

Şirketler Hukuku Şerhi kitabımızın 2. cildinin 1648-1680 sayfaları arasında yer alan 359 ve 360. maddelerin dipnot referansları ve dipnotları teknik bir sorundan dolayı çıkmamıştır. Bu maddelerin dipnotlar eklenmiş hali aşağıda yer almaktadır. Meydana gelen hata için yazarımızdan ve okuyucularımızdan özür dileriz...

İkinci Bölüm Yönetim Kurulu

A. Genel olarak

I. Atama ve seçim

1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri

Madde 359^(*) - (1) Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. (Mülga son cümle: 26/6/2012 - 6335/43 md.) (...)

(2) Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilan yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.

(3) Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. (Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 26/6/2012 - 6335/43 md.)

(4) Üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir.

(5) (Ek: 28/3/2013 - 6455/79 md.) Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcileri yönetim kuruluna seçilebilir. Yönetim kurulu üye sayısının ikiden fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişi yönetim kuruluna seçilebilir.

Gerekçe

Tasarımın bu maddesi 6762 sayılı Kanununun 312'nci maddesine nazaran bir çok yeniliği içermektedir. Bunlar şöyle sıralanabilir:

Birinci fıkrada: (a) Yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşacağına ilişkin mevcut hüküm terk edilerek bir üyeli yönetim kuruluna olanak tanınmıştır. Bunun sebebi, bir taraftan, sistemde tek paylaşımlı anonim şirkete yer verilerek birçok AB ülkesinin aynı kuralı uygulamakta olması dolayısıyla AB hukuku ile uyum sağlanması, diğer taraftan da, küçük anonim şirketler ile ana şirketlerde, daha kolay yönetim yöntemlerinin uygulanmasına olanak tanınmasıdır. Tek kişilik yönetim kurulu anonim şirketler hukukumuzun kaynağı sayılabilecek İsviçre Borçlar Kanununun 707'nci maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi Alm.POK'nın 76'ncı paragrafının ikinci fıkrasında da tanınmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi tek kişilik yönetim kurulları küçük anonim şirketler ile grubu yöneten şirketlere uygun bir araçtır. Hele Tasarımda öngörüldüğü üzere tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabildiği bir sistemde önemli bir anlam kazanmaktadır. Tek kişi ile kurul ifadesini çelişki yaratabileceği de düşünülmemelidir. Çünkü buradaki "kurul" kelimesi birden ziyade kişiden çok, "organ"a işaret etmektedir. Modern şirketler hukuku anlayışında kurulun birden çok kişi anlamı gün geçtikçe vurgusunu yitirmektedir. Tek üyeli yönetim kurulu bir çok komite ve komisyonla birlikte çalışıp bir yönetim örgütü oluşturabilir. İsviçre ve Almanya gibi ekonomilerin gereksinimini duyduğu tek üyeli yönetim kuruluna, Türk ekonomisinin gereksinim duymayacağı söylenemez. Ayrıca 338'inci maddede verilen gerekçeye de bakınız.

Bu kuralın esneklik ve kolaylık sağlayacağı ve özellikle topluluk oluşturulmasında, kurumsallaşmada ve hatta profesyonelleşme ile bölünmelerde yararlı olacağı düşünülmüştür.

(b) Bu madde ile, yönetim kurulu üyelerinin ayrıca, pay sahibi olmalarına ilişkin 6762 sayılı Kanunda öngörülmüş bulunan (gereksiz) zorunluluk kaldırılmıştır. Böylece hem az ortaklı anonim şirketlerde çok üyeli yönetim kurulu oluşturulmasına olanak tanınmış, hem de yapay hile-i şer'îye olan çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesinin yolu açılmıştır.

(c) Kanundan farklı olarak Tasarımın 359'uncu maddesi en az bir üye için vatandaşlık ve yerleşim yeri şartı getirmiştir. Temsile yetkili üyelerden en az birinin Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmasının ve Türk vatandaşı olması şartının sebebi; işlem kolaylığını sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumaktır.

(d) Ayrıca 1527'nci maddede on-line olarak yönetim kurulu toplantısı yapılmasına olanak sağlanmıştır. Buna karşılık, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için, kurumsal yönetim ilkelerinin bir gereği olarak uygulanmaya başlayan tarafsız/bağımsız üye uygulamasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye Tasarımda yer verilmemiştir. Çünkü, bu sistem kapalı anonim şirketler için önerilmemiş, bu şirketler yönünden bir ihtiyaç da gösterilmemiştir. Diğer taraftan Sermaye Piyasası Kurulu halka açık şirketler için bu uygulamayı ülkemizde başlatmıştır.

İkinci fıkrada: İkinci fıkrada, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine olanak tanınarak, bir taraftan, 623'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile uyum sağlanmış, diğer taraftan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmiştir. Düzenleme sorumluluk hukukunun ana gelişme eksenine taşınmıştır. Dev yapılı, çok uluslu şirketlerin; temsilcilerinin arkasına gizlenmelerine hukukun seyirci kalması sadece adaletsizliği artırmak-

^(*) Doç. Dr. iur. Cafer EMİNOĞLU
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6219-3360>.

la kalmamakla aynı zamanda hukuka güveni de sarsmakta, hukukî gerçeğe göz kapama anlamına gelmekte ve kanun koyucuyu da hukuk kuralının nesnellığı yönünden müşkül durumda bırakmaktadır. Bu fıkra ile çağdaş, hakça bir sorumluluk sistemi kabul edilerek, tüzel kişinin temsilcisinin üye seçilmesi ile üyenin (temsilcinin) tüzel kişi ile arasındaki bağın kesildiği ve tüzel kişinin, temsilcisinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulamayacağı şeklindeki yapay teori reddedilmiştir. Artık, tüzel kişilerin temsilcilerinden oluşan zayıf malvarlıklı üyelerin sorumluluğu ile hukukî gerçeklere göz yumulmayacaktır.

Şirketler topluluğu gerçeğini tanıyıp düzenleyen (madde 195 ve devamı) bu Kanun için 359'uncu madde sisteminin kabulü zorunlu idi.

Tüzel kişi yönetim kuruluna bizzat gelemeceği için toplantıya katılacak olan gerçek kişi onun tarafından belirlenir ve onun adına tescil ve ilân olunur. Toplantılara anılan gerçek kişi katılıp oy kullanır. Kullanılan oy tüzel kişindir. Tescil, tüzel kişinin üyeliğini söz konusu gerçek kişinin kişiliğinde somutlaştırıp belirgin konuma getirmekte ve bu yönden kurucu bir etkiye sahip bulunmaktadır. İlân ise bunu üçüncü kişilere bildirir. Ayrıca tescil ve ilân keyfiyeti şirketin web sitesinde de yayımlanır. Belirleme, tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı kişileri yollayarak kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmak amacıyla yöneliktir. Tüzel kişi adına tescil ve ilân edilecek kişi, tüzel kişi tarafından belirlenir, yoksa genel kurul tarafından seçilmez; esas sözleşmeye bu yolda hüküm konulamaz. Çünkü, seçimle tüzel kişi yönetim kuruluna üye olmuştur. Tüzel kişi, kendi adına toplantılara katılacak kişiyi değiştirmek istiyorsa şirkete başvurarak yeni kişiyi tescil ve ilân ettirmelidir. Gerçek kişiyi belirlemek ve değiştirmek hakkı sadece tüzel kişiye aittir. Ancak şirketin, haklı sebeplerin varlığında tüzel kişiden değiştirme talebinde bulunmaya hakkı vardır.

Bu düzenleme ile, yıllardır hukukumuzda hakim olan bir tüzel kişinin yönetim kurulunda birden çok temsilciye sahip ve birden çok oyu haiz olmasına ilişkin teoriye ve dogmatığa aykırı, menfaatler dengesini bozan uygulama da son bulacaktır. Çünkü, her üye gibi tüzel kişi de yönetim kurulunda bir oy hakkına sahip olacaktır.

Üçüncü fıkra: Üçüncü fıkra da üyelerin ve tüzel kişi adına tescil edilecek kişinin, tam ehliyetli olması gereği açıkça ifade edilmiş ve yönetim kurulu üyelerinin yarısı ile tüzel kişi adına tescil ve ilân edilecek kişinin yüksek öğrenim görmüş olması şartı getirilmiştir. Bu suretle yönetim kurulunun nicelik yönünden düzeyi yükseltilmiş ve profesyonel üyelerin seçimine zemin hazırlanarak kurumsal yönetim ilkeleriyle uyum sağlanmıştır.

Dördüncü fıkra: Son fıkra, mahkeme kararlarında kabul edilen ve öğretilerde hakim olan görüşü kanunlaştırmıştır. Bu fıkra 362'nci maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile 363'üncü maddenin ikinci fıkrası başta olmak üzere ilgili hükümlerle birlikte yorumlanmalıdır.

Kaynakça:

AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016; ARSLANLI, Halil, *Anonim Şirketler, C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, İstanbul, 1960; AYHAN, Rıza: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı", *Seçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 1988, s. 235-248; BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016; COŞTAN, Hülya, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği*, *BATİDER*, C. XXIX S. 1, s. 118-137; ÇAMOĞLU, Ersin / POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014; EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, F. Betül: "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 283; GOETTE, Wulf / HABERSACK, Mathias / KALSS, Susanne (Editörler): *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Cilt, C.H. BECK, 5. Baskı, 2019; HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / Watter, Rolf (Editörler): *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. Bası, Basel 2012; KENDİGELEN, Abuzer: *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, 2016; KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirket Hukuku, Cilt I*, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013; KORTUNAY, Ayhan: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha, 2015; MOROĞLU, Erdoğan: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2016. PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları; PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2015; ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf (Editörler): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft*, Art. 530-771 OR, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016; TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

I. Genel Olarak

TTK m.359 hükmü, kanunun ikinci kitabı olan "ticaret şirketleri" kapsamında yer alan anonim şirketler kısmının "yönetim kurulu" kenar başlıklı ikinci bölümünün ilk maddesidir. Bu madde hükmünde kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin seçilmesine, sayısına ve niteliklerine ilişkin birtakım belirlemelerde bulunmuş, özel hukuk ve kamu tüzel kişilerinin üyeliklerine ilişkin bazı özel düzenlemelere yer vermiştir.

Yönetim kurulu anonim şirketin işleyişi açısından vazgeçilmez bir organdır. Gerçekten de anonim şirketin temsil ve idare organı olan yönetim kurulu, genel kurul ile birlikte temel organ niteliğini haizdir ve yokluğu bir fesih sebebidir (TTK m.530/1). TTK genel kurulun yönetim kurulu ile olan ilişkisi bakımından işlevler ayrılığını benimsemiş ve bu çerçevede eşitlikçi modeli (Paritätsprinzip) kabul etmiştir.¹ Yönetim kurulu genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili kılınmıştır (TTK m.374/1).

Anonim şirketin yapısı ve işleyişi açısından vazgeçilmez olan yönetim kurulunun yetkileri yönetim kurulu üyesi veya üyeleri eliyle kullanılır.² Yönetim kurulunun kaç üyeden oluşacağı şirket esas sözleşmesinde belirtilir (TTK m.339/1-g). TTK m.359 hükmü işte bu önemli organın oluşmasına, üyelerinin belirlenmesine ilişkin hükümler içermektedir.

TTK m.359'un ilk fıkrasında bir anonim şirketin yönetim kurulunun bulunması gerektiği, bu organın, TTK m.339/3 hükmüne uygun olarak, esas sözleşme ile atanacağı ya da kuruluştan sonra toplanan genel kurullar tarafından seçileceği düzenlenmektedir. Aynı fıkrafta, 6762 sayılı eTTK m.312 hükmünün öngördüğü en az üç üye şartı terk edilmek suretiyle yönetim kurulunun bir veya daha fazla kişiden oluşabileceği belirtilmiş, üstelik üyelik için gerçek kişi veya pay sahibi olma koşulu da aranmamıştır.

Hükmün ikinci fıkrası, bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi hali için özel bir yükümlülük öngörmektedir. Buna göre yönetim kurulu üyesi tüzel kişiyle birlikte onun adına sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan edilmelidir. Tereddütlere mahal vermemek için ilgili gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi seçilen tüzel kişi tarafından belirleneceği ve sadece tescil edilmiş olan bu kişinin onun adına toplantılara katılıp oy kullanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Hükmün üçüncü fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şart kılınmış ve sonraki fıkrafta üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel teşkil ettiği belirlenmesine yer verilmiştir. Kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, ilgili tüzel kişilerin veya bunların gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebilmelerine ilişkin beşinci ve son fıkra ise maddeye 2013 yılında 6455 sayılı kanun³ ile eklenmiştir. Yol açtığı belirsizlikler, yönetim kurulunun kuramsal yapısına ilişkin taşıdığı sistematik uyumsuzluklar ve riskler nedeniyle ilgili fıkra hükmü yoğun öğretisel eleştirilere muhatap olmuştur.

II. Hükmün Tarihiçesi, Mehazı ve Gereğesine İlişkin Değerlendirmeler

TTK'nın "üyelerin sayısı ve nitelikleri" kenar başlıklı 359 madde hükmünün kökenleri 6762 sayılı eTTK'nın "azaların sayısı ve sıfatı" kenar başlıklı 312. maddesine dayanmakta ancak içerdiği yenilikler ve değişiklikler itibarıyla ilgili hükümden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Eski TTK'nın ilgili hükmünde anonim şirketlerin esas sözleşmesiyle tayin edilmiş veya genel kurul tarafından seçilmiş en az üç kişiden oluşan bir yönetim kurulunun bulunması gerektiği hükme bağlanmaktaydı. Yine üyelik için pay sahibi olunması şart koşulmakta, pay sahibi olan bir tüzel kişinin ise yönetim kurulu üyesi olamayacağı ancak bu kişilerin temsilcilerinin yönetim kuruluna üye seçilebilecekleri hükme bağlanmaktaydı. Buna karşılık eTTK m.312 hükmü tek kişilik yönetim kuruluna, tüzel kişilerin ve pay sahibi olmayanların yönetim kurulu üyesi olmalarına imkân tanıyan bir içeriğe sahip değildi.

TTK m.359 hükmünün ilk halinde, mevcut içeriğinden farklı olarak, temsile yetkili en az bir yönetim kurulu üyesinin yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şart koşulmaktaydı.

¹ KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirket Hukuku, Cilt 1*, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013, s. 395.

² SPIENDLER, Gerald; GOETTE, Wulf / HABERSACK, Mathias / KALSS, Susanne (Editörler): *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Cilt*, C.H. BECK, 5. Baskı, 2019, Kn. 1.

³ 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin en az yarısıyla tüzel kişi adına tescil ve ilân edilen kişinin ve tek üyeli yönetim kurulunda bu üyenin yükseköğrenim görmüş olması koşulu aranmaktaydı. İfade edilen hükümler 6335 sayılı Kanun ile madde içeriğinden çıkarılmıştır.⁴

Hüküm getirdiği en önemli yeniliklerden biri hiç şüphesiz yönetim kurulunun tek kişiden oluşması olanak tanınmasıdır. Bu yeniliğin sebebi olarak hükmün gerekçesinde bir taraftan, sistemde tek pay sahipli anonim şirkete yer verilerek birçok AB ülkesinin aynı kuralı uygulamakta olması dolayısıyla AB hukuku ile uyum sağlanması, diğer taraftan da, küçük anonim şirketler ile ana şirketlerde, daha kolay yönetme yöntemlerinin uygulanmasına olanak tanınması amaçları gösterilmiştir. Bu bağlamda İsviçre ve Alman hukukundan da etkilenildiğini belirtmek gerekir.⁵ Gerçekten de İsviçre Borçlar Kanunu (OR) §707/1 hükmünde anonim şirket yönetim kurulunun (“*Verwaltungsrat*”) bir veya daha fazla üyeden oluşabileceği düzenlenmektedir. Aynı şekilde Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (dAktG) §76. hükmünde de yönetim kurulunun (“*Vorsstand*”) bir veya daha çok kişiden oluşabileceği hükme bağlanmaktadır.

TTK m.359 hükmünün getirdiği diğer bir yenilik yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmalarına ilişkin zorunluluğu kaldırmış olmasıdır. Böylelikle bir taraftan az ortaklı anonim şirketlerde çok üyeli yönetim kurulu oluşturulmasına diğer taraftan uzman ve profesyonel yönetim kurullarının oluşturulabilmesine olanak tanınmak istenmiştir.⁶

TTK m.359 hükmünün önemli tartışmalara yol açan bir diğer yeniliği ise tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmelerine olanak tanınmasıdır. Hükmün gerekçesine göre bu olanak sağlamak suretiyle tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmek istenmiştir. Bu düzenleme ile tüzel kişilerin, zayıf malvarlıklı temsilcilerinin arkasına gizlenmelerine göz yumulmayacağı belirtilmiştir.⁷ Ancak gerekçede bu kez de tescil edilecek gerçek kişilerin, adlarına tescil edilecekleri tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin arkasına saklanmalarına ilişkin sorunsaldan bahsedilmemiştir. Tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi seçilmesine ve onunla birlikte onun adına bir gerçek kişinin tescil edilmesine ilişkin düzenlemenin diğer bir gerekçesi olarak da TTK m.195 ve devamı hükümlerinde kodifiye edilen şirketler topluluğu hukukunun sağlıklı işlemesi ihtiyacı gösterilmiştir.⁸

III. Yönetim Kurulunun Oluşturulması ve Üye Sayısı

A. Genel Çerçeve

Yönetim kurulu, anonim şirketin zorunlu olarak mevcut olması gereken iki organından biridir. Bu zorunluluk TTK m.359/1 hükmünde yer alan “*anonim şirketin ... bir yönetim kurulu bulunur*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Nitekim yönetim kurulunun mevcudiyetinin ortadan kalkması TTK m.530/1 hükmünde şirketin feshi için bir sebep olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki yönetim kurulu bulunmayan bir anonim şirket, hak ve fiil ehliyetini kullanma yetisinden de mahrum olacaktır. Çünkü bu organ daimi olarak görev yapar, şirketi yönetir ve üçüncü kişilere karşı temsil eder.⁹

Zorunlu olmakla birlikte geçici bir nitelik arz eden genel kurulun anonim şirketin temsil ve yönetim vazifesini ifa etmesi beklenemez. Üstelik pay sahipleri bakımından geçerli olan sınırlı sorumluluk ve sermaye payını ödeme taahhüdüne dayalı tek borç ilkesi nedeniyle genel kurul ve üyeleri yönetim ve temsil işlemlerinden sorumlu tutulamayacaktır. İşte bu nedenledir ki kanun koyucu anonim şirketin üst düzeyde yönetimi

⁴ 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵ Bkz.: TTK m.359 gerekçesi.

⁶ Bkz.: TTK m.359 gerekçesi.

⁷ Bkz.: TTK m.359/2 gerekçesi.

⁸ Bkz.: TTK m.359/2 gerekçesi.

⁹ AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 3.

ve bunlarla ilgili talimatların verilmesini yönetim kurulunun vazgeçilemez görev ve yetkilerinin ilki olarak saymıştır (TTK m.375/1-a). Bunun da ötesinde yönetim kurulunu ve kendisine bırakılan alanda yönetimi, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili kılınmıştır (TTK m.374), böylelikle yönetim kurulunun konumunu genel kurul karşısında güçlendirmiştir.¹⁰

Kanun koyucunun genel kurulu yönetim kurulu karşısında sınırlamaya ve TTK m.374'ü desteklemeye yönelik iradesini ortaya koyan bir başka işaret TTK m.408/1 hükmüdür. İlgili hükümde genel kurulun, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmemiş bulunan hallerde karar alabileceği düzenlenmiş sonraki maddelerde genel kurul açısından devredilemez görev ve yetkiler belirlenmiştir. Dolayısıyla TTK'nın yönetim kurulu ve genel kurul ilişkisinde işlevler ayrılığı temelinde eşitlikçi bir model benimsediği ("*Paritätsprinzip*") ifade edilebilir.¹¹

B. Üye Sayısı

TTK m.359/1 hükmü bir anonim şirket yönetim kurulunun asgari üye sayısını düzenlemektedir. Buna göre yönetim kurulu bir veya daha fazla kişiden oluşmalıdır. Belirtmek gerekir ki buradaki belirleme genel bir nitelik arz eder. Özel düzenlemelere tabi anonim şirketlerde yönetim kurulu asgari üye sayısı değişebilmektedir. Örneğin II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği¹² m.3/1-f iio. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri m.4.3.1 ve diğer ilgili hükümlerde belirtilen payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan ortaklıkların yönetim kurulu üye sayısı beşten aşağı olamaz. Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanununda¹³ banka anonim şirketlerinin yönetim kurullarının genel müdür dahil beş kişiden az olamayacağı hükme bağlanmıştır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda¹⁴ da sigorta anonim şirketleri ve reasürans şirketlerinin yönetim kurullarının genel müdür dâhil beş kişiden az olamayacağı düzenlenmektedir (m.4/1).¹⁵

Bir anonim şirketin yönetim kurulunun tek üyeden oluşması halinde bu tek üyenin tüzel kişi olmasını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla sadece bir tüzel kişinin belirlenmesi durumunda m.359/2 kapsamında ilgili tüzel kişi, tescil ve ilan edilen gerçek kişi eliyle şirketi tek başına (ve kurul sıfatıyla) yönetecek ve temsil edecektir.¹⁶

Belirtmek gerekir ki TTK m.359/1 hükmü bir şirketin atanması ya da seçilmesi gereken üye sayısı bakımından yeterli bir açıklık sağlamamaktadır. Bu nedenle ki TTK m.339/2-g hükmünde yönetim kurulu üye sayısı esas sözleşmeye yazılması gereken hususlar arasında gösterilmiştir. Üye sayısının esas sözleşmede gösterilip gösterilmediği kanaatimizce TTK m.32'de belirlenen inceleme yükümlülüğü kapsamında ticaret sicil müdürünce denetlenmeli, ilgili hususun eksikliği halinde tescil işleminden imtina edilmelidir. İlgili eksikliğe rağmen esas sözleşmenin tescil edilmiş olması, TTK m.353/1 hükmü çerçevesinde, ilgili hükümde belirtilen menfaatlerin önemli bir şekilde tehlikeye düşmesi veya ihlal edilmesi söz konusu olmayacağı için, şirketin feshi için geçerli bir sebep olmayacaktır.¹⁷ Şu hâlde TTK m.33 kapsamında ilgili eksikliğin giderilmesi

¹⁰ **KENDİGELEN, Abuzer:** *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, 2016, s. 265.

¹¹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, s. 395.

¹² 3/01/2014 tarih ve 28871 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³ 1/11/2005 tarih ve 25983 (Mük.) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴ 14/06/2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵ Yönetim kurulu asgari üye sayısına ilişkin diğer bir düzenleme için bkz.: 6361 sayılı Kanun m.13/2. Burada asgari sayı üç olarak belirlenmiştir.

¹⁶ Yönetim kurulunun yabancılaşmasının önlenmesi bakımından, atanmamış ya da seçilmemiş olan tüzel kişi ile birlikte tescil ve ilan edilen gerçek kişinin görev yapmasının önlenmesi gerektiği hususunda bkz.: **MOROĞLU, Erdoğan:** *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2016, s. 168.

¹⁷ Karşı görüş için bkz.: **TEKİNALP, Ünal:** *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, Kn. 10-12.

sağlanabilir.¹⁸ Diğer taraftan TTK m.339/2-g hükmü, TTK m.359/1 iio emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kuralı olarak kabul edilmeli ve kurucularca atanmış ya da genel kurulca seçilmiş üye sayısı anonim şirket yönetim kurulu üye sayısı olarak geçerli olmalıdır. Nitekim öğretide, esas sözleşmede sabit üye sayısı yerine taban ve tavan rakamlar belirlemek suretiyle genel kurula üye sayısını belirleme olanağının tanınabileceği kabul edilmektedir.¹⁹ TTK m.159/1 hükmünde üye sayısı için, “bir veya daha fazla kişi” belirlemesi yapılmış olması karşısında, bir üst sayı sınırı bulunmadığı kabul edilmelidir.²⁰

Her halde, üye sayısı belirlenirken, yönetim kurulunda temsile ilişkin imtiyaz (TTK m.360) bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Emredici hükümler ilkesinin (TTK m.340) mevcudiyeti ve TTK’da izin veren aksine bir hükmün bulunmaması karşısında yönetim kuruluna yedek üye seçilmesinin mümkün olmadığı kanaatini taşımaktayız.²¹ Üyeliğin boşalması hali için TTK m.363’te kooptasyon usulüyle üye belirleme yöntemi öngörülmüştür.

Anonim şirket yönetim kurulu üye sayısı bağlamında gündeme gelen diğer bir tartışma, bir üyeli yönetim organı için “kurul” ifadesinin kullanılmış olmasının yerindeligi ve sonuçları üzerinedir. Bu durumu hatalı bulan görüşe²² karşı, *Tekinalp* burada “kurul” kelimesi ile üye sayısına değil organ kavramına ve organ olmaya bağlı diğer sonuçlara göndermede bulunduğu fikrini savunmaktadır.²³ Kanaatimizce buradaki tartışma tek pay sahipli şirket için “şirket/ortaklık” kavramının kullanılması tartışması ile paraleldir ve kurul-organ işleyişi bakımından, tek kişiden de oluşsa “kurul” ifadesinin kullanımı kavram ve fonksiyon açısından gereklilik arz etmektedir.

C. Yönetim Kurulunun Atama Yoluyla Oluşturulması

TTK m.359/1 hükmü yönetim kurulu üyelerinin “*atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş*” olmasından bahsetmektedir. Atamadan kasıt şirketin ilk yönetim kurulunun TTK m.339/3 hükmüne uygun olarak esas sözleşmede tayin edilmesidir. Kuruluş aşamasında kurucularca gerçekleştirilen bu atama, tescil ile birlikte tüzel kişilik kazanan anonim şirketin (TTK m.335/1) fiil ehliyetini kullanabilmesi²⁴, örneğin yeni bir yönetim kurulu seçebilmek amacıyla genel kurulun toplantıya çağrılabilmesi için gereklidir. İlk yönetim kurulunun üyelerini içermeyen esas sözleşme tescil edilmemelidir. Buna rağmen tescil edilmiş olması halinde kanaatimizce TTK m.353/1 veya 530/1 hükümlerine uygun olarak anonim şirketin feshi, diğer şartların da varlığında, talep edilebilecektir.

D. Yönetim Kurulunun Seçim Yoluyla Oluşturulması

Yönetim kurulunun oluşturulması kural seçimidir. Gerek yukarıda ifade edilen atama gerekse kooptasyon (TTK m.363) veya TTK m.334 çerçevesinde kamu tüzel kişilerine tanınan yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme hakkı gibi usuller istisnai niteliktedir.²⁵

Yönetim kurulunu seçmek genel kurulun devredilemez yetki ve görevleri arasında sayılmıştır (TTK m.408/2-b). Esas sözleşmeye bu emredici kuralın aksine hükümler konulamaz. Daha ağır bir nisabın

¹⁸ Bu yolun işlevsel olmayabileceğine ilişkin olarak bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. /, s. 398. Burada tescilin iyileştirici etkisinin kanuna aykırılığı ortadan kaldıramayacağına ilişkin olarak bkz.: **AKDAĞ GÜNEY**, s. 26.

¹⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. /, s. 399, 400; Karşı görüş için: **AKDAĞ GÜNEY**, s. 24, 25.

²⁰ Aynı yönde: **AKDAĞ GÜNEY**, s. 24.

²¹ Yedek üye seçilebileceğine ilişkin görüşler için bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. /, s. 399, 401; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 7.

²² Örneğin bkz.: **MOROĞLU**, s. 168.

²³ **TEKİNALP**, Kn. 12-12.

²⁴ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. /, s. 416.

²⁵ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. /, s. 414 vd.; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 7 vd.

öngörülmemiş olması karşısında yönetim kurulu üyeleri TTK m.418 bağlamında sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanan genel kurulda oy çokluğu ile seçilir. İlk toplantıda anılan nisabın sağlanmaması halinde ikinci toplantıda toplantı nisabı aranmaz. Yönetim kurulu üye seçimi için kanun koyucu esas sözleşmede hem toplantı hem de karar nisaplarının ağırlaştırılmasına olanak tanımıştır (TTK m.418/1). Buna karşılık kanunda belirtilen nisapların hafifletilmesi mümkün değildir.²⁶ Esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla üye seçiminde birikimli oy yönteminden yararlanılabilmesi mümkündür (TTK m.434/4).²⁷ Oydan yoksunluğa ilişkin TTK m.436 hükmü yönetim kurulu üyesi seçilecek bir pay sahibinin, seçime ilişkin oy kullanmasına engel değildir.²⁸

TTK, anonim şirket yönetim kuruluna üye seçilmesi işlemini genel olarak gündeme bağlılık ilkesinin dışında tutan herhangi bir hükme yer vermemektedir.²⁹ Ne var ki ilgili ilkenin herhangi bir toplantıda üye seçimine engel olma ihtimali düşüktür. Bunun öncelikli nedeni yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçiminin yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılmış olmasıdır (TTK m.413/3). Diğer taraftan TTK m.364/1 hükmü genel kurula, gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alma yetkisi vermektedir. İlgili hükümde görevden alınan üye yerine yeni üye seçilebileceğinden bahsedilmemiş olmakla birlikte bu yönde bir tasarrufun anonim şirketin genel işleyişinin bir gereği olduğu kabul edilmeli ve buradaki gündeme bağlılık ilkesinin istisnasının belirtilen şartlarda üye seçimi için de öngörüldüğü kabul edilmelidir.

Tartışılması gereken diğer bir husus seçim işleminin, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında oluşturulan hukuki ilişki açısından arz ettiği niteliklerdir. Belirtmek gerekir ki yönetim kurulu üyesinin seçimi kabul etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyesinin seçimi kabul etmemesi halinde şirket ile bu üye arasındaki hukuki ilişki de kurulmuş olmayacaktır.³⁰ Ancak seçimin ve bununla birlikte yönetim kurulu üyeliğinin kabulü için açık bir kabul gerekli değildir. Yönetim kurulu üyesi işbaşı yapmakla görevi kabul etmiş sayılmalıdır. Seçime ilişkin genel kurul kararının ticaret siciline tescili ise üyeliğe seçilmiş olmanın ön şartı (kurucu nitelik) olmayıp, açıklayıcı nitelik arz etmektedir.

IV. Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi ve Onun Adına Tescil Edilecek Gerçek Kişi

TTK m.359/2 hükmünde tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi seçilebilmelerine olanak tanınmaktadır. Kanun koyucu bu yönüyle, yönetim kurulu üyelerinin sadece gerçek kişiler olabileceğini düzenleyen Alman³¹ ve İsviçre³² hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Yukarıda da ele aldığımız üzere, tüzel kişiye yönetim kurulu üyesi olma imkânının getirilmiş olmasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisinin, temsilcisi yerine bizzat tüzel kişiyi, yönetim kurulu üyesi için öngörülmüş olan sorumluluk rejimine ve görev kapsamına tabi kalmak olduğu ifade edilebilir.³³ Arzu edilenin aksine şu ana kadarki uygulamanın, gerçek kişilerin bu kez tüzel kişiler arkasına saklanmak suretiyle sorumluluktan kaçmalarını da teşvik edecek şekilde geliştiği ifade edilmelidir.

²⁶ Aynı yönde: AKDAĞ GÜNEY, s. 8; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 415.

²⁷ Ayrıca bkz.: 29.08.2012 tarih ve 28396 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olan Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ.

²⁸ ARSLANLI, Halil, *Anonim Şirketler, C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, İstanbul, 1960, s. 104; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 415.

²⁹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 414 vd.; AKDAĞ GÜNEY, s. 7 vd.

³⁰ PLÜSS / FACINCANI-KUNZ (ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf [Editörler]): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530-771 OR, 2. Auflage*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR 710, Kn. 3.

³¹ Bkz.: dAktG §76/2; Ayrıca bkz.: MüKoAktG/Spindler AktG §76 Rn. 6.

³² Bkz.: OR 707/2; Ayrıca bkz.: WERNLI / RIZZI, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. Bası, Basel 2012, OR 707, Kn. 1 vd.; PLÜSS / FACINCANI-KUNZ (ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf [Editörler]), OR 707, Kn. 3 vd.

³³ Bkz.: TTK m.359/2 gerekçesi.

TTK m.359/2 hükmü “bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde..” şeklindeki ifadeyle başlamakla birlikte ilgili hükmün atanmış olan yönetim kurulu üyeleri için de bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü hükmün amacı atanmış ya da seçilmiş olmasına bakılmaksızın tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişinin tescil ve ilan edilmesini sağlamaktır. Seçilmiş tüzel kişi yönetim kurulu için geçerli olan sebepler atanmış olanı için de geçerlidir. Dolayısıyla hükmün ifadesi eksik ve hatalıdır.³⁴

Üye seçilen bir tüzel kişinin görevini ancak bir gerçek kişi eliyle icra edebileceği gerçeği karşısında kanun koyucu bu tüzel kişi üye ile birlikte ve onun adına sadece bir gerçek kişinin de tescil ve ilan edilmesini düzenlemektedir. Böylelikle, tek ve aynı gerçek kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına işlem yapması ve toplantıya katılması arzu edilmekte, tüzel kişinin devamlı farklı kişiler eliyle yönetim kurulu vazifesini görmesinin önüne geçilmek istenmektedir.³⁵ Anonim şirketin internet sitesi açmakla yükümlü bulunması halinde (TTK m.1524/1 iio m.397/4) tescil ve ilanın yapılmış olduğu, ayrıca şirketin internet sitesinde açıklanır.

İlgili hükmün amacı yorumlandığında, üçüncü kişileri korumak maksadıyla gerçek kişinin tescilini kurucu nitelikte kabul etmek gerekir.³⁶ Gerçek kişinin, adına tescil edildiği tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile pay sahipliği ya da yönetim organı üyeliği gibi bir bağ bulunması ya da ilişkisi bulunmayan üçüncü bir kişi olmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Gerçek kişinin tescil ve ilanı hususunda TTK m.28 çerçevesinde talepte bulunacak olan “ilgili” yönetim kurulu üyesi tüzel kişi değil, şirketin kendisidir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile onun adına tescil edilecek gerçek kişinin farklı zamanlarda tescil edilmeleri mümkündür. Ancak gerçek kişi tescil edilmediği müddetçe, tüzel kişi yönetim kurulunda bulunamayacak ve temsil edilemeyecektir.³⁷

Tüzel kişi adına sadece, tescil edilmiş gerçek kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir (TTK m.359/2). Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ve onunla birlikte tescil edilecek gerçek kişiye ilişkin bu düzenleme özel kanunlara tabi anonim şirketlere (TTK m.330) de uygulanır.³⁸

TTK’da açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, adına tescil edildiği tüzel kişi ile birlikte gerçek kişinin de TTK’da ve diğer özel kanunlarda zorunlu olarak belirtilen nitelikleri taşıması gerektiği kabul edilmelidir.³⁹ Ancak kanaatimizce gerçek kişinin esas sözleşmede yönetim kurulu üyeleri için belirtilen ilave nitelikleri de taşıması gerektiğine yönelik yorum, kanun koyucunun amacıyla uyumlu olmayacaktır.⁴⁰ Aksi durumda esas sözleşme ile tüzel kişinin kendisi için organ vazifesi gören gerçek kişiyi belirleme iradesi kısıtlanabilecektir.⁴¹

TTK’nın, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasını sağlayan yeni sistemi karşısında yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile onun adına TTK m.359/2 bağlamında tescil edilen gerçek kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tartışmalıdır. *Tekinalp*’e göre bu ilişki bir temsil ilişkisi değildir.⁴² Bu görüşe göre ilgili hüküm çerçevesinde yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişi, adına tescil edilen gerçek kişinin şahsında somutlaşır⁴³ ancak onun tarafından temsil edilmez. Tüzel kişi üyeliğini fiilen bu gerçek kişi aracılığıyla icra eder. Bir başka ifadeyle gerçek kişi, adına tescil edildiği tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin organıdır.⁴⁴

³⁴ MOROĞLU, s. 168.

³⁵ Bkz.: TTK m.359/2 gerekçesi.

³⁶ Aynı yönde: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 403; Burada tescilin bildirici nitelikte olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz.: AKDAĞ GÜNEY, s. 21 vd.

³⁷ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 404.

³⁸ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 402.

³⁹ Aynı yönde KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 406.

⁴⁰ Karşı görüş için: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 406.

⁴¹ Bu hususta daha önceki görüşümüzden farklılaştığımızı belirtmek gerekir. Bkz.: EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, F. Betül: “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 283.

⁴² TEKİNALP, Kn. 12-15a; Ayrıca bkz.: COŞTAN, Hülya: Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği, *BATİDER*, C. XXIX S. 1, s. 123 vd.

⁴³ PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 413; TEKİNALP, Kn. 12-15a.

⁴⁴ AKDAĞ GÜNEY, s. 43.

Öğretide *Coştan* da isabetli olarak tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile tescil edilen gerçek kişi arasındaki ilişkinin Borçlar Kanunu anlamında iradi temsil değil organ ilişkisi olduğunu belirtmektedir. Yazar bunun gerekçeleri arasında yönetim kurulu üyeliğinin temsil vasıtası ile yerine getirilmesinin mümkün olmaması ve temsil müessesesinde temsilcinin haksız fiilinden temsil edilenin sorumlu tutulamamasına karşın tescil edilen gerçek kişinin fillerinden tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin sorumlu olmasını göstermektedir.⁴⁵

Tüzel kişi adına ticaret siciline tescil edilecek gerçek kişiyi genel kurul değil tüzel kişinin kendisi belirler. Esas sözleşmeye bu durumun aksine, yani genel kurulun kendisine tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişiyi belirleme hakkını veren madde konulamaz.⁴⁶ Yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilir (TTK m.364/1).

Yönetim kurulu üyelerine tanınan mali haklardan gerçek kişi değil, adına tescil edildiği tüzel kişi faydalanır. Yönetim kurulu üyeliğine bağlanan rekabet yasağı (TTK m.396), müzakereye katılma yasağı (TTK m.393) ve şirketle işlem yapma ile şirkete borçlanma yasağına (TTK m.395) ilişkin hükümlerin, ihdas amaçlarına uygun olarak tescil edilen gerçek kişiye de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁷

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile onun adına tescil edilen gerçek kişi arasındaki ilişki iç ve dış ilişkide ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu ilişkinin üçüncü kişiler açısından önemi ve pratik bir faydası yoktur.⁴⁸ Diğer bir ifadeyle, kanaatimizce, üçüncü kişilerin, örneğin şirket alacaklılarının, tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliği sebebiyle onun adına tescil edilen gerçek kişiye başvurabilmelerinin mümkün olmadığını kabulü gerekir.⁴⁹ Gerçek kişi ile tüzel kişi arasında bir hizmet sözleşmesinin var olduğu kabul edilmektedir. Dış ilişkide gerçek kişi, yönetim kurulu üyesi tüzel kişiyi temsil etmemekte, iç ilişkide de böyle bir temsil söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla dış ilişkide sadece yönetim kurulu üyesi tüzel kişi vardır ve yönetim kurulu üyesi olmanın bütün sorumluluğunu taşımaktadır. Onun adına tescil edilen gerçek kişinin yönetim kurulu üyeliğinden dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır.⁵⁰

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi adına ticaret siciline tescil ve ilan edilecek olan gerçek kişi, tüzel kişinin kendisi tarafından belirlenir. Diğer bir ifade ile bu gerçek kişiyi belirleme yetkisi şirketin genel kurulunun yetkisinde değildir. Şirket genel kurulu tüzel kişiyi yönetim kuruluna seçer, bu tüzel kişi ise kendisi adına tescil ve ilan edilecek gerçek kişiyi belirler. Yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilir (TTK m.364/1). Yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan ilişki anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi tüzel kişi arasındaki bir ilişkidir. Tescil edilen gerçek kişi bu ilişkinin bir tarafı olmadığı gibi, şirketin kanuni temsilcisi, şirket yönetim kurulu üyesi, üst düzeydeki yöneticisi veya yetkilisi de değildir.

Tescil edilen gerçek kişinin adına tescil edildiği tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin talimatıyla bağlı olduğunun kabulü gerekir. Ancak buradaki talimat ilişkisi tamamıyla "iç ilişki" niteliği taşımaktadır. Bir başka anlatımla, gerçek kişinin gerçekleştirdiği hukuki işlemler talimatlara aykırılık nedeniyle geçersiz olmayacaktır.⁵¹ Gerçek kişinin talimata aykırı kullandığı oylar açısından bunun istisnası hileli anlaşma ve temsil yetkisinin kötüye kullanılmasıdır.⁵²

⁴⁵ **COŞTAN**, s. 123, 124. Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile onun adına TTK m.359/2 bağlamında tescil edilen gerçek kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz.: **EMİNOĞLU / ÇAKIR**, s. 282 vd.

⁴⁶ **PULAŞLI**, *Genel Esaslar*, 412; TTK m.359 gerekçesi.

⁴⁷ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, *A.Ş. I*, s. 407.

⁴⁸ **TEKİNALP**, *Kn. 12-15a*.

⁴⁹ Buna karşılık gerçek kişinin yönetim kurulu tüzel kişinin organı olduğu ve kendisine karşı MK 50/3 hükmü uyarınca dava açılabilirliğine ilişkin görüş için bkz.: **COŞTAN**, s. 128.

⁵⁰ Karşı görüş için bkz.: **KORTUNAY, Ayhan**: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, Onikilevha, İstanbul, 2015, s. 278 vd.

⁵¹ **AKDAĞ GÜNEY**, s. 43.

⁵² **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, *A.Ş. I*, s. 407.

V. Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelikleri

A. Genel Olarak

TTK m.359 hükmü seçilecek ya da atanacak yönetim kurulu üyelerinin taşınmaları gereken niteliklere ilişkin kapsamlı belirlemelere yer vermemektedir. Sadece hükmün üçüncü fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şartına yer verilmiş, dördüncü fıkrasında ise üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olacağı hükme bağlanmıştır.

6102 sayılı TTK, eTTK'dan farklı olarak yönetim kurulu üyesi olabilmeyi gerçek kişi koşuluna bağlamamıştır. Böylelikle, yukarıda da ele alındığı üzere, eTTK döneminde temsilcisi üzerinden anonim şirket yönetimine etki eden tüzel kişinin yeni sistemde yönetim kurulu üyesi olmanın bütün sorumluluklarına katılmasının önü açılmak istenmiştir. Yine tüzel kişiye yönetim kurulu üyesi olma yolu açılmakla bir tüzel kişinin yönetim kurulunda birden çok temsilciye sahip ve birden çok oyu haiz olmasına ilişkin uygulamanın da son bulması amaçlanmıştır.⁵³

Yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin TTK'nın önemli açıklamalarından bir diğeri pay sahibi olma şartının kaldırılmış olmasıdır. Gerçekten de eTTK m.312/2 "*idare meclisi pay sahibi aza ortaklardan teşekkül eder. Ancak pay sahibi olmıyan kimseler aza seçildikleri takdirde bunlar pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra işe başlayabilirler*" hükmünü amirdi. İlgili koşulun TTK ile kaldırılmasını öncelikle, artık olanaklı hale gelen tek pay sahipli anonim şirketin işleyişinin bir gereği olarak görmek gerekir. Gerçekten de bir taraftan, yine eTTK'dan farklı olarak, yönetim kurulunun tek kişiden oluşabilmesi (TTK m.359/1) nedeniyle tek pay sahibinin ya da üçüncü bir kişinin tek başına yönetim kurulu üyesi olabilmesine, diğer taraftan bu tür şirketlerde (tamamı pay sahibi olamayacak) birden fazla yönetim kurulu üyesi seçilebilmesine olanak tanınmış olmaktadır. Pay sahipliği ile yönetim kurulu üyeliği arasındaki, kanun gerekçesinde "gereksiz" olduğu vurgulanan bağın koparılmasının bir diğer nedeni yönetim kurulunda saman üyeler yaratan yapay çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurulları oluşturulabilmesine olanak tanınmak istenmesidir.⁵⁴ TTK'nın bu yaklaşımının yönetim kurulu ile genel kurul arasında, her iki organ için devredilemez görev ve yetkiler öngörülmesine dayalı işlevler ayrılığı sistemine ve sorumluluk rejimine uygun olduğu ifade edilmelidir.

Yönetim kurulu üyeliği için aranan şartlar yönetim kurulu üyelerinin seçildiği ya da atandığı anda mevcut olmalıdır.⁵⁵ Başlangıçta eksik olan niteliklerin sonradan sağlanması kanaatimizce başlangıçtaki atama ya da seçime ilişkin işlemdeki sakatlığı iyileştiremeyecektir. Yönetim kurulu üyeliği için haiz olunması gereken şartların seçildikten ya da atandıktan sonra kaybedilmesi halinde ise üyelik herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer (TTK m.363/2).

B. Ehliyet

TTK m.359/3 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmalarının şart olduğu belirtilmiştir. Burada kastedilen "fiil ehliyetidir".⁵⁶ Şu hâlde gerçek kişi yönetim kurulu üyesi olabilmek için reşit ve mümeyyiz olmalıdır.⁵⁷ Kendisine yasal danışman atanan bir gerçek kişi yönetim kurulu üyesi olamayacağı gibi, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin adına da (TTK m.359/2 bağlamında) tescil edilemeyecektir. Tüzel kişiler ise kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar. Yönetim kurulu üyeleri için tam ehliyet şartı arayan TTK m.359/3 hükmü emredici niteliktedir. Bu hükme aykırı kararlar batıldır.⁵⁸

⁵³ TTK m.359/2 gerekçesi.

⁵⁴ TTK m.359/1 gerekçesi; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 413.

⁵⁵ Aynı yönde (İsviçre Hukuku için): PLÜSS / FACINCANI-KUNZ (ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf [Editörler]), OR 707, Kn. 3.

⁵⁶ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 410.

⁵⁷ ÇAMOĞLU (POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal): *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, Kn. 548b.

⁵⁸ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 411.

Tüzel ya da gerçek kişi ehliyetinin herhangi bir nedenle kaybedilmesi ya da kısıtlanması yönetim kurulu üyeliğini kendiliğinden sona erdirecektir (TTK m.363/2). Ancak TTK m.359/2 gereği adına gerçek kişi tescil edilen yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin üyeliği, gerçek kişinin ehliyetinin kısıtlanması nedeniyle sona ermez. Bu hâlde tüzel kişinin tescil edilmek üzere yeni bir gerçek kişi bildirmesi gerekir. Nitekim yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilme hakkını haizdir (TTK m.364/1)

C. Üyeliği Sona Erdirecek Sebeplerin Bulunmaması

TTK m.359/4 hükmünde üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel teşkil edeceği belirtilmiştir. Hangi sebeplerin üyeliği sona erdireceği ise TTK m.363/2 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer.

İflas durumu, herhangi bir kısıtlama yapılmaksızın yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi hali olarak belirtildiğine göre, burada artık iflasın hileli mi, taksirli mi ya da adi mi olduğu herhangi bir önem arz etmeyecektir.⁵⁹ İflas kural olarak tacir olmaya bağlanmış bir sonuç olmakla birlikte, TTK m.12/2 hükmü gereği tacir sayılanlar, TTK m.12/3 hükmü gereği tacir gibi sorumlu olanlar, TTK m.17 iio m.1084 hükmü çerçevesinde donatma iştiraki⁶⁰ ve tacir sıfatına sahip olmadıkları halde kanun hükmü ile iflasa tabi oldukları hüküm altına alınır⁶¹ kimseler de iflas ile takip edilebilirler. Burada ayrıca TTK m.195/5 hükmü gereği hâkim teşebbüsün de tacir sayıldığı ve bu bağlamda iflasa tabi kılındığının belirtilmesi gerekir. Dolayısıyla sayılanlardan tüzel ya da gerçek kişi müflisler yönetim kurulu üyesi olamazlar.

Yönetim kurulu üyeliği için gerekli kanuni şartların kaybedilmesi de üyeliği sona erdiren sebepler arasında sayılmıştır. Kanuni koşullar bir katalog şeklinde sayılmamıştır. Çeşitli düzenlemelerde⁶² şirketlerin türüne ve faaliyet alanlarına göre yönetim kurulu üyelerinin taşınması gereken şartlar ya da seçilmelerine engel teşkil eden durumlar mevcuttur. TTK m.359 hükmü genel düzenleme olarak yukarıda da ele aldığımız üzere, ehliyet koşulu ile birlikte, tüzel veya gerçek kişi olma ve seçilme engellerinin bulunmaması şartlarını aramaktadır.

Yönetim kurulu üyeliği için esas sözleşme ile de bazı nitelikler şart kılınabilir.⁶³ Kanaatimizce böyle bir belirleme emredici hükümler ilkesine (TTK m.340) aykırı olmayacaktır.⁶⁴ Nitekim TTK m.363/2 hükmünde yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren haller arasında esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybedilmesi de sayılmıştır.⁶⁵ TTK'nın ilgili hükmü esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için ek şartlar belirleme hususunda TTK m.340 bağlamında "kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapma-

⁵⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 411.**

⁶⁰ Konumuz bağlamında, tüzel kişiliği bulunmayan donatma iştirakinin yönetim kurulu üyesi olamayacağını belirtmek gerekir.

⁶¹ Bunlara örnek olarak İİK 44/2 hükmü gereği ticareti terk edip buna ilişkin tescilin ilanından itibaren bir yıl boyunca iflasa tabi olmaya devam eden kişi, şahıs şirketlerinin sınırsız sorumlu ortakları ile banka yöneticileri ve denetçileri gösterilebilir. Bkz.: **ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku**, 2015, 5. Bası, İstanbul, Oniki Levha, s. 270, 271.

⁶² Örneğin bkz.: Sigortacılık Kanunu m.4/2 iio 32, Bank 23/1, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, m.4.3.6 ve 4.3.7.

⁶³ **TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları**, Kn. 12-24; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 410.**

⁶⁴ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT) A.Ş. I, s. 413.**

⁶⁵ Ayrıca bkz.: TTK m.340'ün gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: *340'inci madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir.*

ya açıkça verdiği izin” olarak algılanmalıdır. Dolayısıyla esas sözleşmede yönetim kurulu üyesi seçilebilme için yaş, meslek, eğitim, tecrübe, pay sahipliği, bir aileye mensubiyet gibi ek koşullar öngörülebilir.⁶⁶

VI. Kamu Tüzel Kişileri veya Temsilcilerinin Yönetim Kuruluna Seçilmesi

TTK m.359'un beşinci ve son fıkrası kamu tüzel kişileri veya temsilcilerinin yönetim kurulunda yer almasına ilişkindir ve 6455 sayılı Kanunun⁶⁷ 79. maddesi ile hükme eklenmiştir. İlgili fıkrada devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebileceği, ayrıca yönetim kurulu üye sayısının ikiden fazla olduğu şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisinin temsilen birden fazla gerçek kişinin yönetim kuruluna seçilebileceği düzenlenmiştir.

Hemen belirtelim ki kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna seçilebileceğine ilişkin hükmün kanun yapım tekniği açısından yerinde olmadığı ve gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu savunulabilir.⁶⁸ Çünkü TTK m.359'un bir ve ikinci fıkralarında, kamu ve özel hukuk ayırımı yapılmaksızın, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilebilecekleri düzenlenmektedir. Buna rağmen TTK m.359/5 hükmüyle, tabi oldukları ayrı düzenlemeler nedeniyle, kamu tüzel kişileri açısından tereddütlerin giderilmek istendiği anlaşılmaktadır.

TTK m.359/5 hükmünün, maddenin önceki fıkralarından ayrılan ilk yönü, hükümde sayılan kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Şu halde kamu tüzel kişisi ile yönetim kurulundaki temsilcisi arasındaki ilişki bakımından eTTK dönemindeki tartışmalara dönülmesi kaçınılmazdır.⁶⁹ Kanaatimizce TTK m.334/3'in son cümlesi, TTK m.359/5 kapsamında yönetim kuruluna üye olarak seçilen yönetim kurulu üyeleri hakkında da (kıyasen de olsa) uygulanabilmelidir. Buna göre kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır.

TTK m.359/5 hükmünün diğer önemli bir özelliği kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişinin yönetim kuruluna seçilebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Ancak bunun için yönetim kurulu üye sayısının ikiden fazla olması ve üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmaması şart koşulmuştur. Şu halde tek üyeli yönetim kurulunun sadece kamu tüzel kişisinden ya da onun temsilcisinden oluşması mümkündür. Diğer ihtimallerle birlikte, iki kişiden oluşan yönetim kurulunun ise üyelerinin her ikisinin farklı kamu tüzel kişilerinden, bir kamu tüzel kişisi ile onun temsilcisinden veya iki farklı kamu tüzel kişisinin temsilcilerinden de meydana gelmesi, en azından ilgili hükmün lafzi yorumu çerçevesinde mümkün gözükmektedir. Yine ifade edilen şekillerde üç ve daha fazla kişiden oluşan yönetim kurulu oluşturulabilir. Burada var olan tek sınır üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmasına yönelik yasaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki TTK m.359/5 hükmü “kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili” başlığını taşıyan TTK m.334'ün uygulama alanları birbirinden farklıdır. TTK m.359/5'te kamu tüzel kişilerinin pay sahibi oldukları şirketlerde ilgili kamu tüzel kişilerinin veya bunların temsilcilerinin genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi düzenlenmekteyken TTK m.334 hükmünde pay sahibi olma şartı aranmaksızın kamu tüzel kişilerine işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurma hakkı tanınmaktadır. Ancak işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin veya temsilcilerinin TTK m.359/5 çerçevesinde yönetim kuruluna seçilmeleri de olanaklıdır.⁷⁰

⁶⁶ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, A.Ş. I, s. 414.

⁶⁷ 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁸ Bkz.: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), s. 409.

⁶⁹ 6762 sayılı eTTK m.312'de “... hükmi şahsın temsilcisi olan hakiki şahıslar idare meclisine aza seçilebilirler...” hükmü yer almaktaydı.

⁷⁰ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), s. 408, 409.

2. Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi

Madde 360^(*) - (1) Esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır.

(2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.

Gerekeçe

İsv.BK m.709 (Eski 708 (4) ve (5)) hükmünden esinlenen 360^{ıncı} madde, belirli pay ve pay sahibi gruplarına ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmasını düzenlemektedir. Temsil edilme hakkı ancak esas sözleşmede öngörülerek bahsedilebilir.

Bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümden 478^{inci} maddeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisna tarihi sebeplere dayanmaktadır. Çünkü 6762 sayılı Kanunda bu tür bir istisnaya yer verilmiş olmamasına rağmen Yargıtayın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı "grup imtiyazı"nın tanınması yönündedir. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisna, ilkesel kararlar ve öğreti ile kendini kabul ettiren bir hukuk haline gelmiştir. Bu yolla oluşan hukuka gerekli önemin verilmesi ve bu hukukun tanınması hukuk biliminin kabul ettiği bir olgudur. Aksi yönde bir değişiklik, uygulamada büyük güçlükler yaratabilir ve tanınacak uyarılama olanak ve süreleri amacın elde edilmesine yetmeyebilir. Bu sebeple ikinci fıkra öngörülerek Yargıtay kararlarında yer alan ilke kanunlaştırılmıştır.

Tasarının bu hükmüyle belirli pay grupları yanında pay sahibi gruplarına ve azlığa da bu olanağın tanınması hukukumuzda bir açılımdır. Bu açılım öğreti ve yargı kararlarında netlik kazanırken, pay ve pay sahibi grupları ile azlık temsilcisinin niteliğinin ortaya konulması da önemli bir sorun oluşturmaktadır. Böylece bugüne kadar öğretilerde tartışılmamış olan temsilcinin niteliği de ele alınacaktır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için hem azlığın hem de belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, yani bir anlamda diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerekmektedir. Belirli pay sahipleri grupları, meslekler ve işletme konuları gibi ölçütlerle kolaylıkla belirlenebilirler. Önemli olan, azlığın belirlenebilir olmasıdır. Bunun için, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarılabileceği istisnalar bir yana, yüzdelerin anılması yeterli olmayabilir. Bunun yerine pay senedi numaraları ve sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür. Azlığın iyi tanımlanmaması imtiyazların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını güçleştirebilir.

Pay sahibi grupları arasında yan sanayi mensupları, bayiler vs. yer alabilir. Temsil edilme hakkı, bazı kurul üyelerinin belirli pay sahibi grupları arasından seçilmeleri veya bağlayıcı aday önerme hakkı tanınması şeklinde de öngörülebilir.

Kaynakça:

AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016; **ÇAMOĞLU, Ersin:** "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili", *Arslanlı Bilim Arşivi*; **ÇAMOĞLU, Ersin / POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal:** *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014; **BORA ÇINAR, Sevdâ:** "Anonim Ortaklıklarda Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 17, 2017; **HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WATTER, Rolf** [Editörler]: *Basler Kommentar - Obligationenrecht II*, 3. Auflage, Zürich 2012; **KARASU, Rauf:** "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", *TFM Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2016; **KENDİGELEN, Abuzer:** *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, İstanbul, Beta, 1999 (*İmtiyaz*); **KENDİGELEN, Abuzer:** *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, 2016 (*İlk Tespitler*); **KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar:** *Anonim Şirket Hukuku*, Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku araştırmaları Enstitüsü, 2013; **KORTUNAY, Ayhan:** *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha, 2015; **MEMİŞ, Tekin:** Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikte Pay Sayılır mı?, *Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan III, İzmir 2015; **MOROĞLU, Erdoğan:** *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2016 (*Değerlendirme*); **PULAŞLI, Hasan:** *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2014; **ROBERTO, Vito/ TRÜEB, Hans Rudolf** (Editörler): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft*, Art. 530-771 OR, 2.

(*) Doç. Dr. iur. **Cafer EMİNOĞLU**
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6219-3360>.

Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016; TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (*Sermaye Ortaklıkları*); TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile: Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmeye Kadınlar Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler, *TBB Dergisi* 2017 (özel sayı), 93-124; UYSAL, Esra: *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar*, İstanbul, Oniki Levha, 2016.

I. Genel Olarak

“Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi” kenar başlığını taşıyan TTK m.360 hükmü kanunun ikinci kitabı olan “ticaret şirketleri” kapsamında yer alan anonim şirketler kısmının “yönetim kurulu” kenar başlıklı ikinci bölümünün ikinci maddesidir. Bu madde esas itibarıyla bir tür imtiyaz düzenlemesidir ve genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçme yetkisini sınırlamaktadır. Madde hükmünde belirli gruplara anonim şirket yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, bu hakkın nasıl kullanılacağı, kullanılmasının sonuçları ve hakkın mahiyetine ilişkin belirlemelere yer verilmektedir.

TTK m.360/1 hükmünde öncelikle yönetim kurulunda temsil edilme hakkının hangi gruplara verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa bu hak tanınabilecektir. Ancak bu hakkın tanınabilmesi için esas sözleşmeye hüküm konulması şart kılınmıştır. Dolayısıyla söz konusu temsil edilme hakkı ya şirket kuruluşunda tescil edilen esas sözleşme ile tanınmış olacak ya da sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliği ile buna ilişkin bir hüküm esas sözleşmeye eklenecektir.

Kanun koyucu yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin hakkın kullanılabilmesine ilişkin farklı alternatifler öngörmektedir. Öncelikle yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceğinin esas sözleşmede öngörülebileceği hükme bağlanmaktadır. Bunun yanında esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkının da tanınabileceği düzenlenmektedir.

Esas sözleşmede tanınan temsil edilme hakkının uygulanabilmesi hususunda ise genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesinin zorunlu olacağı hükme bağlanmıştır.

Yönetim kurulunda temsile ilişkin imtiyazın uygulanması açısından halka kapalı şirketler bakımından bir sınırlama öngörülmezken, belirtilen yolla seçilecek üye sayısının halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacağı açıkça belirtilmiştir (TTK m.360/1).

Madde hükmünde son olarak yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların, TTK m.478 ile uyumlu olarak imtiyazlı sayılacağı belirtilmiştir. Ancak hükümde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının pay grupları dışında özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabileceği belirtilmektedir. Böylelikle belirtilen gruplara tanınan hakkın imtiyaz olarak kabulünün mümkün olup olmadığı sorunsal gündeme gelmektedir.

II. Hükümün Tarihesi, Mehazı ve Gerekçesine İlişkin Değerlendirmeler

6762 Sayılı eTTK, TTK m.360'a mehaz teşkil edebilecek bir hüküm içermemekteydi. Öğretide ise farklı pay gruplarının yönetim kurulunda temsiline ilişkin esas sözleşmeye hüküm konulabileceği genel kabul görmekteydi. Nitekim eTTK m.401/1 hükmü bağlamında “bazı nevi hisse senetlerine” yönetim kurulunda temsile ilişkin birtakım imtiyazlar tanınması olanaktı. Bununla birlikte özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanıyan açık bir hüküm mevcut değildi.¹

¹ KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirket Hukuku, Cilt 1*, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku araştırmaları Enstitüsü, 2013, s. 426.

Hükmün gerekçesinde² ve bu gerekçeden yola çıkarak öğretinin önemli bir kısmında³ TTK m.360'ın esin kaynağı olarak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m.709 gösterilmektedir. Ne var ki TTK m.360 hükmünde düzenlenen hususlar, OR m.709'un düzenleme çerçevesinden çeşitli açılardan farklılık arz etmektedir. OR'nin "pay sahibi kategorilerinin ve gruplarının temsili" kenar başlıklı bu hükmünde öncelikle, oy hakkı ya da malvarlığı hakları bağlamında birden fazla kategori bulunması halinde, esas sözleşmede her bir kategorinin pay sahipleri için en az bir temsilci seçme olanağının teminat altına alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hükmün ikinci fıkrasında ise esas sözleşmenin, azlığın veya (belirli) grupların korunması amacıyla özel (ayrı) hükümler öngörebileceği düzenlenmiştir.⁴

Görüldüğü üzere OR m.709 hükmü doğrudan imtiyaza yönelik olmayıp, öncelikle sahip oldukları payların dâhil olduğu gruplar üzerinden pay sahiplerini korumayı amaçlamaktadır. OR m.709/1 hükmü tamamıyla pay gruplarına yönelik bir hak veya yetkiyi düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle TTK m.360/1 hükmünde yer verilen "özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa" şeklindeki belirlemenin aksine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı (paydan bağımsız olarak) pay sahiplerinin oluşturacağı gruplara değil, belli bir kategori/sınıf oluşturan paylara tanınmaktadır.⁵ Üstelik, yine TTK'dan farklı olarak OR m.709/1'de yönetim kurulunda temsil bir imtiyaz olarak değil kanuni bir zorunluluk olarak öngörülmektedir.⁶

Diğer taraftan OR m.709/2 hükmünün lafzı bu hükmün, yönetim kurulunda temsile ilişkin özel hüküm niteliği ve pay sahipleri veya paydan bağımsız olarak pay sahipleri gruplarına bu yönde bir imtiyaz tanınmasına ilişkin olup olmadığı yeterli açıklıkta düzenlenmemiştir. OR m.709/2'nin lafzı, bu düzenlemenin esas sözleşmede azlığın ya da (yine pay kategorileri üzerinden belirlenen) belirli pay sahibi gruplarının korunmasına yönelik koruyucu hükümler öngörülebilmesine ilişkin genel bir hüküm olduğu görüntüsü vermektedir.⁷ Ancak İsviçre öğretisine göre hükmün, düzenleme alanı ve sistematik konumu nedeniyle, sadece yönetim kurulunda temsile ilişkin olduğu, bunun ötesinde genel bir azlığı koruma düzenlemesi olmadığı kabul edilmektedir.⁸

Temsil edilmeye ilişkin usulleri belirlemiş olması ve lafzi farklılıklar içermesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda hükmün mehzazından farklılaştığı, OR m.709'dan esinlenilmek istenmiş olsa da netice itibarıyla TTK m.360 hükmünün özgün bir içeriğe büründüğü belirtilmelidir.

TTK m.360 hükmünün gerekçesinde, "grup imtiyazı tanınmakla" (imtiyazın paya tanınabileceğine ilişkin) TTK m.478'e tarihi sebeplerle eTTK'da var olmayan bir istisna getirildiği, öğretinin ve Yargıtay'ın da yerleşik içtihadının "grup imtiyazının" tanınması yönünde olduğu belirtilmektedir.⁹ Gerekçede devamlı pay gruplarının yanında pay sahibi gruplarına ve azlığa tanınan ilgili hakkın getirebileceği zorluklara deği-

² Bkz.: TTK m.360/1 gerekçesi.

³ Örn. bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 426; **KORTUNAY, Ayhan**: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha, 2015, s. 45; **ÇAMOĞLU, Ersin / POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal**: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, Kn. 587; **KENDİGELEN, Abuzer**: *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, 2016, s. 252.

⁴ OR Art. 709: (1). *Bestehen in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche mehrere Kategorien von Aktien, so ist durch die Statuten den Aktionären jeder Kategorie die Wahl wenigstens eines Vertreters im Verwaltungsrat zu sichern.* (2). *Die Statuten können besondere Bestimmungen zum Schutz von Minderheiten oder einzelnen Gruppen von Aktionären vorsehen.*

⁵ **PLÜSS / FACINCANI-KUNZ (ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf** [Editörler]): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530-771 OR*, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR 709, Kn. 4; Ayrıca bkz.: **MOROĞLU, Erdoğan**: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2016, s. 171.

⁶ **PLÜSS / FACINCANI-KUNZ (ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf** [Editörler]), *OR 709*, Kn. 1.

⁷ **WERNLI, Martin; RIZZI, Marco A. (HONSELL / VOGT / WATTER** [Editörler]), *Basler Kommentar - Obligationenrecht II*, 3. Auflage, Zürich 2012, OR Art. 709, Kn. 20.

⁸ **WERNLI / RIZZI (HONSELL / VOGT / WATTER** [Editörler]), *OR Art. 709*, Kn. 20.

⁹ 6762 Sayılı eTTK dönemindeki Yargıtay uygulamasına ilişkin olarak ayrıca bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 426 vd.

nilmiş, ilgili hükmün uygulanabilmesi için hem azlığın hem de belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, yani bir anlamda diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerektiği, pay sahibi grupları kolaylıkla belirlenebilecekken azlığı belirlemenin güç olabileceği ifade edilmektedir. Gereklere son olarak temsil edilme hakkının, bazı kurul üyelerinin belirli pay sahibi grupları arasından seçilmeleri veya bağlayıcı aday önerme hakkı tanınması şeklinde de öngörülebileceği belirtilmektedir.¹⁰

TTK m.360 hükmüne son şekli TBMM Adalet Komisyonunda verilmiştir. Bu aşamada, hükmün birinci fıkrasının ilk halinde yer alan “belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ifadesinin başına, ilgili pay sahiplerinin daha kesin çizgilerle tespitini sağlamak amacıyla, “özellik ve nitelikleriyle” şeklinde bir tanımlama unsuru eklenmiştir. Ayrıca aynı fıkranın son cümlesinde, önceden halka açık şirketlerde öngörülen üçte ikilik oran sınırlaması Sermaye Piyasası Kurulunun bağımsız üye uygulaması göz önünde bulundurulmuş olarak toplam üye sayısının yarısına indirilmiştir.¹¹

III. Hakkın Niteliği

TTK m.360 hükmünde, esas sözleşmede öngörülebileceği düzenlenen temsil edilme hakkının hukuki niteliği değinilmesi gereken önemli konular arasında yer alır. Hükmün ikinci fıkrasında yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayıldığı belirtilmektedir. O halde temsil edilme hakkı tanınan “belirli pay gruplarının” TTK m.478/1 bağlamında imtiyazlı sayıldıkları hususunda şüphe bulunmamalıdır. Ne var ki “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile “azlığa,” tanınacak temsil edilme hakkının paya değil pay sahibi sıfatına ve pay sahibi kümesine¹² tanınmış olması karşısında ilgili hakkın imtiyaz olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda TTK m.360/2 hükmü yeterli ölçüde açıklık sağlamamaktadır.¹³

TTK’da anonim şirketler için öngörülen kuramsal düzende imtiyaz paya tanınmaktadır.¹⁴ Nitekim TTK m.478/1 hükmünde ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek imtiyazın bazı paylara tanınabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte aynı hükmün üçüncü fıkrasında TTK m.360 saklı tutulmuştur. Kanaatimizce buradaki “saklı tutma” ifadesiyle kanun koyucu, TTK m.478 sistematigi çerçevesinde imtiyazın (her bir) payın kendisine tanınmasına ilişkin genel kurala getirilmiş iki tür istisnaya işaret etmektedir. İlk olarak TTK m.360 hükmünde belirtilen “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile “azlığa,” dolayısıyla pay sahibi sıfatına ve pay sahibi kümesine¹⁵ ilgili imtiyazın ... tanınabileceği kabul etmektedir.¹⁶ İkinci olarak yine imtiyaz her bir paya değil TTK m.360/1’de ifade edilen “belirli pay gruplarına” da tanınabilecektir. Diğer taraftan TTK m.478/4’te belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa imtiyaz tesisinden bahsedilmiş olması, TTK m.360 hükmünde düzenlenen temsil edilme hakkının kanun koyucu tarafından imtiyaz olarak değerlendirildiğini ortaya koyan bir başka göstergedir. O halde, “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile “azlığa,”¹⁷ tanınacak temsil edilme hakkının da bir imtiyaz teşkil ettiğinin kabulü gerekir.¹⁸

¹⁰ Bkz.: TTK m.360/1 gerekçesi.

¹¹ Bkz.: TTK m.360 Adalet Komisyonu Gerekçesi.

¹² **TEKİNALP (ÇAMOĞLU / POROY)**, Kn. 790.

¹³ Buna mukabil “Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile “azlığa” tanınacak temsil edilme hakkının TTK m.360 hükmünde açıkça imtiyaz olarak nitelendirildiğine ilişkin görüş için: **KENDİGELEN**, *İlk Tespitler*, s. 383.

¹⁴ **TEKİNALP (ÇAMOĞLU / POROY)**, Kn. 789.

¹⁵ **TEKİNALP (ÇAMOĞLU / POROY)**, Kn. 790.

¹⁶ İstisnaya ilişkin tespitimiz açısından aynı yönde: **KENDİGELEN**, *İlk Tespitler*, s. 383; Ayrıca bkz.: **AKDAĞ GÜNEY**, **Necla**: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 52; **KORTUNAY**, s. 53.

¹⁷ TTK m.360 bağlamında temsil edilme hakkının azlığa tanınıp tanınamayacağına ilişkin olarak bu madde şerhinin devamında çeşitli değerlendirmelere yer verilmiştir.

¹⁸ Aynı yönde: **PULAŞLI, Hasan**: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, §30 Kn. 178; **KARASU, Rauf**: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı”, *TFM Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2016, s. 32; eTTK döneminde şirket organlarında temsil edilebilme hakkını esas sözleşmeye dayalı ve müstesap

Burada ele alınması gereken bir başka husus TTK m.360 hükmü çerçevesinde tanınacak bir imtiyaza ilişkin esas sözleşmede düzenleme yapılması gerekliliği karşısında, buna ilişkin esas sözleşme değişikliklerinin hangi nisaplara tabi olduğu sorunsalıdır. İmtiyazın pay grubuna tanınmış olması halinde, buna ilişkin esas sözleşme değişikliği kararının TTK m.421/3-b hükmü çerçevesinde sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınabileceği kabul edilmelidir.¹⁹ Ne var ki bu hüküm, nisabın uygulanacağı durum için kullanılan “imtiyazlı pay oluşturulması” ifadesi nedeniyle aynı açıklığı “özellik ve nitelikleri ile belli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile “azlık” için sağlamamaktadır. Buna rağmen, fikrimizce, TTK m.421/3-b hükmünde öngörülen nisap, yukarıda ifade ettiğimiz istisnaları ile birlikte imtiyaz oluşturmaya ilişkin genel bir yeter sayı olarak kabul edilmeli ve ifade edilen gruplara tanınacak temsil edilme hakkına ilişkin esas sözleşme değişikliklerine de uygulanmalıdır.

Genel olarak imtiyazlara ilişkin diğer düzenlemeler ve kısıtlamalar TTK m.360 hükmündeki temsil edilme hakkına da uygulanmalıdır. Bu hususta dikkat çekici bir düzenlemeye TTK m.478/4 hükmünde yer verilmektedir. Buna göre sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde, bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa TTK’da düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Ancak bu hükmün, payları borsada işlem gören anonim şirketlere ve 5411 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

IV. Temsil Edilme Hakkı Tanınanlar

A. Belirli Pay Grupları

TTK m.360/1 hükmünde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınanlar arasında ilk olarak “belirli pay grupları” sayılmıştır. Hükümde pay gruplarına tanınabileceği belirtilen bu hak, eTTK döneminde Yargıtay 11. HD içtihatlarıyla²⁰ gelişen ve yerleşen “grup imtiyazının” karşılığıdır.²¹

O halde burada yönetim kurulunda temsil olanağı tanımaya yönelik imtiyaz, yukarıda da ifade edildiği üzere, her bir paya değil “belirli pay gruplarına” tanınabilecektir. Bir anonim şirkette oyların A, B, C... şeklinde sınıflandırılması / gruplandırılması mümkündür.²² Bununla birlikte kanaatimizce imtiyaz tanınacak grubun açıkça tanımlanacak pay senedi numaraları üzerinden belirlenmesi de mümkündür. Böylelikle farklı pay sınıflarına sahip paylardan da imtiyaz tanınacak bir grup oluşturulması olanaklıdır. Şu halde TTK m.360/1 kapsamında yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir bütün olarak pay gruplarından birine, ilgili payların oluşturduğu demete²³ tanınması mümkündür. Böyle bir durumda temsil edilme hakkı münferit olarak her bir paya değil bir bütün olarak pay grubuna ait olacaktır.

bir “özel grup hakkı” olarak niteleyen bir çalışma için bkz.: **KENDİGELEN, Abuzer**: *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Hakkında İmtiyaz*, İstanbul, Beta, 1999, s. 204 vd.; TTK m.360’ta düzenlenen hakkın imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş için ayrıca bkz.: **UYSAL, Esra**: *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar*, İstanbul, Oniki Levha, 2016, s. 112, 113.

¹⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 439.

²⁰ Örn. bkz.: Y. 11. H.D. 25.12.1987, E: 3565, K. 7565; Y. 22 H.D. 01.03.1995, E. 1994/7391, K. 1995/1777 sayılı kararları.

²¹ Bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 426 vd.

²² Anonim şirketlerde pay grupları oluşturulabileceğine ilişkin TTK’da yer alan referans maddelere örnek olarak bkz.: TTK m.465/1-e, 478/4, 360/1. Ayrıca bkz.: **PULAŞLI**, *Cilt I*, §30 Kn. 195.

²³ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 427.

B. Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri

TTK'nın, imtiyazın paya tanınmasına (TTK m.478/1) dayalı temel sistemine istisna teşkil edecek şekilde TTK m.360/1 hükmünde "özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine" de yönetim kurulunda temsil edilme olanağı tanınabileceği hükmüne bağlanmaktadır. Bu, eTTK'da yer almayan ve yukarıda izah olunduğu üzere, mehzaz madde olarak gösterilen OR m.709 ile de temellendirilemeyecek TTK'ya özgü bir yaklaşımdır. Buradaki yenilik ve istisna teşkil eden husus imtiyazın paya veya pay grubuna değil, bu kez belirli özellikleri taşıması kaydıyla payın sahibine ve bunların (aynı özellik ve nitelikleri taşıyanların) oluşturduğu gruba tanınmaktadır.²⁴

TTK m.360/1 hükmünün lafzından ve amacından, sadece ilgili imtiyazın değil, imtiyaza sahip olabilmek için hangi özellik ve niteliklerin taşınması gerektiğinin de esas sözleşmede belirtilmesi gerektiğini kabul etmek gerekir. Nitelik imtiyazın tabii olduğu şartların belli olması ilkesi de bunu gerektirir.²⁵ Hükmün gerekçesinde de bu hususa dikkat çekildiğini, pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerektiğine işaret edildiğini görmekteyiz.²⁶

O halde imtiyaz tanınacak pay sahibi grubu için esas sözleşmede öngörülecek özellikler ve niteliklerin türü ve buna ilişkin sınırlar önem arz etmektedir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde özellik "*bir şeyin benzerlerinden veya başka şeylerden ayrılmasını sağlayan nitelik, hususiyet, hasiyet, hassa, mahsusluk, spesiyalite*" şeklinde tanımlanmaktadır.²⁷ Nitelik için ise "*bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet*" tanımlamasına yer verilmektedir.²⁸ Burada kullanılan "şey" ifadesinden konumuz bağlamında "kişinin" anlaşılması gerekir. Görüldüğü üzere kanun koyucu imtiyaz tanınacak pay sahiplerinin nitelik ve özelliklerinin belirlenmesi hususunda kuruculara ve genel kurula son derece geniş bir takdir yetkisi ve serbesti tanımıştır. Şu halde, pay sahiplerinden örneğin belirli bir meslek grubuna mensup olanlara, belirlenen bir yaş alt sınırını geçenlere, belli derecelerde eğitim görmüş olanlara, belirli ülkelerin vatandaşlığına sahip olanlara, belli bölgelerde bayilik faaliyeti yürütenlere ve hatta kanaatimizce belirli vakıf ve derneklere üye olanlara ya da belli bir soyadını taşıyanlara²⁹ temsil edilme imtiyazı tanınabilecektir. Gerekçede de isabetli bir şekilde pay sahibi gruplarının yan sanayi mensuplarından, bayilerden oluşabileceğine dikkat çekilmektedir.³⁰

Kanun koyucu her ne kadar pay sahibi gruplarından bahsetse de temsil edilme hakkının ismen belirlenen tek bir (veya birden çok) ortağa da tanınabileceği öğretide savunulmaktadır. Bu görüşe göre örneğin bu hak şirketin kurucusunun ailesine veya sadece kendisine şahsen de tanınabilecek, bu takdirde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bu kişinin hayatı ile sınırlı olacaktır.³¹

Şüphesiz burada özellik ve nitelik belirleme yetkisi sınırsız değildir. Buradaki sınırın genel ahlak, emredici hükümler ve özel hukuk kişilerini de bağlayan temel hak ve hürriyetler ile bu bağlamda ayrımcılık yasağı olduğunun kabulü gerekir. Buna göre esas sözleşmede örneğin ırka, etnik kökene ve inanca dayalı pay sahibi niteliği veya özelliği mümkün değildir.

²⁴ **TEKİNALP (ÇAMOĞLU / POROY)**, Kn. 790.

²⁵ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 428.

²⁶ Bkz.: TTK m.360/1 madde gerekçesi.

²⁷ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 17.03.2019).

²⁸ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 17.03.2019).

²⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 428; **KARASU**, s. 34.

³⁰ Bkz.: TTK m.360/1 madde gerekçesi.

³¹ Bkz.: **ÇAMOĞLU, Ersin**: "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili", *ARSLANLI Bilim Arşivi* (www.arslanlibilimarsivi.com); erişim tarihi: 27.03.2019), s. 3; **MEMİŞ, Tekin**: "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikte Pay Sayılır mı?", *Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan III, İzmir 2015, s. 3111.

Cinsiyete dayalı belirleme hususunda ise kanaatimizce kadın ve erkek arasındaki toplumsal, ekonomik ve sosyal konum farklılıkları ile fırsat eşitliği hususları göz önünde bulundurulmalıdır. Ülkemizde olduğu gibi, çeşitli gerçeklerle kadınlara eşit fırsat tanınmayan ve erkek egemen toplumlarda TTK m.360/1 bağlamında kadın cinsiyetine sahip pay sahiplerinden oluşan gruba yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasının olanaklı olduğunun kabulü gerekir. Nitekim Anayasa m.10 hükmünde devletin kadın-erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu maksatla çeşitli ülke mevzuatlarında cinsiyete dayalı kota uygulamaları ve kadınlar için pozitif ayrımcılık öngören düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.³² Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim ilkeleri m.4.3.9. hükmünde de ilgili düzenlemeye tabi şirketlerin, yönetim kurulunda kadın üye oranı için %25'ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirleme ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturma yükümlülüğü altına sokulduğu görülmektedir. Şu halde özel hukuk tüzel kişisi olan anonim şirketin esas sözleşmesinde kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla, kadın olmaya dayalı bir imtiyaz tanınması mümkün olmalıdır. Diğer taraftan, izah edilen nedenlerle, erkek cinsiyetine dayalı TTK m.360/1 bağlamında bir imtiyaz, kural olarak eşitliğin tesisine hizmet etmeyeceği için esas sözleşmede belirlenmemelidir.

C. Azlık

TTK m.360 hükmünde imtiyaz tanınanlar arasında en sorunlu tanımlama kriteri kanaatimizce "azlıktır". Bunun nedeni öncelikle hükümde yer alan "azlık" kavramından, neyin kastedildiğinin belirsiz olmasıdır.³³ Gerçekten de gerek azlığın tespiti gerekse imtiyazlı pay sahiplerinin haiz oldukları hakkı kimlerin kullanabileceğinin belirlenebilmesi için hükümdeki azlık kavramı izaha muhtaçtır. Hükümde azlığa tanınan hakkın "imtiyaz" niteliğinde olması karşısında örneğin, pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikteki genel kurul kararlarının geçerli olabilmesi için toplanacak imtiyazlı pay sahipleri özel toplantısına (TTK m.454/1) kimlerin katılıp oy kullanabileceği belirlenebilmelidir.

İfade edilen kaygıdan hareketle, açıklık taşımayan hükmün gerekçesinde azlığın belirlenebilir ve tanımlanabilir bir şekilde tanımlanması, bir başka ifadeyle, "azlık" kapsamında yer alan hak sahiplerinin diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Gerekçede devamlı, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarılabileceği istisnalar bir yana, burada yüzdelerin anılmasının yeterli olmayabileceği, bunun yerine pay senedi numaraları ve sayılarının ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüt olabileceği belirtilmekte bunun ötesinde başkaca bir yorumda bulunulmamaktadır.³⁴

Hemen belirtelim ki gerekçede önerilen azlık belirleme metodu yerinde değildir. Öğretide *Kırca* tarafından da ifade edildiği üzere, pay numaraları üzerinden oluşturulacak bir azlık zaten TTK m.360/1 hükmünde ifade edilen "belirli pay grubunu" oluşturacaktır.³⁵ Pay sahiplerinin nitelikleri üzerinden yapılacak bir belirleme ise "özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri" kavramı kapsamında olacaktır. Azlığın, diğer azlık haklarında olduğu gibi sermayeye iştirak oranı üzerinden belirlenmesi de kanaatimizce olanaklı değildir.³⁶ Bunun öncelikli nedeni hangi pay sahiplerinin bu kapsamda olduğunu, diğer taraftan imtiyazlı pay sahipleri kurulunun üyelerini tespit etmenin imkânsızlığıdır. En yalın ifadeyle orantıya dayalı formül imtiyaz sahibi azlığı belirleme imkânı tanımamaktadır.

³² Bu hususta detaylı bir inceleme için bkz.: **TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile:** "Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *TBB Dergisi* 2017 (özel sayı), 93-124.

³³ Ayrıca bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 430.**

³⁴ Bkz.: TTK m.360/1 madde gerekçesi.

³⁵ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 430.**

³⁶ Karşı görüş için bkz.: **TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, Kn. 12-19.**

Şu halde TTK m.360/1 hükmünde ifade edilen “azlık” mefhumuna imtiyaz tanınması olanağının bulunmadığı ve bu kavramın ilgili hüküm içerisinde, temsil edilme imtiyazının pay ve pay sahipleri gruplarına da tanınmış olması karşısında gereksiz olduğu sonucuna varılmalıdır.³⁷

V. Temsil Edilme Hakkının Kullanılması

A. Genel Olarak

TTK m.360/1 hükmü yönetim kurulunda temsil edilme hakkının öngörülebileceğini düzenlemiş olmanın yanı sıra bu hakkın nasıl kullanılabilceğini de göstermektedir. Buna göre ilgili hakkın kullanılma yönteminin esas sözleşmede belirlenmesi gerekmektedir. Esas sözleşmede belirlenecek yöntem aşağıda ayrı başlıklar altında ele alındığı üzere iki türlü olabilir. Ya yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülmektedir ya da bu gruplar için aday önerme hakkı tanınacaktır. Burada belirlenen yöntemlerin, emredici hükümler ilkesi (TTK m.340) de göz önünde bulundurularak tahdidi olduğunun kabulü gerekir.³⁸ Temsil edilme hakkı tanınsa da, seçimi yapacak olan genel kuruldur. Dolayısıyla esas sözleşmede belirli bir gruba yönetim kuruluna doğrudan üye atama yetkisi verilemeyecektir.³⁹

Esas sözleşmede her iki yöntemi bir arada öngören bir hükmün ise, hakkın kullanılmasını imkânsız hale getirmeye müddetçe, geçersiz olmayacağını kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda, yöntemlerin uygulanma hiyerarşisine ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamış olması halinde, öncelikle hak sahibi grubun aday önermesi beklenir. Aday önerilmemiş seçimi ilgili gruba mensup pay sahipleri arasından yapılır.⁴⁰

B. Aday Önerme Yöntemiyle Hakkın Kullanılması

Kanun koyucu temsil edilme hakkının, hak sahibi grubun aday önermesi yoluyla kullanılabilceğini belirtmekte ancak adayın nasıl belirleneceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Buradaki temel sorun imtiyazın münferit olarak paya değil pay veya pay sahibi grubuna tanınmış olmasıdır. Dolayısıyla bu yöntemde zorluk ve belirsizlik teşkil eden adayın önerilmesi değil, önerilecek adayın belirlenme sürecidir. Sürece ilişkin ilkelerin belirlenmesinin öğretiyi ve yargıya bırakıldığı anlaşılmaktadır. İmtiyaz tanınan pay grubunun tamamının tek bir pay sahibi elinde bulunması ya da imtiyaz için belirlenen nitelik ve özelliklerin tek bir pay sahibinde bulunması halinde ifade edilen zorluklarla karşılaşılacağı açıktır.

Kanaatimizce, ilgili hakkın bir imtiyaz teşkil ettiği de göz önünde bulundurularak, temsil edilme hakkı sahibi pay sahibi grubunun aday belirleme süreci için imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanma ve karar alma usul ve esasları (TTK m.454) kıyasen uygulanmalıdır.⁴¹ Şu halde, TTK m.360 çerçevesinde temsil edilme hakkının öngörüldüğü durumlarda bu hakkın kullanılacağı genel kurul toplantısından makul bir süre önce yönetim kurulu, hak sahibi grubu toplantıya çağırmalıdır.⁴² Buradaki süre, ilk toplantıda karar alınmaması halinde, ikinci bir toplantı yapmaya yetecek ölçüde olmalıdır.⁴³ Aksi durumda, imtiyazlı

³⁷ Bu hususta ayrıca bkz.: PULAŞLI, *Cilt I*, §30 Kn. 200; Karşı görüş için: TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (*Sermaye Ortaklıkları*), Kn Nr. 12-19.

³⁸ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), *A.Ş. I*, s. 433.

³⁹ KORTUNAY, s. 51.

⁴⁰ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), *A.Ş. I*, s. 430; Dn. 115.

⁴¹ Aynı yönde: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), *A.Ş. I*, s. 433. Bununla birlikte Kırca, genel kurulun toplanmasına, çağrısız genel kurula ilişkin hükümlerinden de faydalanılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz.: KORTUNAY, s. 54.

⁴² Ayıby yönde: UYSAL, s. 120; Çağrının ilgili pay grubuna mensup herhangi bir pay sahibi tarafından da yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz.: PULAŞLI, *Cilt I*, §30 Kn. 214.

⁴³ Burada TTK m.418'de ön görülen toplantı ve karar nisaplarının uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz.: PULAŞLI, *Cilt I*, §30 Kn. 215.

grubun her mensubu, hak sahiplerinin toplantıya çağrılmasını şirketin merkezine bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilmelidir. Kanaatimizce, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda olduğu gibi burada da yüzde altmış toplantı nisabının ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuna dayalı karar nisabının uygulanması yerinde olacaktır.⁴⁴ Toplantı çağrısına rağmen imtiyazlı grup toplanmazsa grubun, ilgili genel kurul toplantısında aday önerme hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir. Aday belirleme sürecine ilişkin usul ve esasların esas sözleşmede belirlenmesi de mümkün olmalıdır.⁴⁵ Böyle bir belirleme TTK m.360 hükmünde izin verilen temsil edilme hakkının temini ile ilgili olduğundan, fıkrimizce emredici hükümler ilkesine (TTK m.340) aykırılık teşkil etmeyecektir.

Aday belirleme sürecinin TTK'da açıkça belirlenmemiş olması karşısında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanma ve karar alma usul ve esasları esnek bir şekilde⁴⁶ ve ilgili grup lehine yorumlanmak suretiyle uygulanmalıdır. Bu çerçevede seçimin yapılacağı genel kurul toplantısına kadar, temsil edilme hakkını haiz grup mensuplarının (pay oranına dayalı) çoğunluğunun önerisiyle de ilgili hakkın kullanılabilmesi kanaatimizce olanaklı olmalıdır. Önerilecek adayın belirlenmesine ilişkin kararın kendisinin iptali talep edilebileceği gibi, buna ilişkin uyumsuzluğun genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin kararının iptali kapsamında ele alınması da mümkündür.⁴⁷

Toplantının gerçekleşmemesi, toplantıda karar alınamaması, hak sahibi grubun açıkça temsil edilme hakkını kullanmaktan feragat etmesi halinde yönetim kurulu üyesini belirleme yetkisi genel hükümler çerçevesinde yönetim kuruluna ait olacaktır.

C. Hak Sahibi Gruba Mensup Bir Kişinin Seçilmesi

TTK m.360/1 hükmünde düzenlenen temsil edilme hakkının kullanılabilmesine ilişkin ikinci yöntem, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve belirli pay gruplarına mensup payların sahipleri arasından seçilmesidir. Görevi üstlenmeye hazır olması şartıyla kimin seçileceği genel kurulun takdirindedir ve imtiyaz sahiplerinin bu yöntemde seçilecek kişiyi belirleyip genel kurula dayatma yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁸ Şu halde tanınan temsil edilme hakkı çerçevesinde genel kurulun pay grubuna mensup pay sahiplerinden ya da pay sahibi grubuna mensup olanlardan herhangi bir kişiyi ya da imtiyaz çerçevesinde öngörülen sayı kadar kişiyi seçmesi yeterli olacaktır.

Görüldüğü üzere, yukarıda seçilecek adayın belirlenmesine ilişkin süreçlerin burada uygulanması gerekli olmadığı gibi genel kurul da hak sahiplerinin kendi aralarından belirleyecekleri kişiyi de seçmek zorunda değildir. Ancak yine de genel kurul tarafından, hak sahiplerince önerilecek pay sahiplerinin seçilmesi hem ortaklık içi huzur hem de imtiyazın ruhuna en uygun uygulama bakımından yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız. Öğretide *Kırca*, hak sahiplerinin oy birliği ile kendi aralarından belirleyip önerdikleri adayın genel kurulca ... seçilmemesi halinde dürüstlük kuralına aykırılığa istinaden ilgili genel kurul kararının iptalinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır.⁴⁹ Oy birliği ile aday önerilmesi halinde, önerilen pay sahibi dışında diğer hak sahiplerinin ayrıca yönetim kurulu üyeliğini kabule hazır olma ihtimallerinin son derece düşük olduğu düşünüldüğünde, zaten genel kurulun imtiyazın uygulanabilmesi için önerilen kişiyi seçmesi neredeyse tek yol olarak gözükmektedir.

⁴⁴ TTK m.454'te ön görülen toplantı ve karar nisapları ile ikinci toplantıya ilişkin usulün burada uygulanmaması gerektiği hususunda bkz.: **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 434, 435.

⁴⁵ **KARASU**, s. 37.

⁴⁶ Aynı yönde bkz.: **PULAŞLI**, *Cilt I*, §30 Kn. 214.

⁴⁷ **KENDİGELEN**, *İmtiyaz*, s. 268 vd.; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 435.

⁴⁸ **KENDİGELEN**, *İlk Tespitler*, s. 253; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 436; **PULAŞLI**, *Cilt I*, §30 Kn. 204.

⁴⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 436; Karşı görüş için bkz.: **PULAŞLI**, *Cilt I*, §30 Kn. 205.

VI. Temsil Edilme Hakkının Sınırı ve “Haklı Neden” Kavramı

Temsil edilme hakkı çerçevesinde birden fazla gruba imtiyaz tanınabileceği gibi imtiyaz tanınan bir gruba kural olarak birden fazla temsilci önerme hakkı da tanınabilir.⁵⁰ Ancak esas sözleşmede temsil edilme hakkı ve bu hakkın kullanılma yönteminin belirlenmiş olması önerilen ya da hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup her adayın genel kurul tarafından seçilmesinin zorunlu olacağı anlamına gelmemektedir. TTK m.360/1 hükmüne göre haklı nedenlerin varlığı halinde ilgili adayın seçilmesinden imtina edilebilecektir.⁵¹ Haklı nedene ilişkin olarak TTK m.360 ya da bir başka hükümde herhangi bir açıklamada bulunulmamakta, haklı nedenlere ilişkin örnekler sayılmamaktadır.

Kanunda ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için öngörülen şartlar kanaatimizce buradaki “haklı neden” kavramının konusu değil⁵², önerilebilmenin ve seçilebilmenin ön ve temel şartıdır. Diğer bir anlatımla, aday önerme hakkının öngörüldüğü hallerde, temsil edilme hakkı sahiplerince kanunda ve esas sözleşmede düzenlenen şartları taşımayan bir kişinin seçilmesinin talep edilmesi durumunda, TTK m.360 hükmünde düzenlenen “aday önerme” işlemi geçersiz olacak, dolayısıyla ilgili kişinin genel kurulca seçilmemesi de, “haklı nedenle ret” anlamına gelmeyecektir. Diğer taraftan, hak sahipleri arasından yönetim kurulu üyesinin seçilmesinin esas sözleşmede düzenlendiği durumlarda, imtiyaz sahibi pay sahiplerinden hiçbirinin kanun ve esas sözleşmede öngörülen şartları taşıması halinde de, “haklı nedenle ret” değil hukuki imkânsızlık nedeniyle imtiyaz hakkının uygulanamaması keyfiyeti söz konusu olacaktır.

O halde “haklı neden” kavramı yönetim kurulu üyesi seçilebilmeye ilişkin asgari şartlar dışındaki nedenlere ilişkin olmalıdır. Burada seçilmeme sebebinin haklılığı öncelikle şirket çıkarları bağlamında ele alınmalıdır. Şirketin ticari sırlarının tehlikeye girecek olması, şirket itibarının zedelenmesi ve işlerinin önemli ölçüde aksayacak olması gibi nedenler haklı neden oluşturacaktır.

Haklı neden dışında TTK m.360 hükmünde öngörülen temsil edilme hakkının uygulanmasının diğer bir sınırı halka açık anonim şirketler için öngörülmüştür. Buna göre bu tür şirketlerde, TTK m.360 hükmünde öngörülen temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Buradaki kısıtlamanın temelinde yatırımcının korunması ve halka açık şirketlerdeki güç boşluğunun derinleşmesinin önlenmesi düşüncesi yatmaktadır. Ne var ki 6103 Sayılı Kanun m.28/2 hükmünde, 6762 sayılı eTTK zamanında ve TTK'nın kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkının, TTK m.360/1 hükmünde belirlenen sınırı aşıya bile müktesep hak sayılacağı hükme bağlanmıştır. Burada “müktesep hak” belirlenmesinin sadece pay gruplarına tanınan imtiyaz için yapıldığı, buna karşılık “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile (esasen karşılığı bulunmayan)⁵³ “azlığa” tanınan temsil edilme hakkı için kanun koyucunun sessiz kaldığı belirtilmelidir. Şu halde bunlara tanınan imtiyazların yeni düzenlemedeki sınırlamaya uygun hale getirilmeleri gerekli olduğu kabul edilmelidir.

Temsil edilme hakkına ilişkin halka kapalı anonim şirketler açısından bir üst sayı sınırı öngörülmemiş olması karşısında, bu tür şirketlerde ilgili imtiyaz ile yönetim kurulu üyelerinin tamamının imtiyaza konu olabileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir belirleme, imtiyaza sahip olmayan pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi seçilmesine ilişkin temel haklarını bütünüyle ortadan kaldıracığından, kanaatimizce mümkün olmamalıdır.⁵⁴ Şu halde en az bir üyenin seçiminin imtiyaz kapsamı dışında tutulması, diğer bir ifadeyle genel seçim düzenlemelerine tabi olması gereklidir.

⁵⁰ ÇAMOĞLU, s. 3.

⁵¹ Hükme ilgili kısmın eklenmesi ve bazı eleştiriler için bkz.: MOROĞLU, *Değerlendirme*, s. 170.

⁵² Karşı görüş için: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), *A.Ş. I*, s. 437.

⁵³ Bu hususta açıklamalar için yukarıya bkz.: IV. Temsil Edilme Hakkı Tanınanlar, C. Azlık.

⁵⁴ Bu hususta ayrıca bkz.: KORTUNAY, s. 52.

Bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin esaslar öncelikle SerPK m.17 hükmüne dayalı olarak SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri kapsamında düzenlenmiştir.⁵⁵ TTK m.360/1 hükmünün son cümlesinde bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu ifadeden öncelikle, TTK m.360 hükmünün bağımsız yönetim kurulu üyeleri bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir.⁵⁶ Ancak temsil edilme imtiyazı için bir önceki cümlede halka açık şirketler için getirilen kısıtlamanın tespitinde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin de hesaba katılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bir başka ifadeyle, tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde, (bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin düzenlemelere tabi olunması halinde) bağımsız üyelerin de dâhil olduğu yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacaktır.

Son olarak SerPK'da öngörülen bir kısıtlamaya değinmek gerekir. Buna göre yatırım ortaklıkları tarafından belirli grupların yönetim kurulunda temsil imtiyazı tanıyan pay ihracında TTK'nın 360. maddesinin uygulanmayacağı belirtilmiştir (SerPK m.48/4). Pay sahipleri gruplarına ve azlığa tanınacak temsil edilme hakkı paydan bağımsız olduğuna göre burada kastedilen sadece pay grupları olmalıdır.

VII. Temsil Edilme Hakkına Aykırılığın Sonuçları

Anonim şirket genel kurulunun TTK m.360 hükmüne uygun olarak esas sözleşmede öngörülmuş bir imtiyazı uygulamaması, diğer bir anlatımla, önerilen kişinin seçilmemesi veya hak sahibi pay sahipleri arasından seçim yapılmaması halinde ilgili genel kurul kararının iptali genel hükümler çerçevesinde talep edilebilecektir.⁵⁷ Mahkeme burada hem önerilen adayın veya hak sahibi pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi seçilebilmeye ilişkin asgari koşulları sağlayıp sağlamadığını hem de seçilmemeyi haklı kılabilecek nedenlerin varlığını incelemiştir.

Temsil edilme hakkına aykırılığın sonuçlarına ilişkin temel tartışma konusu, genel kurul kararının iptalinin sonuçları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Mahkemenin vereceği iptal kararının önerilen adayın seçilmesine ne gibi etkide bulunacağı belirsizdir. Burada mahkemenin genel kurulun yerine geçmek suretiyle üye seçemeyeceği kabul edilmelidir. Bir görüşe göre mahkemece verilecek iptal kararı ile birlikte önerilen ve reddedilen aday seçilmiş sayılmalıdır.⁵⁸ Buna göre bu sonuç önerinin bağlayıcı olmasının gereğidir. Öğretide *Kırca* isabetli olarak, TTK m.454/7 hükmünün kıyasen uygulanması, açılacak davada iptal talebiyle önerilen adayın yönetim kurulu üyesi sıfatıyla ticaret siciline tescilinin talep edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹

Belirtmek gerekir ki ifade edilen yöntemler sadece imtiyaz sahiplerince aday önerilmesi durumu için uygulanabilir niteliktedir. Temsilcinin imtiyaz sahipleri arasından seçilmesi gerektiği durumlarda iptal kararı alınabilecektir, ancak bu iptal kararı ile birlikte herhangi bir kişinin üye seçilmiş sayılması söz konusu olmayacaktır. Bunun nedeni bu yöntemde önerme hakkı bulunmaması nedeniyle seçilmiş sayılabilecek kişinin tespit edilememesi ve mahkemenin genel kurul yerine geçmek suretiyle seçim yapma yetkisinden mahrum olmasıdır. Kanaatimizce bunun tek istisnası, dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak, temsil edilme hakkı sahiplerinin oybirliği ile önerdikleri aday içindir. Diğer durumlarda tek çare genel kurulun yeniden toplantıya davet edilerek üye seçilmesinin sağlanmasıdır.

Temsil edilme imtiyazının ihlali halinde esas sözleşmeye aykırılık söz konusu olacağından, başkaca bir neden yoksa kararın yokluğu ya da butlanı gündeme gelmemelidir. Ancak şirket esas sözleşmesinde, TTK m.360 hükmünde izin verilen çerçevenin dışında bir imtiyaz öngörülmesi halinde, aykırılığın niteliğine göre değişikliğe ilişkin genel kurul kararının butlanı ya da yokluğu da gündeme gelebilir.⁶⁰

⁵⁵ Bkz. örn: m.4.3.7, 4.3.5; 4.3.8.

⁵⁶ Bağımsız üyenin, bağımsızlık kriterlerine uyuyorsa bir gruba mensup olabileceğine ilişkin görüş için bkz.: **TEKİNALP, Ünal**, *Sermaye Ortaklıkları*, Kn. 12-20.

⁵⁷ **ÇAMOĞLU**, s. 4; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 437; **KORTUNAY**, s. 55.

⁵⁸ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 437; **KORTUNAY**, s. 55.

⁵⁹ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT)**, A.Ş. I, s. 437.

⁶⁰ **KARASU**, s. 38.

VIII. Seçilen Temsilcinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim

TTK m.360 hükmünün gerekçesinde, pay ve pay sahibi grupları ile azlık temsilcisinin niteliğinin ortaya konulmasının önemli bir sorun oluşturacağı, böylece bugüne kadar öğretilmiş olan temsilcinin niteliğinin de ele alınacağı ifade edilmektedir. Oysa TTK m.360 hükmünde düzenlenen temsil edilme hakkı kapsamında seçilen bir yönetim kurulu üyesinin konumu itibarıyla diğer üyelere herhangi farkı yoktur.⁶¹ Temsilci, yönetim kurulu üyesi olmaya ilişkin kanunda ve esas sözleşmede öngörülen bütün şartları haiz olmalıdır.

Temsil edilme hakkına sahip olanlar tarafından seçim işlemi gerçekleşene kadar işletilen süreç, temsilci olarak seçilen üyenin yönetim kurulu üyesi olmaktan doğan hak ve yükümlülüklerine etki etmeyecektir. Örneğin, TTK m.359/2 hükmünde tüzel kişi ile birlikte tescil edileceği düzenlenen gerçek kişi ya da TTK m.334/2'de belirtilen kamu tüzel kişilerinin temsilcileri için öngörülen kuramsal düzenin aksine, TTK m.360'ta ifade edilen hak sahipleri, temsilcilerini dilediklerinde görevden alma ve yerine yenilerini atama yetkisine sahip değildirler. Dolayısıyla temsilcilerin görevden alınmaları veya yeniden atanmaları yönetim kurulu üyesi seçmeye ilişkin genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Aynı şekilde temsil edilme hakkı çerçevesinde seçilen üyeler, kendilerini seçen veya öneren pay sahipleri ile şirketin çıkarlarının çatıştığı durumlarda, özen ve bağlılık yükümlüğüne uygun olarak, şirketin menfaatini dürüstlük ilkesi çerçevesinde incelemek ile yükümlüdürler.⁶²

Burada dikkat çekilmesi gereken bir husus kooptasyon işleminde temsil edilme hakkının korunmasına ilişkin gerekliliktir. Dolayısıyla TTK m.363 hükmü kapsamında herhangi bir sebeple, temsil edilme hakkı kapsamında seçilen bir üyenin üyeliğinin sona ermesi nedeniyle bir üyeliğin boşaldığı hallerde, yönetim kurulu geçici olarak üye seçerken TTK m.360'a tabi imtiyaz sahiplerinin temsilcilerini seçmeli ya da ilgililerin aday gösterme haklarını korumalıdır.⁶³ Aksi durumda yönetim kurulu esas sözleşmeye aykırı bir işlem gerçekleştirmiş olacak ve pay sahiplerinin bir kısmının hakları kısıtlanmış olacaktır. Aynı zamanda genel kurul eliyle oluşturulmuş ve yine genel kurulun kendi uhdesinde bulunan imtiyaz oluşturma yetkisi de fiilen bertaraf edilmiş olacaktır. Anonim şirketin temel yapısına uymayan böyle bir karar kanaatimizce butlanla sakat olacaktır.⁶⁴

⁶¹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), A.Ş. I, s. 438.

⁶² KARASU, s. 33. ÇAMOĞLU, s. 2.

⁶³ Aynı yönde: KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, A.Ş. I, s. 422; AKDAĞ GÜNEY, s. 13.

⁶⁴ Farklı bir gerekçeye dayanmış olmakla birlikte ilgili hususta "butlan" sonucunu savunan görüş için bkz.: AKDAĞ GÜNEY, s. 14. İlgili hususta yönetim kurulu kararının iptalinin talep edilebileceğini savunan görüş için bkz.: KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, A.Ş. I, s. 422.