

ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ORGANLARIN SORUMLULUĞU

Anonim, Limited, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar ile Kooperatiflerde

Prof. Dr. Reha POROY/Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP

1. GİRİŞ

1.1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda, anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar ile kooperatiflerde¹ organların, yani yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve denetçilerin —ki bunlara kurucular ve

-
- 1) Türk hukukunda, kooperatifin "ticaret şirketi" niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 1. maddesinde, kooperatif için "şirket" değil "teşekkül" deyimini kullanmıştır. Buna karşılık, TK. m. 136 değiştirilmemiş ve böylelikle kooperatifler, ticaret ortaklıklarının bir türü olarak sayılmıştır. Kooperatifin ticaret ortaklığı olmadığı görüşü: Ünal TEKİNALP, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s. 24-28; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, C. 2, İstanbul 1976, s. 348, 349; Sait MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, C. 2: İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara 1972, s. 66; Celâl GÖLE, Sendikaların Hukukî Niteliği ve Kooperatif Kurmalarına İlişkin Sorunlar, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 26, s. 156. Karşı görüş: POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, C. 1, İstanbul 1975, s. 20; Hayri DOMANIÇ, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1968, s. 44 vd., dn. 4; Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, II: Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 73, 424.

tasfiye memurları da eklenmelidir— sorumluluğu kusura dayanan, mukaveleden doğan müteselsil bir sorumluluktur.

Bu kişilere yüklenen sorumluluk, görevlerini icra etme veya faaliyette bulunmalarında, onlara bir kusur izafe edebilme temeline dayanır. Söz konusu kişiler, kendilerine kanun, esas mukavele veya diğer mevzuatın yüklediği görev ve yükümlülükleri yerine getirmek veya eksik veyahut geç yerine getirmekten sorumlu tutulurlar.

Bu sorumluluğu incelemeye başlamadan, bazı gözlemlerde bulunmak gerekiyor :

1.1.1. Terminoloji

Ortaklık organlarının sorumluluğundan bahsetmeli mi ve bahsedilebilir mi? Yoksa, ortaklığın kurulması, yönetilmesi ve tasfiyesi ile ilgili olarak, kurucuların —veya kuruluşa katılmış kişilerin— yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin, denetçilerin ve tasfiye memurlarının müteselsil veya kişisel sorumluluklarını ele almak daha doğru değil midir?

Bu soru, iki düzeyde meseleler doğurmaktadır :

Önce, sorumlu kişilerin çevresi veya pasif dava ehliyeti bakımından ortaklık organı terimi bir yandan bu çerçevenin dışına çıkıyor, diğer yandan ise çevreye dahil bulunması gereken bütün kişileri kapsamıyor.

Gerçekten, ortaklık organı deyince, idare ve denetim organlarının söz konusu olduğu belirtilmelidir, zira karar organı yani genel kurul veya ortaklık kurulu, özel hükümlerle düzenlenmiş herhangi bir sorumluluk altında değildir². Böyle olunca, tasfiye memurlarının organ olup olmadıkları sorununu bir tarafa bırakmak şartı ile, terimin dar anlamına bağlı kalırsak, ortaklık organları dediğimiz zaman, sadece yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve denetçilerin sorumluluğunu ele alma durumunda kalırız³. Oysa, bir ta-

2) Tek ve hakim hisse senedi sahipli ortaklığın özel durumu için bk. A. PETITPIERRE - SAUVAIN, Droit des sociétés et groupe de sociétés, Genève 1972, s. 79 vd.

3) Ayrıca şuna dikkati çekmek isteriz ki, Kara Avrupası hukuklarında gittikçe yayılan amerikan anlayışına göre, anonim ortak-

raftan kurucular ve diğer taraftan tasfiye memurları, ortaklıkların idare ve denetleme organları ile aynı çerçeve içinde bulunan bir sorumluluk altındadırlar ve bu sebeble kanun koyucuları onlar hakkında ortak veya paralel düzenlemeler öngörmüşlerdir. Böyle olunca da, birincilerin sorumluluklarının incelenmesinden, ikincilerinin incelenmesi soyutlanamaz.

Guhl sırası ile, izahname hazırlayıcılarının, kurucuların, ortaklık organlarının ve tasfiye memurlarının sorumluluklarını ele alıyor⁴. Türk doktrininde, İsviçre doktrininde olduğu gibi, müellifler genellikle ortaklığın yönetim ve denetimi ile yükümlü kişilerin sorumluluklarını, kuruluş ve tasfiye ile görevli olanları ile birlikte inceliyorlar⁵.

Ayrıca ve sorumlu kişiler çevresi açısından, "ortaklık organı" terimi pek uygun gelmiyor. Bunu, haklı olarak *Guhl* ileri sürüyor⁶ ve bir Federal Mahkeme kararını zikrederek, ortaklık, adına hareket eden kişinin, kanun veya esas mukavele tarafından organ olarak kabul edilmesinin önemi olmadığını belirtiyor. Gerçekten, önemli olan, bu kişinin ortaklığı idare ve temsil yetkilerine sahip bulunmasıdır. Böylece *fonksiyonel organ* kavramı ortaya çıkıyor ve gerek kanun koyucu, gerek müellifler haklı olarak sadece organları değil, fakat ortaklığın kurulmasına katılanları, yönetimi ile görevlendirilenleri v.s. ele alıyorlar.

Bu sebeple, sorumlu kişilerin ayrı ayrı belirtilmesinin veya organ teriminin, fonksiyonel organ anlamında kullanılmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

lıklarda organ olarak denetçilerin yerini yeminli hesap uzmanları almaktadır.

- 4) GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. bereinigte Auflage, Zürich 1980, s. 690-692.
- 5) Robert PATRY, Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II, Berne 1977, s. 105; FORSTMOSER/MEIER - HAYOZ, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 2. bereinigte und nachgeführte Auflage, Bern 1980, s. 184 vd.; Sait MİMAROĞLU, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 19 vd.
- 6) GUHL/MERZ/KUMMER (7. Aufl.), s. 691.

1.1.2. Sorumluluğun Niteliği

Sorumluluğun niteliği de bazı açıklamalar gerektiriyor.

İlk olarak, bir özel sorumluluk söz konusu mudur? Diğer bir ifade ile, bu sorumluluğu düzenleyen özel hükümlerin mevcudiyetinden bahsedilebilir mi? Bu soruya evet cevabını verirse, düzenleme sadece bu özel hükümlerle gerçekleştirilmese ve bazı genel hükümler de uygulama alanı bulsa dahi, bir özel sorumluluktan haklı olarak bahsedilebilir. Türk ve İsviçre hukuklarında durum budur ve *Guhl*, gene haklı olarak, özel medenî sorumluluktan⁷ söz etmektedir. Madem ki özel olarak düzenlenmiş bir sorumluluk hali söz konusudur, o zaman organ ile ortaklık arasındaki hukukî bağın nitelendirilmesi (vekâlet, hizmet veya istisna akdi) veya anonim ortaklığın —ki kanun koyucu diğer sermaye ortaklıklarının organlarının sorumluluğunu bu ortaklık organlarına yollama yaparak düzenlemiştir— mukavele veya müessese teorileri ile açıklanmasının üstünde durmağa gerek yoktur.

Ayrıca bu sorumluluk, mukavele veya haksız fiil sorumluluğu olmak üzere sadece medenî değil, aynı zamanda cezaîdir. Öyle ise, özel bir cezaî sorumluluk söz konusu mudur? Fransız Hukukunda 24 Temmuz 1966 tarihli Kanunun cezaî sorumluluğa 58 madde tahsis ettiğini (m. 432 vd.) gözönünde tutarak, olumlu cevap vermek gerekir. Türk ve İsviçre Hukuklarında ise, sadece medenî hukuk sorumluluğu davasının zamanaşımı münasebetiyle ceza hükümleri birlikte zikredilmektedir (İsv. BK. m. 760, f. 2; TK. m. 309, f. 4). Ayrıca Türk Hukukunda, kurucuların sorumluluğunu düzenleyen hükümler, cezaî sorumluluk bakımından, Ceza Kanununa yollama yapmakla yetinmektedirler⁸. Böylece Türk ve İsviçre Hukuklarında özel bir cezaî sorumluluk halinden bahsedilemeyeceği kanısındayız.

1.2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE PLAN

Yukarıdaki açıklamaları gözönünde tutarak, incelememizde sadece ortaklık organlarının medenî sorumluluğunu ele alacağız.

7) GUHL/MERZ/KUMMER (7. Aufl.), s. 690.

8) CK. m. 350 : evrakda sahtekârlık; CK. m. 343 : resmî evrak tanziminde memura yalan beyan; CK. m. 230 : görevi ihmal.

Türk Ticaret Kanununun taşıdığı düzenlemenin sistemini kısaca açıkladıktan sonra, sırası ile sorumlu kişilerin çevresi, sorumluluk davası açmaya hakkı olanlar, sorumluluk halleri, sorumluluğun niteliği ve şartları ve dava hakkının düşmesini inceleyeceğiz. Tebliğimizin son kısmı, Devletler Hususî Hukuku sorunlarını içerecektir.

Sorumlu kişiler çevresi, fonksiyonel organ kavramı uyarınca, ortaklığın yönetim ve denetimi ile yükümlü kişiler yanında, bir taraftan kurucular ve kuruluşa katılanlar, diğer taraftan da tasfiye memurlarını kapsayacaktır.

2. TÜRK TİCARET KANUNUNUN SİSTEMİ

Sistemimiz genel olarak şöyle verilebilir :

1. Anonim, limited ve paylı komandit ortaklıklar ile kooperatiflerde; yönetim kurulu üyeleri ve müdürler başta olmak üzere ortaklığın yönetiminde görevli kişiler; denetçiler ve tasfiye memurlarının sorumluluklarında TK'nın kabul ettiği sistem kusura dayanır, sorumluluk sözleşmeden doğar ve müteselsildir. Ortaklık organlarının sorumlulukları denilince "isnat edilebilme imkânı" anlaşılır. Diğer bir deyişle bu kişiler, kanun veya esas sözleşme veya iş görme şartlarını tesbit eden diğer hükümlerle kendilerine verilen görevleri hiç veya gereği gibi veya zamanında yerine getirmemekten sorumludurlar (TK. m. 336 vd., 342, 359, 450 atfı ile 224, 556, 481; KoopK. m. 62, f. 2, 98 ve TK. m. 309). Sorumluluk aynı zamanda sınırsız ve kişiseldir.

2. Sorumlu tutulan kişilerin çevresi her ortaklık türünde ve kooperatifte aynı değildir. *Anonim ortaklıklarda*: yönetim kurulu üyeleri yanında (TK. m. 336 vd.) bir de, —ortaklık işlemlerinin icrası safhasına ilişkin bulunan kısmı için, esas sözleşme veya genel kurul veya yönetim kurulu kararı ile yönetim kurulu üyeleri arasından veya paysahibi olmayan kimselerden tayin edilmiş bulunan— müdürler aynı sorumluluk sistemine bağlan-

mıştır (TK. m. 342). Bu hükümler *paylı komandit* (TK. m. 476) ve *kooperatif* için de geçerlidir. *Limited ortaklıklarda* ise İsv. BK. m. 827'den aynen çevrilmiş olan TK. m. 556: —İsviçre hukukunda olduğu gibi— “şirketin yönetimine veya murakabesine memur edilen kimseler”i hukukî ve cezaî sorumluluğa tâbi tutarak, fonksiyonel organ kavramına uygun bir şekilde, sorumluların çevresini genişletmiştir.

3. Türk hukukunda özellik gösteren bir diğer noktada da : anonim ortaklıklarda tasfiye memurlarının sorumluluklarının— yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve denetçiler gibi TK. m. 336 vd. ile 340/309 hükümlerine değil— TK. m. 450'nin atfı sebebiyle kollektif ortaklıkların tasfiye memurlarının sorumluluklarına ait hükümlerin hâkimiyeti altına verilmiş bulunmasıdır. Böylelikle hem sorumluluğa ait düzenleme tamamen değişik esaslara bağlanmakta, hem de sermaye yapısına dayanan bir ortaklığa, bir kişi ortaklığının hükümleri uygulanmaktadır. TK. m. 556 atfı ile, anonim ortaklıklara ait hükümlerin limitedlere; TK. m. 476 dolayısıyla paylı komanditlere; ve KoopK. m. 98 sebebiyle de kooperatiflere uygulanması sonucunda, bu ortaklıklarda da tasfiye memurlarının sorumluluğu tamamen farklı bir hukukî rejime bağlanmış olmaktadır.

4. Yönetim kurulu üyelerine, müdürlere, denetçilere uygulanan sorumluluk sistemi kurucular için de geçerlidir. Bir taraftan kurucuların organ niteliklerinin kabulünün güç olması, diğer taraftan kuruluştan sorumlu olan kişilerin çevresinin, ortaklık dışında bulunan, ancak kuruluşa katılmış olan kimseleri de kapsayacak kadar geniş tutulması, bu konunun incelememiz dışında bırakılmasına, sadece gereğinde değinmeler yapılmasına sebep olmuştur. İlk yönetim kurulunun kuruluştan doğan sorumluluğu ise organ sorumluluğu niteliğindedir (TK. m. 308).

5. Yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin, denetçilerin sorumluluklarında limitedler, paylı komanditler ve

kooperatiflerde —ayrıntıdaki farklar bir tarafa bırakılacak olursa— anonim ortaklıklara ait hükümler uygulanır. Onun için, aşağıda anonim ortaklıklara ilişkin hükümler esas alınarak açıklamalar yapılacak ve her ortaklığın türüne özgü sebeplerden ve —varsa— farklı hükümlerden doğan özellikler gösterilecektir. Tasfiye memurlarının sorumluluğunda da aynı esas carî olacaktır.

6. Yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin ve denetçilerin kanunun, esas sözleşmenin ve “işgörme şartlarını tesbit eden diğer hükümler”in (son deyim sadece anonim ortaklıklardaki müdürler için sözkonusudur : TK. m. 342) kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmemeleri halinde : anonim ortaklığa ve —dolayısıyla zararın varlığı halinde de— paysahipleri ile ortaklık alacaklılarına hukukî sorumluluk davası ikame etmek hakkı tanınmıştır. Ancak, paysahipleri ile alacaklılar, ortaklığın uğradığı bütün zararı talep edip, tazminatın ortaklığa verilmesini isteyebilirler; doğrudan doğruya zararlarda ise, genel hükümlerden ve TK. m. 336 vd. den yararlanırlar.

7. Tasfiye memurları, kanun, ortaklık sözleşmesi veya iş görme şartlarına aykırı hareket ederek *üçüncü kişiler* veya *ortaklara* zarar vermeleri halinde bunlara karşı kusursuz olduklarını isbat etmedikçe, müteselsil olarak sorumludurlar (TK. m. 224, f. 1). Ayrıca, tasfiye memurları, tayin ve istihdam ettikleri kimselerin kanuna, ortaklık sözleşmesine veya işgörme şartlarını tesbit eden hükümlere aykırı hareketlerinden dolayı BK. m. 100 uyarınca hem üçüncü kişilere hem de ortaklara karşı müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır (TK. m. 224, f. 2). Bu sorumluluk doğrudan doğruya zarar varsa doğar. Dolayısıyla zararın mevcudiyeti halinde alınacak tazminatın tümü ortaklığa ödenmek üzere, ortaklığın uğradığı zararın tümünü tasfiye memurlarından talep etmek hakkı ortaklara ve üçüncü kişilere tanınmamıştır.

8. Kurucularla kuruluşa katılan diğer kişiler için TK. m. 305, 307 ve 308’de belirtilen eylemleri için cezaî sorumluluk öngörülmüştür.

3. SORUMLU KİŞİLER ÇEVRESİ

3.1. ANONİM ORTAKLIKLARDA

3.1.1. Yönetim Kurulu Üyeleri

1. TK. m. 336, f. 1 uyarınca yönetim kurulu üyeleri hükümde belirtilen sorumluluk sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde ortaklığa, paysahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı müteselsilen sorumludurlar. Anılan maddede sadece “yönetim kurulu üyeleri”nden sözedilmiş; —İsv. BK. m. 754, f. 1’in aksine— “ortaklığın yönetimi ile görevlendirilmiş bütün kişiler” sorumluluğun kapsamı içine alınmamıştır. TK. m. 342’de “ortaklık işlemlerinin icrası safhasına taallûk eden kısmı için tayin edilen” müdürlerin de aynı sorumluluğa bağlanmalarına rağmen, anılan maddede “müdür” kavramı açık bir tanımla belirlendiği için “ortaklık yönetimi ile görevlendirilmiş bütün kişiler”i “müdür” deyimi içine sokmak mümkün değildir. Diğer yandan, TK. m. 342’ye göre bir şahsın sorumlu tutulabilmesi için onun “müdür” sıfatını taşıması yeterli değildir veya aksine bir şahıs “müdür” sıfatını taşımakla beraber, bu fonksiyonu ifa etmiyorsa TK. m. 342 uyarınca sorumlu olmaz. Önemli olan sorumlu tutulmak istenen şahsın maddedeki tanıma uyup uymadığıdır. TK. m. 556’da yer alan “şirketin idare ve murakabesine memur kimseler” ibaresinin, anonim ortaklıklara örneksime yolu ile uygulanması da düşünülemez. Çünkü; TK. m. 556 bir kural koymakta, sadece “şirketin idare ve murakabesine memur kimselerin” sorumluluklarında anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağını bir atıfla öngörmektedir. Bir atıf hükmü ile atıf yapılan hükümlerin sorumlu tuttuğu kişiler çevresinin genişletilmesi düşünülemez. Ayrıca sorumluluğun örneksime yolu ile “teşmil edilmesi” sorumluluk hukukunda tercih edilmemesi gereken bir yoldur.

2. Doktrinde, tüzel kişilerin yönetim (ve denetleme) kurullarındaki temsilcilerinin, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı eylemleri sebebiyle, temsil edilen tüzel kişilerin sorumlu oldukları savunulur⁹. Azınlıkta kalan bu görüş hukukî dayanaklarını; bir taraftan

9) Ünal TEKİNALP, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 31 vd., 119 vd. (Kısaca = TEKİNALP, Tüzel Kişilerin Temsili).

malî gücü büyük olan tüzel kişilerin, çoğu kez ücretlerinden başka varlıkları olmayan temsilcilerin arkalarına gizlenip sorumluluktan kurtulmalarının ratio legis ile hakkaniyete aykırı düştüğü anlayışında, diğer taraftan da, TK. m. 540, f. 4'de bulur. Anılan hüküm, temsilciyi değil tüzel kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak kabul etmektedir. Öyle ise, TK. m. 312, f. 2'deki menfî kural, yani, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı hükmü bu konuda hak ehliyetsizliğini ifade etmemekte, sadece yönetim kurulu üyeliğinin niteliğinden ve sicil tekniğinden doğan zorunluluğu ifade etmektedir. Tüzel kişinin, yönetim kurulu üyesi olarak tescili, "üyeyi" tam olarak belirlemeyecek, üçüncü kişilere tam bilgi verilmemiş olacaktır. Ayrıca tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olursa, her toplantıya değişik üye yollayıp kurulun üyeliğindeki "belirliliği" ihlâl edecektir. Temsilcinin ticaret sicilinde üye olarak tescili, belirliliği veya bir anlamda değişmezliği sağlamakta, tescil işlemi tüzel kişiyi temsilcinin kişiliğinde dondurmakta ve temsilciyi temsil ettiği tüzel kişinin "organ"ı haline getirmektedir. Temsilcinin, anonim ortaklığın genel kurulunda "seçim"i tüzel kişi arasındaki bağıntıyı koparmamaktadır. Nihayet temsilcinin, tüzel kişinin organcu ile diğer ilişkileri sonucu seçildiği de gözden uzak tutulamaz.

Çoğunluk görüşü, gerek TK. m. 312, f. 2 (İsv. BK. m. 707, f. 3)'nin açık ifadesinin, gerek AEM'da bu madde ile ilgili olarak verilen ve kanunkoyucunun amacını yansıtan izahatın tüzel kişinin değil temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğunu ortaya çıkardığını¹⁰, ayrıca, temsilcinin, tüzel kişinin organı olmasına imkân bulunmadığını¹¹ savunur ve tüzel kişinin sorumluluğuna istisnaen gidilmesini kabul eder. *Tandoğan*, belirli durumlarda BK. m. 55 den yararlanılabileceğini, çünkü anılan maddenin uygulanması için ara-

10) Halûk TANDOĞAN, Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, s. 1 vd. (Kısaca = TANDOĞAN, Batider, C 1, S. 1); Ersin ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1972, s. 186 vd. (Kısaca = ÇAMOĞLU, Sorumluluk); ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, C. 1, İstanbul 1975, s. 276 vd.; Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1974, s. 171, dn. 4 (Kısaca = İMREGÜN, AO.).

11) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 187 ve ayrıca 36 vd.

nan, işçinin işverene bağlılığı şartının, fiili bağlılık halinde de gerçekleştiğini ifade eder. Bu sebeple, temsilci tüzel kişinin talimatı ile hukuken bağlı olmasa bile, fiilen buna uygun hareket ettiği hallerde, tüzel kişi BK. m. 55'e göre sorumlu tutulabilir¹².

3. Buna karşılık, kamu tüzel kişilerinin, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim ortaklıkların yönetim kurullarına, bu ortaklığın esas sözleşmesinde hüküm bulunması halinde —paysahibi olmasalar bile— yollayacakları temsilcilerinin eylemleri ve işlemleri dolayısıyla ortaklığa onun alacaklılarına ve paysahiplerine karşı sorumlulukları TK. m. 275'de sarahaten kabul edilmiştir¹³. TK. m. 336 vd.'ye ve dolayısıyla TK. m. 340/309'a sarahaten atıf yapılmamış olmasına rağmen, aynı sistem kamu tüzel kişileri ve temsilcileri için de caridir¹⁴.

4. Doktrinde "örtülü temsilci"nin, "inançlı temsilci"nin ve "bağlı yönetim kurulu"nun sorumluluğu kabul edilmektedir¹⁵.

5. Yeni seçilen veya tayin olunan yönetim kurulu üyelerinin seleflerinin *belli olan* yolsuzluklarını denetçilere bildirmeleri zorunludur, aksi halde seleflerinin sorumluluklarına katılmış olurlar (TK. m. 337). Savunulan bir görüş uyarınca, bu hüküm sadece halef/selef ilişkisinin varlığında değil, aynı zamanda, görevdeki bir üyenin mazereti sebebiyle katılmadığı bir toplantıda alınan yolsuz ve kanunsuz bir kararı denetçilere bildirmemesi halinde de uygulanır¹⁶. Bu görüşe katılmak güçtür. Çünkü: TK. m. 337'de, ancak halef/selef durumunun varlığı halinde doğan bir sorumluluk öngörülmüştür. Hükmün uygulanabilmesi için halef/selef durumunun var olması şarttır. Sorumluluk bu şart sebebiyle özeldir. Onun için hükmün, görevdeki bir üyenin, özürü sebebiyle katılmadığı toplantı (veya

12) TANDOĞAN, Batider, C. 1, S. 1, s. 25.

13) Hukukumuzda, yönetim kurulu üyeliğinin kamu tüzel kişisine mi yoksa temsilcisine mi ait olduğu tartışmalıdır. TEKİNALP (Tüzel Kişilerin Temsili, s. 56, 59) ile İMREGÜN (AO, s. 172, dn. 45) kamu tüzel kişisine; ÇAMOĞLU (Sorumluluk, s. 193) temsilciye ait olduğu görüşündedirler.

14) Karşılaştırınız: ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 194.

15) TEKİNALP, Tüzel Kişilerin Temsili, s. 99-101, 112.

16) İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Bası, C. 1, Ankara 1981, m. 137 (Kısaca = DOĞANAY, TK Şerhi).

toplantılarda) alınan kanunsuz ve yolsuz kararlar dolayısıyla bu üyeye teşmili amacı aşar. Böyle bir yorum, zincirleme sorumluluk ilkesine aykırı düşer. Diğer yandan, denetçilere bildirme zorunluluğu TK. m. 388'de yer almakta, sadece toplantıya katılan ve muhalif oy veren üyeye yükletilmiş bulunmaktadır. Nihayet, mazeretine binaen "muamelenin müzakeresinde hazır bulunmayan" üyenin sorumlusuzluğu TK. m. 338'de sarahaten belirtilmiştir¹⁷.

3.1.2. Müdürler

TK. m. 342'ye göre : ortaklık işlerinin "icrası safhasına taallük eden kısmı" esas sözleşme veya genel kurul yahut yönetim kurulu kararıyla yönetim kurulu üyelerinden birine veya bir kaçına veya ortak olmayan bir müdüre bırakılmışsa, bu müdür, kanun ya da esas sözleşme veya işgörme şartlarını tesbit eden hükümlerle kendisine yükletilen görevleri gereği gibi veya hiç yerine getirmediği takdirde "idare meclisi âzasının mesuliyetlerine ait hükümler" uyarınca; ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumludur. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yapıldığı, ayrıca sorumluluğun ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı olduğu belirtildiği için bütün sistem, yani TK. m. 336, 338, 339, 340/309 ve 341 aynen uygulanır.

3.1.3. Denetçiler

Denetçiler, kanun veya esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemelerinden doğan zarardan sorumludur (TK. m. 359)¹⁸. Bu sorumluluk da kusura dayalıdır, sözleşmeden doğar ve müteselsil nitelik taşır. TK. m. 359'da denetçilerin sorumluluğu hakkında 309 ve 341. madde hükümlerinin uygulanacakları ifade olunarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin sistemin burada da geçerli olduğu belirtilmiştir. Ancak denetçilerin görevleri değişik olduğu için TK. m. 336 denetçilere uymaz, TK. m. 337 ve 338'in örneksime yolu ile uy-

17) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 165 ve orada anılan : TD. 22.3.1971, N. 4441 kararı; ayrıca, TD. 25.4.1968, E. 67/2835, K. 68/2405, Battider, C. V, S. 2, s. 286.

18) TK. m. 359'un kenar başlığında hatalı olarak "ihtimam derecesi" denilmiştir.

gulanması düşünülebilir. Fakat sadece 309 ve 341'e atıf yapılmış olması örneksemeyi engeller. Kanun, sorumluluk sebepleri veya özel sorumluluk hallerini değil TK. m. 309 ve 341'deki sistemin denetçilere uygulanmasını istemiştir¹⁹.

3.1.4. Tasfiye Memurları

Tasfiye memurları, kanun, esas sözleşme veya iş görme şartlarını tesbit eden hükümlere aykırı hareket ederek üçüncü kişilere veya pay sahiplerine zarar verirlerse, tamamen kusursuz olduklarını isbat etmedikleri takdirde müteselsil olarak sorumludurlar (TK. m. 450, 224). Bu sorumluluk da sözleşmeden doğar, ancak tasfiye memurları TK. m. 309 sisteminden ayrı bir düzenlemeye tâbi tutuldukları için, sorumlulukları sadece üçüncü kişilerle pay sahiplerine karşı olup, ancak, doğrudan zararların varlığı halinde sözkonusu olur. Onun için, dolayısıyla zararın talep edilmesinin tâbi olduğu rejim tasfiye memurlarının sorumluluğuna yabancısıdır. Kanunun TK. m. 224'e yaptığı atıf dolayısıyla ortaya çıkan bu sistem farklılığı uyumu bozmaktadır.

3.1.5. İlk Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçiler

Kanun ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilere, kuruluş döneminin özellikleri nedeniyle ek bir yüküm yüklemiştir. TK. m. 308'de "İlk idare meclisi ve murakabe heyetinin ihmali" başlığı altında yer alan bu hükme göre, bu iki organ ortaklığın kurulmasında yolsuzluk olup olmadığını incelemekle yükümlüdürler. Kanun ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilere bu görevi yüklemekle, kuruluş döneminin, bir de onlar aracılığı ile denetlenmesi amacını gütmüştür. TK. m. 308 uyarınca, ilk yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ihmalleri anlaşılırsa ve bu yüzden doğan zarar karşılığı tazminat kuruculardan alınamamış bulunursa inceleme işini ihmal eden ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler müteselsilen sorumlu olurlar ve haklarında ayrıca CK. m. 230 hükmü uygulanır.

İlk yönetim kurulu ve denetçilerin sorumluluğu ikinci derecededir, sözleşmeden doğar ve kusura dayanır. Ancak, kanun kusu-

19) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), C. 1, s. 326.

run derecesini de tayin etmiş, sorumluluk için “ihmal”i yeterli görmüştür.

İlk yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin sorumlu tutulabilmeleri için zarar karşılığının kuruculardan alınamamış olması icap eder. *Çamoğlu*’na göre, bunun anlamı, tazminatın tahsilinin kabil olmadığının hukuken sabit bulunması, yani bu kişilere karşı girilen icra takibinin semeresiz kalması veya haklarında iflâs ilâmının alınmış olmasıdır. Yalnız, zararın asıl sorumlulardan alınamamış olmasından bu kişiler aleyhine açılan davanın reddedilmiş olması anlaşılmamalıdır. Eğer, kurucular aleyhine açılan dava herhangi bir sebeble reddedilmiş ise, sorumlulukları ikinci derecede olan şahıslara başvurmak imkânı kalmaz. Zira asıl sorumlular aleyhine alınan ilâm ikinci derecede sorumlu olanlar hakkında da kesin hüküm teşkil eder²⁰. İkinci derecede sorumlu olanlara başvurulabilecek bir diğer hal de birinci derecede sorumlu olanların Türkiye’de dava edilememeleri veya Türk mahkemeleri önüne çıkarılamamalarıdır. Ancak, “birinci derecede sorumlu olanlar” deyiminin geniş yorumlanması ve kuruluşa katılan bütün ilgilileri kapsayacak tarzda anlaşılması gerekir²¹. İsbat yükü ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin omuzundadır²². Zararı tazmin edenlerin diğerlerine rücu hakları vardır.

3.2. LİMİTED ORTAKLIKLARDA

Limited ortaklığın kuruluşuna katılanların, ortaklığın yönetim ve denetimine memur edilenlerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu anonim ortaklıkların “bu hususlara müteallik hükümlerine” tâbidir (TK. m. 556).

3.2.1. Yönetime Memur Edilenler

Hükümde “yönetime memur edilen kimseler” denildiği için sorumluların çevresi anonim ortaklıklara nazaran geniştir. Başka bir

20) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 153.

21) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 153.

22) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 157 ve karşılaştırınız : Hayri DOMANIÇ, Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukukî Mesuliyet, İstanbul 1964, s. 69 ve 70.

deyişle, limited ortaklıkta sorumlu olanlar sadece müdürler (TK. m. 540) ile denetim görevini haiz kişiler (TK. m. 548) değildir. Müdür sıfatını taşımasa bile korporatif görevleri kendi başına yerine getiren ve limited ortaklığın iradesinin oluşup ifade edilmesine katılan kişilerin tümü “yönetime ve denetime katılan kimse-ler” kavramı içine girer. Başka bir deyişle, fonksiyonel organ kavramına işaret edilmiştir²³. Anonim ortaklıkların anılan hükümleri ister ortak olsun, ister olmasın limited ortaklığın temsil ve yönetim yetkisine haiz olan kimseler hakkında uygulanır (TK. m. 541)²⁴.

TK. m. 540, f. 1 uyarınca, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte ortaklık işlerini yönetmeğe ve ortaklığı temsile mezun ve mecburdurlar. Kollektif ortaklıktaki ilkenin aksine, limited ortaklıkta birlikte yönetimin kabul edilmiş olması, ortakların tümünün yönetim organı niteliği taşıdığı haller ile ortakların tümünün ortaklar kurulunu oluşturdukları halin karışması sonucunu—bazı şartlar altında—doğurabilir. Ortakların, birlikte yönetim ilkesi gereği yönetici oldukları hallerde, TK. m. 556 atfı ile TK. m. 336 vd. ve 340/309’a göre sorumludurlar. Ortaklar kurulu olarak karar aldıkları hallerde bu hükümlerin uygulanması sözkonusu olamaz. Sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını tesbit için, kararın hangi organ tarafından alındığının belirlenmesi gereklidir.

Limited ortaklıkta TK. m. 342’de tanımı yapılan anlamda müdür (veya müdürler) varsa, onların sorumlulukları da gene aynı sisteme tâbi olur.

3 2.2. Denetime Memur Edilenler

TK. m. 556’nın hükmü ve atfı nedeni ile ortaklığın denetimine memur edilen kimseler de anonim ortaklıklara ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar. Ancak bir ayırım yapılması gereklidir. TK m. 548, İsv. BK. m. 819’dan farklı bir hükme yer vermiştir.

23) İki kişilik limited ortaklıklarda, yönetim yetkisini haiz olmayan ortağın bu yetkiye sahip ortak aleyhine dava açabileceği hakkında: TD. 16.11.1970, E. 1970/2285, K. 4464, DOĞANAY, TK Şerhi, m. 556.

24) 11. HD., 31.1.1979, E. 79/363, K. 79/364 (Batider, C. X, S. 1, s. 341-343).

Anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca, ortaklarının sayısı yirmiye aşan limited ortaklıklarda bir veya birden fazla denetçi bulunur. Bu fasılda başka hüküm bulunmadığı takdirde anonim ortaklıklardaki denetçilere ait hükümler limited ortaklık denetçilerine de uygulanır. Söze konu durumda, anonim ortaklıklarda olduğu gibi bir denetçi veya denetleme kurulu bulunacağı için, sorumluluk hükümlerinin uygulanması da bir sorun yaratmaz.

Ortakların sayısı yirmi ve yirmiden az olan limited ortaklıklarda idare hak ve görevi bütün ortaklara ait değilse, müdür sıfatını haiz olmayan ortaklar BK. m. 531'de öngörülen denetleme hakkından yararlanabilirler. Bu halde, her ortak ortaklık işlerinin nasıl gittiği hakkında kişisel bilgi aldığı, ortaklığın defter ve evrakını incelediği, malî vaziyet hakkında kanaat edinmeğe çalıştığı için, bunlar hakkında sorumluluk hükümleri uygulanamaz. Çünkü, bu halde ortak ortaklık için denetleme yapmamakta, denetleme hakkını şahsen kullanmaktadır.

3.2.3. Tasfiye Memurları

Anonim ortaklığın tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin TK. m. 450 ve 224 hükmü, limited ortaklıklarda da uygulanır (TK. m. 556).

3.2.4. Kurucular

Kurucuların sorumluluğu TK. m. 305 vd. hükümlerine tâbidir (TK. m. 556). Limited ortaklıkların kuruluşu ile ilgili olarak öngörülmüş hükümlere aykırılık sorumluluğu doğurur: Kuruluş evrakının gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, sermaye taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun hükümlerine göre konulmamışken, taahhüt edilmiş ve karşılığının ifa edilmiş gibi gösterilmesi; aynı sermaye konulmasında veya bir işletme ve aynın devir alınmasında değerleme hilesi yapılması gibi. Burada özellikle TK. m. 508 önem kazanır. Savunulan bir görüşe göre, ortaklar aynı sermayeye değer biçerlerken yönetici sıfatıyla hareket etmektedirler. Biçilen değer gerçeğe uymaması halinde, ortaklar yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca (TK. m. 336, 341) sorumlu olurlar⁴⁵.

25) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. 2, s. 252, dn. 2.

3.3. SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ORTAKLIKLARDA

3.3.1. Yönetimle Görevli ve Sorumlu Olanlar

Anonim ortaklıkların yönetim kurullarının görevleri ve sorumluluklarına ilişkin hükümleri, komandite ortaklar hakkında da cari-
dir (TK. m. 481). TK. m. 481 sadece, ortaklığın yönetimi ile görevli
olanların, görevlerine ve sorumluluklarına uygulanacak hükümleri
belirlememekte, aynı zamanda, yönetimle görevli ve sorumlu tutu-
lanların komandite ortaklar olduğunu da göstermektedir. Genel-
likle kabul edildiği üzere²⁶, bütün komanditeler yönetimle görevli
ve sorumludurlar. Bazı ortakların yönetici olmaması mümkün de-
ğildir. Çünkü, ETK'da bulunmayan ve TK. ya İsv. BK. m. 767,
f. 2'den alınan 482. maddede, ortaklığı yönetmek ve temsil etmek-
le görevli bulunan komandite ortağın (ortakların) "azil kararının
tescil ve ilânı ile azlölunanların şirketin ilerideki borçlarından dola-
yı şahsî mesuliyetleri sona erer", denildiğine göre, yöneticilik sı-
fatı komandite'liğin reddedilemez bir sonucudur²⁷. Başka bir de-
yişle, komandite ortaklar (veya tek başına bir ortak) sermayesi
paylara bölünmüş komandit ortaklığın yönetim organını oluşturur.
Bu organa da TK. m. 336 vd. ve 309 hükümleri TK. m. 481'in atfı
nedeniyle uygulanır.

3.3.2. Denetçiler

TK, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkta, denetçi-
leri özel olarak düzenlememiş, dolaylı bir tarzda onlara yer ver-
miştir. Şöyle ki, TK. m. 484, f. 3'de komandite ortakların denetçi
olamayacakları öngörülmüş. TK. m. 476, f. 2'de de 1. fıkrada gös-
terilenlerin dışında kalan konularda, aksine hüküm olmadıkça ano-
nim ortaklıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Bu
hüküm dışardan veya komanditer ortaklar arasından, genel kurul-
ca denetçi seçilmesi zorunluğunu ortaya koyduktan başka, denetçi-

26) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), C. 2, s. 222 ve 223; Hayri DOMA-
NİÇ, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1970,
s. 238.

27) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), C. 2, s. 223.

lerin sorumluluklarına anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağını da öngörmektedir.

3.3.3. Tasfiye Memurları

TK. m. 476, f. 2 uyarınca tasfiye memurlarının sorumluluklarına ilişkin anonim ortaklık hükümleri sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar için de uygulanacaktır.

3.4. KOOPERATİFLER

KoopK. m. 62, f. 2, yönetim kurulu üyelerinin kendi kusurlarından doğan zararlarından sorumlu tutulacaklarını belirtmiş, ancak sorumluluğu, hükümlerini belirleyerek düzenlememiştir. Bu durumda TK. m. 98'in atfı nedeni ile anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler kooperatiflere de uygulanır. Kurucular, denetçiler, tasfiye memurları için de aynı sonuca varılır²⁸.

4. AKTİF DAVA EHLİYETİ

4.1. ANONİM ORTAKLIKLARDA

4.1.1. Yönetim Kurulu Üyeleri, Müdürler, Denetçiler ve Kurucular Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davasında

4.1.1.1. Anonim Ortaklığın Dava Hakkı

1. Yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve denetçiler aleyhine açılacak hukukî sorumluluk davasında anonim ortaklığın dava hakkına ilişkin bir hükme TK. yer vermemiştir. Kanundaki bu boşluğa

28) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), C. 2, s. 460; KARAYALÇIN, s. 441; TD. 25.3.1969, E. 3958, K. 1410 (OLGAÇ, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1980, s. 336 — Kısaca = OLGAÇ). Bu karar kooperatif şirketlere ilişkin TK hükümlerinin yürürlükte bulunduğu dönem ile ilgilidir. Bu hükümler arasında yer alan TK. m. 489 sorumluluk konusunda KoopK. m. 98'den daha sarih. Ayrıca bk. 11. HD., 11.9.1975, E. 2211, K. 4933 (OLGAÇ, s. 33). Aynı sonuç özel kooperatif yasaları açısından da geçerlidir: 11. HD., 17.6.1974, E. 74/1920, K. 74/1962 (OLGAÇ, s. 333).

rağmen, doktrinde, bu şahıslar aleyhine açılacak sorumluluk davasında asıl hak sahibinin anonim ortaklık tüzel kişisi olduğu; TK. m. 309, f. 1'de sadece paysahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının dava hakkından bahsedilmesine rağmen, paysahipleri ile ortaklık alacaklılarının dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatiyle ve elde edilecek tazminat ortaklığa verilmek üzere dava açtıkları için anonim ortaklığın dava hakkının öncelikte kaldığı²⁹; bu şahıslar kanun ve esas sözleşme hükümleri gereğince yönetim görevlerini gereken özenle ifa etmemişlerse, ortaklığa karşı sorumlu bulundukları, hatta "şirkete karşı mesuliyetin başta geldiği", paysahipleri ile alacaklılara karşı sorumluluğun, ortaklığa karşı sorumluluktan doğduğu ve bunun "fer'î sayıldığı"^{29a} belirtilir. Genel kabul gören bu görüş uyarınca anonim ortaklığın dava hakkı da 340/309. maddelerden doğar ve TK. m. 309'un hükümlerine tâbidir. Böyle olunca TK. m. 309'daki zamanaşımı süresi ortaklığın ikame edeceği dava için de geçerlidir^{29b}.

2. Aynı sonuç, kuruluştan doğan hukukî sorumluluk dolayısıyla de geçerlidir.

3. Hâkim görüş ve uygulama TK. nın sistemi ile bağdaşmadığı gibi özellikle zamanaşımı açısından amaca da uygun değildir.

a) Anonim ortaklığın sorumluluk davasında aktif dava ehliyetine sahip bulunduğundan şüphe edilemez. Anonim ortaklığın bu

29) 25.4.1968, E. 2835, K. 68/2405 (Batider, C. V, S. 2, s. 286); 25.3.1969, E. 67/3958, K. 69/1410 (Batider, C. V, S. 3, s. 611); TD. 22.12.1970, E. 70/1246, K. 5337; TD., 21.4.1970, E. 69/2036, K. 1656; TD., 12.1.1970, E. 69/3679; 11. HD., 11.9.1975, E. 2211, K. 4933; 11. HD. 17.12.1974, E. 3677, K. 3733; 11. HD. 17.6.1974, E. 1920, K. 1962 (Olgaç, s. 331-333); ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 300, dn. 21.

29a) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 97.

29b) Hali ARSLANLI, Anonim Şirketer, II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 191 (Kısaca = ARSLANLI, AŞ. II); Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 559 (Kısaca = DOMANIÇ, AŞ); DOĞANAY, TK Şerhi, m. 309; Oğuz İMREGÜN, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 68 (Kısaca = İMREGÜN, Menfaat İhtilâfları).

hakkı TK. m. 336, f. 1, c. 2'de sarahaten öngörülmüştür. Ancak, anonim ortaklığın aktif dava hakkının TK m. 309'da tâbi olduğu görüşü TK.'nın sistemi ile teyid edilmemekte, aksine hükümler aksi sonuca varmayı gerektirmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili dava hakkında TK. m. 340'da "336 ve 337 nci maddelerin hükümleri gereğince idare meclisi azalarına yükletilen mesuliyet hakkında 309 uncu madde hükmü tatbik olunur" denilerek gerçi TK. m. 309'a atıf yapılmıştır; ancak, bu maddeye yapılan atıf sadece paysahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının davası ile ilgilidir. Çünkü, maddenin kenar başlığında "ortakların ve şirket alacaklıların tazminat davasına ait hükümler" denilmiştir. Kenar başlıkları metne dahil olduğundan dolayı (TK. m. 1474). TK. m. 309'a yapılan atfın sadece paysahiplerinin ve alacaklıların dava haklarına münhasır olduğunu kabul zorunluğu vardır. Zaten TK. m. 341'de "şirket namına açılacak dava" ayrıca düzenlenerek TK. m. 340'dan ayrılınılmıştır.

b) TK. m. 309, f. 4'de öngörülen —BK. m. 126, f. 4'de nazaran bir hayli kısa olan— zamanaşımının da özel bir anlamı vardır. Paysahipleri ile alacaklıların, hükmolunacak tazminat ortaklığa vermek üzere dolayısıyla zararın varlığında yöneticiler, müdürler ve denetçiler aleyhine ikame edecekleri dava çok istisnâî bir mahiyeti ifade etmektedir. Derivative suit olarak anılan bu dava hakkına Kara Avrupası hukuklarında pek rastlanmamaktadır. Böyle istisnâî bir davanın zamanaşımı süresinin kısa olması mantikîdir ve lüzumludur. Ancak, istisnâî bir dava için öngörülen kısa zamanaşımı süresini anonim ortaklığın davası için uygulamanın hiç bir haklı sebebi olamaz. Sorumluluğu gerektiren hallerin varlığında korunması icap eden sorumlular değil, anonim ortaklığın kendisidir.

c) Bu sebeble anonim ortaklığın dava hakkı TK. m. 336'dan doğar, ancak TK. m. 309'a tâbi olmaz. Bu konuda genel hükümler ve zamanaşımında da BK. m. 126, f. 4 uygulanır^{29c}. Zaten, sadece dolayısıyla zararlar için öngörülmüş bir hükmü, anonim ortaklığın doğrudan zararlarında da uygulamak mümkün değildir.

4. Aynı gerekçelerle aynı sonuca kuruluştan doğan sorumluluk ile ilgili olarak anonim ortaklığın dava hakkı için de varılmalıdır.

29c) bk. aşağıda dn. 66a.

Bu halde —TK. m. 336'nın aksine TK. m. 309'da anonim ortaklık zikredilmediği için, anonim ortaklığın dava hakkı genel hükümlerden doğar.

5. Verilen bu izahat, TK. m. 309'un paysahipleri ile ortaklık alacaklılarının doğrudan doğruya zararlarında da uygulanmayacağını, bu halde de genel hükümlere gidilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

4.1.1.1.1. Anonim Ortaklık Faaliyetde Bulunduğu Sürece

1. Anonim ortaklık faaliyette bulunduğu sürece sorumluluk davası açmak hakkı anonim ortaklık tüzel kişiliğine aittir. Ortaklığın davayı açabilmesi için genel kurulun karar alması şarttır. Genel kurulun dava ikame edilmesini öngören kararı, Yargıtayın kökleşmiş içtihadına göre davanın dinlenebilme şartıdır^{29d}.

2. Açılmış davaya genel kurulun icazet verip veremeyeceği sorunu ile ilgili olarak Yargıtay birbirine ters yönde iki karar vermiştir .12.1.1970 tarihli kararda : “Bir genel kurul kararına dayanılmaksızın açılan davanın dinlenmemesi gerekir. Genel kurulun açılmış davaya sonradan icazet vermesi davaya geçerlilik kazandırmaz” denilirken³⁰, kooperatifle ilgili 11.9.1975 tarihli kararda “HUMK. nun 39 ve 40. maddeleri gereğince, davanın açılmasına izin ve icazet

29d) Maalesef Yargıtay Ticaret Dairesi, 30.12.1973 tarihli kararında (E. 72/3561, K. 72/5858, Resmî Kararlar Dergisi, 1973, s. 371 ve 372) sorunu tartışarak aksi yönde içtihat etmiştir. Ancak, Yüksek Mahkemenin, anonim ortaklığın dava hakkı bulunmadığı yolunda ileri sürülen iddiaya karşı, anonim ortaklığın dava hakkı bulunduğunu kanıtlamak için çaba sarfettiği ve TK. m. 340'da anonim ortaklığın da dava hakkının da yer aldığı zorlamasına girdiği görülmektedir. Oysa anonim ortaklığın dava hakkı TK. m. 336'da sarahaten öngörüldüğüne göre bu zorlamaya gerek yoktu. Zorlama anonim ortaklığın davasının TK. m. 309'daki kısa zamanaşımı süresine tâbi olması sonucunu doğurmuştur. Oysa, TK. m. 336'dan anonim ortaklığın dava hakkının doğduğu, ancak bu hakkın TK. m. 309'a bağlı olmadığı kabulü, anonim ortaklığın lehine sonuç doğurur ve BK. m. 126, f. 4'deki uzun zamanaşımı süresinin uygulanmasına imkân verir.

30) TD. 69/3679, K. 97 (Olgaç, s. 331).

verilmesi hakkında genel kurulun ve denetçilerin³¹ karar ve muvafakatinin istihsalı ve vekâletnamenin ibrazı amacı ile davacı vekiline mehil verilmesi ve dava şartının bu suretle yerine getirildikten sonra davanın görüşülmesi lâzımdır”³² sonucuna varmıştır. Son kararın bugün de geçerliliğini sürdürdüğü söylenebilir. Doktrin de bu görüşü benimsemiştir³³.

3. TK. m. 341, f. 2’de “Şirket namına dava açmak murakıplara” aittir denilmektedir. Çamoğlu’nun haklı olarak savunduğu gibi³⁴, bu hüküm, amacına uygun olarak yorumlanmalı ve davanın işbaşındaki yönetim kurulu aleyhine yöneltilmediği durumlarda TK. m. 317’nin tabii durumu ifade eden hükmü uygulanmalı, yani dava yönetim kurulu tarafından ikame edilmelidir. Çünkü, TK. dava açma görevini denetçilere yüklerken davanın halen işbaşında bulunan yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacağı varsayımını düşünüp düzenlemiştir. Yargıtay, aksi yönde kararları bulunmasına rağmen, yeni yönetim kurulunun davayı açamayacağını belirtmiştir³⁵.

4. Davanın, genel kurul kararının verildiği tarihten itibaren bir ay içinde açılması gerekir. Hüküm ile hak düşürücü süre öngörülmemiş, denetçiye görev yerine getirilmesi için bir düzen kuralı konularak belli bir süre verilmiştir^{35a}.

31) Denetçilerin izin verebileceğinden sözedilmesi hatalıdır. İcazet vermeğe yetkili yegâne organ genelkuruldur.

32) 11. HD. E. 2211, K. 4933 (Olgaç, s. 333).

33) İsmail DOĞANAY, Anonim Şirketlerde, Daha Önce Alınmış Bir Karar Olmadan, İdare Meclisi Azaları Aleyhine Açılan Davalar İçin, Şirket Genel Kurulunun Sonradan İcazet Vermesi Hali, Kararsız Olarak Açılmış Davayı Muteber Hale Sokabilir mi? Batider, C. V, S. 4, s. 710 vd.; Baki KURU, Dava Şartları, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Anısına Armağan, Ankara 1964, s. 145.

34) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 301.

35) TD., 12.2.1968, E. 2129, K. 846 (Batider, C. V, S. 2, s. 289), TD. 25.3.1969, E. 67/3958, K. 69/1410 (Bu son karar, davanın denetçiler tarafından açılmamış olması halinde, mahkemece mehil verilerek bu şartın yerine getirilmesi imkânına yer vermektedir). TD. 17.6.1974/1920, K. 74/1962 (Olgaç, s. 331-333); 11. HD. 11.1.1971, E. 70/1372, K. 71/31 (İstanbul Barosu Dergisi, S. 5/6, s. 538).

35a) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 301 ve dn. 126’da anılan TD. 11.12.1972, E. 72/4555, K. 72/5331.

5. Genel kurul davanın açılması talebini reddetmekle birlikte, esas sermayenin onda birini teşkil eden azınlık davanın açılması için oy kullanmışsa, ortaklık adına, karar tarihinden itibaren bir ay içinde ikame edilmelidir. Azınlık bu talebini, dava açılması önerisinin reddedildiği genel kurul toplantısında ileri sürebileceği gibi, daha sonra bunun için genel kurulun toplantıya çağrılmasını da isteyebilir. Kanaatimizce : genel kurul, sorumluluk davası açılması önerisini reddederken, öneri isterse azınlık tarafından yapılmamış olsun, azınlık dava ikamesi lehinde oy kullanmışsa TK. m. 341'deki şart yerine gelmiş bulunduğundan davanın açılması gerekir. Aksine, azınlığın dava açılması lehine oy kullanılmasından başka, bir de genel kurulun red kararından sonra ayrı bir önerge ile dava açılması istemini ileri sürmelerini aramak TK. m. 341'e aykırıdır. Çünkü, TK. m. 341'de azınlığın öneride değil "reyinde bulunması" icap ettiği belirtilmiştir. Eğer, sorumluluk davası açılması önerisi azınlıktan gelmişse, azınlığın bu yönde oy kullanması şartı ile, dava açılmasının zorunlu olduğundan şüphe edilemez³⁶. Yargıtayın bir kararında azınlığın dava açılması için oy kullanmasının yeterli olduğu anlayışına hak veren bir ifade kullandığı görülmektedir : "Aynı kanunun 341. maddesine dayanan esas sermayenin en az onda birini temsil eden paysahiplerinin yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması yolunda *genel kurulda verdikleri oylarla* meydana gelen karar da niteliği bakımından genel kurul kararı gibi sonuç hâsıl ettiğinden"³⁷.

6. Ancak, azlığın reyiyle dava açılması halinde, azlık mura-kıplar dışında bir vekil tayin edebilir" hükmü³⁸ (m. 341, f. 2, c. 2). Türk hukukunda tartışmalara yol açmıştır. *Çamoğlu*'na göre azınlığın kararı genel kurulun kararına eş hukukî sonuçlar doğurduğundan, dava, azlık adına değil, ortaklık adına, ortaklık temsilcileri tarafından açılmalıdır. Azlık isterse davaya bir vekille katılabilir. *Postacıoğlu* ise şöyle yazmaktadır³⁹ : "Burada kanun onda bir ser-

36) Aksi görüş : Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler, I : Umumî Hükümler, İstanbul 1960, s. 245 (Kısaca = ARSLANLI, AŞ I); ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 301.

37) 17.5.1972, E. 972/1576, K. 972/2493.

38) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 2, s. 301.

39) İlhan POSTACIOĞLU, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azala-

mayeye tekabül eden ekâlliyetin dava açılması yolunda ittihaz ettiği karardan sonra, husumetin murakıplar tarafından tercih edilmesini öngörmüş olmasına ve bahis konusu ekalliyete bir vekil tayin etmek hususunda yalnız bir hakkı hıyar tanımış bulunmasına rağmen ekalliyet bu hakkını istimal edince, artık şirketi temsil yönünden hakikî vekil ve mümessil murakıplar veya murakıpların tayin edeceği vekil değil, bizzat ekalliyetin seçtiği vekil olacaktır". Yazara göre buradan çıkacak sonuç, usuli muamelelerin behemahal bu vekile de tevcih edilmesi ve dava hükme bağlandıktan sonra denetçiler veya denetçilerin seçtiği vekil tarafından hüküm temyiz edilmediği halde azınlığın seçtiği vekil tarafından hükmün temyiz edilebileceğidir. *Postacıoğlu*'nun isabetle işaret ettiği gibi "irade çatışmaları halinde üstünlük ekalliyetin seçtiği vekile tanınacaktır, şu halde ekalliyet bu yetkisini kullandıktan sonra artık murakıpların dava ile ilgisi kalmadığı ve onlara müteakip muameleler için tebligat yapılmasına mahal bulunmadığının, söylenebilmesi kabili tasavvurdur ancak TK'nın bugünkü sistemi karşısında bu sonucun kabulü mümkün değildir. Çünkü TK. m. 341, f. 2 azınlık vekilinin tayininden sonra denetçiler de usulî muamelelere muhatap olacaklardır. Yazar, haklı olarak, azınlığın bu yetkisini hükmün verilmesine kadar kullanmaması halinde artık temyiz safhasında da buna mezun olmadığını belirtir. Bu görüş, gerekçesini muhakeme safhasında müdahale etmeyen kimsenin temyiz safhasında müdahaleye hakkı olmadığı yerleşmiş kuralında ve Yargıtayın temyiz safhasında "davaya değil, hükme bakması" ilkesinde bulmaktadır.

Aksi görüş Yargıtayın bir kararında yer almıştır : Yüksek Mahkemeye göre⁴⁰, azınlığın talepte bulunması üzerine, sorumluluk davasının azınlığın tayin edeceği vekil marifetiyle açılması zorunludur, denetçiler tarafından açılan davanın reddi gerekir. Bu karara maddenin sarahati karşısında katılmak olnağı yoktur. Çünkü TK. m. 341, f. 2, c. 1 açıkça "murakıplar dışında" azınlığın vekil tayin edebileceğini belirtirken "şirket namına dava açmak, mura-

rının Hukukî Mesuliyeti İle İlgili Bazı Meseleler, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 486 (Kısaca = POSTACIOĞLU, Arslanlı Armağanı).

40) TD. 28.12.1972, E. 72/5159, K. 72/5703, bu karar ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 302, dn. 131'de bulunmaktadır.

kıplara aittir” kuralından dönmüş değildir. Davanın, azınlığın tayin edeceği vekil tarafından açılmasının zorunlu görülmesi, bu önemli azınlık hakkının özünü ihlâl edecek derecede önemli bir engelin yanında getirilmesi demektir. Çünkü çoğu kez bu zorunluluk azınlığı dava açmaktan alıkoyacaktır. Azınlık haklarının öngörülme amacına uygun yorum zorunluluğun denetçilere yönelmesi ile mümkündür. Ancak, denetçilere yönelen bu zorunluluğun, azınlığın bir vekil marifetiyle bu davayı açmasına engel olmadığı da unutulmamalıdır. Özellikle, denetçilerin —çoğunluğun etkisinde kalarak— davayı açmadıkları durumlarda bu nokta önem kazanır. Azınlık hakları bu hakların kullanılmasını, etkinliklerini ve koruyuculuklarını artırıcı tarzda yorumlanmalıdır. Aksine yorum azınlık hakkı kavramına aykırı düşer.

Kanaatimizce azınlık vekilinin tayini ile birlikte denetçiler (veya onların tayin ettikleri vekil) ile azınlık vekili “eşit” durumda bağımsız davalı olur ve bu eşitliği hüküm kesinleşinceye kadar devam ettirirler. Birinin diğerine karşı asıl davacı müdahil davacı durumları yoktur. Eşitlik ve bağımsızlık davanın hukukî ve maddî sebeplerinin gösterilmesinde, usulî muamelelerde, kanun yollarına başvurmada ve bunların sebeplerini tayinde de kendini gösterir. Vekil tayin edecek azınlık, sorumluluk davasının açılmasını sağlayan azınlıktır⁴¹.

Azınlığı oluşturan payların sahiplerden bir kısmının, davanın açılmasından sonra feragat etmelerinin davaya etkisi olmaz. Azınlığı oluşturanların çoğunluğunun kararı ile, dava açılması kararı geri alınabilir veya davadan feragat olunabilir⁴².

TK. m. 341, f. 2, c. 3 uyarınca : dava açılması oyunda bulunan paysahipleri hisse senetlerini, ortaklığın zarar ve ziyanına karşı teminat olarak, davanın sonuna kadar merhun kalmak üzere muteber bir bankaya yatırmak zorundadırlar. Hisse senedi çıkarılmamış ise mahkeme çıplak paylar üzerine tedbir koymalıdır. Yoksa, senet çıkarılmadığından, hisse senedi tevdi edilemiyor diye davanın dinlenmemesi yoluna gidilemez. Davanın reddi halinde pay sahipleri yalnız ortaklığa karşı tazminat ile yükümlüdürler. Bu hüküm, yönetim

41) POSTACIOĞLU, Arslanlı Armağanı, s. 486.

42) POSTACIOĞLU, Arslanlı Armağanı, s. 489.

kurulu üyelerinin, kötünıyetli davacıya karşı tazminat davası ikame etmesine engel değildir.

4.1.1.1.2. Ortaklığın Sona Ermesi Halinde

Ortaklığın iflâsı halinde, ortaklığın malvarlığı değerleri, bu arada yönetim kurulu üyelerine karşı dava hakları iflâs masasına intikal eder. Ortaklığın iflâsından başka sebeblerle sona erdiği halde dava hakkı tasfiye memurlarınca kullanılır (TK. m. 450 yollaması ile 219, f. 1)⁴³.

4.1.1.2. Paysahiplerinin ve Ortaklık Alacaklılarının Ortaklığın Zararını Giderim İçin Dolayısıyla Zararı Dava Hakları

4.1.1.2.1. Ortaklığın Varlığı Süresince

Sorumluluk davasının sorumlularının, ortaklık malvarlığını azaltan, başka bir deyişle, ortaklığı zarara sokan bütün işlemleri, paysahipleri ve ortaklık alacaklıları için dolayısıyla zarar oluştururlar. Ortaklık malvarlığında meydana gelen zarar yansıma yolu ile paysahiplerine ve ortaklık alacaklılarına intikal eder. Ortaklığın zararının giderilmesi, paysahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının da yansıma yolu ile intikal eden zararlarının ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bu nedenle, paysahipleri ve ortaklık alacaklıları, ortaklığın uğradığı zararın tümünü kendilerinin dolayısıyla zararları olarak talep edebilirler. Ancak, tazminatın kendilerine değil ortaklığa verilmesini istemek zorundadırlar (TK. m. 340/309).

Paysahiplerinin ve alacaklıların bu dâva hakları talî nitelik taşımaz. Yani, anonim ortaklığın bu zararı talep etmediği durumlarda ve bu şarta bağlı olarak doğan bir hak değildir. Ortaklık ile paysahipleri ve ortaklık alacaklıları birlikte dava ikame etmiş olabilirler. Bu halde ne ortaklığın ne de paysahipleri veya alacaklıların davaları reddedilir. Davalar birleştirilir ve tek tazminat (ortaklığa) ödenir.

43) Oğuz İMREGÜN, Tasfiye Memurları Sorum Davası Açabilirler mi? İktisat ve Maliye, C. XVII, S. 3, s. 128'de soru olumsuz olarak cevaplandırılmaktadır.

1. Nama yazılı hisse senetlerinde, sorumluluk davası açmak hakkı, adı pay defterinde kayıtlı olan şahsa aittir. Çünkü, “şirkete karşı ancak pay defterinde kayıtlı bulunan kimse ortak sıfatını haizdir” (TK. m. 417, f. 4). Fakat, pay defterindeki kayıt kurucu değil, bildirici nitelik taşıdığından⁴⁴, aksi her zaman isbat olunarak, gerçek paysahibi sorumluluk davasını açabilir.

2. Pay senede bağlanmamış ise paysahipliği sıfatı gene pay defteri veya ilmühaber veya paysahipliği sertifikası ve makbuzlara göre tayin edilir.

3. Hamiline yazılı hisse senetlerinin zilyedleri ile bunlara sahip olduklarını belgeleyenler paysahibi sıfatıyla sorumluluk davası açabilirler.

4. Hisse senedinin üzerinde rehin veya intifa hakkının bulunması paysahibinin sorumluluk davası açma hakkını ne bertaraf eder ne de sınırlandırabilir.

5. TK. m. 418, f. 4, c. 2'deki durum müstesna, nama yazılı hisse senetlerinin miras, karı - koca mallarının yönetimine ait hükümler veya cebrî icra yolu ile iktisap edilmesi halinde, müktesipler, adları henüz pay defterine kayıt edilmemiş olsa da, sorumluluk davasını ikame edebilirler.

6. Bağlı nama yazılı hisse senetlerinin (TK. m. 418) devir edildiği ancak devir alanın pay defterine kaydının yönetim kurulunca reddolunduğu hallerde, dava hakkı bağlı nama yazılı hisse senedini devralana mı yoksa, adı pay defterinde kayıtlı bulunana mı tanınacaktır? İster “bölünme teorisi” ister “birlik teorisi” kabul edilmiş olsun, bu sorunun cevabı değişmeyecektir : Davayı ikame etmek hakkı adı pay defterinde kayıtlı bulunan şahsa aittir. Bazı incelikler ihtiva eden bu konuda ayrıntıya girmekte yarar vardır.

44) Yargıtay da pay defterindeki kaydın bildirici olduğunu ifade eden bir karara varmıştır : 11. HD., 23.11.1978, E. 1978/4631, K. 1978/5252, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 5, S. 2, s. 223-225. Bu kararlar ilgili değerlendirme için bk. Ünal TEKİNALP, İktisat ve Maliye, C. XXV, s. 471.

TK. m. 416, f. 2'de "Devir ciro edilmiş senedin devir alana teslimi ile olur. Şu kadar ki, devir şirkete karşı ancak pay defterine kayıtlı hükmü ifade eder" denilmekte, TK. m. 417, f. 4'de de "şirkete karşı ancak pay defterinde kayıtlı bulunan kimse ortak sıfatını haizdir" hükmü öngörülmektedir. Diğer yandan TK. m. 418, f. 1 ve 2'ye göre, anonim ortaklık devir keyfiyetini esas sözleşmede derpiş olunan sebeplerden dolayı pay defterine kayıttan imtina edebilir. Sebeb gösterilmeksizin dahi kayıttan imtina olunabileceği şartının esas sözleşmeye konulması caizdir.

Kaynak İsviçre hukukunda, doktrinin bir kısmı ve Federal Mahkeme İsv. BK. m. 684 (TK. m. 416) uyarınca, taraflar arasında mülkiyetin geçtiğini, ancak, yönetim kurulunun esas sözleşmede yer alan bağlam hükümlerine dayanarak, pay defterine maliki kayıt etmeği reddetmesi halinde, pay defterinde adı yazılı devir edenin ortaklığa karşı paysahibi sıfatını koruyacağını belirtmekte ve şu sonuçlara varmaktadır: bu durumda pay-sahipliğinden doğan haklar bölünür, malvarlıksal nitelik taşıyanlar malike geçerken yönetim hakları ile koruyucu haklar (oy, iptal davası açmak, bilgi almak vs. gibi) pay defterinde kayıtlı paysahibinde kalmaktadır. Federal Mahkeme, son kararında (90 II 235) bir taraftan kendisine *Jäggi, Pestalozzi/Henggeller* tarafından yöneltilen eleştirilere ve *Carrry*'in görüşlerine cevap vermiş, diğer taraftan da görüşünde ısrar ederken bir noktayı sarahate kavuşturmuştur. O da malike malvarlıksal hakların değil —bu konu eleştirilerin merkezlerinden birini teşkil ediyordu— bunlardan doğan alacakların geçtiğidir. Eleştirilmesine rağmen İsviçre sistemi karşısında daha iyi bir çözüm önerilemeyen bu görüş "bölünme teorisi" olarak adlandırılmaktadır. Bu görüş kabul edilecek olursa, sorumluluk davası açmak hakkı da adı pay defterinde kayıtlı bulunan deviredene ait olacaktır⁴⁵.

45) Bölünme Teorisinin taraftarları: Emil SCHUCANY, Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namensurkunden, SJZ 41.

Buna karşılık birlik teorisi taraftarları⁴⁶ ortaklığın kayıdı reddetmesi halinde kazandırıcı işlemin de geçersiz olacağını ve hem malvarlıksal hakların hem de yönetime ilişkin olan ve koruyucu nitelik taşıyanların deviredende kalacağını savunurlar. Bu durumda da sorumluluk davası açma hakkı adı pay defterinde kayıtlı bulunan şahsa ait olacaktır.

Yargıtay soruna ilişkin bir karar vermemiştir. E' eş-tiriler gözönünde tutulmakla birlikte bölünme teorisinin doktrinde sisteme daha uygun düştüğü görüşüne eğilim vardır denilebilir^{46a}. Hukukumuzda, TK. m. 559, f. 3 anlamında, bağlam, anonim ortaklığın devre katılması niteliğinde ise, kazandırıcı işlem de anonim ortaklığın muvafakatine bağlı kalacak demektir. Bu halde taraflar arasındaki sözleşme geçerliliğini sürdürmekle birlikte mülkiyetin intikal etmediği söylenebilir. Son varsayımda da sorumluluk davası açmak hakkı gene adı pay defterinde kayıtlı şahsa ait olacaktır.

7 İsviçre hukukunda paysahibinin dava hakkının niteliği tartışılmalıdır. Federal Mahkeme ve bazı yazarlar temelde paysahibine ait bir alacak hakkı görür'erken bazı yazarlar da, ortaklığın zararının giderilebilmesi için

s. 180. Komm. zum Schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940, Art. 685, N. 4; W.F. BURGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V. Obligationenrecht, 5. Teil; Aktiengesellschaft, Zürich 1957, Art. 686, N. 92 ve BGE 83 II 297 ve 90 II 240.

- 46) Birlik Teorisi taraftarları : PETALOZZI/HENGGELE, Bağlı Nama Yazılı Senetlerde Paysahipliğinin Bölünmesi Üstüne (tç.: Ömer Teoman), İktisat ve Maliye, C. XVII, S. 7, s. 302 vd.; Rolf BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 66 II, s. 378; WIELAND, Aktienbuch, Basel 1945, 45 vd.; RIBI, Von der Übertragung der WP, Zürich 1959, 269 vd.

- 46a) ARSLANLI, AŞ I, s. 184/185'de devrin taraflar arasında geçerli olduğunu belirtir. İMREGÜN de aynı görüştedir (AO, s. 280/81). TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), C. 1, s. 537 ve 538'de devir yasağına yönelik bağlama rağmen mülkiyetin geçtiğini belirtir. Ortaklığın devir işlemine katılmayı reddetmesi halinde mülkiyeti nakledici işlem bulunmadığı için mülkiyet geçmez. (TK. m. 599, f. 3).

paysahibine bir hak tanınmış olduğunu savunurlar⁴⁷. Sorunun pratik önemi, anonim ortaklığın sorumlu (veya sorumlularla) sulh veya benzeri bir anlaşma yapması halinde kendisini gösterir. Alacak görüşünü savunanlar, anlaşmanın paysahibini (veya ortaklık alacaklısını) bağlamayacağını, çünkü, kendi dava haklarının kendilerine ait alacaktan doğduğunu, böylelikle hem paysahiplerinin hem alacaklıların hem de ortaklığın böyle —aleyhde— anlaşmalara karşı korunacaklarını belirtirler. Karşı görüş, alacak görüşünün iki defa ödemeye yol açabileceğini belirtir. Alacak görüşü menfaatler dengesi açısından daha doğrudur. Eğer sulh anlaşması bütün zararı karşılıyorsa, ikinci bir ödemenin sebebi kalmayacaktır. Karşılamaması halinde ise, bakiyenin tahsili imkânı kaybolmuş olacaktır.

8. Davayı, paysahibinin aynı zamanda ortaklık alacaklısı olması halinde, istediği sıfatla ikame etme inde bir engel yoktur. Paysahibinin davayı açtığı sırada bu sıfata sahip olması icap eder. Dava sırasında sıfat yitirmişse paysahibinin davası düşer. Payın devri halinde, HUMK. m. 186'dan ve Yargıtay kararlarından hareketle devralanın davaya devam hakkının bulunduğu sonucuna varılabilirse de, bu sonuç iptal davasının özelliği ve payların muhtelif hisselerle devir halinde ortaya çıkardığı sorunlar sebebiyle tartışmayı davet eder mahiyettedir.

9 Ortaklık alacaklısının da davayı açtığında ve dava sırasında alacaklı sıfatını taşıması şarttır.

10. Doğrudan zararlarda paysahibinin ve ortaklık alacaklısının zarara uğradığı anda bu sıfatı taşıma'arı yeterlidir. Daha sonra sıfatın kaybı davayı düşürmez.

4.1.1.2.2. Ortaklığın İflası Halinde

TK. m. 309, f. 2 uyarınca, anonim ortaklığın iflâsı ha'inde paysahiplerinin ve alacaklıların haiz oldukları haklar iflâs dairesine

47) Alacak görüşü Federal Mahkemece kabul edilmiştir : BGE 86 III 161, 87 II 300, 93 III 64. Aksi görüş : BÜRGİ, Art. 756, N. 3.

geçer. Dava açıp açmamak kararı iflâs idaresine aittir. Açılmış davaya, paysahibinin veya alacaklının devam edip etmeyeceği sorunu, olumsuz olarak cevaplanmalıdır. Çünkü, TK. m. 309, f. 2'deki "haklar" kelimesi açılmış davaya ait hakları da kapsayacak genişliktedir. Paysahiplerinin iflâs dairesinin kararlarına ve prosedürüne katılmak olanakları bulunmamaktadır. Karar yetkisi ikinci alacaklılar toplantısının yetkisindedir.

TK. m. 309, f. 2'ye göre "Bu hususta İcra ve İflâs Kanununun 245. maddesi hükmü caridir". Öyle ise, alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı isteyen alacaklıya devir olunur. Elde edilen sonuçtan masraflar çıkarıldıktan sonra devir alanın alacağı ödenir ve artan masaya yatırılır. İİfK. m. 245'e yapılan atıf, kaynak İsv. BK. m. 756, f. 2'ye benzer bir çözümü Türk hukukuna getirmektedir. Fakat her iki hüküm arasında önemli bir fark vardır. İsv. BK. m. 756, f. 2, devir alma talebini hem alacaklıya hem de paysahibine tanımıştır. Oysa İİfK. m. 245, bu hakkı sadece alacaklıya vermektedir.

Doktrinde İİfK. m. 245'e yapılan atıf, sadece alacaklıya muzaf görülecek şekilde dar olarak anlaşılmakta, pratik sonucunun paysahibini tatmin etmemesi nedeni ile hükmün işlemezliğine temas edilmekte ve İsviçre'de de eleştirilip kanundan çıkarılmasının önerildiği belirtilmektedir⁴⁸.

4.1.1.2.3. Üçüncü Kişilerin Dava Hakkı

TK. m. 339 uyarınca ortaklığın halihazır durumu hakkında her ne şekilde olursa olsun yanlış zehap uyandıracak desiseler kullanmak veya hakikate aykırı beyanda bulunmak suretiyle üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyesi sebebiyle verdiği zarardan kişisel olarak sorumludur.

4.1.1.2.4. Tasfiye Memurları Hakkında

TK. m. 450 atfı dolayısıyla TK. m. 224 uygulandığı için, anonim ortaklık tasfiye memurlarının sorumluluklarında gerek aktif dava ehliyeti gerek sorumluluğun tâbi olduğu sistem açısından yönetim

48) Halûk TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararı, Ankara 1963, s. 104; ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 126.

kurulu üyeleri, müdürler, denetçiler ve kuruculara nazaran büyük farklar vardır.

Aktif dava ehliyeti paysahiplerine ve üçüncü kişilere tanınmıştır. Üçüncü kişi deyiminin, ortaklık alacaklılarını kapsadığında tereddüt edilemez. Ancak, ortaklığın alacaklıları dışındaki üçüncü kişilerin de sorumluluk davası açmaya hakları bulunduğu kesindir. Diğer yandan, sorumluluk davasını ikame edecek kişiler arasında anonim ortaklığın kendisine yer verilmediğine dikkat edilmelidir. Doktrinde “üçüncü kişi” deyimini içinde ortaklığı da mütalâa eden görüşlere rastlanmaktadır⁴⁹. Ortaklığın dava hakkının, BK. m. 96’dan doğduğu muhakkaktır.

TK. m. 224’den yararlanarak paysahipleri ve üçüncü kişiler doğrudan zararlarını talep de edebilirler. TK. m. 336, 340 ve 309’un örnekseme yolu ile uygulanarak paysahiplerinin ve alacaklıların dolayısıyla zararlarını talep etmeleri mümkün değildir.

4.2. LİMİTED, PAYLI KOMANDİT ORTAKLIKLARLA KOOPERATİFLERDE

Yönetim kurulu üyeleri, müdürler, denetçiler ve tasfiye memurları için verilen izahat TK. m. 559, 476 ve KoopK. m. 98 dolayısıyla limited, paylı komandit ortaklıklarla kooperatiflere de uygulanır. Bu ortaklıkların ve kooperatiflerin özellik ve niteliklerinin gözönüne alınarak “intibak ettirerek” uygulama yoluna gitmenin gereği tartışma dışıdır.

5. SORUMLULUK HALLERİ

5.1. ANONİM ORTAKLIKLARDA

5.1.1. Yönetim Kurulu Üyeleri İçin

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, sorumlu tutulacakları haller TK. m. 336’da beş bend halinde gösterilmiştir. Bunlardan ilk dört tanesi, sorumluluk sebebinin somut ve belirli şekilde tanım-

49) Yaşar KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, s. 318.

landığı özel hallerdir. Hükmün 5. bendinde ise genel sorumluluk sebebi yer almaktadır.

Özel haller şunlardır : 1) Hisse senetlerinin bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmaması; 2) Dağıtılan ve ödenen kâr paylarının hakikî olmaması; 3) Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların düzensiz olarak tutulması; 4) Genel kuruldan çıkan kararların sebsiz olarak yerine getirilmemesi (TK. m. 336/b. 1-4).

Genel hal ise, gerek kanun, gerek esas sözleşmenin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden ve ihmal neticesi olarak yapılması şeklinde ifade edilmiştir. Genel sorumluluk sebebi, kanunî borç ve yükümlerin de tümünü kapsadığından, ortaklıkla işlem yapma yasağı (TK. m. 334), rekabet yasağı (TK. m. 335) gibi kanunda ayrıca düzenlenmiş bulunan halleri de 5. bend içinde mütalâa etmek ve özel sorumluluk halleri olarak görmemek gerekir. Bunlar için özel müeyyideler öngörülmüş bulunması sonucu değiştirmez. Oysa Yargıtay rekabet yasağının ihlâli halinde TK. m. 336 vd.nin uygulanamayacağı ve sadece ortaklığın dava hakkının bulunduğunu belirtmiştir⁵⁰.

Özel sorumluluk sebepleri, kanunkoyucunun önemleri nedeni ile genel bir sebebin içinde mütalâa edilmesini istemediği, yani yorum yollarını kısmen tıkayan halleri göstermektedir. Ancak, özel hal yaratmaya gerek olmadığı, ilk dört sebebin de beşinci sebep içinde mütalâasının mümkün olduğu da düşünülebilir. Hele ilk dört sebebe, kanunkoyucunun doktrinde genellikle kabul olunduğu üzere kusursuz sorumluluğu kabul etmediği görüşü de benimsenince bu ayırım önemini tam olarak yitirmektedir.

5.1.2. Müdürler İçin

Müdürler için sadece genel bir sorumluluk sebebi öngörülmüştür. Sorumluluk sebebi bir bakıma yönetim kurulu üyeleri için derpiş edilenlerden daha geniştir. Çünkü : müdürler, sadece kanun ve esas sözleşmenin değil, aynı zamanda iş görme şartlarını tesbit eden

50) 11. HD. 29.9.1977, E. 77/3358, K. 77/3890 (Batider, C. IX, s. 518-520).

hükümlerin onlara yüklediği mükellefiyetleri hiç veya gereği gibi veya zamanında yerine getirmemeleri halinde ortaklığa, paysahiplerine ve alacaklılara karşı sorumludurlar (TK. m. 342). Kanun müdürlerin “idare meclisi azasının mesuliyetlerine ait hükümler gereğince” ortaklığa, paysahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olduklarını belirtirken sorumluluk sistemine ve usulüne atıf yapmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüş bulunan özel sorumluluk sebeplerinin, aynı zamanda müdürlerin de sorumluluklarına sebep olması mümkündür. Anılan sebeplerin, münhasıran yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına yol açtığı, müdürler başta olduğu halde diğer yöneticilerin, anılan sebepler için sorumlu tutulamıyacakları görüşü kanuna ve hakkaniyete aykırıdır.

5.1.3. Murakıplar İçin

Murakıplar da “kanun ve esas mukavelenin kendilerine yüklediği görevlerin hiç ve gereği gibi yerine getirilmeme”leri sebebiyle sorumludurlar (TK. m. 359).

5.1.4. Tasfiye Memurları İçin

Müdürler için kullanılan formülün, tasfiye memurları için de benimsendiği görülmektedir. Şöyle ki, “kanun, şirket mukavelesi veya iş görme şartlarını tesbit eden hükümlere aykırı hareket” tasfiye memurlarının sorumluluklarını doğurmaktadır.

5.1.5. Kurucular ve Kuruluşa Katılanlar İçin

Kurucular yanında kuruluşa katılan kişilerin de sorumlu tutulduğu kuruluştan doğan sorumluluk halleri şunlardır: 1) TK. m. 299’da yazılı beyanname ile vesika ve sair evrakın mevcut olmaması; 2) Esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması. Şöyle ki, esas sermaye tamamen taahhüt edilmeden veya karşılığı kanun hükümleri gereğince ödenmemiş iken, taahhüt edilmiş veya yerine getirilmiş gibi gösterilmişse; 3) Ayın nevinden sermayeye değer biçilmesinde hile yapılması belirlenmiştir. Bu sebeplerin genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, genel sorumluluk formülünün uygulanmasına da olanak yoktur.

5.1.6. İlk Yönetim Kurulu Üyeleri İçin

İlk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kuruluş işlemleri dolayısıyla sorumlulukları, ortaklığın kuruluşunda yolsuzluk olup olmadığına incelemeleri halinde sözkonusu olur (TK. m. 308). Saptanan yolsuzluk dolayısıyla ilgililer aleyhinde ilk yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davası ikame etmeleri gereği de maddenin kapsamı içindedir.

5.2. LİMİTED VE SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ORTAKLIKLAR İLE KOOPERATİFLERDE

Anonim ortaklıkların sorumluluk halleri limited (TK. m. 556), sermayesi paylara bölünmüş komandit (m. 470) ortaklıklar ile kooperatiflere (KoopK. m. 98) uygulanır.

6. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

6.1. ORTAKLIĞIN UĞRADIĞI ZARAR AÇISINDAN

Türk hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluğunun sözleşmesel nitelik taşıdığına görüş birliği vardır⁵¹. Ancak anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda tereddütler vardır. Fakat vekâlet görüşünün genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz⁵². Çamoğlu, ilk yönetim

51) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 296; ayrıca : Sorumluluk, s. 99; İMREGÜN, AO, s. 186; TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararı, s. 113; ARSLANLI, AŞ, II, s. 170'de TK. m. 336, b. 1-4'de yer alan hukukî sorumluluk hallerinin dayanağının haksız fiil olduğunu savunur. Bu görüş eleştirilir : ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 100, dn. 10.

52) Ernest HIRŞ, Ticaret Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1948, s. 311'de hizmet veya vekâlet sözleşmesinin düşünülebileceğini, İsviçre hukukunda da tercih yapılmasında tereddüt edildiğini ifade etmektedir. ARSLANLI (AŞ, II, s. 108) TK. m. 138 aracılığı ile, BK. m. 530 uyarınca, vekâlet akdi hükümlerine tâbi olduğunu yazmakta, ancak tarafların bu ilişkinin niteliğini serbestçe tayin edecek şekilde tanzim cihetine gidebileceklerini, sarahaten veya zımnen hizmet

kurulu üyelerinin kuruluş yolsuzluklarını gereği gibi incelememeleri sebebiyle sözkonusu olan sorumluluğun da sözleşmesel nitelik taşıdığını belirtir⁵³. Yönetim kurulu üyelerinin kanun ve/veya ortaklık esas sözleşmesinin kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmemeleri, ortaklık ile aralarındaki sözleşmenin ihlâlidir.

Sözleşmenin ihlâli, aynı zamanda hukuk düzeninin kurallarına bir tecavüz niteliğinde olduğundan, sorumluların, kanun ve esas sözleşmenin yüklediği görevleri yerine getirmemeleri veya gereği gibi yerine getirmemelerinin sözleşmeye aykırılık yanında, genel hukuk düzenini ihlâl anlamını da taşıyacağından, ortaklığın TK. m. 336 vd'den başka BK. m. 41 vd'ye dayanıp dayanamayacağı sorusu ortaya çıkar. Sorun doktrin ve tatbikatta taleplerin yarışması diye adlandırılır. Bu halde haksız fiilin sonuçları ile borca aykırılığın sonuçları birlikte ve yanyana mevcuttur. Biri vasıtasıyla sonuç ve istek elde edildiğinde, diğerinin yöneldiği hukuksal sonuç da tatmin edilmiş olur⁵⁴.

6.2. PAY SAHİPLERİNİN VE ALACAKLILARIN ZARARLARINDA

6.2.1. Doğrudan Doğruya Zararlarda

Ortaklıklarda ve kooperatiflerde yöneticiler ve daha az ihtimal olmakla birlikte denetçiler paysahiplerine ve ortaklık alacaklılarına fiilleriyle doğrudan doğruya zarar verebilirler. Doğrudan zarar, doğrudan doğruya zarar görenin malvarlığında meydana gelen ve ancak bu malvarlığında giderilince ortadan kalkan zarardır. Meselâ, paysahipleri, gerçeğe uygun olmayan bir bilançoyu doğru ve gerçek zannederek hisse senetlerini düşük fiatla elden çıkarmışlarsa; gerçeğe uygun olmadığı halde ortaklığın malî durumunu iyi zannedip sermaye artırımına katılmışlarsa, dürüst ve düzenli muhasebe ilkelere uymayan bir bilanço ile az kâr payı almışlarsa doğrudan za-

akdi şeklinde oluşturabileceklerini belirtmektedir. Buna karşılık : MİMAROĞLU, 27; İMREGÜN, AO, s. 152 ve ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 104 vekâlet olduğu görüşündedirler.

53) Sorumluluk, s. 100

54) S. KANETİ, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Doçentlik Tezi, İstanbul 1964, s. 136 ve 137.

rara uğramışlardır. Bunun gibi, rakamları gerçeğe uygun olmayan bir bilançoya güvenerek alacaklı ortaklığa kredi vermişse yöneticinin fiili sonucunda doğrudan zarara uğramış demektir. Yöneticinin veya diğer sorumlu kişinin fiili ile sadece paysahibi veya alacaklı zarara uğrayabileceği gibi, onlarla birlikte ortaklıkta da böyle bir sonuç doğabilir. Doğrudan doğruya zarar, aynı fiille bir çok malvarlığında meydana gelebilir.

TK. m. 336 vd. 340/309 sistemi paysahiplerine dolayısıyla zararlarını talep edebilme olanağını sağlar. Doğrudan zararlarda hangi hükümlere dayanılacağı tartışma konusudur. Türk hukukunda, alacaklıların ve ortakların doğrudan doğruya zararlar sebebiyle açtıkları davalarda da "TK. m. 336 vd. daki yetkili mahkeme (TK. m. 340/309, f. 3) ve özel zamanaşımına (TK. m. 340/309, f. 4) ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı" savunulur⁵⁵. Bu özel sorumluluk sisteminin doğrudan zararları da kapsadığına dair kanunda bir açıklık yoktur. Ayrıca dolayısıyla zarar gibi, çok özel bir tür için öngörülen ve tazminatın ortaklığa verilmesi yolu ile yansıma sonucu teşekkül etmiş bulunan dolayısıyla zararın da doğduğu malvarlıklarında giderilmesi mantığına dayalı bir sistemin klâsik doğrudan zararlar için uygulanmasını haklı gösterecek bir sebep de yoktur. Onun için genel hükümlerin uygulanması daha doğru olur. Ancak TK. m. 336 vd.'den (TK. m. 340/309 hariç) yararlanılabilir.

Türk hukukunda doğrudan zararların hukukî dayanağı tartışmalıdır. Haksız fiil⁵⁶ ve sözleşmesel nitelik⁵⁷ görüşleri ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, bu konuda kesin bir çözüm gösterilemez. Somut olayın özellikleri hangi genel hükümlerin uygulanmasını gerektiriyorsa hukukî dayanak ona göre tesbit edilecektir. Ancak, BK. m. 96'nın uygulanması çoğu kez ilişkiye daha uygun düşecektir.

Paysahibinin veya alacaklının bu zararı talep edebilmesi için "paysahibi" (ortak) veya "ortaklık alacaklısı" sıfatını taşıması ve doğrudan zarara bu sıfatı nedeni ile uğramış bulunması şarttır. Da-

55) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 133; TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı, dn. 133.

56) ANSAY, Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 1973, s. 130.

57) ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 134; TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararı, s. 112.

vanın ikame edilebilmesi için zararın doğduğu anda bu sığata sahip olmak gereklidir. Yoksa dava açıldığında bu sıfatın yitirilmiş olması veya dava sırasında yitirilmesi talebin ileri sürölmesine engel olamaz.

6.2.2. Dolayısıyla Zararlarda

Sorumlu kişilerin fiil ve kararları sonucunda zarar ortaklığının malvarlığında doğar ve dolayısıyla, yani yansıma yolu ile paysahiplerine ve alacaklılara da intikal ederse dolayısıyla zarar sözkonusu olur. Tazminat ortaklığa verilir ve bu yolla, yani dolaylı olarak paysahipleri ile ortaklık alacaklılarının da zararları ortadan kalkar. Paysahiplerinin veya alacaklıların dolayısıyla zararı halinde ikame edecekleri tazminat, ortaklığın uğradığı tüm zararı kapsar.

Her iki halde de sorun sorumluluğun niteliğinden doğar ve dolayısıyla zarar halinde talebin kaynağı olarak bazı yazarlarca sözleşmedir. *Tandoğan*, paysahipleri ile ortaklık alacaklılarının, ortaklık ile yönetim kurulu arasındaki sözleşmede taraf olmadıkları halde, bu akdin ihlâline dayanarak tazminat isteyebilmelerinin üçüncü kişinin zararının tazmini imkânından doğan teori ile izah edildiğini belirtmektedir⁵⁸. *Arslanlı* ise, tüzel kişilik kisvesi altında toplanan haklar manzumesinin dolaylı olarak paysahiplerinin hakları olduğu ve onlara dava hakkı tanınmasının yerinde bir tedbir olduğu görüşündedir⁵⁹. Sorumluluğun etkilerinin paysahiplerine ve alacaklıları içine alacak şekilde genişletilmesi, daha ziyade kanundan doğan bir sorumluluk niteliği taşımaktadır. Doğrudan zararlarda BK .m. 96 vd.; dolayısıyla zararlarda ise TK. m. 336 vd. ve 309 uygulama alanı bulur. Paysahipleri ve alacaklılar sözleşmenin tarafı değildir, ancak sözleşmenin öngördüğü yükümün ihlâli ile zarara uğramaları onlara BK. m. 96'ya dayanma hakkını vermektedir.

7. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Sorumluluğun doğabilmesi için, sorumlu kişilerin kusurlu olarak, yani, kasden ve ihmal ile kanun ve esas sözleşmelerin kendile-

58) TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararı, s. 112.

59) ARSLANLI, AŞ II, s. 168.

rine yüklediği görevleri yerine getirmemeleri (TK. m. 336, b. 5, 338, 359, 559, 476; KoopK. m. 93) gereklidir. Kanun anonim ortaklık müdürlerinde ve tasfiye memurlarında iş şartlarına riayetsizliği de saymıştır (TK. m. 342, 450, 224). Kusurlu hareket sonunda zararın varlığı ve zarar ile kişinin eylemi arasında da uygun sebep bağının bulunması şarttır.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili olarak *Arslanlı* tarafından savunulan ve TK. m. 336, b. 1-4'de yer alan sorumluluk hallerinde kusur aranmadığı, yani bu hallerde kusursuz sorumluluğun kabul edildiği, çünkü kanunun sadece 5. bendde kusuru aramış bulunduğu yolundaki görüş doktrinde reddedilir⁶⁰. Zira, bir taraftan kusur ilkesinin genel olarak TK. m. 338'de konulmuş bulunduğu belirtilir, diğer taraftan da 5. bendin ifadesi ilk dört halin kusursuz sorumluluk olarak mütalâa edilmesine engeldir. Çünkü, 5. bendde "sair vazifelerin kasden ve ihmal neticesi olarak yapılması" denilerek ilk dört benddeki görevlerin de kasten ve ihmal sonucu yapılmamasının sorumluluğu doğurduğu belirtilmiş olur.

Gerek TK. m. 336, b. 5'den gerek 338'den her türlü kusur halinin, yani ihmalin de sorumluluk için yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

TK. m. 338 kusur karinesi koymaktadır. Onun için kusurlu olmadığını isbat yükü bunu iddia eden sorumlu kişidedir. Kural yönetim kurulu üyelerinden başka diğer sorumlularda da aynen uygulanır. Aynı esasın TK. m. 224'de yer aldığı da açıktır.

TK. m. 338 kusursuzluğun isbatında kullanılabilecek hususlar için bazı örnekler vermektedir. Şöyle ki, "hususiyetle bu muamelelerde muhalif rey vermiş olup, keyfiyeti müzakere zaptına yazdırmakla beraber murakıplara hemen yazılı olarak bildiren veya mazeresine binaen o muamelelerin müzakeresinde hazır bulunmayan aza dahi mesul değildir". Hükümde tahdidi bir ifade yer almamıştır. Kusursuzluk başka belge ve olgulara dayanılarak da isbat edilebilir. Hükümün sonundaki "aza dahi" ibaresi bunun kanıtıdır.

Özenin ölçüsü TK. m. 320'ye göre tayin edilir. Şöyle ki, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın işlerinde gösterecekleri dikkat ve özen hakkında BK. m. 528 uygulanır.

60) Bk dn. 51.

Uygun sebep bağıntısı hakkında da BK. m. 41 nedeni ile ortaya konulan doktrin ve jürisprüdans aynen burada da geçerlidir.

Murahhas üye veya üyelerin tayin edilmesi halinde diğer üyelerin sorumluluğu, delege edilen yetkilere göre daralır (TK. m. 336, f. 2), zincirleme sorumluluk ortadan kalkar. Murahhas olmayan üyelerin TK. m. 336, b. 1-4'den sorumlu olmaları illiyet bağının bulunması ve kusurun varlığı halinde mümkündür. TK. m. 319, f. 2'nin sarih ifadesine göre TK. m. 317 ye kısmen ya da tamamen uygulanmaz duruma gelir. Yönetim ve temsil işlevlerinin tamamen devri halinde yönetim kurulu bir gözetim organına dönüşmüştür. Murahhasları yönetim kurulunun seçmesi halinde kurul cura in eligendo ve cura in instruendo'dan sorumlu tutulabilir.

8. İBRANIN ETKİLERİ

8.1. ORTAKLIĞIN DAVA HAKKI AÇISINDAN

İbra menfî borç ikrarı niteliğindedir⁶¹. Bu sebeble, genel kurulun ibra kararı, o hesap dönemine ilişkin işlemler sebebiyle, ibranın kapsamına giren konularda, anonim ortaklığın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırır⁶². TK. m. 380 uyarınca bilançonun tasdiki de —ayrı bir ibra kararı olmasa bile— ibranın sonucunu doğurur. Ancak ibra, kâr - zarar hesabı ve bilançodan anlaşılabilen ve bu vesikalarda yer alan hususlarla ilgilidir. Genel kabul gören muhasebe ilkelerine uymayan bilanço ibrayı sağlayamaz.

8.2. PAYSAHİPLERİNİN VE ORTAKLIK ALACAKLILARININ DAVA HAKKI AÇISINDAN

8.2.1. Dolayısıyla Zararlarda

İsv. BK. m. 757'ye göre ibra kararı ancak, bu karar lehine oy vermiş veya yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş olduğunu bile-

61) ARSLANLI, AŞ II, s. 196; ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 198; ANSAY, Anonim Şirketler, s. 134; ATAN, s. 59; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 308.

62) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 309 ve dn. 164'de anılanlar.

rek payı devir almış olan ortağın sorumluluk davası açmak hakkını ortadan kaldırır. Benzeri bir hüküm hukukumuzda mevcut değildir. Bu sebeble sorun hukukumuzda tartışmalıdır. *Arslanlı*⁶³, pay sahiplerinin dolayısıyla zarara uğramaları halinde açacakları sorumluluk davasının genel kurulun ibra kararından etkilendiği, başka bir deyişle, ibranın paysahibinin de dava hakkını ortadan kaldırdığı görüşündedir. Meğer ki, azlık dava açılmasını istemiş olsun. *İmregün*⁶⁴ de ibra kararı iptal edilmemişse, paysahibinin de dava açma hakkının ortadan kalktığını savunur. *Çamoğlu*⁶⁵ bizim de katıldığımız aksi görüşü ileri sürmekte ve paysahiplerinin dava hakkının bağımsızlığı, paysahibi ile alacaklının dava hakkının niteliğinin aynı olduğu ve ibra kararının alacaklının dava hakkını düşürmediği, ortaklığın ibra kararının sadece kendisine tanınan dava hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kendisine verdiği ve aksini kabul etmenin paysahibine tanınan hakkın pratik bir anlam taşımaması sonucunu doğuracağı gerekçelerine dayanır. Ancak, ibranın lehinde oy kullanmış paysahibinin dava hakkının bulunmadığı şüphesizdir. Ortaklık alacaklılarının dava hakkının genel kurulun ibra kararından etkilenmediği genel kabul gören, haklı bir çözümdür.

Zaten tarafımızdan da kabul olunan “alacak” görüşü her iki sorunun çözümünü kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır.

8.2.2. Doğrudan Doğruya Zararlarda

Genel kurulun ibra kararı paysahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının uğradıkları doğrudan zararları talep etme haklarını ortadan kaldıramaz⁶⁶.

9. ZAMANAŞIMI

Ortaklığın açacağı sorumluluk davası BK. m. 126, f. 4’de öngörülen beş yıllık zamanaşımına tâbidir. Çünkü, TK. m. 309, f. 4’de

63) AŞ II, s. 185; Aynı görüş: POSTACIOĞLU, Arslanlı Armağanı, s. 489.

64) AO, s. 193.

65) Sorumluluk, 136 vd.; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 311 vd.

66) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), C. 1, s. 314 ve orada anılanlar.

yer alan zamanaşımı sadece paysahipleri ile ortaklık alacaklılarını uğradıkları dolayısıyla zararlar için ikame edecekleri davalar için öngörülmüştür. Mamafih, Yargıtay ve doktrin aksi görüştedir^{66a}.

Paysahipleri ile ortaklık alacaklılarının sorumlu olan kimselere karşı tazminat isteme hakları zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendikleri tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezaî müstelzim olup Ceza Kanununa göre süresi daha uzun zamanaşımına tâbi bulunuyorsa tazminat davası da o zamanaşımına tâbi olur.

10. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

10.1. GENEL OLARAK

Ortaklıklar hukukunda organların sorumluluğu, bir temel kuralın gereği olarak ortaklık statüsüne (lex societatis) tâbidir. Bu nedenle, ortaklık statüsünün tesbiti için ileri sürülen kriterler organların sorumluluğunda da geçerlidir.

Ortaklık statüsünün tesbitinde teklif edilen çeşitli kriterler⁶⁷ arasında ikisi genel kabul görmektedir. Bunlar : 1) kuruluş hukuku⁶⁸;

66a) ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı, Batider, C. III, S. 2, s. 268; TANDOĞAN, Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Zamanaşımı Hakkında Bazı Düşünceler, Batider, C. III, S. 1. s. 124; MİMAROĞLU, s. 123; ATAN, s. 73; aksi görüş : ANSAY, Anonim Şirketler, s. 140. Ayrıca bu makalenin dn. 29'a bk.

67) Gülören TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, s. 35 vd. (Kısaca = G. TEKİNALP, Bağlama Kuralları); Vedat SEVİĞ, Ticarî Sahada Kanunlar İhtilâfı, İstanbul 1957, s. 193 vd.

68) W. FIEKENTSCHER, Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts, MDR (1975), s. 71-75; FORSTMOSER/MEIER - HAYOZ, s. 86 vd.; Günter GRASSMANN, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Berlin 1970, s. 217 vd.; Rudolf MOSER, Personalstatut und Aussenverhältnis der Aktiengesellschaft, Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W.F. Bürgi, Zürich 1971, s. 285; Paul Heinrich NEUHAUS, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin/Tübingen, 1976, s. 207; Werner

2) gerçek idare merkezi hukuku⁶⁹ (droit du siège réel) dur.

Kuruluş hukuku ile esas sözleşmedeki idare merkezi, genel olarak ve özellikle Kara Avrupasında aynı hukuku ifade ederler (TK. m. 155, 300, 489; İsv. BK. m. 554, f. 2, 640, 641, 642, f. 3; İtal. MK. m. 2295/7). Onun için, "esas sözleşmede yer alan idare merkezi"nin kuruluş hukukundan ayrı bir kritermiş gibi ileri sürülmesi doğru olmaz. Zaten, Kara Avrupası hukuklarında başlangıçta, yani kuruluşun yapıldığı anda, çoğu defa "gerçek idare merkezi", "esas sözleşmede bulunan idare merkezi" ve tabii olarak da "kuruluş hukuku" bir ve aynıdır. Yani başlangıç için bu üç hukuk özdeştir. Ancak gerçek idare merkezinin, esas sözleşmede öngörülen merkezden ayrılmasından sonradır ki gerçek idare merkezi kriteri kendisine özgü bir önem kazanır.

Aşağıda, ilk olarak, gerçek idare merkezi ile kuruluş hukukunun ortaklık statüsünün tesbitinde uygulanmalarının hangi yararları sağladıkları ve bu yararlardan hangilerinin üstün tutulması gerektiği

NIEDERER, Kollisionsrechtliche Probleme der juristischen Person, Beiträge zum Haager International Recht, Freiburg 1951, s. 107 vd.; Werner von STEIGER, Die Handelsgesellschaften im internationalen Privatrecht, ZBJV 67, s. 309; Frank VISCHER, Schweizerisches Privatrecht, I, s. 571; Kuruluş hukuku görüşünü idare merkezine ilişkin bazı istisnalarla kısıtlayarak kabul eden BEHRENS (Hachenburg/Behrens), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage, Bd. I, 1975, Einleitung, N. 87; SANDROCK, Korporationen = Multinationale Korporationen im IPR, Ber. D. Ges. Volkr, 16 (1978), s. 167 - 259.

- 69) EBENROTH/SURA, Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ. 43 (1979), s. 315-345; ERMAN/ARNDT, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 6. Auflage, Münster 1975, Art. 10, N. 1, 2; Bernhard GROSSFELD, Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischen Personen, RabelsZ. 31 (1967), s. 1-50; Gerhard KEGEL, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, München 1977, s. 263 vd.; PALANDT/LAUTERBACH, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 33. Auflage, München 1974, EGBGB, Art. 10, N. 2; Leo RAAPE, Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Berlin/Frankfurt am Main 1961, s. 198 vd.; Martin WOLFF, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Auflage, Berlin 1954, s. 115.

esas hatları itibariyle açıklanacak, ikinci olarak da ehliyet ve sorumluluğa uygulanacak hukuku tesbit eden açık bir kuralın bulunmadığı Türk hukukunda hangi kriterin hâkim kılınmak istendiğine ilişkin doktrin ve dayanakları ortaya konulacaktır. Son olarak, tesbit edilen kuralın kapsamı dışında kalan konulara değinilecektir.

10.2. GERÇEK YÖNETİM MERKEZİ - KURULUŞ HUKUKU KRİTERLERİNİN YARARLARI

10.2.1. Kuruluş Hukukunun Yararları

10.2.1.1. Hukuk Mantığına Uygunluk

Kuruluş hukukuna göre tüzel kişinin varlığının, tüzel kişi hangi hukuka göre kurulmuş ise o hukuka tâbi olması gerekir⁷⁰. Bu mantığın reddi gerçekten güçtür. Zaten merkez teorisinde de, kuruluş hukuku ile merkezin bulunduğu yer hukuku aynı olmalıdır. Eğer, anılan hukuklar farklı ise veya başlangıçta bir olmakla beraber sonradan farklı hale gelmişlerse, hukuk mantığına dayanan argumanın değeri de azalmaktadır. Değişen duruma uygun çözüm getirilmesi ise hukuk mantığının gereği olup ona aykırı düşmemektedir.

10.2.1.2. Güven Verici Nitelik Taşınması

Kuruluş hukuku görüşünün taraftarları, tüzel kişinin hangi hukuka göre kurulduğunun tesbitinin çok kolay olduğunu ve “lex societatis” itibariyle tereddüde düşülmeyeceğini, ve bunun da hukuk güvenliğini sağlayacağını ileri sürerler. Gerçek merkezin ne araştırılması ne de tesbiti kuruluş hukuku kadar kolaydır.

10.2.1.3. Merkez Değişikliklerinin Ehliyeti Etkilememesi

Kuruluş hukukuna göre bir kere ehliyet kazanan tüzel kişi merkezi değişse bile aynı hukuk lex societatis olmakta devam edeceğinden ehliyetinde değişme meydana gelmeyecektir.

70) von STEIGER, ZBJV 67 (1931), s. 309; NIEDERER, Beiträge, s. 124; FIEKENTSCHER, MDR (1957), s. 72; BEITZKE, Juristische Personen im IPR und Fremdenrecht, 1938, s. 42.

10.2.2. Gerçek İdare Merkezi Kriterinin Yararları

10.2.2.1. Kişisel Menfaatlerin Korunması

Paysahiplerinin ve ortakların menfaatlerini en iyi şekilde koruyup sağlayan gerçek idare merkezi hukukudur⁷¹. Kuruluş hukuku sadece kurucuların menfaatlerini koruyabilmektedir. Oysa, kurucular ile paysahipleri (veya ortaklar) her zaman özdeş değildir. Özellikle çok paysahipli ortaklıklarda bu fark kendisini bariz bir şekilde gösterir. Ayrıca, gerçek merkez paysahipleri dışında ortaklık alacaklılarını da korur. Çünkü, paysahipleri, ortaklık alacaklıları hatta tabii olarak kurucular gerçek idare merkezini daha iyi bilirler, kolaylıkla teşhis edebilirler, çok defa bizzat oradadırlar.

10.2.2.2. Kamusal Menfaatlerin Sağlanıp Korunması

Gerçek idare merkezi, ortaklıklarla ilgili konu ve sorunlarda sözkonusu olan kamu menfaatlerini daha dengeli ve âdil bir şekilde sağlar ve korurlar. Çünkü: ortaklığın gerçek yönetim merkezinin bulunduğu ülke devleti, ekonomik ve politik, kamusal ve kişisel menfaatleri düzenleyen kuralları, kendisinde faaliyette bulunan bütün ekonomik ünitelere bu arada ortaklıklara uygulamak ister⁷². Ekonomik düzeni meydana getiren hukuk kurallarının bu düzen içinde yer alan her üniteye uygulanması tabiidir. Bir devlet ülkesinde çalışan her ekonomik ünite gibi ortaklıkların da o ülkenin ekonomi, ticaret ve malî politikasına bağlı olmasını isteyeceğinden, bu ortaklıkların kuruluş ve işleyişlerine de kendi hukukunu uygulaması kamu yararınadır.

10.2.2.3. Hukukî İşlem Güvenliğinin Sağlanıp Korunması

Merkez hukukunun uygulanması görüşünü savunanlar: kuruluş hukukunda tanınan serbestinin, irade muhtariyetinin uygulanması anlamını taşıdığını; oysa ortaklığın kuruluş işleminin ortaklık sözleşmesinin düzenlenmesi ve tescilinin basit bir borçlar veya ticaret hukuku sözleşmesi niteliğinde bulunmadığını ve bu sebeple de ortak-

71) GROSSFELD, RabelsZ. 31 (1967), s. 24 vd.

72) GROSSFELD, RabelsZ. 31 (1967), s. 27 vd.; RAAPE, s. 198; KEGEL, s. 263.

lığın kuruluşunun irade muhtariyetinin kapsamına sokulmasının mümkün olmadığını ileri sürerler⁷³. Gerçekten, ortaklıkların kuruluşunu bir borçlar hukuku sözleşmesinin akti gibi nitelendirmek ve mütalâa etmek doğru değildir. Ancak, ister gerçek yönetim merkezi, ister kuruluş hukuku kriteri benimsensin, ortada kurucu'arın iradesine tâbi olarak bir hukuk seçimi yapıldığı gerçeği de gözden uzak tutulamaz. Seçim bir kere yapıldıktan sonra, ortaklık artık o hukuka tâbi olmaktadır. Aradaki fark, kuruluş hukukunun uygulanması halinde, gerçek yönetim merkezi farklı bir mahalde ise o zaman ortaya çıkar. Kuruluş hukuku kriterine göre, sadece o hukuka göre kurulmak yeterli iken, gerçek yönetim merkezi kriterinde yönetim ve denetim organları ile genel kurulun veya bunlardan bir kaçının "merkez" ülkesinde bulunması gereği gibi objektif verilere ihtiyaç vardır. İşte, bu objektif veriler, ortaklıklar hukukunda, ortaklığın ehliyeti yanında özellikle organlarının sorumlulukları açısından da önem taşır.

10.3. TÜRK HUKUKUNDA UYGULANACAK HUKUK (LEX SOCIETATIS - ORTAKLIK STATÜSÜ)

Türk hukukunda ortaklık organlarının sorumluluğuna uygulanacak hukuku belirleyen açık bir kanunlar ihtilâfı kuralı yoktur. Aynı zamanda genel olarak "ortaklık statüsü" nün ne olduğunu belirleyen bir kurala da yer verilmemiştir. Bu konuda yayınlanmış mahkeme kararları da pek azdır. Sadece doktrinde konu incelenmiştir.

10.3.1. Yargıtayın Görüşü

Yargıtayın hangi görüşü benimsediğini kesin olarak belirleyebilmek imkânı yoktur. Yüksek mahkemenin gerçek yönetim merkezine meylettiği söylenebilir. Gerçekten TD. 30.5.1958 tarihli kararında, Türkiye'de şube açmış bir ortaklığın merkezi İtalya'da olduğu için bu ortaklığın yabancı olduğunu kabul etmiştir⁷⁴. Kararın fazla teferruatlı olmaması nedeniyle, lex societatis ile doğrudan ilgisini

73) GROSSFELD, RabelsZ. 31 (1967), s. 27 vd.

74) ABD. 15 (1958), s. 352 ve Erdoğan GÖĞER, Kanunlar İhtilâfı, İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları, Ankara 1973, s. 43 vd.

tesbit etmek güçtür. Fakat doktrinde gerçek merkezi destekleyen bir karar olarak anılmaktadır⁷⁵. Doktrinde⁷⁶ Yargıtay İcra İflâs Dairesi'nin 19.6.1966 tarihli kararında⁷⁷ ise "faaliyet merkezi" kriterinin kabul edildiği hatalı olarak belirtilmektedir. Oysa anılan kararda "faaliyet merkezi"nden sözedilmediği gibi, karar konu ile de ilgili değildir. Anılan kararda, merkezi İtalya'da olan ve Türkiye'de de bir şubesi bulunan Imppressa Massacurati ortaklığı iflâs etmiş ve İtalya'da iflâs masası teşkil olunmuştur. Yargıtay, bu iflâsın Türkiye'deki şubeye şâmil bulunmadığını, usul hükümleri gibi icra iflâs hükümlerinin de devletin hâkimiyet hakları ve kamu düzeni ile ilgili bulunduğunu belirtmekte ve zaten İtalyan yargıcın, iflâsın Türkiye şubesine de uygulanması talebini bu sebeble reddettiğini ifade etmektedir. Kararda, Türkiye'deki şubenin, Türkiye'deki alacakları için Türk kanunlarına göre takip yapabileceği kaydedilmektedir.

Daha eski bir kararda⁷⁸ ise Yargıtay komandite ortakların, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı sorumluluklarının "mahalli" kanuna tâbi olduğunu belirtmektedir. Buradaki "mahalli" kelimesi, kuruluşun yapıldığı veya merkezin bulunduğu ülkeyi ifade etmekte ve mahallî hukuk *lex societatis* anlamına kullanılmış bulunmaktadır. Ancak *lex societatis* bunlardan hangisi olduğu anlaşılmamaktadır.

10.3.2. Doktrin

Ortaklık statüsünü tesbit eden kriterin ne olduğu sorusuna Türk doktrinde farklı cevaplar verilmekte, farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak, sonuçta "idare merkezi" ve "işletme merkezi" kriterlerinde birleşilmektedir, denilebilir. Gerçekten, görüş sahiplerinden bazıları "idare merkezi"⁷⁹ nin geçerli olduğunu savunurlarken, bir

75) Mümin ÖZDEMİR, Grundzüge des Türkischen Internationalen Gesellschaftsrechts, Köln 1976, s. 51.

76) ÖZDEMİR, s. 51.

77) Resmî Kararlar Dergisi, 14 (1969), s. 115 vd.

78) Yargıtay Ticaret Dairesinin 22.5.1922 tarihli kararı, Şahap ARINÇ, Haşiyeli Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1946, s. 159'da anılmıştır.

79) Tuğrul ARAT, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara 1970, s. 104; Kemalettin BİRSEN, Sermaye Şirketlerinin Tabiiyetini Tayinde Türk Sistemi, III. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara

kısmı da "işletme merkezi" nin⁸⁰ esas alınması gerektiğini belirtmektedir. "İdare Merkezi" ile "işletme merkezi" kavramları arasında bir fark bulunmadığı gözönünde tutulursa, farklı deyimlerin kullanılmış olmasına rağmen aynı kavramın kastedildiği sonucuna varılabilir. Şu nokta da belirtilmelidir: doktrinde bu tartışma ortaklıkların vatandaşlıkları olup olmadığı sorununun incelenmesi sırasında ele alınmıştır. Tüzel kişilerin kendilerine özgü vatandaşlıkları bulunduğu görüşü karşısında⁸¹ bunu reddeden görüş yer almaktadır⁸². Bir diğer deyişle, Türk doktrininde, ortaklık statüsü genel olarak, ortaklıkların tabiiyetlerinin bulunup bulunmadığı tartışmasına ilişkin olarak ele alınmış, ancak doğrudan doğruya ortaklık organlarının sorumluluğuna uygulanacak statü incelenmemiştir.

Kanaatimce, ortaklıklar hukukunda, organların sorumluluğuna uygulanacak hukuk, Türk hukukunda da, ortaklıkların ehliyetine uygulanan hukukun kapsamına girer. Diğer bir deyişle, ortaklık statüsü (lex societatis) sorumluluğa da uygulanır. Böyle olunca da, ortaklık statüsünün tesbitinde ileri sürülen görüşler ve gösterilen yasal dayanaklar inceleme konumuz için de önem kazanır ve sorunu çözümleyici bir özellik gösterirler.

1964, s. 509 vd.; Jale GÜRAL, *Hususî Hukuk Tüzel Kişilerinin Milletlerarası Mevcudiyeti*, Ankara 1969, s. 30 ve 31; ÖZDEMİR, s. 51 vd.; Vedat SEViĞ, *Ticarî Sahada Kanunlar İhtilâfı*, s. 195; Gülören TEKİNALP, *Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması*, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 205; (Kısaca = G. TEKİNALP, *Arslanlı Armağanı; Bağlama Kuralları*, s. 41 vd.).

80) Osman TOJUN, *Türk Hukukunda Sermaye Şirketlerinin Tabiiyeti*, III. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1964, s. 483 vd.; Nihal ULUOCAK, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1968, s. 148.

81) ARAT, s. 103; Halil ARSLANLI, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Limited Şirketler*, İstanbul 1962, s. 12 ve 13'de şirketin, tabiiyetini taşıdığı memleket kanununun, hukukî statüsünü de tayin ettiğini belirtmektedir. Osman Fazıl BERKİ, *Devletler Hususî Hukuku I*, 6. Baskı, Ankara 1966; BİRSEN, s. 519 vd.; Gülören TEKİNALP, *Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı*, 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 553 vd. (Kısaca = G. TEKİNALP, 50. Yıl).

82) GÜRAL, s. 30, 31; Nihal ERDENER, *Genel Olarak Şirketlerin Tabiiyeti*, III. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1964, s. 473-501; ULUOCAK, s. 148.

Doktrinde savunulan görüşlerin dayanağı olarak “Ecnebi Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler Hakkında Muvakkat Kanun”⁸³ (EŞK) un 1 ve 15. maddeleri ve TK’nın 42. maddesinin 4. fıkrasından yararlanılmaktadır. EŞK genel olarak yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de çalışabilmelerine ilişkin kuralların yer aldığı bir kanundur. Ancak, bu kanunun, Türk hukukunda ortaklık statüsünün tesbitinde kriter çıkarılmasına elverişli bazı hükümlere de yer verdiği görülmektedir. Kanunun 1. maddesinde hangi tüzel kişilerin yabancı sayılacakları belirtilmiştir. Aynı maddeye göre, bir yabancı ortaklığın Türkiye’de çalışabilme izni alabilmesi için ibraz edeceği çeşitli vesikalar arasında “... i d a r e m e r k e z i n i n bulunduğ u ülke kanunlarına göre kurulmuş” bulunduğunu tevsik eden bir belge de yer almaktadır. Kanunun 15. maddesi ise “ E s a s m u a m e l e l e r i n i Türkiye’de icra eden anonim ve sermayesi paylara bölünmüş ortaklıklar... üç ay içinde Türk ortaklığına tahavvül edecekler, aksi takdirde idarehaneleri seddolunacaktır” hükmünü öngörmektedir. TK. m. 42’de ise “Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticarî işletmelerin Türkiye’deki şubelerinin” tescillerinin ne suretle yapılacağı düzenlenmektedir.

Verilen bilgilerden anlaşıldığı gibi, görüşlere dayanak yapılan kanunlar ve hükümler doğrudan doğruya konuya ait değildir. Ancak, kriterlerin çıkarılmasına yardımcı olmakta, kendilerinden dolayı bir tarzda yararlanmak imkânı bulunmaktadır.

Anılan maddeler içinde EŞK. m. 15’deki “esas muameleler” ile TK. m. 42’de kullanılan “merkez”in neyi ifade ettiği önem kazanmaktadır. Hukukumuz açısından bir sonuca varabilmek için bu deyim ve kavrama anlam vermek, başka bir deyişle neyin kastedildiğini tesbit etmek zorunludur.

EŞK. m. 1’de hem kuruluş hukuku hem de idare merkezi kriterlerine yer verildiği ileri sürülmekte⁸⁴, 15. maddede ise muamele merkezi veya buna eş olan işletme merkezi kriterinin kullanıldığı savunulmaktadır⁸⁵. Diğer bazı

83) 1915 tarihinde, kapitülâsyonların kaldırılmasından hemen sonra çıkarılan EŞK, yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de çalışabilme şartlarını düzenlemektedir.

84) ULUOCAK, s. 148.

85) ULUOCAK, s. 149.

müellifler ise, EŞK. m. 1'de *İ d a r e m e r k e z i* kriterinin öngörülmüş bulunduğu, ancak, yabancı tüzel kişinin merkezi dışarda olmakla beraber muamelelerini Türkiye'de toplarsa 15. maddeye göre Türk tüzel kişisi olmak zorunda kalacağı görüşünü ortaya koymaktadırlar⁸⁶. EŞK. m. 15'in öngörülme amacının kötüye kullanmaları önlemek olduğu da ifade edilmektedir⁸⁷.

TK. m. 42'de zikredilmiş bulunan "merkez" kelimesinin ise *i d a r e m e r k e z i* anlamına geldiği söylendiği⁸⁸ gibi ancak *i ş l e t m e m e r k e z i* olabileceği de beyan edilmektedir⁸⁹. İkinci görüşün taraftarları, aynı zamanda, "işletme merkezi" ve "muamele merkezi" deyimlerinin aynı kavramın karşılığı olduğunu da savunmaktadırlar⁹⁰.

Kuruluş hukukunun esas sözleşmedeki "idare merkezi" ile genel olarak aynı yer olduğu, özellikle Türk hukukunda gerek ETK. gerek TK. hükümlerine göre kuruluşa uygulanan hukuk ile ortaklığın tescil edildiği yerin "esas sözleşmede öngörülen merkez'in bulunduğu yer"deki ticaret sicili olması nedeni ile merkez hukuku ile çakıştığı unutulmamalıdır.

EŞK. hem eski hem de yeni TK. ile ahenkli bir tarzda uygulandığına göre, bu kanunun 1. maddesinde geçen "idare merkezine göre kurulma" deyiminin, ETK. ve TK'dan farklı anlama gelmesine imkân yoktur.

TK. m. 42'de yer alan "merkez" ile EŞK. m. 15'de geçen "esas muameleler" deyimlerinin anlamına gelince: TK'ya hâkim olan esas ticarî işletme'dir⁹¹. Böyle olunca TK. m. 42, f. 4'deki merkezin de

86) BİRSEN, s. 508 vd.; SEVİĞ, Ticarî Sahada Kanunlar İhtilâfı, s. 195; M. SEVİĞ/V. SEVİĞ, Devletler Hususî Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1962; G. TEKİNALP, 50. Yıl, s. 571 vd.; TOLUN, s. 482 vd.

87) BİRSEN, s. 530; SEVİĞ/SEVİĞ, s. 305 vd.; SEVİĞ, Ticarî Sahada Kanunlar İhtilâfı, s. 196; G. TEKİNALP, 50. Yıl, s. 573; Arslanlı Armağanı, s. 205.

88) SEVİĞ/SEVİĞ, s. 304 vd.; SEVİĞ, Ticarî Sahada Kanunlar İhtilâfı, s. 195.

89) ULUOCAK, s. 148; TOLUN, s. 483.

90) ULUOCAK, s. 148.

91) Reha POROY, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 20 vd.

ticarî işletmenin merkezi olması tabiidir. Acaba işletme merkezi idare merkezinden farklı mıdır? Ticarî işletme bir üst kavramı ifade eder. İdare merkezi ise bu kavram içinde yer alır. *Hirsch*, ticarî işletmenin bir mahalli ağırlık merkezi bulunduğunu, buna "ticaretgâh" denildiğini, buranın da idare merkezi olduğunu ifade etmektedir⁹². Onun için, fabrika, imalâthane, ambar, büro gibi yerler ticaretgâh, yani merkez değildir; meğer ki, bu yerlerden birinde istisnaen işletme yoğunlaşmış olsun⁹³. TK. m. 11'de bir bütün halinde ele alınan ticarî işletme de bu görüşü destekler.

EŞK. m. 15'de yer alan "esas muameleler" deyimini ile de "idarî muameleler" kastedilmektedir. Çünkü, Osmanlı İmparatorluğu zamanında, yabancı ortaklıkların bazı imkânları kötüye kullanmalarına engel olmak amacı ile çıkarılmış bir kanunun, tarihi amacına bağlı kalarak yorumlanması, onu bugün "uygulanmazlık" a mahkûm etmek demek olur. Kanunun bugün uygulanabilmesi ve ihtiyaçları karşılayabilmesi için günün şartlarına uygun bir tarzda yorumlanması kaçınılmazdır⁹⁴. Böyle olunca da "esas muameleler" deyimini ile "gerçek yönetim merkezi"nin kastedildiğini kabul zorunluluğu ortaya çıkar.

Burada çözümü gerekli bir sorun daha vardır : O da EŞK.'nin anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar için çıkarılmış olması karşısında, şahıs ortaklıkları için bu kanundan hareketle nasıl sonuca varılacağı, nasıl şahıs ortaklıklarına da uygulanabilecek bir kriter çıkarılacağı sorunudur. Bunun için de 42. maddenin genel bir hüküm olduğu ve şahıs ortaklıklarına da uygulanacağı cevabı verilebilir⁹⁵.

Son olarak 1976 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanıp, Ankara Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri öğretim üyelerinin de katıldığı toplantılarda tartışılan⁹⁶ ve daha sonra bazı de-

92) HİRŞ, s. 125; Halil ARSLANLI, Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul 1959, s. 107 vd.

93) HİRŞ, s. 125.

94) G. TEKİNALP, 50. Yıl, s. 572, dn. 63.

95) ARSLANLI, Limited Şirketler, s. 17.

96) Bildiriler ve tartışmalar kitap halinde yayımlanmıştır : Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978.

ğişikliklerle Adalet Bakanlığınca da benimsenen “Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Tasarısı”nın 1980 metninde “gerçek idare merkezi”nin kabul edildiğini belirtmeliyim. Buna karşılık, Adalet Bakanlığının 1981 Nisan tarihini taşıyan bir refakat yazısı ile gönderilen son Tasarı metninde, gerekçesi anlaşılmayan bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik sonucunda ehliyet maddesinin 4. fıkrası aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “Tüzel kişilerin veya kişi ve mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi, bu yoksa gerçek idare merkezi hukukuna tâbidir” “*Statüdeki merkez*” (esas sözleşme merkezi) kriterinin özellikle Türk hukukunda kaçınılmaz biçimde kuruluş hukuku demek olduğu düşünülürse ve esas sözleşmede merkezi gösterilmemiş bir tüzel kişinin kuruluş işlemlerini tamamlamamış olacağı gözönünde bulundurulursa, Tasarının yeni metninde “kuruluş hukuku” kriterinin esas alındığı sonucuna varılır. Fakat, maddede esas sözleşmedeki idare merkezi kavramı yanında “*gerçek idare merkezi*” kriterinin öngörülmesi, yapılan değişikliğin amacının doğrudan doğruya “kuruluş hukuku” kriterini kabul olmadığı söylenebilir. Mamafih, iki kriterin yanyana aynı maddede yer alması, gerçek merkez kriterinin, sadece esas sözleşmedeki merkezin bulunmaması gibi imkânsız bir şarta bağlanması, bu kriterin hiç kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca belirtilmelidir ki, iki kriterin bu şekli ile birbirini tamamlaması da imkânsızdır. Kuruluş hukuku kriteri taraftarlarınca, kuruluş hukukuna karşı ileri sürülen sakıncaların giderilmesi için, gerçek merkez yararına kısıtlamalar yapılması eğilimi⁹⁸ doktrinde bulunmakla beraber, Tasarıdaki düzenleme bi-

97) Adalet Bakanlığı temsilcileri İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri Devletler Hususî Hukuku Kürsüsü öğretim üyeleri ile temas ve istişarelerde bulunarak Tasarayı geliştirmişlerdir.

98) Bu eğilimde, tüzel kişinin ehliyeti, temelde kuruluş hukukuna tâbi tutulmaktadır. Böylelikle herkes tarafından kabul edilebilecek “kuruluş hukuku” kriteri yanında tüzel kişinin gerçek idare merkezi kendisinde bulunan devletin de haklı menfaatlerinin korunabildiği iddia edilmektedir. bk. BEHRENS, Hachenburg/Behrens, N. 87. Aynı eğilim “Karşılıklı Olarak Ortaklıkların ve Tüzel Kişilerin Tanınması Hakkında AET Anlaşma”sına da hâkim olmuştur. Bu konuda fazla bilgi için bk. Gülören TEKİNALP, AET’de Tüzel Kişilerin Tanınması, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, 1977, s. 330 vd.

çimini bu şekilde yorumlamak da mümkün değildir. Bir kere daha vurgulamak gereklidir ki, tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin son Tasarı hükmünün bu şekli ile kabulü mümkün değildir. Çünkü iki karşıt kriteri, bunlardan birinin uygulanma imkânı kaldırılarak bir arada öngörmenin hiçbir anlamı yoktur.

10.3.3. Ortaklık Statüsünün Uygulanmadığı Haller

Türk hukukunda ortaklık statüsü olarak kabul edilen “gerçek yönetim merkezi” hukuku, ortaklıkların organlarının sorumluluklarına da uygulanacaktır. Ancak bazı işlemler başka hukuka tâbi olacaktır. Organların üçüncü kişilerle yaptıkları işlemler *lex causae*’ye tâbi olacaktır. Organların haksız fiillerinden doğan sorumluluklarında ise, bir taraftan haksız fiilin bağlama kuralı diğer taraftan da *lex societatis* etkili olacak, kanunlar yarışması aynen talepler yarışmasında olduğu gibi çözülecektir. Diğer yandan iflâs statüsü de kendisine has bir şekilde tesbit edilir. Fakat bunlar ortaklık statüsünün gerçek istisnaları değildir. Anılan hukukî müesseseler objektif olarak önceden tesbit edilmiş başka bağlama kurallarına tabidirler. Burada değinilmek istenen istisnalar sorumluluk statüsü içinde düşünülebilen fakat başka hukuka tâbi tutulmaları da sözkonusu edilebilecek istisnalardır. Bunlar da kamu düzeni ile şube yöneticisi, ticarî mümessilin sorumluluğudur.