

II. BÖLÜM

BİLDİRİ METİNLERİ

Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“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 Sempozyuma katılmıyor. Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam’ın tebliğini yazılı metin olarak düzenleme komitesine vermişti; biz de giriş standında sizlere Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam’ın tebliğini dağıtmış bulunmaktayız, tebliği almayanlar var ise Hukuk Fakültesi’nin dergisinin dağıtıldığı yerden tebliği temin edebilirler.

Tebliği birlikte verecektik, benim tebliğimle onun tebliği bir bütün oluşturuyordu; bütünlüğü bozmamak anlamında ben onun bölümüne ilişkin olarak da bakış açılarını ve görüşümü de sizlerle paylaşacağım.”

1) TERMİNOLOJİ

Tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılması diyoruz, ama ilk önce acaba bu kavram doğru mu, yanlış mı? “Tüzel kişiliğin perdesini kaldırma”ya, terim anlamında, acaba neler söyleniyor önce onlara bakalım: tüzel kişilik perdesi deniliyor, tüzel kişilik örtüsü deniliyor, tüzel kişiliğin tülü diyenler de var; ama her halükarda pencerenin önüne takılan bir perde, bir tül her halükarda mevcut.

Alman hukukunda daha çok örtü kelimesi ön planda, İngiliz hukukunda da tül kelimesine rastlamaktayız.

Tüzel kişinin devamında, biz genel olarak kabul edilen bakış açısı itibarıyla “perde” kelimesini tercih ettik ve Sempozyumu da bu terimle adlandırdık.

Perdeyi kabul ettikten sonra acaba sonraki kelime ne olmalıdır? “Kaldırma” mı olmalıdır, “delinme” mi olmalıdır, yoksa “aralanma” mı olmalıdır? Genelde delinme ve kaldırma kelimeleri¹ İngiliz ve Amerikan hukukunda da kullanılan “disregard of legal entity”, “disregarding the corporate entity” terimlerin karşılığı olarak karşımıza çıkıyor². Ama sadece “perdenin kaldırılması” veya “perdenin delinmesi” terimi kavramı ifade etmeye yeterli olmayabilir; kavramla ilgili fiili durumu göstermek açısından kelime itibarıyla perdenin kaldırılması veya delinmesi yeterli olmayabilir; bazen de sadece perdenin aralanması gerekebilir. Bu yönüyle de literatürde kullanılmayan “aralama” terimini, “kaldırma” teriminin bir alt kavramı olarak onu da kapsayacak şekilde birlikte kullanılması mümkündür diye düşünüyorum.

Bu terim Türk Hukukuna ilk olarak 1963 yılında Prof. Dr. Ansay Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlenmiş olduğu bir Ticaret Hukuku haftasına ilişkin bir sempozyumda özellikle holdinglerle ilgili tartışmaların yapıldığı anda holdinglerle ilgili bildirim tartışma bölümünde, ANSAY tarafından “tülü kaldırma” olarak ifade edilmiştir³.

Sonraki yazılı metinlere baktığımız vakit, bu metinler içinde perdenin aralanması kavramını yerleştiği için kabul edilmesini gerektiği genellikle söyleniyor. DURAL, kavramın “tüzel kişinin tabanına başvurulması” olarak ifade edilmesinin daha doğru olacağını söylemektedir⁴. Prof. HATEMİ ise daha çok perdenin kaldırılması ilkesini, adaletin ışığı oraya kadar yansın diye “ışıldak ilkesi” olarak ifade etmiştir⁵.

Türk Hukuku’nda 1963 sonrası hukuk doktrinde artık daha sıklıkla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin terimlere ve bu konudaki bilimsel çalışmalarına rastlamaktayız.

¹ Alman Hukukunda “Durchgriff durch die juristische Person” terimi genellikle kabul görmekle beraber, kurumu “Wegziehen des Schirmes” veya “Durchlöcherung (Durchstossen) des Schleiers der juristischen Person” olarak isimlendirenlerde mevcuttur. Terminoloji için bkz: YANLI, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s. 13.

² İngiliz ve Amerikan hukuku kaynaklı terimler için bkz. SAĞLAM, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), (M.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1995.

³ POROY, Holdingler, III.Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1963, s. 450. ANSAY, “Tüzel kişilik sanısının bertaraf edilmesi” ifadesini kullanmaktadır(ANSAY, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982, s. 25).

⁴ DURAL, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu, 1998, s. 97.

⁵ HATEMİ, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 153.

Bu konuda iki tane tez yazıldı. Bir tanesi 1995 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yazıldı işte tebliğ verecek arkadaşımız Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam'ın yüksek lisans tezi Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanmasıydı; Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam "örtünün aralanması" terimini tercih etmişti. Diğeri ise değerli bir öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Veliye Yanlı ait 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yazılmış doktora tezidir. Yrd. Doç. Dr. Veliye Yanlı bilimsel çalışmasında, özellikle Alman ve İngiliz Hukuku'yla mukayeseli olarak bugün sempozyum konusunu doktora tezinde incelemiş ve tüm boyutlarını Türk Hukuku'na kazandırmıştır. Bu doktora tezinden 10 yıl sonra bu sempozyumda konu uygulamacıların ve akademiyenin tartışmaları zenginleşecektir. 1998'de Yard. Doç. Dr. Veliye Yanlı, yazmış olduğu doktora tezinin başlığında 'Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması' terimini tercih etmiştir.

Bu kavrama tarihsel süreçte baktığımız vakit, kaynağını ve köklerini çok eskilerde bulamayız. Zira tüzel kişilik kavramı 1800'lü yılların kavramı.

Terimle ilgili tartışmaları bir kenara bırakırsak; kavramsal içeriğe geçmeden evvel aslında bu kavramın temelindeki bakış açısının da tüzel kişilik kavramı ve tüzel kişiliği açıklayan görüşlerle bir ilintili olduğunu görüyoruz. Acaba tüzel kişilik kanun koyucunun bir eseri mi yoksa, kanun koyucu var olan bu tüzel kişiliği sadece tanımakla mı yetiyor? Bu soru bizi kişiler hukukunun iki temel teorisine götürmektedir. Birisi **Savingny**'nin Farazi kişilik Teorisi⁶ denilen ya da benim isimlendirmemle Fiksyon Teorisi diğeri ise, Otto von **Wirken**'in Gerçeklik Teorisi⁷.

İsviçre Medeni Kanunu Prof.Dr.Huber tarafından hazırlandığı için Prof. Dr. Huber'in bir gerçeklik yanlısı olmasından dolayı, bu yönüyle eski Medeni Kanunumuzun gerçeklik teorisinin etkisinde olduğunu söyleyebiliriz.

Bugün için acaba yeni Türk Medeni Kanunu'nun gerçeklik teorisinin hakimiyetinin olduğunu söyleyebilir miyiz? Bildiğiniz üzere 1421 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Türk Kanunu Medenisi yürürlükten kalktı. Türk Medeni Kanunu'nun gerçeklik teorisini benimsemeye devam ettiğini aşağıda belirteceğimiz gerekçelerle söyleyemeyiz.

⁶ Varsayım Teorisi olarak da adlandırılmaktadır, bkz. Mustafa DURAL / Tufan ÖĞÜZ: Kişiler Hukuku,

İstanbul 2002, s. 206.

⁷ Gerçek Kişilik Teorisi olarak da adlandırılmaktadır. DURAL/ ÖĞÜZ, age., s. 206.

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.

2) TÜZEL KİŞİLİK VE MAL /KİŞİ AYRILIĞI (AYRILIK) İLKESİ

Tüzel kişilik aslında amaca özgülenmiş bir mal varlığıdır. Amaç kar elde etmeye ilişkin ise ticari tüzel kişiden bahsederiz. Bunun 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 söz konusu olabilmesi için bir amaca özgülenmiş mal varlığı olması gerekir dedik, bunun gerçekleşebilmesi içinde 3 unsur gereklidir:

Tüzel kişiliğin söz konusu olabilmesi için, oluşturulacak kişiliğin kendine özgü bir mal varlığı olmalıdır ve mal varlığı bir amaç birliği içinde ve de bağımsız bir mal varlığı olarak ortaya konmalıdır. Onu oluşturan ve koyan üyelerin, ortakların 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.

Üçüncü unsur olarak da özgülenen mal varlığı ile ilgili olarak; 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 almalıdır.

Bu unsurların değerlendirmesinden şu sonuçlara varırız: Bir tüzel kişilikte 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 kişi-

lerden bağımsız bir ayrı tüzel kişilik yaratılacaktır.

İkinci sonucumuz ise öyleyse şudur; tüzel kişiler hukukunda kişi bağımsızlığı veya kişi ayrılığı ilkesi geçerlidir.

Özetle tüzel kişiliğe hakim iki temel ilke vardır: İlk ilkemiz: tüzel kişiliğin oluşumuyla birlikte onu tahsis eden mala ilişkin mal ayrılığı ilkesidir. İkinci ilkemiz tüzel kişiliğin oluşumuyla birlikte kişi ayrılığı ilkesidir.

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.

3) ORGANLARIN KUSUR SORUMLULUĞU VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Türk Medeni Kanunu'nun 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 bu düzenlemeyle sapmış bulunmaktadır. Ona istisna getirmiştir: **TMK organları oluşturan üyelerin kusuru söz konusu ise onların tüzel kişiliğin yanında müteselsilen sorumlu 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 sınırlandırmaktadırlar. Tüzel kişiliğin perdesi TMK. m. 50 f. 3'de organ olarak faaliyet gösteren üyelerin haksız fiillerinde kaldırılmaktadır. **Kişisel görüşüme göre TMK. m. 50 f. 3'deki sorumluluk, sadece haksız fiilin yanında, kanunun kusurdan bahsetmesinden dolayı, borca aykırılık gibi kusurlu davranışları da kapsamaktadır.**

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 kendi mal varlıklarıyla sorumludurlar.

Perdenin aralanmasıyla ilgili olarak, eğer organdaki üyenin kusuru söz konusuysa, biraz sonra bahsedeceğim Türk Medeni Kanunu Madde 2'deki dürüstlük kuralı ve onun yaptırımı olan benim görüşüme göre hakkın kötüye kullanılması kurumuna gitmeye gerek kalmadan, TMK. m. 50 f. 3'e göre sorumluluklarına gitmek mümkündür.

Buradaki temel görüşümü, bu sempozyuma özgü olarak bir yaklaşımı tekrarlamak istiyorum: Türk 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.

4) TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ ROLÜ

Perdenin aralanması ile ilgili olarak bu genel düzenleme dışında elimizde başka hangi genel hukuk kurumları var?

Temel itibariyle biraz sonra yine tüm tartışmacılar üzerinde duracak ama bende üzerinde durmaya çalışacağım zamanım elverdiği ölçüde kullanabileceğimiz araçları şöyle sayabiliriz;

- 1) Dürüstlük kuralının yaptırımı olan hakkın kötüye kullanılması,**
- 2) Bir görüşe göre yine hakkın kötüye kullanılmasının başka bir görünümü olan kanuna karşı hile,**
- 3) Ahlağa aykırı davranışla bir başkasına zarar verme,**
- 4) Tarafta muvazaa,**
- 5) Namı müstear, namı müstear yaklaşımı itibariyle dolaylı temsil kurumu.**

•Görüldüğü üzere TMK. m. 50 f. 3'de düzenlenen hükmün yanında, her olayın maddi olgularına uygun hukuki olgularla karşılanabilecek bir çok hukuk kurumu mevcuttur. Elimizdeki tek kurum dürüstlük kuralı değildir Dürüstlük kuralına aykırılıktan ayarla kullanacağımız başka araçlar var. Bir görüşe göre yine dürüstlük kuralı kural değildir, dürüstlük kuralının yaptırımı, hakkın kötüye kullanımı kural değildir istisnadır.

Onun için istisnaları genelleştirip genel kural haline getirmeye çalışmalıyım. Önce çözebiliyorsak ki doğrusuda budur. Önce başka hukuk kurumlarıyla sorunun çözümüdür, yani kanuna karşı hile ile, hakkın kötüye kullanılması

ması ile, tarafta muvazaa, namı müstear dolaylı temsil kurumlarıyla eğer biz perdenin aralanmasını sağlayabiliyorsak, adalet tanrıçasını perdenin aralanmasında kullanabiliyorsak artık başka kuruma ihtiyacımız yok. Ancak en son olarak da 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.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından, en dar anlamıyla tüzel kişiyi oluşturan üyelerinin tüzel kişilikle olan bağlılık veya ilişkileri sebebiyle sorumlu tutulmaları veya malı özgüleyen üyelerinin malvarlığı ile tüzel kişinin malvarlığının ayrılmasını ifade eden mal ayrılığı prensibinin dikkate alınmaması anlaşılmaktadır⁸.

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. Tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılmasından, **tüzel kişinin kişiliğine ilişkin ve mal varlığına ilişkin ayrılık ilkesinin uygulanmamasını** anlamaktayız. Bir başka deyişle, **tüzel kişinin hukuki bağımsızlığının dikkate alınmayarak onun bertaraf edilmesini** anlamaktayız.

Bu konuda yurtdışında yapılmış çalışmalara baktığımız vakit en temel çalışmayı 1955 tarihinde profesörlük takdim teziyle konuyu ortaya koyan bilim adamı **Serick**'tir⁹. Serick hakkın kötüye kullanılmasının hukuki temellerini ortaya koyarken genelde bununla ilgili ve uygulama alanlarının tasvirini yaparken 3 temel teoriyi ortaya koymuştur¹⁰. Bunu aslında ikiye indirgeyebiliriz. Birini diğerinin alt başlığı olarak değerlendirebiliriz.

⁸ WIEDEMANN, WM Sonderbeilage, 4/1975, s. 18

⁹ SERICK, Rechtsform und Realitaet juristischer Personen, Berlin-Tübingen, 1955; Durchgriffprobleme bei Vertragstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Karlsruhe, 1959.

¹⁰ Kuruma ilişkin temel prensipler REHBINDER, Konzernausenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, s. 85 vd; WINTER, Die Haftung der Gesellschaftter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH, 1973, s. 61 vd. geliştirilmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması teorisi; diğeri ise normun amacı teorisi.

Hakkın kötüye kullanılması teorisi bir sübjektif kötüye kullanma bir de objektif kötüye kullanma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Serick'e göre sübjektif kötüye kullanmanın görünümü iki şekilde karşımıza çıkmaktadır¹¹:

- 1) **Tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması,**
- 2) **Bazı hukuk kurallarının uygulanmasının sağlanması**

Tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması da üç şekilde karşımıza çıkabilir.

- a) **Kanunun dolanması,**
- b) **Sözleşmeye aykırı davranmak,**
- c) **Haksız şekilde 3. kişilerin zarara uğratılması,**

şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹².

Sübjektif teori ile objektif teori arasındaki temel yaklaşım farkı şudur: 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 Kanunu Medenisi'nin 2. maddesine yakın bir bakış açısıdır.

Sübjektif Teori bakımından hakkın kötüye kullanılması açısından konuya yaklaşırsak bir ispat yükü problemi ile karşılaşırız. Objektif olarak hakkın kötüye kullanılması şartları yanında kasıt aradığımızda kişinin kusurlu olup olmadığının ispatını da aramamız gerekir. Bu ise oldukça ispat zorlukları getirecektir.

Genel olarak biraz sonra sonuç itibarıyla söyleyeceğim üzere hukuka aykırılık niyetinin yani sübjektif unsurun aranması benim kanaatimce gerekli değildir¹³. Özellikle şu andaki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesi bu görüşü desteklemektedir. Zira Türk Medeni Kanunu 2. madde met-

¹¹ SEIRICK'ın sübjektif kötüye kullanma teorisi için bkz. GODIN, Aktiengesetz, 1967, § 1, 18; MÖHRING, NJW 1956, 1791; REINHARD, Festschrift für H Lehmann II, 1956, s. 587; BEITZKE, JZ, 1956, 40, 676. BGHZ 20, 4, 13.

¹² SEIRICK, s. 203.

¹³ REINHARD, Festschrift für H Lehmann II, 1956, s. 576; KUHN, Festschrift für R Fischer, 1979, s. 351.

ninde “açıkça” terimine yer vermiştir. Öyleyse yeni Türk Medeni Kanunu objektif kötüye kullanmayı kabul etmektedir; bu düzenlemeye göre, objektif kötüye kullanma görüşü uyarınca hareket edilmelidir.

Normun amacının uygulanmasının teorisi ise¹⁴, genel itibariyle uygulanacak normun amacına göre bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Genel olarak kabul gören bir bakış açısı değildir. Tüzel kişinin üyesine ilişkin bir durumun tüzel kişiye ya da tüzel kişiye ilişkin bir durumun üyeye izafesine ihtiyaç duyulur. Bu ihtiyaç ise normun amacının gerçekleştirilmesi gereğinden doğar. Bu teoride her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

Son zamanlarda, yukarıdaki iki temel yaklaşımı red eden, özen yükümlülüğü kapsamında, tüzel kişinin hakim (etkin) üyelerin özen sorumluluğundan hareketle çözüm getirilmeye de çalışılmaktadır¹⁵.

Tüzel kişiliğin amacına uygun olarak kullanılması durumunda, ayrı huku-ki kişilik ve mal ayrılığı prensibinden hakkın kötüye kullanılması kullanılmasına ilişkin olarak hukuk kurumlarının kötüye kullanılması söz konusu olur.

İsviçre Hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına Türk Hukukuna paralel olarak, ZGB. Art. 2 Abs. 2 uygulanmasıyla çözüm getirilmektedir¹⁶.

5) TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI HALLERİ

Genel olarak tüzel kişilik perdesini kaldırma hallerini tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma ve sözleşmenin ve kanun hükümlerinin uygulamasında özdeş kılma olarak iki başlıkta inceleyebiliriz.

Tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma, edilen, tüzel kişi organ ve üyelerinin, bilgi ve irade beyanlarının tüzel kişiye izafe edilip edilemeyeceğini; diğer yandan tüzel kişinin irade beyanlarının da organ ve üyelere izafesini ifade eder.

Bu gün bu sempozyumda tüzel kişinin örneğin bir ticaret ortaklığının tüm üyelerinin ya da yönetime hakim ortağının fiillerinden tüzel kişinin sorumlu tutulması tartışılacaktır.

¹⁴ MÜLLER-FREIENFELS, AcP, 1956, s. 522; COING, NJW, 1977, 1793; WIETHÖLTER, ZHR, 125, 325.

¹⁵ WILHELM, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, s. 330.

¹⁶ FORSTMOSER, Die ausnahmsweise Nichtbeachtung der rechtlichen Selbstständigkeit: dr Durchgriff, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich, 1981, s. 23-48, özellikle N. 109; BGE 113 II 36; 108 II 214; 102 III 165; 92 II 160; 85 II 111; 81 II 534; 71 II 272.

Sözleşmenin uygulanmasına özdeş kılma, sözleşmeyi yapan tarafın değil, kendisiyle ekonomik açıdan özdeş olan diğer bir kişinin de sözleşmenin yorumunda dikkate alınmasıdır. Bu duruma uygulamadan örnek olarak: ticari işletmenin devri sonrası belirli süre için rekabet etmeme borcu altına giren kişinin doğrudan kendisinin değil, ortağı olduğu şirketle rekabet yasağı ile korunan alanda faaliyet göstermesi durumu verilebilir. Bu halde sözleşmenin tarafı olan asıl rekabet etmeme borçlusunun borca aykırı fiili 3. kişinin işlediği savunması dinlenmeyecektir. Rekabet yasağının amacı ve anlamı doğrultusunda dürüstlük kuralına göre yorumlanması sonucunda bu savunma dürüstlük kuralına aykırı sayılıyor ve sözleşmeye aykırılık dolayısıyla faaliyetin engellenmesi ve tazmin yükümü söz konusu olur.

Kanun hükümlerinin uygulanmasında özdeş kılmasında iki türlü uygulama söz konusu olabilir: **Tüzel kişi – gerçek kişi ayrılığının ileri sürülmesinin doğrudan doğruya hakkın kötüye kullanılması veya kanunun dolaşılmasına sebep olması halleridir. Bu hallerde tüzel kişinin bağımsızlığı (onu oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir varlık oluşu) sınırlanır ve üye ile tüzel kişilik özdeş kabul edilir.**

Diğer durumda ise, kanun hükümlerinin sağladığı imkandan faydalanmak için gerçek kişi – tüzel kişi ayrımı ileri sürülüyorsa; örneğin, bir anonim ortaklık, kendi pay senetlerini iktisap edemeyeceği kuralının iki anonim ortaklığın birbirinden pay sahibi olma şeklinde katılmasında; yavru ortaklığın ana ortaklıktan pay almasında, tüzel kişilik perdesinin aralanması çözüm getirilebilir. Yine örneğin, taşınmazdaki payımı satan bir gerçek kişinin, bu payı sonradan en büyük pay sahibi olduğu tüzel kişi ortaklık aracılığı ile geri almak için açtığı ön alım davasında, gerçek kişi tüzel kişi kanun hükümlerinin uygulanmasında özdeş kılınabilir.

Diğer bir özdeş kılma hali de, tüzel kişinin perdesinin kaldırılarak üyelerinin ve organlarda yer alan kişilerin sorumlu kılınmasıdır.

Sözlerime son verirken şu hususu belirtmek istiyorum şunu unutmayalım ki hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili kural genel kural değildir; istisna kuraldır. İstisnaları da dikkatli ve özenle amacına uygun olarak kullanmamız lazım ve istisnaları genel hale dönüştürmememiz lazım. Bu konuda özellikle yargıya her somut olayının özelliklerine göre önemli bir görev düşmektedir.

Teşekkür ederim, saygılarımla.

⁵ Eren de aynı terimleri kullanmaktadır. **EREN**, s. 1108.

⁶ Tasarıda vaad eden yerine “üstlenen” terimi tercih edilmiş olmakla birlikte, bu terime karşılık olarak “üstlenilen”