

Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler

Doç. Dr. Lerzan YILMAZ

M.Ü. Hukuk Fakültesi

I- TÜZEL KİŞİLİĞİN TARİHÇESİ VE DOĞUŞ SEBEBİ

1- Çeşitli Şirket Nevi'lerinin Doğuş Sebebi

Mal ve emeğin birleştirilerek fayda sağlanması fikri insan oğlu var olduğundan beri mevcuttur. Şirketlerin kadim tarihten beri mevcut olduğu Kur'anı Kerim'de de yer almıştır¹. Batı kaynaklarına göre, en eski yazılı hukuk kaynaklarından biri olan Hamurabi Kanunları'nda da (M.Ö. 2000) ticaretin düzenlenmesi gayesini güden hükümler yer almış, faizle para vermek, şirket, vedia ve komisyon ilişkilerine benzer ilişkiler bu hükümlerle düzenlenmiştir². Hıristiyanlığın önceki evrelerinde ve İslâm'da, faiz haram olduğundan, bu sakıncayı bertaraf etmek isteyen sermaye sahipleri, paralarını, fiilen ticaret yapan diğer bir kimseye vermekte, elde edilen kazanç, evvelce üzerinde anlaşılmış olan oranlarda taksim edilmekte idi. Bu tarz işbirliğine islâm hukukunda, "şirketi kirad (kiraz) denmekteydi³. Şirketi kirad'da, sermaye koyan şerik (ortak), sermayesi dışında zarara ve yönetime iştirak etmiyor ve alacaklılara muhatap olmuyordu. Bu nevi şirketin komandit şirket karakterinde olduğu ve hatta batı hukukuna kaynak teşkil ettiği ileri sürülmüştür⁴. Roma hukukunda "consortium" diye anılan şirket, bir aile ortaklığı şek-

¹ DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK şerhi, II, s. 30.

² ARSLANLI, Anonim Şirketler I, 3. Bası, s.9; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 7. bası, s. 5.

³ DOMANIÇ, a.g.e. s. 30.

⁴ ARSLANLI, a.g.e. s. 9.

linde ortaya çıkar⁵. Roma hukukunda “Societas Argentarii”, bir nevi banka vazifesi gören, ödünç para verme işleri ile uğraşan bir şirket tipidir. Roma hukuku şirketlerinde, ortaklığın ayrı bir mal varlığı yoktur. Ortaklık malları, ortakların kişisel müşterek malıdır. Ortakların şahsi alacaklıları alacaklarını, ortakların müşterek mallarını haczederek alabilirler. Ortakların üçüncü kişilere karşı sorumluluğu müteselsil değildir. Ortaklık borçları, proparte virili, yani ortak başına taksim edilir.

Ortaklığın tüzel kişiliği (hükmi şahsiyeti) yoktur. Roma hukukunda tüzel kişiliği haiz tek şirket tipi, vergileri tahsil işleri ile meşgul Societates Victigalium’lardır⁶.

İslam hukuku’nun “Kırad” şirketine benzer “Commendalar” İtalya şehirlerinde ortaya çıkmıştır. Kilisenin faizi men etmesi üzerine, sermaye sahiplerinin, ödünç verme yerine, “sınırlı sorumlulukla” ortak olma yolunu seçtikleri ve Commenda anlaşması yaptıkları görülmüştür⁷. Bu anlaşma komandit ortaklığın ilk nüvesidir. Commenda anlaşmasında, Commendator, yani sermaye sahibi gizli ortak, malını veya parasını Traktator veya Portator adıyla anılan ve üçüncü şahıslarla ticari ilişkilere girişecek olan bir kimseye teslim ve tevdi etmektedir. Üçüncü şahıslara karşı borçlu sadece traktatordur. İşten zarar edilirse, zarar gizli ortak Commendator’a aittir. Kâr ise anlaşmadaki gibi paylaşılmaktadır⁸.

10. yüzyılda İtalya’da, 12. Yüzyıldan itibaren Alman şehirlerinde görülen Commendaların zaman içinde ilişkileri şekil değiştirmiştir. İlk zamanlar sermaye ve zarara iştirak etmeyen Traktatorlar, bu haklarını kötüye kullanmaya başlayınca, gizli sermayedar, zararı ve riski azaltmak için Traktator’u sermaye ve zarara iştirake zorlamıştır. Böylece Traktatorlar da sermaye ve zarara iştirak etmeye başlamışlardır. Ortaklık gizli olmaktan çıkarılmış Traktator’un üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu sınırsız, Commendatorların sorumluluğu ise sınırlı hale gelmiş ve bugünkü komandit şirketin sorumluluk prensipleri ortaya çıkmıştır.

⁵ DOMANIÇ, a.g.e. s. 31.

⁶ DOMANIÇ, a.g.e. s. 32.

⁷ POROY/YASAMAN, a.g.e. s. 7.

⁸ DOMANIÇ, a.g.e. s. 33.

2- Tüzel Kişiliğin Doğuş Sebebi

Daha ziyade münferit işler için kurulan, merkezi bulunmayan ve üçüncü şahıslara karşı bir ortaklık olarak açıklanmayan ilk deniz Commendaları (commenda di mare), daha sonraları kara ticaretine intikal etmiştir. Bu Commendalar, zaman içinde sürekli işler yapmaya başlamış, belli bir unvan altında bir merkeze bağlanmış ve ortakların şahsi malları dışında, şirkete mahsus ve alacaklıların garantisini teşkil eden bir malvarlığı meydana gelmiştir. Bu kara ticareti Commendaları'nın kuruluşları bir sicile tescil ediliyordu ve ortaklarından bağımsız bir şirket görüntüsü veriyorlardı. Şirketlerde "tüzel kişilik" (juristische Person) ilk defa bu kara ticareti Commenda'larından mülhem olmuştur⁹.

II- TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI VE SONUÇLARI

1. Tanım

Hukuk literatüründe "kişi" terimi haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eder. Bu haklara ve borçlara sahip olabilen varlıklar sadece insanınoğlundan ibaret değildir. Toplum hayatındaki gelişmeler ve ihtiyaçlar, insanlardan oluşan gerçek kişilerin yanı sıra, belli amaçları gerçekleştirmeye yönelik olarak, bazı kişi ve mal topluluklarına da haklara ve borçlara sahip olma iktidarını yaratmıştır. İhtiyaçlardan dolayı yaratılmış olan bu hukuk süjesine "tüzel kişilik" denmektedir.

Sosyal hayatta öyle işler veya hizmetler vardır ki, bunların sürekli biçimde yürütülmesinin topluma büyük faydası vardır. Örneğin sağlık ve sosyal yardım hizmetlerinin görülebilmesi, bankacılık ve sigortacılık hizmetleri ancak, ciddi mali güce sahip insanların bir araya gelerek kuracakları kurumlar eliyle görülebilir. Ayrıca insanların hayatları belli bir süre ile sınırlıdır. Süreklilik arz eden iş ve hizmetlerin kesintisiz yürütülmesi insanların ömrünü ve sınırlı imkanlarını aşan bir amaca hizmet edebilmek için toplumda sosyal bir olgu olarak tüzel kişilik olgusu ortaya çıkmıştır¹⁰.

Medeni hukuk doktrini, medeni hukuk alanında tüzel kişiliği genel olarak şöyle tanımlamaktadır: "belli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bağımsız

⁹ DOMANIÇ, a.g.e. s. 33.

¹⁰ AKÜNAL, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s. 3; HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri 1, Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul 1979 s. 2; KÖP-RÜLÜ, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. bası, 1984, s. 391 vd.

bir varlık halinde örgütlenmiş olup, hukuk düzenince kendilerine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınmış bulunan kişi ve mal topluluklarıdır”.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, tüzel kişiler kendilerini meydana getiren kişilerden bağımsız, bir hukuk sujesi (varlık) (hak sahibi)’dirler. Tüzel kişilerin kendilerine ait mal varlıkları vardır. İnsanlara nazaran biraz farklı (evlenme ve nişan hariç) olarak ama onlara yakın hak sahibi olabilirler. Hukuki işlemler yaparak borç altına girebilirler, sahip oldukları mallar üzerinde tasarruf yetkisine sahiptirler. Bu malları, satın alabilirler, satıp devredebilir, icraya verebilir, teminat gösterebilir, rehnedebilir, üzerinde üçüncü şahıslar lehine haklar (intifa, şufa gibi) tesis edebilirler. Haksız fiilleriyle verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulabilirler. Kendilerine karşı dava açılabilir veya kendileri dava açabilirler (aktif-pasif dava ehliyeti) ve çeşitli kişilik ve fikri ve sınai mülkiyet haklarına (marka, patent, coğrafi işaret, telif vs.) sahip olabilirler.

Tüzel kişilik, sadece medeni hukuku ilgilendiren bir hukuk sujesi (hak sahibi varlık) olmayıp, aynı zamanda kambiyo senetleri hukuku, kara ticareti hukuku, vergi hukuku, devletler hususi hukuku, yabancılar hukuku ve idare hukukunu da ilgilendiren bir hukuk sujesidir¹¹.

Tüzel kişilik kavramı, Ticaret Hukuku sisteminin en önemli kavramlarından birisi olmasına rağmen Türk Ticaret Kanunu’nda Tanımlanmamıştır. TTK’nun 136. maddesinde; “ticaret şirketlerinin kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibaret olduğu “belirtilmiş ve hemen ondan sonra gelen 137. Maddede, “ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu’nun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler ” denmektedir. 137. madde hükmünden anlaşılacağı gibi bizim sistemimizde, adi şirket dışında kalan kolektif, komandit, anonim, limited şirketleri ve kooperatifler ticaret şirkettirler ve hükmi şahsiyeti haizdirler.

Hükmi şahıs sıfatıyla bir anonim şirket, hukuki ehliyete sahiptir, haklardan istifade ve borç iltizam edebilir¹². Yalnız bu ehliyet işletme konusu ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle anonim şirketi temsile selahiyetli olanlar ancak şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan muamele ve işleri yapabilirler (TTK. md. 321). Şirketler hukukunda Tüzel Kişilik kavramı için şöyle bir tanım verilebilir:

¹¹ **TEKİNALP/TEKİNALP**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İst. 1995, s. 387-404.

¹² **ARSLANLI**, Anonim şirketler, I, Umumi Hükümler, 3. Bastı, 1960, İstanbul, s. 21.

“Tüzel Kişilik; ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere bir ünvan altında, tescille kurulan, ortaklarından ayrı ve bağımsız mal varlığına sahip, bu malları serbestçe tasarruf edebilen, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı, aktif, pasif dava ehliyetine haiz, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen bir hukuk sujesidir.”¹³

2-Tüzel Kişi Olmanın Sonuçları

A- Ayrı Şahsiyet Olma

Tüzel kişiliğin ortaklarından bağımsızlaştırılmış bir hukuk sujesi olduğunu söylemiştik. Hak ve fiil ehliyetine sahip tüzel kişilik, bu ehliyetlerini organları vasıtasıyla kullanır (MK. md. 50).

Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen bütün ortaklıklar tüzel kişiliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak ticaret ortaklıkları aktif ve pasif dava ehliyeti ile ticaret ünvanı, ikâmetgah, tabiiyet ve ehliyete sahiptirler. Ancak medeni haklardan istifade ehliyeti sınırsız değildir. Bu ehliyet MK. md. 48 ile sınırlandırılmıştır. Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara sahip ve borçlara ehildirler (MK. md. 48)¹⁴.

Ancak TTK, 137. madde ile, ticaret ortaklıklarının medeni haklardan yararlanma ehliyetine bir sınır daha getirmiştir. Ticaret ortaklıkları, yasadaki istisnalar saklı kalmak üzere, sözleşmelerinde yazılı “işletme konuları ile sınırlı kalmak şartıyla” bütün hakları iktisap, borçları iltizam edebilirler. (TTK md. 137)¹⁵. Bir ticaret ortaklığı, sözleşmesinde öngörülen işletme konusunun dışında bir işlem yapmış ise, o ortaklık bu işlem ile sorumlu mudur? Doktrininde “Ultra Vires” teorisi olarak adlandırılan teoriye göre, ortaklığın ehliyeti, mukavelesindeki konu ile sınırlandırılmalıdır¹⁶.

¹³ Tanım, müellife aittir.

¹⁴ ÇAGA/STEİGER, İsviçre’de Anonim şirketler Hukuku, İstanbul, 1968, s. 27; İMRE-GÜN, Anonim Ortaklıklar, 4. bası, 1989, İstanbul, s. 30; YHGK, 16.12.1964, E. 1325, K. 742, bkz. ERİŞ, Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari işletme ve Şirketler, 1987, Ankara, s. 577.

¹⁵ Eski Ticaret Kanunu’nda böyle özel bir kural yoktu. Bu nedenle, ticaret ortaklıkları için MK.’nun 48. maddesi uygulanmakta idi. TTK’nun yürürlüğünden önce ticaret ortaklıkları bakımından yararlanma ehliyetinin sınırları MK’nun 48. maddesi olmasına karşın, TTK’nun 137. maddesinin düzenlenmesi sonucu, artık ticaret ortaklıklarının yararlanma ehliyeti, bu maddede öngörülen “şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi ile...” sınırlandırılmış bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANSAY, Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi, 1. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1960, s. 81 vd.

¹⁶ DOMANIÇ, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 1988, İstanbul, s. 54.

ÇAGA/STEİGER, Ultra Vires teorisi'nin çok katı uygulanmaması kanaatindedir. Tereddüt halinde, iyi niyet sahibi üçüncü şahıslar lehine hareket edilmek lazımdır¹⁷. Bu çok sert ve katı usul, İngiliz sisteminden gelmektedir. Ortaklığın belli konuda kral-devlet-imtiyazı ile kurulduğu ve bu imtiyazın sınırlarının çizilmiş ve dışına çıkmanın yasaklanmış olduğu dönemlerden kalmadır. Ancak bu teori zaman içinde yumuşatılmış, hatta doğduğu ülkede, 1985 ve 1989 yılında yapılan yasa değişiklikleri ile ortadan kaldırılmıştır¹⁸. Biz de Türkiye'de sıkıntıya yol açan ve zaman zaman iyi niyetli üçüncü kişileri zor duruma düşüren, TTK'nun 137. maddesinin yumuşatılması ve iyi niyetli üçüncü kişilerin iyi niyetleri korunacak şekilde yeniden düzenlenmesinden yanayız. Yargıtay'ın "ortaklık sözleşmesinde yazılı işletme konusu dışında kalan işlemler hiçbir biçimde ortaklığı bağlamaz" şeklinde kararları mevcuttur (YHGK, 01.07.1964, E.836, K. 500), (YHGK, 16.12.1964, E. 1323, D-T/742:YHGK, 29.11.1969, E. 1966/T-1396/K. 847)¹⁹.

Ancak Yargıtay'ın ultra vires'i yumuşak uyguladığı kararları da vardır²⁰. Her tüzel kişiliğin kendine ait bir ikâmetgahı vardır. İkâmetgah, kuruluş belgesinde başka bir hüküm yoksa, işlerinin yönetildiği yerdir. (MK. md. 51, TTK. md. 155, 279, 506, Koop. K. md.3). İkâmetgah (şirketin merkezi), yetkili mahkemenin tayininde (HUMK md. 9 ve 17) ve tabiyetin tespitinde işe yarar²¹.

B- Ayrı Malvarlığına Sahip Olma

Tüzel kişilerin kendilerine ait bağımsız bir malvarlığı vardır. Bağımsız malvarlığı, tüzel kişiliği belirleyen en önemli unsurlardan biridir.

Tüzel kişinin malvarlığı sadece kendi alacaklılarının haklarını temin etmek için tahsis edilmiştir. Tüzel kişiden alacaklı olanların alacaklarının bir güvencesini oluşturur. Ortaklarının şahsi borçlarından dolayı tüzel kişinin malvarlığına gidilemez. Tüzel kişiye sermaye olarak getirilen çeşitli değerler (aynı sermaye) üzerindeki hakların tüzel kişiye devredilmesiyle, bu haklar şirketin malvarlığı içine girer ve üyelik haklarına dönüşür. Dolayısıyla tüzel

¹⁷ ÇAGA/STEİGER, a.g.e. s. 31.

¹⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. bası, 2004 s. 101.

¹⁹ ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, I. Cilt, Ankara, 2007, s. 1215.

²⁰ Y. 11. H.D., 23.03.1982, E. 85, K. 1225.

²¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, a.g.e. s. 99.

kişiliğin ortakları, sermaye olarak getirdikleri değerlerin aynen iadesini isteyemezler. (TTK. md. 203, 239, 447)²².

Tüzel kişiler sahip oldukları malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Örneğin sahip oldukları bir gayrimenkul üzerinde, borç veren banka lehine ipotek tesis edebilirler.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.09.1990 tarih E. 5383, K. 5771 sayılı kararında; “ortaklık sözleşmesinde ipotek tesis edilebileceği yazılı olmasa bile, ortaklığın alacağı krediler için taşınmazlarını ipotek etmesini, yaşamın olağan işlerinden” olması sebebiyle, işletme mevzuu içinde kaldığına hükmetmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 19.02.1991 tarih ve E. 9909, K. 2551 sayılı kararında, ticaret ortaklıklarının, eğer konularına giriyorsa, zilyetliğine dayanarak taşınmaz malların kendi adlarına tescili için dava açabileceklerine hükmetmiştir. Dairenin, eğer bu taşınmaz ortaklığın ihtiyacı için gerekli ise, ana sözleşmede yazılı olmasa bile tescil kararı verilmeli, şeklinde görüşü de mevcuttur²³.

III- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ

1- Terminoloji

Alman ve İsviçre hukuklarında terminoloji konusunda bir birlik yoktur. Genel olarak “Durchgriff” ibaresi kullanılmaktadır. Bu ibare, İngiliz ve Amerikan hukuklarındaki “lifting the corporate veil” veya “piercing the corporate veil” ibarelerinin bir karşılığıdır. İngiliz hukukunda seyrek rastlanır olsa da “tüzel kişiliğin nazara alınmaması” “disregard of legal entity” tabirini karşılamaktadır²⁴.

Türk hukuk doktrinin de ise genel olarak, “tüzel kişilik tülünün veya perdesinin kaldırılması” şeklinde ifade edilmektedir²⁵.

²² YANLI, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 12.

²³ Yargıtay 8. H.D. 06.04.1991 gün ve E. 14958, K. 8124 sayılı kararı, ERIŞ, a.g.e. s. 1220.

²⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s.389; YANLI, a.g.e., s. 13; RÜTTIMANN, Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Diss., Zürich, 1994; BAUSCHKE, Durchgriff bei juristischen Personen, BB, 1975, Heft 29, s.1322; HÜBNER, Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, JZ, 1978, s. 703; REINELT, Schadenersatzanspruch des Alleingeschafters und “Durchgriffshaftung” bei der Einmanngesellschaft, BB, 1974, s. 1145; EBENROTH, Zum “Durchgriff” im Gesellschaftsrecht, SAG 3/85, s. 124.

²⁵ YANLI, a.g.e. s.13; TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 389.

2- Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Anlamı

Bu teori; Tüzel Kişiliğin, sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için bir araç olarak kullanılması karşısında geliştirilmiş bir teoridir. Tüzel kişinin ortaklarından ayrı malvarlığı ve şahsiyetinin bulunması, iyi niyetli olmayan birtakım kimseleri, tüzel kişilik kimliğini bir kalkan gibi kullanarak, kendi çıkarlarına uygun, ancak başkalarına zarar verecek şekilde hareket etmeye sevk etmiştir. Bu sorun aslında yeni değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, 1920’li yıllardan itibaren, anonim şirketlerin bankalardan aldıkları kredilere karşılık verilen müteselsil kefaletlerle ilgili birçok davada, tüzel kişilik ve onun kötüye kullanılması hadisesiyle (olgusuyla) karşılaşmıştır (BGE 53 II 25; BGE 81 II 455; 108 II 213).

Bizim hukuk sistemimiz, tüzel kişilik kimliğinin ortaklarının kimliğinden tamamen farklı bir kimlik olduğu, ortaklarından bağımsız-kendine ait-bir kimlik olduğu fikri (felsefesi) üzerine oturmuştur. “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması” teorisi ise bu sistemi sorgulamakta ve hakkın kötüye kullanıldığı bazı durumlarda (hallerde) bu iki ayrı kimliğin, birbirinden bu denli keskin hatlarla ayrılması gerekebileceğini ortaya koymaya çalışmaktadır²⁶. Bu teori sistemin özüne dokunduğu için ancak münferit olaylarda, halin icabına göre tatbik edilebilir kanaatindeyiz. Alman Federal Mahkemesi, muhtelif kararlarında bizimle aynı görüşü paylaşmaktadır²⁷. Alman Federal Mahkemesi de tüzel kişiliğin ortaklarından tamamen ayrı bir kimlik olduğunu, temel prensip olarak kabul etmektedir²⁸. Mahkeme bazı çok özel hallerde, örneğin bir A.Ş.’nin bütün hisselerini (%99,9) elinde bulunduran ve onu adeta tek kişi şirketi haline dönüştüren “Tek Adam”ın tüzel kişilik kalkanını kullanarak, kendine çıkar elde etmesi durumunda, “Perdenin Kaldırılması”nın düşünülebileceği kanaatinde²⁹. Alman Federal Mahkemesi, 29.11.1956 tarihli kararında, “Tek Adam”ın tüzel kişilik kalkanını kendi çıkarları için kullandığını gerekçe göstererek, tüzel kişiliğin adeta “Tek Adam”la özdeşleştiğine işaret etmiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir³⁰.

²⁶ HOFMANN, Zum “Durchgriff”- Problem bei der Unterkapitalisierten GmbH, NJW, 1966, Heft 42, s. 1941.

²⁷ BGH, 29.11.1956, BGHZ 22. S. 226, 230 - BB 1957, s. 53.

²⁸ BGH, 07.11.1957, BGHZ 26. S. 31, 33 - BB 1957, s. 1244.

²⁹ WINKLER, Die Haftung der Gesellschafter einer Unterkapitalisierten GmbH, BB 1969, Heft 28, s.1203

³⁰ BGH, 29.11.1956, BGHZ 22, s.226,230-BB 1957, s. 53.

3- Teoriyi Savunanların Argümanları

Bir hukuk sisteminin oluşturulabilmesi için harcanan zaman, ve kat edilen tarihsel süreç göz önüne alındığında, en iyisinin yapılabilmesi için, iyi niyetli büyük çabalar harcandığından hiç kuşku duyulmaması gerekir. Özel hukuk sistemi aslında, birbiriyle yarışan ferdi çıkarların dengelenmesi fikri üzerine kurulmuştur. İşte gerek medeni hukukta gerekse ticaret hukukunda, makalemizin başında da belirttiğimiz gibi, “tüzel kişilik olgusu” (kavramı) ihtiyaçtan hasıl olmuştur. Kurumsallaşma ihtiyacı, insanoğlu’nun tarihi kadar eskidir. Sermayedar, bir tüzel kişilik, örn. Bir anonim şirket kurarken, kendi ömrü ile sınırlı olmayan, istihdam imkanı yaratan, ülke ve dünya ekonomisine katkıda bulunacak olan (ihracat yaparak, vergi ödeyerek) gelecek nesillerin de istifadesine sunulmuş bir artı değer yaratmaktadır. Bu yaratılan tüzel kişiliğin kendi ayakları üzerinde durabilmesi, ve devamlılığının sağlanabilmesi için, kendine ait bir malvarlığı ve kimliği olmalıdır. Yoksa ihtiyaç duyulan ve özlemi çekilen kurumsallaşma sağlanamaz. Bu tüzel kişilik, kendi malvarlığına sahip olduğu ve ortaklarından tamamen ayrı, bağımsız bir varlık, hukuk sujesi olduğu için, borçlarından da onu oluşturan ortaklar değil, bizzat ve tek başına kendisi sorumlu olmalıdır. “Tüzel kişiliği” yaratan felsefe budur. Bu felsefenin gereği olarak, tüzel kişiliğin borçlarından yalnız tüzel kişiliğin kendisi sorumludur, ortaklara gidilemez. İşte birbirinden yüksek ve kalın duvarlarla ayrılmış olan bu iki kimliğin arasındaki duvar, acaba bazı hallerde yıkılabilir mi? Ortaklar da bazı şartların gerçekleşmesi halinde ortaklık borçlarından sorumlu tutulabilir mi? Şirket alacaklısı, bazı durumlarda, bu iki kimlik arasındaki duvarı yıkararak, alacağını şirket yerine ortaktan isteyebilir mi?

* İşte bu sorunun cevabını bulmak için Alman hukukçu Rolf SERICK bir profesörlük takdim tezi yazmıştır. SERICK, çalışmasında münferit olaylardan hareket ederek müşterek genel doğruları bulmak yöntemine başvurmuştur³¹. Ortaya koyduğu olaylar homojen yapıya sahip olmadığı ve tamamen birbirinden farklı olaylar olduğu için, bu olaylardan hareketle genel prensip belirlemede zorlanmıştır. SERICK’e göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını icap ettiren vakıalar (olaylar) birer istisnadır. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişinin göz ardı edilmesi ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir³². Ak-

³¹ SERICK, Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen- Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Karlsruhe, 1959, s. 7 vd.

³² SERICK, Zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, JZ 1956, s. 198,199; Yazarın aynı görüşü için bkz. Rückerstattungsrechtliche Probleme bei Juristischen Personen, NJW 1956, s. 895, 896.

sini savunmak, tüzel kişilik kavramının ortadan kalkmasını savunmak demek olacaktır.

SERICK, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucu doğurabilecek halleri sınırlandırmaya çalışmıştır. Bunlardan en önemlisi, tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılmasıdır. Tüzel kişilik yapısı, yazara göre ya kanun dolanılarak ya da üçüncü kişiler zarara uğratarak, kötüye kullanılabilir³³.

SERICK, tüzel kişilik yapısının korunmasından yanadır. Ancak tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılması halinde hakim, kötüye kullanma ile amaçlanan hukuka aykırı sonucu ortadan kaldırmak için, tüzel kişilik yapısı ve tüzel kişi ile ortakları arasındaki “ayrılık ilkesi”ni gözetmekten ve uygulamaktan kaçınma hakkına sahiptir. Böylece tüzel kişinin, sadece kanun tarafından imkân verilen amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunması sağlanır. Çünkü bu amaçlar çerçevesinde kaldığı sürece tüzel kişi meşrudur. Hukuka aykırı amaçlara hizmet etmek için oluşturulmuş bir tüzel kişi, korunmayı hak etmez. Tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılması, bu kuruma olan güveni sarsacağından bu tür bir kullanmaya izin vermemek gerekir³⁴. SERICK, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından “hukuk düzeninin amacına aykırı hareket” (objektif unsur) edilmesini yeterli görmemekte, ayrıca, “aykırı hareket etme niyeti” nin (sübjektif unsur) de varlığını aramaktadır³⁵. Dolayısıyla, “sübjektif kötüye kullanma teorisi” nin savunucusudur.

A- Tüzel Kişilik Yapısının Kötüye Kullanılması Düşüncesine Yöneltilen Eleştiriler

KLEINERTZ, sübjektif kötüye kullanma taraftarlarının görüşlerini eleştirmekte ve objektif unsurun yanında neden sübjektif unsurun da aranması gerektiğini anlayamadığını söylemektedir. Eğer sübjektif unsur aranmazsa, tüzel kişilik kurumunun anlam ve değerini, yitireceği tezinin doyurucu olmadığını ifade eden yazar, tüm hukuk alanlarında yanlış uygulamalar karşısında telafi edici hükümlerin yer aldığını, bunun için sistemin değiştirilmesi gerektiğini, tüzel kişinin göz ardı edilmesi halinin son derece katı şartlara bağlı bir istisna oluşturması gerektiğini belirtmektedir³⁶.

³³ SERICK, s. 14.

³⁴ SERICK, s. 4.

³⁵ SERICK, a.g.e s. 104, 208.

³⁶ KLEINERTZ, Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH- Zugleich ein Beitrag zur Missbrauchslehre und zur Durchgriffshaftung, Köln, 1967, s. 45.

KLEINERTZ'e göre, Serick'in eserinde, ne zaman bir "sübjektif kötüye kullanma"nın varlığından söz edilebileceği açıklık kazanmamıştır. Hukuk düzeni sosyal devlet ilkesi gereği, karşılıklı çıkarların dengelenmesini amaçlar. Bir çıkarın haklı olup olmadığına karar verilirken sadece, objektif açıdan bir değerlendirme yapılacaktır. Hukuk düzeninin sübjektif hakların kullanılmasına getirdiği sınır objektif olmalıdır. Aksi takdirde tüzel kişilik perdesini kaldırma alanı çok daralır³⁷.

B- Objektif Kötüye Kullanmayı Savunanlar

Serick'i eleştiren ve kötüye kullanmanın tespitinde, objektif ölçütünün kullanılması gerektiğini savunanlardan bir diğeri KUHN'dur. KUHN'a göre, hukuk düzeni genel olarak objektif aykırılık hallerinde kötüye kullanmayı kabul etmektedir. Ayrıca tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığını iddia eden taraftan ispat etmesi istenecektir. "Kötüye kullanma niyeti"nin ispatı son derece zordur. Hatta birçok kez mümkün olmaya da bilir. Böyle durumların ortaya çıkmaması için "objektif kötüye kullanma ölçütü" taraftarı olduğunu belirtmekte ve SERICK'i eleştirmektedir³⁸. SERICK'i ağır eleştiren bir başka isim de Prof. Dr. MÜLLER-FREIENFELS'dir³⁹. Yazar, eleştirisine tüzel kişiliğin esasını ve ne anlama ne geldiğini (Das Wesen der juristischen Person) açıklamakla başlar⁴⁰ ve SERICK'in, tüzel kişiyi insanla her anlamda eşit ve eşdeğerde olduğu yolundaki kabulünü, ağır bir dille eleştirir. İnsanlar için öngörülmuş olan hakların tümünün tüzel kişilere uygulanamayacağını, tüzel kişiliğin misyonunun farklı olduğunu, onun olayların, ilişkilerin ve normların, düşünsel bir bileşimi olduğunu söyler⁴¹.

MÜLLER-FREIENFELS, SERICK'in tek bir tüzel kişi modelinden hareket ettiğini, oysa hukuk sistemimizde birçok tüzel kişi modellerinin (anonim şirket, dernek, kooperatif gibi) bulunduğunu, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması probleminin çözümünde, tek bir tüzel kişilik modelinin esas (substrat) olarak alınamayacağını, tek bir tüzel kişilik modelinden hareket edilerek, somut olayın çözüme kavuşturulamayacağını belirtmekte-

³⁷ KLEINERTZ, a.g.e. s. 45.

³⁸ KUHN, Haftan die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich? FS FISCHER, s. 351-353.

³⁹ MÜLLER-FREIENFELS, Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 1957, 156. Band, Tübingen s. 522 vd.

⁴⁰ MÜLLER-FREIENFELS, a.g.e. s. 525.

⁴¹ MÜLLER-FREIENFELS, a.g.e. s. 529.

dir. Her somut olayda, tüzel kişiliğin, ne tür bir tüzel kişilik olduğu, organizasyon şekli, ortaklık yapısı, kuruluş gayesi ve ortaklarıyla olan ilişkisi incelenmeli ve tüzel kişiliğe mevcut hukuk normları uygulanmalıdır. Önceden hazırlanmış organizasyon modelleri ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması problemi çözülemez.

MÜLLER-FREIENFELS'in bakış açısına göre hakim, her somut olayı kendi içinde değerlendirmeli ve hukuk normlarının örneğin, tüzel kişilik normunun amacı dışında uygulanmak istenip istenmediğine bakmalıdır. Bir norm, amacı dışında kullanıldığı takdirde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulanmalıdır. Hukuk Doktrininde, MÜLLER-FREIENFELS'in "Normların Amaçları Teori" sinin kurucusu olduğu söylenmiştir. Bu teori uyarınca, tüzel kişiliğe ve aykırılık ilkesine dayanmanın hukuk düzenine aykırı düşüğü her durumda, tüzel kişilik perdesi kaldırılmalıdır. Bunun için özel bir kast aramaya gerek yoktur⁴². Bir başka Alman hukukçu BAUSCHKE, 1975 yılında yayınladığı makalede, tüzel kişiliğin kötüye kullanılması olgusunu, objektif ve sübjektif kriterlere göre değerlendirmiş ve ekstrem münferit olaylarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına, kötüye kullanmada objektif ölçüler dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini işaret etmiştir⁴³. SCHANZE, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda, SERICK ve MÜLLER-FREIENFELS arasındaki görüş ayrılıklarının, son otuz yılda Almanya'da, hukuk doktrinine damgasını vurduğunu söylemektedir⁴⁴.

4- Teoriyi Reddedenlerin Argümanları

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında sıkça rastlandığını söyleyen KEHL, 1991 yılında yayınladığı

⁴² MÜLLER-FREIENFELS, a.g.e. s. 542-543; Ayrıca teori'nin yorumu için bkz. YANLI, a.g.e. s. 59-60; TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 392

⁴³ BAUSCHKE, Durchgriff bei juristischen Personen, BB 1975, Heft 29, s. 1325.

⁴⁴ SCHANZE, Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung, AG 2/1982, s. 42 Alman hukuk doktrininde birçok yazar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması problemine eğilmiş ve konuya ilişkin görüşlerini açıklayan makaleler yayınlamışlardır. Bkz. BERNSTEIN, Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatsband, Festschrift für KONDRAT ZWEIGERT zum 70. Geburtstag, 1981, Tübingen, s. 37-58; COING, zum Problem des sogenannten Durchgriff bei juristischen Person, NJW 1977, Heft 40, s. 1793-1797; PASCHKE, Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG 7/1988, s. 196-206; DROBNIG, Haftung- Durchgriff bei Kapitalgesellschaften (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Hamburg, herausgegeben von Hans Döle, Heft 4), Frankfurt-Main-Berlin, 1959; SIEBERT, Einmann-GmbH und Strohmänn-Gründung; BB 1954, Heft 14, s. 417-419.

kitabında, bu teorinin İsviçre hukuk sistemi ile bağdaşmadığını ileri sürmektedir⁴⁵. KEHL'e göre, bütün perdeyi kaldırma problemleri, İsviçre'de mevcut hukuk kurumları ile çözülebilir.

KEHL, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 620/11, 772/11 ve 868'inci maddelerinin çok açık olduğunu, malvarlıksal olarak hükmi şahsiyetin (tüzel kişinin) ortaklarından kesin çizgilerle ayrılmış, kendine ait bir malvarlığı olduğunu, hükmi şahsiyetin borçlarından dolayı, bu malvarlığı ile sorumlu olduğunu, ortakların sorumluluğunun sözleşmeyle koymayı taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı olduğunu, bunun ötesinde, tüzel kişiliğin (anonim şirketin) borçlarından sorumlu tutulamayacaklarını savunmaktadır⁴⁶.

KEHL'e göre, perdeyi kaldırma teorisi tarafından gerçekte öngörülen bir borç naklidir. (Schuldübergang). Ancak perdeyi kaldırma teorisine dayanak teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu'nun 2. maddesi, ne borç doğumuna ne de borç nakline sebebiyet veren bir hükümdür. Bir borcun doğumuna sadece sözleşme, haksız fiil, ya da sebepsiz zenginleşme yol açabilir⁴⁷. KEHL, perdeyi kaldırma teorisi'ni sisteme yabancı, lüzumsuz bir hukuk figürü olarak görmektedir⁴⁸. KEHL, perdenin kaldırılması teorisi yandaşlarını, teoriyi gerçekleştiren ileri sürdükleri problem-vakıaların çözümünün mevcut sistem içerisinde var olduğunu düşünmektedir. Şöyle ki; yazar'a göre, söz konusu problemler, Organ Sorumluluğu (İMK. md. 55, İBK. md. 754, 769, 827, 916)⁴⁹. Haksız Fiil Sorumluluğu (İBK. md. 41)⁵⁰. Haksız Rekabetten Doğan Sorumluluk (UWG), İstihdam Edenin Sorumluluğu (İBK. md. 55)⁵¹ ve Sebepsiz Zenginleşme (İBK. md.62) hükümleri ile çözümlenebilir. KEHL, kitabında, tezini destekleyen Federal Mahkeme kararlarını örnek göstermektedir⁵².

5- Türk Hukuk Doktrini'nin Konuya Bakış Açısı

SEROZAN, tüzel kişinin üyelerinin "art niyetli, hesaplı" bir davranış içine girerek, sırf sorumluluktan kurtulma amacıyla, tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınması durumunda, alacaklıların, tüzel kişilik perdesini aralayıp,

⁴⁵ KEHL, Der sogenannte Durchgriff, Zürich, 1991 s. 1, 46.

⁴⁶ KEHL, a.g.e. s. 41.

⁴⁷ KEHL, 45.

⁴⁸ KEHL, 46, 47.

⁴⁹ KEHL, a.g.e. s. 52.

⁵⁰ KEHL, a.g.e. s. 59.

⁵¹ KEHL, a.g.e. s. 57.

⁵² KEHL, a.g.e. s. 68 vd.

aradan, kulisteki tüzel kişi üyelerine uzanabileceklerini kabul etmektedir⁵³. Yani SEROZAN, tüzel kişilik perdesinin aralanabilmesini, art (kötü) niyete bağlamaktadır.

SEROZAN'a göre, tüzel kişinin bağımsız ve ayrı kişiliğini düzenleyen MK. md. 50⁵⁴, fıkra 2'de örtülü bir boşluk vardır. MK. md. 50, fıkra 2'de organların hukuki işlemleri veya diğer tutum ve davranışları ile tüzel kişiyi borç ve sorumluluk altına sokacakları belirtildikten sonra, bu kurala 3. fıkra dışında başka bir istisna gösterilmemiştir. Maddenin 3. fıkrasında, organlarda görevli olanların da kusurlarından dolayı şahsen sorumlu olacakları ifade edilmiş, fakat üyelere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun, üyelerinin art niyetli olarak, tüzel kişinin ayrı ve bağımsız kişiliği varsayımı ve tüzel kişilik perdesinin arkasına sinip, şahsi sorumluluktan kaçınma şeklindeki atipik olayı düşünmediğinden, bu olay için gerekli olan istisnayı eklemeyi savsaklamıştır. Hâkim bu durumda, tüzel kişilik perdesini kaldırarak, arkasında saklanan kişilere el uzatabilecek ve böylece MK. md. 50, fıkra 2'deki kural'a yeni bir "istisna" eklemiş olacaktır. Hakim bunu yaparken, MK. md.2, fıkra 2'yi dayanak olarak alacaktır. Çünkü örtülü boşluk bulunan hallerde, bu hak amacından saptırılmakta ve kötüye kullanılmaktadır. Art niyetli üyelerin MK. md. 50, fıkra 2 kuralı'nın ardına sinip, kişisel sorumluluktan kaçmak istemelerinde de, tüzel kişiliğin ayrı kişiliğini ileri sürme hakkı kötüye kullanılmaktadır. Bu durumda MK. md. 2, fıkra 2'nin (hakkın kötüye kullanılması yasağının) kural düzeltici işlevi devreye girecektir. MK. md. 2, fıkra 2, bu gibi durumlarda hakime, kanun hükmünü "somut olayla sınırlı kalacak şekilde" düzeltme yetkisi vermektedir. Buna göre hakim, somut, atipik olaya ilişkin sınırlandırıcı istisna hükmünü kapsamayan bir konu'nun, bu örtülü boşluğunu, kanun koyucunun yerine geçip, gerekli istisna hükmünü eklemek suretiyle dolduracaktır. Böylece aksak olan bir kural düzeltilmiş olacaktır. AKÜNAL, ancak her somut olayda yapılacak inceleme sonucunda, kanuna karşı hile veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kaçınma gibi durumların varlığı tesbit edildiği takdirde, tüzel kişiliğin nazara alınmaması yaklaşımının, Türk ve İsviçre hukuklarında MK. md. 2'ye dayandırılarak uygulanabileceğini belirtmektedir⁵⁵.

YANLI'ya göre, bugün Almanya ve İsviçre'de, gerek şartları gerekse sonuçları konusunda bir birlik sağlanmadığı için, genelde kabul görmüş bir

⁵³ SEROZAN, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997, s. 90 vd.

⁵⁴ SEROZAN'ın kitabı yazdığı tarihte eski Medeni Kanun yürürlükte olduğundan bu hüküm md. 48 fıkra 2 olarak belirtilmiştir.

⁵⁵ AKÜNAL, a.g.e. s. 16 vd, 18.

“tüzel kişilik” perdesini kaldırma” kurumunun oluştuğundan söz etmek hali hazırda mümkün değildir. Genel olarak herkes tarafından kabul görmüş bir “perdeyi kaldırma” kurumu bugüne kadar oluşturulamadığı için her durum için geçerli ve somut bir hukuki dayanaktan da söz edilemez. Tüzel kişinin bağımsız bir varlığa sahip olduğu iddiası, bir kötüye kullanma hali oluşturduğu veya uygulanacak hukuk kuralının amacını engellediği sürece ileri sürülemez⁵⁶.

YANLI⁵⁷, doçentlik tezinin sonuç bölümünde;

“Bir ortaklık üzerindeki hakimiyet, hakim olan ortağın ortaklık borçlarından dolayı sorumlu olması için yeterli bir neden değildir. Bu sonuç, bağımlılık ilişkisinin en yoğun şekli olan tek kişi ortaklığı için de geçerlidir. Ancak, ortaklardan birinin yada bir kaçının, başka iktisadi çıkarlar takip etmesi ve ortaklık faaliyetlerini kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde yönlendirmesi hallerinde, bir çıkar çatışması var demektir. Bir anonim ortaklığa hakim olan ve işletme niteliği taşıyan pay sahibinin ortaklığı, kendi çıkarları uğruna zarara uğratması halinde, tazminat sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda kanunda özel bir düzenlemeye gidilmesi yanında, diğer bir imkan da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve ortaklık alacaklılarına karşı hakim olan pay sahibinin doğrudan sorumlu kılınmasıdır.” diyerek perdenin kaldırılması hakkındaki görüşlerini ifade etmiştir.

TEKİNALP⁵⁸, 1995 tarihli makalesinde, tüzel kişiliğin veya ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması ile ilgili olarak bazı örnekler vermiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramını Türk Ticaret Hukukunda ilk kullananın “POROY” olduğuna işaret etmiştir. Yazar, perdeyi kaldırma teorisi ve özdeşlik ilkesinin, özel ve kamu hukukunda ve özellikle kıymetli evrak, ortaklıklar ve holding sistemine ilişkin olan bağılı ortaklıklar hukukunda, borçlar, medeni, vergi ve idare hukukunda da uygulanabileceğini söylemektedir. Yazar sorunun, “MÜLLER-FREIENFELS’in Normların Amaçlarına Uygunluk görüşünün aksini ortaya koymasına rağmen, tüzel kişiliğin ya da özdeşliğin mevcut olduğu her alanda karşımıza çıktığını, ancak perdeyi kaldırarak veya özdeşliği kabul ederek sorumluluğa gitmenin özel bir önem taşıdığını belirterek, teori hakkındaki görüşünü ifade etmiştir⁵⁹.

⁵⁶ YANLI, a.g.e. s. 252.

⁵⁷ YANLI, a.g.e. s. 253.

⁵⁸ TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 387.

⁵⁹ TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 390.

IV- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILABİLECEĞİ HALLER

1- Genel Olarak

Tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanıldığı veya Prof. MÜLLER-FREIENFELS'in ifadesiyle tüzel kişilik normunun amaca uygun kullanılmadığı onlarca olay örneği verilebilir. Aşağıdaki haller, tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasına örnek teşkil eder.

- Bir bono'nun hamili olan bir Ana Şirket, bono'yu, borçluya ibraz ettiği bir şahsi def'i ile karşılayacaktır. Hamilin (ana şirket) bu def'i den kurtulmak için, bonoyu, kendisinin hemen hemen bütün hisselerine sahip bulunduğu, yavru şirketi olan anonim şirkete, ciro ile tevdi ve teslim etmesi ve bu yavru anonim şirketin de kendisinin ayrı bir tüzel kişilik olduğu, bu sebeple şahsi def'inin kendisine ileri sürülemediği savunmasını yapması, tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasına bir örnektir.
- Bir "yapmama borcu" yüklenmiş olan ana şirket, o işi, kendisinin bütün hisselerine sahip bulunduğu ve dolayısıyla kontrolü altında bulunan yavru şirketine yaptırır ve yavru ortaklığın ayrı bir tüzel kişilik olduğunu savunursa, tüzel kişiliği kötüye kullanıyor demektir⁶⁰.
- Bir ülkede yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmış veya sınırlandırılmışsa, (yüz ölçüm olarak), yabancı gerçek kişiler bu sınırlama veya yasağı aşmak için çok küçük bir pay verdikleri bir veya birkaç yerli kişi ile birlikte bir Limited şirket kurup, tu taşınmazı bu şirketin üzerine almışlarsa ve daha sonra bu şirketin yerli hisselerinin, üzerlerine devri ile tamamına sahip olmaları ve dolayısıyla taşınmazı da bu yolla iktisap etmiş olmaları kanunun dolandırmasıdır⁶¹.

2- Federal Mahkeme Kararları

OLAY I: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 24 Ocak 1927 tarih ve BGE 53 11 25 sayılı kararı özetle aşağıdaki gibidir.

10 Kasım 1911 tarihinde, İsviçre'nin Thurgau kantonunda "Steinebrunn A.G." ticaret unvanlı bir konserve fabrikası kurulmuştur. 3 Ocak 1922 tarih-

⁶⁰ TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 388.

⁶¹ TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e. s. 388.

de Bay Negenborn, diğer hissedarlardan hisselerinin tamamını satın alarak, anonim şirketin tek sahibi haline gelmiştir.

1 Ocak 1923 tarihinde şirket yönetimi, yani Negenborn, davacı Saupé'yi ticari mümessil olarak (kaufmännische Direktor) atamıştır. Saupé, Bern şehrinde bir satış ofisi kurmuş ve bu ofisin yönetimini üstlenmiştir.

Nakit sıkıntısı çeken şirket yönetimi, 1923 yılının Nisan ayında, İsviçre Halk Bankasından (Schweizerische Volksbank) 35.000 franklık bir kredi talebinde bulunmuştur. Banka, kredi karşılığı olarak teminat istemiştir. Bankaya teminat olarak, Negenborn ve Saupé'nin müşterek ve müteselsil kefil oldukları bir poliçe teslim edilmiştir. Negenborn, borcun tamamını vade tarihinde bankaya ödemiştir. Banka, kendisine ödemenin yapılmasından sonra poliçeyi ve ipotekli borç senedini ödemeyi yapan Negenborn'a tüm hak ve vecibeleri ile birlikte devretmiştir. 18 Haziran 1924 tarihinde konserve fabrikası, Steinebrunn A.G, iflasını açıklamıştır.

Bay Negenborn, masadan alacağını alamayacağını düşünerek, 1924 Kasım'ında, Saupé'ye müteselsil kefaletinden dolayı rücu (Regressforderung) maksadıyla icra takibinde bulunmuştur. Saupé, icra takibine itirazda bulunmuş ve Bern İstinaf Mahkemesinde "Borçlu Olmadığının Tespiti" (Aberkennungsklage) davasını açmıştır.

14 Temmuz 1926 tarihinde Bern İstinaf Mahkemesi, Saupé'nin borçlu olmadığını tespitine karar vermiştir. Negenborn, kararı temyiz etmiştir. Davaya Federal Mahkeme önüne gelmiştir. Federal Mahkeme, bay Negenborn ile anonim ortaklığın gerçekte aynı kimse olduğuna, yani özdeş olduğuna çıkarlarının aynı olduğuna, oysaki Saupé'nin şirkette sadece iyi kazanan bir memur (yardımcı) olduğuna, "Negenborn"un borcun tamamını ödeyerek, aslında kendi borcunu kapatmış olduğuna, bir kimsenin kendi borcunu ödemesi dolayısıyla başkasına rücu edemeyeceğine, böyle bir rücu'nun iyi niyet kurallarına (MK. md. 2) aykırı düşeceğine hükmetmiş ve istinaf mahkemesinin kararını onamıştır.

OLAY II: İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 11 Ekim 1955 tarih ve BGE 81 II 455 sayılı karar özeti şöyledir. Bay Ernst Wild, 50.000 Frank sermayeli Silva-Plastik A.G. (A.Ş.)'nin bütün hisselerine sahip ve yönetim kurulu başkanı olup tek ortağıdır. İsviçre'de tek ortaklı Anonim Şirket olgusuna müsaade edilmektedir.

23 Ağustos 1950 tarihinde bir taraf Wild ve Silva plastik A.Ş., diğer tarafı Benjamin Wurm olan ve Benjamin Wurm'un Silva -Plastik A.Ş.'ye genel müdür olarak atanmasına ilişkin, taraflar arasında bir sözleşme imzalanmıştır.

Ayrıca sözleşme Wurm'a (genel müdür) şirket hisselerinin yarısının, gayri kabil-i rücu (unwiderrufliches Kaufrechts) satışını ve Wurm'un şirkete ortak olmasını öngörmektedir. Ancak Wurm'un şirkete bu şekilde ortak olması hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

Silva Plastik A.Ş., bir İsviçre bankasından, üç seferde olmak üzere, toplam 880.000 İsviçre Frankı kredi kullanmıştır. 28 Eylül 1950, 8 Kasım 1950 ve 23 Ocak 1951 tarihli üç adet "Kefalet Senedi"nde (Bürgschein) Wild ve Wurm, müşterek ve müteselsil kefil (gemeinsam als mitbürger solidarisch zu haften) sıfatıyla kendilerini sorumlu kılmışlardır.

Wild ve Wurm arasında çıkan görüş ayrılıkları sebebiyle Wurm, 31 Mayıs 1951 tarihinde Silva-Plastik A.Ş.'deki genel müdürlük görevinden istifa etmiştir.

6 Temmuz 1951 tarihinde Banka, Wurm'a bir mektup yazarak, borcun Wurm'un hissesine düşen kısmının ödenmesini istemiştir. Banka'nın Silva-Plastik A.Ş.'den almış olduğu mektupta; Silva-Plastik A.Ş.'nin ödeme gücü (illiquid) içinde olduğu ve bankaya borcunu ödeyemeyeceği yazılıdır. Bunun üzerine Banka, müteselsil kefil olan Wurm'dan OR 4961/7 md. gereğince, hissesine düşen 345.633 Frank'ın bankaya ödenmesini istemiştir.

Wurm, bankanın talebine itiraz etmiş ve kendisine asıl borçludan (anonim şirketten) önce geldiğini, kendisinin sadece Wild ile birlikte müteselsil kefil olduğunu, ileri sürmüştür.

9 Kasım 1951 tarihinde banka, Silva-plastik A.Ş.'den olan alacağının tamamını kapatan LIBAG, Liegenschaft und Beteiligungs A.G'ye ana alacağı, bütün fer'i haklarıyla birlikte devir ve temlik etmiştir. LIBAG A.Ş.'nin 50 hissesinden 48 adedi yine Wild'e aittir.

LIBAG A.Ş.; 30 Kasım 1951 tarihinde, alacağı devralan (Abtretungsgläubigerin) sıfatıyla Wurm'a 356.291,25 Franklık müteselsil kefaletinden dolayı, bir ödeme emri göndermiş ve icra takibi yapmıştır. Wurm, icra takibine ve ödeme emrine itiraz etmiştir.

28 Mayıs 1952 tarihinde Wurm, "Borçlu Olmadığının Tespiti" davasını açmıştır. Önce bölge, daha sonra Appenzell Kanton Mahkemesi, davacının kefalet sözleşmesindeki imzayı, hile karıştırıldığı için hataen atmış olduğu def'ini kabul etmemiştir. Her iki mahkeme de, davacının iddialarının aksine, olayda OR md. 496 gereğince, müteselsil kefaletin varlığına hükmetmiştir. Ayrıca mahkemeler, OR 509/1 maddede öngörölmüş olan, borç sona erdiğinde teminatların da kalkacağı def'ini de reddetmiştir. Ayrıca mahkemeler, davacının, asıl borçlu Silva-Plastik A.Ş. ile diğer müteselsil kefil Wild'in aynı

şahıs olduğu ve Wild'in LIBAG üzerinden giderek, kendisine kefaletten dolayı ödeme emri göndermesinin "hakkın kötüye kullanılması" olduğu, iddialarını mesnetsiz bularak reddetmiştir. Dava Federal Mahkeme önüne gelmiştir. Federal Mahkeme aşağıdaki şekilde karar vermiştir.

- İsviçre'de uygulamada "Tek kişi ortaklığına" müsaade edilmektedir. Bu ortaklık bir tek kişi ortaklığı olsa bile, ortaklarından bağımsız bir tüzel kişiliği, malvarlığı vardır ve tüzel kişiliğin kendisi hakların ve sorumlulukların taşıyıcısıdır.
- LIBAG, bankanın borcunu kapatarak bankanın alacağını temlik almış olsa bile, LIBAG ile LIBAG'ın 50 hissesinden 48'ine sahip Wild aslında aynı kişidir. LIBAG A.Ş. vasıtasıyla Silva plastik A.Ş.'nin bankaya borcunu ödeyen Wild, aslında kendi borcunu ödemiştir. Dolayısıyla Wurm'un (davacının) kefaleti, ana borç ödendiği için düşmüştür.

Federal Mahkeme yukarıda anılan sebeplerle, "Borcun Olmadığının Tespiti" (Aberkennungsklage) davasının kabulüne karar vermiştir.

OLAY III: Aşağıda İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilk iki örnek karardan " farklı " bir kararı özetlenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 8 Haziran 1982 tarih ve BGE 108 11 213 sayılı karar özeti şöyledir:

Olayda davacılar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, davalı bay Löwe'nin, borçtan sorumlu tutulmasını istemişlerdir. Federal Mahkeme, sorumluluğu koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlı olan ve Lichtenstein'de faaliyet gösteren bir denetim ve mali müşavirlik şirketinin nerdeyse tamamına yakınının sahibi olan bir kimsenin (Löwe) üzerine, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak gidilebilmesi için, bu şahsın (Löwe), tüzel kişiliğin kendisinden bağımsız bir şahsiyet olduğunu iddia ederken, İsviçre Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin yasakladığı "hakkı kötüye kullanıyor" olmasının gerekeceğine, hükmetmiştir. Davada hakkın kötüye kullanıldığı kanıtlanamadığından davacıların talebini ve dolayısıyla davayı reddetmiştir.

Dava dosyasındaki deliller ışığında olaylar aşağıdaki gibi gelişmiştir.

Bir İnşaat şirketi Laax'da (Graubünden Kantonu) 16 dairelik bir bina inşa etmektedir. Dairelerin satılabilmesi için şirket ortakları bay Herbert Löwe'yi tellal (Makler) olarak atarlar. Konut satışının durması üzerine, inşaatın ilerlemesi tehlikeye girer. Bunun üzerine inşaat şirketi, tellal Löwe'nin hakimiyeti altında olan, Vaduz'da (Lichtenstein) faaliyet gösteren ve dairelerin satışını ve dolayısıyla inşaatın finansmanını garantileyen bir denetim ve mali müşavirlik şirketi (Bundan böyle ATR olarak anılacaktır) ile bir anlaşma

yapar. Birlikte çalışmaya başladıktan bir müddet sonra, satışı yapılan dairelerden alınan satış bedelleri hususunda, inşaat şirketi ve ATR anlaşmazlığa düşerler.

İnşaat şirketi, Löwe'ye karşı, 585.679 İsviçre Frank'lık bir dava açar. Bölge mahkemesi (Glennner Bezirksgericht) tamamen, Graubünden Kanton Mahkemesi ise kısmen davacıyı haklı bulur ve davayı kabul ederler. Davalı Löwe, davayı temyiz eder ve Federal Mahkeme önüne getirir.

Federal Mahkeme, yukarıda zikrettiğimiz sebeplerle davayı reddeder. Mahkemenin davayı red gerekçeleri şöyledir.

“Buradaki sorun, davacıların, ATR ile yapmış oldukları ve hukuken tamamen geçerli olan bir sözleşmeye rağmen, ATR'nin davalı ile olan bağlantısı sebebiyle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını isteyip isteyemeyecekleri meselesidir. Davalı'nın ATR ile olan özdeşliği (aynı olma) konusunda tartışma yoktur.

Oysa Kanton Mahkemesi, ATR'yi davalıdan tamamen bağımsız, kendine ait hakları ve sorumlulukları olan bir müessese olarak tanımlamıştır. Ayrıca şu konuda da tereddüt yoktur ki, davalı, ATR adına davacı ile görüşmeler ve pazarlıklar yapmıştır. Ancak mahkemeye sunulan delillerden de anlaşılacağı üzere, ATR (Anstalt) sözleşmenin tarafı olup, ATR'nin diğer ortakları da sözleşmeye imza koymuşlardır. Birinci derece mahkemesinin doğru tespit ettiği gibi, davalının ATR ile olan ilişkisi, hukuken tamamen bağımsız bir anonim şirketin bütün hisselerinin sahibi şirket ortağı (tek ortak) ile olan ilişki gibidir.

- Bölge mahkemesi, davalının, davacı ile, ATR adı altında iş yapmasının sebebinin kendini sorumluluktan kurtarmak ve tüzel kişilik perdesi arkasına sığınmak olduğuna hükmetmiştir.
- Ancak Kanton Mahkemesi, bu bakış açısını benimsememiştir. Buna karşılık davalı, Federal Mahkeme önündeki savunmasında, ATR üzerinden iş yapmasının sebebinin, sorumluluğunu sınırlandırmak olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu istemin, hukuk dışı bir yanı yoktur. Şirketler hukukunda tüzel kişilik olgusu, sorumluluğun sınırlandırılması için vardır ve zaten buna hizmet eder.

Prencip olarak sorumluluğun sınırlandırılmasına müsaade edilmiş olsa da, somut (münferit) olayda, olayın şartları gereği, bu sorumluluğun sınırlandırılması, hakkın kötüye kullanılması mıdır? değil midir? Asıl cevaplandırılması gereken soru budur. Kanton mahkemesinin bakış açısına göre, dosyaya ibraz edilmiş olan deliller, bu konuda (hakkın kötüye kullanıldığı konusunda)

yeterli ipucu vermemektedir. Davacı, davalının temyizden verdiği cevapta, bu olayda hakkın kötüye kullanıldığının sabit olduğunu, davalının davacıya 180.000 Frank borçlu iken, ATR'nin tasfiyeye girdiğini, davalının bu tasfiye ile bağlantısı olduğunu, hatta tasfiyeye davalı tarafından önyak olunduğunu, altını çizerek belirtmiştir.

Dosyaya mübrez deliller arasında, tasfiyeye davalının sebebiyet verdiği veya önyak olduğuna ilişkin bir delile rastlanmamıştır.

ATR 1975 yılından bu yana tasfiye halindedir (dosyadaki deliller bunu işaret etmektedir). ATR'nin 1975 yılından beri tasfiye halinde olması tek başına, davalının tüzel kişilik perdesini kötüye kullandığı anlamına gelmez.

Davacı, Yalnız davalı Löwe ile değil, aynı zamanda onun sahibi olduğu ATR şirketi ile de anlaşmalar yapmıştır. Bu anlaşmalar sırasında, muhatabın ayrı şahsiyetler olduğunu, imzalanan belgelerde görmeleri ve farkında olmaları gerekirdi. Bu anlaşmaları imzalarken, davalının ATR'nin büyük ortağı, hemen hemen tek sahibi olduğunu görüp, ATR ile anlaşma yapmayı reddetmeleri gerekirdi. Eğer bu durumu nazarı dikkate almamışlarsa, "tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının yardımıyla "ATR ile yapmış oldukları anlaşmadan kurtulamazlar."

3- Şahsi Görüşümüz

"Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" diye adlandırılan teori ile ilgili olarak Alman ve İsviçre hukuklarında "terminolojik" bir birlik yoktur. Genel olarak "Durchgriff" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ibare, İngiliz ve Amerikan hukuklarındaki "lifting the corporate veil" ibarelerinin bir karşılığıdır.

Türk hukuk doktrininin de ise genel olarak, "tüzel kişilik tülünün veya perdesinin kaldırılması" şeklinde ifade edilmektedir. Bu teori, tüzel kişiliğin, sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için bir "araç" olarak kullanılması karşısında geliştirilmiş bir teoridir. Tüzel kişinin ortaklarından ayrı malvarlığı ve şahsiyetinin bulunması, iyi niyetli olmayan bir takım kimseleri, tüzel kişilik kimliğini bir kalkan gibi kullanarak, kendi çıkarlarına uygun, ancak başkalarına zarar verecek şekilde hareket etmeye sevk etmiştir. Bir hukuk sisteminin oluşturulması için harcanan zaman, gayret ve tarihsel süreç göz önüne alındığında, en iyisinin yapılabilmesi için iyi niyetli büyük çabalar harcandığından hiç kuşku duyulmaması gerekir. İşte tüzel kişilik olgusu bu çabaların sonucunda, önemli bir ihtiyacı karşılamak üzere icat edilmiştir.

Kurumsallaşma ihtiyacı, insanoğlunun tarihi kadar eskidir. Sermayedar, bir tüzel kişilik kurarken, (örn: Anonim Şirket), kendi ömrü ile sınırlı olmayan, başkalarına istihdam imkanı yaratan, ülke ve dünya ekonomisine katkıda bulunacak olan ve gelecek nesillerin de istifadesine sunulmuş bir artı değer yaratmaktadır. Bu yaratılan artı değer, yani tüzel kişiliğin kendi ayakları üzerinde durabilmesi ve devamlılığın sağlanabilmesi için kendine ait bir malvarlığı ve kimliği olmalıdır. Yoksa ihtiyaç duyulan kurumsallaşma sağlanamaz. Bu tüzel kişilik kendi malvarlığına sahip olduğu ve ortaklarından tamamen ayrı, bağımsız bir varlık, hukuk sujesi olduğu için, borçlarından da onu oluşturan ortaklar değil, bizzat ve tek başına kendisi sorumlu olmalıdır. Tüzel kişiliği yaratan felsefe budur. Bu felsefenin gereği olarak tüzel kişiliğin borçlarından yalnız tüzel kişiliğin kendisi sorumludur, ortaklara gidilemez. İşte birbirinden yüksek ve kalın duvarlarla ayrılmış olan bu iki kimliğin, arasındaki duvar, acaba bazı şartların gerçekleşmesi halinde (örn: hakkın kötüye kullanılması halinde) yıkılabilir mi? Ortaklar da bazı şartların gerçekleşmesi halinde ortaklık borçlarından dolayı sorumlu tutulabilir mi? Şirket alacaklısı, bazı durumlarda, bu iki kimlik arasındaki duvarı yıkararak, alacağını şirket yerine ortaktan isteyebilir mi?

İşte yaklaşık 50 yıldır Türk, Alman ve İsviçreli hukukçular, bu sorunun cevabını aramaktadır. SERICK, KUHN, KLEINERTZ, MÜLLER-FREIENFELS, SCHMIDT, BERNSTEIN, PASCHKE, DROBNIG, SIEBERT, HÜBNER, KEHL, TEKİNALP, YANLI, POROY gibi çok sayıda, makalemizde görüşlerinden detaylı şekilde yararlandığımız yazarlar, konuya eğilmiş ve birbirinden farklı yorumlar yapmışlardır.

Bizim hukuk sistemimiz, tıpkı Alman ve İsviçre hukuk sistemleri gibi, tüzel kişilik kimliğinin, ortaklarının kimliğinden tamamen farklı bir kimlik olduğu fikri (felsefesi) üzerine oturmuştur.

“Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi” ise, bu sistemi sorgulamakta ve hukuk düzeninin ve hakkın kötüye kullanıldığı (MK. md. 2) bazı durumlarda, bu iki ayrı kimliğin, birbirinden bu denli keskin hatlarla ayrılması gerekebileceğini ortaya koymaya çalışmaktadır.

Bu teori, sistemin özüne dokunduğu için ancak, çok sınırlı ve münferit olaylarda, halin icabına göre tatbik edilebilir kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, problem-olayın çözümü önce mevcut sistem içerisindeki “koruma mekanizmaları” ile (örn. Organ sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğu, haksız rekabetten doğan sorumluluk, sebepsiz zenginleşme gibi) çözümlenmelidir. Çözülemezse, en son tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düşünülmelidir. Birçok Alman ve İsviçreli yazar ve İsviçre Fede-

ral Mahkemesi de muhtelif kararlarında (BGE 108 II 213; BGE 8III 455; BGE 53 II 25) –bu kararlar makalede detaylı şekilde işlenmiştir– bizimle aynı görüşü paylaşmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi de, tüzel kişiliğin ortaklarından tamamen ayrı bir kimlik olduğunu temel prensip olarak kabul etmektedir. Ancak mahkeme, bazı çok özel durumlarda, örneğin bir anonim şirketin neredeyse bütün hisselerini (% 99,5) elinde bulunduran ve onu adeta “Tek kişi ortaklığı”na dönüştüren “Tek Adamın”, tüzel kişilik kalkanını kullanarak, kendini sorumluluktan kurtarması veya kendine çıkar elde etmesi veya yasayı dolanması durumlarında “Perdenin Kaldırılmasının düşünülebileceği” kanaatinde dir. İsviçre Federal Mahkemesi, 29.11.1956 tarihli kararında, “Tek Adam”ın tüzel kişilik kalkanını, kendi çıkarları için kullandığını, gerekçe göstererek, tüzel kişiliğin adeta “Tek Adam”la “özdeşleştiğine” işaret etmiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, 8 Haziran 1982 tarih ve BGE 108 II 213 sayılı kararında ise, sorumluluğu, koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlı olan ve Lichtenstein’da faaliyet gösteren bir denetim ve mali müşavirlik şirketinin neredeyse tamamına yakının sahibi olan bir kimsenin (Tek ortak) üzerine, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak gidilebilmesi için bu “Tek kişi ortağın”, tüzel kişiliğin kendisinden bağımsız bir şahsiyet olduğunu iddia ederken, İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin yasakladığı şekilde, “hakki kötüye kullanıyor” olmasının gerekeceğine hükmetmiştir.

Her iki federal mahkeme kararında da gayet iyi özetlendiği gibi, tüzel kişilik normunun kötüye kullanıldığı, diğer bir ifadeyle, bir kimsenin bir hukuk müessesini kötü niyetine araç haline getirdiği veya doğrudan kötü niyetli olmasa bile kendi çıkarlarına alet ederek sorumluluktan kurtulmak istediği veya yasaları dolanmak istediği hallerde, mümkün olabilir. Bu hallerin, önceden bilinip kategorize edilemeyeceği gibi, çok da daraltılamayacağı kanaatindeyiz. Hakim, her somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, olayı irdelemeli olayda, tüzel kişilik perdesi kullanılarak bir sorumluluktan kaçınma hali veya kendi çıkarları için tüzel kişilik perdesini alet etme hali var mıdır? Yok mudur? Tespit etmeli ve ona göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağına, MK. md.2 göz önünde tutularak karar vermelidir. Ayrıca “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişilik kalkanının kullanıldığı her olayın çözüm anahtarı değildir. Tüzel kişilik kalkanı, kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından kullanılırsa ne olacaktır?

Örneğin tamamen saman adamlar kullanılarak kurdurulmuş bir anonim şirketin, tüzel kişilik perdesini kaldırdığınızda karşınıza çaycı, odacı, müstah-

dem çıkarsa ne olacaktır? Gerçek ortağa uzanılabilir mi? Tüzel kişilik perdesini kaldırarak uzanabileceğiniz ancak kâğıt üzerinde (sicilde) veya sanal pay defterinde ortak gözüktür. Saman adamların icra yoluyla takibi neticesinde, bunlardan bir şey alınmayacağına göre, tüzel kişilik perdesini kaldırmak, tüzel kişiliğin kalkan olarak kullanıldığı her olaya otomatik olarak uygulanacak bir yol değildir.

Tüzel kişilik kalkanı'nın sorumluluğu sınırlandırmak için kullanılması doğaldır. Son zikrettiğimiz Federal Mahkeme kararında da belirtildiği gibi, tüzel kişilik zaten sorumluluğu sınırlandırmak için vardır. Sistem bu tüzel kişilik kalkanının kullanılmasına nereye kadar izin vermelidir? Ne zaman müdahale etmeli ve perdeyi kaldırmalıdır? Asıl soru budur. Kanaatimizce, tüzel kişilik kalkanı'nın kullanılmasına, açıkça hakkın kötüye kullanıldığının (MK. md. 2 anlamında) ve adalet duygusunun zedelendiğinin tespit edildiği anda, müsaade edilmemeli ve perde (kalkan) kaldırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için tüzel kişilik araç olarak kullanılıyorsa, araç olarak kullanıldığının tespit edildiği anda perde kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, Teoman** : Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- ANSAY, Tuğrul** : Anonim Şirketler Hukuku, 6. bası, Ankara, 1982.
- ARSLANLI, Halil** : Anonim Şirketler I.Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul, 1960.
- BERNSTEIN, Herbert** : Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand, FS für Zweigert, 1981, Tübingen.
- BAUSCHKE, Hans, Joachim** : Durchgriff bei juristischen Personen, BB 1975, Heft 29 s. 1322-1325
- COING, Helmut** : Zum Problem des sogenannten Durchgriff bei juristischen personen, NJW 1977, s. 1793-1797.
- ÇAGA/ STEIGER** : İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1968.
- DOMANIÇ, Hayri** : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, II, İstanbul, 1988.
- DROBNIG, Ulrich** : Haftungsdurchgriff bei kapitalgesellschaften, Frankfurt/M- Berlin, 1959.
- EBENROTH, Konstanz** : Zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, SAG 1985, s. 124-136.
- ERİŞ, Gönen** : Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, 1987, Ankara.
- HATEMİ, Hüseyin** : Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, Giriş. Tarihi Gelişim. Eski Vakıflar, İstanbul, 1979.
- HOFMANN, Paul** : Zum “Durchgriff”-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, s. 1941-1946.

- HÜBNER, Ulrich** : Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, JZ, 1978, s.703-710.
- KEHL, Dieter** : Der sogenannte Durchgriff, Zürich, 1991.
- KLEINERTZ, Klaus** : Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH- Zugleich ein Beitrag zur Missbrauchslehre und zur Durchgriffshaftung - Köln, 1967.
- KÖPRÜLÜ, Bülent** : Medeni Hukuk- Genel Prensipler- Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), 2. bası, İstanbul, 1984.
- KUHN, Georg** : Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich? FS Fischer, s. 351-364.
- MÜLLER-FREIENFELS** : Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 1957, s. 522-543.
- PASCHKE, Marian** : Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG. 1988, s. 196-206.
- POROY, Reha/
YASAMAN, Hamdi** : Ticari İşletme Hukuku, 7. bası, İstanbul.
- RÜTTIMANN,
Felix, Mathias** : Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Zürich, 1994, Diss .
- SCHANZE, Erich** : Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung, AG 2/1982.
- SERICK, Rolf** : Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Karlsruhe, 1959.
- SERICK, Rolf** : Zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, JZ 1956, s. 198-206.

- SERICK, Rolf** : Rückerstattungsrechtliche Probleme bei juristischen Personen, NJW 1956, s. 895-898.
- SEROZAN, Rona** : Tüzel Kişiler- Özellikle; Dernekler ve Vakıflar, İstanbul, 1994.
- SIEBERT, Wolfgang** : Einmann-GmbH und Strohmänn-Gründung, BB 1954, s. 417-419, Heft 14.
- TEKİNALP Ünal/
TEKİNALP Gülören** : Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 387-404.
- WINKLER, Karl** : Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH, BB 1969, Heft 28, s. 1202-1207.
- YANLI, Veliye** : Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000.

