

# 1. OTURUM

## 2. Şubat 2008 (11<sup>00</sup> - 12<sup>20</sup>)

**Sunucu:** Sempozyumumuzun birinci oturumunun konusu “Genel Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması.” I. Oturuma başkanlık etmek üzere Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı Sn.. Coşkun Koçak’ı buraya davet etmek istiyorum. Lütfen

Bu oturumun konuşmacıları ise; Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Sayın Gökhan Antalya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Kamil Yıldırım ve İtalya’dan Udine Üniversitesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Marco SPERANZIN kendilerini kürsüye davet ediyorum, buyurun;

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Üyesi Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM ise mazereti dolayısıyla burada bulunamıyor. Fakat tebliği yazılı olarak sizlere ulaştırılacaktır.

**I. Oturum Başkanı Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı Sn. Coşkun Koçak:** Sayın konuklar Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi’nin müştereken düzenlediği I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu’na hoş geldiniz.

Öncelikle perdenin aralanması gibi Türk Hukuku’nda yeterince incelenmemiş ve mahkeme uygulamaları da sınırlı bir teoriyi sempozyuma konu olarak seçen düzenleme komitesini kutluyorum. Genel olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması konulu I. oturumu açıyorum. İlk konuşmacımız Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Sayın Gökhan Antalya özel hukukta perdenin aralanması konulu tebliğini sunacaktır. buyurun; Sayın Antalya, Süreniz 15 dakikadır.

**Prof. Dr. Sayın Gökhan Antalya:** Teşekkür ederim; Sayın Başkan.

Giriş olarak yaptığımız programda düzenleme komitesi olarak Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam’ın bir tebliğ vereceği öngörülmekteydi, fakat kendisi çok yakını olan yeğenini çok genç yaşta kaybetti onun üzüntüsü içinde dün

cenaze defnedildi, onun için kendisi katılamıyor. Kendisinin tebliğini yazılı (metin) olarak bize vermişti daha önceden bunu öngörerek biz de giriş standında sizlere tebliğini dağıtmış bulunmaktayız, almayanlar var ise Hukuk Fakültesi'nin dergisinin dağıtıldığı standdan onun tebliğini temin edebilirler. Tebliği birlikte verecektik çünkü benim tebliğimle onun tebliği bir bütün oluşturuyordu bütünlüğü bozmamak anlamında ben onun bölümüne ilişkin olarak ta bir iki bakış açısını ve görüşümü de sizlerle paylaşacağım. Tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılması diyoruz ama ilk önce acaba bu kavram doğru mu, yanlış mı bunla ilgili terim anlamında acaba neler söyleniyor bir onlara bakalım; Tüzel kişiliğin veya tüzel kişilik perdesi deniliyor, örtüsü deniliyor, tülünü diyenler de var; ama her halükarda pencerenin önüne takılan bir perde, bir tül her halükarda mevcut. Tüzel kişinin içinde biz genel olarak kabul edilen bakış açısı itibarıyla perde kelimesini daha çok tercih ettik ve sempozyumun baş konusu olarak ta bunu koyduk. Peki perdeyi kabul ettikten sonra acaba sonraki kelime ne olmalıdır, kaldırma mı olmalıdır, delinme mi olmalıdır, yoksa aralanma mı olmalıdır? Genelde delinme ve kaldırma kelimeleri İngiliz hukukunda da kullanılan kavramlar olarak karşımıza çıkıyor. Alman hukukunda daha çok örtü kelimesi ön planda İngiliz hukukunda da tül kelimesine rastlamaktayız. Ama sadece bazen kaldırma yetmez veya perdenin delinmesi yetmez aslında bunların her biri perdenin kaldırılması ile veya perdeyle ilgili fiili durumu göstermek açısından ifade kelimesi itibarıyla kaldırma, delme yetmez bazen de aralanması gerekebilir. O yönüyle de literatürde hiç geçmeyen aralama kavramının da kaldırma kavramıyla birlikte kullanılması mümkündür diye düşünüyorum. Peki bu kavram Türk Hukukuna ilk olarak terim anlamında nerde ortaya çıktı 1963 yılında Prof. Dr. Ansgar STAUDİNGER Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlenmiş olduğu bir Ticaret Hukuku haftasına ilişkin bir sempozyumda özellikle holdinglerle ilgili tartışmaların yapıldığı anda holdinglerle ilgili bildirim tartışma bölümünde bu kavramı tülü kaldırma olarak ifade etmiş. Yazılı metinlere baktığımız vakit yazılı metinler içinde perdenin aralanması kavramını yerleştiği için kabul edilmesini gerektiği söyleniyor ama kendisinin önerisi daha farklı O diyor ki tüzel kişinin tabanına başvurulması olarak ifade edilse daha doğru olur deniyor. Prof. Hatemi ise daha çok perdenin kaldırılması ilkesini ışıldak ilkesi olarak ifade etmiş. Adaletin ışığı oraya kadar yansın diye. Türk Hukuku'nda 1963 sonrası literatürde artık yavaş yavaş tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin terimlere ve bu konudaki çalışmalara rastlıyoruz. Kitaplarda bu bölüm bu kavramın içeriğini ve hukuki dayanaklarına ilişkin bakış açıları sunuluyor. Ama asıl önemlisi bu konuda iki tane tez yazıldı. Bir tanesi Marmara Üniversitesi'nde yazıldı 1995 tarihinde işte tebliğ verecek arkadaşımızın yüksek lisans tezi Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanmasıydı o da

örtü kelimesini kullanmıştı 1995'te. Bu yüksek lisanlı tezi basılmamıştır, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bir nüshası var oradan çoğaltma imkanına sahipsiniz. Diğeri ise değerli bir öğretim üyesine ait Veliye Yanlı. Sahiden Veliye Yanlı özellikle Alman ve İngiliz Hukuku anlamında yapmış olduğu çalışmayla bugün sempozyum yaptığımız konuyu dört dörtlük doktora teziyle 'Türk Hukuku'na kazandırdı. Enine boyuna tartışarak bütün yönleriyle özellikle Alman hukuku ve İsviçre hukuku uygulamalarıyla günümüze getirdi. Onun doktora tezi de yıl 1998. 2008 de bakın bir doktora tezinden sonra 10 yıl sonra ancak bir sempozyumda ancak bunun uygulamacıları ve terorisyenleri anlamında tabana yayılmasını sağlayabiliyoruz. Yıl 1998'de de Veliye Yanlı'nın yazmış olduğu doktora tezinin başlığı; 'Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması' olarak karşımıza çıkıyor. Peki bu kavram yapı itibariyle baktığımız vakit çok geriye mi gidiyor? Hayır aslına bakarsanız tüzel kişilik kavramı 1800'lü yılların kavramı. Yani çok da eski bir tarihçesi çokta geçmişi yok. Şimdi terim kısmını bir kenara bırakırsak terminolojiyi bir kenara bırakırsak kavramsal içeriğe geçmeden evvel aslında bu kavramın temelindeki bakış açısını da tüzel kişilik kavramı ve tüzel kişiliği açıklayan görüşlerle ilintili olduğunu görüyoruz. Acaba tüzel kişilik kanun koyucunun bir eseri mi yoksa, kanun koyucu var olan bu tüzel kişiliği sadece tanımakla mı yetiyor? Daha doğrusu iki temel teori. Birisi Savigny'nin Farazi Teorisi denilen ya da benim isimlendirmemle Fiksiyon Teorisi diğeri ise, Ottofon Wirken'in Gerçeklik Teorisi. İsviçre Hukuku özellikle İsviçre Medeni Kanunu Huber tarafından hazırlandığı için Huber'in bir gerçeklik yanlısı olduğunu öngörüyoruz, bu yönüyle eski Medeni Kanunumuzun gerçeklik teorisinin etkisinde olduğunu söyleyebiliriz. Peki, bugün için acaba Türk Medeni Kanunu'nun gerçeklik teorisinin hakimiyetinin olduğunu söyleyebilir miyiz? Bildiğiniz üzere 1421 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle eski Medeni Kanun yürürlükten kalktı. Onun adı biliyorsunuz Türk Kanunu Medenisi'ydi. Aynı şeyi söyleyemeyiz niye söyleyemeyeceğimizi yine birlikte beraberce birazdan belirleyeceğiz. Özellikle Fiksiyon Teorisi tüzel kişinin kanun koyucunun bir eseri olduğuna ilişkin yaklaşım son dönemde Alman hukuku'nda Wolf tarafından geliştirilmiş ve yapılan eleştirilerle ayrı bir yere oturtulmuştur. Tüzel kişilik aslında özgülenmiş bir mal varlığıdır ama bir amaca, amaç kar elde etmeye ilişkin ise ticari şirketler zaten devreye girecektir. Onun için amaca özgülenmiş mal varlığı ayrı bir anlam ayrı bir özellik taşımaktadır. Ben sizlerle bu tebliğimde Fiksiyon Teorisi ile Gerçeklik Teorisi üzerinde fazla durmak istemiyorum. Ama özgülenmiş mal varlığı kavramını ortaya koymak istiyorum ki biraz sonra tartışma konusu olacak olan hususlar aydınlanabilsin. Tüzel kişiliğin kendine özgü bir özgülenmiş mal varlığı olması gerekir dedik, bunun gerçekleşebilmesi içinde 3 unsur gereklidir. Kendine özgü

bir mal varlığı olmalıdır ve mal varlığı bir amaç birliği içinde bağımsız bir mal varlığı olarak ortaya konmalıdır. Onu oluşturan üyelerin mal varlığından da bağımsız olması gerekir. İşte bu temel prensibi mal varlığının bağımsızlığı veya mal ayrılığı ilkesi olarak ifade ediyoruz. İkinci unsur olarak da bu mal varlığı ile tüzel kişiliğin özel bir sorumluluk alanı olmalıdır. İle sorumluluk diye ifade ettiğimiz alan işte sadece bu özgülenen mal varlığı alanı ile sınırlıdır. İkinci unsur da bu. Üçüncü unsur olarak da özgülenen mal varlığı ile ilgili olarak özellik de şudur; Organizasyonun mal varlığı ile sorumluluğu onu oluşturan üyelerin değişmesinden veya onu yöneten kişilerin değişiminden bağımsız ve ayrı bir varlık olarak her zaman tüzel kişilik içinde yer alır. İşte öyleyse her halükarda şunu diyeceğiz: Bir tüzel kişilik anlamında mal ayrılığı ilkesi geçerlidir, tüzel kişinin mal varlığı onun üyelerinin ve onu oluşturan kişilerden veya onun yönetiminde bulunan organların yönetiminde bulunan kişilerin mal varlığından bağımsız ve ayrıdır. Bu mal ayrılığı ilkesi ile birlikte özel kanun hükümleri uyarınca eğer kişilik tüzel kişilik olarak tanımlanıyorsa kişiliği kazanacaktır. Kişiliği kazanmasıyla birlikte de hukuk dünyasında onu oluşturan ona vücut veren organize kişilerden bağımsız veya mal varlığını tahsis eden kişilerden bağımsız bir ayrı tüzel kişilik yaratılacaktır. İkinci unsurumuz ise öyleyse şudur; tüzel kişiler hukukunda kişi bağımsızlığı veya kişi ayrılığı ilkesi geçerlidir. Elimizde 2 tane ilkemiz vardır. Bir tüzel kişiliğin oluşumuyla birlikte onu tahsis eden mal ile birlikte mal ayrılığı ilkesimiz var. İki tüzel kişiliğin oluşumuyla birlikte kişi ayrılığı ilkemiz söz konusu. Türk Medeni Kanunu madde 47'ye baktığımız vakit tüzel kişinin tanımını yapan bir maddeyle karşılaşmaktayız. Tüzel kişiliğin tanımını yapan kanun maddesi de belli bir amaca özgülenmiş bağımsız mal topluluklarını tüzel kişi olarak kabul etmektedir.

**1 Kasetin arka tarafı** (Editörün notu: kaset değişikliği nedeniyle kaydedilemeyen kısım var, konuşmacıdan ve okuyuculardan özür dileriz)

...öyleyse bulmuş bulmaktadır. Yine Türk Medeni Kanunu'nun yine konumuzla ilgili başka bir önemli maddesi üzerinde durmak istiyorum. 50. madde. Eski 48. maddenin 3. fıkrası yeni Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrası aynen şunu demektedir: organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludur. İşte Türk Medeni Kanunu en genel düzenleme olarak ayrılık prensibinden mal ayrılığı prensibinden bu düzenlemeyle sapsmış bulunmaktadır. Ona istisna getirmiştir, bizzat en genel kanun bile bizzat içeriğine mal ayrılığı prensibine saparak organları oluşturan üyelerin kusuru söz konusu ise onların tüzel kişiliğin yanında müteselsilsen onların sorumlu-

luğu olduğunu da ortaya koymuş bulunmaktadır. Öyleyse tüzel kişiliğin perdesinin aralanmasına ilişkin ilk pozitif düzenlemeyi en genel anlamıyla Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasında görmekteyiz. Kusur kavramını dar anlamıyla sadece haksız fiile özgülersek ki bugüne kadar ortaya konulan görüşler sadece kusur kavramını haksız fiille sınırlamaktadırlar. Bana kalsa bu sorumluluğu biraz da hak sadece kanun artık haksız fiilden bahsetmedi kusurdan bahsettiğine göre başka bir borca aykırılık gibi kusurlu davranışları da buraya sokabiliriz. Bir başka deyişle Türk Medeni Kanunu'nun 50 maddesine göre organları oluşturan üyeler sadece haksız fiillerinden dolayı değil, borca aykırı davranışlarından dolayı da ayrıca kişisel olarak mal varlıklarıyla sorumludurlar. Tahmin ediyorum perdenin aralanması teorisiyle ilgili olarak kusur söz konusuysa biraz sonra bahsedeceğim Medeni Kanun Madde 2'deki dürüstlük kuralı ve onun yaptırımını olan benim görüşüme göre hakkın kötüye kullanılması kurumuna gitmeden bu genel düzenlemeyle de bir çıkış noktası bulabileceğimizi zannediyorum. Buradaki temel görüş itibarıyla bu sempozyuma özgü olarak bir yaklaşımı tekrarlamak istiyorum demek ki Medeni Kanun Madde 50 fıkra 3'teki kusur kavramından aynı zamanda haksız fiilin yanında borca aykırılığı anlayabiliriz. Borca aykırılık dolayısıyla da perdenin aralanması sadece organdaki organlarda yer alan üyeler açısından aralanabilir, sonucuna varabiliriz. Peki perdenin aralanması ile ilgili olarak bu genel düzenleme dışında elimizde başka hangi genel hukuk kurumları var? Anahtar lazım bize. Hangi anahtarlarımız var temel itibarıyla biraz sonra yine tüm tartışmacılar üzerinde duracak ama bende üzerinde durmaya çalışacağım zamanım elverdiği ölçüde kullanabileceğimiz araçları şöyle sayabiliriz;

- 1) Dürüstlük kuralının yaptırımını olan hakkın kötüye kullanılması
- 2) Bir görüşe göre yine hakkın kötüye kullanılmasının başka bir görünümü olan kanuna karşı hile
- 3) Ahlaka aykırılık 41/2
- 4) Tarafta muvazaa
- 5) Namı müstear, namı müstear yaklaşımı itibarıyla Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'u buradan anmak isterim. Onun bize armağan ettiği dolaylı temsil doktora teziyle ilgili olarak dolaylı temsil kurumu.

Elimizde o zaman tek araç yok. Bir genel hüküm var genel hükmün yanında birçokta hukuk kurumu var. Öyleyse biraz sonra üzerinde duracağız ama şurada yeri geldiği anda belirtmek isterim. Elimizde tek araç dürüstlük kuralı ona aykırılık değil aykırılığa gidene kadar kullanacağımız başka araç-

lar var. Biraz sonra bir görüşe göre yine dürüstlük kuralı kural değildir, dürüstlük kuralının yaptırımını, hakkın kötüye kullanımı kuralı değildir istisnadır. Onun için istisnaları genelleştirip genel kural halinde getirmeye çalışmayalım. Önce çözebiliyorsak ki doğrusuda budur. Önce başka hukuk kurumlarıyla sorunun çözümüdür, yani kanuna karşıyla, hakkın kötüye kullanımı tarafında muvazaa, namı müstahar dolaylı temsil kurumlarıyla eğer biz perdenin aralanmasını sağlayabiliyorsak, adalet tanrıçasını perdenin aralanmasında kullanabiliyorsak artık başka kuruma ihtiyacımız yok ama en son olarakta adalet tanrıçasını temsil edeceğiz ki dürüstlük kuralına ilişkin bir genel hüküm var bu genel hükümler çerçevesinde perdeyi kaldır diyeceğiz. Konuyla ilgili perdenin aralanması kavramından ne anlaşılıyor, biraz evvel bahsettik kişilik ayrılığı prensibi, mal varlığı ayrılığının prensibi bu prensipler doğrultusunda da özellikle ticari şirketlerde söz konusu olan sınırlı sorumluluk. Bu yaklaşım çerçevesinde baktığımız vakit tüzel kişilik perdesinin kaldırılması aslında hukukçuların da üzerinde ittifakla kabul ettikleri bir kavramı da ifade etmiyor. İşte bugünkü sempozyumun amacı da ortak bir kavramda buluşabilmek. Bu yönüyle tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılmasını, tüzel kişilerde ki biraz evvel bahsettiğimiz kişiliğe ve mal varlığına ilişkin ayrılık ilkesinin uygulanmaması olarak kısaca ifade edebiliriz. Kişilik; kişiliğe ilişkin ve mal varlığına ilişkin ayrılık ilkesinin uygulanmaması. Bir başka deyişle tüzel kişinin hukuki bağımsızlığının dikkate alınmayarak onun bertaraf edilmesi olarak anlayabiliriz. Bu konuda yurtdışında yapılmış çalışmalara baktığımız vakit en temel çalışmayı 1955 tarihinde profesörlük takdim teziyle ortaya koyan bilim adamı Serick' tir. Serick hakkın kötüye kullanılmasının hukuki temellerini ortaya koyarken genelde bununla ilgili ve uygulama alanlarının tasvirini yaparken 3 temel teoriyi ortaya koymuştur. Bunu aslında ikiye indirgeyebiliriz. Birini alt başlıklara dönüştürürüz.

1) Hakkın kötüye kullanılması teorisi; bunlar her biri perdenin kaldırılması teorisini açıklayan görüşlerdir. Diğeri ise normun amacı teorisi. Hakkın kötüye kullanılması teorisi bir sübjektif kötüye kullanma bir de objektif kötüye kullanma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ve Serick'e göre sübjektif kötüye kullanmanın görünüm şekilleri 2 şekilde karşımıza çıkmaktadır.

- 1) Tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması
- 2) Bazı hukuk kurallarının uygulanmasının sağlanması. Tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması da 3 şekilde karşımıza çıkabilir.
  - 1) Kanunun dolanması,
  - 2) Sözleşmeye aykırı davranmak,

3) Haksız şekilde 3. kişilerin zarara uğratılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Şimdi sübjektif teori ile objektif teori arasındaki temel yaklaşım farkı şu: Sübjektif Teoriye göre; hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşmesi için bu kötüye kullanan kişinin kasten hareket etmesi gerekir yani; objektif unsurunun yanında bizzat hakkın kötüye kullanılmasının şartlarının gerçekleşmesi ve kasıt unsuru aranmaktadır. Eski Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine paralel bir bakış açısidir bu yönüyle. Halbuki Sübjektif Teori açısından hakkın kötüye kullanılması açısından konuya yaklaşırsak bir ispat yükleriz objektif olarak hakkın kötüye kullanılması şartları yanında kasıt aradığımızda kişinin kusurlu olup olmadığının ispatını da aramamız gerekecek. Bu oldukça ispat zorlukları getirecek ve önümüzü tıkayacak bir şey genel olarak biraz sonra sonuç itibariyle söyleyeceğim üzere aykırılık niyetinin yani sübjektif unsurunun aranması benim kanaatimce gerekli değildir. Özellikle şu andaki Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesinde dikkate alındığı vakit biliyorsunuz eski Medeni Kanun kastı aradığı halde yeni Türk Medeni Kanunu açıkça demektedir. Öyleyse yeni Türk Medeni Kanunu objektif kötüye kullanmayı kabul ettiğine göre bizim de bu kanun metnini uygulamamız gerektiğine göre objektif kötüye kullanma görüşüne göre yeterli olacaktır. Normun amacının uygulanmasının teorisi ise genel itibariyle uygulanacak normun amacına göre bir uygulamayı yapar. Pek genel kabul gören bir bakış açısı değildir. Sözlerime son verirken şu hususu belirtmek istiyorum şunu unutmayalım ki hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili kural genel kural değildir istisna kuraldır. İstisnaları da ne yapmamız lazım dikkatli kullanmamız lazım ve istisnaları ne haline dönüştürmememiz lazım genel hale dönüştürmememiz lazım. Bu konuda özellikle yargıya her somut olayının özelliklerine göre önemli bir görev düşmektedir. Teşekkür ederim, saygılar sunarım.

**Oturum Başkanı Coşkun Koçak:** Teşekkür ederiz; Sayın Antalyalı

Şimdi Udine Üniversitesi Prof. Dr. Sayın Marco SPERANZİN İtalyan şirketler ve bankacılık hukukunda perdenin aralanması konulu tebliğini sunacaktır.

***Prof. Dr. Sayın Marco SPERANZİN (Yazılı İngilizce metin)***

Next speech regarding Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law will be presented by Prof. Dr. Marco Speranzin from University of Udine. You can proceed with your speech.

Dear Sirs; first of all I would like to Express my sincere thanks to the Marmara University and to the organizer of the convention, for the invitation to participate to such a prestigious international event on the subject of the piercing or sometimes lifting the Corporate Veil, to present some general considerations on Italian company and banking law. I will divide my presentation in six brief points. The issue and three categories of group of cases: disregard of corporate management and the organization rules, undercapitalization of the company, the creation of the company only to dodge the application of mandatory regulations, especial banking case law and the brief conclusion. If anyone should be interested, pls. note that the text in English of my presentation is available to the organizer. I'm very sorry in advance for my bad English. (Çeviri için 2 no.lu kanala geçiniz. Tamam. Teşekkür) Sorry, you have twenty minutes. OK. As I said I thank for the invitation of course in such a prestigious international event. I will divide my presentation in six brief points. The first one, I would like to say the best Italian scholars have observed that the subject of lifting of the corporate entity in case of abuse is part of the more general topic of abuse of the law as the professor Antalyalı has already said and explained. It would therefore appear more efficient in this symposium from my point of view to make an analysis which pay less attention to the general law but focus on an examination of cases, the most important Italian cases, however without neglecting particularly significant orientation in other system. This distinction into groups of the specific cases is useful for purpose of summarizing even if it's obviously schematic. The first group of hypothesis, the largest and the most important one is based on disregard of corporate structure formalities. In other words shareholders interfere directly in the management as if they were directors or confuse their own assets with those of the company paying the company that with their own as-

sets and vice versa, negotiating directly with the company creditor and etc.. The instrument used by Italian case law including criminal one to punish this kind of conduct in Italy, a problem that occurs especially when a company goes into bankrupt of course has been to hold the shareholders through the technique of shadow directors or in other words assigning the directors liability to those who while not formally appointed actually exercise management function. Supreme Court of Justice 1999. However since the newly enacted company law in 2003 the Italian law system has acquired to new vision that will be used to punish this cases of abuse. First one. The relation on company groups, the regulation on the holding with concerns the liability due to the management and coordination of its subsidiaries. This regulation on the one side confirms the liability of the holding causing damages to the integrity of the assets of the subsidiary which is managed and coordinated thus damaging the minority shareholders and mostly as here it is important, creditors. On the other side the liability of the party which may also be an individual which has benefit from this management and coordination activity and which has in any case participated in the harmful deed or act. So one side liability of the holding to the creditors, on the other side liability of the party which has benefit sister subsidiary directors shareholder. The second very important provision is article 2476 of the Italian Civil Code which as far as a private limited liability company is concerned provides the joint liability of director and shareholders who have intentionally decided or authorize acts or resolution which damage the company. Also the Italian bankruptcy law may effect the issue in question, in particular with the reference to partnership law. Article 147 of the Italian bankruptcy law provides the bankruptcy of partners with unlimited liability when partnership has gone into bankrupt. Furthermore the same provision provides the bankruptcy of the shadow or secret partner, the partner who does not formally appears such in partnership; in other words if after the bankruptcy, it is discovered the existence of a partner party who did not formally appear as such but who has acted in this capacity providing guarantees in favor of the company negotiating with the creditors of the company. The Italian bankruptcy law contemplates the bankruptcy of the said party. And this also applies when it is discovered the existence of a party who has acted as the partner of an apparently individual entrepreneur. According to a construction, to a thesis the principle that might be inferred from the bankruptcy law concern the partners of the partnership but could also be extended to the dominating shareholder of companies or to in other words the party who uses the company as his own property violating corporate regulation through a confusion of assets. In this case is the business activity should be attributed to the said shareholder who actually dominates a business that

has not been formally assigned to him or to her, because of course it is attributable to the company with the consequence that said party shall be held liable for the company's debt and may face personal bankruptcy as an individual entrepreneur. One must keep of course in mind the great differences arising from two different approaches. While the first thesis, the thesis of the shadow director or the holding liability for the management and the coordination of the company entail that the shareholder will be held liable for the damages arising from the disregard of the corporate separation. The thesis of the dominating shareholder now mentioned and created for partnership law in case that the shareholder will be held liable for the debts of the company and that he may also face bankruptcy. So on the one side damages, on the other side debts. Perhaps also due to the seriousness of the possible consequences in addition to some theoretical difficulties of the thesis of the dominating shareholder, Italian case law has never expressly followed the second orientation. But has always distinguished the principle applicable to partnership and those applicable to companies whose shareholders may be held liable towards the creditors for damages caused to the corporate assets only when the characters for shadow director or responsibility for wrongful act subsist and now also in the light of the new two aforesaid regulations introduced in 2003. The distinction between damages and debts has for instance recently been confirmed by the Court of Appeal of Turin in 2007. In general I notice that the subject of piercing or lifting the corporate veil due to the disregard of corporate regulation has become more important as the result of 2003 reform of the law of limited companies also from another point of view. The company owned by a single individual now represents a general figure. A single individual may incorporate or maintain both a public company or a limited liability company. I will finally conclude the examination of the first and the largest group of cases by pointing out that from the point of view of comparative law German case law now appears to be oriented towards the same solution as Italian law as professor Staudinger in the afternoon will tell us. The Slovenian law of 1999 on the contrary provides a different orientation. The shareholders are required to assume liability for corporate debts in case of disregard of corporate formalities. The second group of cases usually mentioned and actually closely linked to the first one is the very controversial one of undercapitalized companies or in other words companies which do not possess sufficient means in particular share legal capital and reserves to pursue their business. This is material under capitalization or which possess this means but not in the form of share capital or reserve but in the form of loans from the shareholders nominal under capitalization. In Italy it has been asserted that one man firm from the law system has a vote in principle which requires to pro-

perly fund a business conducted as a company. And so this principle prohibits the manifest insufficiency of the share capital and the reserve and according to which the shareholders would be in this case of material undercapitalization be liable for the debts incurred by the company. However the prevailing orientation has rejected this thesis, one may not provide for a further liability beyond the contribution on the part of the shareholders once the minimum share capital required by the law has been complied with. According to this prevailing construction the regulation on directors liability, the organization of the company if respected, and the need to prepare financial statement following the European standard serve the purpose of protecting third parties. This conclusion of the prevailing orientation appear to be confirmed by the 2003 reform of the company law which has on the one hand as said provided the provision of article concerning incorrect management of group and shareholders liability in private limited company. On the other hand as far as private limited liability companies are again concerned the Italian law has a provision article 2467 of the Italian Civil Code concerning only nominal undercapitalization which establish this provision, establish that reimbursement of loans made by the shareholders to the company shall be postponed until the other creditors have been satisfied. If the loan has been granted when the company was facing difficulties even if only financial difficulties. Is widely discussed if this provision which has been mentioned provided for limited liability company could be applicable also in case of public companies. The third group of cases and the last one is characterized by the incorporation of a company solely in order to dodge the application of a mandatory regulation or to prejudice the rights of third parties. In this case the piercing, the lifting the veil is represented by the application of dodged regulation or in other words the specific provision that has been disregarded by means of the company that has been created especially for that purpose. The leading cases in company law appear to be as follows: the incorporation of a company in order to dodge the non competition obligation assumed by a party disposing of a business. Article 2557 of the Italian civil code establishes that in the case of a sale of a business, the seller can not conduct activities representing competition with the buyer of the business. The purpose is to guarantee the goodwill that is normally paid by the buyer when acquiring the business. In this case it might be incorporated the company that becomes the owner of the business so that the share in said company are subsequently sold to the buyer. In such hypothesis, acquisition of shares, there is no transfer in juridical sense of the business of the assets which are owned by the company are the property of the company. Consequently the prohibition set forth in the paragraph above mentioned is apparently not violated whenever the seller of the share

should after said sell compete with the buyer of the shares. On the contrary the Italian supreme court from 1997 considered that the prohibition of competition applicable to the seller of a business also applies to the sale of the controller shareholdings of a company. Since also in the latter case does not obtain from an economic viewpoint a transfer of a business or the assets but there is the need to safeguard the buyer who was also normally paid for the goodwill as part of the purchase. The second case is the incorporation of a company in order to dodge the right of preemption whether legal or conventional in a company. An Italian decision court of Venice 2003 has passed the sentence on interesting hypothesis. A company A, shareholder of another company B whose charter provides for a preemption clause transfer its shares in B by assigning them, by contributing them to a third company C of which A it is the social holder without making an offer to other shareholder of the B under the preemption clause. The Court of Venice has considered that this transfer does not violate the preemption clause since the transfer by means of contribution of the shares to a company entirely owned by the shareholders does not represent from an economic point of view a transfer of the asset. As a matter of fact the original shareholders retains the control of the assigned shares. The interest subguarded by the preemption clause are those formally respected. The thesis does not appear to be followed, in fact it comes natural to reply that it would be then sufficient for the original shareholder A to sell its holding the shares in assignee company C without having to comply with the preemption clause applicable to the original company B. Consequently scholars have involved the application of the principle of lifting the veil of Drucklift when the adoption of corporate structure is aimed at dodging a preemption clause. In banking law finally it has posed the case of the incorporation of a company in order to export foreign currency in violation of the national currency law. Some Italians incorporate a company governed by the law of Lichtenstein in order with this to incorporate another company in Italy which was registered as the owner of assets purchased with the money that been illegally exported. Also in this case we have applied the regulation of the lifting of the corporate veil. In general all these cases identified in this point piercing the veil does not appear to consist of anything but the specific application in company law of a general civil law provision article 1344 of the Italian civil code which aims to conquer fraud against the law. Hypothesis in which one seeks through a series of operation and here through a company to dodge in mandatory regulation. In this case consequently piercing the veil is a way to use the interpretation which serves to apply the provision a party has sought to dodge. Finally the last case concerning banking law. Italian case law supreme court 2006 recognize that the granting of

a new loan to a company undergoing a crisis or the maintenance of a credit that has already been granted even though the lender is aware of the economic difficulties faced by the borrower may determine a liability for the bank. It is a matter of an abusive conduct on the part of the bank. On the one side violation of a duty, granting credit in a correct manner, on the other side said conduct causing damages to the other creditors of the company. (Your time is over pls. complete your speech). As however been subject to considerable criticism by the literature which prefer to use the instrument of piercing the corporate veil when the bank has some power in order to control the management of the company. In the final analysis, and I conclude, also in the light of the new principle of the reform of the company law I think we have to follow the scholars which underscore that remedies for the legitimate management activities that cause damages to third parties are the main way to oppress abuses conducted through the use of the company. The theory of piercing the corporate veil in Italian law may perhaps serve for purposes of punishing borderline cases but again which it represent an application of the instrument of fraud with respect to the law. Thank you very much for your attention.

### (İngilizce sunumun simultane çevirisi)

(**Marco Speranzin**) Sn. Bayanlar, Baylar; öncelikle Tüzel Kişilik Örtüsünün delinmesi veya bazen denildiği gibi kaldırılması konusundaki bu denli prestijli bir uluslararası etkinliğe katılma konusundaki davet ve bu konuda İtalyan şirket ve bankacılık hukuku ile ilgili bazı genel düşünceleri sunma imkanı için Marmara Üniversitesi'ne ve toplantıyı organize edenlere içten teşekkürlerimi bildirmek isterim. Sunumumu altı kısa bölüme böleceğim. Ana konular ve üç ayrı örnek vaka kategorisi: şirket yönetiminin ve kurum kurallarının gözardı edilmesi, şirketin yetersiz sermayeye sahip olması, özellikle içtihat hukukunda olmak üzere sırf zorunlu yönetmeliklerin uygulanmasını atlatmak üzere şirketin kurulması ve kısa bir sonuç. İlgilenenler sunumunun İngilizce metnini toplantıyı düzenleyenlerden edinebilirler. Peşinen kötü ingilizcem için de özür dilerim.

(Oturum Başkanı) Çeviri için 2 no.lu kanala geçiniz. Tamam. Teşekkür. Affedersiniz, yirmi dakikanız var.

(**Marco Speranzin**) Tamam. Söylemiş olduğum gibi, böyle prestijli bir uluslararası etkinliğe davetiniz için teşekkür ederim. Sunumumu altı kısa bölüme böleceğim. Birincisi: en iyi İtalyan bilimadamları suiistimal halinde tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılmasının, profesör Antalya'nın da demin be-

lırtmış ve açıklamış olduğu gibi hukukun suiistimali ile ilgili daha genel bir konunun başlığı olduğunu gözlemlemiş olduklarını belirtmek isterim. Bu nedenle, kanımca bu sempozyumda genel hukuktan ziyade örnek vakaların, en önemli İtalyan örnek vakalarının, incelenmesine odaklanmanın daha etkili olacağını düşünmekteyim, bununla birlikte diğer sistemdeki özellikle anlamlı yönelimi de göz ardı etmemek gereklidir. Spesifik vaka grupları ile yapılan ayırım, genel anlamıyla şematik olmasına rağmen, özetleme yapmak açısından son derece faydalıdır. Birinci varsayım grubu, en geniş ve en önemli olanı şirket kuruluş formalitelerine uyulmamasıdır. Diğer bir deyişle hissedarlar, yöneticiymişçesine doğrudan yönetime karışmakta ve kendi varlıklarını şirketin varlıkları ile karıştırmaktadırlar, bu şekilde şirkete kendi varlıkları ile ödeme yapmaktalar, kendi varlıklarına da şirket vasıtasıyla ödeme yapmaktalar, doğrudan şirket kreditorleri ile görüşmekte, vb. Ceza hukuku dahil olmak üzere İtalyan içtihat hukuku tarafından bu türdeki bir davranışı İtalya'da cezalandırmak için kullanılan araç şöyledir. Bu özellikle bir şirket iflas ettiğinde ortaya çıkan bir sorundur, hissedarların gölge yöneticiler tarafından kontrol edilmesi veya başka bir deyişle yöneticilerin yükümlülüğünü resmi olarak yönetim fonksiyonunu yerine getirmek için atanmamış olan kişilere verilmiş olmasıdır. Yargıtay 1999. Bununla birlikte 2003'te yeni uygulamaya konulan İtalyan hukuk sistemi bu türdeki suiistimal vakalarını cezalandırmak için kullanılacak yeni bir vizyona sahiptir. Birincisi, Şirket gruplarının ilişkisi, bağlı şirketlerin yönetimi ve koordinasyonu ile ilgili yükümlülük açısından holding ile ilgili düzenleme. Bu düzenleme yönetilen ve koordine edilen bağlı şirketin varlıklarının bütünlüğüne, azınlık hissedarlara ve büyük oranda önemli olarak da alacaklılara zarar veren holdingin yükümlülüğünü konfirme etmektedir. Diğer yandan, bir birey de olabilecek olan, bu yönetim ve koordinasyon aktivitesinden faydalanan ve bu türdeki zarar oluşturan işlem veya eyleme şu ya da bu şekilde iştirak etmiş olan tarafın yükümlülüğü söz konusudur. Böylece bir yanda holdingin alacaklılara karşı olan yükümlülüğü, diğer yanda ise bağlı şirketin yönetici hissedarı olarak bundan faydalanan tarafın yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Limited şirketlerle ilgili olan İtalyan Medeni Kanununun 2476 sayılı maddesinin ikinci çok önemli hükmü, şirkete zarar verecek olan işlem veya kararlara izin vermeye bilerek karar vermiş olan müdür ve hissedarların müşterek yükümlülüğü ile ilgilidir. İtalyan iflas kanununun 147 sayılı maddesi, ortaklık iflas ettiğinde ortakların sınırsız yükümlülük ile iflasını sağlamaktadır. Bundan başka aynı hüküm, bu türdeki bir ortaklıkta resmi olarak gözükmeyen gölge veya gizli ortağın da iflasını sağlamaktadır; başka bir deyişle iflastan sonra resmi olarak görünmeyen ancak şirketin alacaklıları ile müzakere ederek şirket lehine garantiler vererek bu yönde hareket etmiş olan bir tarafın varlığı ortaya çıkarılır. Bu durumda İtal-

yan iflas kanunu üçüncü tarafın iflasını gerektirir. Ve bu ayrıca görüntüde bireysel bir girişimcinin ortağı olarak hareket etmiş olan bir tarafın varlığının da tespit edilmesi halinde de geçerli olur. Belli bir yapıya göre, iflas kanunundan ortaya çıkabilecek bir ilke göz önüne alındığında, söz konusu kanun ortaklığın ortaklarını ile değil ancak şirketlerin hakim ortağı veya varlıkların karıştırılması yoluyla şirket yönetmeliğini ihlal ederek şirketi kendi malı gibi kullanan tarafı da içine almaktadır. Bu durumda kendisine resmi olarak bağlantılandırılmamış olan bir işletmeyi gerçekte domine eden hissedar ilgili ticari faaliyet ile bağlantılandırılmalıdır, böylece söz konusu kişi şirket ile ilişkilendirilip sorumlu tutulabilecek ve bireysel bir girişimci olarak kişisel iflas ile karşılaşabilecektir. Tabii ki bu iki farklı yaklaşımdan dolayı ortaya çıkan farklılıkları dikkate almak gereklidir. Birinci tezde, yani gölge yönetici ya da şirketin yönetimi ve koordinasyonundan sorumlu olan kişi tezi, söz konusu hissedarın şirketin ayırımı dikkate almamaktan dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacak olan bir hissedarı gerektirmektedir. Şimdi sözünü ettiğimiz ve ortaklık hukuku kapsamında yaratılmış olan hakim hissedar tezinde söz konusu hissedar şirketin borçları için sorumlu tutulacak ve aynı zamanda iflas ile karşılaşabilecektir. Böylece bir yanda zararlar bir yanda borçlar söz konusu olmaktadır. Belkide hakim ortak tezinin bazı teorik zorluklarına ilave olarak bunun olası sonuçlarının ciddiyeti neticesinde İtalyan içtihat hukuku asla açık bir şekilde ikinci yönelimi izlememiştir. Ancak daima ortaklığa uygulanan ilke ve gölge yönetici karakteri veya hatalı davranış nedeniyle sorumluluk mevcut olduğunda şirket varlıklarına zarar verilmesi neticesinde alacaklılara karşı hissedarların sorumlu tutulduğu şirketlere uygulanan ilke söz konusu olmuş ve şimdi de 2003'te yeni uygulamaya konulmuş olan iki yeni yönetmelik söz konusu olmuştur. Zararlar ve borçlar arasındaki ayırım geçenlerde, 2007 yılında Torino temyiz mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Genel olarak şirket yönetmeliğine uyulmaması nedeniyle tüzel kişilik örtüsünün delinmesi veya kaldırılması konusunun limited şirketler hukukunda yapılan 2003 tarihli reform neticesinde daha önemli hale gelmiş olduğunu düşünüyorum. Başka bir bakış açısından, tek bir kişi tarafından sahip olunan şirketler artık genel bir niteliğe sahip olmaktadır. Tek bir birey hem bir anonim şirket hem de bir limited şirket kurabilir veya devam ettirebilir. Son olarak, bugün öğleden sonra Profesör Staudinger'in de bize anlatacağı gibi günümüzde İtalyan hukuk ile aynı çözüme doğru yönlendiği görünen Alman içtihat hukukuna karşılaştırmalı hukuk açısından bakarak ilk ve en geniş vaka grubundan örnek vererek incelememi sonlandıracağım. 1999 tarihli Slovenya hukuku ise tersine farklı bir yönelim sağlamaktadır. Hissedarlar, şirket formalitelerine uyulmaması halinde şirket borçları için yükümlülük üstlenmek zorundadırlar. Genellikle sözü edilen ve aslında birincisi ile yakinen bağlantılı

olan ikinci vaka grubu sermaye darlığı içinde olan veya başka bir deyişle işlerini devam ettirmek için yeterli derecede yasal sermaye ve rezervlere sahip olmayan şirketlerle ilgili olan çok tartışmalı bir vakadır. Bu sermaye azlığı veya bu imkanlara sahip olma ancak bunun paylara bölünmüş sermaye veya rezerv olarak değil de hissedarlardan nominal borç şeklinde olması durumudur. İtalya’da, hukuk sisteminde tek kişilik firmaların, şirket olarak idare edilen bir işletmeyi düzgün şekilde fonlamak için gerekli olan bir oya sahip olduğu belirtilmiştir. Ve bu ilke burada açık bir şekilde şirket sermayesi ve rezerv yetersizliğini yasaklamaktadır ve buna göre hissedarlar bu önemli sermaye yetersizliği durumu karşısında şirketin borçlarından sorumlu olacaktır. Bununla birlikte yürürlükte olan düzenleme bu tezi red etmiştir, buna göre yasa tarafından gerekli kılınan minimum pay hissesi ile ilgili olarak hissedarlar tarafından gereken katkı yapıldıktan sonra hissedar başka bir yükümlülük üstlenmeyecektir. Bu yaygın yapıya göre yöneticilerin sorumluluğu, uyulması halinde şirket örgütlenmesi ve Avrupa standartlarına uygun olarak finansal tabloların hazırlanması gereksinimi üçüncü şahısları koruma amacına yöneliktir. Bu yaygın yönelim ile ilgili kanı 2003 tarihli şirket hukuku reformu ile konfirme edilmiş gibidir, burada grubun yanlış yönetimi ve limited şirkette hissedarların yükümlülüğü ile ilgili madde hükmü bulunmaktadır. Diğer yandan yine özel limited şirketler söz konusu olduğunda İtalyan hukukunda, İtalyan Medeni Kanununun 2467 sayılı maddesinin bir hükmü bulunmaktadır, burada bu durumu ortaya çıkaran sadece nominal sermaye yetersizliği durumu halinde, hissedarların şirkete verdiği borçların geri ödemesinin, ilgili alacaklılara borçların ödenmesine kadar erteleneceği belirtilmektedir. Bu durum ilgili borcun, şirket, finansal nitelikli olanlar da dahil olmak üzere, zorluklar ile karşılaştığında verilmesinde dahi geçerlidir. Sözü edilmiş olan bu hüküm epeyce tartışmalıdır, şöyle ki bu hem limited şirket için hem de anonim şirket için geçerlidir. Üçüncü ve son vaka grubu sadece zorunlu yönetmeliklerin uygulanmasından kaçınmak veya üçüncü şahısların haklarına zarar vermek amacıyla bir şirketin kurulmuş olması ile karakterize olmaktadır. Bu durumda örtünün kaldırılması, kaçınılmış olan yönetmeliğin veya diğer bir deyişle özellikle o amaçla kurulmuş olan şirket vasıtasıyla dikkate alınmayan belirli bir hükmün uygulanması ile kendisini gösterir. Şirket hukukundaki başlıca vakalar şu şekildedir: bir işletme açan bir taraf tarafından üstlenen rekabet etmeme yükümlülüğünden kaçınmak için bir şirket kurulması. İtalyan medeni kanununun 2557 sayılı maddesi bir işletmenin satılması halinde, satıcının, o işletmenin alıcısı ile rekabet içeren faaliyetlerde bulunamayacağını belirtmektedir. Bunun amacı, işletmeyi satın alırken alıcı tarafından normalde gösterilmiş olan hüsnüniyeti korumaktır. O işin sahibi olacak olan şirketin kurulması halinde, sözü edilen şirketin hissesi daha sonrasında alıcı-

ya satılır. Hisselerin alımı ile ilgili böyle bir varsayım durumunda, şirket tarafından sahip olunan varlıkların ve işletmenin hukuki transferi söz konusu değildir, şöyle ki şirkete sahip olunması halinde, hisseyi satan tarafın daha sonrasında hisseyi alan ile söz konusu satıştan sonra rekabet etmemesi halinde sözü edilen yasaklama ihlal edilmemiş olacaktır. Diğer taraftan İtalyan Yargıtay mahkemesi 1997 yılında bir işletmenin satıcısına uygulanan rekabet yasağının aynı zamanda bir şirketin hakim hisselerinin satışına da uygulanması gerektiğini belirtmiştir, burada bir işletmenin veya varlıklarının devri ile ilgili ekonomik bir bakış açısından öte, alımın bir parçası olarak hüsünüyet için de normalde ödeme yapmış olan alıcıyı koruma ihtiyacıdır. İkinci vaka şirket alımlarında hukuki veya konvansiyonel anlamda şufa hakkından kaçınmak için bir şirketin kurulması durumudur. 2003 tarihli Venedik mahkemesi tarafından alınmış olan bir İtalyan kararı ilginç bir varsayıma dayanarak geçmiştir. Bir A Şirketi, ana sözleşmesinde şufa maddesi bulunan başka bir B şirketinin hissedarı olup, şufa maddesine göre B şirketinin diğer hissedarına bir teklif yapmaksızın A'nın hissedarı olduğu üçüncü bir şirket olan C şirketine B'nin hisselerini iştirak yoluyla transfer etmiştir. Venedik Mahkemesi bu transferin şufa maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir, şöyle ki tümüyle hissedarlar tarafından sahip olunan bir şirkete hisselerin iştirak yoluyla transfer edilmesi, ekonomik bakış açısından mal varlığının bir transferi anlamına gelmemektedir. Gerçektende orijinal hissedarlar, tayin edilen hisselerin kontrolünü ellerinde tutmaktadırlar. Şufa hakkı ile korunan çıkara şekilsel olarak uyulmuş bulunmaktadır. Tez izlenmiş olarak görünmemektedir, gerçekte orijinal hissedar A'nın sözü edilen C şirketindeki elinde bulundurduğu hisseleri şufa maddesine uymak zorunda kalmadan orijinal B şirketine satmasının yeterli olacağı düşünülebilir. Bunun neticesinde bilim adamları, şirket yapısına geçilmesinde bir şufa klozundan kaçınma söz konusu olduğunda, "Drucklift", yani örtüyü kaldırma ilkesinin uygulanmasını ortaya koymuşlardır. Bankacılık yasasında, son olarak, ulusal para kanununu ihlal eder şekilde döviz ihraç etmek amacıyla bir şirketin kurulması durumu ortaya konulmuştur. Bazı İtalyanlar Lichtenstein hukukuna tabi şirketler kurmuşlardır, bu şekilde gayriyasal olarak ihraç edilmiş olan para ile satın alınan varlıkların sahibi olarak tescil edilmiş olan başka bir şirketi de İtalya'da kurmuşlardır. Ayrıca bu durumda da tüzel kişilik örtüsünün kaldırılması düzenlemesi uygulanmıştır. Genel olarak bu noktada tanımlanmış olan bütün önemli vakalarda, örtüyü kaldırma, yasaya karşı hile yapmanın önüne geçmeyi amaçlayan İtalyan medeni kanununun 1344 sayılı maddesinin genel bir medeni hukuk hükmünün şirket hukukuna özel olarak uygulanmasından başka bir şey değildir. Buradaki varsayım, bir kişinin, zorunlu yönetmelikleri atlatmak için bir şirket vasıtasıyla bir dizi işlemlerde bulunuyor olmasıdır. Bu durumda, örtüyü kaldırma, at-

latma işini yapmayı düşünmüş olan bir kişiye ilgili hükmü uygulamaya yarayan bir yorum olarak ortaya çıkmaktadır. Son olarak bankacılık hukukuna değinmek istiyorum. İtalyan içtihat hukukunda, Yargıtay'ın 3006 sayılı kararında, bir krize girmiş olan bir şirketi yeni bir kredinin verilmesinde, bu kredi açılmış olsa dahi, krediyi verenin, krediyi alanın ekonomik zorluklar içinde olduğunun farkında olduğu hallerde bankanın sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Burada banka tarafında suiistimal içeren bir davranışı söz konusudur. Bir yanda tevdi edilen işlemin doğru şekilde yapılmaması nedeniyle ihlal durumunun ortaya çıkması, diğer yanda şirketin alacaklılarının zarar görmesi. (Zamanınız doldu, lütfen konuşmanızı tamamlayınız). Literatür tarafından büyük oranda eleştirilen başka bir konu olarak da, bankanın ilgili şirketin yönetimini kontrol etme için yetkisi olduğunda, bankanın tümüyle örtünün kaldırılması aracını kullanmayı tercih etmesi ile ilgilidir. Nihai analiz olarak, ve tamamlıyorum, ayrıca şirketler hukuku reformu ile ilgili yeni prensibin ışığı altında, üçüncü taraflar nezdinde zararlar ortaya çıkartan aktivitelerin meşru şekilde yönetimi için çareler bulunmasını ve bunun şirketin kullanımı nedeniyle meydana gelen suiistimalleri önlemenin başlıca yolu olduğunu vurgulayan bilimadamlarını takip etmemiz gerektiğini düşünüyorum. İtalyan hukukunda, örtünün kaldırılması teorisi, belki de belirsiz olan ancak yine de hukuk karşısında hile aracı olarak kullanılan durumları cezalandırma amacıyla kullanılmaktadır. Dikkatiniz için çok teşekkürler.

**Oturum Başkanı Coşkun Koçak:** Maddi hukuk icra hukuku ilişkisi ve iptal davalarında perdeyi kaldırma teorisi konulu tebliğ Prof. Dr. Kamil Yıldırım tarafından sunulacaktır. Buyurun Sayın Yıldırım süreniz 15 dakikadır.

**Prof. Dr. Kamil Yıldırım:** Sayın; Davetliler yüce Yargıtay'ın Değerli Başkan ve Üyeleri, TMSF Kurulunun Başkanı, Sayın Dekanım böyle bir toplantıyı tertitledikleri için Marmara Üniversitesi Rektörlüğüne de ayrıca şükranlarımı sunuyorum. Bu programda aslında adım geçmiyor ama konu haliyle yargılama ve Medeni Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı olarak bende bu tebliği sunmakla konuya katkıda bulunmaya çalışacağım. Öncelikle kısa ifadelerle şunu söyleyebiliriz. Ünlü bir alman hukukçu Friedrischtein'in sözleriyle ona göre maddi hukukun bittiği yerde icra hukuku başlar. İcra hukukunun bittiği yerde tekrar maddi hukuk başlar. Medeni hukuk malumlarımız öncelikle taraflar bakımından birinin diğerinden bir edimin ifasını istemesine yöneliktir. Talep kavramı öncelikle Roma Hukuku'nda Aksiyo kurumundan çıkmıştır. Aksiyo kavramını modern hukuka taşıyan Pandekt hukukçu Vincheit olmuştur. Talepte bulunabilmenin temelinde hukuk düzeninde tanınan

hak yer alır yine bir alman hukukçu Optovon Gerge ki meslektaşım Gökhan Antalya'da Gerge'den teori bakımından bahsetti gerçeklik teorisi hakkında. Gerge'ye de nasip olan husus borç ve sorumluluk ayrımını yapmış olmasıdır. Demek ki talep edebilme yani hak düşünsel olarak iki unsura ayrılıyor. Borç ve sorumluluk. Burada borç talepte hayatiyet bulan hukuki düzenin yapmaya yönelik emridir. Sorumluluk ise borçlunun yapma zorunluluğuna yönelik emri kabul etmesidir. Borçlunun kendiliğinden ifayı gerçekleştirmediği hallerde son çare olarak cebri icraya başvurulur. Takip hukuku malumunuz genelde cebri icranın önemli bir parçası ve medeni yargılama hukuku gibi yine medeni hukukun gerçekleştirilmesine hizmet ediyor. Ve toplumda böylelikle hukuki barış ve düzen sağlanmış oluyor. Hukuki cebir hukuk düzeninin işleyişi için vazgeçilmezdir. Bireye hukuki koruma sağlamak isteniyorsa yine hukukun cebirle donatılmış olması şarttır. İfa talepleri için mal varlığına ilişkin taleplerin sözkonusu olduğu hallerde maddi hukuktaki mal varlığı ile sınırsız sorumluluk esası caridir. Borçlu tüm mal varlığını alacaklarının beklentilerini karşılamak üzere yani o borcu elde etmesine ya da en azından onun talebini yerine getirmesine ilişkin menfaatlerini karşılamaya katlanmak zorundadır. İşte para alacaklarındaki durumu malumunuz hepimiz biliyoruz ve hukuk sistemi şahsi sorumluluktan yani borçlunun şahsıyla sorumluluğundan canıyla sorumluluğundan mal varlığıyla sorumluluğu sistemine geçmiştir. İcra hukuku bu bakımdan insani bir boyut kazanmıştır. Mal varlığıyla sorumluluk diyince tabii gerçek yada tüzel kişi için onun mal varlığını kast ediyoruz. Haciz konusunda da malumlarınız ancak borçlunun malı haciz edilebilir diyoruz. Burada eğer tüzel kişi karşımızda ise onunda sorumluluğu mal varlığı ile sınırlı olmaktadır. Onun ortağın sorumluluğu koyduğu sermayeyle sınırlıdır. Ve genellikle borçlu takibe muhatap olduğunda alacaklının alacağına kadar yetecek kadar para ortada yoktur ve o üçüncü kişideki hak ve alacaklarıyla da yine alacaklıyı tatmin etmek durumundadır. Bütün bu söylediklerimiz hukuk sisteminin ideal ortamda hazırladığı düzenlemedir. Maddi hukukla, icra hukukunun böylece bir çatı altında topluyoruz. Demek ki alacaklı borçluya ait olmayan varlığına başvuramayacak ve bunlar takibin konusu dışında kalacaktır. Alman hukukunda burada üretilen enteresan bir çözüm var medeni kanun 400. maddesi alman DGB dediğimiz medeni kanunda bir kısır döngü oluşmuştur. Tebliğ edilebilen mallar haciz edilebilir, haciz edilebilen mallar tebliğ edilebilir şeklinde bir kural karşımıza çıkmıştır. Alman hukuku bunun üzerinde hala tartışmaktadır. Türk hukuku İsviçre'den alındığı için icra iflas kanunumuz 82. maddesinde icra kanununun hangi malların haciz edilebilir yada kısmet haciz edilebilir olduğunu da göstermiştir. Yani Almanya'daki problemi burada pek yaşamıyoruz. Ben konuya malumunuz Alman teorisyenleriyle başladım Alman hukukundan da yine açıklamalarla sürdürüyorum.

Tabii Türk hukukunda da bunu yansıtacağımız noktaya geleceğiz. Şimdi Alman hukukunda da yine ilk konuşmacımız Gökhan Antalyalı meslektaşımızın açıkladığı üzere tüzel kişilik teorik bakımdan da tartışılan bir alan ama bunun alt başlığında da şunu genel olarak artık kabul ediyoruz. Bir ayrılık ilkesi ya da kişi ayrılığı prensibinin tüzel kişilerde cari olduğunu söyleyebiliyoruz. Demek ki hukuk sistemi tüzel kişiliğin kendisini oluşturan kişilerden mutlak olarak ayırmakta bağımsız hak subjesi olarak bunu düzenlemektedir. Subjeden bağımsızlaşmış obje fikri aslında bir evrimin sonucudur. Bu şekilde bağımsız mal varlıkları tüzel kişilik kazanır. Bu bir evrimdir. Örneğin Adi şirketle, Anonim şirket arasındaki fark bu evrimin sonucudur. Burada kural olarak tüzel kişi bir bütündür mal varlığıyla sorumludur. Tüzel kişinin borçlarından sorumludur. Bu kuraldır. İstisna ise bu tüzel kişiyi içinde görüntünün arkasına geçerek, gerçek kişiye ulaşma fikri yatar. Yani perdenin kaldırılması teorisi bir anlatımla bu arkada duran, görüntüde olmayan ama arkada duran gerçek kişiye ulaşmadır. Şimdi acaba bu Alman hukuku'nda nasıl bir macera nasıl bir serüven izlemiş. Ben kısaca ondan size söz etmek isterim. Bu arada yalnız Anglosakson sistemindeki tüzel kişilik kavramından bir cümleyle söz edebiliriz. Kıta Avrupa'sındaki mal varlığıyla sorumlu olunması esasına karşılık Anglosakson sistemindeki tüzel kişilik gerçek kişilik olarak görülmez sadece belirli hakların sahipsiz kalmaması için öngörülmuş farazi varlıklar olarak kabul edilir. Kıta Avrupası'na tekrar dönecek olursak Almanya'da tüzel kişilikten yararlanma ve onun arkasına saklanma yoluyla kanuna karşı hile yapılması sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi durumlarda tüzel kişiliğin tabanına el atılması fikri giderek yaygınlaşmaktadır. Ancak demin de yine meslektaşımızın söylediği gibi bu fikrin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Yani Serick'in yayınından sonra o tüzel kişiliği kendinde ulaşma problemini görür. Yani ben burada belki ulaşma problemi de diyebilirim burada kast edilen o arkada duran mal varlığına ulaşmadır. Ulaşma problemini tüzel kişiliğin kendinde görmektedir Serick. Ve bunu aşabilmek için fevkalade şartların varlığını aramaktadır. Sınırlı tutmaktadır, ancak bu perdeyi kaldırma teorisinin tarihçesi bakımından Almanya için şunu da söyleyebiliriz; bu Serick'in tezi elbette önemli fakat Almanya'da yargılamada mahkemelerce 1920'li yıllardan itibaren böyle ayrılık prensibini göz ardı eden kararlara rastlanmaktadır. Böylece tüzel kişilikten ortağa ulaşılması öngörülmektedir. Ulaşma sorunu özellikle tek kişilik limited şirketin kabul edildiği Almanya'da karşımıza çıkar. Ayrıca holding hukukunda yine pek çok üyeye sahip derneklerde de bu problem ortaya çıkabilir. Ulaşma yani perdeyi aralama oraya uzanma müdahale etme tüzel kişinin sorumluluk kapsamını belirleyen ana normun, genel normun uygulanmaması demektir. Perdeyi kaldırma teorisinden çok kısa bir iki cümle demin söyledik; Serick'in fikrini ve Serick bunu

dar anlamda tutuyor ve ona göre karşı fikir olan yani Müller Freinfels'in görüşünü red ediyor ve onun teorisi de normun amaçları teorisi. Ve Serick'e göre o teori eğer ön planda tutulursa ulaşım yani hedefe ulaşmak kendiliğinden caiz olmamaktadır; çünkü kanun koyucu bu kanunları hazırlarken yani ticaret kanunu olsun, medeni kanun, borçlar kanunu'nu hazırlarken tercihini tüzel kişinin bağımsızlığı yönünde kullanmıştır. Ulaşılmak istenen kişiye ancak subjektif bir kötüye kullanma halinde ulaşmak mümkündür ve günümüzde Serick'i takip eden yazarlarda aslında subjektif kötüye kullanma formülünden sapma göstermektedirler. Onlar tüzel kişiyi yazılı olmayan düzenleyici ilkelerle nispi hale getirmektedirler yani; duruma göre tüzel kişiyi de aşabilmektedirler. Tüzel kişi hukuk ve iktisat alanında yerini bulmuştur bunlardan dolayı kendi içinde sınırlı

## 2. Kaset

**(Editörün notu:** Kaset değişikliği nedeni ile konuşmanın kaydedilemeyen kısmı var. Sayın konuşmacıdan ve okuyuculardan özür dileriz.)

Türk literatüründe değerli hocalarımızın Mustafa Dural gibi yine Serozan gibi hocalarımızın daha önceki açıklamalarını da burada anabiliriz. Yani mümkün olduğu kadar perdenin kaldırılması teorisinde sınırlı davranmak, ihtiyatlı davranmak eğilimi görülmektedir. Şimdi Freinfels'in görüşüne gelince aslında perdeyi aralamak yani ulaşmak tüzel kişiliğin sorunu değildir. Orada önemli olan bütün bunların dışında dış ilişkileri ilgilendiren bir hususun bulunmasıdır. Buna göre bundan dolayı çatışan normların değerlendirilmesinde ayrılık prensibinin temelinde yatan alacaklı menfaatleri de ön plandadır. Yine bir Alman yazar batı hukukçusu Rehbinder bu iki görüşü telif eder mahiyette kısa bir açıklama olarak şunu da söylüyor; Tüzel kişinin bağımsız yani, kurumsal kendi değeri ile ikinci teoride ileri sürülen tüzel kişilerde dış ilişkilerde genel özel hukuka bağlı olduğu hususu bir araya getirilebilir. Burada varılan nokta yine özel hukuk alanında kalmaktır. Çünkü temel teori takip edildiğinde teorilerden ikincisi kamu hukuku alanına da, kamu düzenine de girilmektedir. Burada bir geri dönüş yapılarak Rehbinder işi özel hukuk içinde sınırlamaktadır. Yine değerli misafirimizin de başlıklar halinde verdiği üzere tüzel kişi ile perdeyi kaldırma teorisi konusunda Alman Yüksek Mahkemesi BGH'nın 97 yılı itibariyle daha öncesinde vermiş olduğu kararları değerlendiren çalışmalara da rastlıyoruz. Orda da başlık olması bakımından demin misafir hocamızın söylediği gibi mal varlıklarının karışması, sermayenin azalması, özkaynak yetersizliği, kanunun dolanılması yada kanunun yorumlanması başlıkları olarak verilebilir. Burada Alman Hukuk'unda 1957 yılında

verilmiş bir karar enteresandır. Çok kısa olarak söyleyebilirim. Almanya'da perdenin kaldırılması teorisi özellikle tek kişinin kurabildiği limited şirketler bakımından Alman Yüksek Mahkemesini meşgul etmiştir. Almanya'da burada olmayan Türkiye'de olmayan tek kişi hem limited şirketin yönetimini yapıyor hem de şirket zaten tek kişilik. Ve o olayda daha ziyade mal varlıkları birbirine karışıyor. Alman Yargıtayı diyelim; Yüksek Mahkemesi bunu uzun süredir ele almıştır ve orada verilen karar sıklıkla telaffuz edilir. Özü şudur; Objektif olarak ortaya çıkmış hukuki görülüm kural olarak bu prensibi aşmak için ve tek ortağın şahsi mal varlığına el atmak için yetmez. Ayrıca ortağın, ortaklığın ayrı bir fişlik olduğu iddiasını ileri sürmesini dürüstlük kuralına veya iyi niyete aykırı olarak niteleyen sübjektif bir unsurun varlığı da aranır. Bu bahsettiğim Alman Yüksek Mahkemesinin Kararı. Burada Türk hukukuna dönecek olursak daha önceden muvazaa, namı müstahar, tasarrufun iptali davaları burada tasarrufun iptali davalarını zikretmemizin özelliği de alacakların korunması bakımından normlarıyla karineleriyle desteklenmiş deliller bakımından, ispat bakımından alacaklıyı çok koruyan karinelere sahip olmasıdır. Şimdi perdeyi kaldırma teorisi bu açıdan mukayese edildiğinde içtihatlarımızdaki sayıca azlık, konunun fazla işlenmemiş olması, Yüksek yargının burada çekimser bir tavır sergilemesi bir anlamda onun dışında muvazaa davaları açısından bakarsak; ispatın çok zor olması kastın ispatı deruni vaka olarak çok zor olduğundan burada bir zorluğumuz var. Bütün bu sistem içinde eğer alacakların korunması düşünülüyorsa ben bir anlamda tabi ayrılık teorisini savunmakla birlikte perdesinin kaldırılmasını sıkı şartlar aranmak suretiyle yine perdenin kurulmasını desteklenmesinden yanayım. İlginize ve sabrınıza teşekkür ediyorum.

**Oturum Başkanı Coşkun Koçak:** Biz teşekkür ederiz.

Sayın konuklar genel olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması konulu I. Oturumu tamamlamış bulunmaktayız. Konuşmacıları emek mahsulü ve doyurucu tebliğlerinden dolayı kutlarım. Kısaca özetlemek gerekirse tüzel kişilik perdesinin aralanması Disregard of the legal entity veya Lifting the Corporate Veil teorisinin amacı tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılarak hukuki sorumluluktan kaçınmayı önlemek hakkaniyeti sağlamak. Perdeyi aralama teorisiyle tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda farklı tüzel kişilik savunması kabul edilmeyerek perdenin arkasındaki kişi sorumlu tutulabilmektedir. Başka bir anlatımla perdeyi aralama teorisiyle tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin yada ana ortaklığın yavru ortakların özdeş kılınarak sorumlu tutulmasına ola-

nak sağlanmış olmaktadır. Bu şekilde perdenin aralanması düz perdeyi kaldırarak sorumlu kılma veya ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma türleri yanında aynı ana ortaklığın yavru ortakları diğer bir anlatımla kardeş ortaklıklar arasında çapraz olarak tüzel kişilik perdesinin aralanarak arkasındaki kişi sorumlu kılınmaktadır. Türk Hukuku'nda tüzel kişilik perdesinin aralanmasıyla ilgili bazı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin kolektif şirketlerde şirket borcundan dolayı ortakların kişisel sorumluluğuna başvurulması Türk Ticaret Kanunu'nun 180, 182 limited şirketlerin kamu borçlarından dolayı ortağa başvurulması 6183 sayılı amme alacakların tahsili usulü ve kanununun 35. maddesi belirtilebilir. Ayrıca 5411 sayılı bankacılık kanunu 134 maddesinde de perdeyi aralama teorisiyle ilgili bir düzenleme mevcuttur. Bankacılık hukukunda perdenin aralanması teorisiyle ilgili tebliğ ve tartışmalar öğleden sonra yapılacaktır. Ancak 5411 sayılı bankacılık kanununun 134. maddesindeki düzenlemeyi burada belirtmekte yarar vardır. Bu hüküm uyarınca fon alacağının tahsili bakımından TMSF fon bankalarının yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerde fona devredilen bankanın hakim ortağı olan tüzel kişilere bankanın gerçek ve tüzel kişi hakim ortaklarının hakim ortağı oldukları şirketlere belirttiğimiz bu kişiler adına veya onlar hesabına hareket eden şirketlerin ortaklarına başvurulması mümkündür. Düzenleme bulunmayan hallerde perdeyi aralama teorisinin uygulanması yakın zamana kadar uygulamada kabul edilmezken son zamanlarda Yargıtay bu teoriyi kabul eden kararlar vermiş ve uygulamanın perdesini bu teoriye açmıştır. Yargıtay Medeni Kanun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde konuyu çözüme kavuşturmaktadır. Sempozyumun uluslararası niteliği dikkate alındığında yabancı hukuklarda perdeyi kaldırma teorisi ile ilgili görüş ve uygulamalara da kısaca değinmek gerekir.

Teorinin vatani Anglosakson Amerikan hukuku'nda perdeyi kaldırma uygulaması ile ilgili olarak birçok kavrama yer verilmiştir. Genel olarak kabul gören görtüşe göre şirket tüzel kişiliğinin kişisel sorumluluktan kurtulmak için kullanılmasının hakkaniyete aykırılık veya adaletsizlik oluşturacağı hallerde perdeyi kaldırma teorisi uygulama alanı olmaktadır. Öğreti de mahkeme kararıyla kararlarına yollama yaparak tüzel kişiliğinin hile amacıyla kullanılamayacağını belirtmiştir. Alman hukuku'nda perdeyi kaldırma teorisinin hukuki dayanağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Burada normun amacı teorisi ve kötüye kullanma teorisini belirtebiliriz. Normun amacı teorisi tüzel kişiliğinin ayrılığını öngören kanun hükümlerinin amaca uygun olarak sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Kötüye kullanma teorisi tüzel kişilik yapısının kötüye kullanıldığı veya tüzel kişiliğinin ayrılığı ilkesine dayanmanın dürüstlük kuralına aykırı düştüğü durumlarda perdeyi kaldırma teori-

sinin uygulanacağını kabul etmektedir. İsviçre hukuku'nda ise perdeyi kaldırma teorisinin hukuki dayanağının Medeni Kanun 2. maddesi olduğu görüşü hakimdir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında tüzel kişiliğin ayrılı ilkesinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması hallerinde perdeyi kaldırma teorisinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Fransız hukuk'unda perdeyi kaldırma teorisi tüzel kişiliğin kötüye kullanılması kavramıyla açıklanmaktadır. I. Oturumun sonuna gelmiş bulunmaktayız. Çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilen perdeyi kaldırma teorisinin hukuk sistemimizde geliştirilmesi çabalarına katılımlarıyla destek olan siz Sayın konuklara ve özellikle çok değerli meslektaşlarıma içten sevgi ve saygılarımı sunarak oturumu kapatıyorum. Teşekkür ediyorum.

**Sunucu:** Sayın Başkana ve Sayın konuşmacılara teşekkür ediyoruz; Değerli misafirlerimiz şimdi öğle yemeği için 1 saat ara veriyoruz. Sizleri Otantik cafe düzenlediğimiz yemeğe bekliyoruz.