

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİM VE TEMSİL

DOKTORA TEZİ
EGEMEN GÖKDEMİR

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Merih Kemal OMAĞ

HAZİRAN, 2022

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİM VE TEMSİL

DOKTORA TEZİ
EGEMEN GÖKDEMİR

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Merih Kemal OMAĞ

Jüri Üyesi: Prof.Dr. Ayşe Nur BERZEK

Jüri Üyesi: Prof.Dr. Mehmet BAHTİYAR

Jüri Üyesi: Prof.Dr. Turgut ÖZ

Jüri Üyesi: Doç.Dr. Hanife Doğrusöz KOŞUT

HAZİRAN, 2022

ÖNSÖZ

Doktora Tez danışmanım olarak her konuda tecrübesi ile yol gösteren saygıdeğer hocam Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a, çalışmam sırasında yardımcı olan değerli tez jüri üyelerine saygılarımı sunuyorum.

Zorlu koşullar altında beni yetiştiren, maddi ve manevi desteğini esirgemeyen anneme, babama, abime ve her daim yanımda olan eşim Nefise Tugen Gökdemir'e minnettarım.

Demir ve Efe için...

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR.....	VII
ÖZET.....	VIII
ABSTRACT.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

1.1 TANIMI VE UYGULAMA ALANI	3
1.2 TARİHİ GELİŞİMİ	5
1.3 ADİ ORTAKLIĞIN UNSURLARI	7
1.3.1 Kişi Unsuru.....	7
1.3.2 Sözleşme Unsuru	9
1.3.1.1 Genel Olarak.....	9
1.3.1.2 Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil.....	10
1.3.3 Katılım Payı (Sermaye) Unsuru	13
1.3.4 Müşterek Amaç Unsuru	20
1.3.5 Müşterek Amacın Gerçekleşmesi İçin Birlikte Hareket Unsuru (Affectio Societatis).....	24
1.4 ADİ ORTAKLIĞIN TEMEL ÖZELLİKLERİ.....	27
1.4.1 ŞAHIS BİRLİKTELİĞİ OLMASI	27
1.4.2 TÜZEL KİŞİLİĞİNİN OLMAMASI	28
1.4.3 ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNE DAYANMASI	31
1.4.4 ORTAKLARIN MÜTESELSİLEN SORUMLU OLMASI	33

1.5 ADİ ORTAKLIĞIN KURULUŞU VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	35
1.5.1 Adi Ortaklığın Kuruluşu	35
1.5.2 Kanuni Adi Ortaklık –İradi Adi Ortaklık.....	36
1.5.3 Açık Adi Ortaklık-Gizli Adi Ortaklık	37
1.5.4 Aslan Payı Ortaklık (Societas Lenonia)	40
1.5.5 Adi Ortaklığın Özel Görünüş Halleri	42
1.5.5.1 İş Ortaklıkları (Joint Venture)	43
1.5.5.2 Konsorsiyum.....	44
1.5.5.3 Konzern	47
1.5.5.4 Kartel	48

İKİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİM

2.1 ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİME HAKİM OLAN İLKELER.....	52
2.1.1 Sözleşme ve Karar Serbestisi.....	53
2.1.2 Ortaklara Ait Hak ve Ödev Olması.....	53
2.1.3 Oybirliği İlkesi	56
2.1.4 İtiraz Hakkı.....	57
2.1.5 Vekalet İlişkisi	61
2.1.6 Vekaletsiz İş Görme İlişkisi	62
2.1.7 Özen, Aydınlatma ve Denetim Yükümlülüğü	66
2.2 YÖNETİM YETKİSİNİN KAZANILMASI	68
2.3 YÖNETİMİN İCRASI	70
2.4 İTİRAZ HAKKI.....	71
2.5 YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRI	72
2.6 YÖNETİCİNİN HAK VE BORÇLARI	76
2.6.1 Yöneticinin Yükümlükleri.....	76

2.6.1.1 Özen Yükümlülüğü	77
2.6.1.1.1 Ücret Alındığı Takdirde Özen Yükümlülüğü	81
2.6.1.1.2 Ücret Alınmadığı Takdirde Özen Yükümlülüğü	82
2.6.1.2 Kusuru ile Verdiği Zararları Karşılama	83
2.6.1.3 Hesap Verme, Kazanç Payı Dağıtma ve Denetimi Mümkün Kılma Yükümü	87
2.6.1.4 Rekabet Yasağı	93
2.6.2 Yöneticinin Hakları.....	96
2.6.2.1 Yönetme Hakkı	97
2.6.2.2 Masraf, Borç, Avans ve Faizleri Talep Hakkı.....	98
2.6.2.3 Ücret Talep Hakkı	101
2.6.2.4 Tazminat Talep Hakkı.....	102
2.7. YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI.....	104
2.7.1 Genel Olarak.....	104
2.7.2 Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması	109
2.7.3 Yönetim Yetkisinin Sonlanması	110
2.8 YÖNETİCİ ORTAKLAR İLE DİĞER ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER	113

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA TEMSİL

3.1 GENEL OLARAK	115
3.2 ADİ ORTAKLIKTA DOLAYLI TEMSİL.....	117
3.2.1 Adi Ortaklıkta Dolaylı Temsilin Şartları.....	120
3.2.1.1 Dolaylı Temsil Yetkisi.....	120
3.2.1.2 Kendi Adına ve Ortaklık Hesabına Hareket	121
3.2.1.3 İşlemin Ortaklığa Aktarılması	121

3.3. ADİ ORTAKLIKTA DOĞRUDAN TEMSİL.....	122
3.3.1 Genel Olarak.....	122
3.3.2 Adi Ortaklıkta Doğrudan Temsil Şartları.....	125
3.3.2.1 Temsil Yetkisi.....	125
3.3.2.2 Ortaklık Adına ve Hesabına Hareket İradesi.....	128
3.3.2.3 Temsil İradesinin Dışa Yansıması.....	128
3.3.2.3.1 Temsil İradesinin Açık Yansıması.....	130
3.3.2.3.2 Temsil İradesinin Örtülü Yansıması	130
3.3.2.3.3 Temsil İlişkisinin Üçüncü Kişi Açısından Önem Arz Etmemesi.....	131
3.3.2.3.4 Bildirim Şartına Uyulmaması	131
3.3.2.4 Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	132
3.4 TEMSİL KARİNESİ	134
3.5 ADİ ORTAKLIKTA YETKİSİZ TEMSİL.....	136
3.5.1 Genel Olarak.....	136
3.5.2 Temsilcinin Sorumluluğu	137
3.5.2.1 Dış İlişkide Sorumluluk	137
3.5.2.1.1 Genel Olarak.....	137
3.5.2.1.2 İşlemin Askıda Olması	138
3.5.2.1.3 Yetkisiz Temsile Onay Verilmemesi.....	139
3.5.2.1.4 Yetkisiz Temsile Onay Verilmesi	140
3.5.2.2 İç İlişkide Sorumluluk.....	142
3.6 TEMSİLİN SONUÇLARI	142
3.6.1 Elbirliği İle Hak Sahipliği.....	142
3.6.2 Müteselsil Sorumluluk.....	144
3.6.2.1 Genel Olarak.....	144

3.6.2.2 Dolaylı Temsilde Sorumluluk.....	147
3.6.2.3 Doğrudan Temsilde Sorumluluk.....	148
SONUÇ.....	154
KAYNAKÇA.....	159



KISALTMALAR

BK : 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu

bkz. : bakınız

C. : Cilt

dn. : dipnot

E. : Esas

E.T. : Erişim Tarihi

HD : Hukuk Dairesi

K. : Karar

m. : madde

s. : sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÖZET

GÖKDEMİR, Egemen, Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil, Doktora Tezi, Haziran, 2022

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 620. ile 645. Maddeleri arasında Adi Ortaklık hükümleri yer almaktadır. Adi ortaklığın kendine has birtakım özellikleri bulunmaktadır. Adi ortaklık ortaklıklar hukukumuzun temel ortaklık yapısını oluşturmaktadır. Uygulamada en çok kullanılan ortaklık türü olma özelliği bulunmaktadır. Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle adi ortaklık ortaklıklar hukuku içerisinde özel bir yerde bulunmaktadır. Adi ortaklığın kendine has özelliği olarak yer alan -tüzel kişiliğinin olmaması- durumu çeşitli sonuçlara yol açmaktadır. Bunlardan biri tüzel kişiliğin yokluğu sonucunda organsal olarak temsilin mümkün olmamasıdır. Adi ortaklıkta temsil konusunun nasıl gerçekleşeceği ve temsile bağlı olan sonuçları konusunda Türk Borçlar Kanunu 637. madde ve 638. maddelerinde düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan temsile dair genel nitelikte yapılan düzenlemelerin özelliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığa uygulanması durumu da söz konusudur.

Adi ortaklık yönetim organına ve temsil organına sahip olmayan bir ortaklık türüdür. Adi ortaklıkta yönetim konusu iki yönlüdür. Yönetimin iç yönü ve dış yönü olmak üzere iki yönü bulunmakta olup, iç ilişkide ortaklar arasında hüküm ifade eden ilişki “karar”, dış ilişki ise alınan kararın icrasına yönelik “temsil” olarak adlandırılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'muzda adi ortaklıkta yönetim ve temsili birbirinden ayrılmış yönetim kanunun 625. maddesinde, temsil ise 637. maddesinde düzenlemiştir.

Çalışmamızda adi ortaklıkta yönetim ve temsil konuları ele alınmıştır. Çalışmamız içerisinde üç bölüme ayrılarak inceleme yapılmıştır. Birinci bölümde, “adi ortaklık sözleşmesi” başlığı altında, adi ortaklığın tanımı, temel özellikler kuruluşu ve özel görünüş şekilleri ile ilgili olarak genel açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, “adi ortaklıkta yönetim” başlığı altında adi ortaklıkta yönetim, adi ortaklığa hakim olan ilkeler, yönetim yetkisinin kazanılması, yönetim yetkisinin sınırı, yöneticinin hak ve borçları, yönetim yetkisinin sınırlandırılması, kaldırılması ve yönetici ortakların diğer ortaklarla arasındaki ilişkilerden bahsedilmiştir. Son bölümde “adi ortaklıkta temsil” başlığı altında adi ortaklıkta dolaylı temsil, doğrudan temsil, temsil karinesi, yetkisiz temsil ve temsilin sonuçları konularına değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Adi Ortaklık, Yönetim, Temsil, Dış İlişki, İç İlişki.



ABSTRACT

GÖKDEMİR, Egemen, Management and Representation in Ordinary Partnership, Doctoral Thesis, June, 2022.

There are Ordinary Partnership provisions between Articles 620 and 645 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Ordinary partnership has some unique features. Ordinary partnership constitutes the basic partnership structure of our partnership law. It has the feature of being the most used partnership type in the application. An ordinary partnership does not have a legal personality. Due to its lack of legal personality, its ordinary partnership has a special place in the law of partnerships. The unique feature of an ordinary partnership - the absence of legal personality - leads to various consequences. One of them is that as a result of the absence of legal personality, it is not possible to represent as an organ. Regulations have been made in Article 637 and Article 638 of the Turkish Code of Obligations on how the representation issue in ordinary partnerships will be realized and the consequences related to representation. In addition, it is also possible to apply the general regulations regarding representation in the Turkish Code of Obligations to ordinary partnerships to the extent that they comply with their characteristics.

Ordinary partnership is a type of partnership that does not have a governing body and a representative body. The management issue in an ordinary partnership is twofold. Management has two aspects, internal and external. In our Turkish Code of Obligations, management and representation are separated from each other in ordinary partnerships, and management is regulated in article 625 and representation is regulated in article 637.

In our study, management and representation issues in ordinary partnership are discussed. Our study has been divided into three parts. In the first chapter, under the title of "ordinary partnership agreement", general explanations about the definition of ordinary partnership, establishment of basic features and special appearance forms are given. In the second part of our study, under the title of

"management in ordinary partnership", management in ordinary partnership, the principles that dominate the ordinary partnership, the acquisition of management authority, the limit of management authority, the rights and obligations of the manager, the limitation and removal of management authority and the relations between the managing partners with other partners are mentioned. In the last section, under the title of "representation in ordinary partnership", indirect representation in ordinary partnership, direct representation, presumption of representation, unauthorized representation and consequences of representation are mentioned.

Keywords: Ordinary Partnership, Management, Representation, External Relations, Internal Relations.



GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'ndaki tanımına göre, adi ortaklık sözleşmesi iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca ulaşma gayesi ile birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşme tipi olup, yalın, sade, esnek ve işlevsel olma nedeni ile günlük hayatta sıkça karşımıza çıkmaktadır.

Kökeni Roma Hukukuna kadar dayanan, kişi birlikteliğinin esas olduğu, tüzel kişiliği bulunmayan ve ortaklarına müteselsil, sınırsız sorumluluk yükleyen adi ortaklık Ticaret Hukuku biliminin uygulama konusu olmasına rağmen bir kişi birlikteliği olması ve sözleşme ilişkisi olması nedenleri ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Adi ortaklık bir sözleşme tipi olup, tüzel kişiliğe sahip değildir. Ortaklık olması nedeni ile de Ticaret hukukunun şirketler mevzuunda incelenmektedir.¹ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda “adi şirket” olarak düzenlenen müessese 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ruhuna uygun olarak “adi ortaklık” şeklinde kaleme alınmıştır. Mülga Borçlar Kanunu'muzda adi ortaklığın şirket olarak tanımlanmasının nedeni 520. maddedeki tanımın sadece adi ortaklığı değil aynı zamanda genel olarak ortaklık sözleşmesini de tanımlamasıdır.²

Yürürlükteki mevzuatımızda adi ortaklığın yasal tanımı yapılmakla birlikte, Borçlar Kanunu'nda adi ortaklığın nasıl kurulabileceği düzenlenmemiştir³. Borçlar Kanunumuzun 620. maddesine göre; “*adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleşmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa, bu bölüm hükümlerine göre adi ortaklık sayılır.*”

¹Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2018 s. 21, Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017, s.6, Cevdet İlhan GÜNAY, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015, s. 1619.

² Oruç Hami ŞENER, Adi Ortaklık, Ankara, 2008, s. 2.

³ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.21.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile ticaret şirketlerinin aksine, organsal olarak yönetim, denetim ve temsil makamları bulunmamakta olup bu fonksiyonlar adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararları ile ortaklarda veya dışardan atanan üçüncü kişilerde toplanmaktadır.

Çalışmamızın konusunu adi ortaklığın yönetim ve temsili oluşturmakta olup, ilk bölümde adi ortaklık sözleşmesi, ikinci bölümde adi ortaklığın yönetimi, son bölümde ise adi ortaklıkta temsil konuları ele alınmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

1.1 TANIMI VE UYGULAMA ALANI

Türk Borçlar Kanunu’nun on sekizinci ve son bölümünde 620 ila 654. maddeler arasında adi ortaklık düzenlenmiş olup, Borçlar Kanunu’nun 620. maddesine göre ; *“Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine göre adi ortaklık sayılır”*

Borçlar kanununda yer alan kanuni tanımına göre adi ortaklığın beş ana unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında ve doktrinde de bu tanım kabul edilmektedir.⁴ Adi ortaklığın unsurları olarak, kişi, sözleşme, katılım payı, müşterek amaç ve müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte hareket unsurları şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır.⁵ Mevzuatı Borçlar

⁴ Yarg. 3. HD., T. 07.09.2015, E. 2015/9468, K. 2015/14079, (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 14.10.2021), “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 620. Maddesinde; “Adi Ortaklık Sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme” denilerek sözleşme unsuru açıkça belirtilmiştir. Ortaklar, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir sözleşme etrafında birleşirler. Sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekir. Adi ortaklık, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulur. Ortak amaçtan bahsedebilmek için, sözleşme ile ulaşılmak istenen hedefin bütün ortaklar için müşterek olması gerekir.”

Adi ortaklığın varlığının ispatı genel ispat kurallarına tabidir; Yarg. 3. HD. T. 06.05.2014, E. 2013/2192, K. 2014/6953, (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 14.10.2021), “...ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekli gerekli olmayıp, bu husus ispat koşulu bakımından değerlendirilmelidir.

Bu durumda; davacı, davalı H. T. ile dava konusu inşaatı ortak yaptığı şeklindeki adi ortaklık ilişkisini tanık dahil her türlü delille kanıtlama hakkına sahiptir.”

⁵ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.21, Sami KARAHAN, Murat Yusuf AKIN, Şirketler Hukuku, İstanbul 2012, s. 30, Ömer Ali GİRĞİN, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, Eskişehir 2017, s. 13, Cengiz AŞKAN, Adi Şirketin Yönetimi, Ankara 2003, s.20, Nami BARLAS, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016, s.18, Fatih BİLGİLİ, Ertan DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.21, Mustafa ÇEKER, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Hukuku, Adana 2014, s.224, Oruç Hami ŞENER, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s. 1, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 3, Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017, s.12, Hayri DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu

Kanunu'n 520. maddesinde adi şirket, yürürlükteki Borçlar Kanunu 620. Maddesinde ise adi ortaklık olarak belirtilen müessese doktrinde ise farklı biçimlerde tanımlanmış ise de unsurları aynıdır.

Doktrinde adi ortaklık; *“iki ya da daha çok kişinin ortak bir gayeye erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeyi taahhüt ettikleri şahıs birlikteliği”*⁶, *“iki veya daha fazla hakiki yahut hükmi şahsın, iktisadi bir gayeye erişmek yani ortaklara kar dağıtmak veya tasarruf sağlamak maksadı ile bir kısım sermayelerini birleştirmek hususunda yaptıkları anlaşma”*⁷, *“kişiselik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının, sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği, ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla birinci dereceden ve zincirleme sorumlu olduğu, her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen, bir ticari işletmesi şart olmayan ve tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklık”*⁸ ve *“emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşme ile birbirlerine karşı yüklenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğu”*⁹ olarak çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

Doktrinde adi ortaklık tanımı konusunda farklı yaklaşımlar olmak ile birlikte, unsurları göz önüne alındığında, yapılan tanımlar adi ortaklığın emek veya malların müşterek bir amaç doğrultusunda iktisadi gaye ile bir sözleşme temelinde birleştirildiği ve bu birleşim sonucu ortaya çıkan birlikteliğin tüzel kişiliği olmayıp, ortakların malvarlığı açısından elbirliği mülkiyet rejimi, borçlar

Şerhi Cilt 1, İstanbul 1988, s.370, Turgut UYGUR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 2644, Nihat YAVUZ, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 3160, Cemil ALVER, Adi Şirket ve Ticaret Kanunu Genel Esasları, Ankara, 1991, s.3, Ahmet Cemal RUHİ, Sözleşmeler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013, s.201, Kadir Berk KAPANCI, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015, s. 493.

⁶ Ümit Yaşar DOĞANAY, Adi Şirket Akdi, İstanbul 1963, s. 5.

⁷ DOMANIÇ, s.377.

⁸ Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s.38.

⁹ BARLAS, s. 18.

açısından ise müteselsil sorumluluk rejimin geçerli olduğu temelinde şekillenmektedir.

Bu bakış açısından hareketle, adi ortaklık, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin, sözleşme ile emeklerini veya mallarını, iktisadi ve müşterek amaçla bir araya getirerek, müşterek amaç doğrultusunda birlikte hareket etme gayesi ile müteselsil ve sınırsız sorumluluk altına girerek, tüzel kişiliği olmayan ve kural olarak elbirliği ile mülkiyet esasına dayanarak kurdukları bir hukuki ortaklık olarak tanımlanabilir.

Adi ortaklık ticaret hukukunun ortaklıklar ve şirketler hukukunun inceleme alanına girmesine rağmen, Borçlar Kanunun 620. Maddesinde bir ortaklığın, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımadığı durumlarda adi ortaklık sayılacağı ve Borçlar Kanununa göre inceleneceği belirtilmiştir. Adi ortaklık rızai ve şekil şartına bağlı olmayan bir sözleşme tipi olması ve kişi birlikteliğinin ön planda olması nedeni ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹⁰

1.2 TARİHİ GELİŞİMİ

Ortaklık kavramına ilk kez Babil, Asur ve Eski Yunan'da rastlanılmaktadır.¹¹ Adi ortaklık kavramının tarihsel kökeni ise “societas”

¹⁰ Kanun koyucu adi ortaklık sözleşmesinin kurulmasında “yazılı olma şartı” aramamaktadır; adi ortaklık sözleşmesi sözlü olarak da kurulabilir, Yarg. 13. HD, T. 28.6.1984, E. 1984/3290, K. 1984/4923, (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 16.10.2021), “Borçlar Kanununun adi şirkete ilişkin maddeleri gereğince adi ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli değildir. Adi ortaklık sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir. Diğer taraftan taraflar kardeşlerdir. Bu nedenle varlığı öne sürülen ortaklığı davacı taraf tanıkla ispat edebilir. İşyerinin resmi işlemlerde davalılardan K. adına kayıtlı olması, iddia edilen ortaklığın reddi için yeterli değildir. Mahkemenin gösterilen delilleri değerlendirerek tarafların ortak olup olmadıkları sorununu çözmesi gerekirken, yazılı sözleşme bulunmadığı için ortaklıktan söz edilemeyeceği gerekçesi ile davayı reddetmesi yasaya uygun değildir.” ; ALHAN, Acem Süleyman / ÇOBANOĞLU, Rıdvan, “Adi Ortaklık Sözleşmesi Tanımı Ve Unsurları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 1, 2016, s. 177- 197, s. 177; Ayrıca bkz. POROY/ TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 5.

¹¹ KARAHAN, s.1, BARLAS, s. 9, AŞKAN, s. 17, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.5.

müessesesi olarak tüzel kişiliği bulunmayan rızai akitlerin bir çeşidi olarak Roma Hukukunda karışımıza çıkmaktadır.¹²

Roma hukukunda “societas” iki veya daha fazla kişinin hepsinin meşru ve yararlı menfaat gayesi ile mallarını ve emeklerini birleştirmeyi karşılıklı taahhüt ettikleri tüzel kişiliği olmayan bir rızai bir akit olarak, babanın ölümünden sonrasında birbirinden ayrılmayan çocukların oluşturdukları “consortium”dan doğan ve ardından gelişerek, ortaklık malvarlığı unsurlarını koymak sureti ile meydana gelen bir ortaklık biçimi olarak “societas omnium bonorum” ve ticari ilişkilerin diğer kavimlerle arttırılmasına yönelik belirli bir faaliyetin ortaklaşa yürütülmesine yönelik “societas unius negotiations” olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır.¹³ Roma hukukunda societasin tüzel kişiliği bulunmadığı ve kendisine ait mülkiyet, alacak ve borç hakkı bulunmadığı için ortağın yaptığı muamele doğrudan ilgili ortak için sonuç doğurmaktadır.¹⁴

Ortaçağda ise 12. Yüzyılda Cenova’da bir Roma Hukuku müessesesi olan “societas”dan doğan komandit ortaklığa benzer “commenda”ya rastlanılmaktadır.¹⁵

İslam hukukunda şirket kavramı ile her türlü ortaklık ifade edilmektedir ve ortaklıklarda temel prensip kar ve zararın eşit paylaşılmasıdır.¹⁶ İslam hukuku düzeninde faizin ve tefeciliğin yasak olması nedeni ile ilk başlarda ortaklık ilişkilerine tereddütlü yaklaşılmıştır.¹⁷ Osmanlı döneminde tüzel kişiliği olan ortaklık çeşitleri yönünden 1850 tarihli Kanununname-i Ticaret ile ilk defa yer verilmesinin ardından, 1876 yılında kanunlaşan Mecelle’nin 1329 ve devamı

¹² BARLAS, s. 9, AŞKAN, s. 17, Fulya İlçin GÖNENÇ, Roma Hukukunda Şirket Akdi, İstanbul 2004, s.5, Şahin AKINCI, Roma Borçlar Hukuku (818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile mukayeseli), Konya 2017, s.172, Türkan RADO, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s.143.

¹³ BARLAS, s. 10, AŞKAN, s. 18, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.5, GÖNENÇ, s. 7, AKINCI, s. 172, RADO, s. 144.

¹⁴ GÖNENÇ, s. 85, AKINCI, s. 173.

¹⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 6, KÖSE MURTAZA, TİCARET HUKUKU TARİHİ AÇISINDAN MUDARABE VE COMMENDA ORTAKLIKLARININ ETKİLEŞİMİ HAKKINDA BİR DENEME, s. 150 vd. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30755>, Erişim Tarihi: 19.10.2021.

¹⁶ M.Akif AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2021, s. 413.

¹⁷ <https://islamansiklopedisi.org.tr/sirket> Erişim Tarihi: 18.10.2021.

maddelerinde “*şirket-i akd, iki ya ziyade kimseler beyninde sermaye ve faydası müşterek olmak üzere akd-i şrketten ibarettir*” tanımı ile adi ortaklığa benzer ortaklık çeşitleri şeklinde, ortakların ortaklık işlemlerinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu oldukları ve kar ile zarardan eşit pay aldıkları ve ortakların sermayelerinin ortaklık sermayesini geçemeyeceği kuralı ile “*şirket-i mufaveze*” ve bu zorunluluklara tabi olmadan “*şirket-i inan*” şeklinde yer verilmiştir.¹⁸

Modern hukukumuzda ise adi ortaklığa “adi şirket” adı altında 1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu ile yer verilmiş, bu kanunun mülga olması ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda şimdiki tanımı ile adi ortaklık olarak kendisine yer bulmuştur.

1.3 ADİ ORTAKLIĞIN UNSURLARI

1.3.1 Kişi Unsuru

Adi ortaklığın sözleşme temeline dayalı bir birliktelik olması nedeni ile mevcudiyeti için asgari iki kişinin varlığı gereklidir. Borçlar Kanunu adi ortaklığın kurulabilmesi için en az iki kişinin varlığını zorunlu unsur olarak düzenlemiştir¹⁹. En az iki kişi unsuru sadece sözleşmenin kurulması sırasında değil, sözleşmenin devamı boyunca da zorunludur, bu bağlamda ortakların teke inmesi ortaklığın sona erme nedenidir.²⁰ Bu nedenle gerek ortaklığın kuruluşunda gerekse ortaklığın devamı boyunca asgari iki kişi adi ortaklık sözleşmesine dahil olmalıdır.²¹

¹⁸ BARLAS, s. 11, AŞKAN, s.18, KARAHAN, s. 15, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 11, Cengiz İLHAN, Günümüz Türkçesi’yle Mecelle, Ankara 2014, s.402, Mustafa AVCI, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2017, s. 516.

¹⁹ BARLAS, 18, ŞENER, Adi Ortaklık, s.3, DOMANIÇ, s.370, UYGUR, s. 2644, Nihat YAVUZ, s. 3160, ALVER, s. 3, KAPANCI, s. 493.

²⁰ GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 13, Nihat YAVUZ, s. 3161.

²¹ GREGOR Bachmann, Horst EIDENMÜLLER, Andreas ENGERT, Holger FLEISCHER, Wolfgang Schön Regulating the Closed Corporation ECFR Special Volume 4, 2014, s.78.

Adi ortaklıklarda sözleşme ilişkisi gereği en az iki kişinin bulunması zorunlu ise de ortak sayısında herhangi bir üst sınır söz konusu değildir.²² Ancak güven ilişkisine dayalı adi ortaklık sözleşmesine dahil olan kişilerin tüm malvarlıkları ile sınırsız, birinci derecede ve müteselsil sorumlu olmaları nedeni ile uygulamada kişi sayısı sınırlı kalmaktadır. Zira kişi temelli ortaklık biçimi olan adi ortaklıkta ortaklık malvarlığı açısından elbirliği ile mülkiyetin yanında, ortaklığın sorumlu olduğu borçlar yönünden ise müteselsil sorumluluk söz konusudur.²³ Özellikle müteselsil sorumluluk nedeni ile üçüncü şahıslar alacakları yönünden ortaklardan dilediğine başvurabilmekte özgür olup, ortaklar ise bu borçlar yönünden tüm malvarlıkları ile sınırsız ve birinci dereceden sorumlu olmaktadır. Sorumluluk esas bu şekilde olmakla birlikte ortakların borçlar yönünden birbirlerine rücu hakkının da olması nedeni ile uygulamada güven esasına dayanan adi ortaklıkta ortak sayısı çok yüksek olmamaktadır.

Kanunda kişinin statüsü belirtilmemekle birlikte, adi ortaklığı oluşturan kişilerin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinde kişilerin asgari sayısı iki olarak belirtilmesine rağmen bu kişilerin gerçek veya tüzel kişi olup olmayacağı açıklanmamıştır ancak adi ortaklığa gerçek veya tüzel kişiler ayrı ayrı veya karma biçimde tüzel kişi ve gerçek kişi birlikte ortak olabilirler.²⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.07.1975 tarih ve 2845/4804 sayılı kararına göre de adi ortaklık gerçek kişiler arasında kurulabileceği gibi bir veya daha ziyade gerçek kişi ile ticaret şirketi arasında da kurulabilir.²⁵ Adi ortaklığa gerçek veya tüzel kişiler dahil olmakla birlikte, bu şekilde oluşan adi ortaklığın gerçek kişi veya tüzel kişi şeklinde hukuken bir kişi statüsü oluşmaz. Meydana gelen bu ortaklık gerçek kişiler veya tüzel kişiler gibi hak ehliyetine

²² BARLAS, s.18, KARAHAN,s.32, AŞKAN, s.20, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.29, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 1, ÇEKER, s.225, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22, ŞENER, Adi Ortaklık, s.4, Nihat YAVUZ, s. 3161.

²³ John S. Abbot, Organizing Small Michigan Business Enterprises, 1962, s.5.

²⁴ KARAHAN, s.32, AŞKAN, s.20, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.44, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.29, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.13, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.2, Orhan Nuri ÇEVİK, Uygulamada Şirketler Hukuku, Ankara 2002, s. 80, ÇEKER, s.224, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.21, ŞENER, Adi Ortaklık, s.4, DOMANIÇ, s. 390, Nihat YAVUZ, s. 3161.

²⁵ Nihat YAVUZ, s. 3161.

sahip değildir. Hak, fiil ve dava ehliyeti ortaklıkta değil, bu ortaklığı oluşturan ortaklardadır.²⁶

Adi ortaklığa dahil olacak gerçek kişi açısından fiil ehliyeti konusunda borçlar hukuku genel hükümleri söz konusudur. Dolayısı ile gerçek kişinin adi ortaklığa dahil olabilmesi için tam fiil ehliyetine sahip olması zorunludur. Fiil ehliyeti konusunda genel hükümler söz konusu olduğu için, ayırt etme gücü olan sınırlı ehliyetsizler, kendilerini borç altına sokan işlemleri kanuni temsilcilerinin onayı ile gerçekleştirebilmeleri mümkün olduğundan ancak kanuni temsilcilerinin onayı veya icazeti ile adi ortaklığa dahil olabilirler. Tüzel kişiler açısından ise tüzel kişinin ana sözleşmesinin veya tüzüğünün izin verdiği ölçüde adi ortaklığa dahil olabileceği kabul edilmektedir.²⁷

1.3.2 Sözleşme Unsuru

1.3.1.1 Genel Olarak

Adi ortaklık ilişkisi diğer ortaklık tiplerinde olduğu gibi sözleşme temelinde şekillenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesine göre iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri adi ortaklık, öncelikli olarak sürekli borç doğuran bir sözleşme ilişkisidir ve ortaklık sözleşme ile hüküm doğurmaya başlayacaktır.

Sözleşme unsuru, adi ortaklığı tesadüfi oluşan topluluklardan ve kaynağını doğrudan kanundan alan hak sahipliği ilişkileri olan miras ortaklığı, elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet gibi müesseselerden ayırmaktadır.²⁸

Adi ortaklık sözleşmeleri de diğer ortaklık sözleşmeleri gibi, ifa süresi bakımından sürekli borç doğuran sözleşmeler kapsamındadır, bu nedenle adi ortaklık sözleşme ilişkisi devam ettiği doğrultuda devam edecektir.²⁹ Burada

²⁶ HANNIGAN, Brenda, MA, LL.M., COMPANY LAW Third Edition Solicitor (Ireland) Professor of Corporate Law University of Southampton, 2012, s.4.

²⁷ BARLAS, s.21.

²⁸ BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2022, Beta Yayınevi, AŞKAN, s.21.

²⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.44, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.10; ÇEVİK, s. 80, Şener, Adi Ortaklık, s.21, Esra HAMAMCIĞLU/Argun KARAMANLIOĞLU, Adi Ortaklık Sözleşmelerinde Şekil,

sözleşme ilişkisine dahil olan taraflar açısından edimlerin karşılıklı değişimi değil, müşterek amaç doğrultusunda edimlerin ortaklığa dahil edilerek sürdürülmesi söz konusudur. Dolayısı ile ortaklık ilişkisi devam ettiği süre boyunca müşterek amaç doğrultusunda ortaklar, ortaklığın amacına uygun davranma borcu altına girmektedirler.

1.3.1.2 Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; *“sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”* Adi ortaklık sözleşmesi de iradelerin açıklanması konusunda herhangi bir şekil şartı barındırmamaktadır. Bu nedenle adi ortaklık sözleşmesi rızai bir sözleşmedir ve kural olarak şekil serbestisi söz konusu olup, geçerliliği için herhangi bir şekil zorunluluğu aranmamaktadır.³⁰ Dolayısı ile adi ortaklık sözleşmesinin yazılı olarak kurulabileceği gibi sözlü olarak da kurulması mümkündür.³¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2011 tarih ve 17703/6947 sayılı kararında Borçlar Kanununun adi ortaklığa ilişkin maddeleri gereğince adi ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şeklin şart olmadığı, adi ortaklık sözleşmesinin sözlü olarak da yapılabileceği belirtilmiştir. Davacı tarafın iddiası ve davalı tarafın dosyaya sunduğu bilgi ve belgelere göre, taraflarca birlikte işletilen işletmelerin gelirleri ile bir takım malların edinildiği, alınan malların davalılar adına kayıt ve tescil işlemlerinin yapıldığı ileri sürülmüştür. Davacı tarafça adi ortaklığın tespiti ile feshi ve ortaklığın tasfiyesi talep edildiğine göre, belirli bir alacak talebi bulunmadığından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle ilk derece

Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2016, s.1312, Nihat YAVUZ, s. 3162.

³⁰ HAMAMCIĞLU/KARAMANLIOĞLU, s. 1313, DOMANIÇ, s.372, Muzaffer LEKESİZ, Konsorsiyum Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 52, Soysal ÖZENLİ, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 21, Nihat RENDA/Galip ONURSAN, Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları ile Borçlar Hukuku Cilt 1, Ankara 1972, s. 725, RUHİ, s. 202, Kadir KAPANCI, s. 493, Herman BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1993 s. 1167.

³¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.44, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.10; ÇEVİK, s. 80, Şener, Adi Ortaklık, s.21, LEKESİZ, s. 52, ÖZENLİ, s.22, RENDA/ONURSAN, Cilt 1, s. 725, RUHİ, s. 202.

mahkemesinin işin esasına girmesi, taraf delillerinin toplanması, Borçlar Kanunun adi ortaklığa ilişkin maddelerine göre davanın çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³² Adi ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli olmayıp, adi ortaklık sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir.”³³

Adi Ortaklık sözleşmesi için geçerlilik şartı öngörülmemiş olup, Borçlar Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca tarafların iradi şekil kararlaştırmaları söz konusudur. Borçlar Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca *“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır.”* Bu bağlamda adi ortaklık sözleşmesi iradi şekle bağlı bir sözleşme olması nedeni ile tarafların sözleşme serbestisi kapsamında yazılı şekil öngörmeleri mümkün olup, bu şekilde bir yazılı şekil kararlaştırılmış ise yazılı şekilde yapılmayan adi ortaklık sözleşmesi tarafları bağlamayacaktır. Adi ortaklık sözleşmesinde kural şekil serbestisi olmakla birlikte, Borçlar Kanunu madde 17 gereği, ortakların ortaklık sözleşmesini belirli bir şekle ya da yazılı şarta bağlı kılmaları durumunda kararlaştırılan şekil şartı sıhhat şartı olup, akit kararlaştırılan şekilde yapılmadıkça taraflar bununla bağlı tutulamazlar. Ortakların sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını öngörmeleri halinde, kararlaştırdıkları bu şekil ortaklık sözleşmesinin geçerlilik şartı durumundadır ve sözleşmenin geçerli olabilmesi için belirlenen şekilde yapılması zorunludur.

Kural şekil serbestisi olmakla birlikte, şekil serbestisinin sınırını şekle bağlı bir işlemin adi ortaklık sözleşmesinde yer alması oluşturur. TMK’nın 706 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 26. maddelerinde arandığı üzere, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olduğu için, kural olarak adi ortaklık sözleşmesi şekle bağlı olmamasına rağmen, ortaklığa sermaye olarak konulan unsurun devri gayrimenkul gibi kanunda özel bir şekle bağlı kılınmış ise bu sermayenin

³² <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2010-17703-k-2011-6947-t-02-05-2011> Erişim tarihi: 19.11.2021.

³³ RUHİ, s. 214.

ortaklığa kanunda belirtilen şekle uygun devri zorunludur. Bu husus ortaklığın kurulması için değil, sermaye borcunun ifa edilebilmesi yani sermaye borcunun geçerli şekilde doğumu için gereklidir.³⁴ Aynı şekilde adi ortaklığa sermaye olarak motorlu taşıtın dahil edilmek istenmesinde bu konuya ilişkin sözleşmede yer alan maddenin, 2918 sayılı Kanunun 20. maddesi doğrultusunda noter huzurunda düzenlenmesi, benzer şekilde ortaklığa bir hakkın sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda da, sermaye olarak taahhüt edilen bu hakkın devri için ne şekilde bir devir aranıyor ise, sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinin de aranan şekilde tanzimi gerekmektedir.³⁵ Bu durumlarda ortaklık sözleşmesinin tamamının değil, sözleşmenin ilgili maddelerinin resmi şekilde yapılması yeterlidir.³⁶ Bu bağlamda adi ortaklık şekle bağlı kılınan işlemleri yerine getirebilme gayesi ile örneğin resmi şekle bağlı kılınan gayrimenkul alım satımı hususunda kurulmuş olsa dahi, adi ortaklık sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunlu olmayıp, ortaklığa getirilmesi taahhüt edilen gayrimenkulün devrinin ve ortaklık adına gerçekleşen gayrimenkul alım satımlarının resmi şekilde yapılması yeterlidir.³⁷

Adi ortaklık sözleşmesi kurucu unsur olan tarafların karşılıklı irade açıklamalarının birbiri ile uyuşması ile kurulur.³⁸ Sözleşme yazılı veya sözlü şekilde kurulabileceği gibi sarıh ya da zımni irade beyanı ile de kurulabilir.³⁹ Sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra izin, tescil vb. bir işleme gerek kalmaksızın ortaklık kurulmuş olur. Kurulan ortaklığın işletme konusu, taşınmaz ticareti

³⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU s. 44, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 6.3.1979, 893/1048, 18.02.1980, 6916/974, 14.11.1983, 6030/7935 sayılı kararlarında, ortaklığa sermaye olarak taşınmaz konulması durumunda sözleşmenin resmi olarak yapılması zorunlu koşul olarak aranmıştır. Buna karşılık aynı daire 9.12.1983 tarih ve 6750/8750 sayılı kararında adi ortaklık sözleşmesinin kısmen de taraflar arasında uygulanması sözleşme resmi şekilde yapılamamış dahi olsa sözleşme geçerli saymıştır. ÖZENLİ, s. 22, RUHİ, s. 202, KAPANCI, s. 493.

³⁵ AKINCI, Elif, Taşınmazların Sermaye Olarak Getirilmesinin Adi Şirket Sözleşmesinin Şekline Etkisi, HAMAMCIOĞLU/KARAMANLIOĞLU, s. 1319.

³⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s.25, Nihat YAVUZ, s. 3163, RENDA/ONURSAN, Cilt 1 s. 725, HAMAMCIOĞLU/KARAMANLIOĞLU, s.1319.

³⁷ HAMAMCIOĞLU/KARAMANLIOĞLU, s.1314.

³⁸ AŞKAN, S.21.

³⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 44; ÇEKER, s.226.

yapmak gibi kanunen şekle bağlı işlemleri yapmak olsa bile, ortaklık sözleşmesi şekle bağlı değildir.⁴⁰

1.3.3 Katılım Payı (Sermaye) Unsuru

Türk Borçlar Kanunu'nun 620 ve 621. maddelerine göre her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı getirmekle yükümlüdür. Borçlar Kanunu'nun 621. maddesine göre, adi ortaklık sözleşmesinde taraflar, müşterek amaca ulaşmak gayesi ile emeklerini veya mallarını katılım payı olarak adi ortaklığa dahil etmeyi borçlanmaktadırlar.⁴¹ Katılım payı getirme, her bir ortağın diğer ortağa olan borcudur ve her ortak katılım payı getirme borcu altındadır.⁴²

Katılım payı getirme borcunun yerine getirilmemesi sözleşmenin kurulmasına engel olmamakla birlikte, adi ortaklık sözleşmesine aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 28.10.2009 tarih ve 6001/12369 sayılı kararında adi ortaklığın ne şekilde sona ereceğine ilişkin detaylı açıklama yapılmıştır.⁴³ Buna göre sona ermenin Borçlar Kanununun 535. Maddesinde, tasfiyenin hangi usule göre yapılacağı da 538 ve devamı maddelerinde olduğu belirtilmiştir. Kanunun 538. maddesine göre tasfiye, bütün hesapların görülüp ortaklığın aktif ve pasif bütün mal varlığının belirlenip ortakların birbirleri ile alacak-verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Ortaklar tarafından oluşturulan ortaklık sözleşmesinde hüküm konulursa o halde tasfiyenin sözleşmede yer alan hükümlere göre yapılması gerekmektedir. Sözleşmeye tasfiye hakkında bir hüküm konulmamış ise tasfiyenin kanunun 539. Maddesine göre belirlenen sıra ile yapılması gereklidir.

⁴⁰ BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, s. 29.

⁴¹ ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.27, DOMANIÇ, s. 371, RUHİ, s. 201, GÜNDAY, s. 1622, KAPANCI, s. 495.

⁴² BAHTİYAR, s.33, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.49, ÇEVİK, s.84, BARLAS, s. 44, AŞKAN, s.23, ÖZENLİ, s. 57, ALVER, s. 5.

⁴³ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6001-k-2009-12369-t-28-10-2009> Erişim tarihi: 13.02.2022

Dava konusu olayda sözleşmede tasfiye ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığı için tasfiye işleminin Borçlar Kanununun 539. ve devamı maddelerine göre yapılması zorunlu olup, bunun için öncelikle mahkeme tarafından yönetici olan ortaktan, ortaklığın kurulduğu tarihten başlamak kaydıyla ortaklığın tüm resmi muhasebe evraklarının ibrazının istenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu belgeler dosyaya ibraz edildikten sonra ortakların tasfiye ve hesaplar üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktaların tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kısım tamamlandıktan sonra tarafların anlaşamadıkları kısımlarda delil ve karşı delillerin irdelenmesi istenmiştir. Delillerin incelenmesi sonucunda yönetici ortak hesap listesi vermezse bu durumda hesap vermekten kaçındığı kabul edilecektir. Bu durum sonucunda mahkemenin mevcut delillere göre hüküm kurması gerekmektedir. Adi ortaklıkta ortaklardan biri sermaye koyma borcunu yerine getirmez ve aynı şekilde harcamalara katılması gerekirken katılmaz ise bu davranış sabit olsa bile bu hususlar, ortaklığın tasfiyesine engel olmayacaktır. Bu davranışın sonucu tasfiye sırasında gözetilmesi gereken bir durum olarak değerlendirilecektir. “Adi ortaklıkta ortaklardan birinin sermaye koyma borcunu yerine getirmediği, yine harcamalara katılması gerekirken katılmadığı sabit olsa dahi bu hususlar, ortaklığın tasfiyesine engel değil, ancak tasfiye sırasında gözetilmesi gereken durumlar olarak değerlendirilmelidir.”⁴⁴ Dolayısı ile sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi adi ortaklığın kurulmasına ve kurulan ortaklığın tasfiyesine engel değildir.

Katılım payı kavramı, sermayeden ve ortaklık malvarlığından farklı bir kavramdır.⁴⁵ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “sermaye” olarak belirtilen koşul 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “katılım payı” olarak düzenlenmiş ve sermaye ile katılım payı ayrıştırılmıştır.⁴⁶ Katılım payı, adi ortaklık ile hedeflenen ortak amaca ulaşılabilmesi için bir ortağın üstlenmesi gereken katkıdır.⁴⁷ Katılım payı, her bir ortağın, müşterek amacın gerçekleştirilebilmesi için ortaklığa

⁴⁴ RUHİ, s. 229.

⁴⁵ BAHTİYAR, s. 40.

⁴⁶ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 15, KARAHAN s.33.

⁴⁷ Aynur YONGALIK, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 28.

getirmeyi taahhüt ettiği emek veya mal iken, sermaye ise ortaklık biçimlerindeki katılım paylarının tümüne verilen addır.

Bu noktada önem arz eden nokta ortakların taahhütte bulunmasıdır.⁴⁸ Ortaklar bu taahhütlerini sözleşmenin kurulduğu anda veya sözleşmede hüküm bulunması koşulu ile sözleşmenin devamı boyunca yerine getirebilirler. Ortakların katılım payı koyma borcu emredici bir düzenleme olup, ortaklar hem alacaklarını hem emeklerini hem de mallarını katılım payı olarak koyabilirler.⁴⁹ Ortaklar tarafından getirilen bu katılım payları, kural olarak adi ortaklığın elbirliği mülkiyet şeklinde sermayesini oluşturmaktadır.⁵⁰ Bu taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda Borçlar Kanunu'nun 639/son maddesi gereğince haklı sebeple ortakların herbirisi “actio pro socio” (ortaklık davası) açabilirler.⁵¹

Ortaklığın sona erme sebeplerinin düzenlendiği TBK'nın 639. maddesinin son fıkrasına göre, “ *haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla ortaklık sona erdirilebilir.*” İşte ortakların taahhüt ettikleri katılım payı borcunu yerine getirmemeleri adi ortaklığın mahkeme kararı ile sona ermesi sebeplerindendir ve bu davaya ortaklık davası (actio pro socio) adi verilmektedir. Bu dava ile ortaklığın sona ermesi istenebileceği gibi ortaklığın sona ermesi istenmeden, taahhüdün yerine getirilmesi de talep edilebilir. Ayrıca bu gecikmeden dolayı bir zarar oluşması durumunda, ortakların zararlarının giderilmesini de talep hakları mevcuttur.

⁴⁸ KAPANCI, s. 495.

⁴⁹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.32.

⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/12-763 Esas ve 2019/344 sayılı kararına göre, katılım payı unsuruna ilişkin düzenlemenin yer aldığı TBK'nın 621.maddesinin 1. Fıkrasına göre her ortak, para, alacak veya başka bir mal veya emek olarak, ortaklığa katılım payı koymakla yükümlü olup, anılan Kanunun 638. maddesinin 1. fıkrasına göre de ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur.

⁵¹ KARAHAN, s.52, BAHTİYAR, s.33, GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 17, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 62, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 49, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 37

İlk derece mahkemesinde görülen davada adi ortaklıkta fesih ve tasfiye istenilmeden önce ortağın aynı veya nakdi olarak ödemiş olduğu sermaye payını diğer ortaklardan talep edemeyeceği, davacıya göre adi ortaklığın zarar etmekte olduğu, ancak edilen zarara rağmen devam eden bir adi ortaklığın bulunduğu ve davacının dava konusu talebinde fesih ve tasfiye talebi bulunmadığı için dava dilekçesine fesih ve tasfiye talebinin kendiliğinden eklenmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın red edilmesine karar vermiştir. Davacı tarafından ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edilmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2015/11820 Esas 2016/8161 Karar 25.5.2016 tarihli dosyasında uyuşmazlık konusunu incelemiştir.⁵²

Yargıtay kararında adi ortaklıkta kural olarak; ortaklardan birinin sermaye payı taahhüdünden doğan borcunu ifa etmemesi halinde, diğer tüm ortakların veya onların adına ortaklık yönetiminin ya da ortaklardan birisi de açabileceği bir dava ile temerrüdü gerçekleştiren ortağın borcunun ifasının talep edilebileceği belirtilmiştir. Bir ortağın sermaye koyma borcuna uymayan bir ortağa karşı ifa talepli bir dava açması için ön şart olarak kendisinin yerine getirmesi gerekli olan sermaye borcunu ifa etmiş olması ya da ifasını teklif etmiş olması gereklidir. Davacının açtığı davada talep konusu ortak ifanın kendisine yapılması değildir. Davacının açacağı davada davalının ifasının ortaklığa yapılması talebiyle dava açılmaktadır, zira sermaye payı davayı ikame eden ortağa değil ortaklığa aittir.

Türk Borçlar Kanununun 627.maddesinde yer alan ifadeye göre; ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı harcamalardan veya üstlendiği borçlar nedeniyle diğer ortaklar, o ortağa karşı sorumlu olurlar. Harcamaları veya borçları üstlenen ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğramış olduğu zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlike sonucu doğmuş olan zararlarını, diğer ortaklar karşılamak zorundadırlar.

⁵² <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2015-11820-k-2016-8161-t-25-5-2016> Erişim tarihi: 10.03.2022.

Kanunun 627.maddesinde yer alan gider tanımı şu şekilde açıklanabilecektir. Ortakların ortaklık işlemlerini ve dolaylı olarak ortaklığın amacını gerçekleştirmek için yaptıkları veya kendi idare çalışmalarının mecburi neticesi olarak ortaya çıkan ve gerçekleşen harcamaları kapsamaktadır. Bu giderler aşağıda sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte şu şekildedir: Adi ortaklığa ait olan işletmenin kirası, ortaklık işlerinin yürütülmesini sağlamak için yapılan yol ve seyahat masrafları, ortaklığın sahip olduğu araçların tamir ve servis giderleri, ortaklığa satın alınmış olan malların bedelleri gibi çeşitli giderler sayılmaktadır. Ortakların yapmış oldukları giderler ve bu nedenle gerçekleşen zararları öncelikle var olması halinde ortaklık malvarlığından tahsil edeceklerdir. Ortaklığın sahip olduğu malvarlığı toplamı gider ve zararların karşılanması için yetersiz kalırsa veya ortaklığın herhangi bir malvarlığının bulunmaması halinde ortaklar bu gider ve zararları talep etmek için diğer ortaklara yönelebilecektir. Bu işlemin başlatılabilmesi için ortaklığın fesih ve tasfiyesi işleminin gerçekleşmesi zorunlu değildir. Ortak yetkili olduğu konuda ortaklığın menfaati için gerekli olan masrafları karşılamıştır. Gider ve zararları karşılayan ortak esasen ortaklığa ait olan bir yükümlülüğü karşılamak zorunda kalmıştır. Ortaklık menfaati için bu şekilde bir eylemde bulunan ortağın bu davranışı ile kanunun 627. maddesinden kaynaklanan taleplerinin ortaklığın sona ermesine ve tasfiyesine kadar beklemenin zorunlu olduğunu kabul edilmesi o ortağın aleyhine hüküm ve sonuçlar doğurmamalıdır.⁵³

Tüm bu bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında; davacının dava dilekçesi ile davalının üzerine düşen sermaye katkısında bulunmadığı, ortaklığa alınması gereken mallar ile yapılması gereken masraflara da katkı sağlamadığı iddiası ile alacak talebinde bulunduğunu, bu talebin TBK'nın 627.maddesine dayandığı ve fesih ve tasfiye istenmeden de böyle bir talepte bulunabileceği anlaşılmaktadır.

⁵³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 37.

Yargıtay kararında özet olarak açılan davanın adi ortaklığın fesih ve tasfiyesine yönelik bir dava olmayıp ortaklar arası alacak davası olduğu dikkate alınarak, bu konuyla ilgili olan uzman bilirkişi tarafından rapor almak suretiyle davacının alacağının bulunduğu tespit edilmesi halinde alacağının tahsiline karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴

Katılım payı unsurunun taahhüt sorumluluğu yüklemesi nedeni ile taahhüdünü yerine getirmeyen ortağın bu taahhüdü nedeni ile diğer ortak, üçüncü bir kişiye karşı, taahhüdü yerine getirmek zorunda kalır ise, müteselsil sorumluluğun bir sonucu olarak üçüncü kişiye karşı bu ifayı üstlenen ortak, taahhüdünü yerine getirmeyen ortağa karşı rücu hakkına sahip olacaktır.⁵⁵

Katılım payı getirme borcunun ifa edilmemesi durumunda, Borçlar Kanunu 621/III'e göre; bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır. Sözleşmede açıklık yoksa, malın mülkiyetinin getirildiğinin kabul edilmesi uygun olacaktır.⁵⁶

Kanunen adi ortaklığın asgari bir sermayesi olmayıp, adi ortaklıkta sermaye olarak konulabilecek değerler emek veya maldır.⁵⁷ Her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 620. maddesindeki ifade "emeklerini ve mallarını" şeklinde ise de burada "ve" bağlacı "ve/veya" anlamındadır. Zira Borçlar Kanunu'nun 623. maddesindeki "bir ortağın zarara katılmaksızın, yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerli olabilir" hükmünden hareketle de ortakların sadece emek veya mallarını sermaye olarak koyabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu nedenle ortaklar

⁵⁴ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2015-11820-k-2016-8161-t-25-5-2016> Erişim tarihi: 10.03.2022.

⁵⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 225.

⁵⁶ BARLAS, s.51

⁵⁷ BARLAS, s.51, DOMANIÇ, s. 372, ÖZENLİ, s. 58, ALVER, s. 5.

emek ve mallarını aynı anda sermaye olarak eklemek zorunda olmayıp, sadece birisini koyabilecekleri gibi her ikisini de sermaye olarak koymaları mümkündür. Aynı şekilde madde gerekçesinde de “ve” bağlacının “ve/veya” anlamında kullanıldığı belirtilmiştir.

Adi ortaklığa katılma payı olarak getirilebilecek değerler para, alacak, mal şeklinde örnek niteliğinde sayılmış olup, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak koşulu ile adi ortaklığın müşterek amacına ve sözleşmesine uygun olduğu nispette her türlü değer sermaye olarak adi ortaklığa konulması mümkündür. Bu nedenle sermayenin niteliği noktasında adi ortaklıkta herhangi bir sınırlama söz konusu olmayıp, iktisadi değeri olan ve olmayan her şey (emek) adi ortaklıkta sermaye olabilir.⁵⁸

Türk Ticaret Kanunu’nun 127. maddesinde örnekleme yöntemi ile kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, taşınır ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sadece ticari ortaklıklara değil, adi ortaklığa da uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹

Adi ortaklıkta sermayenin alt ve üst sınırı bulunmamakla birlikte, Borçlar Kanunu’nun 621. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır. Dolayısı ile ortaklığa dahil olan taraflar ortaklık sözleşmesi ile her ortağın ne miktarda katılım payı getireceğini

⁵⁸ ÇEKER, s.225, BARLAS, 51, ÖZENLİ, s.58.

⁵⁹ ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.29, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 32.

düzenleyebilecekleri gibi, bu konuda bir düzenleme yapılmamış ise katılım payları sözleşmenin gerektirdiği önem ve nitelikte birbirine eşit olacaktır.⁶⁰

1.3.4 Müşterek Amaç Unsuru

Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesine göre; adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını “ortak bir amaca” erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme olup, adi ortaklık sözleşmesine dahil olan tarafların müşterek bir amaç etrafında toplanmaları sözleşmenin kurucu ve zorunlu unsurudur.

Adi ortaklık kurulabilmesi için en az iki gerçek veya tüzel kişinin müşterek bir amaca erişmek gayesi ile emek ve mallarını birleştirmeleri gerekmektedir⁶¹. Müşterek amaç olarak adlandırılabilir bu unsur nedeniyle adi ortaklık sözleşmesi bir amaç birlikteliğidir. Burada söz konusu olan amaç, kazanç paylaşma amacı taşıyan iktisadi ve ekonomik nitelikte bir amaçtır ve bu nedenle iktisadi amaç taşımayan amaçla adi ortaklık teşkili mümkün değildir.⁶² Adi ortaklık sözleşmesinde zorunlu olan unsur kabul edilen müşterek amaç, ortakların iktisadi olarak ulaşmayı planladıkları hedeftir. Ortaklar bu iktisadi amaç doğrultusunda bir araya gelerek ekonomik nitelikte bir hedefe ulaşmaya çalışmaktadır.

Adi ortaklık için esaslı unsurlardan olan müşterek amaç, ortakların birlikte işbirliği içinde gerçekleştirmeyi hedefledikleri, objektif, ortaklar üstü ve ortaklığın hedefi olan amaçtır.⁶³ Bu bağlamda müşterek amaç ile ortakların kişisel saikleri ve ortaklığa dahil olma niyetleri farklı kavramlardır. Her bir ortak birbirinden farklı saiklerle ortaklığa dahil olmuş olabilir ancak bu ortakların adi ortaklık genelinde

⁶⁰ BARLAS, 51, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.29

⁶¹ ÇEVİK, s. 81, KARAHAN, s.35, KAPANCI, s. 494.

⁶² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 7, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 24, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 30, DOMANIÇ, s. 375.

⁶³ KAPANCI, s. 494.

birlikte gerçekleştirmeyi hedefledikleri bir müşterek amaca sahip olmaları zorunludur.

Adi ortaklıkta müşterek amaç kazanç paylaşma amacı taşıyan iktisadi bir hedef olmakla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 623. maddesi uyarınca, bir ortağın zarara katılmaksızın, yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerli olabilir. Dolayısıyla müşterek amacın iktisadi olması ve amacın sözleşme ilişkisi süresince devam etmesi koşulu ile sadece emeğini katılma payı olarak getiren ortak açısından zarara katılmama anlaşması mümkün ve geçerlidir. Bu hükümden hareketle, müşterek amacın hem kar hem de zararı içermesi nedeni ile ortaklardan herhangi birisi yönünden zarara katılma, kazanca katılmama şeklinde sözleşmede hüküm bulunamayacağı ileri sürülmüş⁶⁴ ise de; müşterek amacın bir olması koşulu ve taraflar arasında bu hususun sözleşme ile kararlaştırılması koşulu ile bir ortağın kazanca katılmayıp, sadece zarara katılanması şeklinde de bir “aslan payı” ortaklığı kurulmasının mümkün olduğu da ileri sürülmüştür.⁶⁵

Bir ortağın aslan payına sahip olduğu ortaklık (societas leonina) kaynağını Roma hukukundan almakta olup, Roma hukukunda bir ortağın sadece kazançtan pay alıp, zarara hiçbir surette katılmaması uzun süre tartışılmış ve sonunda ortaklığın amacına aykırı düştüğü için benimsenmemiştir.⁶⁶ İsviçre Hukukunda da yalnız sermaye ile ortaklığa katılan bir ortağın, kazanca katılacağı, fakat zarara katılmayacağına ilişkin sözleşmelerin batıl olduğu kabul edilmektedir.⁶⁷

Kanaatimizce Borçlar Kanunu'nun 623. maddesinin özel düzenleme içermesi nedeni ile emeğini katılım payı olarak koyan ortak açısından harcanan unsur emektir. Dolayısı ile nakdi olmasa bile zaman ve beden olarak bir değerini ortaklığa sermaye olarak dahil etmiş ve emeğini harcamıştır. Bu nedenle ortaklık zarar etmiş ise onun zarara ayrıca nakdi olarak katılmaması müşterek amaç

⁶⁴ BARLAS, s.29, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 33.

⁶⁵ KARAHAN, s.37, ÖZENLİ, s. 65.

⁶⁶ BECKER, s. 1181, GÖNENÇ, s. 64, AKINCI, s. 175.

⁶⁷ BECKER, s. 1181.

unsuruna aykırı değildir. Ancak aslan payı olarak tarif edilen kara katlanmama, sadece zarara katlanma şeklinde bir ortaklıkta, kazanç elde etme gayesi yönünden müşterek amaç unsuru eksik kalacağı için adi ortaklık da gündeme gelmeyecektir. Bu nedenle emeğini sermaye olarak koyan ortak açısından zarara katılmama şeklinde bir adi ortaklık mümkün olmasına karşın, kara hiç katılmama ve sadece zarara katlanma şeklinde aslan payı ortaklığı şeklinde bir ortaklık ilişkisinin adi ortaklık olarak kabulü mümkün değildir.

Müşterek amaç etrafında toplanma, adi ortaklık sözleşmesinin kurucu unsuru olup, adi ortaklığın amacı kazanç sağlamadır.⁶⁸ Adi ortaklığın özellikle sonuca ve dolayısı ile kazanca katılmalı hukuksal ilişkilerden farkını ortaya koyan en önemli nokta da müşterek amaç unsurudur.⁶⁹ Adi ortaklıkta müşterek amaç iktisadi nitelikte olup bu iktisadi amacın hedefi kazanç paylaşmadır.⁷⁰ Aynı şekilde iktisadi amaç olmaksızın birliktelik kurulmak istenmesi durumunda ise gündeme gelecek olan müessese dernektir.⁷¹ Tüzel kişilik kurulmadan ideal müşterek amaç için sözleşme yapılan her durum adi ortaklık teşkil etmeyecektir. Zira kazanç sağlama unsuru olmayan müşterek amaç birlikleri adi ortaklık teşekkülü için yeterli değildir. Dolayısı ile belirli sayıdaki kişinin, belirli bir süre yardımı muhtaç kişilere yardım sağlamak amacı ile birlikte hareket etmeyi taahhüt etmeleri adi ortaklık değildir. Miras ortaklığı gibi, müşterek amaç olmaksızın, elbirliği mülkiyet ile bir mala sahip olunması durumunda da adi ortaklık söz konusu olmayacaktır.⁷²

⁶⁸ BARLAS, s. 26, ÇEKER, s.225.

⁶⁹ BARLAS, s.26, KARAHAN, s.34, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 102.

⁷⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s.103.

⁷¹ 5253 sayılı Dernekler kanununda derneğin tanımı yapılmıştır. Kanunun ikinci maddesinin birinci fıkrasında yer alan tanıma göre dernek kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade etmektedir.

⁷² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'unun 640. maddesinde miras ortaklığı hakkında düzenleme yapılmıştır. İlgili maddede; "Birden çok mirasçı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına

Müşterek amaç ortaklık sözleşmesinin kuruluşu sırasında belirlenir ve bu ortaklığın devamı boyunca aynı şekilde devam etmelidir. Amaç, bütün ortaklar için müşterek ve istisnasız aynı olmak zorundadır. Amaç sadece bazı ortaklar için müşterek ve amaçlar değişik ise adi ortaklıktan söz edilebilmesi mümkün değildir.⁷³ Dolayısı ile ortaklar, ortaklık ilişkisinin devamı boyunca kuruluşta belirlenen müşterek amaca bağlı olmalı ve bu amaç doğrultusunda hareket ederek amaca bağlı kalmalıdır.

Ortaklık sözleşmesi kurulduğu sırada her ortağın iktisadi nitelikte aynı amacı gütmesi zorunlu olup, bu unsur adi ortaklığı iş görme sözleşmelerinden de ayırmaktadır. Bu nedenle birden çok kişi aynı amacı birbirinden bağımsız olarak, aralarında sözleşme ilişkisi olmaksızın, gerçekleştirmeye çalışıyor ise adi ortaklıktan söz edilemeyecektir.⁷⁴ Kuruluş aşamasında adi ortaklığı oluşturan tarafların her birinin kişisel olarak farklı beklentide olması mümkündür, önemli olan bütün ortaklar için takip edilerek hayata geçirilecek müşterek bir amacın varlığıdır.⁷⁵ Ortaklık sözleşmesini oluşturan tarafların her birinin ortaklığın amacını bilmesi ve bu amacı gerçekleştirme gayesi ile kendi kişisel hedefini gerçekleştirmede bu amacı araç olarak kabul ederek bu amaçtan sapmaması gerekir.⁷⁶ Bu noktada önem arz eden nokta ortaklarda var olan bu beklentinin ortak amaca hizmet edip etmediğidir.

Adi ortaklık sözleşmesi için temel koşul olan müşterek amaç ile adi ortaklığın müşterek amaca ulaşması için gerçekleştirdiği faaliyetin konusu ise farklı kavramlardır. Müşterek amaç, kuruluş sırasında ortaklar arasında belirlenen ve ekonomik gaye taşıyan hedef iken, ortaklığın konusu, bu hedefe ulaşmak için girişilen faaliyettir. Bu bağlamda, müşterek amaç, kuruluşta sabit şekilde

paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir. Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçıların hepsi yararlanır. Bir mirasçı ödemeden aciz halinde ise, mirasın açılması üzerine diğer mirasçılar, haklarının korunması için gerekli önlemlerin gecikmeksizin alınmasını sulh mahkemesinden isteyebilirler.”

⁷³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 46, BARLAS, s.28, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 101.

⁷⁴ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 30, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 46, AŞKAN, s.22, GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.18, KARAHAN. S.35, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 102.

⁷⁵ KARAHAN, s.35, BARLAS. S.24.

⁷⁶ BARLAS, s.27.

belirlenir iken, ortaklık sözleşmesinin konusu, müşterek amacın gerçekleşmesine hizmet eden herhangi bir şey olabilir.⁷⁷

Adi ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulamayacağı ileri sürülmüş ise de⁷⁸ doktrinde hakim görüş adi ortaklığın ticari işletme işletmek amacı ile kurulabileceği yönündedir.⁷⁹ Kanaatimizce müşterek amaç doğrultusunda iktisadi bir kazanç elde etmek amacı ile adi ortaklığın ticari işletme işletmesi mümkündür. Ancak bu durumda adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen ortaklar tacir sıfatına sahip olabilecektir. Dolayısı ile üç arkadaşın bir otel işletmek için adi ortaklık sözleşmesine dahil olmaları durumunda, aralarındaki adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen, işletmekte oldukları otel nedeniyle ortaklar tacir sıfatına sahip olacaktır.

Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi ise Borçlar Kanunu'nun 639/1. maddesine göre ortaklığın kendiliğinden sona erme sebeplerindendir. Bu nedenle adi ortaklık sözleşmesi devam ettiği sürece mevcut olması gereken amacın gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi durumda ortaklık sona erecektir.

1.3.5 Müşterek Amacın Gerçekleşmesi İçin Birlikte Hareket Unsuru (Affectio Societatis)

Adi ortaklıkta ortakların müşterek amaç doğrultusunda bir araya gelmelerinin yanında, ortaklık amacının gerçekleşmesi için ortaklık faaliyetine eşit şekilde katılarak, işbirliği yapma ve birlikte çaba gösterme iradelerine sahip olarak, bu istek ve iradelerini ortaklığın devamı boyunca sürdürmeleri gerekmektedir. Adi ortaklık için zorunlu olan bu müşterek amaç için birlikte hareket iradesi latince “affectio societatis” olarak adlandırılmaktadır. Bu sürekli ve zorunlu ilkenin bir gereği olarak ortaklar, ortaklığın amacı doğrultusunda eşit

⁷⁷ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.19, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 104.

⁷⁸ Yaşar KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, Ankara, 1973, s.132.

⁷⁹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.19, KARAHAN, s.38, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 47, BARLAS, s.36.

temelde birleşerek, ortaklığın devamı boyunca, ortaklığın amacı doğrultusunda birlikte çalışma yükümü altına girmektedirler.⁸⁰

Adi ortaklık sözleşmesinde emeklerin veya malların ortak bir amaca erişmek üzere birleştirilmesinin üstlenmesi söz konusu olup, ortak amacın gerçekleşmesine yönelik, taraflar birlikte hareket iradesine sahip olmalı ve adi ortaklığa dahil olan taraflar ortaklık sözleşmesindeki amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermelidir.

Yargıtay'ın istikrarlı kararlarında “affectio societatis” kavramı şirket ilişkisinde, ortak amacın gerçekleştirilmesi için ortakların ortaklığa etkin katılım borcu ve bu borcun sürekli olarak fiilen icra edilmesi olarak açıklanmıştır.⁸¹ Bu ölçüde Yargıtay, ortakların müşterek bir ekonomik amaca ulaşmaları için bir araya gelme hareketini yeterli görmemektedir. Tarafların ayrıca ortak amaç için birlikte takip sağlaması ve ortak amacın gerçekleşmesi için gerekli tüm faaliyetleri yapmaları, ortakların bu faaliyetlere aktif olarak katılması da ortakların borcu olarak aranmaktadır. Yargıtay tarafından bu kavramın mevcudiyeti adi ortaklık ilişkisinin doğumu için bir şart olarak aranmaktadır. Bu borcun varlığı nedeniyle, her bir ortak amacın gerçekleştirilmesi için yararlı olmalı ve amacın gerçekleştirilmesi için gerekli tüm faaliyetlere etkin bir şekilde katılmalıdır.

Tarafların ortak amaca ulaşmak için çaba ve özen gösterme zorunluluğu olmadığı takdirde ortaklar arası ilişki adi ortaklık niteliğini taşımayacaktır. Yargıtay kararlarına göre adi şirket ilişkisinin bu ögesi, Borçlar Kanununun 620. Maddesinde açıklanan adi şirketin tanımı içerisinde yer bulmuştur. Madde de “müşterek bir gayeye erişmek için birleşme” içinde olarak tanım yapıldığı vurgulanmıştır. Unsurun, iki özelliği bulunmaktadır. İlk olarak bu unsur sayesinde

⁸⁰ ÇEKER, s.226, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 36, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.25, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s.9, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 116, BARLAS, s.32, GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.20, AŞKAN, s.24, DOMANIÇ, s. 376, RUHİ, s. 201, KAPANCI, s. 494, GÖKTÜRK KÜRŞAT, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, sayı 2, Temmuz 2021, s. 217.

⁸¹Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı E. 2017/983 K. 2019/543 T. 9.5.2019 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-983-k-2019-543-t-9-5-2019>, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2018-2115-k-2018-10683-t-30-10-2018>, Yargıtay 3. HD., E. 2020/10652 K. 2021/9529 T. 5.10.2021, 3. HD., E. 2020/9671 K. 2021/1499 T. 16.2.2021 Erişim Tarihi: 10.02.2022.

adi şirket ilişkisi diğer ilişkilerden ayırt edilebilmektedir. Diğer taraftan bu unsur nedeniyle kanun içerisinde yer alan rekabet yasağı ve denetim hakkı gibi kavramlarının temelini teşkil etmektedir.⁸²

Özet olarak Yargıtay istikrarlı kararlarında adi şirket içerisinde yer alan ortakların, şirketin hedefi olan amacı gerçekleştirmesi için bu uğurda gerekli faaliyetlere katılmalarını ve bu faaliyetlere ek olarak diğer ortaklarla işbirliği yaparak birlikte çaba sarf etmelerini, adi ortaklığın varlığının kabul edilebilmesi için zaruri görmektedir. Aynı şekilde bu zorunluluğun hukuki açıklamasını da yapmaktadır. Her ortağın adi ortaklığın amacının gerçekleştirilmesi için katkıda bulunması mecburiyetinin ortakların her biri için asli edim yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Adi ortaklıkta yönetim ve denetleme faaliyetleri ortakların birlikte çaba unsuru ile sıkı bir bağ içerisindeydir. Bu bağ, adi şirket sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi için bir kriter olarak dikkate alınmaktadır.⁸³

İşte bu zorunluluk adi ortaklığı miras şirketi gibi kanundan doğan birleşmelerden, hatır için birleşmelerden ve kazanca katılmalı hukuksal ilişkilerden ayıran noktadır.

Adi ortaklıklarda zorunlu olan müşterek amaç uğruna çaba unsuru adi ortaklıkta aranan sadakat borcu, rekabet yasağı ve denetim hakkının da dayanağını teşkil etmektedir.⁸⁴ Müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte hareket iradesi hem eylemli anlamda taraflara ortaklığın amacı doğrultusunda hareket etme, çalışma yükümlülüğü yüklerken diğer taraftan ortaklığın müşterek amacına aykırı davranışlardan kaçınma borcu da yüklediği için bu unsur Borçlar Kanunu'nun 626. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı ile 628. maddesinde düzenlenen özen borcunun ve 631. maddesinde düzenlenen denetim hakkının kaynağını teşkil etmektedir.

⁸² YAVUZ, ACAR, ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler Yetkin Yayınevi İstanbul 2021 s. 909 vd.

⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, E. 2012/798 K. 2013/568 T. 24.4.2013, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2012-798-k-2013-568-t-24-4-2013> Erişim tarihi 23.01.2022.

⁸⁴ KARAHAN, s. 39.

1.4 ADİ ORTAKLIĞIN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Adi ortaklık bir şahıs birlikteliği olup, tüzel kişiliği haiz değildir. Adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmamakla birlikte, tüzel bir kişiliğin hissedarlarının veya bir derneğin üyelerinin, bu tüzel kişinin faaliyetleri bakımından kendi aralarında unsurları oluşmak şartı ile bir adi ortaklık kurmaları mümkündür. Ortaklık kural olarak elbirliği ile mülkiyet esasına dayanır ve ortaklar açısından müteselsil sorumluluk söz konusudur.⁸⁵ Adi ortaklık sözleşmesi ile adi ortaklık düzenlemelerinin emredici hükümler içermeyen alanlarında, sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda iradelerin uyuşması ile değişiklikler yapılması mümkün olup, bu değişikliklerin hüküm ifade edebilmesi için ortaklık sözleşmesi veya oy birliği ile alınacak ortaklık kararı gereklidir. Ancak müteselsil sorumluluk gibi üçüncü kişilerin haklarını etkileyen durumlarda, değişikliğin işlem öncesinde üçüncü

⁸⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 46, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 154, BARLAS, s. 79, Warren, Edward H. Corporate Advantages Without Incorporation 1929, s.7.

kişiy e bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim yapılmadığı müddetçe iç ilişkide geçerli olan bu değışikliklerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir.

1.4.1 ŞAHİS BİRLİKTELİĞİ OLMASI

Adi ortaklık ilişkisini oluşturan taraflar adi ortaklık sözleşmesi ile müşterek bir amaç doğrultusunda bir araya geldikleri için taraflar bu ortaklıkta önceliklidir. Ortaklığa dahil olan taraflar bu sözleşme ile aralarında şahsi bir ilişki tesis etmektedirler.⁸⁶ Bu şahsi ilişkinin bir sonucu olarak, sadakat yükümlülüğünden hareketle, taraflar müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba içine girmekte ve kural olarak tarafların müteselsil sorumluluğu doğmaktadır.⁸⁷ Bu nedenle adi ortaklık ilişkisi öncelikle taraflara sadakat yükümü yükleyen, karşılıklı güvene ve iyi niyete dayanan bir kişi birlikteliğidir.

Adi ortaklığın bir kişi birlikteliği olması gereği Borçlar Kanunu'nun 632. maddesi uyarınca ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır. Yine bu durumun bir sonucu olarak 639. maddeye göre sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesi ortaklığın sona erme sebeplerindendir.

1.4.2 TÜZEL KİŞİLİĞİNİN OLMAMASI

Fransız hukukunda ve son yıllarda Alman hukukunda Yüksek mahkeme kararları ile adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı ancak hak ehliyetinin bulunduğu kabul edilmesine rağmen, İsviçre hukuku ve hukukumuzda adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile hak ehliyetinin de bulunmadığı kabul edilmektedir.⁸⁸

Adi ortaklığın en belirgin özelliklerinden birisi tüzel kişiliğinin olmamasıdır. Adi ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde bağımsız bir varlığı ve kişiliği bulunmamakta olup, adi ortaklık ilişkisinin tesisi ile ortaya tüzel kişiliği

⁸⁶ GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 29.

⁸⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 149.

⁸⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 154, BARLAS, s. 79, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 43, ÖZENLİ, s. 6.

olmayan ve bağımsız bir hak süjesi niteliği bulunmayan bir kişi birliği çıkmaktadır.⁸⁹

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile ortaklığa dahil olan tüzel kişiler var ise bu tüzel kişiler tüzel kişiliklerini korumaya devam ederler. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2013 tarih 16265/2409 sayılı kararında adi ortaklıkta tüzel kişilik bulunmadığı belirtilerek adi ortaklığı oluşturan şirketlerin tüzel kişiliklerini korumaya devam edecekleri belirtilmiştir. Bu durumun sonucu olarak adi ortaklığı oluşturan şirketlerin ortaklığı temsilen birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak; uyuşmazlık konusu dosyada bulunan iş ortaklığı sözleşmesinde davacı şirketle birlikte dava dışı şirketin adi ortaklık kurdukları, bu sözleşme uyarınca davacı şirketin pilot firma olarak seçildiği, sözleşmenin 4. maddesinde davacının ortaklığın nam ve hesabına tam yetkili olacağı kabul edilmiştir. Sözleşme gereği davacının ortaklık nam ve hesabına kendi adına asaleten diğer şirketi temsilen dava açmaya yetkili olduğu anlaşılmıştır. İlk derece mahkemesinin davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığı tespiti, iş ortaklığı sözleşmesinin 4. maddesi uyarınca yerinde olmadığından işin esasına girilmesi ve delillerin toplanarak tarafların iddia ve savunmaları incelendikten sonra ortaya çıkacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerektiği görüşüne varılmıştır.⁹⁰

“Adi ortaklıkta tüzel kişilik bulunmadığından adi ortaklığı oluşturan şirketler tüzel kişiliklerini korurlar. Bu durumda ortaklığı temsilen birlikte hareket etmelidirler.”⁹¹ Bu bağlamda tüzel kişiliğinin olmaması nedeni ile adi ortaklık hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve dava ehliyetini haiz değildir.⁹²

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeni ile dış ilişkide üçüncü kişilerle yapılacak işlemlerde ortaklığı ortaklar temsil ederler. Yapılan hukuki işlemlerde ortaklık taraf olmayıp, taraf adi ortaklığa dahil olan kişilerdir ve

⁸⁹ Ümit Yaşar DOĞANAY, Adi Şirket Akdi, İstanbul, 1968, s.31BARLAS, s. 80, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 155, BAHTİYAR, s.29, ÇEVİK, s. 85, ÇEKER, s. 223, AŞKAN, s. 43, KAPANCI, s.492.

⁹⁰ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2012-16265-k-2013-2409-t-07-02-2013> Erişim Tarihi: 19.12.2021.

⁹¹ RUHİ, s. 209.

⁹² GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 30, ŞENER, Adi Ortaklık, s.155, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 39, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.65, UYGUR, s. 2644.

ortaklık işlemlerinden doğan borçlar ortaklığın değil, ortakların borcudur.⁹³ Davalarda da taraf ehliyeti ortaklığa ait olmayıp, mecburi dava arkadaşılığı şeklinde ortaklardır. Dolayısı ile adi ortaklığa karşı açılacak davalarda tüm ortaklar taraf olarak davaya dahil edilmelidir.⁹⁴ Temsilci atanmış olması durumunda ise davanın temsilci ortağa yöneltilmiş olması gerekmektedir.⁹⁵

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile ortaklık olarak adi ortaklığın bir davada taraf olması mümkün değildir. Ayrıca yönetici ortağın aynı zamanda temsil karinesi ile temsilci de olması durumunda, bu yönetici ortağın temsil yetkisine dayanarak ortaklığa yönelik bir davada taraf olabilmesi de mümkün değildir.⁹⁶ Zira davada taraf olma statüsü olağan dışı işlerden olduğu için bu konuda ortakların oybirliği şarttır.

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19/11/1979 tarih ve 7184/12707 sayılı kararına göre de “Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için dava ve takip ehliyeti bulunmamaktadır.”⁹⁷ Bu itibarla adi ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların birlikte davacı veya davalı olmaları gerekir. Ancak, bütün şeriklere ait olan bu hak ve yükümlülük ve bu arada yönetim görevi bir veya birden fazla ortağa verilebileceği gibi, ortakların dışında bir kişiye de verilebilir. Yönetici ortağın, olağanüstü işlerden sayılan tasarruflarda bulunabilmesi, örneğin dava açabilmesi için, diğer ortakların kendisine özel bir yetki vermesi gerekir. Yönetici ortak, adi ortaklığın değil, bu ortaklığı oluşturan ortakların vekili yani temsilcisidir. Bu bakımdan yönetici ortak tarafından bizzat

⁹³ GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 31, BARLAS, s. 88, ÇEVİK, s. 102, ÖZENLİ, s.6.

⁹⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakameleri Kanunu 59. Maddesinde maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde mecburi dava arkadaşılığının bulunduğu belirtilmiştir.

⁹⁵ Girgin, Ömer Ali, Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Arabuluculuk Bakımından Sonuçları <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/56065/772358>, İstanbul 2020, s.575, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 40, ÇEVİK, s. 103.

⁹⁶ ÖZENLİ, s. 155.

⁹⁷ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hd-e-1979-7184-k-1979-12707-t-19-11-1979>
Erişim tarihi: 11.01.2021.

ya da temsil ettiği ortaklar adına tayin ettiği avukat tarafından açılacak dava, ortaklık adına değil, ancak ortaklar adına açılabilir.”⁹⁸

Ancak burada belirtmek gerekir ki ayrıntıları Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2017/12-763 ve 2019/344 sayılı kararında da açıklandığı üzere, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasına karşın, adi ortaklığın borcu nedeni ile ortaklar müteselsilen sorumlu oldukları ve ortaklığın malvarlığı elbirliği ile mülkiyet rejimine tabi oldukları için, birlikte sorumluluk ilkesi gereği, adi ortaklığın borcu nedeni ile adi ortaklığa ait mal veya alacağa haciz konulması mümkündür. Bu durumda alacaklı tarafından ortaklığın mal varlığından tahsilat yapılacaktır.⁹⁹

1.4.3 ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNE DAYANMASI

Türk Medeni Kanunu’nun 701. maddesine göre “*kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.*” Bu düzenlemeden hareketle elbirliği ile mülkiyet, ancak kanunda belirtilen hallerde söz konusu olabilen, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişinin oranları tayin edilmeyen hisselerine, birlikte sahip oldukları mülkiyet rejimi olarak tarif edilebilir.¹⁰⁰

Adi ortaklık MK.’nin 701. maddesi anlamında elbirliği ile mülkiyetin kanunen tayin olunduğu bir sözleşme tipi olup, kural olarak ortaklık malvarlığı

⁹⁸ ÖZENLİ s. 201.

⁹⁹ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-763-k-2019-344-t-26-3-2019> Erişim tarihi: 13.01.2021.

¹⁰⁰ OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Nihat GÜMAN, Eşya Hukuku 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s.392, Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Hacı ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006, s.7.

üzerinde ortakların elbirliği ile hak sahipliği söz konusudur¹⁰¹ Bu durum mülkiyet hakları bakımından elbirliği mülkiyeti, diğer haklar bakımından ise aynı esaslara tabi birlikte hak sahipliğidir. Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeni ile adi ortaklık sözleşmesine sermaye olarak getirilen katılım payları ile ortaklık malvarlığı üzerinde adi ortaklık değil, adi ortaklığa dahil olan kişiler elbirliği ile mülkiyet rejimi esasları ile sahip olurlar.¹⁰² Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesi uyarınca ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur. Burada söz konusu olan elbirliği halinde hak sahipliğidir.

Elbirliği ile mülkiyet adi ortaklığın kurulması ile doğmakta olup ortaklığın kurulmasının ardından ortaklığa sonradan dahil edilen diğer malvarlığı değerleri için de otomatik olarak elbirliği halinde mülkiyet söz konusu olacaktır.¹⁰³

Adi ortaklıkta elbirliği ile mülkiyetin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak ortakların ortaklık malvarlığı üzerinde serbest tasarruf hakkı söz konusu değildir. Bu doğrultuda tüm ortaklar malvarlığının tamamı üzerinde malik olmalarına rağmen tek başlarına tasarruf hakkına sahip değildirler.¹⁰⁴ Diğer bir deyişle ortakların hakları malvarlığın bütünü üzerinde olup, ortağın bu hak üzerinde tek başına tasarruf imkanı bulunmamaktadır.¹⁰⁵ Bu nedenle ortaklık malvarlığı üzerindeki tasarruflar temsil hükümleri doğrultusunda veya oybirliği ile gerçekleştirilebilir ve ortaklar tek başlarına ortaklığa dahil malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunamazlar.

Diğer bir önemli nokta ise ortağın şahsi alacaklısının hakkını ancak o ortağın tasfiye bakiyesi veya kar payı üzerinde ileri sürebilmesidir.¹⁰⁶ Bu doğrultuda Borçlar Kanunumuzun 638. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ortaklık

¹⁰¹ ŞENER, Adi Ortaklık, 181, ÇEVİK, s.86, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 43, AŞKAN, s.43, ÖZENLİ, s.6, ALVER, s. 5, RUHİ, s. 202.

¹⁰² BARLAS, s. 102, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 89, BAHTİYAR, s. 31, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 50.

¹⁰³ KARAHAAN, s. 60.

¹⁰⁴ BARLAS, s.104, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 34, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 182 , PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 89.

¹⁰⁵ AŞKAN, s. 44.

¹⁰⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 183, BARLAS, s.106, BAHTİYAR, s.31.

sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler.

Kural adi ortaklığa dahil olan malvarlığı üzerinde elbirliği ile mülkiyet olmasına rağmen, adi ortaklık sözleşmesi ile tarafların başka bir hak sahipliği rejimi seçmeleri de mümkündür.¹⁰⁷ Dolayısı ile elbirliği ile mülkiyet esası adi ortaklıkta emredici bir düzenleme olmadığı için adi ortaklık sözleşmesi ile aksinin kararlaştırılması mümkündür. Sözleşmenin kurulması sırasında veya daha sonra alınacak ortaklık kararı ile farklı bir mülkiyet rejimi belirlenmesi durumunda belirlenen mülkiyet rejimi esas olacaktır.

1.4.4 ORTAKLARIN MÜTESELSİLEN SORUMLU OLMASI

Borçlar Kanunumuzun 162. Maddesinde yer alan tanıma göre birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar. Alacaklının karşısında birden fazla borçlunun olması ve bu borçluların borçtan müteselsilen sorumlu olmaları alacaklının yararına bir durumdur. Böyle bir durumda alacaklı, alacağına daha kolay kavuşma olasılığına sahiptir.¹⁰⁸ İşte kanunda müteselsil sorumluluğun düzenlendiği hallerden birisi de konumuz olan adi ortaklıktır.

Adi ortaklıkta ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı müteselsil sorumludurlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin son fıkrasına göre; ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa

¹⁰⁷ BARLAS, s. 107, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 182, BAHTİYAR, s.31, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 50, AŞKAN, s.44.

¹⁰⁸ KIRCA İsmail, Adi Şirketin Temsili ile İlgili İki Sorun, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20, Sayı:4 Aralık 2000.

müteselsilen sorumludur. Kanun koyucu ortaklık malvarlığı hakkında elbirliği halinde mülkiyeti benimsemiş olmasına rağmen, ortaklık borçlarından dolayı müteselsil sorumluluğu benimsemiştir.¹⁰⁹

Müteselsil sorumlulukta, alacaklı karşısında aynı hukuki sebeple borç ilişkisine dahil olan, birden fazla borçlunun, alacaklıya karşı bir borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumlu olması söz konusudur ve bu ilişkiye dahil olan borçlulardan herhangi birisinin ifası halinde borç sona erdiği nispette ve oranda diğer borçlularda borcundan kurtulmaktadır.¹¹⁰ İşte adi ortaklık sözleşmesi ile bu ilişkiye dahil olan ortaklar dış ilişkide borçlardan dolayı müteselsil sorumluluk altına girmektedirler.

Adi ortaklıkta müteselsil sorumluluğun söz konusu olabilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır; ilk unsur ortaklık sözleşmesinde müteselsil sorumluluk rejimin aksine bir hüküm olmaması, diğeri ise borç doğuran işlemin bütün ortaklarca birlikte veya içlerinden birisinin diğerlerini temsilen ya da temsilci vasıtası ile yapılmasıdır.¹¹¹ Dolayısı ile ortaklık sözleşmesinde müteselsil sorumluluğun kaldırıldığına veya sınırlandırıldığına ilişkin bir hüküm bulunmaması ve borç doğuran işlemin tüm ortaklar tarafından birlikte veya temsil hükümlerine göre temsil yetkisi ile yapılması zorunludur.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmaması ile ortakların bağımsız bir hak süjesi olmaması nedenleri ile ortaklık işlemlerinden doğan borçlardan ortaklar doğrudan ve aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumludurlar. Ortaklara yüklenen müteselsil sorumluluk kişisel, sınırsız ve birinci derece bir sorumludur.¹¹² Yasal engel bulunmamasına rağmen, ortaklara yüklenen bu sorumluluk nedeni ile adi ortaklıkta kişi sayısı çok yüksek olmamaktadır.

¹⁰⁹ KARAHAN, s. 61.

¹¹⁰ OĞUZMAN, ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1 Ekim 2021 Vedat Kitabevi s.222, KAPANCI, s. 24.

¹¹¹ AŞKAN, s.44.

¹¹² BARLAS, s.109, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 429, BAHTİYAR, s. 39, ÇEVİK, s. 95, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.67, ÇEKER, s. 234 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 41, AŞKAN, s. 44.

Müteselsil sorumluluğu düzenleyen BK m.638/son emredici bir düzenleme olmayıp, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların ortaklık sözleşmesinde aksini düzenlemeleri mümkündür.

Müteselsil sorumluluğun kaldırılması halinde bu sorumluluğun kaldırıldığının dışa yansması ve bu durumun adi ortaklık ile işlem yapan kişilerce de bilinmesi gerekmektedir. Aksi takdirde müteselsil sorumluluk devam edecek ve ortakların kendi aralarında sorumluluklarını sınırlayan anlaşmaları üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.¹¹³

Müteselsil sorumluluğun düzenlendiği BK. 163. maddesine göre; alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder. Müteselsil sorumluluk ilkesi ve bunun sonucu olarak birinci derecede sorumluluk ilkesi gereği adi ortaklığın alacaklısı olan üçüncü şahıs, alacağını ortaklardan birinden veya birkaçından talep edebileceği gibi, ortaklardan bazılarından kısmi ödeme de talep edebilir.

Müteselsil sorumluluk ilkesinin bir sonucu olarak, bir ortağın, dış ilişkide yükümlü olduğundan fazlasını ifa etmesi durumunda ise diğer ortaklara bu kısımla ilgili rücu hakkı doğacaktır.¹¹⁴ Rücu hakkının kullanılabilmesi için, müteselsil sorumluluk ilkesi gereği kendisine müracaatta bulunulan ortağın üçüncü kişiye karşı yaptığı ödemenin yükümlü olduğundan fazlasını içermesi gerekmektedir. Rücu hakkı sayesinde ortakların birinci derece, sınırsız ve müteselsil sorumluluklarından doğan yükümlülükleri hafifletilmektedir. Güven esasına dayanan kişi temelli bu ortaklık biçiminde müteselsil sorumluluğun dengesi rücu hakkı ile sağlanmaktadır.

¹¹³ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.36, BARLAS, 111, KARAHAN, s.93.

¹¹⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 428.

1.5 ADİ ORTAKLIĞIN KURULUŞU VE ÖZEL GÖRÜNÜMLERİ

1.5.1 Adi Ortaklığın Kuruluşu

Adi ortaklığın kuruluşu için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır ve kuruluşu resmi prosedürlere bağlı değildir.¹¹⁵ Adi ortaklık iradelerin uyuşması koşulu ile sözlü şekilde kurulabileceği gibi yazılı şekilde de kurulabilir. Kural şekil serbestisi olmakla birlikte, şekil serbestisinin sınırını şekle bağlı bir işlemin adi ortaklık sözleşmesinde yer alması oluşturmaktadır. Ortaklık sözleşmesi şekle bağlı olmamasına rağmen, ortaklığa katılım payı olarak eklenmek istenen unsurun devri kanunda özel bir şekle tabi ise bu katılım payının kanunda aranan şekle uygun olarak devri gerekmektedir. Aynı şekilde adi ortaklığın kurulabilmesi için herhangi bir yerden izin gerekmediği gibi adi ortaklığın tesciline de gerek bulunmamaktadır. Kuruluşundaki bu kolaylık sebebi ile adi ortaklıklar uygulamada sıklıkla görülmektedir.

Adi ortaklığın kurulması için bir tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de adi ortaklığın faaliyet konusu bir ticari işletmenin işletilmesi ise Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesi gereği her ticari işletme gibi adi ortaklığa ait işletmenin de ticaret siciline tescili zorunludur.¹¹⁶ Adi ortaklığın ticari işletme işletmesi durumunda, tüzel kişiliği olmadığı için, tacir sıfatı ortaklığın oluşturduğu ticari işletmeyi işleten kişilere ait olup, adi ortaklığın tacir sıfatı bulunmamaktadır.¹¹⁷ Adi ortaklığın işlettiği ticari işletmeye ait mallar üzerinde de kural olarak ortakların elbirliği ile mülkiyeti söz konusudur. Bu bağlamda tüzel kişiliği olmayan adi ortaklığın iflası da gündeme gelemeyecek, tacir sıfatı gibi iflas kuralları da doğrudan ortaklar için söz konusu olacaktır.¹¹⁸ Şahıs birlikteliği olan adi ortaklığın tüzel kişiliği, hak ve fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Ortaklık kural

¹¹⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 44, BİLGİLİ DEMİRKAPI s.25.

¹¹⁶ ÇEKER, s. 226, BAHTİYAR, s. 29.

¹¹⁷ ÇEVİK, s.85, ÖZENLİ, s.7.

¹¹⁸ ÇEKER, s.227.

olarak elbirliğı ile mülkiyete dayanmakta ve ortaklar açısından müteselsil sorumluluk söz konusu olmaktadır.

1.5.2 Kanuni Adi Ortaklık –İradi Adi Ortaklık

Adi ortaklık iradi veya kanuni olmak üzere iki şekilde oluşabilmektedir. Kanuni adi ortaklıkta tarafların amacı tüzel kişiliğe sahip bir şahıs şirketi kurmak iken, iradi adi ortaklıkta tarafların amacı tüzel kişiliği haiz olmayan sözleşme ilişkisidir. Borçlar Kanunu’nun 620/1 maddesinde tanımı bulunan adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha fazla kişinin bir araya gelip kendi iradeleri ve istekleri doğrultusunda kurdukları iradi kanuni ortaklıktır ve bu ortaklık tipinde tarafların iradesi baştan itibaren adi ortaklık kurmaktır.¹¹⁹

6098 sayılı yasanın 620/1. maddesinde iradi olarak tarifini bulan adi ortaklığa ilişkin diğer bir düzenleme ise kanuni adi ortaklık olarak adlandırılan şekli ile aynı maddenin 2. fıkrasında kaleme alınmıştır. Buna göre, bir ortaklık kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşıyor ise bu bölüm hükümlerine göre adi ortaklık sayılacaktır.

1.5.3 Açık Adi Ortaklık - Gizli Adi Ortaklık

Borçlar Kanunumuzun 620. maddesinde tanımı bulan adi ortaklık dış ilişkiye yansıyan ve üçüncü kişilerce de görünüp bilinebilen adi ortaklık türü açık adi ortaklıktır. Açık adi ortaklıkta, ortaklar ve ortakların yaptıkları işlemlerin ortaklar tarafından gerçekleştirildiği üçüncü kişilerce bilinmektedir.

Ortaklar arası ilişkinin özellikleri gereği bazen ortaklar bu ilişkilerinin başka kimseler tarafından bilinmesini istememektedir. Gizli adi ortaklıkta iç ilişkide var olan adi ortaklık ilişkisi üçüncü kişilerce bilinmemektedir. Gizli adi ortaklıklar adi ortaklığın özel bir türüdür.¹²⁰ Ticaretle uğraşması yasak olan bir kamu görevlisinin, yasağa tabi olmayan diğer bir kimse ile adi ortaklık sözleşmesi

¹¹⁹ PULAŞLI, s.56.

¹²⁰ Fatih BİLGİLİ, İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003, s. 53, ÖZENLİ, s.111, BECKER, s. 1163.

ilişkinde girmesi durumunda, iç ilişkide var olan ancak dış ilişkiye yansımayan gizli bir adi ortaklık söz konusudur.¹²¹

Gizli adi ortaklıkta dış dünyaya yansımayan şahıs gizli ortaktır. Dış dünyaya yansıyan şahıs ise aktif ortaktır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2020/3659 Esas ve 2020/6509 sayılı kararında, gizli adi ortaklıkta gizlilik ile kastedilenin dışarıya karşı işlemlerin ortaklık olarak yapılmaması olduğu belirtilmiştir. Uyuşmazlık konusu dosyada Yargıtay tarafından, iç ortaklığın alt türü olarak gizli adi ortaklık konusuna değinilmiştir.¹²²

Gizli adi ortaklıkta gizlilikle amaçlanan hedef, içeride ortaklık mevcut iken dışarıda işlemlerin ortaklık olarak yapılmamasıdır. Gizli adi ortaklıkta da, adi ortaklığın oluşması için gerekli olan diğer şartlar zorunludur. Ancak adi ortaklığın şartlarına ek olarak ortakların ayrıca dışarıya karşı sadece bir ortağın aktif olarak görüneceği hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu durumda gizli adi ortaklık dışarıdan bakıldığında gizlenmiş durumda olan bir iç ilişki halindedir. Aynı şekilde gizli adi ortaklıkta ortakların elbirliğiyle hak sahibi olarak yer aldıkları ortak bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Ortaklığın tüm işlemleri dışarıdan bakıldığında görülen aktif ortak tarafından kendi adına yapılarak yürütülmektedir. Gizli adi ortaklık türünde, ortakların sermaye olarak koyduğu değerler, yapılan işlemlerin karşılığında edinilen diğer değerler, dış ilişkide görünen aktif ortağın malvarlığına eklenir ve bu malvarlığı üzerinde sadece dış ilişkide görünen ortağın tasarruf yetkisinin olduğu, o ortağın mülkiyetine ait olan bir mal varlığı oluşturulur.¹²³

Gizli adi ortaklık içerisinde aktif ortağın temel faaliyeti, işletmeyi dışarıda kendi adına fakat aslında ortaklar arası iç ilişkide hem kendi hem de gizli ortak veya ortaklar hesabına yürütmektir. Bu tür bir davranışın sonucu olarak aktif ortak, yürütülen faaliyetler sonucunda elde edilmesi hedeflenmiş olan işletme

¹²¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 27.

¹²² <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2020-3659-k-2020-6509-t-12-11-2020> Erişim tarihi 03.12.2021.

¹²³ Şener, Adi Ortaklık, Ankara 2008 S. 146, Barlas, S.217.

gelirinden gizli ortağa ait bulunan pay oranı kadar pay tutarını ödemeyi de kabul etmiş sayılmaktadır.¹²⁴

Barlas'ın görüşüne göre; dışarıda aktif olan ortak, iç ilişkide kendisi ve gizli ortak hesabına hareket ediyor olsa dahi, dışarıda aktif olarak yürüttüğü işlemleri sadece kendi hesabına gerçekleştirmektedir. Bu yönüyle yapılan faaliyetler sonucunda, ortaklığın temsili söz konusu olmamaktadır. Aktif durumda olan ortak ortaklığın temsilcisi konumunda faaliyet göstermemektedir.¹²⁵

Şener ise bu konuda Barlas'tan farklı görüştedir. Şener'e göre, gizli adi ortaklıkta dolaylı temsil bulunmaktadır. Dışarıda aktif faaliyeti yürüten ortak dolaylı temsilciden farklı olarak, yalnız gizli ortak hesabına değil, gizli ortakla birlikte kendi namına ve hesabına da hareket etmektedir.¹²⁶

Gizli ortaklık, bir iç ortaklık ilişkisi teşkil etmektedir. Bu durumun sonucu olarak bir şirkete ait mal varlığı söz konusu olmamaktadır. Adi ortaklığın sona ermesi halinde ortaya gerçek ve teknik anlamda bir tasfiye çıkmamış olacaktır. Sonuçta yalnız gizli ortağın hesap görülmesi ve gizli ortağın payına düşecek kazanç bedelinin ödenmesi konulu aktif ortağa yöneltilebilecek, aynı bir etki taşımayan ve salt borçlar hukuku kökenli bir kişisel talep hakkı mevcut olacaktır.¹²⁷

Açıklanan nedenlerden ötürü ortakların adi ortaklık için zorunlu olan koşulların yanında, özellikle dışarıya karşı yalnızca bir ortağın görüneceği noktasında anlaşma iradeleri zorunludur. Gizli adi ortaklıkta, aktif ortak ile gizli ortak bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde müşterek amaç doğrultusunda bir araya gelerek, kara ve zarara katılma konusunda işbirliği yapmaktadırlar ve katılma payları aktif ortağa geçmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Barlas, S. 210.

¹²⁵ Barlas, S. 213.

¹²⁶ Şener, S. 147.

¹²⁷ Barlas, S. 219.

¹²⁸ BİLGİLİ, s. 20.

Gizli adi ortaklıklarda ortakların ortaklık sözleşmesi gereği ortaklığa karşı sorumluluğu olmakla birlikte, ortaklık için yapılan işlemlerin sorumluluğu dış dünyaya yansıyan ortağa aittir ve iç ilişkide gizli kalan ortağın üçüncü kişilere karşı sorumluluğu söz konusu değildir. Bu bağlamda gizli adi ortaklıklarda tacir sıfatı da aktif ortağa aittir.

Gizli adi ortaklıklar ile temsil farklı kavramlar olup, gizli adi ortaklıkta aktif ortak dış ilişkide kendi adına ve hesabına işlem yaptığı için gizli adi ortaklıkta aktif ortak hak ve borç altına girmektedir.¹²⁹ Dolayısı ile gizli adi ortaklık iç ilişkiye dayanmakta olup, kural olarak burada ortaklar arasında kurulan ilişki doğrudan temsil ilişkisi değildir. Kurulan ilişki temsil ilişkisi olmamakla birlikte aktif ortağın hukuki işlemde kazandığı hak ve borçları gizli ortağa ve dolayısı ile gizli adi ortaklığa intikali, dolaylı temsildeki borcun nakli, sözleşmenin devri veya alacağın intikali gibi aktarım ile mümkün olabilecektir. Doğrudan temsilde temsilci ortaklık adına ve hesabına hareket etmekte iken gizli adi ortaklıkta aktif ortak kendi adına hareket etmektedir.

Bu bağlamda gizli adi ortaklıkta gizli ortak iç ilişkide yönetim ve denetim konusunda belirli bir ölçüde yetkiye sahip iken dış ilişki konusunda yalnızca aktif ortak yetkilidir.¹³⁰ Ancak ortaklık gizli kalmak yani dış dünyaya yansımamak koşulu ile gizli adi ortağın üçüncü kişi sıfatı ile temsilci olarak atanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

1.5.4 Aslan Payı Ortaklık (Societas Leonina)

Adi ortaklık ilişkisinin ihtiva ettiği iktisadi gayenin doğal bir sonucu oluşacak olan kar ve zarardır. TBK'nun 622. maddesine göre “*Ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler*” 623. maddeye göre ise “*Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine*

¹²⁹ BİLGİLİ, s. 88, ÖZENLİ, s. 111.

¹³⁰ BİLGİLİ, s. 20, ÖZENLİ, s.112.

bakılmaksızın eşittir. Sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade eder.” Bu noktada ana kural aksi kararlaştırılmamış ise katılım payına bakılmaksızın ortaklar arasındaki eşitlik iken; aynı maddenin III. fıkrasında, bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşmanın, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda, adi ortaklıkta müşterek amaç kazanç paylaşma amacı taşıyan iktisadi bir hedef olmakla birlikte, bir ortağın zarara katılmaksızın, yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koyan ortak için geçerli olabilir. Bu nedenle bu tip bir anlaşma emek dışında bir unsur katılma payı olarak getiren ortak açısından geçerli değildir. Dolayısı ile müşterek amacın iktisadi olması ve amacın sözleşme ilişkisi süresince devam etmesi koşulu ile sadece emeğini katılma payı olarak getiren ortak açısından zarara katılmama anlaşması mümkün ve geçerlidir. Bu hükümden hareketle, müşterek amacın hem kar hem de zararı içermesi nedeni ile ortaklardan herhangi birisi yönünden zarara katılma, kazanca katılmama şeklinde sözleşmede hüküm bulunamayacağı ileri sürülmüş¹³¹ ise de; müşterek amacın bir olması koşulu ve taraflar arasında bu hususun sözleşme ile kararlaştırılması koşulu ile bir ortağın kazanca katılmayıp, sadece zarara katlanması şeklinde de bir “aslan payı” ortaklığı kurulmasının mümkün olduğu da ileri sürülmüştür.¹³²

Bir ortağın aslan payına sahip olduğu ortaklık (societas leonina) kaynağını Roma hukukundan almakta olup, Roma hukukunda bir ortağın sadece kazançtan pay alıp, zarara hiçbir surette katılmaması uzun süre tartışılmış ve sonunda ortaklığın amacına aykırı düştüğü için benimsenmemiştir.¹³³ İsviçre Hukukunda da yalnız sermaye ile ortaklığa katılan bir ortağın, kazanca katılacağı, fakat zarar katılmayacağına ilişkin sözleşmelerin batıl olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴

¹³¹ BARLAS, s.29, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 33.

¹³² KARAHAAN, s.37, ÖZENLİ, s. 65.

¹³³ BECKER, s. 1181, GÖNENÇ, s. 64, AKINCI, s. 175.

¹³⁴ BECKER, s. 1181.

Kanaatimizce Borçlar Kanunu'nun 623. maddesinin özel düzenleme içermesi nedeni ile emeğini katılım payı olarak koyan ortak açısından harcanan unsur emektir. Dolayısı ile nakdi olmasa bile zaman ve beden olarak bir değerini ortaklığa sermaye olarak dahil etmiş ve emeğini harcamıştır. Bu nedenle ortaklık zarar etmiş ise onun zarara ayrıca nakdi olarak katılmaması müşterek amaç unsuruna aykırı değildir. Ancak aslan payı olarak tarif edilen kara katlanmama, sadece zarara katlanma şeklinde bir ortaklıkta, kazanç elde etme gayesi yönünden müşterek amaç unsuru eksik kalacağı için adi ortaklık da gündeme gelmeyecektir. Bu nedenle emeğini sermaye olarak koyan ortak açısından zarara katılmama şeklinde bir adi ortaklık mümkün olmasına karşın, kara hiç katılmama ve sadece zarara katlanma şeklinde aslan payı ortaklığı şeklinde bir ortaklık ilişkisinin adi ortaklık olarak kabulü mümkün değildir.

Uygulamada “aslan payı” tabiri ile genelde bir ortağın diğerinden, adil olmayacak şekilde çok daha fazla pay alması şeklinde tanımlanmakta olup, sözleşme serbestisi doğrultusunda, gabin boyutuna ulaşmamak koşulu ile, payların belirlenmiş olması koşulu ile kara ve zarara katlanılacak oranların taraflar arasında serbestçe belirlenmesi mümkündür. Konumuz olan aslan payı tabiri uygulamada görülen bu durumdan farklı olup, bir ortağın zarara katlanmaksızın sadece kazanca katlanmasına ilişkindir.

1.5.5 Adi Ortaklığın Özel Görünüş Halleri

Adi ortaklık sözleşmesinin kuruluşundaki kolaylık ve esneklik nedeni ile ticari hayatın gelişmesine paralel ortaklık biçimlerindeki çoğalma ile birlikte adi ortaklık sözleşmesinin değişik şekilleri ile karşılaşılmaya başlanmıştır. Adi ortaklığın bu özel görünüş şekillerine kanuni düzenlemeler ve tanımlamalar eksik olmakla birlikte, bu özel görünüşlerin temelini adi ortaklık olduğu fikri hakimdir. Temelleri adi ortaklığa dayanmakla birlikte bu özel görünüşlerin adi ortaklıktan ayrıştığı noktalar da yok değildir. Ancak bu ayrışma noktaları genel olarak adi ortaklığın emredici hükümler içermeyen alanlarına ilişkindir. Zira adi

ortaklığın emredici hükümlerine aykırı bir sözleşme tipinin adi ortaklık olarak kabulü mümkün değildir.

Adi ortaklığın bu özel görünüş şekillerinden ekonomik ve ticari gelişmelere paralel olarak en yaygın olanlarını iş ortaklıkları (Joint venture), konsorsiyum, konzern ve kartel olarak saymak mümkündür.

1.5.5.1 İş Ortaklıkları (Joint Venture)

Joint venture'un kelime anlamı “riski müştereken yüklenmek, risk için birleşmek ve ortak girişimdir.”¹³⁵ Joint venture, sınırlı bir konu veya belli süreli bir iş için meydana gelen bir sözleşmesel bir ortaklık türü olup,¹³⁶ hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin, bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelerek, belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın gerçekleştirmek ve kar elde etmek amacıyla, o faaliyetin rizikolarını da müteselsilen yüklenerek kurdukları tüzel kişiliği olan veya olmayan birlikteliklerdir.¹³⁷ Joint Venture sözleşmelerinin adi ortaklık sözleşmelerinin özel bir türü olduğu kabul edilmektedir.¹³⁸ Joint Venture sözleşmelerinde de adi ortaklıklarda olduğu gibi sözleşme unsuru, müşterek amaç unsuru, müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsuru, kişi unsuru ve sermaye unsuru söz konusu olup ayrıca ortak yönetim unsuru da söz konusudur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “joint venture” birlikteliklerinin adi ortaklığa benzediğini, iki veya daha fazla işletmenin, belirli bir hedefe ulaşmak için güçlerini birleştirdikleri bir ortaklık olduğunu ve tüzel kişilikleri olmadığı için taraf ehliyetlerinin olmadığını belirtmiştir. Karara göre Joint venture hukuk sistemimizdeki adi ortaklığa benzemekte olduğu iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık olduğu tarif

¹³⁵ AŞKAN, s. 31.

¹³⁶ İMREGÜN, Oğuz; Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968, s.32.

¹³⁷ BARLAS, 261, KAPLAN, İbrahim; İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture, Ankara, 1994, s. 6, PULAŞLI, s. 44, Kemal DAYINLARLI, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s.27.

¹³⁸ DAYINLARLI, s. 179.

edilmiştir. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklığın borçlarından alacaklılar karşısında doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar.¹³⁹

Joint Venture birlikteliklerinin her zaman adi ortaklık şeklinde kurulması zorunlu değildir. Bu iş ortaklıklarının anonim ve limited şirket şeklinde kurulması da mümkündür.¹⁴⁰ Bu iş birlikteliğinin adi ortaklık şeklinde kurulması durumunda Borçlar Kanunu’nun 620.maddesi ve devamında düzenlenen adi ortaklığa ilişkin emredici hükümler Joint Venture sözleşmeleri için de öncelikli olarak uygulanacaktır.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde müşterek iş ortaklıklarının vergi mükellefi olduğu vurgulanarak; “Müşterek iş ortaklığı, sermaye şirketler, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin, kendi aralarında şahıs ortakları veya gerçek kişilerle belirli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle adi ortaklık olarak kurulduğu için tüzel kişiliği bulunmayan joint ventureler da kurumlar vergisi mükellefidir. Tüzel kişilikleri olmayan joint venturelerin taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır.¹⁴¹

1.5.5.2 Konsorsiyum

Konsorsiyum, iki veya daha çok gerçek veya tüzel kişiden her birinin, belli bir işi veya işler dizisini yapmak amacı ile ortaklaşa taahhüt ettikleri işin, bir bölümünün yerine getirilme sorumluluğunu, diğerlerinden bağımsız olarak

¹³⁹ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2003/12-574 K. 2003/564 T. 8.10.2003 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2015-1008-k-2015-2761-t-2-12-2015> Erişim tarihi: 03.03.2022.

¹⁴⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 27, PULAŞLI, s. 45.

¹⁴¹ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi’nin 2015/2104 Esas ve 2015/2761 sayılı kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2015-2104-k-2015-2761-t-22-5-2015> Erişim tarihi 29.11.2021.

yüklenmek suretiyle, katkılarını birleştirdikleri bir sözleşmedir.¹⁴² Konsorsiyumda belirli bir işin gerçekleştirilmesi amacıyla, sözleşme ile bir araya gelen gerçek veya tüzel kişiler, bağımsız olarak sadece işin belirli bir bölümünü gerçekleştirmek için sorumluluk üstlenmektedirler.¹⁴³ Bu ilişkide uzmanlık alanları farklı olan tarafların bir işin gerçekleşmesi için bir araya gelmeleri ve işin bütününe tamamlanabilmesi için kendi kısmını gerçekleştirmek için sorumluluk üstlenmesi söz konusudur.

Hukukumuzda konsorsiyumların hukuki niteliği itibariyle adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁴ Konsorsiyuma ilişkin yargı kararlarında da konsorsiyumun adi ortaklık yönü öne çıkartılmış olup, Yargıtay'a göre de iş yapıp bitirmek amacıyla oluşturulan konsorsiyumların adi ortaklık olarak kabulü gerekmekte olup, konsorsiyumların hükmi şahsiyeti bulunmadığı için konsorsiyum tarafından açılacak davalarda bütün ortakların yer alması veya aleyhine açılan davada da ortakların tümünün davalı olarak yer alması zorunludur.¹⁴⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında birden fazla tüzel kişinin bir araya toplanarak bir işi tamamlamak üzere ve sadece o iş için bir araya geldiği ortaklığın konsorsiyum ortaklığı olduğu belirtilmiştir. Konsorsiyumda ortak

¹⁴² Gülören TEKİNALP /Ünal TEKİNALP; **Joint Venture**, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1989, s. 162, BARLAS, s. 263, İbrahim KAPLAN, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı**, Ankara 1994, s.20, Turan ŞAHİN, **Konsorsiyum Sözleşmesi**, TBB Dergisi 92 (2011), s.452, Ömer KORKUT, **Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim ve İş Ortaklığı**, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2007, s. 1164, Ayşe Gizem YALÇINKAYA, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Joint Venture ve Konsorsiyum**, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.28, Latif TİLE, **Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.35, Nazim İSLAMOV, **Joint Venture**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s.22, F.Betül ÇAKIR ÇELEBİ, **Joint Venture'nin Hukuki Niteliği**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2017), s. 109.

¹⁴³ ŞAHİN, s. 453, LEKESİZ, s. 62, BARLAS, s.263, YALÇINKAYA, s.28, TİLE, s. 35.

¹⁴⁴ PULAŞLI, s. 47, AŞKAN, s.31, BARLAS, s.278, Metin TOPÇUĞLU, **Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt 50, sayı 4, s. 139, LEKESİZ, s. 59, YALÇINKAYA, s.32, KAPLAN, s 37, TEKİNALP/TEKİNALP, s.163

¹⁴⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2003 tarih, 2003/874 E, 2003/2540 K sayılı ilamı, LEKESİZ, s. 53, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2005 tarih ve 2004/5384 E, 2005/866 K sayılı ilamı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-8127-k-2004-2540-t-15-03-2004>, Erişim tarihi 20.10.2022, GÜNAY, s. 1621.

sıfatını taşıyan tüzel kişilerin şahsi borçları nedeniyle sadece ortaklığın tasfiye payına haciz konulabileceği, ancak borçlananın adi ortaklık olması halinde adi ortaklığın hak edişine haciz konulmasında yasal engel bulunmadığı belirtilmiştir.¹⁴⁶

Temel hükümleri adi ortaklık ile aynı özellikleri taşıyan konsorsiyum belirli noktalarda ise adi ortaklıktan ayrılmaktadır. Kural olarak konsorsiyumda elbirliği mülkiyetine dayalı bir ortaklık malvarlığı yoktur ve ortakların müteselsil sorumlulukları bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Adi ortaklıkta ise kural olarak elbirliği mülkiyet esastır.

Konsorsiyum sözleşmesinin en belirgin özelliği sözleşmeye dahil olan tarafların işin sadece belirli bir bölümünden sorumlu olmalarıdır. Adi ortaklıkta ise ortaklık sözleşmesindeki müşterek amaç için girişilen faaliyetlerin tümünden sorumluluk söz konusudur. Adi ortaklık sözleşmesine dahil olan taraflar aksi kararlaştırılmadıkça borçların tümünden, birinci derece, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmakta iken, konsorsiyum sözleşmesinde taraflar sadece yükümlü oldukları kısım yönünden sorumluluk altına girmektedirler.¹⁴⁸ Bu nokta aynı zamanda ortakların her birinin işin tümünden müteselsilen sorumlu oldukları sözleşmeye dayalı joint venture ile konsorsiyumun ayrıldığı noktalardan birisidir. Joint ventureda işin tamamı üzerinde müteselsil sorumluluk söz konusu iken, konsorsiyumda her bir ortak sözleşme ile yükümlü olduğu kısımla sorumludur.

Adi ortaklıkta BK. 625/I gereği aksi kararlaştırılmadıkça bütün ortaklar, ortaklığın tümü üzerinde yönetim hakkına sahip iken, konsorsiyumda ortaklar kendi kısmı ile yönetim ve temsil hakkına sahiptir.¹⁴⁹ Bu sözleşme tipinde adi ortaklık sözleşmesindeki aksi kararlaştırılmadıkça tüm ortakların konsorsiyumu yönetme hakkına sahip olacağı ve BK 637/III gereği yönetici ortakların kural olarak temsilci de olacağı şeklindeki karinenin uygulama alanı konsorsiyumun

¹⁴⁶ T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2003/12-574 K. 2003/564 T. 8.10.2003 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2018-164-k-2021-613-t-25-5-2021> Erişim tarihi: 02.03.2022.

¹⁴⁷ BARLAS, s.279.

¹⁴⁸ BARLAS, s. 269, LEKESİZ, s. 62, ŞAHİN, s.464, YALÇINKAYA, s.29, TİLE, s.41.

¹⁴⁹ LEKESİZ, s. 63, BARLAS, s.280, YALÇINKAYA, s. 33.

niteliği itibariyle pek yoktur. Yasal olarak tüm ortakların eşit yönetim hakkına ve yetkisine sahip olmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, uygulamada konsorsiyumlarda yönetim ve temsil, pilot ortak olarak ortaklardan birisine bırakılmakta ya da ortaklardan birisi konsorsiyum lideri atanarak yönetim ve temsil fonksiyonları bu ortakta toplanmaktadır.¹⁵⁰

1.5.5.3 Konzern

Konzern, Alman hukuk sisteminde ortaya çıkmış iktisadî bir kavram olup, Alman Hukuk sisteminde, çeşitli özel işletmeler ve devlet kurumlarının, borçlar hukuku sözleşmelerinin, ortaklık ana sözleşmelerinin veya pay sahipliği ilişkilerinin ekonomik amaçlar ile bir idare altına alınması konzern olarak tanımlanmaktadır.¹⁵¹

Türk Ticaret Kanunda konzernele ilişkin özel bir düzenleme olmamakla birlikte, teşebbüslerin hukuken bağımsızlıklarını koruyarak, tam bir eşitlik içinde veya içlerinden birinin hâkimiyetine tabi biçimde tek elden sevk ve idare edilerek ekonomik bir birlik haline gelmesi konzern olarak adlandırılmaktadır.¹⁵² Konzernde, hukuken bağımsızlıklarını koruyan ve sürdüren teşebbüslerin, bir yönetme ve yöneltme gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bir bütün söz konusudur.¹⁵³ Burada kurulan ekonomik birliğe rağmen, birliği oluşturan tarafların hukuki bağımsızlıkları devam etmekte ancak ekonomik karar verme bağımsızlığı konzerne geçmekte ve tek elden yönetim ile ekonomik çıkar hedeflenmektedir. Böylece ekonomik bir bütün ile şirketlerin merkezi bir şekilde organizasyonu ve yönetimi istenmektedir.

Konzern, birleşme ve kartel farklı kavramlar olup, kartelde, karteile katılan teşebbüsler hem hukuki, hem de iktisadi açıdan bağımsızlıklarını korudukları

¹⁵⁰ LEKESİZ, s. 63, BARLAS, s. 268, YALÇINKAYA, s.33.

¹⁵¹ Ünal TEKİNALP, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 18, Asuman YILMAZ, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010, s. 121, İbrahim Doğan UYGUN, Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet, İstanbul 2015, s. 26.

¹⁵² BARLAS, s.257, AŞKAN, s.30, YILMAZ, s.126, UYGUN, s. 26.

¹⁵³ AŞKAN, s. 30, YILMAZ; s. 127, UYGUN, s. 27.

halde, konzernde sadece hukuki bağımsızlığın korunması söz konusudur. Birleşme durumunda da teşebbüsler hem hukuki, hem de iktisadi yönden bağımsızlıklarını tümüyle yitirmişlerdir, ancak konzernde teşebbüsler hukuken bağımsızlıklarını aynen muhafaza ederler.¹⁵⁴ Burada amaç bağımsızlıklarını koruyan şirketlerin merkezi bir yönetim altında toplanmalarıdır.

Konzerlerin adi ortaklığın özel bir türü olduğu kabul edilmekle birlikte adi ortaklık ile ayrıldığı noktalar yok değildir. Öncelikle her ikisi de hak süjesi olmayıp, bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip değillerse de; ancak adi ortaklıkta ortaklar birinci derecede sınırsız ve müteselsil sorumlu olmalarına rağmen konzerlerde hakim şirket bağlı şirketlerin borçlarından sorumlu değildir ve konzerne dahil olan şirketler hukuki bağımsızlıklarını korumaktadır.¹⁵⁵ Dolayısı ile adi ortaklıkta elbirliği ile mülkiyet esaslarında bir ortaklık malvarlığı söz konusu iken konzernde her bir şirketin ayrı malvarlığı söz konusudur ve her ortak birbirinden ayrı olarak borçları ve fiillerinden dolayı sorumludur.

1.5.5.4 Kartel

Hukuki ve iktisadi olarak bağımsızlıklarını koruyan kişilerin, sınırlı bir dayanışma ile ekonomik yönden pazarda ortak hareket içine girerek, bir malın üretimi veya pazarlanması gibi konularda birlikte hareket edeceklerine yönelik anlaşmaları kartel anlaşmasıdır.¹⁵⁶ Kartel oluşumları genelde adi ortaklık şeklinde gündeme gelmekle birlikte, limited veya anonim şirket şeklinde hatta kooperatif şeklinde kartel oluşumu mümkündür. Kartel anlaşması ya da kararı, belirli bir malın üretimi, pazarlaması, fiyatı, sağlanması gibi hususları içermektedir.¹⁵⁷ Kartelde amaç, karteale dahil olanlar arasındaki rekabeti sınırlandırarak veya sonlandırarak pazarda daha güçlü hale gelmektir. Kartel anlaşmalarının hukuka

¹⁵⁴ Kezban Kübra YASSIKAYA, Adi Ortaklık Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2019, s. 23, UYGUN, s. 28.

¹⁵⁵ YILMAZ, s. 148.

¹⁵⁶ AŞKAN, s. 29.

¹⁵⁷ Ergun ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, s. 6.

uygun olabilmesi için 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine uygun olması gerekmektedir.¹⁵⁸



¹⁵⁸ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4/f. 1 maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin yasak ve hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve örnekleme yöntemi ile nelerin bu kapsama girdiği belirtilmiştir. Aynı yasanın 5. Maddesinde ise teşebbüsler arası anlaşmaların hangi halde hukuka uygun kabul edilebileceği sayılmıştır. Buna göre, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin bu amaçların elde edilmesi için zorunlu olanlardan fazla sınırlanmaması ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması halinde kartel anlaşmalarının RKHK 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİM

Adi ortaklığın şahıs birlikteliği olması ve tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile sermaye şirketlerinin aksine adi ortaklık yönetim organına ve temsil organına sahip olmayan bir ortaklık türüdür.¹⁵⁹ Zira organ TMK. 49 ve 50. maddeleri uyarınca sadece tüzel kişilerde bulunmaktadır.

Adi ortaklıkta yönetim müşterek amaç hedefine ulaşmak için yapılan tüm işlemleri kapsamaktadır. Bu kapsamda defterlerin tutulması, alınacak kararlar, dava açılması, ortaklığın sahip olduğu malvarlıkları hakkında yapılacak tasarruf işlemleri gibi işlemler yönetim kavramı içerisinde yer almaktadır. Yönetim, ortak amaca ulaşılması için kararların alınmasını ve bu kararların icra edilmesini ifade etmektedir.¹⁶⁰

Adi ortaklığın yapısı ile ilgili olarak değişiklik yapılması işlemleri yönetim kavramı içerisinde yer almamaktadır. Katılma payı artışı, yönetim hakkı ile ilgili düzenlemeler ve ortaklığın tasfiyesi gibi işlemler adi ortaklık konusunda organizasyonla ilişkili olan işlemlerdir.¹⁶¹ Organizasyona ilişkin işlemler olağanüstü işlemlerden farklıdır. Bu şekilde yapılacak işlemlerde olağanüstü işlemlerden farklı olarak gecikmesinde sakınca olan durumlarda bile yönetici olan ortak organizasyona ilişkin işlemleri tek başına yapma yetkisine sahip değildir. Organizasyona ilişkin işlemler için ortaklar arasında birisine yetki verilip verilemeyeceği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlar yetki verilmesi halinde ortaklardan birisinin ortaklık organizasyonu ile ilgili olan işlemleri

¹⁵⁹ BARLAS, 48, ŞENER, Adi Ortaklık, s.96, Tamer BOZKURT, Ticaret Hukuku, 2. Cilt Şirketler Hukuku, İstanbul 2014, s.36.

¹⁶⁰ AŞKAN Cengiz Adi Şirketin Yönetimi, 1. Basım, Ankara Yayınevi, 2003, s.15.

¹⁶¹ ARMUTCUOĞLU Can Yalçın, Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

yapabileceğini kabul etmektedir. Domaniç ise bu işlemlerin sadece oybirliğiyle yapılabileceğini ve bu konuda sözleşme yapılamayacağını ileri sürmektedir.¹⁶²

Kanımızca bu konuda yetki verilmesi halinde ortaklardan birisinin ortaklık organizasyonu ile ilgili olan işlemleri yapabileceğinin geçerli sayılması ticari hayatın şartlarına uygun olacaktır.

Yönetim kavramı geniş anlamda müşterek amaca ulaşma gayesiyle yapılan her türlü faaliyeti içerir. Ortakların iç ilişkisinde gerçekleşen işlemler ve üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin tamamı geniş anlamda yönetim kavramına dahil sayılır.¹⁶³

Dar anlamda yönetim ise ortaklar arasındaki ilişkileri düzenler ve bu ilişkide yer alan ve sonuç doğuran işlemleri kapsar. Borçlar kanunu 625. Maddesinde dar anlamda yönetim ifade edilmektedir.¹⁶⁴

Adi ortaklıkta yönetimin iç ve dış olmak üzere iki yönü bulunmakta olup, iç ilişkide ortaklar arasında hüküm ifade eden ilişki “*karar*”, dış ilişki ise alınan kararın icrasına yönelik “*temsil*” olarak adlandırılmaktadır.¹⁶⁵ Adi ortaklığın idaresi iç ilişkide, temsil ise dış ilişkide kendini göstermektedir.¹⁶⁶ Yöneticinin aldığı kararların sadece ortaklık içinde hüküm ifade etmesi halinde yönetim, alınan bu kararlar doğrultusunda dış ilişkide ortaklık dışı kişilerle hukuki ilişkiye girilmesi halinde ise temsil gündeme gelecektir. Dar anlamda yönetimde ortaklığın temel yapısı ile ilgili olmayan ancak ortaklığın amacının gerçekleşmesine yönelik işlemler söz konusu iken, geniş anlamda yönetimde ise ortaklığın iç işleyişi neticesinde ortaya çıkan sonuçların dış dünyaya yansımaları söz konusu olup bu çerçevede geniş anlamda yönetim temsili de kapsamaktadır.¹⁶⁷

¹⁶² DOMANIÇ, s.399.

¹⁶³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 52, DOMANIÇ, s. 401.

¹⁶⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 52, DOMANIÇ, s. 401.

¹⁶⁵ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 78, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 52, DOMANIÇ, s. 401.

¹⁶⁶ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 74.

¹⁶⁷ KARAHAAN, s. 41.

Temsil ve karar birbirinden farklı kavramlar olmalarına rağmen hukuken birbirlerine bağı kavramlardır. Borçlar Kanunu'muz adi ortaklıkta yönetim ile temsili birbirinden ayırmış ve yönetimi 625. maddede, temsili ise 637. maddede düzenlemiştir.¹⁶⁸ Temsil ile karar birbirinden farklı kavramlar olmalarına rağmen kanun koyucu temsil ile karar arasındaki bağlantıyı ise Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin üçüncü fıkrasında kurmuştur.¹⁶⁹ Söz konusu düzenlemeye göre, kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılacaktır.

Adi ortaklıkta yönetim ortaklar arası iç ilişkiyi ilgilendirmektedir ve ortaklığın yönetimi ortaklar için hem bir hak hem de yükümlülüktür. Borçlar Kanunu'muzun 625. maddesine göre;

“Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.

Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir.

Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.”

Bu düzenlemeden hareketle adi ortaklıkta yönetim; yönetim yetkisinin tüm ortaklarca kullanılması, yönetimin bir ortağa bırakılması veya dışardan bir kişinin ortaklığa yönetici olarak tayini ile gerçekleştirilmektedir.

¹⁶⁸ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.79, KARAHAAN, s. 41.

¹⁶⁹ KARAHAAN, s. 41.

2.1 ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİME HAKİM OLAN İLKELER

Adi ortaklıkta tüzel kişilerdeki gibi bir yönetim organı olmamasına rağmen, ortaklığın fonksiyonelliği ve sürdürülebilirliği açısından adi ortaklık yönetimine hakim olan ilkelerin belirlenmesinde fayda vardır.

Adi ortaklıkta organ olarak yönetim organının bulunmaması nedeni ile doktrinde adi ortaklığın yönetiminde egemen olan ilkeler; ortaklara ait olma, hak ve ödev olma, belirlenen iradenin üstün olması, aydınlanma ve denetim ile özen ilkesi şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur.¹⁷⁰ Bu doğrultuda adi ortaklıkta yönetimde egemen olan ilkeleri sözleşme ve karar serbestisi, ortaklara ait hak ve ödev olma, oybirliği, itiraz hakkı, vekalet ilişkisi ve özen, aydınlatma ile denetim şeklinde bir tasnife tabi tutmak mümkündür.

2.1.1 Sözleşme ve Karar Serbestisi

Ortaklık yönetiminin teşekkülünde, adi ortaklığın kuruluşunda olduğu gibi, esas itibariyle irade serbestisi ilkesi söz konusudur.¹⁷¹ Adi ortaklığın kuruluşunda olduğu gibi yönetimin oluşturulmasında ve yönetim görevini ifa edilmesinde de sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olup, ortaklığı oluşturan tarafların yönetim biçimini ve yöneticileri belirlemede sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hareket etmeleri mümkündür. Bu ilke doğrultusunda ortaklardan herhangi birisinin veya dışardan herhangi bir üçüncü kişinin sözleşme ile veya sonradan alınacak bir karar ile yönetici olarak tayini mümkündür. Aynı şekilde yönetim fonksiyonunun yerine getirilmesinde de sözleşmeye uygun olmak koşulu ile serbest tasarruf ilkesi söz konusudur.

Adi ortaklıkta kural serbest tasarruf olmakla birlikte iç ilişkileri düzenleyen hükümlerin tamamı, ortakların serbest surette tasarrufuna bırakılmamıştır. Kazancı paylaşma yükümlülüğü, hesap verme ve kâr paylarını

¹⁷⁰ AŞKAN, s. 45.

¹⁷¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 290, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 47, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 74, GÜNDAY, s. 1627.

dağıtma yükümlülüğü, ortakların denetim hakkının mutlak oluşu gibi noktalar emredici olup, bu noktalarda ortakların serbest tasarrufu söz konusu değildir.¹⁷²

2.1.2 Ortaklara Ait Hak ve Ödev Olması

Adi ortaklığın kişi temelinde güven ilişkisine dayanması ve ortakların müteselsil, sınırsız sorumlu olması nedeni ile yönetim ortaklar açısından bir haktır ve aynı zamanda herhangi bir ortağın veya dışardan birisinin yönetici olarak atanmaması durumunda borcudur.

Ortakların yönetici sıfatına sahip olması, doğrudan kanun tarafından ortaklığın kurulması ile birlikte ortaklara tanınan bir haktır.¹⁷³ Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Yönetim ortaklardan birisine veya dışardan üçüncü bir kişiye bırakılmış olsa dahi, ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve olağan dışı işlemlere bütün ortakların katılması zorunludur.¹⁷⁴

Adi ortaklık sözleşmesine dahil olan ortaklar müşterek bir amaç doğrultusunda bir araya gelmek yükümü altında oldukları için adi ortaklığın idaresi kural olarak ortaklara bırakılmıştır. Bu nedenle yönetim ortaklar açısından bir yükümlülük barındırmaktadır.¹⁷⁵

Ortakların yönetim hakkına kanundan kaynaklanan nedenlerle sahip olmasına özden yöneticilik denilmektedir. Özden yöneticilik ilkesinde ortaklar yönetim hakkına ortaklığın kuruluş anında hak kazanırlar. Yönetim hakkı sözleşme veya ortaklık kararı ile oluşmamaktadır.¹⁷⁶

¹⁷² Ömer Faruk ÖĞÜTCÜ, Adi Ortaklıkta İç İlişkiler, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.59.

¹⁷³ AŞKAN, s. 45, DOMANIÇ, s. 400, ÖZENLİ, s. 76.

¹⁷⁴ DOMANIÇ, s. 400.

¹⁷⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s.290, ÖZENLİ, s. 76, ALVER, s. 8.

¹⁷⁶ ŞENER, s. 291; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 63; AŞKAN Adi ortaklığın yönetim hakkının Ortaklarda olmasını “ortaklara ait olma ilkesi” ile açıklamaktadır. Yazarın yönetime hakim ilkeler olarak saydığı ilkelerin içinde yer alan “hak ve görev olma ilkesi” de aynı şekilde yönetimin kanun tarafından belirtildiği için ortaklara ait olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. AŞKAN, s. 45 vd

Ortakların kanun nedeniyle yönetim hakkına sahip olmasına rağmen ortaklar tarafından bu durum değiştirilerek yönetim hakkı ortaklardan biri veya birkaçına verilebilir. Yönetim hakkının ortaklardan biri veya birkaçına sözleşme yapılarak veya ortaklık kararı ile bırakılması mümkündür. Ortaklık kararı alınmasına dair kanunda herhangi bir kural öngörülmemiştir. Bu nedenle yönetimin bir veya birkaç ortağa zımni olarak bırakılması mümkündür.¹⁷⁷

Adi ortaklığın yönetiminin tüzel kişi olan ortağa verilmesi mümkündür. Tüzel kişi ortağa yönetim hakkının verilmesi halinde yönetime dair faaliyetleri tüzel kişinin yetkili organı aracılığıyla yerine getirilecektir.¹⁷⁸ Borçlar Kanununu 625. maddesinde ferdi yönetim esası benimsenmiştir.¹⁷⁹ Ferdi yönetim hakkının kabul edilmesi sonucu yönetim hakkına sahip kişilerin her biri diğerleri katılmadan ortaklık için işlem yapabilir.¹⁸⁰ Sözleşme yapılması ile ya da ortaklık kararı alınması ile birlikte yönetim esasının geçerli kabul edilmesi mümkündür.¹⁸¹ Borçlar Kanununda ferdi yönetim hakkı için iki istisna belirlenmiştir. Borçlar Kanunu 625. Maddenin 3. Fıkrası gereği genel yetkili temsilcinin atanması için ve olağanüstü işlemlerin yapılması için tüm ortakların oybirliği gerekmektedir.

Adi ortaklıkta yönetim hakkının Borçlar Kanunun 625. Maddesi gereği ortaklık dışında yer alan üçüncü kişilere verilmesi mümkündür.¹⁸²

Ortaklardan biri veya birkaçına yönetimin bırakıldığı durumlarda olduğu gibi, yönetim yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması için sözleşmede hüküm bulunması ya da ortaklığın karar alması gerekmektedir.¹⁸³

¹⁷⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 64.

¹⁷⁸ ŞENER, s. 291.

¹⁷⁹ ANSAY, Adi Şirket, s. 114; KARAYALÇIN, s. 142; Alman hukukunda Türk hukukunda kabul edilen ferdi yönetim esası yerine müşterek yönetim esası kabul görmüştür. Bu nedenle ortakların bütün işlemlere katılması zorunludur. Ancak ortaklık sözleşmesiyle yönetimin bir veya birkaç ortağa bırakılması mümkündür. Bkz. ŞENER, s. 293.

¹⁸⁰ ÖZENLİ, s. 77; BAHTİYAR, s. 38; DOMANIÇ, Şerh, s. 403; EREN, Özel Hükümler, s. 86.

¹⁸¹ ARMUTCUOĞLU, s. 36.

¹⁸² DOMANIÇ yönetim yetkisinin ortaklardan biri veya birkaçına verilmesi durumunda diğer ortakların yönetim yetkisinin sona ereceğini ancak yönetim üçüncü kişilere bırakılırsa aksi kararlaştırılmadığı takdirde ortakların yönetim yetkisinin devam edeceğini savunmaktadır. DOMANIÇ, s. 86.

Yönetim yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması için genelde vekalet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi yapılmaktadır.¹⁸⁴ Bu durumda üçüncü kişi ortaklıkta temsilci, vekil ya da ticari vekil sıfatıyla yönetim faaliyetlerini yürütebilir.¹⁸⁵ Yönetim yetkisinin üçüncü kişilere verildiği durumlarda bu kişinin sahip olduğu yetkinin kapsamının belirlenmesi için öncelikli olarak üçüncü kişi ile ortaklar arasında yapılan vekalet veya hizmet sözleşmesine bakılır.¹⁸⁶

Sözleşmede bu konuda hüküm olmaması durumunda kanunda yer alan maddeler uygulanacaktır. Üçüncü kişilere sadece olağan işlerin yönetimi bırakılabilecektir. Olağanüstü işlemlere dair kararların ortaklar tarafından oybirliği ile alınması gerekmektedir. Olağanüstü işlemler konusunda yetkinin üçüncü kişilere devredilmesi mümkün değildir.¹⁸⁷

Ferdi yönetim esası ortaklarca aksi kararlaştırılmadıkça, yönetim yetkisinin üçüncü kişilere bırakıldığı durumlarda da geçerli olacaktır. Yöneticilerden birisinin yalnız başına işlem yapması yönetim yetkisinin nasıl elde edildiği ile bağlantılı değildir.¹⁸⁸ Yönetim yetkisi kanun, sözleşme veya ortaklık kararı sonucunda alınsa da ferdi yönetim esası geçerli olmaya devam edecektir. Genel yetkili temsilci atanması ve olağanüstü işlemler yapılması durumu ferdi yönetim esası için istisna olacaktır. Bu konularda ortakların oybirliği ile hareket etmesi zorunlu olmaya devam edecektir.

2.1.3 Oybirliği İlkesi

Adi ortaklıkta kararlar konusunda kural olarak oybirliği ilkesi geçerlidir. Bu durum adi ortaklıkta elbirliği ile hak sahipliği kuralı ile uyumlu bir düzenlemedir. Borçlar Kanunu'nun 624. maddesine göre “*ortaklığın kararları,*

¹⁸³ AŞKAN, s.50; DOMANIÇ, Şerh, s. 402.

¹⁸⁴ ŞENER, s. 324; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 64.

¹⁸⁵ ŞENER, s. 324; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 64.

¹⁸⁶ AŞKAN, s. 60.

¹⁸⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 64; AŞKAN, s. 60.

¹⁸⁸ ŞENER, s. 292; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 64.

bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir.” Bu nedenle aksi ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça kararlar ortakların oybirliği ile alınacaktır. Adi ortaklık hükümlerinde emredici olmayan hükümlerde sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olması nedeni ile adi ortaklık sözleşmesi ile kararların oy çokluğu ile alınabileceğinin kararlaştırılması durumunda çoğunluk nisabı ortak sayısına göre belirlenecektir.¹⁸⁹

Kararlar konusunda kural oy birliği olmakla birlikte, adi ortaklıkta kararlar için oy birliğinin aranmadığı işlem biçimi ise bir ya da birden fazla ortağın yönetici atanması halinde, bu yönetici ortağın yaptığı olağan işlemlerdir.¹⁹⁰ Bu ihtimalde yönetici olarak atanan ortak diğer ortaklar katılmaksızın tek başına olağan işleri yapabilecektir, ancak bu halde dahi olağan dışı işlemler için oy birliği yine zorunludur.

Kanunda yönetim konusunda olağan iş olağan dışı iş ayrımı söz konusudur. Borçlar Kanunu’nun 625. maddesine göre; *“Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.”* Bu nedenle yönetim konusunda ana kural her yöneticinin işlemi tek başına yapması iken, ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve olağan dışı işler için bütün yöneticilerin oybirliği aranacaktır.

Yönetim konusunda ortaklara tanınan bu itiraz hakkı, işlemin tamamlanmasından önce kullanılmalıdır.¹⁹¹ Bu noktada önem arz eden kavram *“işlemin tamamlanma”* olgusudur. İşlemin tamamlanması ile anlaşılması

¹⁸⁹ ÖZENLİ, s. 73.

¹⁹⁰ AŞKAN, s. 49.

¹⁹¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, S. 54, AŞKAN, s.55.

gereken, hukuki işlemin ortaklık açısından bağlayıcı nitelik kazanmasıdır.¹⁹² Dolayısı ile gerçekleştirilmek istenen işlem hukuki bağlayıcılık kazanmadan önce yönetici ortaklar işleme itiraz edebilirler.

2.1.4 İtiraz Hakkı

Yönetim hak ve görevinin en önemli yansıması itiraz hakkıdır. İtiraz hakkı yönetim hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.¹⁹³ Borçlar Kanunu’nun 625. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir.*” Bu doğrultuda itiraz hakkı sadece yönetici olarak tayin edilmiş ortağa tanınmış bir haktır.¹⁹⁴ Dolayısı ile yönetici olmayan bir ortağın işlem tamamlanmadan önce itiraz hakkı da bulunmamaktadır. Bu ortağın bu işlemler yönünden bilgi alma ve geçerli bir sebebin bulunması halinde ortaklığın feshini isteme hakkı bulunmaktadır.¹⁹⁵ İtiraz hakkı bulunmayan ortağın, yapmış olduğu itiraz işlemin yapılmasına engel olmaz. Yönetimin, yönetici atanmaması nedeni ile kanuni olarak bütün ortaklara ait olması şeklinde tarif edilen özden yönetim ilkesi gereğince, ortaklığa yönetici atanmaması halinde, bütün ortakların kanuni olarak yönetici olması gerçekleşeceği için, tüm ortakların işlem tamamlanmadan önce itiraz hakkı söz konusu olacaktır.¹⁹⁶

Özden yönetim ilkesi ile ilgili olarak Türk Ticaret kanununda limited şirket anonim şirkete yakınlştırılmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile limited şirketin yönetimine ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi Eski Ticaret Kanununda yer alan “özden organ” ilkesinin değiştirilerek yerine “seçilmiş organ” geçilmiş

¹⁹² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 294.

¹⁹³ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 78, ÖZENLİ, s. 77.

¹⁹⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, S. 53.

¹⁹⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, S. 54.

¹⁹⁶ Yıldız, Ş.: Limited Şirketler Hukuku, Limited şirket, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2007, s.176.

olmasıdır. “Özden organ” kavramının aksi şirket sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece, şirketin yönetimi ve temsili yetkisine tüm ortakların yetkili olması anlamına gelmektedir.

Türk Ticaret kanunu 623. maddesinde şirketin yönetilmesi ve temsil edilmesi yetkisinin şirket sözleşmesi ile düzenlenebileceği ve şirket sözleşmesinde şirketi yönetim ve temsil yetkisinin, müdür sıfatını haiz bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara son olarak üçüncü kişilere verilebileceği açıklanmıştır. Bu değişiklik sonucunda artık “seçilmiş organ” ilkesi benimsenmiştir.¹⁹⁷ “Özden organ” ilkesinin terk edilmesi ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Tasarı ile, İsviçre Borçlar Kanunu ile 6762 sayılı Kanun’a hakim olan, İsviçre Tasarısında da aynen korunan özden organ ilkesi terk edilmiştir. Bu ilkeye göre tüm ortakların, şirketi hep birlikte yönetmesi nedeniyle, şirketin yönetiminin ve temsiline ortaklar için hak hem de yükümlülük olması anlamına gelmektedir. Burada “özden” sözcüğü şirketin özünü oluşturan ortakları, yani bünyeyi ifade eder. Yönetim şirketin kendi bünyesinden kaynaklanmaktadır. Özden/bünyeden yönetim ilkesi şirketi “şahıs şirketi” sınıfına sokar.”¹⁹⁸ İsviçre’de

¹⁹⁷ 14.02.2011 tarih ve 27846 s. RG. Yayımlanan 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 25.maddesine göre “Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte görevde bulunan anonim şirket yönetim kurulları ile limited şirket müdürleri, görevden alınmaları veya yönetim kurulu üyeliğinin başka bir sebeple boşalması hâli hariç, sürelerinin sonuna kadar görevlerine devam ederler. Ancak, tüzel kişinin temsilcisi olarak üye seçilmiş bulunan gerçek kişinin, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde istifa etmesi, onun yerine tüzel kişinin ya da başkasının seçilmesi gerekir. Tüm ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idare ve şirketi temsil ettiği limited şirketlerde de aynı üç aylık süre içinde Türk Ticaret Kanununun 623 üncü maddesi hükmünün gereği yerine getirilir.” Bu madde hükmü uyarınca ETTK döneminden kalan limited şirket müdürlerinin TTK yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde istifa etmeleri ve yerlerin yeni üyelerin seçilmesi düzenlenmiştir.

¹⁹⁸ Yapısı sermayeye dayalı olan şirketlerde, bu şirket kişisel öğeler taşısa da, yönetim, ortaklara kanunen bir hak ve yüküm olarak bırakılmaz, seçilmiş ortak olan veya olmayan kişilere ait olmalıdır. İsviçre öğretisinde üçüncüden organ diye Türkçeye çevireceğimiz bu sistem, hem üçüncü kişinin de organa seçilebileceğini hem de ortağa bu görevin seçimle verildiğini ifade eder. Sistem seçilen kişi ile oluşan borçlar hukuku ilişkisi ile tamamlanır. İsviçre öğretisi limited şirketin yönetim organında organ ilişkisi ile borçlar hukuku ilişkisinin birbiri içinde olduğu görüşünü savunur ve bu sebeple Alman öğretisinden ayrılır. Şirket sözleşmesi özden organ sistemine uygun olarak düzenlenebileceği gibi ortaklık sıfatının sonucu olmayan bir yönetime de yer verebilir.

<https://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/> Erişim tarihi 10.01.2022.

kanun koyucu limited şirketi bir anlamda sınırlı sorumlu bir kollektif şirketmiş gibi değerlendirmektedir. Bu yaklaşım ülkemizde modern öğretide pek taraftar bulmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu madde 616/1-2 gereği müdürlerin atanmaları ve görevden alınmaları genel kurulun değişmez yetkilerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Limited şirket anonim şirkete oranla daha küçük boyutlu bir şirket olarak ele alınmaktadır. Bu görüş ülkemizde limited şirketler için de geçerlidir. Kanun koyucu tarafından limited şirketi, kollektif şirkete çok yaklaştırmamanın “şirketleşme” politikasına uymadığı, böylelikle özellikle yönetim konusunda profesyonelleşmenin ihtiyaçlara daha olumlu cevap vereceği fikri ağır basmıştır. Bu nedenle geçmişte kabul gören özden organ ilkesinden ayrılarak 623’üncü madde kapsamında seçilmiş yönetim organı sistemine limited şirketler anonim şirketlere yaklaştırılmıştır.¹⁹⁹

Adi ortaklıkta yapılan bir işleme karşı itiraz hakkının kullanılması durumunda, itiraz kaldırılincaya veya geri alınincaya kadar o işlemin yapılmasına ve tamamlanmasına engel olur. İtiraz üzerine işlem konusunda bir karar verilmeden işlemin yapılması mümkün değildir.²⁰⁰ İtiraza rağmen işlemin yapılması durumunda, diğer tarafın iyiniyetli olması hariç olmak üzere, işlem geçersiz sayılacaktır. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta, itiraz hakkının işlem tamamlanmadan önce kullanılmasının gerekmesidir. İşlem tamamlandıktan sonra itiraz hakkının kullanılması mümkün değildir. Gerçekleştirilmek istenen işlem, hukuki sonuç doğurduktan sonra işlem tamamlanmış sayılacağı için, işlem hukuki sonuç doğurduktan sonra, yönetici ortağın bu işleme itiraz etmesi mümkün değildir.

Seçilmiş yönetim ilkesi, toplu yönetimin yani özden organ konseptinin uygulamada zorluklara yol açması ve yönetimin yetkin kişilerden ve profesyonellerden oluşmasının gerekli olduğu düşüncesiyle benimsenmiştir.

¹⁹⁹ Biçer, L./Hamamcıoğlu, E.:“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-2, Y.2011, s.229-248.

²⁰⁰ ÖZENLİ, s. 78.

Adi ortaklıkta emredici düzenlemeler hariç ana kuralın sözleşme serbestisi olması ve itiraz hakkının emredici bir düzenleme olmaması nedeni ile ortaklık sözleşmesi ile itiraz hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür.²⁰¹ Dolayısı ile ortaklar sözleşme ile itiraz hakkının sınırını, kullanım şeklini ve kapsamını olumlu veya olumsuz bir şekilde düzenleyebilirler. İtiraz hakkının sınırı konusunda adi ortaklık sözleşmesinde alınmış bir karar var ise itiraz hakkının sınırı da bu karara göre belirlenecektir. Herhangi bir sınırlama ve koşul bulunmaması durumunda ise itiraz hakkı yönetici tayin edilmiş ortaklarca tek başlarına kullanılabilir.

İtiraz hakkının kullanılması kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmayıp, yazılı veya sözlü yapılabilmesi mümkündür. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi gereğince adi ortaklık sözleşmesinde itiraz hakkının kullanılma biçimi belirtilmiş ise itiraz hakkının belirlenen biçimde kullanılması zorunludur.

İtiraz hakkının kullanılması durumunda yapılan itiraz haklı bir itiraz olmasa bile, işlem tamamlanmadan önce yapılan itiraz, işlemin gerçekleştirilmesine engel olacaktır.²⁰² Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, haksız itiraz eden yönetici ortak, diğer ortaklara karşı sorumlu olduğu için, haksız itirazı yapan ortağın, yönetim yetkisinin geri alınması gündeme gelebilecektir. Yönetim yetkisi bulunan ortağın, işlem tamamlanmadan yani hukuki sonuç doğurmadan yapmış olduğu itiraza rağmen işlem yapılmış ise işlemi yapan yönetici ortağın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dış ilişkide bu durum biliniyor ise işlem sonuç doğurmayacaktır, ancak dış ilişkide bu durum yani itiraz bilinmiyor ise itiraz sonuç doğurmayıp işlem geçerli olacaktır. Bu durumda, iç ilişkide itiraza rağmen bu işlemi gerçekleştiren ortağın sorumluluğu gündeme gelecektir.²⁰³

²⁰¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 294.

²⁰² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 54.

²⁰³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 295.

2.1.5 Vekalet İlişkisi

Adi ortaklık sözleşmesinde ve kanunda aksine düzenleme olmadıkça yöneticiler ile ortaklar arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir. Borçlar Kanunu’nun 630. maddesine göre; *“Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir. Ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır.”*

Adi ortaklık sözleşmesinde ve kanunda aksi düzenleme olmadıkça ortaklar ile yöneticiler arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olmakla birlikte, adi ortaklık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi birbirinden farklı kavramlar olup, adi ortaklık sözleşme çeşidi olarak bir vekalet sözleşmesi değildir. Burada söz konusu olan yöneticiler ile ortaklar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği olup, adi ortaklık sözleşmesinde hüküm olmayan yerlerde vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen devreye girmesi söz konusudur.²⁰⁴ Vekalet sözleşmesi gereği vekil tayin edilen kişinin vekalet verenin işini yerine getirmesi vekil açısından yükümlülük sayılmaktadır. Adi ortaklıkta yönetim konusu ortaklar açısından hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Vekalet sözleşmesinde vekil olan kişi yaptığı işlemleri vekalet verenin menfaati için yapmaktadır. Adi ortaklıkta yönetici ortak adi ortaklık için müşterek menfaat için hareket eder ve aynı zamanda kendi menfaati içinde işlem yapar.

Kanunda sadece yönetici ortak ile yönetici olmayan ortak arasındaki ilişkide vekalet sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu belirtilmiş ise de, yönetim dışardan bir üçüncü kişiye bırakılması halinde bu kişi ile ortaklar arasındaki ilişki de vekalet hükümlerine tabi olacaktır.²⁰⁵ Bu durum vekalet ilişkisinin doğal bir sonucu olup, bu yönetici ortaklık sözleşmesine taraf olmadığı için, ortaklar arasındaki ilişkide vekalet hükümleri gündeme gelecektir.

²⁰⁴ ARMUTCUOĞLU, S.42.

²⁰⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 298, AŞKAN, s. 48.

2.1.6 Vekaletsiz İş Görme İlişkisi

Yönetici olmayan ortağın yönetim işlerini yapması veya yönetici olarak tayin edilen ortakların yetkilerini aşmaları halinde ise vekaletsiz iş görme hükümleri gündeme gelecektir. Ortakların müşterek amaç doğrultusunda birlikte çaba gösterme mecburiyeti altında olmaları nedeni ile bu durumda gerçek vekaletsiz iş görme uygulama alanı bulacaktır. Dolayısı ile yönetim yetkisini aşan veya yönetim yetkisi olmamasına rağmen yönetim işlerini gören ortak BK 526'ya göre ortaklığın menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görme yükümü altındadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında bu konu ele alınmıştır.²⁰⁶ Taraflarca ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı için ortaklığın murisin ölümü ile, Borçlar Kanunu hükümleri gereği ortaklığın sona erdiği ve mirasçılarının vefat nedeniyle fesih ve tasfiye davasını açtıkları sabit olduğu için, ortaklığın haklı nedenle feshine karar verilmesinin zorunlu olmadığına ve tasfiyesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ortaklığın ölümle sona erdiği tartışmasızdır ancak murisin vefatından önce ve vefatından sonra ortaklığın ortaklar arasında tasfiye işlemlerinin yapılmadığı anlaşıldığı için mahkeme tarafından tasfiyeye karar verilmesi gerektiği görüşüne varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan tartışmalarda; dava konusu taraflar arasında adi ortaklığın mevcut olduğu, ortaklığın vefat eden ortağın ölümüyle sona erdiği, dava konusu olan taşınmazların adi ortaklıktan elde edilen gelir ile satın alındığı ve sonuç olarak ortaklığın tasfiyesi konusunda karar verilmesinin zorunlu olduğu konularında üyelerin tamamı arasında görüş birliğine varılmıştır.

Davalı ortağın ortaklıktan elde edilen geliri ortaklara paylaşması gerektiği halde sadece kendi adına taşınmazlar satın alması ve kendi üzerine tescil ettirmesinin haksız fiil sayılması gerektiği bazı üyeler tarafından ileri sürülmüştür.

²⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı - HGK., E. 1991/76 K. 1991/199 T. 10.04.1991 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1991-76-k-1991-199-t-10-04-1991> Erişim tarihi 29.12.2021.

Davacıların haksız fiil nedeniyle haksız fiilin gerçekleştiği tarihte doğan zararın karşılanmasını talep edebilecekleri, davalı üzerine tescil edilmiş olan taşınmazın mülkiyet hakkının sadece davalıya ait olduğu ve davacılarla davalı arasında tescil hakkı meydana getirecek resmi bir sözleşme bulunmadığı için dava konusu taşınmazların ortaklığın malı olamayacağı belirtilmiştir. Bu durum sonucunda taşınmazların bedeli tasfiyeye tabi tutulamayacaktır. Çoğunluk üye bu görüşe katılmamıştır. Karar aşağıda yer alan gerekçelerle alınmıştır:

Herhangi bir konuda yasada özel bir düzenleme olduğu takdirde, genel hükümlerin öncesinde o konuda yürürlükte olan özel hükümlerin uygulanmasının gerekli olması temel hukuk kurallarından birisidir. Adi ortaklıkla ilgili olarak ihdas edilen hükümlerin uygulanması ve uyuşmazlık konusu sorunun buna göre çözümlenmesi hukuksal bir zorunluluktur. Bu nedenle Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri dava konusu somut olaya uygulanmayacaktır. Borçlar Kanunun 522. maddesinde, ortakların, ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakta zorunlu oldukları, kanunun 526. maddesinde ortaklardan hiç birisinin kendi hesabına ortaklığın amacına aykırı olacak ve zararlı olacak işleri yapamayacağı, kanunun 528. maddesinde ortaklardan her birinin ortaklıkla ilgili işlerde olağan olarak gösterdiği özen ve dikkati göstermeye zorunlu olduğu ve diğer ortaklar karşısında kendi kusuru var ise bu nedenle sebep olduğu zararları, ortaklığa diğer işler sonucunda sağladığı yararlar ile mahsup ettirme olanağı olmaksızın karşılamakla mükellef olduğu, şirket işlerini ücret mukabilinde idare işlemini yapan ortağın aynen bir vekil gibi sorumlu olduğu açıklanmıştır. Adi ortaklık sözleşmelerinde yer alan ortaklar, diğer sözleşmelerden tamamen farklı olarak, emek ve sermayelerini ortak bir amaç uğruna birleştirdikleri için, ortaklar arasında sıkı bir bağ kurulmakta ve güvene dayalı işbirliği ilişkisi karşısında ortaklar birbirlerinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenli hareket etmek ve diğer ortakları zararla karşı karşıya bırakmamakla sorumlu tutulmuşlardır. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Sözleşme veya karar birliğine varılarak yönetim yetkisinin ortaklardan birisine bırakılmadığı hallerde ortaklık işlerinin yönetimi bütün ortaklara ait olacaktır. Bu halde ortaklardan her birinin, diğer

ortakların katılımı olmaksızın işlem yapma yetkisi olacaktır. Olağan dışı işlerde önemli tasarrufların yapılması için bütün ortakların oybirliği ile karar verilmesi gerekmektedir.

Bir ortağın, elde edilen ortaklık geliri ile taşınmaz alması önemli bir tasarruftur. Bu nedenle bütün ortakların onayı gerekmektedir. Bir ortak, diğer ortakların onayı olmadığı halde kendi namına ve ortaklık hesabına veya kendi nam ve hesabına ortaklık geliri ile bir taşınmaz satın alarak kendisi adına tapu kaydını yaptırdığı takdirde, öteki ortakların bu taşınmaz üzerindeki haklarına ilişkin olarak yukarıda kısaca açıklandığı üzere ortaklar arasında kanundan kaynaklanan bir güven ve vekalet ilişkisi bulunduğu için uyuşmazlık halinde haksız fiil hükümleri değil, yetkisini aşan bir vekil ortaya çıkmış olmaktadır. Bu nedenle olaya vekaletsiz tasarruf hakkında yer alan kanun maddelerinin uygulanması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 530. maddesinde bu durum düzenlenmiştir. Ortaklığın yönetimini gerçekleştiren ortak ile diğer ortaklar arasında bulunan ilişkiye vekalet hükümleri göz önüne alınarak bakılacağı belirtilmiştir. Ortaklardan birisi yönetim hakkına sahip olmadığı bir durumda ortaklık hesabına hareket eder veya ortaklığı yöneten ortak yetkisi dışında işlem yaparsa vekaleti olmadığı halde başkası namına tasarruf edenlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Ortaklık gelirinin paylaşılmasından önce gelir üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları bulunmaktadır. Bir ortak ortaklık gelirini paylaştırmadan kendi namına ve hesabına, yani sadece kendi yararına olmak üzere bir taşınmazı satın almış olsa dahi Borçlar Kanununun 530. maddesi gereğince vekaleti olmadan diğer ortaklar hesabına tasarrufta bulunmuş sayılacaktır. Borçlar Kanununun 530. Maddesinde belirtildiği üzere diğer ortaklar yapılan iş sonucu ortaya çıkan faydalardan yararlanma hakkına sahiptirler. Adi ortaklıkla ilgili özel hükümler nedeniyle bu şekilde bir davranışın haksız fiil olarak değerlendirilmesine ve resmi şekil şartının aranmasına gerek

yoktur. Resmi şekil şartı ancak tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin adi ortaklığa sermaye olarak konulması halinde aranacaktır.²⁰⁷

Bu doğrultuda yönetici ortak oy birliği ile yapılması gereken ortaklık geliri ile taşınmaz satın alma işini diğer ortakların izni olmadan kendi namına ve ortaklık hesabına veya kendi namına ve hesabına yapar ve kendi adına tapuya tescil ettirir ise bu durumda vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda diğer ortaklar yapılan bu işten hasıl olan faydaları kendi paylarına göre elbirliği mülkiyet rejimi esasları çerçevesinde edinirler.²⁰⁸ Ancak bu durum otomatik gerçekleşmez, diğer ortaklar açısından bir alacak hakkı doğar ve bu alacak hakkının tescili istenir.

Vekaletsiz iş görme BK. 526 ve 531 maddeleri arasında düzenlenmiş olup; vekaletsiz iş görme, bir kimsenin (iş gören) sözleşme veya yasa gereği yükümlü olmadığı halde isteyerek bir başka kimsenin (iş sahibi) hukuk ve menfaat alanına müdahale etmesinden ve bizzat kendisinin ve/veya onun yararına iş görmesinden doğan hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.²⁰⁹ Vekaletsiz iş görme işi görülen kişinin menfaatine göre, gerçek vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.²¹⁰ Gerçek vekaletsiz iş görme ise caiz olan gerçek vekaletsiz iş görme ve caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme şeklinde ikiye ayrılmakta iken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ve kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş

²⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı - HGK., E. 1991/76 K. 1991/199 T. 10.04.1991 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1991-76-k-1991-199-t-10-04-1991> Erişim tarihi 29.12.2021.

²⁰⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 299.

²⁰⁹ Hüseyin Can AKSOY, Vekaletsiz İş Görende Vekaletsiz İş Görme Bilinci Aranmalı mıdır? Ankara Barosu Dergisi, 2017, (91-121), s.94.

²¹⁰ Ece BAŞ SÜZEL/ Candan YASAN, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, s.2, s.366, H.Kübra ERÇOŞUN ŞENOL, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunu'daki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki Durum, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, 2018/4, s. 39 AKSOY, s.98, Ali ÖNAL, Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2151-2180, s. 2154, Pınar UZUN ŞENOL, Vekaletsiz İş Görmeye İlişkin Hukuki Durumu, Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar Dergisi, 2014/3, 293-309, s. 293

görme şeklinde ikiye ayrılmaktadır.²¹¹ Gerçek vekaletsiz iş görmede, bir kimse başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle, onun hukuk alanına bir yetkisi bulunmaksızın ve onun menfaatine müdahale etmekte iken; gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, bir kimse bilerek ya da bilmeyerek başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere görmektedir²¹² Gerçek vekaletsiz iş görmede işi görenin durumu BK. 526 ve 528 maddeleri arasında düzenlenmiş iken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme de işi görenin hukuki durumu BK 530'da düzenlenmiştir.²¹³

2.1.7 Özen, Aydınlatma ve Denetim Yükümlülüğü

Adi ortaklıkta müşterek amaca ulaşılabilmesi için diğer ortaklar gibi yönetimi üstlenen ortaklar da özen ilkesine uygun davranmak zorunda olup, ayrıca yönetici ortak aydınlatma ve kazanç payı dağıtma borcu altındadır.

Özen yükümü Borçlar Kanunu'nun 628. maddesinde hem ortaklar hem de yöneticiler için özel olarak düzenlenmiş olup, yönetici olmayan ortaklar ve ücret almayan yönetici ortaklar, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermek zorundadırlar.

Yargıtay'da değerlendirilen dosyada adi ortaklıkla ilişkili olarak Borçlar Kanununun 528. maddesi gereğince ortaklardan her birisinin şirket işlerini yönetirken kendi işlerini yaparken gösterdikleri özeni göstermeye mecbur oldukları belirtilmiştir. Yönetici ortağın yeterli özeni göstermediği durumlarda kusurlu sayılacağı belirtilmiştir. Yeterli özeni göstermeyen yönetici ortağın yapmış olduğu işlemler nedeniyle ortaya çıkan zarardan diğer ortaklara karşı sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Mahkeme tarafından incelenecek dosyalarda davalının ortaklık faaliyetlerini yönetirken yeterli gayret ve özeni gösterip göstermediği ve varsa oluşan zararın yönetici ortağın kusuru nedeniyle oluşup

²¹¹ AKSOY, s. 98, SÜZEL/YASAN, s.366, ŞENOL, s. 41.

²¹² UZUN ŞENOL, s.295.

²¹³ UZUN ŞENOL, s.293, SÜZEL/YASAN, s.366.

oluşmadığı tespit edilmelidir. Mahkeme tarafından tüm deliller irdelendikten sonra bilirkişi aracılığıyla zararın tespit edilebileceği belirtilmiştir.²¹⁴

“Ortaklardan her biri ortaklık işlerini yönetirken kendi işlerindeki alışlagelmiş biçimde özeni göstermek zorundadırlar.”²¹⁵ Buna karşılık ücret alan yönetici ortağın sorumluluğu daha fazla olup, bu ortak vekalet hükümlerine göre sorumludur.

Borçlar Kanunu’nun 630. maddesinin son fıkrasına göre ise “*yönetici ortaklar, yılda en az bir defa hesap vermek ve kazanç paylarını ortaklara ödemekle yükümlüdürler. Hesap döneminin uzatılmasına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” 631. maddeye göre ise “*Yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Dolayısı ile hesap döneminin uzatılamaması ile denetim yükümü adi ortaklığın emredici hükümlerinden olup, bu konuda adi ortaklık sözleşmesinde düzenleme yapılması mümkün olmadığı gibi, bu doğrultuda bir ortaklık kararı alınması da mümkün değildir. Sınırsız, birinci derecede, tüm malvarlıkları ile müteselsil sorumluluk altına giren ortakların adi ortaklığın gidişatı hakkında bilgi almaları ve gerekiyorsa kararlar yolu ile bu gidişatı yönlendirebilmeleri, güven ve kişi öncelikli adi ortaklıkta önem arz etmektedir.

2.2 YÖNETİM YETKİSİNİN KAZANILMASI

Adi ortaklıkta organ olarak yönetim organının bulunmaması nedeni ile yönetim yetkisi karara, sözleşmeye veya kanuna bağlı olmak üzere üç şekilde kazanılabilir.²¹⁶ İlk olasılık Borçlar Kanunu’nun 625. maddesine göre sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda ortaklardan birisinin ya da birkaçının yönetici ortak

²¹⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1986/356 K. 1986/1345 T. 07.03.1986.
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-1986-356-k-1986-1345-t-07-03-1986> Erişim tarihi 21.04.2022.

²¹⁵ ÖZENLİ s. 241.

²¹⁶ AŞKAN, s. 50, BAHTİYAR, s. 35.

olarak tayin edilmesi, diğeri dışardan üçüncü kişinin yönetici olarak atanması, son olarak ise bu konuda herhangi bir karar alınmaması durumunda ise tüm ortakların yönetme hakkına sahip olmasıdır.

Yönetimin ortaklardan birisine ya da birkaçına bırakılması ve bırakılan ortakların yönetici olarak tayini ile dışardan üçüncü bir kişinin yönetici olarak atanması, ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümle olabileceği gibi sonradan alınacak bir ortaklık kararı ile de mümkündür. Sözleşmede böyle bir hükmün bulunmaması veya sonradan bu doğrultuda bir karar alınmaması durumunda ise kanuni yönetim yetkisi devreye girecek ve tüm ortaklar hem hak hem de görev olarak yönetici ortak olacaklardır.²¹⁷ Yönetimin kanuni olarak bütün ortaklara ait olması özden yöneticilik ilkesi olarak tarif edilir.²¹⁸ Özden yöneticilik ilkesi ile ortaklık sözleşmesine veya ortaklık kararına gerek olmaksızın, ortak sıfatının kazanılması ile birlikte kanunen doğan bir yönetim yetkisi söz konusu olmaktadır.

Özden yöneticilik ilkesinin tek istisnasını ise gizli adi ortaklık oluşturmaktadır. Gizli adi ortaklıkta yönetim sadece aktif ortağa aittir. Bu nedenle yönetimin kanunen bütün ortaklara ait olacağına ilişkin özden yöneticilik kuralının gizli adi ortaklıkta uygulama alanı bulunmamaktadır.²¹⁹

Üçüncü kişiler yönetici statüsünü doğrudan kanundan kazanamadıkları için, üçüncü kişinin yönetici olarak tayini için ya sözleşmede bu konuda hüküm olmalı ya da ortaklarca sonradan bu konuda karar alınmış olmalıdır.²²⁰

Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca *“ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.”* Bu düzenleme doğrultusunda ortaklığa dışardan üçüncü bir kişinin yönetici olarak atanabilmesi için ortakların oybirliği gerekmekte olup, bu oybirliğine rağmen dışardan yönetici

²¹⁷ BOZKURT, s.37, BAHTİYAR, s.35, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.79.

²¹⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s.291, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 48.

²¹⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 291.

²²⁰ AŞKAN, s. 50.

atanmış olsa bile, dışardan yönetici olarak atanan kişinin olağan üstü işlemleri yapma yetkisi bulunmamaktadır. Her halükarda olağan üstü işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için ortakların oybirliği zorunludur. Dolayısı ile adi ortaklıkta üçüncü kişilere yönetim ancak sınırlı olarak devredilebilir.²²¹ Bu nedenle olağan dışı işlemlere ilişkin yetki yalnızca ortaklara ait olup, bunun üçüncü kişiye devri mümkün değildir.

Adi ortaklık sözleşmesi ile veya ortaklık kararı ile yönetim yetkisi kendisinde bırakılmayan ortak idare hakkına ve itiraz hakkına sahip olmayacaktır. İdare hakkına sahip olmayan bu ortağın gerçekleştirdiği işlemler için vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır.²²²

Adi ortaklıkta yönetim sadece ortaklardan oluşabileceği gibi karma bir yapıda ortaklar ve dışardan atanan kişilerce de oluşabilir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmamasına rağmen, adi ortaklığa dışardan yönetici olarak gerçek kişi yönetici olarak atanabileceği gibi tüzel kişilerin de yönetici olarak atanmasında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.²²³ Bu nedenle dışardan yönetici olarak atanan üçüncü kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir, bu noktada önemli olan bu atama için ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunması ya da ortakların bu konuda karar almasıdır.

2.3 YÖNETİMİN İCRASI

Adi ortaklıkta tüzel kişilerde olduğu gibi bir yönetim organı bulunmaması nedeni ile yönetim yetkisinin kim veya kimler tarafından kullanılacağı yönetimin oluşum şekline ilişkin iken, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı yönetimin icrasına ilişkindir.

Yönetimin oluşumu Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin birinci fıkrasında, icra şekli ise aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna

²²¹ ÖĞÜTCÜ, s.60, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 295, AŞKAN, s. 60.

²²² ŞENER, Adi Ortaklık, s.291, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 48, BAHTİYAR, s.38.

²²³ AŞKAN, s. 51.

göre “ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir” Dolayısı ile yönetimin icrası, yönetici olarak ortakların atanması durumunda, her bir ortağın tek başına, bireysel yönetimi şeklinde gerçekleşecektir. Ancak bireysel yönetim ortaklığın olağan işleri ile sınırlı olduğu ve olağan dışı işleri konusunda bütün ortakların oy birliğinin zorunlu olduğu unutulmamalıdır.

Bireysel yönetim yetkisi adi ortaklığa ilişkin emredici düzenlemelerden değildir.²²⁴ Bu nedenle Borçlar Kanunu’nun 624. maddesi uyarınca kural olarak ortaklığın kararları bütün ortakların oybirliğiyle ile alınacağından, bütün ortakların oybirliği ile alacakları bir karar ile yönetimde birlikte hareket ilkesi kabul edilebilir. Aynı şekilde adi ortaklığın kuruluşu sırasında adi ortaklık sözleşmesi ile de bireysel yönetim dışında bir ilkenin benimsenmesi mümkündür. Bu şekilde alınmış bir ortaklık kararı olması durumunda yönetim bu karar doğrultusunda icra edilecektir.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta kural olarak ortaklık kararları konusunda 624. maddeye göre tüm ortakların oybirliğinin aranmasına rağmen, yönetim konusunda 625. maddeye göre yönetim yetkisi olan ortaklardan her birisinin diğeri katılmaksızın işlemi gerçekleştirebileceğidir. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere yönetim konusunda işlemin tamamlanmasından önce yönetici ortakların işleme itiraz etmeleri mümkündür.

Ana kural bireysel yönetim olmakla birlikte, Borçlar Kanunu’nun 625/2. maddesi uyarınca ortaklardan birisinin itiraz hakkını kullanması ve 625/3. maddesi uyarınca olağandışı işlemler için oybirliği kuralının aranması halleri de bireysel yönetim ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Bu nedenle yönetici ortaklardan birisinin işlem öncesinde itiraz hakkını kullanması bireysel yönetime engel olduğu gibi, olağanüstü işlemlerde ortakların tümünün oy birliğinin

²²⁴ DOMANIÇ, s. 86, ŞENER Adi Ortaklık, s. 348, ÖĞÜTCÜ, s. 61.

aranması nedeni ile de bireysel yönetim hakkı kullanılamayacaktır. İtiraz hakkında bireysel yönetim engeli olmasına rağmen, olağandışı işler için ise bireysel yönetim yasağı bulunmaktadır.

2.4 İTİRAZ HAKKI

Adi ortaklıkta yönetim fonksiyonun ayrılmaz parçası yönetici ortaklara tanınan itiraz hakkıdır. Yönetimde kural olarak her bir yönetici ortağın tek başına işlem yapabilme yetkisi olmakla birlikte, ortaklığı yönetmeye yetkili olan diğer ortak ya da ortakların işlem tamamlanmadan önce, tek başına yapılan bu işleme itiraz hakkı bulunmaktadır.

Bu husus Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sadece yönetici olan diğer ortaklara tanınmış olup, itiraz hakkı söz konusu işlem yapılmadan kullanılabilecek bir haktır ve yönetici olarak atanmayan ortağın yönetim işlemine itiraz hakkı bulunmamaktadır.²²⁵

Doktrinde itirazın fonksiyon itibari ile olağan işlemi olağan dışı işleme dönüştürdüğü ileri sürülmüş²²⁶ ve bu bağlamda artık oy birliği aranacağı belirtilmiş ise de; adi ortaklığın düzenlendiği Borçlar Kanunu'nda itiraz üzerine izlenecek yol belirtilmemesi nedeni ile bu noktada Türk Ticaret Kanunu'nun 221. maddesi kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.²²⁷ Söz konusu düzenlemeye göre; *“Şirket işlerinin yönetimi, ortakların tümüne veya birkaçına verilmiş ise, bunların her biri yalnız başına yönetim hak ve görevini haizdir. Bununla beraber, şirketi yönetmekle yükümlü olan ortaklardan bazısı, yapılacak bir işin, şirketin menfaatlerine uygun olmadığını ileri sürerlerse, yönetim hak ve görevini haiz diğer ortaklar, çoğunluk kararıyla o işi yapabilirler.”* Bu görüşten hareketle itiraz üzerine oy çokluğu işlemin gerçekleştirilmesi için yeterli olacaktır.

²²⁵ KARAHAAN, s. 42, ÖĞÜTCÜ, s.62, AŞKAN, s.56, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 80, ÇEKER, s. 228, ÖZENLİ, s.78.

²²⁶ AŞKAN, s. 56.

²²⁷ ÖĞÜTCÜ, s. 62.

Kanaatimizce adi ortaklıkta rejim olarak müteselsil ve sınırsız birinci derecede sorumluluk ilkesinin benimsenmesi nedeni ile kanun koyucu burada itiraz üzerine işlemin durmasını ve yönetici ortakların oy birliğini özellikle aradığı için TTK madde 221'in uygulama imkanı bulunmamaktadır. Dolayısı ile itiraz üzerine duran işlem konusunda bir karar verilebilmesi için bu konuda yönetici ortakların oy birliği ile karar vermeleri zorunludur.

2.5 YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRI

Adi ortaklıkta yönetimin düzenlendiği 625. maddede geçen şekli ile ortaklıkta olağan yönetim işleri ve olağan dışı yönetim işleri olmak üzere iki yönetim işi gündeme gelebilecektir. Söz konusu maddede sadece olağan dışı yönetim tabiri geçmekte olup, olağan yönetim işleri tabiri kullanılmayarak, olağan dışı işlemler dışında kalan işlerin olağan işler olduğu belirtilmek istenmiştir.

Kural olarak yönetim yetkisi ve işleri sadece olağan işleri kapsamakta olup, olağan üstü işleri tek başına yönetici ortağın yapma yetkisi bulunmamaktadır. Olağan olmayan işlerde ise ortakların oybirliği gerekmektedir. Gecikmede sakınca bulunan hallerde ise yöneticilerden her birisi yetkilidir.²²⁸

Doktrinde olağan işlere örnek olarak, adi ortaklığın işleyişi ile ilgili günlük, basit, rutin ve ortaklığın işlerinin devamını sağlayan, her ortakça kabul gören, mahiyeti itibariye hiçbir ortak açısından tereddüte neden olmayan, ortaklık defterinin tutulması, memur ve görevlilerin tayin ve azli, ortaklığın resmi yazışmalarının gerçekleştirilmesi, siparişlerin kabulü, satış fiyatlarının belirlenmesi gibi işlemler örnek olarak gösterilmektedir.²²⁹

Adi ortaklığın yönetiminin düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinde olağan ve olağan dışı işlem ayrımı yapılmasına rağmen bu ikisinin sınırı çizilmemiş ve nelerin olağan, nelerin ise olağan dışı iş olduğu

²²⁸ BAHTİYAR, s. 36, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.80, ÇEKER, s. 228, ÖZENLİ, s. 92.

²²⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 290, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 48, AŞKAN, s.56, ÇEKER, s. 228, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.30, ÖZENLİ, s. 90.

belirtilmemiştir.²³⁰ 630. maddede ise kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilerin, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir.

BK 625/III'e göre “Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir.” Kanunda olağan iş olağan dışı iş ayrımında net bir tanım yapılmamakla birlikte, ortaklığa genel yetkili temsilci atanması her halükarda olağan dışı iş sayılır ve mutlaka bütün ortakların oy birliği gerekir.²³¹

Kanunda olağan ve olağan dışı iş ayrımının net olarak yapılmaması nedeni ile nelerin olağan iş nelerin de olağan dışı iş olduğunun belirlenmesi güven ilişkisinin ön planda olduğu adi ortaklıkta önem arz etmektedir. Bu noktada doktrinde fikirler iki ayrı başlıkta şekillenmektedir. İlk görüş; Borçlar Kanunu’nun 630. maddesindeki vekalet ilişkisinden hareketle Borçlar Kanunu’ndaki vekalet hükümlerinin ve bu doğrultuda 504. maddenin 3. fıkrasındaki “Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz” hükmünün adi ortaklıkta olağan dışı işleri tarif ettiğini belirtmektedir.²³² Bu görüşe göre dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama yapma, kefil olma, taşınmaz devri ve taşınmazın bir hak ile sınırlandırılması adi ortaklıkta olağan dışı işlerdendir ve bu hukuki işlemler için oy birliği şarttır.

Yargıtay’da bu görüşe katılmaktadır.²³³ Adi ortaklıkta yönetici ortağa şirketin olağan işlerini yürütmesi için yetki verilmiştir. Olağanüstü işlemlerin

²³⁰ KARAHAHAN, s. 66, ÖĞÜTCÜ, s.63, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 52, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 296, AŞKAN, s. 54, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 50, BAHTİYAR, s.36, ÖZENLİ, s.90, ALVER, s.9

²³¹ ÖZENLİ, s.90.

²³² KARAYALÇIN, s. 143, ÖZENLİ, s. 91.

²³³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.11.1979 tarih ve 4583 E, 5217 sayılı kararı.

yapılması için bütün ortakların katılması şarttır. Başka bir deyişle, yönetici ortağı şirketi idare hakkı sadece olağan işleri kapsamaktadır.

Dava açma yetkisinin olağan işlerden olup olmadığı konusuna bakıldığında adi ortaklıkta yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilerin vekalet hükümlerine tabi olduğu kabul edilmiştir. Oysa Borçlar Kanununda vekilin özel yetki verilmediği sürece dava açamayacağı belirtilmiştir. Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle adi ortaklık adına açılması gereken davayı bütün ortakların veya diğer ortaklardan bu konuda açıkça özel yetki almış olan yönetici ortağın davayı açması gerekmektedir. Özel yetkinin olmaması halinde adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için, taraf ehliyeti de olamaz ve bu nedenle açılacak olası davanın bu sebeple reddine karar verilmesi gerekir.²³⁴

Diğer bir görüş ise genel hükümlerde yer alan, kişi ortaklarının uygulama alanının daha uygun olduğu kanaati ile kollektif şirketlere ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 223. maddesindeki *“Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır.”*

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hd-e-1979-4583-k-1979-5217-t-14-11-1979>, Yargıtay Kararı - 3. HD., E. 2015/5183 K. 2016/2710 T. 29.2.2016, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29.02.2016 tarih ve 2015/5183 sayılı kararı, 3. HD., E. 2016/13975 K. 2017/7258 T. 16.5.2017. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-13975-k-2017-7258-t-16-5-2017> Erişim tarihi: 19.03.2022.

²³⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 296.

düzenlemesinin adi ortaklıkta olağandışı işleri tarifte kullanılabileceğini belirtmiştir.²³⁵

Bu iki görüş arasında en temel fark kambiyo taahhüdünde bulunmada ve sulh, feragat ve kabul noktasında belirlemektedir. Ticari hayat için büyük önem arz eden kambiyo taahhüdü Borçlar Kanunu vekalet hükümlerine göre olağan dışı iş kabul edilmişken, Ticaret Kanunu kollektif ortaklık hükümlerine göre ise olağan iştir.

Bu kanuni dayanak arayan görüşlerden ayrı, tanımsal bir ayırım yapan başka görüş ise duran varlıklara ilişkin işlemlerin olağanüstü, bunun dışında kalan işlemlerin ise günlük ve olağan olduğunu ancak bunun dışında kalan tahkim, kabul, feragat, sulh ve bağışlama gibi işlerin her halükarda olağandışı olduğunu belirtmektedir.²³⁶

Kanaatimizce adi ortaklığın tüzel kişiliği olmayan güven esasına dayalı bir ortaklık olması ve hükümlerinin ticari hayatta hızı amaçlaması ve bu doğrultuda, yönetici atanmaması durumunda tüm ortakların yönetici olması anlamında, özden yönetim ilkesini de benimsemesi göz önüne alındığında, genişletici yorumla kollektif şirketlerdeki olağan iş, olağan dışı iş ayırımının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Kural adi ortaklıkta ortaklar için tekil yönetim olmakla birlikte, olağan dışı işlemler için tekil yönetim kuralı geçerli değildir.²³⁷ Olağan dışı işlemlerde yöneticiler açısından oy birliği ilkesi geçerlidir. Adi ortaklıkta olağan dışı işlerde oybirliği aranmasına ilişkin kuralın istisnasını gecikmesinde sakınca bulunan haller teşkil etmektedir.²³⁸ Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların

²³⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 297, KARAHAN, s. 66, DOMANIÇ, s. 401, Macit YALMAN/Erbay TAYLAN, **Adi Ortaklık**, Ankara 1976, s. 106, ÖĞÜTCÜ, s. 79.

²³⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.52.

²³⁷ AŞKAN, s.59, ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 48.

²³⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 298, ÖĞÜTCÜ, s. 65, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 80.

oybirliği gerekmesine rağmen, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.

2.6 YÖNETİCİNİN HAK VE BORÇLARI

Adi ortaklıkta, özden yönetim ilkesi ile kural olarak yönetimin bütün ortaklara ait hak ve yükümlölük olması, bütün ortakların müteselsil ve sınırsız sorumlu olmaları nedenleri ile ister kanunen yönetici olsun, ister ortaklık kararı ile atansın, yönetici ortağın ve dışardan yönetici olarak atanan üçüncü kişinin yöneticilik sıfatından ötürü hakları ve aynı zamanda adi ortaklığa karşı borçları bulunmaktadır.

2.6.1 Yöneticinin Yükümlölükleri

Adi ortaklıkta yöneticinin yükümlölükleri kaynağını adi ortaklık sözleşmesinden, Borçlar Kanunu'nun adi ortaklık düzenlemelerinden ve özellikle vekalet ile vekaletsiz iş görme hükümlerinden almaktadır.²³⁹

Yönetim yetkisi, gerek kanunen bütün ortaklarda olsun, gerekse sözleşme ile ortaklardan birisine veya birkaçına bırakılsın veya dışardan üçüncü bir kişi yönetici olarak atansın, yöneticinin öncelikli yükümlölükleri özen, hesap verme, aydınlatma ve denetimi olanaklı kılma, kusuru ile verdiği zararları karşılama ve rekabet etmeme olarak sayılabilir.

2.6.1.1 Özen Yükümlölüğü

Borçlar Kanunu'nun 628. maddesi uyarınca, her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlölü olup, özen

²³⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 301.

borcu özden yönetim ilkesi gereği, kanunen tüm ortaklar yönetici sayıldığı için, esasen bütün ortaklar için söz konusudur.

Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinin ilk fıkrasına göre *“Adi ortaklık sözleşmesinde ve kanunda aksine düzenleme olmadıkça yöneticiler ile ortaklar arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir”* Borçlar Kanunu'nun 506.maddesinin ikinci fıkrasına göre ise; *“Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”* Bu nedenle yönetici ortağın en önemli yükümlülüklerinden birisi sadakat ve özen yükümlülüğüdür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda çeşitli maddelerde “özen” kavramına yer verilmiştir. Kanun içerisinde özen kavramının tanımı ise yapılmamıştır. Doktrinde özen yükümlülüğünün ihlali ile ilgili olarak yapılan tanıma göre ihmal, sözleşmeden kaynaklı yapma ediminden sapma veya hukuk düzenin tarafından öngörülen bir kuraldan sapma olarak tanımlanmıştır.²⁴⁰ Özen kavramının yer aldığı kanun maddeleri değerlendirildiğinde gösterilen özenin sorumluluğun belirlenmesinde temel değer olarak alındığı söylenebilir. Sorumluluğun ölçülmesinde bir değer olarak özen göz önüne alındığı için doktrinde özen yükümlülüğü, kusur kavramı ile birlikte kusur kavramının içerisinde incelenmiştir.²⁴¹

Özen kavramı gibi kusur kavramının tanımı da kanunda yapılmamıştır. Kanunda tanım yapılmamış olması nedeniyle kusur kavramı öğretide farklı görüşlerle değerlendirilmiştir. Öğretide sübjektif teoriyi benimseyen görüşe göre kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan uzak durmak için iradenin yeterli derecede kullanılmaması olarak tanımlanmıştır.²⁴² Objektif teoriyi benimseyen kişilere göre

²⁴⁰ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayınevi, 2011, s. 51.

²⁴¹ GÜMÜŞ, s. 45.

²⁴² M. Kemal OĞUZMAN/ M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 54.

kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan, hoş görülme­yen davranış şekli olarak ifade edilmektedir.²⁴³

Kusurun varlığının ortaya çıkması için öncelikle hukuka aykırı bir davranışın mevcut olması gerekmektedir. kusurlu bir fiilin varlığı halinde her zaman hukuka aykırı bir davranış var olacaktır. Kusurun varlığı hukuka aykırı bir davranışın varlığına bağlı olsa da kusur hukuka aykırı davranıştan bağımsızdır.²⁴⁴ Hukuka aykırılık eylemin hukuk kuralına aykırı olmasıdır. Kusur ise hukuka aykırı eylemin hukuk sistemi tarafından ayıplanmasını açıklar.²⁴⁵ Doktrinde kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki taraflı olduğu kabul edilmektedir. Kusurun objektif tarafı, zarar verenin eyleminin aynı koşullar altında olan kişiden beklenen davranış şeklinden farklı davranmasını yani zararı önceden öngörmesine rağmen zararı bertaraf etmek için gereken özeni göstermemesini ifade eder.²⁴⁶ Kusurun sübjektif yönü olarak sorumluluk ehliyeti ile ilişkilidir. Bir kişinin kusurlu sayılması için ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir.²⁴⁷ Sorumluluğun içeriğinin belirlenmesi için kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki kısımda incelenmektedir.²⁴⁸ Kast, hukuka aykırı sonucu öngörerek ve isteyerek hareket etmektir.²⁴⁹ İhmalde ise kişi hukuka aykırı sonucu istememektedir ancak sonucun ortaya çıkmaması için şartların gerektirdiği özeni göstermemektedir.

²⁴³ EREN, s. 591.

²⁴⁴ O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018, s. 21; Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayınevi, 2018, s. 152-153.

²⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 55.

²⁴⁶ Haluk TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, 2 Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara, 1961, s. 50-51; GÜMÜŞ, s. 58.

²⁴⁷ Türk Medeni Kanunun 13. Maddesinde "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." Şeklinde tanımlanmıştır.

²⁴⁸ Ağır kusur mevcut olduğunda zararı tazmin etme sorumluluğu daha geniş olacak; hafif kusur mevcut ise daha dar kapsamlı olacaktır. Ancak sorumluluğunun ölçütü açısından kişi kusuru olmadan sorumlu tutulabiliyorsa sorumluluğu daha ağır olacaktır. Bu durumda ağır ihmali ile sorumlu sayılan kişinin sorumluluğu hafif; hafif ihmalinden sorumlu tutulan kişinin sorumluluğu ise daha ağırdır. Murat TOPUZ, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 237.

²⁴⁹ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 46; ANTALYA, s. 27.

İhmal durumunda zarar veren hukuka aykırı sonucu öngörmektedir. Buna rağmen eylemi önlemek için gerekli önlemi almamaktadır. İhmal durumunda zarar veren kişinin olumlu veya olumsuz bir eylemi neticesinde gerçekleşen özensiz davranışı kınanmaktadır.²⁵⁰ Özen kavramı, ihmalin belirlenmesi için temel kriter olarak göz önüne alınmaktadır.²⁵¹

İhmalin olup olmadığı değerlendirilirken sübjektif ve objektif ihmal teorisi farklı esaslara göre özen miktarını belirlemektedir. Sübjektif ihmal teorisini savunanlara göre zarar verenin içinde bulunduğu hal, eğitim düzeyi, şahsi yetenekleri göz önüne alınmalıdır. Doktrinde hakim görüş olarak kabul gören objektif ihmal teorisini savunanlara göre ise, makul yani aynı durum ve şartlarla karşı karşıya kalan ortalama bir üçüncü kişinin yapacağı davranış şekli dikkate alınır.²⁵²

Objektif kusur anlayışına göre zarar verenin şahsi durumu, akli ve manevi farklılıkları dikkate alınmamaktadır.²⁵³ Objektif kusur anlayışı eleştirilmektedir. Zarar verenin eylemi değil örnek tipin aynı şartlar altındaki eylemi dikkate alındığında zarar veren elinden gelen tüm çabayı sarf etmesine rağmen davranışı örnek kişinin davranışından sapıyorsa bu sapma oranı kadar kusur ortaya çıkacaktır. Bu açıdan objektif bakışın kusur kavramıyla uyuşmayacağı bu durumda kusur olmamasına rağmen kusura dayanan sorumluluğun ortaya çıkacağı savunulmuştur.²⁵⁴

Objektif bakışı savunanlara göre bu bakış zarar gören tarafla zarar veren tarafın arasında olan yarar dengesini en iyi ölçecek araç olduğunu belirtmiştir. Borçlar hukukunun amacı göz önüne alındığında ceza hukukundan farklı olarak kusurun objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. İhmal kavramı objektif olarak değerlendirilse dahi her durumda göz önüne alınacak ölçü mutlak

²⁵⁰ EREN, s. 598; NOMER, Genel Hükümler, s. 169.

²⁵¹ GÜMÜŞ, s. 58.

²⁵² EREN, s. 599; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 50-51; NOMER, Genel Hükümler, s. 170.

²⁵³ Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Y. 2004, C. 53, S. 4, s. 1-2.

²⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 60.

ve kesin değildir.²⁵⁵ Davranış şekli değerlendirilirken olayın somut şartları, zarar veren kişinin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve mesleki durumu dikkate alınır. Örnek kişinin eyleminin zarar verenin eyleminde tamamen dışlanmaması nedeniyle ihmal kavramı sübjektifliğini de muhafaza etmektedir.²⁵⁶

Yönetici ortakların özen yükümlülüğünde yöneticinin ücret alıp almamasına göre ikili bir ayırım söz konusudur.²⁵⁷ Ancak adi ortaklığın müşterek hedefi gerçekleştirmek amacıyla ticari işletme işletmesi durumunda artık ortaklar tacir sıfatına sahip olacaktır.²⁵⁸ Ortaklığın ticari işletme işletmesi durumunda özen yükümlülüğünün sınırı belirlenirken Türk Ticaret Kanunu 18. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan hükmün göz önüne alınması gerekecektir. Bu maddede tacirin, ticari faaliyetlerini yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği belirtilmiştir. Ortakların ticari işletmenin varlığının sonucu olarak tacir sayılması nedeniyle objektif bir özen ölçüsü öngörülmüştür. Tacir olan ortak ücret almasa bile sorumluluğu değerlendirilirken sübjektif özen ölçütü değil Ticaret kanununda belirtilen objektif özen ölçütü esas alınacaktır. Kanun maddesi nedeniyle ortağın, benzer bir ticari işlemlerde basiretli bir tacirin göstereceği özeni göstermesi gerekmektedir.²⁵⁹

Adi ortaklık sözleşmesi ile veya ortaklık kararı ile yönetici ortakların ücret almasına karar verilebilir. Bu konuda sözleşme ve karar serbestisi söz konusu olmakla birlikte, bu karara bağlı olarak yönetici ortağın sorumluluğu farklı hukuki rejimlere tabi olacaktır.

2.6.1.1.1 Ücret Alındığı Takdirde Özen Yükümlülüğü

Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinin son fıkrasına göre *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri*

²⁵⁵ ANTALYA, s. 31; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 53.

²⁵⁶ KOÇHISARLIOĞLU, s. 2-3; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 53; ANTALYA, s. 32.

²⁵⁷ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.74, AŞKAN, s. 64, KARAHAN, s. 56, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 304, ÇEKER, s. 229, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 31, BAHTİYAR, s. 38, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56, ÖZENLİ, s. 81.

²⁵⁸ KAYAR, s. 286; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 25.

²⁵⁹ KIRCA, s. 206.

üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” Ücret alan yönetici ortak açısından vekalet hükümleri gereği objektif ölçüde çaba ve özen beklenirken, ücret almayan yönetici ortak açısından ise sübjektif ölçüde çaba ve özen söz konusudur. Dışardan bir yönetici atanması durumunda ise bu üçüncü kişi ücret alsın veya almasın vekalet hükümleri gereği objektif özen beklenecektir.²⁶⁰

Yönetici ortağın ücret alması durumunda daha ağır bir sorumluluk devreye girmektedir.²⁶¹ BK 628/3 gereği ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, “*vekâlet*” hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Vekalet hükümlerinin düzenlendiği BK 506/2’ye göre ise vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Bu nedenle ücret alan yöneticiden beklenen özen yükümü objektif nitelikte, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir yöneticinin göstermesi gereken özendir.²⁶²

Örnek alınacak ortalama kişinin davranışı değişiklik gösterebilir. Örnek davranış şekli belirlenirken meslek gruplarına göre farklı değerlendirme yapmak gerekecektir.²⁶³ Özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumu, ihlal davranışını gerçekleştiren ortağın davranışının kendi meslek grubundaki bir diğer kişinin aynı durum altındaki davranışı ile karşılaştırılarak değerlendirilir.²⁶⁴ Meslek grubu dışında cinsiyet, yaş gibi sübjektif hususların göz önüne alınması konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, objektif özen ölçüsünün göz önüne alınması gerektiğini ileri sürerken cinsiyet gibi sübjektif faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.²⁶⁵ Aksi görüşü ileri süren yazarlara göre, yaş, yetenek

²⁶⁰ AŞKAN, s. 64, ÖZENLİ, s.81.

²⁶¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56.

²⁶² KARAYALÇIN, s. 145; TEKİL, s. 139.

²⁶³ ERTAŞ, s. 180.

²⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 322.

²⁶⁵ ERTAŞ, 180.

gibi sübjektif unsurların objektif özeni belirlerken göz önüne alınmaması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁶⁶

Kanaatimizce objektif ölçü ile birlikte sübjektif faktörlerin de değerlendirilmesi uyumsuzlukların çözülmesi için ideal sonucu sağlayacaktır. Her olayda şartların değerlendirilmesi ve özenli bir ortağın davranışından farklı davranış sergilenip sergilenmediği değerlendirilmelidir. Bu iki unsura aykırı davranan ortağın oluşan zarar yönünden kusurlu sayılması gerekmektedir.

2.6.1.1.2 Ücret Alınmadığı Takdirde Özen Yükümlülüğü

Yöneticilik görevinde ücret almayan ortak açısından ise gösterilmesi gereken özen ve dikkatin ölçüsü sübjektif nitelikte “*kendi işlerinde gösterdikleri özen ve çaba*”dır.²⁶⁷ Bu kural BK 628/1 hükmü gereği, sadece yönetici ortak için değil aynı zamanda bütün ortaklar için de söz konusudur.²⁶⁸ Madde içeriğinde ortakların birbirine karşı iç ilişkide olan sorumluluğu düzenlenmektedir. Özen yükümlülüğü ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi hali iç ilişkide göz önüne alınacaktır.²⁶⁹ Ortağın, ortaklıkla üçüncü kişi olarak işlem yapması durumunda Borçlar Kanunu 628. Madde uygulanmayacaktır. Bu durumda genel hükümler uygulanacaktır.²⁷⁰ Ortağın temsil yetkisini kullanarak üçüncü kişiymişçesine ortaklıkla işlem yapması sonucu, kendisiyle işlem yapma yasağını ihlal etmesi durumunda adi ortaklıkta temsili ele alan Türk Borçlar Kanunu 637. maddesi ve temsilin neticesini ele alan aynı kanunun 638. maddelerinin uygulanması mümkün olacaktır.

Ücret alan yönetici basiretli bir vekilin göstermesi gereken özen seviyesini yerine getirmekle yükümlü iken, ücret almayan yönetici kendi işlerinde gösterdiği özen seviyesini göstermekle yükümlü olmaktadır.

²⁶⁶ GÜMÜŞ, s. 333.

²⁶⁷ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 74, KARAHAN, s. 57, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 31, BAHTİYAR, s. 32 ŞENER, Adi Ortaklık, s. 301, ÇEKER, s. 229, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56.

²⁶⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 301.

²⁶⁹ KIRCA, s. 202, ŞENER, s. 301.

²⁷⁰ KIRCA, s. 202.

Doktrinde ücret almayan yönetici ortak açısından, sübjektif ölçütün yeterli olmadığı, zira yönetici ortak seçilmemiş ise tüm ortakların yönetici olup, tek başına yönetim işlerini yapmada yetkili olacağı ve diğer ortaklar katılmaksızın tüm yönetim işlerini yapabileceği ve bu nedenle kendi işlerinden daha fazla özenli davranmalarının beklenmesine yönelik bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁷¹ Kanaatimizce ortağın yönetici olması halinde ikili bir ayırım görülmektedir. İlk ayırım ortaklar tarafından sözleşme ile veya karar ile ortaklardan birisinin yönetici olarak atanmasıdır. Diğerisi ise bu konuda karar verilemediği hallerde kanuni yönetimin devreye girerek tüm ortakların yönetici olmalarıdır. İlk ihtimalde bir yöneticinin ücret alıp almamasına göre sorumluluğunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, ikinci ihtimalde, diğer ortakların işlem yapılmadan önce itiraz hakkının bulunması ve bu ortağın vekalet hükümleri gereği ücret almaması nedeni ile sübjektif ölçünün yeterli görülmesinde sakınca bulunmamaktadır.

2.6.1.2 Kusuru ile Verdiği Zararları Karşılama

Adi ortaklık yönetimine yüklenen özen sorumluluğunun ihlalinin, kusuru olan yönetici ortağa hukuki sorumluluk yüklemesi kaçınılmazdır. Söz konusu sorumluluk için genel tazmin sorumluluğunda olduğu gibi yöneticinin kusurlu davranışı sonucu bir zararın doğması ve bu zarar ile kusurlu davranış arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.²⁷²

Borçlar Kanunu'nun özen yükümlülüğünün düzenlendiği 628. maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“Her ortak, diğerlerine karşı, kendi kusuruyla verdiği zararları, başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatlerle mahsup ettirme hakkı olmaksızın gidermekle yükümlüdür.”* Hükme göre yalnız yönetici ortaklar değil, tüm ortakların kusurlu eylemleriyle meydana gelen zararları telafi etmekle sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Kanun metninden anlaşıldığı üzere ortağın tazminat ödeme yükümlülüğü kusurunun mevcut olması durumunda doğmaktadır.

²⁷¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 302, KARAHAHAN, s. 57.

²⁷² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 305, ÖĞÜTCÜ, s.67, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56.

Çalışmamızın önceki kısmında değinildiği üzere ortağın özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması halinde o ortak kusurlu sayılacaktır.²⁷³ Ortaya çıkan zararlar nedeniyle ortağın sorumlu olabilmesi için kusurlu eylemle birlikte hukuka aykırılık, zarar ve eylemle zarar arasında illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir. Bu şartlar açısından genel hükümlerde yer alan kurallar uygulanacaktır.²⁷⁴ Ortakların kanun hilafına hareket etmeleri ve ortaklık sözleşmesinde yer alan yükümlülükleri ihlal etmeleri gibi davranışları hukuka aykırı davranışlardan sayılır. Bu kapsamda yönetici ortağın görevini özen göstermeden yapması ve görevini hiç yerine getirmemesi gibi davranışlar hukuka aykırı davranışa örnek olarak gösterilebilir.²⁷⁵ Ortaklar kasıtlı davranışı ve ağır ihmalden her durumda sorumludur. Ortaklar hafif ihmalin olduğu durumlarda ise kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermelerine rağmen zararın engellenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler.²⁷⁶ Yönetime dair işleri ücret mukabilinde yapan ortak ise benzer konudaki bir işte aynı şartlar altında hareket eden kişinin gösterdiği özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir. Yönetici ortağın kusurunun yanında diğer ortaklarında zararın oluşmasında kusurlu olduğu durumlarda tazminat müterafik kusur göz önüne alınarak belirlenecektir.²⁷⁷

Ortaklar fiilen uğradıkları zararların yanında yoksun kaldıkları karı da, kusurlu ortaktan talep edebilirler.²⁷⁸ Yönetici ortağın kusuru ile sebep olduğu zararı tazmin borcu, diğer ortağın ortaklıktan sağladığı menfaat ile mahsup edilemez ve mahsup konusunda aksi düzenleme sözleşme ile de getirilemez.²⁷⁹ Dolayısı ile bu noktada bir mahsup yasağı söz konusudur. Kanunda yer alan

²⁷³ Çalışmamızın 77. sayfası ve devamında yer almaktadır.

²⁷⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 855; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 67; ŞENER, s. 304.

²⁷⁵ ŞENER, s. 304; KIRCA, s. 203.

²⁷⁶ KIRCA, s. 207.

²⁷⁷ KIRCA, s. 207.

²⁷⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 306, KARAHAN, s. 56.

²⁷⁹ AŞKAN, s. 66.

düzenlemenin zıt anlamından, ortağın aynı davranışı ile yol açmış olduğu zarar ve menfaat arasında takasın mümkün olduğu söylenebilecektir.²⁸⁰

BK 628/2 gereği açılacak dava niteliği itibariye bir sorumluluk davasıdır. Ortakların yönetici ortağa karşı açacakları davaya ortaklık davası niteliğinde olup, ortaklık davasının ortaklığa verilen zarar nedeniyle açılması dolayısı ile bu dava sonucu hükmedilecek tazminatın, ortağa değil adi ortaklığa ödenmesi gerekir.²⁸¹ Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması ve elbirliği mülkiyet esasının söz konusu olması nedenleri ile bu tazminat üzerinde ortaklar elbirliği ile mülkiyet esasları doğrultusunda hak sahibi olacaklardır. Böyle bir ortaklık davası açılmaması durumunda her ortak “actio pro socio” ilkesi gereği kendi ortaya çıkan zararının tazminini talep edebilir.²⁸² Ortakların tümünün dava açması halinde ise “actio pro socio” kullanılamayacaktır.²⁸³ Aynı zamanda zararın giderilmesini talep edebilmek için, ortaklığın sona ermesinin beklenmesine gerek olmadığı gibi adi ortaklığın feshini isteme zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁸⁴ Zarara uğrayan ortak bu davaya rağmen ortaklığın devamını tercih edebilir. Sorumluluk davası açma hakkı ortaklara ait olup, sorumluluk davasını ortaklık alacaklılarının açması mümkün değildir.²⁸⁵

Adi ortaklık sözleşmesinde emredici hükümler hariç olmak üzere, kural olarak sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olması ve bu sorumluluğa ilişkin düzenlemenin emredici bir hüküm içermemesi nedeni ile ortaklık sözleşmesi ile aksinin kararlaştırılması mümkündür.²⁸⁶ Bu şekilde bir düzenleme olması durumunda ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı doğrultusunda benimsenen sorumluluk rejimi geçerli olacaktır. Ancak ortaklık kararları için oy birliği aranması nedeni ile ortaklık kararı olması durumunda tüm ortakların bu konuda oybirliği ile karar almaları gerekecektir.

²⁸⁰ KARAYALÇIN, s. 145; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 68-69.

²⁸¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.56.

²⁸² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 309, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56, ÖĞÜTCÜ, s, 68, KARAHAN, s. 57, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 31.

²⁸³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 56.

²⁸⁴ ÖĞÜTCÜ, s.68, KARAHAN, s. 57.

²⁸⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.56.

²⁸⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.57.

Türk Borçlar Kanunu 628. maddesi emredici özelliği yoktur.²⁸⁷ Emredici hüküm olmadığı için ortağın sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları yapılabilir. Sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olması için anlaşma genel hükümlerde yer alan kurallara uygun olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu 115. Maddesi gereği ortağın kast ve ağır ihmali kaldırır sorumsuzluk anlaşması geçerli olmayacaktır. Bu sebeple sorumluluğun kaldırılması söz konusu değildir. Sorumsuzluk anlaşması yapılması sonucunda sadece ilgili ortağın sorumluluğu sınırlandırılabilir.²⁸⁸ Kasıtlı veya ağır kusurlu davranışı ile hukuka aykırı eylem gerçekleştiren ortak her durumda sorumlu olacaktır. ²⁸⁹ Ortağın hafif kusurundan kaynaklı zararlarda sorumlu tutulmayacağına dair anlaşma yapılması halinde bu anlaşma geçerli sayılacaktır.²⁹⁰ Hafif kusurdan kaynaklı sorumluluğu ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları hakkında kanunen iki sınırlama konulmuştur.²⁹¹

İlk sınırlama kanun veya yetkili makamın verdiği izinle yapılan uzmanlık faaliyetleridir. Bu faaliyetler hakkında hafif kusuru ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır. Ortaklığın faaliyetinin uzmanlık gerektiriyor ve resmi makamın vereceği izin ile yürütülebiliyorsa yönetici ortağın hafif kusurundan sorumlu tutulmayacağına dair sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır. İkinci olarak hizmet sözleşmesi nedeniyle ortaya çıkan borçlarda ağır kusuru ve hafif kusuru ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmasının yapılması mümkün değildir.²⁹²

Ortakların sorumluluğunu azaltan anlaşmalarla birlikte hafif kusuru da kapsayacak şekilde tüm kusurlu eylemlerinden sorumlu olacaklarına dair anlaşmaların yapılması mümkündür.²⁹³

²⁸⁷ ŞENER, s. 303; KIRCA, s. 207.

²⁸⁸ Nilgün BAŞALP, Sorumsuzluk Anlaşması, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 49.

²⁸⁹ BAŞALP, s. 224-225; KIRCA, s. 206.

²⁹⁰ BAŞALP, s. 228-229.

²⁹¹ BAŞALP, s. 249.

²⁹² BAŞALP, s. 250.

²⁹³ ŞENER, s. 302.

2.6.1.3 Hesap Verme, Kazanç Payı Dağıtma ve Denetimi Mümkün Kılma Yükümü

Adi ortaklıkta emek veya mallar müşterek bir amaca ulaşmak amacıyla birleştirilmekte ve bu amacın gerçekleşmesi için yöneticiler önemli bir görev icra etmektedirler. İşte yöneticilerin hem hak hem de görev alan bu faaliyetleri sonucu adi ortaklığın kar veya zarar elde etmesi söz konusu olabilmektedir. Özden yönetim ilkesi gereği bütün ortakların yönetici olması ve her yönetici ortağın yönetim işlerini gerçekleştirmede tek başına yetkili olması nedeni ile de yönetici ortakların faaliyetleri sonucu oluşan kar veya zarardan diğer ortakların haberdar olması ve kar elde edilmiş ise bu karın kazanç payı olarak ortaklara dağıtılması gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 622. maddesi uyarınca, *“ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler.”* Kanun koyucu kazanç kavramının ne olduğunu açıklamamış ancak, ortaklığın kar etmesi durumunda bu kazanç payının yılda en az bir kez yönetici ortak tarafından diğer ortaklara dağıtılması gerektiğini 630. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlemiştir.²⁹⁴

Kar ve zarar adi ortaklığın bilançosunun yapılması ile ortaya çıkabilecek olup, yönetici ortaklar yılda en az bir kez hesap verme yükümü altındadırlar.²⁹⁵ Kar ifadesi ile kastedilen vergi ve masraflar indirildikten sonra adi ortaklıkta kalan net kardır.²⁹⁶ Kar ve zararın ortaya çıkarılabilmesi için yöneticilerin yönetim faaliyetlerini yürütürken bu faaliyetlerle ilgili defter ve kayıtları tutma, kar zarar analizini yapma ve bu konularda ortaklara hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁹⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.10.1980 tarih 4202/5464 sayılı kararında *“kar veya zarar ortaklık yöneticilerinin ortak gaye uğruna giriştikleri*

²⁹⁴ KARAHAAN, s. 44, ALVER, s.6.

²⁹⁵ AŞKAN, s. 65, ŞENER, Adi Ortaklık, s.311, KARAHAAN, s.44.

²⁹⁶ ÖĞÜTCÜ, s.68.

²⁹⁷ AŞKAN, s. 65; ŞENER, s. 311.

uğraşların bir hesap dönemi sonunda ortaklık malvarlığında yarattığı artma veya azalmadır. Kar ya da zarar, muhasebe kurallarına göre yapılacak bilançoda görülür”²⁹⁸

Borçlar Kanunu’nun 630. maddesinin 3. fıkrasında ise yönetici ortağın hesap verme yükümü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre “yönetici ortaklar, yılda en az bir defa hesap vermek ve kazanç paylarını ortaklara ödemekle yükümlüdürler. Hesap döneminin uzatılmasına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Ortaklığı yönetenin ortaklardan birisi olmaması durumunda da aynı kural uygulanır.” Her ne kadar söz konusu maddede sadece yönetici ortaktan bahsedilmiş ise de aynı borç dışardan yönetici olarak atanan üçüncü kişi için de geçerli olmasına rağmen, yönetici olmayan ortağın hesap verme yükümü söz konusu değildir.²⁹⁹

Adi ortaklık sözleşmesinde kural sözleşme serbestisi olmakla birlikte, emredici hükümlerde tarafların irade serbestisi söz konusu değildir. İşte adi ortaklıkta hesap verme yükümü emredici nitelikte olup, Borçlar Kanunu’nun 630/3. maddesine göre tarafların asgari bir yıllık hesap verme süresini uzatmaları mümkün değildir. Hesap dönemini bir yıldan fazla olacak şekilde yapılan anlaşma kesin hükümsüz olacaktır.³⁰⁰

Kanunda sürenin uzatılmasının mümkün olmadığı belirtilmiş olup hesap verme süresinin kısaltılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.³⁰¹ Bu nedenle ortaklar sözleşme ile veya ortaklık kararı ile hesap verme süresini bir yıldan daha az olarak belirleyebilirler.

Yöneticinin hesap verme sorumluluğu yalnız yöneticilik yaptığı süreye ilişkindir. Yöneticilik yetkisinin sona erdikten sonraki döneme dair hesap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁰²

²⁹⁸ KARAHAN, s. 44.

²⁹⁹ AŞKAN, s. 65, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 313.

³⁰⁰ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 60; AŞKAN, s. 65; ŞENER, Adi Ortaklık s. 313-314.

³⁰¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s.313, BAHTİYAR, s. 39.

³⁰² ŞENER; Adi Ortaklık, s.315.

Hesap verme yükümü ortaklık fesih edilmiş veya sona ermiş olsa bile, ortaklığın devam ettiği süreye ilişkin yönetici ortağın hesap verme yükümü devam edecektir.³⁰³ Adi ortaklıkta sona ermenin düzenlendiği BK 639'a göre; "*Ortaklık, haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla*" sona erer. Hesap verme yükümüne aykırı davranılması Yargıtay'a göre haklı nedenle ortaklığın feshini isteme sebeplerindendir.³⁰⁴

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 03.06.1986 tarih ve 2472/3363 sayılı kararına göre "Davalı idareci ortağın hesap vermemek ve kar payı ödememek sureti ile sözleşmeye aykırı davrandığı sabit olduğu takdire, davacı ortakların haklı nedenlere dayanarak ortaklığın feshini ve tasfiyesini istemeye hakları olduğu kabul edilmelidir. Davalı ortak, sermaye payları oranına göre davacı ortaklara dava tarihine kadar kar paylarının ödendiğini ileri sürmüştür. Bu konuda hesap vermek ve ödemeyi ispat etmek davalının borcudur." Haklı sebebe dayanarak ortaklığın feshinin talep edilebilmesi için ortağın kusuru şart olmayıp, haklı sebep ortaktan kaynaklanabileceği gibi, ortaktan kaynaklanmayan sebeplerden de ileri gelebilir. Bu noktada ortaklardan herhangi birisinin sorumlu olduğu esasa ilişkin görevlerini yerine getirmemesi, yönetim işlerinde usulsüzlükler yapması veya sürekli bir hastalığı nedeni ile yükümlülüklerini yerine getirememesi, ortakların birbirlerine yönelik kötü davranışları gibi sebepler ortaklığın haklı nedenle feshini sağlayabilir.³⁰⁵

Kanunun 630. maddesinde yalnız kazanç paylaşımından söz edilmiştir. Ancak ortaklar kazanç paylaşımı gibi ortaya çıkan zararları da paylaşmakla yükümlüdür.

Sözleşmede kazanç ve zararın nasıl paylaşılacağına dair bir düzenleme yapılmamışsa kural olarak ortaklar eşit olarak kazancı paylaşır ve zarara katlanır.

³⁰³ ŞENER; Adi Ortaklık, s.317.

³⁰⁴ ÖZENLİ, s. 245.

³⁰⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 489.

³⁰⁶ Ortaklar adi ortaklık sözleşmesinde bu durumun aksine bir düzenleme yapabilir.³⁰⁷ Sözleşmeye kazancın ve zararın paylaşımı konusunda farklı kriterler koyulabilir.³⁰⁸

Ortaklık sözleşmesinde kazanç paylaşımına dair kural konulmamış, zarara katlanma konusunda katılma payı olarak sadece emeğini getiren ortak zarardan muaf sayılmış diğer ortaklar hakkında zarara katlanma konusunda oransal bir paylaşım için anlaşma yapılmış olabilir. Bu durumda zarar paylaşımına dair kuralın kazanç paylaşımı için de kabul edileceğini düzenleyen 623. Maddenin 2. Fıkrasının nasıl uygulanacağı tartışılabilir. Böyle bir olasılık için kabul edilen çözüm katılma payı olarak emeğini getiren ortağın eşitlik ilkesine göre ortaya çıkacak kazançtan pay alması, kalan kazancın ise diğer ortakların zarara katlanma konusunda anlaşılan orana göre bölüşülmesidir.³⁰⁹

Ortaklığa katılma payı olarak sadece emeğini koyan ortakların zarara katlanmayacağı sözleşme ile kabul edilebilir. Ancak bu durum sadece ortaklar arası iç ilişkide ileri sürülebilecektir. Ortakların, adi ortaklıkta borçlarından dolayı sınırsız ve birinci derece sorumlu olmaları nedeniyle üçüncü kişilere karşı zarara katlanmayacaklarına ilişkin adi ortaklık sözleşme hükmünü ileri süremezler.³¹⁰ Ancak ödeme yapmak zorunda kalan ortağın iç ilişkide diğer ortaklara rücu etme hakkı bulunmaktadır.

Kural olarak kazanç ortaklara nakden ödenecektir. Adi ortaklık sözleşmesinde kazancın aynen ödenmesi de kararlaştırılabilir.³¹¹

Adi ortaklıkta yöneticinin denetimi olanaklı kılma yükümü ise Borçlar Kanunu'nun 631. maddesinde düzenlenmiş olup; *“Yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme,*

³⁰⁶ DOMANIÇ, s. 79; BAHTİYAR, s. 36; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 59; AŞKAN, s. 81.

³⁰⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 60; ŞENER, S. 234-235; DOMANIÇ, s. 79.

³⁰⁸ ŞENER, s. 235.

³⁰⁹ DOMANIÇ, s. 80; ŞENER, s. 238.

³¹⁰ DOMANIÇ, s. 399; ŞENER, s. 238.

³¹¹ ŞENER, d. 244; KARAYALÇIN, s. 140.

bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır.” Tüm ortaklar için hak olan bu durum, yönetici açısından bir yükümlülüktür.

Adi ortaklıkta bu kadar kapsamlı bir denetim hakkı tanınmasının nedeni ortakların sorumluluk esasına ile ilgilidir.³¹² Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile kurumsal olarak denetim organı bulunmamakta ise de müteselsil, sınırsız ve birinci derecede sorumlu olan bütün ortakların, yönetim işlerini kontrol şeklinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Ortakların denetleme hakkına sahip olması sayesinde ortaklar kazanç paylarının veya katlandıkları zararın sözleşmeye ve kanuna uygun olarak hesaplanıp hesaplanmadığını kontrol edebilirler.³¹³ Aynı şekilde yöneticilerin yönetime ilişkin faaliyetlerinin özen borcu kapsamında yerine getirilip getirilmediği ve yükümlülüklerine uygun olarak davrandıkları veya davranmadıkları denetleme hakkı vasıtasıyla tespit edilir.³¹⁴

Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta; itiraz hakkı sadece yönetim yetkisi olan ortağa tanınmış iken, denetim hakkı yönetici olsun olmasın tüm ortaklara tanınmış bir haktır.³¹⁵ Yönetici ortakların işlemi yapan diğer yöneticilerden bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Yönetici ortaklar itiraz hakkını kullanmak yoluyla yapılacak bir işleme engel olabilir. Bu yüzden yönetici ortakların yapılan işleri incelemesi hem hakkın kullanımıdır hem de bir yükümlülüktür. Yönetici olmayan ortakların itiraz hakkı bulunmadığı için yapılan işlerin incelemesi yalnız denetleme hakkının kullanımı demektir.³¹⁶

Ortakların denetim hakkına ve dolayısıyla yöneticinin denetimi mümkün kılma yükümüne ilişkin düzenleme emredici olup, Borçlar Kanunu’nun 631. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Dolayısıyla denetim ve inceleme yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin adi ortaklık sözleşmesinde düzenleme yapılması mümkün olmadığı gibi

³¹² ŞENER, Adi Ortaklık, s.354, BAHTİYAR, s. 34.

³¹³ ŞENER, s. 355.

³¹⁴ ARSLANLI, s. 304; ŞENER, 354-355.

³¹⁵ KARAHAHAN, s. 42, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 59, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 78, BİLGİLİ/DEMİRKAPI s.34.

³¹⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 71.

sonradan bu konuda ortaklık kararı alınması da mümkün değildir. Böyle bir karar alınmış ise alınan kararlar hükümsüzdür.³¹⁷ Ortakların geleceğe etkili olacak şekilde denetleme hakkından feragat etmesi mümkün değildir.³¹⁸

Denetleme hakkının kaldırılması veya sınırlandırılması mümkün değil ise de; bu hakkın ortaklar lehine genişletilmesi veya icrasının kolaylaştırılması mümkündür. Denetim hakkına tüm ortakla sahip olmakla birlikte, denetim ve incelemenin teknik incelemeleri gerektirmesi durumunda, denetim hakkını kullanan ortağın bu konuda dışardan bir üçüncü kişiden yardım almasında kanuni bir engel ve sakınca bulunmamaktadır.³¹⁹ Denetleme hakkı ortaklar için mutlak bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanım sınırını iyi niyet kuralları çizmektedir, bu nedenle hak mutlak ise de bu hakkın iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı kullanımı mümkün değildir.³²⁰ Dolayısı ile denetim hakkının kullanılması ortaklığın işleyişine engel olmamalıdır.

Denetleme hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanımını meydana getirmediği sürece ortakların denetleme hakkı engellenemez. Engellenmesi halinde yöneticilerin sorumluluğu olabileceği gibi denetleme hakkının engellenmesi nedeniyle haklı nedenle ortaklığın feshi talep edilebilir.³²¹

Ortakların denetleme hakkını kullanmak istediklerinde muhataplarının kim olacağı kanunda belirtilmemiştir ancak bu konuda denetlemenin yapılabilmesi için gerekli koşulları sağlamanın yöneticilerin yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.³²²

2.6.1.4 Rekabet Yasağı

Rekabet yasağının düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 626. maddesine göre *“Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın*

³¹⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 71; ŞENER, s. 356; BAHTİYAR, s. 37.

³¹⁸ YILDIRIM, Ali Haydar, ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN DENETLEME HAKKI (TBK 631), s.197. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753766> Erişim tarihi 01.05.2022, ŞENER, s. 355.

³¹⁹ KARAHAN, s. 43, ŞENER, Adi Ortaklık. S.355.

³²⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 365, KARAHAN, s.43, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.59, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 78, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 35, ÖGÜTCÜ, s.69.

³²¹ ŞENER, s. 366; KARAYALÇIN, s. 147.

³²² KARAYALÇIN, s. 145; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 71; ŞENER, s. 359.

amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar.” Bu nedenle ortaklar, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri kendilerinin veya başkalarının menfaati gereği yapmama yükümü altındadırlar.

Rekabet yasağı, sadakat yükümünün bir yansımasıdır.³²³ Dolayısı ile sadakat yükümünün kaçınmaya ilişkin en önemli yansıması rekabet yasağıdır. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak yöneticiler ve ortaklar rekabet etmeme yükümü altındadır.

Sermaye şirketlerinde özünde yöneticiler için geçerli olan rekabet yasağı, adi ortaklıkta yönetici olsun olmasın bütün ortaklar için getirilmiştir.³²⁴ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 20.01.1987 tarih ve 6120/133 sayılı kararına göre “Borçlar Kanunun rekabet yasağına ilişkin hükmü gereğince adi ortaklıkta, ortaklardan hiçbiri kendi hesabına ve ortaklığın amacına aykırı veya zararlı işleri yapamaz. Yönetici olan ortak, ortaklık işlerini yürütürken ortaklık işleri için kendi işlerinde gösterdiği çaba ve özeni göstermek zorundadır. Haklı neden var ise yönetici ortağın ortaklığı yönetme yetkisi kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir.”³²⁵ Bu nedenle bir ortağın yönetim hakkına sahip olmaması onu bu yükümlülüğün kurtarmayacaktır. Adi ortaklıkta bütün ortaklar için geçerli olan rekabet yasağı, öncelikle özen yükümü borcu altında olan yöneticiler için geçerlidir. Zira yöneticiler ortaklığın sırlarına, çalışma şekline ve hedeflerine diğer ortaklara göre daha hakimdirler.³²⁶ Rekabet yasağı sadece yönetici olan ortaklar hakkında değil tüm ortaklar için mevcuttur.³²⁷ Yönetici olmayan ortaklar bilgi edinme ve denetleme hakkını kullanarak ortaklıkla ilgili bilgileri edinmektedir.³²⁸ Bu nedenle

³²³ ÖZ s. 115, POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 72, İsmail KAYAR, “Limited Şirket’te Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayınevi, 2003, s. 311; EREN, Özel Hükümler, s. 857; Murat Yusuf AKIN, Şirketler Hukukunda ve Özellikler Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 44.

³²⁴ AŞKAN, s.82, ÇEKER, s. 231, ÖĞÜTCÜ, s.70, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.34, KARAHAN, s.56, ÖZENLİ, s. 95, GÜNDAY, s. 1629, AKIN, s. 44.

³²⁵ ALVER, s. 28, GÜNDAY, s. 1629.

³²⁶ AŞKAN, s. 67.

³²⁷ GÖKSOY, s. 634.

³²⁸ KAYAR, Rekabet Yasağı, s. 311; DOMANIÇ, s. 77.

tüm ortakların öğrendikleri bu bilgileri ortaklığın menfaati ile ters düşecek şekilde kullanmaması gerekir.³²⁹

Rekabet yasağını düzenleyen kural emredici düzenlemelerden olmadığı için, ortaklık sözleşmesi ile veya ortaklık kararı ile genişletilmesi, sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür.³³⁰

Rekabet yasağının kapsamının genişletilmesi halinde dikkat edilmesi gereken konu Türk Medeni kanunun 23. Maddesine aykırı olmamasıdır. Kişinin özgürlüğünün kanuna veya ahlaka aykırı sınırlanması kanun gereği yasaklanmıştır. Ortakların ekonomik hürriyetini tamamen ortadan kaldıran anlaşma hükümsüz sayılacaktır.

Rekabet yasağının daraltılmasının sınırı ortaklık amacının zarar görmemesidir. Dolayısı ile rekabet yasağının kaldırılmasının müşterek amaca ve müşterek amaç için birlikte çaba unsurlarına aykırılık teşkil etmemesi ve adi ortaklığın iktisadi gayelerine engel olmaması gerekmektedir. Zira adi ortaklığın devamı boyunca sürmesi gereken müşterek amacın sona ermesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi adi ortaklığın sona ermesini gündeme getirecektir. BK 639/I'e göre ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi adi ortaklığın sona ermesi sebeplerindendir.³³¹

Rekabet yasağının nedeni ortak olma sıfatından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ortaklığın sona ermesi halinde rekabet yasağı son bulacaktır. Ortaklığın tasfiye sürecinde tasfiyeyi engelleyen davranışlarla sınırlı olmak üzere rekabet yasağı devam edecektir.³³²

³²⁹ GÖKSOY, s. 661, KAYAR, Rekabet Yasağı, s. 311.

³³⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 349, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.34, KARAHAN, s.56.

³³¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Bu konuda aksi görüşte olup rekabet yasağının tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. s. 72.

³³² GÖKSOY, s. 657; ŞENER, s. 350; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU aksi görüşte olup tasfiye sürecinin sona ermesinin beklenilmesine gerek olmadığını, bu safhada rekabet yasağının kalktığını belirtmektedir. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 72.

Rekabet yasağının ihlali halinde dava yolu ile bunun sonlandırılması talep edilebileceği gibi tazminat ve işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını talep edilmesi gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda rekabet yasağına aykırı davranış, bu davranış sonucu meydana gelen zarar ve davranışla zarar arasında mevcut olan illiyet bağı ispatlanmalıdır. Rekabet yasağına uymayanın yönetici ortak olması durumunda ise yönetim yetkisinin sonlandırılması talep edilebileceği gibi bu yönetici ortağın haklı nedenle ortaklıktan çıkarılması ve özelliklerine göre de ortaklığın feshi söz konusu olabilir.³³³

Adi ortaklıkta rekabet yasağının ihlali halinde ortaklardan birisi kendi menfaatine iş gördüğü için gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı uygulama alanı bulacaktır.³³⁴ Bu nedenle BK 530'a göre” *İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*” hükmü gereği yetkisiz olarak, kendi menfaatine ve rekabet yasağına aykırı olarak bir iş görmesi suretiyle ortaklığın hukuk alanına müdahale etmesi nedeni ile elde etmiş olduğu menfaati ortaklığa devretmesi gerekir³³⁵

2.6.2 Yöneticinin Hakları

Ortaklığın yönetimine dair kararlar ile ortaklık kararları birbirinden farklı kavramlardır. Ortaklık hakkındaki kararlar, ortaklığın yapısına dair kararları ifade eder. Örneği, adi ortaklık sözleşmesinin değiştirilip düzenlenmesi, adi ortaklık yöneticilerinin belirlenmesi, adi ortaklığın sonlandırılması gibi kararlar, ortaklık kararları içerisinde yer alır.³³⁶ Ortaklık kararları ortaklığın yönetiminden farklıdır. Ortaklığın yönetimine dair kararlar müşterek hedefe ulaşmak amacıyla yapılacak olağan işleri kapsar. Olağanüstü işler yapılmak istenirse ortaklık kararı alınması

³³³ KARAHAAN, s. 59, ŞENER Adi Ortaklık, s. 352, ÖZENLİ, s. 96, AKIN, s. 48.

³³⁴ Yaşar Can GÖKSOY, Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel sayı 2007, (633-681), s. 678.

³³⁵ SÜZEL/YASAN, s. 366.

³³⁶ BAHTİYAR, s. 34; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 60.

gerekmektedir. Adi ortaklık sözleşmesi içerisinde ortaklık kararlarının içeriği genişletilebilir. Bu vesileyle yönetimle ilişkili olan olağan işlerinde ortaklık kararı alınarak yapılacağına karar verilebilir.³³⁷

Adi ortaklıkta yönetimin ortaklar için bir hak ve ödev olması sonucu, yöneticilik sıfatı ortaklara yükümlülüklerin yanında bazı haklarda yüklemektedir. Genel olarak bu haklar; yönetme hakkı, masraf, borç, avans ve faizleri talep hakkı ile ücret hakkı olarak sayılabilir.

2.6.2.1 Yönetme Hakkı

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeni ile bir yönetim organı bulunmamakta ise de yönetim fonksiyonu ortaklık sıfatı dolayısıyla ortaklarda toplanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin ilk fıkrası uyarınca *“Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.”*

Adi ortaklıkta yönetici ortağın en temel ve ilk hakkı yönetme hakkıdır.³³⁸ Bu hak kaynağını ortaklık sözleşmesinden, ortaklık kararından veya özden yönetim ilkesi gereği kanundan alabilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeni yönetim hakkına sahip olan yöneticinin tüzel kişiliklerdeki gibi bir yönetim organı olmadığıdır.³³⁹

Yönetim hakkını elinde bulunduran ortaklar kanunda düzenlendiği şekilde yönetime ilişkin görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Ortaklar için yönetim hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.³⁴⁰

Yönetici olarak atanan ortağın hakkı yönetim iken, yönetici olarak atanmamış ortağın hakkı ise denetimdir. Aynı zamanda yönetim yetkisi birden

³³⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 61.

³³⁸ AŞKAN, s.62, ÖZENLİ, s. 77.

³³⁹ ÖZENLİ, s. 77.

³⁴⁰ PULAŞLI, s. 74; KARAYALÇIN, s. 142; ÖZENLİ, s. 76; DOMANIÇ, Şerh, s. 400; YALMAN/TAYLAN, s. 106; ŞENER, s. 290 .

fazla ortağa bırakılmış ise yönetim yetkisini söz konusu işlem için kullanmayan yönetici ortağın bu işleme itiraz hakkı bulunmakta olup, itiraz hakkı yönetim hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.³⁴¹

Yönetim yetkisini elinde bulunduran her ortak tarafından olağan işler diğer yönetici ortakların katılımına ihtiyaç duyulmadan yapılabilmektedir. İşleme katılmayan yönetici ortaklar işleme itiraz edebilirler.

Yönetim hakkının kapsamını sadece olağan işler oluşturmakta olup, gecikmesinde sakınca bulunan haller hariç olmak üzere, olağanüstü işlerin görülmesinde yönetici olsun olmasın bütün ortakların katılımı gerekli ve zorunludur.

2.6.2.2 Masraf, Borç, Avans ve Faizleri Talep Hakkı

Borçlar Kanunu'nun 627. maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar; bu ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğradığı zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararları, diğer ortaklar gidermekle yükümlüdürler.”*

Adi ortaklığın yönetimi sırasında bir takım masrafların ve harcamaların yapılması gerekebilir. Ortaklık mevcutlarında avans olarak kullanabilecek bir tutar olması durumunda bu harcamaların yapılması sorun teşkil etmemekte ise de mevcutlarda böyle bir miktar yok ise bu harcamalar yapılmadan önce ortaklardan harcama miktarı talep edilebileceği gibi, kimi durumlarda bu harcamalar ortaklık menfaati gereği yönetim hakkı kapsamında doğrudan yönetici tarafından gerçekleştirilebilir. Yönetim yetkisine sahip olan ortağın, ortaklık işleri ile ilgili yaptığı masraf ve harcamaları diğer ortaklardan talep hakkı bulunmaktadır. Yönetici açısından hak oluşturan bu durum, diğer ortaklar açısından ise yükümlülüktür.

³⁴¹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.78, ÖZENLİ, s.77.

Yönetici ortağın yaptığı masrafları talep edebilmesi için adi ortaklık sözleşmesinde düzenleme olmasına gerek yoktur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda değerlendirilen bir uyuşmazlıkta yönetici ortağın, adi ortaklığın devamı ve gelir elde etmesi için yapmak zorunda kaldığı masrafları diğer ortaklardan talep etme hakkının olduğu belirtilmiştir.³⁴² Bu masraflar hakkında adi ortaklık sözleşmesine göre diğer ortakların mutabakatının aranması gerektiği şeklindeki savunmaya itibar edilemeyeceği belirtilmiştir.”³⁴³ Dolayısı ile adi ortaklık sözleşmesinde masraf ve harcamalar konusunda bir düzenleme olmasa dahi yönetici ortağın, ortaklık için yaptığı zorunlu harcamaları talep hakkı bulunmaktadır.

Karşı oy yazılarında bu görüşe itiraz edilmiştir. Batı yorumcularına göre "sözleşme"nin “ tarafların kanunu" olduğu belirtilmiştir. Bu gerekçeyle iki tarafında sözleşmeye uyması mecburi olacaktır. Sözleşmeye aykırı davranan tarafın sözleşmeye aykırı davranışının yol açacağı sonuçlara katlanması gerekecektir. Yönetici ortağın öncelikle hesap vermesi ve giderlerin artmasındaki zorunlu sebepleri açıklayarak diğer ortakların onayını alması gerekmektedir. Bu onay alınamadığı takdirde yönetici ortağın sözleşmeyi feshetmesi ve mahkemeye başvurması gerekmektedir. Bu aşamadan önce diğer ortakların nam ve hesabına işlem yapılması diğer ortakların sözleşme iradesine aykırı olacaktır. Tarafların iradesi sözleşmenin kuruluşunu sağladığı için öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Hukuk düzeni içerisinde taraflar arası yapılan sözleşmeye öncelik tanınmış ancak sözleşmenin içeriğinin taraflarca belirlenmesi serbestisini bir yandan sözleşme, sözleşmede açıkça düzenlenmemiş konular hakkında, diğer yandan sözleşme içeriğinin hukuk sisteminin sözleşme serbestisi için öngördüğü çerçeveye uygun düşmesini belirleyerek sınırlamıştır. Sözleşme içeriği, hukuk düzeninin gereği olarak hakim müdahale yetkisinin dışında kalacaktır. Hakimin

³⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.02.1994 tarih ve 801/58 sayılı kararı.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1990-293-k-1990-400-t-27-06-1990>.

Erişim tarihi: 02.02.2022.

³⁴³ Mustafa SALDIRIM, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu, Ankara 2013, s. 1217.

tarafların üzerinde anlaştığı sözleşme şartlarına karışması uygun değildir. Çoğunluk üyenin görüşü gereği tarafların sözleşme ile belirledikleri irade alanına girilmesi bir yorum değildir. Böyle bir davranış tarafların sözleşmesine müdahale anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda verilen karara karşı oy yazısı yazılmıştır.

Kanun koyucu yönetici ortağın giderlerini isteyebileceğini düzenlemiş olmasına rağmen, nelerin gider olabileceğini açıklamamıştır. Adi ortaklıkta, ortaklık gayesini gerçekleştirebilmek için, ortakların yaptıkları işlerden doğan ve yönetim faaliyetlerinin zorunlu bir sonucu olan harcamaları gider olarak tanımlamak mümkündür.³⁴⁴ Bu noktada adi ortaklık için yapılan ulaşım masrafları, ulaşım da ortaklığa ait araçların tamir ve bakım harcamaları ve resmi ödemeler örnek olarak sayılabilir. Dikkat edilmesi gereken nokta bu masrafların ortaklık için zorunlu olması, yönetim işinden kaynaklanması ve rayice uygun olmasıdır.³⁴⁵ Dolayısı ile yönetim işlerinden kaynaklanmayan şahsi harcamaların talep edilebilmesi mümkün değildir. Harcamaların sınırını ve ortaklık işleri ile ilgili olup olmadığını ortaklığın amacı belirleyecektir.

Ortaklık amacını gerçekleştirmeye uygun giderleri ve harcamaları talep hakkı öncelikle yönetici ortakta olmakla birlikte, tüm ortakların giderlerini ve harcamalarını talep hakkı bulunmaktadır.³⁴⁶ Yönetici ortağın yaptığı bu masraf ve harcamaları hangi oranda isteyebileceği konusunda varsa ortaklık sözleşmesindeki hükümlere veya ortaklık kararına bakmak gerekir. Sözleşmede veya ortaklık kararında bu konuda hüküm bulunmaması durumunda ise ortaklar bu masraf ve harcamalara eşit olarak katılacaklardır.³⁴⁷ Ortaklık paylarının farklı olması durumunda ise adi ortaklık sözleşmesinde bu konuda bir hüküm yok ise hakkaniyet kuralları gereği her ortağın payı nispetinde masraf ve harcamalara

³⁴⁴ KARAHAAN, s. 46, ŞENER, Adi Ortaklık, s.327.

³⁴⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, 329.

³⁴⁶ KARAHAAN, s.47, ÖZENLİ, s.78.

³⁴⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 54, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 340.

katılması gerekmektedir. Bu doğrultuda masrafı gerçekleştiren ortak, kendi payını aşan harcama yaptığı oranda, diğer ortaklardan yaptığı harcamayı talep edebilir.³⁴⁸

Yapılan giderlerin diğer ortaklardan talep edilebilmesi için talep konusu olan giderin rayice uyumlu olması gerekir. Rayicin üzerinde ve fahiş olarak yapılan giderler olursa bu durumda diğer ortakların sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.³⁴⁹

Yargıtay tarafından verilen kararlarda ortaklardan herhangi birisinin ortaklık işleri için yaptığı harcamalardan veya üstlendiği borçlardan nedeniyle diğer ortakların işlemi gerçekleştiren ortağa karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle ortaklık adına ödeme yaptığını ispat edebildiği sürece diğer ortaklardan bu bedelleri talep edebileceği belirtilmiştir.³⁵⁰

Avans verilmesi durumunda ise avans veren yönetici ortağın bu avans için verdiği günden itibaren faiz isteyebileceği BK 627/2 de düzenlenmiştir. Avansın verildiği tarihte faiz işlemeye başlayacaktır. Ayrıca adi ortaklık sözleşmesinde avansı talep hakkına dair düzenleme bulunmasa dahi yönetici ortağın bu hakkı kanun gereğidir ve ortaklık menfaatleri için harcama yapan yönetici ortak bu tutarı faizi ile birlikte talep edebilir.³⁵¹

Kanun maddesinde sadece verilen avanslar için faiz talep edilebileceği belirtilmiştir. Doktrinde kanun maddesinin geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.³⁵² Geniş yorumlama yapılırsa avans haricinde ortaklığın işleri için yapılan ve işleri yapan ortağın malvarlığında eksilmeye neden olan her türlü ödemeler hakkında faiz talep edilebilecektir. Ortaklık için konulan katılma payı

³⁴⁸ PULAŞLI, s. 77.

³⁴⁹ ŞENER, s. 329.

³⁵⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2916/17908 E., 2018/4889 K., 09.05.2018 tarihli kararı <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6001-k-2009-12369-t-28-10-2009>.

Erişim tarihi 13.01.2022.

³⁵¹ AŞKAN, s. 62.

³⁵² KARAYALÇIN, s. 146.

ise bu faiz talebi için bir istisnadır. Ortaklığa konulan katılma payı hakkında faiz talep edilemeyecektir. Bu durumun aksi ise sözleşme ile kararlaştırılabilir.³⁵³

Tek başına yönetim yetkisinin sınırının olağan işler ve gecikmesinde sakınca bulunan haller olması nedeni ile bu sınırın aşılması durumunda harcama yapan yönetici ortak harcamalarını BK 627'ye göre değil, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilecektir.³⁵⁴

Adi ortaklığın yönetimi sırasında ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğradığı zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararlarını da BK 627'ye göre diğer ortaklar gidermekle yükümlüdürler.

Kanun koyucu yönetim işleri yüzünden doğrudan uğranan zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararların talep edilebileceğini belirtmiş ancak nelerin bu kapsama girdiğini açıklamamıştır. Bu kapsamda yönetim fonksiyonunun icrası sırasında yöneticinin geçirdiği trafik kazası veya yöneticilik sırasında uğranan iş kazaları bu kapsamdadır.³⁵⁵ Burada önem arz eden nokta uğranılan zarar ile yönetim işleri arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır.³⁵⁶

2.6.2.3 Ücret Talep Hakkı

Adi ortaklıkta kural olarak yönetici ortaklık görevi ücretle yerine getirilmez ise de adi ortaklık sözleşmesi ile veya ortaklık kararı ile bu doğrultuda karar alınması halinde yönetici ortağın ücret talep etmesinde herhangi yasal engel bulunmamaktadır.³⁵⁷ Yasal engel bulunmamasına rağmen yönetici ortağın ücret talep edebilmesi için mutlaka sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmalı ya da bu konuda ortaklık kararı alınmış olması gerekmektedir.

³⁵³ DOMANIÇ, s. 81 .

³⁵⁴ AŞKAN, s. 63.

³⁵⁵ KARAHAN, s. 48.

³⁵⁶ ŞENER; Adi Ortaklık, s. 330.

³⁵⁷ AŞKAN; s.63, ÇEKER, s. 229, ÇEVİK, s. 90, ÖZENLİ, s. 79.

Katılma payı olarak emeğini koyan ortak emeğinin karşılığı olarak ücret talep edemeyecektir.³⁵⁸

Türk Borçlar Kanunu 627. Maddesinin 3. fıkrasında ortaklığın işini görmek için emeğini ortaya koyan ortağın hakkaniyet gereği ücret talep edebileceği belirtilmiştir. Kanun maddesi gereği emek harcayan ortağın ücret talep edebilmesi için talep konusu olan işi yükümlü olmadığı halde buna rağmen yapması gerekmektedir. Bu durumda yönetim yetkisi bulunmayan ortak, ortaklığın işi için emek harcadığı durumda ücret isteyebilecektir.³⁵⁹

Aksi düzenlenmediği sürece yönetim yetkisini elinde bulunduran ortağın emeği için ücret isteyemeyeceği eski Borçlar kanununda yer alıyordu ancak, yönetim yetkisini elinde bulundurmeyen ortağın ücrete hak kazanması konusu Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

Ücret talebinin bir hak olmasının yanında, ücrete karar verilmesi durumunda, ortaklık işlerinin ücret karşılığı yürütülmesi halinde yönetici ortağın özen yükümlülüğü daha ağırdır.³⁶⁰ Ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, BK 628/3'e göre vekâlet hükümlerine göre objektif özen yükümü ile sorumlu olur. Yönetici ortağın ücret almaması durumunda ise sübjektif nitelikte, kendi işlerini yürütürken göstermesi gereken özen yeterlidir.

2.6.2.4 Tazminat Talep Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 627. Maddesi gereği yönetici ortağın sahip olduğu haklardan birisi de oluşan zararların giderilmesi için diğer ortaklara başvurmaktır. Yönetim işleri nedeniyle doğrudan ortaya çıkan veya yönetim faaliyetinin yürütülmesi nedeniyle çıkan tehlikeler sonucunda bir zararın meydana gelmesi halinde bu zararın giderilmesi talep edilebilir.³⁶¹

³⁵⁸ YONGALIK, s. 55.

³⁵⁹ BADAĞ AYBAR s. 134.

³⁶⁰ ÇEKER, s. 229, PULAŞLI Şirketler Hukuku Şerhi,, s.74, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 31.

³⁶¹ ARSLANLI, s. 226 .

Kanun gereği sadece doğrudan zararlar talep edilebilecektir. Yalnız yönetim işlerinden kaynaklanan ve bu işlerden kaynaklanan zararlar hakkında diğer ortaklara başvurulabilir. Doğrudan zararın sonucunda doğrudan zararlar ilişkili olarak ortaya çıkan dolaylı zararların kanunun 627. Maddesi gereği talep edilmesi mümkün değildir.³⁶² Doğrudan zarar ve dolaylı zararı ayırt edebilmek illiyet bağı kriteri olarak kullanılmaktadır. Hangi zararların kanunun 627. Maddesine uygun olarak değerlendirileceği tespit edilirken illiyet bağı göz önüne alınmaktadır. Tazminat talebini ileri sürebilmek için zararın ortaya çıkmasına neden olan olay ile zararın arasında uygun illiyet bağı olması gerekmektedir. Zararın giderilmesini talep hakkı, zarar ortaya çıktığı anda muaccel olmaktadır.³⁶³

Tazminat talep hakkına sahip olan kişiler yönetim yetkisine sahip olan ortaklardır. Yönetim yetkisine sahip olmadığı halde istisnai olarak yönetime ilişkin faaliyeti yürüten yetkili ortak da ortaya çıkan zararların tazminini kanunun 627. Maddesi gereği talep edebilir. Aksine sözleşme yapılmadığı durumda diğer ortaklar meydana gelen zararlardan eşit olarak ve şahsen sorumlu olacaktır. Aksine sözleşme yapılmadığı sürece ortaklar müteselsil sorumlu olmayacaktır. Yönetim faaliyetinin yapılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar ortaklık malvarlığından tazmin edilir.

2.7. YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI

2.7.1 Genel Olarak

Adi ortaklıkta yönetim yetkisi ortaklık sözleşmesi ile veya ortaklık kararı ile ortaklardan birisine veya birkaçına bırakılmamış veya dışardan üçüncü bir kişi yönetici olarak atanmamış ise özden yönetim ilkesi gereği kanunen tüm ortaklar yönetici sayılmaktadır. Kazanılış biçimi Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinde

³⁶² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 66; ŞENER, s. 330.

³⁶³ ŞENER, s. 334.

düzenlenen yöneticiliğin, sınırlandırılması ve kaldırılması ise aynı kanununun 629. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 629. maddesi uyarınca; *“Ortaklık sözleşmesiyle ortaklardan birine verilen yönetim yetkisi, haklı bir sebep olmaksızın, diğer ortaklarca kaldırılamaz ve sınırlanamaz.*

Ortaklık sözleşmesinde yetkinin kaldırılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunsa bile, haklı bir sebep varsa, diğer ortaklardan her biri yönetim yetkisini kaldırabilir.

Haklı sebepler, özellikle yönetici ortağın görevini aşırı ölçüde ihmal etmesi veya iyi yönetim için gerekli olan yeteneği kaybetmesi durumlarında vardır.”

Borçlar Kanunu'nun 629. maddesine uygun olarak yönetim yetkisinin sınırlandırılabilmesi veya kaldırılabilmesi için haklı bir sebebin mevcudiyeti temel koşul olup, haklı bir sebep olmaksızın bu yola başvurulabilmesi mümkün değildir.³⁶⁴ Haklı sebeplerin oluşması durumunda yönetim yetkisinin kaldırılması hakkı, emredici bir düzenleme olup, aleyhine bu hak kullanılan kişi açısından tek taraflı hukuki beyanla onun hukuki durumunda değişiklik yapan ve onun hakkını sonlandıran nitelikte, bozucu ve yenilik doğuran bir haktır.³⁶⁵ Bu hakkın tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılması mümkündür.

Haklı sebebe dayalı yönetim yetkisinin kaldırılması hakkı emredici bir düzenlemedir bu nedenle ortaklık sözleşmesinde bu hakkın kullanılmayacağına dair hüküm mevcut olsa bile bu hakkın kullanılmasının engellenmesi mümkün değildir.³⁶⁶ Bu yetkinin kullanılabilmesi için ortağın itiraz hakkında olduğu gibi yönetici olması zorunluluğu yoktur, hatta başka bir sebepten ötürü yönetim yetkisi kaldırılmış ortak bile, şartların oluşması durumunda, diğer yönetici ortağın

³⁶⁴ AŞKAN, s. 68, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 58, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 320.

³⁶⁵ KARAHAN, s. 67, ÖĞÜTCÜ, s.75, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 321.

³⁶⁶ AŞKAN, s. 68, KARAHAN, s.67, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.80, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 58, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 319.

yönetim yetkisini sınırlandırabileceği gibi sonlandırabilir de.³⁶⁷ Denetim hakkı gibi yönetici ortağın yönetim yetkisini sonlandırma veya sınırlandırma hakkı da ortaklık sıfatı ile kazanılan haklardandır. Ayrıca yönetim hakkının sonlandırılması, yönetim hakkı sonlandırılan ortağın, ortaklık kararlarına katılmasına da engel değildir.³⁶⁸ Zira bu hakkın kullanılması sonucu ortaklık sıfatı değil, bu ortağın yönetim hakkı sonlandırılmaktadır.

Kanun koyucu Borçlar Kanunu’nun haklı sebepler halinde yönetim yetkisinin sonlandırılabilirdiğinden bahsederken “yönetici ortağın görevini aşırı derecede ihmal etmesi” ve “yönetim için gerekli olan yeteneğini kaybetmesi” durumlarını örnek olarak belirtmiştir. Dolayısı ile bu haller sınırlayıcı olmayıp, haklı sebeplerin taşınması gereken ağırlığı belirlemede ölçü olarak örnek alınacaktır.

Yönetim özelinde haklı nedeni belirleme ve bunu kullanma hakkı ortaklara tanınmış bir hak olup, ortaklar sonlandırma veya sınırlama nedeninin haklı olup olmadığına birlikte karar vereceklerdir.³⁶⁹ Borçlar Kanunu’nun 624. maddesi uyarınca buradaki karar yeter sayısı oy birliği olup, sözleşmede bu konuda oy çokluğunun yeterli olacağına dair hüküm bulunması durumunda ise oy çokluğu yeterli olacaktır.³⁷⁰ Haklı nedene dayalı sınırlandırmaya mahkeme değil, ortaklar karar vereceklerdir. Bu konuda uyuşmazlık halinde, mahkemenin ortada haklı sebep bulunup bulunmadığını tespit dışında bir yetkisi bulunmamaktadır.

Haklı sebep nitelenmesi olaysal olarak yapılmalıdır. Bu noktada yönetici ortağın mutlaka kusurlu olması gerekmez. Değerlendirmede ortaklık menfaatleri ve iyi niyet kuralları önceliklidir.³⁷¹ Doğruluk ve güven kuralları uyarınca, diğer ortaklardan, yönetici ortakta yönetim yetkisini bırakmalarının beklenmeyeceği hallerde haklı sebeplerin mevcudiyeti kabul edilebilir.³⁷²

³⁶⁷ KARAHAAN, s.69.

³⁶⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 322.

³⁶⁹ AŞKAN, s. 70.

³⁷⁰ KARAHAAN, s. 69.

³⁷¹ KARAHAAN, s.68.

³⁷² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 320.

Kanun koyucu maddenin ilk fıkrasında kaldırma ve sınırlandırmadan bahsetmesine rağmen ikinci fıkrada sadece kaldırmadan bahsetmiş ise de ikinci fıkranın, kaldırmaya göre daha hafif nitelikte olan sınırlandırmayı da kapsadığını kabul etmek gerekir.³⁷³ Bu nedenle haklı sebebe dayalı sonlandırma hakkı da aynı şekilde kaldırma gibi emredici nitelikte olup, ortaklık sözleşmesinde sınırlandırmanın mümkün olmadığında dair bir hüküm olsa bile, haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde yönetim yetkisinin sonlandırılması mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 629. maddesinin başlığı yönetim yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması olmasına rağmen, madde içeriğinde sadece ortaklık sözleşmesi ile verilen yönetim yetkisinin kaldırılmasından ve sınırlandırılmasından söz edilmiştir.³⁷⁴ Kanunun bu dar lafzına rağmen, genişletici yorumla, ortaklık kararı ile atanan yöneticinin ve özden yönetim ilkesi gereği kanunen yönetici olan ortağın da haklı sebeplerle bu yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması mümkündür.

Yönetim yetkisinin ortaklar dışında bir üçüncü kişiye verilmesi durumunda ise Borçlar Kanunu'nun 629. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu şekilde dışardan yönetici olarak atanan üçüncü kişiler açısından, üçüncü kişi ile kurulan vekalet, temsil gibi hukuki ilişkinin de feshi gerektiği için bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.³⁷⁵ Bu nedenle haklı bir sebep olmasa dahi, üçüncü kişiye verilen yönetim yetkisi her zaman ortaklık kararı ile sonlandırılabilir. Haklı bir neden bulunması durumunda ise özden yönetim ilkesi gereği her bir ortağın yönetici olması durumunda tek başına dışardan atanan yöneticinin yönetim yetkisini sonlandırması mümkündür.³⁷⁶

Yönetim yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasında, tıpkı yöneticilik vasfının kazanılmasında olduğu gibi, karar mercii mahkeme olmayıp, karar mercii ortaklardır.³⁷⁷ Yönetim yetkisinin kazanılması veya kaybında mahkeme kararına

³⁷³ ÖGÜTCÜ, s.75, KARAHAAN, s. 67.

³⁷⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 319.

³⁷⁵ KARAHAAN, s. 67, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 319.

³⁷⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 324.

³⁷⁷ AŞKAN, s. 68, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 80, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.58, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 321.

gerek olmayıp, bu kararlar ortaklık sıfatından doğan haklardır. Mahkemenin bu konuda yetkisi olmamakla birlikte mahkemeden tespit kararı alınması mümkündür. Ayrıca hakkın kullanılması için mahkeme kararına gerek bulunmamakta ise de yetkisi kaldırılan ortağın işlemin hukuka aykırılığına yönelik tespit davası açma şeklinde konuyu yargı denetimine taşıması yolu açıktır.³⁷⁸ Ancak bu ihtimalde mahkemenin vereceği karar tespit niteliği gereği hukuka aykırılığın tespitine yönelik olup, yapılan işlemi ortadan kaldırmaya yönelik değildir. Ortakların kanunda yer alan bu hakkı haksız yere kullanmaları durumunda, yönetici ortak sınırlandırma veya kaldırmanın haksız olduğunu ileri sürerek bu haksızlığın tespitini mahkemeden talep edebilir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu 630. Maddesi 2. fıkrası nedeniyle yönetici ortağın, diğer ortaklarla olan ilişkisinde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacağı için aynı kanunun 512. maddesi gereği tazminat gündeme gelebilecektir. Yönetim yetkisi haksız ve uygun olmayan zamanda kaldırılan ortak, bu işlemi yapan ortakdan zararın giderilmesini isteyebilir. Kanundan kaynaklı hakkını haksız yere kullanan ortak, adi ortaklığa karşı da sorumlu olacaktır.³⁷⁹

Yönetici ortağın yönetim yetkisinin sonlandırılması veya sınırlandırılması hakkının BK 629/1'e göre kullanımında, hakkı kullanan ortağın, ortaklığa yani diğer ortaklara müracaat ederek bu konuda bir karar verilmesini istemesi söz konusudur.³⁸⁰ Yönetim yetkisinin özden yönetim ilkesi gereği tüm ortaklara kanunen ait olduğu durumlarda ise bu hakkın sonlandırılması için BK 629/1 anlamında haklı bir sebebe gerek bulunmamaktadır.³⁸¹ Zira ortakların sonradan oy birliği ile alacakları bir ortaklık kararı ile ortaklardan birisinin veya dışardan üçüncü bir kişinin yönetici olarak tayini hallerinde otomatik olarak kanuni yönetim hakkı sonlanacaktır. Çünkü bu durumda ortaklığa yeni bir yönetici atanması ile kanunen tüm ortaklara özden yönetim ilkesi ile bırakılan yönetim hakkına gerek kalmayacaktır.

³⁷⁸ KARAHAAN, s.70.

³⁷⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, 70; ŞENER, s. 322.

³⁸⁰ AŞKAN, s. 68.

³⁸¹ AŞKAN, s.69, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 58.

Bu açıklamalardan hareketle adi ortaklıkta yönetim yetkisi Borçlar Kanunu'nun 629. maddesinde düzenlenen kaldırma ve sınırlandırma dışında, yönetim yetkisi genel adi ortaklık sözleşmesinde bir sebep belirtilmiş ise o sebebin gerçekleşmesi ile, süreli tanınan bir yönetim hakkı söz konusu ise sürenin dolması ile veya yöneticinin istifası, ölümü ve fiil ehliyetinin sonlanması gibi sebeplerle de sonlanabilir.³⁸²

Adi ortaklık sözleşmesinde yönetim yetkisinin sınırlandırılmasının veya sonlandırılmasının hangi hallerde ne şekilde gerçekleşeceği belirtilmiş ise öncelikle bu hükümler geçerli olacaktır.³⁸³ Dolayısıyla bu yetkinin kullanılmasının sözleşme ile engellenmesi mümkün değil ise yetkinin kullanım hallerinin ve şeklinin sözleşmede belirtilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Yönetim yetkisi sözleşme yoluyla verilmişse, verilen yetkinin sınırlandırılması veya kaldırılması sözleşmede değişiklik yapılmasıyla mümkündür.³⁸⁴ Sözleşmede kararların oy çokluğu sağlanarak alınacağına dair düzenleme yapılmamışsa kararın oybirliği ile alınması gerekecektir. Bu durumda yönetim yetkisi sınırlandırılacak veya kaldırılacak ortağında aynı yönde oy kullanması gerekecektir.³⁸⁵ Somut olayda değişiklik gösterebilir ancak hayatın olağan akışı göz önüne alındığında yönetici ortağın böyle bir durumda kendi aleyhine oy kullanmasının beklenmesi mantıklı olmayacaktır. Böyle bir durumda oy birliği sağlanamayacağı için oylama yoluyla yönetim yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılmasının fiilen imkansız hale gelmesi mümkündür. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu 629. Maddesi yoluyla ortaklara, yönetici ortakların yönetim yetkisini sınırlandırma ve kaldırma hakkı verilmiştir.

Bahtiyar'ın düşüncesine göre ortakların oybirliği sonucunda verilen yönetim yetkisinin sadece bir ortak tarafından geri alınması hakkın kötüye

³⁸² ÖGÜTCÜ, s.75, AŞKAN, s. 69, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 325.

³⁸³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 57, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 320.

³⁸⁴ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 69.

³⁸⁵ DOMANIÇ, Şerh, s. 407; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 69.

kullanımı olasılığını gündeme getirmektedir.³⁸⁶ Adi ortaklığın yönetimine dair yapılan işlemlere yalnız yönetici ortakların itiraz edebileceği kanun tarafından düzenlenmiştir. Yönetim işlemlerine karşı itiraz hakkı bulunmayan ortağın yöneticinin yönetim yetkisini kaldırabilmesi için hakkı olması karşısında çelişki bulunduğunu ileri sürmektedir.³⁸⁷

2.7.2 Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması

Adi ortaklıkta yönetim yetkisi kişisel, nedensel ve belirlenen sürenin dolması olmak üzere üç şekilde sınırlandırılabilir.³⁸⁸ Yönetim yetkisinin kişisel olarak sınırlandırılmasında özden yönetim ilkesi gereği bütün ortaklara ait olan yönetim yetkisinin, adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı ile ortaklardan birisine veya üçüncü bir kişiye verilmesi hali söz konusu iken, nedensel sınırlamada Borçlar Kanunu'nun 629. maddesine göre haklı sebebe dayalı bir nedensel sınırlama gündeme gelmektedir.

Adi ortaklıkta yönetim yetkisinin zaman olarak süreli veya içerik olarak belirli bir işin görülmesi için verilmesi halinde ise, belirtilen zamanın dolması veya belirlenen işin yapılması nedeni ile yönetim yetkisi takvimsel olarak sınırlandırılmaktadır. Takvimsel sınırlamada sadece zamansal değil, aynı zamanda belirlenen işin yapılmasına yönelik bir sınırlama da ortaklar tarafından belirlenebilir. Takvimsel sınırlamanın söz konusu olabilmesi için adi ortaklık sözleşmesinde bu konuda hüküm olması veya ortaklık kararı ile bu konuda karar alınması gerekmektedir.

2.7.3 Yönetim Yetkisinin Sonlanması

Adi ortaklıkta yönetim yetkisi Borçlar Kanunu'nun 629. maddesi anlamında haklı nedenlerin oluşması, belirlenen sürenin dolması ve yöneticinin istifası, ölümü, fiil ehliyetini yitirmesi gibi yöneticinin kişisel durumu nedeni ile

³⁸⁶ BAHTİYAR, s. 38.

³⁸⁷ BAHTİYAR, s. 41.

³⁸⁸ AŞKAN, s. 69.

sonlanma ve son olarak adi ortaklığın sona ermesi olmak üzere dört nedene dayalı gündeme gelebilir.³⁸⁹

Haklı nedenlerin oluşması ve sürenin dolması yönetim yetkisinin sınırlandırılması ile benzerlik taşımaktadır. İstifa konusunda ise, özden yönetim ilkesi gereği, yönetim yetkisinin kanuni olarak ortaklarda olması halinde, yönetici ortaklardan birisinin, diğerlerinin rızası olmaksın yönetim görevinden istifa edemeyeceği ileri sürülmüş³⁹⁰ ise de; yönetici ortağın irade serbestisi söz konusu olup, bu konuda istifa eden ortağın irade beyanının diğer ortaklara ulaşması yeterlidir, istifanın kabulü için herhangi bir ortaklık kararına gerek yoktur. İstifa hakkının kullanılmasının engellenmesi sözleşme veya ortaklık kararı ile mümkün değildir.³⁹¹ Zira burada ortaklıktan ayrılma ve ortaklığı sonlandırma değil, iradi olarak yönetim yetkisinden kaçınma söz konusudur. Yöneticinin uygun şartlar altında istifa etmemiş olması halinde ise Türk Borçlar Kanunun 512. Maddesi gereği tazminat ödeme yükümlülüğü doğabilir.³⁹²

Yönetici ortak, ortaklıktan ayrılırsa yönetim yetkisi sona erecektir. Adi ortaklıkta yönetim yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması mümkündür. Ortaklıktan ayrılan ortak dışarıdan üçüncü kişi olarak yöneticiliğe devam edebilir. Bu durumda artık üçüncü kişi haline gelen ortağın yönetim yetkisinin devam etmesi için ortakların oybirliği ile bu konuda karar almaları gerekmektedir.³⁹³

Yönetim yetkisinin sonlanması ile birlikte temsi yetkisi de kural olarak sona erecektir. Ancak iyiniyetli üçüncü kişiler açısından haberdar oldukları ana kadarki işlemlerden ortaklık sorumlu olacaktır.³⁹⁴ Dolayısı ile burada üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması esastır. Üçüncü kişinin yönetim yetkisinin ve temsil yetkisinin sonlandığını halin özelliklerine göre bilmesi hali ile bilmesinin gerekmesi durumunda, bildirimde bulunulmamış olsa bile ortaklığın sorumluluğu doğmayacaktır.

³⁸⁹ AŞKAN, s. 71, KARAHAN, s. 70, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 57.

³⁹⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 36.

³⁹¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 59.

³⁹² ŞENER, s. 325; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 71.

³⁹³ ŞENER, s. 325.

³⁹⁴ KARAHAN, s. 68.

Yönetim yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması durumunda yönetici ortağın hukuki durumunda değişiklik gerçekleşmektedir. Ortakların tek taraflı irade beyanında bulunmalarıyla birlikte yönetici ortağın yönetim yetkisi sınırlandırmakta veya sona ermiş olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu 629. Maddesinde belirtilen bu hak, bozucu yenilik doğuran bir haktır.³⁹⁵ Bozucu yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, yönetim yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin verilmiş olan irade beyanı yönetici ortağa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yönetici olmayan ortakların bozucu yenilik doğuran hakkını kullanması ile yönetici ortak yönetime dair faaliyetlerine sonlandırmalı ya da yetkisinin sınırlandığı ölçüde faaliyetlerini sürdürmelidir.

Yönetim yetkisi kaldırılan ortağın, bunun ardından ortaklık adına işlem yapması durumunda ise vekaletsiz iş görme hükümleri devreye girecektir.³⁹⁶ İtiraz hakkının sadece yönetici ortağa ait olması nedeni ile yönetim yetkisi kaldırılan ortağın itiraz hakkı da sona erecek ama ortak sıfatından kaynaklanan denetim hakkı devam edecektir. Ancak sınırlama halinde yönetim hakkı halen devam ettiği için itiraz hakkı devam edecektir.³⁹⁷ Dolayısı ile yönetim yetkisi sınırlandırılmasına rağmen, bu ortağın yöneticilik görevi devam ettiği için diğer yönetici ortakların işlemlerine itiraz hakkı da devam edecektir. Yönetim yetkisi kaldırılan ortak, yönetime ilişkin faaliyetleri yapmayacaktır ancak ortaklık sıfatından kaynaklanan haklarını kullanabilir. Yönetim yetkisi kaldırılan ortağın, ortaklıkta oybirliği gerektiren ortaklık kararlarının alınması için oy kullanma hakkı devam edecektir.³⁹⁸

Ortaklık kararı veya ortaklık sözleşmesiyle yönetici olan ortağa, yönetim faaliyetlerini yürütmesi sebebiyle ücret verilmesi kararlaştırılmış olabilir. Ücret verilen ortağın yönetim yetkisi kaldırılırsa ücret alma hakkı sona erecektir. Ücret

³⁹⁵ ARKAN, s. 16; ŞENER, s. 321.

³⁹⁶ KARAHAN, s. 69, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 58, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 322.

³⁹⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 322.

³⁹⁸ ŞENER, s. 322

verilen yöneticinin yönetim yetkisinin sınırlandırılırsa vaziyete uygun düşecek kadar ücretten indirim yapılması gerekecektir.³⁹⁹

Adi ortaklıkta, yönetim yetkisi olan ortakların diğer ortakların katılmasına ihtiyacı olmadan işlem yapabilmesi mümkündür. Ferdi yönetim geçerli olduğu için yönetici ortaklardan birisinin yönetim yetkisinin kaldırılması diğer ortaklar açısından yetkilerini etkilemeyecektir. Ortaklık kararı veya sözleşmesi sonucunda birlikte yönetim esası kabul edilmişse ortaklardan birinin yönetim yetkisinin kaldırılması diğer ortakların yönetime ilişkin faaliyet yapmasını engelleyecektir. Bu olasılıkta yeni bir ortaklık kararının alınması ya da sözleşmenin değiştirilmesi gerekmektedir. İki konu hakkında da oybirliği gerekmektedir. Bu durumda yönetim yetkisi kaldırılan ortak sadakat yükümlülüğü nedeniyle karara katılmak zorundadır.⁴⁰⁰

Yönetim yetkisini elinde bulunduran ortak karine olarak temsil yetkisine de sahiptir. Yönetici ortağın yönetim yetkisinin kaldırılması ile birlikte temsil yetkisi de sona erecektir.⁴⁰¹

2.8 YÖNETİCİ ORTAKLAR İLE DİĞER ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinde adi ortaklıkta yönetici olan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; *“Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir. Ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır”*

³⁹⁹ ARKAN, s. 21; ŞENER, s. 323, ŞENER'e göre sınırlama durumunda sınırlamaya rağmen aynı zaman ve emek harcanmaya devam ediliyorsa ücrette kesinti yapılmamalıdır.

⁴⁰⁰ ARKAN, s. 21-22, ŞENER s. 323

⁴⁰¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 71

Adi ortaklık hükümlerinde önceliğin kanuni emredici düzenlemeler ve sözleşme hükümleri olması nedeni ile yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkide öncelik emredici hükümler, ardından ortaklık sözleşmesidir. Bu nedenle ortaklık sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadıkça yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkide “vekalet” sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁴⁰² Ortaklığı yönetme yetkisi olmayan veya yetkisi sonlandırılan ortağın veya yetkisi sınırlandırılan yönetici ortağın bu yetki sınırını aşması durumunda ise “vekaletsiz iş görme” hükümleri gündeme gelecektir.

Borçlar Kanunu’nun 627. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen “yükümlü olmadığı halde ortaklık işleri için emek sarf etmiş olan ortağın hakkaniyet gerektirdiği bir karşılık ödemesini isteme” hakkında yönetici olmayan bir ortağın, yönetici olmadığı halde ortaklığın işini görmesi nedeni ile hakkaniyet kuralları gereği karşılık istemesi söz konusu iken, 630/2 maddede düzenlemesinde yönetici olmayan ortağın iş görmesi durumunda vekaletsiz iş görme hükümleri gereği, yapmış olduğu giderleri ortaklıktan talep etmesi söz konusudur.⁴⁰³

Borçlar Kanunu’nun 630 maddesi lafzında yalnızca yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiden söz edilmiş ise de, adi ortaklığın yönetimi dışardan bir üçüncü kişiye bırakılmış ise de bu yönetici ile ortaklar arasındaki ilişkide de vekalet hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁴⁰⁴

⁴⁰² KARAHAAN, s.65, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 59, ÇEVİK, s.92, BAHTİYAR, s.37, ŞENER, Adi Ortaklık, s.298.

⁴⁰³ KARAHAAN, s. 49.

⁴⁰⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s.298, Büşra AVCI, Adi Ortaklıkta Ortaklar Arası İlişkiler, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tez, İstanbul 2017, s. 98, Ali Hulki CİHAN, Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.2

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA TEMSİL

3.1 GENEL OLARAK

Kural olarak hukuki işlemler hüküm ve neticelerini sadece hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin hukuki sahasında doğurmaktadırlar.⁴⁰⁵ Ancak hak sahibi işlemi her zaman bizzat yapamayabilir. İşte bu durumda hukuki işlemler temsil yolu ile gerçekleştirilir.

Temsil yolu ile gerçekleştirilen hukuki muamelede üçlü bir ilişki söz konusu olup, temsilci sıfatıyla başka bir kişi ile gerçekleştirilen hukuki işlem “temsil”, temsilci ile temsil olunan arasında kurulan bağ “temsil ilişkisi”, gerçekleştirilen hukuki işlem de “temsil yolu ile yapılan hukuki işlem” olarak adlandırılır.⁴⁰⁶

Bu üçlü ilişkide başkası yerine ve onun adına hukuki işlemi yapan kişi “temsilci”, bu temsilcinin adına hareket ettiği ve işlemin hükümleri ile bağlı kişi “temsil olunan”, temsilcinin kendisi ile işlem yaptığı ve temsil olunan ile birlikte işlemin sonuçları ile bağlı olan şahıs ise” üçüncü kişidir”.⁴⁰⁷ İşte bu üçlü ilişkide temsilcinin, temsil yetkisi ile üçüncü kişi ile temsil olunan adına hesabına

⁴⁰⁵ Andreas Von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983, Çeviren Cevat Edege, s. 314, Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 424, Pierre TERCIER/Pascal PICHONAZ/Murat DEVELİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s.122, RENDA/ONURSAN, Cilt 2. s.979, Gizem ALPER, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi, İstanbul 2013, s.81

⁴⁰⁶ M. Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 9. Bası, İstanbul 2011, s. 223, Turhan ESENER, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961, s. 59, TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s.123, Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1976, s. 397, Mehmet AYAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2016, s. 229, ALPER, s. 81, M.Murat İNCEOĞLU, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s.8.

⁴⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 224, EREN, s. 427, Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 305, TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s.124, TUNÇOMAĞ, s. 397, AYAN, s. 230, İNCEOĞLU, s.8.

gerçekleştirdiği hukuki işleme temsil işlemi denilmektedir ve temsilin şartlarına uygun yapılan işlem ile doğacak hukuki sonuçlar temsil olunanın hukuki sahasında hüküm ifade edecektir. İsviçre ve Türk hukuk sistemine göre temsil yolu ile hukuki işlemin gerçekleşmesi ile birlikte bu hukuki işlem ile kural olarak temsilci bağlı olmayacak ve sadece temsil olunan bağlı olacaktır.⁴⁰⁸

Tüzel kişiler yapıları itibarıyla kendileri hareket edemezler ve hareketleri kendilerini işletmekle sorumlu olan organlar aracılığı ile yerine getirilir.⁴⁰⁹ Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeni ile kurumsal olarak denetim ve yönetim organının olmaması gibi, kurumsal bir temsil organı da bulunmamaktadır. Bu nedenle adi ortaklığı kural olarak ortaklar temsil etmektedirler ve temsil olunan da her bir ortağın kendisidir.⁴¹⁰

Ortaklık sözleşmesi ile müşterek amaç doğrultusunda emek ve mallarını bir araya getiren ortakların, ortaklığın devamı süresince üçüncü kişilerle olan ilişkileri, adi ortaklıkta temsil olarak adlandırılabilir.⁴¹¹

Adi ortaklıkta temsil Borçlar Kanunu'nun ortakların üçüncü kişilerle ilişkileri başlığı altında 637. maddesinde ilk fıkrada dolaylı, ikinci fıkrada ise doğrudan olmak üzere iki şekilde düzenlenmiş, aynı maddenin son fıkrasında ise varsayılan temsil karinesine yer verilmiştir.

Temsilci hukuki işlemi gerçekleştirirken iki yoldan birisine başvurarak işlemi gerçekleştirmektedir Bu nedenle temsil müessesesi doğrudan ve dolaylı temsil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁴¹² Doğrudan temsilde, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapması ve işlemin sonuçlarının direk olarak temsil olunana yansması söz konusu iken, dolaylı temsilde temsilcinin, temsil olunan hesabına ancak kendi adına hareket etmesi ve yapılan işlemin başka

⁴⁰⁸ TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 125, ALPER, s. 81.

⁴⁰⁹ TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 122, TUNÇOMAĞ, s. 398.

⁴¹⁰ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 85, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 397, GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 49, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.62, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 40.

⁴¹¹ KARAHAN, s.87, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 85.

⁴¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 224, TUHR, s. 314, EREN, s. 427, KILIÇOĞLU, s. 302, TUNÇOMAĞ, s. 399, Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 133, ÖZENLİ, s. 98, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 981.

bir hukuki işlem ile temsil olunana intikal ettirilmesi söz konusudur.⁴¹³ Doğrudan temsil Türk Borçlar Kanunu’nun 40/I. maddesinde düzenlenmiş iken, dolaylı temsil aynı maddenin II. fıkrasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde temsil konusunda, olağan temsil şekli olarak doğrudan temsil düzenlenmiş olup, kural olarak “temsil” kavramı ile “doğrudan temsil” kastedilmektedir.⁴¹⁴

3.2 ADİ ORTAKLIKTA DOLAYLI TEMSİL

Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde 40 ve 48. maddeleri arasında düzenlenen temsil doğrudan temsil olup, dolaylı temsil Borçlar Kanunun özel hükümlerinde ve Türk Ticaret Kanunu’nda dağınık şekilde düzenlenmiştir.⁴¹⁵ İşte dolaylı temsilin Borçlar Kanunumuzda özel olarak düzenlendiği bir alan da adi ortaklık hükümleridir. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin düzenlendiği Borçlar Kanunu’nun 637. maddesinin ilk fıkrasına göre, *“Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur”*

Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde yer alan temsilin düzenlendiği 40. maddesine göre *“Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar. Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil*

⁴¹³ ESENER, s. 26, Bahadır DEMİR, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, sayı 1, s. 251, CİHAN, s.7, TUHR, s. 314, OĞUZMAN/ÖZ, s. 225, EREN, s. 427, KILIÇOĞLU, s. 302, TUNÇOMAĞ, s. 399, AYAN, s. 232, ÖZENLİ, s. 98, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 981.

⁴¹⁴ GİRGIN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 41, DEMİR, s.252, CİHAN, s.8, OĞUZMAN/ÖZ, s. 225, EREN, s. 430, KILIÇOĞLU, s. 302, TERCİER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 126.

⁴¹⁵ EREN, s. 429, KILIÇOĞLU, s. 302.

olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.”

Bir hukuki ilişkide temsilcinin temsil yetkisine dayanarak, kendisi adına ancak temsil olunan hesabına işlemi gerçekleştirdikten sonra, bu işlemde doğan borç ve hakları ikinci bir işlem ile temsil olunana devrettiği durumlarda dolaylı temsil söz konusudur.⁴¹⁶ Adi ortaklıkta dolaylı temsilde ise ortaklardan birisi, kendi adına ve ortaklık hesabına, üçüncü kişilerle işlem yapmaktadır.⁴¹⁷ Bu ilişkide ortak üçüncü kişilere karşı ilk planda sadece kendisi sorumluluk altına girmekte, diğer ortaklar ise bu ilişkiden doğan sonuçlara taraf olmak isterler ise işlemin sonuçları başka bir hukuki işlem ile ortaklara aktarılmaktadır.⁴¹⁸ Bu noktada temsilci ortağın elde ettiği hakların yanında, varsa üstlendiği borçların da ortaklığa aktarılması gerekmektedir.⁴¹⁹

Bu temsil biçiminde dış dünyaya temsil ilişkisi yansımamakta, temsilci kendi adına işlemi gerçekleştiriyor gibi hareket ederek, üzerine doğan sonuçları yeni bir hukuki işlem ile iç ilişkiye aktarmaktadır. Bu aktarım gerçekleşmeden önce, aktarımın hiç gerçekleşmemesi halinde ve aktarım gerçekleştikten sonra da ise işlemi yapan temsilci dışa karşı sorumlu olmaya devam edecektir.⁴²⁰ Dolaylı temsilde üçünü şahıslara karşı işlemi kendi adına gerçekleştiren ortak alacaklı ve borçlu konumunda olup, bu işlemde kaynaklanan sorumluluk da işlemi yapan ortağa aittir.

Dolaylı temsilde gerçekleştirilen işlemin sonradan başka bir hukuki işlem ile ortaklığa aktarılması zorunlu olmasına rağmen, bu zorunluluğu yerine getirmeyen temsilci işlemin sonuçlarını kendi üzerinde taşımaya devam

⁴¹⁶ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 49, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 63, CİHAN, s.8, EREN, s. 429, KILIÇOĞLU, s. 302, TERCİER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 144, Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 149, TUNÇOMAĞ, s.399 NÖMER, s. 134, AYAN, s. 232, ÖZENLİ, s. 98.

⁴¹⁷ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 86, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 397, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 40, ÖZENLİ, s. 99.

⁴¹⁸ KARAHAN, s. 88, ÇEKER, s. 234, BAHTİYAR, s.39.

⁴¹⁹ ŞENER; Adi Ortaklık, s. 405.

⁴²⁰ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 49, ÇEVİK, s.99, ESENER, s. 116, CİHAN, s.8, EREN, s. 430, REİSOĞLU, s. 149, AYAN, s. 232.

edecektir.⁴²¹ Bu devir işlemi yapılmadığı süre boyunca işlemi yapan ortak temsil olunan diğer ortaklara karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Dolaylı temsilcinin gerçekleştirdiği işlemin diğer ortaklar hesabına yaptığı işlemin işlemi yapan ve ortaklar ve temsilci tarafından kabul edildiği durumlarda bir sorun olmamakla birlikte, ortakların veya işlemi gerçekleştiren ortağın bu temsili inkar ettiği durumlarda oluşan ihtilafın çözümü için öncelikli olarak gerçekleştirilen işlemin ortaklığın müşterek amacına uygunluğuna ve işlemin ortaklığın işletme konusu ile bağlantısının irdelenmesi gerekmektedir.⁴²²

Dolaylı temsilde, üçüncü kişinin söz konusu işlemin ortaklık hesabına yapıldığını bilmesine gerek yoktur. Üçüncü kişinin söz konusu işlemin ortaklık hesabına yapıldığını bilmesine rağmen, üçüncü kişinin veya ortakların birbirlerine müracaatı mümkün değildir.⁴²³ İşlemi yapan, hukuki işlemde doğan alacak ve borcu temlik veya nakil gibi başka bir hukuki işlemle, ortaklığa devretmez ise üçüncü kişi sadece işlemi yapan ortak ile şahsi olarak alacaklı ve borçlu kalmaya devam edecektir. Alacak devrinden farklı olarak işlem yapanın üçüncü kişiye olan borcunun diğer ortaklara devri için üçüncü kişinin devre katılması gerekecektir. Bu noktada devir işlemi gerçekleşmediği müddetçe de ortaklar üçüncü kişiden bir hak talebinde bulunamayacaklardır. Ortakların üçüncü kişiye müracaatları mümkün değilse de iç ilişki de işlemi gerçekleştiren ortağa müracaat imkanları mümkündür.

Borçlar Kanunu genel hükümler anlamındaki dolaylı temsil ile adi ortaklıktaki dolaylı temsil düzenlemesinde önemli bir fark bulunmaktadır.⁴²⁴ Doğrudan temsil Türk Borçlar Kanunu'nun 40/I. maddesinde düzenlenmiş iken, dolaylı temsil aynı maddenin II. fıkrasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde temsil konusunda, olağan temsil şekli olarak doğrudan temsil düzenlenmiş olup, kural olarak "temsil" kavramı ile "doğrudan temsil"

⁴²¹ Ömer Ali GİRĞİN, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Dış İlişkiler, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2016, s. 82, ESENER, s. 46, AYAN, s. 232, ÖZENLİ, s. 99

⁴²² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 401, ÖZENLİ, s. 99.

⁴²³ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s.86, KARAHAN, s. 88, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU; s. 63, ESENER, 46.

⁴²⁴ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 88, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 63.

kastedilmektedir.⁴²⁵ BK 40/II'ye göre; genel hükümlerde, üçüncü kişinin temsil ilişkisini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi ile bu işlemin temsilci ile temsil olunan arasında yapılması arasında bir fark olmaması durumunda, işlemin sonuçları doğrudan temsil olunana ait olmakla birlikte, adi ortaklıkta dolaylı temsilde üçüncü kişi temsil olgusunu bilse bile, işlemin sonuçları işlemi gerçekleştirene ait olmaya devam edecektir.

3.2.1 Adi Ortaklıkta Dolaylı Temsilin Şartları

Borçlar Kanunu'nun 637/I. maddesinde adi ortaklıkta dolaylı temsili mümkün kılmıştır. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin söz konusu olabilmesi için ilk koşul işlemi gerçekleştiren temsilcinin geçerli bir temsil yetkisine sahip olması, diğeri ise işlemi kendi adına yapmasına rağmen bu işlemi ortaklık hesabına gerçekleştirmesidir.⁴²⁶ Ancak bu noktada doğrudan temsilden farklı olarak, söz konusu işlemin ortaklık hesabına yapıldığının, üçüncü kişi tarafa işlem öncesinde veya sonrasında bildirilmesine gerek olmamasının yanında, bu işlemin ortaklık hesabına yapıldığının üçüncü kişi tarafından bilinmesine de gerek yoktur.⁴²⁷ Üçüncü kişinin, kendi adına işlem yapan ortağın, ortaklar hesabına hareket ettiğini bilmesi halinde de diğer ortaklar üçüncü kişiye karşı sorumluluk altına girmezler.⁴²⁸

3.2.1.1 Dolaylı Temsil Yetkisi

Dolaylı temsilden söz edebilmek için ilk koşul temsilcinin dolaylı temsil yetkisine sahip olmasıdır.⁴²⁹ Adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmaması nedeni ile ortaklar aracılığı ile işlevlerini sürdürürler, kararlar ise BK 624'e uygun olarak ortaklar tarafından kural olarak oy birliği ile alınır. Temsil konusunda da ortaklık sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadıkça ortakların oybirliği gereklidir. Bu nedenle ortaklık adına işlem yapma yetkisinin, işlemi yapan kişiye işlem öncesinde veya işlem sonrasında ortaklık kararı ile verilmesi zorunludur.

⁴²⁵ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 41, DEMİR, s.252, CİHAN, s.8.

⁴²⁶ EREN, s. 429, ÖZENLİ, s. 98.

⁴²⁷ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 84, ESENER, s. 116.

⁴²⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 63.

⁴²⁹ EREN, s. 429.

İşlem öncesinde verilen yetkide “icazet” şeklinde tek taraflı bir hukuki işlem söz konusu iken, işlem sonrası verilen temsil yetkisinde ise “uygun bulma” söz konusudur. Bu uygun bulma, başlangıçtaki yetki eksikliğini gidererek, işlemi dolaylı temsile dönüştürmektedir. İşlem sonrası verilen bu durumda yetkisiz dolaylı temsil söz konusu olduğu ileri sürülmekte ise de;⁴³⁰ dolaylı temsilde işlemin kendi adına ancak ortaklık hesabına yapılması nedeni ile doğrudan temsilde olduğu gibi, yetki verilmeden önce işlemin başkası adına yapılması durumunda gündeme gelen yetkisiz temsil teknik olarak mümkün değildir. Zira yetkisiz temsilde, işlemin başlangıçta başkası adına yapılması söz konusu iken, dolaylı temsilde işlem, işlemi gerçekleştiren adına yapılmaktadır.⁴³¹

3.2.1.2 Kendi Adına ve Ortaklık Hesabına Hareket

Adi ortaklıkta dolaylı temsilin söz konusu olabilmesi için işlemi kendi adına gerçekleştiren kişinin, bu işlemi gerçekleştirdiği sırada, kendi adına fakat ortaklık hesabına yapma iradesine sahip olması ve bu şekilde hareket etmesi gerekir.⁴³²

Bu noktada işlemi yapan ile ortaklar arasında işlemin ortaklık hesabına yapıldığı konusunda ihtilaf oluşması durumunda yapılan işlemin ortaklığın müşterek amacına uygunluğu ile bu işlemin ortaklık faaliyeti ile bağlantısına bakılmalıdır.

3.2.1.3 İşlemin Ortaklığa Aktarılması

Dolaylı temsilde hukuki işlemten doğan hak ve borçlar, hukuki işlemin gerçekleştirilmesi ile birlikte, öncelikle temsilcinin hukuki alanında sonuç doğurmakta ve ardından başka bir hukuki işlem ile temsil olunana aktarılmaktadır.⁴³³ Adi ortaklıkta dolaylı temsilde de işlemi kendi adına ancak ortaklık hesabına yapan kişinin, yapılan işlemten bağımsız olarak, ayrı bir hukuki

⁴³⁰ Cevdet YAVUZ, Türk-İsviçre-Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 31.

⁴³¹ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 85.

⁴³² YAVUZ, s.37, EREN, s. 429, ÖZENLİ, s. 98.

⁴³³ EREN, s. 429, ÖZENLİ, s. 98.

işlem ile ilk işlemeden doğan tüm hak ve borçları ortaklığa devretmesi gerekmektedir. Ortaklığa devir ile kastedilen, adi ortaklık birlikteliğinin bir yansıması olarak, dolaylı temsil yolu ile muameleyi gerçekleştiren temsilcinin bu işlemi diğer ortaklar hesabına da gerçekleştirmesi nedeni ile işlemten kaynaklanan hak ve borçları diğer ortaklara aktarmasıdır.⁴³⁴ Bu devir ve aktarım gerçekleşmediği sürece üçüncü kişiye karşı tüm hak ve borçlar ile sorumluluk kendisinde kalmaya devam edecektir.

Bu devir ile dolaylı temsilcinin, temsil olunan ortaklara karşı ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı gereği üstlendiği iş görme borcu yerine getirilmiş olur.⁴³⁵ Devir işleminin gerçekleşebilmesi için kanuni olarak bir şekil şartı aranmakta ise ortaklığa devrin de bu şekle uygun olarak yapılması ve taşınır söz konusu ise zilyetliğin devri, taşınmaz söz konusu ise tapu siciline ortaklar adına tescil gereklidir.

3.3. ADİ ORTAKLIKTAKİ DOĞRUDAN TEMSİL

3.3.1 Genel Olarak

Borçlar Hukuku genel hükümlerinde ve adi ortaklık özelinde esas olan doğrudan temsildir.⁴³⁶ Doğrudan temsilde, hukuki işlemi yapan temsilci, bu işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapmakta ve bu işlemten doğan hak ve borçlar direk olarak temsil olunan sahasında doğmaktadır.⁴³⁷

BK 40/I'e göre doğrudan temsilin gerçekleşebilmesi için iki temel şart söz konusu olup, bunlar temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiğinin dış dünyaya yansıması ile temsilcinin bu şekilde hareket etmeye yetkili

⁴³⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 402.

⁴³⁵ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s.86, ÖZENLİ, s.99.

⁴³⁶ DEMİR, s. 252, CİHAN, s.8, OĞUZMAN/ÖZ, s. 225, EREN, s. 430, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 982, İNCEOĞLU, s.47.

⁴³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 225, EREN, s. 432, REİSOĞLU, s. 149, TUNÇOMAĞ; s. 401, NÖMER, s. 134, AYAN, s. 233, RENDA/ONURSAN, s. 982, İNCEOĞLU, s.47.

olmasıdır.⁴³⁸ Adi ortaklıkta doğrudan temsilin düzenlendiği BK 637/II'ye göre ise; *“Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar.”*

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının bir sonucu olarak, adi ortaklık sözleşmesi, ortaklık kararı, zımni icazet veya temsil belgesi ile temsil yetkisi ortaklardan birisine veya birkaçına ya da üçüncü bir kişiye verilebilir.⁴³⁹

Temsil hukukunda kabul edilen genel ilke gereği ortaklardan birine adi ortaklık sözleşmesi, ortakların birlikte aldığı karar veya örtülü yetki verilmişse yetki verilen ortağın üçüncü kişilerle doğrudan temsil yetkisi gereği yapılacak işlemler ortakların tümü için bağlayıcı olacaktır. Ülkemizde çoğu defa yazılı adi ortaklık sözleşmesi yapılmadan faaliyet gösterildiği görülmektedir. Adi şirket sözleşmesinin örtülü olarak yapılması şirketin idare ve temsil işlemlerinde sorun yaratmaktadır.⁴⁴⁰ Kanun koyucu bu belirsizliği ortadan kaldırmak ve olası sorunlara çözüm olması amacıyla Borçlar Kanunu 637. Maddesinde karineyi yasalaştırmıştır. Bu karineye göre yönetim görevini yürüten ortak, adi ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisine sahip sayılacaktır. Bu ortağın önemli tasarruf işlemleri ile ilgili olan yetkisinin, bütün ortaklar tarafından oybirliğiyle verilmiş olması ve kendisine verilmiş olan yetki belgesinde bu durumun açıkça gösterilmiş olması şarttır. Kanun maddesinde bu durumun sadece temsilci ortak için getirildiği belirtilmişse de dışarıdan atanan üçüncü kişileri de kapsadığı kabul edilmektedir.⁴⁴¹ Bu karine iki nedenle kabul edilmiştir. İlk olarak idare ve temsilin iç içe geçmiş kavramlar olmasıdır. İkinci olarak bu

⁴³⁸ TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 126, NOMER, s. 134, RENDA/ONURSAN, s. 982, İNCEOĞLU, s.47.

⁴³⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 64, ŞENER, Adi Ortaklık, s.406.

⁴⁴⁰ AYOĞLU Tolga, Adi Ortaklık İlişkileri Bakımından Senetle İspat Zorunluğunun Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.30, KIRCA İsmail, Adi Şirketin Temsili ile İlgili İki Sorun, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20, Sayı:4 Aralık 2000, s. 221.

⁴⁴¹ KIRCA İsmail, s. 69.

karine işlem güvenliği için de önemlidir. İdari işleri yürüten kişilerle işlem yapan kişilerin güvenlerinin korunması amaçlanmıştır.⁴⁴²

Kendisine temsil yetkisi verilen bu temsilcinin, ortaklık adına ve hesabına hareket ederek işlemi yapması durumunda doğrudan temsil söz konusu olacaktır.⁴⁴³ Bu şekilde gerçekleşen işlemin, temsilci tarafından ortaklık adına ve hesabına yapılması nedeni ile de ortaklar doğrudan üçüncü kişinin alacaklısı ve borçlusu olmakta ve bu işlem tüm ortakları bağlamaktadır.⁴⁴⁴ Bu nedenle doğrudan temsilde, dolaylı temsilde olduğu gibi sonradan başka bir hukuki işlem ile yapılan işlemin ortaklara intikaline gerek yoktur, zira işlem zaten direk başka bir işleme gerek olmaksızın, temsil olunan ortakların sahasında doğmuş ve ortaklığa geçmiştir.

Bu konuda gözden kaçırılmaması gereken nokta, ortaklardan birisinin yaptığı işlem ile ortaklığın temsile ilişkin hükümler uyarınca sorumluluk altına girecek olmasıdır. Dolayısıyla temsilcinin yaptığı işlemin temsil hükümleri kapsamında olması zorunludur. Bu nedenle temsilcinin gerçekleştirdiği haksız fiil teşkil eden bir işlemde temsil hükümleri gündeme gelmeyecektir.⁴⁴⁵

Adi ortaklıkta elbirliği hak sahipliği esasının söz konusu olması nedeni ile temsilin bir sonucu olarak, BK 638/I'e göre ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur. Yine aynı maddenin son fıkrasına göre temsilin bir sonucu olarak, ortaklar birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar. Bu bağlamda doğrudan temsil yolu ile borçlar yönünden ortaklık müteselsil sorumluluk altına girecek ve malvarlığı açısından da elbirliği mülkiyet oluşacaktır.

⁴⁴² Karine İsviçre Borçlar Kanununda 1911 yılında kabul edilmiştir. KIRCA, s. 69.

⁴⁴³ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 86, Şener, Adi Ortaklık, s. 406, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 64, ESENER, s. 41.

⁴⁴⁴ ESENER, s. 127, İsmail KIRCA, Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, 44(1), s. 445.

⁴⁴⁵ KARAHAN; s. 89, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 65, ÖZENLİ, s.101, KAYA, Erdoğan, Adi Ortaklıkta Temsil, İstanbul 2022, s. 78.

3.3.2 Adi Ortaklıkta Doğrudan Temsil Şartları

Borçlar Kanunu genel hükümlere göre temsilin varlığı için başlıca iki koşul söz konusu olup, bunlardan ilki temsilciye verilen temsil yetkisinin varlığı, diğeri ise temsil yetkisine sahip olan bu temsilcinin ortaklık adına ve hesabına hareket ettiğinin dış dünyaya yansımasıdır.⁴⁴⁶ Adi ortaklık özelinde doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için ise Borçlar Kanunu'nun 637. maddesi uyarınca öncelikli olarak geçerli bir temsil yetkisi söz konusu olmalı, bu temsil yetkisi ortaklık adına ve hesabına kullanılmalı ve de bu yetki kullanıldığı sırada temsil iradesi dışa yansımalıdır. Adi ortaklıkta doğrudan temsilde, dolaylı temsilden farklı olarak temsil ilişkisinin kurulabilmesi için temsil iradesinin dışa yansımaları zorunludur.

3.3.2.1 Temsil Yetkisi

Temsil olunan kimse ile temsilci arasındaki bağ ile kurulan hukuki ilişki, temsil ilişkisi olarak adlandırılmaktadır. Temsilcinin bu ilişkide temsil olunan ad ve hesabına hukuki işlem yapmak için sahip olduğu iş görme yetkisi ise temsil yetkisidir.⁴⁴⁷ Temsil yetkisinin temsil olunanın iradesine dayandığı durumlarda iradi temsil yetkisi, bu yetkinin irade dışı mevcut olduğu durumlara ise kanuni temsil yetkisi gündeme gelmektedir.⁴⁴⁸

Adi ortaklıkta doğrudan temsilde zorunlu olan temsil yetkisi, BK 637/3 gereği temsil karinesi şeklinde kanundan doğabileceği gibi, ortakların irade

⁴⁴⁶ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / Hüseyin HATEMİ / Rana SEROZAN / Abülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, İstanbul 2010, s. 673, DEMİR, s. 255, OĞUZMAN/ÖZ, s. 227, TERCİER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 126, EREN, s. 431, TUNÇOMAĞ, s. 402, AYAN, s. 233, İNCEOĞLU, s.47.

⁴⁴⁷ ESENER, s. 59, CİHAN, s.2, EREN; s. 434, TERCİER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU,s.123, REİSOĞLU, s. 150, TUNÇOMAĞ, s. 402, NOMER, s. 138, KILIÇĞLU, s. 305, AYAN, s. 234, RENDA/ONURSAN, s.984, ALPER, s.82.

⁴⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 230, EREN, s.431, TERCİER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, 143, REİSOĞLU, s. 150, NOMER, s. 138, AYAN, s. 234, İNCEOĞLU, s.47.

yansıması olarak, iradi temsil şeklinde de gündeme gelebilir.⁴⁴⁹ Ortakların iradesi ile gündeme gelmesi durumunda, ortaklık sözleşmesi, ortaklık kararı, icazet veya temsil belgesi ile verilebilen temsil yetkisi, ortaklardan birisine, birkaçına veya dışardan üçüncü bir kişiye tanınabilecektir.

Temsil yetkisi her türlü hukuki işlemi yapma yetkisini kapsamakta ise genel temsil yetkisi, belirli bir işlemi yapma yetkisini kapsıyorsa özel temsil yetkisinden söz edilir.⁴⁵⁰

Temsil yetkisinin ortaklık kararı şeklinde verilmesi durumunda, ortaklık kararlarının kural olarak oybirliğine tabi olması nedeni ile aksi kararlaştırılmadıkça, bu karar için de ortakların oybirliği aranacaktır. Ancak ortaklık sözleşmesinde, ortaklık kararlarının oy çokluğu ile alınabileceğine ilişkin bir düzenleme var ise temsilci atanması da oy çokluğu ile gerçekleştirilebilir. Buna rağmen BK 625/III gereği, her halükarda genel yetkili temsilci atanabilmesi için tüm ortakların oybirliği şarttır. Dolayısı ile temsilciye özel bir iş için verilecek temsil yetkisi için ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmak koşulu ile ortakların oy çokluğu yeterli olacak iken, genel yetkili temsilci atanması için ortaklık sözleşmesinde oy çokluğu şeklinde bir düzenleme olsa bile, emredici nitelikte BK 625/III gereği yönetici olsun olmasın tüm ortakların oybirliği zorunludur.

Ortaklık kararı ile verilen temsil yetkisinde, ortaklık kararındaki sakatlık ve geçersizliği temsil yetkisini de etkileyecektir ve temsilcinin gerçekleştirdiği işlemlerde yetkisiz temsil hükümleri gündeme gelebilecektir. Ancak burada hukuki görünüş ilkesi gereği, üçüncü kişinin temsil yetkisindeki geçersizliği bilmesinin beklenemeyeceği durumlarda iyi niyetinin korunması gerekecektir.⁴⁵¹

Adi ortaklıkta toplu temsil mümkün olup, temsil yetkisinin müteselsil veya kollektif olarak kullanımı, toplu temsilin kullanım şekli olarak belirlenebilir.⁴⁵²

⁴⁴⁹ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 106, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 64.

⁴⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 239, NÖMER, s. 140, KILIÇOĞLU, s. 312, İNCEOĞLU, s.200.

⁴⁵¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 406, GİRĞİN, s. 107.

⁴⁵² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 406, TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.133.

Temsil yetkisi genel şekilde verilebileceği gibi, belirli bir işlem ve belirli bir süre için sınırlı şekilde de verilebilir.⁴⁵³

Temsil yolu ile gerçekleştirilecek hukuki işlem şekil şartına tabi olsa bile temsil yetkisi verilmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Temsil yetkisi, temsilciye yöneltilen, tek taraflı ve yenilik doğurucu bir hukuki işlem olup, temsilcinin kabul beyanına gerek yoktur.⁴⁵⁴ Dolayısı ile temsilciye bu yetki beyanı ulaştığı anda kabule gerek olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak kabule gerek olmaması demek temsilcinin bu yetkiyi kullanmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir.⁴⁵⁵ Tek taraflı beyan ile temsil yetkisi verilmesi ile ilişki kurulmasına rağmen, temsilci bu yetkiyi kullanmayabilir. Dolayısı ile temsilcinin bu yetkiyi kullanmaması ilişkinin geçerliliğine etkili değildir.

Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte, temsilcinin gerçekleştireceği işlemin bir şekil şartına bağlı olması durumunda, bir hukuksal işlem olması nedeni ile ispat açısından bir uyumsuzluk çıkar ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi uyarınca belgeyle ispat kuralı devreye gireceği için, temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini ispat edebilmesi amacıyla temsil yetkisinin yazılı olmasında fayda vardır.⁴⁵⁶ Yine Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinde ve Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinde temsil yetkisinin noterde verilmesi zorunlu koşul olarak aranmaktadır. İşte temsilcinin hukuki görünüşe güven ilkesi gereği, temsil yetkisini kanıtlayabilmek amacıyla düzenlenen ancak zorunlu olmayan bu belgeye yetki belgesi veya temsil belgesi adı verilmektedir.⁴⁵⁷

Vekalet sözleşmesi ile temsil farklı hukuki kavramlar olup, vekalet iki tarafın irade beyanlarının uyumu ile meydana gelen ve iç ilişkiyi ilgilendiren bir sözleşmedir. Temsil ise sadece temsil verenin tek taraflı beyanı ile meydana

⁴⁵³ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s.106,TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.132, REİSOĞLU, s.155, TUNÇOMAĞ, s. 414, KILIÇOĞLU, s. 313, AYAN, s.235.

⁴⁵⁴ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 130, NOMER, s. 139, KILIÇOĞLU, s. 307, AYAN, s. 234.

⁴⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 305.

⁴⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 308, EREN, s. 437.

⁴⁵⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 130, KILIÇOĞLU, s. 308, AYAN, s. 234, NOMER, s. 139, REİSOĞLU, s. 153, EREN, s. 437.

gelen ve dış ilişkide üçüncü şahıslarla ilişkiye girilmesini sağlayan bir yetkidir.⁴⁵⁸ Temsil yetkisinin verilebilmesi için vekaletname şart olmayıp, vekaletname temsil için zorunlu şartlardan değilse de temsil yetkisinin vekaletname ile verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Aynı şekilde verilmiş bir temsil yetkisinin geçerliliği için de temsil belgesine gerek yoktur.⁴⁵⁹ Bu nedenle temsil belgesi ve vekaletname adi ortaklıkta doğrudan temsilin zorunlu unsurları arasında değildir. Burada önem arz eden nokta temsil yetkisinin mevcudiyetidir.

3.3.2.2 Ortaklık Adına ve Hesabına Hareket İradesi

Doğrudan temsil için ilk koşul temsil yetkisi iken, diğer bir koşul, temsilcinin ortaklık adına ve hesabına hareket etme iradesi olup, bu nedenle her şeyden önce temsilci ortaklık adına hareket etmelidir.⁴⁶⁰ Dolaylı temsilde, temsilcinin kendi adına ve ortaklık hesabına hareket etmesi söz konusu iken, doğrudan temsilde temsilci ortaklık adına ve hesabına hareket etmektedir. Bu nedenle doğrudan temsilde, dolaylı temsilin aksine, yapılan işlemin yeni ve başka bir işlem ile ortaklığa devrine gerek yoktur.⁴⁶¹ Zira burada temsilci ortaklık adına ve hesabına hareket ettiği için işlem direk olarak ortaklık adına doğmakta, haklar ve borçlar doğrudan ortaklığa ait olmaktadır.

Doğrudan temsil ile dolaylı temsilin ortak noktası ise ortaklık hesabına hareket iradesidir.⁴⁶² Her iki temsil çeşidinde de temsilci ortaklık hesabına hareket etme iradesindedir. Dolayısıyla işlemi gerçekleştiren kişide, işlemi ortaklık hesabına gerçekleştirme iradesi yok ise ve dışa karşı temsilci olduğu izlenimini uyandıracak bir hareket de yok ise temsil gündeme gelmeyecek ve yapılan işlem sadece taraflarını hak ve borç altına sokacaktır.

⁴⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 232, TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 130, REİSOĞLU, s. 152, TUNÇOMAĞ; s. 409, NOMER, s. 136, ALPER, s. 88.

⁴⁵⁹ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 108, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 64, REİSOĞLU, s. 152, TUNÇOMAĞ, s. 409, NOMER, s. 135, AYAN, s. 230, ALPER, s. 88.

⁴⁶⁰ ESENER, s. 95, OĞUZMAN/ÖZ, s.227, EREN, s. 431, REİSOĞLU, s. 150, TUNÇOMAĞ, s. 403, RENDA/ONURSAN, s.985.

⁴⁶¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 408, EREN; s.427.

⁴⁶² GİRĞİN, Dış İlişkiler, s.108, ESENER, s. 96.

3.3.2.3 Temsil İradesinin Dışa Yansıması

Üçüncü kişilerin temsil işlemi ile doğan sonuçların kimin üzerinde meydana geleceğini bilmesini sağlayabilmek için, temsilcinin üçüncü kişiye karşı temsil ilişkisini aleni hale getirmesi gerekmektedir.⁴⁶³ Doğrudan temsilde temsil iradesinin dışa yansıması önem arz etmektedir. Dışa yansıyan irade ile üçüncü kişi bu işlemin ortaklık adına ve hesabına yapıldığından haberdar olarak işlemi ortaklık ile gerçekleştirmektedir. Ancak bu noktada önem arz eden temsilcinin işlemi bir başkası adına yaptığını bildirmesidir, yoksa işlemi adına gerçekleştirdiği kişinin kimliğini açıklaması şart değildir.⁴⁶⁴ Bu irade dışa yansımasa dahi şartlarının oluşması durumunda BK 40/II hükmü doğrudan temsilde uygulama alanı bulabilecektir.

Doğrudan temsilde dolaylı temsilin aksine, temsil yetkisinin işlem gerçekleşmeden önce mevcut olması ve ortaklığı temsil için verilen bu temsil yetkisinin kural olarak dışarıya belli edilmesi şarttır.⁴⁶⁵ Dolaylı temsilde üçüncü kişinin temsil ilişkisini bilmesi ile bilmemesi arasında bir fark bulunmamakta olup, her halükarda işlemin sonuçları temsilci üzerinde doğmaktadır. Oysaki doğrudan temsilde BK 40/II hükmü uygulama alanı bulabilecektir.⁴⁶⁶ BK 40/II ye göre *“Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur”*

Bu nedenle, temsil ilişkisi üçüncü kişiye bildirilmemesine rağmen, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya ortaklığa ait olacaktır. Bu noktada

⁴⁶³ TERCIER/PICHONAZ/DEVELİOĞLU, s. 127, TUNÇOMAĞ; s. 403, AYAN, s. 233, RENDA/ONURSAN, s. 985.

⁴⁶⁴ REİSOĞLU, s. 150, TUNÇOMAĞ, s. 403.

⁴⁶⁵ ŞENER; Adi Ortaklık, s. 406, GİRGİN, Dış İlişkiler, s. 111, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 63, ESENER, 46, OĞUZMAN/ÖZ, s. 227.

⁴⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.228.

önem arz eden husus üçüncü kişinin herhangi bir kimse ile işlemi yapmasının fark etmemesi değildir, önemli olan üçüncü kişi açısından bu işlemi temsilci ile ortaklık arasında yapması noktasında bir fark bulunmamasıdır.⁴⁶⁷ Üçüncü şahıs açısından temsile konu işlemi ortaklık veya temsilci ile yapması noktasında bir fark bulunmaması durumunda üçüncü kişi açısından işlemin temsilde farksızlığı unsur oluşmuştur.

Doğrudan temsilde temsil iradesinin dışa yansımaları üç şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Temsilcinin başkası adına hareket ettiğinin açık veya örtülü şekilde işlemi yapan üçüncü kişiye bildirilmesi ile yapılan işlemin kiminle gerçekleştirildiğinin önem arz etmediği durumlarda temsil iradesi dışa yansımış sayılacaktır.⁴⁶⁸

3.3.2.3.1 Temsil İradesinin Açık Yansımaları

Temsil yetkisinin mevcut olduğu, işlem gerçekleştirilmeden önce sözlü veya yazılı olarak üçüncü kişiye bildirilir ise bu durumda temsil iradesi üçüncü kişiye açık bir şekilde yansıtılmış olur ve gerçekleştirilen hukuki işlem ile temsilin sonuçları üçüncü kişi ve temsil olunan arasında direk olarak sonuç doğurur. Bu ihtimalde üçüncü kişi temsile konu işlem öncesinde işlemin doğrudan temsil yolu ile ortaklık adına ve hesabına gerçekleştirildiğinden haberdardır ve işlemin her iki tarafı da işlemin doğrudan temsil yolu ile gerçekleşmesi iradesi ile hareket etmektedir.

3.3.2.3.2 Temsil İradesinin Örtülü Yansımaları

Temsilcide mevcut olan temsil yetkisi işlem öncesinde açık bir şekilde karşı tarafa bildirilebileceği gibi örtülü bir şekilde işlemin tarafı olan üçüncü kişiye yansıtılabilir. Bu durumda işlem öncesinde üçüncü kişi temsil iradesini örtülü şekilde öğrenmiş olur. Temsil iradesinin örtülü bir şekilde yansımaları BK 40/II' ye göre de gerçekleşebilir. Temsil iradesi karşı tarafa bildirilmemesine rağmen, işlem öncesinde üçüncü kişi temsil ilişkisini durumun şartlarından

⁴⁶⁷ İNCEOĞLU, s.63.

⁴⁶⁸ EREN, s. 432, OĞUZMAN/ÖZ, s.228, TUNÇOMAĞ, s. 403.

çıkartıyor veya çıkartması gerekiyor ise bu durumda da temsil ilişkisi dışı örtülü bir şekilde yansıtılmış olur.

3.3.2.3.3 Temsil İlişkisinin Üçüncü Kişi Açısından Önem Arz Etmemesi

Temsil iradesi işlem öncesinde açık veya örtülü bir şekilde üçüncü kişiye bildirilmemesine rağmen, BK 40/II'ye göre üçüncü kişi açısından hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması arasında bir fark bulunmuyor ise temsil ilişkisi üçüncü şahsa yansımış sayılır ve bu durumda hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur. Bu ihtimalde mevcut bir temsil yetkisi var ise üçüncü kişi temsil ilişkisini bilmese bile temsil ilişkisi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.⁴⁶⁹ Bu yansıma biçiminde üçüncü kişinin temsil olunan ile hukuki işlemi gerçekleştireceği sonucuna varılabiliyor ise temsilci ile temsil olunan arasında bir fark bulunmama kriteri gerçekleşmiş olur.⁴⁷⁰ Buna “ilgili için işlem” denir.⁴⁷¹

3.3.2.3.4 Bildirim Şartına Uyulmaması

Doğrudan temsilde temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiğini bildirmeden hukuki işlemi gerçekleştirmesi durumunda, BK 40/II'deki istisnai durumlar hariç olmak üzere, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında temsil ilişkisi kurulamaz ve bu ilişkiden haberdar olmayan üçüncü kişi temsil olunan ile hukuki ilişkiye girmeye zorlanamaz.⁴⁷² Bu şekilde üçüncü kişiye bildirilmeden temsil olunan adına hareket ederek üçüncü kişi ile işleme girilmesi durumunda bu ilişkiyi temsil olunana yansıtmanın tek yolu, dolaylı temsilde olduğu gibi, BK 195'e göre borcun üstlenilmesi, BK 183'e göre alacağın devri veya BK 205'e göre sözleşmenin devri gibi ek bir işlemle, bu ilişkinin temsil olunana aktarılmasıdır.⁴⁷³ Dolayısı ile bu devir gerçekleştirilmediği sürece temsilci bu işlemle bağlı kalmaya devam edecek, ilişki temsilci ile üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

⁴⁶⁹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 128.

⁴⁷⁰ İNCEOĞLU, s.69.

⁴⁷¹ Teoman AKÜNAL, İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s.31, OĞUZMAN/ÖZ, cilt 1, s.681.

⁴⁷² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 129.

⁴⁷³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 129.

3.3.2.4 Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Türk Borçlar Kanunu’nda adi ortaklıkta temsilin şekli ile ilgili dolaylı ve doğrudan temsile ilişkin düzenleme olmasına rağmen, temsil yetkisinin sona ermesi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁷⁴ Bu nedenle borçlar hukuku genel hükümlerdeki temsilin son bulmasına ilişkin BK 42 ve 43. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

BK 42 ye göre “*Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilir veya geri alabilir*” Borçlar Kanunu’nun 43. maddesine göre ise “*Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.*”

Bu hükümlerden hareketle, adi ortaklıkta temsil için verilen temsil yetkisi temsil olunan ortaklar tarafından her zaman sınırlandırılabilir ve geri alınabilir. Geri alma, hak düşürücü ve temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır.⁴⁷⁵ BK 42/II’ye göre temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez.⁴⁷⁶ Dolayısı ile bu emredici hüküm gereği tarafların adi ortaklık sözleşmesinde temsil yetkisinin geri alınması hakkından feragat etmeleri mümkün değildir.

Adi ortaklığa dahil olan ortakların veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflası halinde temsil ilişkisi kural olarak sona erecektir.⁴⁷⁷ Ancak tarafların adi ortaklık sözleşmesi ile temsilin bu durumlarda devamına yönelik karar almaları mümkün olduğu gibi, sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması halinde, ortaklık kararı ile oybirliği ile de bu doğrultuda karar verilmesi mümkündür.

⁴⁷⁴ GİRĞİN, Temsil Ve Borçtan Sorumluluk, s. 91, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 415.

⁴⁷⁵ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 85, TUHR, s.330, İNCEOĞLU, s.267.

⁴⁷⁶ TUHR, s. 330, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 88.

⁴⁷⁷ TUHR, s. 332, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 86, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 415.

Temsil yetkisinin süreli veya belirli bir işin verilmesi durumunda ise yetkinin özelliği gereği sürenin dolması veya işin görülmesi ile birlikte temsil ilişkisi sona erecektir. Temsil yetkisinin bu şekilde süreli veya sınırlı verilmesi halinde bu yetkinin aşılması durumunda ise yetkisiz temsil gündeme gelecektir.

BK 637/III'e göre yönetici ortak açısından kanunen oluşan bir temsil durumu söz konusu ise yönetim görevinin sona ermesi ile o ortak açısından temsil görevi de sona erecektir.⁴⁷⁸ Dolayısı ile artık bu ihtimalde temsil karinesinin de uygulanması kendiliğinden son bulacaktır.

Borçlar Kanunu genel hükümlerde sayılmamakla birlikte temsil ilişkisini sona erdiren bir neden de temsilcinin istifasıdır.⁴⁷⁹ Adi ortaklık özelinde temsilcinin istifası da temsil ilişkisini sona erdirecek ve varması gereken bir irade beyanıdır.

Temsil yetkisi için temsil veya yetki belgesi şart olmamakla birlikte; BK 44'e göre temsilciye yetki belgesi verilmişse, yetkinin sona ermesi durumunda temsilci, bu belgeyi temsil olunana geri vermekle veya hâkimin belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür.⁴⁸⁰ Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler.

Kural olarak temsil yetkisi sona erdikten sonra temsilcinin yaptığı işlemler temsil olunanı bağlamaz ancak BK 45'e göre temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdırlar. Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz.⁴⁸¹ Dolayısı ile temsil yetkisinin sona erdiğini temsilci bilmemesine rağmen, üçüncü kişi temsil yetkisinin sona erdiğini biliyor ise geçerli bir temsil ilişkisi kurulamaz.

⁴⁷⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 415, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 92.

⁴⁷⁹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 88, TUHR, s. 330.

⁴⁸⁰ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 91, ŞENER, s.373, TUHR, s.336.

⁴⁸¹ TUHR, s. 335, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 90.

3.4 TEMSİL KARİNESİ

Temsil yetkisinin iradeye değil de kanuna dayandığı durumlarda kanuni temsil yetkisi gündeme gelmektedir.⁴⁸² Borçlar Kanunu’nun 637. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “*Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.*” İşte burada söz konusu olan karine kanuni temsil yetkisine ilişkindir.

Önemli tasarruf işlemleri ortaklığı sorumluluk altına sokan, ortaklık malvarlığında azalmaya yol açan işlemler olup, yönetim işlerindeki olağan yönetim, olağan dışı yönetim işleri kriterinden hareketle, temsil konusundaki önemli tasarruf işleri kriteri geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda adi ortaklığın faaliyet alanına ilişkin değilse gayrimenkul alım, satım, temlik veya teminat gösterilmesi, adi ortaklık adına bağışta bulunulması, kambiyo taahhüdü verilmesi, sulh, kabul ve tahkim gibi konular önemli tasarruf işlerine örnek olarak gösterilebilir.⁴⁸³

Adi ortaklıkta yönetim ve temsil yetkilerinin birbirleri ile yakın ve irtibatlı olması nedeni ile ortaklardan herhangi birisinin gerek kanunen, gerekse ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı ile yönetici olması durumunda, bu yöneticilik fonksiyonun, temsili de kapsadığı var sayılır. Burada kanundan kaynaklanan bir temsil karinesi söz konusudur.⁴⁸⁴ Bu düzenleme ile kanun koyucu tarafından, üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmak istenmiş ise de üçüncü kişiler lehine olan bu durum ortaklar açısından risk teşkil etmektedir.⁴⁸⁵ Zira temsilci ve yönetici hiç atanmaması durumunda bütün ortaklar hem yönetici hem de temsilci konumunda

⁴⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s. 230.

⁴⁸³ PULAŞLI, s. 80, ŞENER, Adi Ortaklık s.296.

⁴⁸⁴ GİRGİN, Dış İlişkiler, s. 102, KARAHAN, s.90, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 410, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.64, GÜNDAY, s. 1643.

⁴⁸⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 411.

olacak ve birisinin yaptığı işlemde kanuni temsil karinesi gereği tüm ortaklar birinci derecede, sınırsız ve müteselsil olarak sorumlu olacaklardır.⁴⁸⁶

Her ne kadar ilgili maddede yalnızca kendisine yönetim görevi verilen ortak ibaresi kullanılmış ise de, yönetim için dışardan bir üçüncü kişi atanması durumunda, genişletici yorumla yönetici üçüncü kişi için de temsil karinesi uygulanmalıdır.⁴⁸⁷

Yönetim yetkisinin sınırları bu konuda temsil yetkisinin de sınırlarını belirlemektedir.⁴⁸⁸ Yönetim yetkisinde olağan iş, olağan dışı iş ayrımı yapılması gibi, yöneticinin temsil karinesinde de olağan iş, olağan dışı iş ayrımına benzer bir ayrım söz konusudur. Temsil yetkisinin, yönetim yetkisinden kaynaklandığı temsil karinesinde, temsil yetkisinin sınırı olağan işlerdir.⁴⁸⁹ Temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta her ne kadar temsil yetkisi için temsil belgesi zorunluluğu bulunmamakta ise de temsil yetkisine sahip yönetici ortağın önemli tasarruf işlemlerini yapabilmesi için oybirliği ile verilen yazılı bir temsil belgesi bulunmasının zorunlu unsur olarak aranmasıdır.⁴⁹⁰

Bu karene gereği, yönetici olmayan ortakların da temsil yetkisi olmayacaktır.⁴⁹¹ Onların temsilci olarak atanabilmeleri için ortaklık sözleşmesinde bu konuda hüküm olması veya ortaklık kararı alınması gerekmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 25.12.1964 tarih ve 1964/7974 Esas ve 1964/6182 sayılı kararına göre de "kendisine idare yetkisi verilmiş bir ortağın temsil yetkisi de

⁴⁸⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 410, GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 103.

⁴⁸⁷ KARAHAN, s. 90, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 410, GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 104.

⁴⁸⁸ KARAHAN, s. 90.

⁴⁸⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 64.

⁴⁹⁰ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 106.

⁴⁹¹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.92.

zaten mevcut farz olunduğu gibi tersine olarak idare yetkisi bulunmayan bir ortağın temsil yetkisi de kural olarak yok sayılır.”⁴⁹²

3.5 ADİ ORTAKLIKTA YETKİSİZ TEMSİL

3.5.1 Genel Olarak

Yetkisiz temsil, bir kişinin temsil yetkisi olmadığı halde veya temsil yetkisinin varlığına rağmen bu yetki aşılarak, başka bir kişi adına bir hukukî işlem veya sözleşme yapması durumunda oluşmaktadır.⁴⁹³ Temsil yetkisinin eksikliği, temsil yetkisinin hiç verilmemiş olmasından, mevcut temsil yetkisine rağmen, yapılan işlemin temsil yetkisi dışında kalmasından veya mevcut temsil yetkisinin bitmiş olmasından doğabilir.⁴⁹⁴

Yetkisiz bir temsilden söz edebilmek için üç koşul gereklidir. İlk koşul temsilcinin temsil yetkisine sahip olmaması, diğer koşul temsil yetkisine sahip olmayan bu kişinin üçüncü kişi ile hukuki işlem yapması, diğer bir koşul ise bu hukuki işlemin temsil olunan adına yapılmasıdır.⁴⁹⁵ Yetkisi olmayan temsilci bu işlemi kendisi veya bir başkası adına yapmış ise yetkisiz temsilden söz edilemeyecektir.

Adi ortaklıkta yetkisiz temsil ise ortaklardan herhangi birisinin temsil yetkisi olmadığı halde işlem yapmasında yetkisizlik şeklinde veya temsil yetkisini aştığı hallerde sınırın aşılması şeklinde gündeme gelmektedir.⁴⁹⁶ Temsil yetkisinin olmaması ise başka bir ortağın veya üçüncü kişinin temsilci olarak atanması, temsil yetkisinin süreli verilmesi halinde sürenin dolması, bir iş için verilmesinde

⁴⁹² GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 92.

⁴⁹³ Adem YELMEN, Yetkisiz Temsil, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt 1, 2015, s. 429, TUHR, s. 355, OĞUZMAN/ÖZ, s. 255, EREN, s. 453, REİSOĞLU, s. 159, TUNÇOMAĞ, s. 421, NOMER, s. 147, KILIÇOĞLU, s. 327, AYAN, s.238, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1028, ALPER, s. 142.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 255, TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.136, TUNÇOMAĞ, s. 421, TUHR, s. 356, KILIÇOĞLU, s. 327, ALPER, s. 142.

⁴⁹⁵ EREN, s. 453, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s.1028, KAYA, Erdoğan, s.107.

⁴⁹⁶ ÇEKER, s. 234, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 41, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 87, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 65, EREN, s. 453.

işin tamamlanması ya da temsil yetkisinin geri alınması durumlarında söz konusu olur. Dolayısı ile yetkisi olmamasına rağmen, üçüncü kişilerle işlem yapan ortak, iç ilişkide BK 630/II'ye göre vekâletsiz iş gören, dış ilişkide ise BK 46'ya göre yetkisiz temsilci olur.⁴⁹⁷

Yetkisiz temsil, sadece doğrudan temsilde gündeme gelebilir. Dolaylı temsilde yetkisiz temsil mümkün değildir.⁴⁹⁸ Yetkisiz temsil ile dolaylı temsil birbirinden farklı kavramlar olup, yetkisiz temsilde ortada mevcut bir yetki yok iken veya yetki aşılarak, ortaklık adına ve hesabına yapılan bir işlem söz konusudur. Dolaylı temsilde ise işlem, işlemi yapan adına, ancak ortaklık hesabına yapılmaktadır.⁴⁹⁹ Hukuki sonuçları bakımından ise işlemin onaylanması durumunda bir fark olmamakla birlikte, işlemin onaylanmaması durumunda, yetkisiz temsilcinin ortak olması hariç, kural olarak yapılan işlem geçersiz iken, dolaylı temsilde yapılan işlem, temsilci açısından geçerlidir. Hak ve borçlar ortaklığa intikal ettirilmez ise dolaylı temsilci açısından sonuç doğurmaya devam edecektir.

3.5.2 Temsilcinin Sorumluluğu

Bir ortağın yetkisi olmadığı halde üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye girmesi durumunda temsilcinin hukuki sorumluluğu ile gerçekleşen hukuki işlemin hukuki sonuçlarının ne olacağını iç ilişkide vekaletsiz iş görme, dış ilişkide ise yetkisiz temsil hükümlerine göre belirlenecektir.

3.5.2.1 Dış İlişkide Sorumluluk

3.5.2.1.1 Genel Olarak

Temsil yetkisi olmadığı halde veya temsil yetkisi kapsamı dışında işlem yapılması durumunda ortaya çıkan yetkisiz temsil durumunda, adi ortaklığın, yetkisiz temsilcinin ve yetkisiz temsilci ile işlem gerçekleştiren üçüncü kişinin sorumlulukları ve yetkisiz temsil ile gerçekleştirilen işlemin geçerliliği önem arz

⁴⁹⁷ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 117, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.65.

⁴⁹⁸ EREN, s. 453.

⁴⁹⁹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 87.

etmektedir. İç ilişkide mevcut olan bu temsil yetkisi eksikliği, dış ilişki yönünden BK 46 ve 47 yetkisiz temsil hükümlerine göre çözümlenecektir.

BK 46/I ye göre “Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.” Bu ilişkinin akıbetini belirleyecek olan bu yetkisiz temsile verilmesi gereken onaydır. Onay verilene kadar yetkisiz temsil ile gerçekleştirilen işlem askıda olup, bu onay verilene kadar yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi sözleşme ile bağlı kalmaya devam edecektir.

3.5.2.1.2 İşlemin Askıda Olması

Yetkisiz temsil durumunda temsile dayanan hukuki işlem askıda olup, yetkisiz temsilci, işlem onanana kadar askıda olduğu dönemde bu işlemle bağlıdır. Üçüncü kişi de temsil olunan bu onama hakkında karar verinceye kadar bu işlemle bağlı kalmaya devam edecektir.⁵⁰⁰

Hukukumuzda Alman Hukukunun aksine, temsil yetkisinin yokluğunu bilmeyen üçüncü kişi, onama konusunda bir karar verilene dek yani askı döneminde tek taraflı olarak sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulamaz. Bu onaylama yapılmadığı sürece temsilen yapılan hukuki işlem askıdadır. Bu askıda olma durumu üçüncü kişi açısından askıda hükümsüzlük şeklindedir.⁵⁰¹ Dolayısı ile temsil olunan onay konusunda bir karar verene dek üçüncü kişi bu sözleşme ile bağlı kalmaya devam edecektir. Üçüncü kişinin bu nedenle bir zarara uğraması durumunda ise yetkisiz hareket eden sözde temsilci bu zarardan sorumludur. Onay verilene kadar geçen sürede yetkisiz temsilci ve üçüncü kişi bu işlem ile askıda olarak bağlı kalmaya devam edeceklerdir ve temsil olunan karar verene kadar beklemek zorundadırlar, ancak kendi aralarında hukuki ilişkiyi kurarlarken onayın belli bir süre için beklenilmesini kararlaştırmaları mümkündür.⁵⁰²

⁵⁰⁰ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.137, REİSOĞLU, s 159, TUNÇOMAĞ, s. 422, TUHR, s. 357, KILIÇOĞLU, s. 327, AYAN, s. 239, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1028, ALPER, s.143.

⁵⁰¹ EREN, s. 456, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1028, ALPER, s.143.

⁵⁰² TUNÇOMAĞ, s. 422, KILIÇOĞLU, s. 328, ALPER, s.143.

Bu noktada üçüncü kişinin yetkisiz temsil durumunu bilmesinin veya bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁵⁰³ Üçüncü şahıs işlem askıda kaldığı süre boyunca işlemle bağlı olmakla birlikte işlemden rücu etme hakkını saklı tutmuş ise bu işlemden onayı beklemeden rücu etmesi mümkündür.⁵⁰⁴

3.5.2.1.3 Yetkisiz Temsile Onay Verilmemesi

Temsilci olduğunu ileri süren sözde temsilci, yetkisi olmadan hareket ederse, kural olarak temsilin hükümleri doğmaz ve bu işlem onay verilmedikçe temsil olunan açısından hüküm ve borç doğurmaz.⁵⁰⁵ Temsil olunan bu işlem ile bağlı olmadığı halde, üçüncü kişi ve yetkisiz temsilci bu işlem ile onay verilip verilmeyeceği belli olana kadar bağlı kalacaklardır.

Taraflar arasında herhangi bir süre belirlenmemesi ve üçüncü kişinin bu ilişkiyi bilmeden ilişkiye girmesi durumunda BK 46/II'ye göre *“Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur.”* Dolayısı ile temsil olunanın bu işleme onay vermemesi durumunda hukuki ilişki geçerli olarak kurulmaz ve üçüncü kişi bu hukuki ilişki ile bağlı olmaz.

Onay verilmemesi durumunda, işlemin hükümsüzlüğünün yanında, iyiniyetli üçüncü kişinin bu hükümsüzlük dolayısı ile uğradığı menfi zararları üçüncü kişiden tazminat davası ile talep etme hakkı bulunmakta olup, temsil olunana karşı herhangi bir talep hakkı bulunmamaktadır.⁵⁰⁶ Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciye yöneltebileceği bu talep sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna

⁵⁰³ TUNÇOMAĞ, s. 432.

⁵⁰⁴ TUHR, s. 357.

⁵⁰⁵ TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.136, REİSOĞLU, s. 159, TUNÇOMAĞ, s. 421, NOMER, s. 147, TUHR, s. 356, KILIÇOĞLU, s. 327, AYAN, s. 238, EREN, s. 453, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1029.

⁵⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 424, NOMER, s.148, TUHR, s. 358, KILIÇOĞLU, s. 329, AYAN, s. 239, EREN, s. 458, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1029.

(culpa in contrahendo) dayanmaktadır.⁵⁰⁷ Yetkisiz temsil nedeni ile hukuki işlem geçersiz olursa, üçüncü kişi bir edim yerine getirmiş ise mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası veya sebepsiz iktisaba dayalı genel hükümler çerçevesinde dava açma imkanı da bulunmaktadır.⁵⁰⁸

BK 47 uyarınca “*Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez. Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır.*” Ancak burada üçüncü kişinin temsil ilişkisi olmadığını bilmesi veya bilmesinin gerekmesi hallerinde sorumluluk ortadan kalkacaktır. Dolayısı ile yetkisiz temsilde işlem ortaklık tarafında onaylanmaz ise yetkisiz temsilci dışardan atanan bir kişi ise işlem geçersiz olacaktır. Üçüncü kişinin bu kesin hükümsüzlük nedeni ile uğradığı zararlardan yetkisiz temsilci sorumlu olacaktır. Ancak yetkisiz temsilci işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın yetkisiz temsilcilik durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kendisinden bu zararı giderilmesi istenemeyecektir. Yetkisiz temsilcinin ortaklardan birisi olması durumunda ise bu ortak işlemi aynı zamanda kendi adına da yaptığı için kişisel olarak bu işlemde sorumlu olacak ve üçüncü kişiye karşı ifa yükümü altında olacaktır.⁵⁰⁹

3.5.2.1.4 Yetkisiz Temsile Onay Verilmesi

Dış ilişkide askıda olan işlemin, iç ilişkide temsil olunan açısından sonuç doğurabilmesi için temsil olunanın bu işlemi onaması şarttır. Onama ise yetkisiz temsilcinin gerçekleştirdiği işlemi, temsil olunanın tek taraflı yenilik doğurucu bir şekilde kabul ettiği ve yetkisiz temsil yolu ile yapılan işlemi, yapıldığı andan itibaren geçmişe etkili olacak şekilde geçerli kılan ve temsil yetkisi eksikliğini

⁵⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 329, AYAN, s. 239, EREN, s. 457, ALPER, s. 144.

⁵⁰⁸ REİSOĞLU, s. 161, EREN, s. 459, ALPER, s. 145.

⁵⁰⁹ GİRĞİN, Dış İlişkiler, s. 121, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 87.

gideren tek taraflı bir hukuki işlemdir.⁵¹⁰ Onama işlemi de temsil yetkisi gibi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir, yapılan işlem şekle bağlı olsa bile onama işlemi şekle bağlı olmadan açık veya örtülü yapılabilir ise de onamanın şarta bağlı olarak yapılması mümkün değildir.⁵¹¹ Aynı şekilde onamanın tek taraflı varması gereken bir irade beyanı olması nedeni ile onamadan dönme ve onamanın geri alınması mümkün değildir.

Temsil olunanın yetkisiz temsil ile gerçekleştirilen işleme onay verilmesi ile birlikte temsil olunan, kurulan hukuki ilişkinin tarafı haline gelir ve bu işlemle bağlı olan üçüncü kişi ile aralarında geçmişe yönelik temsil ilişkisi kurulmuş olur.

Adi ortaklık özelinde ise yetkisiz temsil yolu ile ortaklık adına ve hesabına üçüncü bir kişi ile işlem yapması durumunda, ortaya çıkan hak ve borçlar, ortaklığa intikal ettirilirse yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ortakların işleme onay vermemesi ve dolayısı ile işlemin ortaklığa intikal ettirilmemesi durumunda ise yetkisi olmadan işlem yapan kişi, üçüncü kişiye karşı sorumlu kalmaya devam edecektir.⁵¹²

Ortaklık kararları için kural olarak oybirliği aranması nedeni ile ortaklık sözleşmesinde oy çokluğu şeklinde bir düzenleme bulunmadıkça, onay işlemini ortakların oy birliği ile gerçekleştirmeleri gerekmektedir.⁵¹³ Bu onay verilmediği sürece ortakların, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde dolayı sorumlulukları doğmayacaktır. Bu noktada yetkisiz temsil yolu ile gerçekleşen işlemde ortakların oybirliğinin arandığı durumlarda diğer ortaklara işlemi onaylamaları için süre verilmeli, onay iradesini baştan açıklamayan ortak dışındaki ortaklar için, belirlenen onay süresi beklenmelidir. Bu süre sonunda işleme onay verilmemesi durumunda oybirliği şartı gerçekleşmeyeceği için yetkisiz temsilcinin gerçekleştirdiği işlemde ötürü ortaklar sorumlu olmayacaklardır. Ortaklardan bir

⁵¹⁰ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.137, TUNÇOMAĞ, s. 421, NOMER, s. 147, TUHR, s. 356, KILIÇOĞLU, s. 328, EREN, s. 455.

⁵¹¹ TUHR, s. 356, AYAN, s. 238, EREN, s. 456, RENDA/ONURSAN, Cilt 2, s. 1029.

⁵¹² PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi s. 87, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 65, ÇEKER, s. 234, KARAHAN, s. 90, TUHR, s. 356, EREN, s. 455.

⁵¹³ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi s. 87.

kısının işleme onay vermesi durumunda ise, ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde, kural olarak oybirliği ilkesinin geçerli olması nedeni ile yapılan işlem ortaklar için sorumluluk doğurmayacak, yetkisiz temsil hükümleri devam edecek ve sadece işleme onay veren ortaklar üçüncü kişiye karşı sorumluluk altına gireceklerdir.

3.5.2.2 İç İlişkide Sorumluluk

Yetkisiz temsilcinin gerçekleştirdiği hukuki işlem açısından iç ilişkide vekaletsiz iş görme hükümleri gündeme gelecektir. Borçlar Kanunu’nun 630 maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*Ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır.*” Vekaletsiz iş görme konusunda ise Borçlar Kanunu’nun 526 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır.⁵¹⁴

3.6 TEMSİLİN SONUÇLARI

3.6.1 Elbirliği İle Hak Sahipliği

Temsilin sonuçlarının düzenlendiği BK 638/I’e göre “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*”

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasının bir yansıması olarak, temsil ilişkisi sonucu ister doğrudan isterse dolaylı temsil yolu ile olsun gerçekleşen işlem ile doğan hak ve borçlar ortaklığa intikal eder ve bir malvarlığı söz konusu ise bu malvarlığı elbirliği ile mülkiyet esasları doğrultusunda ortaklık malvarlığına dahil olur.⁵¹⁵ Dolayısı ile ortaklardan her biri temsil yolu ile edinilen malvarlığı üzerinde elbirliği ile mülkiyet rejimi esasları doğrultusunda, bu malvarlığının tamamı üzerinde hak sahibi olur. Elbirliği ile mülkiyet adi ortaklığın

⁵¹⁴ EREN, s. 459.

⁵¹⁵ GİRGIN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 104, ALVER, s. 15, SALDIRIM, s. 1227, GÜNDAY, s. 1644, PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 89.

kuruluşu sırasında ortaklığa katılma payı olarak getirilen malvarlığı için söz konusu olmakla birlikte, ortaklığın oluşmasından sonra temsil yolu ile ortaklığa intikal edecek olan malvarlığı açısından da söz konusu olacaktır.

Temsil yolu ile ortaklığa intikal eden malvarlığının tümü üzerinde hak sahibi olmalarına rağmen, ortaklar bu malvarlığı üzerinde tek başına satış, bağış, veya rehin gibi mülkiyeti sonlandıran veya sınırlandıran işlemleri yapamazlar.⁵¹⁶ Mülkiyeti sonlandıran veya sınırlandıran bu gibi işlemlerin yapılabilmesi için, kural olarak ortakların oy birliği ile aldıkları karar veya bu konuda ortaklarca verilmiş geçerli bir temsil yetkisi olmalıdır.

Yargıtay'a göre adi ortaklıkta ortakların mülkiyet durumu elbirliği halinde mülkiyet olduğu için bir ortağın hissesinin haczi mümkün değildir, ancak ortakların tasfiye payının haczi mümkündür.⁵¹⁷

Tasfiye payının haciz edilebilmesi için ortakların muvafakatı gerekmemektedir. Adi ortaklık sözleşmesinde ortakların işin sonuna kadar ortaklıktan ayrılamayacakları kararlaştırılabilir. Ancak böyle bir hüküm sadece ortaklar arasında geçerli sayılacaktır. Yasal koşullar yerine geldiğinde üçüncü kişilerde ortaklığın fesih ve tasfiyesini isteyebileceklerdir.⁵¹⁸

Adi ortaklık sözleşmesi ile elbirliği ile mülkiyet rejimi dışında bir rejim belirlenmesi mümkündür.⁵¹⁹ Dolayısı ile ortaklık sözleşmesi ile elbirliği ile mülkiyet rejimi dışında bir rejim benimsenmiş olması durumunda, temsil yolu ile ortaklığa dahil olan malvarlığı da ortaklık sözleşmesi ile benimsen mülkiyet rejimi esaslarına göre ortaklık malvarlığına dahil olacaktır.

⁵¹⁶ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 89.

⁵¹⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.05.2008 tarih ve 14388/6487 sayılı kararı.
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2007-14388-k-2008-6487-t-09-05-2008>.

Erişim tarihi:10.10.2021.

⁵¹⁸ RUHİ, s. 245.

⁵¹⁹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 89.

3.6.2 Müteselsil Sorumluluk

3.6.2.1 Genel Olarak

BK 162 ye göre “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” Bu bağlamda müteselsil sorumluluk tarafların iradesi ile doğabileceği gibi kanun nedeniyle de doğabilir.⁵²⁰ İşte adi ortaklık özelinde kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk söz konusudur. Burada söz konusu olan sorumluluk borçlular arası teselsüle ilişkin olup, kural olarak ortaklardan her biri alacaklı üçüncü kişiye karşı borcun tamamından sorumlu olmaktadır.⁵²¹ Üçüncü şahıs ise borcu ortaklardan dilediğinden talep etmekte özgürdür.

Adi ortaklıkta edinilen mallar konusunda elbirliği ile mülkiyet oluşması gibi temsil yolu ile üstlenilen borçlar konusunda ise kural olarak ortaklar müteselsilen sorumlu olacaklardır.⁵²² Adi ortaklıkta borçlardan sorumluluğun düzenlendiği tek hüküm olan BK 638/III’e göre “Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” Dolayısı ile üstlenilen borçlar konusunda adi ortaklık sözleşmesi ile müteselsil sorumluluk rejimi dışında bir rejim benimsenmiş ise müteselsil sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

Borçlar Kanunu’nun 638. maddesinin başlığı temsilin sonuçları olmak ile birlikte, BK 638/III’ün gerek kaleme alınış şekli, gerekse adi ortaklıkta borçlardan sorumluluğu düzenleyen tek hüküm olması nedeni ile söz konusu madde, yalnızca

⁵²⁰ KAPANCI, s. 51, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 119.

⁵²¹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 117.

⁵²² ÖZENLİ, s. 101, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 419, SALDIRIM, s.1228, GÜNDAY, s. 1644, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 107, BAHTİYAR, s. 39.

temsilin sonucu değil aynı zamanda adi ortaklıkta borçlardan sorumluluğu içeren genel bir hükümdür.⁵²³

Yargıtay'ın kararında da ortaklık sözleşmesi ile kendisine yasada belirtilen yönetme yetkisi tanınan kişinin, ortak olabileceği gibi, atanan üçüncü bir kişi de olabileceği belirtilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin son fıkrasında açıklandığı üzere bu kişinin ortaklığı temsil etmek yetkisinin mevcut olduğu tartışmasızdır. Ayrıca ortaklığı idare ve temsil yetkisi bulunan kişinin yapacağı işlemlerin ortakları üçüncü şahıslara karşı eşit olarak sorumlu kılacağı da açıktır. Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinde ortakların, birlikte olarak veya bir temsilci aracılığı ile karşı kuracakları ilişkide üçüncü kişilere karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi önceden kararlaştırılmadığı sürece müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti olmadığı için adi ortaklıkta temsil konusu önem arz etmektedir. Yönetici ortağın pozisyonu Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ticari mümessile benzer bir nitelik taşımaktadır. Aynı kanun gereği ticari mümessilin özel bir yetkisi olmasa dahi kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisinin mevcut olduğunun kabul edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.⁵²⁴

Adi ortaklığın ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm konulmadığı sürece, idareci olan ortağın yapacağı işlemler diğer ortakları bağlayıcı olacaktır. Hukuk Genel Kurulu bir uyuşmazlık hakkında ticari mümessilliğin, tek taraflı olarak yapılmış bir hukuki işlemle verilen temsil yetkisini içerdiğini belirtmiştir. Temsil yetkisinin verilmesinde etken olan alt ilişkiden bağımsız bir nitelik taşıdığını vurgulamıştır. Ticari mümessil kavramı Borçlar kanunu 547. Maddesinde ticari temsilci olarak güncellenmiştir. Maddeye göre ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmesini yönetmek ve işletmeye dair faaliyetlerde

⁵²³ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 107.

⁵²⁴ 12. Hukuk Dairesi'nin 11.01.2010 tarih ve 2009/18175 Esas ve 2010/28 K sayılı ilamı.
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2009-18175-k-2010-28-t-11-1-2010>.

Erişim tarihi: 21.01.2022.

ticaret ünvanının altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmesi için, açıkça veya zımni olarak yetkilendirdiği kişidir. İşletme sahibi, ticari temsilcilik yetkisi verilmesi halinde bu durumu ticaret siciline tescil ettirmek mecburiyetindedir. Ticari işletme sahibi ticari temsilciyi tescil ettirmese dahi eylemlerinden sorumludur. Diğer bir deyişle tescil yapılmış olmasa dahi ticari temsilcinin işlemlerinden dolayı ticari işletme sahibi sorumludur.⁵²⁵ Ticari temsilci işletmenin olağan ve olağanüstü sayılabilecek bütün işlemlerini yapma yetkisine sahiptir. Ticari temsilcinin borç altına sokacak işlemleri yapabilmesi, bu yönde açık ve ayrıca verilmiş bir yetkinin varlığına ihtiyaç duymamaktadır.⁵²⁶

Adi ortaklığın yetkilileri adi ortaklığın borcundan şahsen sorumlu olmayacaklardır. Örneğin adi ortaklığı temsil yetkisi olan temsilcinin imzaladığı bir çekten doğacak borç nedeniyle diğer ortaklar da müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.⁵²⁷

Adi ortaklıkta borçlardan dolayı müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için, borç doğuran işlem ortakların tümü tarafından birlikte gerçekleştirilebileceği gibi temsil yolu ile de gerçekleştirilebilir.⁵²⁸ Temsil yolu ile gerçekleştirilmesi durumunda ise kural olarak müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için geçerli bir temsil yetkisi olmalı ve borç doğuran işlem ortaklık adına ve hesabına gerçekleştirilmelidir.

Bu noktada dolaylı temsil ile doğrudan temsil arasında borçlardan sorumluluk konusunda çok önemli bir fark bulunmaktadır. Dolaylı temsilde işlemi yapan temsilci işlemin sonuçlarından bizzat sorumlu olmasına rağmen, doğrudan temsilde ortaklar borçlardan müteselsil sorumlu olmaktadırlar. Dolaylı temsilde temsil olunan ortakların sorumluluğun doğabilmesi için temsil yolu ile gerçekleştirilen işlemde doğan borçların iç ilişkide yeni bir işlem ile ortaklığa

⁵²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008/12-825 E., 2009/32 K. 28.01.2009 tarihli kararı.
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2008-15-651-k-2008-654-t-05-11-2008>.

Erişim tarihi 27.02.2022.

⁵²⁶ Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İ.Ü.H.F. Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978

⁵²⁷ GÜNDAY, s. 1643.

⁵²⁸ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 108.

devredilmesi gerekmektedir. Bu devir gerçekleşmediği müddetçe sorumluluk dolaylı temsilcide kalmaya devam edecektir. Devrin gerçekleşmesinin ardından ortaklık açısından müteselsil sorumluluk gündeme gelecektir. Doğrudan temsilde ise bir işleme gerek kalmaksızın ortaklık borçlardan müteselsilen sorumlu olmaktadır.

3.6.2.2 Dolaylı Temsilde Sorumluluk

Adi ortaklıkta dolaylı temsilin düzenlendiği BK 637/I'e göre "*Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur.*" Bu bağlamda dolaylı temsil durumunda, kural olarak üçüncü kişilere karşı dolaylı temsilci sorumludur.⁵²⁹

Bu noktada BK 40/II'deki istisnanın dolaylı temsilde geçerli olmadığını ve dolaylı temsilcinin temsilcilik sıfatını bildirmemesi ancak üçüncü kişinin bu durumu halin özelliklerinden çıkarması ihtimalinde dahi, dolaylı temsilci bu borcu ortaklığa devretmediği sürece ortakların bu borçtan sorumlu olmayacağını üçüncü kişinin ortaklara karşı bir talep hakkı olmadığını hatırlatmak gerekir.⁵³⁰ Dolayısı ile genel temsil hükümlerinin aksine, adi ortaklığa ilişkin dolaylı temsilde, üçüncü kişi dolaylı temsil ilişkisini bilse dahi kendi adına ve ortaklık hesabına üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak bu kişiye karşı sorumlu olacaktır.

Adi ortaklıkta dolaylı temsilde kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapan ortağın bizzat kendisinin sorumluluk altına girmesinin bir sonucu olarak doğrudan temsilde olduğu gibi elbirliği ile mülkiyet ve müteselsil sorumluluk gündeme gelmeyecektir.⁵³¹ Ancak dolaylı temsilci edindiği bu borcu ayrı işlem ile ortaklığa devrettiği takdirde diğer ortaklarda bu borç ile sorumlu olacaklardır.⁵³² Bu nedenle dolaylı temsil yolu ile gerçekleşen işlemin sonuçları yeni bir işlem ile ortaklığa devredilmedikçe ortakların sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

⁵²⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 415, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 62, KARAHAN, s.92, ÇEKER, s. 234, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 40.

⁵³⁰ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 68, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 40.

⁵³¹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 68.

⁵³² KARAHAN, s. 92, ÇEVİK, s.99.

Dolaylı temsilcinin diğer ortaklardan kendisini üçüncü şahsa karşı borçtan kurtarmalarını talep hakkı bulunmakta olup, ortakların temsil yetkisinin mevcudiyetine rağmen dolaylı temsilci ortağı bu borçtan kurtarmamaları ise dava konusu olabilecektir.⁵³³

3.6.2.3 Doğrudan Temsilde Sorumluluk

Adi ortaklıkta dolaylı temsilde işlemi yapan ortak bizzat borçlardan sorumlu olmasına rağmen, doğrudan temsilde işlemin ortaklık adına ve hesabına temsil yetkisi ile gerçekleştirilmesi nedeni ile borçlardan müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu bağlamda doğan borçlar işlemi yapan temsilcinin değil, müteselsil sorumluluk esasları doğrultusunda ortakların borcudur.⁵³⁴ Ortaklar doğrudan temsil ile müteselsil sorumluluğun bir sonucu olarak, doğmuş bir borç var ise üçüncü kişiye karşı müteselsilen borçlu olmaktadır.

Adi ortaklıkta borçlardan sorumluluğun ilk kaynağı borç doğuran işlemi bizzat ortakların gerçekleştirmesi olup, ortakların tümünün iştirak etmediği borç doğuran işlemler yalnızca işlemi gerçekleştiren ortağı bağlayacak ve borçlar onun şahsında doğacaktır. Ortakların birlikte gerçekleştirmeleri durumunda ise borç doğuran işlemde dolaylı ortaklar müteselsilen sorumlu olacaklardır. Borç doğuran işlemin her zaman ortakların tümünün katılımı ile gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. İşte bu durumda söz konusu işlem doğrudan temsil yolu ile gerçekleştirilir ise temsil yolu gerçekleşen işlemde doğan borçlar doğrudan ortaklığa yansır ve ortakların müteselsil sorumluluğu doğar. Ancak bu ihtimalde müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için ilk şart geçerli bir temsil yetkisinin varlığı iken diğer şart ise borç doğuran işlemin yetkili temsilci tarafından ortaklık adına ve hesabına gerçekleştirilmesidir.

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 28.11.1988 tarih 1988/4163 Esas ve 1988/5707 sayılı ilamına göre⁵³⁵; “Davacının, davalıların adi ortaklık olarak

⁵³³ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 69.

⁵³⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 416, KARAHAN, s. 92, ÇEKER, s.233, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 66, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 41.

⁵³⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 420.

imalatını yaptıkları binada yer alan altı numaralı daireyi 20.10.1982 tarihinde yapılan bir sözleşme sonucunda adi ortaklığın temsilcisi olan Kerim'den satın aldıkları tespit edilmiştir. Daire bedeli olarak 405.537 TL ödendiği anlaşılmaktadır. Adi ortaklığı davalı Kerim'in yönettiği ve bu hareketle adi ortaklığın yönetici ortağı sıfatıyla davalı Kerim'in temsil ettiği dosya içeriği sonucunda sabittir. Borçlar Kanunu'na göre kendisine idare vazifesi verilen ortağın, şirketi ve bütün ortakları üçüncü şahıslara karşı temsil hakkına sahip olması nedeni ile yapılan satış sözleşmesinde davalı adi ortaklığı temsil etmiştir. Borçlar Kanunu'nda aksi ortaklar tarafından kararlaştırılmadığı sürece ortakların birlikte veya bir mümessil vasıtasıyla üçüncü bir şahsa karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Davalı ortak Kerim'in adi ortaklık adına hareket ettiği sözleşme içeriği ile ispatlanmış durumdadır. O halde adi ortaklıkta yer alan diğer ortakların davalı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerekirken, onun hakkındaki davanın husumeten red edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Dolayısı ile Yargıtay da doğrudan temsil yolu ile yapılan işlemde dolayı, diğer ortakların müteselsilen sorumlu oldukları düşüncesindedir.

Müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için doğrudan temsil yolu ile gerçekleşen işlemde mevcut olması zorunlu olan temsil yetkisi, ortakların iradesine dayanabileceği gibi yönetici ortağın temsilci sayılacağına ilişkin karineye de dayanabilir.⁵³⁶ Temsil yetkisinin ortakların iradesine dayanması durumunda bütün ortakların oy birliği gerekmektedir.

Doğrudan temsil yolu ile gerçekleşen işlemde ortakların müteselsil sorumlulukları olmakla birlikte, temsilci ortağın üçüncü kişiye karşı haksız fiil teşkil eden bir eyleminin sebep olduğu zararlardan ötürü hiçbir şekilde müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.⁵³⁷ Haksız fiile neden olan eylem, ortaklık amacının gerçekleştirildiği sırada oluşsa bile, haksız fiillerde temsil hükümlerinin

⁵³⁶ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 108.

⁵³⁷ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 110, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 425, BAHTİYAR, s. 40, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.42.

uygulanamaması nedeni ile diğer ortaklar açısından müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.⁵³⁸

Haksız fiillerde temsil hükümlerinin cari olmaması ile ortakların birlikte haksız fiil teşkil eden eylemi gerçekleştirmelerinde doğan sorumluluğu birbirine karıştırmamak gerekir. Zira ortaklarca birlikte gerçekleştirilen haksız fiil teşkil eden eylemlerden ötürü ortaklar müteselsilen sorumlu olacaklardır.⁵³⁹ Yargıtay bir kararında adi ortaklıkta ortakların şirket borçlarından dolayı sorumluluğunun birinci derecede, sınırsız ve müteselsil olduğunu belirtmiştir. Bir ortağın haksız fiil işlemesi halinde sorumluluğun sadece haksız fiili işleyen ortağa ait olduğunu belirtmiştir. Ancak, diğer ortakların kışkırtma veya yardımcı olma yoluyla eyleme katılmış olması halinde tüm ortakların sorumlu olacağı belirtilmiştir.⁵⁴⁰

Haksız fiil durumunda müteselsil sorumluluk doğmamasına rağmen, ortaklığın sebepsiz zenginleşmesi durumunda ise müteselsil sorumluluk doğabilecektir.⁵⁴¹ Dolayısı ile temsilcinin haksız fiil teşkil eden eyleminden ortaklar sorumlu olmamalarına rağmen, doğrudan temsilcinin temsil yetkisi ile borç doğuran bir işlemi nedeni ile ortaklığın sebepsiz zenginleşmesi durumunda ortakların sorumluluğu gündeme gelecektir.

Doğrudan temsil yolu ile gerçekleşen işlemde ortakların sorumluluğun doğabilmesi için borç doğuran işlem öncesinde mevcut bir adi ortaklık olmalı ve borç doğuran işlem adi ortaklığın işleri ile ilgili işlemde doğmalıdır.⁵⁴² İşlem gerçekleştiği sırada mevcut bir adi ortaklık yok ise veya adi ortaklığın mevcudiyetine rağmen, borç doğuran işlem ortaklık ile ilgili değilse işlemi yapan ortak borçlardan bizzat sorumlu olacaktır. Mevcut bir adi ortaklık var ve işlem adi ortaklık ile ilgili ise müteselsil sorumluluk doğacaktır.

⁵³⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 425, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 67.

⁵³⁹ KARAHAN, s. 92, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.67.

⁵⁴⁰ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2015/17177 K. 2016/8000 T. 10.10.2016.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2015-17177-k-2016-8000-t-10-10-2016> Erişim tarihi: 03.02.2022.

⁵⁴¹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s 111.

⁵⁴² GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 113.

Müteselsil sorumluluğun düzenlendiği BK 638/III adi ortaklığın emredici düzenlemelerinden olmayıp ilgili fıkra “aksi kararlaştırılmamışsa” ifadesinden hareketle ortaklık sözleşmesi ile veya oybirliği ile alınacak ortaklık kararı ile ortakların müteselsil sorumluluk rejimi dışında bir sorumluluk rejimi benimsemeleri mümkün ve geçerlidir. Bu bağlamda müteselsil sorumluluk ortakların rızası ve kararı doğrultusunda daraltılabileceği gibi değiştirilebilir.⁵⁴³ Ancak adi ortaklık temelinde ana kuralın müteselsil sorumluluk olması ve doğrudan temsil yolu ortaklık ile borç doğuran işleme giren üçüncü kişinin borç doğuran işlem öncesinde sorumluluk rejimin farklı olduğunu bilmesi hukuki güven ilkesi gereğidir. Bu nedenle sorumluluk rejiminin farklı olduğunu bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin iyi niyeti korunmalıdır.⁵⁴⁴ Dolayısı ile müteselsil sorumluluk kuralını sınırlayan veya kaldıran hükümlerin dış ilişkide hüküm ifade edebilmesi için üçüncü kişinin bu durumu bilmesi veya bilebilecek durumda olması şarttır. Aksi takdirde bu tarz bir iç ilişki anlaşması dış ilişkide geçerli değildir.⁵⁴⁵ Dış ilişki de iyiniyetli üçüncü kişinin iyi niyeti korunmasına rağmen iç ilişkide ortakların kendi aralarında belirledikleri rejim geçerliliğini koruyacaktır. İç ilişkide ortakların sorumluluk rejimini değiştirmeleri gibi dış ilişkide de üçüncü şahıs ile müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağına ilişkin anlaşma yapılması mümkündür.⁵⁴⁶ Dış ilişkide de bu tarz bir anlaşma yapılması durumunda ortakların müteselsil sorumlulukları tamamı ile ortadan kalkabilecektir.

Adi ortaklıkta müteselsil sorumluluğun bir yansıması olarak ortaklar temsilden doğan borçlardan, kişisel malvarlıkları ile sınırsız ve birinci derecede sorumludurlar.⁵⁴⁷ Hatta bu sorumluluk BK 645’ e göre ifa edilmemiş borçlar bakımından ortaklık sona erse bile devam edecektir. Dolayısı ile temsil yolu ortaklığa intikal eden borçtan dolayı ortaklar müteselsil, birinci derece ve sınırsız

⁵⁴³ KARAHAN, s. 93, GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 114, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 67.

⁵⁴⁴ GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 114, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 426, KARAHAN, s.94

⁵⁴⁵ KARAHAN, s. 93.

⁵⁴⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 425, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 42.

⁵⁴⁷ GİRGİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 116, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 417, BAHTİYAR, s. 40, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 67, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.41.

sorumlu olacak ve ortaklık sona erse bile ortaklık sırasında doğan bu borcun ifasından aynı sorumluluk kuralları çerçevesinde sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken ortakların ortaklık ilişkisine dahil oldukları zaman dilimine ait borçlardan sorumlu olduklarıdır.⁵⁴⁸ Bu nedenle adi ortaklık ilişkisine ortaklığın kurulmasından sonra dahil olan bir ortak kendisinden önceki borçlardan müteselsil sorumlu olmadığı gibi, ortaklıktan ayrılan bir ortak da kendi dönemi sonrası borçlardan sorumlu olmayacaktır. Ancak ortaklık ilişkisi sona erse dahi kendi dönemine ilişkin müteselsil sorumluluğu devam edecektir. Bu bağlamda müteselsil sorumluluk ilkesi zaman bakımından sınırlıdır.

Müteselsil borçluluk ile ortaklara karşı alacaklı konumunda olan üçüncü şahıs, bir ortaktan alamadığı borç tutarını diğer bir ortakdan talep edebilme imkanına sahip olmaktadır.⁵⁴⁹ Bu noktada üçüncü şahıs ortaklardan herhangi birisinden borcun tamamını veya bir kısmını talep edebilir.⁵⁵⁰ BK 163'e göre *“Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.”* Bu bağlamda her bir ortak alacaklının kendisinden talep etmesi durumunda borcun talep edilen kısmını ödemek mecburiyetinde olup, ortaklardan her biri diğer bir ortak tarafından giderilen borç nispetinde borçtan kurtulur.⁵⁵¹ Alacaklı dilediği ortakdan talep etmesine rağmen diğer ortakların bütün borç ifa edilene kadar ifa edilmeyen oranda sorumluluğu devam edecektir.⁵⁵² BK 166' ya göre *“Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler.”* Bu doğrultuda ortaklardan herhangi birisi tarafından yapılan ödeme nispetinde diğer ortaklarda borçtan kurtulacaklardır.

⁵⁴⁸ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 134, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.68.

⁵⁴⁹ KAPANCI, s. 25, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 419, KARAHAN, s. 92.

⁵⁵⁰ KAPANCI, s. 54, GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s.120, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 419

⁵⁵¹ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 121.

⁵⁵² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 419.

Dış ilişkide ortakların borcun tamamından sorumlu olmasının iç ilişkide ortaklığa nasıl yansıtacağı öncelikli olarak adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine göre belirlenecektir. Adi ortaklık sözleşmesinde borcun ne şekilde bölüşüleceğine ilişkin bir düzenleme var ise paylaşım o düzenlemeye göre yapılacaktır. Adi ortaklık sözleşmesinde bu konuda bir düzenleme olmaması durumunda ise BK 623/I' e göre katılım payı oranlarına bakılmaksızın ortaklar borca eşit oranda katlanacaklardır.⁵⁵³ Dış ilişkide alacaklıya kendi sorumluluğu dışında ödeme yapan ortak ise iç ilişkide fazla ödediği nispette diğer ortaklara karşı rücu hakkına sahip olacaktır.⁵⁵⁴ Ortakların temsilin bir sonucu olarak müteselsil sorumlu olmalarına rağmen, iç ilişkide ortakların rücu bakımından birbirlerine yönelik müteselsil sorumlulukları ise söz konusu değildir.⁵⁵⁵ Dolayısı ile müteselsil sorumluluk dış ilişki de gündeme gelmekte olup, iç ilişkide müteselsil sorumluk söz konusu değildir.

⁵⁵³ GİRĞİN, Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, s. 128, ŞENER, Adi Ortaklık, s.428.

⁵⁵⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 428, KARAHAN, s. 93, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 68, ÇEVİK, s. 99.

⁵⁵⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 428.

SONUÇ

Adi ortaklık, kökeni Roma Hukukuna dayanan, esnek, yalın ve işlevsel bir ortaklık türü olması nedeni ile günümüze kadar ulaşan bir sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşme ile iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi emeklerini veya mallarını ortak bir amaca ulaşmak üzere birleştirmeyi üstlenmektedirler. Bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyamaması durumunda adi ortaklık hükümlerine tabi olması nedeni ile de adi ortaklık en basit iş ilişkisinden konsorsiyumlara kadar geniş bir yelpazede karşımıza çıkmaktadır. En temel ortaklık tipi olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu'nda adi ortaklığın net bir tanımı yapılmamış, unsurlarının belirtilmesi yoluna gidilmiş ve kimi noktalarda yoruma yer bırakacak eksik lafzi hatalar yapılmıştır.

Kuruluşu şekle bağlı olmayan adi ortaklık ilişkisinin dış dünyaya yansıdığı durumlarda açık adi ortaklık, bu ortaklığın dışa yansımadığı iç ilişkide kaldığı durumlarda ise gizli adi ortaklıklar söz konusu olmaktadır. Adi ortaklığın gerçek kişiler ve tüzel kişiler arasında kurulmasının mümkün olması nedeni ile ekonomik gelişmelere paralel olarak adi ortaklık sözleşmesinin özel görünüş şekilleri oluşmaya başlamıştır. Bu doğrultuda farklılıkları olmakla birlikte özü itibariyle konsorsiyum ve joint venture sözleşmeleri de adi ortaklığın özel görünüm şekillerindendir.

Adi ortaklık kişi temelli güven unsurunun ön planda olduğu, ortaklarına müteselsil, birinci derece ve tüm malvarlıkları ile sorumluluk yükleyen, ortaklık malvarlığı açısından elbirliği ile mülkiyet rejiminin benimsendiği ve tüzel kişiliği olmayan bir ortaklık tipidir. Müteselsil sorumluluğun bir yansıması olarak ortaklık borçlarından dolayı ortaklar, tüm malvarlıkları ile sınırsız ve birinci dereceden sorumlu olup, alacaklı üçüncü şahıs ortaklardan dilediğine başvurmakta serbesttir. Sorumlu olduğundan fazla ödemedede bulunan ortak ise diğer ortaklara karşı rücu hakkına sahiptir.

Tüzel kişiliğinin olmaması nedeni ile tüzel kişiliğe sahip diğer şirketlerde olduğu gibi bağımsız bir yönetim, temsil ve denetim organlarına sahip olmayan adi ortaklıkta yönetim ve temsil, ortaklar aracılığı ile veya ortakların kararı doğrultusunda dışardan atanan yönetici ve temsilci aracılığı ile gerçekleşmektedir.

Adi ortaklık ilişkisinin bir sözleşme olması nedeni ile adi ortaklık sözleşmesinde emredici hükümler hariç olmak üzere sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olup, adi ortaklık sözleşmesinin düzenlendiği Borçlar Kanunu hükümleri ile adi ortaklığın uygulama alanlarına temas eden Borçlar Kanunu genel hükümlerinin emredici hükümlerine aykırı olmamak koşulu ile tarafların sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmaları mümkündür. Kural olarak adi ortaklıkta müteselsil sorumluluk ile elbirliği ile mülkiyet rejimi esaslarının cari olmasına rağmen bu konularda ortaklık sözleşmesi ile farklı hükümlerin getirilmesi ve farklı rejimlerin benimsenmesi mümkündür. Sorumluluk rejiminde yapılan bu değişiklikler iç ilişkide ortaklar açısından sonuç doğurmakla birlikte, dış ilişkide ortaklık ile ilişkiye giren üçüncü şahıslar açısından sonuç doğurabilmesi için işlem öncesinde bu değişikliğin üçüncü kişiye bildirilmesi şarttır. Bu bildirim yapılmadığı sürece bu sorumluluk değişiminden haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması hukuki güven ilkesi gereğidir.

Tarafların adi ortaklık sözleşmesinde değiştirmedikleri bir hususu oybirliği ile alacakları bir ortaklık kararı ile değiştirmeleri de mümkündür. Ancak ortaklık kararı ile yapılan bu değişikliğin de adi ortaklığın emredici hükümlerine ve ortaklık sözleşmesinin esaslı unsurlarına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

Yönetim konusunda tüzel kişiliğin bulunmaması nedeni ile ortaklık sözleşmesi ile veya oybirliği ile alınacak ortaklık kararı ile ortaklardan birisinin veya birkaçının yönetici olarak tayini mümkün olduğu gibi dışardan bir üçüncü kişinin de yönetici olarak atanması mümkündür. Bu şekilde ortaklardan birisi veya birkaçı ya da dışarda bir üçüncü kişi yönetici olarak atanmamış ise özden yönetim ilkesi gereği bütün ortaklar yönetici olacaktır.

Yönetim konusunda olağan iş olağan dışı iş ayrımı söz konusu olup, olağan işleri bütün yöneticilerin tek başına yapma yetkisi bulunmaktadır. Olağan

dışı işlerde ise bütün ortakların oy birliği gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise olağan dışı işleri her bir yönetici ortak yapmaya yetkilidir. Yönetimde kural her yöneticinin bireysel yönetimi olmasına rağmen, bu konu emredici düzenlemelerden olmayıp, adi ortaklık sözleşmesi ile yönetimdeki oy nisabının belirlenmesi mümkündür. Yönetim işlerinde oy birliği aranan diğer bir özel durum ise ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması halidir. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanmasında da olağan dışı işlerde olduğu gibi bütün ortakların oy birliği gerekmektedir.

Yönetimde ana kuralın bireysel yönetim olması nedeni ile yönetimde dengeyi sağlayabilmek amacı ile yönetici olan diğer ortakların işlem yapılmadan önce bu işleme itiraz hakkı bulunmakta olup, bir yöneticinin bireysel işlemine itiraz edilmesi durumunda işlem konusunda bir karar verilene kadar işlemin yapılması mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki itiraz hakkı sadece yönetici ortaklar tarafından kullanılabilir bir hak olması nedeni ile yönetici olmayan ortakların yönetim işlerine bu anlamda itiraz hakkı bulunmamaktadır. İtiraz hakkının kullanımı da emredici düzenlemelerden olmayıp, bu konuda ortaklık sözleşmesi ile itiraz hakkının kullanım sınırlarının belirlenmesi mümkündür.

Yönetici ortaklar ile yönetici olmayan ortaklar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi hükümlerine tabii iken yönetici olmayan ortağın yönetim işlerini yapması veya yönetici olarak tayin edilen ortakların yetkilerini aşmaları halinde ise vekaletsiz iş görme hükümleri gündeme gelecektir. Aynı şekilde yönetici ortakların rekabet yasağını ihlali halinde ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri söz konusu olacaktır.

Temsil konusunda ise adi ortaklıkta ana kural doğrudan temsil olmakla birlikte işlemlerin dolaylı temsil yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Doğrudan temsil durumunda gerçekleşen işlemin sonuçları herhangi bir işleme gerek kalmaksızın direk olarak ortaklara yansımakla birlikte, dolaylı temsilde işlemin sonuçlarından öncelikli olarak temsilci sorumludur. Ortaklığın sorumluluğunun doğabilmesi için yapılan işlemin yeni bir hukuki işlem ile

ortaklığa devri gerekir. Bu devir yapılmadığı sürece işlem den temsilci sorumlu kalmaya devam edecektir.

Adi ortaklıkta doğrudan temsil ile dolaylı temsil ile arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Doğrudan temsilde üçüncü kişinin temsil ilişkisini bilmesi kural olmakla birlikte, BK 40/II ye göre üçüncü kişinin temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan ortaklığa ait olacaktır. Dolaylı temsilde ise BK 40/II'nin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu nedenle üçüncü kişi temsil durumunu bilse veya bilmemesine rağmen halin icabından çıkarsa bile işlemin sonuçları işlemi gerçekleştiren temsilciye ait olacaktır. Ayrı bir işlem ile temsil yolu ile gerçekleşen işlem ortaklığa aktarılmadıkça bu işlem ile temsilci bağı olmaya devam edecektir. Bu doğrultuda dolaylı temsilde üçüncü kişinin işlemi ortaklık adına yapıldığını bilmesine gerek bulunmamaktadır.

Adi ortaklık ilişkisinde yönetim ve temsil yetkileri birbirlerine yakın ve irtibatlıdır. Bu doğrultuda kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılmakta olup, burada kanuna dayanan bir temsil karinesi söz konusudur. Yönetici ortak atanmaması durumunda, özden yönetim ilkesi gereği, bütün ortaklar yönetici sayılacağı için karine olarak yönetici sayılan bu ortakların hepsinin aynı zamanda temsil yetkisi olduğu da varsayılacaktır. Karine bu şekilde olmasına rağmen temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin bütün ortakların oybirliği ile verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmesi şarttır.

Kural olarak temsil yetkisi için temsil belgesi düzenlemesine gerek olmamakla birlikte yönetici ortağın temsil yetkisi ile önemli tasarruf işlemlerini yapabilmesi için bütün ortakların oybirliği ile verecekleri yetki belgesi zorunludur.

Adi ortaklıkta temsil yolu ile gerçekleştirilmek istenen işlemlerde önceden verilmiş bir temsil yetkisi zorunlu olup, temsil yetkisi bulunmadan veya mevcut

temsil yetkisi aşılarak işlem yapılması durumunda ise yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Yetkisiz temsil durumunda işlem konusunda onay verilene kadar yapılan işlem askıda hükümsüz olup, işlem ortaklık tarafından onanırsa temsile ilişkin yetki eksikliği giderilmiş olacaktır. İşleme onay verilmemesi durumunda ise iyiniyetli üçüncü kişinin bu hükümsüzlük dolayısı ile uğradığı zararları yetkisiz temsilciden talep hakkı bulunmaktadır.



KAYNAKÇA

AKIN Murat Yusuf, **Şirketler Hukukunda ve Özellikler Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2002, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası

AKINCI Elif, **Taşınmazların Sermaye Olarak Getirilmesinin Adi Şirket Sözleşmesinin Şekline Etkisi**, Prof. Dr. Sabih ARKAN'a Armağan, İstanbul 2019, Oniki Levha Yayıncılık

AKINCI Şahin, **Roma Borçlar Hukuku (818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile mukayeseli)**, Konya 2017, Sayram Yayınları

AKÜNAL Teoman, **İlgili İçin İşlem Teorisi**, İstanbul 1975

AKSOY Hüseyin Can, **Vekaletsiz İş Görende Vekaletsiz İş Görme Bilinci Aranmalı mıdır?** Ankara Barosu Dergisi, 2017, (91-121), s.94

ALHAN, Acem Süleyman / ÇOBANOĞLU, Rıdvan, **“Adi Ortaklık Sözleşmesi Tanımı Ve Unsurları”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 1, 2016, s. 177-197, s. 177

ALPER Gizem, **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi**, İstanbul 2013, Vedat Kitapçılık

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018,

ARMUTCUOĞLU Can Yalçın, **Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009

AŞKAN Cengiz **Adi Şirketin Yönetimi**, 1. Basım, Ankara Yayınevi, 2003

AVCI Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2017, Atlas Akademi Yayınları

AYDI M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul 2021, Beta Yayınları

Cemil ALVER, **Adi Şirket ve Ticaret Kanunu Genel Esasları**, Ankara, 1991, Gaye Matbaacılık

AŞKAN Cengiz, **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara 2003, Adil Yayınevi

AVCI Büşra, **Adi Ortaklıkta Ortaklar Arası İlişkiler**, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tez, İstanbul 2017

AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya 2016, Seçkin Yayınevi

AYOĞLU Tolga, **Adi Ortaklık İlişkileri Bakımından Senetle İspat Zorunluğunun Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2017

BADAK AYBAR Zehra. “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 24, s. 127-147

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul 2022, Beta Yayınevi

BARLAS Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul 2016, Vedat Kitapçılık

BAŞALP, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşması**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011

Fatih BİLGİLİ, **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Ankara 2003, Seçkin Yayınevi

BECKER Herman, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çeviren A.Suat Dura, Ankara 1993, Yargıtay Yayınları

BİÇER Levent, HAMAMCIOĞLU Esra :“**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011

BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, Bursa 2013, Dora Yayınevi

BOZKURT Tamer, **Ticaret Hukuku, 2. Cilt Şirketler Hukuku**, İstanbul 2014, On İki Levha Yayınları,

CİHAN Ali Hulki, **Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi**, İstanbul Bilgi Üniveristesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010

ÇAKIR ÇELEBİ F. Betül, **Joint Venture'nin Hukuki Niteliği**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2017)

ÇEKER Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Hukuku**, Adana 2014, Karahan Kitabevi

ÇEVİK Orhan Nuri, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, Ankara 2002, Yetkin Yayınevi

DAYINLARLI Kemal, **Joint Venture Sözleşmesi**, Ankara 1989, Dayınlarlı Hukuk Yayınları

DEMİR Bahadır, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, sayı 1

DOĞANAY Ümit Yaşar, **Adi Şirket Akdi**, İstanbul 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

DOMANIÇ Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1**, İstanbul 1988, Temel Yayınları

ERCOŞUN ŞENOL Ercoşun H. Kübra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunu'daki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki Durum**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, 2018/4,

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012, Yetkin Yayınevi

ESENER Turhan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Selahiyete Müstenit Temsil**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İ.Ü.H.F. Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978

GİRGİN Ömer Ali , **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, Eskişehir 2017, Oniki Levha Yayınevi

GİRGİN Ömer Ali, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Dış İlişkiler**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2016

GİRGİN, Ömer Ali, **Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Arabuluculuk Bakımından Sonuçları**
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/56065/772358>, Adalet Dergisi, İstanbul, 2020

GREGOR Bachmann, Horst EIDENMÜLLER, Andreas ENGERT, Holger FLEISCHER, Wolfgang Schön **Regulating the Closed Corporation** ECFR Special Volume 4, 2014

GÖKSOY Yaşar Can, **Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel sayı 2007, 633-681

GÖKTÜRK Kürşat, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, sayı 2, Temmuz 2021,

GÖNENÇ Fulya İlçin, **Roma Hukukunda Şirket Akdi**, İstanbul 2004, Der Yayınları,

GÜMAN Nihat, **Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006,

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayınevi, 2011,

GÜNAY Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 2015, Yetkin Yayınları,

HANNIGAN, Brenda, MA, LLM, **COMPANY LAW** Third Edition Solicitor (Ireland) Professor of Corporate Law University of Southampton, 2012

HAMAMCIĞLU Esra/KARAMANLIOĞLU Argun, **Adi Ortaklık Sözleşmelerinde Şekil**, Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2016

İLHAN Cengiz, **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)** Ankara 2014, Yetkin Yayınları

İNCEOĞLU M.Murat; **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul 2009, Oniki Levha Yayınları

İMREGÜN Oğuz; **Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları**, İstanbul 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

İSLAMOV Nazim, **Joint Venture**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003

JOHN S. Abbot, **Organizing Small Michigan Business Enterprises**, 1962

KAPLAN İbrahim; **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture**, Ankara, 1994, Yetkin Yayınları

KARAHAN Sami, AKIN Murat Yusuf, **Şirketler Hukuku**, İstanbul 2012, Mimoza Yayınevi

KARAYALÇIN Yaşar, **Şirketler Hukuku**, Ankara, 1973

KAYA, Erdoğan, **Adi Ortaklıkta Temsil**, İstanbul 2022

KAYAR, İsmail, “**Limited Şirket’te Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı**”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayınevi, 2003

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rana/ ARPACI Abülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt 1, İstanbul 2010, Filiz Kitabevi

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, Turhan Kitabevi

KIRCA İsmail, **Adi Şirketin Temsili ile İlgili İki Sorun**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20, Sayı:4 Aralık 2000

KIRCA İsmail, **Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, 44(1),

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “**Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2004

KORKUT Ömer, **Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim ve İş Ortaklığı**, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2007

KÖSE MURTAZA, **Ticaret Hukuku Tarihi Açısından Mudarabe Ve Commenda Ortaklıklarının Etkileşimi Hakkında Bir Deneme**, s. 150 vd. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30755>, Erişim Tarihi: 19.10.2021.)

LEKESİZ Muzaffer, **Konsorsiyum Sözleşmesi**, Ankara 2016, Yetkin Yayınevi

NOMER N. Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2017, Beta Yayınevi

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2**, 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018

ÖĞÜTCÜ Ömer Faruk, **Adi Ortaklıkta İç İlişkiler**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019

ÖNAL Ali, **Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2151-2180

ÖZ M. TURGUT. **Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, İstanbul: Veda Kitapçılık, 2011

ÖZENLİ Soysal, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara 1988, Kazancı Hukuk Yayınları

ÖZSUNAY Ergun, **Kartel Hukuku**, İstanbul, 1985, Fakülteler Matbaası

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal /ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık,

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Ankara 2018, Adalet Yayınevi

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2017, Adalet Yayınevi

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2014, Beta Yayınevi

RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul 1997, Filiz Kitabev,

RENDİ Nihat / ONURSAN Galip, **Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları ile Borçlar Hukuku Cilt 1-2**, Ankara 1972, Balkanoğlu Matbaacılık

RUHİ Ahmet Cemal, **Sözleşmeler Hukuku**, Cilt 1, Ankara 2013, Seçkin Yayınları

SALDIRIM Mustafa, **Açıklamalı ve İtihatlı Türk Borçlar Kanunu**, Ankara 2013, Bilge Yayınevi

SÜZEL Baş Ece/ YASAN Candan, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, s.2,

ŞAHİN Turan, **Konsorsiyum Sözleşmesi**. TBB Dergisi 92 (2011)

ŞENER Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Ankara, 2008, Yetkin Yayınları

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2019, Seçkin Yayınevi

ŞENOL Uzun Pınar, **Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu**, Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar Dergisi, 2014/3, 293-309

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku, 2 Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, Ankara, 1961, s. 50-51; GÜMÜŞ, s. 58

TEKİNALP Gülören/TEKİNALP, Ünal; **Joint Venture**, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1989

TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara 1965,

TERCIER Pierre/ PICHONAZ Pascal / DEVELİOĞLU Murat , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, On iki Levha Yayınevi

TİLE Latif, **Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013

TOPÇUĞLU Metin, **Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt 50,

TOPUZ, Murat, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011

TUHR Andreas Von, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 1976, Sermet Matbaası

UYGUN İbrahim Doğan, **Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet**, İstanbul 2015, On iki Levha Yayınları

UYGUR Turgut, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 2013, Seçkin Yayınevi

WARREN, Edward H. **Corporate Advantages Without Incorporation**, Bluebook 21st edition, 1929

YALÇINKAYA Ayşe Gizem, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Joint Venture ve Konsorsiyum**, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015

YALMAN Macit / TAYLAN Erbay, **Adi Ortaklık**, Ankara 1976, Yargıtay Yayınları,

YASSIKAYA Kezban Kübra, **Adi Ortaklık Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2019

YAVUZ Cevdet, ACAR Faruk, ÖZEN Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)** Yetkin Yayınevi İstanbul 2021

YAVUZ Cevdet , **Türk-İsviçre-Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983,

YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 2013, Adalet Yayınevi

YILDIRIM, Ali Haydar, **Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı** (TBK 631) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753766> Erişim tarihi 01.05.2022

YILDIZ ŞÜKRÜ, **Limited Şirketler Hukuku, Limited Şirket**, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2007

YILMAZ Asuman, **Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenen Doğan Sorumluluk**, İstanbul 2010, On iki Levha Yayınları

YELMEN Adem, **Yetkisiz Temsil**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt 1, 2015,

YONGALIK Aynur, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara 1991, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

YONGALIK Aynur. “**Türk Medeni Kanunu’nda Dernek-Adi Şirket İlişkisi**”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara 2003, s. 281-296 (Dernek-Adi Şirket)