

“Corporate” terimi, “anonim şirketlere ait” anlamı taşımaktadır¹. “Governance” ise “yön verme” anlamına gelen Latince “gubernare” kelimesinden türetilmiştir ve genellikle “bir gemiye yön verme” şeklinde kullanılmaktadır. Bu da “corporate governance” kavramının şirketlere yön verme fonksiyonu içerdiğini göstermektedir².

Şirketlerin ülke ekonomilerindeki önemleri nedeniyle devlet daima şirketlerin faaliyetlerini düzenleyici önlemler almıştır. Ancak bu önlemlerin çoğu devletin şirketlerin karından aldığı vergi gelirine ilişkin olmuştur. Ancak küreselleşme ile birlikte diğer üretim faktörleri gibi, sermaye de ülkeler arasında kolayca hareket etmeye başlamıştır. Bu arada sermaye piyasalarında yaşanan ekonomik krizler pek çok ülkeyi tehdit etmiştir. Ayrıca şirket yöneticilerinin, kendilerine verilen fonları kötü kullanmaları, suiistimaller, şirketin durumunu iyi gösterip içini boşaltmaları devletleri harekete geçirmiş ve sadece “vergi” endişeli düzenlemelerin yetmediği anlayışına gelinmiştir. Yönetim anlayışı ile şirketler adeta “toplumun sermayesini kullanan” birimler olarak görülmüş; dolayısıyla bu şirketlerin yönetimi ile ilgili daha detaylı düzenlemeler yapma ihtiyacı belirmiştir³.

Burada ağırlık, şirket faaliyetlerini yönlendiren yönetim kurullarının çalışma düzenine verilmiş ve bu kurulların nasıl karar alacakları, hangi bilgileri ne zaman ve nasıl açıklamaları gerektiği, hangi gruplarla (pay sahipleri, çalışanlar, devlet, finansal kuruluşlar vs.) nasıl iletişim kuracağı ve etkileşim içinde olması zorunluluğu belirlenmeye çalışılmıştır. Buna ilişkin olarak şirketlerin (*corporation*) toplumun çıkarlarını nasıl gözetmesi gerektiği ve nasıl yönetilmesi gerektiği (*governance*) ile ilgili ilkeler belirlenmiştir Böylece bu ilkeler topluluğundan oluşan “corporate governance” kavramı, Türkçe’de kullandığımız karşılığı olan “kurumsal yönetim” kavramını doğurmuştur⁴.

II.KURUMSAL YÖNETİMİN TANIMI

Kurumsal yönetim kavramı, birçok ekonomik ve hukuksal olguyu kapsamakta ve çok geniş bir alana yayılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla

1 BUGG, Stuart G. / SIMON, Heike: Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2.Auflage, Berlin - München 2009, s.263.

2 SOLOMON, Jill / SOLOMON, Aris: Corporate Governance and Accountability, Sussex 2007, s.1.

3 KOÇEL, Tamer: İşletme Yöneticiliği, B.13, İstanbul 2011, s.455-456.

4 KOÇEL: s.456.

tüm unsurlarını ifade edecek şekilde bir tanımının verilmesi mümkün görülmemektedir. Bu yüzden bilimsel öğretilerde, yazarlar genel olarak kendi ilgi alanlarını yansıtacak şekilde tanımlama yoluna gitmişlerdir. Bilimsel öğretilerde kurumsal yönetime ilişkin olarak yer alan tanımlardan bazıları şunlardır:

Kurumsal yönetim; şirkete mali kaynak sağlayanların bu yatırımları karşılığında belirli bir getiri elde edeceklerini garanti altına almalarına ilişkin yöntemlerdir⁵. Anonim ortaklığın faaliyetlerinin piyasalardan gelen işaretler doğrultusunda oluşmasını sağlayan mekanizmalardır⁶. Şirketlerin yönetim ve kontrolüne ilişkin bir sistemdir⁷. Bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi ve aynı zamanda bu sevk ve idarenin şeffaf bir biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili ilkelerdir⁸. Anonim şirketin en iyi şekilde yönetilmesine, denetlenmesine, mükemmel uygulamalarla çalıştırılmasına ilişkin normlar veya ulusal ve uluslararası ölçüde iyi ve sorumluluğun bilincinde yönetimdir⁹. Hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüş; uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kurallarıdır¹⁰. Şirketin en iyi biçimde yönetilmesi için menfaat gruplarını belirleyen ve yöneticiler tarafından onlar arasında ideal bir dengenin kurulmasını şirketin başarısı için temel gören bir akımdır¹¹. İşletmenin stratejik yönetimi ve yönlendirilmesi ile görevli ve sorumlu üst yönetimin (söz sahipleri), bu görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirirken, işletme üzerinde kendilerini belirli nedenlerle "hak sahibi" gören pay sahipleri, çalışanlar, tedarikçi, müşteri ve diğer toplumsal kurumlarla olan ilişkilerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, işletmenin üst

⁵ SHLEIFER, Andrei / VISHNY, Robert W.: A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, C.52, S.2, June 1997, s.737.

⁶ BERGLÖF, Erik / von THADDEN, Ernst-Ludwig: The Changing Corporate Governance Paradigm: Implications for Transition and Developing Countries, June 1999, s.11.

⁷ CADBURY, Adrian: Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, London, December 1992, *supra* note 11, para 2.5.

⁸ PULAŞLI, Hasan: Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003, s.4.

⁹ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.12, İstanbul 2010, s.254, N. 471/a.

¹⁰ TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.228.

¹¹ ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005 s. 6.

yönetiminin yönetilmesidir¹². Anonim şirketlerin yönetiminde ve faaliyetlerinde söz konusu şirketin haklarını gözeten, başka bir deyişle, kâr elde etme ve ortaklarına dağıtma ana unsuru ve amacını taşıyan geleneksel yapılarının yanında, pay sahipleri dâhil tüm menfaat sahiplerinin haklarının korumasını ve bu çerçevede söz konusu menfaat grupları arasındaki ilişkilerin kurallarının düzenlenmesini hedefleyen bir anlayıştır¹³. Anonim şirketin kuruluşundan itibaren devreye giren ve şirketin varlığını sürdürdüğü müddetçe “şirketin kuralına uygun bir şekilde yapılandırılıp yapılandırılmadığını ve iyi yönetilip yönetilmediğini sınınamaya yönelik bir süreçtir. Bu özelliğiyle kurumsal yönetim, sürekli olarak işleyen ve geliştirilen bir gözetim sürecidir¹⁴. Şirketin yönetimi, yönetim kurulu, pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri arasındaki bir dizi ilişkiyi kapsayan kurallardır¹⁵.

Bilimsel öğretilerde kurumsal yönetim dar ve geniş anlamda olmak üzere de tanımlanmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

Kurumsal yönetim geniş anlamda; iyi şirket yönetimi için gerekli formal ve informal kurallar bütünüdür. Başka bir deyişle, iyi şirket yönetimi demektir¹⁶. Başka bir tanıma göre, modern yaşamda insanların bir amaca ulaşmak için oluşturduğu herhangi bir kurumun yönetiminin düzenlenmesidir¹⁷.

Kurumsal yönetim dar anlamda; sadece iyi şirket yönetimi için sorumluluk, adalet, şeffaflık, hesap verme sorumluluğu gibi formal kuralların oluşturulması üzerinde odaklanan bir kavramdır¹⁸. Diğer bir tanıma göre, bir kurumun beşeri ve mali sermayeyi çekmesine, etkin çalışmasına ve böylece ait olduğu toplumun değerlerine saygı gösterirken uzun dönemde ortaklarına ekonomik değer yaratmasına imkân tanıyan her türlü kanun, yönetmelik, kod ve uygulamaları ifade etmektedir¹⁹.

¹² ÜLGEN, Hayri / MİRZE, S. Kadri: İşletmelerde Stratejik Yönetim, İstanbul 2010, s.461.

¹³ ŞEHİRLİ, Kübra: Kurumsal Yönetim, Yeterlilik Etüdü, SPK Denetleme Dairesi 1999, s.51.

¹⁴ Kurumsal Yönetimin Anonim Ortaklıklarda Yansımaları, TKYD ve Deloitte Ortak Yayını, No:2, İstanbul 2007, s.3.

¹⁵ OECD Principles of Corporate Governance, 2004, s.11.

¹⁶ AKTAN, Coşkun Can: Kurumsal Şirket Yönetimi, SPK. Yayın No:196, Ankara 2006, s.5.

¹⁷ TÜSİAD, Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Aralık 2002, s.9.

¹⁸ AKTAN: s.5.

¹⁹ TÜSİAD, Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Aralık 2002, s.9.

Sonuç olarak, hem yukarıda verilen tanımların hem de doktrindeki diğer görüşlerin ortak noktası, kurumsal yönetimin işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresini, üst düzey yönetiminin denetlenmesini, gözetimini ve şirket üzerinde hak iddia eden menfaat gruplarının üst yönetimle olan ilişkilerinin tümünü kapsamasıdır. Dolayısıyla kurumsal yönetim; şirket üst düzey yönetiminin faaliyetleri ile doğrudan ilgilidir.

Kurumsal yönetim ilkelerinde pay sahipleri yanında diğer menfaat sahipleri de dikkate alınarak, iki farklı menfaat grubunun varlığı kabul edilmektedir. Buna göre kurumsal yönetim, bir yandan işletme üst yönetiminin amaca uygun, fonksiyonel olarak yapılandırılmasını amaçlamakta, yönetim kurulu - yönetici - denetçi üçgeninde denge sağlamayı hedeflemektedir. İç üçgen olarak adlandırılan bu üçgen yanında her bir köşesinde işletme, pay sahibi ve diğer çıkar gruplarının yer aldığı dış üçgen arasındaki güçler de denkleştirilmelidir²⁰.

Günümüzde kurumsal yönetim kavramı, bilimsel öğretilerde büyük çoğunlukla kullanım alanı bulmaktadır. Kurumsal yönetim, kavram olarak 90'lı yıllarda ortaya çıkmış ve hızlı bir şekilde uluslararası kuruluşlar, hükümetler, iş dünyası ve akademik çevrelerden kabul gören bir yönetim felsefesi haline gelmiştir.

III. KURUMSAL YÖNETİMİN TEORİK YAPISI

Kurumsal yönetim kavramını açıklayan ve analiz eden pek çok teorik yapı geliştirilmiştir. Bunların her biri, kurumsal yönetime birbirinden tamamen farklı yönlerden yaklaşmış ve konuyu farklı özellikleri ile yine farklı terminoloji kullanarak ele almıştır. Anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim kavramının ortaya çıkmasına ve gelişimine etki eden en önemli teorik yaklaşımlardan biri vekâlet teorisi. Vekâlet teorisi, Adam

²⁰ PULAŞLI: s.1-3; TUZCU, Arcan: Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı; İMKB 100 Örneği, Ankara 2004, s.39.

Smith'in 1776 yılında yayımlanan Ulusların Zenginliği "*The Wealth of Nations*"²¹ adlı kitabında tartışılmaya başlanmıştır²².

Kurumsal yönetim her şeyden önce pay sahiplerine, şirket yönetiminin işletmenin çıkarları yerine kendi kişisel çıkarlarını takip etme eğiliminin, etkin bir şekilde kontrol edebilme imkânını verir. Bu kontrol olanağına ilişkin mekanizmanın temeli, 1932 yılında Berle/Means tarafından savunulan mülkiyet ve kontrolün ayrılmasına ilişkin işletme literatüründeki vekâlet teorisi "*agency theory*" ye dayanır²³. 1929 yılındaki Wall Street iflasından (*Wall Street Crash of 1929*) sonra Berle/Means gibi bilim adamları toplumdaki modern kurumun rolünün değişmesi üzerinde çalışmalar yapmışlardır. Daha büyük sermayelerle kurulan şirketlerde ortaya çıkan karmaşık mülkiyet yapısı, kapitalizmin ilk dönemlerindeki örgüt anlayışından farklı bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu yeni örgüt yapısında, pay sahipleri mülkiyeti ellerinde bulundurdıkları halde, kontrolü vekâlet ilişkisi kurdukları yöneticilere devretmişlerdir. Dolayısıyla, mülkiyet sahibi olup yeterince kontrol sahibi olamamak ya da kontrol sahibi olup mülkiyet sahibi olmamak şirket kavramının gelişmesinin mantıksal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır²⁴. 1932'de Adolf Berle ve Gardiner Means tarafından yazılan Modern Şirket ve Özel Mülkiyet (*The Modern Corporation and Private Property*) kitabının etkisi bugünkü bilimsel tartışmalarda kurumsal yönetim kavramı üzerindeki etkisini sürdürmektedir²⁵.

21 "Yöneticilerin, başkalarının paralarını harcarken, kendi paralarını harcarken gösterdikleri özeni, aynı şekilde göstermeleri beklenemez. Yöneticilerin ihmalleri ve savurganlıkları, şirket yönetiminde kaçınılmazdır." (...being the managers rather of other people's money than their own, it cannot well be expected that they should watch over their own...Negligence and profusion therefore, must always prevail more or less in the management of the affairs of such a company.SMITH, Adam: An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations, London-New York-Melbourne 1812, s.586-587.

22 BAUEN, Marc / VENTURİ, Silvio: Swiss Board of Directors, Bruxelles-Zurich 2009, s.293; KOLLER, Barbara M. Lorenz: Die Rolle des Verwaltungsratspräsidenten von kotierten internationalen Unternehmen in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Board-Systeme, Dissertation Nr. 3862, Bamberg 2010, s.15.

23 BERLE, Adolph A. / MEANS Gardiner C.: The Modern Corporation and Private Property, New Jersey 1991, s.47-66; PULAŞLI: s.31.

24 BERLE / MEANS: s.68; KOÇER, BURAK: İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 2006, s.12.

25 AKTAN: s.4.

Berle ve Means'in ortaya koyduğu teori; sonrasında Jensen ve Meckling'in 1976 tarihinde yayınladıkları "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" adlı makale²⁶ ile geliştirilerek, daha geniş akademik kitlelere yayılmış ve bu konuda yapılan çalışmalara konu olmuştur. Jensen ve Meckling, vekâlet ilişkisini, "asil" olarak adlandırılan bir ya da birkaç bireyin, kendisi adına bazı hizmetleri yerine getirmesi için "vekil" olarak anılan başka bir bireyle, yetki devrini içeren bir sözleşme geliştirmesi olarak tanımlamışlardır²⁷.

Vekâlet teorisinin gelişim sürecine kısaca değindikten sonra, bu teorisinin ortaya koyduğu sorun ve çözüm önerilerine bakmak gerekmektedir. Bir şirketin sahibi kimdir? bilimsel öğretilerde bu soruya genel olarak verilen cevap pay sahipleridir. Pay sahiplerine ait olan şirket varlıkları, pay sahipleri adına yine pay sahipleri tarafından seçilen yönetim kurulu üyeleri tarafından (*board of directors*) yönetilir. Yönetim kurulu da, şirketin günlük işlerini yürütecek yöneticileri (*managers*) seçer. O halde pay sahiplerine ait varlıklar, pay sahipleri tarafından vekil olarak belirlenen yönetim kurulu üyelerince yönetilmektedir²⁸. Bu durum şirket sahipliği ile profesyonel şirket yönetiminin ayrılmasına neden olmuştur. Kısaca bu şekilde özetlenebilecek olan şirket teorisi "asil-vekil modeli" ya da "vekâlet teorisi" olarak adlandırılır.

İşletme alanında mülkiyet yapısının değişmesi ve pay sahipliğinin çoğalması ile birlikte yeni şirketler kurulmaya başlamış; büyüyen bu şirketlerde mülkiyet ve kontrol ayrımı belirgin bir duruma gelmiş ve kontrol edebilme olanağına sahip olamayan pay sahipleri ve önemli bir pay miktarına sahip olmadan kontrol hakkını elde edebilenler durumu ortaya çıkmıştır. Böylece işletmelerdeki belirli pay sahibi gruplar, ellerinde bulundurdukları yönetim hakkını vekâlet ilişkisi kurdukları yöneticilere devretmişlerdir. Dolayısıyla kontrol hakkına sahip asıl pay sahipleri ve yöneten vekiller ortaya çıkmıştır²⁹.

Vekâlet teorisinin (*agency theory*) gerçekleşebilmesi için iki kişinin varlığı yeterlidir. Bunlardan ilki olan vekil (*agent*) alternatif eylemlerden birini seçip onu uygulayan kişidir. Burada vurgulanması gereken nokta,

²⁶ JENSEN, Michael C. / MECKLING, William H.: The Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, Vol.3, No:4, October 1976, s.1-72.

²⁷ JENSEN / MECKLING: s.5

²⁸ BLAIR, Margaret M. / STOUT, Lynn A.: A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review, Vol.85, No.2, March 1999, s.248-249

²⁹ ÜLGEN / MİRZE: s.465.

vekilin tutumu ve seçtiği hareket tarzı hem kendi refahını hem de ilişkinin diğer parçası olan asilin (*principal*) refahını doğrudan etkilemektedir. Asil en genel anlatımla, ücret ödemelerine ilişkin kuralları belirleyen kişidir. Örneğin şirket sahipleri ya da pay sahipleri seçtikleri genel müdüre sorumlu olduğu alanları belirtir, hedeflerini ortaya koyar ve sağlayacağı hizmetin karşılığında elde edeceği ücreti tespit ederler. Asil, vekil hareketlerini gerçekleştirmeden önce, vekilin faaliyetlerinin sonucunda oluşacak pozisyona göre ödeyeceği ücreti önceden belirler. Burada sorun, bazı noktaların belirsiz olmasından özellikle paylaşılacak bilginin iki taraf için de eşit düzeyde olmamasından kaynaklanır³⁰. Asil, başta ücret ve ödüllendirmeye ilişkin politikalar belirleme, bilgi akışını kontrol etme, ikili görüşme, işine son verme gibi araçlarla vekilin davranışlarını yönlendirmeye çalışacaktır. Buna karşılık vekil, işler ve faaliyetlerle ilgili olarak asilden daha fazla bilgiye sahiptir. Böylece ikisi arasında bilgi akışında düzensizlik, başka bir deyişle bilgi asimetrisi (*information asymmetry*) vardır³¹.

Bilgi akışındaki düzensizlik, yöneticilerin şirket faaliyetleriyle ilgili pay sahiplerine oranla daha fazla bilgiye sahip olmasını ifade etmektedir. Asiller (pay sahipleri), eksiksiz bilgiye sahip olmaları durumunda, kendileri adına şirketi yöneten vekillerin sözleşme koşullarını yerine getirip getirmediğini gözlemleyebilir. Ancak, eksiksiz bilgiye sahip olmak için uygulanması gereken doğrudan gözlemi uygulamak çok fazla vakit alacağından, vekâlet ilişkisinin kurulduğu hemen hemen her durumda vekillerin lehine bilgi akışında düzensizlik oluşacağı açıktır. Bu nedenle, vekâlet teorisi, bilgi akışındaki düzensizlikten kaynaklanacak sorunları önlemek için çeşitli mekanizmalar gerektiğini vurgulamakta ve çözümler geliştirmektedir³².

Vekâlet teorisi, adından da anlaşılacağı üzere kendisine odak noktası olarak vekâlet ilişkisini konu alan bir yaklaşımdır. Esas olarak vekâlet teorisi en yalın haliyle, bir asilin bir başkasını çalıştırması (vekil) ve bu kişinin performans sergilemesi esnasında ortaya çıkar³³. Birinin diğeri için ve menfaatine iş yaptığı durumlar vekâlet ilişkisinin doğmasına

³⁰ ARROW, Kenneth: *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Chicago, 1971, s.21.

³¹ KOÇEL: s.356.

³² KOÇER: s.13.

³³ JENSEN / MECKLING; s.5.

sebeplendir. Vekâlet ilişkisi ise vekâlet teorisinin temel süjesini oluşturmaktadır. Örneğin; anonim şirket yöneticisi astlarına karşı asil, alt kademede çalışan birimler ve kişiler ise vekildir. Tam tersi durumda ise anonim şirket yöneticisi, pay sahiplerine karşı vekil, pay sahipleri ise asildir³⁴. Vekâlet teorisi çerçevesinde kurumsal yönetim, tüm çıkar grupları arasında ortaya çıkabilecek çatışmaları uyumlu hale getirmeye yönelik olarak geliştirilen mekanizmaların bütünü olarak tanımlanmaktadır. Çeşitli çıkar grupları arasındaki çatışmalar, işletmedeki mülkiyet yapısından ve bu grupların işletme faaliyetlerinden doğan riski üstlenebilme durumlarından kaynaklanmaktadır³⁵.

Potansiyel alıcılar varlıklarını artırmak için şirkete yatırım yaparlar. Bu yatırım doğrudan olabileceği gibi, halka açık anonim şirketin hisselelerini alarak da olabilir. Vekâlet teorisinin önemli bir bölümü vekâlet verenin (pay sahipleri), vekilin (yönetici) ve diğer çalışanların ilişkileri üzerine kuruludur³⁶. Vekâlet ilişkisi, vekâlet verenin bir sözleşme yoluyla bazı görevleri kendi adına yerine getirmesi için vekili yetkilendirmesi olarak tanımlanabilir. Bu ilişki, karar alma yetkisinin bir kısmının vekâlet veren tarafından vekile devredilmesini gerektirir. Halka açık anonim şirketlerde yöneticiler (vekiller) daha fazla güçlenmekte ve hareket serbestisi kazanmaktadır. Bunun sonucu olarak, vekilin (yöneticiler) her zaman vekâlet verenin (pay sahibi) çıkarına davranmayabileceğini tahmin etmek zor değildir. Vekâlet veren ile vekil arasındaki ilişkiyi belirleyen sözleşmeyi temel alan ve en etkin sözleşmeyi kurmaya çalışan teori, özellikle insan doğasına ilişkin (kişisel çıkar, sınırlı akılcılık, risk algısı vs. gibi) birçok varsayımda bulunur. Teoriye göre, kişiler her zaman için kendi çıkarları açısından en iyi seçeneğe yöneleceklerinden, ortaklaşa yapılan işlerde çıkar çatışması kaçınılmazdır. Üstelik bu tür faaliyetler yalnızca ticari ortaklıklarda değil, her türlü örgütsel yapıda ve hatta aile üyeleri arasında bile görülebilir³⁷.

Vekâlet teorisi, vekâlet ilişkisinde ortaya çıkan iki sorunu çözmekle uğraşır. Bu sorunlardan ilki, pay sahiplerinin amaçları ile vekil olarak adlandırılan pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin amaçları farklı olduğunda ve pay sahibi için pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin

³⁴ PRATT, John / ZECKHAUSER, Richard: Principals and Agents: The Structure of Business, Harvard Business School Press, Boston 1985, s.18.

³⁵ ÜLGEN / MİRZE: s.466.

³⁶ HODGE, B.J. / ANTONY, William P. / GALES, Lawrence M.: Organization Theory, 5.Edition, New Jersey 1996, s.242.

³⁷ ÖZSOY, Zeynep: Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları, Ankara 2011, s.18

gerçekten ne yaptığını ispatlamak zor veya pahalı olduğunda ortaya çıkan temsil sorunudur. Burada problem, pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin doğru ve uygun davranmadığını kanıtlamanın zor olmasıdır. Vekâlet teorisinin uğraştığı ikinci sorun ise pay sahiplerinin ve pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin riske karşı tutumları farklı olduğunda ortaya çıkan risk paylaşımı sorunudur. Farklı risk tercihleri nedeniyle iki tarafın farklı davranışları veya hareketleri tercih etmeleri bu durumu ortaya çıkarır³⁸. Pay sahiplerinin değişik sektörlerdeki şirketlerin hisse senetlerinden oluşturdukları portföy ile risklerini dağıtmaları sonucu, şirket yönetimlerine ve karşılaşılabilecekleri risklere karşı kayıtsız kalmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durumda asiller (pay sahipleri) risk alabilen davranışlar sergileyebilirken, vekiller (yöneticiler), çalıştıkları tek bir işletmeden gelir elde ettikleri için, riskten kaçarak veya riski azaltarak iş güvencelerini ve kişisel çıkarlarını emniyet altına almayı tercih edebilmektedirler³⁹. Vekâlet teorisinde analiz birimi, pay sahibi ile pay sahibi olmayan profesyonel yönetici arasındaki ilişkiyi düzenleyen anlaşma olduğundan, teorinin odak noktası belirli varsayımları göz önünde bulundurarak, bu ilişkiyi yönlendiren en etkin ve iyi anlaşmayı belirlemektir⁴⁰.

Şirketlerin temel amacı pay sahiplerinin sahip olduğu varlıkların değerini, maksimize etmektir. Temsil sorunu, şirketin esas amacından uzaklaşılmasına ve bu nedenle de pay sahiplerinin varlıklarını artıracak hedef ve amaçların ikinci plana atılmasına neden olmaktadır. Temsil sorununu çözmek amacıyla şirkette pay sahibi olmayan yöneticilere hisse senedi opsiyonları (başlangıçta belirlenmiş bir fiyattan satın alma) verilmesi, kârdan pay verilmesi, karla orantılı olarak prim ödenmesi gibi yollara başvurulmaktadır. ABD ve Avrupa'da uzun yıllardan beri uygulanan bu yöntemler şirketlerin büyük kârlar elde etmesini ve özellikle de borsada işlem gören şirketlerin hisse fiyatlarının artmasını sağlamıştır. Fakat yöneticilere hisse senedi opsiyonu verilmesine yönelik olan uygulamada, hisselerin fiyatlarının artırılması için zaman zaman kanuna, muhasebe ilke ve standartlarına aykırı olan uygulamalar içerisine girilmiştir. Kuralara uygun olmayan bu uygulamalar, özellikle ABD'nin en büyük enerji üretim ve dağıtım şirketi olan Enron'un 02.12.2001 tarihinde iflas etmesi ile gündeme gelen şirket skandalları ile sonuçlanmıştır⁴¹.

³⁸ KURT, Gülüzar / DEMİR, Gönenç: TTK Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekâlet Teorisi, HPD. 2006, S.6, s.63.

³⁹ ÜLGEN / MİRZE: s.467-468.

⁴⁰ KURT / DEMİR: s.63

⁴¹ KURT / DEMİR: s.64.

İşletmelerde, yöneticilik ile pay sahipliği kavramlarının birbirinden ayrılması ile yetki devrinin yapılması gereği doğmuştur. Pay sahipleri, yöneticilere şirket faaliyetlerinin sürekliliğinin sağlanması için kendileri adına iş görebilme yetkisi vermişlerdir. Benzer şekilde organizasyon dâhilinde de bütün işlerin yöneticilerin yapamayacağı düşüncesi ile organizasyon kademelerinde biçimsel olarak yetki dağıtılmıştır. Vekâlet teorisinin özünde yetki devri kavramı yatmaktadır⁴².

Kurumsal yönetim kavramının ortaya çıkmasında pay sahipleri ile yöneticilerin, diğer bir ifadeyle sermaye ile yönetimin ayrılmasından doğan “vekâlet sorunu” önemli bir yer tutmaktadır. Bunun nedeni, farklı beklentileri olan ve farklı güdülenmelere sahip olan pay sahipleri ile yöneticilerin çıkarlarının kaçınılmaz olarak çatışmasıdır. Kurumsal yönetimin işlevi de bu noktada önem kazanmaktadır. Kurumsal yönetim vekâlet sorunundan kaynaklanan çıkar çatışmalarının azaltılmasını amaçlamakta ve bilgi akışındaki düzensizlik nedeniyle yöneticilerin sahip oldukları bilgileri kullanarak hissedarlar aleyhine olabilecek eylemlerini denetim altına almaya çalışmaktadır. Kurumsal yönetim düzenlemeleri, sermayeyi temsil eden pay sahipleri, yönetimi temsil eden yöneticiler ve yöneticilerin denetlenmesini sağlayan yönetim kurulu arasındaki ilişkileri belirlemektedir. Bu ilişkilerin adil ve dengeli biçimde düzenlenmesi, şirketin sağlıklı bir yapıda çalışmalarını sürdürmesini sağlayacaktır.

Vekâlet teorisi, gelişimi içerisinde yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ilişkileri araştırmaya odaklanmıştır. Ayrıca yönetim kurulunun oynadığı rolü ve CEO'nun⁴³ rolünü de ele alarak çağdaş yönetim düşüncesini analiz etmiştir.

Kurumsal yönetim kavramı, zaman içerisinde vekâlet teorisi dışında başka teorileri de kapsamaya başlamıştır. Kurumsal yönetime ilişkin olarak, ortaya atılan teorilerden en önemlilerinden ikisi olan paydaşlık (*stakeholder theory*) ve hizmetkârlık teorilerini (*stewardship theory*) de kısaca şu şekilde açıklayabiliriz:

⁴² EUGENE, F. Fama / MICHAEL C. Jensen: Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 1983, Vol.26, s.310.

⁴³ CEO (Chief Executive Officer) kavramı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Ahmet Cemil: Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014; PULAŞLI, Hasan: Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, Ankara 2007, C.24, S.1, s.19-62.

Vekâlet teorisi'nin kişisel çıkar odaklı davranan insan tanımlamasına karşı, hizmetkârlık teorisi olarak anılan yaklaşım, varsayımları açısından aslında vekâlet teorisinin tam karşısı olarak düşünülebilir⁴⁴. Hizmetkârlık teorisi'ne göre, örgüt yararına olan kolektivist davranışlar, yöneticilere kişisel çıkar odaklı davranışlardan daha fazla yarar sağlamaktadır. Örneğin, yöneticiler şirketin finansal performansını artırarak kendi fayda fonksiyonlarını da maksimize etmektedir. Dolayısıyla, yöneticiler satış ve kârlılık artışı gibi örgütsel amaçlara ulaşarak pay sahiplerinin yararına olan kararları alma çabası içinde olacaktır⁴⁵. Bu nedenle, hizmetkârlık teorisi yöneticileri, pay sahiplerinin vekili değil hizmetkârı olarak adlandırılmaktadır.

Vekâlet teorisi, şirketi kontrol eden yöneticilerin şirketin sahibi konumundaki pay sahiplerine karşı sorumluluklarını ele alarak bu sorumlulukların yerine getirilmesini temin edecek çeşitli yönetim mekanizmalarını tartışmaktadır. Ancak paydaşlık teorisinde, şirketin varlığını sürdürmesi üzerinde meşru çıkarları olan başka grupların da olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁴⁶. Menfaat sahiplerine örnek olarak; şirket çalışanları, alacaklılar, tedarikçiler, finansal piyasalar ve hatta toplumun kendisi gösterilebilir. Bu yaklaşımda şirketle çıkar ilişkisi içinde olan tüm gruplar, "paydaş" olarak adlandırmakta ve yöneticilerin paydaşlara karşı sorumlulukları incelenmektedir. Paydaşlık teorisinde, şirketin varlığından sadece ekonomik olarak değil başka şekillerde etkilenen gruplara da yer verilmektedir⁴⁷.

IV. KURUMSAL YÖNETİMİN TEMEL İLKELERİ

Kurumsal yönetimin evrensel kabul görmüş ve geçerliliği olan ana ilkeleri adillik, hesap verebilirlik, şeffaflık ve sorumluluktur. Bu ilkeler ışığında kurumsal yönetim, kurumun en yüksek performansı göstermesini, en kârlı, en başarılı ve en rekabetçi olmasını hedefler. Kurumsal yönetim etik kurallar, kanunlara uyma, çevrenin korunması gibi bir dizi alanla ör-tüşen genel bir yaklaşımdır. Bir kurumun en üstün performansına ulaşarak

⁴⁴ KOÇER: s.19.

⁴⁵ DAVIS, James H. / SCHOORMAN, F. David / DONALDSON, Lex: Toward a Stewardship Theory of Management, The Academy of Management Review, Vol. 22, No. 1 Ocak 1997, s.25.

⁴⁶ SHANKMAN, NEIL, A.: Reframing the Debate between Agency and Stakeholder Theories of the Firm, Journal of Business Ethics, VolLXIX, No:4 1999 s 322.

⁴⁷ KOÇER: s.21.

başarılı olmasını amaçlayan kurumsal yönetim ilkeleri, bu anlamda yukarıda bahsi geçen yaklaşımların birleştirici çatısıdır. Bu çatı olmadan, ne iyi ahlâklı yaklaşım ne de çevreye duyarlılık tek başına bir kurumu başarılı kılmaya yeterlidir⁴⁸.

Türkiye’de ve dünyada son yollarda yaşanan ekonomik ve mali krizler birçok şirketin yapılarını ve yönetim biçimlerini yeniden gözden geçirmeleri gerektiğini ortaya çıkarmıştır. Bunun yanında yönetim kurulları üzerindeki performans baskısı da sürekli artmaktadır. Kurumsal yönetim ilkeleri dünyada her geçen gün daha fazla önemsenmektedir. Bu ilkelerin uygulanması özellikle gelişmekte olan piyasalarda yatırımcı tercihlerinde en önemli kriterlerden birini oluşturmaktadır⁴⁹.

Anonim şirketler hukukunda son yıllarda meydana gelen en önemli gelişmelerden birisi de, kurumsal yönetim ilkelerinin anonim şirket yönetimindeki etkisinin belirgin bir şekilde artmış olmasıdır. Kurumsal yönetim ilkelerinin, anonim şirket yönetiminde hâkim olması, ekonomiye ilişkin kuralların yönetim gücüne bir yansımasıdır⁵⁰.

Kurumsal yönetimi şekillendiren birçok ilke vardır; ancak bunların hepsi aynı nitelik ve etkinlikte değildir. Hatta pek çoğu sıradan davranış kurallarıdır. Kurumsal yönetim felsefesinin taşıyıcı kolon niteliğindeki ilkeleri yukarıda da belirtildiği üzere şeffaflık, hesap verilebilirlik, sorumluluk ve adil yönetimdir. Bu ilkelerin tümü yönetim ile ilgilidir. Yönetime ilişkin kurallar, keyfi karar alınmasını önleyeceği gibi profesyonel sorumluluğun bilincinde yürütülen yönetimi de hâkim kılar. Ayrıca bilgi akışını, değerlendirilmesini ön plana çıkarır ve yönetime güven duyulmasını sağlar⁵¹.

Bu temel ilkeler üzerine oturan bir şirket yönetim profili, modern kurumsal yönetim anlayışının asgari, başka bir deyişle olmazsa olmaz “sine qua non” şartlarını yerine getirmiş demektir⁵².

⁴⁸ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

⁴⁹ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

⁵⁰ MANAVGAT, Çağlar: Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, Baitider., Ankara 2007, C.XXIV, S.2, s.473.

⁵¹ TEKİNALP, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s.638.

⁵² PASLI, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B.2, İstanbul 2005, s.72.

A. ŞEFFAFLIK

Şeffaflık, yeni küresel finans sisteminin yapılanmasında, piyasalar ile ulusal ve uluslararası kuruluşların etkin ve rekabetçi faaliyetlerini sürdürmelerinde giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Küreselleşme arttıkça hem sosyal hem de ekonomik alanda bütünleşme artmakta ve yayılma etkisi nedeniyle bir ekonomi veya küresel ölçekli bir şirkette ortaya çıkan bir durum çok kısa zamanda ve hızla, diğer ülkeleri veya şirketleri etkileyebilmektedir. Son yıllarda yaşanan ekonomik krizler, şeffaflığın önemini çok daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. Şeffaflığın yeterli düzeyde olmaması, bu krizlerin ortaya çıkmasına neden olan ya da en azından katkıda bulunan faktörlerden biri olarak gösterilmektedir⁵³.

Şeffaflık kavramı, bilgi çağı ve bilgi toplumu yaklaşımının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şeffaflık, pay sahiplerinin ve sermaye piyasasındaki oyuncuların, tam anlamıyla bilgilendirilmesini, aydınlatılmasını ve yatırımcıların aldatılmamasını amaç edinir. Başka bir deyişle şeffaflık, kamunun aydınlatmayı sağlamak amacıyla, doğru, eksiksiz ve dürüst resim ilkesine uygun bilgi vermesine ilişkin kurumsal yönetimin ana ilkelerindedir. Bu sayede, "pay sahiplerinin değeri" en üst düzeyde gerçekleştirilebilir⁵⁴.

Şeffaflık kavramı, hesap verilebilirlik kavramı ile de bağlantılıdır. Çünkü şirketlerden, şeffaf olmalarının istenmesinin amacı, kişi veya kurumları, politikaları ve uygulamaları nedeniyle sorumlu tutabilmektir. Bu açıdan şeffaflık, şirketlerin, değerlendirilmelerine ilişkin bilgileri serbest bırakması olarak tanımlanabilir. Ayrıca, şeffaflığın sağlanabilmesi ve düzenli işleyebilmesi için, iki koşulun oluşturulması gerekir. Bunlardan ilki; şeffaflığı sağlayacak tarafın, gerekli bilgilerin temin edilmesinde istekli ve yetkin olmasıdır. İkincisi ise, bilgiyi kullanacak tarafın, bilgiyi genel kabul görmüş kriterler çerçevesinde değerlendirebilecek yeteneğe sahip olmasıdır⁵⁵.

Şeffaflık, herkesin her türlü bilgiye ulaşması demek değildir. Şirketlerin, rekabet güçlerini koruyabilmek için rakipleri tarafından öğrenilmesinde sakınca olan verileri kamuya açıklamamaları bu ilke ile çelişmez;

⁵³ TUZCU: s.17-18.

⁵⁴ TEKİNALP, Dinamikler: s.236.

⁵⁵ FLORINI, Ann, M.: Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency, Annual World Bank Conference on Development Economics, Washington, D.C., April 28-30, 1999, s.5-6.

ancak bilginin gizliliğinin öne sürülerek açıklama yapmaktan kaçınılmasının da önüne geçilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir⁵⁶. Buradan hareketle şeffaflık; ticari sır niteliğindeki ve henüz kamuya açıklanmamış bilgiler hariç olmak üzere, şirketle ilgili finansal olan ve olmayan bilgilerin, zamanında, doğru, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük bir maliyetle erişilebilir şekilde kamuya duyurulması yaklaşımı olarak tanımlanabilir⁵⁷.

SPK. Seri:IV No:54 sayılı tebliğde “şeffaflık; ticari sır niteliğindeki ve henüz kamuya açıklanmamış bilgiler hariç olmak üzere, şirket ile ilgili finansal ve finansal olmayan bilgilerin, zamanında, doğru, eksiksiz, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük maliyetle kolay erişilebilir bir şekilde kamuya duyurulması yaklaşımıdır” şeklinde tanımlanmıştır. TÜSİAD’a göre şeffaflık ise, “mali ve operasyonel performansın, kurumsal yönetim ve hissedarlık yapısıyla ilgili yeterli, doğru ve kıyaslanabilir bilginin zamanlı bir şekilde açıklanması, raporlanması ve tartışılmasıdır”⁵⁸.

Şeffaflık ilkesi ile şirketin mali durumu, performansı ve yönetim yapısı gibi temel konularla, ticari sır niteliğinde olmayan doğru, açık ve yeterli bilginin uygun zamanda kamuya açıklanması sağlanmaya çalışılmaktadır. Böylelikle, şirketin işleyişi hakkında tüm ilgililer bilgi sahibi olmuş olurlar. Bu durum hem pay sahiplerinin hem de yatırımcıların şirkete güven duymalarını sağlar. Şeffaf bir yönetim, şirkete sermaye çekmenin en önemli unsurlarından birini oluşturur. Yatırımcıların, şirketleri gerçek anlamda inceleyebilmesi, gerçek piyasa değerlerini anlayabilmesi, performanslarını karşılaştırabilmesi ve kendisi için en doğru yatırım kararını verebilmesi bu ilkenin hayata geçirilmesi ile elde edilebilir. Bunun gerçekleşebilmesi için de, kamuya açıklanan bilgilerin şirketin mevcut durumunu bir bütün olarak, kapsamlı, anlaşılabilir ve gerçeğe uygun şekilde yansıtması gerekir. Ayrıca açıklanan bilgiye erişiminde ilgililer açısından düşük maliyetli olması gerekir⁵⁹.

Şirket yönetiminde söz sahibi olan ortaklar ile şirket yöneticilerinin, şeffaflık kavramının kurumsal yönetim açısından taşıdığı önemin far-

⁵⁶ DOĞAN, Mustafa: Kurumsal Yönetim, Ankara 2007, s.52.

⁵⁷ DEMİRBAŞ, Mahmut / UYAR, Süleyman: Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi, İstanbul 2006, s.23.

⁵⁸ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

⁵⁹ PASLI: s.74.

kında olmaları, tüm menfaat grupları ile ilişki içinde olarak, onları bilgilendirerek faaliyetlerini sürdüren bir anonim şirketin sağladığı güven ortamı sayesinde değerini artıracaklarını, bu durumun kısa vadede olmasa bile orta ve uzun vadede mutlaka şirketin yararına sonuçlar doğuracağını anlamaları gerekir. Gerekli bilgiye sahip olmayan bir kişinin haklarını ve menfaatlerini savunması mümkün değildir. Menfaat gruplarının birbirleri ile ilişki içinde olabilmeleri, şirket işlerine yönelik bir katılım isteklerinin bulunması, ancak gerekli bilgilere yeterli düzeyde sahip olmaları durumunda söz konusu olabilir⁶⁰.

Yönetim kurulu, içsel bir yönetim aracı olarak şirketin şeffaflık düzeyine karar verebilir. Şeffaflık düzeyi arttıkça şirketin sağlayacağı faydalarla beraber maliyetler de artmaktadır. Daha yüksek şeffaflık, yönetim kurulunun CEO'nun eylemlerini daha iyi denetlemesi ve değerlendirmesini sağlar. Ancak daha şeffaf olmanın maliyeti de vardır. Piyasanın, CEO'nun eylemlerini daha açık bir şekilde gözlemleyebilmesi CEO'nun nitelik ve yeteneklerinin de daha açık bir şekilde görülmesine neden olur. Bu, CEO açısından bir kariyer riskidir. CEO bu risk karşılığında daha yüksek bir ücret talep eder ve bu şirketin maliyetlerini artırıcı bir etki yapar⁶¹.

Şeffaflık, elektronik ortamla birlikte yeni bir anlam ve boyut kazanmıştır. İletişim teknolojisinin faydalarından anonim şirketlerin yararlanması suretiyle, internet üzerinden menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması sağlanmış olacaktır⁶². 6102 sayılı TTK'da şeffaflık, şekli ve maddi aleniyete ilişkin birçok hüküm yanında şirket internet sitelerinin kurulması (m.1524), elektronik ortamda genel kurul ile Türk muhasebe standartlarına göre çıkarılan finansal tablolar ve bunların Türk denetim standartlarına göre denetlenmesi sayesinde gerçekleştirilmiştir.

B. HESAP VEREBİLİRLİK

Hesap verebilirlik, karar alan ve faaliyette bulunan tüm kişilerin, verdikleri kararlar ve yaptıkları faaliyetlerden sorumlu ve hesap verme zorunluluğunda olmalarını ifade eden bir ilkedir. Hesap verebilirlik ilkesi hem sorumluluk hem de şeffaflık ilkesi ile iç içe olmalıdır. Bu ilke, pay ve

⁶⁰ PASLI: s.75-76.

⁶¹ HERMALIN, Benjamin E. / WEISBACH, Michael S.: Transparency and Corporate Governance, NBER Working Paper No: 12875, January 2007, s. 19.

⁶² CAN, Mustafa: ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009, s.71.

menfaat sahiplerinin şirket yönetiminin aldığı kararları ve faaliyetlerini sorgulamasını da sağlar. Ayrıca, alınan kararların doğruluğunu kanıtlama ve sorumluluğunu kabullenme gerekliliğine işaret etmektedir⁶³. Böylece yöneticilerin beklenmedik kararlar alma eğilimlerinin azalması, temsil sorunları içerisinde önemli yer tutan, yöneticilerin kendi çıkarlarını şirket çıkarlarının önünde tutma eğilimlerinin ve pay sahipleri ile yöneticiler arasında yaşanan çıkar çatışmalarının azalması beklenebilir⁶⁴.

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde hesap verebilirlik; “yönetim kurulu üyelerinin esas itibarıyla anonim şirket tüzel kişiliğine ve dolayısıyla pay sahiplerine karşı olan hesap verme zorunluluğunu” ifade eder. TÜSİAD ise hesap verebilirliği; “yönetime ilişkin kural ve sorumlulukların açık bir şekilde tanımlanması, şirket yönetimi ve pay sahipliği çıkarlarının paralellığının yönetim kurulu tarafından gözetilmesi, şirket içindeki birimler arasında rol dağılımları, karar verme yetkileri ve performans sorumluluğu” olarak tanımlamaktadır⁶⁵. Hesap verilebilirliğin artması ile birlikte şirket yöneticilerinin beklenmedik kararlar alma eğilimleri sınırlanacak ve alınan kararlara taraf olanların güvenleri zedelenmeyecektir⁶⁶.

Anonim şirketin yönetiminde bulunan kişiler ile şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerinin her zaman aynı doğrultuda olmaması, bu ilkenin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Yöneticilerin görev ve sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi, pay sahipleri ile olan ilişkilerinin belirli kurallara bağlanması ve bu sisteminde objektif olarak sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekir. Çünkü yöneticilerin başarı düzeyleri, şirketin verimliliği ve performansının belirleyicisi durumundadır. Yöneticilerin aldıkları kararlarda bağımsız olmaları, şirketin gerçek değerine ulaşması ve belirli grupların menfaatleri doğrultusunda işlem yapmalarının önlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Şirketin karar alma mekanizması içerisinde yer alan kişilerin, aldıkları kararlardan dolayı sorumlu olmaları ve hesap verme zorunluluğu altında olmaları gerekir. Bu bakımdan, anonim şirket yöneticilerinin bağımsızlığının beklenen faydayı verebilmesi, etkin bir sorumluluk sistemi içerisinde faaliyette bulunmalarına,

⁶³ DEMİRBAŞ / UYAR: s.23.

⁶⁴ DOĞAN: s.54.

⁶⁵ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

⁶⁶ TUZCU: s.24.

her türlü işlemlerinden dolayı hesap vermelerinin gerekmesine bağlıdır⁶⁷.

Hesap verebilirlik, şirket içinde görev ve yetki dağılımının sağlıklı yapılmasını, kimin kime karşı sorumlu bulunduğu belirlenmesini ve ortaklığın zararına yol açan işlem ve eylemlerin yaptırımının şirketin iç işleyişinde yaptırma bağlanmasını gerektirmektedir. Yönetim teşkilatının örgütlenmesi, farklı yetki mekanizmalarının oluşturulması durumunda, dikey ve yatay yetki dağılımının rasyonelleştirilmesi, hesap verebilirliğin zorunlu sonucudur⁶⁸.

Anonim şirket işletme örgütü içerisinde bulunan CEO'ların, ister yönetim kurulu üyesi olsunlar ister olmasınlar, hesap verebilirlik ilkesi içerisinde dâhil edilmeleri gerekmektedir. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin bu kişiler üzerindeki gözetim yükümleri de bu ilkenin kapsamı içerisinde. Bu yüzden de bu hallerde, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine ve şirkete karşı olan hesap verme sorumlulukları, sona ermez sadece şekil değiştirir⁶⁹. CEO'ların görev ve sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi, pay sahipleri ile olan ilişkilerinin belirli kural ve önceliklere bağlanması ve bununla birlikte bu sisteminde de sıkı şekilde denetlenmesi bu ilke doğrultusunda faydalı olacaktır.

6102 sayılı TTK.'da hesap verebilirlik, yeni muhasebe ve denetleme düzeni ile bağlılık raporlarının düzenlenmesi, açıklama ve bildirim yükümlülükleri öngörülmesi ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerle sağlanmıştır.

C. SORUMLULUK

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde sorumluluk; "şirket yönetiminin anonim şirket adına yaptığı tüm faaliyetlerinin mevzuata, esas sözleşmeye ve şirket içi düzenlemelere uygunluğunu ve bunun denetlenmesini" ifade eder. TÜSİAD.'a göre sorumluluk ise, "şirket faaliyeti ve davranışlarının ilgili mevzuata, toplumsal ve etik değerlere uygunluğunun sağlanması, yöneticilerin hissedarlar için değer yaratmak amacıyla çalışmalarını ve bu doğrultuda ödüllendirilmeleri ya da cezalandırılmalarıdır"⁷⁰.

⁶⁷ PASLI: s.76.

⁶⁸ Kurumsal Yönetim İlkeleri Bağlamında Genel Kurulun ve Yönetim Kurulunun Karşılıklı Konumu, TKYD. ve Deloitte Ortak Yayını, No:7, İstanbul 2008, s.15.

⁶⁹ PASLI: s.77-78.

⁷⁰ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

Sorumluluk ilkesi, doğruları teşvik eden, yanlışları cezalandıran bir kontrol mekanizmasıdır. Yönetimin esas sorumluluğu, şirkete doğru hedefler koymak ve bunları uygulamaktır. Bu ilke, şirketin kanunlara ve toplumsal değerleri yansıtan düzenlemelere uygunluğunu güvence altına almaktadır. Şirketle ilgili olarak alınan kararlar ve gerçekleştirilen uygulamalar hakkında şeffaf olunması, bu uygulamalar hakkında kamunun aydınlatılması kadar yapılanların sorumluluğunun da üstlenilmesi gerekir. Yaptıkları dolayısıyla sorumlu tutulmayan bir şirket yönetiminin, pay sahipleri ve menfaat gruplarının beklentisini dengeleyecek bir şekilde davranması beklenemez⁷¹.

Sorumluluk ilkesi, genel anlamda anonim ortaklık tüzel kişiliğinin ve bu bağlamda şirket yöneticilerinin, anonim şirketin dışında kalan ancak şirket işleyişinden etkilenen tüm ilgililerin, diğer bir ifade ile pay sahipleri dışındaki ilgililerin de (*stakeholders*) menfaatlerini karar alma sürecinde göz önüne almalarını, onlara da bazı haklar tanınmasını, bu menfaat grupları ile sıkı bir işbirliği içine girilmesini ifade eder. Buradaki amaç, toplum içindeki sosyal değerleri yansıtan kanun ve diğer tüm düzenlemelere uygun bir şekilde şirketin faaliyetlerini yerine getirmesini sağlamak, ilgili gruplarla olan ilişkilerde yasal mevzuatla sınırlı kalmaksızın anonim şirketin ekonomik, sosyal ve politik tüm fonksiyonlarını göz önüne alan bir yönetim anlayışının sağlanmasıdır⁷².

Sorumluluk, anonim şirketin sadece herhangi bir şekilde ilişki içinde olduğu ilgili gruplara yönelik değildir. Aynı zamanda bu kavram, anonim şirketin sosyal rolünü de ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda kabul edilen durum, anonim şirketin eğitim, insan hakları, çevre kirliliğinin önlenmesi gibi daha geniş bir alana yayılan sosyal sorumlulukları bulunan bir kurum olduğudur. Böylelikle geleneksel pay sahibi anlayışı terk edilmekte, pay sahiplerinin menfaatleri ile sosyal sorumlulukları arasındaki denge, anonim şirketin toplum içi meşruiyetinin anahtarı olarak ele alınmaktadır⁷³.

6102 sayılı TTK.'da sorumluluk, farklılaştırılmış teselsül uygulaması ile kurumsal yönetime gönderme yapan modern sorumluluk anlayışını işaret etmektedir.

⁷¹ TUZCU: s.25.

⁷² PASLI: s.78.

⁷³ PASLI: s.79.

D. ADİL YÖNETİM

Bu ilke, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerinin kanunla veya esas sözleşme ile elde ettikleri hakların gerektiği gibi ve yeterli bir şekilde korunmasını, menfaat grupları arasındaki çıkar çatışmalarının engellenmesini ve şirketin işleyişi ile ilgili olan faaliyetlerde dürüstlük kurallarına aykırı hiçbir ayırım yapılmayacağını ifade eder. Bu durum, pay sahiplerinin şirkete karşı kendilerini güven içerisinde hissetmelerini sağlamakla birlikte, şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin haksız ve yolsuz işlemleri ile zarara uğramayacakları hakkında yeterli bir güvence oluşturur⁷⁴.

Şirket yöneticileri faaliyetlerini yerine getirirken alınan kararlardan etkilenen tüm kesimlere eşit mesafede olmalıdır. Bu adil yönetim anlayışına sahip olunmasının bir gereğidir. Başka bir deyişle, yönetimin faaliyetleri ile ilgili olarak, konu ile ilgili tüm taraflara açıklanabilecek nitelikteki bilginin, bu bilgiyi kullanacak pay ve menfaat sahiplerine eş zamanlı ve eşit bir şekilde ulaştırılması adil bir yönetimin koşuludur⁷⁵.

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde adil yönetim, şirket yönetiminin tüm faaliyetlerinde, pay ve menfaat sahiplerine eşit davranmasını ve olası çıkar çatışmalarının önüne geçilmesini ifade eder. TÜSİAD.'a göre adil yönetim ise, azınlık ve yabancı pay sahipleri dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerinin haklarının korunması ve çıkarlarının eşit gözetilmesidir⁷⁶. Adil yönetim, 6102 sayılı TTK.'da farklılaştırılmış teselsül ve eşit işlem ilkeleri ile somutlaştırılmıştır.

V. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİNİN UYGULAMAYA YANSIMASI

Kurumsal yönetim her şeyden önce kontrol etme ve karar alma gücüyle ilgilidir. Ülkelerin kültürel ve tarihsel yapıları, siyasi koşulları farklı olduğundan kurumsal yönetim sistemleri de farklıdır. Kurumsal yönetim sistemlerindeki bu farklılıklar, küresel piyasalarda ülkelere rekabet avantajı da sağlayabilmektedir. Ancak, herhangi bir sistemin diğerine mutlak

⁷⁴ PASLI: s.72-73.

⁷⁵ TUZCU: s.25; DEMİRBAŞ / UYAR: s.24.

⁷⁶ Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

üstünlüğü söz konusu olmamakta, avantajlar bulunulan ortama bağlı olarak değişmektedir⁷⁷. Tüm ülkeler için geçerli olan tek tip bir kurumsal yönetim modeli bulunmamakla birlikte, küreselleşen piyasalar, borsaların oluşturdukları kurallar, satın alma ve devralmalar ile şirket değerlemeleri kurumsal yönetim anlayışlarında büyük ölçüde yakınlaşma oluşturmaktadır⁷⁸.

Kurumsal yönetim, ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde daha sonra da İngiltere'de ortaya çıkmış; özellikle 1990'lı yıllarda kıta Avrupa'sında ve tüm dünyada, hukuk, ekonomi ve bunların alt disiplin dallarında yoğun bir şekilde gündeme gelen hem teorik olarak hem de uygulama açısından önemli bir araştırma konusu haline gelmiş bir kavramdır⁷⁹. Anonim şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin, ortaklığın kötü performansına rağmen kendi maddi tatminlerini ön plana alan yönetim anlayışları karşısında, kurumsal yatırımcılar, anonim ortaklık yönetimine ve bu bağlamda kurumsal yönetim kavramına daha büyük bir önem vermeye başlamışlardır. Anonim şirket yapısı içerisinde bu tür suiistimallerin özellikle 1980'li yıllarda artmasıyla beraber, bu duruma bir tepki olarak 1990'ların başından itibaren önemli kurumsal yatırım kuruluşlarının başını çektiği bir kurumsal yönetim ilkeleri hazırlama süreci başlamıştır⁸⁰.

A. İNGİLTERE'DE

Kurumsal yönetimde uygulanması gereken ilkelere ilişkin yapılan ilk çalışmalar, 1991 yılının Mayıs ayında İngiliz ekonomist Sir Adrian Cadbury başkanlığında, Londra Menkul Kıymetler Borsası ve Finansal Raporlama Konseyi tarafından oluşturulan kurul tarafından yapılmaya başlanmıştır. Bu komitenin kuruluş amacı, Coloroll ve Poly Peck gibi şirketlerde yaşanan ani iflaslar ile borsada işlem gören şirketlere karşı yatırımcılar tarafından duyulan güven bunalımıdır. Komite çalışmalarına devam ederken yaşanan iki büyük şirket (Bank of Credit and Commerce International (BCCI) ve Maxwell Group) skandalı da komitenin çalışmalarının önemini ve aciliyetini artırmıştır.

Bugünkü anlamda kurumsal yönetim kavramı ilk olarak, İngiltere'de Sir Adrian Cadbury başkanlığındaki bu komite tarafından hazırlanan ve

⁷⁷ ÖZSOY: s.11.

⁷⁸ DARMAN, Güler Manisalı: Küresel Ekonomilerde Kurumsal Yönetim Anlayışı ve Türkiye, Ankara 2008, s.11-12.

⁷⁹ PULAŞLI: s.1.

⁸⁰ PASLI: s.18-20.

kısaca "Cadbury Raporu" olarak da adlandırılan 1992 tarihli raporda (The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance) ele alınmıştır. Bu raporun yayınlanması ile kurumsal yönetim alanında, ekonomik açıdan gelişmiş devletlerde uluslararası bir tartışma dönemini başlatmış ve bu konudaki çalışmalar büyük bir ivme kazanmıştır. Başka bir deyişle, kurumsal yönetimin Cadbury Raporu ile dünya gündemine çıktığı söylenebilir.

İngiltere'de "kurumsal yönetimin mali görünümü" konusunu görüşmek üzere toplanan komitenin hazırladığı Cadbury raporu, içerdiği kurallar ve anonim şirket yönetimine getirdiği bakış açısı ile "kurumsal yönetim" alanında bir dönüm noktası niteliğindedir. Ayrıca hem İngiltere'de daha sonra yayınlanan "Greenbury" ve "Hampel" raporlarının, diğer ülkelerin ulusal raporlarının hem de uluslararası örgütler nezdinde hazırlanan raporların öncüsü niteliğindedir⁸¹.

Cadbury raporunda üzerinde durulan önemli konular kısaca şu şekildedir: Yönetim kurulu başkanının kurumsal yönetim uygulamalarının güvencesi olduğu ve görevlerinin doğası gereği yönetim kurulu başkanlığı ile CEO sıfatlarının aynı kişide birleşmemesi gerektiği, aksi takdirde şirket içinde güç dengesinin bozulacağı ve elde edilen gücün dengelenmesinin zor olacağı belirtilmiştir. Bu ayırım yapılamadığı takdirde, yönetim kurulunun güçlü bir bağımsız üyelik yapısına sahip olması gerektiği vurgulanmıştır⁸².

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetimin standartlarının belirlenmesi ve korunması açısından önemli bir ölçüt olduğu, bu üyelerin şirketin stratejisinin, performansının, kaynaklarının kullanımının ve yönetim standartlarının doğru değerlendirilmesi üzerindeki etkisine değinilmiştir. Ayrıca en az üç bağımsız üyenin yönetim kurulunda yer alması gerektiği de belirtilmiştir⁸³. Bağımsız yöneticilerin ücretlerinin belirlenmesinde de onların bağımsızlıklarını zedelemeyecek şekilde yap-

⁸¹ PASLI: s.21, dn.41.

⁸² The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.9

⁸³ The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.10-4.11.

tıkları katkılarda dikkate alınarak orta yolun bulunması gerektiği vurgulanmıştır⁸⁴. Yönetim kurulu içerisinde çoğunluğu bağımsız en az üç üyeden oluşan bir denetim komitesi oluşturulması ve bağımsız denetçinin de, şirketin finans yöneticisi ile birlikte komitenin toplantılarına katılması da öngörülmüştür⁸⁵.

Sir Richard Greenbury başkanlığındaki “Yöneticilere Yapılan Ödemeler Çalışma Grubu” (*The Study Group of Directors’ Remuneration*), şirket yöneticilerine ödenen maaş ve sağlanan diğer menfaatler konusunda düzenlemeler yapmak amacıyla kurulmuştur. Komitenin yaptığı “Directors’ Remuneration” başlığını taşıyan çalışma, Temmuz 1995’te bir rapor şeklinde sunulmuştur. Bu raporda, yönetim kuruluna yapılan ödemelerde daha fazla şeffaflığı teşvik etmek ve halka açık şirketlere üst düzey yöneticilerinin kazançları ile ilgili detaylı açıklama zorunluluğu getirilmektedir. Raporun temel amacı; her yıl şirketin üst düzey yöneticilerinin ücretlendirme politikasını tam olarak raporlamak üzere bağımsız yönetim kurulu üyelerince oluşturulan ücret komitesinin kurulması ve yönetim kurulu üyelerinin kazançlarının belirlenmesi için performans ölçütlerinin oluşturulması şeklinde özetlenebilir.

İngiltere’de 1995 yılının Kasım ayında kurumsal yönetim komitesi oluşturulmuştur. Bu komite Cadbury ve Greenbury komitelerinin hazırladıkları raporların bulgu ve sonuçlarını çalışmalarına esas almış ve uygulamada ortaya çıkan sorunları da göz önüne alarak daha güncel bir rapor hazırlamıştır. Sir Ronald Hampel’in başkanlığında hazırlanan ve Hampel raporu olarak bilinen rapor Ocak 1998’de “*Committee on Corporate Governance - Final Report*” adıyla yayınlanmıştır. Bu rapor, Cadbury Raporu’ndan sonraki süreçte ortaya çıkan değişiklikler ışığında, pay sahiplerinin hakları, genel kurul toplantılarının düzenlenmesi ve kurumsal yatırımcıların şirket yönetimi ile ilişkileri konularında ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.

Bu düzenlemelerden sonra İngiltere’de kurumsal yönetime ilişkin olarak yapılan temel düzenlemelerden bazıları; “Turnbull Report 1999”, “Smith Report 2003”, “Higgs Report 2003”, “The Combined Code on Corporate Governance 2000”, “The UK Corporate Governance Code 2010” (en son Eylül 2012’de güncellendi).

⁸⁴ The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.13.

⁸⁵ The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.35b-c.

B.OECD'DE

1990'lı yıllarda Güneydoğu Asya'da gelişmekte olan piyasalarda ortaya çıkan yüksek büyüme hızları, 1997 yılında kriz ortamının oluşmasıyla duraklamaya ve tersine sermaye akışına dönüşmeye başlamış ve anılan ülkelerin ekonomileri ciddi zarara uğramıştır. Güneydoğu Asya'da yaşanan krizde, şirketlerin ellerindeki kaynakları verimsiz bir şekilde kullanmaları ve bunun yatırımcılar tarafından izlenememesi krizin boyutlarını büyütürken, gelişmekte olan piyasalarda yatırımcıların korumasız kalmaları ve zayıf kurumsal yönetim uygulamaları gündeme gelmiştir.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) 1998 yılında kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin öneriler geliştirmek üzere 29 üye ülkenin temsilcileri ile Avrupa Birliği Komisyonu, Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF), Uluslararası Ödemeler Bankası (Bank for International Settlement-BIS) ve Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu (International Organization of Securities Commissions) temsilcilerinden oluşan bir çalışma grubu oluşturmuştur⁸⁶. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından hazırlanıp 1999 yılında yayınlanan ve 2004 yılında revize edilen OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, bu alanda önemli bir kilometre taşı olmuştur. Bu ilkelerin hazırlanıp yayınlanmasında 1997-1998 dönemindeki Asya krizi önemli rol oynamıştır.

OECD kurumsal yönetim ilkeleri, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilkeler beş başlık halinde düzenlenmiştir. Bunlar; pay sahiplerinin hakları, pay sahiplerinin eşit işlem görmesi, kurumsal yönetimde menfaat sahiplerinin rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile yönetim kurulunun sorumluluklarıdır. İkinci bölümde ise, birinci bölümde belirtilen ilkeler üzerine açıklayıcı notlar yer almaktadır. Bu notlar, kurumsal yönetim ilkelerini daha işlevsel hale getirmek için yararlı olabilecek hakim eğilimlere ilişkin açıklamaları, seçenekleri ve örnekleri içermektedir⁸⁷.

OECD kurumsal yönetim ilkeleri, bağlayıcı olmamakla birlikte hükümet ve şirketlerin kendi yönetim anlayışlarını gözden geçirmeleri ve belirlenen standartları hayata geçirmeleri konusunda önemli bir rehber olmuştur. Değişen koşullar ve kurumsal yönetim kavramındaki sürekli gelişmeler, çalışmanın yenilenmesini gerekli kılmış ve yapılan çalışmalar 2004 yılında yayınlanmıştır. Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. 1999 yılındaki kurumsal yönetim ilkelerinden farklı olarak ilkeler beş yerine

⁸⁶ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 1999, s.10.

⁸⁷ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 1999, s.13.

altı başlık halinde düzenlenmiştir. Yeni olan başlık “Etkin Kurumsal Yönetim Yapısının Temelinin Sağlanması”dır. Pay sahiplerinin hakları başlığı da “Pay sahiplerinin Hakları ve Temel Sahiplik İşlevleri” şeklinde genişletilerek düzenlenmiştir⁸⁸.

OECD tarafından açıklanan bu kurumsal yönetim ilkelerini kısaca özetlemek gerekirse;

Etkin kurumsal yönetim yapısının temelinin sağlanması için, kurumsal yönetim yapısı, şeffaf ve etkin piyasaları teşvik etmeli; bu durum kanunlarla tutarlılık arz etmeli ve farklı denetleme, düzenleme ve yürütme makamları arasında sorumluluk dağılımı açıkça yapılmalıdır. Bu makamlar, profesyonel ve objektif bir şekilde görevlerini yerine getirebilmelerini sağlayacak yetki ve kaynaklara sahip olmalı, aynı zamanda getirdikleri kurallar, şeffaf ve tamamen açıklanmış olmalıdır⁸⁹.

Pay sahipliği hakları ve temel mülkiyet işlevlerinin sağlanabilmesi için, kurumsal yönetim yapısı, pay sahiplerinin haklarını korumalı ve bu hakların kullanılabilmesini kolaylaştırmalıdır. Temel pay sahipliği hakları; payların devredilmesini, zamanında ve düzenli olarak şirket hakkında açıklayıcı bilgi elde edilmesini, genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanılmasını, yönetim kurulu üyelerini seçme ve azletme ve şirketin kârından pay alma haklarını kapsamalıdır. Pay sahipleri; kuruluş sözleşmesinde veya esas sözleşmede yapılan değişiklikler, yeni pay senedi çıkarma ve olağanüstü işlemler gibi, şirketle ilgili köklü değişiklikleri ilgilendiren kararlara katılma ve bu kararlar hakkında yeterince bilgilendirilme hakkına sahip olmalıdır⁹⁰.

Pay sahiplerine eşit işlemde bulunulması için, kurumsal yönetim yapısı, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil, bütün pay sahipleri bakımından eşit işleme tâbi tutulmanın güvence altına alması gerekir. Bu hakların ihlâl edilmesi halinde, pay sahipleri tazminat elde etme fırsatına sahip olmalıdır. Aynı türdeki paylara sahip pay sahiplerine eşit işlemde bulunulmalı ve içeriden öğrenenlerin ticareti (*insider trading*) ve usulsüz kişisel işlemler yasaklanmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin ve icra yetkisi

⁸⁸ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.14.

⁸⁹ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.29-31.

⁹⁰ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.32-38.

olan yöneticilerin, şirketi etkileyen işlem ve konularla ilgili doğrudan, dolaylı veya üçüncü kişiler adına maddi çıkar konusu olabilecek her türlü bağlantılarını da yönetim kuruluna açıklamaları gerekmektedir⁹¹.

Menfaat sahiplerinin hakları bakımından, kurumsal yönetim yapısı, bu hakları kanunlarda veya sözleşmelerde belirtildiği şekilde tanımalı, refah ortamı ve yeni iş alanları yaratmada şirketler ile menfaat sahipleri arasında etkin işbirliği sağlamalıdır. Menfaat sahipleri, haklarının ihlali dolayısıyla tazminat elde etme imkânına sahip olmalıdır. Çalışanların katılımı açısından performans geliştirici mekanizmaların oluşturulmasına izin verilmelidir. Menfaat sahipleri, kurumsal yönetim sürecine katıldıkları durumlarda, zamanında ve düzenli olarak konuyla ilgili, yeterli ve güvenilir bilgilere erişebilmelidir. Çalışanlar ve onların temsilcileri de dâhil olmak üzere menfaat sahipleri, kanunlara aykırı ve etik olmayan uygulamalar hakkındaki kaygılarını yönetim kuruluna serbestçe iletebilmeli ve bu şekilde hareket etmeleri dolayısıyla hakları tehlikeye girmemelidir⁹².

Kamunun aydınlatılması ve şeffaflığın sağlanabilmesi için, kurumsal yönetim yapısı, şirketin mali durum performansı ve yönetimi de dâhil olmak üzere şirketle ilgili bütün esaslı konularda doğru ve zamanında açıklama yapılmasını sağlamalıdır. Açıklamaların genel itibariyle şu bilgileri içermesi gerekir: Şirketin mali durumu ve faaliyet sonuçları, kâr-zarar hesabı, şirket hedefleri, büyük pay sahipleri ve oy hakları, yönetim kurulu üyeleri ve CEO'larla ilgili ücret politikası ve bu kişilerin nitelikleri, seçim süreci, diğer şirketlerdeki üyelikleri ve bağımsız olarak görülüp görülmedikleri de dâhil yönetim kurulu üyeleri hakkındaki bilgiler, öngörülebilir risk faktörleri, çalışanlar ve diğer menfaat sahipleri ile ilgili konular, kurumsal yönetim yapısı ve politikaları. Bu bilgiler, muhasebe ve denetim standartlarına uygun olarak hazırlanmalı ve açıklanmalıdır. Dış denetçiler, pay sahiplerine karşı sorumlu olmalı ve denetimin gerçekleştirilmesinde gerekli özeni göstermek açısından şirkete karşı yükümlü olmalıdır. Bilgi yayma kanalları, ilgili bilgiye, kullanıcılar tarafından adil bir biçimde, zamanında ve düşük maliyetle erişilmesini sağlamalıdır⁹³.

Yönetim kurulunun sorumlulukları bakımından, kurumsal yönetim yapısı, şirketin stratejisini belirleme, yönetimin etkin denetimi ile şirkete ve pay sahiplerine karşı hesap verme yükümlülüğünü sağlamalıdır. Yöne-

⁹¹ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.40-45.

⁹² OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.46-48

⁹³ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.49-56.

tim kurulu üyeleri, tam bilgilenmiş olarak, gerekli özeni göstererek, şirketin ve pay sahiplerinin çıkarları doğrultusunda hareket etmelidir. Yönetim kurulu kararlarının farklı pay gruplarını farklı şekilde etkilediği durumlarda, yönetim kurulu bütün pay sahiplerine adil davranmalıdır. Yönetim kurulu bazı temel işlevleri yerine getirmelidir: Bunlar; şirket stratejisini, risk politikalarını, yıllık bütçeyi ve is planlarını yönlendirmek ve gözden geçirmek; performans hedeflerini saptamak; uygulamaları ve şirket performansını denetlemek ve büyük sermaye harcamalarını, devralmaları ve malvarlığı satışlarını yönetmek; şirket kurumsal yönetim uygulamalarının etkinliğini kontrol etmek ve gerektiğinde değişiklikler yapmak; icra yetkisine sahip yöneticileri seçmek, ücretlerini belirlemek, denetlemek, gerektiğinde değiştirmek ve yönetimin sorunsuz şekilde el değiştirmesini sağlamak; CEO, yönetim kurulu üyeleri ve pay sahiplerinin olası çıkar çatışmalarını kontrol ve idare etmek; bağımsız denetim dâhil olmak üzere şirketin muhasebe ve mali raporlama sistemlerinin güvenilirliğini sağlamak; kamuyu aydınlatma ve iletişim süreçlerine nezaret etmektir. Yönetim kurulu, şirket işlerinde objektif bağımsız karar verebilme yeteneğine sahip olmalı ve sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için, yönetim kurulu üyeleri gerçeğe uygun, konuyla ilgili ve geçerli bilgiye ulaşabilme olanağına sahip olmalıdır⁹⁴.

Bu gelişme ile birlikte başlayan tartışmalar sonucunda kurumsal yönetim konusunda uluslararası alanda kod (code), kodex (codex), rehber (guidelines) gibi çeşitli adlar altında ilkeler ve prensipler oluşturulmuştur. Kurumsal yönetim düzenlemelerinin iş hayatının gerçeklerine ve piyasalardaki gelişmelere bağlı olarak gözden geçirilip yeniden düzenlenebilir bir yapıya sahip olması, ülkelerde mevcut kurumsal yönetim ilkelelerinin periyodik olarak revize edilmesine olanak tanımıştır.

C.AMERİKA BİRLEŞİK DEVLERİ'NDE

Muhasebe ve yönetim skandallarında domino etkisinin başlangıç noktasını, Enron'un iflası oluşturmuştur. ABD'nin en büyük enerji üretim ve dağıtım şirketi olan Enron'un 02.12.2001 tarihinde iflas etmesi, ABD ekonomisinin yanında dünya genelinde de büyük bir deprem etkisi yaratmıştır. Enron olayını karmaşık hale getiren, pek çok yanlış uygulamanın aynı anda bir araya gelmiş olmasıdır. Bu olayın bileşenlerini dört ana grupta toplamak mümkündür. Bunlar; yanlış yönetsel kararlar, mesleki

⁹⁴ OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.58-66.

bilgi eksikliği, muhasebe ve denetim standartlarındaki boşluklar ve yanlış muhasebe uygulamalarıdır⁹⁵. Bu iflası, Worldcom, Global Crossing, Tyco, Adelphia gibi büyük şirketlerin iflası izlemiştir.

Skandalların ortaya çıktığı bu dönemde şirketlerin CEO'ları, şirket hisse senedi fiyatlarının gerçek değerlerinin çok üzerinde olacak şekilde yükseltilmesini, başka bir deyişle suni hisse senedi fiyat artışlarını teşvik etmişlerdir. Oysa şirketler, bu yüksek hisse senedi değerine karşılık gelen yüksek bir performans gösterememişlerdir. 2000'li yıllarda yaşanan skandallar bir taraftan şirket yöneticilerinin piyasalara göndermiş oldukları yanlış sinyallerin, diğer taraftan yeni olan ileri teknoloji, iletişim, internet gibi sektörlerde faaliyet gösteren firmaların hisse senetlerine yatırımcıların fazlaca değer kazandırmalarının ve çeşitli menfaat çatışmalarının sonucu olmuştur. Nitekim Enron olayında, şirketin gerçek değeri 30 milyar \$ olmasına karşın piyasa değeri 70 milyar \$'a çıkmıştır. Aradaki 40 milyar \$'lık farkı karşılayacak bir yatırım ya da şirket değerini artıracak bir gelişme olmadığından, şirket kısa sürede düşüş yaşayarak batmıştır⁹⁶.

Ocak 2002'de ABD Senatosu, Senato Araştırma Komitesi'nin Enron olayını derinlemesine inceleyeceğini açıklamış ve komite raporunda; Enron'un iflasında, yöneticilerin yüksek riskli ve menfaat çatışmaları içeren işlemlere giriştiği, bazı işlemlerin mali tablolara yansıtılmadığı ve kamuya açıklanmadığı, yönetim kurulu üyelerinin bağımsız olmadığı; ayrıca yöneticilere çok yüksek mali haklar sağlandığı tespitlerine ulaşmıştır⁹⁷. Raporda ayrıca, şirket yönetim kurulunun toplantılardan önce toplantı gündemini tamamen şirket yönetimi ile yaptığı görüşmeler doğrultusunda şekillendirdiği, komite toplantılarda Enron yönetiminin şirkete ilişkin gelişmeler hakkında sunumlar yaptığı, komite üyelerinin bunun dışında çalışmalar yapmadıkları, yönetim kurulunun, adeta Enron yönetiminin sunumlarından ibaret olan komite toplantıları dışında gerek kendi

⁹⁵ SARIOĞLU, Kerem: Enron Olayı (Vak'a), Yönetim Dergisi, Ocak 2002, S:41, s.50.

⁹⁶ JENSEN, Michael C. / MURPHY, Kevin J. / WRUCK, Eric G.: Remuneration: Where We've Been, How We Got To Here, What Are The Problems, and How To Fix Them, ECGI Finance Working Paper, No.44/2004, July 2004, s.44-46.

⁹⁷ The Role of The Board of Directors in Enron's Collapse, Report Prepared by the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate, Washington 2002, s.3.

içinde gerek çalıştıkları bağımsız denetim şirketi olan Arthur Anderson ile iletişim içinde olmadığı tespit edilmiştir⁹⁸.

Enron olayında şirket işleyişinin CEO güdümlü bir hâl aldığı görülmektedir. Yönetim kurulu tamamen CEO'nun yönlendirmesi ile hareket eden, gözetim görevini yerine getirmeyen, yönetimin önüne sunduğu iş ve kararları onaylayan etkisiz bir mekanizma olmaktan öte gidememiş, yöneticiler de tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda şirket pay sahipleri aleyhine hareket ederek şirketin sonunu hazırlamışlardır.

Bu noktaya gelinmesinde şirket yöneticilerinin, büyük ölçüde maaş, prim veya hisse senedi opsiyonları yoluyla kendi servetlerini artırmak için kanun dışı veya ahlaka aykırı davranışlarda bulunmaları ile halka açık anonim şirketleri yatırımcılar adına denetlemekle veya izlemekle yükümlü olan bağımsız denetim şirketlerinin görevlerini yapmamış olması ve bu durum karşısında sistemde düzenleyici otorite olarak yer alan kamu kurumlarının çaresiz kalması büyük rol oynamıştır⁹⁹.

Dünya genelindeki büyük şirketlerin iflasları, pay sahiplerinin milyonlarca dolarlık yatırımının yok olmasına, binlerce kişinin işsiz kalmasına ve yüzlerce yönetici hakkında yasal işlem yapılmasına yol açmıştır. Bu durum, şirketlere, yöneticilere, muhasebe ilke ve kuralları ile denetim uzmanlarına gösterilen toplumsal güveni derinden sarsmıştır. Bu nedenle tüm ülkelerde yapılan kurumsal yönetime ilişkin bütün düzenlemelerin ortak amacı kamu güveninin yeniden kazanılmasını sağlamaktır¹⁰⁰.

25 Temmuz 2002 tarihli ve H.R. 3763 sayılı Sarbanes Oxley Kanunu¹⁰¹ ABD sermaye piyasalarının sarsıntılı olduğu böyle bir dönemde hazırlanmıştır. Bu Kanun, ABD muhasebe uygulamalarını ve halka açık anonim ortaklıkların bağımsız dış denetim düzenini önemli biçimde değiştirmek amacıyla çıkarılmıştır. Kanun'un getirdiği en radikal değişikliklerden bazılarını şu şekilde sayabiliriz: Halka Açık Şirketler Muhasebe Gö-

⁹⁸ The Role of The Board of Directors in Enron's Collapse, Report Prepared by the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate, Washington 2002, s.9-11.

⁹⁹ AKYÜZ, Abdullah: Enron Skandalı ve Sermaye Piyasaları, İktisat, İşletme ve Finans, Mart 2002, C.17, S.192, s. 7-13.

¹⁰⁰ AYSAN, Mustafa: Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007, s.74.

¹⁰¹ Kanunun orijinal metni için bkz. (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, H.R. 3763) www.govtrack.us/congress/bill?bill=h107-3763

zetim Kurulu'nun (Public Company Accounting Oversight Board) kurulması düzenlenmiş, şirket içindeki menfaat grupları yeniden tanımlanmış ve yaratılan katma değerlerin menfaat grupları arasında dengeli bir şekilde dağıtılması görevi yönetim kuruluna bırakılmıştır. Hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerin konsolidasyon dışı özel amaçlı şirket kurmalarını ve danışmanlık hizmeti veren şirketlerin aynı zamanda denetim yapmalarını yasaklamış, yönetim kurulunun güçlendirilmesi, bağımsızlığının artırılması ve CEO'nun yetkilerinin bir kısmının yönetim kuruluna devredilmesi gerektiği belirtilmiş, yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin şirketten alacakları mali haklar ile yöneticilere verilecek hisse senedi satın alma opsiyonlarına kısıtlama getirilmiştir. Hisse Senetleri ve Borsalar Komisyonu'na (Securities and Exchange Commission), bağımsız denetçilerin denetimi işleminin yönetilmesi görevi verilmiştir. Hisse senetleri borsalara kote edilmiş şirketlerin tamamen bağımsız birer denetim komitesine (audit committee) sahip olmaları gerektiği belirtilmiş ve yeni suçlar oluşturularak, cezai yaptırımlarda artışlar sağlanmıştır.

Sarbanes Oxley Kanunu dışında ABD' de kurumsal yönetim alanında yapılan temel düzenlemelerden bazıları; Treadway Raporu, Halka Açık Şirketler Gözetim Kurulu Raporu (*The Public Oversight Board - POB*) ve Blue Ribbon Komitesi Önerileri'dir. Bu düzenlemelerden kısaca bahsetmek gerekirse;

1987 yılında, Amerikan Sertifikalı Kamu Muhasebecileri Enstitüsü (*The American Institute of Certified Public Accountants - AICPA*), Amerikan Muhasebeciler Birliği (*The American Accounting Association - AAA*), Finansal Yöneticiler Enstitüsü (*The Financial Executives Institute - FEI*), İç Denetçiler Enstitüsü (*The Institute of Internal Auditors - IIA*) ve Ulusal Muhasebeciler Birliği'nin (*The National Association of Accountants - NAA*) bir araya gelmesiyle bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon'a James C. Treadway'in başkanlık etmesi nedeniyle, oluşturulan rapor "Treadway Komisyonu ve Raporu" olarak da anılmaktadır. Komisyon, raporunda finansal tablolarda oluşturulan hilelerin azaltılması ve güvenilir bir raporlama sisteminin oluşturulması amacıyla bazı önerilerde bulunmuştur¹⁰².

Halka Açık Şirketler Gözetim Kurulu da 1993 yılında "In The Public Interest - A Special Report" ve 1995 yılında "Directors, Management and Auditors - Allies in Protecting Shareholder Interests" adı altında raporlar

¹⁰² BEAN, James, W. Jr.:The Audit Committee Roadmap, Journal of Accountancy, January 1999, s.4.

yayınlamıştır. Kurumsal yönetim içerisinde yönetim kurulu ve denetçilerin görev sorumlulukları belirtilmiş olsa da, her iki raporda da üzerinde durulan temel konu, denetim komitesinin görev ve yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi olmuştur. Bu raporlara göre denetim komitesi; finansal raporlama ve denetim sürecini denetçilerle birlikte gözetleyecek, şirketin uyguladığı muhasebe politikalarının değerlendirecek, finansal tabloların yıllara göre karşılaştırılabilirliğini, kamuya sunulan bilgilerin güvenilirliğini inceleyecek, yönetim ve denetçiler arasındaki iletişim ağlarının kurulmasını ve denetçilerin istedikleri bilgilere kolay ulaşabilmelerini sağlamakla görevlendirilmiştir¹⁰³.

Sarbanes-Oxley Kanunu'nun temelini kurumsal yönetim ilkeleri oluşturmuştur. Bu sayede, kurumsal yönetim ilkelerinin zorlayıcılığı kanun ile sağlanan kurallar haline getirilmiş, devletin, kurumsal yönetim ilkelelerinin oluşturulması ve uygulanmasındaki rolü artmıştır¹⁰⁴. Türkiye'de ise Sarbanes-Oxley Kanunu'nun bağımsız denetim alanında getirdiği yeniliklere benzer değişiklikler, SPK'nın Seri: X, No:19 sayılı Tebliği ile düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık şirketlerde denetimden sorumlu bir komite kurulması, denetçilerin yapamayacakları işler, denetçinin rotasyonu, üst düzey yöneticilerin mali tabloları onaylamaları gibi konular düzenlenmiştir.

D.ALMAN YA'DA

Alman Kurumsal Yönetim İlkelerine (*The German Corporate Governance Code*) yönelik çalışmalar tamamladıktan sonra, bu ilkeler 26 Şubat 2002 tarihinde yayımlanmıştır¹⁰⁵. Bu ilkelere ilişkin en son düzeltme ise, 15 Mayıs 2012 tarihinde yapılmıştır. Alman kurumsal yönetim ilkeleri başlangıç, pay sahipleri ve genel kurul, yönetici kurul ve gözetim kurulu arasındaki işbirliği, yönetici kurul, gözetim kurulu, şeffaflık yıllık mali tabloların raporlanması ve denetimi olmak üzere yedi ana başlıktan oluşmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰³ In The Public Interest - A Special Report by The Public Oversight Board of the SEC Practice Section, AICPA, March 1993, s.52-56; Directors, Management and Auditors - Allies in Protecting Shareholder Interests by The Public Oversight Board 1995, s.7-8.

¹⁰⁴ MANAVGAT: s.474.

¹⁰⁵ PULAŞLI, s. 26; HUSE, Morten: Boards, Governance and Value Creation, The Human Side Of Corporate Governance, New York 2007, s.185-186.

¹⁰⁶ Government Commission, German Corporate Governance Code, (as amended on May 15, 2012), s.1-15.

Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri, payları borsada işlem gören şirketlerin yönetim ve gözetimine (işletme yönetimine) ilişkin önemli yasal kuralları ortaya koymakta ve ulusal ve uluslararası genel kabul görmüş iyi ve sorumlu işletme yönetimi standartlarını içermektedir. İlkeler, Alman kurumsal yönetim sisteminin şeffaf ve anlaşılabilir olmasını amaçlamakta ve aynı zamanda, ulusal ve uluslararası yatırımcıların, müşterilerin, çalışanların ve kamuoyunun, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin gözetim ve yönetimine olan güvenini teşvik etmeyi amaçlamaktadır¹⁰⁷.

E.TÜRKİYE'DE

Türkiye'de kurumsal yönetime ilişkin çalışmaların geçmişi çok yeni olup, buna ilişkin ilkeler, ilk kez Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD)'ın OECD ülkeleri için hazırlanmış olan "OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri"nin (*OECD Principles of Corporate Governance*) Türkçe'ye çevrilerek "*Kurumsal Yönetim İlkeleri*" başlığı altında Haziran 2000 tarihinde yayımlanmıştır. Daha sonra yine TÜSİAD, kurumsal yönetime ilişkin olarak "*Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurullarının Yapısı ve İşleyişi*" adlı metni Aralık 2002 tarihinde yayımlamıştır. Nihayet SPK tarafından hazırlanmış olan "Kurumsal Yönetim İlkeleri" ise 2005 yılında yayınlanmıştır. Denetimden sorumlu komitenin oluşturulması hariç halka açık şirketler tarafından uygulanması tamamen isteğe bağlı tutulmuş bu kurallar genel olarak; yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, seçimi ve ödüllendirilmesi, yönetim kurulunun yapısı, sorumlulukları ve işleyişi ile oluşturulacak komiteleri içermektedir.

SPK'nın 2012 tarihinde yayımlanmış olduğu Seri:4, 56 no'lu Tebliği'nde ise özellikle yönetim kurulu üyelerinin asgari sayısı, nitelikleri ve sıfatlarıyla ilgili hükümlerin uygulanması zorunlu olduğu öngörülmüştür. Böylece başta isteğe bağlı olan kurumsal yönetim ilkeleri peyder pey hukuki norm haline getirilmeye başlanmıştır. Ülkemizde kurumsal yönetime ilişkin düzenlemelerin kanun içinde yer alması, 2011 yılında 657 sayılı KHK ile 2499 sayılı SPKn'ye 22/1-z bendinin eklenmesi ile olmuştur. 6102 sayılı TTK'nın 1529. maddesinde ise kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin düzenlemelerin SPK tarafından yapılacağı belirtilmiş ve daha sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı SPKn m.17'de kurumsal yönetim ilkeleri başlığı altında daha geniş bir düzenleme yapılmıştır.

¹⁰⁷ Government Commission, German Corporate Governance Code, (as amended on May 15, 2012), s.1.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, kurumsal yönetim ilkelerinin oluşturulması amacıyla kurulan komiteye SPK. temsilcileri dışında, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın¹⁰⁸ ve Türkiye Kurumsal Yönetim Forumu'nun temsilcileri, akademisyenler, özel sektör temsilcileri katılmış, ayrıca kamu kuruluşları ile çeşitli meslek örgütlerinin görüş ve önerileri de dikkate alınarak ilkelerin en üst seviyede katılım ile oluşturulmasına özen gösterilmiştir¹⁰⁹.

İlkelerin öncelikli olarak halka açık anonim şirketler için hazırlandığı bildirilmiş, ancak bu ilkelerde yer alan prensiplerin kamuda veya özel sektörde faaliyet gösteren diğer anonim şirketler ve kuruluşlar tarafından da uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir. İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmaması isteğe bağlıdır. Başka bir deyişle, ilkelere yer alan ana prensipler "uygula, uygulamıyorsan açıkla" (*comply or explain*) prensipleridir. Bu İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmadığına; uygulanmadı ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya yıllık faaliyet raporunda yer verilmesi ve ayrıca kamuya açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bazı prensipler tavsiye niteliğinde olduğundan, bu prensiplere uyulmadığı takdirde herhangi bir açıklama yapılmasına gerek bulunmadığı da ayrıca ifade edilmiştir¹¹⁰.

İlkelerin, mevcut düzenlemelere herhangi bir istisna teşkil etmediği, başka bir deyişle halka açık anonim şirketlerin mevzuat ile belirlenen yükümlülüklerinin aynen devam edeceği düzenlenmiştir. İlkelerin, mevzuatta ve uygulamada kurumsal yönetim konusunda oluşan eksikliği gidermek ve boşluğu doldurmak amacıyla yönelik olarak hazırlandığı da bildirilmiştir. Bu anlamda ilkeler, ileride mevzuatta yapılacak düzenlemeler için de yol gösterici bir özellik arz ettiği ve ilkelerin niteliği gereği, günün koşullarına uyum sağlanması için periyodik olarak gözden geçirileceği de

¹⁰⁸ Borsa İstanbul Anonim Şirketi (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m.138), RG 30.12.2012 Sa:28513

¹⁰⁹ Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.3.

¹¹⁰ Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.4; YANLI, Veliye: Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi, Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1582-1583; MANAVGAT, s.476.

belirtmiştir. İlkeler; pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri ve yönetim kurulu olmak üzere dört ana bölümden oluşmaktadır¹¹¹.

“Pay sahipleri” başlığı taşıyan *birinci* bölümde, alt başlıklar halinde; pay sahipliği haklarının kullanımının kolaylaştırılması, bilgi alma ve inceleme hakkı, genel kurula katılım hakkı, oy hakkı, azınlık hakları, kâr payı hakkı, payların devri ve pay sahiplerine eşit işlem ilkesi düzenlenmiştir. *İkinci* bölümde; kamuyu aydınlatma esasları ve araçları, şirket ile pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin kamuya açıklanması, kamunun aydınlatılmasında periyodik mali tablo ve raporlar, bağımsız denetimin işlevi, ticari sır kavramı ve içerden öğrenenlerin ticareti, kamuya açıklanması gereken önemli olay ve gelişmeler belirtilmiştir. *Üçüncü* bölümde; menfaat sahiplerine ilişkin şirket politikası, menfaat sahiplerinin şirket yönetimine katılımının desteklenmesi, şirket malvarlığının korunması, şirketin insan kaynakları politikası, müşteriler ve tedarikçilerle ilişkiler, etik kuralları ve sosyal sorumluluk üzerinde durulmuştur. *Dördüncü* bölümde ise; yönetim kurulunun temel fonksiyonları, yönetim kurulunun faaliyet esasları ile görev ve sorumlulukları, yönetim kurulunun oluşumu ve seçimi, yönetim kuruluna sağlanan mali haklar, yönetim kurulunda oluşturulan komitelerin sayı, yapı ve bağımsızlığı ile yöneticiler konularına değinilmiştir.

Sarbanes-Oxley Kanunu'nun bağımsız denetim alanında getirdiği yeniliklere benzer değişiklikler, ilk olarak SPK'nın 02.11.2002 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:X, No:19) ile düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık şirketlerde denetimden sorumlu bir komite kurulması, denetçilerin yapamayacakları işler, denetçinin rotasyonu, üst düzey yöneticilerin mali tabloları onaylamaları gibi konular belirtilmiştir. Bağımsız denetime ilişkin olarak ayrıca, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (Seri:X, No:22), 12.06.2006 tarihinde yayımlanmış ve en sonuncusu 26.03.2011 tarihinde yayımlanan Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:X, No:28) olmak üzere 6 kez değişikliğe uğramıştır.

¹¹¹ Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.4.

SONUÇ

Türkiye’de kurumsal yönetime ilişkin çalışmaların geçmişi çok yeni olup, buna ilişkin ilkeler, 2000’li yılların başından itibaren oluşturulmaya başlanmıştır. Bu nedenle kurumsal yönetime ilişkin kuralların mevzuata yansımaya başlaması ABD. ve İngiltere gibi ülkelerden çok daha sonra gerçekleşmiştir.

Günümüzde önemli olan bu kurumsal yönetime ilişkin kuralların uygulamaya nasıl yansıtacağı, başka bir deyişle mahkemelerde hakimlerin verecekleri kararlara etkisinin ne şekilde olacağıdır. Bu bakımdan kurumsal yönetimin sadece kanunlarda yer alan kurallardan ibaret olmaması gerekir. Gelişmiş ekonomilerde şirketler, çok önemli bir yere sahip oldukları için, bunların iyi yönetilmesi de hem şirket pay sahiplerini hem de diğer menfaat sahipleri açısından son derece önemlidir.

KAYNAKÇA

- Aktan, Coşkun Can:** Kurumsal Şirket Yönetimi, SPK., No:196, Ankara 2006, s.1-34.
- Akyüz, Abdullah:** Enron Skandalı ve Sermaye Piyasaları, İktisat, İşletme ve Finans, Mart 2002, C.17, S.192, s. 7-13.
- Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005.
- Arrow, Kenneth:** Essays in the Theory of Risk Bearing, Chicago 1971.
- Aysan, Mustafa:** Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007.
- Bauen, Marc / Venturi, Silvio:** Swiss Board of Directors, Bruxelles-Zurich 2009.
- Bean , James, W. Jr.:** The Audit Committee Roadmap, Journal of Accountancy, January 1999.
- Berglöf, Erik/von Thadden, Ernst-Ludwig:** The Changing Corporate Governance Paradigm: Implications for Transition and Developing Countries, June 1999, s.1-30.
- Berle, Adolph A. / Means Gardiner C.:** The Modern Corporation and Private Property, New Jersey 1991.
- Blair, Margaret M./Stout, Lynn A.:** A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review, Vol.85, No.2, March 1999, s.247-328.
- Bugg, Stuart G. / Simon, Heike:** Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2.Auflage, Berlin - München 2009.
- Cadbury, Adrian:** Report of the Committee on the Financial Aspects Of Corporate Governance, London, December 1992, s.1-90.
- Can, Mustafa:** ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009.
- Darman, Güler Manisalı:** Küresel Ekonomilerde Kurumsal Yönetim Anlayışı ve Türkiye, Ankara 2008.
- Davis, James H. / Schoorman, F. David / Donaldson, Lex:** Toward a Stewardship Theory of Management, The Academy of Management Review, Vol. 22, No. 1 January 1997, s.20-47.
- Demirbaş, Mahmut / Uyar, Süleyman:** Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi, İstanbul 2006.
- Doğan, Mustafa:** Kurumsal Yönetim, Ankara 2007.

- Eugene, F. Fama / Michael C. Jensen:** Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 1983, Vol.26, s.301-325.
- Florini, Ann M.:** Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency, Annual World Bank Conference on Development Economics, Washington, D.C., April 28-30, 1999, s.1-40.
- Hermalin, Benjamin E. / Weisbach, Michael S.:** Transparency and Corporate Governance, NBER Working Paper No: 12875, January 2007, s.1-26.
- Hodge, B.J. / Antony, William P. / Gales, Lawrence M.:** Organization Theory, 5.Edition, New Jersey 1996.
- HUSE, Morten:** Boards, Governance and Value Creation, The Human Side Of Corporate Governance, New York 2007.
- Jensen, Michael C. / Murphy, Kevin J. / Wruck, Eric G.:** Remuneration: Where We've Been, How We Got To Here, What Are The Problems, And How To Fix Them, ECGI Finance Working Paper, No.44/2004, July 2004, s.1-105.
- Jensen, Michael C. / Meckling, William H.:** The Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, Vol.3, No:4, October 1976, s.1-72.
- Koçel, Tamer:** İşletme Yöneticiliği, B.13, İstanbul 2011.
- Koçer, Burak:** İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 2006.
- Koller, Barbara M. Lorenz:** Die Rolle des Verwaltungsratspräsidenten von kotierten internationalen Unternehmen in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Board-Systeme, Dissertation Nr. 3862, Bamberg 2010.
- Kurt, Gülüzar / Demir, Gönenç:** TTK Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekalet Teorisi, HPD. 2006, S.6, s.60-66.
- Manavgat, Çağlar:** Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, Batider., Ankara 2007, C.XXIV, S.2, s.473-498.
- Özsoy, Zeynep:** Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları, Ankara 2011.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.12, İstanbul 2010.
- Pratt, John / Zeckhauser, Richard:** Principals and Agents: The Structure of Business, Harvard Business School Press, Boston 1985.
- Pulaşlı, Hasan:** Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.

- Pulaşlı, Hasan:** Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, Ankara 2007, C.24, S.1, s.19-62.
- Sarıoğlu, Kerem:** Enron Olayı (Vak'a), Yönetim Dergisi, Ocak 2002, S.41, s.49-53.
- Shankman, Neil A.:** Reframing The Debate Between Agency and Stakeholder Theories of the Firm, Journal of Business Ethics, Vol.XIX, No:4, 1999, s.319-334.
- Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W.:** A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, June 1997, C.52, S.2, s.1-79.
- Smith, Adam:** An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations, London-New York-Melbourne 1812.
- Solomon, Jill/Solomon, Aris:** Corporate Governance and Accountability, 2.Ed., Sussex 2007.
- Şehirli, Kübra:** Kurumsal Yönetim, Yeterlilik Etüdü, Spk Denetleme Dairesi 1999.
- Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalp-süz'e Armağan, Ankara 2003, s.227-252. (Dinamikler)
- Tekinalp, Ünal:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, s.635-652. (Kurumsal Yönetim)
- Tuzcu, Arcan:** Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı: İMKB 100 Örneği, Ankara 2004
- Ülgen, Hayri / Mirze, S. Kadri:** İşletmelerde Stratejik Yönetim, İstanbul 2010.
- Ünal, Ahmet Cemil:** Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014.
- Yanlı, Veliye:** Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi, Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1581-1595.

**Roma Hukuku Sözleşmeler Sisteminde
Kullanım Ödöncü (Ariyet) Sözleşmesinin Yeri
ve Tarafların Bu Sözleşmeden Doğan Borç ve
Sorumlulukları**

Araş. Gör. Ümit Vefa ÖZBAY

Roma Hukuku Sözleşmeler Sisteminde Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesinin Yeri ve Tarafların Bu Sözleşmeden Doğan Borç ve Sorumlulukları

Araş. Gör. Ümit Vefa ÖZBAY*

ÖZET

Çalışmamızda Roma Hukuku'nda kullanım ödücü sözleşmesi hakkında bilgi verilmiş ve bu sözleşmeden doğan borç ve sorumluluklar açıklanmıştır.

Kullanım ödücü sözleşmesi bir şeyin ödünç veren tarafından ödünç alana belirli bir süre kullanması için ücretsiz olarak verilmesidir. Kararlaştırılan süre sonunda ücretsiz verilen şeyin ödünç verene geri dönmesi gerekmektedir. Kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) incelenirken en çok dikkati çeken konulardan biri ise sorumluluk konusudur. Klasik dönemde kullanım ödücü sözleşmesinde, bir kusursuz sorumluluk örneği olan *custodia* (gözetim) sorumluluğu uygulanmış, *Iustinianus* döneminde ise bu sorumluluk hafifletilmiş ve bu dönemde kullanım ödücü sözleşmesi üzerinde kusur sorumluluğuna hâkim olan ilkeler etkisini göstermiştir.

Anahtar kelimeler: Kullanım Ödücü (ariyet), sözleşmeler sistemi, sorumluluk, Custodia Sorumluluğu

Loan for Use (Commodatum) in Roman Systems of Contracts and Liabilities and Responsibilities of Parties Arising from This Contract

ABSTRACT

Our study discusses the contract named loan for use (*commodatum*) and debts founded on this contract in Roman Law. We also discussed contractual liabilities of loan for use.

Loan for use is an agreement which a person (lender) delivers personal property to barrower for him to use for a fixed time freely. After the

* Başkent Üniversitesi Roma Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

agreed period of time, such object had to be returned to the lender. Liability is also an important topic while we discuss the loan for use. In the classical period, custodia, which is an example of strict liability was effective on the contract, loan for use. But in the Justinianus period that form of liability lost its effectiveness and replaced with the principles of defect liability.

Keywords: loan for use, system of contracts, liability, custodia

GİRİŞ

Roma Hukuku'nun çağdaş hukuk sistemlerini önemli ölçüde etkilediği artık herkesin kabul ettiği bir gerçektir. Özellikle İsviçre, Fransa ve Almanya kanunlarında görülen bu etki zamanımızda bütün dünyada kendini göstermektedir. Roma Hukuk düşüncesinin çağdaş hukuk sistemleri bakımından en çok etkisini gösterdiği alan ise özel hukukun borç ilişkilerini düzenleyen kısmı olarak kabul gören borçlar hukukudur. Bugün Roma Hukuku denildiği zaman akla ilk Roma Borçlar Hukuku gelmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde yaşayan sorumluluk, haksız fiil, sözleşme gibi birçok kavram Roma Hukuku içinde doğmuş, gelişmiş ve çağdaş kanunlaştırmalara esas teşkil etmiştir. Özel hukukun Borçlar Hukuku dışında kalan; kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve hatta eşya hukuku gibi alanlarında her ülke az çok kendi ihtiyacını karşılayabilecek sistemler kurmayı başarmıştır¹. Ancak söz konusu Borçlar Hukuku olduğunda hiçbir hukuk sisteminin Roma Hukukunun seviyesine ulaşamadığı görülmektedir. Romalı hukukçular, kurdukları mükemmel Borçlar Hukuku sistemi ile Roma İmparatorluğu'nun gün geçtikçe genişleyen sınırlarına bağlı olarak gelişen ticari ilişkilerinin gereklerini yerine getirmeyi başarmışlardır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) ise Roma'nın, özellikle bir tarım toplumu olduğu zamanlarda, günlük yaşamda geniş bir uygulama alanı bulmuş ve bu özelliğiyle de Roma Borçlar Hukuku alanında önemli bir konuma sahip olmuştur.

Kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) incelenirken en çok dikati çeken konulardan biri ise sorumluluk konusudur. Kullanım ödücü sözleşmesinde sorumluluk konusu, genel olarak Roma Hukuku'ndaki sözleşmeye dayanan sorumluluk içinde oldukça geniş yer tutmuş, burada oluşan kurallar zaman içinde genel nitelik kazanarak, Roma Hukuku'ndaki bütün sorumluluk sistemini belirlemiştir². Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde ve klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) uygulanmış ancak klasik dönemden itibaren kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) etkisini göstermeye başlamış ve nihayet *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu hâkim prensip haline gelmiştir. Kullanım ödücü sözleşmesi söz konusu olduğunda da durum böyledir.

¹ RADO T.: Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 9.

² ZİLELİOĞLU H.: "Roma Hukuku'nda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1986, s. 34.

Klasik dönemde kullanım ödücü sözleşmesinde, bir kusursuz sorumluluk örneği olan *custodia* (gözetim) sorumluluğu uygulanmış, *Iustinianus* döneminde ise bu sorumluluk hafifletilmiş ve bu dönemde kullanım ödücü sözleşmesi üzerinde kusur sorumluluğuna hâkim olan ilkeler etkisini göstermiştir.

Çalışmada, öncelikle Roma Hukuku'nda sözleşme kavramı anlatılacak ve kullanım ödücü sözleşmesinin, sözleşme sistemi içerisindeki yerini gösterebilmek amacıyla Roma'da geçerli olan sözleşmeler sistemi açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bilgiler ışığında kullanım ödücü (ariyet) kavramı ayrıntılı bir şekilde ele alındıktan sonra, kullanım ödücü sözleşmesinden doğan borç ve sorumluluklar incelenecek ve Roma Hukuku'nda var olan sorumluluk ölçütleri kısaca irdelenecektir.

I. ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞME KAVRAMI

Borç doğuran kaynakların en önemli kısmını sözleşmeler oluşturur. Günümüzde sözleşme kavramı " tarafların birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen, iki veya daha çok taraflı hukuki işlem" şeklinde tanımlanır³. Borçlar Kanunumuzun ilk maddesi de bu tanımı destekler niteliktedir⁴. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere günümüzde iki veya daha çok taraf karşılıklı olarak birbirlerine uygun irade beyan edince sözleşme doğmakta ve bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Günümüze Roma Hukuku'ndan miras kalan sözleşme kavramı, güncel hukukun bütün sahalarında yer almakta ve kullanılmaktadır.

Her ne kadar sözleşme kavramı Romalılar tarafından ortaya konulmuş bir kavram ise de, Roma Hukuku'nda bu kavram günümüzde anlaşıldığından farklıdır. Romalılara göre sözleşme (*contractus*) kavramı yalnızca *Ius Civile* tarafından tanınan ve borç doğurduğu kabul edilen belirli sözleşmelerdir⁵. *Ius Civile* tarafından tanınmayan ve başlangıçta borç doğurmayan; ancak ilerleyen dönemlerde *preator* hukuku ya da imparatorluk hukuku tarafından korunarak borç doğurma niteliğini kazanan diğer sözleşmelere ise *pactum* ismi verilmiştir⁶. Bahsi geçen tanımlardan anlaşılacağı üzere Roma Hukuku'nda bir sözleşmenin dava ile korunabilmesi

³ RADO, s. 59.

⁴ 11.01.2011 tarihinde kabul edilen BK'nun ilk maddesi şu şekildedir: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur".

⁵ UMUR Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 334.

⁶ TAHİROĞLU B.: "Roma Borçlar Hukuku" İstanbul 2009, s. 122; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s. 173.

için *Ius Civile* tarafından tanınması gereklidir. Güncel hukuklarda ise sözleşme serbestisi vardır. Taraflar hukuka ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla her türlü sözleşmeyi yapma ve bu sözleşmelere dayanarak dava açma haklarına sahiptir. Bu şekilde yapılacak her sözleşme borç doğurur ve dava ile korunur. Güncel kanunlarda çeşitli sözleşme tipleri gösterilmiş olsa da bunları tahdidi değildir ve bu sözleşmeler dışında da sözleşme yapmak mümkündür. Roma Hukuku'nda ise sözleşmeler sınırlı sayıdadır ve zamanla *pactum*'lara dava hakkı tanınarak bu sayı genişletilmiş olsa da asla güncel hukuklardaki sözleşme serbestisi kavramına ulaşılammıştır⁷.

Roma Hukuku'ndaki *contractus* kavramını günümüzdeki anlamıyla sözleşme kavramından ayıran önemli bir diğer unsur ise sözleşmelerin rızailiğidir. Modern hukuk sistemlerinde bir sözleşmenin oluşması için tarafların rızaları yeterlidir. Günümüzde, bazı durumlarda sözleşmenin kurulması için rızanın belli bir şekilde açıklanması aranıyor olsa da bu durumlar istisnaidir⁸. Roma Hukuku'nda ise durum tamamen farklıydı. İlkel anlayışlarda da sözleşmelerde *consensus*⁹ kuşkusuz aranıyordu ancak dava ile takip edilebilecek bir borcun doğması için rıza tek başına yeterli değildi¹⁰. Roma Hukuku'nda da özellikle *Ius Civile*'nin şekilci zihniyeti sadece rızanın borç doğurabileceği esasını kabul edememişti¹¹. Roma büyüyüp genişledikçe gelişen ticaret hayatı yeni ihtiyaçlar doğurdu ve bazı istisnai hallerde sadece rızanın yani *consensus*'un borç kaynağı olabileceği kabul edildi. Zamanla da bu istisnalar arttı ve rızai sözleşmeler doğdu ancak *Iustinianus* döneminde bile bir borcun oluşması için şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin yeterli olabileceği esası mevcut değildi ve Roma Hukuku'nda rızailik asla genel bir prensip haline gelmedi¹². Bununla beraber

⁷ UMUR, s. 335; TAHİROĞLU s. 122; RADO s. 60.

⁸ RADO, s. 61.

⁹ "*Consensus*" tarafların iradelerinin birbirlerine uygun şekilde birleşmesi yani karşılıklı rıza anlamına gelmektedir. Roma hukukunda her sözleşmenin temelinde bulunmakla beraber her türlü sözleşmenin meydana gelmesinde yeterli olmaz. Sadece rızai sözleşmeler ve sonraki devirlerde *contractus* olarak kabul edilen bazı *pactum*lar sadece *consensus*'un varlığı ile borç doğurabilirlerdi. UMUR Z.: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975, s.46.

¹⁰ TAHİROĞLU, s.122.

¹¹ RADO s. 61.

¹² KOSCHAKER/AYİTER: Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 204; UMUR, s. 335.

uygulamada bu sonuca oldukça yaklaşıldığını söylemek hatalı olmayacaktır¹³.

II. ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ

Değindiğimiz üzere Roma Hukuku'nda sözleşme serbestisi değil sözleşmeler sisteminin varlığı söz konusudur. Bu sözleşmeler sistemine ilişkin ilk sınıflandırma ise büyük hukukçu *Gaius* tarafından yapılmış ve *Institutiones* isimli eserinde yer almıştır. Bu sınıflandırma sözleşmelerin iktisadi işlevlerine değil, borcun hukuki sebebine yani oluşumuna dayanmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre dört tür sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bunlar; sözlerden doğan (sözlü), yazılardan doğan (yazılı), rızadan doğan (rızaî) ve malın teslimi ile doğan (real) sözleşmelerdir¹⁴.

A. YAZILI SÖZLEŞMELER

Roma Hukuku'ndaki yazılı sözleşme kavramı ile bugün anladığı ile bugünkü yazılı sözleşme anlayışı birbirinden tamamen farklıdır. Bugün yazılı bir sözleşme söz konusu olduğunda tarafların bir kâğıt üzerine yazdıkları ve imza attıkları bir sözleşmeyi anlarız. Roma Hukuku'nda ise yazılı sözleşme denilince akla gelen bu değildir. Roma Hukuku'nda yazılı sözleşmelerden anlaşılan aile babalarının tuttuğu gelir gider defterindeki kayıtlardır. Roma Hukuku'nda; aile babası, ailesinin masraflarını ve alacak ile borçlarını bir deftere yazardı¹⁵. Alacaklı aile babası, alacağını; borçlu aile babası ise borcunu defterine yazar, bu kayıtlar sonucunda her iki defter sahibi arasında borç ilişkisinin kurulduğu söylenirdi.

Bir aile reisinin defterine, kendi kendine alacak ve borçlarını yazmasında, borçlunun rızasına ihtiyacı olmayacağı ve sonuç olarak borçlu görünenin bunları kabul etmiş sayılmayacağı doğal olduğu halde, bahsi geçen bu kaydın ancak borçlunun rızası ile yapılması mümkündür. *Gaius*'un sözleşmeler sisteminde bu konuda fazla bir bilgi yer almamasıyla beraber, bu rızanın varlığı kabul edilebilir¹⁶.

Yazılı sözleşmeden doğan borç *bona fides* bir borç değil, *stricti iuris* bir borç sayılırdı. Bu borcun ödenmiş olduğu deftere geçirilen ikinci bir

¹³ KOSCHAKER/AYİTER, s. 204.

¹⁴ VILLEY M.: Roma Hukuku Güncelliği (Çev: Bülent Tahiroğlu) İstanbul 2010, s.134.

¹⁵ MARZO S.D.: Roma Hukuku, İstanbul 1959, s.225. (Bu defterler için alacak ve borç defterleri anlamına gelen "*Codex accepti et expensi*" ya da "*Adversaria*" ifadesi kullanılır.)

¹⁶ KOSCHAKER/AYİTER, s. 226.

acceptilatio ile anlaşılırdı. Her durumda yapılan ödemenin defterdeki kaydın kapatılması ile belgeye bağlanması gerekiyordu. Kaydı açık bırakan şekilsiz bir ödeme ile yazılı sözleşme sona ermiş olmazdı¹⁷.

Zamanla bu defterler güvenilirliğini ve önemini kaybetti. Bu sözleşmelerin yerini *Iustinianus* döneminde Yunan hukukunda etkin olan ve günümüzdeki yazılı sözleşme anlayışını yansıtan yazılı sözleşmeler aldı. Bu dönemde aile babalarının tuttıkları defterlerin de artık hukuki bir değeri kalmamış ve ortadan kalkmışlardı. *Institutiones*'de bu sözleşmeler sadece tarihi açıdan kendilerine yer bulmuştur¹⁸.

B. SÖZLÜ SÖZLEŞMELER

Bu sözleşmelerin oluşumu için karşılıklı rıza, belli bir şekle uyularak beyan edilmelidir. Buradaki sözlü şekil karşılıklı alelade sözler söylemek demek değildir. Önceden tespit edilen ve genelde dinsel kaynaklı sözlerin belirli bir şekilde söylenmesidir. Bu şekle uyulmaması halinde sözleşme doğmuş sayılmaz¹⁹. Şekilcilik kısmen de olsa tarihi sebeplerle açıklanabilir. Roma Hukuku başlangıçta dini temeli olan kuralların laikleşmesi ile oluşmuştur. Roma toplumu hukuk kurallarını dini kurallardan ayıran ilk toplumlardan biri olsa da bu ayırım gerçekleştiği zaman hukukun din gibi belirli şekillere uymayı gerektirdiği fikrinden hemen ayrılmamıştır²⁰. Bu sözleşmelerin en önemlisi ve en geniş uygulama alanına sahip olanı *stipulatio*'dur²¹.

C. REAL SÖZLEŞMELER

Tüketim ödücü (karz), vedia, rehin ve incelememizin asıl konusu olan kullanım ödücü sözleşmesi (ariyet) gibi sözleşmeler real sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin var olabilmesi için yalnızca rıza yetmez, aynı zamanda borçlunun borç altına girmesi için sonradan iade edeceği bir şeyi alacaklıdan alması lazımdır²². Bu sözleşmeler Roma Hukuku'nda *consensus + res* şeklinde ifade edilir. Yani sözleşmenin kurulması için tarafların uygun rızası (*consensus*) ve borçlunun alacaklıdan bir şey alması (*res*) ge-

¹⁷ KOSCHAKER/AYİTER, s. 227.

¹⁸ ERDOĞMUŞ B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.65.

¹⁹ TAHİROĞLU, s. 124.

²⁰ ERDOĞMUŞ, s.59.

²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: KOSCHAKER/AYİTER, s. 210.

²² RADO, s. 62.

rekir. Şeyin teslimi bu sözleşmeler için zorunlu unsur olduğundan bu sözleşmeler ayınlı sözleşmeler²³ veya aynı sözleşmeler²⁴ de denir. Bu sözleşmelerin en eskisi tüketim ödücü veya karz sözleşmesi olarak bildiğimiz *mutuum*'dur. Zamanla bu sözleşmelerin alanı genişlemiş ve incelememizin asıl konusu olan kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) ile birlikte; vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) gibi sözleşmeler de buraya dâhil edilmiştir²⁵. İlerleyen zamanlarda ise isimsiz real sözleşmelerin doğumu ile bu sözleşmelerin kapsamı daha da genişletilmiştir. Bu bilgidan anlaşıldığı üzere real sözleşmeler önceden alınmış olan bir edanın geri verilmesine yönelik olan ve her biri özel bir isim taşıyan isimli sözleşmeler ile, daha önceki bir edaya karşı bir edanın yapılmasına yönelik olan ve bu özelliğinden dolayı real sözleşme sayılan isimsiz real sözleşmelerden oluşur. İsimli real sözleşmeler aynı kategori altında değerlendirilseler de isimsiz olanlarından farklı özellik taşırlar. İsimli real sözleşmelerde alınmış bir malın geri verilmesi söz konusudur. İsimsiz sözleşmelerde ise bir edanın kabulü nedeniyle karşı eda istenmektedir. Roma Hukuku'nun isimsiz sözleşmeleri günümüzde rızai sözleşme sayılmaktadır ve artık özel bir kategori olarak mevcut değillerdir²⁶. İsimli real sözleşme kategorisi altındaki sözleşmelerin tamamı ise günümüz hukuk sistemlerinde yaşamaya devam etmektedir.

D. RIZAI SÖZLEŞMELER

Karşılıklı iradelerin uyuşması, yani karşı tarafa bir şey vermeden veya şekli muamele yapmadan, sadece dışarıya bir bütün teşkil eden irade uyuşmasından, yani *consensus*'dan borç doğmasının kabul edilmesi Roma hukuk hayatında bir yeniliktir²⁷. Bu aşamaya bir taraftan Romalıların yabancılarla olan ilişkilerinden (*Ius Gentium*), diğer taraftan Romalıların özellikle *res nec mancipi*'leri konu alan günlük işlemlerden hareketle gelinmiştir. Bugünkü hukukumuzu yansıtan bu sistemin gelişmesinde Yunan Hukuku ve felsefesinin etkisinin varlığı da yadsınamaz. Ancak bu

²³ MARZO, s. 109.

²⁴ RADO, s. 62; TAHİROĞLU, s.124; UMUR s.342.

²⁵ *Commodatum* (Ariyet) ve *Depositum* (Vedia) sözleşmelerinin milattan sonra ilk yüzyılın başlarında kendilerine özgü, ayrı birer sözleşme olarak kabul edildikleri tahmin edilir. WATSON A.: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 12.

²⁶ KOSCHAKER/AYİTER, s. 227.

²⁷ ERDOĞMUŞ, S.65.

gelişmelere rağmen rızalılık asla genel bir kural olmamış ve Roma Hukuku'nda *consensus*'un varlığının sözleşmenin doğması için tek başına yeterli olması ancak belli sözleşmelerde söz konusu olmuştur. Bu sözleşmeler; *emptio venditio* (alım satım), *locatio conductio* (kira, hizmet ve istisna), *societas* (şirket) ve *mandatum* (vekâlet) sözleşmeleridir²⁸.

Gaius'un *Institutiones*'ında açıklanan *Ius Civile*'nin sözleşmeler sistemi bu dört sözleşme grubundan meydana gelmekteydi. Roma'nın gelişmesi ve büyümesi ile paralel olarak sözleşmeler sistemi de genişlemiştir. Bu büyümede özellikle *praetor* beyannameleri ve imparator emirnameleri ile tanınan *pactum*lar önemli rol oynamıştır. Bu *pactum*lar yoluyla rızai sözleşmelerin kapsamı genişlerken; daha önce de değinildiği üzere isimsiz sözleşmelerin yavaş yavaş yerleşmesiyle de real sözleşmelerin sahası kendiliğinden büyümüştür.

III. ROMA HUKUKU'NDA KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİ

A) ARİYET (COMMODATUM) KAVRAMI

Yukarıda da değinildiği üzere Roma'da kullanım ödücüsü (ariyet) sözleşmesi ortak özellikleri dikkate alınarak; karz (tüketim ödücüsü), vedia ve rehin sözleşmeleri ile birlikte real (ayni) sözleşmeler başlığı altında sınıflandırılmıştır. Kullanım ödücüsü sözleşmesi (*commodatum*) bir şeyin ödünç veren tarafından (*commodatur*²⁹ ya da *commodans*³⁰), ödünç alana ("*commodatarius*³¹" ya da "*qui commodatam accipit*³²") belirli bir süre kullanması için ücretsiz olarak verilmesidir³³. Ödünç alan aldığı malı ücretsiz olarak kullanma hakkını elde eder ve malı kullandıktan sonra iade etme borcu altına girer³⁴.

²⁸ RADO, s. 63.

²⁹ BUCKLAND W.W.: A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921, s. 467.

³⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s. 220; BUCKLAND s. 467.

³¹ KOSCHAKER/AYİTER, s. 220. (Buckland "A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian" isimli eserinde "*commodatarius*" terimine bir Roma kelimesi olmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. s. 467)

³² BUCKLAND, Textbook, s. 467.

³³ BERGER A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 354; KOSCHAKER/AYİTER, s. 220.

³⁴ UMUR, Ders Notları, s. 342.

Roma Hukuku'nda kullanım ödöncü sözleşmesinin borç doğurması için sadece rızanın varlığı yetmez, malı teslim etmek, malın *detentio*'sunu ödöncü alana devretmek gerekir³⁵. *Detentio* kazandırıcı zamanaşımının söz konusu olmadığı ve *interdictum*larla³⁶ korunmayan bir fiili hâkimiyet türüdür. Buna göre ödöncü alan *detentor*'dur³⁷ ve aldığı mal üzerinde kendisinin olma niyeti bulunmaksızın hâkimiyet icra eder³⁸. Malı, üzerinde anlaşılabilir şekilde kullanıp iade edecektir. Taraflar ödöncü üzerinde anlaşır ancak malı devretmezlerse henüz sözleşme kurulmamış demektir. Bu durumda ortada sadece ödöncü verileceğine dair şekilsiz bir anlaşma vardır³⁹. Yani modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadece rıza ile meydana gelen bir kullanım ödöncü sözleşmesinin varlığı söz konusu değildir.

Malın verilmesi ile yalnızca *detentio* nakledildiği için ödöncü veren kimsenin malın sahibi olması şart değildir.

D.13.6.15: *“Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus”*

D.13.6.15: *“Başkasına ait olup da zilyedi bulunduğumuz şeyi de başkasına ait olduğunu bilerek ödöncü verebiliriz.”*

Bu yüzden bir malı kullanmak için alan (kullanım ödöncü), muhafaza etmek amacıyla alan (vedia), mal üzerinde intifa hakkına sahip olan ve hatta malı çalan kimse bile malı kullanım ödöncü olarak verebilir⁴⁰. Bu kimseler malik olmamalarına rağmen ödöncüden doğan davaları açma hakkına sahiptirler.

Kullanım ödöncü sözleşmesinin bir diğer önemli unsuru ivazsızlığıdır. Ödöncü ivazsız (karşılıksız) olması demek ödöncü alanın aldığı şeyi kullanması karşılığında bu sebepten dolayı aktifinde hiçbir eksikliğin ol-

³⁵ ERDOĞMUŞ B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.51.

³⁶ Formula usulü zamanında *preator*'un ve eyaletlerde valilerin bazı hallerde devlet iktidarını fiilen kullanma yetkilerine dayanarak, hakim karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde ihtilafı bir işin yapılmasını yasaklama ya da emretme yoluyla engellemeleri. UMUR, Lügat, s.89.

³⁷ Ödöncü (ariyet) alanın zilyet olması söz konusu değildir çünkü Roma hukukunda zilyetlik bir malı malik olma niyeti ile elde bulundurmaktır.

³⁸ UMUR Z.: Lügat, s. 57.

³⁹ RADO, s. 75.

⁴⁰ TAMER D.: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 203; TAHİROĞLU, s. 162.

maması, aldığı malı iade etmek dışında hiçbir borç altına girmeyecek olması demektir. Herhangi bir miktar ödeme söz konusu olursa ödenen miktar ne kadar cüzi olursa olsun ortaya çıkan sözleşme kullanım ödünçü sözleşmesi hükmünde olmaktan çıkar, bir kira sözleşmesi haline gelir⁴¹. Kullanım ödünçü sözleşmesini kira sözleşmesinden (*locatio conductio rei*⁴²) ayıran en önemli unsur ücretsizliğidir⁴³.

Kullanım ödünçü sözleşmesi genellikle tarafların kararlaştıracağı kısa bir süre için yapılır. Kesin bir süre belirlenmese bile ödünçün alınma amacından veya durumun gereğinden şeyin iadesinin ne zaman olacağı çıkartılabilir⁴⁴. Sürenin belirlenmediği durumlarda ödünçün amacı mutlaka belirtilmelidir. Aksi takdirde sözleşmenin süresinin ne kadar olacağı kestirilemez. Sürenin veya amacın belirli olması kullanım ödünçü sözleşmesini *precarium*'dan (iğreti sözleşmesi⁴⁵) ayıran en önemli etkidir⁴⁶. *Precarium* bir kimsenin başka bir kimseye kullanması için taşınmaz bir malın zilyetliğini vermesi ve kendi arzusuna göre istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkânını sağlayan bir sözleşmedir⁴⁷. Post klasik dönemde (M.S 250 – M.S 527⁴⁸) isimsiz sözleşmeler arasına girmiş olan bu sözleşmenin kullanım ödünçünden farkı kişiye istediği zaman verdiği şeyi geri alabilmesi imkânını tanınmasıdır.

Kullanım ödünçü ile ilgili bir diğer özellik ise ödünç alanın malı istediği gibi kullanamamasıdır. Ödünç alan malı taraflarca üzerinde anlaşılan sınırlar içerisinde kullanılmalıdır⁴⁹. Örneğin komşusundan tarlasına belli bir süre gidip gelmek için atını ödünç alan bir kimse bu at ile yurt dışına

41 BERKİ Ş.: "Ariyet" AÜHFD, C. 11, Sa. 1-2, s. 297.

42 Günümüzde kabul edilen doktrine göre "*Locatio Conductio*" kavramı üç ayrı sözleşmeyi gösterir. Bunlardan kira sözleşmesi olanı "*locatio conductio rei*" olarak isimlendirilir. RADO, s. 134.

43 HUNTER W.: Introduction to Roman Law, London 1955, s. 117.

44 KOSCHAKER/AYİTER, s. 220.

45 KOSCHAKER/AYİTER, s. 220; ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.53.

46 BUCKLAND, "Textbook" s.467.

47 UMUR, Lügat s. 166.

48 Roma Hukuku'nun tarihi dönemleri şu şekildedir: Eski Hukuk Dönemi (M.Ö. 753 – M.Ö 150) Klasik Öncesi Hukuk Dönemi (M.Ö. 150 – M.Ö. 27) Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27 – M.S. 250) Post Klasik Hukuk Dönemi (M.S. 250 – M.S. 527) ÇELEBİCAN Ö.K.: Roma Hukuku, Ankara 2010, s. 55.

49 BURDICK L.W.: the Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988, s. 439.

yolculuk yapamaz⁵⁰. Eğer yaparsa ata gelecek zarar mücbir nedenden (*vis maior*) dolayı da olsa sorumluluğu söz konusu olacaktır.

D.13.6.5.7: *nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduces, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum."*

D.13.6.5.7: *"Sana çiftliğine gitmen için atımı verirsem ve sen bu at ile savaşa gidersen ata gelecek zararlardan sorumlu olursun".*

Ata bir zararın gelmediği durumda ise ödünç veren kullanma hırsızlığı sebebiyle *actio furti* isimli ceza davasını açabilir⁵¹.

Bu sözleşme özellikle Roma'nın bir tarım toplumu olduğu dönemlerde önemli rol oynamıştır. Bir kimsenin komşusu olan tarla sahibine tarlayı sürmesi amacıyla bir hayvanını vermesi veya bir su kanalı açması için gerekli aletleri vermesi gibi kullanım ödünçü sözleşmelerinden anlaşılacağı üzere kullanım ödünçü sözleşmesi kökeninde tarım toplumunda komşular arası ihtiyaçlara cevap vermiştir⁵². Bir çiftçinin çiftliğini işletebilmesi için gerekli olan bütün malları her zaman elinde bulundurması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla da komşularının yardımlarına ihtiyaç duyabilir. Kaldı ki komşuları da aynı durumdadır. Bu durum zorunlu bir dayanışmaya yol açmıştır. Bu dayanışmayı da kullanım ödünçü sözleşmesi gerçekleştirmektedir.

Kullanım ödünçü sözleşmesi ilk bakışta en eski real sözleşme olan karz (tüketim ödünçü) sözleşmesine çok benzer. Tüketim ödünçü (*karz-mutuum*) sözleşmesi ile ödünç veren kişi belirli miktarda misli bir şeyin mülkiyetini, aynı nevi ve aynı cinsten, aynı miktarı iade borcu altına giren bir kimseye devreder⁵³. Kullanım ödünçü sözleşmesi tıpkı tüketim ödünçünde olduğu gibi bir kimsenin bir maldan yararlanıp daha sonra iade etmesidir⁵⁴. Bu iki sözleşme arasında yakınlık varsa da gerek hukuki mahiyetleri gerekse de meydana getirdikleri neticeler bakımından önemli farklar mevcuttur. Kullanım ödünçü sözleşmesini daha iyi kavrayabilmek için kullanım ödünçü sözleşmesi (*commodatum*) ile tüketim ödünçü (*mutuum*) arasındaki başlıca farklılıklara kısaca değinelim.

⁵⁰ TAHİROĞLU, s.163; ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

⁵¹ ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

⁵² TAHİROĞLU, s.163.

⁵³ MARZO, s.411.

⁵⁴ UMUR, Ders Notları, s.342.

Kullanım ödöncü sözleşmesinden doğan borç parça borcudur. Yani ödönc alan kimse aldığı şeyi kullandıktan sonra aynen iade etmek zorundadır. Tüketim ödöncünde ise nevi borcu doğar. Yani borç aynı mal olarak değil aynı nevi olarak iade edilir.

D.12.1.2: *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuuum.*

D.12.1.2: “Verdięimiz parçayı aynen değil (yoksa ariyet veya vedia olurdu) fakat aynı neviden geri almak için ödönc veririz. Zira başka bir neviden bir şey, mesela buğday yerine şarap alacak olursak bu bir ödönc olamaz.”

Tüketim ödöncü sözleşmesinde ödönc alan iki çuval kömür aldıysa yine iki çuval kömür iade etme borcu altına girer. Ancak aynı çuvalların iade etmek gibi bir borcu yoktur. Oysa kullanım ödöncü sözleşmesinde bir at veya bir köle verildiğinde aynı atın veya aynı kölenin iade edilmesi beklenir⁵⁵. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere tüketim ödöncü sözleşmesinde edimin imkânsızlığı söz konusu değildir.

Yine tüketim ödöncü sözleşmesinde (*mutuum*) ödönc alan aldığı malın mülkiyetini kazanır ve dolayısıyla o şeyde tasarruf etme hakkını haiz olur. *Mutuum* kelimesi ismini bu özelliğinden alır⁵⁶. Oysa kullanım ödöncünde kişi aldığı şeyin zilyedi dahi değildir.

D.13.6.8: *“Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus”*

D.13.6.8: “Ariyet verdiğimiz malın mülkiyetini ve zilyetliğini elimizde tutarız.”

Malı sadece fiilen elinde bulundurmaktadır. Bu durum ödönc (*commodatum*) alanın zilyetliği koruyan himaye vasıtalarından yararlanmasına neden olur. Ödönc veren ise şeyi teslim ettikten sonra bile hem

⁵⁵ BURDICK, s. 439.

⁵⁶ *Mutuum* kelimesi “benimki/bana ait olan” ve “seninki/sana ait olan” anlamlarına gelen “*meum*” ve “*tuum*” kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur. Kelime “benim olan artık senin” şeklinde yorumlanabilir. HUNTER W.: a Systematic and Historical Exposition of Roman Law, London 1920, s. 472.

malik hem de zilyet kaldığından gerektiğinde mülkiyet ve zilyetlik davalarını kendisi açar⁵⁷.

Kullanım ödücü sözleşmesi kural olarak misli olmayan şeyler üzerinde yapılır. Kitap, araba, köle gibi misli olmayan şeyler ariyet sözleşmesinde borcun konusunu oluşturur. Hatta taşınmazlar dahi ariyete konu olabilirler⁵⁸. Tüketim ödücünde ise misli eşya söz konusudur. İstisnai olarak misli mallar da kullanım ödücü sözleşmesine konu olabilirler.

D.13.6.3.6: “*Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*”

D.13.6.3.6: “*Kişi gösteriş veya hava atma amacıyla almadıkça, kullanmakla tüketen mallar ariyete konu olmaz.*”

Ancak bu genelde gösteriş amacına dayanır. Bir kimsenin arkadaşının cüzdanında gördüğü farklı bir ülkenin banknotunu bir arkadaşına göstermek için alması ve gösterdikten sonra geri vermesi bu duruma bir örnektir. Ayrıca kullanım ödücü sözleşmesinin konusu tüketilemez eşyadır. Tüketim ödücünde ise ödünç alınan şey tüketilmek için alınır⁵⁹. Gösteriş amacıyla misli eşyaların kullanım ödücüne konu olması durumlarında ise eşyalar tüketilmek amacı ile alınmaz, gösterildikten sonra aynen iade edilirler.

Daha önce de değinildiği üzere kullanım ödücü ücretsiz bir sözleşmedir. Dostluğa dayanır. Bu ödünç karşılığı para ödenirse kira, bir mal verilirse isimsiz sözleşmelerden biri doğar. Tüketim ödücünde ise faiz söz konusu olabilir. Faiz ödenmesi tüketim ödücü sözleşmesinin niteliğinde bir değişikliğe yol açmaz⁶⁰.

Kullanım ödücü, tıpkı diğer real sözleşmelerden rehin (*pignus*) ve vedia (*depositum*) gibi bir iyi niyet sözleşmesidir. Buna karşın tüketim ödücü (*mutuum*) diğer real sözleşmelerden farklı olarak Roma'nın her döneminde dar hukuk sözleşmesi vasfını muhafaza etmiştir⁶¹. İyiniyet

⁵⁷ RADO, s. 76; TAHİROĞLU, s. 164.

⁵⁸ Bir kimsenin kullanmadığı kömürlüğünü komşusu malları koysun diye komşusuna ödünç (ariyet) vermesi taşınmaz bir şeyin ariyete konu olmasına örnektir.

⁵⁹ TAHİROĞLU, s. 164.

⁶⁰ RADO, s. 77.

⁶¹ UMUR, s. 343; RADO, s. 69; TAHİROĞLU, s. 165.

sözleşmelerinin yaygınlaştığı *Iustinianus* döneminde *mutuum* hep dar hukuk davalarına bağlı kalmıştır⁶². Bunun sonucu olarak kullanım ödünç sözleşmesine bağlı olarak yapılan şekilsiz anlaşmaların, *pactum*'ların içerikleri, iyiniyet gereği ifası gereken şeylere dâhil olduğundan kullanım ödünç davalarında göz önünde bulundurulurlar. Oysa *mutuum*'a bağlı anlaşmaların borç doğurabilmesi için ayrı bir sözleşme (örneğin; *stipulatio*) yapılması gerekirdi⁶³.

Kullanım ödünç sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşmedir. Bu özelliği ile kullanım ödünç sözleşmesi Roma Hukuku'ndaki tek taraflı sözleşme anlayışından ayrılışın ilk örneğidir⁶⁴. Bu sözleşmede taraflardan biri (ariyet alan) her zaman borçludur. Bu borç aldığı şeyi iade etme borcudur. Ödünç (ariyet) veren ise bazı hallerde borç altına girer. Bu borç genelde ödünç (ariyet) verenin ciddi bir kusuru olması yüzünden ödünç (ariyet) alanın zarar görmesinden ya da ödünç (ariyet) alanın aldığı şey üzerinde bazı fevkalade masraflar yapmasından kaynaklanır⁶⁵. Oysa tüketim ödünç sözleşmesi tek taraflıdır. Bu ödünç sözleşmesinde yalnızca ödünç alan borç altına girer.

Kullanım ödünç sözleşmesi ile benzerlikler taşıyan bir diğer sözleşme ise *vedia* sözleşmesidir. *Vedia* (*depositum*) bir kimsenin bir malını bir başka kişiye saklaması için verdiği sözleşmedir⁶⁶. *Vedia* alan malı istendiği zaman geri iade etme borcu altına girer. Kullanım ödünçünde var olan ücretsiz olarak kullanıp iade etme amacı *vedia*da ücretsiz olarak muhafaza edip iade etme olarak ortaya çıkar. *Vedia* bırakılan malı ne bir 3. kişi ne de *vedia* alanın kendisi kullanamaz⁶⁷. Teoride birbirinden kolayca ayrılan bu iki kavramı pratikte ayırmak her zaman çok da kolay değildir⁶⁸. Eğer bir kişi gümüş kolyesini bir arkadaşına kendisinin yokluğunda muhafaza etmek için *vedia* olarak verirse ve katılacağı bir yemekte kendi kolyesinin kıyafetine uymaması durumunda *vedia* bırakılan kolyeyi kullanması için icazet (izin) verirse belli durumlarda *vedia*, belli durumlarda ise kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olur.

⁶² ÇELEBİCAN, s. 304.

⁶³ RADO, s. 77.

⁶⁴ HUNTER, Exposition of Roman Law, s. 476.

⁶⁵ UMUR, s. 343.

⁶⁶ HUNTER, Introduction, s. 104-105.

⁶⁷ WATSON A.: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965, s. 7.

⁶⁸ BUCKLAND W.W.; Elementary Principles of Roman Private Law, Cambridge 1912, s. 240.

B) KULLANIM ÖDÜNCÜNDEN DOĞAN BORÇ VE DAVALAR

Tüketim Ödücü (*mutuum*) sözleşmesi ile farklarından bahsedilirken değinildiği üzere kullanım ödücü (*commodatum*) sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşme olduğundan taraflardan biri her zaman, diğeri ise bazı durumlarda borçlu olur. Kullanım ödücü sözleşmesinde esas borç ödünç (ariyet) alanın borcudur. Bu borç kişinin aldığı şeyi aynen iade etmesinden ibarettir. Ödünç (ariyet) alan şeyi hangi niyetle aldıysa o niyete uygun kullanmak ve akabinde geri vermek ile mükelleftir. İlk zamanlarda kullanım ödücü sözleşmesi *Ius Civile* tarafından tanınmadığından *formuları* “*actiones in factum conceptae*”⁶⁹ idi. Daha sonraları *preatorlar* bu konuda “*in ius conceptae*”⁷⁰ bir *formula* vermeye başladılar. *Iustinianus* hukukunda ise ödünç (ariyet) veren ödünç alana karşı “*actio commodati directa*” davasını açabiliyordu⁷¹. Yalnızca, verdiği mal yüzünden ödünç (ariyet) alanın zarara uğraması gibi bazı durumlarda ödünç veren de borçlu olabirdi. Mesela ödünç alınan atın hastalığı ödünç alanın hayvanlarına bulaşması söz konusu olduğunda⁷² ya da ödünç alınan fiçılara konulan şarap aktığında⁷³; ödünç alan hakkını *actio commondati contraria*⁷⁴ davası ile korurdu.

Ödünç (ariyet) alan aldığı şeyi iade edemiyorsa bundan sorumludur. Bu sorumluluğun türü ise Roma'nın çeşitli dönemlerinde farklılıklar göstermiştir. Roma'da eski devirlerde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesi yaygınken, *preatorların* etkisiyle bu sorumluluk geri plana atılmış ve klasik devirden itibaren kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) ilkesine doğru hızlı bir gidiş gözlemlenmiştir⁷⁵. Bu değişim kulla-

⁶⁹ *Ius Civile* tarafından davası olmayan, fakat *preatorun* himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için bir *formulanın* *intentio*'suna (davacının iddiasını ileri sürdüğü bölüm) dâhil ederek zikrettiği bir olaya dayanan *preator* davaları. UMUR, Lügat, s. 15.

⁷⁰ *Formularların* *intentio* kısmına *Ius Civile*'ce tanınmış bir hakkın zikredilmiş bulunduğu davalar. UMUR, Lügat, s.15.

⁷¹ UMUR, Lügat, s. 3; RADO s. 77.

⁷² ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

⁷³ D.13.6.18.3: Alınan kap kusurlu ise ve o kaba konulan şarap veya yağ aktıysa ya da bozulduysa, karar kabı verenin aleyhine olmalıdır. (*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*)

⁷⁴ UMUR, Ders Notları, s. 342.

⁷⁵ ERDOĞMUŞ B.: “Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2010, s. 895.

nım ödücü sözleşmesinde de görülebilir. Ödünc (ariyet) alan klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluğun) bir türü olarak kabul edilen *custodia* ile sorumludur⁷⁶. *Custodia* umulmayan hallerde bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür⁷⁷. Bu kavram ileride ayrıntılı şekilde incelenecektir. *Iustinianus* döneminde ise ağır basan kusursuz sorumluluğun (subjektif sorumluluk) etkisiyle ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu hafifletilmiş, ödünç (ariyet) alan *culpa levis*⁷⁸'ten (hafif ihmal) sorumlu tutulmuştur. Kural olarak hafif ihmalden sorumluluğun normal şekli bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumluluktur⁷⁹. *Culpa levis*'den sorumlu tutulan bir borçlu ağır ihmalden ve kastından evleviyetle sorumlu tutulacağından hafif ihmal sorumluluğuna *omnis culpa* sorumluluğu denmektedir⁸⁰.

IV. ROMA HUKUKUNA HÂKİM SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ A) ROMA HUKUKU'NDA SORUMLULUK KAVRAMI

Borcun konusu borçlunun alacaklıya borçlanmış olduğu edimdir. Borçlu alacaklıya karşı bu edimi yerine getirmek zorundadır. Bu anlamda borç borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirme yükümlülüğünü ifade eder⁸¹. Her borçlu borcunu gereken şekilde yerine getirmelidir. Eğer borçlu borcunu yerine getiremiyorsa sorumluluğu söz konusu olur⁸². Sorumlu olmak, bir kimsenin belli bir davranışta bulunma veya bulunmama yükümlülüğü altında olmasını, edimi yerine getirmeye zorlanabilmesini, gerektiğinde sorumlu olduğu şeyi yerine getirmek için tüm malvarlığından vazgeçmesini ifade eder⁸³. Hukuki anlaşmazlıklar da bir kimsenin üzerine düşeni yerine getirmemesinden doğar ve bu durumlarda borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu ortaya çıkar.

Bu alanda farklı esaslara dayanan iki sorumluluk ilkesi vardır. Zamanına ve yerine göre biri veya diğeri, bazı devirlerde ise her ikisi birlikte

⁷⁶ ZİLELİOĞLU H.: "Roma Hukuku'nda Sorumluluk Ölçütlerine Bir Bakış", AÜHFD, C. 39, Sa. 1-4, s. 242.

⁷⁷ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

⁷⁸ Bir kimsenin; iyi bir aile babasının, yani aklı başında normal bir insanın gösterdiği ihtimamı göstermemesi halinde *culpa levis* söz konusu olurdu. MARZO, s. 365.

⁷⁹ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s.244.

⁸⁰ UMUR, Lügat, s. 144.

⁸¹ EREN F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.78.

⁸² UMUR, Ders Notları, s.306; TAHİROĞLU, s.40.

⁸³ ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.24.

uygulanan bu iki ilke kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk⁸⁴) ve kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk⁸⁵) ilkeleridir. Kusursuz sorumluluk ilkesinde belirleyici olan etken sonuçtur. Buna göre hukuka aykırı sonuç meydana gelmişse, bu sonucu meydana getiren kişi sorumludur⁸⁶. Ödünç (ariyet) alınan at geri verilmemişse veya satılan mal devredilmişse bu sonucu ortaya çıkaran kimse bundan sorumlu tutulur. Bu ilke kişinin borcunu ifa edemeyişinin sebebini düşünmez, sadece beklenene netice ortaya çıkmadığı için kişiyi sorumlu tutar⁸⁷. Yani sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında illiyet bağının varlığı bu sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterlidir.

Buna karşın borcunu yerine getirmeyen borçlunun, borcunu yerine getirememesinin sebepleri araştırılırsa ve kusuru olduğu hallerde yaptırım uygulanırsa kusur sorumluluğu söz konusu demektir. Burada sorumluluk zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanır⁸⁸. Bu ilkeye göre borcunu yerine getiremeyen kusurlu değilse sorumlu da değildir.

Roma Hukuku'nda klasik hukuk dönemi ve öncesinde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesinin geçerli olduğu doktrinde kabul edilmiştir⁸⁹. *Ius Civile*'nin katı, sınırlı hukuk anlayışının buna yol açtığı tahmin edilebilir. Ancak *Praetor*'ların etkisiyle zamanla kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) prensibinin uygulandığı durumlar artmış, sonuç olarak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) genel kural olarak benimsenmiştir. Bu dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) prensibi ise tamamen ortadan kalkmamış, ancak sadece bazı özel durumlarda uygulanır hale gelmiştir.

⁸⁴ Bu ilkede sadece sonucun meydana gelip gelmediğine bakıldığından buna aynı zamanda sonuç sorumluluğu da denir. TAHİROĞLU, s.41.

⁸⁵ Zarar verici davranış belirli bir süjeye bağlandığı için doktrinde kusur sorumluluğuna sübjektif sorumluluk da denilir. EREN, s.447.

⁸⁶ ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.24.

⁸⁷ UMUR, Ders Notları, s.306.

⁸⁸ EREN, s.447.

⁸⁹ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

B) ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

1. Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu:

Özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nde göze çarpan bu sorumluluk türü kusursuz sorumluluğun özel hallerinden birisi olarak değerlendirilir. *Custodia* sorumluluğu Klasik dönemin etkisini taşıyan ağırlaştırılmış bir sorumluluk türü olduğu için borçlu beklenmeyen olaylardan bile sorumlu tutulmuştur. Bu dönemde borçlu her türlü gözetimini kanıtlasa da hukuk düzeni gözetim ödevini ihlal ettiğini söyler. En eski sorumluluk türü olarak bilinen *custodia* sorumluluğuna göre bir kimse gerekli önlemleri almış da olsa kendisine verilen eşyalar ile ilgili meydana gelen kayıplardan dolayı şüphesiz sorumlu tutulmaktaydı. Bu sorumluluk hırsızlığı, üçüncü kişilerin mala verdiği zararları ve hayvanların mala verdiği zararları da kapsamaktaydı⁹⁰. Bir hırsızlık gerçekleştiğinde ödünç (ariyet) alan her türlü önlemi almış da olsa ödünç (ariyet) aldığı malın çalınmasından sorumlu tutuluyordu⁹¹. Sadece *vis maior* (mücbir sebep) söz konusu olduğunda meydana gelen zararlardan dolayı *custodia* sorumluluğu doğmazdı⁹². Yani *custodia* sorumluluğunun doğmaması için tabii veya insan fiiline bağlı, gerçekleşmesinin borçlu ile ilgisinin olmadığı, önlenmesi insan gücünün üstünde kalan bir hadisenin varlığı gerekliydi⁹³. Mesela ödünç (ariyet) alınan şey zelzele ve sel felaketi yüzünden kullanılmaz hale geldiyse borçlu sorumlu tutulamazdı⁹⁴.

Bu sorumluluk türü genel olarak başkasının malını kendi yararı için elinde tutan borçlunun sorumluluğunu belirleme kullanılmıştır. Klasik dönemde; kullanım ödünç sözleşmesi, istisna sözleşmesi, satım sözleşmesi ve rehin sözleşmesi *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilen sözleşmelerdir. Klasik devre hâkim olan kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinin *Iustinianus* döneminde hafifletilmesiyle bu sorumluluk türü bazı istisnai haller dışında terk edilmiş ve *diligentia* sorumluluğuna dönüşmüştür.

⁹⁰ SÜTKEN E.: "Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, 2003, s.39.

⁹¹ Dolayısıyla malın sahibi olmasa bile *actio furti* davası açabilirdi.

⁹² RADO, s.44.

⁹³ UMUR, "Lügat", s.220.

⁹⁴ RADO, s.44.

2. Dolus (Kasıt):

Bu terim haksız, kötü davranışı ifade eder. Dolus kelime anlamı olarak haksız fiillerde hile anlamına gelmektedir. Buradaki kullanılışı ise kasıt anlamını taşımaktadır. Kasıt borçlunun borcunu yerine getirmemek için, bilerek ve isteyerek hukuka aykırı hareket etmesidir⁹⁵. Örneğin bir kimsenin ödünç (ariyet) aldığı atı, atın sahibine zarar vermek amacıyla öldürmesi durumunda kasıt söz konusu olur. Satıcı, sattığı malı alıcısına teslim etmemek için bozar veya kırarsa kasıt vardır. Kişinin kötülük etme niyeti olmasa bile alacaklının zarar göreceğini bilerek hareket etmesi durumunda da kasıt söz konusu olur. Eğer borçlu isteyerek borcun ifasını imkânsız hale getiriyorsa veya bilerek kötü ifa ediyorsa kasıttan sorumludur. Kasıtlı, yani bilerek ve isteyerek yapılan hareketler toplum düzenini, kamu barışını bozduğu için mutlaka ama mutlaka yaptırımla karşılaşmalıdır⁹⁶. Kasıt kusurun en ağır derecesidir ve borçlu kastından her zaman sorumlu tutulur. Bu kural sözleşme ile de bertaraf edilemeyecek bir ilkedir⁹⁷.

D.13.6.17: *"In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est."*

D.13.6.17: *"Kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olduğunda ariyet konusu şeye kasten verilebilecek zararları kapsamına almayan sözleşme hükümleri geçerli değildir."*

Roma Hukuku'nda kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru yönelişin ilk adımı *dolus* olmuştur. Ticaret geliştikçe ve Roma toplumları genişledikçe sözleşmeler sistemi gelişmiş ve bunun bir sonucu olarak farklı sorumlulukların doğması söz konusu olmuştur. *Dolus* kavramı da sözleşmelerle birlikte gelişmiş ve zamanla *custodia* ile yan yana uygulanmaya başlamıştır.

Roma Hukuku kaynaklarında *dolus, bona fides*'in karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu kavramın kapsamına *dare* (yapma) borcu girdiği gibi *facere* (yapmama) borcu da girer. Edim yükümlülüğü ve tazminatın kapsamı da *bona fides*'e göre belirlenir.

⁹⁵ TAHİROĞLU, s.50.

⁹⁶ ERDOĞMUŞ, s.30.

⁹⁷ TAHİROĞLU, s.51.

3. İhmal (Culpa)

İhmal anlamında *culpa* kavramının gelişimi haksız fiiller alanında olmuştur⁹⁸. Haksız fiil bağlamında geliştirilen unsurlardan birisi de *culpa* kavramı olmuştur. *Custodia* ve *dolus* kavramları sözleşmeden doğan sorumluluklara hâkimken *culpa*'nın varlığı daha öz önem taşımaktaydı. Bu dönemlerde özellikle *dolus* söz konusuysen, *dolus*'un bulunması gerektiği yerde ihmal söz konusu ise sorumluluk doğmaz denilmiştir. Yani *culpa*, *dolus*'un varlığını saptamada kullanılmıştır. *Culpa*'nın teknik anlam kazandığı dönem ise klasik sonrası hukuk dönemidir. Ayrıca *culpa*'nın *culpa lata-culpa levis* (ağır ihmal hafif-ihmal) şeklinde ikiye ayrılması da bu dönemde gerçekleşmiştir.

İhmal dar anlamda özensizliği, dikkatsizliği ve tedbirsizliği ifade eder⁹⁹. Kasıt kadar ağır olmayan bir kusurdur. Burada kişi hukuka aykırı bir hareketin ortaya çıkmasını istememiştir. Fakat gerekli özen ortaya konmadığı için hukuka aykırı hareket ortaya çıkmıştır. İhmal ifanın imkânsızlığını ve kötü ifayı oluşturabilecek, her türlü kınanabilecek davranışı ifade etmektedir.

İhmal söz konusu olduğunda ağır ihmal hafif ihmal kavramları göze çarpar. Ağır ihmali hafif ihmalden ayıracak kesin bir ölçü yoktur. Bununla beraber ağır ihmalden maksat herkesin anladığını anlamamak, herkesin bildiği şeyi bilmemek ve yapmamaktır¹⁰⁰. Anlaşılabileceği üzere ağır ihmal açıklanamaz ve affedilemez bir düşüncesizliktir. Hafif ihmal ise kişinin dikkatli ve özenli bir kimsenin gösterdiği özeni göstermemesi halinde söz konusu olur. Söylenildiği gibi bu iki ihmal türü arasındaki farkı somut olaylarda gözlemlemek zor bir iştir¹⁰¹.

4. Özen Yükümü (Diligentia)

Diligentia, *Iustinianus* dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışının ölçütlerinden biridir. Bir subjektif sorumluluk ölçütü olarak değerlendirilse de kusursuz sorumluluğa yakın bir anlayışa sahiptir. *Custodia*'nın subjektifleştirilmiş biçimi olarak tanımlanabilir.

Daha önce de değinildiği üzere *Iustinianus* dönemi hukukçuları *custodia*'yı terk etmiş ve tamamen *diligentia* sorumluluğuna dönmüşlerdir.

⁹⁸ *Lex Aquilia* kanunu (M.Ö. 287) haksız fiil kavramının gelişimini sağlayan kanundur.

⁹⁹ TAHİROĞLU, s.52.

¹⁰⁰ TAHİROĞLU, s.55.

¹⁰¹ TAHİROĞLU, s.58.

Ancak bu *culpa* karşıtı bir sorumluluk biçimi olarak görülmemiştir¹⁰². Çünkü Iustinianus dönemi hukukçuları için *culpa diligentia* yükümüne aykırı bir hareket olarak *neglegentia* (ihmal) den başka bir şey değildi. Bu nedenle culpa ve diligentia aynı tür sorumluluğu ifade eden iki ayrı terimdi. Böylece diligentia ile kusur sorumluluğuna girilmiş oldu.

En eski çözüm yolları olan dolus ve culpa lata'dan sorumluluk sözleşmelerdeki ifa eksiklerini gidermeye yetmemiştir. Bu halde borçlunun borca aykırı hareketlerinden kaçınmasını içeren negatif hareketine ek olarak pozitif bir harekete yani özen göstermeye ihtiyaç duyulmuştur¹⁰³. Bu hareket değerlendirilirken kişinin kendi kişiliğine göre değişen bir ölçü yerine dikkatli bir insanın kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsü dikkate alınır. Roma kaynaklarına göre borçlu sadece alacaklının yararına aykırı hareketlerden kaçınmakla kalmayıp (*culpa*) ifayı olumlu bir hareket olan özen yükümü içinde gerçekleştirmelidir¹⁰⁴.

5. Fayda İlkesi (*Utilitas*)

Bu ilkeye göre bir sözleşmede menfaati olmayan tarafın sorumluluğunun menfaati olan kişiye nazaran daha hafif olarak takdir edileceği, yani borçlunun sadece alacaklıya yarar sağlayan borç ilişkilerinde ağır kusur ölçüsüne tabi olmaması gerektiği kabul edilmişti¹⁰⁵. Bu ilke her sözleşmede dikkate alınmamıştır. Sadece borçlunun yarar sağlamadığı sözleşmelerde borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmak için dikkate alınır. Buna göre mesela vedia sözleşmesi ücretsiz bir sözleşme olduğu için vedia alan yalnızca kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu tutulmaktaydı. Sadece sorumluluğu hafifletmek için değil, gerektiğinde ağırlaştırmak için de kullanılır. Örneğin kullanım ödünç sözleşmesinde ödünç verenin bir menfaati yoktur. Sadece ödünç alanın menfaati söz konusu olduğundan ödünç alan bütün kusurlarından sorumlu tutulmaktadır.

Iustinianus yarar ilkesini mutlak olarak uygulamamıştır. Örneğin; Roma'da daima ücretsiz olan vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâletsiz iş görmede işgören ve vesayette vasi ihmallerinden sorumlu tutulmuştur.

6, Beklenmeyen Hal (*Casus*) ve Mücbir Sebep (*Vis Maior*)

Borçlunun kusuru olmaksızın, borcun yerine getirilmesi imkânsız hale gelirse, *Iustinianus* hukukunda borçlunun sorumluluğunun olmadığı

¹⁰² ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 262.

¹⁰³ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

¹⁰⁴ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

¹⁰⁵ ERDOĞMUŞ, s.37.

kabul edilir. Bunun istisnası ise han, gemi ve ahır sahiplerinin sorumluluklarıdır. Klasik hukuk döneminde ise beklenmeyen haller *custodia* sorumluluğu kapsamındaydı ve bu bakımdan özel bir önem arz etmekteydi. *Custodia*'nın geçerli olduğu ödünç gibi sözleşmelerde beklenmeyen bir halden dolayı borcun ifası yapılamasa bile borçlu kişi bundan sorumlu tutulmaktaydı.

Mücbir sebep (*vis maior*) ise önüne geçilemeyen, önlem alınamayan, sorumlu şahsın faaliyet alanı dışında meydana gelen ve borcun ihlaline yol açan olaylardır. Mücbir neden her durumda sorumluluğu kaldırır. Çünkü öyle öngörülemezdir ki ona karşı konulması mümkün değildir¹⁰⁶.

V. KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİNDE UYGULANAN SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

Kullanım ödünç sözleşmesinde sorumluluk konusu, genel olarak Roma Hukuku'ndaki sözleşmeye dayanan sorumluluk içinde oldukça önemli yer tutmaktadır. Burada oluşan prensipler genel nitelik kazanmış ve Roma Hukuku'ndaki tüm sorumluluk sistemini belirlemiştir.

Daha önce de değinildiği üzere kullanım ödünç sözleşmesinde; ödünç alan, klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluğun) bir türü olarak kabul edilen *custodia* ile sorumludur. *Iustinianus* döneminde ise ağır basan kusursuz sorumluluğun (subjektif sorumluluk) etkisiyle ariyet alanın sorumluluğu hafifletilmiş, *custodia* kavramı yerini *diligentia*'ya bırakmış ve ariyet alan *culpa levis*'den (hafif ihmal) sorumlu tutulmuştur. Şimdi kısaca Roma'nın çeşitli hukuki dönemlerinde kullanım ödünç sözleşmesinde kullanılan bu sorumluluk türlerine göz atalım.

a) KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİNDE CUSTODIA SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak Custodia Kavramı

Roma Hukuku'nda *custodia* terimi ile genel olarak bir şeyi gözetme borcu kastediliyordu. Ancak Roma Hukuku kaynaklarında sıkça rastlanan bu kelimenin her zaman gözetmek anlamını taşıdığını söylemek hatalı olacaktır. Roma Hukuku'nda *custodia* kelimesinin üç ayrı hukuki kullanım biçimi olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bu kavramlara kısaca göz atalım.

¹⁰⁶ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 263.

¹⁰⁷ ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.33.

a) Bunlardan ilki halk dilindeki anlamıyla yani nezaret anlamıyla, teknik olmayan biçimde kullanıldığı hallerdir. Hukuki açıdan bakıldığında bu kavram daha çok aile hukukunda karşımıza çıkar. Aile Hukuku ile ilgili kavramlarda *custodia ventris* (ceninin gözetimi) ya da *custodia partus* (çocuğun gözetimi) şeklinde velayet ve vesayet ile ilgili konularda kullanımlarına rastlanmaktadır¹⁰⁸.

b) İkinci kullanım biçimi ise kişiler ve şeyler üzerinde kurulan hâkimiyet biçiminde karşımıza çıkar. Buradaki *custodia* kullanımı zilyetliğin fiili hâkimiyet ögesi ile yakından ilgilidir. Bu kullanıma örnek olarak D. 41.2.3.13 gösterilebilir. Bu metne göre taşınır bir malın *custodia*'sının korunması fiili hâkimiyet için yeterlidir¹⁰⁹.

c) Son olarak, Roma Hukuku'nda *custodia* kavramının yer aldığı ve bu çalışmada da ele alınış şekli olan kullanım alanı ise "*custodiam praestare*"dir. Sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında karşımıza çıkan *custodia* genellikle "*custodiam praestare*"dir. *Praestare* kelimesi birçok farklı anlam taşısa da bir sözleşme söz konusu olduğunda *praestare* kavramı çeşitli borç ilişkilerindeki ifa noksanlıkları ve ifa yoklukları nedeniyle sorumluluk yüklenmeyi ifade eden bir anlam kazanmaktadır¹¹⁰. Bu kavram Türkçe eda ve edim kelimeleriyle karşılanmaktadır.

Değindiği üzere "*custodiam praestare*" kavramı sözleşmeye dayanan sorumluluk söz konusu olduğunda karşımıza çıksa da bu kavram her sözleşmede uygulama alanı bulamamıştır. Sadece belirli bazı sözleşme tiplerinde gözetim sorumluluğu vardır. Örneğin; ariyet, istisna, satım ve rehin sözleşmeleri *custodia* sorumluluğuna dâhildir.

Custodia sorumluluğu her ne kadar gözetme borcu anlamına gelse de, gözetimin söz konusu olduğu her borç ilişkisinde *custodia*'nın varlığı söz konusu değildir. Örneğin gözetim söz konusu olduğunda akla ilk gelen anlaşmalardan vedia sözleşmesinde sorumluluk *custodia* değil, *dolus*'tandır¹¹¹. *Custodia*'nın geçerli olduğu sözleşmelerde ise koruma yükümlülüğünün genelde borç ilişkisinin esas amacı olmadığı gözlemlenir. Borçlunun malı elinde tutmaktaki asıl amacı kendi yararındır, malı koruyup kollamak değildir. Koruma borcu vedia olduğunun aksine ikincil bir borçtur. Bu bilgilerden de *custodia*'nın koruma anlamında kullanılan bir gözetim

¹⁰⁸ ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.33; D.25.4.1.

¹⁰⁹ ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.34.

¹¹⁰ ZİLELİOĞLU, "*Custodia*" s.21.

¹¹¹ MACCORMACK G.: "*Custodia and Culpa*", ZSS, sa.89, s.155; ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.21.

fiili değil, belli sözleşmelerde geçerli bir sorumluluk türü olduğu bilgisine ulaşabiliriz.

Custodia sorumluluğunda, sorumluluğun bu kadar ağır olmasının sebebi sorumluluk altındaki kişinin sözleşmeden menfaatinin olması ile açıklanır¹¹². Örneğin; biraz önce de açıklandığı üzere, vedia sözleşmesinde, vedia alanın sorumluluğu *dolus* (kasıt) ile sınırlandırılmıştır. Veditadan farklı olarak, *custodia* sorumluluğu denince akla ilk gelen örneklerden olan kullanım ödünçü sözleşmesinde, ariyet alanın menfaati söz konusudur. Burada kişi aldığı şeyi ücretsiz olarak kullanmaktadır. Karşılıksız kullanıma bırakılan bir mal söz konusu olduğundan ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu, vedia sözleşmesindekinden çok daha ağırdır.

Custodia sorumluluğunun geçerli olduğu sözleşme tiplerine bakarsak hepsinin bir ortak özelliği olduğunu görürüz. Bu ortak özellik başkasına ait bir malın elde bulundurulması ve bu malın daha sonra geri verilmesi borcunun doğmasıdır. Bunun tek istisnası alım-satım sözleşmesidir. Bu sözleşmede satıcı sattığı ancak henüz teslim etmediği malın gözetiminden sorumlu tutulmaktadır¹¹³.

Bütün bu bilgilere dayanarak *custodia*'yı kişinin başkasına ait bir malı kendi yararına elinde bulundurduğunda, bu mala gelecek bazı zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olduğu haller olarak tanımlanabilir¹¹⁴.

Klasik devre hâkim olan kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinin *Iustinianus* döneminde hafifletilmesiyle *custodia* sorumluluğu terk edilmiş ve *diligentia* sorumluluğuna dönülmüştür. Ancak otelcilerin gemicilerin ve ahır sahiplerinin sorumluluklarına dair esaslar aynen muhafaza edilmiştir.

2. Kullanım Ödünçü Sözleşmesinde Custodia Sorumluluğu

Kullanım ödünçü sözleşmesinde, kullanılmak amacıyla başkasına ait bir mal alınmaktadır. Normal olarak bu malı elinde bulunduran kişinin yararı söz konusudur. Bu nedenle de malı korumak ve geri vermek bakımından ortaya çıkan sorumluluk, ağırlaştırılmış bir sorumluluk olmalıdır.

¹¹² TAHİROĞLU, s. 165.

¹¹³ ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.268.

¹¹⁴ ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.269.

Roma'da da gerek klasik dönemde gerekse de *Iustinianus* döneminde kullanım ödücü sözleşmesi için ağırlaştırılmış sorumluluk türleri karşımıza çıkmıştır.

Kullanım ödücü sözleşmesinde *custodia* sorumluluğu Roma'nın hukuki dönemlerinden Klasik Hukuk döneminde karşımıza çıkmaktadır. *Iustinianus* hukukunda *omnis culpa* (bütün kusurlarından sorumluluk) sorumluluğuna geçilerek nispeten yumuşatılan ariyet alanın sorumluluğu, klasik hukukta en ağır sorumluluk türü olan *custodia* sorumluluğudur¹¹⁵. Ödünç (ariyet) alan kimse klasik dönemde devamlı nezaretle önlenmesi mümkün olan her türlü zarardan sorumludur. *Custodia* kavramının kapsamı beklenmeyen halleri (*casus*) de içine alır. Mesela ödünç (ariyet) alan, ödünce konu olan malın çalınmasından dolayı, hiçbir kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulur¹¹⁶.

Custodia sorumluluğunun sınırını mücbir sebep (*vis maior*) çizer. *Custodia* sorumluluğunda kişi yalnızca *vis maior* nedeniyle (yıldırım düşmesi, su baskını, deprem, fırtına, yangın) meydana gelen olaylardan sorumlu tutulmazdı. Mesela ödünç (ariyet) alınan şey deprem sonucu borçlunun evinin yıkılmasıyla zarar görmüş ise borçlu sorumlu tutulamazdı. *Vis maior*; deniz kazası, kölenin veya hayvanın ölümü, yangın, su baskını gibi doğal kuvvetler sonucu meydana gelen olayları kapsadığı gibi, düşman saldırısı, gasp, korsan baskını gibi insanlardan kaynaklanan olayları da içine alırdı.

D.13.6.18: "*mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.*

D.13.6.18: "*kast ve kusur olmadan kölenin ölümü, düşman ya da eşkiya saldırısı, korsanların baskını, deniz kazası, yangın ve kölenin kaçması hallerinde custodia'dan sorumluluk yoktur*"

Ancak *Digesta* metinlerinde, bazı hallerde ödünç (ariyet) alan kişinin *vis maior* nedeniyle gerçekleşen zarardan bile sorumlu tutulduğunu gör-

¹¹⁵ RADO s.78.

¹¹⁶ Bu sorumluluğun bir sonucu olarak ariyet alan malın sahibi ya da zilyedi olmamasına rağmen hırsızlıktan doğan ceza davası (*actio furti*) açabilirdi. RADO, s.191, ERDOĞMUŞ, "*Custodia*", s.97.

mekteyiz. Bu metinler *vis maior* ile birlikte borçlunun kusurunun bulunduğu halleri de göstermektedir¹¹⁷. Bu konuda *Digesta*'da yer alan örneklerden biri yolculuk için ariyet alınan atın savaşta kullanılması ve ölmesidir¹¹⁸. Bu örnekte savaş bir mücbir nedendir ancak borçlunun ariyeti amacı dışında kullanması sorumluluğunun doğmasına neden olmuştur. Buradan anlaşılacağı üzere *vis maior* sayılan bir olayın gerçekleşmesi yüzünden ödünç (ariyet) konusu mal zarar gördüyse, ödünç (ariyet) alanın malı kullanma sınırları içinde kullanıp kullanmadığına bakılmaktaydı. Yine mücbir sebep olarak değerlendirilen deprem, yangın veya gemi batması gibi bir sebep yüzünden ödünç konusu şey yüz kullanılamaz duruma geldiyse ve fakat devamlı tedbirle o şeyi kurtarmak mümkün olacak idiyse yine ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹¹⁹. Zilelioğlu'nun görüşüne göre bu örnekler klasik dönem hukukunda *factum debitoris* (borçlunun fiili) kuralının uygulandığını göstermektedir¹²⁰. Bu kurala göre sözleşmenin ifa edilememesinin borçlunun aktif, iradi bir hareketinden doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Bu hareketten dolayı alacaklı zararına bir sonuç ortaya çıkarsa, hareketin neden olduğu imkânsızlık tazmin edilecektir¹²¹. Buradan anlaşılacağı üzere *factum debitoris* fikri ilk kez kusursuz sorumlulukta (objektif sorumluluk) kaynağını bulmuş; borçlunun hareketinin araştırılması hukukun gelişimi ile birlikte şekil değiştirerek borçlunun niyetinin araştırıldığı kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) sistemini yaratmıştır¹²².

Kullanım ödünç sözleşmesinde *custodia* sorumluluğu incelenirken dikkati çeken bir diğer konu ise kölelikle ilgilidir. Bilindiği gibi Roma devletinde kölelik yaygındı ve köleler mal olarak değerlendirilir ve işlem görürdü. Dolayısıyla kullanım ödünç sözleşmesine konu olabilirlerdi. Ancak köle ariyetinde ariyet alan kişinin sorumlu olup olmadığı konusu şüphelidir. Bu konu ile ilgili *Digesta*'da yer alan metinde kölenin mal olarak

¹¹⁷ Bu metinler üzerinde interpolatio yapıldığı ve kusur sorumluluğuna uygun hale getirildiği çoğunluk tarafından kabul gören bir görüştür. ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.139.

¹¹⁸ İlgili *Digesta* metni ve çevirisi için bkz: dipnot 44.

¹¹⁹ RADO, s.78; ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.144.; PAUL. SENT. 2.4.2: "Eğer verilen şey; yangın çıkması, evin yıkılması, gemi batması ya da buna benzer bir sebepten dolayı kaybolduysa ariyet alan sorumlu tutulamaz. Ancak eğer kendi mallarına verdiği özeni o mala verseydi kurtarabilecekti isesorumlu tutulur." (Aynı yönde *Digesta* metni için bkz: D.13.6.5.4)

¹²⁰ ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.144.

¹²¹ ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 245.

¹²² ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.145.

değerlendirilmesine rağmen sonuçta kendi iradesi olan bir insan olduğu ve bu iradenin göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.

D.13.6.5.6: *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indi-geret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.*

D.13.6.5.6: “Ancak kölelerle ilgili ariyette bile custodia sorumluluğunun olduğu konusu eski hukukçuları şüpheye düşürmüştür. Çünkü eğer ariyet konusu köle zincirlenmiş ise veya yaşı nedeniyle ilgiye muhtaç ise köleden dolayı custodia sorumluluğu doğar. Anlaşma ile custodia'nın kararlaştırılabilmesi de mümkündür.”

Bu yüzden metinde, kölenin ancak zincirlenmişse veya yaşı gereği gözetime muhtaç ise *custodia* sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir. Gözetime tabi olmayan (zincirlenmemiş veya yaşı gereği ilgiye ihtiyaç duymayan) kölelerde ise *custodia*'dan sorumluluk yoktur¹²³. Bu bilgilere bakarak, köle ariyete konu olduğunda, klasik hukuk döneminde ariyet alan kişinin genellikle *custodia*'dan sorumlu tutulmadığını söyleyebiliriz¹²⁴. Bu durumun istisnaları ise kölenin zincirlenmiş olarak teslim edilmesi, kölenin yaşı gereği ilgiye muhtaç olması göze çarpmaktadır. Buna ek olarak bahsi geçen *Digesta* metninden anlaşılacağı üzere tarafların anlaşarak *custodia* sorumluluğunun varlığını saptamaları da söz konusu olabilmektedir.

B) DILIGENTIA SORUMLULUĞU VE CUSTODIA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Roma Hukuku'nda, sözleşmeye dayalı sorumluluk alanında klasik hukukta objektif sorumluluk, *Iustinianus* hukukunda ise *diligentia*'ya dönüşmüş subjektif sorumluluğun varlığı kabul edilmiştir. Ariyet söz konusu olduğunda da klasik hukukta var olan *custodia* sorumluluğu, post klasik dönemde *diligentia*'ya dönüşmüş ve *Iustinianus* hukukunda ise bu kavram *diligens bonus pater familias* ve *diligentia quam in suis* biçiminde iki ölçüt olarak varlığını sürmüştür. Şimdi *diligentia* kavramını yakından inceleyeceğiz.

¹²³ İlgili *Digesta* metni ve çevirisi için bkz: dipnot 103.

¹²⁴ ZİLELİOĞLU, “*Custodia*” s.134.

1. *Diligentia* Kavramı

Diligentia haksız sonucun meydana gelmesinin önlenmesi için gösterilmesi gereken dikkat ve özen demektir¹²⁵. Klasik dönemde geçerli olan *custodia* sorumluluğundan, *culpa*'dan sorumluluğa olan geçişte; *diligentia dolus* ile *culpa* kavramları arasında bir köprü görevi üstlenmiştir. İşte bu yüzden *diligentia* kavramının daha iyi anlaşılması için ilk önce *culpa* kavramının açıklanması gerekir.

Culpa, bir kimsenin ihmal veya dikkatsizlik nedeniyle, haksız neticenin doğmasına neden olmasıdır. Herkesin bildiğini bilip yapmamak ağır ihmali oluştururken (*culpa lata*) özenli bir kimsenin bildiğini bilip yapmamak hafif ihmali (*culpa levis*) oluşturmaktadır. Iustinianus döneminde *culpa*'nın bahsi geçen bu ayrımı yüzünden *diligentia* türleri *culpa levis*'in belirlenmesi için kullanılmaktaydı. Klasik hukukta *custodia* sorumluluğu, haksız sonucun meydana gelip gelmediğini araştıran kusursuz sorumluluk olduğu için, Iustinianus döneminde *diligentia*'dan sorumluluk kusursuz sorumluluk anlayışına en yakın ve ağır sorumluluk biçimiydi¹²⁶.

Custodia'nın subjektifleştirilmiş biçimi olarak belirtebileceğimiz *diligentia*, *culpa* kavramından kaynağını alıp geliştirmiştir. Iustinianus döneminde *culpa levis* iki ölçüye göre belirlenebilirdi. Yani *diligentia* iki türe ayrılmaktaydı. Bu ölçütler *diligentia quam in suis* ve *diligens pater familias* idi.

Hafif ihmalin somut ölçüye (*culpa in concreto*) göre belirlenmesi, *diligentia quam in suis*, yani haksız sonucun önlenmesi için bir kimsenin kendisinin işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni, söz konusu işte de göstermesi şeklinde gerçekleşirdi. Eğer belli hukuki ilişkilerde bu kurala aykırı davranışlarda bulunulursa, borçlu hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulurdu. Burada ölçü olarak alınan, o kişinin kendisi olduğu için, sorumluluğa gidecek olan kişi, çok dikkatli ve özenli bir kimseyse, o hukuki ilişkide de aynı şekilde davranmalıydı. Eğer ölçü olarak alınan kişi, zaten dikkatli ve özenli bir kimse değilse, kendisinin işlerini ne şekilde yerine getirecekse o şekilde bir davranış beklenilecekti.

Culpa levis'in soyut ölçüye göre belirlenmesi ise (*culpa in abstracto*), iyi bir aile babasının o işte göstereceği özen yükümünün (*diligentia diligentis*) gösterilmesiydi. Kendi mameleki olan, dürüst, namuslu, dikkatli

¹²⁵ UMUR, Z, "Lügat" s.58.

¹²⁶ ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.145.

ve özenli, iyi bir aile babası ideal bir tip olarak ölçü alınır¹²⁷. Bu tipteki bir kişinin, o hukuki ilişkide göstermesi gereken, özen yükümü yerine getirilmezse, sorumluluğu yoluna gidilirdi. Görüldüğü üzere, bu ölçü *diligentia quam in suis*'e göre daha ağır, borçlunun aleyhine olan bir ölçüydü¹²⁸.

O halde, borçlunun sorumluluğu belirlenirken ya bir kimsenin kendisinin işlerini yerine getirirken kullandığı özen ya da ideal bir kimseden söz konusu durumda beklenen özen, ölçüt olarak alınır. Ancak her iki durumda da, o kimse için kullanılan dikkatli ve özenli olma, bir ruh halinin davranışlara yansımış şekliydi. Yani dikkatli ve özenli bir kimse denildiğinde bu kimsenin söz konusu durumda, kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmediği kastedilirdi.

2. Kullanım Ödücü Sözleşmesinde Diligentia Sorumluluğu ve Diligentia Kavramının Custodia ile İlişkisi

Custodia'nın başkasına ait bir malın kendi yararı için elde bulunduğu ve bu malın geri verilmesi borcu doğuran sözleşme tiplerinde, borçlunun bazı beklenmedik hallerden de sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk olduğu daha önce açıklanmıştı.

İyiniyet sözleşmelerinden kullanım ödücü (ariyet), vedia, istisna, kira, satım, rehin sözleşmelerinde, klasik dönemdeki sorumluluk ölçütü olarak *custodia*'nın içeriği, *Iustinianus* döneminde daraltılarak, *diligentia* sorumluluğu haline dönüştürülmüştü. Hatta *Iustinianus* döneminde *custodia*, *exactissima diligentia* olarak düşünülmüş, borçlu en hafif özen eksikliğinden sorumlu tutulmuştu¹²⁹.

Ayrıca *diligentia* kavramının temelleri, klasik hukuk döneminde atılmış olsa da, bu kavramın klasik sonrası hukuk döneminde kaynaklara eklendiği bilinmektedir.

Sorumluluk ölçütleri konusundaki söz konusu değişim, uzun bir süreç içerisinde bu sonuca ulaşmıştı. Zira *Iustinianus* dönemi derleyicileri, klasik hukuk dönemindeki *custodia*'nın geçtiği metinlerde, bazen *custodia* sorumluluğunun *diligentia* kavramını, *diligentia* kavramının çeşitli derecelerini eklerken; bazen de klasik hukuk dönemi metinlerindeki *custodia* kavramını çıkarıp yerine *diligentia* kavramını yerleştirmişlerdir.

¹²⁷ DI MARZO, s.325.

¹²⁸ ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.263.

¹²⁹ ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s.39.

Bu hususta kullanım ödücü sözleşmesiyle ilgili (*commodatum*) metinlere bakıldığında, ilk olarak *custodia*'nın *diligentia in custodiendo* haline dönüştüğü görülmektedir. Aşağıdaki metinde kullanım ödücü sözleşmesinde klasik dönemde geçerli olan *custodia* sorumluluğuyla, *Iustinianus* döneminde geçerli olan *omnis culpa* sorumluluğu dolayısıyla göstermek zorunda olduğu *diligentia* birlikte yer almaktadır:

Ulp. D. 13.6.5.5.: Kullanım ödücü konusu şey için kesinlikle custodia'dan ve diligentia'dan dahi sorumlu olur.

Kompilator'lar ise subjektif sorumluluğun sınırını oluşturan *vis maior* ve *casus*'a dayanarak, *diligentia*'yı farklı derecelere ayırıp *exacta diligentia*, *exactissima diligentia* veya *diligentia diligentissimi* olarak ifade edilen kavramları oluşturmuşlardı. Ödücü (ariyet) alanın sorumluluğunu da *exactissima diligentia* olarak belirtmişlerdi. *Diligentia*'nın *Iustinianus* döneminde yapılan bu farklı derecelendirmeleri, artık *casus minor*'u da kapsar içerikteydi. Yani *Iustinianus* döneminde sözleşmeden doğan sorumlulukta gösterilmesi gereken *diligentia exactissima* ölçütünün kapsamıyla, klasik hukuk döneminde *custodia* sorumluluğunun kapsamının arasında herhangi bir fark bulunmamaktaydı¹³⁰.

Bütün bu bilgileri özetlemek gerekirse, kullanım ödücü sözleşmesindeki sorumluluğun Roma'nın çeşitli dönemlerine şu şekilde yansıdığını söyleyebiliriz;

1. **Klasik Dönem:** Bu dönemde bazı olaylar nedeniyle ağırlaştırılmış olan teknik anlamda *custodia* sorumluluğu vardır.
2. **Post-Klasik Dönem:** Subjektif sorumluluk olarak "*culpa*" ve "*diligentia*" kavramları ortaya çıkmış ancak bunların derecelendirmeleri henüz yapılmamıştır.
3. **Iustinianus Dönemi:** Bu dönemde *Corpus Iuris Civilis* derleyicileri fayda prensibini uygulayarak basit *diligentia*'yı farklı derecelere bölmüşler ve "*exacta diligentia*" ve "*exactissima diligentia*" kavramlarını oluşturmuşlardır¹³¹.

¹³⁰ BUCKLAND, s.101.

¹³¹ ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.180.

KAYNAKÇA

- BERGER A.:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953
- BERKİ Ş.:** "Ariyet" AÜHFD, C. 11, Sa. 1-2
- BUCKLAND W.W.:** A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921
- BUCKLAND W.W.;** Elementary Principles of Roman Private Law, Cambridge 1912
- BURDICK L.W.:** the Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988
- ÇELEBİCAN Ö.K.:** Roma Hukuku, Ankara 2010
- ERDOĞMUŞ B.:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011
- ERDOĞMUŞ B.:** "Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2010
- EREN F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003
- HUNTER W.:** Introduction to Roman Law, London 1955
- HUNTER W.:** a Systematic and Historical Exposition of Roman Law, London 1920
- KOSCHAKER/AYİTER:** Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993
- MARZO S.D.:** Roma Hukuku, İstanbul 1959
- MACCORMACK G.:** "Custodia and Culpa", ZSS, sa.89
- RADO T.:** Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, İstanbul 2001
- SÜTKEN E.:** "Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, 2003
- TAHİROĞLU B.:** "Roma Borçlar Hukuku" İstanbul 2009
- TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009
- TAMER D.:** Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009
- UMUR Z.:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999
- UMUR Z.:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975
- WATSON A.:** The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965
- VILLEY M.:** Roma Hukuku Güncelliği (Çev: Bülent Tahiroğlu) İstanbul 2010
- ZİLELİOĞLU H.:** "Roma Hukuku'nda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1986

ZİLELİOĞLU H.: “Roma Hukuku’nda Sorumluluk Ölçütlerine Bir Bakış”,
AÜHFD, C. 39, Sa. 1-4

DIGESTA METİNLERİ İÇİN YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest_Scott.htm (İngilizce)

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html> (Latince)