

(TÜZEL KİŞİLERİN TİCARİ MÜMESSİLLİĞİ) BERLİN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN BİR KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yard. Doç. Dr. Fatih BİLGİLİ*

I. GİRİŞ

Berlin Yüksek Mahkemesi (KG¹ Berlin) 23.10.2001 tarihli bir kararıyla² Alman doktrininde hakim olan görüşe paralel olarak,³ tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanamayacağı sonucuna ulaşmıştır.⁴ Hemen belirtilmelidir ki, bu görüş tatminkar olmaktan uzaktır. Zira Yüksek Mahkeme'nin kararda ortaya koyduğu gerekçe tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanmasına karşı yeterli neden teşkil edememektedir. Alman doktrininde azınlıkta da olsa bazı yazarlarca tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanabileceği imkanı üzerinde durulmaktadır.⁵

II. MAHKEMENİN KARARI VE ELEŞTİRİSİ

Berlin Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu teşkil eden olayda bir ortaklık, komanditer ortağını ticari mümessil olarak atamak istemiş ve bunun için ticaret siciline tescil başvurusunda bulunmuştur. Ticaret sicilinin kayıttan imtina etmesi üzerine ortaklık karara karşı Berlin Eyalet Mahkemesi'ne (Landgericht) başvurmuş, ancak, mahkeme sicil memurunun kararını haklı bulmuştur. Eyalet Mahkemesi'nin kararına karşı Berlin

* Bahkesir Üniversitesi Bandırma İİBF Ticaret Hukuku ABD.

¹ Kammergericht Berlin.

² KG Berlin, Beschluss vom 23.10.2001-1 W 6157/00.

³ Joost, Staub HGB, 4. bası, 1995, § 48 kn.28 vd.; Lieb/Krebs, Münchener Kommentar-HGB, 1995, § 48, kn. 26 vd.; Schmidt, Handelsrecht, 5. bası, 1999, § 16 III 2 b; Baumbach/Hopt, HGB, 30. bası, 2000, § 48, kn. 2.

⁴ Karar için bkz. BB 2001, 2553 vd.; DB 2707 vd.; GmbHR 2002, 28 vd.; GmbH-StB 2002, 10 vd.

⁵ Örneğin, Wasmann, Juristische Personen als Prokuristin, Anmerkung zum Beschluss des KG Berlin vom 23.10.2001, Az 1 W 6157/00, BB 2002, 479 vd.

Yüksek Mahkemesi'nde dava açılmış, ancak burada da sicil memurunun kararı haklı bulunmuş ve dolayısıyla da Eyalet Mahkemesi'nin kararı onaylanmıştır.

Berlin Yüksek Mahkemesi kararında şu gerekçelere dayanmıştır:

1. HGB⁶ § 48-53 hükümleri tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanmasına açıkça karşı çıkmıyorsa da...

Berlin Yüksek Mahkemesi kararında, HGB § 48-53 hükümlerinin tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanmasına karşı yasal bir engel teşkil etmediğini açıkça kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, HGB § 48 Abs. 2'de geçen "şahıslar"⁷ kelimesinin tüzel kişileri kapsamadığı düşüncesindedir. Kanımızca mahkemenin bu yorumu yanlıştır. Zira "şahıslar" BGB'nin⁸ ilk kitabının ilk bölümünde düzenlenmiş ve bu ilk bölümün birinci başlığında gerçek şahıslar (§ 1 vd.), ikinci başlığında ise tüzel kişiler (§ 21 vd.) yer almaktadır. Bu bakımdan BGB'nin şahıslar düzenlemesi hem gerçek hem de tüzel şahısları kapsamaktadır ki, Berlin Yüksek Mahkemesi'nin HGB § 48 Abs.2'deki yaklaşımı isabetli değildir.

2. Tüzel kişiler imza atamazlar

HGB § 51'de ticari mümessilin kendi ismiyle imza atmak zorunda olduğu; § 53 Abs.2'de ise mahkemede kendi ismiyle imza atacağı öngörülmektedir. Tüzel kişilerin bu şekilde kendi ismiyle imza atamayacağı doğrudur. Ancak kanun başka yerlerde tüzel kişilerin kendi ismiyle imza atabileceğini kabul etmektedir. Örneğin AktG⁹ § 265 Abs. 2. cümle 3 ve § 266 Abs.5, tüzel kişilerin tasfiye memuru olarak atanabileceğini, mahkeme vs. yerlerde kendi adını kullanarak imza atabileceğini öngörmektedir.⁹ Aynı durum HGB HGB § 51 ve 53'te de mümkün olabilmelidir.¹⁰

3. Tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanması kanuni tasavvurla bağdaştırılmaz.

Berlin Yüksek Mahkemesi'nin tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanamamasında dayanak yaptığı en önemli noktalardan birisi tüzel kişi-

⁶ Handelsgesetzbuch=Alman Ticaret Kanunu.

⁷ HGB § 48 Abs.2 : Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesamtprokura)

⁸ Aktiengesetz=Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu.

⁹ Wiedemann, Grosskommentar AktG, 3. bası, 1973, § 266, Anm. 4; Wasmann, Juristische Personen als gekorene Mitglieder von Körperschaftsorganen, 1996, 23 vd.

¹⁰ Schröder, Schlegelberger HGB, 5. bası, 1973, § 48, kn. 11.

lerin ticari mümessil olarak atanmasının kanuni tasavvura uymadığıdır.¹¹ Zira ticari mümessillik ilişkisi büyük bir güven unsurunu da beraberinde getirmektedir ki, bunu, Yüksek Mahkeme'ye göre tüzel kişilerde sağlayabilmek oldukça zordur. Kanunda bu şekildeki bir ticari temsil yetkisinin devredilemeyeceğinin öngörülmüş olması güven unsurunun ne kadar önemli bir role sahip olduğunun işaretidir. Tacirle güven ilişkisinin başkasına devredilmeden ciddi anlamda kurulabilmesi ancak gerçek kişilerle mümkün olabilecektir. Şayet tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanması kabul edilecek olursa, tüzel kişi temsil yetkisini kendi başına kullanamayacağı için kanuni temsilcilerinin davranışına ihtiyaç duyacaktır. Bu ise hem tacirle tüzel kişi ticari mümessil arasında güven ilişkisinin gerçek anlamda kurulmadığı hem de temsil yetkisinin devredildiği anlamına gelebilecektir. Yani burada HGB § 52 Abs. 2. hükmü uygulanırlığını yitirmiş olacaktır¹² ve de tacirin ticari mümessil üzerindeki etkisini kaybetmesi anlamına gelecektir. Kanımızca mahkemenin bu yöndeki yaklaşımı da ikna edicilikten uzaktır:

HGB § 52 Abs. 2'ye göre ticari mümessil temsil yetkisini bir başkasına devredemez. Kanun koyucunun bu hükmü getirirken neyi amaçladığı belli değildir. Nitekim Berlin Yüksek Mahkemesi de bu hususu açık bırakmıştır. Üstelik de mahkemenin hükmün konuluş amacına değinmemesi de tesadüfi değildir. Çünkü hükmün amacı gerçekten kolay bir şekilde ortaya çıkarılabilecek durumda değildir. Nitekim Alman doktrininde Joost da HGB § 52 Abs. 2'de kanun koyucunun açık olmayan bir yaklaşımının veya tasavvurunun mevcut bulunduğuna işaret etmektedir.¹³ Aynı şekilde doktrinde

¹¹ Yüksek Mahkeme'ye göre, § 48 Abs. 2'de "şahıslar" ifadesinin kullanılması ve § 51'de ise ticari mümessilin kendi adıyla imza atmasının öngörülmüş olması tüzel kişilerin ticari mümessilliğiyle pek bağdaşmamaktadır (bkz. HGB § 48-53). Zira burada kanun koyucunun tasavvurları göz önüne alındığında temsil yetkisi veren tacir ile ticari mümessilin aralarında özel bir güven ilişkisinin oluşmuş olduğu görülecektir. Tacir ile ticari mümessil arasındaki ilişkinin özel bir güven ilişkisine dayandığını özellikle ticari mümessilin çok geniş ve sınırlandırılmamış yetkilere sahip olduğundan (§ 49, 50) ve bu geniş çaplı yetkilerin başkalarına devredilemeyecek olmasından (§ 52 Abs. 2) anlamak gerekir. Eğer şimdi tüzel kişilerin de ticari mümessil olarak atanması kabul edilecek olursa, alınan temsil yetkisi organ aracılığıyla kullanılacak olduğu için tacirle ticari mümessil arasındaki özel bir güven ilişkisinin var olacağı gerçeğine aykırı hareket edilmiş olmaktadır. Ve özellikle de ticari mümessil konumundaki tüzel kişinin organının gerçek anlamda tüzel kişi adına irade açıklama yetkisine sahip olmadığı durumlarda tacirin temsilci tüzel kişiliğe nüfuzu ve temsil yetkisini geri alması oldukça büyük sorunlara yol açacaktır. Ve sonuçta da § 52 Abs. 2'deki ticari mümessilin temsil yetkisinin devredilmezliği kuralı bu şekilde aşılmış olabilecektir.

¹² HGB § 52 Abs. 2: Die Prokura ist nicht übertragbar (Ticari mümessillik yetkisi devredilemez).

¹³ Joost, Staub HGB, § 52 kn.64.

Lieb/Krebs de § 52 Abs. 2 hükmünün amacının az anlaşılır olduğundan söz etmektedir.¹⁴ Kanımızca da § 52 Abs. 2'nin amacı kapalı kalmıştır ve tam anlaşılammaktadır.

Ticari mümessillik yetkisi genel olarak temsil yetkisinin özel bir çeşidini teşkil etmekle birlikte başkasına devri kabil olan bir özel bir hak da değildir.¹⁵ Bu nedenle de ticari mümessil temsil yetkisini devredemez. Ticari mümessilin temsil yetkisini devredemeyeceği yani alt ticari mümessil atayamayacağı, ticari mümessil atama yetkisinin esas itibarıyla tacire ait olduğu HGB § 48 Abs. 1'de açıkça yer almaktadır.¹⁶ Tüzel kişinin ticari mümessil atanmasında ise bizce bu ilke ihlal edilmiş olmayacaktır. Zira temsil yetkisinin kullanımı kendi adına karar alan ve temsil edenden bağımsız olarak tüzel kişinin uhdesinde kalmaktadır.

Ticari mümessillikte güven unsurunun özel bir rol oynadığı muhakkaktır. Ancak, Berlin Yüksek Mahkemesi en azından niçin sermaye yönünden yeterli ve kuvvetli bir tüzel kişiye gerçek kişi kadar güven duyulamayacağına açıklık getirmemektedir.¹⁷ Tacir bir tüzel kişiye ticari mümessillik yetkisi vereceği zaman gerçekte bu tüzel kişi adına kimin karar aldığı, onun iradesini kimin dışı yansıttığı hakkında bilgi sahibidir. Tacirin ticari işletmeyle ilgili olarak bir tüzel kişiyi ticari mümessil olarak ataması kanımızca daha da yararına olabilecektir. Nitekim tüzel kişi adına karar veren organlar çoğu en yeterli ve bu işe uygun kişiler olabilmektedir ve bir gerçek kişinin ticari mümessil atanması durumunda hastalık vs. nedenlerle görevini yerine getirememesi gibi olumsuz durumlar, düzenli bir organizasyona sahip ve tüzel kişi ticari mümessil adına karar alabilmek bakımından her zaman yeterli sayıda yöneticiye sahip tüzel kişilerde ortaya çıkmayacaktır. Bundan başka, tacir, tüzel kişiyi tüzel kişiyi ticari mümessil olarak atamışsa gerçek kişide olduğu gibi onu her zaman azletme yetkisine sahiptir (HGB § 52 Abs.1). Ve nihayet, tacir bir tüzel kişiyi ticari mümessil olarak atayacaksa pratikte mahkemenin bahsettiği kadar da fazla zorluklarla karşılaşmayacaktır. Zira tüzel kişi madem ki ticaret siciline kaydedilmiştir o halde buradaki bilgiler yardımıyla tüzel kişi adına karar alan yönetici ve temsilciler hakkında bilgi sahibi olmak mümkün olacaktır.

¹⁴ Lieb/Krebs, § 52, kn. 20.

¹⁵ Joost, § 52 kn.64; Lieb/Krebs, § 52, kn. 21.

¹⁶ Joost, Staub HGB, § 52 kn.64.

¹⁷ Bu konuda krş. Wasmann, Juristische Personen, 36 vd.

III. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk hukukunda tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanmasına engel herhangi bir hüküm yoktur (BK m. 449-452; OR¹⁸ Art. 458-461) Ancak doktrinde çok ağırlıklı bir şekilde hakim olan görüş,¹⁹ yukarıda Alman hukukundaki belirtilen görüşlere²⁰ benzer bir biçimde tüzel kişilerin ticari mümessilliğini reddetmektedir.²¹ Bu anlamda, Türk hukukunda da tüzel kişinin ticari mümessil olarak tayini ticari mümessilliğin kanundaki düzenleniş amacıyla bağdaştırılamamaktadır. Zira BK'nın söz konusu hükümleri ticari mümessil ile tacir arasında çok sıkı bir güven ilişkisinin varlığını aramaktadır. Bir tacir ile ticari mümessil arasındaki güven ilişkisinin tesisi, ticari mümessilin bir takım kişisel özelliklere sahip olmasını gerektirir. Oysa ki bir tüzel kişinin ticari mümessil olarak atanması durumunda, tacirin, atanmasında hiçbir etkisinin olmadığı bir tüzel kişinin organı olan gerçek kişi vasıtasıyla temsil edilmesi gibi bir sonuca götürmektedir ki bu, tacir ile ticari mümessil arasında bulunması gereken güven ilişkisiyle bağdaştırılmaz. Üstelik de tüzel kişinin organını oluşturan (gerçek) kişilerin sonradan değiştirilebilecek olması ihtimalinin varlığı, ticari mümessilliğin devredilemeyeceği ilkesinin dolaylı olarak bertarafı anlamına gelebilecektir.

Türk hukukunda azınlıkta kalan ancak kanımızca da isabetli olan görüşe²² göre ise, hukukumuzda tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanabilmesine engel herhangi bir hüküm yoktur. Dolayısıyla da Alman hukukunda olduğu gibi, burada da çoğunluk görüşünce ileri sürülen gerekçelerin her zaman doğru olduğunu ileri sürmek oldukça zordur. Nitekim azınlık gö-

¹⁸ Obligationenrecht=İsviçre Borçlar Kanunu.

¹⁹ Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 3. baskı, 1960, 168; Mimaroglu, *Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku*, 3. bası, 1978, 484; Feyzioğlu, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", *Arslanlı'nun Anısına Armağan*, 1978, 413; Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*, 1990, 201; Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I*, 1988, 353; Olgaç, *Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Özel Kanunlar, C. III*, 1969, 309; Edgü, *Ticaret Hukuku I, Umumi Hükümler*, 1964, 174; Birsell, "Ticari Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur", *Batıder, C. II*, sayı 1, 10; İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. bası, 1996, 118; İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 1989, 170, 171; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. bası, 1999, 158, 159; Poroy/Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 8. bası, 1998, 170; Baktır, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. bası, 2000, 163; Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. bası, 2000, 237.

²⁰ Alman ve İsviçre hukuklarında bu konuyla ilgili olarak ayrıca geniş bilgi için bkz. Ulsan, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist", *Arslanlı'nun Anısına Armağan*, 625, 675.

²¹ İsviçre Hukuku için bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 6. bası, 1989, 145; Knöpfel, *Die Prokura nach schweizerischem Recht (doktora tezi)*, 1954, 29.

²² Kırca, *Ticari Mümessillik*, 1996, 84, 85; Karayalçın, *Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme*, 3. bası, 1968, 487, 488.

rüşüne göre, bir tüzel kişiyi ticari mümessil olarak atamak isteyen taciri, kendi isteğine karşı korumanın fazla bir gereği yoktur. Zira tacir, yaptığı işin neticelerini her halde idrak edebilecek durumda olmalıdır. Bu anlamda, tacir bir tüzel kişiyi ticari mümessil olarak tayin etmek niyetindeyse, onu temsil edecek gerçek şahısların seçiminde herhangi bir etkisinin olamayacağını, bu şahısların zamanla değişebileceğini hesaba katmış olmalıdır ve de tacir organda görev yapan gerçek kişinin değişmesi neticesinde karşılıklı güven ilişkisinin ortadan kalktığı endişesini taşıyorsa verdiği ticari temsil yetkisini (ticari mümessilliği) her zaman geri alabilecektir (BK m. 456 f. 1). Bu nedenle tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanmasının sakıncalı olduğu endişesi temelden yoksundur. Üstelik de, ticari hayatın sürekli gelişmekte olması ve karmaşık bir hal alması karşısında, tüzel kişilerin daha geniş imkanlara ve uzmanlığa sahip olabileceği de hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Ve nihayet, tüzel bir tüzel kişinin ticari mümessil olarak atanması halinde, tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişilerin sonradan değişmesinin, ticari mümessilliğin devredilemeyeceği ilkesine ters düşeceği iddiası da yersizdir. Çünkü ticari mümessillik sıfatı tüzel kişide organ olarak görev yapan kişilere değil, tüzel kişinin kendisine aittir. Bu nedenle, organı oluşturan kişilerde husule gelen değişiklikler, ticari mümessil olarak atanmış kişinin de değişmiş olabileceği anlamını intac etmez.

IV. SONUÇ

Her şeye rağmen, gerek Alman gerekse de Türk hukukunda, kanundaki düzenlemelerden tüzel kişilere ticari mümessillik yetkisinin verilebileceği anlamı çıkmaktadır. Berlin Yüksek Mahkemesi'nin belirttiğinin aksine, kanun koyucunun bu konuda gelecekte yeni düzenleme getirmesine de gerek yoktur. Zira kanun koyucu tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanamayacağını kabul etmiş olsaydı zaten bunu baştan itibaren ve açıkça yapardı. O halde, tüzel kişilerin ticari mümessil olarak tayin edilmesine karşı ne Alman ne de Türk hukukunda şu an için yeterli bir hukuki dayanak vardır. Üstelik de, modern ekonomi düzeninde artık tüzel kişilere bu yetkinin verilebileceğini kabul etmek bir ihtiyaç ve de bir iktisadi zorunluluktur.²³

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AktG	: Aktiengesetz (Alman paylı Ortaklıklar Kanunu)
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
Az	: Aktenzeichen (dosya no)

²³ Wasmann, Juristische Personen, 128 vd.

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs-Berater (Dergi)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DB	: Der Betrieb (Dergi)
GmbHR	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung-Rundschau (dergi)
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
KG	: Kammergericht
Kn.	: Kenar no
Krş.	: Karşılaştırınız
OR	: Obligationenrecht (isviçre Borçlar Kanunu)
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire

KAYNAKÇA

- Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. bası, 1999.
- Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 3. baskı, 1960.
- Baktır, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. bası, 2000.
- Baumbach/Hopt, *HGB*, 30. bası, 2000.
- Birsel, "Ticari Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur", *Batider*, C. II, S. 1.
- Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, 1988.
- Edgü, *Ticaret Hukuku I, Umumi Hükümler*, 1964.
- Feyzioğlu, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", *Arslanlı'nın Anısına Armağan*, 1978.
- İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. bası, 1996.
- İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 1989.
- Joost, Staub, *HGB*, 4. bası, 1995.
- Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. bası, 2000.
- Karayalçın, *Ticaret Hukuku I, (Giriş-Ticari İşletme)*, 3. bası, 1968.
- Kırca, *Ticari Mümessillik*, 1996.
- Knöpfel, *Die Prokura nach schweizerischem Recht (doktora tezi)*, 1954.
- Lieb/Krebs, *Münchener Kommentar-HGB*, 1995.
- Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 6. bası, 1989.
- Mimaroglu, *Ticaret Hukuku, C. I; İşletme Hukuku*, 3. bası, 1978.
- Olgaç, *Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Özel Kanunlar*, C. III, 1969.
- Poroy/Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 8. bası, 1998.
- Schmidt, *Handelsrecht*, 5. bası, 1999.
- Schröder, *Schlegelberger HGB*, 5. bası, 1973.
- Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*, 1990.
- Ulusan, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist", *Arslanlı'nın Anısına Armağan*, 1978.
- Wasmann, *Juristische Personen als Prokuristin, Anmerkung zum Beschluss des KG Berlin vom 23.10.2001, Az 1 W 6157/00, BB 2002*.
- Wasmann, *Juristische Personen als gekorene Mitglieder von Körperschaftsorganen*, 1996.
- Wiedemann, *Grosskommentar AktG*, 3. bası, 1973.