

SERMAYE ORTAKLIKLARINDA SINIRLI SORUMLULUK İLKESİNE KARŞI ÖNEMLİ BİR İSTİSNA: TÜZEL KİŞİLİK PERDESİ'NİN KALDIRILMASI

*Dr. Emrullah KERVANKIRAN**

I. Sınırlı Sorumluluk İlkesi

1. Genel Olarak

Sınırlı sorumluluk ilkesi evvelden beri ortaklıklar hukuku'nun temel konularından birini oluşturmaktadır. Sınırlı sorumluluk prensibi bugün hukuki bir araç olarak ortaklıklar hukukunda çok önemli bir yer kazanarak sermaye piyasasının temel taşı oluşturmaktadır¹. Bu ilkenin kabulü ile alacaklılara karşı bir tüzel kişi olarak sadece ortaklık sorumlu olmakta, ortakların sınırsız sorumlu olması durumu söz konusu olmamaktadır. Böylece girişimcilik teşvik edilerek sermaye ortaklıklarına daha fazla yatırımcının katılması sağlanmaktadır. Az miktarda bir kapital ile yönetime herhangi bir etkisi olmayan yatırımcı bir ortağın sorumluluğunu sınırlamadan sermaye ortaklıklarına katılması beklenmemelidir². Aksi halde sınırlı sorumluluk prensibi olmadan büyük faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için gerekli olan sermaye bir araya toplanamaz ve bunun sonucu olarak da önemli ekonomik ve teknolojik gelişmeler sağlanamazdı. Dolayısı ile ekonomik faaliyetler ve iktisadi güç kişilerin kendi malvarlığı ile sınırlı kalırdı³. Bu gün sınırlı sorumluluk ilkesine olan temayül genişleyerek devam etmektedir. Avrupa Topluluğu, ortaklıklar

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

1 Bkz. Hommelhoff, Peter; Produkthaftung im Konzern, ZIP 1990, 761, 768 f.

2 Wiedemann, Herbert; Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM Sonderbeilage Nr. 4/1975, s. 11.

3 Großfeld, Bernhard; Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1698, s. 33.

hukuku ile alakalı onikinci yönergesinde⁴ tek şahıs sermaye ortaklığı kurulmasını üye ülkelere bildirilmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da bu yönergeye uygun olarak tek şahıs sermaye ortaklığı düzenlenmiştir⁵.

Hukuk düzeni sınırlı sorumluluk prensibinden dolayı ortaya çıkabilecek tehlikeleri bertaraf edebilmek ve ortaya çıkan riskleri karşılayabilmek için devamlı bir çaba içerisinde olmuştur. Tarihi süreç içerisinde sınırlı sorumluluk ilkesi geç geliştirilmiş bir kurumdur. İlk defa 1808 tarihli Code de Commerce içerisinde anonim şirketlerin genel bir özelliği olarak (mad. 33) öngörülmüştür.⁶ Yine ilk defa komandite ortağın sınırlı sorumluluğu bu kanunda açıkça yer almıştır (Mad. 26). Alman kaynaklı limited ortaklığın oluşturulup birçok ülkede kabul görmesi ile sınırlı sorumluluk ilkesi artık yaygınlaşarak ekonominin bütün alanlarında kendini göstermiştir.⁷ Bu prensip çerçevesinde bir taraftan şirket ortakları sorumluluklarının olabildiğince sınırlanmasını isterken, diğer taraftan ortaklık alacaklıları alacaklarının garanti altına alınmasını istemektedirler. Bu şekildeki karşılıklı menfaat çatışmalarını dengelemek için kanun tarafından içinde farklı sorumluluk halleri içeren çeşitli ortaklık tipleri oluşturulmuştur. Bu şekilde ortaklarının sorumluluğu sınırlı olan sermaye ortaklıkları: anonim şirket, limited şirket ve sermaye ortaklığı ile şahıs ortaklığı unsurlarını bünyesinde barındıran sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık. Şahıs ortaklıkları açısından da sadece ortaklardan birinin sorumluluğunun sınırlı olduğu komandit ortaklığı örnek olarak burada sayabiliriz. Özellikle Almanya'da kanuni olarak düzenlenmediği halde uygulamada yer bulan „Limited Şirket ve Ortağı Komandit Şirket“ (GmbH & Co KG) bizde mümkün olmamaktadır. Çünkü Almanya'daki durumun aksine Türk Hukukunda komandit şirketin sınırsız sorumlu ortağı ancak bir gerçek kişi olabilir (TK md. 243 III). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanmadan önce Türk Ticaret Kanunu'nun kırk yıllık uygulanmasının neticelerini inceleyen ve zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçları belir-

4 12. AT yönergesi, 89/667 EWG, AbIEG 30.12.1989 L 395/40.

5 Anonim ortaklıklar için Türk Ticaret Kanun Tasarısı mad. 338 I, limited ortaklıklar için md. 573 I

6 Lehmann, Karl; Das Recht der Aktiengesellschaften I, 1898, s. 216; Grossfeld, a.g.e., s. 103-104.

7 Meyer, Justus; Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, Berlin 2000, s. 2.

leyen değerlendirmelerde, TK 243 III' e göre komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerektiği hükmü kaldırılarak tüzel kişilerin de komandite olarak kolektif şirkete ortak olabilmeleri önerilmiş ve böylelikle LO & ortağı KmO'nun kurulabilmesinin yolu açılmak istenmiştir⁸. Ancak bütün bunlara rağmen bu ortaklık tipi yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısına da kanunun dolanılmasını ifade eden dejenere olmuş bir model olduğu gerekçesi ile alınmamıştır⁹.

2. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Bir İmtiyaz Olarak Tanınması

Bir sermaye şirketi ortağının sorumluluğunu sınırlamak, onun şirkete katılımının otomatik bir sonucu değildir, bilakis bu hukuk düzeninin sağladığı bir ayrıcalıktır¹⁰. Ancak bu sınırlı sorumluluk ayrıcalığı, sermaye şirketi ortaklarına şartsız ve karşılıksız tanınmamıştır. Özellikle sınırlı sorumlu şirket formlarını hukuk sistemlerinde barındıran tüm ülkelerde miktarı kanda belirlenen bir sermayenin ortaklığa getirilmesi (Grundsatz der Kapitalaufbringung) ve bunun ortaklığın devamınca korunması prensibi getirilmiştir (Grundsatz der Kapitalerhaltung). Bu sermaye, bir garanti fonu olarak ortakların, alacaklılara karşı sorumluluğunun sınırlanmış olmasını meşrulaştırarak muhtemel zararların karşılanmasında alacaklılar lehine kullanılacaktır¹¹. Sermaye ortaklıklarında ancak bu temel sermayenin ortaklığa getirilmesinden sonra ortakların alacaklılara karşı sorumlulukları kaldırılmaktadır. Bu temel sermayenin şart koşulması sınırlı sorumluluğu dengeleyen bir karşılık olarak görülmektedir¹². Böylece sınırlı sorumluluk prensibinin kabulü ile tüm işletme riskinin alacaklıların omuzlarına yüklendiği görüşü de zayıflatılmış olmaktadır¹³. Sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesinin bir imtiyaz olarak tanınması artık günümüzde tartışmasız kabul

8 Tekinalp, Ünal; 40. yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 56-59.

9 Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi, Nr. 116, s. 39.

10 Wiedemann, Herbert; Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Frankfurt, Berlin 1968, s. 6.

11 Wiedemann, Herbert; Gesellschaftsrecht I, Grundlagen, München 1980, s. 203.

12 Wiedemann, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, s. 7.

13 Caflisch, Silvio; Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Winterthur, 1961, s. 34.

görmekte ve bunun tanınma sebepleri konusunda gerekçeler üretmek artık lüzumsuz bir uğraş olarak nitelendirilmektedir¹⁴.

3. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Anlamı

Genel olarak ortaklıklar hukukunda sınırlı sorumluluktan anlaşılması gereken, ortakların ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı sorumluluklarının sınırlanmasıdır.¹⁵ Ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı ortakların sorumluluğu söz konusu olmayıp, bilakis ortaklığın kendisi bütün malvarlığı ile sınırsız bir şekilde sorumludur. Bu durumda sermaye şirketleri olan anonim şirket ile limited şirket, alacaklılara karşı bütün malvarlıkları ile sorumludurlar.¹⁶ Bunun sonucu olarak da ortaklık alacaklıları sadece ortaklığın malvarlığına müracaat edebilirler. Ortakların sorumluluğu ise sadece iç ilişkide şirkete karşı olup daha önceden taahhüt edilmiş olan sermaye payı ile sınırlıdır (TK Mad. 269 II, Mad. 503 I). Sözü edilen sermaye payının ortaklığa ifa edilmesi ile ortakların şirkete karşı olan sorumluluğu da sona ermektedir. Ancak bu borçtan dolayı ortakların sorumluluğu sınırsızdır, bütün şahsi malvarlıklarına müracaat edilebilir.

Hukukumuzda sorumluluk “borç” anlamında kullanıldığı gibi, borç yerine getirilmediği takdirde borçlunun malları ile sorumluluğu anlamına da gelmektedir. Borç anlamındaki sorumluluk sınırlı, malen sorumluluk ise sınırsızdır.¹⁷ Dolayısı ile tüzel kişiliğe sahip bir sermaye şirketi ortağının sınırlı sorumluluğu, esasında “sınırlı borç” sorumluluğudur. Bu borç, ortağın taahhüt ettiği sermaye payı ve yan yükümlerden oluşmaktadır ki ortak bunun ifasından ortaklığa karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu durumda aslın-

14 Lehmann, Micheal; Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR 1986, s. 350.

15 Dauner- Lieb, Barbara; Unternehmen in Sondervermögen, Tübingen 1998, s. 30 ff.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., München 2001, § 24, Rn. 4; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 533; Meyer, a.g.e., s. 8.

16 TK Mad. 269 I ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 1 I 2 ve Alman Limited Ortaklıklar Kanununda (GmbHG) § 13 II bu durum açıkça belirtilmektedir.

17 Arslanlı, Halil; Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 36; Hirsch, Ernst E.; Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı İstanbul 1948, s. 192; Çağa, Tahir; Mahdut Şahsi Mesuliyet Mefhumuna Dair, İBD 1970, XLIV, s. 513.

da sermaye şirketlerinde “sınırlı sorumluluk” kavramından ziyade “sınırlı sermaye payı yükümlülüğünden” söz edilebilir.¹⁸

4. Ayırım İlkesi ve Tüzel Kişilik İle Sınırlı Sorumluluk Arasındaki İlişki

Sınırlı sorumluluk ilkesi tüzel kişilerde ayrı bağımsız bir malvarlığının oluşumunu doğurmaktadır. Ayırım ilkesine göre tüzel kişi ile üyeleri arasında malvarlığı ve sorumluluk ayrılmaktadır. Tüzel kişi şirket ortakları tarafından katılım payı olarak getirilen malvarlığı değerleri üzerinde artık onların bir tasarruf yetkisi bulunmayıp, bunlar ayrı bir hukuk süjesi olan ortaklığın emrine verilmektedir¹⁹. Tüzel kişi ortaklık bir hukuki şahsiyet olarak ekonomik hayata katılmakta ve ortaklarından ayrı bir şekilde sadece kendi malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumluluk altına girmektedir. Dolayısı ile de ortaklar, ortaklık malvarlığına hiç bir şekilde alacaklıların zararına olacak müdahalelerde bulunamazlar²⁰.

Ancak sınırlı sorumluluk ilkesi ve tüzel kişiliğin mutlak birbirine bağlı kavramlar olduğu da söylenemez. Sınırlı sorumluluk ilkesi tüzel kişilik kavramı içinde bulunması gereken zorunlu bir unsur değildir²¹. Başka bir deyişle tüzel kişilik yapısından mutlaka sınırlı sorumluluk ilkesi çıkarılamaz²². Örneğin Türk ve Fransız Hukukunda şahıs ortaklıkları tüzel kişiliğe sahip-

18 Naegeli, Werner; *Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht, insbesondere der Ausschluss der Nachschusspflicht im Aktienrecht*, Zürich 1948, s. 23; Caflisch, a.g.e., s. 32, dipnot 48.

19 Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I*, s. 198.

20 Schilling, Wolfgang; *Die Einmanngesellschaft und Einzelunternehmen mbH*, JZ 1953, S. 161 vd.; Drobing, Ulrich; *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, Frankfurt am Main, Berlin 1959, s. 25; Kleinertz, Klaus; *Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH*, Köln 1967, s. 7.

21 Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I*, S. 202; Raiser, Thomas; *Haftungsbeschränkung kein Wesensmerkmal der*

juristischen Personen, in: *Festschr. für Marcus Lutter*, 2000, s. 643; Drobing, a. g. e., s. 20.

22 Naegeli, a.g.e., s. 30 vd.; Tielsch, Elfriede; *Beschränkte Haftung*, Köln 1935, s. 12; Grossfeld, a.g.e., s. 103.

tir.²³ Buna karşılık Türk ve Alman Hukukunda sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık sermaye şirketi olarak tüzel kişiliğe sahip olduğu halde, komandite ortak alacaklılara karşı bütün malvarlığı ile sorumludur (TK Mad. 475, § 278 I AktG). Diğer taraftan tüzel kişilik olmadan sınırlı sorumluluk hallerine de rastlanmaktadır. Komandit ortaklıklarda komanditer ortak ile Alman hukukunda bulunan gizli ortaklık (Stille Gesellschaft) ortağı kendi şirketlerinin borçlarından sadece getirmiş oldukları katılım payı ile sorumludurlar.²⁴ Bütün bu örneklerden sonra sonuç olarak denebilir ki, bir kişi ve mal teşekkülüne tüzel kişilik kazandırarak ona hak ve fiil ehliyeti vermek, aynı zamanda bu tüzel kişi üyelerinin sorumluluklarını da sınırlamak anlamına gelmemektedir.²⁵

II. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Durchgriffshaftung)

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, sınırlı sorumluluk ilkesinin ekonomik hayatta girişimciler için serbest bir hareket alanı sağladığı artık genel kabul gören bir vakıadır. Girişimciler için sınırlı sorumluluk prensibi olmadan ticari faaliyetlere atılarak yatırım yapmaları ve sorumluluk altına girmeleri artık mümkün görünmemektedir. Ancak diğer taraftan bu durumun alacaklılar için bir tehlike oluşturduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Tüzel kişi bir ortaklıkta sınırlı sorumluluk ilkesinin bilinçli bir şekilde alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması uygulamada ortaya çıkan durumlardan biridir. Bu gibi durumlarda alacaklıların haklarını korumak için Anglo-Sakson ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi“ (Durhgriffshaftung) geliştirilerek, tüzel kişiliğin arkasına sığınarak tüzel kişiliği kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkânı doğmuştur. Böylece alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan bir sermaye ortaklığının borçlarından dolayı ortaklara da müracaat imkânı doğmuş olmaktadır. Böyle bir durumda ortakların sorumluluğu sınırsızdır.

23 TK Mad. 137; Fransız Societas Commerciales, Mad. 5L 66–537

24 Sessiz şirket ortağı için bkz. § 232 II HGB.

25 Cafilisch, a. g. e., s. 31, dipnot 43.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesine karşı esaslı bir istisna olarak ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ayırım ilkesi alacaklılar lehine kesintiye uğratılmaktadır. Başka bir ifade ile Tüzel kişilik perdesini kaldırarak“ (Schleier der juristische Person gelüftet) ²⁶ veyahut ta Sınırlı sorumluluk kalkanı“ (der Schutzschild der Haftungsbeschränkung)²⁷ bir kenara itilerek ortaklığın borçlarından dolayı ortakların şahsi malvarlıkları ile sorumlu olması yolu açılmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düşüncesi ilk olarak Anglo Amerikan Hukukunda ortaya çıkmış olmasına rağmen zaman kaybetmeksizin Kara Avrupası hukukunda da önemli ölçüde yerini almıştır. Almanya’da perdeyi kaldırma sorunu 1920’ li yıllardan itibaren yüksek mahkeme kararlarına konu olmuştur. İmparatorluk Mahkemesine göre (Reichsgericht), hayatın gerçekleri, ekonomik ihtiyaçlar ve olayların tabiatı“ gerektiriyorsa tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir²⁸. İkinci dünya savaşından sonra tüzel kişilik perdesini kaldırma tartışmaları Alman doktrininde mukayeseli hukuk çalışmaları ile Serick,²⁹ Drobing,³⁰ Müller-Freienfels³¹ ve Rehbinder³² tarafından daha da geliştirilerek sistematik hale getirilmeye çalışılmıştır. Ancak bütün bunlara rağmen bugün hala tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği bir durumun varlığı için, kabul edilebilecek genel olarak geçerli şartlar ve unsurlar tesbit edilememiştir. Bu sebepten dolayı da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir, “kurum” (institution) olup olmadığı doktrinde halen bir tartışma konusudur³³.

26 Serick, Rolf; Rechtsform und Realität Juristischer Person, 2. Aufl., Tübingen 1955, s. 16; Bu ifade Amerikan Hukukundaki „lifting the corporate veil“ kavramının almanca tercümesidir.

27 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 221.

28 RGZ 99, S. 232, 234.

29 Rechtsform und Realität juristischer Person, Tübingen 1955.

30 Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt am Main 1959.

31 Zur Lehre vom so genannten „Durchgriff“, bei juristische Personen im Privatrecht., Acp 156 (1957), S. 522.

32 Kornzenaußenrecht und allgemeines Privatrecht 1969.

33 Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir „kurum“ olmadığını ifade eden yazarlar için bkz. Nirk, Rudolf; Zur Rechtsfolge der Durchgriffshaftung, FS Stimpel, 1985, s.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması belli bir hukuk dalına münhasır olmayıp kamu ve özel hukukunun çeşitli dallarında ortaya çıkabilmektedir.³⁴ Biz bu makalede, ticaret hukuku çerçevesinde, sermaye ortaklıklarında hangi durumlarda sınırlı sorumluluk ilkesi dikkate alınmadan ortaklık borçlarından dolayı ortakların alacaklılara karşı doğrudan doğruya sorumlu tutulacağı sorununu ele alacağız. Konunun işlenmesinde özellikle Almanya'daki uygulama ve gelişmeler dikkate alınarak sonunda Türk Hukuku açısından bir değerlendirme yapılacaktır. Bu arada bu inceleme kapsamında bağlı işletmeler hukuku (Konzernrecht) ile alakalı Alman Yüksek Mahkemesinin şimdiye kadar bu alanda vermiş olduğu kararlara da yer verilerek gelinen noktada en son içtihat değişikliğine de yer verilecektir.

2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Bir İstisna Oluşu

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında dikkat edilmesi gereken husus, tüzel kişilerde yukarıda açıkladığımız ayırım ilkesinin temel bir kural olarak esas alınması gerektiği, tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılarak ayırım ilkesinin kesintiye uğratılmasının ise, tek tek olaylarda ortaya çıkan bir istisna olduğudur³⁵. Bu sebepten dolayı da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, sermaye ortaklıklarının en karakteristik özelliği olan sınırlı sorumluluk ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.

Burada bir hususu açıklığa kavuşturmak lazım ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ortaklık ile üyeleri arasındaki mal ayrılığı tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Bilakis ortaklığın malvarlığı alacaklılara karşı sorumlu olmaya devam etmektedir. Sadece somut olayda, ortakların sorumluluğunun taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlı olduğu şeklinde ifade edilen "sınırlı sorumluluk" ilkesi ortadan kaldırılarak ortaklığın borçlarından dolayı

453; Reh binder, Eckardt; Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, s. 91; Kurum olduğunu açıkça ifade eden yazarlar ise bkz. Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung, GmbHR 1992, S. 206; Brändel, GroßkommAktG, 4. Aufl., 1992 § 1, Nr. 93; Lutter, M./Hommelhoff, P.; GmbH-Gesetz, 15. Aufl., 2000, § 13 Nr. 5.

34 Tekinalp, G./Tekinalp, Ü.; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armagan, 1995, s. 390.

35 Reh binder, Eckardt; Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, FS Robert Fischer, Berlin 1979, s. 581.

şirket malvarlığına ilaveten ortakların da şahsi malvarlıklarına müracaat edebilme yolu açılmaktadır³⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorunu Alman doktrininde oldukça geniş yer almasına rağmen aynı oranda mahkeme kararlarına konu olmamıştır. Alman mahkemeleri alacaklıların menfaatlerinin korunması için genelde başka yollar aramış mümkün olduğunca perdenin kaldırılması yoluna gitmemeye çalışmıştır³⁷. Yüksek mahkeme içtihatları bu alanda genel geçer bir sistem getirmeyip perdenin kaldırılmasını her olayın kendi şartları ile sınırlamıştır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi de zaten bir sermaye ortaklığında ancak bir konkordato halinde ya da iflas açılması durumunda gündeme gelmektedir. Ortakların başka bir hukuki sebebe dayanarak sorumlu tutulmadığı hallerde perdenin kaldırılması hali, alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla çok istisnai hallerde kullanılan bir yol olarak ortaya çıkmaktadır.

3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Konusunda Teoriler

Daha öncede değindiğimiz gibi doktrinde çok tartışmalı bir konu olan perdeyi kaldırma konusu dogmatik açıdan tam bir açıklığa kavuşturulmadığı için bu alanda ortaklaşa uygulanacak temel prensipler geliştirilememiştir.³⁸ Alman öğretisinde esas itibari ile bu konuda tüzel kişiliğe ve perdeyi kaldırma olayına farklı anlamlar yükleyen birbirine zıt iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki *Rolf Serick*³⁹ tarafından geliştirilen, *Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi*“dir (Mißbrauchlehre). Bu görüşe göre, kanun koyucu belirli bir amaca hizmet etmesi için tüzel kişilik yapısını oluşturmuştur, dolayısı ile de kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak şartı ile bir hukuk süjesi

36 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 221; Rehbinder, FS Fischer, s. 579; Stimpel, Walter; „Durchgriffshaftung“ bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung, FS Goerdeler, 1987, s. 605.

37 Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararına göre eğer bir ortak kefalet, haksız fiil yada başkasının borcunu garanti eden anlaşmalar gibi başka hukuki sebeplerden dolayı zaten sorumlu ise artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna hiç bir şekilde gidilememelidir, BGHZ 31, 258, 271.

38 Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeine Privatrecht, s. 91.

39 1955 yılında „Rechtsform und Realität juristische Person“ adlı mukayeseli olarak yazmış olduğu eseri ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunu Alman Hukukunda ayrıntılı olarak ilk inceleyen yazardır.

olarak varlığı dikkate alınmalıdır⁴⁰. *Serick`e* göre genel olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını haklı gösterecek bir kural yoktur⁴¹. Bu sebepten dolayı da perdenin kaldırılması ancak istisnai hallerde, tüzel kişilik yapısı onun arkasında duran şahıslar tarafından yöneltilmiş olduğu amacın dışında kötüye kullanıldığı takdirde söz konusu olabilecektir⁴². Aksi durumda tüzel kişilik kurumunun bir anlamı kalmayacaktır.

Perdeyi kaldırma problemi *Serick* tarafından üç grup olay içinde incelenmektedir: Bunlar, tüzel kişinin yardımı ile kanunun dolanılması, sözleşmenin dolanılması ve sözleşmeye aykırı davranılması ve son olarak ta haksız bir şekilde üçüncü kişilerin zarara uğratılmasıdır⁴³. Bu sayılan hallerin varlığının objektif olarak tespit edilmesi halinde *Serick`e* göre artık tüzel kişilik yapısının kötüye kullanıldığı kabul edilecektir. Ancak ona göre hukuka aykırı hareketlerin tespitinde sadece objektif kriterler yeterli değildir, subjektif unsur olarak hukuka aykırılık niyetinin de bulunması gereklidir⁴⁴. *Serick`in* kötüye kullanma teorisinin hukuki sonucu tüzel kişi ile onu oluşturanların aynileştirilmesi, başka bir ifade ile tüzel kişinin üyelerine karşı sahip olduğu hukuki bağımsızlığının kaldırılmasıdır⁴⁵.

Buna karşın Müller-Freienfels⁴⁶ tarafından geliştirilen ve daha sonraları *Rehbinder* tarafından devam ettirilen, “normların amaçları” (Normzweck- oder Normanwendungslehre) teorisine göre, perdenin kaldırılması sorunu tüzel kişiliğin kötüye kullanılması ile ilgili bir olay olmayıp, bilakis normların uygulanması ve yorumlanmasından ibarettir. Her olayda uygulanması gereken normun anlamı, amacı, kapsamı ve koruduğu çıkarlar dikkatlice araştırılarak somut olayda perdenin kaldırılmasının gerekli olup olmadığına

40 Serick, a. g. e., s. 24.

41 Serick, a. g. e., s. 24.

42 Serick, a. g. e., s. 24, 27.

43 Serick, a. g. e., s. 17 vd, 32 vd, 42 vd.

44 Serick, a. g. e., s. 22 vd., 37 vd.

45 Serick, a. g. e., s. 207; Bauschke, Hans-J; Durchgriff bei juristischen Person; Terminologische und Inhaltliche Probleme, BB 1975, s. 1322.

46 Müller-Freienfels, Wolfram; Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Person im Privatrecht, AcP 1957, s. 522 vd.

bakılmalıdır.⁴⁷ Başka bir ifade ile bir hukuk normunun uygulanması aslında tüzel kişiyi ilgilendirmesine rağmen, objektif olarak amacına uygun yorumlanarak uygulandığını kabul edebilmek için sonuçta üyelere de müracaat edilmesi gerektiği ortaya çıkmışsa, bir normun uygulanmasından dolayı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olacaktır. Bu görüşe göre hangi hukuk normlarının ne zaman bu kapsamda değerlendirileceği konusunda genel bir kural olmadığı için her somut olay kendi şartları çerçevesinde ele alınacaktır.

*Karsten Schmidt*⁴⁸ göre ise ortaklıklar hukukunda genel olarak tüzel kişilik perdesini kaldırma olayının mevcut olup olmadığı konusunda tam olarak bir sonuca varmak doğru değildir. Ona göre, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerekli olduğunun düşünüldüğü hallerde, sorun perdenin kaldırılması yolu ile çözülemez. Çünkü ayrı bir hukuk süjesi olan tüzel kişiliği dikkate almadan çözüme ulaşmak çok sakıncalıdır. Tüzel kişilik hukuk tarafından oluşturulan ve tanınan bir varlık olduğu için her olayda bunun bertaraf edilme tehdidi altında bulundurulması doğru değildir. Perdeyi kaldırma sorunu kişiliklerin ayrılığı prensibine dayanmaktadır. Bu durumda ortada iki ayrı kişilik olduğundan dolayı bir limited ortaklığın tüzel kişiliğinin kaldırılmasını dava etmek isteyen kişi aynı zamanda ayrıca onun ortağını da dava etmelidir.

Sonuç olarak burada değindiğimiz teoriler doktrinde çok tartışılarak bir çok açıdan eleştirilene uğramıştır. Bu teorilerin de taraftarları arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Bugün perdeyi kaldırma sorunu esas itibarıyla *Serick* ile *Müller-Freienfels*'in görüşleri arasında gidip gelmektedir.

4. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Söz konusu Olabileceği Durumlar

Alman öğretisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sonuçlayabilecek haller şunlardır: Tüzel kişi ile ortakların alanlarının birbirine karışması (Sphärenvermischung), Özkaynak yetersizliği (Unterkapitalisierung), Yabancı yönetim (Fremdsteuerung) ve Kurumsal kötüye kullanma (Institutsmissbrauch).

47 Müller-Freienfels, AcP 1975, s. 542.

48 Schmidt, Karsten; Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln u.a. 1997, s. 232 vd.

a. Tüzel Kişi İle Ortakların Alanlarının Organizasyon ve Malvarlığı Bakımından Birbirine Karışması (Sphärenvermischung).

Tüzel kişi ile ortaklarının organizasyon ve malvarlığı bakımından birbirine karışması durumu, alanların birbirine karışması şeklinde ifade edilmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız gibi sermaye ortaklıklarında ayırım ilkesi sınırlı sorumluluğun vazgeçilmez bir şartını oluşturmaktadır⁴⁹. Çünkü ortaklığa ait organizasyon ve malvarlıklarının ortaklarınınkinden ayrılması bu prensibin bir sonucudur. Dolayısı ile de bu ilkenin ihlal edilmesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakların sorumlu tutulmasını sonuçlamaktadır. Alanların birbirine karışması, malvarlıklarının ve tüzel kişi organizasyonunun birbirine karışması şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁵⁰. Ortaklık ile ortaklar arasındaki malvarlığı düzeni ve organizasyon durumu yeterli ve özenli bir şekilde ayrılmamışsa alanların karışmış olduğu kabul edilmektedir⁵¹. İki halde de ayırım prensibinin kötüye kullanılması söz konusudur.

Ortaklığın malvarlığı ile ortakların şahsi malvarlıklarının birbirinden yeterli derecede ayırt edilmemiş olması halinde malvarlıklarının karışmış olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu sonuca varabilmek için açık olmayan belirsiz bir durum yeterli görülmemekte, bilakis ortaklık ile ortaklar arasındaki malvarlıklarını ayıran sınırların ihlal edildiği, yanlış ya da yetersiz tutulmuş muhasebe defterleri yolu ile de ortaya çıkarmalıdır; öyle ki ortaklık sermayesinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınıp alınmadığı hususları kontrol edilemez hale gelmelidir⁵². Malvarlıklarının birbirine karışmasından dolayı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yargı ve öğreti tarafından kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi bir limited ortaklık üzerinde hükmedici bir etkiye sahip olan ortağını, kendi şahsi malvarlığı ile ortaklık malvarlığını kesin bir şekilde ayırt etmediğinden dolayı sorumlu tutarak perdenin kaldırılmasına hükmetmiştir⁵³.

49 BGH, BB 1985, s 77.

50 Brändel, GroßkommAktG, § 1, Nr. 103 vd.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 224.

51 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 224; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13, Nr. 11.

52 BGHZ 95, 330, 333 vd.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Nr. 10; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29, Nr. 23; Stimpel, FS Goedeler, 1987, s. 615; Heider, Karsten; Münchener Kommentar, 2. Aufl., Band I, München 2000, § 1 Nr. 65.

53 BGH, NJW 1994, s. 1801; Stimpel, FS Goedeler, s. 612 vd.

Malvarlıklarının karışmasından farklı olarak ortaklık ile ortakların alanlarının organizasyon bakımından birbirine karışması, ortaklığın organizasyon olarak dışarıya karşı yeterli ölçüde ortaya konamaması halinde söz konusu olmaktadır⁵⁴ , ⁵⁵. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının sırf organizasyon bakımından birbirine karışmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açıp açmayacağı öğretide tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe göre burada ortağın şahsi sorumluluğu, “hukuki görünüş sorumluluğu” temelinde değerlendirilmelidir⁵⁶.

b. Yetersiz Sermaye (Unterkapitalisierung)

Yetersiz sermaye konusu, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği durumlar kapsamında Alman öğretisinde çok tartışılmıştır. Kanun koyucu sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesini bir imtiyaz olarak ancak alacaklıların menfaatlerini bir ölçüde güven altına alacak bir temel sermaye payının ortaklığa getirilmesine karşılık tanımıştır. Bir sermaye ortaklığı formunda işletme kurmak isteyenler o işin ekonomik gerekleri ile bağdaşan bir sermayeyi de ortaklığa getirmelidirler⁵⁷. Ancak sermaye şirketlerini düzenleyen kanunlarda, ortakların getirmiş olduğu temel sermaye paylarından oluşan bir temel kapital (Grund- oder Stammkapital) öngörülmüş olmasına rağmen işletmenin faaliyet hacmi ile orantılı bir sermaye ile donatılması konusunda kanunlarda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum özellikle limited ortaklıklarda kuruluş sermayesi ile şirketin devam ettirilmesi anlayışını yerleştirmiştir. Bundan dolayı da bu ortaklıklar ya dışardan yabancı kaynak arayışına girmişler yada iflasa sürüklenmişlerdir.

54 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13, Nr. 11; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, s. 224.

55 Organizasyon alanındaki bu karışma, sözkonusu ortaklıkla benzer bir firmaya sahip olunması, ortaklıkla aynı yönetim yerlerinin ve aynı personelin paylaşılması şeklinde ortaya çıkabilir; Lutter/Hommelhof, GmbHG, § 13, Nr. 11.

56 Schmidt, Karsten; Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002, s. 224 vd.; Lutter, Marcus; Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, s. 244, 251.

57 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 224 vd.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13, Nr. 6; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29, Nr. 30; aynı yazar, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person, FS Lutter, s. 647 vd.

Yetersiz sermaye durumunda Alman öğretisinde birçok ayrımlara gidilmesine rağmen özellikle iki ayırım ön plana çıkmaktadır. Bunlar nominal ve materyal sermaye yetersizliği ayırımıdır⁵⁸. Nominal sermaye yetersizliğinde, gerekli olan sermaye ortaklığa ortaklar tarafından ödünç verme yolu ile getirilmektedir. Nominal sermaye yetersizliği Almanyada 1980 Novellesi ile kanuni olarak § 32a-b GmbHG içinde düzenlendiği için, bugün artık materyal sermaye yetersizliği hallerinde ortakların şahsi sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği tartışılmaktadır. Alman Limited Ortaklık Kanunu (GmbHG) § 32 a-b göre yetersiz sermaye durumunda ortaklığa ortaklar tarafından getirilen ödüncüler artık ödünç olarak kabul edilmeyerek ortaklığın sorumlu sermayesi gibi işlem görecektir.

Materyal sermaye yetersizliğinde ise mevcut olan eksiklik ortaklığa bir ödünç sermaye getirilmesi yolu ile giderilmemektedir. Öğretide materyal sermaye yetersizliği çoğunlukla kabul görmüştür⁵⁹. Alman Federal Mahkemesine⁶⁰ (BGH) göre, eğer ortaklığın esas sermayesi ile ortaklık sözleşmesinde belirtilmiş olan amaçlar arasında açıkça bir orantısızlık varsa materyal sermaye yetersizliğinin varlığı kabul edilecektir. Ancak Alman Federal Mahkemesinin bu konuda yeknesak bir kararı yoktur. Öyle ki mahkemenin bir dairesinin vermiş olduğu karar diğer dairece eleştirilmiş yada aynı daire ilkin verdiği olumlu karara karşı sonradan zıt bir karar vermiştir. Alman Yüksek Mahkemesi bu alanda sadece bir kararında dernek üyelerinin şahsi sorumluluğuna gidilmesini kabul etmiştir⁶¹. Alman Federal Sosyal Mahkemesinin de fevkalade sermaye yetersizliği hallerinde perdenin kaldırılarak ortakların sorumlu tutulabileceğini kabul eden bir kararı bulunmaktadır.⁶² Sonuç olarak Alman Yüksek Mahkemesi salt sermaye

58 Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., s. 248; Benne, Dietmar; Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung, Köln 1978, s. 61; Heider, Münchener Kommentar, AktG, § 1 Nr. 71.

59 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 570 vd.; Raiser, Thomas; Konzernhaftung und Unterkapitalisierungs-haftung, ZGR 1995, s. 156, 162 vd.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Nr. 12; Stimpel, FS Goedeler, s. 607 vd.; Heider, Münchener Kommentar, AktG, § 1 Nr. 71 vd.; Ulmer, Peter; Die GmbH und der Gläubigerschutz, GmbHR 10/1984, S. 256, 261 vd.

60 BGHZ 31, 258, 268; 68, 312, 316.

61 BGHZ 54, 222, 224.

62 BSG, NJW 1984, s. 2117 vd.

yetersizliğinden dolayı ortakların şahsi sorumluluğuna gidilmesini kabul etmeyerek, sadece Alman Medeni Kanunu (BGB) § 826 ya göre ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verme durumunun şartları oluştuğu takdirde yetersiz sermaye dolayısı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını kabul etmektedir⁶³.

c. Kurumsal Kötüye Kullanma (Institutsmißbrauch)

Kurumsal kötüye kullanma halinde sınırlı sorumluluk ilkesi hem amaç hemde fonksiyonel bakımdan hukuka aykırı bir şekilde kullanılmaktadır. Kanunun gerektirdiği şartlara uygun olarak kurulmuş olan bir ortaklığın bu anlamda kötüye kullanıldığını kabul edebilmek için, ortakların sınırlı sorumluluk ilkesini bilinçli olarak alacaklıların zararına olacak şekilde kullanmaları ve diğer perdeyi kaldırma hallerinden birinin de sözkonusu olmaması gerekmektedir⁶⁴. Böyle bir durumda tüzel kişi, kanunun çizmiş olduğu sınırlar içinde kullanılmasına rağmen ya hukuka aykırı bir amaca yöneltilmekte (kurumsal kötüye kullanma) ya da başka şahıslar iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde zarara uğratılmaktadır (bireysel kötüye kullanma)⁶⁵. Kurumsal kötüye kullanmanın hukuki sonucu, ilgili ortağın diğer bütün ortaklara karşı sorumlu olması iken, bireysel kötüye kullanmada ise ortağın sorumluluğu sadece bundan zarar gören ilgili alacaklılara karşıdır⁶⁶.

d. Yabancı Yönetim (Fremdsteuerung)

Yabancı yönetimden dolayı sorumluluk bağlı işletmelerin mevzuu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yabancı yönetim kısaca bir işletmenin, hukuki olarak bağımsız başka bir ya da birkaç işletme üzerinde hakimiyetini ifade etmektedir. Böylece bağımlı olan işletmeler, hakim olan işletmenin yönetimi altında toplanmaktadır (Konzern). Bu durumda hakim olan işletmenin kendi pozisyonunu kötüye kullanarak bağımlı işletmelerin menfaatini ihlal etmesi gerekmektedir.

63 BGH, NJW 1979, 2104 vd.

64 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Nr. 12; Kuhn, Georg; Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich? FS Robert Fischer 1979, s. 362.

65 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 227; Meyer-Landrut, J.; GmbHG, Berlin 1987, § 29 Nr. 32.

66 Bkz. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, s. 228.

Alman anonim ortaklıklar hukukunda sözleşmeye dayalı bağlı işletmeler konusu kanunda düzenlenmiştir (§§ 302 AktG vd.). Türk Hukukunda bu anlamda bir düzenleme bulunmadığı için, fiili bağlı işletmelere uygulanacak hükümlerin sözleşmeye dayalı bağlı işletmelere de uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁶⁷. Fiili bağlı işletmelerde ise § 317 IV AktG göndermesi sonucu § 309 IV AktG göre hakim olan işletmenin bağımlı olan ortaklığa zarar vermesi halinde, bağımlı ortaklığın alacaklılarına karşı tazminat ödemesi öngörülmüştür. Türk Hukukunda ise sözleşmeye dayalı bağlı işletmelerde olduğu gibi hakim ortaklığın bağımlı ortaklığa zarar verici etki-lerde bulunması halinde sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için genel hükümler çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.⁶⁸

Almanyada limited ortaklıklara ait bağlı işletmeler hukuku ise yargı içtihatları yolu ile geliştirilip biçimlendirilmeye çalışılmıştır. Alman Federal Mahkemesi şimdiye kadarki fevkalade fiili GmbH bağlı işletmeleri için verdiği kararlarda §§ 302, 322 II, III AktG' nin kıyas yolu ile uygulanmasını kararlaştırmıştır.⁶⁹ Ancak Federal Yüksek Mahkeme yakın zamanlarda verdiği kararları ile daha önce §§ 302 vd. AktG' in kıyas yolu ile uygulanmasından vazgeçerek, hakim işletmenin tek ortağının sorumluluğunu yeni bir temele oturtmuştur.⁷⁰ Buna göre GmbH üzerinde hakim olan ortağın sorumlu tutulması artık bağlı işletmeler hukukuna göre değil, bilakis ortaklığın esas sermayesini koruyan hükümler §§ 30 vd. GmbHG kapsamında değerlendirilmektedir. Alman Federal Mahkemesine göre, bir limited ortaklık üzerinde hakim olan onun tek ortağının, kusurlu bir şekilde ortaklığın malvarlığına müdahale etmesi, onun varlığını ortadan kaldıracak (Existenzvernichtung) bir duruma düşürüyorsa, hakim olan ortağın şahsi sorumluluğu sözkonusu olabilecektir. Bu durumda ortaklık

67 Yanlı, Veliye; Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, 2000 İstanbul, s. 229.

68 Genel hükümler çerçevesinde sorumlu tutma ile ilgili ayrıntılı çözümler için bkz. Yanlı, a. g. e., s. 230 vd.

69 Bkz. Autokran-Urteil: BGHZ 95, 330; Tiefbau-Entscheidung: BGH, NJW 1989, s. 1800; Video-Entscheidung: BGHZ 115, 187; TBB- Urteil: BGHZ 122, 123, 131.

70 Bkz. Bremer Vulkan-Urteil: BGHZ 149, 10 = DB 2001, 2338; KBV- Urteile: ZIP 2002, 1578.

üzerinde hakim olan ortağın işletme niteliği sözkonusu olmadığı için, bağlı işletmeler hukukuna ait prensipler de uygulama alanı bulamayacaktır⁷¹.

5. Türk Hukukunda Perdenin Kaldırılması Sorunu

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorunu Türk Hukukunda çok uzun zamandan beri bilinen ve tartışılan bir konu değildir⁷². Yetmişli yılların başında Amerikan ve Alman Hukukunun etkisi ile Türk öğretisinde de kendisine yer bulmaya başlamıştır⁷³. Türk Hukukunda yazarlar arasında görüş farklılıkları olmasına rağmen genel olarak *Serick* tarafından temsil edilen subjektif kötüye kullanma teorisinin kabul edildiği söylenebilir. Buna göre bir tüzel kişi ortaklığın arkasına gizlenerek kanuna karşı hile yapılmış, sözleşmeden doğan bir yükümlülük ihlal edilmiş yada üçüncü kişilere zarar verilmişse bu MK 2. maddeye aykırı bir davranış olarak nitelendirilmekte ve bu durumda tüzel kişi dikkate alınmayarak perdenin kaldırılabilceği belirtilmektedir⁷⁴. Türk Hukukunda bu konuda bir çözüme ulaşılması için MK 2. mad. isabetlidir ve bizde bu görüşe katılmaktayız. Çünkü herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken hüsünüyet kurallarına uymakla yükümlü olmasını ifade eden MK. 2. madde sadece Borçlar Hukuku alanında geçerli olmayıp, hukukun her alanında hatta bütün insani ilişkilerde geçerli olan genel bir prensiptir⁷⁵. Bir hakkın bu ilkeye aykırı bir şekilde kullanıldığını kabul edebilmek için borçlunun davranışının mutlaka kusurlu olması da ge-

71 Hoffmann, Joechen; Die GmbH-Konzernrecht nach dem „Bremer Vulkan“- Urteil, NZG 2002, s. 68, 74.

72 Perdenin Kaldırılması kavramı ilk defa 1963 yılında yapılan bir sempozyumda Ansay tarafından kullanılmıştır; bkz. Yanlı, a. g. e., s. 14.

73 Ansay, Tuğrul ; Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri (Bir Anketin Sonuçları), Ankara 1971, s. 92 vd. ; aynı yazar, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 24 vd. ; Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoglu, E. ; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1972, s. 70. Son yıllarda bu konu Prof. Dr. Veliye Yanlı'nın doçentlik tezinde etraflıca işlenmiştir, bkz. Yanlı, a. g. e.

74 Dural, Mustafa; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, SPK 15. Yıl Sempozyumu 1998, s. 97, 100 vd.; Serozan, Rona ; Tüzel Kişiler- Özellikle : Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s. 18 vd.; Akünal, Teoman ; Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 1995 İstanbul, s. 16 vd., 23 vd.

75 Oguzman, Kemal ; Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 7. Bası, İstanbul 1994, s. 139 ; Akyol, Şener ; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 21.

rekmez, bilakis söz konusu olan hakkın amaç dışı kullanılmış olması yeterlidir.

Başka bir görüşe göre de, “hakkaniyet ve hükümlerin gaye ve ruhunun gerektirdiği zaman” tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği şeklinde genel bir yaklaşım ortaya konmaktadır⁷⁶. Bu genel ifade yoruma çok açık olduğu için bununla subjektif görüşümü yoksa normların amaçları teorisinin mi kastedildiği anlaşılamamaktadır⁷⁷.

Türk Hukukunda genel kanaat olarak perdenin kaldırılmasının MK 2.madde ile açıklanmasının gerektiği görüşü altında yatan temel sebep bu konuda kanunda bir hüküm bulunmamasıdır⁷⁸. Zaten tüzel kişilik perdesinin bir sorun olarak ortaya çıkması da burada kendini göstermektedir. Başka bir ifade ile kanunun tüzel kişi yanında onun üyelerini de sorumlu tuttuğu hallerde zaten perdenin kaldırılması sorunu olmayacak ve bu anlamda MK. 2.maddeye de ihtiyaç kalmayacaktır. Kanunun tüzel kişi yanında üyelerine de başvurulmasının düzenlendiği hallerde örnek olarak limited ortaklıkların amme borçlarından dolayı ortaklarının sorumluluğunu öngören AATUHK. 35. maddesi ve yine kollektif ortaklıklar ile ilgili TTK 178 - 182 gösterilmektedir. TTK. 179 I göre kollektif ortaklıklarda ortaklığın borçlarından birinci derecede ortaklığın kendisinin sorumlu olacağı belirtildikten sonra, ortakların hangi hallerde ortaklık ile beraber sorumlu tutulacağı düzenlenmektedir. TTK 180. maddesi. ise alacaklıların ortaklık aleyhine almış oldukları bir mahkeme ilamına dayanarak ortakları da takip edebilme imkânı düzenlenmektedir. Öğretide bazı yazarlar bu kanuni hükümlerin perdenin kaldırılmasına bir örnek teşkil ettiği fikrindedirler⁷⁹. Biz bu görüşe katılmıyo-

76 Poroy (Tekinalp/Çamoglu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000, Nr. 121.

77 Tekinalp/Tekinalp, bu ifade ile kesin olmamakla beraber normların amaçları teorisnin kastedilmiş olabileceği belirtilmektedir, bkz. Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, s. 387, 394.

78 Dural, SPK Sempozyumu, s. 101.

79 Poroy (Tekinalp/Çamoglu), a. g. e., Nr. 121, 123; Tekinalp/Tekinalp, a. g. e., s. 398. Buna benzer hükümlere son yıllarda bankacılık alanında çıkarılan kanunlarda da rastlanmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 71, 110 ve 134. maddelerinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankaların yönetici denetçilerinin kusurlu olmaları halinde şahsi sorumluluklarına gidilebileceği öngörülmüştür.

ruz⁸⁰. Çünkü perdenin kaldırılmasını haklı göstermeye yönelik bütün teoriler, görüşler bu alanda doğrudan doğruya bir kanuni düzenleme olmadığı için ortaya çıkmıştır. Kanunla düzenlenen bir hususta artık perdenin kaldırılması diye bir sorun da olmayacağı için öğretinin çözüm için teoriler geliştirip bir çıkış yolu aramasına da gerek kalmazdı.

Türk uygulamasında yakın zamana kadar, ismen perdenin kaldırılması zikredilmemekle birlikte, Danıştay 4. Hukuk Dairesinin vergi hukuku alanında bir limited ortaklık ile ilgili vermiş olduğu karar dışında başka bir karar mevcut değildi⁸¹. Ancak 2005 yılında İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin⁸² bu konuya ilişkin kararı ile bu kararın onanmasına ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin⁸³ vermiş olduğu karar, bilebildiğimiz kadarıyla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının Türk yargısı tarafından ismen belirtilmek suretiyle verilmiş ilk kararlarıdır. Yerel Mahkeme kararında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dayanak olarak MK. 2. madde de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin temel ilkeleri esas alarak açıkça pereyi kaldırma teorisine dayanmıştır. Yargıtay 19. HD.'nin onama kararında ise „... *tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına...*“ ifadesinin bulunması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının Yargıtay tarafından da açıkça kabul edildiğini göstermektedir. Bu kararlarla birlikte, batılı hukuk sistemlerinde farklı isimler ve farklı kriterler altında mahkemelerde uygulanmakta olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olayının, artık Türk Mahkemesince de rahatlıkla uygulanabilecek olması memnuniyet verici bir gelişmedir. Türk mahkemelerinin, artık tüzel kişiliğin, arkasındaki şahıslarca kötüye kullanılması durumlarında olay üzerine daha cesaretle gidebilecekleri bir temel, bu kararlarla atılmış bulunmaktadır.

Ancak sonuç olarak burada tekrar vurgulamak gerekirken, asıl olan tüzel kişilik yapısının korunmasıdır; perdenin kaldırılması ise istisnai hallerde

80 Aynı yönde görüşler için bkz. Dural, SPK Sempozyumu, s. 102, dipnot 15; Yanlı, a. g. e., s. 3 vd.

81 E. 1961/4471, K. 1962/644, Poroy (Tekinalp/Çamoglu), a. g. e., Nr. 123.

82 E. 2002/843, K. 2005/64 sayılı ve 17.02.2005 tarihli karar ve bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Seven, Vural/Y. Göksoy, Can; Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İBD 2006, Cilt. 80, S. 6, s. 2455 vd.

83 Yargıtay 19. HD, E. 2005/8774, K. 2006/5232 sayılı ve 15.05.2006 tarihli kararı.

uygulanabilecek bir yöntemdir. Alacaklıların menfaatlerinin korunması için kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan başka bir yol buldukça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmemelidir. Gelişmiş hukuk sistemlerindeki anlayış ve uygulamalar da bu yöndedir.