

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İBRA OYLAMASINDA TEMSİLCİ SIFATIYLA OY KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU

*Doç. Dr. İsmail KIRCA**

I. Giriş

TTK 374/II'ye göre “[ş]irket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar, idare meclisi âzalarının ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildirlir. Bu yasağın murakıplara şumulü yoktur.”

Anonim şirket genel kurulunda yapılan ibra oylamasında, yönetim kurulu üyesinin, oyunu bizzat veya bir temsilci vasıtasıyla kullanmasının bu hükmün kapsamına girdiği tartışmasızdır (bkz. TTK 361). Buna karşılık, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında, yasağın kapsamına girmeyen pay sahiplerini temsilen oy kullanıp kullanamayacağına, dolayısıyla bu hâlin TTK 374/II'nin kapsamına dahil olup olmadığına ilişkin eskiden beri süregelen tartışma¹ henüz bitmemiştir. Bu tartışmanın, Federal Mahkeme'nin, TTK 374/II'nin mehazı olan İsvBK'nın 695. maddesine ilişkin olarak verdiği 7.2.2002 tarihli kararından² sonra, İsviçre hukukunda yeniden alevlendiğini görmekteyiz.

Söz konusu tartışmanın varlığına rağmen, hukukumuzda “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik”te³ konuya ilişkin açık bir hükme yer verildiğini görmekteyiz. Bu Yönetmeliğın 21.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bu tartışma, TTK 374/II hükmü gereği, esas itibariyle yönetim kurulu üyeleri yanında “şirket işlerine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar” için de geçerlidir. Ancak, sorun, uygulamada daha çok yönetim kurulu üyelerinin yasağın kapsamına girmeyen pay sahiplerine ait oyları temsilci sıfatıyla kullanmaları nedeniyle ortaya çıktığından, açıklamalarımız yönetim kurulu üyeleri esas alınmak suretiyle yapılmıştır.

² BGE 128 III, s. 142-146.

³ RG, 7.8.1996, S. 22720.

maddesinin (b) bendine göre, yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin kendilerine verecekleri vekâletten doğacak oy haklarını kullanabilirler. Bu hükmün normlar hiyerarşisinde daha üst sırada bulunan TTK'ya uygun olup olmadığı, hiç şüphesiz TTK 374/II'ye ilişkin olarak aşağıda değineceğimiz görüşlerin hangisinden yana tavır alınacağı hususuyla yakından ilgilidir.

Hemen belirtelim ki, açık bir düzenlemenin bulunması nedeniyle, Alman hukukunda bu tartışma yapılmamaktadır. *Aktiengesetz*'in 136. paragrafının 1. fıkrasının 1. cümlesine göre⁴, hiçbir pay sahibi, ibra edilmesini, bir borçtan kurtarılmasını ya da şirket tarafından kendisine karşı bir hak ileri sürülmesini konu alan genel kurul kararlarında, kendi ya da bir başkası adına [bir pay sahibini temsilen] oy kullanamaz⁵. Aynı fıkranın ikinci cümlesine göre de, pay sahibinin 1. cümle uyarınca yoksunluğunun söz konusu olduğu paylara ilişkin oy hakkı, başka bir kişi tarafından da kullanılamaz⁶.

Aşağıda, Türk-İsviçre hukukunda konu hakkında ileri sürülen görüşler açıklandıktan sonra bu görüşlerin değerlendirilmesi yapılacaktır.

Bu arada, TTK'da, konu hakkında kanunî bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığı sorunu üzerinde de durulacaktır.

II. Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Oylamasında Temsilci Sıfatıyla Oy Kullanamayacağı Görüşü

İfade edelim ki, baskın görüş, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında bir ortağın temsilcisi sıfatıyla oylamaya katılamayacağı yönündedir⁷. Buna dayanak olarak, yönetim kurulu üyesinin, kendi

⁴ Aktiengesetz'in 136. paragrafının bu çevirisi için bkz. *Teoman*, Ö.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s. 84.

⁵ İşaret edelim ki, Türk-İsviçre hukukunda tartışmaya konu olan, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında yasağın kapsamına girmeyen pay sahiplerinin oylarını temsilen kullanıp kullanamayacağı sorununa ilişkin düzenleme, Alman hukukunda ilk olarak 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun 252. paragrafının 3. fıkrasında yer almıştır. Bu hüküm sonradan 1937 ve 1965 tarihli Aktiengesetz'e kaynak teşkil etmiştir.

⁶ İlginçtir ki, Türk-İsviçre hukukunda tartışmaya gerek görülmeyen, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında, oyunu bir temsilci vasıtasıyla kullanması yasağına ilişkin bu hüküm. 1965 tarihli Aktiengesetz'in 136. paragrafının 1. fıkrasına eklenmiş ve gerekçesinde, hükmün yürürlükteki hukuk açısından ileri sürülen baskın görüşe uyduğu belirtilmiştir. Bu gerekçe için bkz. *Kropff*, B.: Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, Düsseldorf 1965, s. 201.

⁷ İsviçre hukukunda *Bürgi*, W.: [Zürcher Kommentar, Bd. 5: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957], Art. 695, Nr. 11; *Schucany*, E.: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 695, Nr. 3; *Böckli*, P.: Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss., Basel 1960, s. 42, 198-199; *Forstmoser*, P.: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, Nr. 425; *Schleiffer*, P.: Die gesetzliche

ibrasında, sahip olduğu paylardan doğan oy hakkından yoksunluğuna ilişkin TTK 374/II (İsvBK 695)'deki hükmün konuluş nedenleri ve işlevleri gösterilmektedir. Öğretide, anılan nedenler ve işlevler konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında, bir ortağın vekili sıfatıyla oy kullanmasında da geçerli olduğu ileri sürülen ve aralarında az ya da çok benzerlikler bulunan bu nedenleri ve işlevleri, ana hatları itibarıyla şöyle sıralayabiliriz⁸:

a) İbranın bir güven açıklamasından ibaret olması nedeniyle, bir kimsenin kendi kendini ibra ederek, kendi kendine güven duyduğunu açıklaması, anlamsız ve mantıksızdır;

b) Kişinin, kendisine karşı bir yaptırımın uygulanıp uygulanmaması konusunda şirket tarafından alınan bir karara iştiraki, “hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı ilkesi” ile çelişir;

c) Bir makamı işgal eden kişinin görevlerini düzgün ve başarılı bir biçimde ifa edip etmediği, o makamı işgal edince değil, ancak tarafsız üçüncü kişi ya da kişilerce değerlendirilebilir;

d) Şirket işlerinin görülmesi ile ibra arasında sıkı bir işlevsel bağ bulunmakta olup, ibra kararı, şirket yönetimi ile genel kurul arasındaki güç dağılımının en önemli aracıdır. Şirket içindeki güç dağılımının korunması ve şirket yönetiminin kendi kendini kontrol etmesinin önüne geçilmesi, şirket işlerinin görülmesine iştirak edenlere, kendi ibralarında oy kullanma yasağı getirilmesiyle sağlanabilir;

e) Gerçekte doğru olsa bile kendisi bakımından mahzurlu olan bir kararda, kişiden, bu kararın çıkması yönünde, dolayısıyla kendi aleyhine oy

Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Bern 1993, s. 210-211; *Leu, D./von der Crone, H. C.*: Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, SZW 2002, s. 210; *Länzlinger, A.*: (Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, 2. Aufl., Basel-Genf-München 2002), Art. 695, Nr. 6; BGE 128 III, s. 144-145. Türk hukukunda *Arslanlı, H.*: Anonim Şirketler, C. II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 55; *İmregün, O.*: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 36-37; *Çamoğlu, E.*: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 204; *Postactoğlu, İ. E.*: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti İle İlgili Bazı Meseleler, H. Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 506; *Aytaç, Z.*: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 121; *İmregün, O.*: Anonim Ortaklıklar, B. 4, İstanbul 1989, s. 137; *Doğanay, İ.*: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Madde: 1-419, B. 3, Ankara 1990, s. 961-962; *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)*: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 8, İstanbul 2000, Nr. 614; *Pulaşlı, H.*: Şirketler Hukuku, B. 4, Adana 2003, s. 494; Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 31.1.1975, E. 1970/217, K. 1975/17 (*Kalpsüz, T.*: Bilânço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kurul Kararının İptali, Batider, 1979, C. X, S. 1, s. 47 vd.).

⁸ Bu gerekçeler için bkz. *Schleiffer*: s. 55 vd., 207-209; *Watter, R./Dubs, D.*: Der Déchargebeschluss, AJP 2001, s. 919-920; *Teoman*: s. 120-122.

kullanması beklenilemez. Bu yüzden, yönetim kurulu üyesine kendi ibrasında oy hakkı tanınmasıyla, ibra kararının doğruluğu, sağlıklı bir biçimde oluşması tehlikeye atılmış olur. Oysa, anonim şirketlerde, menfaatleri dengeleyici niteliğe sahip irade oluşum düzeneği (mekanizması)⁹ korunmalıdır;

f) Nihayet, oy çoğunluğunu ellerinde bulundurmaları ihtimâlinde, şirket yönetiminde bulunan kişilerin ibra kararında oydan yoksun bırakılmaları, azınlığın korunması amacına da hizmet eder.

O halde, yukarıda anılan mülâhazalarla, yönetim kurulu üyesi, kendi adına kullanamayacağı bir yetkiyi (oyu) başkasını temsilen de kullanamamalıdır.

III. Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Oylamasında Temsilci Sıfatıyla Oy Kullanmasını Kendisine Bu Konuda Açık Bir Talimat Verilmesi Şartına Bağlayan Görüş

İsviçre hukukunda *Watter/Dubs* tarafından savunulan ve ilke olarak yönetim kurulu üyesinin ibra oylamasında bir ortağı temsilen oy kullanamayacağını kabul etmekle birlikte, bu yasağa bir hususta istisna getirilmesi gerektiğini iddia eden görüş üzerinde de durmakta fayda vardır.

Bu görüşe göre, kendisine açık talimatı içeren özel bir yetki verilmesi ve talimatın varlığını ibra oylamasından önce divan başkanına ispatlaması kaydıyla, yönetim kurulu üyesi, ibraya ilişkin kararda temsilen oy

⁹ Anonim şirketlerde, menfaatleri dengeleyici niteliğe sahip irade oluşum düzeneği (mekanizması), esas itibarıyla gerçekleşmesi çok güç, ütöpik bir anonim şirket modeli üzerine inşa edilmiştir. Bu sisteme göre, anonim şirketlere hakim olan çoğunluk ilkesi, kararların kolayca alınmasını, şirketin işleyebilmesini, dolayısıyla şirkete hareket serbestisi imkânını sağlamakla birlikte, şirketin sırf veya ağırlıklı olarak çoğunluğun amacına hizmet etmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Söz konusu tehlike, ortakların şirket işlerine aşağı yukarı aynı ölçüde ilgi göstermeleri, ortaklar arasında payların dağılım oranlarında önemli farklılıkların bulunmaması nedeniyle, ortakların şirket üzerinde aynı ölçüde etkilerinin bulunmaları varsayımında, ortaya çıkmaz. Bu durum, taraflarının eşit şartlar altında müzakere ettikleri, dolayısıyla şartlarının bir taraf lehine dikte ettirilmediği bir sözleşmenin doğru ve sağlıklı bir şekilde meydana gelmesiyle benzerlik gösterir. Belirli (sabit) bir çoğunluk yerine her defasında farklı pay sahiplerinden oluşan yeni çoğunlukların oluşabildiği, ortakların oy haklarıyla aynı amacı takip ettikleri, ortaklar arasında müşterek bir amacın bulunduğu hallerde, menfaatleri dengeleyici niteliğe sahip irade oluşum düzeneği (mekanizması) iyi işler. Buna karşılık, ortaklar arasındaki pay dağılımında orantısızlığın bulunduğu, imtiyazlı payların çıkarıldığı, pay sahibinin çıkarının yukarıda sözü edilen müşterek çıkara nazaran üstün geldiği ve bu çıkarların çatıştığı vb. hallerde, menfaatleri dengeleyici niteliğe sahip irade oluşum düzeneği (mekanizması) işlememektedir. Bunun önüne geçmenin yollarından biri de, ibra oylamasında olduğu gibi pay sahibinin (yönetim kurulu üyesinin) çıkarının yukarıda sözü edilen müşterek çıkara nazaran üstün geldiği durumlarda, ilgili pay sahibi için oydan yoksunluğun öngörülmesidir (bu hususlar hakkında bkz. *Schleiffer*: s. 55 vd.; 76, 208; *Watter/Dubs*: s. 919).

kullanabilmelidir. Çünkü, İsvBK 695 (TTK 374/II)'nin öngörülme nedeni olan menfaat çatışması¹⁰, açık talimatı içeren özel bir yetkiyle önlenebilir ve bu suretle oydan yoksunluğun temsilciye değil, temsil edilene yönelik olduğuna ilişkin İsvBK 695 (TTK 374/II)'deki esas korunmuş olunur¹¹.

Bu görüş, talimatın içeriği, yani ibra oylamasında oyun hangi yönde kullanılacağına ilişkin bir sınırlandırmadan söz etmediğinden, ibra lehinde oy kullanmaya yönelik bir talimatın verilmesi de mümkün olmalıdır¹².

¹⁰ Karş. *Teoman*: s. 120-122.

¹¹ *Watter/Dubs*: s. 915, 919.

¹² Belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda konu ile ilgili tartışmaların, esas itibarıyla İsviçre Borçlar Kanunu'nda anonim şirketler hukuku alanında 1991 yılında yapılan değişiklikle getirilen ve organ temsilini düzenleyen 689c maddesi çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. İsvBK 689c hükmüne göre, şirket, pay sahiplerine, organlarından birinin üyesini veya başka bir bağımlı kişiyi genel kurulda oyun kullanılmasında temsilci olarak önerirse, pay sahiplerinin oy kullanma hususunda temsil yetkisi verebilecekleri bağımsız bir kişiyi de göstermek zorundadır. Konu hakkında bir düzenleme bulunmayan hukukumuzda, böyle bir temsil ilişkisinin tesisi, ancak ana sözleşmelerinde bunu yasaklamayan (bkz. TTK 360/II) halka kapalı anonim şirketlerde mümkündür. Çünkü, *Seri: IV, No: 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği*'nin "Vekaletname Formlarının Gönderilmesi" başlıklı 6. maddesinin son fıkrası uyarınca, "[o]rtaklıklar tarafından bu madde uyarınca gönderilen veya ilan edilen vekaletname formlarında, ortaklık yönetim kurullarınca herhangi bir kişi lehine yönlendirme yapılamaz, telkin ve önerilerde bulunulamaz." (bu hususta bkz. *Çeker, M.: Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması*, Ankara 2000, s. 278 vd.).

İsviçre hukukunda, bir kurumsal temsil türü olan, şirketin gösterdiği -yönetim kurulu üyesinin de olabileceği- organ üye vasıtasıyla oy kullanmada, organ üyesi temsilcinin ibrada oy kullanması ile ilgili olarak şu hususlar üzerinde durulmaktadır: Organ temsilci, kendisine ibra lehinde oy kullanması yönünde açık talimat verilse bile, bir ortağın vekili sıfatıyla ibra oylamasına iştirak edebilir. Çünkü, yönetim kurulu üyesi, kendisinin değil, verilen talimat doğrultusunda temsil olunan pay sahibinin oyunu kullandığından, burada özellik arz eden bir durum yoktur. Asıl sorun, organ üyesi temsilciye, talimat içermeyen bir yetkinin verilmesinde kendini gösterir. Ancak, kurumsal temsilin niteliğinden hareketle, talimatın yokluğunda, talimatın ibra kararı lehine verildiği yönünde haklı ve meşru bir karinenin varlığı kabul edilmeli ve bunun sonucu olarak talimat olmaksızın da organ üyesi temsilcinin oy kullanabileceği kabul edilmelidir. Bu sonuç, vekaletname formunda, özel bir talimatın yokluğunda, vekilin şirket yönetiminin önerileri doğrultusunda oy kullanacağını açıkça belirtildiği durumlar için haydi haydi geçerlidir (bkz. *Watter/Dubs*: s. 921-922; *Ziswiler, H. U.: Der gesetzliche Ausschluss vom Stimmrecht gemäss Art. 695 Abs. 1 OR...*, SZW, 2003, s. 56; *Böckli, P.: Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1360i; Länzlinger: Art. 695, Nr. 7; von Büren, R.: Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZbJV, 1995, Bd. 131, s. 68; Wohlmann, H.: Zur Organvertretung im neuen Schweizerischen Aktienrecht, SJZ, 1994, s. 118-119; Wohlmann, H.: Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, SZW, 2003, s. 111-112).*

Watter/Dubs'un, -konumuzla dolaylı bir şekilde de olsa ilgisi bulunan-ibrada oydan yoksunluğa ilişkin şu ifadeleri de dikkat çekicidir: Oydan yoksunluğa ilişkin olarak, kanun tarafından varsayılan menfaat çatışması, ancak ibra lehinde oy kullanılması halinde söz konusu olur. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyeleri, aleyhte oy kullanmaları şartıyla, sahip oldukları paylardan doğan oy haklarını kullanmak için, ibra oylamasına iştirak edebilmelidirler¹³. O halde, İsvBK 695 (TTK 374/II)'ün amaca uygun sınırlandırılması (teleologische Reduktion) suretiyle, ibrada oydan yoksunluk, ibra lehinde oy kullanmakla sınırlı tutulmalıdır¹⁴.

IV. Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Oylamasında Temsilci Sıfatıyla Oy Kullanabileceği Görüşü

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, İsviçre hukukunda taraftarı bulunmayan ve Türk hukukunda savunulan azınlık görüşü, yönetim kurulu üyelerinin, ibra oylamasında temsilen oy kullanmalarının caiz olduğu yönündedir¹⁵. Buna gerekçe olarak şu hususlar gösterilmektedir¹⁶:

a) Her şeyden önce, Türk hukukunda, temsilcinin, temsil olunan adına ifa edeceği işte kişisel menfaatinin bulunmaması gerektiğini öngören bir hüküm mevcut değildir;

b) Temsil olunan pay sahibinin, kendisine ait oy hakkının ne yönde kullanılacağını beyanla temsil yetkisi vermesi mümkün olup (BK 33), bu halde yönetim kurulu üyesi, oyları verilen talimata uygun biçimde kullanmak zorundadır;

c) Yönetim kurulu üyesinin, temsilci sıfatıyla ibra kararı aleyhine oy kullanması, daima kendi aleyhine hareket etmesi demek olmadığı gibi, onun temsilen sahip olduğu oyları, mutlaka kendi kişisel çıkarını düşünerek vereceği de kesin değildir;

d) BK 30/I uyarınca yönetim kurulu üyesi, söz konusu oyları kendi adına değil, temsil ettiği pay sahibi adına kullandığından, TTK 374/II'de kendisi için konulan yasak, temsil ettiği pay sahiplerini kapsamaz;

e) TTK 374/II'de öngörülen yasak, doğrudan doğruya yönetim kurulu üyelerinin şahsı ile değil, onların kendi hisselerinden dolayı sahip oldukları oy hakları ile ilgilidir,

¹³ *Watter/Dubs*: s. 922-923.

¹⁴ *Watter/Dubs*: s. 923.

¹⁵ *Kalpsüz*: s. 39 vd.; *Teoman*: s. 169 vd.; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*: Nr. 992b; *Çeker*: 208-209; TD. 16.5.1963, E. 5566, K. 2167 (Batider, 1963, C. II, S. 2, s. 265 vd.); 12. HD, 7.12.1975, E. 75/2547, K. 76/41 (*Kalpsüz*: s. 55 vd.); 11. HD, 31.3.1994, E. 5684, K. 2511 (*Eriş*, G.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 416, 11 no'lu karar).

¹⁶ Bu gerekçeler için bkz. *Kalpsüz*: s. 39-41; *Teoman*: s. 171-172.

f) Nihayet, TTK, yönetim kurulu üyelerinin bir hukukî işlemi sadece kendi nam ve hesaplarına değil, aynı zamanda başkaları nam ve hesabına yapmalarını arzu etmediği takdirde, 334 ve 335. maddelerde olduğu üzere bu hususu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucu, burada bir temsil yasağı öngörmek isteseydi, *Aktiengesetz*'in 136. paragrafının 1. fıkrasının 1. cümlesinde olduğu gibi konu hakkında açık bir kural koymak yoluna giderdi.

V. Değerlendirme ve Sonuç

1. Yönetim kurulu üyesinin ibra oylamasında temsilen oy kullanamayacağı yönündeki baskın görüşün, bu konuda ileri sürdüğü gerekçeler tatmin edici değildir. Şöyle ki;

a) Öncelikle, vekaletnamenin, ilgili olduğu olağan veya olağanüstü ve hukuken bunların devamı sayılan genel kurul toplantısı için geçerli olması karşısında¹⁷, pay sahibinin, genel kurulda açık ya da örtülü ibra oylaması yapılacağını bilerek yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi verdiği unutulmamalıdır. Pay sahibinin ibra edilecek üyeye temsil yetkisi vermekle, zaten ona karşı güvenini bildirdiğini, dolayısıyla, oyunun ibra lehinde kullanılmasına rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir¹⁸. Pay sahibi, ibra aleyhinde oy kullanmak isteseydi, oyunu bizzat veya başka bir kişi vasıtasıyla kullanma yoluna giderdi ya da en azından genel kurula da katılmayıp oyunu kullanmamayı tercih ederdi¹⁹.

b) Yönetim kurulu üyesi başkasına ait oyu kullandığından, ne kendi kendini ibra etmiş sayılır ne kendi davasının yargıcı konumunda olur. Bu husus, ancak yönetim kurulu üyesinin ibrada kendine ait oyları kullanmasında söz konusudur.

¹⁷ Bkz. Komiserler Yönetmeliği 23/II; Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ 10/I.

¹⁸ Bu hususta, konuya temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması açısından yaklaşıldığında da bir sorunun olmadığı görülür. Çünkü, temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapamaması kural olmakla birlikte, (ibra oylamasında oy kullanması için, pay sahibinin yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi vermesinde olduğu gibi) temsil olunanın bu konuda temsilciye yetki vermesi halinde, temsilci kendi kendisiyle işlem yapabilmektedir (bkz. *Zäch*, R.: Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/2, Bern 1990, Art. 33, Nr. 81; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 179-180; *Eren*, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 2001, s. 415).

¹⁹ Nitekim, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında temsilen oy kullanamayacağı görüşünde olan *Aytaç*'ın konuya yaklaşımı dikkat çekicidir. Yazar'a göre, "TTK 374/II gereğince oy kullanmaktan yasaklanan kimselerin kural olarak, vekâleten de oy kullanamamaları gerekir. Gerçi, bazı hallerde pay sahibinin ibra edilecek üyeye vekâlet vermekle, zaten güvenini bildirmiş olduğunu ve ibra konusundaki iradesini dolaylı olarak açıklamış olduğunu düşünmek mümkündür ve belki, vekâletin mutlaka ortaklık işleri dışında birine verilmesi, TK. 360/II'ye aykırılık olarak görülebilir. Ancak, genel olarak düşünüldüğünde, TK. 374/II'de öngörülen «kendi kendini ibra etme» yasağının ihlal edilmesi ihtimâli temsilen oy kullanmada fazladır ve buna izin verilmemelidir." (s. 121).

c) Yönetim kurulu üyesinin, temsilen oy kullanmasının, genel kurul kararlarının doğruluğunun sağlanmasına engel teşkil edeceği iddiası da yersizdir. Çünkü, her şeyden önce, menfaatleri dengeleyici niteliğe sahip irade oluşum düzeneği (mekanizması), esas itibariyle gerçekleşmesi çok güç, ütopyik bir anonim şirket modeli üzerine inşa edilmiştir. Oysa anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi hakim olup, kanunî düzenlemeler buna göre yapılmıştır. Bu arada, çoğunluğu dengelemek amacıyla bir takım azınlık hakları öngörülmüştür. Bunlar dışında, anonim şirketlerde, ortakların menfaatlerinde homojenlikten söz etmek, gerçeklikten uzak bir yaklaşımdır. Her pay sahibi, oy hakkını kullanırken, kural olarak hareket serbestisine sahip olup, şirketin ya da diğer pay sahiplerinin menfaatlerini gözetmek zorunda değildir²⁰.

d) İbra kararlarında yönetim kurulu üyelerine temsilen oy kullanma hususunda yasak getirilmesi ile, sanki yönetim kurulu üyelerinden ibranın esirgenmesi gerektiği gibi bir izlenim yaratılmaktadır. Bu düşünce aynı zamanda, yönetim kurulu üyelerine karşı bir peşin hükmün oluşması, onların her zaman şirketi kötü yönettikleri gibi kötü bir imajlarının bulunduğu sonucunu da doğurabilir. Oysa kanunla güdülen amacın bu olmadığı, böyle bir izlenim ve imajın sakıncaları ortadadır.

e) Yönetim kurulu üyesinin temsilen oy kullanması, TTK 361'i de ihlâl etmez. Çünkü, yönetim kurulu üyesi kendine değil, başkasına ait oyu kullanmaktadır²¹.

f) Şirket yönetiminde bulunan kişilerin ibra kararında oydan yoksun bırakılmalarının, azınlığın korunması amacına da hizmet edeceği fikrinin her zaman doğru olduğunu söylemek güçtür. Çünkü, şirketin kötü yönetildiği, dolayısıyla genel kuruldan ibra kararının çıkmaması gerektiği hallerde bu düşünce doğru olmakla birlikte, şirketin iyi yönetildiği dönemlerde, oydan yoksunluk birtakım sakıncaları da beraberinde getirir. Bu halde şirket yönetimi, hak etmediği halde azınlığın insafına terkedilmiş olmaktadır²². Yönetim kurulu üyesini ibra kararında temsilen oy kullanmaktan men etmek, bu sakıncayı artırır. Kaldı ki, azınlığı koruyucu başka araçların bulunduğu da unutulmamalıdır. Tek bir pay sahibinin dahi ibra kararı aleyhine oy kullanıp, genel kurul kararının iptali davası (TTK 381) ve/veya yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası (TTK 340) açması mümkün olduğu gibi, esas sermayenin onda birini²³ temsil eden pay sahiplerinin talep etmesi üzerine

²⁰ Bu hususta bkz. *Nomer, F.*: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 100 vd.

²¹ *Watter/Dubs*: s. 919; *Leu/von der Crone*: s. 210.

²² Bu yönde *Wohlmann*: Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, s. 112.

²³ Halka açık anonim şirketlerde bu oran, ödenmiş sermayenin yirmide biridir (SerPK 11/VIII).

şirket, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmak mecburiyetindedir (TTK 341).

Pay sahibi, yönetim kurulu üyesine oy kullanma hususunda temsil yetkisi verdiği göre, üyenin ibra lehinde oy kullanmasında sakınca görmüyor demektir. Kendisi böyle bir sakınca görseydi, ya oyunu bizzat kullanma ya da oydan yoksun olmayan bir kimseye temsil yetkisi verme yoluna giderdi. Dolayısıyla, bu durumda pay sahibinin korunacak bir menfaati bulunmamaktadır²⁴.

g) Her payın en az bir oy hakkı vermesi kuralının (TTK 373/I) mutlak nitelik taşıması ve oy hakkının mütesep hak olma niteliğinden (TTK 385) hareketle, TTK 374/II (İsvBK 695) hükmü dar yorumlanmalıdır²⁵. Oy hakkının varlığının kural, oydan yoksunluğun istisna teşkil etmesi²⁶ de bu sonucu destekler niteliktedir. Yine, oyun temsilci aracılığı ile kullanılmasının yasaklanması ve bunun güçleştirilmesinin mümkün olmadığı da unutulmamalıdır²⁷. Aslolan, ortağın irade beyanının genel kurula yansıtılmasına imkân vermektir²⁸.

h) Yine, kanun koyucunun, TTK'nın 374. maddesinin 1. fıkrasında genel nitelikte bir hüküm sevkettikten sonra, 2. fıkrasında sırf ibra kararlarında oydan yoksunluğa ilişkin bir hüküm koymasının bir anlamı olmalıdır. Kanun koyucu, ikinci fıkra yer vermekle kazuistik yöntemi benimsemiştir²⁹. Durum böyle olunca, kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin temsilen oy kullanmasını yasaklamak isteseydi, *Aktiengesetz*'in 136. paragrafının 1. fıkrasında olduğu gibi bu konuda açık bir hüküm koymak yoluna giderdi³⁰.

2. Yönetim kurulu üyesine ibra kararında temsilen oy kullanma yetkisi verilmesini, pay sahibinin oyun hangi yönde kullanılacağı hususunda açık bir talimat vermesi şartına bağlayan görüş de, tatmin edici olmaktan uzaktır.

²⁴ Nitekim, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında temsilci sıfatıyla oy kullanamayacağı görüşünde olan *İmregün*'ün konuya yaklaşımı dikkat çekicidir. Yazar, “asaleten oy hakkından mahrum kimsenin mümessil sıfatı ile de rey vermesi tecviz edilmese gerektir” dedikten sonra, aksi görüşün de savunulabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, kanun koyucu 374. madde ile diğer pay sahiplerini korumak istemiştir. Bu pay sahipleri, oy haklarının kullanılmasını oy hakkından yoksun kişilere vermişlerse, bu artık onların bileceği işidir. Onların iradelerine hükmetmek ve onları kendilerine rağmen korumak yararsızdır (Menfaat İhtilâfları, s. 36, 37 dn. 107).

²⁵ *Länzlinger*: Art. 695, Nr. 1.

²⁶ Bkz. *Teoman*: s. 14-16, 135-137.

²⁷ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*: Nr. 960h, 976.

²⁸ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Seperatdruck), s. 87.

²⁹ Bu hususta ayrıca bkz. *Leu/von der Crone*: s. 209; *Hüffer*, U.: *Aktiengesetz*, 5. Aufl., München 2002, § 136, Nr. 3.

³⁰ *Kalpsüz*: s. 41.

Bu konunun, pay sahibinin oy kullanma hususunda temsilciye talimat verip veremeyeceği ve talimat verebilmesi halinde, talimata aykırı oy kullanmaya bağlanan hüküm ve sonuçla yakın ilgisi bulunmaktadır. Şöyle ki;

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Komiserler Yönetmeliği Ek 3'te yer alan vekaletname formu incelendiğinde, temsilcinin kendi görüşleri doğrultusunda oy kullanmaya yetkili olduğu izlenimi doğmaktadır. Bununla birlikte, pay sahibinin, temsilciye sözlü talimat vermesi yanında vekaletnameye gündem maddelerine ilişkin talimatlarını dercetmesinde de, bir sakıncanın bulunmadığı kanaatindeyiz³¹. Buna karşılık, halka açık anonim şirketlerin genel kurullarında vekaleten oy verilmesine ilişkin Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ'de talimat konusunda daha açık ve ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Öncelikle bu Tebliğ'in 8. maddesi ile Ek 1'de yer alan vekaletname formu örneğinde, pay sahibinin vekile özel talimatlar verebileceği açıkça belirtilmiştir.

Pay sahibi oy kullanma hususunda temsilciye talimat verebildiğine göre, temsilcinin, ibra lehinde veya aleyhinde olması farketmeksizin, verilen talimat doğrultusunda oy kullanması halinde sorun yoktur³². Sorun, vekilin talimata aykırı oy kullanması halinde, oyun geçersiz sayılıp sayılamayacağıdır.

Öncelikle belirtelim ki, yönetim kurulu tarafından hazırlanan hazırun cetvelinde, temsilcinin adı ve soyadı ile temsil ettiği pay miktarı gösterilir ve bu cetvel, divan heyeti ve Bakanlık komiseri tarafından imzalanır (Komiserler Yönetmeliği 19/II, IV). Ayrıca, Bakanlık komiseri, toplantı başlamadan önce, oyun temsilci aracılığı ile kullanılmasında, vekaletnamenin usulüne uygun olup olmadığını incelemek ve vekaletnameyi incelendi şerhi ile imzalamak ve divana verilmesini sağlamakla yükümlüdür (Komiserler Yönetmeliği 31/I, g). Bütün bunlardan çıkan sonuç, vekaletnameleri elinde bulunduran divan heyetinin, temsilcinin talimatlara uygun oy kullanıp kullanmadığını denetlemekle yükümlü olduğudur³³. Aksi halde talimatların yazılı şekilde verilmesinin bir anlamı kalmazdı³⁴. Nitekim bu husus, Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ'in 9/II. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre, vekaletnelere uygun oy kullanımı, Bakanlık komiseri nezaretinde divan başkanlığınca izlenir.

Bu durum karşısında, divan başkanının uyarısına rağmen veya onun ihmali nedeniyle, temsilcinin verilen talimata aykırı oy kullanması, bu oyun

³¹ Bu yönde Çeker: s. 272.

³² Vekil, esas itibarıyla verilen talimat doğrultusunda oy kullanmakla yükümlüdür (BK 34/I, II; 389; Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ 10/III).

³³ Bu yönde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu): Nr. 978.

³⁴ Çeker: s. 274.

geçerliliği sorununu ortaya çıkarmaktadır³⁵. Bu sorunun, ibra aleyhinde oy kullanması talimatına rağmen temsilcinin ibra lehinde oy kullanması durumunda önem taşıdığı açıktır. Genel kurulun niteliği ile temsilcinin oy kullanırken ne ölçüde hareket serbestisine sahip olduğu hususlarına verilecek cevaplar, konunun aydınlatılmasına yardımcı olacaktır.

Hemen belirtelim ki, usulüne uygun olarak toplanan genel kurulda yapılan tartışmalar, açıklamalar ve sorulara verilen cevaplar, pay sahiplerinin iradelerinin oluşumu ve oluşan bu iradenin oy kullanmak suretiyle açıklanması bakımından büyük önem taşır. Buna paralel olarak, pay sahibinin, genel kurul öncesinde oluşturduğu iradesini, genel kurulda değiştirme ihtimâli her zaman mevcuttur. Bu anlayışın sonucu olarak, sistemimizde, bir önerinin genel kurul dışında elden dolaştırılarak tasvibi ile karar alınması ve genel kurul dışında yazılı oy kullanılması kabul görmemiş, oy hakkının genel kurulda kullanılması esası benimsenmiştir³⁶. Pay sahibi için geçerli bu ilke, onun temsilcisi için de geçerlidir. Pay sahibi yerine genel kurula katılan temsilci, orada iradesini oluşturmakta ve oyu hangi yönde kullanacağına karar vermektedir. Temsilci, genel kurulda edineceği yeni bilgiler ve ortaya çıkan yeni durumlar sonucunda verilen talimattan ayrılabilir ve bazı hallerde ayrılmak zorundadır³⁷ (bkz. BK 389/I). Bu yüzden, temsilcinin talimata aykırı olarak kullandığı oyları geçerli saymak gerekir³⁸. Aksini kabul, bu ilkelerle bağdaşmadığı gibi, temsilciyi “haberci” konumuna düşürür³⁹.

O halde, temsilcinin talimata aykırı olarak kullandığı oylar geçerli sayılacağına göre, yönetim kurulu üyesinin ibra oylamasında temsilen oy

³⁵ Talimatlara aykırı oy kullanılması, iç ilişkide, temsilcinin pay sahibine karşı sorumluluğuna yol açar (bu hususta bkz. *Çeker*: s. 273-274).

³⁶ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*: Nr. 960, 978; *Leulvon der Crone*: s. 207; *Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P.*: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 16, Nr. 332; BGE 128 III, s. 145.

³⁷ *Leulvon der Crone*: s. 207.

³⁸ BGE 128 III, s. 145; *Leulvon der Crone*: s. 207-208; *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24, Nr. 129.

Bu yüzden, Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ'in 10/III. maddesinde yer alan, vekilin, kendisine yazılı olarak vekaletname formlarında talimat verilen konularda, talimata uygun hareket etmekle yükümlü olduğu yönündeki hükmü, vekile yönelik bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir. Yine, aynı Tebliğ'in 9/II. maddesinde yer alan, vekaletnamelere uygun oy kullanımının, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı komiseri nezaretinde divan başkanlığınca izleneceği yönündeki hükümden de, temsilcinin talimata aykırı oy kullanmak istemesi halinde, divan başkanının temsilciyi talimata uygun oy kullanma hususunda zorlayamayacağı, sadece onu uyarmakla yükümlü olduğu sonucu çıkarılmalıdır.

³⁹ BGE 128 III, s. 145; *Leulvon der Crone*: s. 207. Talimata aykırı oy kullanıldığı hususunun, şirket, yani divan başkanlığınca bilinmesi de bu sonucu değiştirmez ve BK 34 ile 38'in burada uygulanma imkânı bulunmamaktadır (*Leulvon der Crone*: s. 207-208; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*: § 24, Nr. 129). Karş. *Çeker*: s. 274-275.

kullanmasını, kendisine açık talimat verilmesi şartına bağlamak da, her zaman tatmin edici çözüm sağlamamaktadır⁴⁰. Kaldı ki, talimatın ibra lehinde verilmesi mümkün olduğuna ve temsil yetkisinin açık bir talimat içermeksizin verilmesi durumunda, bunun oyun ibra lehinde kullanılabilmesi yönünde örtülü (zımnî) bir talimatı içerdiğinin kabul edilmesi gerektiğine göre, açık bir talimat aranması da anlamsızdır.

Bu arada, İsvBK 695 (TTK 374/II)'ün amaca uygun sınırlandırılması (teleologische Reduktion) suretiyle, ibrada oydan yoksunluğun, ibra lehinde oy kullanmakla sınırlı tutulması gerektiği görüşü üzerinde de durmak gerekir. Bu görüşün, yönetim kurulu üyesinin, ibra oylamasında temsilen oy kullanabilmesini kendisine bu konuda açık bir talimat vermesi şartına bağlayan yazarlar tarafından ileri sürüldüğünü hatırlatmakta fayda bulunmaktadır.

Bu görüş kabul edildiği takdirde, ibra oylamasında, yönetim kurulu üyesinin bir ortağın temsilcisi sıfatıyla oy kullanabilmesi, kendisine verilen yetkinin, *ibra aleyhinde* oy kullanmasına yönelik açık bir talimatı içermesine bağlı olması gerekirdi⁴¹. Oysa, anılan yazarlar, bu konuda bir sınırlamadan söz etmemektedirler. Dolayısıyla, İsvBK 695 (TTK 374/II)'ün amaçsal indirgemeye tâbi tutulması görüşü, kendi içinde çelişkilidir. Ayrıca, şirketi iyi idare etmiş, faaliyetleri kanuna ve ana sözleşmeye uygun, başarılı bir iş yılı geçirmiş yönetim kurulunu ibradan mahrum etmenin haksızlık olacağı açıktır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesinin, aleyhte oy vermesi kaydıyla ibra oylamasına katılmasına izin vermek her zaman doğru olmayacağı gibi, oy kullanmayı pazarlık konusu yapmak da hükmün amacıyla bağdaşmaz. Bu yüzden, İsvBK 695 (TTK 374/II)'ü, yönetim kurulu üyelerinin hangi yönde oy kullanacaklarına bakılmaksızın uygulamak, daha isabetlidir⁴².

3. Sonuç olarak, öğretisi de ilk kez *Kalpsüz* tarafından ayrıntılı gerekçeleriyle birlikte savunulduğu üzere, yönetim kurulu üyesi, ibra oylamasında temsilen oy kullanabilmelidir. Oydan yoksunluk, yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu paylarla sınırlı tutulmalıdır.

Bu yüzden, gerek Yargıtay'ın uygulaması, gerek Komiserler Yönetmeliği'nin 21. maddesinin (b) bendinde yer alan hüküm isabetlidir.

Nihayet, Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin değişiklik çalışmalarının yapıldığı günümüzde, yönetim kurulu üyelerinin, ibra oylamasında temsilen oy kullanmalarını kısıtlayan bir hüküm getirilmesinin isabetli olmayacağını belirtmek istiyoruz⁴³.

⁴⁰ Bu yönde BGE 128 III, s. 145; *Leu/von der Crone*: s. 207-208; *Schleiffer*: s. 210-211.

⁴¹ Bkz. *Leu/von der Crone*: s. 210.

⁴² Bu yönde *Postactoğlu*: s. 505-506; *Schleiffer*: s. 47; *Leu/von der Crone*: s. 210.

⁴³ Bu görüşte *Teoman*: s. 216.