

Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

I. Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi

Ünlü Alman Hukukçu Friedrich Stein'in Reichmayr'den aktardığı üzere, İcra Hukuku'nun başlangıç ve bitiş noktası Maddi Hukuk alanı içindedir¹.

Medeni Hukuk öncelikle taraflardan birinin diğerinden bir edimin ifasını istemesine yöneliktir. Roma Hukuku kökenli Actio kavramından talep kavramının çıkartılması, Pandekt Hukukçu Windscheid'a nasip olmuştur. Böyle bir talepte bulunabilmenin temelinde, hukuk düzeni tarafından tanınan hak yer almaktadır. Otto von Gierke, "Borç ve Sorumluluk" adlı makalesinde, talep edebilmeyi, yani hakkı, düşünsel olarak iki unsura ayırmıştır: Borç ve Sorumluluk. Borç, talepte hayatiyet bulan hukuki düzenin yapmaya yönelik emri olarak adlandırılmıştır: Alacaklı, borçludan borcun konusu olan edimi isteyecek; borçlu ise bu edimi yerine getirecektir. Yapmaya yönelik emir, tek başına hukukun istediği durumun hâsıl olmasına yetmemektedir. Sorumluluk, borçlunun yapma zorunluluğuna yönelik emri kabul etmesi anlamına gelir. Borçlunun kendiliğinden ifayı gerçekleştirmediği hallerde, en son çare olarak zora başvurulabilecektir².

Borç için Takip Hukuku, Cebri İcra Hukuku'nun bir parçasıdır ve tıpkı Medeni Yargılama Hukuku gibi, Maddi Hukuk'un gerçekleştirilmesine hizmet eder. Böylelikle, hukuki düzen ve hukuki barış sağlanmış olur. İcra iflas hukuku kredi hayatının teminatıdır.

¹ Bkz. **Rosenberg/Gaul/Schilken**, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997, s. 3.

² **Becker-Eberhard**, Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı, çev: **Deren-Yıldırım**, 21. Yüzyılım Usul Hukuku Sorunları, İstanbul 2002, s. 41 vd.

Ünlü Alman Hukukçu Gaul'e göre, hukuki cebir, hukuk düzeninin işle-yişi için vazgeçilmez bir unsurdur. Bir hukuk düzeni, bireylere hukuki korunma sağlamak istiyorsa, zorunlu olarak gerekli hukuki cebir ile de donatılmış olmalıdır. İcra da, "herkese hak ettiğin verilmesi" şeklinde tanımlanan Aristo Adaleti'nin (dağıtıcı adalet) hizmetindedir³.

İfa talepleri için, malvarlığına ilişkin taleplerin söz konusu olduğu durumlarda, Maddi Hukuk'taki malvarlığı ile sınırsız sorumluluk esası geçerlidir. Borçlu, tüm malvarlığını, alacaklının borcu elde etmesine veya en azından onun talebinin yerine getirilmesine ilişkin menfaatlerinin karşılanmasına katlanmak zorundadır. Böylece bir para alacağının borçlusu, sadece haiz olduğu parayı değil, tüm malvarlığını alacaklının alacağını elde etmesi için tahsis etmek durumundadır. Borçlunun parasının olmaması, onu ifa zorunluluğundan kurtarmaz. O daha ziyade, "İnsanın parası olmalı" esasından hareketle diğer malları aracılığıyla, tercihen mallarını devretmek yoluyla para sağlamak zorundadır. Ancak eski dönem hukuk sistemlerinde rastlanan borçlunun şahsına karşı icra artık söz konusu değildir⁴. Borçlunun tüzel kişi olması halinde, sorumluluğu tüzel kişinin malvarlığı ile sınırlıdır. Ortağın sorumluluğu da, koyduğu sermaye ile sınırlıdır.

Genellikle, borçlunun elinde alacaklının alacağına yetecek kadar para bulunmaz. Borçlunun elinde başka mallar varsa, malvarlığı ile sınırsız sorumluluk esası çerçevesinde bu malları, alacaklının tatminine hizmet edecektir. Şahsa yönelik icra, böyle bir durumda borçlunun zorlanması ve iradesi dışında malların haczine razı göstermesi ve bu malların cebri satış suretiyle devrinden elde edilen tutarın, alacaklıya bırakılmasına mecbur edilmesi anlamına gelecektir. Alacaklı, borçluya ait olmayan mallara başvuramaz ve bunlar takibin konusunun dışında kalır⁵. Borçluya ait malların takip içinde alacaklının tatmini için amade kılınması, Tasarrufun İptali Kurumu ile sağlanmaktadır. Ayrıca, takipte üçüncü kişinin mülkiyetinde olduğu halde haczedilmiş olan mallar bakımından, üçüncü kişinin İstihkak Davası açması imkânı da hukuk sisteminde mevcuttur. Hangi malların haczedilebileceği konusunda, hukuk sistemleri farklı çözümler getirmektedir. Alacağın haczedilip haczedilemeyeceği hususuna Almanya'da Medeni Kanununun madde 400 hükmünde sureta değinilmiştir. Alman Hukuku'nda, "şayet bir alacağın temlikî mümkün ise, haczi de mümkündür; alacak haczedilebilirse temlikî de edilebilir", şeklinde bir kısır döngünün varlığından söz edilmektedir⁶.

³ Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, 3. basım, İstanbul 2005, s. 1.

⁴ Becker-Eberhard, s. 43, 44.

⁵ Becker-Eberhard, s. 46.

⁶ Becker-Eberhard, s. 50.

II. İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar

1. Tasarrufun İptali Davası

Türk Hukuku'nda İptal Davası, genellikle hukuki niteliği üzerinde durulmaksızın, şahsi bir dava, bir eda davası olarak kabul edilmektedir⁷. İptal Davası, takip hukuku kapsamında alacaklıyı koruyan, alacaklı bakımından tasarrufun yapılmamış sayılmasını sağlayan ve üçüncü şahıs bakımından eda davasının bir türü olan katlanma davası niteliğini haiz bir davadır⁸. İptal Davası, takip alacaklısı bakımından takibin semeresiz kalmamasını sağlaması yönünden bir tedbirdir⁹. İptal davası, borçlunun alacaklısından mal kaçırarak amacıyla yaptığı tasarrufların, hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi şeklinde bir yaptırım içermektedir. Bu davada, borçlu ile hukuki ilişkiye girmek suretiyle bir hak, mal iktisap etmiş olan üçüncü şahıslar, artık, alacaklının, iktisap olunan bu mal üzerinden cebri icra yoluyla tatmin edilme hakkına katlanmak durumundadırlar. Bu yaptırım özellikle malı bir ivaz karşılığı iktisap etmiş olan 3. şahıs açısından tahammülü fevkalade zor bir durum doğurmaktadır, bu faraziyede borçlunun haczi kabil malı bulunmaması ve alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket etmesi şartına bağlanmıştır. İptal davası ile, cebri icra takibinden bir semere elde edememiş olan alacaklıya, özel hukuk alanında tahsilat için bir imkan sağlanmaktadır¹⁰.

Dava konusu hukuki işlem olmasa idi, alacaklının daha elverişli bir tatmin imkanı olacaktı, denilebildiği durumlarda iptal davasına izin verilmelidir¹¹.

İİK. m. 277/ b.1'e göre, haciz yoluyla takipte elinde muvakkat (m. 105) veya kesin (m. 143) aciz vesikası olan alacaklı iptal davası açabilir. Kesin borç ödemedi aciz vesikasının temelinde, paraya çevirme işleminin (seme-

⁷ Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 86, 87.

⁸ Yıldırım, İptal Davaları, s. 53.

⁹ Yıldırım, 4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelemesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2005, s. 471. İptal Kurumu'nun, tamir edici işlevi hakkında bkz. Spühler/Strunz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Zürich-Basel-Genf 2003, s. 100.

¹⁰ Doktrindeki hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara ilişkin bilgi için de bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s. 133 vd.

¹¹ Gerhardt/Merz, Aktuelle Probleme der Gläubigeranfechtung im Konkurs, 4. Aufl., Köln 1988, s. 14.

reziz) sonucu bulunmaktadır. Borçlunun haczi kabil mallarının borcu karşılamaya yetecek miktarda olmaması halinde tanzim edilen muvakkat aciz vesikası alacaklıya bir kayba uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu sürece iptal davası açma ve yürütme imkanını sağlayacak, fakat alacaklı, kaybının kesin olduğunu ortaya koymadığı takdirde iptal davası reddedilecektir.

Yargıtay'a göre "İİK'nun 105. maddesindeki borç ödemededen aciz halinden maksat, bu konuda tutulan haciz tutanağı ile borçlunun yazılanlardan başka haczi kabil malı olmadığına saptanmasıdır. 143. maddesindeki kati aciz vesikası ise, alacaklının alacağını tamamen sağlayamaması halinde, kalan miktarı göstermek bakımından icra müdürlüğüne düzenlenip verilir. ...Daha açığı, 20.03.2003 günlü belge icra müdürlüğüne yetkisi olmadığı halde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu tür belge, İİK'nun 105'inci maddesi anlamında geçici aciz vesikası hükmünde olmadığına ve kati aciz belgesi de ibraz edilmediğinden, olayda davanın dinlenebilirlik koşulu gerçekleşmemiştir¹².

Aciz vesikasının dava şartı olduğu hakim görüşüdür¹³. Yargıtay'ın aciz vesikasının, usul ekonomisi mülahazası ile dava açıldıktan sonra, dava derdest iken, bozma üzerine ve karar düzeltme aşamasında alınabileceğini benimseyen kararları mevcuttur¹⁴.

TMSF bakımından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 109 ve geçici m.13 uyarınca iptal davalarında aciz vesikası şartı aranmamaktadır¹⁵. Bu gerçekten TMSF lehine önemli bir ayrıcalıktır. Esasen TMSF alacakları takip ve tahsilde, Bankacılık Kanunu, 6183 s.lı Amme Alacaklarını Tahsil Usulü Kanunu ve nihayet İcra İflas Kanunu hükümlerinden yararlanmak imkanına sahiptir. İİK hükümlerine göre başlattığı takipte, bilahare önceki takip işlemleri etkilenmeden 6183 s.lı Kanun hükümlerine göre takibe devam edebilmektedir.

¹² 15. HD. 20.01.2004 t., 6317-223, **Ali Güneren**, İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2004, s. 1082-1083

¹³ Örn.: **S. Üstündağ**, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 230 vd.; **Öztek**, Borç Ödemededen Aciz Vesikası, İstanbul 1994. Mehzaz İsviçre de esasa ilişkin olduğu hk.'da BGE içtihadları için de bkz. **Yıldırım**, İptal Davaları, s. 241 vd.

¹⁴ Örn. karar düzeltme aşaması açısından bkz. 15. HD. 30.09.2002, 3661-4270, Güneren, s. 1085. Davadan sonra da aciz hali gerçekleşebileceği hk.'da 15. HD. 30.06.1998, 2623-2895, **Güneren**, s.1089. karş. **Yıldırım**, İptal Davaları, s. 252, dn. 59-61.

¹⁵ Yargıtay 15. HD. 22.05.2006 t., 1486-2972 ve 15. HD. 06.02.2006 t., E. 2005/2375- 474 s.lı içtihadları için bkz. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, İİK Şerhi, Ankara 2008, c. 5, s. 5864 vd.

Tasarrufun iptali davalarına ilişkin maddi unsurlar özellik muvazaa iddiası, istihkak davaları ile, sıra cetveline itiraz davaları içinde de ortaya çıkabilmektedir¹⁶.

İptal davalarında takip borçlusunun alacaklısına zarar verme kastıyla giriştiği tasarruflar, işlemler nisbi olarak geçersiz kılınmaktadır.

Zarar verme kastı, sübjektif bir unsurdur. İptal davalarında sıklıkla muvazaa iddiası da ileri sürülmektedir. Kast deruni bir vakıa olduğu için, ispatı da güçtür. İptale ilişkin kanuni maddi unsurları içeren İİK m. 278, m. 279 ve m. 280'e duruma göre çürütülebilen ve çürütülemeyen karineler getirilmek suretiyle takip alacaklısı davacıya kolaylık sağlanmıştır. Nam-ı müstear, perdeyi kaldırma teorilerinin, davada kullanımında da sübjektif unsur şart koşulmaktadır. Bunlar her üç hukuki kurumun ortak ve paralel özellikleridir.

“Zarar verme kastından dolayı iptal” başlıklı, çerçeve (genel) norm İİK. m. 280, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla giriştiği mal kaçırma ya yönelik tasarruflarının, alacaklılarına karşı yapılmamış sayılması şeklinde müeyyide içermektedir. 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı kanun ile m. 280'in 1 ve 2. fıkraları tek fıkra haline getirilmiştir. Kanun Değişikliğinde, ekonomik kriz zamanı, malların değerinden aşağı fiyata satıldığı bilinen bir gerçektir; 1.fıkradaki “iyinietli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudun eksiltilmesi” ölçütü, objektiflikten uzaktır, birçok alıcıyı mağdur etmiştir, gerekçesiyle, m. 280 f. I: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren 5 yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunmuş olmalıdır.”. M. 280 f. II: “Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya füru ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilafını üçüncü şahıs, ancak 279'uncu maddenin son fıkrasına göre isbat edebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

280. maddenin 2. fıkrası, 2003 öncesi haline göre: “Borçlunun birinci fıkradaki tasarrufu alacaklıları ızzar kastıyla yapması ve bu kasta üçüncü şah-

¹⁶ Yıldırım, İptal davaları, s. 234-235.

Sıra cetveline itiraz davasının, ilama dayalı alacak bakımından HUMK. m. 446'daki bağlamında yargılamanın yenilenmesi davası yerine geçeceği hk.da Deynekli/Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005, s. 151-152. Bilindiği üzere m. 446 bir tasarrufun iptali davası şeklindedir.

sın vukufu halinde, tasarruf tarihi ne olursa olsun batıl sayılır”, şeklinde idi. Eski m. 280 f.II ile ilgili olarak, üçüncü kişinin kötüniyetinin ölçüsü; asgari olarak iptale yol açacak durumu bilmektir. Tasarrufun ivazlı olup olmaması da önemli değildir. Sonraki halefler bakımından da iktisap anında, işlemin iptali kabil olduğunu bilen veya şartların gerektirdiği dikkati gösterseydi bilebilecek olan kişi, kötüniyetlidir¹⁷.

İİK m. 280/I, zarar verme kasdı şeklinde kanuni maddi unsurun yanı sıra, işleme taraf üçüncü kişi bakımından durumun ve kastın bilinmesine ilişkin açık emare bulunması kriterini de düzenlemiştir. Emare hakkında bilgi verilebilir: Mehas İsviçre’de emare yolu ile ispat kanunda açıkça yer almakla birlikte, borçlunun zarar verme kasdı ve borçlunun kastının üçüncü kişi tarafından görülebilir olması, sübjektif unsurlardır ve bu hakime çoğu zaman zor bir görev yüklemektedir. Hakim, ızzar kasdı ve kastın görülebilir olduğu hususunda emarelerin münferiden ispatına mı gideceği, yoksa iptal davasının iddia ettiği dış vakıaların genel durumundan sonuç mu çıkaracağına kendisi karar verecektir. İspat faaliyeti, doğrudan ispat ve emareler yoluyla dolaylı ispat şeklinde olabilmektedir. Emare yolu ile ispat, hakkında karar verilecek hayat olayının münferit durumunun analizine dayanır. Bir iddia tecrübe kurallarının muhtemel kıldığı olaylara binaen emare vakıalar ile de ispatlanabilir. Emare yoluyla ispat ile münferit durumlardan asıl, ana vakia çıkarılmaktadır. Emare vakıalardan ciddi şekilde başka sonuçların çıkmaması şartıyla bu emare delilden kanaate ulaşılacaktır¹⁸.

Yargıtay, m. 280’in 4949 s.1ı K.’la yapılan değişiklikten önceki halinde, üçüncü şahsın bu durumu bilmesi veya bilmesi gerektiği hallerin ispatında, fiili karineler ile emare ispatını da kullanıyordu. “Yasa koyucu bu konuda borçlunun kusurunu “bilen” alıcı yanında “bilmesi gereken”e de yer vererek, mevcut koşullardan hakimin sonuca varmasına olanak tanımıştır. Bu durumlarda karşı taraftan kesin kanıtlar istenilmesi düşünülemez ve beklenemez. “Bilmesi gerektiği” hususunu takdir ve tayin, olayların normal akışına bakılarak mevcut fiili karinelere göre mahkemece ulaşılacak sonuçtur.”¹⁹ “Olayda borçlu tüm mal varlığını davalı bankaya yakın tarihlerde satmıştır. Banka ile borçlu arasında önemli miktarda kredi ilişkisi mevcut olup basiretli bir tacir gibi hareket etmesi zorunlu olan bankanın kredi borçlusunun mali durumuna devamlı bir surette kontrol edip, durumunun bozulduğunu bilmesi gerekir. Bu nedenle davalının borçluya ait mal varlığını eksilttiğini bilmesi esas

¹⁷ Bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s. 167 vd., 267 vd.). Kötüniyeti ispat yükü davacıdadır (Yargıtay HGK 13.11.2002, 15-846/907, Ankara Barosu Dergisi 2003/2, s. 213.

¹⁸ Bkz.: Yıldırım, 4949 Sayılı Kanun’un Getirdiği Değişikler, s. 477, 478

¹⁹ 15. HD. 05.10.1999, 3252-3475, Yasa HD. 2000/7, s. 1049.

olup satın alınan taşınmazlar üzerinde takyidatların bulunması da davalının durumu bilmediğini değil, aksine borçlunun durumunu bildiğini gösterir.”²⁰

İptal davaları, basit yargılama usulüne tabidir, hakim ihtilafları hal ve şartları göz önünde tutarak serbestçe takdir ve halleder (m. 281). Alman hukuk çevresinde, deliller yanında, tarafın duruşmadaki davranışları da değerlendirilmede malzeme olarak dikkate alınır²¹. Türk hukukunda, ağırlıklı olarak mevcut karine sisteminden²² yararlanılarak hukuki korunma sağlanmaktadır.

2. Muvazaa ve Özellikle Nam-ı Müstear

Türk Hukuku’nda, Muvazaa Davaları dışında, varlığı 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı ve ayrıca 07.10.1953 tarihli 7/8 sayılı iki içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiş olan **Nam-ı Müstear Davası**’ndan (prête-nom) da söz etmek gerekir. Eski hukukumuzda “nam-ı müstear” geçerliliği kabul edilmiş bağımsız müessese olarak düzenlenmiş idi (Mecelle 1592, 1594, 1595): Pozitif hukukta: nam-ı müstear diye bir deyim yer almış olmamasına karşın, hukuki niteliğinin belirlenmesi sorunu önem taşımaktadır. Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararına (08.05.1941 gün, 29/5 sayılı; 05.02.1947 gün ve 20/6 sayılı; 07.10.1953 gün ve 7/8 sayılı) ve doktrin çalışmalarına konu olan bu sorun, güncelliğini sürdürmekteyiz.

İsviçre-Türk Hukukları’nda, araya giren şahıslar ve ilişkiler ile ilgili durumlar, her somut olayın özelliğine göre farklı bir rejime tabi tutulmuştur. Sırf görünüş belirtilerine bakılıp her nam-ı müstear durumunun muvazaalı bir işlem olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğu; özellikle, irade serbestisi prensibine (BK. m. 19) ve taraf iradelerine aykırı bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Somut olayda onun ortaya çıkış durumu gözetilmek suretiyle; onun muvazaalı işlemler, inanca işlemler veya dolaylı (vasıtalı) temsil hukuki rejimine tabi tutulması gerekebilir²³.

²⁰ HGK 11.04.2001, 15-339/352 (İKİD 2001/8, s. 502; ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, İcra İflas Hukuku, Ankara 2007, s. 589.

²¹ **M.K.Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 140-176.

²² **Yıldırım**, (İptal Davaları), s. 140 vd.; **Yıldırım**, (4949 sayılı Kanun), s. 471 vd.

²³ **E. Özsunay**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnanç Muameleler, İstanbul 1968, s. 229 vd.; **T. Esener**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s.177; **Postacıoğlu**, Nam-ı Müstear Meselesi Vekalet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri, İÜHF. 1947, Sayı 3, s. 1011 vd.; **C.Yavuz**, Türk İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983. Ayrıca geniş bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s.111 vd.

Örneğin kredi veren kurum (banka), kredi borçlusu limited şirketin ve kefilinin, aleyhlerinde yapılan takibe rağmen borçlarını ödememeleri üzerine, borçlu limited şirketin ortağı ve sahibi olan ve aynı zamanda müşterek ve müteselsil borçlu konumunda olan kişinin akrabaları tarafından kurulmuş bir anonim şirketin adına kayıtlı taşınmazlarının, menkul malvarlığının, üçüncü şahıslardaki hak ve alacakların gerçekte takip borçlularına ait olması nedeniyle, söz konusu Anonim Şirkete ait görünen malların ve alacakların borçlulara aidiyetinin tespiti ve alacağın tahsiline yetecek miktarda icra takip işlemleri yapabilmeyi sağlanması amacıyla, Nam-ı Müstear Davası ile hüküm talep edilebilir. Bu vakıtlar davada davacının muvazaa ve perdenin kaldırılması teorisine dayanmaya da elverişlidir. Fiiller her türlü delil ile ispatlanabilir. Hakim, vakıanın vuku bulup bulmadığına, tüm delilleri birlikte inceler, değerlendirir, delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar verir.

Yargıtay Kararlarından örnek verilecek olursa,

Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescili davasında, Asliye Hukuk Mahkemesinde dava nedeni muvazaa olarak kabul edilmiş ve geçerli ve yasal delil mevcut olmadığı gerekçesi ile davanın reddine dair verilen karar üzerine ilgili Yargıtay Dairesince bozma kararı verilmiştir. İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine hukuk genel kurulunda esas yönünden “olayda uyuşmazlık konusu taşınmazın gerçek malikinin tapu sicilinde yazılı olan (H.D.) değil, (M.F.S) olduğu yolundaki **iddia hukuksal açıdan nam-ı müstear davası niteliğini taşımaktadır**. O halde iddianın 1947 tarihli içtihadı birleştirme kararında açıklanan esaslar uyarınca (yazılı delil), olayda 15.3.1970 günlü belge ile ispatına olanak vardır. Sözü edilen belgede taşınmazın malikinin (H) değil, (M.F.S) olduğu ve sicilde malikin kişiliğini gösteren kaydın gerçeğe uymadığı, bizzat kayden malik gözüken (H) nin beyanları ile imzaları inkar edilmeyen ve 1974 günlü içtihadı birleştirme kararına göre geçerli olan belgeden anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle ... direnme kararı bozulmalıdır.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurul, 30.03.1977 tarihli ve E. 1976/1-3265, K. 1977/320 sayılı kararı, www.kazanci.com)

Davacı vekili, davalı bankanın Keresteciler şubesine 1997 yılı Eylül ayında müvekkiline ödenmek üzere muhtelif havaleler yolu ile paralar gönderildiğini, davalı bankanın nam-ı müstear iddiası ile dava dışı Sateks Giyim Ltd. Şti.'nin borcuna karşılık takas mahsup uygulayarak müvekkiline ödeme yapmadığını ileri sürerek alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı banka, davacının çalışanı olduğunu Sateks firmasından alacaklı olduğunu, havalelerin Sateks firmasının bayilerinden firma hesabına ve davacı adına geldiğini,

davacının firmanın alacaklılarından mal kaçırma amacıyla nam-ı müstear olarak hareket ettiğini, 01.10.1997 tarihli gazete röportajının da bunu doğruladığını, firma ile aralarındaki genel kredi sözleşmesi hükümlerine göre takas mahsup hakkı bulunduğunu savunmuştur. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkeme'since toplanan delillere göre, davalı bankanın işlemlerin danışıklı olduğunu her türlü delille ispatlayabileceği, davacının gazetede yayınlanan demeci ile davacı adına gelen bir kısım havaleleri davacı tarafından alacaklılardan mal kaçırmak için çalıştığı dava dışı şirket hesabına ve şirketin kaçan sahibine gönderildiğini, havaleleri kredi borçlusu şirketin bayileri tarafından yollandığının kanıtlandığı, davacının bu kişilerle ticari bir ilişkisinin bulunmasının ileri sürülmediği, havalelerin sayısal çokluğu ve miktarı dikkate alındığında dava dışı kredi borçlusu şirketin yönlendirmesi sonucu danışıklı bir biçimde havalelerin davacı adına yollandığı kanısına varıldığı, görünürdeki işlem yanların gerçek iradesine uygun olmadığından BK. m. 18 uyarınca havale işlemlerinin geçersiz olduğu, şirket bayileri veya ürünleri pazarlayanlar aldıkları mal bedellerini satıcı Sateks'e ödemek amacıyla havale gönderdikleri için gerçek alıcının dava dışı firma olduğu, bu danışığı fark eden, sözleşme kurallarına göre paraları borca mahsup eden davalının işlemlerinin yasa ve sözleşmeye uygun olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay'ca onanmıştır. (Yargıtay 11. HD. 19.01.2004 tarihli ve E. 2003/5439, K. 2004/327 sayılı kararı, www.kazanci.com)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.05.2000 tarihli E. 2000/888 - K. 2000/885

Davacı (Ünal Ş.), dava dışı Efekent Yapı Kooperatifindeki alacağına karşılık kendisine verilmesi önerilen dava konusu dairesinin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla eşi olan davalı Nurdane Ş. adına tescil edildiğini, ancak aralarında düzenledikleri 07.09.1998 tarihli inanç sözleşmesi gereğince dairesinin ilk istek halinde davacıya devir edilmesi gerekirken, davalının edimini yerine getirmediğini ileri sürerek tapunun iptali ile adına tescilini talep etmiştir. Mahkemece tapulu taşınmazların mülkiyetini ancak resmi şekilde düzenlenen senetlerle aktarılabilmesi vurgulandıktan sonra taraflar arasında hangi koşullarla düzenlendiği anlaşılabilen inanç sözleşmesine dayanılarak dava açılmayacağı gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Yargıtay 2. HD.'sine karar bozulmuş ve yeniden yapılan yargılama sonunda mahkeme'ce önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca "07.09.1998 tarihli "inanç sözleşmesi" başlıklı belgenin hukuki mahiyeti ve doğuracağı sonuçlar üzerinde durulmuş ve aşağıdaki sonuca ulaşılmıştır: inanlı işlemler bir kimsenin menfaatini başka-

sı tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaşığı işlemlerdir.

İnanç konusunun, inanılan tarafından edinilmesi çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir; inanılan, inanç konusunu bir üçüncü kişiden (dolaylı temsil ilişkisi içinde dahi) edinebilir. Olayda da taşınmaz üçüncü kişi kooperatifin mal varlığından dolaylı olarak inanılan Nurdane'nin mal varlığına geçmiştir. Olayda taşınmazın Ünal adına gerçekleştirilecek teşçilin temelini Ünal ile vekili Nurdane arasındaki sözleşme oluşturmaktadır, bunun, resmi şekilde yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de, burada dolaylı temsil yetkisi veren ilişki sözkonusu olduğundan, resmi vekalet sözleşmesi ile düzenlenmesine gerek kalmaz. Kaldı ki mülkiyeti davacı adına geçirme borcu, vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu olduğu için ayrıca resmi şekilde geçirim söz vermesi de gerekmez. Eğer davalı, kendi mülkiyetinde olan ve davacı hesabına satın almış bulunmadığı bir taşınmazı davacıya devretmeyi borçlansaydı, MK. m.634 kapsamına giren bir borçlanma işleminden söz edilebilirdi. Noterlik kanunu m. 89 da vekalet sözleşmesi için değil, vekaletname terimini kullanarak, yetkilendirme belgeleri için resmi şekil aramıştır.

Alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik işlemler ister geçerli, ister muvazaalı olarak kabul edilsinler, hukuk düzeni tarafından tanınmış ve prensiplere bağlanmışlardır. Bu nedenle kanun, mal kaçırmak suretiyle alacaklılara zarar verilmesini, ahlak ve adaba aykırı saymamış; sadece bazı özel hükümlere tabi kılmakla yetinmiştir. **Mal kaçırmak amacını güden inanlı devirler, ilk hamlede alacaklılara zarar vermemektedirler. Zira alacaklının, inana (davacıya) ait bulunan dava konusu şeyin iadesi talebine el atabilmesi daima mümkündür. Ne var ki bu hak, inanç anlaşmasına uygun olarak inanan (davacı-borçlu) tarafından kullanılmıyorsa, ya da koşullar bakımından kullanılması çok güç bulunuyorsa, alacaklı inanlı kazandırmaya ancak bir iptal davası ile hücum edebilir.** Adabın kınadığı sözleşmeler, ancak kanunun diğer bir hukuki hüküm ve sonuç derpiş etmesi halinde BK. m.20 gereğince geçersizdir. O kadar ki **diğer alacaklıların zararına bazı alacaklıları korumaya yönelik bir tasarruf işlemi ancak –hatta bu işlem adaba bir tecavüz teşkil etse bile” İİK. m. 277 vd. istinaden iptal edilebilirler.**

Olayda, tarafların yaptıkları işlemler kanuna karşı hile olarak nitelendirilemez. Zira yapılan işlem, emredici bir hukuk kuralı ile yasaklanmamıştır.

İnançlı işlem, üçüncü kişinin mal varlığı aracılığı ile de gerçekleştirilebileceğinden, olayda sadece dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet hukuksal ilişki bulunmaktadır. Davacının davalıya karşı onun kendisine mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmesi için BK. m. 392'ye dayanarak tescile icbar davacı açması olanaklıdır. Gerçekten de vekilin (davalının) müvekkili (davacı) hesabına üçüncü kişiden iktisab ettiği bir taşınmazı da müvekkiline devretme borcu da, vekalet akdine doğrudan doğruya kanunun bağladığı bir sonuç olduğundan, böyle bir borcun doğumu için vekille müvekkil arasında ayrıca bir anlaşma yapmaya gerek bulunmadığından, böyle bir anlaşmanın hiçbir surette resmi şekilde yapılmasının da gereği yoktur, denilerek direnme kararının bozulmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

3. Genel Olarak Perdeyi Kaldırma Teorisi

Perdenin kaldırılması, münferit dogmatik bir kurum olması itibarı ile, mikro mukayese düzeyinde incelenmelidir. Ancak, pek çok alanda olduğu gibi bu yapılırken makro kıyastan da ayrılmak mümkün olmayacaktır. Bilindiği üzere makro kıyas, usul hukukunun genel tarzını, stilini ve karakteristik yapısını incelemektedir. Böylece usul hukukunda da "hukuk Aileleri" ayrımı yapılabilir ve hukuk çevrelerinin karakteristik yapılarına göre mukayese mümkün olabilir, bu sayede yapısal benzerlikler ve farklılıklar tespit edilebilir. Türk özel hukuku, Alman hukuk ailesine dahildir. Alman hukuk ailesi dışında Romanist sistem, Anglo-Amerikan hukuk sistemleri de mevcuttur.

Bilindiği üzere, tüzel kişilerde kişi ayrılığı, ayrılık prensibi caridir. Buna göre, hukuk sistemi tüzel kişiliği kendisini oluşturan kişilerden mutlak olarak ayırmakta, bağımsız bir hak süjesi olarak düzenlemektedir. Kural olarak tüzel kişi tarafından yapılmış olan tüm işlemler ona isnat edilmektedir. Tüzel kişi alacaklılarına karşı sadece tüzel kişilik ve onun mal varlığı ile sorumludur. Kıt'a Avrupası Hukuku'nda cari olan sistem budur.

Süjeden bağımsızlaşmış obje fikri, bir evirmin sonucudur. Bu şekilde bağımsız malvarlıkları tüzel kişilik kazanmaktadır. Bu bir evrimdir. Adi şirket ile anonim şirket arasındaki fark, evrimin sonucu gelişmiştir. Kural tüzel kişiliğe gitmedir; onun arkasındaki gerçek kişiye gitme, ulaşma istisnadır.

Anglo-Amerikan hukukunda ise tüzel kişilik gerçek kişilik olarak görülmemekte, sadece belirli hakların sahipsiz kalmaması için öngörülmuş farazi varlıklar olarak kabul edilmektedir.

Ancak Kıt'a Avrupası'nda da son zamanlarda, tüzel kişilik kurma yahut mevcut bir tüzel kişilikten yararlanma, onun arkasına saklanma yoluyla kanuna karşı hile yapılması, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali

gibi hallerde tüzel kişinin tabanına el atılması fikri yaygınlaşmaktadır. Ancak bu fikrin hukuki niteliği, şartları ve sonuçları tartışmalıdır.

Almanya’da, mahkemeler, münferit davalarda, 1920’lerden itibaren Ayrılık Prensiğini uygulamamışlardır. Böylece, tüzel kişilikten ortağa ulaşılmasını öngörmektedirler²⁴. Ulaşma sorunu, tek kişilik Limited Şirketlerde uygulandığı gibi, Holding Hukuku’nda ve ayrıca çok üyeye sahip derneklerde de ortaya çıkmaktadır. Ulaşma, tüzel kişinin sorumluluk kapsamını belirleyen normun uygulanmamasıdır.

Perdeyi Kaldırma Teorisi hakkında Alman Hukuku’nda Serick’in geliştirdiği Hakkın Suiistimali Teorisi ile Müller-Freienfels’in geliştirdiği Normun Amaçları Teorisi önemli yer tutmaktadır. Doktrinde, bazı yazarlar tarafından, bu zıt iki teorinin birinden yola çıkılarak, belirli faraziyeler bakımından, diğerine ulaşıldığı da görülmektedir²⁵. Serick, ulaşma problemini tüzel kişiliğin kendisinde görmektedir. Bunu aşmak için, fevkalade ağır şartların varlığını öngörmektedir. Serick, bu görüşü ile ulaşmanın sınırlarını daraltmaktadır. Serick’e göre, objektif norm amacı bunu öngördüğünde, ulaşım kendiliğinden caiz olmamaktadır. Çünkü kanunkoyucu tercihini, tüzel kişinin bağımsızlığı yönünde kullanmıştır. Ulaşım istenen kişiye, ancak sübjektif bir kötüye kullanma halinde ulaşmak mümkündür. Teorinin günümüzdeki temsilcileri ise, bu sübjektif kötüye kullanma formülünden ayrılmışlardır. Onlar, tüzel kişiyi yazılı olmayan düzenleyici ilkelerle nisbileştirmişlerdir. Tüzel kişi, hukuk ve iktisat düzeninde yerini bulmuştur, bundan dolayı, kendi içersinde sınırları vardır; hukuk düzenine aykırı kullanımı da, tüzel kişiliğin de mahiyetine aykırıdır ve bundan dolayı ulaşım caizdir²⁶.

Bir görüş bunu MK. m. 2’deki dürüstlük kuralına dayandırmakta, Fransız hukukunda olduğu gibi bir görüş ise bunu muvazaa çerçevesinde değerlendirmektedir. MK m. 2 ile açıklanmasının sebebi, bu konuda bir kanun hükmünün bulunmamasındandır. Konuyu MK. m. 2 ile açıklayan yazarlar kendi aralarında sübjektif bir unsurun bulunması gerektiğini savunanlar ve aykırı davranmayı ya da hakkın kötüye kullanılması kastının bulunmasının önemli olmadığını düşünenler şeklinde ikiye ayrılmaktadırlar. Alman Hukuku’nda oldukça akis uyandırmış olan Serick’in fikrini ta-

²⁴ **Rehbinder**, E., Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaft, in Festschrift für Fischer, 1979, s. 579.

²⁵ Blz., geniş bilgi için, **Rehbinder**, E., Neues zum Durchgriff unter besonderer Berücksichtigung der Höchstrichterlichen Rechtsprechung, Festgabe für F. Kübler, zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, s. 493 vd.

²⁶ **Rehbinder**, FS Fischer, s. 580, 581.

kiben Türk doktrininde Dural da burada sübjektif unsurun aranmasından yanadır²⁷. Bu görüşe göre ayrılık ilkesinin istisnalarının mümkün olduğu kadar dar tutulması da bu suretle mümkün olabilecektir.

Müller-Freienfels'e göre, perdenin arkasındakine ulaşım, tüzel kişiliğin sorunu değildir. Aksine, onun dış ilişkilerini ilgilendiren bir husustur ve bundan dolayı, çatışan normların değerlendirilmesinde, Ayrılık Prensibi'nin temelinde yatan alacaklı menfaatleri ön plandadır²⁸. Rehbinden'in telifçi görüşü ise, tüzel kişinin bağımsız (kurumsal) kendi değerini ve Müller-Freienfels'in ileri sürdüğü tüzel kişiliğin dış ilişkilerinde genel özel hukuka bağlı olduğu hususunu birleştirmektedir. Bu, özel hukuk ağırlıklı bir çıkış noktasıdır²⁹. Rehbinden, 1997 yılındaki içtihat değerlendirilmesinde, henüz tamamlayıcı ulaşma çözümlerine ihtiyaç bulunduğunu; özel hukuktaki çözümlerin tüketilmediğini belirtmektedir³⁰.

Rehbinden bu çalışmasında, Yüksek Mahkeme içtihatlarını,

1. Tüzel Kişinin Kendi Bağımsızlığının Kötüye Kullanımı (Malvarlıklarının Karışması, Sermayenin Azaltılması (Özkaynak Yetersizliği) ve Diğer Haller
2. Kanunun Dolanılması ve Yorumlanması (Sözleşme Hukuku, Haksız Fiil Hukuku, İyiniyetle İktisap, Rekabet Hukuku ve Kartel Hukuku, İcra Hukuku (İhaleye Fesat Karıştırma)
3. Sözleşmenin Yorumlanması ve Dolanılması, Münferiden Hakkın Kötüye Kullanılması (Şahsi Sorumluluğun Görünümü, Şirketin Likit Problemlerini Açıklığa Kavuşturulmaması Sonucu Culpa in Contrehendo'dan Doğan Şahsi Sorumluluk, Sözleşmenin Yorumlanması) olarak gruplandırılmış ve değerlendirmiştir.

Anglo-Sakson hukukundan kaynaklanması nedeniyle Kıt'a Avrupası hukukçuları tarafından bu teoremin aslında mevcut normların doğru yorumlanması ve uygulanması halinde pek çok olayda kullanılmasına gerek kalmayacağı da ileri sürülmektedir³¹.

²⁷ Dural, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, SPK, 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 97 vd.; Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 70-73 ve orada anılan Serozan, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997, s. 90 vd..

²⁸ Rehbinden, FS Fischer, s. 581; Rehbinden, FS Kübler, s. 494.

²⁹ Rehbinden, FS Fischer, s. 581.

³⁰ Rehbinden, FS Kübler, s. 514.

³¹ Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, 2.Aufl. Köln 1991, s. 186 vd., 194.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren hallerin varlığı onu iddia eden tarafından ispat edilmek gerekecektir³². Alman Federal Mahkemesi'nin 1957 yılındaki bir kararı da burada anılmaya değer görülmektedir. Almanya'da öngörülen tek kişilik Limited Şirkette tek ortağın şahsi malları ve şirket malları ayrımı gözetmeksizin yürüttüğü ticari faaliyetleri sonucunda alacaklılarına karşı Dürüstlük Prensibi çerçevesinde şirketin borçları için şahsi malvarlığı ile sorumlu olup olmaması hususunda, Yüksek Mahkeme şöyle bir karar vermiştir³³: Limited Şirket, tüzel kişilik mahiyetinden doğan borçlarından dolayı, sadece şirket malvarlığı ile sorumludur. Kural budur. Hatta Almanya'da öngörülen tek kişilik Limited Şirket için de aynı ilke geçerlidir. Çünkü bu şirket, tek ortağına karşı dahi bağımsızlığını korumaktadır. İlmî ve kazai içtihatlarda, Dürüstlük Kuralına göre, şirketin bağımsız olmasına rağmen, tek ortağın, şirketin borçlarına karşı sorumlu olup olmaması sorunu sıklıkla tartışılmaktadır. Bu bağlamda, iyiniyetli üçüncü kişiyi, hukuki ilişkideki yanıltıcı davranışlardan korumak ön plana çıkmaktadır. Ancak bunu yaparken, Limited Şirketin bağımsızlığına da bir mücbir sebep mevcut değilse, çiğnememek gerekir. Şirket ve ortağın malvarlığı arasındaki Ayrılık (malvarlığı ayrılığı) Prensibini bozmak için, özel nitelikte hususların varlığı gerekmektedir. Objektif olarak ortaya çıkmış (sebebiyet verilen) hukuki görünüm, kural olarak bu prensibi aşmak için ve tek ortağın şahsi malvarlığına el atmak için yeterli değildir; ayrıca limited ortağın, ortaklığın ayrı kişiliği olduğu iddiasını ileri sürmesini dürüstlük kuralına veya iyi niyete aykırı olarak niteleyen subjektif unsurun da varlığı da gereklidir. Subjektif unsurun varlığı, kasden alacaklılara zarar verme durumu dışında, ayrıca örnek olarak özellikle borçlarını tamamen veya kısmen ödemekten acze düşmüş olan bir limited ortaklığın bağımsız kişiliğini kötüye kullanarak faaliyetlerine devam etmiş olması gösterilmektedir. Şirketin finans ve ekonomik durumuna bakılmalı, bilançoları incelenmelidir. Ayrıca, bu tek ortak aynı zamanda şirketi yöneten, temsil eden kişi ise, onun, zamanında şirketin kendi iflasının istenmesi için dilekçe vermemiş olmaması da bunun bir kanıtıdır. Alacaklı tarafında ise, karşısındaki Limited Şirket ile iş yaparken, karşısında iş yaptığı Limited Şirketin tek ortağının davranışları önem kazanmaktadır; bu bağlamda tek ortak, yarattığı hukuki görünümün aleyhine kullanılmasına da katlanmak zorundadır. Temyiz Mahkemesinden önce karar veren İstinaf Mahkemesi, tek ortağın kendi malı ve şirket malvarlığı arasında ayırım yapmamış olmasını, şahsi malvarlığı ile

³² Yanlı, s. 53.

³³ 26.11.1957 tarihli karar ve VIII Zivilrecht, E. 56/30 için bkz., Betriebsberater, 1958, s. 169.

de sorumlu tutulması için yeterli görmüştür, ancak Temyiz Mahkemesi bunu hatalı bulmuştur.

Perdenin kaldırılabilceği, tabana inilebileceği şu halde mümkündür. Davalı şirketler ve onların yöneticileri arasında organik bağın mevcudiyeti, davada işlem yapanların hileli davrandıklarının ispatı bakımından hile konusunda, deruni bir vakia olması dolayısıyla kastın ispatı güç olduğundan kastın ispatında, gayrimuayyen kastın da (İhtimali kast, yani diğer akidi hataya düşürebileceğini bilme halinde de hilenin varlığı kabul edilmektedir) ispatlanmış sayılabileceği düşünülebilir.

Garanti veren, yani banka ile garanti alan arasındaki garanti sözleşmesinin lehdar ile garanti alan arasındaki temel ilişkiden bağımsız olması nedeniyle banka garantilerinde ileri sürülebilecek defiler kural olarak sınırlandırılmış olmakla birlikte, temel ilişkiye ait defilerin istisnaen de olsa; özellikle Temel İlişkiye Ait Sakatlığın Garanti İlişkisini Etkilediği Hallerde ileri sürülebileceği; olayda bu şartların gerçekleşmiş sayılabileceği;

Hile konusunda ispat zımında, davacı taraf akit yapma hususunda aldatılmış, yani karşı taraf olan davalıların, davranışı ile (yapma veya duruma göre susma ile) hataya düşürülmüş olduğu, akidi hataya düşüren davranışı kasten yaptıkları; Karşı akitin, davranışın diğer tarafı hataya düşüreceğini biliyorsa ve bunu istiyorsa, kast gerçekleşmiş olabileceği; ihtimali kast, yani diğer akidi hataya düşürebileceğini bilme halinde de hilenin varlığının kabul edilebileceği hususlarında takdiri mahkemeye aittir. Olayda, olduğu ağırlıkta bir koruma zaruretinin; bir başka deyişe, perdenin kaldırılmasını gerektiren haklı sebep ve ihtiyaçların bulunduğu hallerde, yasalarda bu konuda mevcut olduğu iddia edilen herhangi bir hukuki boşluğun Medeni Kanunun 1. maddesinin vermiş olduğu imkan yardımı ile hakim tarafından doldurulabileceği; Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması teorisinin kullanılabileceği mütalaa olunmaktadır.

4. Yargıtay İçtihatları Açısından Perdenin Kaldırılması Teorisi

Yargıtayın aşağıda özeti verilen Kararlarında perdenin kaldırılması teorisine ilişkin açılımlarının, kaynak teşkil edecek nitelikte olmadığı görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/4-360. K. 2004/431 s.lı ve 22.09.2004 tarihli kararında,

Davacı avukat, haksız şikayet nedeniyle davalı avukattan manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı avukat ise, vekil sıfatıyla yaptığı şikayet

nedeniyle kendisine husumet yöneltilemeyeceğini savunmuştur. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yaptığı işlem Avukatın Şikayet Ettiği Meslekdaşının Avukat Olduğunu Gizlemesi ve Bürosunun Kolluk Güçlerince Basılarak Aranma Girişimine Sebep Olması haksız eylem oluşturursa bundan bizzat kendisi sorumlu olur. Burada, dilekçeyi veren davalı olduğundan onun eyleminin tazminat gerektirip gerektirmeyeceği irdelenmelidir.

“...Hak arama özgürlüğü olarak tanımlanan ihbar ve şikayet hakkı... kötüye kullanılamaz. Kötüye kullanım, değer yargısı alt başlıklarından olan hukuka aykırılık ölçütünün olaya uygulanmasıyla belirlenir. Elbette eldeki kanıt ya da en azından emareye dayanan ihbar ve şikayet hukuka aykırı olamaz; bu konuda hiçbir tartışma yoktur. Tartışma, emare yönündedir. Dış çevreye sunulmamış, bir başka söyleyişle sataşma (muaraza) konusu olmamış, karalama (müsvette), tasarı ve taslaklar, hukukça değer taşımadıklarından şikayete hak veren nesnelere değildir. Davalının şikayetine temel aldığı taslak, bu kabildendir. Adalet Bakanlığı da durumu bu yolda değerlendirmiş, davacı için kovuşturma izni vermemiştir. Öyleyse yerel mahkeme gerekçesinin bu konuyla ilgili ikinci bölümü de davanın reddi için neden olamaz.

Emare, onun gösterdiği amaca yönelik şikayette, hukuka uygun davranmış olduğu için şikayet edeni sorumluluktan kurtarır. İşaret ettiği konu dışında kalmış olan ithamlar ise hukuka aykırı olur. Şikayetçinin, o bölüm için hakkını kötüye kullandığı kabul edilir. Kişiyi, hakkında belli bir suç işlediği yolundaki hükümlülüğe götürmeyecek düzeyde kanıtlar ya da o doğrultuda emare bulunması, onun ilgisiz başka suçlar işlediği biçimindeki ithamlara da katlanmasını gerektirmez. Bu, kaydı bile gerekmeden basit kuralın, hukuk alanında mantıksal bir sonucu vardır: Bahane, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz; batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere (Almanca druglift, İngilizce the lift of weil) (Terimin doğrusu: Almanca Durchgriff”, İngilizce Lifting veya piercing’dir) perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir. Somut olayda davalı, taslağı emare sayarak şikayete bahane yapmış ve davacının avukat olduğunu gizleyerek bürosunu, ticari işyeri gibi aratma girişiminde bulunmuş; kolluk kuvvetlerince ifadesinin alınması yolunda onları yönlendirerek avukatın kişilik haklarını zedelemiştir. Bozma kararında da aynı görüşün benimsendiği, ancak “mahkeme kararında belirtildiği gibi az da olsa emare olmakla beraber” denilmek suretiyle, maddi yanılığa dayalı bir yazım karışıklığı olduğu açıktır. Zira emare, zaten kanıt düzeyine yükselmemiş belirtilerdir. Onun azı çoğu olmaz. Yollama yapılan yerel mahkeme kararındaki anlatım da bu biçimde yer almamaktadır. Vurgulanan, davacının mesleki kimliğinin gizlenmiş olmasıdır. Direnme kararındaki gerekçede, anılan konuda açıklama yok-

tur. Gerekçe, olayda emare bulunduğuna yoğunlaştırılmıştır. Emare olarak benimsenen taslak ise böyle bir nitelik taşımamaktadır ve fakat zarar verdirilmeye yönelik davranışa bahane edilmiştir. Eğer kolluk güçleri, şikayet üzerine umulmayan bir davranışa girip zarar doğurmuş olsaydı ve zarar, salt o nedenle doğmuş olsaydı, illiyet kesilir ya da zarar tırmandırılmış olsaydı artanla davalı sorumlu olmazdı. Oluşumda böyle durumlar yoktur. Şikayetdeki biçimle zarar arasında uygun illiyet bağı vardır. Öyleyse davalı sorumlu tutulmalıdır.

Ulaşılan bu sonucun doğruluk sağlamanın yapılması; oluşabilecek kuşuların da silinmesi bakımından konumuzla ilgili iki gelişime yer verilmesi gerekli görülmüştür: Bunlardan biri, İsviçre Türk hukuk uygulamasında manevi tazminat koşulları olarak öngörülen, zarar ve kusurdaki ağır olma unsurlarının, önce içtihat ve sonra yasa değişiklikleriyle ortadan kaldırılmış olmasıdır. İkincisi ise gene bu ortak hukukta içtihat yolu anılan tavidir. Zarar görenin kusuru, zarar vereninkine eşdeğer, giderek ondan ağır bile olsa gene de manevi tazminat gerekir. Böylece, maddi tazminatla arada bulunan anlamsız aykırılığa son verilmiş oldu.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının ...bozulmasına, ... 2. görüşme- de oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, E. 1994/16140, K. 1995/67 s.lı ve 17.01.1995 tarihli kararında,

ÖZET: Taraflar arasındaki, işkazasından doğan manevi tazminatın ödetilmesi davasın TEK Genel Müdürlüğü'ne karşı açılmıştır. • Husumet İtirazı (Davalı Tarafın Yanlış Bildirildiği İddiası)

“... Dava, ölümle sonuçlanan iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı TEK Genel Müdürlüğü, iş kazasının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip Ordu Elektrik Dağıtım Müessesesi'ne ait işyerinde meydana geldiğini, ölen işçinin müessesenin elemanı olduğunu, bu nedenle husumetin adı geçen müesseseye yöneltilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, husumet itirazı yerinde görülmemiş, yargılama sırasında mevzuatta yapılan değişiklik sonucu davalı TEK Genel Müdürlüğünün yerine geçen TEDAŞ tazminatla sorumlu tutulmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki; TEK Genel Müdürlüğü, 233 sayılı KHK'ye dayanılarak çıkarılan 12.08.1993 gün, 93/4789 sayılı Kararnamenin eki Bakanlar Kurulu Kararı, ile (TEDAŞ) ve (TEAŞ) adları altında iki ayrı İktisadi Devlet Teşekkülüne dönüştürülmüştür. Söz konusu kararda, mevcut elektrik dağıtım müesseselerinin bütün aktif ve pasifleri ile personelinin yeni kurulan (TEDAŞ)'a devri öngörülmüştür. Bu düzenlemeden amaç, mevcut müesseselerin hukuki varlığını sona erdirmek

değil, esasen TEK Genel Müdürlüğü'ne ait olan sermayelerinin yeni kurulan ilgili Teşekküle geçişini sağlamaktır. Çünkü, müesseseler, sermayesinin tamamı İktisadi Devlet Teşekkülüne ait olup, ona bağlı ve tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır (233 KHK. md. 2/4,15/5). Görülüyor ki, mevcut müesseseler yapılarında hiçbir değişiklik olmadan yeni kurulan teşekküle bağlanmışlardır. Nitekim, bu husus, (TEDAŞ) ana statüsünün 2. maddesinin 9. bendinde "Müessese; sermayesinin tamamı Teşekküle ait olup, ona bağlı işletme ve işletmeler topluluğudur" şeklinde ifade edilmiştir. Gerçekten, yine ana statünün 12/1. maddesi ile "Müesseselerin kurulması ve nitelikleri hakkında KHK hükümleri uygulanır." kuralı getirilmiştir. Söz konusu 233 sayılı KHK'nin değişik 16. maddesinde de müesseselerin tüzel kişiliğe sahip oldukları açıkça vurgulanmıştır. ANA statünün, "geçiş döneminin ait hükümler" başlıklı 25. maddesinin 7. bendinde yer alan, "Mevcut Elektrik Dağıtım Müesseseleri ve işletmeleri, 12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Kararname eki Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulmuş olan teşekkül bünyelerinde faaliyetlerini sürdürür" hükmü de müesseselerin hukuki varlıklarının ve tüzelkişiliklerinin devam ettiğini göstermektedir. Bakanlar Kurulunun anılan Kararında, sadece TEK Genel Müdürlüğü'nün taraf olduğu dava ve takiplerin yeni kurulan teşekkül tarafından yürütüleceğinin öngörülmüş olması da, konuyu açıklığa kavuşturmuştur. ... Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, husumetin, işçinin çalıştığı ve kazanın meydana geldiği, ayrı tüzelkişiliğe sahip Müessese Müdürlüğüne yöneltilmesi gerekir. Bu nedenle davalının husumet itirazı yerindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Dairemizin yerleşmiş içtihadı da bu doğrultudadır (HGK'nun 04.02.1977 gün, 1049-112 sayılı, 03.06.1977 gün, 1708-577 sayılı ve 05.12.1990 gün, 401-618 sayılı kararları). Ne var ki, TEK (TEDAŞ) Genel Müdürlüğü, hizmetin gereği gibi ve kolaylıkla yürütülebilmesi için, işin görülmesini kendisine bağlı olarak kurulan müesseseler arasında bölüştürmüştür. Bu itibarla davada; hasımda değil, hasımın temsilcisinde yanılma söz konusudur. Böyle olunca mahkemece yapılacak iş; davacıya gerekli önel verilip, dava dilekçesinde davalı ile ilgili düzeltme yapıldıktan sonra, dilekçe ve duruşma gününün Müessese Müdürlüğüne tebliği ve onun huzuru ile yargılama yapılmasının sağlanması ve sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin, TEK (TEDAŞ) Genel Müdürlüğü aleyhine açılmış bulunan davanın yürütülerek, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle (bozulmasına), ... 17.01.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, E. 2004/9514, K. 2005/3750 s.lı ve 07.04.2005 tarihli kararında,

• İFLAS DAVASI (Depo Emrinde Gösterilen Meblağın Davalı Tarafından Ödenmediği Diğer Davalılar Yönünden Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Talebinin Yerinde Olmadığı Gerekçesiyle Şirketin İflası Gereği)

DAVA: Taraflar arasındaki birleştirilen iflas davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde müdahil TMSF vekilince Duruşmasız davacı vekilince de duruşmalı olarak temyiz edilmişse de davanın niteliği itibarıyla bu isteğin reddiyle incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalılardan Örsa Tekstil A.Ş.'nin müvekkillerinden bir adet makina almak için sipariş verdiğini, satışın Almanya da bulunan infex firması aracılığıyla yapıldığını, Örsa Tekstil A.Ş.'nin infex firmasının satış sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyi üstlendiğini, infex firmasının iflasını ilan etmesi nedeniyle davalı Örsa Tekstil A.Ş.'nin ödeme yükümlülüğünün doğduğunu, şirket temsilcisinin talimatı üzerine faturada teslimat yapılacak firmanın falez iplik olarak değiştirildiğini, makinanın Örsa grubunun Çorlu'daki fabrikasına kurulduğunu, fabrikanın bulunduğu arazinin First Tekstil A.Ş. adına kayıtlı bulunduğunu, Örsa grubuna mensup şirketlerinin Ahmet Aydın tarafından idare edildiğini, makinanın bedelinden davalı olan tüm şirketlerin sorumlu bulunduğunu, makinalarının zilyetliğinin Ör-ak Tekstil A.Ş.ne geçtiğini ve bu şirketin yedek parça siparişinde bulunduğunu, müvekkilinin 2.755.186.88 DM alacağı olduğunu, alacağın 1.857.614.07 DM'lik kısmının tahsiline, 897.572.81 DM'lik kısım yönünden TTK'nun 324/2. maddesi uyarınca iflasa karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili cevabında davacının aynı alacakla ilgili olarak İstanbul 8. Ticaret Mahkemesi'nde görülen davayı açtığını, derdestlik nedeniyle bu davanın dinlenemeyeceğini, infex firması haricindeki davalılara husumet yöneltilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davalı Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş.'nin daha önce iflas ettiği, makinanın davacı tarafından Ahmet Aydın'ın ortak olduğu infex firmasına sattığı, satış konusu makinanın falez iplik A.Ş.'ne teslim edildiği, makinayı teslim alan Falez İplik A.Ş.'nin satış bedellerinden sorumlu olduğu Depo emrinde gösterilen meblağın bu davalı tarafından ödenmediği, diğer davalılar yönünden tüzel kişilik perdesinin aralanması talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle falez ip-

lik A.Ş.'nin iflasına, Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş. daha önce iflas ettiği için iflas talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına, diğer davalar yönünden davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı ve TMSF tarafından temyiz edilmiştir.

SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle satış sözleşmesinde bedeli garanti eden Örsa Tekstil A.Ş. ve faturada ismi geçen ve makinaların teslim edildiği falez iplik A.Ş. haricindeki davalıların davacı şirketle ticari ilişkisinin bulunmamasına, Örsa Tekstil A.Ş. ve Falez İplik A.Ş. haricindeki davalıların satış bedelinden sorumlu tutulmamasında bir isabetsizlik olmamasına göre, davacı ve Tasarruf Mevduatı sigorta fonunun temyiz itirazlarının reddiyle hüküm ONANMASINA, ... 07.04.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

III. Geleceğe Bakış

Süjeden bağımsızlaşmış obje fikri, bir evrimin sonucudur. Bu şekilde bağımsız malvarlıkları tüzel kişilik kazanmaktadır. Bu bir evrimdir. Adi şirket ile anonim şirket arasındaki fark, evrimin sonucu gelişmiştir. Kural tüzel kişiliğe gitmez; onun arkasındaki gerçek kişiye gitme, ulaşma istisnadır.

02.02.2008 tarihli Uluslararası Sempozyuma katılan İtalyan hukukçu Prof. Dr. M. Speranzin'in belirttiği üzere, İtalya'da hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen ve malvarlığına, alacaklılara zarar veren faaliyetlere müeyyide getiren 2003 tarihli yeni Şirketler Kanunu, daha sonra müdürlerin ve ortakların sorumluluğunu düzenleyen İtalyan Medeni Kanunu ve 2006'da değiştirilen gölge, gizli ortakların sorumluluğunun göz önüne alınmasını düzenleyen 147 sayılı İflas Kanunu ile hükümler getirilmiştir.

Alman hukuku bakımından Prof. Dr. A. Staudinger tarafından, 10.07.2007 tarihli Alman Federal Mahkemesi içtihadı ile, sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu esasına dayandırıldığı, bunun önemli bir değişim olduğu açıklanmıştır (II ZR 3/04).

Taahhütlerini yerine getirmeyen ve alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket eden borçluya karşı hukuk sisteminin sahip olduğu enstrümanlar, yapılan işlemin dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması, kanuna karşı hile sayılabileceği, ahlaka aykırılık teşkil edebileceği, duruma göre tarafta muvazaa, nam-ı müstear veya dolaylı temsil kurumlarını ve ayrıca Roma hukukundan beri icra ve iflas hukukunun temel bir kurumu olan tasarrufun iptali davalarını da gündeme getirebileceği belirtilebilir. Bireyin hukuki korunma taleplerinde hakim hukuku resen uygular kuralı gereği, bu kurum-

lardan, iddia edilen vakıalara uygun olanını kullanacaktır³⁴. Perdeyi kaldırma teorisi de, özel bir kanun hükmü olmadan, hakim hukuku (Richterrecht) biçiminde son çare (ultima ratio) olarak düşünülebilir.

Bu davalar, büyük kısmı itibarıyla borçlunun alacaklısından mal kaçırarak amacıyla yaptığı tasarrufların, hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedef almaktadır.

Uluslararası finans çevreleri Türkiye'den de hukukun saydamlaştırılması ve etik rizikoların asgariye indirilmesini talep etmektedir. Bu bağlamda şu açıklamalar yapılabilir: Türk İspat Hukukunda, TMSF, bankanın yönetici ve ortaklarına karşı açtığı şahsi iflas davaları bakımından davalının ispat yükünü taşıyacağını öngören 5411 s.lı Bankacılık K. m. 137 ile donatılmıştır; keza aciz vesikası ibrazından muaf tutulmuştur. TMSF dışında bir alacaklı, İİK. m. 277 vd.'na göre, haciz yoluyla takipte elinde muvakkat (m. 105) veya kesin (m. 143) aciz vesikası olması halinde iptal davası açabilir.

Günümüzde medeni yargılama hukukunda etkin hukuki himaye önem taşımaktadır. Türkiye'de temel sorun ispat konusundadır, zira mukayeseli hukukta ait olduğumuz Alman hukuk çevresinde mevcut ispat hukuku kurumlarından uzak kalmıştır³⁵. Hukuki himaye talep eden davacı, suunlan hukuki enstrümanlar çok çeşitli olsa da, iddianın ispatlanamamış olması, ispat yükünü taşıyan tarafın davayı kaybetmesi riski taşıması sonuçta, istisnaen de olsa, son çare niteliğindeki perdenin kaldırılması teorisini de ihtiyaç duyurabilir.

³⁴ Aynı yönde bkz. Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 186 vd.; **Tekinalp/Tekinalp**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 395.

³⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 320 vd.; **M.K. Yıldırım**, Avrupa İspat Hukuku Tablosu, M.Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 797 vd.

