT Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri s. 5 vd.

²¹⁸ SPK İlkeleri’nde de VI. Bölüm 3 vd.’de bu konuda tavsiyeler mevcut. Bununla birlikte, araştırmalar yönetim kurulunun bağımsızlığının şirketin iyi yönetilmesinin veya sürekli kâr eder durumda olmasının garantisi olmadığını da göstermektedir. Gerçekten de bağımsız yönetim kurulu üyesinin alacağı kararların her zaman en doğru kararlar olacağını iddia etmek kadar bağımsız olarak nitelendirilemeyen yönetim kurulu üyelerinin bütün kararlarının her zaman en doğru karar olmayabileceğini iddia etmek yanlış olacaktır. Burada ayrıca dünyada kurumsal yönetim uygulamalarında ister bağımsız ister bağımsız olmayan yönetim kurulu üyelerinin verdikleri kararlar bakımından sorumlulukları en doğru şekilde yerine getirdikleri takdirde şirketin kar etmemesi veya zarar etmesi halinde bundan sorumlu olmayacakları yönünde bir eğilim olduğunu da belirtmek gerekmektedir, ÖZKORKUT Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri s. 23 vd., ayrıca dn. 67.

“yönetim”in bağımsızlığına özellikle dikkat çekmiştir. Burada bağımsızlığı yorumlarken, onu yalnız şirkette pay sahibi olmamak şeklinde anlamamak gerekir. SPK İlkeleri yönetim kurulu içerisinde “görevlerini hiç bir etki altında kalmaksızın icra etme niteliğine ve potansiyeline sahip” bağımsız üyelerin bulunacağını belirterek bağımsızlık kavramını kendi içerisinde tanımlamıştır. Bu tanım ortaya koymaktadır ki, bir yönetim kurulu üyesi sırf pay sahibi olmadığı için bağımsız niteliğe sahip olur demek kadar pay sahibi olan yöneticinin de bağımsız hareket edemeyeceğini söylemek de yanlış olacaktır²¹⁹. Pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilerin de şirket yönetimi üzerinde baskı kurmayı amaçlayan grup veya şahısların iradelerinden bağımsız hareket etmeleri, şirket ve başta pay sahipleri olmak üzere bütün ilgililerin menfaatlerini hakkaniyete uygun şekilde eşit derecede gözetmeleri gerekir. Dolayısıyla profesyonelleşmenin bağımsızlık kavramından ayrı düşünülmemesi gerektiği kabul edilmelidir.

Kurumsallaşma ve profesyonelleşme bağlamında böylesi kullanışlı yenilikler getiren hükme kurumsal yönetim ilkeleri bakımından getirilebilecek bir eleştiri; bugün esas sözleşmeye eklenebilecek maddelerle yönetim kurulu üyelerinde aranacak nitelikler kanunun öngördüğünden daha detaylı şekilde düzenlenebilirken²²⁰, TTK Tasarısı'nın 340. maddesi sebebiyle artık böyle düzenlemelerin mümkün olup olmadığıdır. Zira 359. madde hükmü esas sözleşmede kanunda farklı ve pay sahipleri lehine düzenleme getirilebileceğinden bahsetmediği gibi bu konuya ilişkin olarak sessiz kalmaktadır. Bu sessizlik ne yazık ki 340. maddenin ele alınış biçimi sebebiyle olumlu yönde de

²¹⁹ Aynı yönde KURT/DEMİR s. 62.

²²⁰ DOMANIÇ s. 469, TEKİL s. 238.

yorumlanamamaktadır²²¹. Oysa ki, mevcut düzenlemede yönetim kurulu üyelerinin belirli bir meslekten olması (mesela avukat, doktor, işletmenin konusu maden işletmeciliği ise bir maden mühendisi olabilir) imkanı yönetimin profesyonelleşmesine de katkı sağlamaktadır. Bu hem kurumsal yönetim temel ilkelerinin hem de TTK Tasarısı'nın amaçları arasındadır. Ancak 359 ve 340. maddelerin bir arada yorumu bu hâliyle bu imkânı ortadan kaldırmış görünmektedir²²².

Bu konuya ilişkin olarak çözüm, yönetimin devri hükümleriyle olabilir. Esas sözleşme ile yönetim kurulu üyelerinde bu tür nitelik aranmasa bile yönetim kurulu üyeleri, yönetime ilişkin görev dağılımı ve iç yönetmeliğin hazırlanması esnasında, yönetim kuruluna bağlı ve yönetimle ilişkili komisyon veya bölümlerde bu tür uzmanlık düzenlemelerine yer vererek, yönetimin profesyonelleşmesini sağlayabilir. Fakat iç yönetmelik ya da yönetimin devri hükümlerinin sağlayacağı hukuki koruma ile esas sözleşmenin sağlayacağı hukuki koruma birbirinden farklıdır. Dolayısıyla şirket işleyişinin profesyonel ellerde bulunduğunu görmek isteyen müstakbel yatırımcı, mevcut pay sahibi, alacaklı ve diğer ilgililer için esas sözleşmede yer alan bir düzenleme kadar güven verici olmayacaktır.

2. Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi

TTK'daki düzenleme paylara imtiyaz tanımaya izin vermektedir. Gerçekten de 401. madde esas sözleşme ile bazı türdeki hisse senetlerine kâr payı, tasfiye

²²¹ Ancak 340. maddenin yorumlanması ile ilgili olarak, yukarıda da değinmiş olduğumuz (bkz. I.B-4. , s. 46 vd), TTK Madde Gereçlerinde verilen açıklama dikkate alınacak olursa, bu durumda yönetim kurulu üyelerine ilişkin bahsi geçen düzenlemelere yer verilebilecektir. Tasarının kurumsal yönetim felsefesine bakış açısı ile birlikte düşünüldüğünde, şirket, pay sahipleri ve ilgililerin menfaatleri bakımından maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiği ortadadır. Yine de kanun koyucunun bu derece kafa karışıklığına sebep olan bir düzenlemeye Tasarı'da yer vermesi yerinde olmamıştır.

²²² Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu gibi özel kanun ve düzenlemelerin kapsamına giren şirketler için bu tür düzenlemelere imkân tanındığı, hatta zorunlu kılındığı gözden kaçırılmamalıdır.

hâlinde şirket mevcudunun dağıtılması ve sair hususlarda imtiyaz haklarının tanınabileceğini söylemektedir. Ancak uygulamanın, belirli payların yanında belirli gruplara da imtiyaz tanıma ihtiyacı Yargıtay tarafından fark edilmiş, Yargıtay'ın oluşturduğu yerleşik içtihadı²²³ ile de hukukumuzda grup imtiyazı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın bu sonuca varması belli pay gruplarına diğer pay gruplarına veya kanuna nazaran üstün hak²²⁴ tanınmasını kanun hükmündeki “ve sair hususlarda” ifadesinin içerisine giren bir durum olarak değerlendirmesi ile olmuştur²²⁵.

TTK Tasarısı 360. maddedeki düzenlemesi ile bu grup imtiyazını kanuna yerleştirmiştir. Fakat düzenleme bunun da ötesine geçerek belirli pay sahibi gruplarına ve azlığa da imtiyaz tanınmasının önünü açmıştır. Madde esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir demektir. Buna iki şekilde imkan verilmiştir; bahsi geçen yönetim kurulu üyelerinin belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebilir ya da esas sözleşmede bu gruplara veya azlığa yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanınabilir.

Düzenlemeye göre genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Böylelikle ilgili pay sahiplerinin hakları yalnız kanundaki bir düzenlemeden ibaret kalmayacak, uygulama bulacaktır. Buna ek olarak bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkının, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacağı da

²²³ Yargıtay 11. HD. 16.10.1979 E. 4286/K.4769, 11. HD. 15.03.1982 E. 5246/ K.1061, ERİŞ Anonim Şirketler s. 611, 612.

²²⁴ Tartışmalı olmakla birlikte şirketler hukukunda imtiyaz, genel olarak, bir kısım paylara TTK'da öngörülen şartlar gerçekleştirilerek, kanuna veya diğer paylara oranla daha üstün hak tanınması durumu olarak tarif edilmektedir.

²²⁵ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar N. 787

belirilerek hakkın diğer pay sahipleri aleyhine kötüye kullanılması da engellenmiştir.

Bu hüküm kurumsal yönetimin hakkaniyet ilkesi ışığında, ister grup imtiyazı kapsamında ister azınlık nitelendirmesi içerisinde olsun, pay sahiplerinin yönetime katılma haklarını kullanmalarını kolaylaştırmakla²²⁶ kalmamış, kanun ile koruma altına almıştır.

Pay sahiplerinin yönetimde temsil edilmelerine ilişkin kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda getirilen bir diğer düzenleme, Tasarı'nın 434 ve devamı maddelerinde düzenlenen oy hakkına ilişkin birikimli oy sistemidir. Hâlihazırda SPK'nın Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Seri IV No 29 Tebliği kapsamında düzenlenen ve halka açık anonim ortaklıklar bakımından zorunlu olan birikimli oy sistemi, Tasarı'nın 434. maddesine göre halka açık olmayan anonim şirketler için, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın bir tebliği ile düzenlenebilecektir. Bu bakımdan, halka açık olmayan anonim şirketler için birikimli oy zorunlu olmasa da ihtiyari şekilde hukuk sistemimizin içerisine girmiştir²²⁷. Yönetim kurulu seçimlerinde kural olarak her bir pay sahibinin her bir üyelik için bir oy kullanma hakkı vardır. Dolayısıyla her pay sahibi, her üyelik için tekrar tekrar oy kullanmaktadır. Birikimli oy sisteminde tüm boş üyelikler için tek oylama yapılmakta²²⁸ her bir pay sahibinin her farklı üyelik için kullanabileceği ayrı oyun toplamını bir tek üyelik için kullanabilmesini ön görmektedir. Bir örnek ile ifade edilecek olursa, yönetim kuruluna beş üyenin seçileceği geleneksel bir oylamada, bir paysahibinin

²²⁶ Bu düzenlemenin pay sahibi haklarının etkin kullanımını kolaylaştırdığı yönünde YANLI Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Tasarı s. 64; TEKİNALP, Ünal, Şirketler Hukukunda Yeni Gelişmeler, Doğan Yayın Holding Kurumsal Yönetim Konferansı 2006, Kurumsal Yönetimde Trendleri Konuşmak, İstanbul 2006 s. 27.

²²⁷ KENDİGELEN çalışmasında azınlığın korunmasına hizmet edebilecek böyle bir sistemin yalnız halka açık anonim ortaklıklara özgülenmiş olmasını eleştirmiştir, KENDİGELEN, Abuzer, Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler, İÜHFİM, Cilt LXII Sayı 1-2, s. 410.

²²⁸ OKUTAN NILSSON, Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s.563 – 601, s.570, KENDİGELEN, s. 405.

her üyelik için yapılacak beş ayrı oylamada toplam beş ayrı oyu olacaktır. Eğer bu oylamada birikimli oy sistemine imkân tanınırsa, söz konusu pay sahibi bu beş oy hakkının tamamını tek bir aday için kullanabilir. Bir nevi, oylarını tek bir adayda biriktirebilir. Geleneksel sistemde oy kullanan ve sermaye paylarının oranı sebebiyle bir şekilde azınlıkta kalarak yönetimde temsil edilme imkânı bulamayan pay sahiplerinin destekledikleri bir adayda oylarını biriktirmek yoluyla yönetimde temsil edilmeleri sağlanmaktadır. Böylece olabildiğince çok pay sahibi grubu yönetimde temsil edilebilecektir²²⁹.

3. Sigorta

Kurumsal yönetim akımının şirketlerde gösterdiği etkilerin en belirgin sonuçlarından biri yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının genişletilmesidir. Fakat bu üyelerin sorumlulukları ne kadar genişletilmiş olursa olsun, ilgililerin menfaatlerinin korunması ancak şirketin uğradığı zararın tazmini ile mümkün olabilecektir. Zira yönetim kurulu üyesinin herhangi bir fiilinden kaynaklanan zararda yönetim kurulu üyesine rücu imkanı mevcut olsa bile, yönetim kurulu üyesinin ekonomik gücü bunu telafi etmeye yetmeyebilir²³⁰. Bunun yanında yönetimdekilerin bu derece geniş sorumluluklarının olması, yönetici adaylarının bu pozisyonlardaki görevleri kabul ederken tereddüt etmelerine²³¹ ya da yönetimdekilerin faaliyetlerinde çekingen davranmasına sebep olabilir. Bunu telafi edebilecek bir sistem olarak da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sigortaları ortaya çıkmıştır. Söz konusu sigortaların amacı şirketlerin yönetici ve müdürlerine, kasten veya ihmal sebebiyle sözleşme ihlali, yanlış beyan, güveni kötüye kullanma, görevi kötüye kullanma, ihmal, hata, yetkinin kötüye kullanılması veya kanuna aykırı ticaret gibi iddiaların yöneltilmesiyle ortaya çıkan

²²⁹ KENDİGELEN, Abuzer, s.404.

²³⁰ KESKİN s. 784.

²³¹ KUBİLAY, Huriye, Anonim ve Limited Şirketler Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003 s. 537 ve 539.

maddi kayıpların tazminidir²³². Bu şekilde söz konusu kişilerin bu eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini sigorta ile sağlanabilecek ve şirketin yükü bir ölçüde hafifletilebilecektir²³³. Ülkemizdeki uygulamalarında bu sigortanın kapsamında nelerin tazmin edileceğinin de yurt dışındaki örnekleri dikkate alınarak düzenlenecek poliçelerle belirleneceği akla gelmektedir. TTK Tasarısı 361. maddede esasında bu sorumluluk sigortasını düzenlememektedir. Ancak ona atıf yaparak halka açık şirketler için şirketin sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan oranda sorumluluk sigortasının yaptırılmış olması hâlinde, bu teminatın SPK bülteninde duyurulacağı düzenlenmiştir. Bu şirket borsa anonim şirketi ise ayrıca borsa bülteninde duyurulacağı, ayrıca kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde de dikkate alınacağı söylenmektedir. Gerçekten de uygulamada sorumluluk sigortası bir zorunluluktan çok prestij unsuru olarak görüleceği, özellikle yabancı sermaye çekmek isteyen şirketler bakımından kullanılabilir teminat olmaktan öteye geçmeyeceği akla gelmektedir. Kabul etmek gerekir ki bu derece büyük bir sigorta teminatını sağlayacak sigorta şirketleri de henüz ülkemizde yaygınlaşmamıştır. Buna ek olarak bahsi geçen sigortaların primleri oldukça büyük meblağlar olarak ortaya çıkacaktır. Bu tür bir sigortanın primi de şirket bütçesine ayrı bir yük olacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla zorunlu olarak öngörülmemesi ticari hayata daha uygundur²³⁴. Sigortaya ilişkin bu düzenleme şirketin uğradığı zararın ve dolayısıyla menfaat sahiplerinin zararının tazminini sağladığı, uğrayacakları muhtemel zararların tazminini güvence altına aldığı için kurumsal yönetim felsefesinde menfaat sahibi bütün grupların haklarının korunması amacına hizmet etmektedir. Bunun yanında, yönetimin bu sigorta ile sahip olacağı güvence, onun daha etkin çalışmasına da imkan verecektir.

²³² JESS, Digby C., Insurance of Commercial Risks: Law and Practice, London 2001, Third Edition, N. 8 – 01.

²³³ KUBİLAY s. 538.

²³⁴ Özel kanunlarla öngörülen zorunlu sigorta düzenlemeleri o kanuna tabi olan şirketler için bağlayıcılıklarını devam ettirecektir.

4. Görevden alma

TTK'da bu durum azil başlığı altında 316. maddede düzenlenmiştir²³⁵. TTK düzenlemesi genel kurulun, yönetim kurulu üyesini, esas sözleşme ile atanmış olsa dahi herhangi bir sebep göstermeye gerek duymaksızın görevden alabileceğini, böyle bir durumda yönetim kurulu üyesinin de herhangi bir tazminat hakkının olmayacağını öngörmektedir.

Madde gündeme bağlılık ilkesine²³⁶ herhangi bir istisna getirmediğinden azle ilişkin konunun gündemde yer almasının gerekli olup olmadığı konusunda Yargıtay ve doktrindeki yorumlarda bir fikir birliği yoktur. Yargıtay dahi başlangıçta genel kurul gündeminde yer almasına gerek olmadığını²³⁷ söylerken sonradan bu fikrinden dönmüş ve gündemde yer almasının gerektiği kararı yerleşik karar hâline gelmiştir²³⁸. Doktrinde genel olarak gündemde madde aranmasının gerekmediği fikri hakim görünmektedir²³⁹.

TTK Tasarısı 364. madde ile Yargıtay'ın yerleşik ve gündemde azle ilişkin madde olmasını arayan içtihadını değiştirmiştir. Buna göre, genel kurul yönetim kurulu üyelerini haklı sebeplerin varlığı hâlinde gündemde olmasa dahi azledebilecektir. Gerçekten de, genel kurulun güveninin kalmadığı bir yönetim kurulu üyesinin yalnız gündemde madde olmadığı gerekçesiyle hâlen şirket işlerini idare eder konumda bulunması ve bunun kanun hükmüyle korunması şirket için telafisi zor

²³⁵ TTK sisteminde bu yetki genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında kabul edilmektedir, POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar N. 664a. TTK Tasarısı'nın 408. maddesinde de açıkça devredilemez görev ve yetkiler arasında sayılmıştır.

²³⁶ TTK'nın genel kurul gündemine ilişkin 369. maddesinin ikinci fıkrası gündemde yer almayan hususlar hakkında genel kurulda müzakere yapılamayacağını düzenlemiştir. Buna gündeme bağlılık ilkesi denmektedir.

²³⁷ 11. HD. 13.06.1985 E.3969/K.3830, ERİŞ Anonim Şirketler s. 217.

²³⁸ 11. HD. 10.12.1985 E.7001/K.7178, ERİŞ Anonim Şirketler s. 217.

²³⁹ BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2009, s. 130; İMREGÜN Kara Ticaret Hukuku s. 359. ÇAMOĞLU gündeme bağlılık ilkesinin burada da geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte gündemdeki maddelerin geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir, ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Ersin Çamoğlu, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2009 N. 551. Karş. TEKİL s. 240.

sonuçlara sebep olabilir²⁴⁰, bu bakımdan pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal eder niteliktedir.

Madde metninde ancak haklı sebeplerin varlığı hâlinde gündemde olmadan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabileceği düzenlenmiştir. Haklı sebepler gerekçede, bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla sayılmıştır; yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükünün ihlali, bir çok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması birer haklı sebeptir²⁴¹. Bu sebepler de vekalet teorisi çerçevesinde profesyonelleşme ile görülen sorunlara benzemektedir²⁴².

TTK Tasarısı yönetimin profesyonelleşmesi anlamında, yukarıda da bahsettiğimiz pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri gibi, pek çok düzenlemeye yer vermektedir. Vekâlet teorisi ise, profesyonelleşme ile birlikte pay sahibi ve yöneticiler arasında temsil sorunu ve risk paylaşımı sorununun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Gerçekten de uygulamadaki örnekler (özellikle Amerika'daki büyük şirketlerde yaşanan, CEO'lara ilişkin örnekler) bu durumu doğrulamaktadır. Dolayısıyla şirketin yönetimini elinde bulunduran kişilerin pay sahiplerince kontrolünü ve denetimini sağlayacak mekanizma olan kurumsallaşmanın, şirket ve ilgililerin menfaatine uygun şekilde oluşturulması çok önemlidir. 316. maddenin yöneticilerin gündeme bağlı kalınmadan azline imkan vermesi yönetimi kontrol altında tutabilmeyi sağlayacak²⁴³, vekalet teorisinin ortaya koyduğu şekilde profesyonelleşmenin getirdiği sakıncaların önüne geçilmesine imkan verecektir²⁴⁴. Madde, kurumsal yönetim ilkelerinin profesyonelleşmeyi esas alan felsefesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, şirketin iç işleyişinde yöneticilerin hesap verebilirliklerini sağlamayı amaçlamıştır. Kural hâlâ yönetim kurulu üyelerinin azli için gündemde madde olmasıdır, yani Tasarı

²⁴⁰ İMREGÜN Kara Ticaret Hukuku s. 359.

²⁴¹ TTK Tasarısı Madde Gereçekleri m. 316.

²⁴² KURT/DEMİR s. 65.

²⁴³ YANLI Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Tasarı s. 60.

²⁴⁴ KURT/DEMİR s. 65.

gündeme bağıllık ilkesini reddetmemektedir. Fakat haklı sebeplerin varlığı hâlinde buna istisna getirilebilecektir. Görevden almanın gündemde olması hâlinde herhangi bir sebep göstermek zorunda olmayan pay sahiplerinin gündemde madde olmadan böyle bir karara varmaları için haklı sebebin aranması da pay sahiplerinin ellerindeki bu hakkı kötüye kullanmalarını önleyecektir.

Mevcut düzenlemede yöneticilerin tazminat hakkının olmaması ise hakkaniyete aykırı bir durumdur. Doktrinde genel kurulun azle ilişkin kararının iptali hâlinde geçmiş günlere ilişkin ücret talebi veya iptal kararı zorunlu olmasa da BK m. 49 hükümlerine dayanarak manevi tazminat talebine imkan olabileceği tartışılmaktadır²⁴⁵. Fakat bunlar, 316. maddenin tazminat isteyemeyeceğine dair açık hükmü karşısında, yönetim kurulu üyelerine yeterince güvence vermemektedir. Yönetimin kontrolü ne kadar önemli ise, aynı şekilde kendine güvenle hareket etmesi de önemlidir. Risk ticari hayatın ayrılmaz bir parçasıdır. Kazanç çoğu zaman alınan riskle de doğru orantılıdır. Ancak bu risk doğru oranlarda alındığı zaman doğru kazancı getirecektir. Yöneticinin görevi de doğru zamanda doğru riski görmek ve şirketin menfaatleri doğrultusunda bu riski idare edebilmektir. Hem genel kurula yönetimdekileri dilediği zaman, gündemde yer vererek sebep göstermeden ya da haklı sebebin varlığında gündemde olmasa dahi görevden alma hakkı vermek hem de yönetim kurulu üyesine hiçbir tazminat hakkı tanımamak onun üzerinde olması gerekenden fazla baskı kurarak doğru riski almasını engelleyebilir. Hatta belki de sadece görevini koruyabilmek için genel kurulun tepkisini çekmeyecek biçimde davranmayı şirketin menfaatlerinden daha önde tutabilir. Sonuç olarak, görevden alınan yönetim kurulu üyesine tazminat talep hakkının tanınması geniş bir çerçevede pay sahiplerinin haklarının maksimize edilmesi ve şirket menfaatlerinin korunması bakımından yerinde bir düzenlemedir.

²⁴⁵ DOMANIÇ s. 479, TEKİL s. 240.

5. Yönetimin ve temsil yetkisinin devri

Mevcut sistemimizde anonim şirketlerde yönetim kurulu yapısı tekli yönetim kurulu sistemine göre düzenlenmiştir. Ancak yönetim ve temsil yetkisinin belli başlı durumlarda devrine izin veren 319. madde kimi zaman bu sistemin ikili yönetim kurulu sistemine²⁴⁶ biraz da olsa yaklaşmasına olanak tanımakta, bu şekliyle saf bir tekli sistemden çok karma bir sistem ortaya koymaktadır²⁴⁷. Buna göre anonim şirket esas sözleşmesi ile şirketin yönetim ve temsil işlerinin yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilip edilmeyeceği, edilecekse bunun nasıl yapılacağı tespit edilebilir. Bunun yanında bu görev ve yetkiler belirli yönetim kurulu üyelerine veya bir tek üyeye yahut şirkette pay sahibi olmayan üçüncü kişiye de bırakılabilir²⁴⁸. Bütün idari işlerin belli yönetim kurulu üye veya üyelerine bırakılması hâlinde diğer üyelerin görev ve yetkileri TTK'nın 318/2, 320, 331, 337. maddeleri uyarınca genel bir denetleme, bilgi edinme, yetkilileri uyarma ve denetçilere şikâyet şeklinde ortaya çıkacaktır²⁴⁹.

Kurumsal yönetim felsefesinin profesyonelleşme ile birlikte, ilgililerin menfaatlerini gözeterek hareket etmelerini temin amacıyla, yönetimdekilerin denetimini esas alan şeffaflık ve hesap verebilirlik temel ilkeleri TTK Tasarısı'nın, şimdiki 319. maddeye karşılık gelen, 367. maddesini etkilemiştir. Bu

²⁴⁶ Bir gözetim kurulu ve yönetici kurulun olduğu ikili yönetim kurulu sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesi, bir tek yönetim kurulunun yer aldığı sistemde ise kuvvetler birliği ilkesi geçerlidir. TTK'da tekli yönetim kurulu sistemine yer verilmiş dolayısıyla kuvvetler birliği ilkesi kural olarak kabul edilmiş olsa da, 319 madde ile dolaylı olarak kuvvetler ayrılığına gidilmesi mümkündür, ARSLAN, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, (*Yönetim Yetkisi*) s. 11.

²⁴⁷ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk s. 24.

²⁴⁸ TTK'da şirkette pay sahibi olmayan üçüncü şahısların yönetim kurulunda üye olarak seçilmesine bir engel bulunmamasına rağmen göreve başlayabilmesi için pay sahibi olması aranmıştır (m. 312). Uygulamada, pay sahibi olma niyeti taşımayan ancak yönetimde yer alması arzulanan üçüncü kişilerin yönetim kuruluna üye olarak seçilmesi halinde sembolik paylar verilerek bu kural karşılanmaktadır. Bu konuda yukarıda bkz. I.A-1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri.

²⁴⁹ DOMANIÇ s. 512.

yeni düzenlemeler AB'nin 2157/2001 sayılı Tüzüğü'ne de paraleldir²⁵⁰. 367. maddenin kaleme alınış şekli 370. maddenin 2. fıkrası ile birlikte anonim şirketlerin tekli yönetim kurulu yapısı yanında uygulamada görülen diğer yönetim kurulu yapılanmalarına da imkân vermektedir. Bu bakımdan bahsi geçen maddelerin yönetimde icra yetkisine sahip (executive) yönetim kurulu üyeleri ile birlikte icra yetkisine sahip olmayan (non-executive) yönetim kurulu üyelerinin olduğu bir yönetim kurulu yapısının, Almanya'daki ikili yönetim kurulu yapısına yaklaşan bir yönetim kurulu yapısının veya Fransa'daki Président Directeur Général sisteminin getirilmesine imkân verdiği görülmektedir²⁵¹. TTK'nın mevcut hükümleri de bu çerçevede bir yönetim kurulu yapılanmasına izin vermektedir. Fakat bunun yanında TTK Tasarısı'nın anonim şirket yönetimi ve yönetim kuruluna yaklaşımı bu profesyonelleşmeyi bir felsefe olarak benimsemiş görünmekte, teşvik etmektedir.

Öncelikle, TTK Tasarısı da genel kural olarak tekli yönetim kurulu yapısını benimsemiştir²⁵². Ancak bunun yanında yönetimin devri, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunluluğunun kalkması gibi düzenlemelerle yönetim kurulu ve yönetim kavramlarının birbirinden ayrılmasına imkân tanınmıştır²⁵³. Yönetimin devri ile temsil yetkisinin devri ayrı maddelerde düzenlenerek Tasarı'nın bu yöndeki eğiliminin altı çizilmiş, yönetim kurulunun gözetim organı olma özelliği öne çıkarılmıştır. Yukarıda da bahsedildiği gibi profesyonelleşme ile birlikte anonim şirketlerde yönetim çoğu zaman hızlı hareket kabiliyetine sahip ve konusunda uzman bir ya da bir kaç kişinin elinde toplanmaktadır. Öte yandan yönetim kurulunun diğer üyelerine ise bu icracı üyelerin gözetim ve denetimi gibi

²⁵⁰ Ayrıca SPK İlkeleri Yönetim Kurulu'na ilişkin 3. Bölüm'de Yönetim Kurulunun Oluşumu ve Seçimi başlığı altında bağımsız, icrada görevli olan ve olmayan üyelerin yönetimde yer almalarını tavsiye etmektedir (bağımsız, icrada görevli olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri hakkında bkz. yukarıda dn. 78 ve 214).

²⁵¹ AKDAĞ GÜNEY, Sorumluluk s. 27.

²⁵² 365. madde anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur der, 367 f. 2 de yetkilerin devredilmemesi halinde bütün yönetim kurulu üyelerinin yetkili olacağını söylemektedir.

²⁵³ TEKİNALP, TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, N. 10.

oldukça önemli bir görev düşmektedir. Yönetim kurulu ile yönetimin birbirinden ayrılması durumu olarak açıklayabileceğimiz bu hadise kurumsal yönetim bakımından büyük önem taşımaktadır²⁵⁴.

TTK Tasarısı'nda 367. madde TTK'nın 319. maddesinden farklı olarak yalnız yönetimin devrini düzenlemektedir. Temsil yetkisinin devri 370 f. 2'de düzenlenmiştir²⁵⁵. Bunun yanında bir diğer fark yönetimin devrinin yine esas sözleşme ile ve fakat yönetim kurulu tarafından düzenlenecek bir iç yönetmelik ile yapılacağı şeklindeki düzenlemedir. Bu iç yönetmeliğin şirketin yönetimini düzenleyeceği; bunun için gerekli olan görevleri tanımlayacağı, yerlerini göstereceği, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirlerleyeceği Tasarı maddesinde açıklanmıştır. TTK Tasarısı'nın profesyonelleşme ve kurumsallaşma açımları dikkate alındığında şirketin yönetimini düzenleyen bu iç yönetmeliğin burada sayılan içerikle sınırlandırılmasını amaçlamadığı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, şirketin, pay sahiplerinin ve ilgililerin menfaatleri ile şirketin yönetimini iyileştireceği düşünülen diğer başlıkların da burada yer almasında sakınca olmamalıdır. Madde gerekçesinde iç yönetmeliğin yönetimi bir bütün hâlinde düzenleyeceği, karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu açıklamalar kendilerine yetki devredilen murahhas üyelerin yetki alanlarının, dolayısıyla sorumluluklarının da belirlenmesi bakımından önemlidir.

319. madde ile 367 ve 370. maddelerin bir diğer farkı da, 319. madde temsil ve yönetim yetkilerinin devrinde esas sözleşme ile genel kurul veya yönetim kurulunun yetkilendirilebileceğini düzenlerken Tasarıda devir salahiyeti doğrudan yönetim kuruluna bırakılmış görülmektedir. Tasarının her iki maddesinde de esas

²⁵⁴ PASLI s. 288.

²⁵⁵ Burada da, TTK 319. maddede olduğu gibi, temsil yetkisinin tamamen üçüncü şahıslara devredilmesine izin verilmemiş, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine haiz olmasını gerekli kılmıştır.

sözleşme ile yetkili kılınabilecek olanın yönetim kurulu olduğu açıkça belirtilmiştir. TTK'nın 319. maddesi mevcut hâliyle de uygulamada yukarıda bahsi geçen, farklı yönetim kurulu sistemlerinin uygulanmasına imkân vermekteyse²⁵⁶ de Tasarımı düzenlemesi gerek iç yönetmelik gerekse de yönetim kurulunun bu konuda yetkin kılınması gibi sebeplerle bu sistemlerin uygulanmasını daha kolay hâle getirmiştir.

İlgililerin bilgi alma hakkı çerçevesinde TTK Tasarısı bu maddede bir düzenleme getirmiş; pay sahiplerinin her zaman, alacaklıların da korunmaya değer menfaatlerini ortaya koyabildikleri takdirde yazılı olarak bu iç yönetmelik hakkında bilgi alabileceklerini düzenlemiştir. Bu da TTK Tasarısında hem şeffaflık hem de hakkaniyet ilkelerinin bir yansımasıdır.

Yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkiler de vardır. Bunlar yönetim kurulunun bir organ olarak hem yetki hem de görev olarak üstlendiği konulardır. TTK Tasarısı 375. maddede bunları açık biçimde saymıştır²⁵⁷.

6. Özen ve bağlılık yükümlülüğü

Kanun yönetim kurulu üyelerine şirketin işleyişi hakkında bu derece yetki verirken, yürüttükleri işlerde göstermeleri gereken özen hakkında da düzenleme getirmiştir. Doktrinde, yönetim kurulu üyelerinin en doğal borcunun şirket yönetimine katılmak ve yönetimde TTK m. 320 anlamında özen borcunu yerine getirmek olduğu söylenmektedir²⁵⁸. TTK'nın 320. maddesi bu bakımdan BK'nın 528. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapmaktadır. BK m. 528 vekilin özen borcu ile

²⁵⁶ PULAŞLI s. 271. Bu konuda uygulamada en sık rastlanan şekil, ABD'deki CEO veya Fransa'daki PDG'nin benzeri olan murahhas aza veya murahhas müdürün yetkilendirildiği hallerdir. Temsil ve yönetim yetkisinin bir kısmının veya tamamının devredildiği şahıs veya şahıslar yönetim kurulu üyesi oldukları takdirde murahhas aza, yönetim kurulunun dışından bir üçüncü kişi oldukları takdirde murahhas müdür sıfatını almaktadır ve genellikle şirketlerde bir tek şahsa bu yetkiler bölünmeden devredilmekte, böylece bahsetmiş olduğumuz gibi ABD'deki CEO'nun bir karşılığı bizim sistemimizde de yer bulmaktadır.

²⁵⁷ Devredilemez görev ve yetkiler için bkz. aşağıda A- 8.

²⁵⁸ DOMANIÇ s. 523

ilgili olan 390. maddeye, o da işçinin sorumluluğunu düzenleyen 321. maddenin 3. fıkrasına yönlendirmektedir. Sonuç olarak yönetim kurulu üyesinin özen borcu objektif bir borç²⁵⁹ olmakla birlikte ölçüsünün belirlenmesinde işverenin bildiği veya bilmesi gereken yetenek ve nitelikler gibi subjektif unsurların da gözetileceği anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu hem yaptıkları işte gösterdikleri özene göre kusurlu olup olmadıklarını belirlemeye yarayacak bir araç hem de tüm işlemlerinde yerine getirmeleri gereken başlı başına ayrı bir borçtur²⁶⁰. Görüldüğü gibi TTK, yönetim kurulunun bu önemli sorumluluğunu düzenlerken oldukça dolambaçlı bir yol izlemiştir²⁶¹.

Yönetim kurulu üyeleri ile ilgililer arasında menfaat çatışmasının önlenmesi bakımından ihtiyaç duyulan sorumluluk kavramında özen ve bağlılık yükümlülüğü önemli bir yere sahiptir. Bu sebeple özen ve bağlılık yükümlülüğüne OECD İlkeleri ve SPK İlkeleri'nde de atıf yapılmıştır²⁶².

TTK Tasarısı özen yükümlülüğünün yanına bağlılık yani sadakat yükümlülüğünü de ekleyerek, BK'ya atıf yapmadan ve özen yükümlülüğünün ölçüsü belirlenirken "tedbirli yönetici" ölçüsünü kullanarak 369. maddeyi düzenlemiştir. Tedbirli yönetici kavramı sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özenle birlikte yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni gösteren yöneticiyi de kapsar²⁶³. Madde gerekçesinde işin gerektirdiği özenin nesnel olarak belirleneceğini; nesnellik ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olmanın anlaşılacağı açıklanmıştır. Yine madde gerekçesinde açıklandığı hâliyle tedbirli yönetici ölçüsünün, basiretli iş adamı ölçüsünden farklı

²⁵⁹ PULAŞLI s. 321, TEKİL s. 248, BAHTİYAR Ortaklıklar s. 135, HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 48.

²⁶⁰ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar N. 579.

²⁶¹ BAHTİYAR Ortaklıklar s. 135, TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 369 f. 1.

²⁶² OECD İlkeleri VI/A, SPK İlkeleri Bölüm IV, 2.3; ancak SPK İlkeleri basiretli tacir tanımı kullanılmaktadır.

²⁶³ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 369 f. 1.

olarak, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun şekilde işadami kararı (*business judgement rule*) verebilmesi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla kurumsal yönetim felsefesi yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün düzenlenmesine de etki etmiştir.

TTK'da yer verilmemiş olmasına rağmen yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünden de bahsedilir²⁶⁴. Sadakat yükümü yöneticilerin şirketle ilgili bütün işlemlerde şirket menfaatini gözetmeleri ve kendi çıkarları ile çatışsa dahi şirket menfaatini üstün tutmaları gereğini ifade eder²⁶⁵. TTK Tasarısı sadakat yükümlülüğüne de bu maddede yer vererek, kurumsal yönetimin getirdiği profesyonelleşme ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin varlığı ile daha da belirginleşecek, yönetim ve ilgililer arasındaki menfaat çatışmasının önüne geçilmesine yardımcı olacak bir düzenleme getirmiştir.

Özen ve bağlılık yükümlülüğünün ihlali hâlleri için yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerde de (m. 553) düzenlemeler getirilmiş bu sayede Tasarı'nın ilgililerin menfaatlerini korumak ve yönetim kurulunun denetimini sağlamak amaçları yönünden de bir bütünlük sağlanmıştır.

7. Temsil yetkisi ve kapsam ve sınırları

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin düzenlendiği 321. maddenin içeriği, TTK Tasarısı'nda dış ilişkide *ultra vires* ilkesinin kanunda artık yer almıyor oluşu da dikkate alınarak 370 ilâ 373. maddelerde düzenlenmiştir. Temsil yetkisine ilişkin düzenlemeler genel olarak TTK'nın sistemini izlemekte, esas sözleşmede aksine hüküm yoksa çift imza ile temsil olunacağını kabul etmektedir.

Tasarı'da temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarına geçmeden önce *ultra vires* kavramına ilişkin değişikliğe değinmek gerekmektedir. Anonim şirketlerin

²⁶⁴ TEKİL s. 248 vd., PULAŞLI s. 322, ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar N. 585, BAHTİYAR Ortaklıklar s. 135.

²⁶⁵ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar N. 572.

haklardan yararlanma ehliyetinde *ultra vires* kuralını incelerken MK'nın 48. maddesi ile TTK'nın 137. ve 321. maddelerinin bir arada ele alınması lazım gelir. MK'nın 48. maddesi tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında bütün haklara ve borçlara ehil olacaklarını söylemiş, TTK ise ticaret şirketleri bakımından, tüzel kişilerin ehliyetini düzenleyen 137. madde ile bu ehliyeti şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlamıştır. Bunların yanında kanun koyucu anonim şirketlere ilişkin kısımda şirketin temsilini düzenleyen 321. maddede yine şirketin amaç ve konusuna gönderme yapmaktadır. *Ultra vires* ilkesine göre şirketin işletme konusu dışında kalan işlemleri yoklukla maluldür. O kadar ki, şirket daha sonra ona istese dahi icazet veremez, bunun için esas sözleşmenin değiştirilerek işlemin şirketin işletme konusu içerisine dâhil edilmesi gerekir²⁶⁶. *Ultra vires* ilkesi şirketlerin haklardan yararlanma ehliyetlerinin faaliyet konuları ile sınırlı olduğunu söylemektedir. Başka bir deyişle, şirketi temsil etme yetkisine haiz kişiler şirket adına şirketin faaliyet konusuna girmeyen işlemlerde buldukları takdirde, şirket işlemlerden dolayı sorumlu olmayacaktır²⁶⁷.

Ancak şirketlerin haklardan yararlanma ehliyetlerini bu kadar kesin çizgilerle sınırlamak ticari hayatın son derece hızlı ve kimi zaman anlık kararları gerektiren işleyişi içerisinde güçlülere yol açabilir²⁶⁸. Bu ilke günümüzde gerek Amerikan gerek AB hukukunda da uygulamadan kaldırılmıştır²⁶⁹.

TTK Tasarısı da TTK'nın 137. maddesine karşılık gelen 125. maddesinde MK'nın 48. maddesine atıf yapmış, tüzel kişilerin hak ehliyetini buradakinden daha başka bir ilke ile sınırlamamıştır. Bunun yanında 321. maddeye karşılık gelen 371. maddede de temsile yetkili olanların üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında

²⁶⁶ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar N.125.

²⁶⁷ bkz. Y. HGK 1.7.1964, E. 836/T-K. 500 ve Y. HGK. 29.11.1969 E. 1966/T-1396/K. 847, ERİŞ, Gönen, Gönen Eriş, Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler Birinci ve İkinci Cilt, Ankara 2004, s. 1340 ve 1341.

²⁶⁸ ERİŞ Ticari İşletme ve Şirketler s. 1340.

²⁶⁹ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar N.125.

yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağını açıkça belirtmiştir. Böylece artık kullanışsız hâle gelmiş olan *ultra vires* kavramını ticaret hukukumuzdan çıkarmıştır.

Temsil yetkisi ve sınırları konusunda kurumsal yönetim bakımından hükümde getirilen en önemli yenilik temsile yetkili kişilerin üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacak olmasıdır. Şirket bu işlemlerle bağlı olmadığını ancak üçüncü kişinin bu durumu bildiğini veya bilebilecek durumda olduğunu ispat ile ileri sürebilecektir. Gerçekten de üçüncü kişilerin şirketin temsile yetkili kişileri tarafından şirket adına yapılan işlemlere güven duymaları işlem ve pazar güvenliği için gereklidir²⁷⁰. AB hukuku da iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatleri doğrultusunda *ultra vires* ilkesini artık kullanmamaktadır²⁷¹. Bu bakımdan maddenin ilgili hükmü AB mevzuatı ile tamamen paraleldir²⁷².

Bu değişiklik yöneticilere hareket imkânı da sağlamaktadır. Dolayısıyla değişik kurumsal yönetim ilkeleri çalışmalarında ve raporlarında yer verilen yöneticilerin belirli bir seviyeye kadar serbest bırakılmasına ilişkin durum ile ilişkilendirilebilir.

Temsil yetkisine sahip kişilerin bu haklarının kötüye kullanımının da engellenmesi gerekmektedir, zira şirket için hiç gerekli olmayan hatta onu zarara uğratan bir işlemle de şirket bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda öncelikle şirketin ve pay sahiplerinin daha sonra diğer ilgililerin menfaatleri, ortaya çıkan zararın tazminini gerektirir. Maddenin birinci fıkrası esas kuralı ortaya koymuştur, temsile yetkili kişiler şirketin amacına ve işletme konusuna giren işleri ve işlemleri yapabilecektir. Dolayısıyla bunların dışına çıkan bir işlem yaptığında iç ilişkide hâlâ *ultra vires* ile bağlı olacak, şirkete karşı bu bakımdan sorumluluğu

²⁷⁰ TTK Tasarısı Genel Gerekçe N. 112.

²⁷¹ Bu yönde bir karar için bkz. Case C-104/96, 16 Aralık 1997, Celex ID 61996J0104

²⁷² AB 1. Yönerge m. 9.

devam edecek, sonuç olarak şirket yetkisini aşan işlemler bakımından uğradığı zararlar için ilgili temsilciye rücu edebilecektir²⁷³.

Maddenin son fıkrası ise tek kişilik anonim şirket bakımından temsil yetkisine ilişkin düzenleme getirmiştir.

8. Devredilemez görev ve yetkiler

TTK gerek genel kurul gerekse yönetim kurulu bakımından görev ve yetkileri belli bir başlık altında toplamamış, farklı maddelerdeki düzenlemelerle, hangi görevlerin devredilemez hangi görevlerin devredilebilir nitelikte olduğunu yorum yoluyla çıkarılmasına yol açmıştır. Böyle bir düzenlemenin eksikliği hem genel kurul ile yönetim kurulu arasında bir ast-üst ilişkisi olup olmadığı²⁷⁴ yönünden hem de yönetim kurulunun devredilebilir ve devredilemez yetkilerinin neler olduğu yönünden tartışmalara sebep olmaktadır²⁷⁵. TTK Tasarısı hem genel kurulun hem de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini maddeler hâlinde sıralamış, ast üst ilişkisi yerine görevler ayrılığı ilkesini kabul ettiğini açıkça ortaya koymuştur²⁷⁶.

374. madde yönetim kurulunun ve yönetimin, kanun ve esas sözleşme ile genel kurula bırakılmış olanlar dışında kalan, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan iş ve işlemler bakımından yetkili olduğunu düzenlemiştir. 375. madde de bu görev ve yetkiler arasında, yönetim kurulunun gerek genel kurula gerekse yetki devrinin yapılabileceği diğer organ, kişi ve komisyonlara devredemeyeceği görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Burada

²⁷³ Çoğu zaman gerçek şahıs olan temsilcinin mali gücünün bu zararı karşılamaya yetmeyeceği akla gelebilir, bunun için de yine ilk defa TTK Tasarısı'nda düzenlenmiş olan sorumluluk sigortası sistemi bir güvence oluşturacaktır. Ancak bu riski almak isteyecek büyüklükte sigorta şirketlerinin ülkemizde ne derece yaygın olduğu da akla gelen diğer bir sorudur.

²⁷⁴ Üst organ olduğu yönünde İMREGÜN Menfaat İhtilafları s. 6; aksi görüşte PASLI s. 286 vd.

²⁷⁵ YANLI, Veliye, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü" İlkesi ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHFİM, C.LV, s.3, İstanbul 1997 s. 261.

²⁷⁶ TTK Tasarısı Madde Gereççeleri m. 375.

sayılanlar yalnız yönetim kurulunun yapmakla yetkili olduğu iş ve işlemler olduğu gibi yapmadığı takdirde sorumluluğunun da doğacağı görevleridir²⁷⁷.

Kurumsal yönetim anlamında yönetim kurulunun görevlerinin ve yetkilerinin sınırlarının belirli olması, sorumluluklarının ortaya çıkarılması ve takip edilebilmesi, hesap verebilirlik temel ilkesi açısından önem taşımaktadır. Aynı şekilde kurumsal yönetimin getirdiği profesyonelleşme kavramı da şirket idaresindekilerin görev ve yetkilerinin şirketle ilişkide olanlar bakımından soru işareti bırakmayacak şekilde açık olmasına ihtiyaç duyar. OECD İlkeleri ve SPK İlkeleri de yönetim kurulunun belli başlı yönetim ve gözetim görevlerine yer vermişlerdir²⁷⁸.

375. maddenin (a) bendi şirketin üst düzey yönetiminden bahsetmektedir. Gerekçede üst düzey yönetim ile genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağını belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespitinin ifade edilmek istendiği belirtilmiştir. Bu işlemler esasında kurumsallaşma sonucunda yönetimin komisyonlara veya yöneticilere dağıtacağı görevlerle ulaşılmak istenilen amaçları belirtmektedir. İyi bir şirket yapısı da zaten böyle bir dizilimi gerektirir. Kurumsallaşma ve çağdaş yönetim sistemindeki yapılanma ile bağlantılı olarak, (b) bendinde yer verilen örgüt şeması yönetimde yer alan herkesin, altlık-üstlük ilişkilerini, görev tanımlarını, bölümleri ve aralarındaki ilişkileri gösteren şemadır²⁷⁹. Maddenin (c) bendi kurumsal yönetimin denetim ayağının en önemli

²⁷⁷ Daha genel şekilde, devredilebilir olsun veya olmasın yönetim kurulunun görevlerinin, onun yetkilerinin de sınırlarını çizmekte olduğu, devretmediği takdirde yerine getirmediği görevleri bakımından da sorumlu olacağı ifade edilebilir. PASLI s. 299 vd.

²⁷⁸ OECD İlkeleri Bölüm VI, SPK İlkeleri Bölüm IV.2.

²⁷⁹ bkz. TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 375 (b)

başlıklarından biri olan finansal denetime²⁸⁰ ilişkindir. Finansal planlama için böyle bir örgütün kurulması kurumsal yönetim kurallarının gereğidir²⁸¹. (e) bendinde yönetim kurulunun yönetim yetkisi dışında gözetime ilişkin görev ve yetkisine gönderme yapılmıştır. Şirketteki kurumsallaşma yönetimin işlerini ve dolayısıyla kimi yetkilerini terhis etmesini gerektirmektedir, üst gözetim hem bu terhisin hem de genel olarak şirket işleyişinin gözetimini sağlayacaktır. Gerekçede üst gözetim ile hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetiminin yapılmasının kastedildiği belirtilmiştir. (f) bendi şirket defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporu, genel kurul toplantılarının yapılması ve yürütülmesi yanında kurumsal yönetim raporunun hazırlanmasını ve genel kurula sunulmasını da devredilemez görev ve yetkiler arasında saymaktadır. Bu bend kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin 1524. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, halka açık anonim şirketler için zorunlu olan kurumsal yönetim raporu ile birlikte şirket kendi kendine bir iç denetim gerçekleştirecektir²⁸². Dolayısıyla kurumsal yönetimin şeffaflık, hakkaniyet, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkelerinin şirket işleyişinde ne kadar doğru şekilde içselleştirildiği gözlemlenebilecek, şirketin kurumsal yönetim ilkelerine daha uyumlu hâle gelebilmesi, böylece daha verimli ve modern bir işleyişe sahip olması için nelerin gerekli olduğu anlaşılacaktır.

Bu bilgiler ışığında TTK'da dağınık biçimde yer almış olan yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinin, kurumsal yönetim felsefesini de dikkate alarak şekilde, yeniden düzenlenerek bir başlık altında toplandığı görülmektedir. Bu devredilemez yetkiler aynı zamanda birer görev olduklarından, yerine getirilmemeleri hâllerinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına

²⁸⁰ Bu konuda daha detaylı bir açıklama için bkz. TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 12 vd.

²⁸¹ Bu bakımdan madde gerekçelerinde “kurumsal yönetim kurallarının ve çağdaş yönetim usullerinin gereği olan bu örgüt bütün anonim şirketler için gerekli değildir; şirketin yönetimi gerektiriyorsa finansal planlama zorunludur” denmektedir, bkz. TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 375 (c).

²⁸² TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 19.

gidilebilecek, bu şekilde şirket menfaatleri korunabilecektir. Bir diğer faydası da yönetim kurulu ve yönetimin hareket kabiliyeti artmış, bu yetkilerle ilgili olarak, pay sahiplerinin ve genel kurulun müdahalesi sınırlanmıştır²⁸³.

9. Riskin erken saptanması ve yönetimi

Ülkemizde 2001 krizinden ders alınarak oluşturulan riskin erken saptanması komitelerinin son küresel krizde ne kadar faydalı olduğu hem yerel hem de yurt dışındaki ekonomik çevrelerce kabul edilmektedir. SPK İlkeleri Bölüm IV 1.3.2’de de başta pay sahipleri olmak üzere ilgililerin menfaatlerini etkileyebilecek risklerin etkilerini en aza indirmek için yönetim kuruluna bir risk yönetim ve iç kontrol mekanizması oluşturması görevini verilmektedir. TTK Tasarısı kurumsal yönetimin öngördüğü bu iç denetim mekanizmasını²⁸⁴ bütün anonim şirketleri kapsayacak şekilde içselleştirmiştir.

378. madde “pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür” demektedir. Bunun devamında ise bu komitenin halka açık olmayan şirketler için, denetçinin gerekli görmesi hâlinde kurulacağı ve kuruluşunu izleyen ilk ayın sonunda da raporunu vereceğini düzenlemektedir.

Riskin erken saptanması komitesi, sadece risklere odaklanacak, şirketin karşılaşılabileceği risklere ilişkin analiz yaparak yönetimdekilere riskin doğru şekilde yönetilmesi için imkan verecektir. Yönetim kurulu riski doğru şekilde yöneterek görevini yerine getirecektir. Risk yönetimini doğrudan şirketin karşılaştığı bir tehlikenin yönetimi olarak değil, şirketin karşılaşılabileceği ülke, piyasa, likidite, sektör ve enflasyon riskleri ile konjonktürel risklerin gözönüne

²⁸³ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 10.

²⁸⁴ Finans denetimi ve denetim komitesi TTK Tasarısı’nda yer verilen diğer iç denetim mekanizmalarıdır, bkz. TTK Tasarısı Madde Gereklileri, ilgili maddeler.

alınarak bu risklerden korunması için gerekli önlemlerin uygulanması olarak anlamak gereklidir²⁸⁵. Gerekçede de ifade edildiği üzere amaç, şirket yönetimini ve genel kurulu karşılaşılabilecek riskler hakkında devamlı uyanık tutarak, gerek duyulan zamanlarda etkili müdahalenin sağlanmasıdır. Bu müdahaleler çoğu zaman şirketler bakımından hayat kurtarıcı olabilmektedir. Son küresel kriz de göstermiştir ki risk doğru yönetildiği takdirde bir kriz durumunda şirketin kayba uğraması engellenebilir. Bu önemi itibarıyla kanun bu düzenlemeyi halka açık şirketler için her zaman diğerleri için de gerekli görülmesi hâlinde zorunlu kılmıştır. Bu hükümlerin hayata geçirilmesi bakımından da denetçilere ayrıca görev yüklemiştir²⁸⁶.

10. Şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi

TTK Tasarısı'nın 379 ilâ 389. maddelerinde şirketin kendi paylarını iktisabı veya rehin olarak kabul hâlleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler TTK ile Tasarı'nın birbirinden belirgin şekilde ayrıldığı yerlerdendir²⁸⁷. Özetle 379. madde genel kuralı düzenlemektedir. 380. madde ise işlemin butlan ile sakat olacağı hâlleri ve bunun istisnalarını, 381. madde genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesinin gerekli olmadığı hâlleri, 382. madde genel kuralın istisnalarını belirtmektedir. 383. madde ivazsız iktisap hâllerini, 384. madde 382. maddenin (b) ve (d) bentleri ile 383. maddeye göre iktisap edilen payların elden çıkarılmasını, 385. madde genel kurala ve yakın ve ciddi kaybın önlenmesi hâline aykırı olarak iktisap edilen payların elden çıkarılmasını ortaya koymaktadır. 386. madde sermayenin azaltılmasını gerektirecek durumları, 387. madde saklı hükümleri, 388. madde şirketin kendi paylarını taahhüde ilişkin hükümleri, 389. madde de iktisap veya rehin alınan paylara ilişkin hakların kullanılmasını düzenlemektedir.

²⁸⁵ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 16.

²⁸⁶ bkz. TTK Tasarısı m. 398 f. 4, m. 402 f. 6, m. 403 f. 1.

²⁸⁷ AYDIN, Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s.311

TTK kural olarak bir şirketin kendi hisselerini iktisap etmesini veya rehin almasını yasaklamaktadır²⁸⁸. Bu hükmün düzenlendiği 329. madde kurala getirilen istisnaları da sıralamıştır. Şirketin ilişkiye girdiği üçüncü şahıslar karşısındaki en büyük teminatı malvarlığıdır. Şirketin kendi payını satın alması ise esasında zaten kendisine ait olan bir değeri kendisinde toplaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla büyük oranda şirket paylarının şirketçe satın alınması şirketin malvarlığının azaltılmasını gerektireceği²⁸⁹ gibi bahsi geçen ilgililerin menfaatlerini de kötü yönde etkileyecektir. Ancak kimi durumlarda bu işlemler payların tedavülünü daha kolay hâle getirmekte; ticari hayat, pay değerlerinin çok hızlı şekilde düşmesi gibi kimi durumlarda da şirketin bu tür işlemlerine izin verilmesini de zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak, TTK Tasarısı'nın 379. maddesi bu etkenleri göz önüne alarak şirketin sermayesinin yüzde onunu²⁹⁰ aşmayacak şekilde kendi paylarını iktisap edebileceğini veya rehin alabileceğini kabul etmiştir.

Bu işlemin yapılabilmesi için genel kurulun özel olarak yönetim kuruluna yetki vermesi aranmış, yönetim kuruluna yapacağı her işlemde bilgi verme yükümü öngörülmüştür. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu maddelerde şeffaflık, bilgi ve hesap verme yükümlülükleri çerçevesinde düzenlemeler getirilmiştir. Kurumsal yönetim ve kamuyu aydınlatma ilkelerinin etkisi, yönetim kuruluna m. 379 f. 2 ve m. 381 f. 2'de verilen bilgi verme yükümlülüğünde de ortaya çıkmaktadır.

²⁸⁸ SPK özel durumların halka açıklanmasına ilişkin tebliğinde (Seri:VIII No: 54 numaralı tebliğ) şirketlerin TTK'nin 329. maddesi çerçevesinde sermayesinin doğrudan ya da dolaylı olarak %1'ini aşan oy hakkı veya kâr payı içeren kendi paylarını iktisap etmesi veya elden çıkarmasını bir özel durum olarak niteleyerek, bu halde kamuya özel durum açıklamasında bulunmasını zorunlu kılmıştır (Seri: VIII No:54 Tebliği m. 9).

²⁸⁹ DOMANIÇ s. 579.

²⁹⁰ AYDIN çalışmasında, yer verilen bu %10'luk sınıra AB 2. Yönerge'den esinlenildiğini söylemekte ancak bu sınırın yersiz olduğunu savunmaktadır. Bu bakımdan AB hukukundaki düzenlemelere de eleştiri getirmektedir. AYDIN çalışmasında, payın ediniminin pay sahibinin en temel haklarından olan kâr dağıtımını ile özdeşleştirilebileceğini belirterek, düzenlemelerin bu bakış açısıyla getirilmesi gerektiğini söylemektedir, s.312.

Kurumsal yönetim bakımından önem taşıyan bir diğer düzenlemeye 380. maddede yer verilmiştir. Kanuna karşı hileyi açıklayan 380. madde, ikinci cümlesi ile yüzde onu aşan iktisaplar yönünden şirketin veya onun bağlı şirketlerinin çalışanlarına, şirketin paylarını iktisap edebilmeleri için, avans, ödünç ve teminat verilmesine ilişkin hukukî işlemlerin 380. maddenin birinci cümlesine göre batıl kabul edilmeyeceğini düzenlemiştir. Bu şekilde, anonim şirket paylarının iktisabına izin veren sistemin kurallarının tam olarak uygulanması güvence altına alınmıştır²⁹¹. Çalışmanın birinci kısmında bahsedildiği gibi şirket çalışanları, şirketin dar anlamda menfaat sahipleri çemberi içerisinde yer almakta, kurumsal yönetim ilkeleri de çalışanların şirketin yönetiminde yer almasını desteklemektedir. SPK İlkeleri'nde de menfaat sahipleri başlığı altında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁹².

11. Yönetim kurulunun batıl kararları

TTK'da genel kurul kararlarına ilişkin iptal hükümlerine (m. 381 – 384) yer verilmiştir, butlan ve yokluk ile hükümsüzlük hâlleri de genel kurallara göre değerlendirilir. Yönetim kurulu kararları bakımından iptallerine ilişkin bir düzenlemeye kanun yer vermemiştir²⁹³. Yargıtay verdiği kararlarda, yönetim kurulu kararının yokluk ve butlanının her zaman ileri sürülebileceğini kabul etmiş, fakat iptalinin istemi konusunda ancak bazı hâllerde, özellikle pay sahiplerinin

²⁹¹ ÖZDAMAR, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını Ektisap Etmesi, Ankara 2005, s. 159. Yazar çalışmasında anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerinin fayda ve sakıncalarını incelemiştir. Buna göre, şirketin finans yönetimi bakımından kâr payına alternatif yaratması, ortakların malvarlığının maksimize edilmesi, ortaklık yapısı bakımından kötü niyetli ele geçirmelere (*hostile takeover*) karşı kullanılması, çalışanların pay sahibi olmasının kolaylaştırılması, sermaye piyasası bakımından fon tahsisinde kullanılabilmesi gibi faydaları yanında; alacaklılar bakımından esas sermayeye karşılık gelen malvarlığının teminat olarak muhafaza edilememesi, ortaklar bakımından eşit işlem ilkesinin ihlali probleminin ortaya çıkabilmesi, ortaklık bakımından ortaklık gelirinin asıl maksadın dışında kullanılması, sermaye piyasası bakımından manipülasyon tehlikesi gibi sakıncalarının olduğunu ifade etmiştir (s. 115-158). Ancak gerekli hukuki düzenlemelerin yerine getirilmesi ile hem ortaklık menfaatine hem de sermaye piyasasının işleyişine hizmet edeceğini belirtmektedir, s. 229.

²⁹² SPK İlkeleri Bölüm III, 2.

²⁹³ ÖZKORKUT, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996 s. 90.

kişisel haklarını ihlal eden konularda iptal davasının açılabilmesine hükmetmiştir²⁹⁴. Öğretide yönetim kurulunun kararlarının iptalinin istenip istenemeyeceği konusunda genel kanı da özellikle pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden kararlar bakımından iptal davasına imkân vermenin doğru olacağı yönündedir²⁹⁵. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardan da anlaşıldığı gibi uygulamada yönetim kurulu kararlarını iptaline ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır²⁹⁶.

TTK Tasarısı 391. maddesinin kenar başlığı batıl kararlardır. Bu madde ile yönetim kurulunun özellikle eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği düzenlenmiştir. Madde metninde bu hâller sayılırken “özellikle” denilmiş olduğundan kararın batıl olduğunun tespitinin istenebileceği hâllerin, sayılan hâllerle sınırlı olmadığını anlamak gerekir²⁹⁷.

Getirilmesi düşünülen düzenleme kurumsal yönetim ilkeleri bakımından son derece önemlidir. Zira bu sayede, pay sahiplerinin haklarını kullanma ve koruma

²⁹⁴ Yargıtay HGK 15.11.1989 E.1989/11-425/K.591 ERİŞ Anonim Şirketler s. 454, Yargıtay 11. HD. 28.11.1986 E. 5287/K.6355 ERİŞ Anonim Şirketler s. 466, Yargıtay 11. HD. 26.01.1989 E.3414/260 ERİŞ Anonim Şirketler s. 268 ve s. 468.

²⁹⁵ ÖZKORKUT Kararların İptali s. 95 ve 125, ERİŞ Anonim Şirketler s. 266, HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 76 (ayrıca bu kaynakta dn. 256'da belirtilmiş olan yazarlar). Karş. ÖZKORKUT Kararların İptali s. 122-123'te ARSLANLI ve ANSAY yönetim kurulu kararları bakımından, genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen hükümlerin uygulama bulamayacağını kabul ettikleri belirtilmiştir. Bu konuda ANSAY'ın ileri sürmüş olduğu görüşlerin öğretide de Domaniç, İmregün, Moroğlu, Tekil ve diğer pek çok yazar tarafından kabul gördüğü ifade edilmiştir. Ayrıca, DOMANIÇ yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmasında fayda görmemiş, zayı olabilecek haklar bakımından şirketin, ortakların ve şirket alacaklılarının sorumluluk davası açabileceğini söylemiştir, DOMANIÇ s. 608.

²⁹⁶ ÖZKORKUT Kararların İptali s. 131 vd. Ayrıca, SerPK m. 12'de yönetim kurulu kararlarının iptalinin istenebileceği durumlar düzenlenmiştir, ancak bu düzenleme yalnız halka açık anonim şirketler için hüküm doğurmaktadır.

²⁹⁷ Maddede pagsahiplerinin haklarını ihlal eden halleri düzenleyen (c) bendinde ayrıca “özellikle” denilmekle kanımca uygulamada ortaya çıkabilecek soruların önüne geçilmek istenmiştir.

yolları kanun ile hüküm altına alınarak iyileştirilmiştir. Bu da kurumsal yönetim felsefesinin merkezinde yer alan konulardandır. Madde genel olarak TTK Tasarısı'nı etkileyen kurumsal yönetim felsefesinin içselleştirilmesinin bir örneğidir.

Maddeye getirilen eleştirilerden biri, bu maddeden üçüncü kişilerin faydalanmasına imkân vermiyor oluşudur²⁹⁸. Fakat hükmün bu kadar dar yorumlanması genel olarak TTK Tasarısı'nın ilgililerin menfaatlerini koruyan yapısına aykırı düşecektir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, madde metninde geçen “özellikle” ifadesinden, Tasarı'yı hazırlayanların, butlan talebinde bulunulabilmesi için bu hâllerle sınırlı olmak değil örnek verme amacı güttüğünün anlaşılması doğru olacaktır. Bu durumda menfaati olan üçüncü kişilerin de bu hâllerden faydalanabileceğini düşünmek gerekir.

Bunun yanında bu maddenin uygulanmasında, batıl olduğunun tespiti istenen kararların hem talepte bulunan taraf hem de diğer ilgililer bakımından doğurduğu sonuçlar da dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, kararların batıl olarak kabul edilmesi pay sahiplerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerini, talepte bulunan pay sahibinin, yönetim kurulu üyesinin veya şirketin kendi menfaatlerinden çok daha derinden sarsacak sonuçlar doğurabilir. Bu tür durumlarda hâkimin hakkaniyete uygun karar vermek yönünde vazifesi olduğu kabul edilmelidir²⁹⁹. Zira kurumsal yönetim felsefesi de pay sahipleri kadar ilgililerin menfaatlerinin de gözetilmesini gerekli bulmaktadır.

Maddenin lafzına ilişkin olarak getirilen eleştiriler ise, eşit işlem ilkesinin ihlali durumunda yönetim kurulu kararının butlanının değil iptalinin talep

²⁹⁸ MOROĞLU Öneriler s. 107.

²⁹⁹ DOMANIÇ de buna benzer şekilde; kararlar ortaklara ve üçüncü şahıslara açıklanmış ve bunlar lehine hüküm doğurmuşsa yönetim kurulunun kararlardan dönmesi veya değiştirmesi her zaman mümkün değildir demektir, DOMANIÇ s. 598.

edilebileceği³⁰⁰, bu sebeple maddenin başlığının ve metnin doğru kaleme alınmış olmadığıdır³⁰¹. Bu bakımdan TTK Tasarısı'nın genel kurul kararlarının iptalini ve butlanını talep etme hâllerini düzenleyen 445 ilâ 447. maddeleri incelendiğinde, 391. maddenin (b), (c), (d) bendlerinin 447. maddede sayılmış olan hâllere karşılık geldiği görülebilir. Dolayısıyla eşit işlem ilkesinin ihlalinin emredici niteliği itibariyle, ayrıca Tasarı'yı hazırlayanların genel kurul kararlarının butlanına ilişkin düzenlemesi de dikkate alındığında, eşit işlem ilkesine aykırılık durumunda butlan halini ve sonuçlarını benimsedikleri açık şekilde ortadadır³⁰².

Son olarak, butlan davasını kimlerin açabileceği maddede ifade edilmemiştir, ilgililerin hepsinin davayı açabileceği kabul edilmelidir. Butlan talebi nitelik olarak süreye bağlı değildir, hükümde de bu sebeple dava açmak için bir zaman kısıtlaması getirilmemiştir.

³⁰⁰ Eşit işlem ilkesi TTK Tasarısı'nda emredici olarak düzenlenmiştir ve genel kural olarak şekil ve usul açısından emredici hükmün ihlali yokluk durumunu ortaya çıkaracaktır. Ancak eşit işlem ilkesi pay sahipleri arasındaki eşitliği esas almaktadır. Emredici hükmün sadece pay sahiplerinin çıkarını koruması halinde iptal edilebilirlik halinin söz konusudur. Bu durumda yokluk veya butlan değil iptal edilebilirlik halinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir (bkz. POROY (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar N. 721).

³⁰¹ MOROĞLU Öneriler s. 106, TBB TTK Tasarısı Toplantıları s. 750 vd.

³⁰² Genel kurul kararlarının butlan halleri ile iptal edilebilirlikleri bakımından doktrinde özellikle TTK'nın 381. maddesindeki yokluk ve butlan hali ile iptal edilebilirlik arasındaki sınırı belirlenmesi konusunda farklı görüşler mevcutsa da, Türk doktrininin ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin olayı ve menfaatler dengesini göz önüne alarak hareket ettiği belirtilmektedir (POROY (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar N. 722).

12. Bilgi alma ve inceleme hakkı

TTK'nın 331. maddesinin 1. fıkrası, temel olarak yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkına işaret etmektedir³⁰³. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkı kişisel nitelikte haklardandır³⁰⁴.

Bilgi alma hakkı kurumsal yönetim ilkeleri bakımından ayrı bir öneme sahiptir; şirketin işlemlerinin şeffaf olarak yürütülmesinin sağlanması, hakkaniyete uygun karar verildiğinin denetimi, hesap verebilirlik temel ilkesinin işlevini görebilmesi bu hak sayesinde olmaktadır. Bu bakımdan uygulamada kabul edilen kurumsal yönetim ilke ve kodları da bu hakkın hem yönetim kurulunu üyeleri hem pay sahipleri bakımından üzerinde durmaktadır³⁰⁵.

Kurumsal yönetim felsefesinin bu eğilimi TTK Tasarısı'nın düzenlemesini de etkilemiş, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarına daha geniş bir çerçevede yer verilmiştir. Uygulamada azlık oluşturan pay sahiplerini temsil eden yönetim kurulu üyeleri, çoğunluk pay sahiplerini temsil edenler kadar kolay bir şekilde şirket bilgilerine ulaşamayabilmektedir. Yönetimle ilgili durumlarda çok sık karşılaşıldığı gibi bilgiyi temin edecek üst yönetim mensupları, şirketin

³⁰³ Burada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta yönetim kurulu üyelerine tanınmış olan bu bilgi alma hakkı ile pay sahipleri ve genel kurula tanınmış bilgi alma haklarının birbirine karıştırılmamasıdır. Pay sahiplerine tanınmış olan bilgi alma ve inceleme hakkı, pay sahiplerinin şirketin ekonomik durumu ve faaliyetleri hakkında aydınlatılması yanında, pay sahipleri tarafından şirketin yönetim ve şirket içi denetim organlarının gözetimine ve pay sahiplerinin pay sahipliğinden kaynaklanan haklarını daha etkin şekilde kullanmalarına da yardımcı olmaktadır (bkz. KAYA, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001 s. 22). Burada incelenen yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkı ise yönetim kurulunun organ sıfatından kaynaklanır, organın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle alakalıdır (KAYA s. 60 vd.). Yine pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin olarak KAYA çalışmasında her ne kadar kamuyu aydınlatma ilkesi de benzer amaçlara hizmet etmekteyse de, pay sahibinin şirket içerisindeki işleyiş hakkında daha detaylı bilgilere ulaşma ihtiyacını tam olarak karşılayamamakta olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla özellikle haklarının kullanımı için bu ihtiyacın giderilmesi gerekmediğini ifade ederek kamuyu aydınlatma ilkesi ile pay sahiplerinin de üçüncü şahıslar gibi kanunun öngörmüş olduğu asgari bilgileri edindiğini ancak bireysel bilgi alma ihtiyacının tam olarak karşılanamadığını, bilgi alma ve inceleme hakkının da bu bakımdan farklı ihtiyaçları karşılamak üzere gelişme gösterdiğini söylemektedir.

³⁰⁴ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar N. 558, PULAŞLI s. 313.

³⁰⁵ OECD İlkeleri Bölüm II.A, SPK İlkeleri Bölüm I.2.

değil de çoğunluk pay sahiplerinin üst yönetimiymiş gibi hareket edip, azlık pay sahiplerini temsil eden üyelerden gelen talepleri göz ardı edebilmektedir³⁰⁶.

TTK Tasarısı'nın 392. maddesinin yan başlığı "bilgi alma ve inceleme hakkı" şeklindedir. Maddede bu hak, kaldırılmaz ve sınırlandırılmaz bir hak olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre yönetim kurulu üyeleri yönetim kurulu toplantılarında şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir; toplantılar dışında da bu hakkı kullanması başkanın izniyle mümkündür. Madde yönetim kurulu üyesinin, ister yönetim kurulu toplantısı sırasında ister yönetim kurulu haricindeki bir zamanda, bu hakkının reddedilmesi hâlinde konunun yönetim kuruluna getirileceğini ifade etmektedir. Kurulun toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde ise bilgi alma hakkını kullanmak isteyen üyelerinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabileceğini düzenlenmiştir. Yönetim kurulu toplantısı haricinde yapılan istemler bakımından konunun yönetim kuruluna getirilmesi için iki günlük süre verilmiştir. Mahkemenin bu konudaki kararı kesin karar niteliğindedir, madde hükmü mahkemeye istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilme imkanını da tanımıştır. Bu madde, yönetim kurulu üyelerine bilgi alma hakkını verdiği gibi yönetimde yer alan diğer şahısların ve komitelerin bilgi verme yükümlülüğünde olduğunu da belirtmektedir (bkz. fıkra 2). Hakkın yönetim kurulu dışında kullanımı yönetim kurulu başkanı bakımından belli bir usule bağlanmıştır ki, bu da yönetim kurulu dışında başkan dâhil bütün üyelerin şirkete ve şirket yönetimine eşit mesafede ve sorumlulukta olduğunu anlatmaktadır.

13. Müzakerelere katılma yasağı

TTK'nın 332. maddesine karşılık gelen 393. madde hükmü yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün bir yansımasıdır. Yukarıda özen ve bağlılık

³⁰⁶ KESKİN s. 777.

yükümlülüğü başlığının³⁰⁷ altında değindiğimiz sadakat yükümlülüğü kurumsallaşma ile yönetimin profesyonelleştiği ve pay sahibi ile yöneticilerin birbirinden ayrıldığı şirketlerde ayrı bir önem kazanmaktadır. Sadakat yükümü yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yaptıkları her işlemde şirket menfaatini üstün tutmalarını gerektirir. Bu bakımdan kurumsal yönetim, yönetimdekilerin bu sorumluluğuna özellikle dikkat çekmektedir³⁰⁸.

Temel olarak 332. maddeye bir değişiklik getirilmemiş ancak içeriğinde daha net bir ifade kullanılarak uygulamada sorun yaratan konuların çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır^{309, 310}. Kurumsal yönetim bakımından, bu şekilde detaylı düzenleme şirketin ve ilgililerin menfaatlerinin korunabilmesini yollarını iyileştirmesi ve yönetimdekilerin sorumluluklarını açık biçimde ortaya koyması sebebiyle oldukça yerindedir.

14. Mali haklar

Yönetim kurulu üyelerinin malî hakları bakımından TTK'da 333. maddede huzur hakkı düzenlenmiş, bunun yanında 279 ve 472. maddelerde kazanç payına değinilmiştir, ayrıca yönetim kuruluna genel kurul kararı ile ücret ve ikramiye verilebileceği de kabul edilmektedir.

Kurumsal yönetimin profesyonelleşme ile birlikte tartıştığı temsil sorunu bakımından, yönetimdekilerin yaptıkları işlemlerde şirket menfaatlerini gözetmeyi onlar için cazip hâle getirmek temsil sorunu perspektifinde tartışılan problemlerin

³⁰⁷ bkz yukarıda A- 6.

³⁰⁸ Bu konuda OECD İlkeleri VI.D.

³⁰⁹ TTK Tasarısı Madde Gereçekleri m. 393.

³¹⁰ Maddenin yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken husus, bu yasağa aykırı hareket edildiği takdirde yönetim kurulu kararlarının geçerli olup olmayacağıdır. Uygulamada da bu maddeyle ilgili en sık rastlanan sorunlardan biri budur (bkz. ERİŞ Anonim Şirketler s. 276). Maddenin lafzı dikkate alındığında yasağı ihlal eder şekilde alınmış olan yönetim kurulu kararlarının geçersizliğini kabul etmek gerekir. Ancak bundan farklı olarak madde, müzakerelere katılma yasağına rağmen katılma olup da karar alınmışsa, kararın geçerli olacağı, fakat şirket zarara uğramışsa bu zarardan katılanların ve ayrıca Tasarıdaki düzenlemeyle buna izin verenlerin de sorumlu olacağı şeklinde de yorumlanmaktadır (bkz. TBB TTK Tasarısı Toplantıları s. 754 – 756). Uygulamadaki sorunlara cevap vermek isterken ne yazık ki madde hükmü bu bakımdan yoruma açık kalmıştır.

ortaya çıkmasını engellemek için izlenilebilecek yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun da yönetimdekilere hisse opsiyonları, kârdan pay verilmesi, kârla oranlı prim ödenmesi³¹¹ veya yüksek ücretlerin verilmesi gibi yollarla yapılabileceği görülmüştür. Ancak uygulamadaki örnekler göstermiştir ki, bu gibi maddi imkanlar sağlanırken şirketlerin şeffaf ve makul ücretlendirme politikaları izlememesi hâlinde kanuna aykırı raporlamalar gibi sonuçlar, Enron gibi skandallar ortaya çıkabilmektedir³¹². Yahut, yöneticiler nerdeyse şirketin çalışanlarının toplam ücretleri kadar yıllık ücret alarak şirketin yönetim maliyetini gereksiz şekilde artırmakta, dolayısıyla pay sahipleri ve çalışanların menfaatlerini ihlal etmektedir.

Kurumsal yönetim felsefesi bu bakımdan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının tamamen şeffaf ve hakkaniyete uygun biçimde düzenlenmesini öngörmektedir³¹³.

TTK Tasarısı da kurumsal yönetimin bu bakış açısı doğrultusunda 394. maddesinde yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebileceğine hükmetmiştir.

15. Şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü ve temsil sorununun ortaya koyduğu teoriler dikkate alındığında yönetim kurulu üyesi ile şirketin ve ilgililerin menfaatlerinin korunması bakımından bu şahısların şirketle yapacağı işlemlerin sınırlandırılması ihtiyacı olduğu görülmektedir. Bu bakımdan TTK m. 334'ün getirdiği hüküm TTK Tasarısı'nda 395. madde ile genel olarak korunmuş, ona ek olarak iki fıkra eklenmiştir. Birinci fıkrada TTK'da tartışılan “şirketin konusuna giren” ve “ticari” ifadeleri hükümden çıkarılmış, ikinci fıkrası ile getirilen

³¹¹ KURT/DEMİR s. 64.

³¹² KURT/DEMİR s. 64.

³¹³ Bu konuda SPK İlkeleri Bölüm IV.4, PASLI s. 172 vd.

düzenleme işlem yasağı yanında borçlanma yasağına da yer vererek birinci fıkranın dolanılmasını engellemeyi amaçlamıştır³¹⁴. Borçlanma yasağı bakımından yasağın çerçevesi genişletilmiş, bu sayede kanunun daha geniş alanda etkin olması sağlanmıştır. Son fıkra ise TTK Tasarısı ile sistemimize girmesi düşünülen şirketler topluluğuna ilişkindir.

Kurumsal yönetim felsefesi dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin mali hakları³¹⁵ ve ayrıca sadakat yükümlülüğünü de ilgilendiren bu konunun hükmün dolanılmasını da engelleyici şekilde düzenlenmesi faydalı olmuştur. Kurumsal yönetim ilkeleri de yönetim kurulu üyelerinin şirketle yapacağı işlemlerin sınırlandırılmasını, bu sınırlandırılmanın dışında kalan işlemler bakımından da şeffaflığı esas almaktadır³¹⁶. Ayrıca getirilen düzenleme yalnız şirketin değil aynı zamanda şirket alacaklılarının da menfaatini korumakta olduğundan kurumsal yönetim çizgisi ile uyum hâlinindedir.

B- Hukuki sorumluluk

Çalışmanın başlangıcından itibaren kurumsal yönetim felsefesinin özünde şirketle bir şekilde menfaat ilişkisi içerisinde bulunan şahısların menfaatlerinin dengelenmesi, özellikle pay sahibi, çalışanlar, kredi sağlayan şahıslar ve alacaklılar gibi menfaat sahiplerinin haklarının en yüksek düzeyde gözetim ve kullanımının sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Dünyanın ekonomik tarihindeki krizler göstermiştir ki, bu hedeflere ulaşmakta en önemli yol şirket yönetimindekilerin sorumluluklarını hem onları şirketi ileriye götürecek kararları almaktan alıkoymayacak şekilde esnek hem de şirketin menfaatlerini kendi lehlerine tehlikeye atmalarını önleyecek şekilde sıkı, bunların yanında da en

³¹⁴ ATILHAN, Özen, Türk Ticaret Kanunu'na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketler İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 2009-4, İstanbul 2009 s. 1951. madde gerekçesinde bu hükmün pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358. maddeyi tamamlayıcı şekilde düzenlendiği belirtilmiştir, TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri m. 395.

³¹⁵ TEKİNALP Trendleri Konuşmak s. 28.

³¹⁶ SPK İlkeleri Bölüm IV.2,

önemlisi tartışmaya yer vermeyecek şekilde anlaşılır ve kesin çizgilerle düzenlemektir.

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülükleri bakımından sorumluluklarının 320. maddede düzenlendiğine ve bu maddenin de BK hükümlerine atıf yaptığına yukarıda değinilmişti³¹⁷. TTK, ilk yönetim kurulunun kuruluştan dolayı sorumluluğu ile ilgili hükümleri 308, 309 ve 310. maddelerde, genel olarak yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerden dolayı sorumlulukları ile bu sorumluluklara ilişkin olarak açılacak davaları da 336 ve 341. maddeler arasında düzenlemiştir³¹⁸. Kanunda bunlardan başka, yine yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gönderme yapan hükümler de yer almaktadır³¹⁹.

TTK'da ilgili bölümlerin altında ve kanunun içerisine nispeten dağılmış şekilde yer verilen sorumluluk hükümleri bakımından TTK Tasarısı'nda farklı bir yol izlenmiş, kuruluştan doğan sorumluluklar, denetçilerin, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve diğer ilgili şahısların sorumlulukları Hukuki Sorumluluk başlıklı on birinci bölümde 549 ve devamındaki maddelerde ele alınmıştır. Tasarıda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin hükümlere on birinci bölümde 549, 550, 551, 552 ve 553. maddelerde yer verilmiş, şirketin zararı olması durumunda dava ehliyeti, ibra, zaman aşımı ve yetkili mahkeme 555 ve 561. maddeler arasında düzenlenmiştir³²⁰.

³¹⁷ bkz. yukarıda A- 6.

³¹⁸ Hukukumuzda, anonim şirketin ticaret hayatında taşıdığı öneme paralel şekilde onun yönetim yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları da yalnız TTK'da değil aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nda (Kanun No: 213, Kabul tarihi 04.01.1961, Resmi Gazete tarihi 10.01.1961, Resmi Gazete No: 10703 – 10705), halka açık anonim şirketler bakımından SerPK'da, bankalar bakımından Bankacılık Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Çalışmanın kapsamı TTK Tasarısına ilişkin olduğundan bahsi geçen düzenlemelerdeki hükümlere burada yer verilmemiştir.

³¹⁹ Bu konuda bkz. aşağıda B- Hukuki Sorumluluk

³²⁰ TTK Tasarısı birleşme, bölünme ve tür değiştirme hükümleri bakımından 109. maddesinde ve şirketler topluluğu bakımından 202 ve 206 maddelerde de yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları hâlinde açılacak davalara ilişkin düzenlemelere yer vermiştir.

1. Kusur sorumluluğu

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin hükümler göz önüne alındığında, sorumluluğun niteliğinin kural olarak kusura dayanan sorumluluk olduğu görülür. Gerçekten de, TTK'nın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin çoğunda kusur arandığı açıkça ifade edilmiştir. İnceleme konusunda ihmallerinin anlaşılması koşulunu koyan TTK'nın 308. maddesi, bunun yanında müteselsil mesuliyetten kurtulmak için kusursuzluğun ispatını dikkate alan TTK'nın 338. maddesi örnek olarak verilebilir. Yönetim kurulu üyesinin şirketin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için kendisine kusurlu bir hareketin yükletilebilmesi gerektiği, kanunun bununla kalmayıp kusuru da bir karine olarak kabul ettiği görülmektedir³²¹. Dolayısıyla kusursuzluğunu ispat yükü de bunu iddia eden yönetim kurulu üyesindedir³²². TTK Tasarısının kusur sorumluluğu bakımından TTK'yı takip ettiği görülmektedir³²³.

2. Teselsül

TTK'da, yönetim kurulu üyeleri arasında sorumlulukları bakımından müteselsil sorumluluk esası kabul edilmiştir (m. 336). Şahsi sorumluluğu düzenleyen

³²¹ ÇAMOĞLU Sorumluluk s. 13, HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 39, İMREGÜN Kara Ticaret Hukuku Dersleri s. 354, doktrinde yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğinin sözleşmesel bir ilişki olup olmadığı tartışılmakla birlikte ÇAMOĞLU çalışmasında yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini sözleşmesel bir ilişki olarak kabul etmekte, bu sebeple sorumluluğun da kusura dayanan sorumluluk olduğunu söylemekte, kanunun kusuru karine olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Aynı yönde ARSLAN, İbrahim, Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsil Sorunu, XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 14 Mayıs 1999, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999 s. 121 (*Sorumluluk ve Temsil*), ÇAMOĞLU Sorumluluk s.18, ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar N. 543, 590, BAHTİYAR Ortaklıklar s. 136. Doktrinde bu sözleşmenin niteliğinin unsurların oluşmasına göre vekalet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği de tartışılmaktadır.

³²² Bu yönde Yargıtay kararı; Yargıtay 11. HD. 14.09.2004, E.2003/11546, K. 8255(AKDAĞ GÜNEY, Necla, Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yeralan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi ile Karşılaştırılması, Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1213 dn. 1)

³²³ Kusurun varlığını arayan TTK Tasarısı'nın 388, 549 ve 553. maddeleri birer örnek olarak verilebilir.

hükümlerin istisnai olarak yer aldığı görülür. TTK'daki müteselsil sorumlulukta tam teselsül prensipleri uygulanmakta, buna göre sorumluluk davası yönetim kurulu üyelerinin her birine karşı, topluca veya teker teker, zararın tümü için açılabilen, davada tazminattan sorumluluk bakımından yönetim kurulu üyesinin kusurunun yokluğu veya derecesi önem arz etmemektedir. Şu kadar ki, yönetim kurulu üyesi kusursuzluğunu ispat ederse tazminatla yükümlü olmaz (m. 338)³²⁴. Kusurun derecesi, yönetim kurulu üyelerinin iç ilişkilerinde birbirlerine rücu edecekleri durumlarda önem kazanacaktır³²⁵.

TTK Tasarısı müteselsil sorumluluk bakımından farklılaştırılmış teselsül kavramını esas almıştır. Tasarı "Teselsül ve Başvuru" başlıklı 557. maddesinde birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her birinin, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemektedir³²⁶.

Tam teselsülden farklılaştırılmış teselsüle geçiş, sorumluluk kavramındaki en önemli değişikliklerdendir. TTK Tasarısı bakımından farklılaştırılmış teselsül ile

³²⁴ Kusursuzluğun ispatı bakımından 338. maddede sayılan zarara sebep olan karara muhalif oy vermiş olup bunu tutanaklara geçirerek durumu denetçilere bildirmek veya geçerli mazereti sebebiyle ilgili toplantıda hazır bulunmamak hallerinin sınırlı sayıda kabul edilmemesi, maddede geçen "hususiyetle" kelimesi de dikkate alındığında, ispat için geçerli olabilecek diğer yolların da kabulü gerekir, ÇAMOĞLU Sorumluluk s. 19.

³²⁵ İlgililerin ortaklığa karşı taleplerinde, ortaklık ödediği tazminat bakımından yönetim kurulu üyelerine rücu edebilirken yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa rücu hakkı yoktur, bu bakımdan eksik teselsül hükümleri uygulanacaktır, ÇAMOĞLU Sorumluluk s.25.

³²⁶ TTK Tasarısı sorumluluğa ilişkin on birinci bölümünde işlemlerden sorumlu olan bütün şahısların sorumluluklarını bir arada düzenlemektedir. Dolayısıyla teselsüle ilişkin hükmü de yalnız yönetim kurulu üyeleri değil, bir olayda sorumluluğu bulunan her şahıs için sonuç doğuracak şekilde anlamak gerekmektedir. Bu maddenin mehzazı olan İsv. BK 759, 1991 yılında kabul edilmiş, müteselsil sorumluluk kavramı korunarak bireysel indirimin dış ilişkide de kullanılabileceği farklılaştırılmış teselsül sistemi getirilmiştir AKDAĞ GÜNEY, Farklılaştırılmış Teselsül s. 1210.

tam teselsül arasındaki fark³²⁷; tam teselsülde kusuru bulunan yönetim kurulu üyesinden kusurunun derecesi dikkate alınmaksızın tazminatın tamamı talep edilebilirken, farklılaştırılmış teselsül halinde yönetim kurulu üyesi yalnız kusuru oranındaki zararı tazminle yükümlü olacak, zararın geri kalanı için zarara uğrayan kişinin diğer kusurlu yönetim kurulu üyelerinden ayrıca talepte bulunması gerekecektir. TTK'nın sisteminde kusurlu herhangi bir yönetim kurulu üyesinden zararın tümü tazmin edildikten sonra, bu yönetim kurulu üyesinin diğer yönetim kurulu üyelerinden kusurları oranında kendisinin sorumlu olmadığı meblağı tazmin etmesi beklenirken, Tasarı farklılaştırılmış teselsül ile yönetim kurulu üyesinin üzerinden bu yükü almıştır. Denilebilir ki Tasarı, yönetim kurulu üyeleri arasında sorumluluk bakımından hakkaniyet getirmektedir. Doktrinde TTK'nın tam teselsül sisteminin, kurul halinde görev yapan üyelerin birbirlerini gözetimini zorunlu kılacağı ve şirket işlerine ilgisiz kalmalarını engelleyeceği gibi sebeplerle yerinde bir düzenleme olduğu da savunulmuştur³²⁸. Fakat mutlak teselsülün yönetim kurulu üyelerinin gözetim yapmak ve şirket işlerine gereken ilgiyi göstermelerini sağlamak amaçlarını aştığı görülmektedir. Esasında, bu derece bir yükümlülük, üyelerin şirket işlerinde gereken riski almalarını engelleyebilir, sorumluluktan kaçmak isteyen üyelerin sürekli itiraz ve eleştirileri ile işleyişe ket vurabilir. Bu sebeple sorumluluk bakımından da Tasarı'nın kurumsal yönetim ilkelerinden etkilendiği ifade edilebilir³²⁹. Zira farklılaştırılmış teselsül, kurumsal yönetim bakımından profesyonel yönetimi destekleyen, şirketin dolayısıyla da pay sahiplerinin menfaatlerini mutlak teselsülden daha verimli şekilde koruyan bir sistemdir. Pay sahipleri ve diğer ilgilerin kusuru ispat bakımından yaşayabileceği sıkıntıları da dikkate alan Tasarı, 557. maddede birden çok sorumlu kişinin zararın

³²⁷ Borçlar Hukuku anlamında tam teselsül ile farklılaştırılmış teselsül kavramı da benzer şekilde açıklanabilir; zarara sebep olan müteselsil sorumlu birden çok şahsın her birinden, zararın tamamının kusurları oranına bakılmaksızın talep edilebilmesi halinde tam teselsül, kusurları oranına göre talep edilebilmesi halinde ise farklılaştırılmış teselsülün varlığından söz edilecektir. Tam teselsülde kusur iç ilişkide önemli iken, farklılaştırılmış teselsülde üçüncü kişilere karşı da tazminat yükünden ne derece sorumlu olduğunun tespitinde dikkate alınacaktır.

³²⁸ ÇAMOĞLU Sorumluluk s. 21 vd.

³²⁹ TEKİNALP de farklılaştırılmış teselsülün kurumsal yönetim ile yakından ilgili olduğunu ifade etmektedir, TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 17.

tamamı için birlikte dava edilebileceğini ve hâkimden aynı davada her bir davalının tazminat borcunun belirlenmesinin istenebileceğini düzenleyerek bu soruna da çözüm getirmiştir³³⁰.

Öte yandan, tam teselsülün doğası gereği zarar gören şahsı, borçlunun aczi karşısında koruduğu, farklılaştırılmış teselsülün bu bakımdan borçlu lehine bir düzenleme olduğunu³³¹ da kabul etmek gerekir. Farklılaştırılmış teselsül bakımından doktrinde alacaklının korunması ilkesinin terk edildiğine dikkat çekilmiştir. Teselsül ilkesinin uygulanmasında en önemli gerekçe olarak kabul edilen alacaklının korunması ilkesinin terkedilmesinin, teselsülü sadece usulü bir düzenlemeye dönüştüreceği ve zarara uğramış alacaklının, teselsülün getirmek istediği korumadan yeterince yararlanamayacağını belirtilmiştir³³². Ancak Tasarı'da pay sahiplerinin ve diğer ilgililerin menfaatlerini, yönetim kurulu üyelerini de içerisine alan yöneticiler karşısında koruyan, yönetim kurulunun gözetim ve denetim hallerini ve yükümlülüklerini pekiştiren pek çok düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla kurumsal yönetim ilkeleri bakımından, şirketin işleyişini ve profesyonelleşmesini destekler şekilde, sorumluluk kavramının müteselsil sorumluluk niteliğini koruyarak ve fakat farklılaştırılmış teselsül prensiplerine göre uygulanması, şirket ve ilgililer menfaatleri bakımından tam teselsülün getirdiği adaletsiz sistem ve yönetimdeki hareket yetisine ket vurma nitelikleri ile karşılaştırıldığında ağır bir dezavantaj oluşturmayacağı kabul edilebilir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere, Tasarı kusurun ölçüsünün belirlenmesi yükünü zarara uğrayan şahsa yüklemeyerek teselsülün amacının uygulama dışı kalmasının da önüne geçmiştir.

³³⁰ Bu konuda açıklama için bkz. Madde Gerekçeleri m. 557.

³³¹ HELVACI, Mehmet Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt. I, İstanbul 2001, s. 232.

³³² HELVACI, Müteselsil Sorumluluk s. 232.

3.TTK hükümleri

TTK'daki hükümler kanunun değişik kısımlarına dağılmış durumdadır.TTK kuruluş işlemlerinde yapılan yolsuzlukların araştırılması bakımından ilk yönetim kurulu üyelerine denetçiler ve kurucularla birlikte sorumluluk yüklemiştir. Buradaki sorumluluk da genel kurala uyumlu olarak kusura dayalı müteselsil sorumluluktur. Hukuki sorumluluklarının yanında cezai sorumluluklarının da olduğu hallerde Türk Ceza Kanunu'nun³³³ eski 230 şimdiki 257/2 maddesinin³³⁴ uygulama bulacağı ayrıca düzenlenmiştir. Zararın meydana gelmesi durumunda pay sahipleri ile birlikte zarar gören alacaklıların da dava hakkı vardır, fakat bu durumda dahi hükmolunacak tazminatın şirkete ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak burada doğrudan ya da dolaylı olarak zarara uğranılmış olması durumuna dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki, bu hüküm dolaylı zarar olması hâlinde uygulama bulacak, doğrudan zarara uğramış pay sahipleri ve alacaklılar bakımından tazminat doğrudan kendilerine ödenecektir³³⁵. Şirketin iflası durumunda ise bu haklara iflas dairesinin sahip olacağı ve İcra ve İflas Kanunu m. 245'in³³⁶ uygulanacağı belirtilmiştir.

Pay sahipleri ve alacaklıların hangi miktar bakımından dava açmaya hakkı olduğu konusunda payları oranında mı yoksa tümü için mi dava açabilecekleri sorusu doktrinde zararın tümü için açılabileceği yönünde yanıtlanmıştır³³⁷.

³³³ Türk Ceza Kanunu No. 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, Resmi Gazete Tarih: 12.10.2004 Sayı: 25611.

³³⁴ İlgili hükümde şöyle denmektedir “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³³⁵ ARSLAN Sorumluluk ve Temsil s. 126, İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999 s. 273 vd.

³³⁶ 2004 s.lı İcra ve İflas Kanunu, RG T: 19/06/1932, Sayı: 2128. Madde 245; “Alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı istiyen alacaklıya devrolunur. Hasıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır.”

³³⁷ ERİŞ Anonim Şirketler s. 168, İMREGÜN Sorumluluk s. 274.

Dava zamanaşımı süresi zararın ve ilgili kişinin öğrenilmesinden itibaren iki yıl, ve herhalde zararın meydana geldiği tarihten itibaren, TCK'da söz konusu fiil bakımından daha uzun bir zamanaşımı öngörülmediği takdirde, beş yıllık zamanaşımı olarak kabul edilmiştir³³⁸. Dava şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir.

Yönetim kurulu üyelerinin yukarıda bahsedilen sorumluluklarından ibrası da ancak kuruluş tarihinden dört yıl sonra ve genel kurul kararıyla mümkündür. Bununla birlikte kanun azlığı karşılık gelen, pay sahiplerinin %10'unun bu karara karşı olması hâlinde ibranın genel kurulca kabul edilmesine izin vermemiştir. Yukarıda sayılan hükümlerin yanında; 336. maddede beş bend halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluk halleri sıralanmıştır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri (i) hisse senetleri bedellerinin karşılığında pay sahiplerinin yaptıkları ödemelerin doğru olmaması hâlinde, (ii) dağıtılan ve ödenen kâr paylarının doğru olmaması hâlinde, (iii) kanunen tutulması zorunlu defterlerin usulüne uygun veya hiç tutulmaması hâlinde, (iv) genel kurul kararlarının sebepsiz yere yerine getirilmemesi hâlinde ve (v) kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin kasıt yahut ihmalle yerine getirilmemesi hâlinde sorumlu olacaklardır. Kural müteselsil sorumluluktur ancak maddede beş numaralı bentte yazılı görevlerden birinin TTK'nın 319. maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinden birine bırakılması durumunda, yalnız o üyenin sorumlu olacağı ve müteselsil sorumluluğun doğmayacağı ayrıca düzenlenmiştir.

Madde hükmünde görüldüğü gibi yönetim kurulu üyeleri anonim şirketin kuruluşunda ya da daha sonra pay sahiplerince pay bedellerine yapılan ödemelerde veya sermaye arttırılması söz konusu ise, yapılan arttırım ödemeleri sırasında meydana gelen uyuşmazlıklardan dolayı sorumludurlar. Bunun yanında

³³⁸ Bu bakımdan TTK'da 341. maddede genel kurulun bir ay içerisinde dava açması gerektiği belirtilmekte olsa da bu bir zamanaşımı süresi değildir, yalnızca bir ay içerisinde dava açılmaması halinde aynı zamanda zamanaşımı süreleri de geçirilmiş olur ve dava açma imkanı kalmazsa ilgililer bakımından sorumluluk meydana gelecektir, ARSLAN Sorumluluk ve Temsil s. 126, YARGITAY 11. HD. 28.12.1984 E. 6419/K.6607 ERİŞ Anonim Şirketler s. 323.

anonim şirketlerde pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı, kanun ve ana sözleşme uyarınca yönetim kurulu tarafından düzenlenmiş yıllık bilânçoya göre tespit edilir. Bu kurallara uyulmaması halinde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının doğacağı düzenlenmiştir. Uygulamada yönetim kurullarının, kâr edilmediği hâlde çeşitli sebeplerden dolayı bilânçoyu kâr etmiş gibi gösterdiği görülebilmektedir. Enron olayı buna bir örnektir. Tam tersi şekilde, yönetim kurulunun kâr eden bir şirketi batık şekilde göstermesi de mümkündür. Dolayısıyla yönetimdekilerin kontrolü bakımından hesapları tutmakla yükümlü olan yönetim kurulunun sorumluluğu da düzenlenmiştir. Bilânçoda gerçek olmayan bir kârın dağıtılması hâlinde genel kurulda bilânçonun tasdik edilmiş olsa dahi yönetim kurulu ibra edilmiş olmaz. Bu nedenle de sorumlulukları devam eder. Anonim şirketlerin kanunen tutmakla yükümlü oldukları defterlerin fiilen tutulması ve kontrolü yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerine aittir. Maddede yönetim kurulunun bu görevini ihlal etmesi durumunda da sorumluluğuna gidileceği düzenlenmiştir. Son olarak kanun maddesinde, genel kurulca alınan kararların uygulamaya konmasından sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul tarafından alınan kararları sebepsiz olarak yerine getirmemekten doğacak zararlardan dolayı müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Madde hükmünü yalnız “yerine getirmemek” şekilde değil, aynı zamanda tam, doğru veya zamanında yerine getirilmemesi şeklinde de anlamak gerekir. Ancak yerine getirilmeyen kararlarla ilgili olarak yönetim kurulu tarafından gösterilecek sebep genel kurulca veya mahkemece kabul edildiği takdirde yönetim kurulunun müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ayrıca genel kurulun hukuken geçerli olmayan³³⁹

³³⁹ Genel kurul kararının geçerli kabul edilmesi için kararın alınmasındaki toplantı ve karar nisapları ile içeriği kanundaki ve dolayısıyla ana sözleşmedeki düzenlemelere uygun olması aranır.

kararlarının da uygulanmaması durumunda yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları doğmayacaktır³⁴⁰.

336. maddenin 5. bendi ise gerek 336. madde gerek de kanun metni içerisinde özel olarak düzenlenmeyen ancak yönetim kurulu üyelerinin kendilerine yüklenmiş görevleri ihlal etmeleri halinde ortaya çıkacak sorumlulukları düzenlemektedir. Başka bir ifade ile, kanunda özel olarak düzenlenmemiş hallerde, yönetim kurulu üyeleri kanundan kaynaklanan görevlerinden herhangi birini kasten veya ihmal neticesinde yerine getirmezse 336. maddenin 5. bendi uyarınca sorumlu olacaktır. Kanun koyucu, bu bend bakımından yönetim kurulunun görevlerini delege ettiği veya devrettiği durumlarda, yetki ve sorumluluğun paralel şekilde ilerleyeceğini kabul ederek müteselsil sorumluluk kavramından ayrılmış, yalnız ilgili üyeyi sorumlu kabul etmiştir.

Son olarak, esas sözleşme ile kanunda yer almayan bir takım yükümlülüklerin getirilmesi halinde yönetim kurulu üyeleri bu yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden de yine 336. maddenin 5. fıkrası uyarınca sorumlu olacaklardır.

Kanunda 337. madde ile yeni atanan üyelerin, daha önceki üyelerin icraatlarını kontrolden yükümlü oldukları düzenlenmiş, bu şekilde şirket içerisinde denetimde süreklilik sağlanmıştır. 338. madde, kural olarak müteselsil sorumluluğun düzenlendiği 336 ve 337. maddeler bakımından yönetim kurulu üyesine

³⁴⁰ HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 59. Genel kurulun sakat kararlarının uygulanması durumunda yönetim kurulunun sorumlu olup olmayacağı tartışmasında baskın görüş uygulanmamasının yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurmayacağı yönündedir, ÇAMOĞLU s. 56. Ayrıca doktrinde kimi yazarlar tarafından karardaki bir sakatlık halinde bu kararın düzeltilmesi için genel kurulu uyarmak ve gerekli ise iptal davası açmak da yönetim kurulunun özen ve sorumluluk yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edilmektedir, HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 59, ÇAMOĞLU Sorumluluk s 59. HELVACI ve ÇAMOĞLU bahsi geçen çalışmalarında yönetim kurulunun sorumluluğu bakımından genel kurul kararının yokluk ya da mutlak butlanla sakat olmasını birbirinden ayırarak incelemiştir, bkz. HELVACI Hukuki Sorumluluk s. 62 vd., ÇAMOĞLU Sorumluluk s. 57 vd.

kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulma imkanı tanımaktadır³⁴¹. 339. madde yönetim kurulu üyesinin gerçeğe aykırı beyanlarından şahsen sorumlu olacağını düzenlemiştir. 340. madde 336 ve 337. maddelere aykırılıkta tazminat hükümleri bakımından 309. maddeye atıf yapmıştır. Dolayısıyla pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkı bu maddede düzenlenmiştir. 341. madde ise şirketin dava hakkını düzenlemektedir. Bu sayılan maddelerin yanı sıra, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin gerek müteselsil gerekse şahsi sorumluluklarını düzenleyen yukarıda sayılanlardan başka da hükümlere yer verilmiştir. TTK'da 308 vd., 320 ve 336. maddeler dışında da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin düzenleme içeren hükümlere yer verildiği daha önce belirtilmişti. Bu bakımdan TTK'da yönetim kurulu üyelerinin müteselsil olarak sorumlu olduğu haller (i) müdürlerin sebebiyet verdikleri zararlardan doğan sorumluluk (TTK m.346), (ii) genel kurul kararı aleyhine kötüniyetle iptal davası açılmasından doğan sorumluluk (TTK m.384), (iii) esas sermayenin değiştirilmesinde kanun hükümlerine uyulmamış olmasından doğan sorumluluk (TTK m.392), (iv) tahvil çıkarılmasında kanuna aykırılık (TTK m.433) olarak ifade edilebilir. Şahsi sorumluluk halleri ise (i) yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerden dolayı sorumlulukları (TTK m.321), (ii) yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerini veya yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren hususların müzakeresine katılmalarından doğan sorumluluk (TTK m.332), (iii) şirketle muamele yapma yasağı (TTK m.334) (d) rekabet yapma yasağı (TTK m.335), (iv) yolsuz muameleleri denetleme mecburiyetine riayetsizlikten doğan sorumluluk (TTK m.337), (v) Sır Saklama Yükümlülüğüne Uymama (TTK m.363) şeklinde sıralanabilir.

Esasında bu hükümler bakımından da TTK'nın 336. maddesinin 5. fıkrasını dikkate almak gerekir. Zira 336/5 hükmü yönetim kurulunun kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali halinde demekle bu hükmün kanunun ilgili bütün maddeleri bakımından sonuç doğuracağını ortaya koymuştur.

³⁴¹ Doktrinde 336. maddenin 5. bendinde geçen kast ve ağır ihmal kavramlarının maddenin 1, 2, 3 ve 4. bendelerine de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Görüldüğü gibi TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına dair hükümlere kanunun farklı bölümlerinde yer verilmiştir.

4. TTK Tasarısı hükümleri

TTK Tasarısı TTK'dan farklı bir sistem getirerek öncelikle yönetim kurulunun devredilebilen ve devredilemeyen görevlerini belirlemiş, bu şekilde sorumluluk tespitinde kolaylık sağlamıştır.

Devamında hukuki sorumluluk kavramını tek bir başlık altında toplayarak sistematik bakımdan bir yenilik getirmiş, böylece sorumluluğa ilişkin hükümler tespit edilmeye çalışılırken kanun içerisinde farklı hükümlere atıf yapılmasındansa bir noktadan konuya ışık tutmuştur. Bu, TTK sisteminin de profesyonelleşmesi ve kurumsal bir sistematığe oturması gibi kabul edilebilir. Kurumsal yönetim şirket yönetim sistemini olduğu kadar kanunun sistematüğini de bu bakımdan etkilemiştir.

Burada belirtmek gerekir ki, TTK Tasarısı'nda farklı hükümler içerisinde yine yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına değinilmektedir (338, 395, 396, 476 gibi maddeler). Ancak burada sorumluluk hükümleri düzenlenmemekte, yönetim kurulunun sorumlulukları olduğu düzenlenmektedir. Sorumluluğa ilişkin hükümler on birinci bölüm altında toplanmıştır.

TTK Tasarısı'nda da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk halleri TTK'dakine paraleldir. Şirketin kuruluş aşamasındaki, sermaye artırım ve azaltımındaki, bölünme, birleşme, tür değıştirme gibi işlemlerdeki belgelerin kanuna aykırılığından (m. 549), sermayedeki kanuna aykırılık ve ödeme yetersizliğı bilindiğı halde bunun onaylanmasından (m. 550), aynı sermaye konulmasında değer tespitinde yolsuzluk yapılmasından (m. 551) doğan sorumluluklara yer verilmiştir.

Bunların yanında TTK'dan farklı olarak, şirket kurmak veya sermaye artırmak için SPK'nın iznini almaksızın para toplayan kişilerin sorumlulukları 552.

maddede düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde halk kavramının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiş, ayrıca korunan menfaatler göz önüne alınarak SPK'ya dava açmak için maddede ayrıca süre verilmiştir.

Bahsi geçen düzenlemelerde TTK Tasarısı'nın kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda kabul ettiği yöneticiler kavramına yer verilmiştir. Dolayısıyla burada yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yönetimde yer alan herkes sorumlu olacaktır.

Tasarının 553. maddesinde ayrıca kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu düzenlenmiştir³⁴². Buna göre bahsi geçen şahıslar kusursuzluklarını ispatlamadıkları müddetçe müteselsilen sorumlu olacaklardır. Maddenin en çok tartışılan hükmü son fıkrasıdır. Gerekçede bu fıkranın, uygulamada yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümünün “insan takatinin üstünde” bir anlayışla ele alınması sebebiyle hakkaniyete aykırı şekilde sorumlu tutulduğu, yönetim kurulu üyelerinin nedensellik bağı ve kusurun olmadığı hallerde sorumluluklarının ortadan kalkması gerektiği için getirildiği belirtilmiştir. Getirilen eleştiriler ise nedensellik bağının kurulamadığı hallerde zaten sorumlu olmayacakken metnin böyle yasalaşması halinde kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklarda sorumlu olan kişilerin sorumlu tutulmamasına sebep olacak nitelikte olduğu şeklindedir³⁴³. Tasarının, kurumsal yönetim ilkelerinin şirket işleyişine ve yönetimine bakış açısıyla ve profesyonelleşme kavramı doğrultusunda yönetimin daha işlevsel hale gelmesini hedeflemekte olduğu ifade

³⁴² MADDE 553 - (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.

³⁴³ TBB TTK Tasarısı Toplantıları s. 1032, 1033.

edilebilir. Bu sebeple uygulamada görülen ve şirketin işleyişini yavaşlatan aksaklıklara çözüm üretmeye çalışmaktadır. Kurumsal yönetim etkin, şeffaf, sorumluluk altına girebilen bir yönetimi desteklemektedir. Yönetim ne kadar çok kısıtlanırsa hareket edebilmek için o kadar çok yan yollara sapmaya meyledecektir. Bunun önlenmesi, yönetimin de gönül rahatlığıyla şirket işlerini üstlenebilmesi sorumluluktaki dengenin sağlanması ile mümkündür. Ancak burada “kontrolü dışında kalmak” kavramı net olarak ifade edilememiş, dolayısıyla metnin anlaşılmasında ve yorumlanmasında hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek halde bırakılmıştır. Gerçekten de nedensellik (illiyet) bağının kurulamadığı hallerde sorumluluktan kurtulma imkanı varken bu fıkranın kanun metninde yer alması gerekli değildir.

Tasarı'da pay sahipleri ve şirketin dava açma hakkı (m. 555) TTK'ya paralel şekilde düzenlenmişse de TTK m. 341'de sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahiplerine verilen bu hak Tasarı'da her bir pay sahibine tanınmış, paysahiplerinin de davayı açabilmesine imkân verilmiştir. Devamında, şirketin iflası halinde alacaklıların dava hakkını (m. 556), ibranın etkisini (558) ve kuruluş ve sermaye artırımında ibra (559) hükümlerini genel olarak TTK hükümlerine paralel şekilde düzenlemiştir. Zamanaşımı süreleri de TTK'daki gibi zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren iki, her halükarda beş yıl şeklinde düzenlenmiş, fiilin TCK kapsamında ceza gerektiren bir fiil olması halinde TCK'daki (varsa) daha uzun zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dava, şirketin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir.

C- Cezai sorumluluk

TTK Tasarısının 562 ve 563. maddelerinde³⁴⁴ TTK'daki farklı olarak ayrıca cezai hükümler bir başlık altında toplanmış, ilgili maddelere atıf yapılarak cezanın

³⁴⁴ TTK Tasarısı'nın ilgili hükümleri;
A) Suçlar ve cezalar
MADDE 562 - (1) Bu Kanunun;

seviyesi belirlenmiştir. Hüküm içerisinde özellikle yönetim kurulu veya üyelerine gönderme olmasa da yönetim kurulunun sorumluluklarına giren maddelere atıf yapılarak cezai hükümler düzenlenmiştir.

Bu bakımdan tutulmak ve muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belge ile bunlara ilişkin bilgilerin, Tasarı'nın 210. maddesi doğrultusunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından görevlendirilen kimselere veilmemesi, eksik verilmesi, görevlerini yapmalarının engellenmesi daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile

[...]

(4) Bu Kanun hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tâbi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, 210 uncu maddenin birinci fıkrasına göre denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenler veya eksik verenler ya da bu denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

(5) Bu Kanunun;

[...]

d) 395 inci maddelerine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz gündен az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

(6) Bu Kanunun 524 üncü maddesindeki ilânı yaptırmayanlar ikiyüz gündен az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

(7) Bu Kanunun 527 nci maddesine aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılırlar.

(8) Bu Kanunun 549 uncu maddesine aykırı hareket edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

(9) Bu Kanunun 550 nci maddesine aykırı hareket edenler üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

(10) Bu Kanunun 551 inci maddesine aykırı hareket edenler üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

(11) Bu Kanunun 552 nci maddesine aykırı hareket edenler altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

(12) Bu Kanunun 1524 üncü maddesinde öngörülen internet sitesini bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde oluşturmayan veya internet sitesi mevcut ise aynı süre içinde internet sitesinin bir bölümünü bilgi toplumu hizmetlerine özgülemeyen anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, limited şirket müdürleri ve sermayesi paylara bölünmüş anonim komandit şirkette yönetici olan komandite ortaklar altı aya kadar hapis ve yüz gündен üçyüz güne kadar adli para cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu bentte sayılan failler üç aya kadar hapis ve yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

(13) Birinci ilâ onbirinci fıkrâ kapsamındaki fiiller daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, birinci ilâ onbirinci fıkrâ hükümlerine göre cezalandırılırlar.

B) Soruşturma ve kovuşturma usulü

MADDE 563 - (1) 562 nci maddede belirlenen suçlar resen takip olunur.

cezalandırılacaktır. Bu defterlerin tutulması ve saklanması anonim şirketler bakımından yönetim kurulunun sorumluluğundadır.

Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma ve borçlanma yasağına aykırı şekilde borçlanmaları üçyüzden günden az olmamak üzere adli para cezasına, tutmakla yükümlü olduğu finansal tabloları 524. maddeye uygun şekilde ilan etmemeleri iki yüz günden az olmamak üzere adli para cezasına sebebiyet verecektir.

Sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edenler TCK'nın 239. maddesi³⁴⁵ uyarınca cezalandırılacaklardır.

Yukarıda incelenen hukuki sorumluluk hükümleri bakımından da cezai sorumluluklar öngörülmüştür. Yönetim kurulu üyeleri diğer yöneticiler ve sorumlularla birlikte belge ve bilgilerin kanuna uygun olmaması halinde bir yıldan üç yıla hapis cezası, sermaye hakkındaki yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliği hakkındaki hukuka aykırılıklar ile aynı sermayeye değer biçilmesindeki yolsuzluklar bakımından üç aydan iki yıla hapis veya adli para cezası, halktan izinsiz para toplayanması hallerinde altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Cezai hükümlerin düzenlenmesinde kurumsal yönetim ilkelerinin bir etkisi olduğunu ifade etmek zordur. Ancak ilkelerin pay sahiplerinin ve diğer ilgililerin haklarını koruma odaklı felsefesi göz önüne alındığında şirket yönetimindekilerin denetimi bakımından ceza hukukunun

³⁴⁵ Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması
MADDE 239. - (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.
(2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.
(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.
(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

caydırıcılık prensibi faydalı olacaktır. Konuya, kamunun da ilgililer arasında kabul edildiği geniş bir perspektiften bakılacak olursa, kamu menfaatlerinin dengelenmesi ve korunması bakımından da ceza hukukunun imkanlarının kullanılması faydalıdır.

Kurumsal yönetim ilkeleri bakımından bir diğer önemli nokta, şeffaflık unsurunun etkin şekilde yerine getirilmesini sağlayan internet sitesinin kuruluşunun cezai hükümlerle de güvence altına alınmış olmasıdır. 563. maddenin 12. fıkrası Tasarı'nın kabul edilmesinin ardından yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde internet sitesini oluşturmayan sorumlular için altı aya kadar hapis ve yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezası öngörmüştür. Fıkra metninde bilgi toplumu hizmetleri kavramına özellikle yer verilmiştir. Ayrıca maddenin sonunda 1524. madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan sorumluların üç aya kadar hapis ve yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları da düzenlenmiştir. Fıkranın lafzı bu sorumluluğun yalnız yürürlüğe girişten itibaren 3 ay içinde oluşturulmaması halinde mi yoksa kanun yürürlüğe girdikten sonra kurulacak şirketler bakımından da mı hüküm doğurup doğurmayacağını net şekilde ifade edememektedir. Geçici maddelerde değil de kanunun metni içerisinde bu hükme yer verilmiş olması ayrıca 1524. maddede de ceza hükümlerinin saklı tutulması, esasında cezai sorumluluğun her durumda geçerli olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, her ne kadar ilgililerin bilgi alma hakları ile kurumsal yönetimin şeffaflık ilkesinin gereklerini koruma altına almış olsa da, internet sitesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmeyişinin hapis cezası ile düzenlenmiş olmasının amacını aştığı görülmektedir. Ayrıca daha evvelinde 553. maddede yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını üzerlerindeki sorumluluğun olması gerekenden daha ağır şekilde yorumlandığı gerekçesiyle sınırlayan bakış açısıyla örtüşmemektedir. Buna ek olarak, 12. fıkrada kendisinden önceki fıkralardaki düzenlemelerden bağımsız olarak 1524. madde hakkında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun ardından 13. fıkrada 1 ilâ 11. fıkraları düzenleyen bir hüküm getirilmesi sistematik bakımından yerinde olmamıştır.

Tasarının 563. maddesinde yukarıda sayılan suçların re'sen takip olunacağı düzenlenmiştir.

D- Geçici ve son hükümlerdeki ilgili hükümler

1. İnternet sitesi

TTK Tasarısı'nın tamamen yeni olan hükümlerinden biri de 1524. maddedir. Madde her sermaye şirketinin bir internet sitesi açmak ve bu sitede açıkça belirlenmiş bir bölümünü, bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla 1524. maddede belirtilen hususların yayımına özgülemek zorunda olduğu söylemektedir. Bu madde ile bilgi alma hakkının temelinde oturan pay sahiplerinin ve diğer ilgililerin şirket hakkında güncel bilgiye en kısa ve en ucuz yoldan erişimi amaçlanmıştır. Erişim olanağı³⁴⁶, pay sahibine ve diğer ilgililere şirket hakkında ihtiyaç duyduğu bilginin inter-aktif yoldan sağlanmasıdır³⁴⁷. Bu bakımdan bu düzenleme de kurumsal yönetim ilkelerinin TTK Tasarısı'nda somutlaşmasına³⁴⁸, şeffaflık ilkesi bağlamında yapılan bir açılıma³⁴⁹ örnektir. Maddeye aykırılık durumunda pay sahiplerinin ve ilgililerin dava hakkının düzenlenmiş olması da ilgililerin haklarının korunması bakımından yerinde olmuştur.

Hüküm yönetim kurulu açısından m. 375 f. 1 bend (f) ile birlikte değerlendirildiğinde, kurumsal yönetime ilişkin olarak verilen raporun şeffaflık ilkesi ve bilgi alma hakkı çerçevesinde internet sitesinde yayımlanması gerektiği anlaşılmaktadır³⁵⁰.

³⁴⁶ TEKİNALP çalışmasında erişim hakkını “bilgi toplumu hizmeti bağlamında herkese tanınan erişim olanağının menfaat sahiplerine bağlanması ile oluşan, yükümlü ortaklığa yönelmiş bir aydınlanma hakkı” olarak tanımlamakta, erişim olanağını ise bu çerçevede “toplumdan gelen kamusal bir şeffaflık istemine verilmiş özlü ve olmulu bir cevap” olarak nitelemektedir, TEKİNALP Erişim Hakkı N. 4.

³⁴⁷ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 20.

³⁴⁸ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı N. 20.

³⁴⁹ TEKİNALP Erişim Hakkı N. 4.

³⁵⁰ Bu konuda bkz yukarıda A- 12.

Getirilen bu hüküm pek çok yerde maliyeti bakımından eleştirilmektedir. Ancak internetin hem günlük hem de ticari hayata bu kadar yerleştiği bir bilgi çağında, şirketlerin böyle bir site edinmesi piyasada rekabet edebilmeleri yanında, müşterilerin ve tedarikçilerin onlara ulaşmaları yönünden de faydalı olacaktır.

Bunun yanında, inter-aktif ortamda yer alan bütün bilgileri ve yapılan güncellemeleri konusundaki güvenlik endişesi bu bilgilerin yine sanal ortamda saklanması şeklinde giderilebilecekken, ayrıca 82. maddeye göre basılı şekilde saklanmasının gerekliliği, mali bakımdan eleştirileri haklı çıkarabilir. Aynı zamanda bu gereklilik TTK Tasarısı'nın modern bir sistem getirmek isteyen yapısı ile örtüşmemektedir.

2. Elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul

Bu madde TTK Tasarısı'nda kurumsal yönetim ilkelerinin etkisinin en belirgin şekilde hissedildiği maddelerdendir. 1527. madde hem genel kurulun hem de yönetim kurulunun *online* şeklinde yapılabileceğini kabul etmektedir. Bunun yanında elektronik ortamda yapılacak genel kurullara ilişkin uygulama esaslarının bir tüzükle düzenleneceği, bu tüzüğün yürürlüğe girmesi ile birlikte elektronik ortamda genel kurula katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanmasının halka açık anonim şirketlerde zorunlu hale geleceği de kanun hükmünde düzenlenmiştir.

Gün geçtikçe çok uluslu hale gelen şirket ortaklıkları ve yönetimleri dikkate alındığında, özellikle yabancı pay sahipleri bakımından kendilerinin ve hatta temsilcilerinin dahi şahsen katılımı zaman bakımından ve maddi bakımdan büyük külfet getirebilmektedir³⁵¹. Aynı sorun yönetim kurulları bakımından da geçerlidir. Yönetim kurulu toplantıları bakımından özellikle yabancı ortaklı

³⁵¹ BİLGİLİ, Fatih, "İnternet ve Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısı", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004 s. 566, aynı yönde KAYIHAN, Şaban, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004 s. 612., BİLGE, M. Emin, "Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003. s. 221.

şirketlerde, yönetim kurulunda yabancı bir üyenin bulunması durumunda toplantıların TTK'nın bugün yönetim kurulu toplantılarına ilişkin 330. hükmü çerçevesinde gerçekleştirilmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Uygulamada kimi zaman bu güçlüklerin önüne geçilebilmesi için önceden imzalama veya tarihlerde oynama yapılmaktadır. Yönetim kurulu üyesinin toplantılarda yer alma yükümlülüğü ve hakkı da dikkate alındığında internet ortamında yönetim kurulu toplantılarının yapılabilmesine izin vermek şirketin menfaatinde. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin seyahat masrafları bu sayede azalabilecek, daha hızlı ve somut kararların alınması imkânı doğacaktır.

Yönetim kurulu toplantısının gizliliği şirket menfaatleri bakımından önem taşımaktadır. Madde hükmünde bu bakımdan getirilmiş bir düzenleme yoktur, ancak madde gerekçesinde bu düzenlemelerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca hazırlanacak yönetmelikle getirilebileceği belirtilmiştir. Öğretide *online* genel kurul toplantıları hakkındaki çalışmalarda belirtilen katılımcının kimliğini doğrulamaya, oy kullanma sistemine ve güvenliğe ilişkin öneriler yönetim kurulu toplantıları bakımından da göz önüne alınabilir³⁵².

³⁵² Bu konuda ve *online* genel kurulda üyelerin inceleme ve bilgi alma hakları hakkında detaylı çalışmalar için bkz. BİLGİLİ s. 575 vd., KAYIHAN s. 621 vd., BİLGE s. 226 vd.

Sonuç

Kurumsal yönetim sistemi küresel anlamda şirketlerin yönetim ve yapılanma şekillerini etkilerken Türkiye bu etkiden uzak kalamamıştır. Ancak daha önce ifade edildiği gibi, tek tip bir kurumsal yönetim sistemi olmadığı gibi, farklı ticari ve hukuki disiplinler de buna imkân vermemektedir. Dolayısıyla her hukuk sistemi, kurumsal yönetim ilkelerini kendine en uygun şekilde yorumlayarak, bu yönde düzenlemeler getirerek sistemine dâhil etmektedir.

İdari düzenleme anlamında kurumsal yönetim ilkeleri ülkemiz bakımından ilk olarak SPK'nın ilkeleri ile sisteme girmiştir. Ancak yeterince derinleşmemiş piyasa yapısı, aile şirketi temelli kurumsal yapılanmalar 2003'ten bugüne kadar kurumsal yönetimin yeterince yayılmasına engel olmuştur. Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği'nin İstanbul Bilgi Üniversitesi ile 2006 yılında yapmış olduğu Türk Yönetim Kültürü ve Kurumsal Yönetim'e ilişkin karşılaştırmalı çalışmada Türk şirketlerinin yönetim seviyesinde görev alanların kurumsal yönetimin Türkiye için gerekli hukuki, kültürel ve denetime ilişkin alt yapının henüz mevcut olmaması sebebiyle erken olduğunu düşündükleri ifade edilmektedir³⁵³. Ülkemizde işletmelerin büyük bir çoğunluğunun hala kurumsallaşmadığı, aile şirketi olduğu, çalışan bir yönetim kurulu oluşturamadığı göz ardı edilemeyecek bir gerçekliktir³⁵⁴. Oysaki, kurumsal yönetim, işletmeleri karşılaştacağı risklere karşı koruma işlevinden dolayı şirketlerin risk yönetim sistemleri ile de doğrudan ilişkilidir³⁵⁵. Kurumsal yönetim şirket yapıları ile birlikte, dolaylı olarak piyasayı da güçlendirmektedir. İyi kurumsal yönetim, getireceği açıklık, şeffaflık ve iyi risk yönetimi ile mikroekonomik dengesizliklerin giderilmesine büyük katkıda bulunacaktır³⁵⁶.

³⁵³ OBA / GÖKAKIN / ATAKAN s. 4.

³⁵⁴ AYSAN s. 22.

³⁵⁵ AYSAN s. 19.

³⁵⁶ AYSAN s.25

Türkiye’de kurumsal yönetim ilkelerinin yeteri kadar özümsememiş olmasının sebepleri arasında SPK İlkelerinin yaptırım gücündeki eksiklik de sayılabilir. Mevcut sistemde yönetim kurulu üyelerinin kanun tarafından verilen görevlerini ihlal etmesi halinde sorumluluklarına gidilebilmektedir. Ancak SPK İlkelerinin niteliklerinden ötürü herhangi bir yaptırım gücü bulunmamakta, dolayısıyla SPK İlkelerine uyulmaması halinde yönetim kurulu üyeleri bu sebeple sorumlu tutulamamaktadır³⁵⁷. SPK’nın da kabul etmiş olduğu “*comply or explain*” sistemi kurumsal yönetim ilkelerinin yeteri şekilde uygulanmasını sağlayamamaktadır. Ancak SPK’nın belli başlı tebliğlerinde ya da Bankacılık Kanunu gibi özel kanunlarda getirilen bir takım düzenlemeler, SPK İlkeleri’nde yer bulan yönetim kurulu üyelerine ait düzenlemelerin içselleştirilmesine imkân vermektedir. Buna ek olarak SPK’daki bu düzenlemeler yalnız halka açık şirketleri içerisine aldığı için, sınırlı bir alanın ilgi alanında kalmaktadır.

TTK Tasarısı ile SPK İlkeleri’nde yer verilmiş olan kurumsal yönetim raporu, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, bağımsızlığı gibi konular, SPK İlkeleri’ne paralel şekilde kanuna girmiştir. Tasarı SPK İlkeleri’nin yönetime ilişkin felsefesini taşımakta, yönetici kavramını dâhil etmektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan yönetim kurulları penceresinden bakıldığında da, çalışmanın başından itibaren detaylı şekilde incelenen düzenlemeler ışığında en geniş şekliyle ifade edilebilir ki, SPK İlkeleri’nde yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin görevlerini eşitlikçi, hesap verebilir ve sorumlu şekilde yerine getirme yükümlülüğü kanunda içselleştirilmiştir. Dolayısıyla, kanunlaşması beklenen TTK Tasarısı’nda kurumsal yönetim ilkelerinin somutlaştırılması ile ilkelere hukuki içerik vasıtasıyla güç kazandırılmakta³⁵⁸, böylece SPK İlkelerinde eksik olan yaptırım gücü ortaya çıkmaktadır. Bunun da ötesinde, Tasarı ile kurumsal yönetim ilkeleri halka açık anonim şirketler yanında halka kapalı anonim şirketlerin de ilgi alanlarına sokulmuştur.

³⁵⁷ OKUTAN NILSSON Corporate Governance s. 207.

³⁵⁸ TEKİNALP TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, N. 2.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında kurumsal yönetim ilkelerinin, TTK Tasarısı'nın özellikle anonim şirketler kısmının oluşumunda oldukça etkili olduğu ifade edilebilir. Kurumsal yönetim bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, Tasarı'ya yıllık değerlendirme açıklaması, uluslararası muhasebe standartlarının uygulanması, belirli grupların yönetim kurulunda temsili, pay sahiplerinin ve azınlıkların haklarının iyileştirilmesi, riskin erken saptanması ve yönetimi, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları, icrai olan ve olmayan üyeler ayrımı, internet sitesi, elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul, online oy kullanma, denetim gibi konularda etki etmiştir. Pay sahipleri demokrasinin yerleşmesi ve ticaret hukukundaki en güncel gelişmelerin takip edilebilmesi bakımından Tasarı'nın içeriğine katkıda bulunmuştur.

Sonuç olarak, kurumsal yönetim ilkelerinin hem TTK Tasarısı'nın felsefesinin bir ayağını oluşturduğu hem de bu felsefe doğrultusunda TTK Tasarısı'nda içselleştirildiği görülmektedir. TTK Tasarısı'nın kanunlaşması ile birlikte, kurumsal yönetim ilkeleri de ticari hayatta eskiye göre oldukça etkili şekilde uygulama alanı bulacaktır.

Burada ifade etmek gerekir ki Tasarı, kurumsal yönetim felsefesini benimsemiş ve getirdiği düzenlemelerle içselleştirmiş olsa da, pek çok durumda, esas, ülkemizdeki şirketlerin sermaye yapıları ve yönetimi kontrolünde bulunduran kişilerin yönetim konusundaki kültür ve alışkanlıkları, kurumsal yönetim felsefesinin sistem içerisinde içselleştirilmesi anlamında aşılması gereken en önemli engeli oluşturacaktır. Bu sebeple, yalnız kanunda yer verilmiş olması bir şekilde güçlü olan pay sahibinin tek aktör olarak şirketi yönetmesine engel olamayacaktır. Ancak kanunda kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda güçlendirilen pay sahipliği haklarının ve denetimin etkin şekilde uygulanması, bu uygulamaların teşvik edilmesi yönetimde profesyonelleşme ve kurumsallaşma ile pay sahipliği değerinin artırılması yolunda olumlu etki doğuracaktır. Bu bakımdan kanunun getirdiği düzenlemelerin, sadece birer düzenleme olmaktan öteye geçebilmesi için gerek yöneticilerin gerekse menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi

ve kurumsal yönetime teŖvik edilmesi anlamında idari kurumlar yanında sivil toplum kuruluŖlarına da görev dŖmektedir.

Özgeçmiş

Zehra Badak, ortaokul ve lise eğitimini Antalya Anadolu Lisesi'nde onur öğrencisi olarak tamamladıktan sonra 2001 yılında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne burslu öğrenci olarak kabul edilmiştir. Hukuk fakültesinden 2006 yılında onur öğrencisi olarak mezun olmuş, aynı yıl T.M.C. Asser Institute Asser college of Europe bünyesinde Lahey'de verilen, altı ay süreli Avrupa Birliği Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü Hukuku, Uluslararası Ticari Tahkim, Uluslararası Ticaret Hukuku Temel Kavramları dâhil olmak üzere Uluslararası Ticaret Hukukunda Lisans Üstü Kurs'a tam burslu olarak katılmıştır. Bu kursun tamamlanmasının ardından 2006 yılında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve American University Washington College of Europe'un ortaklaşa olarak Amerika'da düzenlediği Amerikan Hukuku başlıklı seminere katılmıştır. Daha sonra 2006 yılı Eylül ayında İstanbul'da avukatlık stajına başlamış, dava takibi ve şirketler hukuku danışmanlığı alanlarında çeşitli hukuk bürolarında deneyim edinmiş, 2007 yılında avukatlık ruhsatını alarak İstanbul Barosu levhasına kaydolmuştur. 2007 yılı Eylül ayında İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans programına başlamış, tezini Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve kurumsal yönetim ilkeleri üzerine hazırlamıştır. Stajı ve yüksek lisans eğitimi sürecinde sermaye piyasası hukuku, şirketler hukuku ve kurumsal yönetim üzerine çeşitli seminer ve konferanslara katılmıştır. Halen özel bir hukuk bürosunda avukat olarak çalışmaya devam etmektedir. İngilizce ve Almanca olmak üzere iki yabancı dil bilmektedir.