



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Ömer UYAR

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE SINIRLI SORUMLULUK KARŞISINDA
ALACAKLILARIN BAŞVURU YOLLARI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Ömer UYAR

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE SINIRLI SORUMLULUK KARŞISINDA
ALACAKLILARIN BAŞVURU YOLLARI

Danışman

Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Ömer UYAR'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Ali PASLI (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN (İmza)

Üye : Doç. Dr. Esra CENKÇİ (İmza)

Tez Başlığı: Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk Karşısında Alacaklıların Başvuru Yolları
--

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi :/....../2021

Mezuniyet Tarihi : 18/11/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk Karşısında Alacaklıların Başvuru Yolları” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

11/11/2021

İmza

Ömer UYAR



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Ömer UYAR
Öğrenci Numarası	20175225009
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN
Tez Başlığı	Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk Karşısında Alacaklıların Başvuru Yolları
Turnitin Ödev Numarası	1604600592

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 125 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 11.11.2021 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 9

alıntılar dahil % 18 'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

11.11.2021

(imzası)
Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
SUMMARY	ix
ÖNSÖZ	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SINIRLI SORUMLULUK KURALI

1.1. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Tarihi Gelişimi	3
1.1.1. Roma Hukukunda Sınırlı Sorumluluk	3
1.1.2. İslam Hukukunda Sınırlı Sorumluluk	3
1.1.3. Orta Çağda Sınırlı Sorumluluk	4
1.1.4. Sınırlı Sorumluluğun Günümüzdeki Halini Alması	4
1.1.5. Salomon v. Salomon & Co. Ltd. Kararı	5
1.2. Sınırlı Sorumluluk Kuralının İşlevselliği	6
1.2.1. Sınırlı Sorumluluğun Olumlu Yönleri	6
1.2.2. Sınırlı Sorumluluğun Olumsuz Yönleri	8
1.2.3. Değerlendirme	10
1.3. Sınırlı Sorumluluk ve Tüzel Kişilik İlişkisi	11
1.3.1. Tüzel Kişilik	11
1.3.1.1. Varsayım Teorisi	12
1.3.1.2. Gerçeklik Teorisi	12
1.3.2. Ayrılık İlkesi	13
1.4. Türk Hukukunda Sınırlı Sorumluluk Kuralı	13
1.4.1. Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk	15
1.4.2. Limited Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk	16
1.4.3. Komandit Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk	17
1.4.4. Kooperatiflerde Sınırlı Sorumluluk	17
1.5. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Kötüye Kullanılması	18

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLILARI KORUYUCU ÖNLEMLER (EX ANTE KORUMA)

2.1. Malvarlığının Korunması İlkesi	19
2.1.1. Asgari Sermaye Zorunluluğu	19
2.1.2. Sermayenin Taahhüdü ve Getirilmesi	20

2.1.3.	Dağıtımın Sınırlandırılması	20
2.1.4.	Şirketin Kendi Hisselerini İktisap Etmesinin Kısıtlanması	21
2.1.5.	Çağrı ve Bildirim Yükümlülüğü.....	21
2.1.6.	İflas İsteme Zorunluluğu	21
2.1.6.1.	Hukuki Sorumluluk	21
2.1.6.2.	Cezai Sorumluluk	22
2.1.7.	Şirkete Borçlanma Yasağı	22
2.1.8.	Sermayenin Korunmasını Gözetmeyen Kararın Batıl Olması	23
2.2.	Kamuyu Aydınlatma İlkesi	23
2.3.	Şirketin Denetimi	24
2.4.	Değerlendirme.....	25

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALACAKLILARIN BAŞVURU YOLLARI (EX POST KORUMA)

3.1.	Mevcut (Yasal) Başvuru Yolları	26
3.1.1.	Düz (Dikey) Başvuru.....	26
3.1.1.1.	Şirketler Topluluğu Hükümleri	27
3.1.1.1.1.	Hakim Şirketin Sorumluluğu	27
3.1.1.1.2.	Hakim Teşebbüs	28
3.1.1.2.	Yöneticinin Sorumluluğu	31
3.1.1.3.	Ortaklara Haciz İhbarnamesi Gönderilmesi	31
3.1.2.	Yatay Başvuru	31
3.1.2.1.	Muvazaa	32
3.1.2.1.1.	Genel Bilgi	32
3.1.2.1.2.	Yeni (Diğer) Şirkete Başvuru Yolu Olarak.....	33
3.1.2.2.	Tasarrufun İptali	33
3.1.2.3.	İstihkak İddialı Haciz	35
3.2.	İçtihadî Başvuru Yolları.....	36
3.2.1.	Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması	36
3.2.1.1.	Kavram	36
3.2.1.1.1.	Perdeyi Aralayarak Sorumlu Tutma.....	37
3.2.1.1.2.	Perdeyi Aralayarak Özdeş Kılma.....	37
3.2.1.2.	Perdenin Aralanması Teorisinin Tarihi Gelişimi	38
3.2.1.3.	Karşılaştırmalı Hukukta Perdenin Aralanması.....	42
3.2.1.3.1.	Amerikan Hukukunda Perdenin Aralanması.....	42

3.2.1.3.1.1. Araçsallık (<i>Instrumentality</i>) Teorisi.....	42
3.2.1.3.1.2. Alter Ego Teorisi.....	43
3.2.1.3.1.3. Özdeşlik (<i>Identity</i>) Teorisi	44
3.2.1.3.1.4. İşletme Tüzel Kişiliği (<i>Enterprise Entity</i>) Teorisi	44
3.2.1.3.1.5. Uygulama.....	45
3.2.1.3.2. İngiliz Hukukunda Perdenin Aralanması	46
3.2.1.3.2.1. Tek Ekonomik Birim (<i>Single Economic Unit</i>) Teorisi	47
3.2.1.3.2.2. Uygulama.....	48
3.2.1.3.3. Fransız Hukukunda Perdenin Aralanması.....	49
3.2.1.3.4. Alman Hukukunda Perdenin Aralanması.....	51
3.2.1.3.4.1. Sübjektif Kötüye Kullanma Teorisi	51
3.2.1.3.4.2. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi	51
3.2.1.3.4.3. Normların Amaçları Teorisi.....	52
3.2.1.3.4.4. Ayrılık Teorisi.....	52
3.2.1.3.4.5. Uygulama.....	53
3.2.1.3.4.5.1. Hakim İşletmenin Sorumluluğu (Konzern Hukuku).....	53
3.2.1.3.4.5.2. Özkaynak Yetersizliği.....	54
3.2.1.3.4.5.3. Ortadan Kaldırıcı Müdahale	55
3.2.1.3.4.5.4. Malvarlıklarının Karışması	57
3.2.1.3.4.5.5. Alanların Karışması	58
3.2.1.3.4.5.6. Mevcut Hukuki Yollar	58
3.2.1.3.5. Değerlendirme	59
3.2.1.4. Türk Hukukunda Perdenin Aralanması.....	61
3.2.1.4.1. Genel Bilgiler	61
3.2.1.4.2. Perdenin Aralanmasının Hukuki Dayanağı.....	63
3.2.1.4.3. Perdenin Aralanmasını Gerektiren Durumlar	65
3.2.1.4.3.1. Malvarlıklarının Karışması	65
3.2.1.4.3.2. Şirket ve Ortağın Özdeşleşmesi	67
3.2.1.4.3.2.1. Tüzel Kişiliğin Kötüye Kullanılması	67
3.2.1.4.3.2.2. Hakimiyet.....	68
3.2.1.4.3.2.3. Yabancı Yönetim	69
3.2.1.4.3.3. Özkaynak Yetersizliği.....	70
3.2.1.4.3.4. Yanıltıcı Görünüş.....	71
3.2.1.4.3.5. Organik Bağ	71

3.2.1.4.4.	Perdenin Aralanmasının Türleri	72
3.2.1.4.4.1.	Perdenin Düz Aralanması	72
3.2.1.4.4.2.	Perdenin Ters Aralanması	73
3.2.1.4.4.3.	Perdenin Yatay ve Çapraz Aralanması	73
3.2.1.5.	Common Law Kaynaklı Perdenin Aralanması Teorisinin Kara Avrupası Sistemine Uyarlanması Sorunu	74
3.2.1.5.1.	Karşılaştırmalı Hukukta Görüşler	74
3.2.1.5.2.	Türk Hukukundaki Görüşler	77
3.2.1.5.3.	Değerlendirme	79
3.2.2.	Organik Bağ	82
3.2.2.1.	Genel Bilgiler	82
3.2.2.2.	Perdenin Aralanması ve Organik Bağ İlişkisi	84
3.2.3.	Fiili (<i>De Facto</i>) Yöneticinin Sorumluluğu	86
3.2.3.1.	Sınırlı Sorumluluk ve Yöneticinin Sorumluluğu İlişkisi	87
3.2.3.2.	<i>De Jure</i> Yöneticinin Sorumluluğu	87
3.2.3.2.1.	Özel Sorumluluk Halleri	88
3.2.3.2.1.1.	Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi	88
3.2.3.2.1.2.	Değer Biçilmesinde Yolsuzluk	88
3.2.3.2.1.3.	Belge ve Beyanlarda Uygunsuzluk	89
3.2.3.2.2.	Genel Sorumluluk Hali	89
3.2.3.2.3.	Sorumluluğun Şartları	90
3.2.3.2.3.1.	Yükümlülüğün Kusurla İhlali	90
3.2.3.2.3.2.	Zarar	93
3.2.3.2.3.2.1.	Doğrudan Zarar	93
3.2.3.2.3.2.2.	Dolaylı Zarar	93
3.2.3.2.3.3.	İllyet Bağı	94
3.2.3.2.4.	Farklılaştırılmış Teselsül	94
3.2.3.2.5.	Sorumluluğun Sona Ermesi	95
3.2.3.2.5.1.	İbra	95
3.2.3.2.5.2.	Zamanaşımı	95
3.2.3.3.	Fransız Hukukunda Fiili Yöneticinin Sorumluluğu	96
3.2.3.3.1.	Yetersiz Malvarlığına İlişkin Dava (<i>L'action Pour Insuffisance d'Actif</i>)	96

3.2.3.3.2. Şirketin Borçlarından Sorumluluğa İlişkin Dava (<i>L'action en Obligation des Dettes Sociales</i>)	97
3.2.3.4. Türk Hukukunda Fiili Yöneticinin Sorumluluğu	97
3.2.3.4.1. TTK m. 553'te Fiili Yönetici	97
3.2.3.4.2. Fiili Yönetici Kavramı	99
3.2.3.4.3. Fiili Yönetici Kabul Edilmenin Şartları	100
3.2.3.4.3.1. Fiili Yönetim	100
3.2.3.4.3.2. Bağımsızlık	100
3.2.3.4.3.3. Devamlılık	101
3.2.3.4.4. Hakim Ortağın Durumu	101
3.2.3.5. Değerlendirme	102
SONUÇ	103
KAYNAKÇA	105
ÖZGEÇMİŞ	111

KISALTMALAR LİSTESİ

AATUHK	: Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AlmLOK	: Alman Limited Ortaklık Kanunu
AlmPOK	: Alman Paylı Ortaklık Kanunu
akt.	: Aktaran
BATIDER	: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Dergisi
BDDK	: Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHZ	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu (6762 s.)
FrMK	: Fransız Medeni Kanunu
FrTK	: Fransız Ticaret Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İngİşK	: İngiliz İş Kanunu
İsvMK	: İsviçre Medeni Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KoopK	: Kooperatifler Kanunu
m.	: Madde
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayıları

T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSY	: Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
v.	: karşı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı



ÖZET

Sınırlı sorumluluk, şirketler hukukunun en önemli unsurlarından biridir. Ancak istismara açık yapısı nedeniyle sıkça kötüye kullanılması söz konusudur. Sınırlı sorumluluğun kötüye kullanıldığı hallerde alacaklılar ödeme gücü bulunmayan şirketle karşı karşıya kalır ve alacaklarını elde edemezler.

Sınırlı sorumluluğun alacaklılar açısından sebep olduğu riskin dengelenmesi ve sınırlı sorumluluk karşısında alacaklıların korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Malvarlığının korunması ilkesi gibi alacaklıları koruyucu önlemlerin bu ihtiyacın giderilmesi için yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu sebeple sınırlı sorumluluğun bir sorumsuzluk aracı haline geldiği durumlarda alacaklıların şirketin ardındaki kişilere ulaşmasına imkân tanınmalıdır.

Şirketin ardındaki kişilerin şahsi malvarlıklarıyla sorumlu tutulması için temel başvuru yolu tüzel kişilik perdesinin aralanmasıdır. Yöneticinin özellikle fiili yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler ve organik bağ kavramına da bu amaçla başvurulmaktadır.

Organik bağ kavramı hukukumuzda içtihatlarla geliştirilmiş olup şirketin ardındaki kişilerden ziyade kardeş veya özdeş kabul edilen şirketlerin sorumlu tutulması için kullanılmaktadır. Sorumluluğun genişletilmesi için yalnız organik bağa başvurmak yerinde değildir.

Kanun koyucu hem tüzel kişilik perdesinin aralanması hem de fiili yöneticinin sorumluluğu konusunun doktrin ve içtihatlarla şekillenmesini istemiştir. Bu tezde, sayılan konular, alacaklıların sınırlı sorumluluk kuralı karşısında etkili korunması bağlamında irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sınırlı Sorumluluk, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Alacaklıların Korunması, Fiili Yöneticinin Sorumluluğu, Organik Bağ

SUMMARY
CREDITORS' REMEDIES VIS-A-VIS LIMITED LIABILITY
IN CAPITAL COMPANIES

One of the most important elements of corporate law is limited liability. However, due to its vulnerable nature to abuse, it is frequently misused. In cases where limited liability is abused, creditors are confronted with an insolvent corporation and are unable to secure their receivables.

There is a need to balance the risk of limited liability for creditors while also protecting creditors from limited liability. To meet this need, it is clear that the measures to protect creditors, such as the principle of capital maintenance, are insufficient. Therefore, in cases where limited liability becomes an instrument of irresponsibility, creditors should be able to reach the people behind the company.

The primary method to hold the persons behind the company accountable for their personal assets is to piercing the corporate veil. For this purpose, the rules governing the manager's liability, particularly the de facto manager, and the concept of organic bond are also referred to.

The concept of organic bond was developed in our legal system in the case-law and is used to hold companies that are considered siblings or identical hold liable rather than the persons behind the company. For the extension of liability, it is not sufficient to apply solely to the organic bond.

The legislator wished to shape the piercing of the corporate veil as well as the liability of the de facto manager through doctrine and case-law (jurisprudence). In this thesis, the issues listed are examined in the context of effective protection of creditors against the limited liability rule.

Keywords: Limited Liability, Piercing The Corporate Veil, Creditor Protection, Liability of De Facto Manager, Organic Bond

ÖNSÖZ

Uygulamada sınırlı sorumluluk kuralının ve ayrılık ilkesinin kötüye kullanıldığı hallere sıkça rastlanmaktadır. Bu durum, sınırlı sorumluluk kuralına tabi şirketlerin alacaklılarının korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu koruma alacaklıları koruyucu önlemlerle sağlanabileceği gibi alacaklılara çeşitli başvuru yolları tanıyarak da sağlanabilir. Koruyucu önlemlerin bilhassa kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetilmeyen şirketler açısından yetersiz kaldığı gözlemlenmiştir. Bu sebeple çalışmada ağırlıklı olarak alacaklıların başvuru yollarına odaklanılmıştır.

Alacaklıların başvuru yolları olarak öncelikle mevcut (yasal) başvuru yollarına kısaca değinilmiş sonrasında tüzel kişilik perdesinin aralanması ve fiili yöneticinin sorumluluğu, ilgili görülen yabancı hukuk düzenleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca, hukukumuzda içtihatlarla geliştirilen organik bağ kavramı da ele alınmıştır ve perdenin aralanması ile ilişkisi irdelenmiştir.

Perdenin aralanmasına ve fiili yöneticinin sorumluluğuna ilişkin literatürün yetersiz kaldığı gözlemlenmiştir. Oysa bu alanların geliştirilmesi kanun koyucu tarafından özellikle doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır. Açıklanan nedenle bu tezde bahsedilen üç başvuru yolu birbiriyle ilişkili olarak incelenerek konuya dair belirsizliklerin giderilmesi hedeflenmiştir.

GİRİŞ

Ortaklara tanınan sınırlı sorumluluk imtiyazı ve şirketlerin ortaklardan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunun kabulü, modern şirketler hukukunun temelini oluşturur. Sınırlı sorumlu sermaye şirketlerinin ortaya çıkması ekonomik hayatta önemli bir atılımı beraberinde getirmiştir. Sınırlı sorumluluk, gerek küçük sermayelerin bir araya gelip büyük teşebbüslere imkan vermesi gerekse bireysel girişimleri teşvik etmesi bakımından önem taşır.

Sınırlı sorumluluk hem genel manada ekonomi hem bu imtiyazdan yararlanan ortaklar açısından olumlu yönleriyle ön plana çıksa da alacaklılar açısından durum farklıdır. Sınırlı sorumlu şirketlerin alacaklıları için sınırlı sorumluluk risk demektir. Üstelik alacaklar her zaman sözleşmeye dayalı olarak da ortaya çıkmaz.

Kötü niyetli kimselerin sorumluluklardan kaçmak amacıyla sınırlı sorumlu şirketi paravan olarak kullanması mümkündür. Bu amaç baştan mevcut olabileceği gibi iyi niyetle kurulmuş bir şirketin işlerinin kötüleşmesi nedeniyle içinin boşaltılması gibi durumlar da söz konusu olabilir. Bu durumda alacaklılar ödeme gücü olmayan bir şirketle karşı karşıya kalırlar. Bu sorunun kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetilmeyen, özden yönetimin söz konusu olduğu şirketler açısından doğma olasılığı daha yüksek olduğundan çalışmada bu şirketlerin yarattığı risklere odaklanılmıştır.

Çalışmada ödeme gücü olmayan şirket aşılarak sınırlı sorumluluğu sorumsuzluk aracı olarak kullanan kişilere nasıl ulaşılabilceği sorusuna cevap aranmıştır. Bunun için öncelikle mevcut (yasal) başvuru yolları incelenmiş, bu yolların yetersiz kaldığı düşünüldüğünden esasen içtihat ve doktrinlerle ortaya konan başvuru yolları üzerinde durulmuştur.

Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin aşılması amacıyla başvurulacak yol, esasen tüzel kişilik perdesinin aralanmasıdır. Bu teori uzunca süredir hukuk literatürümüzde yer alsa da ancak son yıllarda görece yaygınlaşmıştır.

Uygulamada tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi benimsenmeye başlamış olsa da halen teoriye ilişkin belirsizlik hakimdir. Bu belirsizliğin bir nedeni, teorinin Common Law hukuk sisteminde ortaya çıkmış olmasıdır. Kara Avrupası ve Common Law sistemleri arasındaki temel farklılıklar teorinin hukuk düzenimiz içindeki yerinin muğlak kalmasına neden olmuştur. Bu nedenle teori öncelikle Common Law sistemi bünyesindeki A.B.D. ve İngiltere bağlamında, akabinde Kara Avrupası sisteminin geçerli olduğu Almanya ve Fransa'daki yaklaşımlarla karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Sonrasında Common Law kaynaklı bu teorinin Kara Avrupası sistemine uyarlanması sorunu ayrı bir başlıkla incelenmiştir.

Belirsizliğin bir diğer nedeni de perdenin aralanması teorisinin yaygın olmadığı dönemde içtihatlarla geliştirilen organik bağ kavramıdır. Organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin aralanması arasındaki ilişki tutarlı bir şekilde ortaya konamamıştır. Bu nedenle çalışmada organik bağa özellikle bu sorun bağlamında yer verilmiştir.

Alacaklıların korunmasının bir diğer yolu olan yöneticinin sorumluluğu da çalışma konusuyla sınırlı olarak ele alınmıştır. Karşılaştırmalı hukuk incelemesinde, Fransız hukukunda sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin aşılması için bilhassa fiili (*de facto*) yöneticinin sorumluluğu hükümlerinin önemli yer tuttuğu gözlemlenmiş ve ilgili düzenlemeler açıklanmıştır. Hukukumuzdaki yöneticinin sorumluluğu hükümleri ise kaynak İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış, fiili yöneticinin sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Sonuçta konu üzerindeki belirsizlikleri kaldırmak ve uygulayıcıya rehberlik etmek üzere görüş ve öneriler sunulmuştur.

Şirketin borçlarından dolayı yöneticilerin sorumlu tutulması incelenirken anonim ve limited şirketlerin bir arada ele alınması sebebiyle yönetim kurulu ve müdürler yerine “yönetici”, pay sahibi ve ortak yerine “ortak” ibaresinin kullanımı tercih edilmiştir. Çalışmada anonim ve limited şirket ifade etmek üzere sık sık “şirket” sözcüğü kullanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SINIRLI SORUMLULUK KURALI

1.1. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Tarihi Gelişimi

1.1.1. Roma Hukukunda Sınırlı Sorumluluk

Roma hukukundaki “*peculium*” müessesesi, sınırlı sorumluluğun ilk örneklerinden biridir. *Peculium*, aile babasının (*pater familias*) evladına ya da kölesine işletmesi için verdiği mameleki ifade eder.

Roma hukukunda kölelerin ve evlatların mülkiyet hakkı yoktur. Köle ve evlatların iktisapları, hakimiyeti altında oldukları aile babasının sayılmaktadır. *Peculium* olarak verilen mal veya ekonomik değerlerin mülkiyeti de aile babasında kalmaya devam etmekte, köle ya da evlat bu mameleki bağımsız olarak yönetmektedir.

Peculiumun işletilmesi sonucu kazanılan haklar *peculiuma* dahil kabul edilmekte dolayısıyla yine aile babasına ait olmaktadır. Aile babasının *peculiumun* işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan borçlardan sorumluluğu ise *peculium* miktarıyla sınırlıdır¹. *Peculium* ile sağlanan bu sınırlı sorumluluk, aile babalarının ticari işlerini köle ve evlatlarına gördürmelerini yaygınlaştırmıştır. Öyle ki Roma ekonomik hayatı büyük ölçüde köle ve evlatlar aracılığıyla işlemiştir².

1.1.2. İslam Hukukunda Sınırlı Sorumluluk

İslam hukukunda “kirad” olarak anılan bir iş ortaklığı türü bulunmaktadır. Bu iş ortaklığında, varlıklarını değerlendirmek isteyen kimseler ticaret erbablarına sermaye sağlarlar ve bu sermayenin işletilmesi sonucu elde edilen gelirden pay alarak, kazanç elde ederler. Sermaye koyan ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğu koyduğu sermaye miktarıyla sınırlıdır.³ İslam’da faiz yasak olduğu için gelir elde etmek isteyen sermaye sahipleri bu ortaklık türüne başvurmuşlardır. Kirad ortaklığının (şirket-i kirad) batı hukukundaki sınırlı sorumlu ortaklık yapısına kaynaklık ettiği ileri sürülmektedir⁴.

¹ Karadeniz, Özcan, "Roma Hukukunda “Peculium” Müessesesi", *AÜHFD*, C. 25, 1968, s.185.

² Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013 s.162.

³ Kumaş, Salih, "Bir Finansman Yönetimi Olarak İş Ortaklığı Uygulaması “Mudârabe-Commenda Karşılaştırması”", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15 2014, s.369 vd.

⁴ Domaniç, Hayri, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK Şerhi II*, Temel Yayınları, İstanbul, 1988. s.14.

1.1.3. Orta Çağda Sınırlı Sorumluluk

Orta Çağ'da İtalya bölgesinde görülen “*commenda*” olarak anılan iş ortaklığı türünün bugünkü anlamda sınırlı sorumlu ortaklık yapısı için bir dönüm noktası olduğu kabul edilmektedir. Bu ortaklık türünde “*commendator*” ve “*tractator*” olarak anılan iki tür ortak bulunmaktadır. *Tractator* genellikle deniz ticareti ile ilgilenen bir kimse iken *commendator* sermaye sahibidir. *Commendator* belirli miktarda sermayeyi işletmesi için *tractator*'a teslim eder, o da bu sermaye ile genellikle deniz aşırı ülkelerde ticaret yapar ve ticari faaliyetleri sonucu elde ettiği kazancı *commendator* ile paylaşır. Bu ortaklık türünde *commendator*un ortaklığın borçlarından sorumluluğu koyduğu sermaye miktarı ile sınırlıdır⁵.

13. yüzyılın sonlarında Siena Bonsignore Bankası'nın olaylı şekilde batması sınırlı sorumluluk kuralının gelişimi bakımından önem arz eder. Aile şirketi olarak doğan Bonsignore Compagnia⁶, aile dışından on sekiz ortağın da katılmasıyla zamanla yirmi üç ortaklı büyük bir şirkete dönüşmüştür. Ortaklar arasında yaşanan anlaşmazlıklar derinleşerek şirketi işlemez hale getirmiştir. Ortaklar mevcut borçlarını ödeyemeyince Siena şehri idarecilerine başvurup borçlardan ortaklık paylarıyla orantılı olarak sorumlu olmayı talep etmişlerdir. Bu talebin reddedilmesi neticesinde Bonsignore Bankası batmıştır.

Bonsignore olayının etkileriyle; bir müddet sonra Siena'da borçlardan ortaklık payıyla orantılı sorumluluk kabul edilmiştir. 1408 yılında ise Floransa'da *commenda* ortaklığı yasalaşmıştır.

1.1.4. Sınırlı Sorumluluğun Günümüzdeki Halini Alması

Commenda ortaklığının 1671 yılında Fransa'da, 1782 yılında İrlanda'da sonrasında ise Avrupa'nın çeşitli bölümlerinde yasalaşmasıyla sınırlı sorumlu ortaklık yapısı yaygınlaşmıştır⁷.

Fransa'daki sınırlı sorumluluğa imkan tanıyan “*société en commenda simple*” ortaklık türü Kıta Avrupası hukukunda derin tarihi köklere sahip olsa da ABD'de sınırlı sorumluluk 17. yüzyılın sonlarına dek pek bilinmemekteydi. 1822 yılında New York eyaleti, “*société en commenda simple*” ortaklığını uyarlayarak “*limited partnership*” yani sınırlı sorumlu ortaklığı yasalaştırmıştır. Böylelikle sınırlı sorumluluk ABD'de giderek yaygınlaşmış bunun da etkisiyle New York dünyanın en önemli finans merkezi halini almıştır⁸.

Sınırlı sorumluluk ABD'de hızlı bir gelişim süreci başlatmıştır. Ancak sınırlı sorumluluğu şirketlere sağlanan bir ayrıcalık olarak görüp eleştirenler de çıkmıştır. Örneğin 19.

⁵ Pryor, John H., “The Origins of the Commenda Contract” *Speculum*, C. 52, 1977, s.5 vd.

⁶ “Compagnia” döneminin ortaklık türlerinden biri olup ortaklara sınırlı sorumluluk tanımamaktadır.

⁷ Carney, William J., “**Limited Liability**” *Encyclopedia of Law and Economics*, 1998, s.660.

⁸ Hillman, Robert W., “Limited Liability in Historical Perspective”, *Washington and Lee Law Review*, C. 54, 1997, s.531.

yüzyılda, döneminin ünlü yazar ve gazetecisi William Gauge “Şirketlere (sınırlı sorumlu şirketler) verilen her güç ya halktan ya da devletten fazlasıyla alınıyor.” diyerek sınırlı sorumluluğu eleştirmiştir⁹.

Modern anlamdaki sınırlı sorumluluk kavramının Türk hukukuna girişi de ABD örneğindeki gibi Fransız etkisi ile olmuştur. 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’nun tercüme edilmesiyle hazırlanan 1851 tarihli Ticaret Kanunnamesi, Türk hukukunda sınırlı sorumluluğu içeren ilk düzenlemedir¹⁰.

1.1.5. Salomon v. Salomon & Co. Ltd. Kararı

Sınırlı sorumluluğun günümüzdeki haline ulaşmasında, şirket ile ortakların malvarlığının ve kişiliğinin keskin sınırlarla ayrılmasında İngiltere’deki Salomon v. Salomon & Co. Ltd. kararı¹¹ önemli bir yere sahiptir.

Karara konu olayda Aron Salomon isimli bir ayakkabı imalatçısı işlerine bir limited şirket kurarak bu şirket üzerinden devam etmek istemiş ve aile üyelerini de sembolik paylarla ortak ederek bir şirket kurmuştur. Salomon, değeri aslında çok daha düşük olan işletmesini, ortağı ve müdürü olduğu yeni şirkete 39.000 sterlin karşılığında devretmiştir. Salomon’a işletmenin devri karşılığında 20.001 sterlin değerinde esas sermaye payı verilmiş kalan borç için şirket sermayesi üzerinde rehin tesis edilmiştir.

Bir süre sonra işler kötüye gitmiş ve şirket tasfiye sürecine girmiştir. Bu aşamada Salomon teminat sahibi alacaklı olması nedeniyle alacağının öncelikle ödenmesini talep etmiştir. Tasfiye memuru ise Salomon’un işletmenin bedelini çok yüksek tutarak alacaklıları zarara uğrattığını, bu sebeple şirketin borçlarından gerçek kişi tacir gibi sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. Salomon’un talebi ilk derece ve temyiz mahkemesinde reddedilmiş ancak Lordlar Kamarası Salomon’un dürüstlüğü aykırı, sahtekarca hareket ettiğinin ispatlanamadığı, Salomon’un hakim/baskın ortak olmasının önem arz etmediği, ortağın şirket borçlarından sorumlu tutulamayacağı ve şirketin borçlarından ancak şirketin sorumlu olacağı gerekçeleriyle Salomon’un talebini kabul ederek alacağının öncelikle almasına karar vermiştir.

Bu karar şirketler hukukunda önemli bir yer edinmiş, ortaklar ile şirketin kişiliğinin ve malvarlığının birbirinden ayrılığına yeni bir boyut getirmiştir. 1897 yılında verilen bu kararda bu tarz şirketlerin “*tek adam şirketleri*” olarak adlandırılmasının moda haline geldiği ancak

⁹ Hillman, s.532

¹⁰ Kanun metninde açıkça yer almasa da bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde şirketlerin tüzel kişi olarak nitelendirildiği de görülmektedir. (Kayabaş, Ebru, "Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi" Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.59-60.)

¹¹ Salomon v. Salomon & Co. Ltd., 1897 A.C. 22.

şirketin bir ortağının şirketi kontrol eden hakim/baskın nitelikte olmasının hiçbir önem arz etmediği belirtilmiştir.

1.2. Sınırlı Sorumluluk Kuralının İşlevselliği

Nobel barış ödülü sahibi Murray Butler, sınırlı sorumluluk için 1912 yılında “*Modern zamanların en büyük icadı... buhar ve elektriğin icadı dahi onunla kıyaslanamaz.*” ifadelerini kullanmıştır¹².

Ünlü İngiliz ekonomi dergisi The Economist’in 19 Aralık 1926’da yayınlanan sayısında ise sınırlı sorumluluktan şöyle bahsedilmiştir¹³:

“Geleceğin ekonomi tarihçileri, ticaret şirketlerine uygulanan sınırlı sorumluluğun isimsiz mucitlerini; Watt, Stephenson ve sanayi devriminin diğer öncüleri ile birlikte onurlandıracaktır. Bu kimselerin dehası insanoğlunun emrindeki doğal kaynakları inanılmaz şekilde arttırmıştır. Sınırlı sorumlu şirket de bu icatların toplanıp, derlenmesi ve etkili bir şekilde yönetilmesi için gereken muazzam sermayenin bir araya getirilmesini sağlamıştır.”

Bu olumlu yorumların yanında sınırlı sorumluluk kuralı, yasalaştığı ilk günlerden bu yana alacaklıların haklarını zarara uğrattığı, ekonomiyi olumsuz etkilediği yönünde eleştirilere de maruz kalmıştır. Kötü niyetli kimseler tarafından sınırlı sorumluluk sürekli bir sorumsuzluk ve borçlardan kaçma aracı olarak kullanılmıştır. Aşağıda sınırlı sorumluluk kuralının olumlu ve olumsuz yönleri ele alınmıştır.

1.2.1. Sınırlı Sorumluluğun Olumlu Yönleri

Sınırlı sorumluluk, bireylerin tüm şahsi malvarlıklarını riske atmadan yatırım yapabilmesini sağlar. Sadece koyduğu sermayeyi riske atan yatırımcıların, üstlendiği risk azalır. Böylece yatırımlar teşvik edilir ve piyasanın bu yolla canlanması sağlanır.

Sınırlı sorumluluk, şirketlerin sermaye bulma maliyetini de düşürür. Yatırımcının üstlendiği riskin azalması, yatırımcının getiri beklentisini de düşüreceğinden¹⁴ şirket, banka kredisi gibi yollara oranla daha düşük maliyetle sermaye temin etme imkanına sahip olur.

Sınırlı sorumluluk bireylerin sadece yatırım yapmasını değil yatırımlarını çeşitlendirmesini de kolaylaştırır. Yatırımcı birden çok girişime sermaye koyarak sektörel krizler gibi talihsizliklerden kendini koruyabilir. Sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda yatırımcı, pay sahibi olduğu ortaklığın iflası halinde tüm şahsi malvarlığını kaybetme tehlikesi

¹² Butler, Nicholas Murray, “**Why Should We Change Our Form of Government?**” New York, 1912, s.82.

¹³ Forbes, Kevin F., “Limited Liability and the Development of the Business Corporation”, **JL Econ. & Org.**, C. 2, 1986, s.163.

¹⁴ Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R., “Limited Liability and the Corporation.”, **U. Chi. L. Rev.**, C. 52, 1985, s.98.

altındadır. Yatırımcının pay sahibi olduğu ortaklık sayısı arttıkça üstlendiği risk de katlanarak artar. Bu durum bireylerin farklı girişimlere yatırım yapmasını önemli ölçüde zorlaştırır¹⁵.

Sınırsız sorumluluk geçerli olduğunda yatırımcının ortaklık borçlarından sorumluluğu şahsi malvarlığı ölçüsündedir. Bu durum, varlıklı yatırımcının çekimser davranmasına sebep olur. Zira onun ortaklık payı diğerleri ile aynı olsa dahi üstlendiği risk diğer yatırımcılara oranla daha yüksektir¹⁶.

Sınırlı sorumluluk, birçok küçük yatırımın bir araya gelerek büyük girişimleri oluşturmasının önünü açar. Sınırlı sorumluluk olmadan halka açık şirketlerin ve hisse senetlerinin kolayca el değiştirdiği borsaların var olması mümkün değildir.

Sınırlı sorumluluk sayesinde hisselerin serbestçe el değiştirmesi, şirket yöneticilerini iyi bir yönetim ortaya koymaya zorlar. Zira şirket kötü yönetildiğinde hisse değerleri düşecek bu durum yöneticilerin pozisyonunu tehlikeye sokacaktır. Bu potansiyel tehlike yöneticilerin hisse değerlerini yüksek tutmak için çaba göstermesini sağlar¹⁷.

Yukarıda değinilen yatırımın çeşitlendirilmesi konusuna dönülürse yatırımın çeşitlendirilmesi ve böylelikle riskin bölüştürülmesi yöneticiler üstündeki garanti getirisi olan işlere yönelme baskısını azaltır. Böylece yöneticiler, yeni bir ürün geliştirme gibi riskli ve deneysel işlere daha rahat girişebilirler¹⁸. Sınırsız sorumluluk geçerli olduğunda yatırımcının tüm malvarlığını kaybetme tehlikesi söz konusu olduğundan, yöneticiler yeni, riskli alanlara girmede son derece çekimser davranırlar. Bu çekimserliğin sonucunun genel bazda, toplumsal bir kayıp olacağına şüphe yoktur¹⁹.

Sınırlı sorumluluk, yatırımcıların bilgi edinme ve gözetim maliyetlerini de düşürür. Sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu durumlarda yatırımcılar üstlendikleri riskin büyüklüğü nedeniyle diğer hissedarları, yöneticileri ve şirketin durumunu sürekli takip etmek zorundadırlar. Oysa bu pek çok kez mümkün olmadığı gibi maliyetli de bir iştir.

¹⁵ Manne, Henry G., "Our Two Corporation Systems: Law and Economics", **Virginia Law Review**, 1967, ss.259-284, s.259-262.

¹⁶ Halpern, Paul/ Trebilcock, Michael/Turnbull, Stuart, "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law.", **The University of Toronto Law Journal**, C. 30.2, 1980: ss.117-150, s.129.

¹⁷ **Easterbrook/Fischel**, s.95.

¹⁸ "Sistematik risk; makro riskleri kapsar; kur riski, piyasa riski, satın alma gücü riski, politik risk ve faiz riski gibi ekonomideki tüm bireyleri ve şirketleri genellikle aynı yönde ama farklı bir katsayı ile etkileyen risktir. Bunun yanında sistematik olmayan risk ise mikro riskleri kapsar; yönetim riski, iş ve endüstri riski ve finansal risk gibi sadece bir şirketi veya yatırımcıyı etkileyen risktir." (Can, Emre, <https://www.dunya.com/gundem/sistematik-olmayan-risk-sistematik-riske-karsi-haberi-115624>, (erişim tarihi: 15.12.2019))

Yatırımın çeşitlendirilebildiği durumlarda yöneticiler karar alırken sadece sistematik riskleri değerlendirirler. Oysa yatırımın çeşitlendirilemediği durumlarda yöneticilerin hem sistematik hem de sistematik olmayan riskleri değerlendirmesi gerekir. (**Easterbrook/Fischel** s.95, dn.13.)

¹⁹ **Easterbrook/Fischel** s.97.

1.2.2. Sınırlı Sorumluluğun Olumsuz Yönleri

Ortakların, şirket borçlarından sorumluluğunun sınırlanması, şirketten alacaklı olanların üstlendiği riski artırır. Sınırlı sorumluluk ile yatırımcıların aldığı risk azalırken, şirket alacaklılarının aldığı risk artar.

Şirket alacaklıları gönüllü ve gönüllü olmayan alacaklılar (*voluntary – involuntary creditors*) olarak iki gruba ayrılır. Gönüllü alacaklılar, sözleşme alacaklıları olarak da adlandırılmakta olup şirket ile sınırlı sorumluluğun risklerini bilerek borç-alacak ilişkisi içerisine giren kişilerdir. Gönüllü olmayan alacaklılar ise şirket ile bir sözleşme ilişkisi olmadan borç ilişkisine girmiş kimselerdir²⁰. Bu kimselerin alacağı bir haksız fiil ilişkisine dayanmaktadır²¹.

Sözleşme ile kurulan borç ilişkisinde, şirket ortakları koydukları sermaye miktarını belirleyerek aldıkları riski de belirleyebilmektedir. Alacaklılar da şirkete verdikleri borcun miktarı, teminat gibi sözleşme şartlarını düzenleyerek aldıkları riski belirleme imkanına sahiptir. Oysa haksız fiil ilişkisi söz konusu olduğunda, zarar gören kimsenin sınırlı sorumluluk nedeniyle aldığı riski belirleme imkanı yoktur. Bu sebeple gönüllü alacaklıların sınırlı sorumluluktan kaynaklanan riske katlanması makul görülebilse de gönüllü olmayan alacaklılar için aynısı söylenemez. Doktrinde haksız fiil alacaklıları için sınırlı sorumluluğun yarattığı sorunlar sık sık tartışılmakta olup Hansmann/Kraakman bu konuda sınırsız sorumluluğun değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir²².

Doktrinde işçilerin gönüllü alacaklılar mı yoksa gönüllü olmayan alacaklılar mı olarak değerlendirileceği tartışmalıdır²³. İşçilerin gerek şirketin mali durumu hakkında bilgi edinme gerek alacaklarını tahsil edememe durumunda bunu telafi etme açısından zayıf durumda olduğuna şüphe yoktur. Bu açıdan işçilik alacaklarına birçok ülke hukukunda olduğu gibi ülkemiz hukukunda da öncelik sağlanmıştır. Yine de sınırlı sorumluluk, işçilik alacaklarının tahsili açısından adaletsiz sonuçlara yol açabildiğinden eleştirilmektedir²⁴.

Riskin yatırımcılardan alacaklılara aktarılması, şirket yöneticilerinin tedbirsizce aşırı riskli faaliyetlere girmesi tehlikesini beraberinde getirir. Bu durum ahlaki tehlike (*moral*

²⁰ Bu kimselere “haksız fiil alacaklıları” da dense de öğretide işçilerin, tüketicilerin ve küçük çaplı işletmelerin bu gruba dahil edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. İş kazaları açısından konu incelendiğinde Amerikan Hukuku’nda mahkemelerin iş kazasından doğan zararları haksız fiil alacağı olarak değerlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir.

²¹ Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier, "Toward Unlimited Shareholder Liability For Corporate Torts", **Yale Law Journal**, 1991 ss.1879-1934, s.1920

²² **Hansmann/Kraakman**, s.1919, 1933

²³ Bkz. dn.20.

²⁴ Blumberg, Phillip I., "Limited Liability and Corporate Groups", **J. Corp. L.**, C. 11, 1985, (Blumberg, LL), s.619.

hazard) olarak adlandırılmaktadır. Ahlaki tehlike, bilgi asimetrisi²⁵ lehine olan tarafın karar alırken karşı tarafın maruz kalabileceği olumsuzlukları umursamadan hareket etmesi olarak açıklanabilir. Şirket yöneticilerinin şirket sermayesinin çok üstünde borçlanması ahlaki tehlikeye örnek verilebilir. Bu durumda şirket yöneticileri, alacaklıların üstlendiği riski umursamadan hareket etmektedir.

Sınırlı sorumluluğun sağladığı güvence nedeniyle aşırı riskli faaliyetlere girişme durumu, şirketler topluluğunda tek şirketlere oranla daha sık yaşanmaktadır. Büyük şirketler yeni ve riskli alanlara gireceklerinde bunu genellikle bağlı şirketler aracılığıyla yapmayı tercih ederler. Bu gibi durumlarda sınırlı sorumluluğun bilhassa gönüllü olmayan alacaklılar açısından yarattığı tehlike tavan yapar.

Bahsedilen endişelerle şirketler topluluğuna sağlanan sınırlı sorumluluk koruması doktrinde sık sık tartışılmıştır. Common Law (Ortak Hukuk) sisteminde yer alan ülkelerde mahkemeler perdenin aralanması gibi sınırlı sorumluluğu daraltan yahut ortadan kaldıran yollara, tek şirketlere göre şirketler topluluğu için daha sık başvurmuştur²⁶. Blumberg'e göre ise hakim şirketler sınırlı sorumluluk korumasından tek şirket ortakları gibi yararlanmadığında bu durumun şirketler topluluğu aleyhine bir adaletsizlik oluşturacağı göz önünde tutulmalıdır²⁷. Örneğin, madencilik gibi riskli bir sektörde faaliyet gösteren iki şirketten birinin büyük bir şirketler topluluğunun bağlı şirketi diğerinin sadece bu alanda faaliyet göstermek üzere kurulmuş bir "tek şirket" olduğu bir durumda tek şirket ortakları sadece koydukları sermayeyi riske atarken şirketler topluluğunun birçok farklı sektörde faaliyet göstererek elde ettiği varlıklarının tümünü riske atması adaletsizdir. Kaldı ki bu sebeple büyük sermayeye ve kurumsal yapıya sahip şirket topluluklarının riskli sektörlere girmekten cayması da toplumsal bir kayıp olacaktır.

Sınırlı sorumluluk, şirketler topluluğu açısından incelendiğinde olumlu özelliklerinin birçoğunun anlamını yitirdiği, olumsuz yanlarının ise daha da belirginleştiği görülür.

²⁵ "Asimetrik enformasyon, herhangi bir olay ya da durum karşısında tarafların aynı bilgiye sahip olmadıklarını ifade etmektedir. Asimetrik enformasyon ile ilgili bilinen ilk çalışma Akerlof'un 1974 yılındaki "The Market For "Lemons": Quality Uncertainty and The Market Mechanism" adlı çalışmasıdır. İkinci el araba piyasasının örnek olarak alındığı bu çalışmada, piyasada iyi kalitede arabalar ile limon diye tabir edilen kötü kalitede arabalar bulunmakta, satıcıların satışa sundukları kullanılmış arabaların kalitesini bildikleri, fakat alıcıların bu araçlar hakkında satıcılar kadar bilgilerinin olmadığı belirtilmektedir. Araçlar hakkında satıcılar ile alıcılar arasında bir bilgi farklılığının olduğu bu piyasada fiyat, iyi ve kötü araçların bir arada düşünülerek belirlenen ortalama bir fiyat olup, bu fiyat düzeyi iyi araç sahipleri için düşük, kötü kalitedeki araç sahipleri için ise iyi bir fiyattır. İyi araç sahipleri tarafından fiyatın düşük bulunması, araçlarını satmaktan vazgeçmelerine ve zamanla piyasadaki iyi arabaların çıkarak yalnızca kötü araçların piyasada kalmasına yol açmaktadır (Akerlof, 1974, s.489)... Araba piyasası örneğinde olduğu gibi, taraflar arasında asimetrik enformasyonun bulunduğu piyasalarda, kaynaklar verimsiz ve etkin olmayan biçimde kullanılabilmektedir." (Bakkal, Hakan, "Asimetrik Enformasyon ve İç Kontrol - Ahlaki Tehlikeyi Azaltmada İç Kontrolün Rolü", *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, C.5.9, 2016, s.24.)

²⁶ Halpern/Trebilcock/Turnbull, s.148, 150.; Easterbrook/Fischel, s.111.

²⁷ Blumberg, LL, s.625.

Sınırlı sorumluluğun birçok küçük yatırımın bir araya gelerek büyük girişimlerin oluşmasını sağlama özelliği, şirketler topluluğu açısından geçersizdir. Zira şirketler topluluğunda büyük çoğunlukla bağlı şirketlerin tek ortağı hakim şirkettir. Sınırlı sorumluluğun bilgi edinme ve gözetim maliyetini düşürme özelliği de şirketler topluluğu açısından önemsizdir. Çünkü şirketler topluluğunda hakim şirket bağlı şirketin ortağı olduğu gibi aynı zamanda onun yöneticisidir²⁸.

Sınırlı sorumluluk ile pasif ortaklar yani şirket yönetimine aktif katılım göstermeyen ortaklar (*absentee shareholder*) korunur. Böylece bu kimseler şirket yönetimine dahil olmasa da sorumlulukları sınırlandırılmış olduğundan kar beklentisiyle yatırım yaparak piyasayı canlandırırlar. Sınırlı sorumluluğun bu olumlu yanı da şirketler topluluğu açısından anlamsızdır. Zira şirketler topluluğunda hakim şirket, bağlı şirketlerin pasif ortağı değil aksine bağlı şirketleri yöneten ortaktır²⁹.

1.2.3. Değerlendirme

Sınırlı sorumluluk kuralının etkinliğini değerlendirmeden önce etkinliğin diğer deyişle verimliliğin üzerinde durmak doğru olacaktır. Ekonomik etkinliğin nasıl sağlanacağına ilişkin Pareto ve Kaldor-Hicks verimliliği olarak adlandırılan iki temel yaklaşım bulunmaktadır.

Bu yaklaşımlardan ilki olan Pareto verimliliğine göre hiçbir kimsenin durumunu kötüleştirmeden başka bir kimsenin durumu iyileştirilebiliyorsa verimliliğin sağlandığı, genel refahın arttığı kabul edilir³⁰.

Kaldor-Hicks verimliliğinde ise durumu kötüleşenlerin zararları durumu iyileşenler tarafından karşılandığında halen bir iyileşme söz konusu ise verimlilik sağlanmış, refah artmış kabul edilir³¹.

Sınırlı sorumluluk kuralının olumlu ve olumsuz yönleri incelendiğinde görülmektedir ki şirket ortaklarının durumu iyileşirken alacaklıların durumu kötüleşmektedir. Bu durumda sınırlı sorumluluğun, Pareto verimliliğini sağlamadığı ortadadır. Diğer yandan şirket ortaklarının durumundaki iyileşme alacaklıların uğradığı zararı aştığı ölçüde Kaldor-Hicks verimliliği sağlanacaktır.

Sınırlı sorumluluk tarih boyunca sürekli gelişmiş ve sonuçta modern ekonominin ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir. Sınırlı sorumluluğun getirdiği ciddi olumsuzluklar olsa da bunların, perdenin aralanması gibi çeşitli yollarla önüne geçmek mümkündür. Sonuç olarak

²⁸ Blumberg, LL, s.624.

²⁹ Blumberg, LL, s.624.

³⁰ Cooter, Robert/Ulen, Thomas, **Law and Economics**, Addison-Wesley, 2004, s.42.

³¹ Cooter/Ulen, s.42, 43.

sınırlı sorumluluğun getirileri, olumsuzluklarını fazlasıyla aşmakta ve nihayet sınırlı sorumluluk genel refahın artmasına hizmet etmektedir.

1.3. Sınırlı Sorumluluk ve Tüzel Kişilik İlişkisi

Sınırlı sorumluluğa ilişkin Türk hukukundaki düzenlemelere geçmeden önce sınırlı sorumluluğun şirketlere tanınan tüzel kişilik ve ayrılık ilkesi ile ilişkisine değinmekte fayda vardır.

Şirketler, diğer deyişle ortaklıklar, kişilerin ekonomik bir amacı gerçekleştirmek üzere emek veya mallarını birleştirilmesi ile ortaya çıkarlar. Hukuk düzenlerinde belirli şirket türleri kabul edilmiştir. Kimi şirket türünde ortakların şahsı önem arz ederken kimisinde ortakların şahsından ziyade koydukları sermaye önemlidir.

Sınırlı sorumluluk, bazı şirket türlerinde ortaklara sağlanan bir korumadır. Genellikle şirket açısından ortağın şahsı, yani kim olduğu değil koyduğu sermaye önemli ise o ortak sınırlı sorumluluk korumasına sahip olur.

1.3.1. Tüzel Kişilik

Tüzel kişilik, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere bağımsız bir varlığı olacak şekilde bir araya gelmiş, haklara ve borçlara ehil kabul edilen kişi ve mal topluluğudur³².

Tüzel kişiliğin şirketler için kabulü commenda ortaklıkları ile olmuştur. İlk zamanlarda ağırlıklı olarak deniz ticaretinde uygulama alanı bulan commenda ortaklıkları zamanla kara ticaretinde de yaygınlaşmıştır. *Commenda* ortaklığının süreklilik arz eden işlerde yaygınlaşması zamanla onun, ortaklarından bağımsız bir yapıya ve ayrı bir malvarlığına kavuşmasını sağlamıştır. Böylece *commenda* ortaklıkları hukuk önünde ortaklarından ayrı birer kişi olarak tanınmaya başlanmıştır³³.

Hukukumuzda bütün şirket türleri tüzel kişi olarak kabul edilmemiştir. Örneğin adi şirket tüzel kişi olarak kabul edilmezken ticaret şirketleri tüzel kişi olarak kabul edilir. Ticaret şirketleri tüzel kişiliği ticaret siciline tescil ile kazanır (TTK m.232, 355/1, 588/1).

Tüzel kişiliği haiz şirketler, niteliği gereği insana özgü olanlar dışındaki tüm hakları edinebilir ve borçları yüklenebilirler (TMK m.48). *Ultra vires* ilkesi bu durumun bir istisnasını teşkil eder. *Ultra vires* ilkesine göre şirketin ehliyeti esas sözleşmesindeki işletme konularıyla

³² Tüzel kişiliğin niteliğini açıklayan varsayım ve gerçeklik teorilerine ilişkin olarak bkz. Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi C. 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (Pulaşlı, Şerh), s.464.

³³ Domaniç, s.31.

sınırlıdır. Şirketin bu konular dışında yaptığı işlemler hükümsüzdür. Ancak günümüzde *ultra vires* ilkesi pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de terk edilmiştir³⁴.

Tüzel kişiliği açıklamak üzere ortaya atılan teorilere, ileriki bölümlerde incelenen tüzel kişilik perdesinin aralanması konusu için önem arz ettiğinden kısaca değinilmiştir.

1.3.1.1. Varsayım Teorisi

Ünlü hukukçu Savigny tarafından geliştirilmiştir. Bu teoriye göre tüzel kişiler hukuk düzenlerince yaratılan farazi varlıklardır. İradesi olmayan bir varlığın hakların süjesi olması düşünülemez. Tüzel kişiler farazi varlıklar olmaları nedeniyle hak ehliyetleri sınırlıdır, fiil ehliyetleri yoktur. Ne var ki sosyal yaşamda bir amaç etrafında toplanan kişi ve mal toplulukları da mevcuttur. Bu topluluklar bazı hakları ve borçları olduğu da inkar edilemez. Bu durumda kanun koyucu hak ve borçların sahipsiz kalmaması adına kamu yararını gözeterek bu toplulukları kişiymiş gibi kabul eder³⁵.

Tüzel kişiler kanun koyucu onları var kabul ettiğinde var olabileceklerinden kuruluş için devletten izin almalıdır. Tüzel kişilerin bir iradesi bulunamayacağından tam ehliyetsiz gibi yasal temsilcileri bulunması gerekir. Tüzel kişiler tam ehliyetsiz olduğundan haksız fiil sorumlulukları da yoktur³⁶.

1.3.1.2. Gerçeklik Teorisi

Alman hukukçu Gierke tarafından geliştirildiği kabul edilmektedir. Varsayım teorisi Fransız hukukunda daha çok sahiplenilmişken Gerçeklik teorisi Alman-İsviçre hukuklarında daha çok taraftar bulmuştur. Bu teoriye göre tüzel kişiler sosyal zorunluluk nedeniyle ve kendiliğinden doğmuşlardır. Fiili olarak sosyal hayatın içindedirler. Hukuk düzeni onları tanımadan da tüzel kişiler vardır. Hukuk ancak tüzel kişileri düzenleyip tanımakla yetinir. Tüzel kişilerin gerçek kişilerden farkı somut, cismani olmayışlarıdır. Tüzel kişilerin doğal anlamda bir kişi olmadığı açıktır. Ancak hukuki anlamda onlar da gerçek kişiler gibi vardır. Hukuk düzeni zaten var olan tüzel kişileri tanımak zorundadır. Devletin de bir tüzel kişi olduğu unutulmamalıdır. Tüzel kişinin iradesinin olmadığı söylenemez zira topluluğun onu oluşturan bireylerden ayrı bu bireylerin tümünün iradesinden mevcut yeni bir iradesi vardır. Bir başka açıdan akıl hastaları, küçük çocuklar da iradeleri olmamasına karşın hak süjesi kabul

³⁴ TTK m. 371/2'ye göre, “Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.”

³⁵ Akipek, Jale/Akintürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2014, s.511, 512.; Pulaşlı, Şerh, s.464.

³⁶ Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, s.512.

edilmektedir. Gerçeklik teorisine göre tüzel kişiler fiil ehliyetine tam manasıyla sahiptir. Tüzel kişilerin maddi organları olmasa da seçip atadığı organları vardır³⁷.

Tüzel kişiler zaten var olduğundan kuruluş için devletin iznine ihtiyaçları yoktur. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti tamdır. Nasıl ki gerçek kişiler organları vasıtasıyla işledikleri fiillerden sorumlu tutuluyorsa tüzel kişi de haksız fiillerinden sorumlu tutulmalıdır.

Medeni Kanunumuzda gerçeklik teorisinin temel alındığı söylenebilir. Zira mehz İsviçre Medeni Kanunu'nu hazırlayan Huber gerçeklik teorisinin savunucularından biridir.

1.3.2. Ayrılık İlkesi

Ayrılık ilkesi, tüzel kişiliğin onu meydana getirenlerden tamamen ayrı bir kişiliğe ve ayrı bir malvarlığına³⁸ sahip olmasını ifade eder. Tüzel kişiliği haiz şirket, organları aracılığıyla malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunur. Şirketin borç ve alacakları kendi malvarlığına ilişkindir. Şirkete sermaye olarak konan değerler ortakların malvarlığından çıkarak şirketin malvarlığına geçer. Ayrılık ilkesi şirket tasfiye sürecindeyken dahi uygulanmaya devam eder³⁹. Ortakların şahsi alacaklıları, şirketin mal varlığı üzerinde bir hak iddia edemez ancak borçlu ortağın kâr veya tasfiye payı üzerinde hak iddia edebilirler (TTK m.133).

Sınırlı sorumluluk, tüzel kişiliğin yahut ayrılık ilkesinin doğal bir sonucu değildir⁴⁰. Zira hukuk düzeni şirkete tüzel kişilik tanısa da şirketin ortaklarını, şirketin borçlarından sorumlu tutabilir. Örneğin kollektif şirket, tüzel kişiliği haizdir. Dolayısıyla şirketin malvarlığı ile ortakların malvarlığı ayrıdır. Ancak yine de hukuk düzeni ortakları, şirketin borçlarından sorumlu tutmuştur (TTK m. 236).

1.4. Türk Hukukunda Sınırlı Sorumluluk Kuralı

Şirketler hukukunda sınırlı sorumluluk, ortakların şirket borçlarından sorumluluğunun sınırlandırılmasını ifade eder⁴¹. En genel tanım bu şekilde olsa da doktrinde sınırlı sorumluluğun birkaç farklı anlam taşıdığından bahsedilmiştir: Bu anlamlardan ilki şirketin borçlarından yalnızca şirketin sorumlu olmasıdır. İkincisi ortağın sorumluluğunun getirmeyi

³⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.514-517.; Sağlam, İpek, “Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, (Sağlam, Örtünün Aralanması), s.14.

³⁸ Common Law doktrininde malvarlığı ayrılığının (asset partitioning) ortakların şahsi borçlarından şirketin sorumlu tutulmaması (entity shielding) ve şirket borçlarından ortakların sorumlu tutulmaması (sınırlı sorumluluk, owner shielding) yoluyla, bu korumaların birlikteliğiyle sağlandığı belirtilmiştir. (Kraakman, Reinier vd., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2017, s.9.)

³⁹ Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.46.

⁴⁰ Kervankıran, Emrullah, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması”, *EÜHFD*, C. XI, 2007, ss.453-472, s.457

⁴¹ Kervankıran s.456; Yanlı, Veliye, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.78.

taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı olmasıdır. Üçüncüsü ise ortağın sorumluluğunun üçüncü kişilere karşı değil sadece şirkete karşı olmasıdır⁴².

Sınırlı sorumluluk, tüzel kişiliğin bir sonucu olmasa da sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu şirket türlerinin tümü tüzel kişiliği haizdir⁴³. Dolayısıyla alacaklılarla kurulan borç ilişkisinin tarafı şirkettir. Ortaklar borç ilişkisinin tarafı olmadığı halde ortakların sınırlı sorumluluğundan bahsedilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Sınırlı sorumluluk kavramı yerine sınırlı sermaye payı yükümlülüğü kavramının kullanılması gerektiği⁴⁴ yönünde bir görüş olduğu gibi sınırlı sorumluluk ile kast edilenin ortakların şirkete katılımları ile üstlendikleri riskin sınırlandırılması olduğu⁴⁵ yönünde de bir görüş bulunmaktadır.

Sınırlı sorumluluk kavramı üzerindeki anlam karışıklığı bu kavramın bazen ortakların şirkete karşı sorumluluğuna ilişkin (iç ilişki) bazen ortakların alacaklılara karşı sorumluluğuna ilişkin (dış ilişki) bazen de sorumluluk hukukundaki anlamıyla kullanılmasından ileri gelmektedir⁴⁶.

Sırasıyla ele almak gerekirse:

İç ilişkide ortakların sorumluluğu getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlıdır.

Dış ilişkide ise ayrılık ilkesi gereği ortaklar borç ilişkisinin tarafı olmadığından sorumluluğun sınırlandırması ifadesi yersiz gözükmektedir. Ancak hukuk düzeni ayrılık ilkesine rağmen tüzel kişiliği haiz şirketin ortaklarını şirket borçlarından sorumlu tutabilmektedir. Bu nedenle tüzel kişilik tek başına ortakların durumunu açıklamaya yetmez. Doktrinde belirtildiği gibi tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk birbirini tamamlar niteliktedir⁴⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki sınırlı sorumluluk kavramının şirketler hukukundaki anlamı ile sorumluluk hukukundaki anlamı birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir⁴⁸.

Sınırlı sorumluluk ifadesinden anlaşılması gereken, ortakların şirket borçlarından sorumluluklarının bulunmadığı ortakların sorumluluğunun şirkete karşı ve koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlı olduğudur.

⁴² Nilsson, Gül Okutan, **Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2004, s.17, 18.

⁴³ Sorumluluğun sınırlandırılmasının ancak bir tüzel kişilik ile mümkün olacağı konusunda bkz. **Yanlı** s.77

⁴⁴ **Kervankıran** s.456, 457.

⁴⁵ Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku C.1**, Ankara: BTHAE Yayınları, Ankara, 2013, s.108

⁴⁶ Sınırlı sorumluluğa kooperatifler açısından farklı bir anlam yüklenmiştir. Kooperatiflerin anasözleşmesine eklenecek bir hükümle ortakların kendi payından fazla olarak ve şahsen, alacaklılara karşı belirli bir miktara kadar (sınırlı) sorumlu olması öngörülebilir (KoopK m.28,29). Burada ilave bir miktarla sınırlı sorumluluk söz konusudur.

⁴⁷ **Kraakman**, s.9.

⁴⁸ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s.104.

1.4.1. Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk

Anonim şirket ortakları için paysahibi terimi kullanılmaktadır. Anonim şirket katı bir sermaye şirketi olup paysahibinin kişiliği, bireysel ilgi ve yetenekleri önemsizdir⁴⁹. Anonim şirketten pay alarak şirkete yatırım yapanlar paysahibi sıfatını alarak belirli haklar ve yükümlülükler edinirler. Sermaye baştan itibaren paylara bölünmüştür. Bu paylar kolaylıkla el değiştirir. Kollektif ve komandit şirketten farklı olarak anonim şirkette ortak sayısı kadar pay yoktur. Bir ortağın birden fazla payı olması mümkündür.

Anonim şirket paysahiplerinin şirket borçlarından sorumluluğu yoktur. Anonim şirket, alacaklılara karşı kendi malvarlığı ile sorumludur. Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlı olarak şirkete karşı sorumludur. Bu taahhüt ancak esas sözleşmenin oybirliği ile değiştirilmesiyle (bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük getiren kararlarla) arttırılabilir (TTK m. 421/2-a)⁵⁰.

Anonim şirkette pay sahibinin kural olarak sermaye koyma borcundan başka yükümlülüğünün olmaması tek borç ilkesi olarak adlandırılmıştır. Tek borç ilkesi uyarınca paysahibi rızası dışında taahhüdünü ve yükümlülüklerini arttırmaya zorlanamaz. Pay sahibine şirket için çalışma gibi kişisel yükümlülükler yüklenemez⁵¹.

Tek borç ilkesinin istisnaları aşağıda sayılmıştır.

Anonim şirketin kuruluş ya da sermaye artırımı sürecinde primli pay çıkarılması mümkündür. Primli pay, payın itibari değerine ilaveten prim (*agio*) ödenerek edinilebilen paylara verilen isimdir. Primli pay tek borç kuralının kanuni istisnasını teşkil eder (TTK m. 480/1)

Paysahiplerine belirli şartlarda yüklenen ek (ikincil) yükümlülükler tek borç ilkesinin ikinci istisnasıdır. Pay devirleri şirketin onayına tabi ise esas sözleşme ile paysahiplerine konusu para olmayan ve belli zamanlarda tekrarlanan edimler yüklenebilir. Kanunda bu ikincil yükümlülüklerin pay senetleri veya ilmühaberlerin arka yüzüne yazılabileceği belirtilmiştir (TTK m. 480/4)

Pay bedellerinin ödenmesinin gecikmesi halinde uygulanan faiz ya da ceza koşulları tek borç ilkesinin istisnasıdır (TTK m. 129, 428/2).

Pay sahipleri haksız yere ve kötüniyetle kar payı veya hazırlık faizi almışlarsa bunu iade etmeleri gerekir. Bu iade yükümlülüğü beş yıllık zamanaşımına tabi olup süre paranın alındığı tarihte işlemeye başlar (TTK m. 512).

⁴⁹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.520.

⁵⁰ Pulaşlı, s. 277

⁵¹ Pulaşlı, s.585.

1.4.2. Limited Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk

Limited şirket ortaklarının şirketin borçlarından sorumluluğu yoktur. Limited şirket, alacaklılara karşı kendi malvarlığı ile sorumludur. Ortakların sorumluluğu şirkete karşı olup bu sorumluluk ortakların koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlıdır.

Limited şirket ortaklarının esas sermaye payını koyma sorumluluğu yanında şirket sözleşmesinde öngörülmüş ise, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de bulunur (TTK m. 573/2). Ortakların ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri şirket sözleşmesi yapılırken öngörülmemiş, sonradan getirilecek ise bunun ilgili tüm ortaklar tarafından kabul edilmesi gerekir (TTK m. 607). Ayrıca ortaklardan esas sermaye payı dışındaki ek ödeme yükümünü yerine getirmesi ancak kanunda sayılı sınırlı hallerde talep edilebilir (TTK m.603).

Ortakların şirkete karşı sorumluluğu kural olarak esas sermaye payının ödenmesi ile sona erer. Ancak ortağa, ödediği sermaye payı tamamen ya da kısmen iade edilmiş ise ortağın bu miktar için sorumluluğu devam eder. Ortağa haksız yere faiz ya da kar payı ödenmiş ise bu ödenen miktarlar için de ortağın şirkete karşı sorumluluğu devam eder. Yine ortağın sermaye olarak koyduğu aynın değeri gerçeğe aykırı olarak yüksek belirlenmişse ortağın aradaki fark için şirkete karşı sorumluluğu devam eder. Ortak şirketten ayrılrsa dahi bu sorumluluklardan kurtulamaz. Ortağın sayılan durumlardan kaynaklanan borcu beş yıllık zamanaşımına tabidir. Beş yıllık süre ortağın sermayenin iadesi niteliğindeki parayı aldığı tarihte başlar⁵².

Limited şirket ortaklarına kamu alacakları bakımından sınırlı sorumluluk tanınmamıştır. Limited şirket ortakları kamu alacaklarından kendi malvarlıkları ile ikinci derecede sorumlu tutulmuşlardır. Kamu alacakları için önce şirkete başvurulacak, bu alacaklar şirketten tahsil edilemez ise sonra sermaye hisseleri oranında ortakların malvarlığına başvurulacaktır (AATUHK m.35/1). Kamu alacakları, AATUHK m. 1 ve 2⁵³'de sayılan alacaklardır (AATUHK m.3).

Ortakların sorumluluğu tüm kamu alacakları için esas sermaye oranı kadardır. Her kamu borcu için farklı kamu idarelerine ayrı ayrı esas sermaye oranı kadar sorumluluk söz konusu

⁵² **Pulaşlı**, s.799.

⁵³ AATUHK m. 1: “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.” AATUHK m.2: “Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.”

değildir⁵⁴. Limited şirket ortağı şirketteki payını devretse dahi devirden önceki döneme ilişkin kamu borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya devam eder (AATUHK m.35/2⁵⁵).

1.4.3. Komandit Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk

Adi komandit şirkette, komandite ortak şirket borçlarından sınırsız olarak ve müteselsilen sorumlu iken komanditer ortak koyduğu veya koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlı olarak sorumludur (TTK m. 304, 307). Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette komanditer ortakların sorumluluğu anonim şirket paysahipleri gibidir (TTK m. 564).

Komandit şirketlerde, şirket komandite ortaklarca yönetilir. Sadece gerçek kişiler komandite ortak olabilir. Komanditer ortaklar şirket işlerini yürütemez ve yönetim yetkisi olanların işlerine itiraz edemezler⁵⁶.

Komanditer ortakların adı soyadı veya ticaret unvanı, komandit şirketlerin ticaret unvanında yer alamaz (TTK m. 42/2). Bu yasağın ihlali halinde adı soyadı veya unvanı komandit şirketin unvanında yer alan komanditer ortak üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumlu olur. Komanditer ortak şirket adına işlemlerde bulunursa iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumlu olur⁵⁷.

1.4.4. Kooperatiflerde Sınırlı Sorumluluk

Kooperatif ortakları kural olarak kooperatifin borcundan sorumlu tutulamaz. Kooperatif aksi anasözleşmede belirtilmedikçe alacaklılara karşı yalnızca kendi malvarlığı ile sorumludur (KoopK m.28). Kooperatif ortaklarının sorumluluğu anonim şirket pay sahipleri gibidir⁵⁸. Ancak ortakların anasözleşme ile sınırsız sorumluluk ya da belirli bir miktarla sınırlı “ilave” sorumluluk⁵⁹ üstlenmeleri mümkündür (KoopK m. 29, 30).

⁵⁴ Pulaşlı, s.799, 800.

⁵⁵ AATUHK m. 35/2: “Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.”

⁵⁶ TTK m. 309/3’e göre: “Ancak, olağanüstü iş ve işlemlerde, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, tür değiştirme, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişikliklerde; şirkete ortak alınması, çıkarılması ve payın devri türünden temel işlemlerde komanditerler de oy hakkını haizdirler.”

⁵⁷ TTK m. 321’e göre: “Ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak hareket ettiğini açıkça bildirmeksizin, şirket adına işlemlerde bulunan komanditer ortak, bu işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu olur.

Şirket, ticaret siciline tescil edilmeden önce işlemler yapılmışsa, komanditer, bu tür şirket borçları için, üçüncü kişilere karşı, sorumluluğunun sınırlı olduğunu onlar tarafından bilindiğini ispat etmediği takdirde, komandite ortak gibi sorumlu tutulur.”

⁵⁸ Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.11.

⁵⁹ KoopK m.30’a göre: “Anasözleşmeye, kooperatif borçları için her ortağın kendi payından fazla olarak şahsan ve belirli bir miktara kadar kooperatiften sonra sorumlu olacakları hususunda bir hüküm konabilir. Ortakların tek başına sorumlu olacakları miktar kooperatifteki paylarının tutarı ile orantılı olarak da gösterilebilir. İflâs sonuna kadar bu sorumluluk iflâs idaresi tarafından ileri sürülür.”

1.5. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Kötüye Kullanılması

Borcunu ödemeyen kimse alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olur. Gerçek kişi borcunu ödemediği takdirde alacaklıların, yasal takip yollarına başvurması borçlunun hayatını zorlaştırır. Örneğin borçlunun bankadaki mevduatına haciz konması borçlunun günlük yaşamını etkiler. Bu durum borçlunun borcunu ödemesi için üstünde baskı oluşturur. Oysa (tüzel kişi kabul edilen) şirket için aynı oranda baskı söz konusu olmaz. Takipler nedeniyle şirketin ticari faaliyeti zora girebilir, şirket iflas edebilir ancak nihayetinde şirket sermayedarlar, yöneticiler ve işçiler arasındaki karmaşık sözleşmeler bütününden fazlası değildir⁶⁰. Sınırlı sorumluluk korumasından faydalanan ortaklar için şirkete koydukları sermayeden başka kaybedecekleri bir şey yoktur. Bu durum sınırlı sorumluluğun sık sık istismar edilmesine neden olur.

Uygulamada sık sık aleyhine takip başlatılan şirketlerin, kayda değer malvarlığı olmadığı, şirketlerin atıl vaziyette bulunduğu görülmektedir. Şirketin borca batık halde bulunması ticari hayatın olağan akışından kaynaklanabileceği gibi şirket ortaklarının kötü niyetinden de kaynaklanabilir. Bu halde kötü niyetli ortaklar sınırlı sorumluluğu istismar etmekte, sınırlı sorumluluğu bir borçtan kurtulma aracı olarak kullanmaktadır.

Kötü niyetli davranış, ortakların fahiş kâr payı alarak (veya muhasebe kayıtlarındaki uygunsuzluklar gibi yollarla) şirketin içini boşaltması ve benzeri şekillerde kendini gösterir. Bu gibi durumlarda şirket borca batık hale geldiğinde ortakların, o şirketi atıl bırakarak yeni bir şirket üstünden ticari faaliyetlerine devam etmeleri sıkça rastlanan bir durumdur.

Sınırlı sorumluluğun istismara açık yapısı alacaklıların korunması ihtiyacını doğurmuştur. Alacaklıları korumak üzere, hem sınırlı sorumluluğun istismar edilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan (malvarlığının korunması ilkesi gibi) düzenlemeler, hem de istismar durumunda alacaklıların haklarına kavuşmasına imkan sağlayan (tüzel kişilik perdesinin aralanması gibi) başvuru yolları ortaya konmuştur.

⁶⁰ Easterbrook/Fischel, s.89

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLILARI KORUYUCU ÖNLEMLER (EX ANTE KORUMA)

Sınırlı sorumluluk karşısında alacaklıların korunması iki başlıkta incelenmiştir. İlk olarak malvarlığının korunması ve kamuyu aydınlatma ilkeleri ile şirketlerin denetimi alacaklıların, zarar henüz ortaya çıkmadan (*ex ante*) korunmasını amaçlayan önlemler olarak kısaca ele alınmıştır. Değerlendirme⁶¹ bölümünde açıklandığı üzere bu önlemlerin yetersiz kaldığı düşünüldüğünden esas olarak sınırlı sorumlu sermaye şirketi yapısının kötüye kullanılması nedeniyle zarara uğrayan alacaklıların (*ex post*) başvurabilecekleri yollar incelenmiştir.

2.1. Malvarlığının Korunması İlkesi

Şirket alacaklılarının alacaklarını temin edeceği şirket malvarlığının korunması amacıyla malvarlığının korunması ilkesi ortaya çıkmıştır. Bu ilkeye bağlı olarak TTK'da şirket malvarlığını koruyucu bazı kurallar öngörülmüştür.

Doktrinde terim olarak malvarlığının korunması ilkesi yerine sermayenin korunması ilkesi şeklinde kullanımının da tercih edildiği görülmektedir. Genel olarak malvarlığının korunması ilkesinin geniş, sermayenin korunması ilkesinin ise daha dar bir anlam taşıdığı söylenebilir⁶².

2.1.1. Asgari Sermaye Zorunluluğu

Bu kapsamda öngörülen kurallardan ilki şirket kurulabilmesi için gereken asgari sermayeye ilişkin düzenlemedir. Limited şirket kuruluşu için gereken asgari sermaye 10.000,00 TL (TTK m. 580), anonim şirketler için ise 50.000,00 TL olarak belirlenmiştir (TTK m. 332). Doktrinde asgari sermaye uygulamasının ciddiyet testi işlevinden bahsedilmektedir. Asgari sermaye uygulaması, sınırlı sorumluluk ile riskin çoğunu alacaklılara yükleyen şirket ortaklarının bu riskin bir kısmını zorunlu olarak üstlenmesini sağlar. Şirket başarısız olduğunda ortaklar da sermaye paylarını kaybedeceğinden daha özenli davranmaları sağlanmış olur. Bu sayede şirketin kredibilitésinin de arttığından bahsedilmiştir⁶³. Asgari sermaye uygulamasının

⁶¹ Bkz. başlık 2.4.

⁶² Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.287.

⁶³ Engert, Andreas, **“Life Without Legal Capital: Lessons from American Law”**, Legal Capital in Europe, Ed. Marcus Lutter, De Gruyter Recht, Germany, 2006, ss.646-694, s.649, 650 (akt. Mülazımoğlu, Mehmet, **“Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi”**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.107.)

finansman kaynağı sağlama ve şirketin erken dönemde acze düşmesini önleme fonksiyonları da bulunmaktadır⁶⁴.

2.1.2. Sermayenin Taahhüdü ve Getirilmesi

Malvarlığının korunmasına ilişkin diğer düzenleme şirketin ticaret siciline tescilinden önce sermayenin tamamının taahhüt edilmiş olmasına ilişkindir (TTK m. 332/1, m. 585/1). Taahhüt edilen nakdi sermayenin en az dörtte birinin tescilden önce kalan kısmının da tescilden sonraki yirmi dört ay içerisinde ödenmesi gerekir (TTK m. 344/1). Ancak limited şirketler için nakdi sermayenin en az dörtte birinin tescilden önce ödenmesi kuralı kaldırılmıştır (TTK m. 585/1-ek cümle). Bu düzenleme doktrinde malvarlığının korunması ilkesini zedelediğinden bahisle eleştirilmiştir⁶⁵.

Taahhüt edilen aynı sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanmış bilirkişi yoluyla tespit edilmesi malvarlığının korunmasını gözetken bir diğer kuraldır. Sermaye olarak konacak alacaklarının varlığı ve geçerliliğinin de mahkemece atanacak mali müşavirlerce belirlenmesi gerekir (TTK m. 343/1, m. 578).

2.1.3. Dağıtımın Sınırlandırılması

Şirket malvarlıklarının ortaklara devrini amaçlayan işlemler “dağıtım” olarak adlandırılmaktadır⁶⁶. Malvarlığının korunması ilkesi dağıtımı sınırlandırır. Bu ilkeye uygun olarak ortakların şirkete sermaye olarak koydukları değerler doğrudan ve dolaylı yollardan iade edilemez (TTK m. 480/3, m. 601). İlgili olarak bir diğer kural da faiz yasağına ilişkindir. Malvarlığının azalmasına neden olacağından ortaklara, koymuş oldukları sermaye için faiz ödemesi yapılamaz (TTK m. 509/1, m. 609).

Kâr payı dağıtımındaki hukuka aykırılıklar da şirket malvarlığının alacaklılar aleyhine azalmasına yol açmaktadır. Kâr payı ancak bilanço kârından bir diğer deyişle safi kârdan veya bunun için ayrılan yedek akçelerden dağıtılabılır (TTK m. 509/2, 608/1). Haksız ve kötü niyetle kâr payı alınması halinde bunun iadesi gerekmekte olup şirketin kâr payını geri alma hakkı beş yıl geçmekle zaman aşımına uğrar (TTK m. 512). Limited şirketlere ilişkin bu konudaki hükümde iyi niyetle fazla kâr payı alınması durumunda geri verme yükümlülüğünün şirket alacaklıların haklarını karşılamak için gereken miktarla sınırlı olduğu ve beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmiştir (TTK m. 611).

⁶⁴ Lutter, Marcus, “Executive Summary of Considerations by the Expert Group”, Legal Capital in Europe, Ed. Marcus Lutter, De Gruyter Recht, Germany, 2006, ss.1-14, s.3 (akt. Mülazımoğlu s.109)

⁶⁵ Pulaşlı, Hasan, “‘Sermayesiz’ Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, **BATIDER**, C.XXXIV, 2018, (Pulaşlı, Sermayesiz Şirketler), ss.5-19, s.5.

⁶⁶ Mülazımoğlu, s.123.

2.1.4. Şirketin Kendi Hisselerini İktisap Etmesinin Kısıtlanması

Anonim şirket kanunda öngörülen durumlar dışında kendi hisselerini ivazlı olarak iktisap edemez ve rehin olarak kabul edemez (TTK m. 379/1). Limited şirketin de kendi esas sermaye paylarını iktisap edebilmesi belirli sınırlandırmalara tabiidir⁶⁷.

2.1.5. Çağrı ve Bildirim Yükümlülüğü

Malvarlığını koruyucu önlemlerden biri de sermayenin belirli oranda kaybı durumunda çağrı ve bildirim yükümlülüğüne ilişkindir. Buna göre şirket sermayesinin yarısı ile kanuni yedek akçelerin yarısı karşılıksız kalırsa, bu durumun anlaşılmasıyla şirket yönetiminin⁶⁸ genel kurulu toplantıya çağırması ve durumu düzeltmek için öneriler sunması gerekir. Karşılıksız kalan kısım üçte ikiye ulaşmışsa genel kurulun kalan sermaye ile yetinmeye ya da sermayenin tamamlanmasına karar vermesi gerekmektedir. Aksi halde şirket resen sona erer (TTK m. 376/1, 2).

2.1.6. İflas İsteme Zorunluluğu

2.1.6.1. Hukuki Sorumluluk

Sermaye kaybı, şirketin borca batık hale gelmesi seviyesine ulaşmış olabilir. Şirketin borca batık olduğunu gösterir emareler varsa bir ara bilanço hazırlanması gerekir. Ara bilançodan şirketin borçlarını ödeyemeyecek durumda olduğu anlaşılıyorsa şirket yönetiminin durumu derhal mahkemeye bildirerek şirketin iflasını istemesi gerekir. Eğer şirket alacaklılarından biri veya birkaçı şirketi borca batık olmaktan kurtaracak miktarda alacaklarını diğer tüm alacaklılardan sonra almayı taahhüt ederse şirketin iflastan kurtulması mümkün olur. Bu taahhüt, sıradan çekilme taahhüdü olarak adlandırılmakta olup şirketin borçlarında bir azalmaya neden olmaz. Sadece alacaklıların sırasının değişmesi söz konusu olur⁶⁹. Bu

⁶⁷ TTK m. 612: “(1) Şirket kendi esas sermaye paylarını, sadece, bunları alabilmek için gerekli tutarda serbestçe kullanabileceği özkaynaklara sahipse ve alacağı payların itibarı değerlerinin toplamı esas sermayenin yüzde onunu aşmıyorsa iktisap edebilir.

(2) Şirket sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan bir şirketten çıkma ya da çıkarma dolayısıyla, esas sermaye paylarının iktisabı hâlinde, birinci fıkradaki üst sınır yüzde yirmi olarak uygulanır. Şirket esas sermayesinin yüzde onunu aşan bir tutarda iktisap edilen esas sermaye payları iki yıl içinde elden çıkarılır veya sermaye azaltılması yoluyla itfa edilir.

(3) Şirket kendi esas sermaye payları için ödediği tutar kadar yedek akçe ayırır.

(4) Şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarından kaynaklanan oy hakları ile buna bağlı diğer haklar, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donar.

(5) Şirketin, iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarına ait ek ve yan ödeme yükümlülükleri, söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece istenemez.

(6) Şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin sınırlama ile ilgili hükümler, şirket esas sermaye paylarının, şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce iktisabı hâlinde de uygulanır.”

⁶⁸ Anonim şirketler için yönetim kurulu, limited şirketler için müdür veya müdürler kurulu.

⁶⁹ Pulaşlı, s.454, 455

taahhüdün yazılı olarak yapılması ve iflas için başvuru mahkemece atanmış bilirkişiler vasıtasıyla geçerliliğinin onaylanması gerekmektedir (TTK m. 376/3).

Şirket yönetimi veya alacaklılardan biri iflas istemiyle birlikte ya da yargılama sırasında mahkemeye konkordato talebinde bulunabilir (TTK m. 377). Sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin bahsedilen düzenlemeler limited şirketler için de geçerlidir (TTK m. 633; 634). Şirketin, borca batık olması halinde İİK m. 179 uyarınca tasfiye memurunun veya alacaklılardan birinin de mahkemeye bildirimde bulunması yoluyla iflası mümkündür.

Şirket yönetimi ara bilanço hazırlama ve mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüklerini ihlali ederse TTK m. 369/1 uyarınca özel özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumlu tutulur⁷⁰.

2.1.6.2. Cezai Sorumluluk

Hukuki sorumluluğun dışında bir de cezai sorumluluk öngörülmüştür. Şirket yönetiminin veya tasfiye memurlarının şirketin borca batık olması nedeniyle iflas talebinde bulunmaması halinde şirket alacaklılarından birinin talebi üzerine on günden üç aya kadar cezalandırılmaları söz konusu olur (İİK m. 345/a). Bu durumda şikayet icra ceza mahkemesine yapılacak olup mahkeme bilirkişi marifetiyle iflasın istenmesi şartlarının oluşup oluşmadığını inceler⁷¹. Alacaklıların şikayet hakkı öğrenme tarihinden itibaren üç ay ve her koşulda fiilin üstünden bir yıl geçmesi ile düşer (İİK m. 347).

2.1.7. Şirkete Borçlanma Yasağı

Şirkete borçlanma yasağı ile ortakların malvarlığı ile şirket malvarlığının birbirine karışmasının, ortakların şirket hesabından harcama yapmasının engellenmesi amaçlanmıştır⁷². Ortakların şirkete borçlanmasının tamamen yasaklanması haksız sonuçlara yol

⁷⁰ **Pulaşlı**, s.454.

⁷¹ "...İİK'nun 179 ve TTK'nun 324. maddeleri uyarınca, iflas şartlarının doğması durumunda, sermaye şirketleri veya kooperatiflerin idare ve temsili ile görevlendirilmiş kimselere ve tasfiye halinde olması durumunda da tasfiye memurlarına iflas istemek görevi yüklenmiş, bu zorunluluk doğmasına rağmen, gereğinin yerine getirilerek iflasın istenmemesi durumu, İİK'nun 345/a maddesinde cezai yaptırıma bağlanmıştır. Burada cezalandırılan fiil, sayılan kişiler tarafından şartları olduğu halde iflasın istenmemesidir. İcra ceza mahkemesince, ticaret mahkemesine iflas davası açıldığı takdirde, sanık veya sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi açısından, belli şartlarda ticaret mahkemesi dosyası sonucunun bekletici sorun yapılması mümkün ise de esas itibarıyla cezai sorumluluk açısından suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını tayin ve tespit görevi ceza yargılaması yapan icra ceza mahkemesine aittir. İcra ceza mahkemesince, İİK'nun 179 ve TTK'nun 324. maddesinde öngörülen şartların doğup doğmadığı açısından, borçlu şirkete veya kooperatife ait ticari defter ve kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle sonucuna göre sanıkların hukuki durumları belirlenmelidir. Ceza yargılamasının, ticaret mahkemesine iflas davası açılması şartına bağlanması, suç ile korunan hukuki değerle bağdaşmadığı gibi eylemleri de büsbütün cezasız bırakma sonucunu doğurur. Burada icra mahkemesince yapılan işlem, kooperatif veya şirketin iflasına karar vermek olmayıp, iflas şartları doğduğu halde bunun istenip istenmediğinin saptanmasından ibarettir." (Yargıtay CGK, 30.9.2014, 2013/260 E., 2014/401 K.)

⁷² **Tekinalp**, s.48.

açabileceğinden⁷³ belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Ortağın şirketten borç alabilmesi için öncelikle şirkete karşı sermaye taahhüdünden kaynaklanan muaccel borcu bulunmamalıdır. Buna ilaveten şirketin kârı ve serbest yedek akçeleri de geçmiş yıl zararlarını karşılamaya yetmelidir. Bu iki şart birlikte sağlanmadan ortağın şirkete borçlanması yasaktır (TTK m. 358, m. 644/1-b)

Yönetim organında bulunup da şirket ortağı olmayan kişiler ile bunların şirket ortağı olmayan eşi, alt ve üst soyu, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları şirkete nakit borçlanamaz. Şirketin bu kişiler için sorumluluk yüklenmesi, bunların borçlarını devralması, teminat, kefalet, garanti vermesi de yasaktır. Bunun ihlali halinde şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketi yükümlendirdikleri miktarda alacakları için doğrudan takip edebilir (TTK m. 395/2, m. 644/1-b).

2.1.8. Sermayenin Korunmasını Gözetmeyen Kararın Batıl Olması

Şirket yönetiminin ve genel kurulun sermayenin korunması ilkesinin gözetmediği kararları batıldır. (TTK m. 391/1-b, m. 644/1-c, m. 447/1-c, m. 622) Örneğin şirket genel kurulunda sermayenin iadesi niteliğinde bir karar alınması halinde bu karar batıldır.

2.2. Kamuyu Aydınlatma İlkesi

Kamuyu aydınlatma ilkesi anonim şirketler için geçerlidir. Anonim şirketler geniş kitlelerin katılımıyla büyük miktarda sermayeyi bir araya getirmeyi amaçlar. Bilhassa halka açık ve borsada işlem gören anonim şirketlerin mali durumu hakkında tasarruf sahiplerinin bilgi edinebilmesi yatırımlarına şekil vermesi açısından önemlidir⁷⁴. Şirketin hissedarları ve alacaklıları da şirketin durumunu izleyebilmelidir.

Kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan iki önemli düzenleme bulunmaktadır:

SPK m. 14/1:

İhraççı, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek finansal tablo ve raporları, şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak ve ibraz etmek zorundadır.

SPK m. 15/1:

Sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmeler, ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanır.

⁷³ TTK Gerekçe m. 358

⁷⁴ Pulaşlı, s.249-250

Kamuyu aydınlatma ilkesi ile esasen yatırımcıların korunması amaçlanır. Şirketin mali durumu hakkında bilgi sahibi olabilme imkanının alacaklıları da koruyucu nitelikte olduğu şüphesizdir.

2.3. Şirketin Denetimi

Alacaklıların korunmasına hizmet eden unsurlardan biri de şirketin denetimidir. Bağımsız denetim sayesinde şirket alacaklıları güvenilir finansal tablolara ulaşabilir. Denetim raporları ile şirketin mali durumu hakkında bilgi sahibi olan alacaklı için bilgi asimetrisinin⁷⁵ olumsuzlukları büyük oranda önlenmiş olur.

Bağımsız denetime tabi olmayan şirketler açısından yer yer sınırlı sorumluluk imtiyazının fiilen yitirilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin bankalardan kredi alırken genellikle ortakların şahsi kefaleti aranmaktadır. Bu uygulamaların sona ermesini sağlamak, yatırımcıları doğru bilgilendirmek, piyasada işlem güvenliği sağlamak üzere TTK'da tüm sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olması öngörülmüştü. Ancak TTK yürürlüğe girmeden kısa süre önce denetime tabi şirketler, Bakanlar Kurulu⁷⁶ tarafından belirlenecek şirketler olarak sınırlandırıldı. Son olarak ise kredi güvenliğine ilişkin Basel Kurallarının da etkisiyle tüm anonim şirketler denetime tabi kılınmıştır⁷⁷. Limited şirketler açısından ise halen Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen listede yer almayan şirketler bağımsız denetime tabi değildir.

Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen şirketlerin denetimi Kamu Gözetimi Kurumu'nun gözetiminde, diğer anonim şirketlerin denetimi ise Ticaret Bakanlığı⁷⁸ gözetiminde gerçekleştirilmektedir.⁷⁹ Bağımsız denetim ile finansal tablolar ve faaliyet raporundaki bilgilerin finansal tablolarla tutarlılığı ve doğruluğu denetlenir (TTK m. 397/1).

Belirli şirketlerin SPK, BDDK gibi kurullar tarafından dış denetimi veya şirket ortaklarının talebi üstüne özel denetçi tarafından yapılan denetim de söz konusu olabilmektedir. Ancak bu çalışmada alacaklıların halka açık olmayan, kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetilmeyen şirketlerin alacaklılarının ex post korunmasına odaklanıldığından bu konunun ayrıntısına yer verilmemiştir.

⁷⁵ Bkz. dn.25.

⁷⁶ Şu anda Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmektedir.

⁷⁷ **Tekinalp**, s.478-480.

⁷⁸ Bu denetim TTK m. 210 kapsamındaki tüm ticaret şirketlerinin tabi olduğu denetimle karıştırılmamalıdır.

⁷⁹ Kayar, İsmail, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.467, 476.

2.4. Değerlendirme

Şirketin, denetimi, malvarlığının korunması ilkesi ve kamuyu aydınlatma ilkeleri ayrı birer çalışmanın konusu olacak kadar geniş çaplı konulardır. Bu çalışmada kanun koyucunun sınırlı sorumluluk kuralı karşısında alacaklıları (genel manada menfaat sahiplerini) korumak amacıyla getirdiği bu düzenlemelere kısaca değinilmiş olup esasen alacaklıların başvuru yolları üzerinde durulmuştur.

Bu tercihin birkaç farklı sebebi bulunmaktadır. Öncelikle kamuyu aydınlatma ilkesi bilhassa yatırımcıları korumayı amaçlamaktadır. Ayrıca bu ilke şirketlerin (sayıca) küçük bir bölümü için geçerlidir. Şirketlerin büyük çoğunluğunu limited şirketler özellikle tek ortaklı limited şirketler oluşturmaktadır. Anonim şirketlerin de önemli bir kısmı küçük sermayelerle büyük girişimler meydana getirmek ve halka açılmak amacından ziyade sermaye sahibi aile ve ortakların görece büyük sermayeli girişimleri⁸⁰ için kurulmaktadır.

Malvarlığının korunması ilkesinin asıl amacı alacaklıların başvuracağı şirket malvarlığını korumak olsa da kanaatimce alacaklıların korunması için son derece yetersizdir. Örneğin şirketin, malvarlığını kat ve kat aşan miktarlarda borçlanmış olması halinde şirketin malvarlığının korunup korunmaması önemsiz hale gelir. Bu durumda şirkete, sermayesini aşan miktarda borç veren alacaklının ticari risk aldığı düşünülebilir. Oysa aradaki bilgi asimetrisi sebebiyle temkinli hareket eden, şirket sermayesine oranla küçük miktarda alacağı olan alacaklının dahi bunu elde edememe ihtimali ortaya çıkmaktadır.

Malvarlığının korunması ilkesinin, şirketin denetimi ile işlerlik kazandığı söylenebilir. Bu açıdan şirketlerin sürekli ve yeterli denetimi alacaklıların korunması için büyük önem taşır. Cumhurbaşkanınca belirlenenler dışındaki limited şirketlerin TTK m. 397 vd. hükümlerine göre denetime tabi olmaması alacaklıların korunması açısından yetersizliğe sebep olmaktadır.

Açıklanan sebeplerle alacaklıların korunmasına ilişkin önlemlerle sorunun halli mümkün görünmemektedir. Alacaklıların, ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralının göz ardı edilerek alacaklarını temin etmesine imkan tanıyan çözüm yollarına ihtiyaçları vardır. Yine de belirtmek gerekir ki tüm şirketler için sürekli ve yeterli denetimin zorunlu olması, kurumsal yönetim ilkelerinin teşvik edilmesi, alacaklıların ve genel manada menfaat sahiplerinin (*stakeholders*) korunması için büyük önem arz etmektedir.

⁸⁰ Boztosun, N. Ayşe, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.27.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALACAKLILARIN BAŞVURU YOLLARI (EX POST KORUMA)

Sınırlı sorumluluğun kötüye kullanılmasının engellenmesindeki güçlükler nedeniyle şirket alacaklılarına, ex ante imkanların yanında ex post başvuru imkanları da tanınması gerekmiştir. Alacaklılar, bu yollara başvurarak şirketin ardındaki kişilere ulaşarak alacaklarını, bu kişilerin şahsi malvarlığından temin edebilir.

Türk hukukunda, alacaklılara ex post başvuru imkanı sağlayan, yasayla düzenlenen çeşitli yollar bulunmaktadır. Ne var ki bu yolların soruna etkili ve bütünsel bir çözüm sunduğu söylenemez⁸¹. Bu sebeple bahsedilen imkanlara mevcut (yasal) başvuru yolları başlığı altında kısaca değinilmiş, esasen doktrin ve içtihatlarla ortaya konan perdenin aralanması, fiili yöneticinin sorumluluğu ve organik bağ başlıkları üzerinde durulmuştur.

3.1. Mevcut (Yasal) Başvuru Yolları

3.1.1. Düz (Dikey) Başvuru

Düz (dikey) başvuru başlığı altında alacaklıların şirketin ortaklarına veya şirketin ardındaki -asıl- kişilere ulaşmasını sağlayan mevcut başvuru yolları incelenmiştir.

Alacaklıların mağduriyetine yol açan şirketin borca batık halde bulunması durumu ortakların şu gibi kötü niyetli davranışlarından kaynaklanabilir:

(1) Şirketin içinin boşaltılması. Bu halde alacaklıların başvurabileceği şirket malvarlığı muhasebe kayıtlarındaki usulsüzlükler, düşük bedelli devirler, ortaklara ödenen fahiş kâr payları, işlevsiz çalışanlara yapılan ödemeler gibi sebeplerle tamamen veya kısmen ortadan kalkar.

(2) Şirketin özkaynaklarının yetersizliği. Bu durumda şirketin içinin boşaltılması söz konusu olmasa da şirketin üstlendiği yükümlülükler ile özkaynakları arasında aşırı oransızlık nedeniyle alacaklılar zarar görür. Alacaklılar şirkete başvurduğunda şirket kaynakları borçları karşılamaya yetmez.

(3) Malvarlıklarının karışması. Bu halde muhasebe kayıtlarındaki yetersizlikler gibi sebeplerle şirketin ve ortağın malvarlıkları ayırt edilemez hale gelmiştir. Bu durum alacaklının mağduriyetine sebep olabilir.

⁸¹ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de sınırlı sorumlu şirketin aşılmasını gerektiren durumlar için -muvazaanın yetersiz kaldığından bahisle- perdenin aralanması konsepti üzerinde durulması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur. (Bkz dn.357.)

Sayılan durumlarda alacaklıların, şirketin ortaklarına bunun da ötesinde şirketin ardındaki kişilere ulaşmasına imkan sağlamak gerekir. Türk hukukunda bu ihtiyaca yönelik olarak alacaklıların, ortakların malvarlığına başvurmasına imkan sağlayan özel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ortak, hakim şirket niteliğinde ise hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere başvurmak mümkündür. Bunun gibi ortak aynı zamanda şirketin yöneticisi ise yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurulabilir.

3.1.1.1. Şirketler Topluluğu Hükümleri

3.1.1.1.1. Hakim Şirketin Sorumluluğu

Borçlu şirketin ortağı, aynı zamanda hakim şirket konumundaysa şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler ile bu ortağın sorumluluğuna başvurmak mümkün olabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki şirketler topluluğu düzenlemelerine başvurabilmek için ortada bir hakim şirket ve en az iki bağlı şirket bulunmalıdır (TSY m. 105). Yönetmelikteki düzenleme bu şekilde olsa da öğretide bu husus tartışmalıdır. Tekinalp, TTK m. 195/4'te şirketler topluluğu tanımlanırken kullanılan hakim şirket ve bağlı şirketler ifadesinden yola çıkarak şirketler topluluğunun meydana gelebilmesi için en az bir hakim ve iki bağlı şirket bulunması gerektiği, yönetmeliğin TTK m. 195/4'ü tekrarlar nitelikte olduğu görüşünü dile getirmiştir⁸². Diğer görüşe göre ise şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için bir hakim ve bir bağlı şirket bulunması yeterli olup yönetmelik hükmü, kanun hükmüne aykırılık teşkil etmektedir⁸³.

Bir şirketin, hakim şirket olarak kabul edilmesi için bağlı şirketin doğrudan ortağı olması gerekmez. Hakimiyet dolaylı⁸⁴ yollardan da sağlanabilir. Bir şirketin paylarının çoğunluğuna veya bu şirketi yönetmeye ilişkin kararları almaya yetecek miktarda paylarına sahip olmak hakimiyetin varlığına karine oluşturur (TTK m. 195/2). Bahsedilen durumlarda hakimiyetin mevcut olmadığı ispatlanabilir.

Hakimiyete ilişkin TTK m. 195'in ikinci fıkrasından farklı olarak ilk fıkrasında sayılan haller söz konusuysa hakimiyetin bulunmadığı veya kullanılmadığının ileri sürülmesi ve ispatlanması mümkün değildir⁸⁵. Bu haller şunlardır: Bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak; (a) oy haklarının çoğunluğuna sahip olması veya (b) şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olması veya (c) kendi oy hakları yanında, bir

⁸² Tekinalp, § 23, N. 13.

⁸³ Gündoğdu, Gökmen, "Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu-", **Legal Hukuk Dergisi**, 2014, ss.107-126, s.124.;

⁸⁴ TTK m. 195/3: "Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir."

⁸⁵ Tekinalp, s.552.

sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması veya (d) diğer (bağlı) ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmesi (TTK m. 195/1).

Hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde⁸⁶ kullanır ve bağlı şirketin kaybını o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirmez veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirterek en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanımazsa bağlı şirketin alacaklıları şirketin zararının şirkete ödenmesini talep edebilirler (TTK m. 202/1-a, c). Zarardan hakim şirket ve onun kayba sebep olan yöneticileri sorumlu olur (TTK m. 202/1-b).

Hakim şirket ve hakim şirketin yöneticileri, kayba sebep olan işlemin aynı veya benzer koşullar altında şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli yönetici özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yöneticileri tarafından da yapılabilceğini veya yapılmasından kaçınılabileceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (TTK m. 202/1-d).

Hâkim şirketin sorumluluğuna neden olabilecek bir diğer durum güvenden doğan sorumluluktur. Şirketler topluluğunun itibarı, tüketiciye, topluma güven veren bir düzeye ulaşmışsa, hâkim şirket topluluk itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur (TTK m. 209). Sorumluluk için topluluğa mensup olmak yeterli olmayıp topluluk itibarının kullanılması gereklidir. Bu kullanımın, topluluk adının, logosunun kullanılması şeklinde ortaya çıkması şart değildir. Bağlı şirketin açıkladığı tablolar, verdiği bilgiler, kalite standartı topluluğun oluşturduğu güvene uygun değilse bu duruma ses çıkarmayan hâkim şirketin sorumluluğu söz konusu olur⁸⁷.

3.1.1.1.2. Hakim Teşebbüs

Fiili durumda şirketler topluluğunun tepesinde her zaman bir ticaret şirketi yer almayabilir. Kanun koyucu bu durumda hakimiyet sahibinin sorumluluktan kaçmasına engel olmak üzere⁸⁸ TTK m. 195'e geniş bir istisna getirerek hakimiyet sahibinin bir "teşebbüs"

⁸⁶ Bağlı şirketi kayba uğratacak başlıca haller TTK m. 202/1-a'da şu şekilde sayılmıştır: "Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez."

⁸⁷ TTK Gereke m. 209, 3. paragraf

⁸⁸ TTK Gereke m. 195/5: "Bir şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticarî işletme bulunabilir. Bunların merkezleri veya yerleşim yerleri yurt dışında da bulunabilir. Tüm bu olgular söz konusu topluluğun şirketler topluluğu kabul edilmesine engel olmaz, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanmamasının gerekçesini oluşturamaz."

olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını ve hakim teşebbüsün tacir sayılacağını düzenlemiştir.

Hakim teşebbüs olarak bir şirketin gerçek kişi ortağına başvurulup başvurulamayacağı konu için önem arz etmektedir. Bu soruya yanıt bulabilmek için öncelikle teşebbüs kavramı üzerinde durmak gerekir.

Teşebbüs kavramı ticaret hukuku için yeni bir kavram olup daha ziyade rekabet hukukunda kullanılmaktadır. RKHK m. 3'te teşebbüs; *"Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler"* olarak tanımlanmıştır. Öğretide Ateş, teşebbüsü; *"gelir elde etme amacıyla bir mal ve hizmetin üretimini veya piyasaya sürüm faaliyetini örgütleyen birim"* olarak tanımlamıştır⁸⁹. ABAD teşebbüsü (*undertaking*) *"finansman şekline ve hukuki statüsüne bakılmaksızın bağımsız olarak iktisadi faaliyette bulunan tüm birimler"*⁹⁰ olarak tanımlamıştır.

Teşebbüsün unsurları ekonomik faaliyet ve ekonomik bağımsızlık olarak sayılabilir. Ekonomik faaliyetin süreklilik arz etmesi gerektiğinden ekonomik faaliyetin sürekliliği de üçüncü unsur olarak eklenebilir⁹¹.

Ticaret hukuku açısından teşebbüs kabul edilebilmek için -rekabet hukukundan farklı olarak- ekonomik faaliyet unsurunun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Şirketler topluluğu hukukunun amacı menfaat ihtilafının (*konzernkonflikt*) çözülmesidir. Bu sebeple ayrı bir ekonomik faaliyet yürüterek menfaat güden teşebbüs, şirketler topluluğu hukukunun konusu yapılmıştır⁹². Ticaret hukuku alanında da rekabet hukukunda olduğu gibi ekonomik faaliyet, teşebbüsün unsuru olarak aranmalıdır⁹³.

Ekonomik bağımsızlık, ticaret hukuku alanında da teşebbüsün unsuru olarak aranmalıdır. Zira teşebbüsün hakimiyetinden söz edebilmek için pek tabii bağımsız olması, bağımsız karar alabilmesi gerekmektedir. Ekonomik bağımsızlık işletme ile teşebbüsün farkını ortaya koyan bir unsurdur. Yönetim ve organizasyonları farklı olan ve birbirinden farklı alanlarda faaliyet gösteren iki işletme aynı tacir tarafından işletiliyor olsa dahi iki farklı işletme olarak kabul edilir. Oysa aynı kişiye ait olan iki işletmenin aynı ekonomik politikayı takip

⁸⁹ Ateş, Mustafa, **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.226.

⁹⁰ Case C-41/1990, Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, p. 21 (Akt. Ateş, s.227)

⁹¹ Ateş, s.238.; Karaman Coşgun, Özlem, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21,1, 2015, ss.107-166, s.117.

⁹² Susuz, Kağan, "Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** C.18, 2012, ss.269-280, s.271.; Karaman Coşgun, Susuz'dan farklı olarak hakim teşebbüsün güttüğü menfaatin şirketin menfaatine yabancı olması şartı aranmadığı görüşündedir (Karaman Coşgun, s.123.).

⁹³ Karaman Coşgun, s.122.; Karşı yönde bkz. Okutan Nillson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayıncılık**, İstanbul, 2009, s.75 vd.

etmesi durumunda, işletmelerin ekonomik bağımsızlıkları bulunmadığından, tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesi söz konusudur⁹⁴.

Süreklilik (devamlılık), ticaret hukuku alanında da teşebbüsün unsuru olarak aranmalıdır. Hakimiyetten söz edilebilmesi için süreklilik amacının varlığı şarttır. Aksinin kabulü halinde aynı gün içinde şirket hisselerinin alınıp satılması halinde dahi -kanunun amacına aykırı olarak- hakim teşebbüs konumunun meydana gelmesi söz konusu olacaktır. Süreklilik, ekonomik faaliyetin belirli bir organizasyon içinde yürütülmesini, teşkilatlandırılmasını da gerekli kılar. Eğer ekonomik faaliyet bir organizasyon içinde yürütülüyor, devamlılık amacı taşıyorsa teşebbüsün varlığından söz edilemez⁹⁵.

Öğretide hakim teşebbüsün sorumluluğuna başvurulabilmesi için bir bağlı şirket ve bir hakim teşebbüsün varlığının yeterli olduğu, hakim teşebbüs kabul edilebilmek için şirketten ayrı bir ekonomik faaliyet yürütme unsurunun gerekli olmadığı görüşü⁹⁶ kanaatimce hakimiyet sahibinin sorumlu tutulması imkanını genişletmek üzere yapılan zorlama bir yorumdur. Her şeyden önce hakim teşebbüsün sorumluluğu şirketler topluluğu hükümleri altında düzenlenmiştir. Şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için birden fazla şirketin varlığının gerektiği yönetmelikte belirtilmiştir. Üstelik bu konudaki tasarı taslağının yasalaşması halinde hakim teşebbüsten söz edebilmek için en az üç bağlı şirketin varlığının aranması kanun metnine girecektir⁹⁷.

İleride ele alınan Walkovszky v. Carlton davasını hakim teşebbüsün sorumluluğu açısından incelersek olayda: Carlton, sorumluluktan kaçmak amacıyla her biri iki taksi işleten on şirket kurmuştur. Şirketlerden birinin işlettiği taksi Walkovszky'ye çarpmıştır. Ancak şirketin Walkovszky'nin zararını gidermeye yetecek malvarlığı yoktur. Türk hukuku açısından bu halde Carlton ve tüm şirketlerin tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak hâkim teşebbüse başvurmak mümkün değildir. Zira burada hakimiyetin kötüye kullanılması, bağlı şirketin kayba uğratılması söz konusu değildir. Hâkim şirketin (teşebbüsün) sorumluluğuna yol açabilecek tüketicide güven uyandıran bir topluluk itibarı da bulunmamaktadır. İşte bu gibi perdenin aralanmasını gerekli kılan sorunlar için mevcut (yasal) başvuru yolları yetersiz kalmakta olup yeni başvuru yollarına ihtiyaç vardır.

⁹⁴ **Karaman Coşgun**, s.125-126.; Aksi yönde bkz. Çakır Çelebi, Fatma Betül, “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C.4,1, 2018, ss.19-32, s.27 vd.

⁹⁵ **Karaman Coşgun**, s.116-117.

⁹⁶ **Çakır Çelebi**, s.28 vd.;

⁹⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı m.4

3.1.1.2. Yöneticinin Sorumluluğu

Bir şirketin ortağı, şirketin yöneticisi konumundaysa ortağın, yöneticinin sorumluluğu hükümlerine göre şirket alacaklılarına karşı sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Yöneticinin sorumluluğu konu bütünlüğü açısından ileride fiili yöneticinin sorumluluğu başlığı altında incelenmiştir. (Bkz. Başlık 3.2.3.)

3.1.1.3. Ortaklara Haciz İhbarnamesi Gönderilmesi

Şirketin borcu için şirket ortaklarına İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi de dikey başvuru yolları arasında incelenebilir. Yargıtay, şirketin borcu için şirket ortaklarına haciz ihbarnamesi gönderilebileceği hususunda bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Bu başvuru yolunun önü her ne kadar içtihatla açılmış olsa da İİK'nın 89. maddesine göre işlem yapıldığından bu husus yasal başvuru yolları arasında incelenmiştir.

Yargıtay, daha önce şirket ortağının şirket yönünden üçüncü kişi kabul edilmeyeceği, bu sebeple şirket ortağına haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği görüşünderken⁹⁸ içtihat değişikliğine gitmiştir.

Hukuk Genel Kurulu⁹⁹, öğretideki “*Şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine sermaye koyma borcu olması, şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir.*” şeklindeki görüşlere atıfta bulunarak “*...şikayetçi ...'ın dava dışı borçlu ... Ltd. Şti. 'nin ortağı olduğu sabit olduğundan şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağı ...'dan mal, hak ve sermaye alacağı ile diğer alacaklarının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir.*” şeklinde hüküm kurmuştur.

Ortaklara haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi doğrudan sınırlı sorumluluğun aşılması niteliğinde değildir. Yine de şirketin ortaktan alacağının geniş yorumlanması durumunda sınırlı sorumluluğun aşılması söz konusu olabilir. Kanaatimce mahkemece böyle bir değerlendirme yapılacaksa perdenin aralanması kuramından yararlanılması uygun olur.

3.1.2. Yatay Başvuru

Yatay başvuru başlığı altında şirketin borcundan, diğer veya yeni şirketin sorumluluğuna başvurmaya imkan sağlayan yollar incelenmiştir. Uygulamada sıkça rastlanan durumlardan biri, borca batık şirketin atıl vaziyette bırakılarak ticari faaliyetin yeni kurulan

⁹⁸ Yarg. 12. HD., T. 13.06.2017, E. 2016/16888, K. 2017/9219 (erişim tarihi: 08.09.2021) <https://www.lexpera.com.tr/>.

⁹⁹ Yarg. HGK., T. 11.5.2016, E. 2014/1078 K. 2016/600 (erişim tarihi: 08.09.2021) <https://www.lexpera.com.tr/>.

veya mevcut (hazırda bekletilen) başka bir şirket üzerinden devam ettirilmesidir. Bu durumda şirketin ortakları veya şirketin ardındaki kimseler, şirketleri ticari ilişkiye girdikleri kimselere karşı birer maske gibi kullanmakta ve zaman zaman maskeyi sorumluluklardan kaçmak amacıyla değiştirmektedirler. Hukuk düzeninin bu gibi kötü niyetli bir davranışı koruması beklenemez. Ne var ki bu durumlarda alacaklılara başvuru imkanı sağlayan mevcut (yasal) başvuru yolları yetersiz kalmaktadır¹⁰⁰. Zira aşağıda bahsedilen, alacaklının alacağını diğer şirketten temin etmesine imkan sağlayan bu yollardan hiçbirisi bu soruna özgü geliştirilmiş çözüm yolları değildir. Yine de konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu başvuru yollarına kısaca değinilmiştir.

3.1.2.1. Muvazaa

3.1.2.1.1. Genel Bilgi

Muvazaa, tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek ve isteyerek yaratılmış uygunsuzluktur¹⁰¹. Muvazaanın unsurları; görünürdeki (muvazaalı) işlem, muvazaa anlaşması, gizli işlem ve aldatma kastıdır¹⁰².

Muvazaa yasada tanımlanmamış olup TBK m. 19’da muvazaaya ilişkin şu hüküm yer almaktadır: *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”*

Muvazaanın iki türü bulunur: mutlak muvazaa ve nisbî muvazaa. Mutlak (âdi) muvazaada taraflar gerçekte hiçbir işlem yapmadıkları halde dışarıya karşı bir hukuki işlem yapmış gibi görünme konusunda anlaşılır. Mutlak muvazaada gizli işlem unsuru bulunmaz. Nisbî muvazaada ise taraflar yaptıkları gerçek hukuki işlemi dışarıya karşı farklı bir hukuki işlem gibi göstermek konusunda anlaşılır¹⁰³.

Nisbî muvazaa; sözleşmenin niteliğinde muvazaa, sözleşmenin konusunda veya şartlarında muvazaa ya da tarafların kimliğinde muvazaa olarak ortaya çıkabilir. Örneğin, bağış işleminin dışarıya karşı satış olarak gösterilmesinde sözleşmenin niteliğinde muvazaa; satış bedelinin dışarıya karşı gerçekte olduğundan daha düşük gösterilmesinde sözleşmenin

¹⁰⁰ Benzer yönde bkz. Akıncı, Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, 3, 2019, s.652.

¹⁰¹ Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.54.; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.349.

¹⁰² Eren, s.350.

¹⁰³ Akıntürk/Ateş Karaman, s.55.

şartlarında (bedelde) muvazaa söz konusu olur. Tarafların kimliğinde muvazaa ise sözleşmenin, asıl taraf olan kimse yerine görünürde bir başka kimse ile yapılması halinde ortaya çıkar¹⁰⁴.

3.1.2.1.2. Yeni (Diğer) Şirkete Başvuru Yolu Olarak

Borçlu şirketin varlıklarının, alacaklılardan mal kaçırmak kastıyla yeni (diğer) şirkete devredilmesi halinde muvazaalı bir devir söz konusudur. Bu halde şirketin alacaklıları yeni (diğer) şirkete yapılan devrin muvazaalı olduğunu ispat ederek devrin iptalini sağlayabilir. Bu durumda şirket alacaklıları muvazaalı işlemin tarafı olmayıp, üçüncü kişi konumunda olduklarından muvazaayı her türlü delille ispat edebilirler.

Muvazaanın ispatı için iki şirketin aynı sektörde faaliyet göstermesi, ortaklarının kısmen veya tamamen aynı kişiler veya aralarında akrabalık bağı bulunan kişiler olması, aynı işyerinin kullanılması, çalışanların aynı olması, yeni şirketin önceki şirketin mali durumunun kötüleşmesinden sonra kurulması gibi hususlar delil olarak kullanılabilir¹⁰⁵. Uygulamada bu gibi durumlarda muvazaanın tespiti açısından organik bağ kavramından yararlanılmakta olup organik bağa ileride ayrı bir başlık altında değinilmiştir. (Bkz. Başlık 3.2.2.)

Muvazaaya, uygulamada daha çok yatay başvuru amacıyla yani, yeni (diğer) şirkete yapılan devrin iptali amacıyla başvurulsa da dikey başvuru yolu olarak da muvazaaya başvurulabilmesi mümkündür. Örneğin ortaklara veya şirketin ardındaki kimselere yapılan düşük bedelli (ya da bedelsiz) devirlerin, işlevsiz çalışanlarla yapılan iş akitlerinin, borç ikrarı ve icra takiplerinin¹⁰⁶ muvazaalı olduğu ispat edilerek iptali sağlanabilir. Ancak bu gibi muhtelif olayların tek tek tespiti ve ispatı zor olduğundan dikey başvuru amacıyla muvazaaya başvurulmasına uygulamada sık rastlanılmamaktadır.

3.1.2.2. Tasarrufun İptali

Borçlu şirketin varlıklarının, yeni (diğer) şirkete devredilmesi durumunda alacaklıların muvazaaya ilişkin genel hükümler yerine İİK m. 277 vd. hükümlerine göre tasarrufun iptalini istemesi de mümkündür¹⁰⁷. Esasen tasarrufun iptaline başvurmak, devrin iptalini sağlamak için muvazaaya göre daha geniş kapsamlı ve ispat açısından da daha kolay bir yoldur¹⁰⁸. Öğretide

¹⁰⁴ Eren, s. 354, 355.

¹⁰⁵ Akıncı, s.657.

¹⁰⁶ Yarg. 17. HD., T. 11.03.2013 E. 2012/5917, K. 2013/3140 (erişim tarihi: 08.09.2021) <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

¹⁰⁷ Uyar, Talih, “Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi””, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, ss.343-403, s.362;

¹⁰⁸ Akıncı, s.657.

muvazaalı tasarrufların iptal davasına konu edilemeyeceği yönünde görüşler bulunsa da Yargıtay aksi görüştedir¹⁰⁹.

İptale tabi tasarruflar borçlunun üçüncü kişilerle yaptığı tasarruf işlemleri olup borçlandırııcı işlemler iptal davasına konu olamaz¹¹⁰. Farklı olarak borç ikrarı gibi borçlandırııcı işlemler hakkında muvazaaya dayalı olarak iptal davası açılabilirliğinden yukarıda bahsedilmiştir.

İptale tabi tasarruflar kanunda; ivazsız tasarruflar¹¹¹, aciz halinde yapılan tasarruflar¹¹² ve zarar verme kastından kaynaklanan tasarruflar¹¹³ olarak üç grupta düzenlenmiştir. Borçlu şirketin alacaklısı şirket varlıklarının devrine ilişkin işlemin sayılan hallerden birine girdiğini ispat ederek tasarrufun iptalini sağlayabilir.

¹⁰⁹ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.535.

¹¹⁰ Eroğlu, Orhan, **Tasarrufun İptali Davaları İle Muvazaa Davaları ve Karşılaştırılması**, Ankara, 2020, s.50.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.535.

¹¹¹ İİK m. 278: “Müdat hediyelet müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır.

Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez.

Aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir.

1. Karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar,
2. Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler,
3. Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri,”

¹¹² İİK m. 279: “Aşağıdaki tasarruflar borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından hacizden ve-ya mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır:

1. Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler;
2. Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayrı bir suretle yapılan ödemeler;
3. Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler.
4. Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Bu tasarruflardan istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eylerse iptal davası dinlenmez.”

¹¹³ İİK m. 280: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.

Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya fûru ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilafını üçüncü şahıs, ancak 279 uncu maddenin son fıkrasına göre isbat edebilir.

(Mülga Fıkra)

Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdıyla hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılânını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.”

Borçlu şirketin varlıklarının yeni şirkete devredildiği durumlarda İİK m. 280/4 uygulama alanı bulacaktır. İlgili hüküm uyarınca ticari işletmenin veya işyerindeki ticari malların tamamı veya önemli bir kısmının devredilmesi halinde, devralan üçüncü kişinin, borçlunun zarar verme kastını bildiği karine olarak kabul edilecektir.

Yargıtay iptal edilebilmesi için ilgili tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması gerektiği görüşündedir.¹¹⁴ Tasarrufun iptali davası ile muvazaaya dayalı iptal davası HMK m. 111 vd. uyarınca terditli olarak açılabilir. Alacaklı muvazaa davasındaki ispat yükünü yerine getirememeye ya da tasarrufun iptali davasındaki iptal sebeplerine ilişkin koşulların gerçekleşmemeye ihtimalini göz önünde bulundurarak taleplerini terditli olarak ileri sürebilir.¹¹⁵

3.1.2.3. İstihkak İddialı Haciz

Borçlu şirketin varlıklarının yeni (diğer) şirkete devredilmesi halinde bu devrin muvazaaya veya tasarrufun iptali sebeplerine dayanarak iptali istenebilir. Ancak yeni (diğer) şirket önceki şirketin varlıklarını devralmamışsa muvazaaya veya tasarrufun iptali yoluna başvurulması mümkün değildir¹¹⁶. Örneğin borçlu şirketin içi boşaltılarak yeni bir şirket kurulmuş olabilir.

Uygulamada yeni şirketin genellikle; benzer unvanla, aynı sektörde faaliyet göstermek üzere, borçlu şirketin ortaklarıyla veya çalışan, dost, akrabalar ortak edilerek kurulduğu, çalışanlarının aynı olduğu, iki şirketin ticari faaliyet gösterdikleri adreslerin aynı olduğu, yeni şirketin merkezinde önceki şirkete ait kaşe, evrakların bulunduğu görülmektedir.

Alacaklı, yukarıdaki haller söz konusuysa alacağının tahsili için yeni şirketin mallarının haczedilmesini talep edebilir. Bu durumda şirketler arasında organik bağ söz konusu olduğundan alacaklının haczini talep ettiği mallar hakkında yeni şirket -İİK m. 96 vd. hükümleri uyarınca- istihkak iddiasında bulunsa da bu iddiası kabul görmemektedir¹¹⁷.

Alacaklının bu yolla yeni (diğer) şirketin malvarlığına ulaşması mümkün gözükse de bu yolla örneğin yeni (diğer) şirketin banka hesaplarına haciz konulması mümkün değildir. Ayrıca

¹¹⁴ Uyar, s.360.; Yarg. 17. HD., T. 7.9.2020, E. 2019/3461, K. 2020/4910; Aksi yönde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.533.

¹¹⁵ Uyar, s.363.

¹¹⁶ Akıncı, s.658.

¹¹⁷ “Haciz sırasında hazır bulunan borçlunun, davalı şirketin ortağı ve yetkilisi olarak istihkak iddiasında bulunması, anılan şirketin takip konusu borcun doğumundan sonra kurulmuş olması, borçlunun şahsi ve ortağı olduğu şirketlerin borçlarını ödemeyerek aynı iş kolunda faaliyet gösteren yeni bir şirket kurmasının, alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı bir işlem olduğu, borçlunun yeni şirket kurmasının iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı sayılacağından, istihkak iddiasının reddine karar verilmesi gerekeceği...”(Yarg. 17. HD, 22.06.2010, E. 10761, K.2010/5805 (erişim tarihi:13.09.2021), <http://app.e-uyar.com>.)

bu yolla sadece diğer şirkete ulaşmak bir başka deyişle yatay başvuru mümkün olup dikey başvuru, yani şirketin ardındaki kimselere ulaşmak mümkün değildir.

3.2. İctihadî Başvuru Yolları

3.2.1. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

3.2.1.1. Kavram

Tüzel kişilik perdesinin aralanması¹¹⁸ kavramı ile kastedilen geniş anlamda şirket tüzel kişiliğinin somut durum ile sınırlı olarak yok sayılması, şirket ve ortaklar arasındaki ayrılık ilkesinin uygulanmamasıdır. Diğer bir ifade ile tüzel kişilik perdesi aralandığında şirket, hukuk önünde kişi olarak dikkate alınmaz, şirketin hukuki kişiliği maddi anlamda inkar edilir¹¹⁹.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramı dar anlamda, sınırlı sorumluluğun göz ardı edilerek şirketin borçlarından ortakların sorumlu tutulmasını ifade eder¹²⁰.

Common Law¹²¹ (Ortak Hukuk) sisteminde ortaya çıkan bu kavram Türk hukuk literatüründe genellikle “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi” olarak anılmaktadır. Buradaki “kaldırma” ibaresi, tüzel kişiliğin tamamen ortadan kaldırıldığı, bundan böyle şirket borçlarından ortaklarının sorumlu tutulacağı izlenimini uyandırdığından sakıncalıdır¹²². Nitekim bu izlenime kapılan bir yerel mahkeme açılan eda davasında “tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına” hükmetmiştir. Bu hüküm Yargıtay tarafından bozulmuştur.¹²³ Yargıtay’ın da değindiği üzere perdenin kaldırılması şeklindeki hükmün infaz edilebilirliği yoktur. Söz konusu kararın, “tüzel kişilik perdesinin aralanması koşulları mevcut olduğundan ortakların dava konusu borçtan müteselsilen sorumlu tutulmasına...” şeklinde olması gerekmektedir. Zira tüzel kişilik perdesi sonsuza dek kaldırılmamakta, somut olay bakımından şirket ortaklarının sorumlu tutulması için aralanmaktadır. Açıklanan sebeple bu çalışmada “kaldırılma” yerine “aralama” ibaresi tercih edilmiştir.

¹¹⁸ Bu tabir, Amerikan ve İngiliz hukukunda bazen “piercing the veil” bazen “lifting the veil” bazen de “disregarding the legal entity” olarak kullanılan , Alman ve İsviçre hukukunda “Durchgriffshaftung” olarak kullanılan kavramların Türkçe karşılığı olarak tercih edilmiştir.

¹¹⁹ Yanlı, s.17,18

¹²⁰ Küçük, Damla, “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2019, ss.287-360, s.296.

¹²¹ Common Law sistemi doktrinde sık sık Anglo-Sakson veya Anglo-Amerikan hukuk sistemi olarak anılsa da bu kullanım tercih edilmemiştir. Zira Anglo-Sakson hukuku İngiltere’de 6. yüzyıl ile Norman istilası (1066) arasındaki dönemde hakim olan hukuk prensiplerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. (bkz. <https://www.britannica.com/topic/Anglo-Saxon-law> (erişim tarihi: 09.01.2020)) Anglo-Amerikan hukuk sistemi ifadesi Common Law ile eş anlamlı kullanılmaktaysa da daha ziyade tarihi bağlamda kullanılması sebebiyle tercih edilmemiştir.

Common Law, Türkçe’ye, “Müşterek Hukuk” ya da “Ortak Hukuk” olarak tercüme edilebilirse de bu kullanımlar yaygın olmadığından, daha yaygın olarak kullanılan “Common Law” ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir.

¹²² Aynı yönde Wick’in görüşüne ilişkin açıklamalar için bkz. Yanlı, s.13, dn.49.

¹²³ Yarg. 11HD, T. 6.12.2016, E. 2016/727, K. 2016/9387, (erişim tarihi:13.01.2021), <http://www.kazanci.com>.

Kavramda “teori” ibaresinin yer alması sebebiyle uygulayıcılarda konunun soyut tartışma boyutunda olduğu izlenimi uyanmaktadır. Oysa buradaki “teori” ibaresi, kavramın “tüzel kişilik teorisi”ne karşıtlığından ileri gelmektedir¹²⁴.

3.2.1.1.1. Perdeyi Aralayarak Sorumlu Tutma

Perdeyi aralayarak sorumlu tutma, şartların bulunması halinde tüzel kişiliği dikkate almayarak, perdenin ardındaki ortakları şirket borcundan sorumlu tutmayı ifade eder¹²⁵. Perdeyi aralayarak sorumlu tutma ile dar anlamda perdenin aralanmasının kastedildiği söylenebilir.

Perdeyi aralayarak sorumlu tutma, tersine olarak ortağın borcu nedeniyle tüzel kişiliğin sorumlu tutulması şeklinde de ortaya çıkabilir.

3.2.1.1.2. Perdeyi Aralayarak Özdeş Kılma

Perdeyi aralayarak sorumlu tutma dışında bir de perdeyi aralayarak özdeş kılma (perdeyi aralayarak isnatta bulunma) hali bulunmaktadır. Bu durumda ortağın bilgisi, vasfı veya fiili nedeniyle bir hukuki sonucun ortağa izafe edilmesi söz konusudur¹²⁶. Durum tam tersi şekilde hukuki sonucun tüzel kişiliğe izafe edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

Ortağın yolsuz tescil ile edindiği bir taşınmazı hakimiyeti altında olan şirkete devretmesi halinde şirketin iyi niyetli kabul edilmemesi; sözleşmenin tarafı olan şirketin (güvenilirlik gibi) bir vasfının önem taşıdığı durumda hakim ortağın vasfının şirketin vasfı gibi kabul edilmesi; hakim ortağın kötü niyetinin şirketin kötü niyeti olarak kabul edilmesi; şirketin tarafı olduğu bir sözleşmedeki şartın gerçekleşmesine ortağın dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olması durumunda fiilin şirkete izafe edilmesi, perdeyi aralayarak özdeş kılma hallerine örnek verilebilir¹²⁷.

Ayrıca tüzel kişilik sözleşmenin veya kanunun dolanılması amacıyla kullanılıyorsa tüzel kişi ve ortağın özdeş kılınması söz konusu olabilir. Bu duruma; bir rekabet etmeme yükümlülüğünün, yükümlünün hakim ortağı olduğu şirketi de bağlaması; kendi payını iktisap yasağını dolanmak amacıyla bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi halinde hakim şirketin kendi payını iktisap ettiğinin kabulü; taşınmazdaki payını satan kişinin hakim olduğu ve aynı zamanda taşınmazda payı olan şirketin önalım davası açması halinde kişilerin özdeşliği nedeniyle hakkın kötüye kullanıldığının kabulü örnek verilebilir.

¹²⁴ Bozgeyik, Hayri/Yavaş, Mahmut, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9.100, 2014, ss.299-311, s.302.

¹²⁵ Tekinalp, s.689; Yanlı, s.37

¹²⁶ Vanderkerckhove, Karen, *Piercing the Corporate Veil (European Company Law)*, Wolters Kluwer, 2007, s.13.

¹²⁷ Yanlı, s.21-28; Tekinalp/Tekinalp, s.388

Yanlı, sorumlu tutma ve özdeş kılma hallerine ilişkin İsviçre hukukundaki tutuma da değinerek, özdeş kılma halinde şirketin alacaklılarını da gözeterek davanın sadece ortağa karşı açılmasının uygun olduğunu belirtmiştir. Örneğin ortağın rekabet etmeme yükümlülüğünden kaçmak üzere kurduğu şirketi ikinci kişiliği gibi kullandığı bir durumda rekabet etmeme borcunun asıl borçlusu ortaktır. Rekabet etme yükümlülüğünü ise görünürde ihlal eden şirkettir. Ancak ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini için sadece ortağa dava açılması mümkün ve yeterlidir. Öyle ki bu halde şirketin kendi alacaklılarının hakları (şirketin malvarlığının azalmaması sayesinde) zarar görmemiş olur¹²⁸.

Geniş anlamda perdenin aralanması, perdeyi aralayarak özdeş kılma halini de kapsamaktadır¹²⁹. Özdeş kılma (*identification*) bazı hukukçular tarafından perdenin aralanmasının dışında değerlendirilmiştir¹³⁰.

3.2.1.2. Perdenin Aralanması Teorisinin Tarihi Gelişimi

Tarihsel süreçte sınırlı sorumlu ve tüzel kişiliği haiz şirket yapısı ABD'ye geç ulaşmış ancak burada çok hızlı bir gelişim ve yaygınlaşma süreci geçirmiştir. ABD'de şirketlere sağlanan tüzel kişiliğin ve sınırlı sorumluluğun sıkça kötüye kullanılması bu konuda açılan davaları ve çözüm arayışlarını beraberinde getirmiştir.

Amerikan mahkemeleri başlarda sınırlı sorumluluğun istismar edildiği durumlarda dahi sınırlı sorumluluğa sadık kalmayı tercih etmişlerdir¹³¹. Örneğin 1824 tarihli Wood v. Dummer kararına ilişkin olayda sınırlı sorumlu ve tüzel kişiliği haiz bankanın ortakları fahiş kar payları alarak bankanın içini boşaltmışlardır. Geriye alacaklıların alacaklarını karşılayabilecek bir malvarlığı kalmamıştır. Bu davada mahkeme, sınırlı sorumluluk kuralına sadık kalarak ortakların "aldıkları kar paylarını aşmamak üzere" borçlarını ödemelerine karar vermiştir.

19. yüzyılın başlarından itibaren Amerikan mahkemelerinin şirketlerin tüzel kişiliğini görmezden gelen ve tüzel kişiliğin ardındaki şahıslara ulaşmayı mümkün kılan dolayısıyla sınırlı sorumluluk korumasını ortadan kaldıran kararlar verdikleri görülmüştür¹³². Bu konuda

¹²⁸ Yanlı, s.40.

¹²⁹ Yanlı, s.28-34.

¹³⁰ Çamoğlu görüşünü şu ifadelerle dile getirmiştir: "Özgün anlamı ile perdenin aralanması, tüzel kişinin borcundan ortakların sorumlu tutulduğu hallerdir. Yine bunun gibi kıymetli evrakta kişisel defilerin hamile karşı ileri sürülmesi imkanı, görünüşe doğan güvenden sorumluluk, vergi hukukunda yükümlülerin sorumluluktan kurtulmak amacıyla başvurdukları dürüstlük kuralına aykırı yöntemler gibi öğretilerde perdenin aralanması kuramı içinde incelenen hallerin de kuramla tam örtüşmediğini vurgulamak isterim." Çamoğlu, Ersin, "Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması", **BATIDER**, C. XXXII, 2016, ss.5-17, s.11.; **Vanderkerckhove**, s.14, 380.

¹³¹ Alting, Carsten, "Piercing the Corporate Veil in American and German Law-Liability of Individuals and Entities: A Comparative View.", **Tulsa J. Comp. & Int'l L.**, 2 1994, s.192.

¹³² Bu konuda temel alınan en eski karar 1809 tarihli Bank of United States v. Deveaux kararıdır. (Wormser, Maurice, "Piercing the Veil of Corporate Entity", **Columbia Law Review**, 1912, s.497.; Yanlı, s.5, dn.17.)

1905 tarihli United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. kararı büyük öneme sahiptir. Bu kararla mahkeme hangi durumlarda şirket tüzel kişiliğinin göz ardı edileceğine ilişkin genel bir çerçeve çizmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *“Aksinin kabulü için yeterli sebep olmadıkça bir şirket (corporation) tüzel kişi olarak görülür. Tüzel kişilik yapısı kamuyu yanıltmak, haksızlığı aklamak, hileyi korumak veya suçu savunmak için kullanılıyorsa hukuk bu şirketi ancak kişi topluluğu olarak kabul eder. Bir şirket başka bir şirketin yöneticileri veya ortakları tarafından kurulmuş veya sahiplenilmiş, bunlarla çıkar birliği içerisinde bulunuyorsa gerektiğinde iki şirket de aynıymış gibi muamele görür.”*¹³³

Amerikan Yüksek Mahkemesi tüzel kişilik perdesinden¹³⁴ daha önceki tarihlerde bahsetmişse de tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramı ilk kez Amerikan hukukçu Wormser tarafından 1912 yılında kullanılmıştır¹³⁵. Wormser, tüzel kişilik perdesinin aralanmasını ele aldığı makalesinde tüzel kişiliği yapay bir varlıktan ziyade gerçek bir kişi gibi gören gerçeklik teorisini eleştirmiştir¹³⁶. Gerektiğinde tüzel kişiliğin göz ardı edilebileceğini ve bunun son derece adil sonuçlar doğurduğunu belirtmiştir. Buna örnek gösterdiği kararlardan biri 1898 tarihli First National Bank of Chicago v. Trebein Company kararıdır.

Dava konusu olayda müflis durumda olan Trebein isimli şahıs, eşi, kızı, damadı ve kayın biraderi ile birlikte bir şirket kurmuştur. Trebein elinde kalan kayda değer tüm malvarlığını bu yeni kurulan şirkete devretmiştir. Trebein’in alacaklıları bu şirketin, kendilerini aldatmak ve alacaklarını temin etmelerine engel olmak amacıyla kurulduğunu delilleriyle ortaya koymuşlardır. Mahkeme, bu şirketin aslında başka bir Trebein olduğunu, kendi mallarını şirkete devretmesinin parasını bir cebinden diğerine koymasından farksız olduğunu belirterek şirket tüzel kişiliğini göz ardı etmeye karar vermiştir. Şirketteki payların beşte dördünün Trebein’in şahsına değil akrabalarına ait olması yönündeki savunma da temyiz mahkemesince kabul görmemiştir¹³⁷.

Wormser’in karşı çıktığı tüzel kişiliğin gerçekliği görüşü İngiliz şirketler hukukunda büyük önem atfedilen Salomon v. Salomon & Co. Ltd. kararında kendini göstermiştir. (Karar için bkz. Başlık 1.1.5.) Hem İngiliz hem Amerikan hukukunda perdenin aralanması doktrininin bu kararla birlikte gelişmeye başladığı kabul edilmektedir¹³⁸.

¹³³ United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142 F. 247 (1905)

¹³⁴ “...Mahkemelerin perdeyi bir kenara çekerek ortakların şahsını dikkate aldığı davalar bulunmaktadır...” (Farfield County Turnpike Co. v. Thorp, 13 Conn. 173, Supreme Court (1839))

¹³⁵ Yanlı, s.5.

¹³⁶ Wormser, s.496.

¹³⁷ Wormser, s.502.

¹³⁸ Cheng, Thomas K., “The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines” BC Int’l & Comp. L. Rev., C. 34, 2011, s.342.

Salomon kararında Lordlar Kamarası, şirket kurulduktan sonra onun artık gerçek bir kişi gibi var olduğu ve aynı anda şirket hem var hem yok demenin mümkün olmadığından bahsederek şirket tüzel kişiliğinin her şart altında korunması gerektiğine karar vermiştir¹³⁹.

Salomon kararının İngiliz hukukuna etkisi 1925 tarihli Macaura v Northern Assurance Co. Ltd. kararında gözükmemektedir. Dava konusu olayda kerestecilik işiyle uğraşan Macaura, kereste yetiştirdiği arazisini kurduğu şirkete devretmiştir. Arazisinde çıkan yangında keresteler yanmış Macaura da zararının tazmini için sigorta şirketine başvurmuştur. Sigorta şirketi, kerestelerin Macaura adına sigortalandığını oysa kerestelerin şirkete ait olup şirketin ayrı bir kişi olduğundan bahisle Macaura'nın tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme de Salomon kararına atıfla aynı yönde karar vermiştir.

Perdenin aralanması uygulaması bakımından İngiliz hukukunda üç dönem bulunduğu kabul edilmektedir. İlk dönem 1897-1966 yılları arasındaki Salomon kararının etkisini gösterdiği ve ayrılık ilkesinin esas alındığı dönemdir. Bu dönemde perdenin aralanmasına ilişkin kararlar mevcut olsa da perdenin aralanmasına nadiren karar verilmiştir. (Örneğin 1916 tarihli Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. Ltd. kararı¹⁴⁰) İkinci dönem ise müdahale dönemi olarak adlandırılmakta olup 1966-1989 yılları arasını kapsar¹⁴¹. Bu dönemde mahkemeler sıkça perdeyi aralayarak tüzel kişiliği göz ardı etmişlerdir. Üçüncü dönem 1989 sonrasını kapsayan çağdaş dönemde ise mahkemeler 1990 tarihli Adams v. Cape Industries

¹³⁹ Salomon v. Salomon & Co. Ltd., 1897 A.C. 22.

¹⁴⁰ Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. Ltd. kararında mahkeme Daimler Co. Ltd. her ne kadar İngiltere'de tescilli bir şirket de olsa ortaklarının neredeyse tamamının Almanya'da ikamet eden Almanlardan oluşması sebebiyle Daimler Co. Ltd. ile yapılan ticareti düşman ülke mensuplarıyla yapılan ticaret gibi kabul etmiştir. (Sağlam, Örtünün Aralanması, s.63,64)

¹⁴¹ Bazı kaynaklarda bu dönemin 1978 tarihli Woolfson v. Strathclyde Regional Council kararına kadar sürdüğü kabul edilmektedir. Bkz. **Cheng**, s.334.

Plc.¹⁴² kararının etkisiyle klasik dönem uygulamasına yani Salomon kararındaki uygulamaya dönmüşlerdir¹⁴³.

Perdenin aralanması teorisi Common Law sisteminde ortaya çıkmışsa da zamanla Kara Avrupası hukuk sisteminde de uygulama alanı bulmuştur. Teori Almanya’da 1920’li yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi “hayatın gerçekleri, olayların doğası ve ekonomik ihtiyaçlar” gibi nedenlerle tüzel kişiliğin göz ardı edilebileceği yönünde kararlar vermiştir¹⁴⁴. Alman Federal Mahkemesi de istisnai durumlarda perdenin aralanmasına karar vermiştir. Örneğin şirketin ortak ile özdeşleşmesi ve şirketin bu ortağın, “tek adamın” amaçları için araç haline gelmiş olmasını perdenin aralanması sebebi kabul etmiştir¹⁴⁵.

Teoriyi Almanya’da ayrıntılı olarak ilk inceleyen Serick olmuştur. Serick çalışmasında Amerikan hukukundaki çözümleri de göz önünde bulundurarak genel kurallara ulaşmaya

¹⁴² Bozgeyik/Yavaşı kararı şu şekilde özetlemiştir: “Birleşik Krallık kanunlarına göre kurulmuş, orada yerleşik ana şirket statüsündeki Cape Industries Plc. şirketinin Güney Afrika’daki yavru şirketi, amiyant (asbestos) çıkarıp Teksas’taki pazarlama yavru şirketi olan NAAC şirketine göndermekte, pazarlama şirketi de bunları Teksas’taki başka bir şirkete satmaktaydı. Teksas’taki yavru şirketin işçilerinin amiyant madeni nedeniyle hastalanmaları üzerine, ana şirket ve onun yavru şirketleri aleyhine Teksas’ta tazminat davası açıldı. Dava; işverenin ihmali gerekçesiyle, işçiler lehine sonuçlandı. Bunun üzerine; kararın Birleşik Krallık mahkemelerinde tanınması için dava açıldı. Davada; davacıların Birleşik Krallık mahkemelerine tüzel kişiliklerin kaldırılarak, ana şirket ile yavru şirketin tek bir tüzel kişilik gibi dikkate alınması gerektiğini ispatlamaları gerekmektedir.

Yerel mahkemenin, Cape Industries Plc. şirketinin Teksas’ta var olduğunun kabul edilemeyeceğine karar vermesi üzerine, işçiler kararı temyiz etti. Temyiz Mahkemesi kararında; kanunlarla veya sözleşmelerle belirlenenler hariç olmak üzere, mahkemelerin (ayrı tüzel kişiliğin bulunduğunu kabul eden) Salomon (davasındaki) prensibini dikkate alıp almamakta almakta serbest olmadıkları, bir şirketin göstermelik bir şirket olup olmadığını tespit ederken, şirketin mevcut sorumlulardan kurtulmak için kurulup kurulmadığına bakılması gerektiği, henüz gerçekleşmeyen veya nazari sorumluluklara bakılamayacağı, mahkemenin tüzel kişiliği; (1) tüzel kişilik yapısının kanunların yüklediği yükümlülüklerden kaçınılması, (2) üçüncü kişilerin kendilerine karşı sahip oldukları hakların kullanılmasını engelleyebilmesi ve (3) üçüncü kişilerin ileride sahip olabileceği hakların kullanılmasının engellenmesi amacıyla kurulduğu iddiaları üzerine kaldırabileceği, birinci ve ikinci koşulun var olması halinde, tüzel kişiliğin kaldırılabilirliği; fakat huzurdaki davada bunlardan hiç birinin bulunmadığı, yapılan işlemlerin mevcut veya potansiyel yasa dışılık içermediği veya herhangi birinin haklarından mahrum edilmesi için yapılmadığı, Cape Industries Plc.’nin faaliyetlerini yavru şirketler aracılığı ile veya başka yollarla yapmasında yasal bir engelin bulunmadığı, üçüncü koşul konusunda, Teksas’ta bulunan yavru şirketin kurulmasındaki amacın. davacı işçilerin sahip oldukları hakların kullanılmasının engellenmesi olmadığı, varsa yavru şirketin sorumluluğunu ana şirketten ayrı olarak yerine getirmesi gerektiği, bu sorumluluğun ana şirkete yönlendirilemeyeceğigerekçeleri ile oybirliğiyle; (i) Cape Industries Plc.’nin tek bir ekonomik ünite olması gerektiği, (ii) yavru şirketlerin göstermelik olduğu, (iii) ana şirket - yavru şirket arasında temsil ilişkisi olduğu iddialarını reddetmiştir.

İngiltere Temyiz Mahkemesi ayrıca, Cape Industries Plc.’nin Teksas’taki yavru şirketinin ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğuna, bu şirket nedeniyle Cape Industries Plc.’nin ABD’deymiş gibi kabul edilip buna dava açılmayacağına karar vermiştir.” (Bozgeyik/Yavaşı, s.306, 307.)

¹⁴³ Bafra, Erdem, “İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması”, *TBB Dergisi*, 2014 C. 112, s.361, 362.

¹⁴⁴ Öztekin, Selçuk/Memiş, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.197.

¹⁴⁵ BGH, 29.11.1956, BGHZ 22, S.226, 230-BB 1957, s.53 (akt. Yılmaz, Lerzan, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler” Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.240.)

çalışmıştır. Alman hukukundaki değişen yaklaşımlara burada yer verilmemiş olup ileride¹⁴⁶ ayrıntılı olarak üzerinde durulmuştur. Perdenin aralanması teorisi mahkemeler ve doktrin tarafından şekillendirilmekte olup halen yasal zemine oturtulmuş değildir¹⁴⁷.

3.2.1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Perdenin Aralanması

3.2.1.3.1. Amerikan Hukukunda Perdenin Aralanması

Amerikan hukukunda perdenin hangi durumlarda aralanacağına ilişkin pek çok farklı yaklaşım ve test bulunmaktadır. Eyaletler arası farklılıklar da göz önüne alındığında yorum ve uygulama bakımından büyük bir çeşitlilik olduğu görülür.

3.2.1.3.1.1. Araçsallık (*Instrumentality*) Teorisi

Powell tarafından geliştirilen araçsallık ya da vasıta (*instrumentality*) teorisi, perdenin aralanacağı durumları belirlemek üzere ortaya konan en kapsamlı teorilerden biridir. Powell konuyu hakim-bağlı şirketler açısından ele alsa da teori, diğer perdenin aralanması halleri için de uygulama alanı bulmuştur¹⁴⁸. Hakim-bağlı şirket ilişkisinin bulunmadığı durumlarda hakim şirket yerine hakim ortak konulmaktadır.

Araçsallık teorisine göre: (1) bağlı şirket üzerinde aşırı kontrol söz konusuysa, (2) bu kontrol davacı için haksız veya adaletle aykırı bir sonuca neden olacak şekilde kullanılıyorsa, (3) davacı bu eylem nedeniyle zarar veya kayıp yaşıyorsa perdenin aralanması yoluna gidilmelidir¹⁴⁹.

Aşırı kontrolden bahsedilebilmesi için sadece hisse çoğunluğu yeterli değildir. Bağlı şirketin finansmanı, faaliyeti ve politikası, günlük karar alma sürecinin kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu hakimiyet, kontrol durumu hile (*fraud*) veya hukuka, adaletle aykırı amaç için kullanılmış olmalıdır¹⁵⁰.

Powell, yukarıda sayılan üç koşulun somut olayda gerçekleştiğinin tespiti için mahkemelere yol gösteren bir liste hazırlamıştır. Aşağıda sayılan haller, bağlı şirketin araçsallaştırıldığının önemli belirtileridir:

- (1) Hakim şirketin bağlı şirketin tüm veya çoğunluk hisselerine sahip olması,
- (2) Hakim ve bağlı şirket ortak görevli ve yöneticilere sahip olması;
- (3) Hakim şirketin bağlı şirketi finanse ediyor olması;

¹⁴⁶ Bkz. Başlık 3.2.1.3.4.

¹⁴⁷ Alting, s.191.

¹⁴⁸ Cheng, s.380.

¹⁴⁹ Powell, Frederick James, "Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of Its Subsidiary", Callaghan, 1931, s.8-34, 54-81 (akt. Vanderkerckhove, s.81.)

¹⁵⁰ Vanderkerckhove, s.81.

- (4) Hakim şirketin bağlı şirketin sermayesinin tamamını sağlaması,
- (5) Bağlı şirketin sermayesinin çok yetersiz olması,
- (6) Hakim şirketin bağlı şirketin çalışanlarının ücretleri gibi giderlerini veya zararlarını ödemesi,
- (7) Bağlı şirketin hakim şirket ile olan dışında işinin, hakim şirketten sağlanan dışında varlığının olmaması,
- (8) Hakim şirketin evraklarından veya görevlilerin ifadelerinden bağlı şirketin hakim şirketin bir departmanı veya bölümü olarak bahsedilmesi veya bağlı şirketin iş ve finansal sorumluluklarının hakim şirketinmiş gibi bahsedilmesi,
- (9) Hakim şirketin bağlı şirketin mülklerini kendisinin gibi kullanması
- (10) Bağlı şirketin yöneticilerinin, bağlı şirketin yararına bağımsızca karar almaması, hakim şirketin yöneticilerinden hakim şirket yararına talimatlar alması,
- (11) Bağlı şirkette hukuki gerekliliklere (formalitelere) riayet edilmemesi,
- (12) Bağlı şirket aleyhine şirketler arası (uygunsuz) borçlanma
- (13) Finansal beyanlarda veya vergi iadesi bildiriminde şirket hesaplarının bir arada (tek) olması,
- (14) Bağlı şirketin karar alma sürecinin hakim şirket ve yetkilendirdiği kimselerce yürütülmesi,
- (15) Hakim ve bağlı şirket arasındaki sözleşmelerin daha çok hakim şirket lehine olması,
- (16) İki şirketin faaliyetlerinin fonlarının, aktivitelerinin birbirine karışması, ortak yönetim ve denetim nedeniyle tek işletme olarak kabulünün gerekmesi,
- (17) Bağlı şirketin faaliyetlerinin kâr getirmemesi.

3.2.1.3.1.2. Alter Ego Teorisi

Alter ego (diğer benlik) teorisine göre: (1) şirket ve ortağın çıkarlarının özdeşleşmesi bir diğer anlatımla ortağın çıkarının şirketin çıkarı haline gelmiş olması nedeniyle ayrılık ortadan kalkmış ise, (2) alacaklıların itirazı olan eylem ve işlemler şirkete ait kabul edildiğinde hakkaniyetsiz durumlar ortaya çıkacak ise tüzel kişilik göz ardı edilir¹⁵¹.

Blumberg, alter ego ve araçsallık teorilerinin farklı teoriler olsalar da sonuçta eşdeğer olduklarını belirtmiştir. Alter ego teorisinde zarar şartından söz edilmese de mahkemelerin her zaman davacının zararını da aradığı görülmüştür.¹⁵²

¹⁵¹ Carsten, s.195

¹⁵² Blumberg, Philip I., **Blumberg on Corporation Groups V.I.**” Wolters Kluwer, 2005, (Blumberg, Corporation Groups), s.10,11.

3.2.1.3.1.3. Özdeşlik (*Identity*) Teorisi

Özdeşlik teorisi de Powell tarafından geliştirilmiş olsa da araçsallık teorisinden ayrı tutulmaktadır.

Connecticut Yüksek Mahkemesi özdeşlik teorisi hakkında şu açıklamayı yapmıştır. Özdeşlik teorisi, araçsallık teorisinin tamamlayıcısıdır. Bu teorinin uygulaması Lukenbach S.S. Co. v. W. R. Grace & Co. kararında görülebilir. Bu davada Edgar F. Lukenbach, Lukenbach Steamship Company'nin %94 hissesine, Lukenbach Company'nin de %90 civarı hissesine sahiptir. Lukenbach Steamship Company'nin sermayesi 10.000 USD olup hiç vapuru yoktur, Lukenship Company'nin sermayesi 800.000 USD'dir ve sahip olduğu vapurları ilk şirkete kiralamıştır. W. R. Grace & Co.; Lukenbach Steamship Company ile olan bir sözleşmesinde şirketin yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebiyle iki şirkete de dava açmıştır. Mahkeme iki şirketin de pratikte güttüğü amacın bir olması ve milyonlarca dolarlık vapur filosu sahibi şirketin sorumluluktan kaçmak için açıkça kendisinin başka bir formu olan 10.000 dolarlık bir şirkete devretmesi sebebiyle sorumluluk yüklenmemesinin insafsızca olacağını belirtmiştir¹⁵³.

Aynı kararda özdeşlik teorisi şöyle açıklanmıştır. Çıkarların ve sahipliğin özdeşleşmesi söz konusuysa öyle ki şirketlerin bağımsızlığı fiiliyatta sona ermiş ya da hiç mevcut olmamışsa; farklı bir kimlik varsayımına bağlı kalmak, adalet ve hakkaniyeti zedelemeye yol açıyor, ekonomik kişiliğin bir şirketin operasyonlarından doğacak sorumluluktan kaçması için kullanılmasına hizmet ediyorsa şirketlerin ayrı kişiliği yok sayılarak sorumlulukları yoluna gidilecektir.

3.2.1.3.1.4. İşletme Tüzel Kişiliği (*Enterprise Entity*) Teorisi

Hakim bağlı şirketler için geliştirilen bir diğer teori de Berle'in işletme tüzel kişiliği (enterprise entity) teorisidir. Bu teori bir işletmenin görünürde farklı şirketlere ayrılarak yürütülmesi durumunda -hakim şirketin sorumluluğundan ziyade- tüm şirketlerin tek bir şirket gibi kabul edilerek sorumlu tutulması gerektiğini savunur¹⁵⁴.

Bu teoriye atıf yapılan bir karar konunun anlaşılması için önem taşır. 1966 tarihli Walkovszky v. Carlton kararına konu olayda Carlton her biri ikişer taksi işletmek üzere on adet şirket kurmuştur. Bu şirketlerden biri olan Seon Cab Corp.'a ait bir taksi Walkovszky'e çarparak sakatlanmasına sebep olmuştur. Walkovszky yaşadığı ağır sakatlık nedeniyle yüksek miktarda tazminat talep ettiği bir dava açmıştır. Ancak taksiyi işleten Seon Cab Corp.'ın sigorta limiti 10.000 dolardır. Bu sebeple Walkovszky tüm şirketlerin tek bir şirket olarak kabul

¹⁵³ Zaist v. Olson, 154 Conn. 563, 227 A.2d 552, 227 A. 28 (1967).

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçük**, s.289 vd.

edilerek sorumlu tutulmasını talep etmiştir. Mahkeme sadece birden fazla şirket kurulmasının hileli bir işlem olmadığını şirketlerin pay sahibi olan Carlton, şahsi çıkarları için şirketi kontrol ediyorsa buna dayanarak sorumluluğuna gidilebileceği yönünde karar vermiştir.¹⁵⁵ Sonrasında taraflar anlaşmaya varmıştır. Mahkeme Berle'in teorisine atıf yapmışsa da teoriyi reddettiği anlaşılmaktadır.

3.2.1.3.1.5. Uygulama

Amerikan mahkemelerinde genel olarak alter ego ve vasıta teorilerinin kabul gördüğü söylenebilir. Mahkemeler bu teorilerden birini tercih etmemekte teorileri değiştirilebilir (geçişli) bir şekilde uygulamaktadır. Zira bu teorilerin somut olaya uyarlanabilme imkanı yüksektir.¹⁵⁶ Örneğin ABD Temyiz Mahkemesi 10 ve 11. Dairesi şu formülü uygulamaktadır: (1) Şirketin çıkarı ortağın çıkarı olmuşsa (çıkarların birliği), ortağın şirketin ayrı tüzel kişiliğine gösterdiği saygı eksikse, şirket ve bireylerin kişilikleri ve malvarlıkları ayırt edilemez hale gelmişse ve (2) tüzel kişiliğe bağlılık (tüzel kişiliği tanımak) hileye (*fraud*) müsaade etmeye, adaletsizliği desteklemeye, hukuki yükümlülükten kaçmaya fırsat tanımaya yol açıyorsa tüzel kişilik perdesi aralanabilir.¹⁵⁷

Alter ego ve vasıta teorilerini kabul etmeyen, birtakım kriterleri bu teoriler dışında tutup inceleyen uygulamalar da mevcuttur. Örneğin hile (*fraud*) bazı durumlarda alter ego teorisinden hariç olarak değerlendirilmekte ve perdenin aralanması için yeterli kabul edilmektedir.¹⁵⁸ Aşağıda sayılan diğer kriterler de bazı durumlarda alter ego ve vasıta teorilerinin içinde bazen de harici testler içinde değerlendirilmektedir.

Özkaynak yetersizliği (*undercapitalization*) perdenin aralanması için değerlendirilen kriterlerden biridir. Şirket faaliyet konusu için yetersiz sermaye ile kurulmuş olabileceği gibi yüksek kar payı dağıtılarak veya yöneticilere yüksek maaş ödemesi yaparak alacaklıların teminatı olan malvarlığını eritmiş olabilir. Özkaynak yetersizliği şirketin faaliyet konusu gibi somut durumun özellikleri göz önünde tutularak değerlendirilmektedir.¹⁵⁹

Malvarlıklarının (şirket ile ortağın, hakim şirket ile bağlı şirketin vb.) birbirine karışması (*commingling of assets*) da değerlendirilen önemli bir kriterdir. Şirket varlıklarının kişisel

¹⁵⁵ Walkovszky v. Carlton, 23 N.Y.2d 714, 1968 N.Y.

¹⁵⁶ Altig s.196

¹⁵⁷ NLRB v. West Dixie Enterprises, Inc., 190 F.3d 1191 (11th Cir. 1999).

¹⁵⁸ Pehlivan, Selin, "İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 92, 2, 2015, s.219

¹⁵⁹ Pehlivan, s.220.

amaçlarla kullanılması da malvarlıklarının birbirine karışması olarak değerlendirilmektedir. Burada malvarlıklarının “önemli ölçüde” birbirine karışması şartı aranır¹⁶⁰.

Şirket formalitelerinin yerine getirilmemesi yani defterlerin, muhasebe kayıtlarının düzenli tutulmaması gibi şirket ortakları ve yöneticilerin yükümlülüklerini usulüne uygun olarak yerine getirmemesi de perdenin aralanması için değerlendirilen bir kriterdir¹⁶¹.

Perdenin aralanması için şirketlerin ortaklarının, yöneticilerinin, çalışanların aynı olması, alacaklıları -kasten yanlış intiba uyandırarak- yanıltma (*misrepresentation*), hakkaniyet gibi kriterler de bulunmaktadır. Kriterlerden sadece birinin varlığı çoğu zaman perdeyi aralamak için yeterli kabul edilmemektedir¹⁶².

Amerikan hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması, şirketler hukuku alanında en çok dava edilen konudur¹⁶³. Amerikan mahkemeleri, şirketin tek ortaklı olduğu ve ortağın aynı zamanda şirket yetkilisi olduğu durumlarda, perdeyi aralamak için daha istekli davranmaktadır¹⁶⁴. Mahkemeler, perdenin aralanması ile ulaşılan gerçek kişi değil de bir şirket ise daha fazla tereddüt etmektedir.¹⁶⁵

Oh’a göre şirket alacaklılarının ortakların şahsi malvarlıklarına ulaşmasını sağlayan bir yol olan perdenin aralanması zamanla doktrinel bir kara deliğe dönüşmüştür. Mahkemeler temeldeki zararı gözetmeden, belirsiz unsurlardan meydana gelen uzun bir listeye başvurmakta; bu da girişimciler, alacaklılar ve öğreti için noksan, ilkesiz, öngörülemez sonuçlar doğmasına neden olmaktadır¹⁶⁶.

3.2.1.3.2. İngiliz Hukukunda Perdenin Aralanması

Tüzel kişilik perdenin aralanması doktrini İngiltere’de ABD’de olduğu kadar gelişmiş değildir¹⁶⁷. İngiliz mahkemeleri perdenin aralanması konusunda Amerikan mahkemelerinin aksine tutucu bir tavır göstermekte ve isteksiz davranmaktadır. Ayrıca Common Law hukuk sisteminde olmasına rağmen İngiliz hukukundaki eğilim özellikle grup şirketler açısından perdenin aralanmasını yasal zeminde ele almak yönündedir.¹⁶⁸

¹⁶⁰ National Labor Relations Board v. West Dixie Enterprises Inc. davasında mahkeme şirketin borçlarının ortağın hesabından ödenmesi ve ortağın evinin 6 aylık kirasının şirket hesabından ödenmesi, bu ödemelerin iadesinin ispatlanamaması sebebiyle malvarlıklarının önemli ölçüde birbirine karıştığını kabul etmiştir. (Pehlivan s.220)

¹⁶¹ Bozgeyik/Yavaşı, s.9; Pehlivan, s.220.

¹⁶² Alting, s.196

¹⁶³ Thompson, Robert B., “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, *Cornell L. Rev.*, C. 76, 1990, s.1036.

¹⁶⁴ Pehlivan, s.222.

¹⁶⁵ Thomson, s.1055, 1056.

¹⁶⁶ Oh, Peter B., “Veil-piercing Unbound”, *BUL Rev.*, C. 93, 2013, (Oh, Unbound), s.89.

¹⁶⁷ Ottolenghi, Smadar, “From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely”, *Modern Law Review*, C. 53, 3, 1990, s.338; Ottolenghi, bu makalesinde perdenin aralanmasını, uygulanış şeklinin yoğunluğuna göre çeşitli metaforlarla kategorize etmiştir.

¹⁶⁸ Vanderkerckhove, s.23, 75.

İngiliz hukukunda perdenin aralanacağı durumlar ABD'deki gibi sıkça sistematize edilmeye çalışılmamış konu genellikle hile, muvazaa, temsil gibi mevcut hukuki kurumlar üzerinden ele alınmıştır¹⁶⁹.

3.2.1.3.2.1. Tek Ekonomik Birim (*Single Economic Unit*) Teorisi

Perdenin hangi durumlarda aralanacağına yönelik şirketler topluluğu için geliştirilen tek ekonomik birim (*single economic unit*) teorisinin, Amerikan hukukundaki işletme tüzel kişiliği (*enterprise entity*) teorisinin karşılığı olduğu söylenebilir. Bu teori Lord Denning tarafından 1976 tarihli DHN Food Distributors Ltd. v Tower Hamlets LBC kararında ortaya konmuştur.

Dava konusu olayda DHN Food Distributors Ltd.'nin iki bağlı şirketi bulunmaktadır. Bu şirketlerin ortak ve yöneticileri aynı kişilerdir. Ticari faaliyet ana şirket tarafından idare edilmektedir. Bu faaliyetin yürütüldüğü taşınmazlar ise bağlı şirketlerin birinin üstüne, araçlar da diğer bağlı şirketin üstüne kayıtlıdır. Bahsi geçen taşınmazlar Tower Hamlets LBC tarafından kamulaştırılmıştır. DHN Food Distributors Ltd. ticari faaliyetini bu taşınmazlarda gerçekleştirdiğinden işini tasfiye etmesi gerekmiştir.

Kamulaştırma bedeli, taşınmazın değeri ve taşınmaz üstündeki ticari faaliyetin durması sebebiyle yoksun kalınan kârın toplamı olarak belirlenmektedir. Tower Hamlets LBC tarafından kamulaştırma bedeli olarak taşınmazın değeri ödenmişse de taşınmaz üzerindeki ticari faaliyet hakim şirket tarafından yürütüldüğünden, taşınmazların sahibi olan bağlı şirkete yoksun kalınan kâra ilişkin bir ödeme yapılmamıştır. Ana şirket olan DHN Food Distributors Ltd. zararının tazminini talep etmiştir. Mahkeme her ne kadar üç şirket farklı da olsa bu üç şirketi tek bir ekonomik birim olarak değerlendirerek hakim şirketin tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Bu karar hakim şirketin tam hakimiyeti, bağlı şirketin bağımsız bir ticari amaç gütmemesi ve hakkaniyet ilkelerine dayanmaktadır¹⁷⁰. Ancak tek ekonomik birim teorisinin mahkemelerce kabulü uzun sürmemiş iki yıl sonra Woolfson v. Strathclyde Regional Council kararıyla bu teori terk edilmiştir¹⁷¹.

İngiliz hukukunda tek ekonomik birim teorisi yeniden kabul göremeye başlamış olup Stone & Rolls Ltd. v. Moore Stephens kararı teoriye örnek gösterilmektedir. Karara konu olayda Stojevic isimli şahıs, Stone & Rolls Ltd. üstünde Man Adası'nda kurulmuş bir şirket vasıtasıyla dolaylı yoldan hakimiyet sahibidir. Mahkeme hileli (*fraudulent*) işlemlerin söz

¹⁶⁹ Cheng, s.336, 337, 343

¹⁷⁰ Pehlivan, s.225., Bafra, s.368.

¹⁷¹ Cheng, s.339.

konusu olduğu olayda Stojevic'i, Stone & Rolls Ltd.'nin tek hakim ortağı olarak kabul ederek Stone & Rolls Ltd. ve Man Adası'nda kurulan şirkete tek tüzel kişi gibi davranmıştır.¹⁷²

3.2.1.3.2.2. Uygulama

Tek ekonomik birim teorisinden önce 1939 tarihli Smith, Stone And Knight Ltd. v. Birmingham kararında Yargıç Atkinson şirketler topluluğu için perdenin aralanması kriterlerini ortaya koyduğu bir test geliştirmiştir. Buna göre¹⁷³: (1) Elde edilen karlar hakim şirkete ait mi kabul ediliyor? (2) İş yürüten kimseler hakim şirket tarafından mı atanıyor? (3) Hakim şirket ticari faaliyetin beyni mi? (4) Yönetimi, ne yapılacağını, ne kadar yatırım yapılacağını hakim şirket mi belirliyor? (5) Hakim şirket yönlendirme ve becerileriyle kar sağlıyor mu? (6) Hakim şirket devamlı ve etkili bir yönetime sahip mi? Altı sorudan oluşan bu test sistematik bir inceleme yöntemi geliştirme açısından önem taşımaktadır.

Hile (*fraud*) İngiliz mahkemelerince esas alınan en genel perdeyi aralama sebeplerinden biridir. Hukuk dışı (karşı tarafın mevcut bir hakkına ulaşmasına engel olmak gibi) amaca yönelik olarak kurulmuş paravan bir şirket söz konusuysa hileden söz edilmektedir¹⁷⁴. Ancak şirketin baştan itibaren böyle bir amaç için kurulması gerekmez, sonradan bu amaçla kullanılması da yeterlidir¹⁷⁵. Genellikle hile sebebine örnek gösterilen iki karar bulunmakta olup bu kararlar Salomon¹⁷⁶ kararının etkisinin görüldüğü yıllarda tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi yönünde verilen ender kararlardan olarak hile istisnası (*fraud exception*) olarak nitelendirilmektedir.

Bunlardan İlki 1933 tarihli Gilford Motor Company Ltd. v. Horne kararıdır. Dava konusu olayda Horne, Gilford Motor Company Ltd.'nin eski bir çalışanı olup iş akdinde rekabet etme yasağı bulunmaktadır. Horne rekabet yasağını dolanmak maksadıyla -yasak kapsamına giren konularda faaliyet göstermek üzere- karısının adına bir şirket kurmuştur. Temyiz mahkemesi Horne'un işini yürütmek maksadıyla hile, kurnazlığa başvurduğunu şirketin sadece bir araç olduğunu kabul ederek Horne'un karısı adına kurduğu şirketin ayrı kişiliğini göz ardı etmiş ve davacının taleplerini kabul etmiştir.

İkinci karar 1962 tarihli Jones v. Lipman kararıdır. Dava konusu olayda Lipman taşınmazını Jones'e satmak için anlaşılmıştır. Ancak Lipman işlemleri tamamlamadan önce fikrini değiştirerek tamamen kendi kontrolünde olan bir şirket kurmuş ve mülkünü

¹⁷² Cheng, s.393, 394.

¹⁷³ Smith, Stone And Knight Ltd. v. Birmingham (1939) 4 All ER 116

¹⁷⁴ Bafra, s.368.

¹⁷⁵ Payne, Jennifer, "Lifting the Corporate Veil: A Reassessment of the Fraud Exception", Cambridge LJ, C. 56, 1997, s.290.

¹⁷⁶ Bkz. başlık 1.1.5.

taahhütlerinden kaçmak amacıyla bu şirkete satmıştır. Mahkeme Gilrord v. Horne kararına atıfta bulunarak “şirketi, Lipman’ın adaletten kaçmak üzere yüzü önünde tuttuğu bir maske olarak” nitelendirmiş ve şirket tüzel kişiliğini göz ardı etmiştir¹⁷⁷.

Düzmece şirket (*sham company*), perdenin aralanması için kabul edilen bir diğer gerekçedir. Bu durumda şirket sadece kağıt üstündedir. Aslında kendi adına işini yürüten taraf, karşı tarafın aleyhine olacak şekilde göstermelik, paravan şirket üzerinden ticari faaliyetini yürütür. Düzmece şirket ile hile perdenin aralanması gerekçesi olarak birbirine yakın anlamlarda kullanılmaktadır¹⁷⁸.

Temsil (*agency*) de perdenin aralanması gerekçelerinden biridir. Temsile dayalı olarak perdenin aralanması özellikle bağlı şirketin aslında hakim şirketin temsilcisi gibi hareket ettiği durumlarda onun temsilcisi gibi görülmesi ve hakim şirketten ayrı kişiliğinin göz ardı edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda emsal gösterilen karar 1953 tarihli Re FG Films Ltd. kararıdır. Olayda Amerikan film yapım şirketi İngiltere merkezli şirketlere sağlanan avantajlardan faydalanmak maksadıyla İngiltere’de bir şirket kurmuş ve durumun tespiti için mahkemeye başvurmuştur. Amerikan şirketin genel müdürü bu yeni şirketin paylarının yüzde doksanına sahiptir. İngiltere’deki şirketin finansmanı ve personeli Amerikan şirketi tarafından sağlanmaktadır. Bu durumda mahkeme yeni kurulan şirketin talebini, bu şirketin Amerikan şirketi nam ve hesabına hareket ettiğinden bahisle reddetmiştir¹⁷⁹.

Hakkaniyet, İngiliz mahkemelerince perdenin aralanması için başvurulacak bir sebep olsa da ucu açık bir kavram olduğundan hakkaniyet ilkesine istisnai olarak dayanılmaktadır¹⁸⁰.

3.2.1.3.3. Fransız Hukukunda Perdenin Aralanması

Fransız hukukunda perdenin aralanması konusunda, incelenen diğer ülkelerden farklı bir yaklaşım tercih edilmiştir. Konu genel olarak iflas hukukuna ilişkin bir sorun olarak ele alınmış olup yasal düzenlemelerle çözülmeye çalışılmıştır. Fransız Ticaret Kanunu m. L651-2 ve m. L652-1 ile *de jure* ve *de facto*¹⁸¹ (fiili) yöneticinin sorumluluk halleri düzenlemiştir. Bu konu fiili yöneticinin sorumluluğu başlığı altında incelenmiş olduğundan burada ayrıntısına girilmemiştir. (bkz. Başlık 3.2.3.3.)

Fransız hukukunda yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler dışında mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen genel kabul görmüş perdenin aralanması halleri de bulunmaktadır. Bu

¹⁷⁷ Payne, s.285.

¹⁷⁸ Bafra, s.368.

¹⁷⁹ Bafra, s.370.

¹⁸⁰ Cheng, s.353-355, 412.; Bafra, s.371.; Vanderkerckhove, s.76.

¹⁸¹ “Hukukî bir durum tartışılırken, *de jure* kavramı, konu hakkında kanunların ne söylediğini; *de facto* ise gerçek hayatta uygulamanın nasıl olduğunu belirtir. Yani *de jure*, kanuna göre olması gerekeni; *de facto* ise olanı ifade eder.” (https://tr.wikipedia.org/wiki/De_jure Erişim Tarihi 08.04.2020)

hallerden kurgusal şirket¹⁸² (*société fictive*) ve malvarlıklarının karışması (*confusion des patrimoines*) durumlarında konu iflas hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Kurgusal şirket, arkasındaki gerçek ya da tüzel kişinin çıkarları için hareket eden, yüksek riskli faaliyetlerde bulunan şirketler için kullanılan bir ifadedir. Malvarlıklarının karışması ise şirket ve ortakların malvarlıklarının muhasebe kayıtlarının düzgün tutulmaması gibi sebeplerle birbirinden ayırt edilemez hale gelmesi durumunu ifade eder¹⁸³.

Bağlı şirketin kurgusal şirket olması veya hakim şirket ile bağlı şirketin malvarlıklarının karışması durumlarında hakim şirketin, bağlı şirketin borçlarından sorumlu tutulması mümkün olmaktadır. Borcun karşılanmaması durumunda hakim şirketin veya tüm grup şirketlerin iflasının istenmesi mümkündür. Bu durumda iflas işlemleri tek bir süreç olarak yürütülmektedir¹⁸⁴.

Kurgusal şirket ve malvarlıklarının karışması hallerinden doğan sorumluluk için şirket yapısının kötüye kullanılmasının (*abus de la personnalité morale*) müeyyidesi denilmektedir. Somut olayda bu haller ile yöneticinin sorumluluğuna ilişkin FrTK m. L652-1'deki durumların örtüşmesi mümkün olabilmektedir. Mahkemeler ve doktrin bu konudaki karışıklığa çözüm getirebilmiş değildir. Ancak ortağın sorumluluğu, kurgusal şirket ve malvarlıklarının karışması hallerine dayandırıldığında ortağın iflası şirketinki ile birlikte (tek süreç hainde) yürütülmektedir. Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hallerde ise ortağın iflası, şirketin iflas sürecinden ayrı olarak ilerlemektedir¹⁸⁵.

Fransız hukukunda içtihatlarla geliştirilen bir diğer perdenin aralanması hali yanıltıcı görünüş (*theorie de l'apparence*) durumuna ilişkindir. Yanıltıcı görünüş, diğer hallerden farklı olarak iflas hukuku dışında ele alınmıştır. Buna göre gerçeğe aykırı yanıltıcı görünüşe güvenen iyi niyetli kimse korunur. Örneğin üçüncü kişiler için kimin şirket yetkilisi olarak hareket ettiğinin açık olmadığı durumlarda yanıltıcı görünüşten bahsedilebilir¹⁸⁶.

Bazı durumlarda perdenin aralanması haksız fiil sorumluluğuna (FrMK m. 1382, 1383) dayandırılmakta, yönetici sorumlu tutulmaktadır. Burada yöneticilerin üçüncü kişilere karşı doğrudan sorumluluğu söz konusu değildir.¹⁸⁷ Sorumluluk şirkete karşıdır. Bazı durumlarda hakim şirketin de haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulduğu durumlara rastlanmaktadır. Bu

¹⁸² “Société fictive” İngiliz hukukunda “sham company” olarak kullanılan ifadenin Fransız hukukundaki tam karşılığı denilebilir. Zira Fransız Ticaret Kanunu’nun (m. L621-2) resmi çevirisinde bu ifade kullanılmıştır.

¹⁸³ Vanderkerckhove, s.42

¹⁸⁴ Vanderkerckhove, s.42

¹⁸⁵ Vanderkerckhove, s.43

¹⁸⁶ Vanderkerckhove, s.43

¹⁸⁷ Haksız fiilin şirket yönetimine ilişkin olmaması bu durumun doğal istisnasını teşkil eder. Diğer bir deyişle yöneticinin şirket yönetimi ile ilgili olmayan fiilleriyle üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda doğrudan sorumluluğu pek tabii mümkündür.

durumlar bilhassa hakim ortağın şirketi iflasa sürüklemesi, şirkete zarar verici talimatlar vermesi, şirketin kredibilitesi hakkında yanlış intiba yaratması halleridir. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin hakız fiil sorumluluğu ile yöneticinin sorumluluğu hükümlerine aynı anda başvurulamayacağına karar vermesi uygulamada haksız fiil sorumluluğuna başvurulmasını azaltmıştır¹⁸⁸.

Perdenin aralanmasına ilişkin genel kabul görmeyen bazı azınlık görüşler de bulunmaktadır. Hakim ve bağlı şirketlerin tek ekonomik birim (*unite d'entreprise*) kabul ederek perdenin aralanmasına hükmeden Paris İstinaf mahkemesi kararı¹⁸⁹ bulunsa da bu görüş Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir. Doktrinde bazı hukukçular grup şirketlerin tek bir *de facto* şirket olarak kabul edilmesini ve gruptaki şirketlerin birbirinin borcundan sorumlu tutulabilmesini önermiştir. Ancak bu görüş Fransız hukukundaki her ortaklığın kendi ticari amacını gütmesi ve ortakların müşterek amaç için çalışması (*affectio societatis*) ilkelerine ters düşmesi sebebiyle kabul görmemiştir¹⁹⁰.

3.2.1.3.4. Alman Hukukunda Perdenin Aralanması

3.2.1.3.4.1. Sübjektif Kötüye Kullanma Teorisi

Alman hukukunda hangi durumlarda perdenin aralanacağını belirlemek üzere bazı teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ilki perdenin aralanması konusunu ayrıntılı olarak ilk kez ele alan Serick'in sübjektif kötüye kullanma teorisidir. Serick perdenin aralanması için sadece dürüstlük kuralına dayanmayı yetersiz bulmuştur¹⁹¹. Serick'e göre, perdenin aralanabilmesi için tüzel kişilik yapısının hukukun öngördüğü amaca aykırı olarak kasten kötüye kullanılması gerekir. Kötüye kullanma; kanunun dolanılması, üçüncü kişilerin haksız olarak zarara uğratılması veya sözleşmeye aykırı davranılması hallerinde söz konusu olur. Objektif olarak kötüye kullanmanın ortaya çıkmış olması yeterli olmayıp kötüye kullanma yönünde kast (sübjektif unsur) gerekir. Bu teori, perdenin aralanabilmesi için gerekli kılınan kast unsurunun tespitindeki zorluk ve perdenin aralanması hallerini aşırı kısıtlaması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁹².

3.2.1.3.4.2. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi

Objektif kötüye kullanma teorisinde ise perdenin aralanabilmesi için kast unsuru aranmamaktadır. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, şirketteki tüm payların devrini şirket

¹⁸⁸ Cass. com. 20.06.1995 (1995) Rev. Soc., 766. (akt. **Vanderkerckhove**, s.41.)

¹⁸⁹ CA Paris 20.03.1986 (1987) Rev. Soc. , 98 (akt. **Vanderkerckhove**, s.44.)

¹⁹⁰ **Vanderkerckhove**, s.44.

¹⁹¹ Serick, Rolf. **Rechtsform und Realität juristischer Personen**. 1955 s.14, 22 vd. (akt. **Yanlı**, s.50-53.)

¹⁹² **Pulaşlı**, Şerh, s.469.; **Yanlı**, s.50-55.

tarafından işletilen işletmenin de devri kabul ettiği kararında tarafların işletmenin devri yönünde iradesi olup olmadığını dikkate almamıştır¹⁹³. Teori, perdenin aralanmasını kolaylaştırması bunun da tüzel kişilerin sürekli tehdit altında hissetmelerine yol açması sebebiyle eleştirilmiştir.

3.2.1.3.4.3. Normların Amaçları Teorisi

Bir diğer teori Müller-Freienfels tarafından geliştirilen normların amaçları teorisidir. Serick'in aksine Müller-Freienfels tek, genel bir çözümün mümkün olmadığını her tüzel kişi ve somut durum için ayrı çözüm geliştirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişinin borcundan yahut ortağın tüzel kişinin borcundan sorumlu tutulabilmesi için genel bir kural belirlenemez. Her somut olayda sorumluluk için sebep bulunmalıdır. Olaya uygulanacak normun amacı gözetilerek bir değerlendirilme yapılması gerekir¹⁹⁴.

Konu tüzel kişilikle sınırlı olarak da ele alınmamalı belirli bir durumda bir norm amacına aykırı kullanılıyorsa o durum normun uygulama alanı dışında bırakılmalıdır¹⁹⁵. Önemli olan normun hukuk düzeni içindeki, belirli hukuk süjesi ile olan ilişkisindeki anlam ve kapsamıdır. Somut olayda sınırlı sorumluluk kurallarının altında yatan amaca aykırılık varsa bu kurallar göz ardı edilmelidir¹⁹⁶.

3.2.1.3.4.4. Ayrılık Teorisi

Başka bir teori olan ayrılık teorisi Wilhelm tarafından geliştirilmiştir. Wilhelm aslında perdenin aralanması teorisine karşı çıkmaktadır. Perdenin aralanması yerine organ sorumluluğu hükümlerinin, yönetim üzerinde etkili olan ortaklar için de uygulanmasını önerir. Şirketin yönetimi konusunda etkin olan ortakların özensiz davranışları nedeniyle şirketi zarara uğratmaları halinde şahsi sorumlulukları yoluna gidilmelidir. Şahsi sorumluluk belirlenirken yöneticinin (organ) sorumluluğu hükümleri ile dürüstlük kuralına başvurmayı önerir. Alman hukukunda genel olarak kabul görmemiştir¹⁹⁷.

Schmidt perdenin aralanması yoluyla tüzel kişiliğin göz ardı edilmesini, hukuk düzeninin mevcut kıldığı tüzel kişiyi bir var bir yok saymasının hukuk düzeninin ciddiyetiyle bağdaşmayacağı düşüncesiyle eleştirmektedir. Ona göre bazı durumlarda tüzel kişi ve

¹⁹³ Yanlı, s.56.

¹⁹⁴ Pulaşlı, Şerh, s.470.; Yanlı, s.59, 60.

¹⁹⁵ Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poroy'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1995, ss.387-404, s.392.

¹⁹⁶ Alting, s.198.

¹⁹⁷ Pulaşlı, Şerh, s.470, 471.; Tekinalp/Tekinalp, s.394,395.

üyelerinin ayrılık ilkesinden yararlanması haksız sonuçlara yol açabilir. Ancak bunun önüne perdenin aralanması yöntemine başvurmadan da geçmek mümkündür¹⁹⁸.

Alman doktrinde konu derinlemesine incelenmişse de perdenin aralanması için gereken genel şartlar belirlenemediğinden perdenin aralanması konseptinin “kurum” olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır¹⁹⁹.

3.2.1.3.4.5. Uygulama

Alman mahkemelerinin perdenin aralanması konusunda çekimser bir tavır sergilediği görülmektedir.²⁰⁰ Common Law sisteminde hakimler hukuk yaratan kişiler iken Kara Avrupası hukuk sisteminde hakimler ancak kanunda boşluk bulunan hallerde hukuk yaratabilir. Dolayısıyla Alman hukukunda İngiliz ve Amerikan hukukunda olduğu gibi perdenin aralanması için gereken kriterleri belirleyip davalara kolayca uygulamak mümkün değildir. Öncelikle her somut durum için mevcut yasal düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir.

3.2.1.3.4.5.1. Hakim İşletmenin Sorumluluğu (Konzern Hukuku)

Alman hukukunda perdenin aralanmasını gerektiren durumlarda hakim işletmenin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere başvurmak bir çözüm yolu olarak ele alınmıştır. Alman anonim şirketler (paylı ortaklıklar) kanunun (AlmPOK) konzernele ilişkin hükümleri ile hakim işletmelerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bununla şirket üstünde hakimiyeti bulunan ortağın, hakimiyetini şahsi çıkarları için kullanması durumunda alacaklılara karşı şahsen sorumlu tutulması öngörülmüştür.

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak hakim şirketin değil hakim işletmenin sorumluluğundan bahsedilmektedir (AlmPOK m. 15). İşletme kavramı ile kastedilenin ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi ve doktrin tarafından çoğunlukla kabul edilen görüşe göre ortak, şirket dışında ticari faaliyet yürütüyor ise işletme olarak kabul edilmektedir. Böylece şirket üstünde hakimiyeti olan her ortağın değil yalnızca şirket dışında ticari çıkarı bulunan ortakların sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir (AlmPOK m. 309/IV)²⁰¹.

¹⁹⁸ Tekinalp/Tekinalp, s.395.; Yanlı s.63.

¹⁹⁹ Kervankıran, s.459.

²⁰⁰ Hoffman, Christian/Cheng-Han, Tan/Wang Jiangyu, "Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives", NUS Law Working Paper Series, 2018, s.30.; Kervankıran s.461.

²⁰¹ Yanlı, s.126, 127.

Hakim işletme şirket olabileceği gibi gerçek şahıs da olabilir.²⁰² Hakimiyet-bağımlılık ilişkisinin varlığı sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi fiili durumdan da kaynaklanabilir (AlmPOK m. 311 vd.).

Ancak hakim işletmeye ilişkin düzenlemeler anonim şirketler kanununda yer almakta iken perdenin aralanmasını gerektiren durumlar genellikle limited şirketlerde ortaya çıkmaktadır²⁰³.

Alman Limited Şirketler Kanunu'nda (AlmLOK) hakim işletmenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi, anonim şirketlerde hakim işletmenin sorumluluğunu düzenleyen hükümleri, limited şirketler (*GmbH*) için de kıyasen uygulamıştır. Mahkeme yabancı yönetim (*fremdststeuerung*) olarak nitelenen ortağın şirket üstündeki hakimiyetini kendi çıkarları için kullanması durumunda ortağı alacaklılara karşı şahsen sorumlu tutmuştur. Ancak Alman Federal Mahkemesi, ilerleyen yıllarda haksız fiil sorumluluğuna dayalı yeni bir görüş benimsemiş olup bu hususa ileride değinilecektir.

3.2.1.3.4.5.2. Özkaynak Yetersizliği

Alman hukukunda genellikle özkaynak yetersizliği, malvarlığının karışması, alanların karışması hallerinde perdenin aralandığı söylenebilir. Malvarlığının karışması hali dışındaki tüm durumlar mevcut yasal düzenlemeler temelinde çözümlenmektedir²⁰⁴.

Özkaynak yetersizliği (*unterkapitalisierung*) perdenin aralanmasını gerektiren en temel sebeplerden biridir. Zira alacaklının, ortakların şahsi malvarlıklarına başvurmak istemesinin nedeni şirketin malvarlığının yetersiz olması sebebiyle alacağını temin edememesidir. Alman hukukunda sınırlı sorumluluk karşısında alacaklıları koruyan temel düzenleme şirket malvarlığının korunmasına ilişkin katı hükümlerdir²⁰⁵. Kanunda anonim ve limited şirket kuruluşu için gereken asgari sermaye²⁰⁶ düzenlenmişse de sermayenin yürütülecek ticari faaliyet için yeterli olmasına yönelik bir hüküm yoktur.

Alman hukukunda özkaynak yetersizliği nedeniyle şirketin alacaklılarının doğrudan ortakların malvarlığına başvurmaya imkan veren kararlar mevcuttur. Bu konuda normların

²⁰² Vanderkerckhove, s.48.

²⁰³ Limited şirketin tipik özellikleri bir yana bu durumun bir sebebi de Alman hukukunda limited şirket ortaklarına şirket yönetimi üstünde geniş yetkiler tanınmasıdır. Hoffman/Cheng-Han/Tan, s.31.

²⁰⁴ Hoffman/Cheng-Han/Tan, s.30, 39.

²⁰⁵ Öyle ki Alman hukukunun bu katı düzenlemeleri AB hukukunun temelini oluşturması sebebiyle İngiliz hukukunu da kar dağıtım konusunda genel Common Law prensiplerinde ayrılmaya zorlamıştır. (Hoffman/Cheng-Han/Tan, s.33)

²⁰⁶ Şirket kuruluşu için gereken asgari sermaye miktarı anonim şirketler için 50.000 Euro (AlmPOK m.7), limited şirketler için 25.000 Euro (AlmLOK m.5/I) olarak bekirlenmiştir.. Ayrıca Alman hukukunda girişimleri kolaylaştırmak maksadı ile asgari 1 Euro azami 24.999 Euro sermaye ile kurulabilen mini-limited şirketler (mini-GmbH) de kanuna eklenmiştir. Bu şirketlerin sermayelerini 25.000 Euro'ya yükselterek "GmbH" olarak tür değiştirmesi mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, "Sermayesiz Şirketler" s.5 vd.

amaçları teorisine, organ sorumluluğuna, ortakların sadakat borcuna ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanarak ortakların sorumluluğuna gidilmesi gerektiğine ilişkin görüşler tartışılmıştır²⁰⁷. Alman Federal Mahkemesi haksız fiil sorumluluğu görüşünü kabul etmiştir²⁰⁸. Bu görüş Alman Medeni Kanunu m. 826’ya dayanmaktadır. Bu doğrultuda alacaklıları zarara uğratan ortakların şahsi sorumluluğuna gidilmektedir.

3.2.1.3.4.5.3. Ortadan Kaldırıcı Müdahale

Alman Federal Mahkemesi, “Trihotel kararı” olarak bilinen emsal kararı ile önemli bir içtihat değişikliğe gitmiştir. Trihotel kararına göre ortaklar, sermayenin korunması ilkesini ihlal ederek şirkete zarar vermektedir. Alacaklıların gördüğü zarar, ortakların şirkete verdiği zarardan kaynaklanan yansıma niteliğinde bir zarardır. Dolayısıyla ortakların sorumluluğu alacaklılara karşı değil şirkete karşıdır²⁰⁹. Böylece alacaklıların doğrudan ortakların malvarlığına başvurmasının önüne geçilmiştir. Bu kararla Federal Mahkeme’nin alacaklıların korunması yerine sınırlı sorumluluğa öncelik tanıdığı söylenebilir.

Alman Federal Mahkemesi’ne göre ortağın sorumluluğunun doğabilmesi için ortağın fiili “(şirketi) ortadan kaldırıcı müdahale” (*existenzvernichtender Eingriff*) niteliğinde olmalıdır. Ortağın şahsi, haksız çıkarları için sermayenin korunması ilkesini ihlali nedeniyle şirketin acze düşmesi yahut bu sürecin hızlanması söz konusuysa ortadan kaldırıcı müdahalenin varlığından söz edilecektir.

Sorumluluk daha önceki kararlarda olduğu gibi yine Alman Medeni Kanunu’nun 826. maddesine dayanmaktadır. Bu maddeye göre: “Bir kişi, ahlaka aykırı bir fiil ile kasten başka bir kişiyi zarara uğratırsa bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.” Ortağın sorumlu tutulabilmesi için kasten ve kötü niyetle hareket etmesi gerekir. Ortağın eylemlerinin sonucunda şirketin sorumluluklarını yerine getirme yeterliliğinin zayıflayacağını bilmesi ve kabul etmesi yani olası kast (*dolus eventualis*) ile hareket etmesi yeterlidir²¹⁰. Ahlaka aykırılığın ise şirketin yetersiz sermayesine rağmen faaliyette bulunması sebebiyle tüm risk ve zararın alacaklılara yüklenmiş olmasından kaynaklandığı söylenebilir²¹¹.

Ortak sadece açık ve gerçek bir iflas riski söz konusuysa sorumlu tutulabilmektedir. Şirkete görünürde ortak olmasa da aslında şirketi hakimiyeti altında tutan kişinin

²⁰⁷ Yanlı, s.99, 109.

²⁰⁸ BGH Urteil vom 24.6.2002 – II ZR 300/00

²⁰⁹ BGH Trihotel, 2007 NJW 2689

²¹⁰ Hoffman/Cheng-Han/Tan, s.37.

²¹¹ Yanlı, s.109.

sorumluluğuna başvurulabilecektir. Federal Mahkeme böylelikle kişilerin formaliteler ardına gizlenmesine imkan tanımamıştır²¹².

Alman Federal Mahkemesi'nin bir yıl sonraki "GAMMA kararı" da konu açısından önem taşır. Eyalet Mahkemesi şirketin, Sinderella (*Aschenputtel*) şirket olduğundan bahisle ortakların, şirket borcundan şahsen sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Sinderella şirket, Alman hukuk literatüründe ortaklarının tamamen şirket alacaklılarını zarara uğratma kastıyla hareket ettiği şirketler için kullanılan bir ifadedir.²¹³ Olayda ortaklar, (sinderella) şirketin aynı grupta yer alan diğer şirketlerin sorumluluklarını devralmasına ve ileride acze düşmesine sebep olmuşlardır. Ayrıca grup şirketlerden bazı işçiler sinderella şirkete geçmeye ikna edilmiştir. Eyalet mahkemesi, sinderella şirketin sonradan devraldığı sorumlulukları da göz önünde bulundurarak şirketin özkaynaklarının yetersiz olduğundan bahsetmiştir²¹⁴.

Federal Mahkeme, Eyalet Mahkemesi'nin kararını bozarak Trihotel içtihadını devam ettirmiş ve ortakların doğrudan alacaklılara karşı sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Ayrıca Federal Mahkeme, doktrindeki aksi görüşleri reddederek özkaynak yetersizliğinin tek başına ortadan kaldırııcı müdahale olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Karara göre ortakların limited şirket kuruluşu için asgari sermayeyi getirme zorunluluğu olsa da şirketin faaliyetleri için yeterli finansmanı sağlama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Böyle bir yükümlülük sınırlı sorumluluk ile bağdaşmaz. Ortaklardan beklenen sermayenin korunması ilkesine aykırı hareket etmemeleridir. Ortakların şirket özkaynaklarını grup şirketlere kanalize etmesi halinde sermayenin korunması ilkesinin ihlalinden bahsedilebilir. Ancak olayda ortakların, alacaklıların şirket malvarlığından alacaklılarını temin etmesini engelleyici, sermayenin korunması ilkesine aykırı davranışları bulunmamaktadır.

Ancak Federal Mahkeme ilginç bir dönüş yaparak işçilerin tazminatları için ortakların şahsen sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Mahkeme kararında Alman Medeni Kanunu m. 826'ya dayanmış, şirketin belirsiz ve sıkıntılı mali durumu hakkında bilgilendirilmeyen işçilerin alacakları için doğrudan ortakların şahsi malvarlıklarına başvurabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme ortakların doğrudan sorumlu tutulabilmesinin gerekçesi olarak haksız fiilin şirkete değil işçilere karşı işlenmesini göstermiştir. Böylece Federal Mahkeme haksız fiil doğrudan alacaklılara yönelik olduğunda diğer bir ifade ile alacaklıların zararı yansıyan

²¹² BGH Trihotel, 2007 NJW 2689 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan** s.37.)

²¹³ "Sinderella şirket" teriminin İngiliz hukukundaki "sham company" ve Fransız hukukundaki "société fictive" terimlerinin Alman hukukundaki karşılığı olduğu söylenebilir.

²¹⁴ BGH GAMMA, 2008 NJW 2437

nitelikte olmadığında ortakların şahsen sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Federal Mahkeme sonraki kararlarında da bu içtihadını sürdürmüştür²¹⁵.

3.2.1.3.4.5.4. Malvarlıklarının Karışması

Alman hukukunda şirket ve ortakların malvarlıklarının birbirine karışması durumunda perdenin aralanacağına ilişkin neredeyse görüş birliği mevcuttur. Diğer hallerden farklı olarak malvarlıklarının karışması halinde mahkemeler mevcut hukuki düzenlemeler ile değil perdenin aralanmasına ilişkin geliştirilen içtihatlar ile çözüme ulaşmaktadır. Bu durumda Alman Ticaret Kanunu'nun adi şirkette ortakların sorumluluğuna ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır²¹⁶.

Federal Mahkeme'ye göre malvarlıklarının karıştığının kabulü için şirket ve ortaklar ile üçüncü kişiler arasındaki ödeme işlemlerinin şirkete ilişkin olup olmadığının belirsiz olması ve bu sebeple şirket varlıkları ile ortağın şahsi varlıklarının ayırt edilemez hale gelmesi gerekmektedir. Bu halde şahsen sorumluluk sadece dolanık işlemleri yürüten ortaklara yüklenebilir. Şirket işlemleri üstünde hiçbir etkisi olmayan sadece şirkete payı olan ortaklara bu nedenle bir sorumluluk yüklenemez²¹⁷. Açıklanan sebeplerden, şahsen sorumlu tutulan ortak ya şirketin tek ortağı ya da çoğunluk paya sahip ortaklar olmaktadır. Federal Mahkeme muhasebe kayıtlarının düzgün tutulmamasını perdenin aralanması için yeterli bir sebep olarak görmemektedir²¹⁸.

Ortağın şirket malvarlığını zimmetine geçirmesi halinde sermayenin korunması hükümleri²¹⁹ uyarınca ortağın şirketin malvarlığını eski hale getirmesi gerekir. Şirket varlıklarının (yasal tasfiye süreci haricinde) dışa aktarımına neden olan temettü dağıtımı gibi işlemler için bir test yapılması gerekir. Basiretli bir yöneticinin bu işlemi yapmayacağı açık ise “şirket varlıklarının gizli taksimi” (*verdeckte Vermögenszuwendungen*) ve ortakların şirkete karşı sadakat yükümlülüğünü ihlali söz konusudur. Bu durumda ortakların şirket malvarlığını eski haline getirmesi gerekir. Sermayenin korunması hükümleri uyarınca ortaklara başvurulabilmesi için ortakların kast ile hareket etmiş olması aranmaz²²⁰. Ortakların eylemlerinin “ortadan kaldırıcı müdahale” olduğu sonucuna ulaşıyorsa bu sebeple şahsi sorumluluklarına başvurulması da mümkündür²²¹.

²¹⁵ BGH II ZR 252/10, Apr. 23, 2012 (Wirtschafts-Akademie), 2012 NZG 667 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.38, 39.)

²¹⁶ BGH 14.11.2005, 2006 NZG 350 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.40.)

²¹⁷ BGH II ZR 178/03, 14.11.2005, 2006 NZG 350 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.39.)

²¹⁸ BGH 14.11.2005, 2006 NZG 350 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.38, 39)

²¹⁹ AlmLOK m. 30, 31; AlmPOK m. 57, 62

²²⁰ Oysa ortakların Alman Medeni Kanunu m. 826 uyarınca sorumluluklarına başvurulabilmesi için kasten ve ahlaka aykırı olarak hareket etmiş olmaları gerekmektedir.

²²¹ **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.40.

Malvarlıklarının karışması halinde sorunun sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerle çözülmesi mümkün değildir. Bu durumda ortaya çıkan karışıklık nedeniyle şirketin ve ortağın malvarlıklarının ayırt edilmesi imkansız hale gelmiştir. Bu sebeple ortak alacaklıya karşı doğrudan ve şahsi malvarlığı ile sorumlu tutulmaktadır. Trihotel kararı ile ortağın doğrudan alacaklılara karşı sorumlu tutulması uygulamasından vazgeçilmiş ise de bu kararda malvarlığının karışması hali, ortağın sorumluluğuna yol açan bir durum olarak tanınmaya devam etmiştir²²².

3.2.1.3.4.5.5. Alanların Karışması

Alman hukukunda alanların karışması (*Sphärenvermischung*) olarak anılan bir başka dolanıklık hali mevcuttur. Alanların karışması sükülerin karışması olarak da anılmaktadır²²³. Burada dışarıya karşı şirket ve ortağın ayrılığı yeterince ortaya konmaması söz konusudur. Örneğin şirket ile ilişkiye giren şahısta aslında şirketin ortağı ile hukuki ilişkiye girdiği kanısı uyanıyorsa organizasyon bakımından karışmadan söz edilebilir. Bilhassa şirket ve ortak isimleri benzer, çalışanları ve iş yerleri aynı ise alanların karıştığı kabul edilebilir. Alman Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında bazen şahsen bazen şirket aracılığıyla üçüncü kişiler ile hukuki ilişkiye giren ortağı iyi niyete ilişkin Alman Medeni Kanunu m. 242'ye²²⁴ dayanarak alacaklılara karşı şahsen sorumlu tutmuştur. Doktrinde baskın görüş bu durumda hukuki görünüşten doğan sorumluluğun söz konusu olacağı yönündedir²²⁵.

3.2.1.3.4.5.6. Mevcut Hukuki Yollar

Alman hukukunda hata²²⁶ hükümlerine yahut sözleşmelerin yorumlanmasına²²⁷ ilişkin hükümlere başvurarak bazı durumlara çözüm getirilmesi mümkündür. Örneğin bir kimsenin müflisliğini yahut dolandırıcılığa ilişkin sabıkasını gizlemek maksadıyla şirket üzerinden faaliyet yürütmesi durumunda hata hükümlerine başvurmak mümkündür²²⁸. Yahut örneğin işverenine karşı rekabet yasağını dolanmak maksadıyla şirket üstünden faaliyet gösteren şahsı sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin hükümlerle sorumlu tutmak mümkündür.

²²² BGH Trihotel, 2007 NJW 2689 (akt. **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.34 vd.)

²²³ **Yanlı**, s.246.

²²⁴ Alman Medeni Kanunu m. 242: "Borçlu örf ve adetleri göz önünde bulundurarak iyi niyet gerekliliklerine uygun davranmak yükümlülüğü altındadır."

²²⁵ **Yanlı**, s.248.

²²⁶ Alman Medeni Kanunu m. 123

²²⁷ Alman Medeni Kanunu m. 133, 157

²²⁸ **Hoffman/Cheng-Han/Tan**, s.42.

3.2.1.3.5. Değerlendirme

Common Law sisteminden iki ülkenin ve Kara Avrupası hukuk sisteminden iki ülkenin perdenin aralanması konusuna yaklaşımları incelenmiş olup ülkelerin birbirinden çok farklı yaklaşımlar geliştirdiği gözlemlenmiştir. Ülkelerin perdenin aralanması yaklaşımlarında tüzel kişiliğe²²⁹ bakış açılarının önemli etkisi görülmektedir.

Amerikan hukukunda önceleri tüzel kişiliğin gerçekliği görüşü hakimken perdenin aralanması teorisin doğumu ile birlikte varsayım görüşü öne geçmiştir. Hiç şüphesiz bunda ABD’de tüzel kişiliğin ve sınırlı sorumluluğun çok sık istismar edilmesi etkili olmuştur.

İngiliz hukukunda son dönemde tüzel kişiliğe ilişkin olarak gerçeklik görüşünün ağır bastığı söylenebilir. İngiliz hukukunda Amerikan hukukundaki gibi perdenin aralanması konusunda analitik bir yaklaşım, genel geçer testler geliştirme çabası yoktur. Amerikan hukukundaki işletme tüzel kişiliği teorisinden farklı olarak İngiliz hukukunda tek ekonomik birim teorisinin giderek önem kazandığı söylenebilir.

Alman hukukunda tüzel kişiliğin gerçekliği teorisini benimsenmiş olup tüzel kişiliğe her koşulda saygı duyulmaktadır. Öyle ki ortaklar paravan bir şirket kurduğunda dahi bu şirketin ayrı kişiliğinden şüphe etmek yerine ortakların bu tüzel kişiliğe zarar verdiği düşünülmektedir²³⁰. Alacaklıların gördüğü zarar ise ancak şirket tüzel kişiliğinin gördüğü zararın yansması kabul edilmektedir.

Fransız hukukunda ise tüzel kişilik hakkında varsayım teorisini kabul görmüştür. Perdenin aralanması halleri genel olarak *de facto* yöneticinin sorumluluğu bağlamında yasal düzenlemelerle ele alınmıştır. Malvarlıklarının karışması ve kurgusal şirket halleri de yasada bahsi geçen perdenin aralanması halleridir.

Perdenin aralanması konseptinin doğum noktası olan ABD, bu konuda doktrin ve uygulama bakımından en ileri konumda olan ülkedir. İncelenen ülkeler arasında perdenin aralanmasına en mesafeli duran ülke ise Almanya’dır. Alman hukukunda perdenin aralanmasını gerektiren sorunlara karşı genel olarak malvarlığının korunması ilkesine güvenilmektedir. ABD’de perdenin aralanması talepli davalar şirketler hukuku alanında en sık açılan davalardır. Bu davaların yüzde kırk oranında kabul edildiği tespit edilmiştir²³¹.

Alman hukukunda tutum tam aksi yöndedir. Son içtihatlarından biri olan GAMMA kararında Federal Mahkeme, ortakların asgari sermayeyi getirme yükümlülüğü olmasına karşın gereken finansmanı sağlama yükümlülüğü olmadığı bunun sınırlı sorumluluk ile

²²⁹ Tüzel kişiliğe ilişkin teoriler yukarıda incelenmiş olup konu için önem arz etmekte diler. (bkz. başlık 1.3.1.)

²³⁰ Amerikan hukukundaki yaklaşım ise bambaşkadır. Şirket kişiliğinin ortağın diğer benliği (Alter Ego) haline geldiğinden bahsedilmektedir.

²³¹ Oh, Peter B., "Veil-Piercing" **Tex. L. Rev.**, C. 89, 2010, (Oh, Veil-Piercing), s.144.

bağdaşmayacağını belirtmiştir. Federal Mahkeme, sermaye yetersizliğini perdenin aralanması için tek başına yeterli bir sebep olarak ele almamakta “yok edici müdahale” kriterini aramaktadır. Olayda şirkete yüklenen (ve acze düşmesine neden olan) sorumluluklar “yok edici müdahale” olarak değerlendirilmemiştir. Asgari sermaye belirli olduğundan alacaklıdan kendi risklerini hesaplaması beklenmektedir. Alacaklı, şirketin sermayesi hakkında bilgi sahibi olup buna göre risk üstlenebilir. Ancak borçlu şirketin başka birçok şahsa da borçlanması durumunda alacaklının risk hesabı tamamen boşa çıkacaktır. Görüldüğü gibi sınırlı sorumlu şirket ile borç ilişkisine giren alacaklının üstleneceği riski belirlemek borçlu şirketin elindedir. Bu sebeple yukarıda da belirtildiği üzere malvarlığının korunması ilkesi alacaklıları korumak konusunda yetersiz kalmaktadır.

Şirketin paravan (kabuk, düzmece, kurgusal, Sinderella) olduğunun, ortakların şirketi alacaklılara zarar vermek kastıyla kullandığının açıkça ortada olduğu durumlarda; şirketin tüzel kişiliğini göz ardı etmemek, ortakların şirkete zarar verdiğini düşünerek yok edici müdahale gibi çeşitli kriterler aramak sorunun çözümünü zorlaştırmaktadır. Alman hukukunda bu görüş tüzel kişiliğin gerçekliğinin kabulüne dayanmakta olup tüzel kişilik ve dolayısıyla sınırlı sorumluluğu korunması amaçlanmaktadır. Ancak Aküna’ın da belirttiği gibi Alman hukukunda tüzel kişilik gereğinden fazla ciddiye alınmaktadır²³².

Perdenin aralanması hususunda genel endişe, perdenin aralanmasının sınırlı sorumluluğa duyulan güveni sarsması ve bu sebeple sınırlı sorumluluğun olumlu getirilerini yok olmasıdır. Ancak perdenin aralanmasının son derece yaygın olduğu ABD’de böyle bir olumsuz etki (en azından kayda değer oranda) ortaya çıkmamıştır.

Yukarıda incelenen tüm örneklerde aleyhine perdenin aralanmasına karar verilen tarafın; kötü niyetli, ahlaka aykırı bir tutum içerisinde olduğu görülmektedir. Perdenin aralanması ile hem adalet ihtiyacı tatmin olmakta hem de borç ilişkisindeki dürüst taraf korunmaktadır. Bunun ekonomik hayata olumlu etkisi, sınırlı sorumluluğun ihlalinin olumsuz etkisi karşısında göz önünde tutulmalıdır.

Perdenin aralanması konusuna Fransız hukukundaki yaklaşım özgündür. Diğer hukuk sistemlerinde de şirket yöneticisinin, yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak Fransız hukukunda yöneticinin sorumluluğu *de facto* (fili) yöneticiyi de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylece şirket borcundan ortağın veya şirketi kontrol eden üçüncü şahsın sorumlu tutulmasının önü açılmıştır.

²³² Aküna, Teoman, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s.16-17.

3.2.1.4. Türk Hukukunda Perdenin Aralanması

3.2.1.4.1. Genel Bilgiler

Türk hukukunda perdenin aralanması; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tülü kaldırma, tüzel kişinin tabanına başvurulması, ışıldak teorisi, peçenin kaldırılması gibi isimlerle anılmıştır²³³. En yaygın kullanım “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” şeklinde olsa da bu çalışmada yukarıda açıklanan sebeplerle (bkz. başlık 3.2.1.1.) “tüzel kişilik perdesinin aralanması” kısaca “perdenin aralanması” terimi tercih edilmiştir.

Perdenin aralanması kavramına kanunda yer almamakla birlikte TTK m. 573’ün gerekçesinde²³⁴ tek kişilik limited şirkete olanak tanınmasının perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına yardım edeceğinden bahsedilmektedir.

Türk hukukunun, perdenin aralanması konusunda halen emekleme aşamasında olduğu söylenebilir. Hukuk literatürümüzde bu konudaki en ayrıntılı çalışma Yanlı’nın Alman ve İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak konuyu incelediği doçentlik tezidir. Konu 2008 yılında bir sempozyumda da ele alınmıştır. Perdenin aralanması konusu doktrinde genellikle yüzeysel olarak incelenmiş olup son yıllarda bu konudaki lisansüstü çalışmaların sayısının arttığı görülmektedir.

Türk hukukunda konuyu ilk kez perdenin kaldırılması olarak adlandıran ve inceleyen Poroy’dur. Poroy; ABD, İngiltere, Almanya, Fransa’da perdeyi kaldırma teorisinin kabul gördüğünden bahsederek hakkaniyet ile hükümlerin amaç ve ruhunun gerektirdiği durumlarda perdenin kaldırılarak, tüzel kişilik ardına sığınan kişilere ulaşılabilceğini, bu kişilerin takip edilmekten haksız yere kurtulmalarının önüne geçilebileceğini belirtmiştir.²³⁵ Poroy, Danıştay’ın vergi hukuku alanında “mücerret hukuki durum değil, fiili durumun esas alınması gerekir”²³⁶ düşüncesi ile aslında perdeyi kaldırdığından bahsetmiştir²³⁷.

Serozan, tüzel kişinin üyelerinin sırf sorumluluktan kurtulma gayesiyle art niyetli ve hesaplı davranışlarla tüzel kişilik perdesinin ardına sığınmaları durumunda, alacaklıların tüzel kişilik ve sorumluluk perdesini aralayarak kulisteki tüzel kişinin üyelerine ulaşabileceklerini

²³³ Yanlı, s.14

²³⁴ TTK Gerekçe m. 573; “...Bu adım sadece önemli bir gereksinime cevap vermek ve AB hukuku ile uyumu sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda uygulamadaki bazı görünüşte ortaklarla kurulan limited şirketlerden doğan kötüye kullanmalara da engel olacak, ayrıca perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına da yardım edecektir.”

²³⁵ Poroy, Reha/Çamoğlu Ersin/Tekinalp, Ünal, **Ortaklıklar Hukuku - Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıkları ve Kooperatifler**, İstanbul, 1972, s. 70.

²³⁶ "Esasen vergi kanunları hadiseleri mücerret hukuki durum olarak değil, fiili durum olarak mütalaa eder. Hadisede, davacının ortağı bulunduğu ... Limited Şirketi, beşi aynı ve diğer ikisi bir soyadını taşıyan ortaklardan kurulmuş olup, bu durumdan bilistifade ortakların şahsi menfaatlerini korumak hususunda her kararı istedikleri şekilde almaları mümkün bulunmaktadır." (Danıştay 4. D., 1961/4471 E., 1962/644 K.)

²³⁷ Tekinalp/Tekinalp, s.389, 390.

belirtmiştir. Yine fiili ve ekonomik açıdan bağımlı yavru şirketin de ayrı tüzel kişiliğinin kimi durumlarda yavru şirketin alacaklıları lehine göz ardı edilebileceğini belirtmektedir²³⁸.

Dural, tüzel kişilik kurma, ondan yararlanma veya tüzel kişiliğin ardına gizlenme yoluyla kanuna karşı hile yapılması, sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlal edilmesi veya üçüncü kişilere zarar verme gayesi ile hareket edilmesi durumlarında tüzel kişiliğin tabanına el atılabileceğini belirtmiştir. Dural tüzel kişilerin yasalarda öngörülen amaçlar için kurulabilen “amaç kişileri” olmalarından bahisle tüzel kişiliğin tanınmasının nedeni olan amacından saptırılması halinde tüzel kişiliğin nazara alınmaması gerektiğini belirtmiştir. Dural, Serick’in subjektif kötüye kullanma teorisine²³⁹ katılmaktadır²⁴⁰.

Akünel, her somut olay için yapılacak inceleme ile kanuna karşı hile veya sözleşmesel yükümlülüklerden kaçınma durumlarının tespiti halinde tüzel kişiliğin nazara alınmaması yoluna gidilebileceğini belirtmiştir²⁴¹. Akünel, Serick’in tüzel kişiliğin tanınmasının nedeni olan amaç ile somut olayda güdülen özel amacın birbirine aykırı olması durumunda tüzel kişinin dikkate alınmaması yönündeki görüşünü açıklıktan uzak ve perdenin aralanmasını uygulamasını sınırlayıcı değil genişletici mahiyette olduğunu savunmuştur. Zira sermaye şirketlerine tüzel kişilik tanınmasının başlıca nedenlerinden biri sorumluluğun sınırlandırılmasıdır. Dural ise aksi yönde Serick’in tüzel kişinin amacının hukuka uygun olması durumunda zarar gören kişilerin tüzel kişiliği aşmasına imkan verilmemesinin perdenin aralandığı durumları genişletmediğini bu yöndeki endişelerin yersiz olduğunu ifade etmiştir²⁴².

Tekinalp/Tekinalp, Poroy’un konu hakkındaki ifadelerinin normların amaçları teorisine yakın olduğunu, Serozan’ın “art niyet, hesaplı davranışlar” ifadelerinin subjektif kötüye kullanma teorisine yakın olduğunu ancak bilimsel objektiflik nedeniyle kesin bir yargıya ulaşmanın doğru olmadığını belirtmiştir²⁴³. Tekinalp, ABD, Almanya ve İsviçre’de mahkemelerin hiçbir teoriye ağırlık vermediğini, somut olaya göre kuramları değerlendirdiklerini belirtmiştir²⁴⁴. Tekinalp perdenin aralanması öğretisi geliştirilmemiş olsaydı tek kişilik şirketlere izin verilmeyeceğini, zira perdenin aralanması öğretisinin tek kişilik ortaklığın neden olduğu tek kişide iki şahsiyetin birleşmesi, şirketin kötüye kullanılma ihtimali gibi endişeleri giderdiğini ifade etmiştir²⁴⁵.

²³⁸ Serozan, Rona Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, 2. bası, İstanbul, 1994, s.16-19 (akt. **Pulaşlı**, Şerh, s.474, 475.)

²³⁹ Subjektif kötüye kullanma teorisi ve diğer teoriler için bkz. başlık 3.2.1.3.4.

²⁴⁰ Dural, Mustafa “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mayıs 1998, s.97-102 (akt. **Pulaşlı**, Şerh, s.474.; **Yanlı**, s.70, 71.)

²⁴¹ **Akünel**, s.16-18.

²⁴² **Yanlı**, s.72.

²⁴³ **Tekinalp/Tekinalp**, s.394.

²⁴⁴ **Tekinalp**, s.778.

²⁴⁵ **Tekinalp**, s.33.

Pulaşlı, tüzel kişiliğin bağımsız kişiliği ve üyelerinden ayrı malvarlığına ancak tüzel kişilik kanuna uygun bir amaç için kullanıldığında saygı duyulacağını, tüzel kişiliğin bu amaca, sadakat ve dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kötüye kullanılması halinde artık hukuk önünde tüzel kişiliğe saygı duyulmasının mümkün olmadığını bu durumda hâkim ortak veya diğer ortakların sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir²⁴⁶.

3.2.1.4.2. Perdenin Aralanmasının Hukuki Dayanağı

Perdenin aralanmasının hukuki dayanağı hem öğretinin hem de Yargıtay'ın genel kabulüne göre TMK m. 2 yani dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır²⁴⁷. Buna göre ayrılık ilkesine dayanılması hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse perdenin aralanmasına karar verilmelidir. Dürüstlük kuralı TMK m. 2'de şöyle ifade edilmiştir: *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.”*

Dürüstlük kuralları toplum bilincinde yerleşik, toplumun geniş kesimlerince kabul gören, beğenilen, uyulan, iş ve işlemlerde özen, dikkat ve karşılıklı güven esaslarına dayanan davranış kurallarıdır. Dürüstlük kuralları, kişinin şahsi algısı, ahlak anlayışı ile ilgili yani sübjektif nitelikte değildir. Bu kurallar toplum tarafından kabul gören, uyulması istenen objektif nitelikte kurallardır²⁴⁸.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise dürüstlük kuralının ihlalinin sonuçlarına, yaptırımına ilişkindir²⁴⁹. Hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK m. 2/2'nin ifadesi şudur: *“Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”*

Perdenin aralanmasının dayanağı olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı genellikle bir arada ele alınsa da bunların ayrı ayrı incelenmesi de söz konusudur²⁵⁰. Burada hakkın kötüye kullanılması ile ilgili olarak hakkın kötüye kullanılmasını sübjektif ve objektif esasa dayandıran görüşleri incelemek gerekir.

Sübjektif görüşe göre hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilmesi için başkasına zarar verme kastı ile hareket edilmesi gerekir. Objektif görüş ise hakkın sırf başkasına zarar verme amacıyla kullanılmasının son derece ender bir durum olduğunu, hakkın ne zaman kötüye kullanıldığının objektif kriterlere bakılarak tespit edilmesi gerektiğini öne sürer. Hakkın kötüye kullanıldığının tespiti için hakkın meşru bir menfaat için mi kullanıldığı, hakkın sosyal ve ekonomik amacına ya da ahlak kurallarına uygun mu kullanıldığı gibi kriterlere bakılması

²⁴⁶ Pulaşlı, Şerh, s.476.

²⁴⁷ Öztekin/Memiş, s.216.; Tekinalp/Tekinalp, s.396.

²⁴⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.167.

²⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.177.

²⁵⁰ Antalya, Gökhan/Topuz, Murat, **Medeni Hukuk Cilt: I**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021 s.510.

önerilmiştir. Öğretide bu kriterin dürüstlük kuralları olması gerektiği zira dürüstlük kurallarının bahsedilen kriterlerin tümünü kapsama alan genel bir ölçüt olduğu belirtilmiştir²⁵¹.

Sağlam, perdenin aralanması için objektif kötüye kullanmayı yeterli görmektedir. TMK m. 2/1 anlamında dürüstlük kuralına aykırılığın yeterli olduğunu perdenin aralanması için kastın aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir²⁵². Benzer şekilde Tekinalp de perdenin aralanmasının dürüstlük kuralı yanında normun amacının dışında kullanılmayacağı ilkesine dayandığından bahsederek kast unsurunun aranmamasından yana görüş bildirmiştir²⁵³. Bu konuda Yargıtay'ın yönelimi sübjektif görüşe daha uygundur²⁵⁴.

Perdenin aralanmasının TMK m. 2'ye dayandırılması beraberinde perdenin aralanmasına ikincil nitelikte başvurulabilmesini getirir²⁵⁵. Zira TMK m. 2'ye başvurulabilmesi için o konuda özel bir düzenleme olmaması gerekir. Hukukun genel kurallarından olan bu hükme sık sık başvurulması tehlikeli görülmüştür²⁵⁶. Yargıtay da perdenin aralanmasının ikincil niteliğine şu şekilde işaret etmiştir: “...*kötü niyetle ve mal kaçırma gayesi ile mevcudu eksiltmeye yönelik tasarruflarla ilgili olarak yasal şartların varlığı halinde tasarrufun iptali, muvazaa nedeniyle işlemin iptali gibi hukuki sürecin işletilmesinin mümkün olduğu ve yukarıda*

²⁵¹ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.182, 183.

²⁵² Sağlam, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, (Sağlam, Sempozyum), s.157.

²⁵³ Tekinalp, s.778.

²⁵⁴ “Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindendir. Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hakim hukuku biçiminde bir son çaredir.” (Yarg. 9HD, 2.12.2014, E. 2014/23021, K. 2014/36630 (erişim tarihi:14.04.2021), <http://kararama.yargitay.gov.tr>.)

“...davacı ile borçlu şirketlerin iç içe birlikte faaliyette bulundukları, şirketlerin alacaklılardan mal kaçırma amacıyla tüzel kişilik perdesinden yararlanmaya çalıştıkları, somut olay bakımından perdenin aralanması koşullarının oluştuğu...” Yarg. HGK, T. 25.2.2020, E. 2017/19-914, K. 2020/197, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.

²⁵⁵ Yanlı, s.84, 85.; Çamoğlu, s.12 vd.

²⁵⁶ Bu konuda Schwarz'ın konuya ilişkin önem arz eden ifadeleri şu şekildedir: “İkinci maddenin her iki hükmü de kanunun son zamanlarda genel esaslar tabiriyle ifade olunan büyük kaidelerinden biridir... Bununla beraber bunların tatbikinde çok ihtiyatlı ve basireti olmak icap eder. Bu umumi hükümleri sık sık tatbik etmek, yani hukuki meselelerin hallini bunlara istinad ettirmek, tehlikeli bir temayüldür. Bu yanlış bir hukuki metoddur. Zira her hukuki meseleyi, şu keyfiyet hüsnüniyete muhaliftir, şunu talep etmek bir hakkın suistimalidir diyerek basit kolay ve müphem birtakım hakkaniyet hislerine tevkiifan halletmek tabiatıyla çok mümkündür. Çünkü nihayet hukuken doğru her hal tarzı hüsnüniyet icebatına uygun olmak mecburiyetindedir ve her haksızlık da bir hakkın suistimali olarak tavsif olunabilir. Fakat her zaman bu bakımdan hareket edilecek olursa, bundan hukuki katiyetsizlik emniyetsizlik doğar, zira hüsnüniyet ve hakkın suistimali kat'i surette tarifi mümkün olmayıp müphem ve geniş bir mahiyet arzeden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen iki bin seneden fazla bir zamandaki tekamülün neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütüin rasyonel hususi hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kati ve açık prensiplerle halletmektir... Fakat bu suretle, bunlar olmaksızın kanunun iyi ve salim işlemesine imkan bulunmayan iş bu genel kaidelerin çok büyük önemi küçültülmek istenmemiştir. Yukarı ki hususları zikretmekten maksat işbu umumi kaidelerin, hususi kaidelerle olan münasebet ve rabitasını tabarüz ettirmektir.” (Schwarz, A.B., **Medeni Hukuka Giriş**, (Çeviren: H. Veldet) İstanbul, 1946, s.204, 204. (akt. **Antalya/Topuz** s.498, 499.))

ifade edildiği üzere “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu...”²⁵⁷

Öğretideki hakkın kötüye kullanılması yasağının resen dikkate alınması gerektiği yönündeki görüş de dikkate alınmalıdır²⁵⁸. Gerçekten perdenin aralanması gerekliliği açıkça ortadaysa hakim bu konuda bir def’i ileri sürülmesini beklemeden TMK m. 2’yi uygulaması yerinde olacaktır.

Öğretide perdenin aralanmasının hukuki dayanağına ilişkin birtakım farklı görüşler de bulunmaktadır. Tekinalp, dürüstlük kuralı ve normun amacı dışında kullanılamayacağı ilkeleri yanında şirket ve ortağın malvarlığının ayrılığı ilkesini somutlaştıran TTK’nın 338/2, 371/6, 408/3, 574/1, 616/3, 629/2 maddelerinin de perdenin aralanmasının hukuki dayanağını oluşturduğunu belirtmiştir.²⁵⁹ Günay, şirketin ortakları, şirketin alacaklılar aleyhine zenginleşmişse perdenin aralanmasının sebepsiz zenginleşmeye de dayanabileceği görüşünü dile getirmiştir.²⁶⁰ Bozgeyik/Yavaşı, TMK m. 47/2 uyarınca; “*Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz*” hükmünün zıt anlamından, hukuka veya ahlaka aykırı hareket eden tüzel kişiliklerin, tüzel kişiliğinin kaldırılabilmesi şeklinde bir sonuç çıkarılabileceği görüşünü ifade etmişlerdir²⁶¹. Belirtmek gerekir ki bahsi geçen yazarların tümünün perdenin aralanmasının hukuki dayanağının esasen TMK m. 2 olduğu hususunda görüş ayrılığı yoktur.

3.2.1.4.3. Perdenin Aralanmasını Gerektiren Durumlar

Perdenin aralanmasını gerektiren durumların sınırlı olarak sayılması mümkün değildir. Bu durumlar birbirinden kesin sınırlarla ayrılmış değildir. Aşağıdaki durumların bir veya birkaçının somut olayda mevcut olması perdenin aralanmasını gerekli kılabilir.

3.2.1.4.3.1. Malvarlıklarının Karışması

Şirketin ve ortağın malvarlıklarının karışması (*commingling of assets*) perdenin aralanmasını gerektiren durumlardan biridir. Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin gereği olarak şirketin ortakların malvarlığından ayrı bir malvarlığı bulunur. Ortaklar, şirketin ayrı malvarlığına saygı duymalı, şirketin malvarlığının korunması ilkesine uygun davranmalıdır. Malvarlığının korunması ilkesinin ihlali nedeniyle ortakların ve şirketin malvarlıkları birbirine

²⁵⁷ Yarg. 3HD, T. 3.12.2019, E. 2019/593, K. 2019/9655, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.

²⁵⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.193.

²⁵⁹ Tekinalp, s.778.

²⁶⁰ Günay, Sena Nur “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s.196 vd.

²⁶¹ Bozgeyik/Yavaşı, s.301.

karışmışsa (*commingling of assets*) bu durum perdenin aralanması için bir sebeptir. Ortaklar malvarlıklarının karışmasına sebep olarak şirketin tüzel kişiliğine saygı duymuyorsa artık ortakların ayrılık ilkesini öne sürmeleri kabul edilemez²⁶².

Tekinalp malvarlığının karışmasını ortağın ve şirketin malvarlığının tek bir malvarlığı gibi kullanılması, bunlar arasındaki ayrımın ortadan kalkması, malvarlıklarından birine ait hak ve borçların haksız yere diğerine mal edilmesi şeklinde tanımlamıştır²⁶³.

Gerçekten uygulamada özellikle tek ortaklı şirketlerde ve aile şirketi gibi eş, dost, akraba bir araya gelerek kurulan kurumsallaşmamış şirketlerde hakim ortak kendisini “şirketin sahibi” olarak görmektedir. Bu hukuka aykırı algı doğrultusunda hakim ortak şirketi kendi kasası gibi kullanmaktadır²⁶⁴.

Malvarlıklarının karışması halinde genellikle ortakların şirketin içini boşaltması (*asset stripping*) durumu da söz konusudur. Bu muhasebe kayıtlarındaki uygunsuzluklarla doğrudan varlıkların ortağa aktarılması şeklinde olabileceği gibi kayıt dışı faydalandırmalar, düşük²⁶⁵ veya yüksek bedelli devir gibi işlemlerle de söz konusu olabilir.

Ticari defterlerin, muhasebe kayıtlarının eksik veya hatalı tutulması malvarlıklarının karışması hususu değerlendirilirken göz önüne alınır²⁶⁶. Yargıtay da malvarlıklarının karışması hususunun tespiti için ticari defterlerin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁶⁷. Yargıtay bir başka kararında kesilen faturanın aynı grup içindeki bir başka bağlı (kardeş) şirketin ticari defterine işlenmiş olmasının, kardeş şirketin borçtan sorumlu tutulması açısından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶⁸.

Yargıtay bilirkişi raporundan satın alınan malların şirketin ticari defterlerinde bulunmaması, bu malların davalı ortaklar tarafından haricen satılmış, satış bedellerini şahsi

²⁶² Tekinalp/Tekinalp, s.396.

²⁶³ Tekinalp, s.781.

²⁶⁴ Bozgeyik/Yavaşı, s.309.

²⁶⁵ Yanlı, s.240.; Ulusoy, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması” Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.379.

²⁶⁶ Bozgeyik/Yavaşı, s.308.

²⁶⁷ “Tüzel kişiliklerde mal ayrılığı ilkesi geçerli olup, tüzel kişinin malvarlığı onun ortaklarının ve onun yönetiminde bulunan organları oluşturan kişilerin ve kardeş ortaklıkların malvarlığından bağımsız ve ayrıdır. Eğer kişilik ve mal varlığı ayrılığı ilkesi uygulanmıyorsa yani malvarlıkları birbirine karışmışsa ve bu durumdan kişiler zarar görüyorsa, art niyetle ve hesabi davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesi ardına sığınmış ise bu durumda TMK'nin 2. maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır. Somut olayda davacı, alacağını borçlu şirketten alamadığına ve davacı tarafından, borçlu şirket ile davalıların organizasyonları ile malvarlıklarının birbirine karıştığı da iddia edildiğine göre, davalı tarafa ait ticari defterlerin de incelenmesi suretiyle borçlu ile davalıların malvarlıklarının karışıp karışmadığı, tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılarak davalıların, dava dışı ...İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin borcundan sorumlu tutulup tutulamayacağının değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden de bozulmasını gerektirmiştir.” (Yarg 11HD, T. 19.3.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.)

²⁶⁸ Yarg. 19HD, T. 25.03.2008, E. 2007/9269, K. 2008/2932 (akt. Günay, s.152)

işlerine harcanmış olduğunun tespiti nedeniyle şirket ve ortakların alanlarının malvarlığı ve organizasyon bakımından birbirine karıştığını belirtmiştir.

Malvarlıklarının karıştığının ölçütü olarak malvarlığının korunmasına ilişkin önlemlerin alınıp alınmadığı hususunun kontrol edilemez hale gelmesi esas alınmalı, eğer bu durum ortaya çıkmışsa perdenin aralanmasına karar verilmelidir²⁶⁹.

Öğretide malvarlıklarının karışması dikey ve yatay karışma olarak ikiye ayrılmıştır. Ortaklar ve şirketin malvarlıkları birbirine karışmışsa dikey anlamda birbirine karışmadan bahsedilmektedir. Bağlı şirketlerin malvarlıkları arasında karışma mevcutsa malvarlıklarının yatay anlamda karışması söz konusudur. Bağlı şirketler arasındaki yatay karışma halinde buna sebep olan hakim şirketin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷⁰.

Öğretide malvarlıklarının karışması durumu perdenin aralanması için yeterli bir sebep olarak görülmektedir²⁷¹. Yanlı, bu halin perdenin aralanması için genel kabul gören tek durum olduğunu belirtmiştir²⁷².

3.2.1.4.3.2. Şirket ve Ortağın Özdeşleşmesi

Şirket ve ortağın özdeşleşmesi (*identification*)²⁷³, şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanılması halinde söz konusu olabileceği gibi şirket üzerindeki hakimiyetin varlığı da özdeşleşme olarak kabul edilebilir. Şirket ve ortağın özdeşleşmesi halinde bazı durumlarda perdeyi aralayarak sorumlu tutma söz konusu olabileceği gibi durum perdeyi aralayarak özdeş kılmayı²⁷⁴ diğer deyişle perdeyi aralayarak isnatta bulunmayı da gerektirebilir.

3.2.1.4.3.2.1. Tüzel Kişiliğin Kötüye Kullanılması

Tüzel kişiliğin kötüye kullanılması²⁷⁵ (*abuse of the legal personality*) ortakların bilinçli şekilde şirket tüzel kişiliğini hem amaç hem de işlev bakımından alacaklıların zararına kullanması durumunu ifade eder. Bu halde tüzel kişilik yapısının istismar edilmesi söz konusudur. Şirket yasal zeminde kurulmuş ve faaliyet gösteriyor olsa da hukuka aykırı bir

²⁶⁹ Öztekin/Memiş, s.205, 206.; Ulusoy, s.381.

²⁷⁰ Yüksel, Kemalettin, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması” Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s.274.; Yanlı, s.240, 241.

²⁷¹ Tekinalp/Tekinalp s.396.; Yanlı, s.237 vd.; Yüksel, s.274.; Öztekin/Memiş, s.205 vd.

²⁷² Yanlı, s.237.

²⁷³ Terimin Türkçedeki karşılığı tam olarak özdeşleşme olmamakla birlikte terim perdeyi aralayarak özdeş kılma diğer ifadelerle perdeyi aralayarak kapsama alma (veya isnatta bulunma) yolunu ve perdeyi aralamayı gerektiren bir durum olarak şirket ve ortakların özdeşleşmesini yani somut durumda ortaklar ve şirketin aynı kişi kabulü gereğini ifade etmek üzere, grup şirketler açısından ise grup içerisinde yer alan tüm şirketlerin bir arada sorumlu tutulduğu tek ekonomik birim ve işletme tüzel kişiliği teorilerini kapsar şekilde kullanılmaktadır. (bkz. Vanderkerckhove, s.380 vd.)

²⁷⁴ Perdeyi aralayarak özdeş kılma (isnatta bulunma) hakkında bkz. başlık 3.2.1.1.2.

²⁷⁵ Öğretide genellikle kurumsal kötüye kullanma olarak anılmaktadır (Öztekin/Memiş, s.207).

amaca yöneltilmiş veya iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak üçüncü kişilerin zararına hareket etmesine neden olunmuştur²⁷⁶. Öğretide diğer perdenin aralanması durumları yoksa tüzel kişiliğin kötüye kullanılması sebebiyle perdenin aralanması gerektiği belirtilmiştir²⁷⁷.

Kötüye kullanma hallerine şu durumlar örnek verilebilir: (1) Bir bononun hamilinin bonoyu ibraz ettiğinde şahsi def'i ile karşılaşmamak için bonoyu hakim veya tek ortağı olduğu şirkete ciro etmesi. (2) Benzin istasyonu işleten ve bir ürünü satmamak konusunda sözleşme imzalayan şirketin ortaklarının benzin istasyonu yakınında şahsen sözleşmeye aykırı olarak söz konusu ürünün ticaretini yapmaları. (3) Hakim ortağı olduğu şirketten borç alması yasak olan ortağın yeni bir şirket kurarak yeni şirket üstünden borçlanması²⁷⁸.

Sayılan örnekler perdeyi aralayarak özdeş kılmayı (isnatta bulunmayı) gerektiren durumlardır. Gerçekten bu durumlarda perdenin aralanmasını talep eden taraf, sorumluluğun genişletilmesini değil ortakla şirketin aynı kişi olarak kabulünü talep eder. Ancak tüzel kişiliğin kötüye kullanılması çok geniş bir kavram olup sadece özdeş kılmayı gerektiren bir durum olarak değil perdeyi aralayarak sorumlu tutmayı gerektiren bir hal olarak da ortaya çıkabilir.

3.2.1.4.3.2.2. Hakimiyet

Hakimiyet (*excessive control*) tek başına perdenin aralanmasını gerektiren bir durum değildir. Genellikle hakimiyet yabancı yönetimle birlikte söz konusu olur. Yabancı yönetime ileride değinilecektir. Hakimiyet şirketteki payların veya yönetim için yeterli payların çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı sahip olmak veya benzeri şekillerde ortaya çıkabilir²⁷⁹.

Hakimiyetin diğer unsurlar olmadan perdenin aralanmasına sebep olmasına öğretide sıkça değinilen şu karar²⁸⁰ örnek verilebilir: Karara konu olayda şirketin hakim ortağı (fiili durumda tek ortağı) olan kişi ve şirketin ticari mümessili, şirketin aldığı kredi için müteselsil kefil olmuşlardır. Sonrasında şirket iflas etmiş ve kredi ödenememiştir. Bu durumda krediyi ödeyen ortak, müteselsil kefil olması sebebiyle ticari mümessile rücu etmek istemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi olayda ortak ve şirketin özdeş olduğuna, bu halde aslında ortağın kendi borcunu ödemesi sebebiyle rücu hakkının olmadığına karar vermiştir.

Karara konu olayda tüzel kişiliğin kötüye kullanılması söz konusu değildir. Ortağın kastından veya hileden söz edilemez. Ortak sadece ayrılık ilkesine dayanmak istemiş ancak mahkeme bunu hukuka ve dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Öğretide bu karar normların

²⁷⁶ Öztekin/Memiş, s.207, 208.; Kervankıran, s.467.

²⁷⁷ Kervankıran, s.467.

²⁷⁸ Tekinalp/Tekinalp, s.387, 388, 392.

²⁷⁹ Sağlam, Sempozyum, s.156, 157.; Öztekin/Memiş, s.208.

²⁸⁰ BGE 53 II 25 (akt. Tekinalp/Tekinalp, s.392, 393.)

amaçları teorisinin uygulanmasına örnek gösterilmektedir. Bu durumda mahkemenin ayrılık ilkesinin normun amacına aykırı olarak kullanılmasına onay vermediği belirtilmektedir²⁸¹.

3.2.1.4.3.2.3. Yabancı Yönetim

Yabancı yönetim (çıkarların özdeşleşmesi) durumunda şirket üstünde hakimiyeti bulunan ortağın hakimiyetini kendi çıkarı için kullanması söz konusudur. Bu halde şirketin çıkarı ile hakim ortağın çıkarı özdeşleşir²⁸². Yukarıda bahsedildiği gibi hakimiyet doğrudan olabileceği gibi dolaylı hakimiyet şeklinde olabilir. Bir şirkete hakimiyetin başka bir şirket üstünden sağlanması durumunda veya saman adamlar vasıtasıyla hakimiyet kurulması halinde dolaylı hakimiyetten bahsedilir.

Dolaylı hakimiyete dayalı yabancı yönetim, eğer şirket üstünde başka bir şirketin hakimiyeti yoluyla ortaya çıkıyorsa bu durumda öncelikle TTK m. 195 ve devamında yer alan hakim-bağlı şirketlere (şirketler topluluğuna) ilişkin düzenlemelere başvurulmalıdır. Şirketler topluluğu hükümleri ancak hakimiyet kuran şirkete ulaşma konusunda yeterlidir. Yoksa hakimiyet kuran şirketin gerçek kişi ortaklarına ulaşmak sadece perdenin aralanması veya şartları varsa yöneticinin sorumluluğuna başvurmak yoluyla mümkündür. Benzer şekilde şirketler grubunda yer alan kardeş şirketlere ulaşmak için de şirketler topluluğu hükümleri yetersizdir. Bu gibi hallerde sorun ancak perdenin yatay veya çapraz aralanması ile aşılabilecektir²⁸³.

Yabancı yönetim doğrudan hakimiyet veya saman adamlar vasıtasıyla dolaylı hakimiyet şeklinde ortaya çıkmışsa bu durumda öncelikle fiili yöneticinin sorumluluğuna²⁸⁴ ilişkin hükümlere başvurulmalıdır. Hakim ortak aynı zamanda şirket yöneticisi ismi *de jure* yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere de başvurulabilir²⁸⁵. Nitekim hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde de alacaklının açacağı dava hakkında yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir²⁸⁶.

²⁸¹ Tekinalp/Tekinalp, s.392, 393.

²⁸² Yanlı, s.119.; Tekinalp/Tekinalp s.396, 397.

²⁸³ Yatay ve çapraz aralama için bkz. Başlık 3.2.1.4.4.3.

²⁸⁴ Bkz. başlık 3.2.3.4.

²⁸⁵ Aynı yönde bkz. Günay, s.162 vd.

²⁸⁶ TTK m. 202/1-e: “Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır. Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır.”

3.2.1.4.3.3. Özkaynak Yetersizliği

Özkaynak yetersizliğinin (*undercapitalization*) perdenin aralanmasını gerektiren bir durum olup kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır²⁸⁷. Öğretide bu hal, özkaynak yetersizliği yerine yetersiz sermaye şeklinde de anılmaktadır. Özkaynak ibaresi şirketin sermayesini kapsadığı gibi yedek akçeleri yani esas sermayenin üstündeki net malvarlığını da kapsar. Bu sebeple özkaynak yetersizliği ibaresinin kullanımı uygun görülmüştür²⁸⁸.

Şirkete getirilen sermaye alacaklılar için alacaklarının teminatını teşkil eder. Kanunda limited şirket ve anonim şirket kurmak için asgari sermaye şartı öngörülmüştür. Ancak kanunda asgari sermaye şartı dışında işin gereğine uygun bir sermaye getirilmesine yönelik bir düzenleme yoktur²⁸⁹. Asgari sermaye şartının yerine getirilmesi, şirketin yürüteceği işlere uygun bir sermaye koyulduğunu göstermez. Esasen hangi işin ne kadar sermayeye ihtiyaç duyacağı da kesin olarak belirlenemez²⁹⁰.

Özkaynak yetersizliği, şirketin faaliyet gösterdiği konuyu gerçekleştirmesi için yeterli özkaynağa sahip olmaması ve bunun için yeterli finansmanı da bulamaması halinde söz konusu olur. Özkaynak yetersizliği şirketin kuruluşu esnasında var olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir²⁹¹.

Özkaynak yetersizliği halinde şirketin girdiği borç ilişkilerinde alacaklıların üstlendiği risk artar. Yanlı, kuruluştaki ya da sonradan faaliyet hacmiyle orantısız özkaynak söz konusuysa şirketin acze düşmesi göze alınmış olup bu halde şirketin faaliyete devam etmesindeki amaç riski alacaklılara yıkararak sınırlı sorumluluk hakkından faydalanmaktır; bu da hakkın kötüye kullanılmasıdır yorumunu yapmıştır²⁹². Belirtmek gerekir ki alacaklı özkaynak yetersizliğinden haberdar olarak bu riski göze almışsa bu halde bahsi geçen alacaklı lehine perdenin aralanması mümkün değildir²⁹³.

Özkaynak yetersizliği nedeniyle perdenin aralanabilmesi için bunun belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. Öğretide bu konuda adi ve fevkalade özkaynak yetersizliği ayrımı yapılmıştır. Adi özkaynak yetersizliği şirketin kredibilitesinin düşüklüğü nedeniyle sürekli haldeki finansman ihtiyacının dış kaynaklardan karşılanamaması olarak tanımlanabilir. Bu halde ortaklar özkaynakları arttırmak yerine şirkete ödünç vererek finansman ihtiyacını

²⁸⁷ Tartışma Türk öğretisinden ziyade Alman, İsviçre öğretisindedir. (Öztek Memiş, s.207.) Fransız hukukunda ise konu yöneticinin sorumluluğu bağlamında ele alınmakta, İngiliz hukukunda da benzer görüşler bulunmaktadır. (Vanderkerckhove, s.175.)

²⁸⁸ Yanlı, s.87.

²⁸⁹ Bankacılık, sigortacılık gibi alanlarda faaliyet gösterecek şirketler için özel asgari sermaye şartları bulunmaktadır.

²⁹⁰ Öztek/Memiş, s.207; Ulusoy, s.382.

²⁹¹ Ulusoy, s.383.; Tekinalp/Tekinalp, s.396.

²⁹² Yanlı, s.116.

²⁹³ Ulusoy, s.386.; Yanlı, s.116.

karşılacaktır. Adi özkaynak yetersizliğinin tespiti güç olup perdenin aralanmasına esas teşkil etmesi kabul görmemiştir. Zira hem yeterli özkaynağın kesin bir ölçüsü yoktur hem de ortaklardan sürekli mevcut kaynakları kontrol etmeleri beklenemez²⁹⁴.

Fevkalade özkaynak yetersizliği halinde ise şirketin özkaynakları ile faaliyet hacmi, üstlendiği riskler arasında açık bir dengesizlik söz konusudur. Bu halde ticari faaliyetin olağan akışına oranla alacaklıların üstlendiği risk çok fazla artmış bulunmaktadır²⁹⁵. Öğretide fevkalade özkaynak yetersizliğinden bahsedilebilmesi için yetersizlik halinin süreklilik arz etmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Fevkalade özkaynak yetersizliği halinde perdenin aralanması mümkündür. Bu halde ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için ortakların kusur durumu, şirketin acze düşmesi ile özkaynak yetersizliği arasındaki illiyet bağı gözetilmelidir²⁹⁶.

3.2.1.4.3.4. Yanıltıcı Görünüş

Yanıltıcı görünüş (*creation of false appearance*), öğretide alanların ya da organizasyonların karışması olarak da anılmaktadır. Bu durumda şirket ile ortağın ayrı kişiler olduğu yeterince ortaya konulmadığından şirketin borcundan ortağın sorumlu tutulması söz konusu olur. Görünüşteki yanıltıcılık nedeniyle şirket ile ilişkiye giren alacaklı aslında ortak ile (yahut tam tersi) hukuki ilişki kurduğunu düşünmektedir²⁹⁷.

Örneğin ortağın hem şirket hem de kendi benzer şahsi unvanı ile ticari faaliyet yürütmesi durumunda şahsı adına sözleşme yaptığı izlenimi vererek ödeme gücü olmayan şirket adına sözleşme imzalaması halinde yanıltıcı görünüş söz konusudur. Yine ortağı ve yöneticisi aynı kişi olan iki şirketin aynı adresi, benzer logo, antetli kağıtları kullanarak, benzer sektörlerde faaliyet göstermeleri halinde ortağın yanıltıcı görünüşe sebebiyet vermesi nedeniyle iki şirketin de sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Yanıltıcı görünüş nedeniyle perdenin aralanması sadece sözleşmeden kaynaklanan alacaklar için söz konusu olabilir²⁹⁸.

Kanaatimce yanıltıcı görünüş söz konusu olan durumlarda perdenin aralanması yoluna başvurmadan önce irade bozukluğuna ilişkin (TBK m. 30-39) hükümlere başvurulmalıdır.

3.2.1.4.3.5. Organik Bağ

Organik bağın varlığı halinde uygulamada özellikle perdenin çapraz ve yatay aralanmasının söz konusu olabildiği görülmektedir. Ancak organik bağ nedeniyle sorumlu

²⁹⁴ Yanlı, s.89, 90, 116, 117.

²⁹⁵ Öztekin/Memiş s.207.; Yanlı, s.90.

²⁹⁶ Yanlı, s.90, 117.

²⁹⁷ Tekinalp, s.781.; Ulusoy, s.377.; Öztekin/Memiş, s.206.

²⁹⁸ Yanlı, s.249.

tutma halini perdeyi aralayarak sorumlu tutmadan ayıran görüşlerin bulunması ve ilaveten uygulamada iş ve icra hukukuna ilişkin davalarda kavrama sıkça yer verilmesi sebebiyle konu ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bkz. başlık 3.2.2.

3.2.1.4.4. Perdenin Aralanmasının Türleri

3.2.1.4.4.1. Perdenin Düz Aralanması

Perdenin düz aralanması halinde ayrılık ve sınırlı sorumluluk göz ardı edilerek şirketin hakim ortağının sorumluluğuna başvurulur. Perdenin düz aralanması dar anlamda perdenin aralanması ile aynıdır. Öyle ki Çamoğlu perdenin aralanmasını düz aralama haline indirgemıştır²⁹⁹.

Sorumluluğuna başvuru şirket ortağı gerçek kişi olabileceği gibi hakim veya tek ortak olan başka bir şirket de olabilir. Diğer bir anlatımla bağlı şirketin borcundan ana şirketin sorumlu tutulması perdenin düz aralanmasına ilişkindir³⁰⁰.

Perdenin düz aralanması ile ilgili Yargıtay'ın şu kararına değinmek açıklayıcı olacaktır. Dava konusu olayda davacı faktöring şirketi davalı şirket M'nin keşidecisi olduğu çeki temlik almıştır. M şirketinin adresinde yapılan hacizde bu şirketin hakim ortağı ve müdürün olan O'nun ortak ve müdürü olduğu P şirketine ilişkin sigorta poliçesi, çek bordrosu, kaşe örnekleri, Ulaştırma Bakanlığı taşıt ve yetki belgesi bulunmuştur. Hacze ilişkin olarak P'nin istihkak iddiası reddedilmiştir. Davacı, davalılar M şirketi, P şirketi ve O'nun borcun tamamından perdenin aralanması yoluyla müteselsilen sorumlu tutulmasını talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi davalı M ve P'nin müteselsilen sorumlu tutulmasına O'nun ise gerçek kişi olması nedeniyle TTK'daki sermaye şirketlerine ilişkin hükümler uyarınca sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

Davacının kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay, gerçek kişi olması nedeniyle O'nun sorumlu tutulmamasını yerinde görmeyerek tüzel kişilik perdesinin aralanmasıyla ortağın borcundan şirketin, şirketin borcundan üyelerin özdeş kılınarak sorumluluğuna gidilebileceğini O'nun durumunun bu açıklamalar ışığında değerlendirilmesi gerekirken hatalı gerekçeyle verilen ret kararını bozmuştur³⁰¹.

²⁹⁹ Çamoğlu, s.11

³⁰⁰ Tekinalp/Tekinalp, s.398

³⁰¹ Yargıtay'ın ifadesi şu şekildedir: "...TTK'daki sermaye şirketlerine dair hükümler gözetildiğinde kural olarak sermaye şirketi ortaklarının şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı bir sorumluluğu bulunmamakta ise de, pay sahibinin şirket tüzel kişiliği ile özdeşmesi, şirket ortağının mal varlığı ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının birbirlerine karışması, art niyetli ve hesaplı davranışlarla sırf sorumluluktan sıyrılmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınılması, ortağın şirketteki hakimiyetini kötüye kullanarak alacaklılara karşı tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması hakkın kötüye kullanılması mahiyeti taşıması, borçların ödenmesi sırasında şirket ortağı tarafından ayrılık prensibinin ileri sürülmesinin TMK'nın 2. ve 3. maddelerine aykırı olması gibi hallerin söz konusu olduğu durumlarda şirket ortağı aleyhine de tüzel kişilik perdesi aralanarak şirket

3.2.1.4.4.2. Perdenin Ters Aralanması

Perdenin ters veya tersinden aralanması halinde ortağın, şirketin borcundan sorumlu tutulması değil; şirketin, ortağın borcundan sorumlu tutulması söz konusudur.³⁰² Ortak şahsi alacaklılarından kaçmak için tüm malvarlığını ortağı olduğu şirkete devretmiş olabilir veya rekabet etmeme gibi şahsi yükümlülüklerini bertaraf etmek amacıyla³⁰³ şirketi ikinci kişiliği gibi kullanıyor olabilir. Bu hallerde ulaşılmak istenen ortak değil şirkettir.

Perdenin ters aralanması hakim bağlı şirket ilişkisinin bulunduğu durumlarda da ortaya çıkabilir. Bu halde hakim şirketin borcundan bağlı şirketin sorumlu tutulması söz konusudur³⁰⁴.

Uygulamada sık rastlanmamakla birlikte perdenin tersine aralanabileceği Yargıtay'ın kabulündedir³⁰⁵.

3.2.1.4.4.3. Perdenin Yatay ve Çapraz Aralanması

Perdenin yatay aralanması grup şirketlerde iki bağlı şirket arasında meydana gelir. İki bağlı şirketten birinin borcundan diğerinin de sorumlu tutulması halinde yatay aralama söz konusu olmaktadır³⁰⁶. Yargıtay da aynı gruptaki bağlı şirketler arasında, diğer deyişle yatay olarak perdenin aralanmasını kabul etmektedir³⁰⁷.

Çapraz aralamada ise perdenin birden fazla kez (düz, ters) aralanması söz konusudur. Yatay aralamayı, çapraz aralamadan ayıran fark teorik olmakla birlikte çapraz aralama daha kapsamlıdır. Çapraz aralamaya şu durum örnek verilebilir: Aciz halindeki A şirketi için perde düz aralanarak ortak B'ye ulaşılır. Ardından ortağın hakimi olduğu ödeme gücü olan C şirketine

borcundan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir. Başka bir anlatımla perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin özdeş kılınarak sorumlu tutulması mümkün olabilecektir. Bu durumda, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar ışığında davalı ...'nın durumu değerlendirilerek hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, davanın tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dayandırıldığı, davalı ...'nın ise bir gerçek kişi olduğu gerekçesiyle davalı ... hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 11HD, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084, (erişim tarihi: 17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.)

³⁰² Öğretide perdenin ters aralanmasının iç ters aralama ve dış ters aralama olarak sınıflandırıldığı görülmüştür. İç ters aralama perdenin gönüllü olarak aralanması hali olup bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. İç ters aralama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Günay**, s.183 vd.

³⁰³ BGE 71 II 272 (akt. **Tekinalp/Tekinalp**, s.399)

³⁰⁴ Kaplan, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukukî Sorumluluk Davaları”, **BATİDER**, C. 25, 4, ss.37-46, s.41.; **Tekinalp/Tekinalp** s.398, 399.)

³⁰⁵ “...perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin özdeş kılınarak sorumlu tutulması mümkün olabilecektir.” (Yarg. 11HD, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084, (erişim tarihi: 17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.)

³⁰⁶ Marcantel, Jonathan “A., Because Judges are not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine”, **Kansas Law Review**, Vol. 59, No. 2, 2011, s.10.

³⁰⁷ “...sözleşmeye imza koyan şirket ile davacı şirketin aynı gruba bağlı şirketler olduğundan aralarında organik bağ bulunması sebebiyle özdeşliğinin saptanması halinde olayda “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” teorisinin uygulanabileceği ve davalının sözleşme uyarınca kestiği faturalardan birinin davacı defterine kaydedilmiş olduğu da gözetilerek hüküm kurulmalıdır.” (Yarg. 19HD, T. 25.03.2008, E. 2007/9269, K. 2008/2932 (akt. **Günay**, 152))

ulaşmak için perde tersine aralanır. Böylelikle A şirketinin alacaklısı C şirketinden alacağını temin eder³⁰⁸.

Perdenin çapraz aralanması pek çok açıdan Amerikan hukukundaki işletme tüzel kişiliği ve İngiliz hukukundaki tek ekonomik birim teorileriyle örtüşür. Öğretide bu teorileri, perdenin aralanması teorisi dışında tutan yazarlar da bulunmaktadır³⁰⁹.

Çapraz aralamanın pek tabi aynı grupta bulunmayan şirketler hakkında uygulanması da mümkündür. Nitekim Yargıtay bir kararında grup şirket yapısı içinde bulunmayan iki şirketi kardeş şirket olarak niteleyerek birini diğerinin borcundan sorumlu tutan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır³¹⁰. Grup şirket yapısı içinde bulunmamakla beraber iki şirketin yönetici ve hakim ortağı birdir. Benzer bir durumda Yargıtay şirketlerden birinin diğerinin devamı olduğunu belirttiği iki şirket açısından perdenin çapraz aralanması gerektiğini belirtmiştir³¹¹.

3.2.1.5. Common Law Kaynaklı Perdenin Aralanması Teorisinin Kara Avrupası Sistemine Uyarlanması Sorunu

Perdenin aralanması kavramına ilişkin genel açıklamalara yukarıda (bkz. 2.2.1.1.) yer verilmiştir. Bu bölümde Common Law sisteminde doğan perdenin aralanması konseptinin Kara Avrupası hukuk sistemine uyarlanması sorunu ele alınmıştır.

3.2.1.5.1. Karşılaştırmalı Hukukta Görüşler

Amerikan hukukçu Thompson perdenin aralanmasını “*sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin içtihatlarla geliştirilen bir istisnası olarak mahkemelerin (şirket ve ortaklar arasındaki) ayrılığı göz ardı etmesi ve şirketin eylemlerinden ortağı sorumlu tutması*” olarak tanımlamıştır³¹². Perdenin aralanması, mahkemelerce geliştirilen hakkaniyetli bir çözüm

³⁰⁸ Marcantel, s.11, 12.

³⁰⁹ Bkz. Küçük, s.289 vd.

³¹⁰ Yarg. 19HD, T. 15.5.2006, 2005/8774, K. 2006/5232 (akt. Seven Vural, Göksoy, Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 6, 2006, s.2455 vd.)

³¹¹ Yargıtay’ın ifadesi şu şekildedir: “Sonuç itibarıyla yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında; sonradan kurulan davalı T... Mermer ve M... Üretim İhracat ve Tic A.Ş.’nin asıl borçlu davalı şirketin aktif değerleri ile aynı sektörde faaliyetine devam ettiği, asıl borçlu şirketin ise gayri faal ve borçlarını ödeyemez durumda olduğu, bu itibarla yeni kurulan davalı şirket ile asıl borçlu şirket arasında organik bağın ötesinde gerek yönetsel, gerekse mal varlığı açısından iktisadi bütünlük olup birbirinin devamı mahiyetinde oldukları gözetildiğinde, sonradan kurulan davalı T... Mermer ve M... Üretim İhracat ve Tic A.Ş.’nin asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla ve kötü niyetle kurulduğunun kabulünü gerektirmektedir.

O hâlde somut olay bakımından kesinleşen kararlar ve yukarıda açıklanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak aralanması koşullarının oluştuğu, artık hukuki bakımdan mevcut olan duruma göre değil de fiili duruma göre karar verilmesi gerektiği, davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu...” Yarg. HGK, T. 1.7.2020, E. 2019/11-808, K. 2020/504, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.; Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, T. 9.6.2020, E. 2020/19-94, K. 2020/358, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>).

³¹² Thompson, s.1036

(*equitable remedy*)³¹³ olarak ortaya çıkmıştır. Hakkaniyet (*equity*³¹⁴; nasfet) genel ve soyut hukuk kurallarının her duruma uygulanmasının yarattığı adaletsizliği gidermek ve somut durumda adalete ulaşmak için başvurulacak ilke olarak tanımlanabilir.³¹⁵ Perdenin aralanmasıyla sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin her duruma uygulanmasının yarattığı adaletsizlik giderilmektedir.

İsviçreli hukukçu Kehl, perdenin aralanması konseptinin İsviçre hukukuna yabancı ve aynı zamanda gereksiz olduğunu, perdenin aralanmasına ilişkin sorunların mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde çözülebileceğini ileri sürmüştür. Kehl'e göre perdenin aralanması, borcun nakline ilişkindir. Oysa İsviçre doktrininde perdenin aralanmasının dayandırıldığı İsvMK m. 2 borç nakline ya da borç doğumuna yol açamaz; bir borç ancak sözleşmeden, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir³¹⁶. Kehl, perdenin aralanmasına ilişkin sorunların haksız fiil sorumluluğuna, sebepsiz zenginleşmeye, organ sorumluluğuna, haksız rekabete veya istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerle çözülebileceğini düşünmektedir³¹⁷.

Alman hukukçu Schmidt, bazı durumlarda ayrılık ilkesinin uygulanmasının hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabileceğini kabul etmekle birlikte tüzel kişiliği yaratan hukuk düzeninin bazı durumlarda onun varlığını sorgulamasını doğru bulmamıştır. Schmidt, hukuk süjesi olan tüzel kişiyi göz ardı ederek çözüme ulaşmanın hukukun ciddiyetiyle bağdaşmayacağını düşünmektedir. Schmidt'e göre perdenin aralanmasını gerektiren sorunlara hukuk düzeni içindeki çeşitli yollarla perdenin aralanması yöntemine başvurmaksızın çözüm bulunabilir, bu durumda çözüm yine de perdenin aralanması olarak nitelendiriliyorsa bu terminolojik bir değerlendirmedir³¹⁸.

³¹³ Halabi, Sam, "Veil-Piercing's Procedure", *Rutgers U. L. Rev.*, 1001, 2015, s.10, 11; Oh, s.90

³¹⁴ Hakkaniyet (*equity*) terimi üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki ahlak, dürüstlük, doğruluk, doğal adalet anlamıdır. İkincisi katı hukuk kurallarını esneten doğal adalet ilkesi anlamıdır. Bir diğer söyleyiş ile genel ve soyut hukuk kurallarının her duruma uygulanmasının yarattığı adaletsizliği gidermek ve somut durumda adalete ulaşmak için başvurulacak ilke anlamıdır. Son anlamı ise Common law hukuk sistemi içindeki içtihadî (*judiciary*) hukukun üç temel dayanağından birini teşkil eden teknik anlamıdır. (Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C.1, 2003, s.151.)

Common law hukuk sistemindeki hakkaniyetli çözüm (*equitable remedy*) kavramı da böyle bir teknik anlam taşır. Bu kavramların Kara Avrupası hukuk sisteminde bir karşılığı olmadığından anlaşılması derinlemesine bir inceleme gerektirir. Ancak *equity* ve *equitable remedy* kavramlarının özünde hakkaniyetin doğal adalet ilkesi yatmaktadır. Common Law hukuk sistemindeki *equity* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jenks, Edward, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler" Tercüme: Mukbil Özyörük, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1950, s.40-79

³¹⁵ Özbay, Ümit Vefa, "Roma Hukuku'nda ve Çağdaş Hukukta Hakkaniyet Sağlama Yolları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2016, s.122, 123.

³¹⁶ Kehl, *Der sogenannte Durchgriff*, Zürich, 1991, 1 s.1, 45, 46 (akt. Yılmaz, s.245.)

³¹⁷ Kehl, s.52, 57, 59 (akt. Yılmaz, s.245.)

³¹⁸ Schmidt Karsten. *Gesellschaftsrecht*, München, 1997, s.232 vd. (akt. Yanlı, s.63.)

Schmidt mahkeme kararlarından derlediği bazı örnek olayların perdenin aralanması yöntemine başvurmadan çözülebileceğini ortaya koymuştur. Örneğin bir şirketin yaptığı evlerin satışına aynı gruptaki başka bir şirketin aracılık etmesi durumunda aracılık yapan şirketin tellallık ücretine hak kazanamamasının, tellalın eşiyle sözleşme yapılmasına aracılık edememesi gibi normun uygulanmasına ilişkin bir sorun olduğunu, burada perdenin aralanması yöntemine başvurmaya gerek olmadığını belirtmiştir³¹⁹.

Üç yazar da sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin her duruma uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açtığını yani perdenin aralanmasını gerektiren sorunların mevcudiyetini kabul etmektedir. Ancak Kehl ve Schmidt perdenin aralanmasını gerektiren sorunların hukuk düzenlerindeki mevcut yollarla çözülebileceğini düşünmektedir.

Karışıklığa yol açan durum perdenin aralanmasının; tüzel kişiliğin belirli durumlarda yok sayıldığı kendine özgü bir çözüm yolu, bir yöntem mi olduğu yoksa sınırlı sorumluluk veya ayrılık ilkesinin ihlal edilmesini sonuçlayan durumlar için kullanılan genel, şemsiye bir kavram mı olduğudur. Perdenin aralanmasını bir yöntem olarak algılayan Kehl, ona karşı çıkmaktadır. Schmidt ise yöntem olarak kullanılmasına karşı çıkmakla beraber şemsiye bir kavram olup olmamasına önem atfetmeyip bunu terminolojik bir değerlendirme olarak nitelendirmektedir.

Armour, Hertig, Kanda birçok ülkeden hukukçunun katıldığı karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında perdenin aralanmasını fiilini yöneticinin sorumluluğundan ya da grup şirketlere ilişkin hükümlerden şu ifadelerle ayrı tutmuşlardır: *“Tüm hukuk düzenlerinde acze düşmüş şirket ortaklarını sorumlu tutmak için çeşitli doktrinel yöntemler (araçlar) bulunmaktadır. Bu yöntemler genellikle şirketi yöneten veya kontrol eden ortaklara yöneliktir. Başlıca üç doktrin fiili (de facto) veya gölge (shadow) yönetici, hakkaniyet gereği sıra düşürme ve perdenin aralanması olarak sayılabilir. İlaveten bazı hukuk düzenlerinde şirket grupları için geliştirilmiş standartlar bulunmaktadır.”*³²⁰ Yazarların perdenin aralanmasını şemsiye bir kavram olarak kullanmayı tercih etmedikleri görülmektedir.

İngiliz hukukçular Dignam ve Lowry, iş, vergi ve iflas hukukuna ilişkin belirli kanuni düzenlemeler ile ayrılık ilkesinin ihlal edildiği durumları perdenin kanunen aralanması olarak ele almıştır. Örneğin İngİŞK m. 218 uyarınca aynı grup içindeki bir şirketten diğerine transfer edilen işçinin iş akdinin kesintiye uğramadan devam ettiği kabulü perdenin yasal olarak aralandığı bir durum olarak sayılmıştır³²¹. Yazarlar ayrılık ilkesinin ihlal edildiği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin durumları da perdenin aralanması olarak nitelemiştir³²². Yazarlarca fiili

³¹⁹ Schmidt, s.232 vd. (akt. Yanlı, s.63,64.)

³²⁰ Kraakman, s.131.

³²¹ Dignam, Alan/Lowry, John, **Company Law**, Oxford University Press, 2012, s.32-34.

³²² Dignam/Lowry, s.43 vd.

(*de facto*) yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler ise perdenin aralanması dışında incelenmiştir³²³.

Belçikalı hukukçu Vanderkerckhove konuyu Amerika ve önde gelen Avrupa ülkelerinin hukuk düzenleri ile karşılaştırmalı olarak incelediği çalışmasında, işlevsel karşılaştırma metodu³²⁴ kullandığından bahisle perdenin aralanması sorununa çözüm getiren tüm yargısal uygulama ve yasal düzenlemeleri perdenin aralanması başlığı altında incelemiştir. Yazar incelediği her hukuk düzeninde perdenin aralanmasına farklı anlamlar yüklediğini, aynı hukuk düzeni içinde dahi konseptin farklı durumları kapsamak üzere kullanıldığını belirtmiştir³²⁵. Vanderkerckhove birçok yazarın hâkim şirketin sorumluluğuna ayrı bir hukuki zeminde başvuru (Alman konzern hukuku gibi) durumları perdenin aralanması olarak nitelendirmemek gerektiğini savunduğunu; bazı yazarların ise bu durumlar için “perdenin aralanması benzeri (*quasi*)” nitelendirmesini yaptığını ifade etmiştir³²⁶.

Vanderkerckhove, perdenin aralanmasına ilişkin birçok sorunun haksız fiil, sermayenin korunması, yöneticinin sorumluluğu, çıkar çatışması, hileli temlik veya tasarrufun iptaline ilişkin düzenlemeler ile çözülebileceğini bu kuralların tatmin edici çözüm üretmediği durumlarda tipik perdenin aralanması doktrininin önemli rol oynayacağını; bu ikisi arasındaki gri alanda iki çözüm yoluna da başvurulabileceğini belirtmiştir³²⁷.

3.2.1.5.2. Türk Hukukundaki Görüşler

Tekinalp’in perdenin aralanmasını şemsiye bir kavram olarak gördüğü söylenebilir. Tekinalp, tek kişilik anonim şirketlerde kurucu ve yöneticinin hukuki sorumluluğunu gerektiren durumların perdenin aralanarak ortağın sorumluluğuna gitmek şeklinde sonuçlanacağından bahsetmiştir. Yazar, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunma, sermaye taahhüdünü ödeme yeterliliğinin bulunmaması, aynı sermayenin değerlemesinde hile yapılması gibi yolsuzluk hallerinde perdenin aralanarak tek pay sahibinin sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir³²⁸. Bahsedilen yolsuzluk halleri yönetici ve kurucuların hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak TTK m. 549-553’de sayılmıştır. Dolayısıyla tek pay sahibinin ilgili maddeler uyarınca, bir diğer ifade

³²³ Dignam/Lowry, s.297 vd.

³²⁴ İşlevsel karşılaştırma metodu, karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılırken belirli bir sorunun ele alınarak bu sorunun karşılaştırılan hukuk düzenlerinde nasıl çözüldüğünün incelenmesini ifade eder. Bu durumda belirli bir hukuki müessese veya kural karşılaştırılmaz. Bir hukuk düzenindeki müessese veya kuralın yerine getirdiği işlevi bir diğer hukuk düzeninde hangi müessese kuralların karşıladığı ele alınır. (Vanderkerckhove, s.97.)

³²⁵ Vanderkerckhove, s.11.

³²⁶ Vanderkerckhove, s.12.

³²⁷ Vanderkerckhove, s.13.

³²⁸ Tekinalp, s.420.

ile mevcut hukuki düzenlemeler yoluyla sorumlu tutulması mümkündür³²⁹. Yazar, bu hallerde mevcut düzenlemeler bulunması nedeniyle perdenin aralanmasına ihtiyaç duyulmayacağından bahsetmemiş aksine bu halleri de perdenin aralanması olarak kabul etmiştir³³⁰.

Tekinalp, perdenin aralanmasına ilişkin davaları şemsiye dava olarak tanımlamış³³¹ örneğin TTK m. 338 ve 574³³² uyarınca açılacak sorumluluk davalarını da perdenin aralanmasına ilişkin kabul etmiştir³³³.

Ulusoy da Tekinalp gibi perdenin aralanmasını şemsiye bir kavram olarak algılamış ve kollektif veya komandite ortağın sorumluluğuna³³⁴ yönelik hükümleri dahi perdenin aralanması (perdenin kanunen aralanması) olarak kabul etmiştir³³⁵.

Çamoğlu, Tekinalp ve Ulusoy'dan farklı olarak kavramın sadece perdeyi aralayarak sorumlu tutma olarak anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. Çamoğlu'na göre öğretide sayılan kanunen aralama halleri veya perdenin ters, çapraz³³⁶ aralanması halleri perdenin aralanması kuramı ile örtüşmez. Yazar bunların perdenin aralanmasına benzer (*quasi*) haller olduğunu; bu durumların bazılarının dürüstlük kuralına aykırılık, kanuna karşı hile, muvazaa, normların amaçları dışında kullanılması gibi nedenlerle çözüme kavuşturulabileceğini belirtmiştir³³⁷.

Çamoğlu perdenin aralanması kuramının başka bir yasal nedene dayanmanın mümkün olmadığı hallerde, dürüstlük kuralına aykırı olarak tüzel kişiliğin ardına saklanan kişiler için uygulanabileceğini; istisnai özelliği gereği dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³³⁸.

Kervankıran da perdenin aralanmasına ilişkin ortaya çıkan tüm teori ve görüşlerin bu alanda bir yasal düzenleme olmamasından ortaya çıktığını, yasa ile düzenlenen hususlarda artık perdenin aralanması sorunu ortadan kalktığını dolayısıyla öğretinin çözüm için teoriler geliştirmesine de gerek kalmayacağını belirtmiştir. Yazar açıklanan sebeplerle perdenin kanunen aralanmasına ilişkin görüşlere katılmadığını ifade etmiştir.

³²⁹ Burada tek pay sahibinin şirket yönetiminde yer almaması nedeniyle ilgili maddeler uyarınca sorumlu tutulamayacağı düşünülebilirse de TTK m. 553 sadece şekli yöneticinin değil fiili (*de facto*) yöneticinin de sorumluluğunu düzenlemektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.2.3.3.5.)

³³⁰ Karşı yönde bkz. Çamoğlu, s.11-12.

³³¹ Tekinalp, s.778.

³³² Bahsi geçen maddeler, şirketin tek ortaklı hale gelmesinin yönetim organı tarafından tescil ve ilan ettirmemesi halinde doğacak zararlardan yönetim kurulunun sorumlu tutulmasına ilişkindir.

³³³ Tekinalp, s.778.

³³⁴ TTK m. 179, 256.

³³⁵ Ulusoy, Erol, "Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Araıyor", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 1 2010, s.70.; Ayrıca bu yönde bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.398.; Öztekin/Memiş s.201.

³³⁶ Perdenin tersine ve çapraz aralanması hallerine ilişkin bilgi için bkz. Başlık 3.2.1.4.4.2.

³³⁷ Çamoğlu, s.11, 12.

³³⁸ Çamoğlu, s.12.

3.2.1.5.3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere perdenin aralanması teorisinin hukuk düzenleri içindeki yerine ilişkin bir görüş birliği yoktur. Aksine Vanderkerckhove'un belirttiği gibi tek bir hukuk düzeni içinde dahi birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu başlık altında öncelikle yukarıda bahsedilen öğretilerdeki görüşlere ilişkin değerlendirmelere, sonrasında ise genel bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

Kehl'in perdenin aralanmasının borcun doğumuna ya da borcun nakline ilişkin olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Perdenin aralanması halinde ortada sözleşme, haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan, hali hazırda doğmuş bir borç bulunmaktadır. Perdenin aralanması ile ayrılık ilkesi ve ortağa sağlanan sınırlı sorumluluk imtiyazı ortadan kaldırılmakta ve ortak bu mevcut borçtan sorumlu tutulmaktadır.

Kehl ve Schmidt'in perdenin aralanmasını gerektiren sorunların mevcut hukuki yollarla çözülebileceği görüşü de kanaatimce yerinde değildir. Kara Avrupası hukuk düzenlerinde perdenin aralanmasına ilişkin sorunlar mevcut hukuki yollarla çözülemediği için Common Law kaynaklı perdenin aralanması teorisi incelenmeye, tartışılmaya başlanmış olup halen de bu tartışmalar ve doktrininin geliştirilmesi devam etmektedir. Nitekim Kehl ve Schmidt'in perdenin aralanmasını dışlayan görüşleri Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre ve Alman hukukunda da kabul görmemiştir.

Perdenin aralanmasının hukuki bir yöntem olarak mı yoksa şemsiye bir kavram olarak mı algılanması gerektiği konusunda yazarların görüşleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Her yazar perdenin aralanmasının kapsamı konusunda farklı görüşler öne sürmüştür. Örneğin fiili (*de facto*) yöneticinin sorumluluğu Tekinalp, Vanderkerckhove tarafından perdenin aralanması olarak kabul edilmişken; Alan, Dignam ve Armour, Hertig, Kanda tarafından perdenin aralanması olarak görülmemiştir.

Alan ve Dignam'ın perdenin kanunen aralanmasına ilişkin görüşleri ile; Ulusoy'un görüşü ve verdiği örneklerin büyük ölçüde örtüştüğü, Çamoğlu ve Kervankıran'ın kanuni aralamayı reddeden görüşleri ile ters düştüğü görülmektedir.

Çamoğlu perdenin aralanmasının kapsamını fazlaca daraltmakta; ters, çapraz aralama hallerinin kuramla örtüşmediğini öne sürmektedir. Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Zira perdenin aralanması teorisini ilk defa ortaya koyan Wormser'ın ilgili makalesinde perdenin aralaması olarak aktardığı Trebein örneği perdenin ters aralanmasına ilişkindir. Bu örnekte şirketin borcundan ortağın değil, ortağın borcundan şirketin sorumlu tutulması söz konusudur³³⁹.

³³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık 3.2.1.2.

Türk hukuk öğretisinde çoğunlukla Common Law kaynaklı perdenin aralanması konseptinin, İsviçre ve daha ziyade Alman kaynaklarından incelendiği görülmektedir. Bu dolaylılık konudaki karmaşanın sebeplerinden biridir.

Perdenin aralanmasının şemsiye bir kavram mı, istisnaen başvurulabilen bir yöntem mi olduğunu anlamak, onun hukuk düzeni içindeki yerini belirlemek için önem taşır. Bu sebeple öncelikle perdenin aralanmasını gerektiren sorun ortaya konmalıdır. Bu sorun, sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin her duruma mutlak olarak uygulanmasının yarattığı hakkaniyetsizliktir.

Amerikan hukukunda bu soruna basit bir çözüm bulunmuştur. Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin duruma uygulanması, hakkaniyete aykırı sonuç doğuruyorsa bu ilkeler göz ardı edilmelidir. Ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi için tüzel kişi ve üyeleri ayırdığı varsayılan perdenin aralanması (delinmesi, kaldırılması) metaforu kullanılmıştır.

Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin hakkaniyet gereğince göz ardı edilebileceğini keşfetmek önemli olsa da yeterli değildir. Adalet, hakkaniyet gibi soyut ve göreceli kavramlara dayanmak hukuktan beklenen öngörülebilirliği sağlamaktan uzaktır. Bu sebeple bu ilkelerin ne zaman göz ardı edilebileceğini, perdenin ne zaman aralanabileceğini açıklamak ve yeknesaklaştırmak üzere alter ego, araçsallık (*instrumentality*) teorileri gibi doktrinler ve bunların mahkemelerce geliştirilen uyarlamaları ortaya konmuştur³⁴⁰. Tüm bunlar Amerikan hukukundaki perdenin aralanması doktrinini oluşturmaktadır.

Perdenin aralanması gerekliliği incelenen tüm hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir. Bu sorunun çözümü için sınırlı sorumluluk veya ayrılık ilkesinin uygulanmasının adaletsiz, hakkaniyetsiz bulunduğu durumlarda göz ardı edilmesi gereği de kabul edilmektedir. Ayrışılan nokta farklı hukuk sistemlerine bağlı olarak hukuk düzenlerindeki dayanak arayışıdır.

Sınırlı sorumluluğun ve ayrılık ilkesinin aşılabilmesi için İsviçre ve Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağına, Alman hukukunda ise bazı durumlarda haksız fiil sorumluluğuna başvurma ihtiyacı hissedilmektedir. İngiliz hukukunda dahi perdenin aralanması için genellikle temsil, hile gibi mevcut hukuki kurumlara hatta kanun hükümlerine dayanılmaktadır.

Doktrinde, İngiliz hukukunda perdenin aralanması kavramının şirketlerin ayrı tüzel kişiliği ile ilgili ve şirketler hukuku dışındaki konseptlerle ele alınan davalar için kullanılan bir etiket (*label*) olduğundan bahsedilmiştir. İngiliz hukukunda perdenin aralanmasına bir yöntem olarak başvurulduğu olsa da ayrılık ilkesinin aşılması için mevcut hukuki yollara³⁴¹ ve kanun

³⁴⁰ Cheng, s.347

³⁴¹ Cheng, s.356

hükümlerine ağırlık verildiği dolayısıyla perdenin aralanmasının şemsiye bir kavram olarak görüldüğü söylenebilir. Oysa Amerikan hukukunda hukuki dayanaklardan ziyade doktrinler söz konusudur. Amerikan mahkemeleri, istisnai durumlar haricinde sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesini aşmak için doğrudan perdenin aralanması doktrinine dayanmaktadır. Nihayet Amerikan hukukunda perdenin aralanmasının genellikle bir yöntem, özgün bir çözüm yolu olarak algılandığı söylenebilir³⁴².

Dayanak konusundaki ayrışma Kara Avrupası hukuk sistemi için perdenin aralanması konseptini karmaşık hale getirmektedir. Örneğin Türk hukukunda perdenin aralanmasının dayanağı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kabul edilmektedir. Ancak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı genel kural olmaları nedeniyle ikincil (istisnai) uygulama alanına sahiptir³⁴³. Yani özel hüküm bulunan hallerde TMK m. 2'ye başvurulamaz.

Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse; tek ortaklı bir limited şirkette ortağın, şahsi alacaklısından mal kaçırmak için kendi taşınmazını şirkete devrettiği bir durumda alacaklının şirketin ayrı bir kişi olması sebebiyle alacağını temin edememesinin hakkaniyetsiz olduğu açıktır. Burada perdenin aralanmasını gerektiren bir sorun ortaya çıkmıştır. Ancak bu sorun mevcut hukuki yollarla tasarrufun iptali veya muvazaa hükümlerine başvurularak çözülebilir. Burada alacaklı isterse muvazaaya ilişkin genel hükümlere (TBK m. 19) isterse de tasarrufun iptali hükümlerine (İİK m. 277 vd.) göre talepte bulunabilir³⁴⁴. Oysa perdenin aralanması yoluna başvurulması TMK m. 2'nin ikincilliği gereği mümkün değildir³⁴⁵.

Yukarıdaki duruma benzer şekilde yöneticinin sorumluluğu veya hakim şirketin sorumluluğu hükümleri gibi sorunun başka bir yolla çözülebileceği hallerde perdenin aralanması yoluna TMK m. 2'nin ikincilliği gereği başvurulamayacaktır.

Bu örnekteki soruna muvazaa veya tasarrufun iptali hükümleriyle çözüm getirilmesi başvuru bu durumları perdenin aralanması olarak kabul etmeyi gerektirmez. Benzer şekilde öğretide perdenin kanunen aralanması olarak nitelenen durumlar gibi sınırlı sorumluluğun ve ayrılık ilkesinin aşılmasını sonuçlayan her durum için perdenin aralanması nitelemesi yapmak doğru değildir.

³⁴² Belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda da temsil gibi mevcut hukuki yollarla ayrılık ilkesinin aşılması ve bunun da perdenin aralanması olarak değerlendirilmesi söz konusudur. (**Vanderkerckhove**, s.84 vd.) Ancak genellikle bir yöntem olarak perdenin aralanmasına başvurulduğu söylenebilir. Zira Amerikan Mahkemeleri mevcut hukuki yolları perdenin aralanmasına ilişkin sorunlar için yetersiz bulmuştur. (**Cheng**, s.356)

³⁴³ **Antalya/Topuz**, s.454 vd.

³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eroğlu**, s.286.

³⁴⁵ **Yanlı**, s.84, 85; **Çamoğlu**, s.12 vd.

Burada neyin perdenin aralanması olarak kabul edilebileceğini belirlemek üzere şu kıstasa başvurmak kanaatimce yerinde olacaktır. Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin her duruma mutlak olarak uygulanmasının yarattığı hakkaniyetsizliği gidermek üzere başvuru olan yol, bu hakkaniyetsizliği gidermek amacıyla yasa ile veya içtihatlarla ortaya konmuşsa bu durumda perdenin aralanması söz konusudur.

Örneğin yukarıdaki olayda başvurulabilecek muvazaa hükümleri sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin duruma uygulanmasının yaratacağı hakkaniyetsizliği gidermek üzere düzenlenmemiştir. Bu sebeple muvazaaya dayalı çözümler perdenin aralanması olarak kabul edilemez. Ya da komandite ortağın, şirket borçlarından şahsi malvarlığıyla da sorumlu olabileceği hükmü sınırlı sorumluluğa ilişkin ortaya çıkabilecek hakkaniyetsizliği aşmak üzere düzenlenmemiştir. Burada kanun koyucu komandite ortağa baştan sınırlı sorumluluk imtiyazı tanımamıştır.

Hakim şirketin sorumluluğu açısından ise durum farklıdır. Şirketler topluluğunda hakim şirketin sorumluluğunu düzenleyen hükümler bahsedilen hakkaniyetsizliği aşmak üzere ortaya konmuştur. Amerikan hukukunda perdenin aralanmasına ilişkin en çok başvuru olan araçsallık (*instrumentality*) teorisi hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin TTK'daki düzenlemeler ile büyük benzerlik göstermektedir. Bir konu yasa ile düzenlendiğinde TMK m. 2'nin ikincil niteliği gereği bu konuda perdenin aralanması yoluna başvurmak mümkün değildir. Ancak başvuru olan yasal düzenleme yukarıdaki kıstasa göre perdenin aralanması olarak kabul edilebiliyorsa bu durum perdenin kanunen aralanması olarak kabul edilmelidir. Aksi halde konuya ilişkin her yasal düzenleme perdenin aralanmasının kapsamını daraltacak, bu da gerek literatürde gerekse içtihatlarda karışıklığa neden olacaktır.

Muvazaa ile ilgili yukarıdaki örnekte olduğu gibi perdenin aralanması kabul edilemeyecek ancak perdenin aralanması ile aynı sonuca ulaşılan hallerin öğretide bahsi geçen şekilde gerçek olmayan perdenin aralanması olarak sınıflandırılması mümkündür³⁴⁶.

3.2.2. Organik Bağ

3.2.2.1. Genel Bilgiler

Öğretide organik bağ için sorumluluğun genişletilmesi amacıyla başvuru olan mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş bir kavram tanımı yapılmaktadır³⁴⁷. Organik bağ esasen iki şirket arasındaki belirli yoğunluktaki ilişki, bağlantıdır. Bu bağlantının yoğunluğu nedeniyle bir şirketin diğerinin borcundan sorumlu tutulması uygulaması içtihatlarla ortaya konmuştur.

³⁴⁶ Yanlı, s.19, 20

³⁴⁷ Öztekin/Memiş, s.209; Akıncı, s.670.

Organik bağın varlığı her durumda sorumluluğun genişletilmesini gerektirmez. Örneğin Yargıtay grup şirketleri arasında organik bağ bulunmasının olağan olduğunu, sadece organik bağın sorumluluğun genişletilmesi için yeterli olmadığını belirtmiştir³⁴⁸.

Yargıtay organik bağın varlığının tespiti için şu ölçütlere başvurmaktadır: Şirketlerin ortaklarının aynı kişiler olması, yöneticilerinin aynı kişiler olması, adreslerinin aynı olması, faaliyet gösterdikleri sektör ve müşteri çevrelerinin aynı olması, şirketlerin ortaklarının arasında akrabalık bulunması, şirketlerin aynı merkezden yönetilmeleri, şirketler arasında devir ilişkisi bulunması, bir şirkete ait evrak ve kaşelerin diğer şirketin adresinde bulunması, bir şirketin diğerinin borçlarını ödemesi, şirketlerin çalışanlarının çoğunlukla aynı olması³⁴⁹.

Organik bağ kavramına takip hukukuna ilişkin tasarrufun iptali ve istihkak davalarında sıkça rastlanır. Takip hukukuna ilişkin bu iki davada da borçlunun üçüncü kişi ile ilişkisi ve alacaklının bundan zarar görmesi söz konusudur. Kanun koyucu borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye yabancı olması sebebiyle alacaklıya birtakım kolaylıklar tanımıştır. Bu doğrultuda uygulamada da borçlu ile üçüncü kişi arasında organik bağ bulunan hallerde alacaklı lehine tasarrufun iptali veya istihkak iddiasının reddi söz konusu olmaktadır³⁵⁰. Organik bağ genellikle muvazaanın tespitine esas olmaktadır.

Organik bağ kavramına sıkça rastlanan başka bir alan iş hukukudur. İşe iade ve işçilik alacaklarıyla ilgili davalarda organik bağ kavramına işverenlerin özdeş tutulması ve sorumluluklarının genişletilmesi için sık sık başvurulmaktadır.

Burada dikkat çeken yön gerek istihkak ve iptal davalarındaki alacaklıların gerekse işçilerin daha fazla korunma ihtiyacıdır. Gerçekten sınırlı sorumluluk karşısında haksız fiil mağdurları gibi gönüllü olmayan alacaklıların ve işçilerin daha çok korunması bir ihtiyaçtır. İstihkak ve iptal davalarında da alacaklı aleyhine bir bilgi asimetrisi söz konusu olup kanunda alacaklılar lehine ispat kolaylıkları bulunmaktadır.

³⁴⁸ “Grup şirketleri veya holdingler bünyesinde yer alan çalışmalar açısından; çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında gurubun başka şirketlerine hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan bu şirketler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için sadece “şirketler arasında organik bağ” dan söz edilerek işçilik alacaklarının aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gidilmesi veya birden fazla şirkette geçen çalışmaları için sadece birinin sorumluluğunun yeterli görülmesi de mümkün olmayacaktır. Kaldı ki aynı gruba ait olan şirketlerin aralarında organik bağ bulunması da olağandır.” Yarg. 22HD, T. 16.1.2017, E. 2015/14502, K. 2017/95, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>.

³⁴⁹ **Akıncı**, s.671; Yarg. HGK, T. 1.7.2020, E. 2019/11-808, K. 2020/504, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.

³⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık 3.1.2.2; 3.1.2.3.

Türk hukukunda perdenin aralanması konseptinin yaygınlaşması organik bağ ve perdenin aralanması ilişkisini gündeme getirmiştir³⁵¹. Bir sonraki başlıkta bu konu ele alınmıştır.

3.2.2.2. Perdenin Aralanması ve Organik Bağ İlişkisi

Yargıtay'ın bazı kararlarında organik bağ perdenin aralanması için bir kriter³⁵² olarak aradığı bazı kararlarında ise sorumluluğu genişletmek için doğrudan³⁵³ organik bağ kavramına başvurduğu görülmektedir.

Öztekin/Memiş, organik bağ ile perdenin aralanması arasında benzerlikler bulunsa da ikisinin farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir. Yani yazarlar organik bağ nedeniyle sorumlu tutmayı bir yol olarak görmektedir. Yazarlar organik bağ ve perdenin aralanmasının ikisinin de hukuki dayanağının TMK m. 2 olmasını ve ayrı tüzel kişiliğin sorumluluğuna gitmeye imkan sağlamasını benzerlik olarak görmüşlerdir. Organik bağ nedeniyle ortağın sorumluluğuna gidilememesini ve perdenin aralanması yoluyla kardeş şirketlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için iktisadi bütünlük şartı aranmasını ise farklılık olarak görmüşlerdir. Yazarlar organik bağa başvurulması için şirketin alacaklılardan mal kaçırmak için kullanılmasının yeterli olduğunu, perdenin aralanmasını gerektiren malvarlıklarının karışması, özkaynak yetersizliği gibi şartların³⁵⁴ organik bağ için aranmadığını belirtmiştir³⁵⁵.

Yargıtay güncel tarihli bir kararında³⁵⁶ Öztekin/Memiş'in yukarıda yer alan açıklamalarına da değindikten sonra *"Görüldüğü üzere aralarında bazı farklılıklar bulunmakla beraber organik bağ ile perdenin çapraz aralanması kavramları birbirinin alternatifi olan kavramlar değildir. Bu nedenle aynı olayda hem organik bağ hem de tüzel kişilik perdesinin*

³⁵¹ Bu konuda bkz. Yavaş, Murat, "İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, 24, 2008, s.17 vd.; Akıncı, s.660 vd.

³⁵² "...Tüzel kişi perdesi arkasına gizlenerek Kanun'un dolanılması hallerinde "perdenin aralanması" ilkesinin uygulanması gerektiği, davalılar ile yurtdışında kurulan şirketler arasında güçlü bir hukuki ve fiili organik bir bağın bulunduğu, buna göre davalıların husumet itirazlarının yerinde olmadığı..." (Yarg. 11HD, T. 19.3.2014, E. 2013/17572, K. 2014/5346, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.) Organik bağın perdenin aralanması için kriter olarak arandığı başka bir karar için bkz. (Yarg. 19HD, T. 25.03.2008, E. 2007/9269, K. 2008/2932 (akt. Günay, 152))

"...Bu durumların söz konusu olduğu halde, tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır..." (Yarg. 9HD, T. 11.3.2015, E. 2013/15135, K. 2015/10111 (erişim tarihi:08.04.2021), <http://kararname.yargitay.gov.tr>.)

³⁵³ "...Burada işverenlerin kanuna karşı hilesi veya dürüstlük kuralına aykırı davranışı vardır. Dolayısıyla salt birlikte istihdamın veya organik bağın tespiti müşterek ve müteselsil sorumluluk için yeterlidir..." (Yarg. 21HD, T. 5.11.2019, E. 2018/5097, K. 2019/6511, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>.)

³⁵⁴ Tekraren belirtmek gerekir ki perdenin aralanması için özkaynak yetersizliği veya malvarlıklarının karışması durumlarının ortaya çıkması şart değildir.

³⁵⁵ Öztekin/Memiş, 209 vd.

³⁵⁶ Yarg. HGK, T. 1.7.2020, E. 2019/11-808, K. 2020/504, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.

çapraz aralanması yolları işletilerek sonuca ulaşılabilmesi mümkündür.” görüşünü ortaya koymuştur.

Yargıtay, perdenin aralanması teorisinin yaygın olmadığı dönemde organik bağdan bahisle son derece kolay şekilde ayrılık ilkesini göz ardı etmiştir³⁵⁷. Bu durum yukarıda da değinildiği gibi organik bağ nedeniyle sorumluluğun genişletilmesinin korunması gereken işçi gibi alacaklılar lehine uygulanmasıdır.

Son dönem de ise Yargıtay’ın yukarıdaki kararında olduğu gibi perdenin çapraz aralanması kavramını tercih ettiği organik bağa ise bir kriter olarak başvurduğu görülmektedir³⁵⁸. Ancak Yargıtay’ın halen organik bağ hakkında tutarlı bir tutum sergilediğinden bahsedilemez³⁵⁹. Zira Yargıtay bir yandan organik bağın tek başına perdenin aralanması için yeterli olmadığından bahsederek organik bağ perdenin aralanması için

³⁵⁷ Yarg. HGK, T. 16.4.2003, E. 2003/9-279, K. 2003/292 (akt. **Öztek/Memiş**, s.211)

³⁵⁸ “...Davalılar arasında organik bağ bulunup bulunmadığı, bu bağlamda işçilik alacaklarından davalıların birlikte sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Organik bağ ilişkisinde, işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir.

Bu anlamda;

1-Hakkın kötüye kullanılması (Tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması)

2-Kanuna karşı hile,

3-İşçiye zarar verme (Haklarının alınmasını engelleme)

4-Tarafta muvazaa (Hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme)

5-Namı müstear yaklaşımı nedeniyle dolaylı temsil söz konusudur.

Bu durumların söz konusu olduğu halde, tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır.

Organik bağ ise, şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından anlaşılır.” (Yarg. 9HD, T. 11.3.2015, E. 2013/15135, K. 2015/10111, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.)

³⁵⁹ “...Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde çoğu zaman perdenin tarafları arasındaki güçlü organik bağa ve yapılan muvazaalı işlemlere rastlanılmaktadır. Bu kavramlar bazen aynı olayda karşımıza çıkabilir; ancak sadece birinin oluşması diğerini engellemeyecektir. Bir hukuki işlemin her iki tarafının da irade ile beyanı arasında bilerek uygunsuzluk yaratması durumu muvazaanın şartları her olayda gerçekleşmeyebilir. Sorumluluğun genişletilebilmesi için yine içtihatlarla geliştirilmiş olan organik bağ kavramının da tartışılması gerekmektedir. Zira, organik bağ kavramı da kaynağı TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır. Organik bağ, iki tüzel kişi (veya bunların ortakları arasındaki ilişki) olarak nitelendirilebilir. Organik bağ, perdenin saklanması göre daha geniş bir anlamı ifade eder; bu bağın varlığı tanıkla bile ispat edilebilir. Organik bağ, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlayacak güçte değildir. Şirketlerin kuruluş tarihlerinin aynı olması, hissedarların aynı soyadını taşımaları organik bağın varlığını göstermez. Şirketlerin aynı kişi tarafından yönetilmesi, aynı ortaklara sahip olması ya da benzer iş kolunda faaliyet göstermeleri somut olayın niteliğine göre başka delillerle desteklendiğinde organik bağın varlığı için yeterli ise de; bu husus tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve alacağın perdenin arkasındakinden de istenebilmesi için sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığının da somut verilerle ispatlanması gerekmektedir. Organik bağ şirketlerin adreslerinin, faaliyet alanlarının, ortaklarının veya temsilcilerinin aynı olmasından ve aradaki hukuki ilişkiden tespit edilebilir. Tüzel kişiliğin kaldırılmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve derin bir kesişme vardır ki; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde tek bir şirketle iş yapıyor algısı oluşmaktadır. Örneğin; üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan bu algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp iş alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.” (Yarg. HGK, T. 9.6.2020, E. 2020/19-94, K. 2020/358, (erişim tarihi:17.04.2021), <http://www.kazanci.com>.)

başvurulan bir kriter olarak ele almakta diğer yandan organik bağın kaynağını TMK m. 2'den alan ve sorumluluğun genişletilmesi için başvurulmuş bir kavram olduğundan bahsetmektedir.

Kanaatimce perdenin aralanması ile organik bağ kıyaslanmamalıdır. Perdenin aralanması sorumluluğun genişletilmesi, ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi için başvurulmuş bir yöntemdir. Organik bağ ise aynı sonuca ulaşmak için başvurulmuş bir kriterdir. Organik bağ kavramına tasarrufun iptali, istihkak davalarında genel manada muvazaanın tespiti için başvurulmaktadır. Perdenin aralanmasına ilişkin olarak organik bağ, malvarlıklarının karışması, yetersiz sermaye gibi perdenin aralanmasını gerektiren bir kriter olarak ele alınmalıdır.

Eğer organik bağa muvazaa gibi başkaca bir hükmün uygulanması için bir kriter olarak başvurulmuyorsa ve salt organik bağdan bahisle sorumluluk genişletiliyor, ayrılık ilkesi göz ardı ediliyorsa o durum perdenin aralanması olarak değerlendirilmelidir. Yanlı da örnek gösterdiği bir kararda adresleri ve işyerleri aynı olan, antetli kağıtlarında ikisinin de unvanı geçen iki şirket için kıdem süresi hesabında şirketlerin tek şirket gibi kabul edilmesini perdenin aralanması olarak değerlendirmiştir³⁶⁰. Esasen yazar organik bağ teriminden bahsetmese de iki şirket arasındaki bağlantı Yargıtay'ın organik bağ tanımıyla örtüşmektedir.

3.2.3. Fiili (*De Facto*) Yöneticinin Sorumluluğu

Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler sınırlı sorumluluk karşısında alacaklıların başvuru yollarından biridir. Şirket alacaklılarını kusurlu olarak zarara sokan şirket yöneticilerinin şahsi malvarlıklarıyla sorumlu tutulması mümkündür.

Bu çalışmada limited ve anonim şirketlerin bir arada incelenmesi sebebiyle yönetici ifadesi şirketin *de jure* yöneticilerini yani anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerini, limited şirketlerde müdürleri karşılamak üzere kullanılmıştır³⁶¹. *De facto* yöneticiler için fiili yöneticiler ibaresi tercih edilmiştir.

Ancak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553'te yönetim kurulu üyelerinden sonra, sorumluların kapsamını genişletmek için "yöneticiler" ibaresine de yer verilmiştir. Karışıklığa mani olmak adına ilgili hüküm uyarınca yöneticiden bahsedilirken "fiili yönetici" ya da fiili yöneticiyi de kapsamak üzere "TTK m. 553 bağlamında yönetici" ifadesi kullanılmıştır.

³⁶⁰ Yanlı, s.36

³⁶¹ Yönetici ibaresinin tercih edilmesinin bir diğer sebebi de karşılaştırmalı hukuk bölümlerinde manager/director teriminin yönetici olarak çevrilmesi, bu durumda Türk hukukuna ilişkin bölümlerde de aynı terimin kullanılmasının daha uygun görülmesidir.

3.2.3.1. Sınırlı Sorumluluk ve Yöneticinin Sorumluluğu İlişkisi

Sınırlı sorumluluğun ortaklara tanınan bir imtiyaz olması, yöneticilerin şirketin borcundan sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez. Sınırlı sorumluluk, şirketin borçlarından yalnızca şirketin kendi malvarlığı ile sorumlu olması anlamını da içerir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk şirket yöneticileri için de bir koruma sağlar. Ancak şirket yöneticilerinin kusurlarıyla alacaklıların zararına sebep olması halinde bu zarardan sorumlu tutulmaları mümkündür.

Perdenin aralanmasını gerektiren olaylar incelendiğinde perdeyi aralayarak sorumlu tutulmak istenen kişilerin genellikle şirkete sermaye koyup kar sağlamayı amaçlayan ortaklar değil de şirketi yöneten, yönlendiren kişiler olduğu görülmektedir. Bunun en bariz şekilde tek ortaklıklı şirketlerde rastlanır. Bu şirketlerde tek ortak genellikle şirketin yöneticisidir. Bu sebeple tek ortaklıklı şirketler için perdenin aralanması yaygın bir durumdur.³⁶² Öyle ki tek kişi ortaklıklarına izin veren TTK m. 573 gerekçesinde perdenin aralanmasından bahsedilmiştir.

O halde perdeyi aralayarak sorumlu tutmayı gerektiren sorunların önemli bir kısmı için yöneticinin sorumluluğu hükümlerine başvurulabilir. Türk hukukunda olduğu gibi perdenin aralanması başlığı altında incelenen yabancı hukuk düzenlerinde de yöneticinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler perdenin aralanmasına olan ihtiyacı ortadan kaldırmamıştır. Farklı olarak Fransız hukukunda, perdenin aralanmasına ilişkin sorunların önemli bir kısmının yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerle çözüldüğü görülmektedir.

İlerleyen bölümde öncelikle yöneticinin sorumluluğu genel hatlarıyla ele alınmış sonrasında fiili yöneticinin sorumluluğu, Fransız hukukundaki yaklaşım incelenerek ve Türk hukukundaki durum İsviçre hukuku ile mukayese edilerek ele alınmıştır.

3.2.3.2. De Jure Yöneticinin Sorumluluğu

Şirket yöneticilerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin genel hüküm TTK m. 553'te yer almaktadır. Yöneticinin özel sorumluluk halleri TTK m. 549 ile 552'de düzenlenmiş olup TTK m. 555 ila 561'de yöneticinin sorumluluğu ile ilgili diğer düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hükümler anonim şirketlere yönelik olup TTK m. 644'te yapılan yollama gereği limited şirketler³⁶³ için de uygulanır.

³⁶² Thompson, s.1056

³⁶³ Halktan para toplamaya ilişkin TTK m. 552 hariç olmak üzere.

3.2.3.2.1. Özel Sorumluluk Halleri

Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin genel hüküm dışında sorumluluğa sebep olan bazı fiiller için yasada özel sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Bu sorumluluk halleri genel olarak yukarıda incelenen malvarlığının korunması ilkesi³⁶⁴ ile ilgilidir. Özel sorumluluk hallerinin ortaya çıktığı durumlarda şartları varsa alacaklılar, genel sorumluluk halini düzenleyen TTK m. 553/1 uyarınca doğrudan zararlarını³⁶⁵ talep edebilirler.³⁶⁶

Bahsedilenler dışında başkaca özel sorumluluk halleri bulunsa da bu çalışmanın inceleme alanı dışında kalan sorumluluk hallerine değinilmemiştir.

3.2.3.2.1.1. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

Özel sorumluluk hallerinden ilki sermaye hakkında yanlış beyanda bulunulmasına yöneliktir. Sermaye tamamen taahhüt edilmemişken edilmiş gibi veya gereğince ödenmemişken ödenmiş gibi gösterenler ve kusurları varsa şirket yetkilileri sermayedeki açığı ve ortaya çıkan zararı faiziyle birlikte müteselsilen ödemekle yükümlüdürler (TTK m. 550/1). Gerekçede şirket yetkilileri ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.³⁶⁷

Sermaye gereğince ödenmemişken ödenmiş gibi gösterilmesi ticari defterlerdeki yolsuzluklarla ortaya çıkabilir. Tekinalp, muhasebe kayıtlarında yolsuzluk olmadığı halde ödenmemiş sermayenin, ödenmiş gibi kabul edilerek durumun görmezden gelinmesi halinin madde kapsamında olup olmadığının tartışılabileceğini belirtmiştir.³⁶⁸ Kanaatimce malvarlığının korunması ilkesinin açıkça ihlali olan bu durumun madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Sermaye taahhüdünde bulunan kimsenin ödeme yetersizliğinin bilinmesi de bir diğer sorumluluk sebebidir. TTK m. 550/2 uyarınca: “*Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar.*”

3.2.3.2.1.2. Değer Biçilmesinde Yolsuzluk

Şirkete getirilen sermayeye değer biçilmesinde yolsuzluk yapılması da bir sorumluluk hali olarak TTK m. 551’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca: “*Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler,*

³⁶⁴ Bkz. Başlık 2.1.

³⁶⁵ Doğrudan zarar için bkz. Başlık 3.2.3.2.3.2.1.

³⁶⁶ Tekinalp, s.426, 428, 433.

³⁶⁷ TTK Gerekçe m. 550

³⁶⁸ Tekinalp, s.427.

işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur.”

Öğretide değer biçilirken birden çok örneğin emsal olarak incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Değerlemedeki hoş görülebilir farklar sorumluluğun doğması için yeterli değildir.³⁶⁹ Sorumluluklarına başvurulabilecek kişiler sadece şirket yöneticileri değil, değer biçilmesinde yolsuzluğa kusuruyla katkıda bulunan tüm ilgililerdir.³⁷⁰

3.2.3.2.1.3. Belge ve Beyanlarda Uygunsuzluk

Bir diğer sorumluluk hali de belge ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan sorumluluğa ilişkindir. TTK m. 549 uyarınca: *“Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.”* Burada yer alan sahtelik, hile, gerçeğe aykırılık kavramları TCK’daki tanımlarından bağımsız olarak ele alınmalıdır.³⁷¹ Madde metnindeki işlem türleri ve aykırılık halleri sınırlı sayıda (*numerus clausus*) değildir.³⁷²

Tekinalp “arkadaki adam”ın da sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Arkadaki adam, (*de jure*) kurucunun arkasında yer alan gerçek kurucu veya gerçekteki yetkili olabilir. Bu kişiler kimin arkasına sığınmışsa onun gibi sorumlu tutulur.³⁷³

3.2.3.2.2. Genel Sorumluluk Hali

Şirketin yönetim kurulu üyeleri³⁷⁴, yöneticileri yasadan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ederlerse şirkete ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulurlar (TTK m. 553/1). Bu madde kapsamına hem doğrudan hem de dolaylı zararlar dahildir³⁷⁵.

Kaynak madde olan İsvBK m. 754/1 ise şu şekildedir: *“Şirketin yönetim kurulu üyeleri, şirketin yönetimi ve tasfiyesiyle uğraşan kişiler şirkete, ortaklara ve alacaklılara karşı yükümlülüklerinin kasten veya ihmalen ihlali nedeniyle ortaya çıkacak kayıp ve zararlar sorumludur.”*

³⁶⁹ Tekinalp, s.431.

³⁷⁰ Pulaşlı, s.642.; Tekinalp, s.433.

³⁷¹ Tekinalp, s.425.

³⁷² Pulaşlı, s.640.

³⁷³ Tekinalp, s.429.

³⁷⁴ Limited şirketler için müdürler olarak anlaşılmalıdır (TTK m. 644).

³⁷⁵ TTK Gereke m. 553

Genel sorumluluk halini düzenleyen madde metninde yönetim kurulu üyelerine ilaveten yöneticilerden bahsedilmesi önemlidir. Yönetici ibaresi ile madde kapsamına fiili (*de facto*) yöneticiler de dahil edilmiş³⁷⁶ olup bu konuya ileride (bkz. başlık 3.2.3.) değinilmiştir.

3.2.3.2.3. Sorumluluğun Şartları

3.2.3.2.3.1. Yükümlülüğün Kusurla İhlali

Sorumluluğu doğuran sebep şirket yöneticilerinin kanundan veya esas³⁷⁷ sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmeleridir. Gerekçede “yönetim kusuru” gibi ucu açık bir ifadeye bilinçli olarak yer verilmediği, sorumluluğu doğuran sebeplerin somutlaştırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir³⁷⁸.

TTK m. 553 bağlamında yükümlülükler yöneticilerin şirket, ortaklar ve alacaklıları korumaya ilişkin görev ve yetkileri olarak açıklanabilir. Bahsedilen yükümlülükler yapma zorunluluğu gibi yapmama zorunluluğunu da kapsar. Yükümlülükler malvarlığının korunması ve eşit işlem ilkelerine uygun hareket edilmesi, özen ve bağlılık yükümlülüğü, borca batıklığın zamanında mahkemeye bildirilmesi, finansal kayıtların muhasebe standartlarına uygun tutulması olarak sayılabilir. Burada sınırlı bir sayım söz konusu değildir³⁷⁹.

Yöneticinin özen yükümlülüğü konu için önem taşır. Yöneticinin sorumluluğu açısından şahsi işlerinde gösterdiği özenin (*diligentia quam in suis*) ölçüt alınması mümkün değildir. Böyle bir kriter nesnellikten uzaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi şirket varlıklarının büyük bir bölümünü spekülative bir hisseye yatıran yöneticinin, şahsi malvarlığıyla da şirketinkinin üç katı kadar hisse almış olmasını sorumluluktan kurtulmak için geçerli görmeyerek yöneticiyi zararın tümünden sorumlu tutmuştur³⁸⁰.

Özen ve bağlılık yükümlülüğünü³⁸¹ düzenleyen TTK m. 369/1 şu şekildedir: “Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin³⁸²

³⁷⁶ Tekinalp, s.435.

³⁷⁷ Limited şirketler için şirket sözleşmesi olarak anlaşılmalıdır.

³⁷⁸ TTK Gerekçe m. 553: "...Yönetim kusuru" açık bir sorumluluk hâli olarak düzenlenmemiştir. Bunun gibi, mahkemenin yerinde inceleme yapıp bu yaklaşımla sorumluluğa varması, hükmümüzde yer alan "kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümler" somutlaşması karşısında güçtür; meğerki her iki hâl de özen yükümüne aykırılık olarak kabul edilsin."

³⁷⁹ Tekinalp, s.436.

³⁸⁰ BGE 99 II 180 (akt. Pulaşlı, s.438)

³⁸¹ Limited şirketlerde müdürlerin özen yükümlülüğü TTK m. 626'da düzenlenmiş olup madde metninde ve gerekçede müdürlere ilişkin tedbirli yönetici ölçütü yer almamaktadır. Ancak sorumluluğa ilişkin olarak anonim şirket hükümleri TTK m. 644 gereği limited şirketlere de uygulandığından tedbirli yönetici ölçütü limited şirket müdürlerinin sorumluluğu açısından da uygulanmalıdır.

³⁸² Özen yükümlülüğü ile ilgili olarak eski kanun dönemindeki basiretli iş adamı kriteri yerine tedbirli yönetici ölçütü getirilmiştir.

özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar”³⁸³

Yükümlülüklerin sınırlarını daha da iyi belirleyebilmek için maddede bahsedilen tedbirli yönetici ölçütüne ve iş adamı kararı kuralına (*business judgement rule*) değinmekte fayda vardır. Tedbirli yönetici ölçütü kusurun tespiti açısından önem taşır³⁸⁴. Bu ölçüt şirket yöneticilerinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak verdikleri "iş adamı kararları" nedeniyle sorumlu tutulmamaları esasına dayanır³⁸⁵.

İş adamı kararı kuralına göre³⁸⁶ şirket yöneticisi; iyi niyetli ve tarafsız olarak, gerekli ve uygun bilgileri edinerek, vicdani kanaatine göre şirket için en iyisi olduğuna inanarak karar almışsa bu karar sonucunda işler tersine gidip şirket zarar etse dahi yöneticinin özensiz hareket ettiği kabul edilemez³⁸⁷. Mahkemenin bu kararlar için yerindelik incelemesi yapması, kararların işletme ekonomisi ilkelerine göre yerinde olmadığı gerekçesiyle yöneticileri şahsen sorumlu tutması mümkün değildir³⁸⁸.

İş adamı kararı kuralı TTK’da yer almasa da gerekçede bu kuraldan bahsedilmiştir³⁸⁹. Tekinalp, kanun koyucunun bu kuraldan bahsederek mahkemelerce kuralın göz önüne alınması temennisini ortaya koyduğunu ifade etmiştir³⁹⁰. İş adamı kararı kuralı yöneticiler açısından öngörülebilirlik sağlar. Bu sayede yöneticiler hangi durumlarda sorumlu tutulabileceklerini bilerek karar alırlar³⁹¹.

Gerekçede açıklandığı üzere tedbirli yönetici ölçütünü somutlaştırmak, sorumluluğun sınırlarını belirlemek adına şu hükme yer verilmiştir³⁹². TTK m. 553/3’e göre: “*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.*”

³⁸³ Maddenin ikinci fıkrasında bağlı şirketlere ilişkin istisna getirilmiştir. Şirketin varlığını tehlikeye sokan, ödeme gücünü açıkça aşan, şirketin önemli varlıklarını yitirmesine sebep olanlar hariç olmak üzere tamamen hakim olan şirket bağlı şirkete talimat verebilir. Bu halde bağlı şirketin yöneticilerinin bağlılık yükümlülüğü bulunmaz (TTK m.369/2).

³⁸⁴ **Pulaşlı**, s.438.

³⁸⁵ **Pulaşlı**, s.433.

³⁸⁶ TTK Gerekçe m. 369’da bu kural şöyle açıklanmıştır: “...duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.”

³⁸⁷ Hacımahmutoğlu, Sibel, “The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?”, **BATIDER**, 30.4, 2014, s.112; **Pulaşlı**, s.433, 434.; **Tekinalp**, s.443.

³⁸⁸ **Tekinalp**, s.385.

³⁸⁹ TTK Gerekçe m. 369

³⁹⁰ **Tekinalp**, s.443.

³⁹¹ **Pulaşlı**, 434; İş adamı kararı kuralı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Hacımahmutoğlu**, s.99-145.

³⁹² TTK Gerekçe m. 369

TTK m. 553/3 gerekçesinde uygulamada şirket yöneticilerinin şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla sorumlu tutulduklarının gözlemlenmesi nedeniyle bu hükme yer verildiği belirtilmiştir. Ancak öğretide kaynak İsvBK m. 754’de bulunmayan bu hüküm, yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki üst gözetim görevi karşısında belirsizliğe sebep olması nedeniyle eleştirilmiştir³⁹³.

Yöneticinin sorumlu tutulabilmesi için kusur şartı aranır. Bu kusur hafif ihmal yani dikkatsizlik derecesinde olsa dahi sorumluluk için yeterlidir. Ancak zararın yöneticiye yükletilebileceği oranı belirlemede kusurun derecesi rol oynar (TTK m. 557/1). Bu doğrultuda daha hafif kusur daha az sorumluluk getirecektir.

Kusurun niteliğine ilişkin olarak İsviçre hukukunda benimsenen objektif kusur ilkesinin (kusurun objektifleştirilmesi) Türk hukukunda da geçerli olduğu belirtilmektedir³⁹⁴. Tekinalp objektif kusur ilkesini “*Özenli hareket için kanunda bir örnek kişinin belirlenmesi ve sonuca varırken onun varsayımsal davranışlarının ölçü kabul edilmesi.*” şeklinde tanımlamış, tedbirli yönetici kıstasıyla kanunun kusuru objektifleştirdiğini belirtmiştir³⁹⁵. Objektif kusur ilkesi uyarınca yöneticinin kendi şahsi işlerinde de aynı özeni gösterdiği yönündeki savunma ya da saman adamların üçüncü kişilerin talimatıyla hareket ettiği yönündeki savunmaları dikkate alınmaz³⁹⁶.

Kusura ilişkin ispat yükü maddenin önceki halinde yönetim kurulu üyesine aitti. Güncel durumda kusurun ve yükümlülüğe aykırılığın ispatı İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da davacıya aittir³⁹⁷.

Sorumluluğa sebep olan karara olumsuz oy veren yöneticinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Çekimser kalma açısından ise Tekinalp çekimser kalmanın görev yapmaktan kaçınma, sorumluluğu diğer üyeler sırtına yüklemek anlamına geldiğini belirterek sorumsuzluğu sağlamayacağını belirtmiştir³⁹⁸.

Yöneticilerin, yönetim ve temsil yetkisini usulüne uygun olarak devretmeleri halinde ise devralan kişilerin seçiminde makul özeni göstermedikleri ispatlanmadıkça devralan kişilerin karar ve fiillerinden sorumlu tutulmaları mümkün değildir (TTK m. 553/2).

³⁹³ Kayıhan, Şaban, **Şirketler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.227.; **Pulaşlı**, s.665.; Karşı yönde bkz. **Tekinalp**, s.422.

³⁹⁴ **Pulaşlı**, s.655, 656.

³⁹⁵ **Tekinalp**, s.443, 444.

³⁹⁶ **Pulaşlı**, s.656.

³⁹⁷ **Tekinalp**, s.445.; **Pulaşlı**, s.657-659.

³⁹⁸ **Tekinalp**, s.447.

3.2.3.2.3.2. Zarar

Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin zarar doğrudan ve dolaylı zarar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

3.2.3.2.3.2.1. Doğrudan Zarar

Doğrudan zarar, yöneticilerin kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlerine aykırı, kusurlu fiilleriyle şirket alacaklılarının bizzat ve bireysel olarak doğrudan uğradıkları zarardır. Bir diğer deyişle doğrudan zarar alacaklıların malvarlığında meydana gelen azalmadır³⁹⁹. Doğrudan zarar halinde sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna dayandığı belirtilmektedir⁴⁰⁰.

Doğrudan zarara örnek olarak bir şirketin yönetim kurulunun şirketin ekonomik durumu hakkında yanıltıcı bilgi vermesi ve bu bilgiye dayanılarak şirkete kredi verilmesi veya yönetim kurulunun alacaklılardan şirketin iflasın eşiğinde olduğunu gizlemesi sonucu uğranan zarar gösterilebilir⁴⁰¹.

Doğrudan zarar için somut olayın özelliklerine göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere de başvurulabilir. Doğrudan zarar ortaya çıktığında alacaklılar doğrudan yöneticileri dava ederek alacaklarının kendilerine ödenmesini isteyebilirler⁴⁰².

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında alacaklıların doğrudan zararlarını talep edebilmeleri için kendilerine doğrudan koruyan bir anonim şirketler hukukuna ilişkin bir hükmün ihlal edilmiş olması gerektiğini veya haksız fiile (İsvMK m.41, TBK m.49) ilişkin bir durumun bulunması gerektiğini; çifte koruma niteliğindeki hem şirket hem de ortak ve alacaklıyı koruyan hükümlerin temelde şirketi koruduğunu bu hallerde alacaklıların doğrudan zarara dayalı doğrudan dava hakkının doğmadığına hükmetmiştir⁴⁰³. Tekinalp doğrudan zarara ilişkin talep hakkının kapsamını daraltan bu kararı kanunda çifte koruma niteliğindeki hükümler için böyle bir sınırlama bulunmaması nedeniyle eleştirmiştir⁴⁰⁴.

3.2.3.2.3.2.2. Dolaylı Zarar

Dolaylı (dolayısıyla) zarar, yöneticilerin kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı, kusurlu fiilleriyle şirketi zarara uğratmaları nedeniyle alacaklıların uğradığı zarardır. Dolaylı zararda şirketin gördüğü doğrudan zarar alacaklılara dolaylı olarak

³⁹⁹ Dinç, Serhan, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.67.; *Pulaşlı*, s.645.

⁴⁰⁰ *Pulaşlı*, s.658.

⁴⁰¹ *Tekinalp*, s.449, 450.; *Pulaşlı*, s.646.

⁴⁰² *Pulaşlı*, s.646.

⁴⁰³ BGE 131 III 306 (akt. *Tekinalp*, s.450.)

⁴⁰⁴ *Tekinalp*, s.452.

yansımaktadır⁴⁰⁵. Ancak alacaklıların alacağının tamamen karşılanması halinde şirketin gördüğü zarar ne olursa olsun alacaklıların dolayısıyla zararından söz edilemez⁴⁰⁶.

Dolayısıyla zarar nedeniyle sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna, yasadan doğan sorumluluğa veya sözleşmeye aykırılığa dayandığına ilişkin görüşler bulunmaktadır⁴⁰⁷.

Dolaylı zarar söz konusu olduğunda alacaklılar zararın kendilerine değil şirkete ödenmesini talep edebilirler (TTK m. 555/1)⁴⁰⁸. Zira burada şirketin gördüğü zarar alacaklıların malvarlığında henüz somutlaşmamıştır⁴⁰⁹.

İflas halinde alacaklıların dolaylı zararına ilişkin olarak durum şu şekildedir. Alacaklıların tazmin talepleri öncelikle iflas idaresi tarafından öne sürülür. İflas idaresi şirketin gördüğü zararın tazminini ister. İflas idaresi şirketin giderilmeyen zararı için dava açmaz ise alacaklılar bu davayı açabilir. Bu halde elde edilen hasıla öncelikle dava açan alacaklılara tahsis olunur (TTK m. 556).

3.2.3.2.3.3. İlliyet Bağı

İlliyet bağı sorumluluğun doğmasının asli şartı ve tazminat hukukunun temel ilkesidir. Yöneticini sorumluluğuna gidilebilmesi için yöneticinin fiiliyle meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı zarar ile davranış arasındaki sebep sonuç bağı olarak tanımlanabilir⁴¹⁰.

Birden çok sebebin veya kimsenin ortaya çıkan zararda payı olabilir. Bu durum sebeplerin çokluğu olarak adlandırılır.⁴¹¹ Zarar birden fazla yöneticinin payı olabileceği gibi alacaklının da gördüğü zararda etkisi olabilir. Bu durumda ortak illiyet veya yarışan illiyet söz konusu olabilir. Zararda birden fazla yöneticinin payı olması yöneticilerin zararın ne kadar kısmından ne şekilde sorumlu tutulacakları açısından önem arz eder. Buna ilişkin olarak TTK m. 557 ile farklılaştırılmış teselsül sistemi getirilmiştir.

3.2.3.2.4. Farklılaştırılmış Teselsül

Müteselsil sorumluluk (mutlak teselsül) halinde zarar verenlerin dış ilişkide zararın tamamından sorumlu tutulması söz konusudur. Bu halde zarar verenlerin kusur durumu dikkate alınmaz. Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin olarak zarar gören alacaklının durumunun iyileştirilmesi amacıyla mutlak teselsül Türk ve İsviçre hukukunda geçerliydi. Ancak İsviçre

⁴⁰⁵ Dinç, s.67.; Pulaşlı, s.647.

⁴⁰⁶ Pulaşlı, s.648.

⁴⁰⁷ Pulaşlı, s.649.

⁴⁰⁸ Pulaşlı, s.649.

⁴⁰⁹ Dinç, s.68.

⁴¹⁰ Eren, s.536.

⁴¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.546 vd.

hukukunda yöneticinin, zararın uygun illiyet bağına göre meydana gelmeyen kısmı için dahi sorumlu tutulması, illiyet bağına aşan sorumluluk olarak görülüp eleştirilmiştir. İsviçre hukukunda bu adaletsizliği aşmak için kusura dayalı bir farklılaştırılmış teselsül ilkesi geliştirilmiş, yeni kanun döneminde bu yaklaşım Türk hukukunda da sahiplenilmiştir⁴¹².

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi TTK m. 557/1’de şu şekilde yer almıştır: *“Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.”*

Alacaklıya zararın tamamı için sorumluların tümünü birlikte dava etme hakkı tanınmıştır. Bu durumda hakim her bir davalının tazminat borcunu belirler (TTK m. 557/2).

Sorumluluğun nasıl paylaşılacağı hususu durumun gereklerini dikkate alarak hakim takdir yetkisindedir (TTK m. 557/3). Bu hüküm iç ilişkiye, sorumluların aralarındaki rücu ilişkisine yöneliktir. Rücu edilebilecek kişiler dış ilişkideki sorumluluk davasının davalıları olarak sınırlandırılmıştır⁴¹³.

3.2.3.2.5. Sorumluluğun Sona Ermesi

3.2.3.2.5.1. İbra

İbra kararının verilmesiyle şirket kendi dava hakkından vazgeçmiş olur. Şirketin aldığı ibra kararıyla üçüncü kişi konumundaki alacaklıların hakları üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir. Dolayısıyla ibra kararı alacaklıların doğrudan zararları için dava haklarını etkilemez⁴¹⁴. Alacaklıların dolaylı zararları için dava haklarını etkileyip etkilemediği tartışmalıdır. Bu konuda baskın görüş ibranın alacaklıların dolayısıyla zararları için dava haklarını ortadan kaldırmayacağı yönündedir⁴¹⁵.

3.2.3.2.5.2. Zamanaşımı

Tazminat davasında zamanaşımı süresi zararın ve zararı veren sorumlunun öğrenildiği tarihten başlayarak iki yıldır. Ancak her halde zararın doğumundan itibaren beş⁴¹⁶ yıl geçmekle dava hakkı zamanaşımına uğrar. Zarara yol açan eylem, ceza gerektiren bir eylemse ve TCK’da daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse tazminat davası için de bu zamanaşımı uygulanır (TTK m. 560).

⁴¹² Pulaşlı, s.682, 683.

⁴¹³ TTK Gerekçe m. 557/3

⁴¹⁴ Çebi, s.232.; Kahyaoğlu, Emin Cem, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Limited Şirket Müdürlerinin Hukuki Sorumluluğu”, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Editör: Mustafa Topaloğlu, Işık Özer, Ankara, 2019, s.135.

⁴¹⁵ Çebi, s.232.; Karşı yönde bkz. Pulaşlı, s.705, 706.

⁴¹⁶ İsvBK m. 760’da bu süre 10 yıl olarak belirlenmiştir.

3.2.3.3. Fransız Hukukunda Fiili Yöneticinin Sorumluluğu

Fransız hukukunda yöneticinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler perdenin aralanmasına ilişkin sorunların önemli bir kısmına çözüm getirmektedir. Fransız hukukunda yöneticinin sorumluluğunu düzenleyen yasa hükümlerinde genellikle fiil (*de facto*) yöneticilerden ayrıca bahsedilmektedir.

Fransız hukukunda bir şahsın fiili yönetici olarak kabulü için tamamen özgür ve bağımsız şekilde hareket etmesi, devamlı ve düzenli olarak şirketi bağlayıcı yönetsel (olumlu) eylemlerde bulunması gerekmektedir. Basit tavsiye ve yönlendirmeler fiili yönetici kabul edilmek için yeterli değildir⁴¹⁷.

Fransız mahkemelerince; şirket adına sözleşmeler yapan ortak, istifa ettiği halde aktif olarak şirketin yönetimine katılan yönetici, şirket yöneticisinin kambyo senedi düzenleyen ve yönetici gibi hareket eden kocası, yavru şirketi ve onun yöneticilerini kontrol eden ana şirket fiili (*de facto*) yönetici olarak kabul edilmiştir⁴¹⁸.

Fransız hukukunda yöneticinin sorumluluğuna ilişkin önem arz eden iki hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler önceden Fransız İflas Kanunu'nda yer almaktayken bir kısım değişiklikler ile Fransız Ticaret Kanunu'na alınmıştır.

3.2.3.3.1. Yetersiz Malvarlığına İlişkin Dava (*L'action Pour Insuffisance d'Actif*)

Yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme, şirketin *de facto* ve *de jure* yöneticilerinin şirketin borca batık hale gelmesine yol açan eylemleri nedeniyle sorumluluğunu düzenleyen Fransız Ticaret Kanunu m. L651-2 hükmüdür.

Yöneticilerin sorumluluğuna başvurulabilmesi için kusurlu olmaları aranmaktadır. Burada aranan kusur, sadece önemli yönetsel kusurları değil ihmal ve özensizlikleri de kapsar⁴¹⁹. İlgili hüküm uyarınca açılacak dava şirket varlıklarının borçları karşılamayacağını açık olduğu hallerde ve koruma (*procedure de sauvegarde*), yeniden yapılandırma planının iptali durumunda veya tasfiye süreci içinde açılabilir. Bu hüküm uyarınca yöneticilerin doğrudan alacaklılara karşı değil şirkete karşı sorumlu tutulmaları söz konusudur.

Sorumluluğuna gidilen yöneticilerin birden fazla olması halinde mahkeme gerekçeli kararı ile yöneticileri müştereken veya ayrı ayrı sorumlu tutabilir. Yöneticilerden alınan ödemeler tüm alacaklılara orantılı olarak dağıtılır. İlgili hüküm uyarınca dava hakkı tasfiye

⁴¹⁷ French Supreme Court (Cass. fr.) 25 January 1 994, (1 994) 4 (402) RJDA; Court of Appeal Paris, 7.10.1997, (1998) 1 (55) RJDA (akt. **Vanderkerckhove**, s.345)

⁴¹⁸ Saint Alary Houin C. S. 739, 740 (akt. **Öztekin/Memiş**, s.221)

⁴¹⁹ **Vanderkerckhove**, 343

sürecinin veya planın iptalinin ilan edilmesinden itibaren üç yıl geçmek ile düşmektedir (FrTK m. L651-2).

3.2.3.3.2. Şirketin Borçlarından Sorumluluğa İlişkin Dava (*L'action en Obligation des Dettes Sociales*)

FrTK m. L651-2 yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin genel hükmü oluştururken özel sorumluluk halleri FrTK m. L652-1'de sayılmıştır. Bu hüküm m. L651-2'den farklı olarak sadece tasfiye sürecine ilişkindir.

FrTK m. L652-1 uyarınca *de jure* veya *de facto* yöneticiler, sayılan sebeplerle şirketin borçlarını karşılayamamasına sebep olmuşlarsa şahsi sorumluluklarına gidilmesi mümkün olur: (1) şirket mallarını şahsına aitmiş gibi satmışsa, (2) şirketi kendi yararına yürüttüğü ticari faaliyet için kılıf (paravan) olarak kullanmışsa, (3) şirketin mallarını ve alacaklarını şirket aleyhine ve şahsi çıkarına veya doğrudan ya da dolaylı çıkarı olan şirket ve işletmelerin yararına kullanmışsa, (4) şahsi çıkarları için şirketi iflasa sürükleyecek şekilde kârsız faaliyetler yürüterek şirketi istismar etmiş ise, (5) şirket varlıklarını tamamen yahut kısmen zimmetine geçirmiş veya gizlemiş ise veya hileli olarak şirketin borçlarını arttırmışsa.

Birden fazla yöneticinin sorumlu tutulması durumunda mahkeme her birinin kusurunu gözeterek borçlardan ne miktarda sorumlu tutulacağını belirler. Yöneticiler gerekçeli kararlar ayrı ayrı veya müştereken sorumlu tutulabilir (FrTK m. L652-2). Dava hakkı tasfiye sürecinin ilanından itibaren üç yıl geçmekle düşer (FrTK m. L652-4). Bu maddenin uygulandığı durumlarda genel düzenleme olan m. L651-2 uygulanmayacaktır (FrTK m. L652-1/2).

3.2.3.4. Türk Hukukunda Fiili Yöneticinin Sorumluluğu

3.2.3.4.1. TTK m. 553'te Fiili Yönetici

Genel sorumluluk halini düzenleyen TTK m. 553'te sorumlu tutulacak kişiler "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları" olarak sayılmışken bu maddenin kaynağı olan İsvBK m. 754'de "yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye işi ile uğraşan kişiler" ifadesi tercih edilmiştir. İsvBK m. 754'ün gerekçesinde, uğraşan ibaresi ile fiili organlar yani işi olmadığı halde yönetime karışıp emir ve talimatlar veren bilhassa büyük pay sahipleri, gizli yöneticilerin kastedildiği açıklanmıştır⁴²⁰.

TTK m. 553'te geniş yorumların ortaya çıkması endişesiyle "uğraşan" ibaresine yer verilmemiştir. Bunun yerine tercih edilen "yönetici" ibaresinin yorumunun öğreti ve yargıya

⁴²⁰ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 109 (akt. Pulaşlı, s.644.)

bırakıldığı madde gerekçesinde belirtilmiştir⁴²¹. Öğretide çoğunlukla yönetici ibaresi; CEO, genel müdür, genel koordinatör gibi unvanları taşıyan kişiler ve fiili yöneticiler olarak yorumlanmış⁴²²; sınırlı yetkili ticari vekil ve tacir yardımcılarının bu kapsama girmediği vurgulanmıştır⁴²³.

Farklı olarak Paslı, yönetici kavramının, şirketin günlük, işletmesel işlerinde çalışan, yönetim kurulu şemasında bulunan, teknik ve profesyonel bir iş icra eden şirket idarecisi manasında kullanıldığını yani şirket işlerinde bilfiil çalışan kişinin kastedildiğini; yönetici kavramının TTK'nın diğer maddelerindeki (TTK m. 369, 392/1, 400/1-b, 424) kullanımının da bu yönde olduğunu belirterek yönetici teriminin fiili yöneticiyi/organı kapsar şekilde yorumlanmasına karşı çıkmıştır⁴²⁴.

Kanaatimce yönetici ibaresinin fiili yöneticiyi de kapsar şekilde anlaşılması gerekir. Zira kanun koyucunun “uğraşan” ibaresine yer vermemesinin sebebi İsviçre hukukunda “uğraşan” ibaresinin amacı aşacak şekilde geniş yorumlanmasıdır. Öyle ki İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında bir bankanın ticari mümessilini, bankanın organı olarak kabul ederek sorumlu tutması doktrinde çokça eleştirilmiştir. İsviçre doktrininde büyük pay sahiplerinin, şirketi arkadan idare etmiyor veya yönlendirmiyorsa sorumluluk kapsamı dışında tutulması gerektiği belirtilmiştir⁴²⁵. Gerekçe’de kaynak maddenin fiili organı da kapsar şekilde kullanıldığından bahsedildikten sonra amacın fiili organı kapsam dışında bırakmak olduğundan değil yukarıda verilen örnekte olduğu gibi amacı aşar yorumlardan sakınmak olduğu belirtilmiştir⁴²⁶. Gerçekten de kanun koyucunun “yönetim işiyle uğraşanlar” şeklinde “ucu açık” ibare yerine “yönetici” ibaresini tercih etmesi yerindedir.

⁴²¹ TTK Gerekçe m. 553: “...Hükmümüzde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları” denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fiili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür...”

⁴²² **Pulaşlı**, s.644.; **Helvacı**, s.9 vd.; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 451-4, 2011, ss.347-398, s.349.

⁴²³ **Tekinalp**, s.377.; **Çebi**, s.395, 396.

⁴²⁴ Paslı, Ali, ““Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXI, 2, 2013, ss.317-334, s.331, dn.31.

⁴²⁵ **Böckli**, § 18, N. 109 (akt. **Pulaşlı**, s.644.)

⁴²⁶ Bkz. dn.419.

3.2.3.4.2. Fiili Yönetici Kavramı

Fiili (de facto) yönetici, (veya eTTK dönemindeki kullanımla fiili organ⁴²⁷, fonksiyonel organ⁴²⁸, olgu organ⁴²⁹) hakkında doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır:

Helvacı, fiili yöneticiyi, tüzel kişinin yetkili organı aracılığıyla seçilip sicile tescil ettirilmemiş olmasına rağmen kullandığı yetkiler veya zarara sebep olan fiil ya da işlemde bulunduğu mevki nedeniyle tüzel kişinin iradesinin oluşmasına fiilen ve kesin olarak katılan ve fiili bir olgu olarak ortaya çıkan organ (yönetici) olarak tanımlamıştır. Yazar, hakim ortak gibi açıkça hiçbir fonksiyon icra etmeyen, durumu devamlılık göstermeyen kişilerin de fiili organ (yönetici) olarak kabul edilebileceği düşüncesindedir⁴³⁰.

Kırca, fiili yöneticiyi şirkete ilişkin temel kararları alan veya kararların alınmasında etkili olan, yönetim kurulu üyesi veya yönetici gibi şekli bir konumu, statüsü olmasa bile gördüğü işlev esas alındığında şekli organ gibi organ sayılan kişi olarak tanımlamıştır⁴³¹.

Dinkhoff, fiili yöneticiyi, genel kurul kararıyla veya esas sözleşmeyle atanmadığı halde şirketin *de jure* yöneticisinin görevlerini yerine getiren veya şirket yönetimini büyük çapta etkileyen, yönlendiren kişi olarak tanımlamıştır⁴³².

İsviçre Federal Mahkemesi fiili yönetici hakkında; “*Yönetim organına tanınan kararları veren veya esasen şirket yönetimi ile ilgilenen ve böylece şirketin iradesinin oluşumunda önemli ölçüde söz hakkı olan kişi/kişiler*”⁴³³ tanımını yapmıştır.

İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre fiili yönetici, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir⁴³⁴. Türk hukukunda, eTTK'dan farklı olarak tüzel kişilerin de yönetim kuruluna üye olabileceği düzenlemesi⁴³⁵ göz önüne alındığında tüzel kişilerin (hatta devletin⁴³⁶) de fiili yönetici olabileceğinin kabulü gerekir.

⁴²⁷ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.389.

⁴²⁸ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s.349.

⁴²⁹ Helvacı, s.9.

⁴³⁰ Helvacı, s.9, dn.21.; Karşı yönde bkz. Paşlı, Ali, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, 2, 2008, (Paşlı, Kontrol) s.351 vd.

⁴³¹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.389.

⁴³² Dinkhoff, Marc; *Der faktische Geschaefsführer in der GmbH*, Bade-Baden, 15, 2003, (akt. Çebi, Hakan, *Şirketler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.394.)

⁴³³ BGE 128 III 92 (akt. Aksoyak, Mustafa, “Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016 s.43.)

⁴³⁴ Vogel, Alexander, “*Die Haftung der Muttergesellschaft als materialles, faktisches und kundgebenes Organ der Tochtergesellschaft*,” Paul Haupt Verlag, St. Gallen, 1997 s.389 vd. (akt. Aksoyak, s.48.)

⁴³⁵ TTK m. 359/2.

⁴³⁶ Aksoyak, s.49.

3.2.3.4.3. Fiili Yönetici Kabul Edilmenin Şartları

3.2.3.4.3.1. Fiili Yönetim

Fiili yönetim, (1) de jure yönetici gibi hareket etmek veya (2) şirket iradesinin oluşumuna önemli ölçüde etkide bulunmak şeklinde ortaya çıkabilir⁴³⁷.

Birinci durumda fiili yönetici, usulüne uygun olarak göreve gelmiş de jure yönetici gibi hareket ederek yönetim organına özgü işlevi bizzat yerine getirir. Bu durum iradi olabileceği gibi hataen de meydana gelebilir. Örneğin yönetici sakat veya eksik bir işlemle atanmış ve yönetim görevini icra ediyor olabilir.

İkinci durumda ise fiili yönetici, talimat vererek veya çeşitli düzenlemelerle şirket yönetimi üstünde önemli ölçüde etkide bulunur⁴³⁸. Ancak de jure yöneticinin kararlarına bağlayıcı olmayan, tavsiyeler vererek veya danışmanlık hizmeti sunarak etkide bulunmak fiili yönetici kabul edilmek için yeterli değildir⁴³⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin şirkete kredi sağlayan bankayı fiili yönetici olarak kabul ettiği kararı konunun boyutlarını anlamak için önemlidir. Bankaların mali durumu kötü şirketlere kredi sağlarken özellikle yeniden yapılandırma gibi süreçlerde şirkete verdiği borcu sağlama almak için şirketin yönetimine müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Karara konu olayda banka aynı zamanda azınlık pay sahibi olarak şirkete ortak olmuş, ayrıca yönetim kurulu toplantılarına katılmak üzere temsilci görevlendirmiştir. İlaveten banka şirketle danışmanlık anlaşması düzenleyerek şirket üstünde inceleme hakkı elde edip birçok açıdan yönetime müdahil olmuştur. Yine şirketin sermaye artırımına giderek bankanın yavru şirketine de ortaklık verilmesi ve yavru şirketin de benzer haklara sahip olması sağlanmıştır. Federal Mahkeme tüm bu hususları gözeterek bankanın fiili yönetici olarak sorumluluğuna hükmetmiştir⁴⁴⁰.

3.2.3.4.3.2. Bağımsızlık

Fiili yöneticinin tamamen bağımsız olması, kendi sorumluluk konumuna sahip olarak talimat almadan hareket etmesi gerekir. Bu nedenle salt karar alınmasına yardım etmek veya kararı hazırlayıcı nitelikte etkide bulunmak fiili yönetici kabul edilmek için yeterli değildir⁴⁴¹.

Olaylar karşısında alınan kararlara uymamak gibi bir imkanı bulunmayan, bu kararların uygulayıcısı konumunda olan kişiyi fiili yönetici kabul etmemek gerekir. Örneğin yönetim

⁴³⁷ Fiili yönetici talimatlar vererek yönetimi etkileyebileceği gibi de jure yönetici gibi kendisi de işlem yapabilir. (Dinkhoff, s.15. (akt. Çebi, s.394.))

⁴³⁸ Çebi, s.395.

⁴³⁹ Akdağ Güney, Necla, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.357.

⁴⁴⁰ BGE 107 II 349 (akt. Tekinalp, n.11-12)

⁴⁴¹ Aksoyak, s.114.

kurulu veya yönetim kurulu başkanının önceden aldığı kararları uygulayan bir müdür fiili yönetici kabul edilemez⁴⁴².

Büyük ölçekli şirketlerde şeklen veya fiilen önemli kararlara zemin hazırlamak üzere faaliyet gösteren bazı durumlarda bu kararı bizzat alan, alanında uzman kişilerin fiili yönetici olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira aksi halde fiili yöneticinin sınırlarının belirlenemez hale gelmesi söz konusu olur⁴⁴³.

3.2.3.4.3.3. Devamlılık

Bir kişinin fiili yönetici olarak kabulü için fiili yönetimin devamlılık arz etmesi gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. İlk görüş, fiili yöneticinin sorumlu tutulabilmesi için fiili yönetimin uzun süre ve süreklilik arz eder şekilde devam etmesi gerektiği yönündedir⁴⁴⁴. Diğer görüş ise devamlılığın gerekmediği, fiili (olgu) organ vasfının ani olarak da kazanılabileceği yönündedir⁴⁴⁵. Bu görüşe göre bir kerelik dahi olsa şirket iradesini önemli ölçüde etkileyerek veya karar almaya ilişkin görev yetkileri ele geçirerek sonuca yol açmak, fiili yönetici olarak sorumlu tutulmak için yeterlidir. Bu halde sadece ilgili karar için fiili yönetici olarak sorumluluk ortaya çıkar⁴⁴⁶. Kanaatimce devamlılık, fiili yönetici sıfatının tespiti açısından mutlak bir şart olarak aranmasa da somut olayın özelliklerine göre bir kriter olarak değerlendirilebilir.

3.2.3.4.4. Hakim Ortağın Durumu

Hakim ortak, kural⁴⁴⁷ olarak oy çoğunluğuna sahip olan ortaktır. Sınırlı sorumluluk kuralı, pek tabi hakim (kontrol sahibi) ortak için de geçerlidir. Ancak hakim ortağın, şirket üstündeki etkisi, yönetim gücü nedeniyle fiili yönetici olarak kabul edilmesi bir nevi sermaye şirketlerinin temelini oluşturan sınırlı sorumluluk kuralının etkisiz hale gelmesidir⁴⁴⁸.

Hakim ortağın fiili yönetici olarak sorumlu tutulması konusunda şu husus dikkate alınmalıdır: Hakim ortak şahsî menfaatlerinin korunması yönünde hareket edebilir. Eğer bu davranış ortaklık haklarının kullanılması ile açıklanabiliyorsa hakim pay sahibinin fiili yönetici olarak sorumluluğundan söz edilemez. Ancak hakim ortak, şahsî menfaatlerini koruma amacıyla şirket yönetimi ile ilgilenmeye (uğraşmaya) başlamışsa fiili yönetici kabul

⁴⁴² Helvacı, s.9, dn.20.

⁴⁴³ Aksoyak, s.57.

⁴⁴⁴ Çebi, s.394.

⁴⁴⁵ Helvacı, s.9, dn.21.; Benzer yönde bkz. Akdağ Güney, s.359-360.

⁴⁴⁶ Aksoyak, s.64.

⁴⁴⁷ Diğer hakimiyet halleri için bkz. TTK m. 195 (Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık 3.1.1.1.)

⁴⁴⁸ Paşlı, Kontrol, s.352.

edilebilecektir⁴⁴⁹. Önemli olan hakim ortağın kendi menfaatlerini korumaya yönelik davranışının şirket yönetimi ile uğraşması veya de jure yöneticinin alması gereken kararı bizzat kendisinin alması sonucuna yol açıp açmadığıdır⁴⁵⁰.

Hakim ortağın, hakim şirket veya hakim teşebbüs olarak sorumlu tutulabilmesi açısından bkz. Başlık 3.1.1.1.

3.2.3.5. Değerlendirme

Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da perdenin aralanmasına ilişkin sorunların önemli bir kısmına, yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin fiili yöneticiyi de kapsayacak şekilde uygulanması ile çözüm bulunabilecektir. Nitekim TTK m. 553'ün fiili yöneticiyi de kapsadığı öğretinin genel kabulüdür. Kanunda yönetici ibaresi somutlaştırılmamış olup bu öğreti ve mahkemelere bırakılmıştır. Bu doğrultuda Fransız hukukundaki fiili (*de facto*) yönetici konseptinden faydalanmak mümkündür⁴⁵¹. Üstelik hukukumuzda fiili yöneticinin sorumluluğuna doğrudan başvurulabilecek olması, bir diğer deyişle doğrudan zarar halinde fiili yöneticinin sorumluluğunun şirkete değil alacaklılara karşı olması çözümü bir adım ileri taşımak için elverişlidir. Ne var ki Türk hukukunda fiili yöneticinin sorumluluğuna ilişkin içtihatlar sınırlı kalmıştır.

⁴⁴⁹ Böckli, §18 Nr. 146. (Akt. Aksoyak, s.70)

⁴⁵⁰ Aksoyak, s.70.

⁴⁵¹ Nitekim Fransız hukuku Türk öğretisini etkilemiştir. Bkz. Helvacı, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.9, dn.20.

SONUÇ

Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorundur. Bu durum sınırlı sorumlu şirketlerin alacaklılarının korunması ihtiyacını beraberinde getirir. Ancak alacaklıların, malvarlığının korunması ilkesi gibi önleyici tedbirlerle yeterince korunması mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple alacaklıların sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesini aşmasına imkan tanıyan yolların önünün açılması gerekmektedir. Uygulamada bu yollara yerinde ve etkili bir şekilde başvurulması halinde bu durum genel anlamda önleyici fonksiyon da ihtiva edecektir.

Alacaklıların başvuru yolu olarak muvazaa gibi mevcut yollar, soruna bütünsel, etkili bir çözüm getirememektedir. Sorunun çözümü için uygulamada organik bağ kavramı geliştirilmiştir. Organik bağ sorumluluğun genişletilmesi, ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi için başvuru bir kriter olarak ortaya çıkmıştır. Bazı durumlarda organik bağa muvazaa gibi durumların tespitinde esas alınan bir kriter olarak başvurulmuş, bazı durumlarda ise TMK m. 2'ye dayalı olarak sorumluluğun genişletilmesi için bir yol olarak kullanılması denenmiştir.

Organik bağ sorumluluğun genişletilmesi için ancak bir kriter olarak ele alınmalıdır. Yoksa organik bağın varlığının kriterleri olarak adreslerin birliği, ortaklar arasında akrabalık bağı bulunması gibi durumlar sayılarak organik bağa tek başına sorumluluğu genişletme yolu olarak başvurmak yerinde değildir.

Yöneticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler özellikle tek ortaklı şirketler açısından sorunun çözümünde önemli bir başvuru yoludur. Şirket üstünde hakimiyeti olan, şirketi görünürde olmasa da arkadan yöneten kişilerin sorumluluğuna fiili yöneticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ile gidilmesi mümkündür.

Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin aşılması gerekliliğine cevap veren temel çözüm Common Law sisteminde geliştirilen, Kara Avrupası sisteminde de yer edinen tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisidir. Bu teori hukukumuzda da TMK m. 2'ye dayalı olarak uygulama alanı bulmuştur.

Öğretide TMK m. 2'nin hukukun genel kaidelerinden biri olması sebebiyle istisnaen bu maddeye başvurulması gerektiği sıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle perdenin aralanmasına da çok istisnai durumlarda başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten perdenin aralanması şirketler hukukunun sınırlı sorumluluk kuralı ve ayrılık ilkesi gibi temel unsurlarına dokunmaktadır. Bu nedenle dikkatle uygulanmalıdır. Ancak perdenin aralanmasının TMK m. 2'ye dayanması nedeniyle ancak çok istisnai hallerde uygulanması düşüncesi konsepti çok dar bir alana sıkıştırmamalıdır.

Perdenin aralanması yoluna başvurulurken TMK m. 2'nin soyut, göreceli bir hakkaniyet anlayışıyla uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle perdenin aralanması, TMK m. 2'ye genel bir kaide olarak başvuru durumlarından ayrı tutulmalıdır. Bu durum şöyle açıklanabilir: Yasada düzenlenen yöneticinin sorumluluğu esasen tedbirli yönetici ölçütüne dayanmaktayken perdenin aralanması hakkın kötüye kullanılması yasağına, neticesinde dürüstlük kuralına dayanır. Aslında dürüstlük kuralı gibi (aynı yoğunlukta olmasa da) tedbirli yönetici de soyut, genel bir kavramdır. Ancak bu genel kavram iş adamı kararı kuralı (*business judgement rule*) doktrini ile somutlaştırılmaktadır. Perdenin aralanması durumunda ise dürüstlük kuralı perdenin aralanması doktrini ile somutlaştırılır.

İş adamı kararı kuralı gibi perdenin aralanması doktrini de sorumluluğuna başvurulabilecek kişiler açısından öngörülebilirlik sağlar. Ortak örneğin şirketin ticari defterlerinin düzenli tutulmadığı, şirketin ortağın şahsi kasası gibi kullanıldığı veya ayırt etmesi zor unvanlar seçildiği durumlarda şahsi sorumluluğuna başvurulabileceğini öngörür.

Organik bağ açısından ise durum farklıdır. Organik bağ somutlaştıran bir doktrin söz konusu değildir. Bu sebeple organik bağa TMK m. 2'ye dayalı sorumluluğu genişleten bir yol olarak başvurmak öngörülemez, belirsiz bir durum yaratacaktır.

Öğretide öngörülebilirlik sağlayacak bir tüzel kişilik perdesinin aralanması doktrini ortaya konamamıştır. Bunun üç sebebi bulunmaktadır: İlk olarak konu yeterince ele alınmamıştır. İkincisi Common Law kaynaklı konseptin Kara Avrupası'na uyarlanması belirsizliklere sebep olmaktadır. Üçüncüsü organik bağ ve perdenin aralanması ilişkisi muğlak kalmış, öğretide ya da uygulamada bu husus açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sebeple çalışmada; perdenin aralanmasının hukuk düzeni içindeki yerini belirlemek, onun organik bağ kavramı ile ilişkisini netleştirmek, uygulayıcılara rehber olabilecek şekilde perdenin aralanmasını gerektiren durumları tasnif etmek üzere görüşler sunulmuştur. Burada belirtmek gerekir ki perdenin aralanması konusunda doktrin ve içtihatlar henüz oturmamışken konunun yasada düzenlenmesi perdenin aralanması konseptinin gelişmesine engel olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki yöneticinin sorumluluğuna veya perdenin aralanmasına; haksız fiil mağdurları gibi gönüllü olmayan alacaklılar veya işçiler lehine başvuru durumları, ticari alacaklılar lehine başvuru durumlarından ayrıştırılmalıdır. İlk grup için sınırlı sorumluluğun ve ayrılık ilkesinin ihlali tutarsızlık yaratmayacak şekilde bilhassa hakim veya kardeş şirketler ve bunların gerçek kişi ortakları açısından daha geniş bir yaklaşım sergilenmelidir.

KAYNAKÇA

- Alting, Carsten : "Piercing the Corporate Veil in American and German Law-Liability of Individuals and Entities: A Comparative View.", **Tulsa J. Comp. & Int'l L.**, 2, 1994, ss.190-250.
- Akıncı, Şahin : "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, 3, 2019.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- Akünel, Teoman : **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat: **Medeni Hukuk Cilt: I**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ateş, Mustafa : **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Bafra, Erdem : "İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması", **TBB Dergisi**, C. 112, 2014.
- Bahtiyar, Mehmet : **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Bakkal, Hakan : "Asimetrik Enformasyon ve İç Kontrol - Ahlaki Tehlikeyi Azaltmada İç Kontrolün Rolü", **Balkan Sosyal Bilimler Dergisi**, C.5.9, 2016.
- Blumberg, Philip I. : **Blumberg on Corporation Groups V.I.** Wolters Kluwer, 2005, (Blumberg, Corporation Groups).
- Blumberg, Phillip I. : "Limited Liability and Corporate Groups" **J. Corp. L.**, C. 11, 1985, (Blumberg, LL).
- Bozgeyik, Hayri/Yavaş, Mahmut : **Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9.100, 2014, ss.299-311.
- Boztosun, N. Ayşe : **Hukuksal Açısından Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

- Butler, Nicholas Murray : **“Why Should We Change Our Form of Government?”** New York, 1912.
- Can, Emre, : <https://www.dunya.com/gundem/sistematik-olmayan-risk-sistemati-k-riske-karsi-haberi-115624>, (erişim tarihi: 15.12.2019)
- Carney, William J.: **“Limited Liability”** Encyclopedia of Law and Economics, 1998.
- Cooter, Robert/Ulen : Thomas, **Law and Economics**, Addison-Wesley, 2004.
- Çakır Çelebi, Fatma Betül : “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C.4,1, 2018, ss.19-32
- Çamoğlu, Ersin : “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **BATIDER**, C. XXXII, 2016, ss.5-17.
- Dignam, Alan/Lowry, John : **Company Law**, Oxford University Press, 2012.
- Diñç, Serhan : **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Domaniç, Hayri : **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.: “Limited Liability and the Corporation.”, **U. Chi. L. Rev.**, C. 52, 1985.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Forbes, Kevin F. : “Limited Liability and the Development of the Business Corporation”, **JL Econ. & Org.**, C. 2, 1986.
- Günay, Sena Nur : **“Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Gündoğdu, Gökmen : “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu-”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2014, ss.107-126
- Hacımahmutoğlu, Sibel : “The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?”, **BATIDER**, 30.4, 2014.
- Halabi, Sam : “Veil-Piercing's Procedure,” **Rutgers U. L. Rev.** 1001, 2015.
- Halpern, Paul/ Trebilcock, Michael/Turnbull, Stuart : “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law.” **The University of Toronto Law Journal**, C. 30.2, 1980: ss.117-150.

- Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier : “Toward Unlimited Shareholder Liability For Corporate Torts”, **Yale Law Journal**, 1991 ss.1879-1934.
- Helvacı, Mehmet : **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Hillman, Robert W. : “Limited Liability in Historical Perspective”, **Washington and Lee Law Review**, C. 54, 1997.
- Hoffman, Christian/Cheng-Han, Tan,/Wang Jiangyu : “Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives”, **NUS Law Working Paper Series**, 2018.
- Kahyaoğlu, Emin Cem : **“Yargıtay Kararları Çerçevesinde Limited Şirket Müdürlerinin Hukuki Sorumluluğu”**, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Editör: Mustafa Topaloğlu, Işık Özer, Ankara, 2019.
- Kaplan, İbrahim : “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukukî Sorumluluk Davaları”, **BATIDER**, C. 25, 4, ss.37-46
- Karadeniz, Özcan : “Roma Hukukunda “Peculium” Müessesesi”, **AÜHFD**, C. 25, 1968.
- Karaman Coşgun, Özlem : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21,1, 2015, ss.107-166
- Kayabaş, Ebru : **“Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi”** Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Kayar, İsmail : **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Kervankıran, Emrullah : “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, **EÜHFD**, C. XI, 2007, ss.453-472.
- Kılıç, Muharrem : “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, C.1, 2003.
- Kırca, İsmail,/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar **Anonim Şirketler Hukuku C.1**, Ankara: BTHAE Yayınları, Ankara, 2013.

- Kumaş, Salih : "Bir Finansman Yönetimi Olarak İş Ortaklığı Uygulaması “Mudârabe-Commenda Karşılaştırması””, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 15 2014, s.369 vd.
- Küçük, Damla : “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2019, ss.287-360.
- Manne, Henry G. : “Our Two Corporation Systems: Law and Economics”, **Virginia Law Review**, 1967, ss.259-284.
- Marcantel, Jonathan : “A., Because Judges are not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine”, **Kansas Law Review**, Vol. 59, No. 2, 2011.
- Mülazımoğlu, Mehmet : “**Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi**”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Nilsson, Gül Okutan : **Anonim Ortaklıkta Payscaleleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2004.
- Oh, Peter B. : "Veil-piercing Unbound", **BUL Rev.**, C. 93, 2013, (**Oh**, Unbound).
- Oh, Peter B. : "Veil-Piercing" **Tex. L. Rev.**, C. 89, 2010, (**Oh**, Veil-Piercing).
- Okutan Nilsson, Gül : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009
- Ottolenghi, Smadar : "From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely", **Modern Law Review**, C. 53, 3, 1990.
- Özbay, Ümit Vefa : “Roma Hukuku’nda ve Çağdaş Hukukta Hakkaniyet Sağlama Yolları”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2016
- Öztekin, Selçuk/Memiş, Tekin : “**Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması**”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
- Payne, Jennifer : "Lifting the Corporate Veil: A Reassessment Of The Fraud Exception", **Cambridge LJ**, C. 56, 1997.
- Paslı, Ali : ““Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXI, 2, 2013, ss.317-334
- Pehlivan, Selin : “İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 92, 2, 2015.

- Poroy, Reha/Çamoğlu Ersin/Tekinalp, Ünal : **Ortaklıklar Hukuku - Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıkları ve Kooperatifler**, İstanbul, 1972.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin : **Ortaklıklar Hukuku C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören : "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 451-4, 2011, ss.347-398
- Pryor, John H. : "The Origins of the Commenda Contract" **Speculum**, C. 52, 1977.
- Pulaşlı, Hasan : **Şirketler Hukuku Şerhi C. 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Pulaşlı, Hasan: : "‘Sermayesiz’ Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler", **BATIDER**, C.XXXIV, 2018, (Pulaşlı, Sermayesiz Şirketler), ss.5-19.
- Rado, Türkan : **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Sağlam, İpek : "Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, (Sağlam, Örtünün Aralanması).
- Sağlam, İpek : "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış", Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
- Seven Vural, Göksoy, Can : "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **İstanbul Barosu Dergisi**, 6, 2006.
- Susuz, Kağan : "Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.18, 2012, ss.269-280
- Tekinalp, Ünal : **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal : "**Perdeyi Kaldırma Teorisi**", Reha Poroy’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1995, ss.387-404.
- Thompson, Robert B. : "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", **Cornell L. Rev.**, C. 76, 1990.

- Ulusoy, Erol : “Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 1 2010.
- Ulusoy, Erol : **“Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”** Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.
- Uyar, Talih : “Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi””, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/2, ss.343-403
- Wormser, Maurice : “Piercing the Veil of Corporate Entity”, **Columbia Law Review**, 1912.
- Vanderkerckhove, Karen : **Piercing the Corporate Veil (European Company Law)**, Wolters Kluwer, 2007.
- Yanlı, Veliye : **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Yavaş, Murat : “İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 24, 2008.
- Yılmaz, Lerzan : **“Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Ömer UYAR
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Karabağlar Nevvar Salih İşgören Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Avukatlık stajı
Çalıştığı Kurumlar	Serbest Avukat
E-Posta	