

ESER TAHLİLLERİ

ANONİM ŞİRKETLER, KONSANTRASYON VE KÜÇÜK PAY SAHİBİ

(Kitap İncelemesi)

Yazan : Dr. Tuğrul ANSAY

Bernhard Grossfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionær. Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1968. XVIII, 347 S. (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 21).

I. İncelemesini yapacağımız bu eser Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bir önceki sayısında tanıtılmış olduğumuz anonim şirketlerde idareciler aleyhine mesuliyet davası ile ilgili 2 kitapla¹ hemen hemen aynı konudur.

Türk yazarların kitaplarını yayınladıkları aynı yıl içinde Almanya'da da bir doçentlik tezinin hazırlanmış olması² konunun orada da önemli olduğunu göstermektedir. Önceki yazımda Türk yazarları tarafından yayınlanmış olan eserlerin sadece memleketimizdeki durumu ortaya koymaya çalıştıklarını, mevcut düzenlemenin bir değerlendirmesini yapmak amacının bulunmadığını belirtmiştim. Oysa ki *Grossfeld* konuya tamamen başka bir açıdan, pay sahipleri tarafından idareciler aleyhine açılacak davanın iktisadi temerküzü önemesi açısından bakmaktadır. Bilindiği gibi ileri kapitalist Batı ülkelerinde iktisadi alanda holdingler, kartel, tröst ve bunlara benzer şekillerdeki toplanmalar, bu iktisadi düzenin temel ilkelerinden biri olan rekabet serbestliğini ortadan kal-

-
- (1) *T. Ansay*, Kitap İncelemesi, 25 Ank. HF. Der. 267 vd. (1968, Sa. 3-4).
 - (2) Kitap 1965 güzünde tamamlanmış, sonradan 1967 başına kadar yayınlanmış eserler gözden geçirilmiştir. Önsöz VI. *Grossfeld* halen Göttingen Üniversitesinde Profesördür.

dırmakta ve büyük sermayeler genellikle büyük anonim şirketlerde, dolayısıyla birkaç pay sahibinde birleşmektedir. Bu pay sahiplerinin gerçek kişiler veya banka, yardımlaşma sandıkları yahut vakıflar olması önemli bir fark doğurmamaktadır. Aynı şekilde, temerküz olayı, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin durumlarını da kuvvetlendirmekte ve bu demokratik bir toplumda kişilerin bağımsızlıklarına etki edebilecek sonuçlara doğru gelişmektedir. İşte Prof. *Grossfeld* bu gelişmenin tehlikesini belirtmekte, anonim şirketlerin temerküz olayına karşı savaşmaları gerektiğini ve küçük pay sahiplerinin kendilerine tanınan dava hakkı ile bu savaşta aktif bir rol oynayabileceklerini savunmaktadır. Bu suretle kitap *Mestmaecker* tarafından 1958 yılında yayınlanan «Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre»³ adlı bir diğer doçentlik tezinin adeta bir son bölümü halini almakta⁴ ve o tarihten beri Almanya'da yayınlanan tezlerin bir yenisini teşkil etmektedir⁵.

Yazar eserini iktisadi temerküz ve anonim şirketler ana teması etrafında ve başlıca iki büyük bölümde toplamıştır. Ayrıca kitabın bir girişi ve bir de sonuç diyebileceğimiz iki parçası daha var. Gayet açık ve bir yabancının dahi rahatlıkla okuyabileceği arı bir dille yazılmış olan kitapta bazı tekrarlar göze çarpmaktadır⁶. Hatta bu tekrarlamalar plânda bir bozukluk bulunması ihtimalini düşünmeye dahi okuyucuyu zaman zaman itiyor. Fakat esere bir bütün olarak bakılınca bu tekrarlamalar bir senfonide yer yer duyulan ana melodilere benzemekte ve adeta bir anlam taşımaktadırlar. Gerçekten yazar, söylemek istediklerini yavaş yavaş ortaya koymakta, okuyucuyu bir sonraki bölümdeki sorunlara mantıki bir silsile içinde hazırlamakta, bazen de geriye dönerek anlatılanları toparlamaktadır. Bu adım adım hedefe yaklaşış ve bugüne kadar temerküz, rekabet ve anonim şirket üçlüsü hakkında yazılmış yazıları toparlamaktaki başarı inkar edilemez; fakat gidilmesi gereken yol da *Grossfeld*'in göstermeye çalıştığından daha arızalıdır. Yazarın bazı konulara ve sorunlara değinmemiş veya önemi kadar

(3) Karlsruhe 1958.

(4) *Mestmaecker* kitabının önsözünde 4. bölüm olarak mesuliyet davasını inceleyeceğini bildirmiş, fakat bu çalışmasını bugüne kadar yayınlamamıştır.

(5) Bunların en önemlilerinden biri de anonim şirketlerdeki menfaatler durumu ile organlar arasındaki ilişkiyi inceleyen *Wiethölter*'in doçentlik tezidir: *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe 1961.

(6) Örneğin s. 44 ve 80; 178 ve 188.

yer vermemiş olmasından dolayı savunduğu tezin kuvveti hakkında yanlış olması ihtimalini düşünmeye bizi sevk etmiştir.

Giriş kesiminde Prof. *Grossfeld* daha önce yapılmış sosyolojik araştırmalara dayanarak rakkamlar vermekte ve Almanya'da az sayıda anonim şirketin büyük sermayeleri temsil etmekte olduğunu göstermektedir. Bütün ileri Batı ülkelerinde olduğu gibi Almanya'da da bir iktisadi temerküz sorunu vardır ve anonim şirketler iktisadi temerküze en uygun olan bir hukuki araçtır. Modern ve halka açık anonim şirketlerde mülkiyetin en önemli unsuru olan hakimiyet (kontrol) pay sahibinin elinden çıktığından⁷ temerküz olayı daha da kolay gerçekleşebilmektedir⁸. Anonim şirketler bu durumda kaygısız kalmamalıdır, iktisadi bakımdan tarafsız olmaktan kurtulup bir fonksiyon icra etmelidirler, yani toplanmanın oluşmasına karşı savaşmalıdırlar.

Birinci ana bölüm anonim şirketlerin iktisadi rekabet alanındaki fonksiyonlarına ayrılmıştır⁹. Burada önce kişisel hürriyetin korunması, özel sermayenin kudreti ve rekabet serbestliği arasındaki ilişkiler okuyucunun önüne getirilmektedir. Gerçi Anayasa, Devleti vatandaşların hürriyetini ve onlar arasındaki eşitliği sağlamakla görevlendirmiştir¹⁰. Fakat Devlete karşı da vatandaşın hürriyetinin ve eşitliğin korunması bazı hallerde gerekebilir. İşte rekabet serbestliği hürriyet ve eşitliğin korunmasında kullanılacak bir araçtır ve anonim şirketler rekabet serbestliğinin devamında önemli bir rol oynayabilirler¹¹.

Anonim şirketlerin «ölümsüzlüğü», yani devamlarının pay sahiplerinin hayatına bağlı olmaması ve bu şirketlerde sorumluluğun sınırlı olması kartelleşmede anonim şirketlerin kullanılmasına yol açmıştır. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde «anti-trust» kanunları ile kartel ve tröslere karşı bir mücadele başlatılmıştır. Fakat anti-trust hukuku yazara göre özel sermayenin kud-

(7) *Berle ve Means* tarafından yayınlanan (The Modern Corporation and the Private Property, New York 1932) bir kitaptaki bulguların Alman anonim şirketleri için bugün de doğru olduğu görülmektedir.

Yazar *Berle ve Means* tarafından kullanılan «Ownership» kelimesini bazı yerlerde «Besitz» (S. 14, 22, 314), bazı yerlerde de «Eigentum» (S. 22, 25, 311, 291) şeklinde çevirmiştir. (*Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, S. 21: «Eigentum»).

(8) S. 22.

(9) S. 50-179.

(10) S. 51 vd.

(11) S. 80 vd.

retini hürriyetin gerektirdiği hudutları içinde tutmaya yetmez¹². Devletin yapacağı mücadelede özellikle idarî personeli bulması güçtür¹³. Bundan dolayı da iktisadi temerküze karşı yapılan mücadelede bütün özel hukuk ve iktisat hukuku müesseseleri yardıma gelmelidirler. Anonim şirketler de bunlardan biri olmalıdır.

Eserin ikinci ana bölümünde anonim şirketlerin iktisadi rekabet serbestliğinin sağlanmasına ne şekilde katkıda bulunabileceği incelenmektedir. Yazara göre temerküz olayını tamamen engellemek doğru olmaz; fakat sosyal bakımdan arzu edilen sınırlar içinde tutmak da o derecede gereklidir. Bu sınırlamayı anonim şirketlerdeki iç kuvvet dengesini sağlamak suretiyle bizzat anonim şirketlere yaptırmak mümkündür. İç denge ancak pay sahiplerinin bugünkü pasif durumlarından çıkarılıp¹⁴ aktif bir hale sokulmaları ile gerçekleştirilebilir. Bu ise kendilerinin idareye ve kontrole katılmalarının imkân dahiline sokulmasını gerektirir¹⁵. Gerçi kontrol yeteneği küçük pay sahiplerinden pek beklenemez ve bundan dolayı da kamunun denetimi bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür; fakat *Grossfeld* Devlet'e bu alanda yetki verilmesinin dengeyi bozacağı ve esasen Devletin bu işi başaramıyacağı görüşündedir¹⁶. Bundan dolayı da bütün ağırlık, ister istemez münferit pay sahiplerine doğru kaymaktadır. Tek tek pay sahiplerine şirketi bütün pay sahipleri adına kontrol imkânı verilmelidir¹⁷. Hissedarlar idareciler aleyhine dava açabilmelidirler¹⁸.

Bu sonuca vardıldıktan sonra yazar Alman anonim şirketler tarihinde bu çeşit davaların yerini ve müteakiben de halen Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanmakta olan pay sahipleri davasını (*derivative suit*) etraflı bir şekilde incelemekte ve bu son dava şeklinin Alman hukukuna iktibası imkânını tartışmaktadır. Yazar pay sahibinin açacağı davanın şirket içindeki kuvvet dengesini sağlamak suretiyle kartelleşmelerin önlenmesinde esaslı hizmetler yapabileceği sonucuna varmaktadır.

Eserin ayrı bir sonuç kısmı yoktur. Fakat kitabın en son kısmının başlığına yazar bir soru işareti koymuştur : «Kaçınılmaz bir sonuç olarak temerküz?» Diyorki *Grossfeld*, bugüne kadar bu so-

(12) S. 178.

(13) S. 188.

(14) S. 19 ve 21.

(15) S. 200.

(16) S. 202-203.

(17) S. 207.

(18) S. 211 vd.

ru daha kat'i olarak cevaplandırılmamıştır. Hürriyeti koruyabilmek için kanun koyucunun erken teslim olmaması gerekir. «Bütün kuvvetle mücadele edilince başarı sağlanması mümkündür. Buna anonim şirketlerin de bir katkısı olmalıdır»¹⁹.

II. Özetini yapmağa çalıştığımız kitapta, görüldüğü gibi, yazar anonim şirketlerdeki münferit pay sahiplerinin yönetim kurulu ve onun üyeleri aleyhine açabileceği mesuliyet davasını sadece belli bir açıdan incelemiştir: Bu dava iktisadi temerküzü önlemede yardımcı olabilir.

İktisadi alanda temerküzün *Marx*'in ileri sürdüğü gibi kaçınılmaz bir sonuç mu olduğu²⁰, yoksa *Eucken*'in de savunduğu gibi²¹ bu gelişmenin önlenmesinin mümkün mü bulunduğu sorusu üzerinde duracak değiliz. Aynı şekilde, yazarın devamlı olarak belirtmeğe çalıştığı temerküzün tehlikeli bir gelişme olmasının tartışılmasını da yapmak bu kitap incelemesinin konusu değildir. Biz daha ziyade kitabın hukuki olan kısımlarında tatmin edilmediğimiz bazı noktalara değinmek ve bu vesile ile daha önce yayınlamak imkânını bulamadığımız kendi görüşlerimizi ortaya koymak istiyoruz²².

A. Yazar anonim şirketlerin iktisadî temerküz alanında kullanılan bir hukuki şekil olduğu temelinden hareket etmektedir. Gerçi bu faraziye yanlış değildir. Fakat bizzat yazarın da açıkladığı gibi limited şirketler de temerküz aracı olarak kullanılmaktadırlar (bu husus anonim şirketlerin iktisadi temerküz alanında kullanılmalarının uzun izahları yapıldıktan sonra en sonda açıklanmakta ve okuyucuyu uzun süre yanıltmaktadır). Adi şirket şeklinde yapılan birleşmelerle de rekabet serbestliği ihlâl edilmektedir. Limited şirketlerde ortakların şirket işleri ile ilgilerinin az olduğu söylenemeyeceğine göre anonim şirket pay sahiplerinin ilgisizliğini temerküz olayındaki en büyük müsebbip olarak ifade etmek bizce fazla aşırı bir görüştür.

(19) S. 316.

(20) *Marx*, Kapital (Çev. M. Selik) Cilt I, Kitap 5, S. 23 vd. (Ankara 1967); *Schumpeter*, Capitalism, Socialism and Democracy, 32, 140 (London 1947).

(21) Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 208 (Bern-Tübingen 1952). *Grossfeld* S. 315'de anılmıştır.

(22) Burada açıklayacağımız görüşlerin bir kısmı yayınlanmamış olan doçentlik tezimizde geliştirilmiştir: Türk Anonim Şirketler Hukukunda Azınlığın Himaye Vasıtası Olarak İdareciler Aleyhine Mesuliyet Davası (1957).

Diğer taraftan pay sahiplerinin açacakları davaların temerküz olayını önlemekteki rolü de bizce çok büyütülmemelidir. Çünkü birçok hallerde pay sahibinin çıkarı da temerküz yönünde olabilir. Eğer temerküz neticesinde şirketin kazancının da artması ihtimali varsa bu takdirde pay sahiplerinin idareciler aleyhine dava açması da pek beklenemez²³. Ancak temerküzü önleyen kanunlarla birlikte pay sahibinin davasının bir dereceye kadar faydasının bulunabileceği kanısındayız²⁴.

B. Yazara göre temerküz zararlı olduğundan büyümesi önlenmelidir. Temerküzün zararı, rekabet serbestliğini ortadan kaldırması dolayısıyla aslında kamuyadır. Bu takdirde ise normal olan temerküzün Devlet eliyle önlenmesidir. Devlet halen meselâ Amerika Birleşik Devletlerinde genel olarak anti-trust kanunları adı verilen Federal kanunlarla temerküzü önlemeye çalışmaktadır. Almanya'da da kartellerle mücadele kanunları çıkartılmış, yeni Alman A. Ş. K. na bu hususta maddeler eklenmiştir (m. 291 vd.). *Grossfeld* kitabında menfaatler dengesine büyük önem verdiği göre ve temerküzün kamu yararı ile olan ilgisini belirttikten sonra Devlet tarafından yapılacak mücadelenin yetersizliğinden bahsetmek - ki Devletin müdahalesi ile ilgili olarak verilen gerekçeler ve kaynaklar zannımızca yeterli değildir²⁵ - ve mücadeleye anonim şirketlerdeki münferit pay sahiplerini katmak bir çelişme manzarası göstermektedir.

Menfaatler açısından probleme bakılacak olursa münferit pay sahibinin bir anonim şirkette şirketin veya kamunun yararını değil, kendi yararını düşüneceği mantıktır. Bundan dolayı temerküz olayı münferit pay sahibinin kendi çıkarlarına zarar vermediği sürece onun aleyhinde bulunması fazla iyimserce bir tutum olur. Ancak kuvvet toplanmasının belli kişilere, mesela idarecilere, yahut ister gerçek kişi, isterse tüzel kişi olsun büyük pay sahiplerine doğru kaymasının ve kuvvet sahiplerinin suiistimallerinin sakıncaları münferit pay sahiplerine tanınacak bir dava hakkı ile kısmen bertaraf edilebilir. Bu takdirde de idareciler aleyhine aç-

(23) Son günlerde birlikte iş görme anlaşması yapan «Reinstahl Hanomag AG», «Daimler-Benz AG» ve «Reinstahl Henschel AG» tarafından verilen gazete ilânı gayet ilginçtir. Bu ilânda birlikte çalışmanın faydaları izah edilmeğe çalışılmaktadır. Bak. Die Zeit, s. 19 (7 Şubat 1969).

(24) Bak. aşağı. B.

(25) S. 200 vd. 1937 Kanunu ile Almanya'da savcılara dava hakkı tanınmıştı. 1965 tarihli A. Ş. ler K. nun eski K. daki m. 77 III'ü ve 98 IV'ü almamış olduğunu *Grossfeld* belirtiyor (s. 204, not 157).

labilecek dava menfaatler tablosunda azınlığın korunması aracı olarak karşımıza çıkar ve gerek doktrinde, gerekse mahkeme tatbikatında tartışılan «şirket menfaati»²⁶ meselesinin de incelenmesini gerektirir ki bu eserde hemen hiç yapılmamıştır.

Temerküzü önlemeye çalışan kanunlar ile münferit pay sahiplerinin davası bir arada mütalaa edilecek olursa pay sahiplerinin açabilecekleri davanın değer kazanması mümkündür. Çünkü bu takdirde pay sahiplerinin anti-trust kanunlarına muhalefet eden başka tacirlerin fiillerinden dolayı kendi şirketlerine bir zarar gelmesi halinde yönetim kurulu üyeleri aleyhine tazminat davası açmaları, yahut da kendi şirketlerinin anti-trust kanunlarına muhalefetinden doğan zararların tazmin edilmesini istemeleri imkân dahilinde girecektir. Bu çeşit davalar, anti-trust sorunu ile nisbeten eski bir süreden beri meşgul olan ve pay sahiplerinin davasını da kabul etmiş bulunan Amerikan hukukunda önem kazanmağa başlamışlardır²⁷. Tamamen bu konu ile ilgili bulunan ve Prof. *Blake* tarafından yazılmış olan bir önemli ve değerli araştırmaya *Grossfeld* eserinde yer vermemiştir. Halbuki *Blake* yazısında pay sahiplerinin davalarının ne gibi hallerde kabule şayan olduğunu tartışmakta ve bu hususta yöneticilerin takdir haklarına (business judgment), hukukçuların mütalâalarını almış olmaları halinde, ağırlık vermektedir²⁸.

C. Münferit pay sahiplerinin dava açması yolunun temerküzün önlenmesinde kullanılabileceğini savunan yazar, bu alanda zengin uygulaması olan Amerikan hukukunu incelemekte ve o hukuktaki tecrübelerden Alman hukuku bakımından yararlanmağa çalışmaktadır. Pay sahipleri tarafından idareciler aleyhine açılacak davalar üzerinde mukayeseli bir araştırma yapıldığı takdirde gerçekten en önde hatıra gelecek hukuk Amerikan hukukudur. Fakat Kontinental Hukuk Sisteminde de bu dava yolu kanun ile düzenlenmiştir. Özellikle İsviçre hukukunda bu dava yolu uzun zamandan beri kabul edilmiş ve 1936 değişikliği ile kanundaki hükümler, yöneticilerin aleyhine olarak, daha da şiddetlendirilmiştir. Aynı dava İsviçre hukukundan yeni Ticaret Kanunumuza da

(26) *T. Ansay*, Anonim Şirketler Hukuku 14, 15 (Ankara 1968).

(27) *Harlan M. Blake*, *The Shareholders' Role in Antitrust Enforcement*, 110 Univ. of Penn. L. Rev. 143 vd. 1961. Bu makalenin fotokopisini bana göndermek yakınlığını gösteren meslekdaşım Prof. *Don Wallace, Jr'a* teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Ayrıca bak, *Stevens ve Henn, Corporations* 1240 vd (Minnesota 1965).

(28) *Agm. S.* 178.

intikal etmiştir. Gerçi memleketimizde münferit pay sahipleri tarafından açılmış davalardan Yargıtay'a kadar gitmiş olan örneklerle rastlamak mümkün değildir. Fakat İsviçre hukukunda Federal Mahkemenin bazı kararları vardır. İsviçre doktrininde bu konu üzerinde azımsanmıyacak çalışmalar yapılmıştır ve bu çalışmalar devam etmektedir²⁹. İsviçre Borçlar Kanunu'nun anonim şirketlerle ilgili hükümlerinin yenileştirilmesi çalışmalarında pay sahibi davasından hiç bahis yoktur³⁰. Öyle sanırız ki *Grossfeld* araştırmalarını bu hukuka da uzatmış olsa idi kitabın değeri büyük ölçüde artacaktı³¹.

D. Amerikan hukukunda münferit pay sahipleri tarafından açılan davaya çok rastlanmasının en önemli nedenlerinden biri avukat ücretleri hakkında bu hukukda kabul edilmiş olan esaslardır. Amerikalı yazarların ve *Grossfeld*'in de belirttikleri gibi Amerikan hukukundan avukat vekalet ücretini davayı kazanma şartına bağlayabilmekte ve kazanılan meblâğ üzerinden belli bir yüzde almak hususunda müvekkili ile anlaşma yapabilmektedir³². Diğer taraftan davanın kaybedilmesi halinde dava masrafları ve kazananın avukat ücreti davayı kaybeden tarafından ödenmemektedir³³. Halbuki gerek Alman hukukunda, gerekse hukukumuzda bu usuller kabul edilmemiştir³⁴.

-
- (29) *Georges Wilhelm*, La Responsabilité Civile des Administrateurs de Sociétés Anonymes, Genève 1967; *E. Frick*, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Zürich 1953; *Theodor Kaeslin*, Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Bern 1941; *Hans Biggel*, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1940.
- (30) Bak. *R. Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, 107 ZSR 321 vd. (1966, II. Halbband); *Bürgi*, Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, 201 vd. (Das schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Lausanne 1964). Bunu *Fromer* tenkit ediyor. Procès-Verbal de la 100 e Assemblée Annuelle de la Société Suisse des Juristes, 107 ZSR 686/687 (1966, II. Halbband).
- (31) Pay sahiplerinin dava hakkı Japon hukukunda da mevcuttur. Bak. *Blakemore-Yazawa*, Japanese Commercial Code Revision, 2 Amr. J. of Comp. L. 21 (1953). Ayrıca 1944 tarihli İsveç K. m. 208 vd.'a da bak.
- (32) Bu hususa *Hornstein* pek yeni bir makalesinde bir kere daha önemle dokunmuştur. The Shareholder's Derivative Suit in the United States, JBL (Journal of Business Law) 282 vd. (1967).
- (33) Aynı makale S. 287. *Grossfeld*, 266 vd.
- (34) S. 305. *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 666 vd., 671 vd. (Ankara 1968).

Amerikan usulünün Alman hukukuna getirilmeyeceğini, yani avukatlık ve ücret temel kurallarında bir değişiklik yapılamayacağını düşünen *Grossfeld* adli yardım gibi³⁵ başka yollar aramakta ve sonuç olarak masrafların, mahkemenin vereceği bir karar üzerine, şirket tarafından karşılanması gerektiğini savunmaktadır³⁶. Böyle bir önerinin, Amerika'daki tatbikat ile mukayese edilecek olursa, pratik değerini şüphe ile karşılarız.

E. Davanın hukuki niteliği üzerinde de yazar kısaca durmaktadır. Tüzel kişi olan bir anonim şirketin dışarıya karşı mevcudiyetleri görünmeyen pay sahipleri, şirket adına mesuliyet davası açmaya ne dereceye kadar yetkili olmalıdırlar? Gerçi şirkete verilen bir zarar dolayısıyla ortaklara da verilmektedir, fakat ortakların davasının hukuki temeli ne olmalıdır? Yazar şahıs şirketlerinde ortaklara dava hakkının tanındığını belirtmektedir. Fakat şahıs şirketlerindeki dava hakkı ile (tüzel kişiliğe sahip olan) anonim şirketlerdeki pay sahiplerinin dava hakkı arasında fark vardır³⁷. *Grossfeld*'e göre, pay sahiplerinin iç kontrol organı olarak daha kuvvetli rol oynamaları görüşü kabul edilecek olursa, münferit pay sahibi tarafından dava açılabilmesi aleyhindeki temel bir dogmatik muhalefetin de mesnedi kalmayacaktır. Çünkü davanın tek bir pay sahibi veya şirketin bir organı tarafından açılması, anonim şirketlerin hukuki yapısı, yani tüzel kişilikle değil, bilakis makul ve hakkaniyete uygun bir menfaatler dengesi ile ilgilidir³⁸.

Anonim şirketler hukukunda şirket tüzel kişiliğinin bertaraf edilip bu tüzel kişilik arkasındaki şahıslara bakıldığı pek çok hal-ler vardır³⁹. Fakat *Grossfeld* tarafından ileri sürülen ortak-organ görüş bizce bazı hukuki problemler çıkarabilir. Dava açan pay sahibini şirketin organı gibi görmek, onun yapacağı haksız fiillerden şirketin sorumlu olması sonucunu doğurabilir. Halbuki bir anonim şirket ortağının fiilleri ile şirketi bağlaması anonim şirketler hukukunun tüzel kişiliğe dayanan esasları ile pek bağdaşmaz. Diğer taraftan bu görüş memleketimizde şirket alacaklılarına tanınan idareciler aleyhine mesuliyet davası açmak hakkını

(35) S. 305.

(36) S. 307.

(37) Almanya'da da, İsviçre'de olduğu gibi kolektif şirketlerin tüzel kişiliği yoktur.

(38) S. 225/226.

(39) T. *Ansay*, Anonim Şirketler Hukuku, 18.

-ki talep edilen tazminat TK. m. 336'ya göre şirkete ödenecektir-izah edemez.

İsviçre hukukunda, idareciler aleyhine mesuliyet davasının hukuki mahiyeti hakkında 1936 değişikliğinden önce tartışmalar yapılmakta idi. Davanın haksız fiilden doğduğunu iddia edenler bulunduğu gibi şirketle yöneticiler arasındaki akdi ilişkiden doğduğunu savunanlar da vardı⁴⁰. Bugün davanın temeli akdi ilişkiye dayandırılmaktadır⁴¹. Türk hukukunda bu konuda fikirler çeşitlidir. Akitten, haksız fiilden ve kanundan doğan bir dava hakkının bulunduğu görüşleri ileri sürülmüştür⁴². Fakat bütün bu hallerde akit şirketle yöneticiler arasında olduğuna, zarar şirkete verildiğine göre pay sahiplerinin davası nasıl izah edilecektir? Gerek İsviçre Borçlar Kanunu ve gerekse Türk Ticaret Kanunu şirket mamelekinden vuku bulacak bir eksilmeden dolayı menfaatleri haleldar olacak ortakların, hatta şirket alacaklılarının (üçüncü kişilerin) dava açma hakkı bulunduğunu hükme bağlamıştır (İsv. BK. 755, 758, TTK. 336).

Başka bir şahsın zararı için dava açılabilmesinin temelleri Roma hukukuna kadar gitmektedir. Fakat bu, yazarın değindiği *actio pro socio* dolayısıyla değildir⁴³. Çünkü *actio pro socio* bir şirket ortakları arasındaki davayı ifade etmektedir⁴⁴. Roma hukukunun *actio populares*'inde herhangi bir vatandaş içinde bulunduğu topluluğun maruz kaldığı zarardan dolayı fail aleyhine bir para cezası davası açabiliyordu⁴⁵. Son zamanlarda özellikle Alman hukukunda üçüncü şahsın zararını tazmin alanında pek çok kitap yazılmış ve mahkeme kararları verilmiştir⁴⁶. Kanun maddeleri ile de üçüncü şahısların zararlarının tazminine imkan verildiği

(40) *Biggel*, Die Verantwortlichkeit 31 vd. (Zürich 1940).

(41) *E. Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, m. 754, N. 1 (Zürich 1960); *Biggel*, 33 vd.; *Frick*, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft 22 vd. (Zürich 1953); *Wilhelm*, La Responsabilité Civile des Administrateurs de Sociétés Anonymes, 121 (Genève 1967).

(42) *T. Ansay*, Adı geçen kitap incelemesi, S. 269; *T. Ansay*, Anonim Şirketler Hukuku 114.

(43) S. 224.

(44) *Nitschke*, Die Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen durch den einzelnen Gesellschafter einer Personengesellschaft (Gesamthanderklage), 128 ZHR 48 vd. (1966). *Grossfeld*'in de atf yaptığı bu makalede *Nitschke* bu hususu s. 50'de açıkça ifade etmektedir.

(45) *Di Marzo*, Roma Hukuku (Çev: Z. Umur) 94 (İstanbul 1954).

(46) *Tandoğan*, Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin, Önsöz V (Ankara 1963).

hallere rastlanmaktadır. Meselâ Türk Ticaret hukukunda haksız rekabetle ilgili 58. maddede ticaret ve sanayi odaları ile, esnaf dernekleri borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler azaları haksız rekabet davası açmak hakkına sahip oldukları takdirde dava açabilirler⁴⁷. Pay sahipleri tarafından açılacak davanın da üçüncü şahsın zararını tazmin hakkındaki bu gelişmelerin bir örneği olduğu Türk doktrininde değerli bir araştırmada gösterilmiştir⁴⁸. Bu izah tarzı İsviçre ve Türk hukuklarında şirket alacaklılarına tanınan dava hakkını da bir temele dayayabilmektedir.

F. Pay sahiplerinin açacakları mesuliyet davasında gördüğümüz en önemli engellerden birisi, ortakların, kuvvetli idareciler veya büyük pay sahipleri karşısındaki zayıf durumlarıdır. Bununla, özellikle dava açabilmek bakımından küçük pay sahiplerinin bilgi ve mali kudret dengesindeki yerlerinin çok aşağılarda olduğunu ifade etmek istiyoruz. Gerçekten pay sahipleri şirketin defterlerini inceleyebilmek bakımından idarecilerin ve büyük pay sahiplerinin insafına bırakılmışlardır. Şirketin ticari defterleriyle muhaberatının tetkiki yalnız umumi heyetin açık bir müsaadesi veya idare meclisinin kararıyla mümkündür (TK. 363 II). Pay sahipleri defterleri inceleyebilseler dahi şirkete ait iş sırlarını öğrenmeğe yetkili değildirler (TK 363 II). Alman hukukunda da pay sahiplerinin şirket defterlerini inceleme imkanları sınırlandırılmıştır (Alm. A. Ş. K. m. 131 ve 132). Bu alanda büyük değişiklikler yapılabilmesi de bugünkü şartlar altında pek mümkün gözükmemektedir. Kamuyu aydınlatma yönünde yapılan çalışmalar ve elde edilen gelişmelerle pay sahiplerinin dava açmak için gerekli bilgileri elde edebilecekleri sonucunu çıkartmak da fazla iyimser bir düşünce olur. Diğer taraftan pay sahipleri, gerekli bilgileri edinebilseler dahi tek başlarına idareciler veya büyük pay sahipleri ile savaşımayacaklardır.

Bu engelleri bertaraf etmek için İngiliz hukukunda *Companies Act* küçük pay sahiplerinin isteği üzerine *Board of Trade* (Ti-

(47) Bak. *Sprüngli*, Der Unlautere Wettbewerb, 193, 204 (Zürich 1955); *Schricker*, Wirtschaftliche Taetigkeit der öffentlichen Hand und Unlauterer Wettbewerb, 228 vd. (München 1964); *Bussmann / Pietzcker / Kleine*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 110 (Berlin 1962) ve WZG, m. 11'e bak.

(48) *Tandoğan*, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 98 vd. (Ankara 1963). Ayrıca bak. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 174-176 (Bd. I, München 1964).

caret Bakanlığı) tarafından tahkikat yapılması ve gerektiğinde bir dava açılması yolunu kabul etmiştir. Amerikan hukukunda da yöneticiler aleyhine savcılık tarafından dava açılması yolu teklif edilmiş, hatta bu kanunlaşmıştır da⁴⁹. Gerçi *Grossfeld* Devlet müdahalesinin sakıncalarına işaret etmektedir⁵⁰. Fakat bu sakıncalar daha ziyade denetlemenin doğrudan doğruya Devlet'e bırakılması ile ilgilidirler. Temerküz olayında kamu yararının bulunduğunu kabul ettikten sonra hissedarın talebi üzerine Devlet tarafından bir araştırma yapıp dava açılmasını kabul etmemek görüşler arasında bir tutarsızlık olduğu tereddüdünü doğurabilir.

Devletin anonim şirketleri doğrudan doğruya denetlemesi bugün esasen bazı alanlarda iş gören anonim şirketlerde yapılmaktadır. Memleketimizde, özellikle çok sayıda kişi menfaatlerinin kendisine bağlandığı bankalar ve sigorta şirketlerinde özel kanunlar ile Devletin denetimi kabul edilmiştir, ve bu sistem bazı şikayetler doğurmasına rağmen işlemektedir. İsviçre'de ve Almanya'da da banka ve sigorta şirketleri hakkında, hatta nakliyat, elektrik, havagazı ve su gibi temel ihtiyaçları gidermeyi konu edinen anonim şirketler için özel hükümler konmuştur⁵¹.

Diğer taraftan İngiliz sistemi bir süreden beri uygulanmaktadır. 1948 tarihli Kanun'a dayanarak pek çok hissedar dava açılması dileği ile *Board of Trade*'e baş vurmuş ve bu taleplerin bir kısmı davalar ile sonuçlanmıştır⁵². Son Anonim Şirket Kanunu yenileştirilmesinde müessese ufak değişikliklerle ve fakat *Board of Trade*'in yetkileri genişletilerek devam ettirilmiştir⁵³. Yazarlar *Board of Trade* aracılığının lehinde görülmektedirler⁵⁴. İngiliz tecrübesinin bir an önce incelenerek fayda ve mahzurlarının be-

(49) *Pound*, Visitorial Jurisdiction Over Corporations in Equity, 49 Harv. L. Rev. 369, 395 ff (1936). New York General Corporation Law. Sec. 61. *T. Ansay*, Anonim Şirketlerin Murakabesi Yolları, BATIDER 42 (1961). A. B. A. - A. L. I. Model Bus. Corp. Act, m. 130 ve 131 (*Stevens ve Henn*, Corporations, S. 198'de anılmıştır).

(50) S. 290/291, 204.

(51) *G. Weiss*, Berner Kommentar, Bd. VII. Obligationenrecht, 2. Abt. Aktienrecht, Einleitung, S. 116 vd.

(52) *Gower*, The Principles of Modern Company Law, 544-546 (London 1957); *Lord Chorley*, Legal Aspects of Foreign Investment, United Kingdom, 599 (Ed: *Friedmann ve Pugh*, New York 1959).

(53) *James H. Thompson*, The Companies Act 1967, Journal of Business Law, 7 vd., 17 vd. (1968).

(54) Bak. *Thompson*, 22.

lirtilmesi⁵⁵, memleketimiz anonim şirketler hukukunun geleceği bakımından pek yararlı olacaktır.

G. Nihayet son bir noktaya daha değinmek isteriz. Gerek bugün Alman anonim şirketler hukukunda ve gerekse memleketimizde şirket sermayesinin % 10'una sahip olan ortaklar şirket tarafından yöneticiler aleyhine bir dava açılmasını talep edebilirler. (Alm. AŞK. 147, TTK 341). Bu yola memleketimizde zaman zaman baş vurulmaktadır⁵⁶. Fakat Alman hukukunda bu yoldan son 40 yıl içinde, araştırmalarımızın verdiği sonuçlara göre, ancak dört beş kere istifade edilmiştir. Tabir caizse bu tatbiki zaafiyete rağmen müessesenin yeni Alman Anonim Şirketler Kanunu'na hemen aynen alınması⁵⁷ kanun koyucunun ne kadar nazari düşünmekte olduğunu göstermektedir.

Şirket tarafından, pay sahiplerinin talebi üzerine yöneticiler aleyhine dava açılması yolunun işleyememesinin başlıca sebebi, kanımızca, kontinental sistemlerde mevcut olan «ibra» müessesesidir⁵⁸. Yıl sonunda yapılan genel kurul toplantılarında pay sahiplerinin ekseriyeti tarafından ibra edilen yönetim kurulu üyeleri aleyhine sonradan bir mesuliyet davası açmak güç olmaktadır. Gerçi Alman A. Ş. K.'a göre ibra değerini yitirmiştir. Çünkü ibra kararına rağmen tazminat davası açılabileceği m. 84 IV'de açıkça ifade edilmiştir. Fakat m. 84 ibra yerine feragatten bahseder ve 3 yıl geçmeden feragatin mümkün olamayacağını belirtir. Ayrıca tazminat davaları Alman A. Ş. K.'a göre, 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidirler. Bu suretle Alman hukukunda feragat - ki Türk ve İsviçre hukuklarında ibraya tekabül etmektedir⁵⁹ - açılacak mesuliyet davasının zamanaşımı süresini fiilen azaltmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununa göre de tazminat davasının ibra kararından itibaren 6 ay içinde açılabileceği kabul edilmiştir (m. 757). Şu kadar ki boşluk ve hatalar bulunan bir bilançoaya dayanılarak alınan ibra karar geçerli olmamalıdır⁶⁰.

- (55) *Hornstein*, İngiliz tecrübesinin Amerikadaki faydaları sağlayamayacağını, buna rağmen takdire şayan olduğunu belirtiyor, Agm. 289; Karş. *Schmitthoff*'un görüşü: Bağımsız bir kurul teşkili, JBL 197 (1964) ve The Companies Bill and Company Law Reform, JBL 112 (1966).
- (56) *T. Ansay*, Anonim Şirketler ve Tatbikat, 4 BATIDER 519 vd. (1968).
- (57) *Grossfeld* de bunu belirtmiştir (S. 221).
- (58) *R. B. Schlesinger*, Comparative Law, 448/449 (Brooklyn 1959).
- (59) *Bak. T. Ansay*, Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 3 BATIDER 407 vd. (1966).
- (60) *T. Ansay*, Agm. 428.

Eğer Alman hukukunda münferit pay sahiplerine dava açma hakkı tanınacaksa bu hak ile birlikte ibraya taalluk eden hükümlerin de yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Bu hususta *Grossfeld'*in görüşleri kitapda açıklansa idi; Türk hukuku bakımından da araştırmalarından yararlanmak imkânını elde edebilecektik.