

Hukuki Yolun Yolsuzluğa Alet Edilmesine Örnek: Sorumluluktan Kaçmak İçin Sermaye Şirketi Kurmayı Tercih Etmek

An Example Displaying how the Legal Rules can be a Vehicle for Corruption: Preference of Establishing Stock Corporation to Escape from Responsibility

Ahmet Battal*

Özet: Yolsuzluk kamu sektörüne özgü bir kavram değildir. Özel sektörde de "yoldan çıkmış" ve bunu kazanç kapısı hâline getirmiş kimseler veya kurumlar vardır. Üstelik bunların bazılarında kanunlar sebep olmakta ve hatta bazılarında göre kanunlar bunu teşvik etmektedir. Özel sektördeki yolsuzluklar genellikle dolandırıcılık şeklinde karşımıza çıkar. Dolandırıcılığın bir tipi de ahlaki ve hukuki sorumluluktan, kanunlardaki fırsatları kullanarak ve bilinçli biçimde kaçmaktır. Piyasada, sorumluluktan kaçmak suretiyle yapılan dolandırıcılığın bir türü de limited ve anonim şirketler aracılığıyla ve bu şirket tipleri kötüye kullanılarak yürütülmektedir. Bu iki şirket türünün ortak tipik özelliği, şirketin borçlarından, ayrıca kefil olmuş değilse, ortakların sorumlu olmamasıdır. Şirketin borcu ödeme kabiliyeti yoksa şirket tasfiye edilecek, sınırlı sorumluluk prensibi sebebiyle alacaklılar da "elleri böğürlerinde" kalacaklardır. Makalede bu hususa dair uygulamada rastlanan yolsuzluklar ve nedenleri özetlenmiştir. Çözüm olarak (i) gerekli görülen her durumda "perdenin kaldırılması ilkesi" denilen prensip yardımıyla, tüzel kişilik engeli kaldırılarak arkasındaki ortakların sorumluluğuna gidilmesinin sağlanması; (ii) sermaye şirketinin borç ödemekten aciz hâle gelmesi sürecinde alacaklıların haklarını korumaya yönelik olarak alınması gereken kanuni tedbirleri almayan ortaklar ve yöneticiler hakkında uygulanmayı bekleyen hukuki ve cezai müeyyidelerden piyasanın bilgilendirilmesi ve bunların uygulanmasının teşvik edilmesi; (iii) sermayenin şirket tüzel kişisi hâline gelmesi ile oluştuğu varsayılan ve *adına sermaye* şirketi denilen bu modern ve suni türün işe ve amaca uygunluğunun felsefi ve ahlaki olarak sorgulanması ve şirket tipi tercihlerinde "farkındalık" oluşturulması önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Şirket türleri, sermaye şirketi, şahıs şirketi ve sermaye şirketi ayrımı, şirket borcundan sorumluluk, kanuna karşı hile, perdenin kaldırılması teorisi.

Abstract: Corruption is not specific to public sector. There are people and institutions that are out of control and aim to gain benefit in private sector as well. Besides, some of those corrupt practices are caused by laws, according to some people, even rules encourage them. In private sector, the kind of corruption we encounter is usually fraud. Other kind of corruption is to escape from ethical and legal responsibilities consciously by using legal opportunities. In market, another kind of fraud that is done by escaping from responsibility is implemented through limited and joint-stock corporations and misuse of them. The common feature of these two types of corporations is that the shareholders are not responsible for the debts of corporations besides if they are not guarantors. If the corporation is not able to pay the debts, it will be liquidated and, based on the limited responsible principle; creditors will end up with nothing. In this article, corruptions that are encountered in practice and the reasons behind them are summarized. The following recommendations are given as solutions: (i) based on the "lift the curtain principle", the barrier of legal entity will be removed, thus; it will be possible to render the shareholders liable for their debts, (ii) informing the market about legal and criminal sanctions which will be implemented to shareholders and managers who did not fulfill their legal responsibilities in order to protect the rights of payees during the process of incapable of paying the debts of capital corporation and encouraging these kind of practices, (iii) questioning philosophical and ethical issues related to conformity of aim of this artificial and modern type of corporation called capital corporation which is assumed to be formed by transformation of capital to legal entity and creating awareness in preferences of type of corporations.

Key Words: Types of corporations, stock corporation, difference between private corporation and stock corporation, responsibility of corporation' debt, fraud against the law, theory of lifting curtain.

* Dr., Ankara Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ticaret hukuku alanında profesördür. Araştırma ilgi alanları şirketler hukuku, banka hukuku ve fikrî mülkiyet hukukudur.

İletişim: Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ayvalı Mah. 158. Cad. No: 7, Etilik, Keçiören, Ankara.
Şabattal@turgutozal.edu.tr, drbattal@yahoo.com § (+90 542) 581 40 91.

Giriş

Yazılı ve yazısız kanunlar, insanı ve insanlığı adalet hedefine ulaştıran yol işaretleridir. Kanunun hukuksuzluğa, dolayısıyla adaletsizliğe götürmesi beklenemez. Eğer götürüyorsa kusuru sadece o yolda gidende değil kanunun kendisinde ve kanun koyucunun basiretsizliğinde de aramak gerekir¹.

Sanayi devrimi öncesinde kanunlar sadece geleneklerin yazılı hâle getirilmesi ile oluşturulmaktaydı. Hukuk teorisyenleri, insan tabiatının (fıtratının) başından itibaren var olan ama yazılı olmayan kanunları yazılı hâle getirmekte idiler. Bu kanunlaştırma çalışması aslında insan tabiatının bir gereği idi. Bir benzetmeyle, bu, Newton'un zaten kadimden bu yana var olan "yer çekimi kanunu"nu formüller hâlinde kâğıda dökmesi gibiydi.

Modern çağda yaşayan insanın *ihtiyaç* olarak nitelediği isteklerini karşılayan birçok şey gibi kanunları da sunilemiş, cansız ruhsuz bir hâle gelmiştir.

Sanayi devrimi sürecinde ve sonrasında, insan ilişkileri sanayileşip sun'ileştiği gibi problemler de sun'ileşti, bir problem çözme mekanizmasının adı olan hukuk da tabiatın ve insan tabiatından uzaklaştı. Vahye ve vicdana istinat eden *ilahi-tabii hukuk* doktrini, yerini salt aklı esas tutan suni pozitif hukuk doktrinine bıraktı. "Aklın belirlediği kuralla uyan, mutlaka ahlaki bir davranış içindedir" varsayımı benimsendi. Özgürlük sadece başkalarının özgürlüğü ile sınırlanan bir mutlak hak alanına dönüştürüldü.

Bu süreçte bir yandan suni yolla reel varlıklar imal edilirken, öte yandan "sanal varlıklar alanı" denilebilecek bir alan icat edildi. Bu alanda ortaya çıkan problemlere ise sanal çözümler üretildi. Sanayi devriminin icadı olan suni varlıklardan biri de "sermaye şirketleri" adı verilen tüzel kişilerdir².

Sermaye Şirketleri Üzerine

Sanayi devrimi öncesinde, müteşebbisler tek başlarına veya arkadaş ve akrabalarıyla ortaklaşa işlere girişmekteydiler. İşin tüm sonuçlarından da birlikte sorumlu olmakta idiler. Sanayi devrimi, teknolojik icatları bir araç,

1 Nitekim İGİAD'ın 2008 yılında yayınladığı *İş Ahlakı Raporunda* (s. 43) "İş hayatında kamu hakkı doğuran ahlaki problemler" başlığı altında "yasal boşluklardan yararlanmaya çalışma" davranışı birinci sırada sayılmış ve vicdani sorumlulukla kanuni sorumluluğun tam örtüşmediği hallerde kanuni sorumlulukla yetinilmeyip vicdani sorumluluğa da değer verilmesi gerektiği hatırlatılmıştır (Erdemir, Özdemir ve Torlak, 2008).

2 Esasen tüzel kişilerin tümü çok eski tarihlerde icat edilmiş ve hukuk sünesi hâline getirilmiş olsalar da *sun*i varlıklardır. Nitekim medeni hukuk profesörü Cahit Oğuzoğlu "Bunlar içtimai ve iktisadi zaruretlerin mahsulüdürler. Varlıkları maddi olmayıp sosyal, manevi ve mücerrettir." demektedir (Oğuzoğlu, 1956: 325).

sermayeyi de kaldıraç olarak kullandı. Sermayeyi toplamak için kullanılan suni araçlardan biri “banka”, diğeri ise “sermaye şirketi” idi.³

Çeşitli hukuk sistemlerinde farklı alt türlere ayrılan sermaye şirketleri ülkemizde başlıca iki tiptir: *Limited* ve *anonim* şirketler.⁴

Ortak sayısına üst limit çizilmiş olan (azami 50 ortaklı) ve dolayısıyla halka açılmayan sermaye şirketlerine limited şirket adı verilmiştir. Buna karşılık daha kuruluşta çok ortak (en az beş ortak⁵) ile kurulan ve yönetim kurulu, denetçi ve genel kurul adı verilen birimlerden oluşan bir kurumsal yapı ile başlayan ve geliştikçe halka açılmaya doğru gitmesi beklenen sermaye şirketlerine ise anonim şirket adı verilmiştir. Limited ve anonim şirketlerin ortak özelliği *sınırlı sorumluluk ilkesi* denilen prensibe tabi olmalarıdır.

Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk⁶

Sınırlı sorumluluk ilkesine göre şirketin borçlarından, ayrıca kefil olmuş değillerse ortaklar ve yöneticiler şahsen sorumlu değildir. Hatta şirketin iflas etmesi halinde dahi bir sorumlulukları söz konusu olmaz.

Ortağın tek borcu ve sorumluluğu, kuruluşta ya da dış kaynaklardan sermaye artırımını sürecinde mal ya da para olarak vermeyi vaat ettiği sermaye payını şirkete getirmektir. Bu borcunu ifa etmiş olan ortağın şirkete karşı sorumluluğu bitmiş demektir. Ortak artık sadece sermaye payının gelirini beklemektedir. Ortağın aynı zamanda yönetici ya da şirket çalışanı olması, bu durumu değiştirmez. Ortak olmayan yöneticiler ve çalışanlar da şirketin borcundan sorumlu değildir.

Sermaye şirketlerinde ve bilhassa anonim şirkette yöneticinin, kendi malını değil, ayrı bir kişilik (tüzel kişilik) olan şirketin malını yöneten bir profesyonel olduğu varsayılır. Bu faaliyet sırasında kötü niyetli ya da ihmali davranışlarla şirketin zararına sebep olan yönetici, şirkete karşı elbette sorum-

3 Ticaret hukukçusu Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu ile birlikte yazdıkları ortak eserin kendi yazdığı kısmında “AO’lar [anonim ortaklıklar] kapitalist veya karma ekonomilerde vazgeçilemez üretim araçlarıdır.” demektedir (2005: 240). Vazgeçilemezlik meselesi hayli iddialı ve tartışılmaya muhtaç bir tespittir.

4 Paylı komandit şirket uygulamada kalmamıştır, kooperatifler ise bu yazının konusu olan problemden ziyade başka problemler sebebiyle gündeme gelmelidir. Bu sebeple bu ikisi kapsam harici tutulmuştur.

5 Asgari iki ortak ve asgari beş ortak şartı 01.07.2012’de yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda kaldırılmıştır. Ancak unutulmamalıdır ki bu kanunla düzenlenmiş olan “tek kişi anonim şirketi” ve “tek kişi limited şirketi” istisnai bir tiptir.

6 Sermaye şirketlerinin kamu borçlarından kimlerin hangi hâlde ve hangi ölçüde sorumlu olacağı ayrı bir inceleme konusudur. Ancak bu makalede konu özel sektör ve dolayısıyla şirketlerin özel hukuk ilişkileri yönünden ele alınacağından kamu borçlarından sorumluluk konusuna girilmeyecektir.

ludur. Bu sorumluluk da kişinin ortak sıfatından değil yöneticilik ya da çalışan sıfatından kaynaklanmaktadır.

Bir ortağın ya da bir yöneticinin, hatta bir üçüncü kişinin şirketin bir borcuna kefil olması ise başka bir husustur ve ortaklıktan ya da yöneticilikten değil, doğrudan kefaletten kaynaklanan sorumluluk durumunu ortaya çıkarır.

Sınırlı Sorumluluk Prensibinin Hukuki Sonuçları

Sermaye şirketlerinde şirketin borcundan şirket sorumludur. Borç ödemekte kullanacağı kaynakların başında, ortaklardan tahsil ettiği sermaye ve bu sermayenin işletilmesi ile ortaya çıkan kârlardan oluşan mevcut malvarlığı gelir. Borçları ödemek için alacaklar da bir kaynaktır ve alacakların başında da hiç şüphesiz şirketin ortaklardan henüz tahsil etmediği sermaye payı alacağı gelir.

Şirketin maddi ve gayri maddi mallarının ve diğer hakları ile alacaklarının mevcut borçları ödemeye yeterli olmaması hâlinde iki ihtimal vardır. Birincisi ortaklar ilave sermaye getirmek suretiyle zararı kapatarak borcu ödeyip yola devam edebilirler. Ancak *tek borç ilkesi* sebebiyle hiçbir ortak ilave sermaye getirmeye ya da şirketin borcunu üstlenmeye zorlanamaz. İkinci ihtimal ise ilave sermaye ya da sermaye benzeri kaynak bulunamaması durumudur. Bu hâlde şirketin borç ödeme kabiliyeti yok demektir. Yine bu hâlde şirket ya alelade tasfiye ile ya da iflas yoluyla tasfiye edilecek ve alacaklıların bir kısmı da çaresiz kalacaklardır.

Alacaklıların Durumu Yönünden Sermaye Şirketleri

Sermaye şirketinden alacağını tam olarak tahsil edememiş olan alacaklılar aşağıdaki gibi iki ana gruba ayrılabilir.

Sınırlı Sorumluluk Prensibinin İstenen Sonucu: “Sermayenin Şirketi”

Halka açık anonim şirketlerde ve halka açık olmasalar da kurumsallaşma sürecini tamamlamış anonim şirketlerle iş yapmış olan alacaklılar, şirketin kurumsal yapısına ve mali gücüne, yani sermayesine güvenmişlerdir. Diğer deyişle, sermaye ortakların mamelekenden ayrılıp bir tüzel kişilik kalıbına dökülmüş, bir şirket olmuştur. Bu sebeple bu şirkete “sermaye şirketi” denir. Bu şirketlerde “şirkete güven”, “sadece şirkete güven” anlamına gelir ve alacaklıların ortakları ya da yöneticileri sorumlu tutamayacak olması bir güven suistimali sonucunu doğurmaz.

Diğer deyişle halka açılmış şirketlerde ve halka açık olmasalar da kurumsallaşma sürecini tamamlamış şirketlerde, “şirkete güven”, “sadece şirkete güven” anlamına gelir ve alacağını alamamış alacaklı açısından “güvenilenin kimliği” hakkında bir belirsizlik ve problem yoktur.

Ülkemizde anonim şirketlerin çok azı gerçek anlamda kurumsallaşmasını tamamlamış ve “sermayenin şirketi” hâline gelmiştir⁷. Kanun koyucunun yaklaşımına göre limited şirketlerin de bu tür bir kurumsallaşmaya ulaşması mümkündür. Ancak uygulamada bu mümkün olamamaktadır.

“Görünüşte Sermaye Şirketi” Olmanın İstenmeyen Sonucu: “Patronun Şirketi”

Sermaye şirketlerinin büyük çoğunda büyük ortak, fiilen patrondur. Kendisini işin ve işletmenin sahibi olarak görür ve kendisini “işadamı” olarak, hatta kanundaki aksi hükme rağmen “tacir/tüccar” olarak tanıtır. Şirketin borcuna sözüyle, tavrıyla ve gerektiğinde imzasıyla kefil olur. Sözü ile kefil olmasının hukuken bir hükmü olmamasına rağmen mali yönden güçlü olduğu dönemlerde kendisini kefil görmeye devam eder.

Anonim şirketlerde geleneksel aile tipi ya da esnaf tipi yönetim tarzı kurumsallaşamamayı beraberinde getirir⁸. Aynı şekilde limited şirketlerin de çok büyük bir kısmı aslında hiçbir biçimde kurumsallaşma hedefi olmayan küçük şirketlerdir. Bunlar ya aile tipi işletmeleri yürüten şirketlerdir ya da “Hele bir deneyelim.” düşüncesiyle ve maceracı sayılabilecek bir ruh hâliyle ortaya çıkan “mayınsı” yapılarıdır; hangi aşamada ne tür bir olumsuz sonuçla karşılaşacakları ve bu sonuçların şirketin çevresini nasıl etkileyeceği bilinemez.

Kurumsallaşamamış olan sermaye şirketlerinin tipik özelliği, muvazaalı ortaklık yapısıdır. Kanun koyucu, sermaye şirketlerinde ortak yapısına ilişkin muvazaayı, bankalar gibi bazı özel tür şirketler dışında, kanuna karşı hile olarak görmemekte ve önlemeye yönelmemektedir. Bu durum başlıca iki tezahürle görünür olmaktadır: (i) Aslında tek bir patrona ait olan

7 Bilhassa anonim şirketler açısından, ülkemizde yaşanmış olan tarihi süreç ve gelişimin yetersizliği hakkında yapılmış olan ayrıntılı bir değerlendirme için bk. Çevik, 2002: 104 vd. Müellifin, anonim şirketlerin mahzurları hususundaki şu cümleleri (s. 106) özellikle önemlidir: “Ticaret Kanunumuzun, ekonomik, kültürel ve sosyal bünyeleri bakımından çağdaş gelişmiş ülkeler için tabii olarak yorumlanabilecek olan hükümleri, iyi niyet sahibi kişiler yanında, kötü niyet sahibi kimselere de sığınacak merci olmakta, küçük sermaye sahiplerinin hakları korunmadığı gibi, kamu adına denetim yapacak olanlara da yeterli yetki ve olanak tanınmamaktadır”.

8 “Memleketimizde anonim şirketlerin kuruluşundan beri 100 yılı aşkın bir zaman geçtiği hâlde bu şirketlerin modern iktisat düzenindeki gerçek işlevlerini oynayamadıkları, mevcut anonim şirketlerin büyük çoğunluğunun, sınırsız sorumluluk esasını bertaraf etmeye yarayan bir aile ortaklığı manzarasını gösterdiği... ifade edilmektedir.” (Çevik, 2002: 107).

işletme, görünüşte şirkete ait olmakta ama şirketin arkasındaki bu tek kişi şirketin kuruluşu aşamasında, şirketin türüne göre en az iki ya da en az beş ortak şartını tamamlamak üzere yanına “saman adam”lar veya “dolgu adam”lar almaktadır⁹. (ii) İkinci olarak, memuriyet ve benzeri herhangi bir sebeple yönetici olamayan ya da olmak istemeyen büyük ortak, yönetimdeki boşluğu doldurmak üzere başka ortakları güvenilen ortak olarak şirkete dâhil etmektedir.

Sermaye şirketlerinde, tüzel kişilik perdesi, şirketin ilişki alanındaki piyasa aktörleri açısından bir anlam ifade etmez. Bu çevredeki kişiler bu şirketleri bir tüzel kişilik olarak değil, işletme biçimindeki bir mal varlığı olarak tasavvur ederler. Bu sebeple şirketin arkasındaki büyük ortağı “şirketin sahibi” olarak görürler. Oysa bir gerçek kişinin “sahibi” olamayacağı gibi bir tüzel kişinin de “sahibi” olamaz.

Bütün bunlar göstermektedir ki bu şirket tiplerinde “şirkete güven”, aslında, sadece şirket tüzel kişisine değil, şirketin açık ya da gizli üst yöneticisi durumunda olan ve piyasadaki yanlış deyimle kendisine “şirket sahibi” denilen kişiye de güvenmek manasına gelmektedir.

Diğer deyişle halka açık olmamak manasındaki “kapalı şirketler”de ya da henüz kurumsallaşmasını tamamlamamış şirket anlamındaki “aile tipi şirketler”de “şirkete güven”, aslında, sadece şirket tüzel kişisine değil, şirketin üst yöneticisi durumundaki “şirket sahibi”ne de güvenmek anlamına gelmektedir.

Yukarıda açıklanmış olan sınırlı sorumluluk prensibi sebebiyle bu güven ancak fiilen bir anlam ifade etmekte olup hukuki bir değeri yoktur. Diğer deyişle bu güven kanun tarafından korunan bir güven değildir.

Sermaye Şirketinin Mali Durumunun Bozulması ve Sonucu: Yolsuzluk

Şirketin borç ödeme gücünün kalmadığı hâllerde büyük ortak ve ailesi hukuken gerekmediği hâlde şirketin borcunu ne yapıp edip ödemek yoluna gidebilir. Bir itibar anlayışının sonucu olan bu durum, aynen borca batık bir babanın mirasçısı olan evladın mirası reddetmek hakkı varken –ve hatta kanunen reddetmiş sayılmakta iken– kendi malvarlığını kullanarak babasının borcunu ödemesine benzemektedir. Şirketin sermayesinin borçları ödemekte yetersiz kalmasının ardından büyük ortak ve ailesinin tüm şahsi

9 Yeni Ticaret Kanunu, tek kişinin de sermaye şirketi kurabilmesini, bu tür “gereksiz formalite”leri ya da “hileli işlem”leri ortadan kaldırmak amacıyla kabul etmiştir.

servetlerini bu uğurda harcamış ve fakat yine de ödenemeyen borç kalmışsa, alacağını tahsil edememiş olan alacaklıların güveni açısından bakıldığında, kendilerine adil ve eşit davranılmış olmak kaydıyla, önemli bir problem görülmemektedir. Zira güvendikleri kişi ya da kişiler sorumluluktan kaçmamışlar, ancak güçleri yeterli gelmemiştir. Kendileri açısından, öngördükleri bir riskin gerçekleşmiş olması durumu ve dolayısıyla sineye çekilebilir bir zarar vardır. Buna karşılık büyük ortak, kendisine ve giderek ailesine duyulmuş olan güvene rağmen kanundaki sınırlı sorumluluk prensibini bahane ederek şirketin borcunu ödemekten kaçınıp da alacaklıları yüzüstü bırakırsa bir güven ihlalinin yaşandığı ve gayrı ahlaki bir durumun var olduğu açıktır. Bu durumun, sermaye şirketleri üzerinden ortaya çıkan bir dolandırıcılık ve yolsuzluk olduğunda da tereddüt etmemek gerektir.

Problemin Sebebi: Yanlış Şirket Tipi Tercih

İşe Uygunluk Problemi

Bu olumsuz sonucun birinci ve şekli sebebi kanunun bu tür bir şirket tipine izin vermiş olmasıdır. Ancak aynen öldürmekte kullanılan bıçak örneği gibi, problem bıçağın icat ve imal edilmesinde değildir. Problem yanlış kişilerin bıçak taşınmasına göz yumulması ve bu bıçağın bu yanlış kişilerce kötüde istimal edilmesine engel olunmamasıdır. Yani, yanlış olan, sermaye şirketinin kendisi değildir. Yanlış olan bu şirket tipinin, kurucuları tarafından daha başlangıçta kötüye kullanılmak üzere kurulması ya da iyi niyetle kurulmasına rağmen kanundaki imkândan yararlanılarak kötüye kullanılmasıdır. İki hâlde de şirket tipi işe uygun değildir.

Tavsiye Hatası: “Sorumluluktan Kaçın ve Para Kazan”

Kişisel itibar ve aile itibarıyla işletmecilik yapmak isteyen kişiler için en uygun şirket tipi kolektif şirkettir. Zira bu şirkette ortaklar, şirket tarafından ödenememiş olan tüm borçlardan üstelik sınırsız olarak ve müteselsilen sorumludurlar. Diğer deyişle ortaklar, şirket tüzel kişisi denilen şeffaf camın hemen arkasında duran ve her daim görünen ve dolayısıyla şirkette güç ve güven veren kişiler durumundadırlar. Diledikleri zaman çekilme hakkına da sahip değildirlere. Nitekim ülkemizde hâlen özellikle geleneksel aile tipi işletmecilik yapan yerleşik ve düzenli işletmelerin çoğu kolektif şirket tipi işletmelerdir.

Ancak piyasaya koçluk (mentorluk) yapan uzmanlar ve şirket kurmak hususunda danışmanlık yapan mali ve hukuki müşavirler bu çerçevede piyasa-

ya yanlış bilgi ve yön verebilmektedirler. Bir yandan yeni kurulacak aile tipi işletmeler için limited şirket kılıfını tercih ve tavsiye etmekte, diğer taraftan da mevcut kolektif şirketleri -aslında hiç gerekmediği hâlde- limited ve gide rek anonim şirkete dönüştürmeye çalışmaktadırlar. Bu değişimin, kurumsallaşma, uzun ömürlü olma, halka açılma ve daha büyük sermayelere ulaşma gibi ideallere ve amaçlara hizmet etmek üzere gerçekleştirilmesinde hiçbir mahzur yoktur elbette. Ancak uygulamada değişim ve dönüşüm, bu meşru sebeplerle değil, öncelikle ve hatta sadece sınırlı sorumluluk avantajından yararlanmak arzusuyla ve dolayısıyla aslında kötü niyetle ve yolsuzluk amacıyla tavsiye edilmekte ve yapılmaktadır.

Tavsiye Hatasının Deşifresi: "Tavşana 'Kaç', Taziya 'Tut' Edebiyatı"

"Kurumsallaşma mentorları", "tedbir mentoru" olarak hizmet verdikleri hâllerde, muhataplarına, piyasaya tedbir öğreten ve yukarıda aktarılan çok iyi bildikleri hileyi önlemek için alınacak tedbirleri salık veren uzmanlara dönüştürmektedirler. Şöyle ki; kurumsallaşmasını tamamlamamış bir şirkete ödünç, borç ya da kredi vermeyi düşünen piyasa aktörlerine, "Şirketin senedine şirket yetkilisinin imzasını alman yetmez. Şirkete güven olmaz. Ne olur ne olmaz. Büyük ortak kim ise onu bul ve onun/onların kefaletini de mutlaka al." demektedirler. Pek açıktır ki bu durum aslında "Tavşana kaç, taziya tut." olarak tarif edilebilecek bir tür hile dolabı çeviriciliğidir.

Tavsiye Hatasının Dolaylı Neticesi: "Eden Bulur"

Bu vesileyle piyasadaki bu kötü niyetin "Eden bulur." türünden bir karşılığının da görülmekte olduğunu hatırlatalım. Ülkemizde şirket kurmayı kolaylaştırmaya yönelik bazı kanuni ve bürokratik düzenlemeler yapılmış ve şirketler kolaylıkla kurulabilir hâle getirilmiştir.

Buna karşılık kurulmuş olan bir sermaye şirketini kapatmak hususunda ciddi sıkıntılar vardır. Birincisi, fiilen tasfiye sürecine giren sermaye şirketlerinde genellikle küçük/büyük, yönetici olan/olmayan ortaklar arasında bazı anlaşmazlıklar ortaya çıkmıştır ve dolayısıyla bunların bir araya gelmeleri zordur. Tasfiye için mahkemenin devreye girmesi ve kayyum atanması gibi ağır formalitelere ihtiyaç duyulacaktır. İkincisi ise ortakların sahip çık maması sebebiyle şirketin işletmecilik manasında pasif geçen dönemi, vergi mevzuatı açısından mükellefiyet dönemidir. Beyanname ve benzeri formalitelerin yerine getirilmemesi sebebiyle şirket devlete borçlanmaktadır. İşte bu aşamada bir sürpriz yaşanmaktadır. Ortaklar şirketin piyasaya olan borç-

larından sorumlu tutulamazlar ancak limited şirketlerde tüm ortaklar ve anonim şirkette de yöneticiler kamu borçlarından kanunen sorumludurlar.

Uygulamada bu sorumluk, sorumluluktan kaçmak isteyen şirket kurucuları ve ortakları için deyim yerindeyse “yağmurdan kaçıp doluya tutulmak” şeklinde bir sonuç da doğurmaktadır. Adaletin dolaylı tecellisi de sayılabilecek bu durumun da elbette düzeltilmesi ve adaletin doğrudan tecellisi için adım atılması gerekir.

Çözüm Nedir?

Sermaye şirketlerinin sınırlı sorumluluğu prensibinin kötüye kullanılması, önlenmesi gereken temel ve genel bir mesele olduğu yukarıda ortaya konulmuştur. Ancak problem çözümsüz de değildir¹⁰. Çözümün dört ayağı vardır:

1. Birinci ayak doğrudan hukuki düzenleme ve uygulamadaki adaletsiz sonuçlarının törpülenmesi yöntemi ile ilgilidir. Türk Medeni Kanunu’nun başlangıç hükümleri arasında yer alan “Dürüst Davranma” başlıklı 2. maddesi “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. ./ . Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” demektedir. Bu hüküm tüm özel hukuk ilişkilerinde ve bilhassa ticari ilişkilerde, konuya uygulanacak özel kuralın adaleti gerçekleştirmek için yeterli olmadığı ve hatta bizzat kuralın kendisinin adaletsizliğe sebep olduğu hâllerde uygulanmak üzere konulmuş olan genel ve yedek bir hukuk kuralı niteliğindedir.

Nitekim bu genel kural yardımıyla geliştirilen ve adına *perdenin kaldırılması* teorisi denilen bir teoriye göre, bilhassa sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin amacı dışında ve haksızlığa sebep olacak biçimde kullanılması dürüstlük kurallarına aykırıdır ve buna izin verilmemelidir¹¹.

O hâlde Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan ve sermaye şirketlerinin borçlarından ortaklarının sorumlu olmadığını düzenleyen kuralların somut olayda adaletsizliğe sebep olduğu hâllerde, özel kural bir kenara bırakılarak Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin yardımıyla sonuca ulaşılmalı ve alacak-

10 Poroy, anonim şirketin çeşitli risklerini saydıktan sonra şunları söyler: “Gülü seven dikenine katlanır, derler. Kaldı ki, bu dikenlere katlanma zorunluluğu vardır denemez. Zira bir taraftan devletin, diğer taraftan ortaklık genel kurulunun özellikle dışarıdan seçilecek denetçilerle yapacağı denetimle, saydığım tehlikeler çok büyük ölçüde bertaraf edilebiliyor. Çözüm esaslı bilgi ve dürüstlikle konuyu ele almaktır.” (Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2005: 240).

11 Bu teorinin Türk hukuku alanında, ilk kez, ticaret hukuku profesörü Tuğrul Ansay tarafından Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi için yapılan bir anketin sonuçlarının yine bu müellif tarafından değerlendirildiği *Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri* adlı eserde (1971: 92) “tüzel kişilik sınısının bertaraf edilmesi” biçiminde yer aldığı olduğu tarafımızdan tespit edilmiştir. Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, 2000.

lılar tarafından “şirket sahibi” olarak anılan ve kendisine şahsen güvenilen ortak ya da ortaklar şirketle birlikte bu borçlardan da sorumlu tutulabilmektedir. Yargıtay da bilhassa yeni tarihli kararlarında bu ilkeyi uygulama konusundaki eğilimini güçlendirmektedir¹².

Bu çözüm için bilhassa ticari davaları takip eden avukatların bu yeni teori hakkında daha ayrıntılı bilgi sahibi olması ve somut olaydaki adaletsizliğe sebep olan güveni ispat edecek delillerin tedariki hususunda özel gayret içine girmesi önemlidir.

2. Çözümün ikinci ayağı şirketin borç ödemekten aciz hâle gelmesi üzerine, alacaklılar ve avukatları tarafından, buna sebep olan yöneticilerin ve ortakların hukuki sorumluluğu ile ilgili kuralların devreye sokulması hususunda daha bilinçli ve cesur davranılmasıdır.¹³

3. Çözümün üçüncü ayağı yolsuzluğun doğrudan cezai müeyyidelerinin uygulanmasını sağlamak ve bu maksatla şikâyet hakkını bilinçli biçimde kullanmaktır. Örneğin tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması bazı hâllerde dolandırıcılık (Türk Ceza Kanunu, 157 ve 158. maddeler) suçunu oluşturabilir.

Şirketin maddi durumunun bozulmaya başlaması ve gerekli tedbirlerin zamanında alınmaması şirketi borç ödemekten aciz hâle getirir. Bu durum çoğu zaman hileli iflas suçunu da gündeme getirecektir (Türk Ceza Kanunu, 161. madde).

Şirketi yönetenlerin mali durumu bozucu davranışları çoğu zaman Türk Ticaret Kanunu’ndaki özel suçları da oluşturacaktır. Bu bağlamda ticaret sicili bilgilerinde kasıtlı yanlışlıklarla ilgili Türk Ticaret Kanunu’nun 35 ve 40., defterlerin usulüne uygun tutulmaması ile ilgili Türk Ticaret Kanunu’nun 67. maddeleri önemlidir.

Ayrıca mali durumu bozulan şirketin yöneticileri bilhassa bu aşamada ve öncesinde Türk Ceza Kanunu’nun 164. maddesinde tarif edilen “yanlış bilgi” verme suçunu işlemiştir de olabilirler.

12 Kavram hakkında ayrıntılı bilgi ve güncel gelişmeleri takip için bkz. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından 2 Şubat 2008’de düzenlenmiş “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması” konulu I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler kitabı.

13 Bu kuralların ayrıntıları makalenin hacmini ve amacını aşacağından, sadece 01.07.2012’de yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun sorumluluk konusunu 549. maddesinden itibaren “Hukuki Sorumluluk” ve “Cezai Sorumluluk” biçiminde iki ayrı başlık altında ve 15 madde ile düzenlediğini aktarmakla yetiniyoruz. Bir de önemi ve yolsuzluk kavramına yer vermiş olması sebebiyle yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu’nun 308. maddesini buraya alıyoruz: “İlk idare meclisi azalarıyla murakıplar, şirketin kurulmasında yolsuzluk vaki olup olmadığını incelemekle mükelleftirler. Bu hususta ihmalleri anlaşılır ve bu yüzden hasıl olan zarar karşılığı tazminat kuruculardan alınamamış bulunursa inceleme işini ihmal eden idare meclisi azaları ve murakıplar, müteselsilen mesul olurlar ve haklarında Türk Ceza Kanunu’nun 230 uncu maddesi tatbik olunur.” Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nun 305, 306, 307, 308, 309, 311, 324, 336, 337, 346, 359, 474 ve bilhassa 339, 342. maddelerine ve limited şirketler için de 556. maddeye bakılmalıdır.

4. Çözümün son ayağında ise bilgilenme ve eğitim eksikliğinin giderilmesi ve ahlak eğitimi vardır. Zira hangi tür işletmelerde, şirket tiplerinden hangisinin tercih edilmesi gerektiği hususunda karar verici durumunda olan kişilerin, yukarıda ele alınmış olan problemi önceden görüp amaca en uygun olan ve piyasaya en az zarar verecek olan şirket tipini tercih etmeleri, bilgilenme ve iyi niyetli davranmaya bağlıdır.

Şahsen de sorumlu olması ve ödemesi gereken şirket borçlarını ödemeyen her bir ortak, bu davranışıyla alacaklının fakirleşmesine ve kendisinin de haksız ve sebepsiz biçimde zenginleşmesine sebep olmuş olmaktadır. Haksız ve sebepsiz zenginleşmenin hem hukuken hem de ahlaken önemli bir zafiyet olduğu açıktır. Ancak bu hususta ülkemizde neredeyse temel eğitim seviyesinde kendisini gösteren ciddi bir eğitim eksikliği vardır.

Ortağı olduğu şirketin borç ödeme kabiliyetini kaybetmesi üzerine “Bu durum beni ilgilendirmez. Zira ben sadece verdiğim sermaye kadar riske girdim.” deme hakkına sahip olan ortak ile “Şirketi ben (de) yönettim. Kötü gidişten ben (de) sorumluyum. Şirketin kârı kadar riski de kısmen ya da tamamen bana aittir. O hâlde bu borcu ödemekten kaçınmamalıyım” diyecek ortak arasındaki farkı, aslında, hukukun da temelini oluşturan vicdan belirleyecektir. Bu da göstermektedir ki çözümün en önemli unsuru ahlak eğitimidir.

Bu açıdan çeşitli ihtimalleri değerlendirecek olursak başkasının sermayesini yönetmek üzere işe girişen bir kişinin sadece kendi yönetimindeki hatalardan ve kendi kötü niyetinden sorumlu olması doğrudur. Sermayesini başkasına devreden ve yönetmesi için ona güvenen bir kişi, kendisini geri çekmek ve gizlemek suretiyle ya da sermayeyi tüzel kişi hâline getirmek suretiyle kötü piyasa şartları ya da kötü yönetim sebebiyle ortaya çıkan zarardan kendisinin ortak sıfatıyla sorumlu olmayacağını açıkça bildirmiş ise “sınırlı sorumlu işletme” durumu vardır. Bu kişinin, işletmenin risklerinden ve dolayısıyla şirketin borcundan sorumlu tutulmaması da doğrudur. Ancak bir işe sermaye koyan ve kendi sermayesini yönetmek için piyasaya atılan kişinin, “Ben başkayım işletmem başka, işletmenin borcu benim borcum değil.” demesi ahlaki bir savunma değildir. Zira “işletmenin kişiliği” hukuk nazarında değil, ancak işletme bilimi nazarında ve ancak sınırlı bir anlam ifade eder.

Yine, bir işe başkalarıyla birlikte sermaye koyan ve ortak sermayeyi yöneten kişilerden her birinin de şirketin kârı kadar zararını da üstlenmesi ve dolayısıyla şirketin ödeyemediği borcun en azından kendisinin sermayesine tekaül eden kısmından sorumlu olmayı kabul etmesi ahlaki bir zorunluluktur.

Son olarak, kurumsallaşmasını tamamlamış şirketlerde ortakların ve yöneticilerin borç ödeme kapasitesi, kimliği ve kişiliği önemsiz hâle gelmiş demektir. Böyle bir şirketin borç ödemekten aciz hâle gelmesi durumunda ise şirketten alacaklı olanların şirkete ve şirketin malvarlığına ve sermayesine duydukları güveni yöneticilere ve ortaklara teşmil etmeye kalkışmaması ahlaki bir yükümlülüktür.

Kaynakça

- (2008). *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler Kitabı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Ortak Yayını.

Ansay, T. (1971). *Çağdaş anonim şirketlerin sorunları ve Türk anonim şirketleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Çevik, O. N. (2002). *Anonim şirketler*, 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Erdemir, E., Özdemir, Ş. ve Torlak, Ö. (2008). *İş ahlakı raporu*. İstanbul: İktisadi Girişim ve İş Ahlakı Derneği.

Oğuzoğlu, C. (1956). *Medeni Hukuk I – Şahsın Hukuku*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik Yay.

Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve kooperatif hukuku*. İstanbul: Beta Basın Yayın.

Yanlı, V. (2000). *Anonim ortaklıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu kılınması*. İstanbul: Beta Basım A.Ş.