

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNDE ORTAKLARIN
ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ VE TEMSİL

Töre GÜNSAY

DANIŞMAN
Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR

İZMİR- 2018

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil” adlı çalışmamın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.....Tarih.....

Töre GÜNSAY

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil

Töre GÜNSAY

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Programı

Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Günlük hayatımızda sıkça başvurulanan en basit iş ilişkilerinden en karmaşık iş ilişkilerine hayatın her alanında karşımıza çıkan adi ortaklık, Türk Borçlar Kanununun 620 ile 645. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, adi ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkilerine, “Temsil” ve “Temsilin Sonuçları” başlıkları adı altında Türk Borçlar Kanununun 637. ve 638. maddelerinde yer verilmiştir.

Temsile ilişkin bu hükümler incelendiğinde adi ortaklıkta üçüncü kişilerle ilişkilerde temsile ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığında Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanacağı tespit edilmiştir.

Kişilere ilişkilerini daha rahat bir şekilde düzenleme imkanı veren yapısıyla adi ortaklık, günümüzde çok tercih edildiğinden bu konuda konuya ilişkin hususları incelemek ve uygulamada yaşanan sorunlara değinmek ve çözüm adına katkıda bulunmak amacıyla bu konuyu seçmiş bulunmaktayız.

Anahtar Kelimeler: Adi Ortaklık, Temsil, Sorumluluk, Temsilin Sonuçları.

ABSTRACT

Master's Thesis

Partners In The Ordinary Partnership Are Related To The Third Persons And Representation

Töre GÜNSAY

Dokuz Eylül University

Graduate School Of Social Scienses

Department Of Private Law

Private Law Program

The ordinary partnership contract is a contract in which two or more persons undertake to merge their labor and goods to achieve a common purpose. The ordinary partnership, which is frequently encountered in our everyday life, is one of the most complicated business relations and has been challenged in all areas of life. It has been organized between 620 and 645th article of the Turkish Code of Obligations and it has been decided that the Turkish partnership will be divided into three groups: "Representation" and "Representation Results" 637 and 638 of the Code of Obligations.

When these provisions concerning the representative are examined, it is determined that the general provisions of the Turkish Code of Obligations apply if there are no special arrangements concerning the representatives of the third parties in the ordinary partnership.

We have chosen this position in order to examine the issues related to the issue and to address the problems experienced in practice and to contribute to the solution in the name of the common partnership with its structure which allows the arrangements of the persons to be more easily arranged.

Keywords: Ordinary Partnership, Representation, Responsibility, Representation Results.

ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNDE ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ VE TEMSİL

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIK HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR, ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ , ADİ ORTAKLIKLARA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

§1. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	3
I. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	3
A. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	3
B. UNSURLARI	5
1. Kişi Unsuru	5
2. Katılım Payı Unsuru	5
3. Müşterek Amaç Unsuru	6
4. Birlikte Çaba Gösterme Unsuru	7
5. Sözleşme Unsuru	7
II. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	8
A. TÜZEL KİŞİLİĞE SAHİP OLMAMASI	8

B. KİŞİ ORTAKLIĞI OLMASI	12
C. SORUMLULUĞUN MÜTESELSİL OLMASI	12
D.ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNE DAYALI BİR ORTAKLIK MALVARLIĞININ OLMASI	14
§2. ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ VE ADİ ORTAKLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLER	15
I. ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ	15
A. KANUNÎ ADİ ORTAKLIK – İRADİ ADİ ORTAKLIK	15
B. GİZLİ OLMAYAN ADİ ORTAKLIK - GİZLİ ORTAKLIK	16
II. ADİ ORTAKLIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	17
III. ADİ ORTAKLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ	18
§3. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER	20
I.GENEL OLARAK	20
II. ADİ ORTAKLIKTA KATILIM PAYI KOYMA BORCU (SERMAYE KOYMA BORCU)	20
III. ADİ ORTAKLIĞIN YÖNETİMİ	21
A. ORTAKLIK KARARLARI	21
B. ORTAKLIĞIN İDARESİ	21
IV. ADİ ORTAKLIKTA KAR VE ZARAR PAYLAŞIMI	25
V. ORTAKLARIN BİRBİRİNE KARŞI SORUMLULUĞU	26
VI. ORTAKLAR ARASINDAKİ VE ORTAKLIK YAPISINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER	28

İKİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ VE TEMSİL

§4. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	31
I. YASAL DÜZENLEMENİN İNCELENMESİ	31
A. GENEL OLARAK	31
B. YASAL DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİLERİNİN DAYANAKLARININ BELİRLENMESİ	32
II. TEMSİLE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR	34
A. TANIMI, AMACI, KAPSAMI VE ÇEŞİTLERİ	34
B. TEMSİLİN MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER	35
§5. DOĞRUDAN TEMSİLİN ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDEKİ SONUÇLARI	37
I. GENEL OLARAK DOĞRUDAN TEMSİLİN TANIMI VE KOŞULLARI	37
II. DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİLİN SONUÇLARI	38
§6. ADİ ORTAKLIKTA DOĞRUDAN TEMSİL VE SONUÇLARI	39
I. GENEL OLARAK	39
II. DOĞRUDAN TEMSİLİN ŞARTLARI	40
A. TEMSİL YETKİSİ	40
1. Genel Olarak	40
2. Temsil Yetkisini Verilmesi (İradi Temsil)	41
a. Ortaklık Sözleşmesi İle Temsil Yetkisinin Verilmesi	41
b. Ortaklık Kararı İle Temsil Yetkisinin Verilmesi	42
c. Kanaat Verici Davranış İle Temsil Yetkisinin Verilmesi	43
B. ORTAKLAR ADINA HAREKET	44
1. Genel Olarak	44

2.Temsilcinin Kendi Kendisiyle İşlem Yapması ve Çifte Temsil	45
a.Temsilcinin Kendi Kendisiyle İşlem Yapması	45
b. Çifte Temsil	46
c. Adi Ortaklık Bakımından	46
C.TEMSİLCİ OLDUĞUNU BİLDİRME VE İSTİSNALARI	47
III. TEMSİL YETKİSİ KARİNESİ (FARAİZİYESİ)	50
A. GENEL OLARAK	50
B. KAPSAMI	55
C. TÜRK BORÇLAR KANUNUNU 637. MADDESİ 3. FIKRASI KAPSAMINDA İDARENİN BIRAKILMASI	60
D.TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR	61
1.Temsilcinin Kendi Kendisiyle Sözleşme Yapması	62
2. Çift Temsil İlişkisi	62
IV. YETKİNİN KAPSAMI	63
V.TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ	66
A. GENEL OLARAK	66
B. TEMSİL YETKİSİNİN SINIRLANMASI VE GERİ ALINMASI	70
1.Genel Olarak	70
2. Temsil Yetkisini Geri Alma Hakkının Kullanılması	72
C.TEMSİL YETKİSİNİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERME HALLERİ	74
1.Ölüm	74
a. Temsilci Ortağın Ölümü	74
b. Temsil Olunan Ortaklardan Birinin Ölümü	77
2.Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Ortaklardan Birinin Kısıtlanması	78
a. Temsilci Ortağın Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Kısıtlanması	78

b. Temsil Olunan Adi Ortaklardan Birisinin Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Kısıtlanması	80
D.TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	81
VI. YETKİSİZ TEMSİL	82
A. GENEL OLARAK	82
B. YETKİSİZ TEMSİLİN SONUÇLARI	83
§7. DOLAYLI TEMSİLİN ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDEKİ SONUÇLARI	85
I. DOLAYLI TEMSİLE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR	85
A. TANIMI	85
B. DOLAYLI TEMSİLİN DAYANAĞI	86
C. UNSURLARI	88
II. İŞLEMDE BULUNAN ORTAK İLE ORTAKLIK ARASINDAKİ İLİŞKİ	93
III. DOLAYLI TEMSİLDE HAK VE BORÇLARIN DİĞER ORTAKLARA İNTİKALİ	96
A. GENEL OLARAK	96
B. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN 509. MADDESİ HÜKMÜNÜN UYGULANMASI	101
1. Adi Ortaklık İlişkilerine Uygulanabilirliği	101
2.Yasal Devir (TBK m. 509)	103
a. Genel Olarak	103
b. Yasal Devrin Şartları	104
c. Yasal Devrin Hükümleri	106
3.Ayırma Hakkı	108
a. Genel Olarak	108
b. Ayırma Hakkının Şartları	109
C. BORÇLARIN DEVRİ	110
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :	114

ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUK VE TEMSİLİN HÜKÜMLERİ	114
§8.ADİ ORTAKLIK MALVARLIĞI	114
I.GENEL OLARAK	114
II.ORTAKLIK MALVARLIĞI VE UNSURLARI	116
A.GENEL OLARAK	116
B.ORTAKLIK MALVARLIĞININ UNSURLARI	118
§9. ELBİRLİĞİ İLE MÜLKİYET	121
I. KURULMASI	123
II. HÜKÜM VE SONUÇLARI	126
A.ORTAKLARIN ORTAKLIK MALVARLIĞI ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUFTA BULUNAMAMASI	126
B.ORTAĞIN ALACAKLISININ ORTAĞIN TASFİYE (KÂR) PAYINA BAŞVURABİLMESİ	128
III.SONA ERMESİ	129
§10. SORUMLULUK	132
I.MÜTESELSİL SORUMLULUK	132
II. RÜCU HAKKI	135
III.ORTAKLIĞA YENİ GİREN VE AYRILAN ORTAĞIN SORUMLULUĞU	137
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	141

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bent
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
c.	Cümle
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	Karar
m.	Madde
N.	Numara
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
ss.	Sayfa Sayısı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TST	Tapu Sicil Tüzüğü
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Adi ortaklık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun onsekizinci bölümünde “*Adi Ortaklık Sözleşmesi*” başlığı altında, Kanunun 620 vd. maddelerinde bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunumuzun 620. maddesinde adi ortaklığın tanımı şu şekilde yapılmıştır; “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*” İki ya da daha fazla kişinin ortak bir amaçta birleşebilmeleri için bir sözleşme olmalıdır. Bu bakımdan bir ortaklıktan bahsedebilmek için bir sözleşmenin olması gereklidir. Kanun koyucu da ortaklık temelinin bir sözleşmeye dayandığı hususunu dikkate alarak böyle bir tanım yapmıştır.

Adi ortaklıktan söz edebilmek için bazı koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Adi ortaklığın nasıl kurulabileceğini ifade eden Türk Borçlar Kanununun 620. maddesine baktığımızda bu unsurlar; sözleşme unsuru, kişi unsuru, katılım payı unsuru, müşterek amaç ve müşterek amacın gerçekleştirilmesi için birlikte çaba gösterme unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Tezimizin ilk bölümünde adi ortaklıklar hakkında genel açıklamalar yapıldıktan sonra, adi ortaklığın unsurlarına değinilmiştir. Daha sonra ise, adi ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkiler başlığı altında adi ortaklık ilişkisinin kuruluşu ve işleyişi, ortakların birbirine karşı sorumlulukları incelenmiştir.

İkinci bölümümüzde, adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişilerle ilişkisi temsil hükümleriyle değerlendirilmiştir. Adi ortaklığın ortaklardan biri tarafından temsil edilmesi de, dolaylı temsil şeklinde veya doğrudan temsil şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına üçüncü bir kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar temsile ilişkin hükümler uyarınca bu kişinin alacaklısı ve borçlusu olurlar. Bu hüküm kapsamında, bir ortak bütün ortaklar adına hukuki işlem gerçekleştirdiğinde doğrudan temsil söz konusu olacaktır. Dolaylı temsil ilişkisinde ise, işlemde bulunan ortak kendisi alacaklı ve borçlu olmaktadır. Fakat adi ortaklık ilişkisi gereği, işlem aslında diğer ortakların da hesabına yapıldığı için bu alacak ve borçların diğer ortaklara da aktarılması gerekmektedir. Bu aktarımın nasıl yapılacağı konusuna gelirsek, dolaylı temsilci olan ortağın diğer ortaklar hesabına elde edilen

alacakların diğ er ortaklara aktarılmasıyla mümkün olacaktır. Bu bölümde de adi ortaklıklarda doğrudan temsil, dolaylı temsil, hakların ve borçların intikali konuları üzerinde durulmuştur.

Son bölümde ise, Adi Ortaklıkta Ortakların     nc  Kişilerle İlişkisinden Doğan Sorumluluk ve Temsilin Hükümleri başlığı altında, ortaklık malvarlığı, elbirliği ile mülkiyet ve ortakların sorumlulukları incelenmiştir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından dolayı, ortaklık malvarlığı bulunmamaktadır. Bundan dolayı ortaklığın kuruluşunda da bir ortaklık malvarlığının oluşturulması gerekmektedir. Çalışmamızda öncelikle ortaklık malvarlığına değinildikten sonra, bu malvarlığında ortakların tabi olacakları mülkiyet olan “elbirliği ile mülkiyet” ve en son olarak da “ortakların sorumlulukları” incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIK HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR, ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ , ADİ ORTAKLIKLARA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

§1. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Adi ortaklık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun onsekizinci bölümünde “*Adi Ortaklık Sözleşmesi*” başlığı altında, Kanunun 620 vd. maddelerinde bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunumuzun 620. maddesinde adi ortaklığın tanımı şu şekilde yapılmıştır; “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*” İki ya da daha fazla kişinin ortak bir amaçta birleşebilmeleri için bir sözleşme olmalıdır. Bu bakımdan bir ortaklıktan bahsedebilmek için bir sözleşmenin olması gereklidir. Kanun koyucu da ortaklık temelinin bir sözleşmeye dayandığı hususunu dikkate alarak böyle bir tanım yapmıştır¹.

Mehaz metin İsviçre Borçlar Kanunu (OR. Art.) 530/I, adi ortaklığı “*şirket iki ya da daha çok kişinin, ortak güçler ya da araçlarla ortak bir gayeye erişmek için akit uyarınca birleşmesidir.*” şeklinde tanımlamıştır². Alman Medeni Kanunu (BGE § 705) ise adi ortaklığın tanımına ilişkin olarak “*şirket akdi ile ortaklar akitte tayin edilen şekilde ortak gayenin gerçekleşmesini takip etmeyi, özellikle kararlaştırılan katılma paylarını ifayı karşılıklı olarak borçlanırlar.*” denmektedir.

Doktrinde adi ortaklığa ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

¹ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, Ankara 2015, s. 12.

² Nafiz Erdem, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, c.3 Adana 1990, s.676.

Doğanay'ın tanımına göre adi ortaklık “iki ya da daha çok kişinin ortak bir gayeye birlikte erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeyi akit uyarınca taahhüt ettikleri şahıs birliğidir.”³.

Özenli, adi ortaklığı, “iki ya da daha fazla kişinin, ekonomik bir amaç uğruna emek veya mallarını, elde edilecek kâr veya zararı paylaşmak amaç ve iradesiyle birleştirerek bir sözleşme sonucu kurdukları, Türk Ticaret Yasası'nda belirtilen ticari ortaklıklara benzemeyen bir ticari kuruluştur”⁴ şeklinde tanımlamıştır.

Domanıç'ın tanımı, “iki veya daha fazla hakiki yahut hükmi şahsın, iktisadi bir gayeye erişmek yani ortaklıklara kar dağıtmak veya tasarruf sağlamak maksadıyla, bir kısım sermayelerini birleştirmek hususunda yaptıkları bir anlaşmadır”⁵ şeklindedir.

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu ise adi ortaklığı “Adi ortaklık, kişiselik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendirdiği, ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu, her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen, bir ticari işletme işletmesi şart olmayan, tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır”⁶ şeklinde tarif etmektedir.

Barlas'ın tanımı ise şu şekildedir, “Adi ortaklık emeklerini veya amaçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükümlenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur.”⁷.

³ Ümit Yaşar Doğanay, **Adi Şirket Akdi (Akdi unsurları – Kurulması- Hükümsüzlüğü)**, İstanbul 1968, s.5.

⁴ Soysal Özenli, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara 1988, s.4.

⁵ Hayri Domanıç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt 1, İstanbul, 1988, s.377.

⁶ Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2010, s. 38.

⁷ Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 18.

B. UNSURLARI

Yukarıda yapılan tanımdan da anlaşıldığı üzere birden fazla kişinin bir araya gelerek meydana getirdikleri her oluşumun adi ortaklık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Adi ortaklıktan söz edebilmek için bazı koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Adi ortaklığın nasıl kurulabileceğini ifade eden Türk Borçlar Kanununun 620. maddesine baktığımızda bu unsurlar; sözleşme unsuru, kişi unsuru, katılım payı unsuru, müşterek amaç ve müşterek amacın gerçekleştirilmesi için birlikte çaba gösterme unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. Kişi Unsuru

Adi ortaklık ilişkisinin kurulabilmesi iki ya daha fazla kişinin iradelerinin birleşmesi şartına bağlıdır. Çoğu sözleşme iki taraflı hukuki işlemdir. Oysa adi ortaklık sözleşmesinin ikiden fazla tarafı olabilir Bu kişiler gerçek kişiler olabilecekleri gibi tüzel kişiler de olabilirler. Ortaklığa ve ortaklık sözleşmesinin kurulmasına katılma ehliyeti ise, genel hükümlere tabidir⁸.

2. Katılım Payı Unsuru

Ortakların katılma payı taahhüdünde bulunmasına sermaye unsuru da denilmektedir⁹. Katılım payı Türk Borçlar Kanununun madde 621’de tarif edilmiştir. *“Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.”* Adi ortaklıkta ortaklar ortak bir amaca ulaşmak için aksi kararlaştırılmadıkça eşit oranda sermaye payı koymakla yükümlüdürler.

⁸ Doğanay, s.9; Aynur Yongalık., **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara 1991, s.7 ;Cevdet Yavuz / Faruk Acar/ Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayıncılık.İstanbul, 2014, s.1512.

⁹ Domaniç , s.372; Yavuz/Acar/Özen, s.1513.

Sermaye olarak ortaklar, ortak amacın gerçekleştirilmesine elverişli olmak kaydıyla kanuna, adaba ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla her şeyi koyabilirler¹⁰.

Ortakların katılma payı taahhüdünde bulunmasında ise, katılma payının çeşidini ve kapsamını belirlemede ortaklar serbesttir. Ortakların aynı neviden katılma payı borçlanmaları zorunluluğu yoktur. Ortaklık amacının gerçekleşmesine yararlı olacak her tür edim katılma payı olarak taahhüt edilebilir¹¹.

3. Müşterek Amaç Unsuru

Adi ortaklığın temel unsurlarından bir diğeri ise, müşterek amaçtır. Adi ortaklığın temel şartı, iki ya da daha çok kişinin ortak bir amacın gerçekleşmesi konusunda anlaşmalarıdır. Ortak amaçtan söz edebilmek için bütün ortakların amacı, tek ve aynı olmalıdır. Ortaklardan birinin kişisel amacı diğerleri tarafından gerçekleştirilmemelidir. Ortak amaç devamlı veya geçici de olabilir. Yine ortak amaç iktisadi olabileceği gibi ideal amacı da olabilir. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, bu ortak amaç kanuna¹², ahlaka aykırı olmamalı, imkansız da olmamalıdır (TBK m. 27)¹³.

¹⁰Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 46.

¹¹ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve İncelenmiş Baskı, C.1-2, İstanbul 2002, C.2, s.1333 ; Yongalık s. 11-12 ; Erdem, s. 679 ; Doğanay, s. 34 ; Lütfü Dalamanlı, / Faruk Kazancı/ Muharrem Kazancı, **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, c.1:1-60, İstanbul 1990; c.2 : 61-181, İstanbul 1990; c. 3 : 182-371; c.4 : 372-544, İstanbul 1990, c.4, s.523-524 ; Yavuz/Acar/Özen, s.1513.

¹² “Taraflar arasındaki 27.9.1990 tarihli adi ortaklık sözleşmesi, davalı dış teknisyenine ait dış hekimliği klinik ve dış protez laboratuvarı hizmetleri veren işyerinin, davacı dış doktorunun diplomasından faydalanarak işletmesini sağladığı ve bunu amaçladığı, 1219 sayılı Yasanın kamu düzeni düşüncesi ile koyduğu kuralları bertaraf etmeyi amaç tuttuğu çok açıktır. Bu durumda, sözleşmenin amacı ve tarafların akitte kararlaştırdıkları edimi az yukarıda açıklanan yasanın emredici normlarıyla çatıştığı için hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı sözleşmeler butlan nedeniyle geçersizdir, hukuken tarafları bağlamaz ve bir hak ve borç da doğurmaz. Böyle bir sözleşmeye dayanarak tazminat da istenemez. Bu nedenlerle davanın reddi gerekir.” Yarg. 13. HD., 16.1.1996, 95-10823/51, Yargıtay Kararları Dergisi, 1996, C.XII, S.3 s. 415.

¹³ Doğanay, s. 46 vd; Yongalık, s 10-11; Salter Uçar, **Tüm Şirketlerde Fesih Ve Tasfiye**, İstanbul 1996, s.5-9; Yavuz/Acar/Özen, s.1513.

4. Birlikte Çaba Gösterme Unsuru

Türk Borçlar Kanununun 620. maddesinin 1. fıkrasında “*ortak bir amaca erişmek üzere birleşme*” şeklinde ifade edilen bu unsura “*affectio sociatis*” denilmektedir. Ortak amacı birlikte gerçekleştirme, amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma, diğer ortaklarla beraber işbirliği yaparak altlık üstlük ilişkisi olmadan birlikte çaba sarfetme niyet ve iradesini yansıtan affectio sociatis unsuru, adi ortaklığı diğer sözleşme ilişkilerinden ayırdığı gibi adi ortaklıkta rekabet yasağı ve ortağın denetim hakkı gibi hususların da temelini teşkil etmektedir. Adi ortaklıkta ortakların sadece ortak bir amacı gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş bulunmaları yeterli olmayıp, tarafların ayrıca ortak amacı birlikte takip edip yürütmeyi ve onun gerçekleşmesi için gerekli olan faaliyetlere ve hareketlere aktif bir şekilde katılmayı da borçlanmış bulunmaları gerekmektedir. Bütün ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesi için katkıda bulunmalı ve bu konuda üstüne ne düşünüyor ise yerine getirmelidir¹⁴.

Affectio sociatis, ortaklık sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran temel unsur niteliğindedir. Bu çerçevede örneğin bir işçinin kâra katıldığı hizmet sözleşmesinin ortaklık sözleşmesinden ayrıldığı nokta, taraflara arasında eşitlik olmaması, aralarında bir altlık üstlük ilişkisi olmasıdır¹⁵. Bu unsur ortaklık sözleşmeleri bakımından zorunlu bir unsurdur. Dolayısıyla böyle bir unsur olmadıkça ortaklık sözleşmesinden de söz edilemeyecektir¹⁶.

5. Sözleşme Unsuru

Adi ortaklığın diğer bir unsuru da sözleşme unsurudur. Türk Borçlar Kanununun 620. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki yada daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*”. Ortaklık katılanların karşılıklı ve birbirine

¹⁴ Doğanay, s.53 ; Poroy/Tekialp/Çamoğlu ,2009, s. 35 ; Yongalık, s. 12 ; Oruç Hami Şener., **Adi Ortaklık**, Ankara 2008, s. 117.

¹⁵ Şener, s.117

¹⁶ Barlas, s.39, Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, s.11; Şener, s.117.

uygun irade beyanlarıyla birlikte kurulurken, bu sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindedir¹⁷, yani Türk Borçlar Kanununun Genel Hükümler başlıklı Birinci Kısım (m. 1-206 hükümleri) adi ortaklıklarda da uygulama alanı bulacaktır. Kurulan bu sözleşme sonucu ise tüzelkişiliği olmayan bir kişi birliği oluşmaktadır¹⁸.

II. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. TÜZEL KİŞİLİĞE SAHİP OLMAMASI

Adi ortaklık kurulmasıyla ortaya bir şahıs birliği çıksa da, bu şahıs birliği onu oluşturan şahıslardan bağımsız bir hak sujesi teşkil etmemektedir¹⁹. Bu bakımdan bir şahıs birliği olsa da adi ortaklık hak, taraf ve fiil ehliyetine sahip değildir²⁰. Yargıtay da adi ortaklığın bir tüzel kişiliğinin bulunmadığını ve ortaya çıkan şahıs birliğini meydana getiren şahıslardan bağımsız bir hak sujesi teşkil etmediğini ve hak ehliyetine sahip olmadığını kanaatindedir²¹.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması bazı sonuçları olmaktadır. Bu sonuçlardan bahsedecek olursak:

Öncelikle ortaklığın faaliyet kapsamındaki hukuksal işlemlerde adi ortaklık taraf olarak yer alamayacak, hukuki işlemin tarafı ortakların tamamı olacaktır. Bu açıdan işleme ya ortakların tamamı katılmalı ya da ortaklar temsil olunmalıdır²².

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının bir başka sonucu da, ortaklık işlemlerinden kaynaklanan borçların ortaklığın değil de ortakların borcu olmasıdır.

¹⁷ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1-6, İstanbul 1992, c.6, s.1026; Yavuz/Acar/Özen, s.1512.

¹⁸ Doğanay, s.19 vd; Yongalık, s.7 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s.1512.

¹⁹ Barlas, s. 82; Şener, s. 154; Aynur Yongalık, **Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlarından Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi'nin 7.4.2003 Tarihli kararı, Bir Metodoloji Sorunu**, Prof.Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s.525; Girgin, ss.30-31.

²⁰ Tuğrul Ansay, **Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?** Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, (Tüzel Kişi), İstanbul, 1999, sh.1-10, s.9 ;Özenli ,s.6 ; Şener, s. 154; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2010), s. 43; Doğanay, s. 31; Turgut Kalpsüz, **Adi Şirket**, Türk Hukuk Ansiklopedisi, c.I, Ankara, 1962, sh. 203 vd., s. 213; Girgin, s. 30.

²¹ YHGK, 25.06.1958, 4/38-33; Yarg.3. HD, 20.12.1973, 5383/3131; Yarg. 11. HD, 04.06.1971, 5048/4392; Yarg. 13. HD, 19.12.1974, 5508/3728; Yarg. 4. HD, 19.11.1979, 7184/12707; Yarg. 13. HD, 22.02.1982, 620/ 1145; YHGK, 17.01.1990; 13-45272; Yarg. 11. HD, 08.04.2004, 9009/3729; Yarg. 12. HD, 22.09.2005, 16613/17742; Yarg. 15. HD, 23.06.2005, 3211/3782, Bkz, Barlas, s. 75.

²² Ansay, **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, (Adi Şirket), Ankara, 1967 s. 121; Barlas, s.82.

Ortakları bağlayan hukuki işlemler neticesinde ortaklar şahsen borç altına girmektedirler²³.

Haksız fiilden doğan borçlar açısından ise her ortak kendi haksız fiilinden sorumlu olacaktır. Genel hükümler çerçevesinde sorumluluklarını gerektirecek bir katılımları bulunmadığı sürece, bir ortağın gerçekleştirdiği haksız fiilden, diğer ortakları sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır²⁴. Bir başka açıdan da, yönetici ortak ile diğer ortaklar arasında bir tâbiyet ilişkisi mevcut olmadığından, diğer ortakları Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutmak da mümkün olmayacaktır²⁵.

Ayrıca adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmaması ve yönetici ortağın hak sujesini temsil eden bir organ niteliğinde olmaması nedeniyle, organ fiilinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğuna ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası²⁶ düzenlemesinin kıyas yoluyla uygulanması söz konusu değildir²⁷.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının bir diğer sonucu da adi ortaklığın hukuksal anlamda bir ikametgâha sahip olamayacağıdır²⁸.

Adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmadığından, ticaret unvanına sahip olamayacak ve bunu bağımsız bir unvan olarak ticaret siciline tescil ettiremeyecektir²⁹.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmadığı için, adi ortaklık vergi mükellefi de sayılamayacaktır. Ortakların her biri ayrı olarak vergi mükellefi durumundadır³⁰.

²³ Barlas, s. 84.

²⁴ Karayalçın, s. 151; Tekil, s. 72; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2010), s. 67; Barlas, s.86.

²⁵ Ayiter, s. 110; Barlas, ss. 86-87; Şener, s.425; Ansay ise, diğerlerine oranla üstün ve güçlü durumda bulunan ortağın Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine dayanılarak diğerinin haksız fiilinden sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olacağını düşünmektedir, bkz. Tuğrul Ansay, **Adi Şirket Ortaklarının Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukları**, BATIDER, 1967, c. IV, s.1, sh.65 vd, (Haksız Fiil), s.75.

²⁶ TMK. M. 50/II “...Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.”.

²⁷ Barlas, s.86; Şener, s. 425; Karayalçın, s.151.

²⁸ Barlas, s. 87; Sözleşmedeki iş merkezinin veya ortaklık ticari işletme işletiyorsa işletme merkezinin bu da söz konusu değilse ortaklardan herhanbi birinin ikametgâhının ifa yeri ve mahkeme yetkisi bakımından belirleyici olabileceği hakkında bkz. Ansay, Adi Şirket, ss.106-108.

²⁹ Karayalçın, s. 134; Şener, ss.174-175; Barlas, s. 87-88; Yarg. TD, 17.10.1967, E. 65/3828, K. 67/3619: “...Taraflar arasındaki sözleşme adi ortaklık niteliğindedir. Böyle olunca Borçlar Kanunu'nun 520 ve müteakip maddelerine göre bu ortaklığın tüzel kişiliği yoktur... Ticaret sicili yönünden mütaala edildiği takdirde Ticaret Kanununun ticaret siciline ait hükümleri muvacehesinde hükmî şahsiyeti bulunmayan bir şirketin tesciline imkan yoktur...”, karar için bkz. Batider, 1968, C. IV, S.4, ss.720-722.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmamasının en önenli sonuçlarından biri olarak adi ortaklıkta dava ehliyeti konusu önümüze çıkmaktadır. Adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmadığından, yargılama ve takip hukuku açısından aktif ve pasif taraf ehliyetine sahip değildir³¹. Bu sebeple adi ortaklık bakımından yöneltilecek taleplerde davayı bütün ortaklar birlikte açmalıdır. Dava ortaklardan biri ve birkaçı tarafından açılmışsa dava hemen reddedilmemeli ve davacı ortağa diğer ortakların da

³⁰ Barlas, s. 89; Danıştay 7. Dairesi, 2.2.2000 , 2770/275; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 29.09.2000, 70727.

³¹ Baki Kuru, **(İstinaf Sistemine Göre Yazılmış) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2017, ss. 114-115; Baki Kuru, **(İstinaf Sistemine Göre Yazılmış) Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, 2016, ss.164-165;Hakan Pekcanıtez/Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, Cilt I, 15. Bası, İstanbul, 2017, s.564; Evrim Erişir, **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, 2007, s.225 vd; Ayiter, s. 133; Doğanay, s. 31; Bilge, 461; Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu, s. 65; Ansay, Adi Şirket, s. 124; Barlas, s. 89, Şener, s.155; Yargıtay 12. HD., 17.09.2012,E.2012/8791, K.2012/26616 : “Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından aktif ve pasif dava ehliyeti yoktur. Bu nedenledir ki takibin veya davanın bütün ortaklara karşı açılması zorunludur. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte adi ortaklık adına tek bir ödeme emri çıkarılmış olup, adi ortaklığı oluşturan şirketler adına ayrı ayrı çıkarılmış ve tebliğ edilmiş bir ödeme emri yoktur. Süresiz şikayet hakkı da vardır. Adi ortaklık adına çıkarılan ödeme emrinin hukuken geçerliliği bulunmamaktadır. O halde mahkemece re’sen gözetilerek takibin iptaline karar verilmelidir”. Aynı yönde bkz:Yargıtay 12.HD, 16.12.2008, E.2008/18531, K.2008/22138 ;Yargıtay 12.HD, 7.10.2008, E.2008/13412, K.2008/16601 ;Yargıtay 12.HD, 22.2.2008, E.2008/2359, K.2008/3191.

Yargıtay 15.HD, 27.6.2012, E.2012/2613, K.2012/4846: “Dava, BK’nın 355 ve devamı maddesinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili istemi ile açılmıştır. Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. Borçlar Kanunu’nun 520. maddesinde tanımlandığı üzere adi ortaklık iki veya daha fazla kişinin ortak bir amacı gerçekleştirmek için güçlerini ve araçlarını birleştirmeye sözleşme uyarınca söz verdikleri bir şahıs birliğidir. Adi ortaklık gerçek kişiler arasında kurulabileceği gibi bir veya daha çok kişi ile ticaret şirketi arasında da kurulabilir. Özellikle büyük inşaat işlerinde eserin ortaya çıkarılmasını üstlenmek üzere birden fazla yüklenicinin kurdukları adi ortaklığa konsorsiyum ortaklığı denmekte olup konsorsiyum ortakları ve ortak girişimler (Joint Venture) birlikte akdettikleri eser sözleşmesinden kendileri için doğan borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumlu olduklarından ortak girişimi (Joint Venture) oluşturan şirketlerden “E... İnşaat ve Ticaret A.Ş.” hakkında girişilen icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken icra takibi ve davanın adi ortaklığı oluşturan her iki şirkete karşı yöneltilmesi gerektiği, adi ortaklığı oluşturan şirketler arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır”. Yargıtay 12.HD, 13.1.2009, E.2008/19620, K.2008/392: “Kambiyo senetlerine mahsus yolla yapılan icra takibinde, borçlu olarak gösterilen iş ortaklığının tüzel kişiliğinin bulunmadığı ileri sürülerek icra takibinin iptali istenmiştir. Adi ortaklıkların tüzel kişilikleri bulunmadığından taraf ehliyetleri de yoktur. Adi ortaklıkta, ortaklar ortaklık borçlarından doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm malvarlıkları ile sorumludurlar. Adi ortaklar takip talebinde ayrı ayrı gösterilip ayrı ayrı ödeme emri tebliğ edilmelidir. Açıklanan nedenlerle, bu yöndeki şikayetin kabulü gerekir”. Aynı yönde bkz :Yargıtay 13.HD, 8.4.2002, E.2002/1647, K.2002/3796; Yargıtay 13.HD, 23.2.1998, E.1998/1393, K.1998/1622.

katılımını sağlaması veya diğer ortakların muvafakatı alınması için bir süre tanınmalıdır³².

Dikkat edilmesi gereken bir husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 3. fıkrasına göre yönetici ortağın sahip olduğu genel temsil yetkisi dava açma konusunda yeterli olamayacağından, bu yönetici ortak ancak diğer ortaklardan özel yetki aldığı takdirde dava açabilecektir³³.

Üçüncü kişiler tarafından adi ortaklığa karşı dava açılması ya da icra takibi yapılması açısından nasıl bir yol izleneceği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İlk görüşe göre pasif husumet bakımından zorunlu bir dava arkadaşlığı söz konusu olup, konusu ne olursa olsun dava bütün ortaklara yöneltilerek açılmalıdır³⁴.

İkinci bir görüşe göre, ortaklar arasında ihtiyarî bir dava arkadaşlığı söz konusudur. Ortakların müteselsil sorumluluklarından dolayı, alacaklılar ortaklardan istediği biri ya da birkaçını, veyahut hepsini dava edebilir³⁵.

Son görüşe göre ise, bu konuda bir ayırım yapıp, ortaklığa yöneltilen talep, konu itibarıyla tek başına bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün bir edim (örneğin bir para borcunun ödenmesi) ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 3. fıkrasındaki müteselsil sorumluluk ilkesince dava ortaklardan biri, birkaçı veyahut tümüne yöneltiler. Bu durumda ihtiyarî bir dava arkadaşlığı söz konusu olur. Talebin konusunu ortakların ancak elbirliği tasarruflarında bulunabilecekleri bir edim oluşturuyorsa, elbirliğiyle mülkiyet ilkesinin (TBK. m 638, TMK. m. 702) sonucu olarak dava tüm ortaklara yöneltilmelidir³⁶. Bu durumda ise ortaklar arasında mecburî dava arkadaşlığı söz konusu olur³⁷. Biz de bu son görüşe katılmaktayız.

³² Barlas, ss.89-91; Kuru, s.165; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s.565; Yarg. 21. HD, 18.10.2010, 13811/10060; Yarg. 21. HD, 25.10.2010, 13426/10432; Yarg. 11. HD, 12.04.2010, 3849/4062; Yarg. 15. HD, 13.12.2010, 4791/6856; Yarg. 15. HD, 02.03.2011, 231/1273; Yarg 15. HD, 08.07.2011, 2155/4483, kararlar için bkz. Legalbank.

³³ Kuru, s.165; Ansay, Adi Şirket, s.125; Karayalçın, s. 133; Barlas, s. 91.

³⁴ Bilge, s. 461; Karayalçın, s.133; Yarg. 19. HD, 23.09.2005, 12689/9041, Yarg. 9. HD, 05.06.2007, 8892/17995, kararlar için bkz. Kazancı; Yarg 12. HD, 13.07.2007, 12147/14600; Yarg 13. HD, 02.02.2010, 5315/1111, kararlar için bkz. Legalbank.

³⁵ Ansay, Adi Şirket, ss. 125-126; Talih Uyar, **Kooperatiflerde ve Adi Şirketlerde Alacaklı Üçüncü Kişilerin Kooperatif, Adi Şirket ve Ortağı Takip Hakkının Kapsamı**, Yasa, 1980, S.8, s. 1091.

³⁶ **Yargıtay 7.HD, 21.10.2015, E.2015/33841, K.2015/19967**: “Dava, feshin geçersizliği ile işe iade istemine ilişkindir. Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından davada taraf olma ehliyeti yoktur. Adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava

B. KİŞİ ORTAKLIĞI OLMASI

Adi ortaklık bir kişi birliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan adi ortaklık sözleşmesi yalnızca ortaklarını borçlandıran bir sözleşme değildir. Aynı zamanda ortaklar arasında şahsi ilişkiler de kurmaktadır. Adi ortaklığın kişi ortaklığı olmasının kaynağında ise birlikte çaba unsuru yatmaktadır. Ortak amacın gerçekleşmesi için bütün ortakların birlikte çalışması ortaklar arasında bir şahsi ilişki kurmaktadır³⁸. Gerçekten de adi ortaklıkta ortakların şahsı belirleyici olmaktadır. Bu hususta örneğin ortaklık sıfatı kolaylıkla devredilememekte ve mirasçılara geçmemektedir (TBK. m. 632, 635). Ortaklar ortaklık borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları (TBK. m .638) ve ortakların kural olarak ortaklığı bizzat kendileri yönetmeleri de (TBK. m .625) adi ortaklığın niteliği gereği kişi ortaklığı olduğunu gösteren diğer emarelerdir³⁹.

C. SORUMLULUĞUN MÜTESELSİL OLMASI

Adi ortaklıklarda, ortaklığın işlemlerinden dolayı doğan borçlarda, bu borcun tarafı doğrudan ortaklardır. Bu sorumluluk Türk Borçlar Kanununun 638. Maddesinin 3. Fıkrasında müteselsil sorumluluk olarak belirlenmiştir. Bu hükmeye göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların üçüncü bir kişiye birlikte veya temsilci aracılığı ile ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan,

konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esası geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir. Davacı işçi, ihale sözleşmesi kapsamında, ortak girişim işçisi olarak diğer davalı asıl işveren işyerinde, ortak girişimin üstlendiği işte çalışmıştır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından ve dava dilekçesinde de sadece şirket gösterildiğinden davanın ortak girişimi oluşturan diğer şirkete de yöneltilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gerekir. Mahkemece, taraf teşkili usulince sağlanılmadan işin esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”.

³⁷ Kuru, s.165; Erişir, s.226; Barlas, s.94; Şener, s.163; Kuru, Ders Kitabı, s.115; Fatih Bilgili, “**Adi Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum**”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, ss. 197-213, s.206-207.

³⁸ Doğanay, ss.31-32; Girgin, ss.29-30.

³⁹ Şener, s. 148.

müteselsilen sorumludurlar. Hükümde açıkça belirtilmemekle birlikte bu sorumluluk birinci derecede, kişisel ve sınırsız bir sorumluluktur⁴⁰.

Bu birinci dereceden sorumluluk, ortaklık alacaklılarının doğrudan ortakların malvarlığını başvurmalarıdır. Ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından bu sorumluluk birinci derecededir⁴¹. Kişisel sorumluluk ise ortakların kendi kişisel malvarlıklarıyla sorumlu olmasını ifade etmektedir⁴².

Ayrıca ortakların bu birinci dereceden sorumluluğu aynı zamanda sınırsızdır⁴³. Hatta temsilci ortaklar için birtakım sınırlamalar getirilse bile bu sınırlamalar üçüncü kişileri bağlamayacaktır ve ortakları sınırsız sorumlu olmaktan kurtarmayacaktır⁴⁴. Fakat ortaklar iç ilişkide getirdikleri bu yetki sınırlarını aşan ortağa rücu edebilirler, Bu şekilde yetki sınırını aşan temsilcinin sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir⁴⁵.

Ortaklar arasında müteselsil sorumluluktan bahsedebilmek için iki ana şartın olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, bu borç doğuran işleme tüm ortakların katılması veya kendilerini temsil ettirmiş olmalarıdır. Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinin 3.fikrasında da bu durum “*Ortaklar, birlikte veya temsilci aracılığıyla.....üstlendikleri borçlardan..... müteselsil sorumlu olurlar.*” Şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu şart yerine getirilmeden bir diğer deyişle temsil yetkisi olmadan ortaklık için bir hukuki işlem yapıldığında diğer ortaklar sorumlu olmadığı için müteselsil sorumluluk da doğmayacaktır⁴⁶.

Müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için gerekli şartlardan ikincisi ise, müteselsil sorumluluk esasının kaldırılmamasıdır. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinin 3.fikrasında, “*aksi kararlaştırılmadıkça*” diyerek, müteselsil sorumluluğun emredici olmadığını ve aksinin kararlaştırılabileceğini

⁴⁰ Barlas, s. 101; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu,(2005), s.81; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2015, ss. 39-40; Sema Abdelfatah, **Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklarda Yönetim**, Ankara, 2017, s.104.

⁴¹ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 85; Faith Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013, s. 41; Abdelfatah, s.104.

⁴² Bilgili/Demirkapı, s. 41; Abdelfatah, s. 104.

⁴³ Yalman/Taylan, s. 181; Şener, Ortaklıklar Hukuku s. 85, Abdelfatah, s. 105.

⁴⁴ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 85; Mustafa Çeker, **Ticaret Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 237; Abdelfatah, s. 105.

⁴⁵ İrfan Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir, 1974, s. 38; Şener, Ortaklıklar Hukuku, ss. 85-86.

⁴⁶ Ömer Ali Girgin, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, İstanbul, 2017, ss. 35-36.

hükmetmiştir. Fakat müteselsil sorumluluğun olmayacağını ortaklar arasında bir iç işlem olarak kararlaştırılması, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla, müteselsil sorumluluğun kaldırılması için yeterli olmayacaktır. Diğer türlü, iyiniyetle, alacağını ortaklardan herhangi birisinden alabileceğini düşünerek işlem yapan bir üçüncü kişi, ortakların müteselsil sorumluluğu kendi aralarında kaldırmalarıyla ortakların herbirine ancak paylarıyla sınırlı şekilde başvurabilecektir. Bu durum da hem hakkaniyete aykırılık teşkil edecek hem de piyasadaki işlem güvenliğini sarsacaktır⁴⁷. Keza Yargıtay da bir kararında, ortakların, ortaklık sözleşmesiyle kararlaştırdıkları, temsil yetkisinin ve ortaklığın borçlarının diğer ortağa ait olacağı yönünde müteselsil sorumluluğu kaldırmaya yönelik bir anlaşmanın sadece iç ilişkide geçerli olacağına ve üçüncü kişileri bağlamayacağına karar vermiştir⁴⁸.

Ancak üçüncü kişi iyiniyetli değilse, yani bu müteselsil sorumluluğun kaldırıldığını biliyorsa ya da bilebilecek durumdaysa, ortaklar müteselsil sorumluluktan kurtulacaklardır⁴⁹.

D.ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNE DAYALI BİR ORTAKLIK MALVARLIĞININ OLMASI

Adi ortaklıkta bir ortaklık malvarlığı oluşturulması zorunluluğu yoktur. Ancak normal süreçte ortaklık sözleşmesi gereğince ortakları yükümlendikleri katılım paylarını ifa etmeleriyle veya ortaklık faaliyeti sonucunda elde edilen değerlerle ve şartlara göre ortaklık malvarlığında bulunup da zarara uğramış ve de onun yerine geçen bir değer kazanılmasıyla ortakların şahsi malvarlığından ayrı bir malvarlığı oluşur. Böyle bir malvarlığı meydana geldiği öncelikle Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinden 1. fıkrasından anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre, *“Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur”* denilmektedir. Burada dikkat edilirse, ortakların kendi malvarlıklarından bağımsız,

⁴⁷ Barlas, ss.102-103; Girgin, ss.35-36.

⁴⁸ Yarg. Tic. D. 13.6.1996, E.5060, K.2959, Karar için bkz. Şener, ss. 426-427.

⁴⁹ Barlas, s.103; Girgin, s.36.

elbirliği ile malik oldukları özel bir malvarlığı olan ortaklık malvarlığı ile karşılaşıyoruz. Yine Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinin 2. fıkrasında, *“Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabilirler”* düzenlemesi, ortaklığın aslında bir malvarlığının bulunduğuna işaret etmektedir. Yine böyle bir ortaklık malvarlığının olduğu, Türk Borçlar Kanununun 642 vd. maddelerinde düzenlenen tasfiyeye ilişkin kurallardan da anlaşılmaktadır⁵⁰. Bu konuyu öneminden ötürü, ileride ortaklık malvarlığı ve elbirliği mülkiyeti başlıklarında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

§2. ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ VE ADİ ORTAKLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLER

I. ADİ ORTAKLIK ÇEŞİTLERİ

A. KANUNÎ ADİ ORTAKLIK – İRADİ ADİ ORTAKLIK

Adi ortaklıkları çeşitli şekilde gruplandırmak mümkündür. Kuruluş tarzları bakımından kanunî ve iradi ortaklıklar olarak ikiye ayırmak mümkündür. İradi ortaklıklar tarafların niyet ve davranışlarıyla kurulur. kanunî ortaklıklar ise ortaklarının ve ilgili kişilerin amacının adi ortaklık oluşturmak olmadığı, ortakların iradeleri başka bir amaca yöneltilmiş olduğu halde, bazı eksiklikler sebebiyle, kanunen ve mecburen adi ortaklık sayılan oluşumlardır (TMK 55; TBK 620/II)⁵¹.

⁵⁰ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 24; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 60; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 583; Barlas, s.94 vd.

⁵¹ Domaniç, c.1, s. 391.

B. GİZLİ OLMAYAN ADİ ORTAKLIK - GİZLİ ORTAKLIK

İç ortaklık (hususî şirket) da adî ortaklık çeşidi olarak belirtilebilecektir. İç ortaklıkta dışarıya karşı hukuken mevcut olmayan, sadece ortaklar arasında mevcut olan bir ortaklık ilişkisi söz konusudur. Bu tür ortaklıklarda üçüncü kişilerle tek bir kişi işlem yapmakta, dışarıya karşı tek kişi gözükmemektedir. Bu tek kişiye de aktif ortak (akit şerik) denilmektedir⁵².

Poroy'un bildirdiğine göre “ Bugünkü Türk sisteminde, TK. gerekçesi (V.23) bu ortaklık türüne ait eski hükümlerin yeni metne alınmamasının sebebini, bu ortaklıklara adî ortaklık hükümlerinin uygulanmasının daha isabetli olacağının kabul edilmesi olarak açıklamıştır. Bu çözüm İsviçre sistemine uyularak kabul edilmiştir. Eski hükümlerin yetersiz olmaları da, bir kaldırılma sebebi teşkil etmiştir. Oysa, bu tür ortaklıklara adî ortaklık hükümlerinin uygulanması, birçok konuyu halletmekle beraber, bazılarında güçlük çıkaracak niteliktedir. Mesela, dış münasebette, gizli ortağın sorumluluğu söz konusu olmayacağına göre (eski) BK. m. 534 uygulanamaz (Bkz. 6098 sayılı TBK. m. 638 f.3). İç münasebette ise, adî ortaklıklardaki genel kural uyarınca elbirliği halinde mülkiyet değil, akid veya aktif ortağın kişisel mülkiyet ilkesinin kabulü daha mantıkîdir. Gizli ortağın iç ilişkide zarara katılması, sadece verdiği sermaye miktarına kadar olmalıdır, oysa adî ortaklıkta sınırsız sorumluluk vardır. Bu hükmün gizli ortağa uygulanmaması içi aralarında açık anlaşma veya hiç olmazsa halin icabı veya teâmül olmalıdır. Gizli ortağa idare hakkı verilmesi mümkün görülse bile, bunun özel bir formüle bağlanması gereklidir. Oysa adî ortağın idare hakkına sahip olması olağan kuraldır. Aktif ortağın yeni ortak alma hakkının da adî ortaklıklardan değişik bir veçhe arzedebileceği, Alman Kanunundaki hükümlerden görülmektedir. Bütün bu sebeplerle, iç ortaklık ilişkisine özel hükümlerin uygulanması daha doğru olurdu. Kaldı ki, bu ilişki Türk uygulamasında ender bulunan bir şekil değildir”⁵³.

⁵² Yavuz/Acar/Özen, s. 1516.

⁵³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 47; Barlas, s.127-128; Yavuz/Acar/Özen, s. 1516.

II. ADİ ORTAKLIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Adi ortaklık Borçlar Kanunumuzun on sekizinci bölümünde (TBK 620-645) düzenlenmiştir. Adi ortaklığın tanımı yapılan 620. maddenin 2. fıkrasında “*Bir ortaklık kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*” denmektedir. Bu düzenleme, iktisadi veya ideal amaç izleyen tüm adi ortaklıklara uygulanacaktır. Yine bu hükümler adi ortaklık sözleşmesi dışında da geniş bir uygulama alanı bulmaktadır⁵⁴.

Ortaklık sözleşmelerinde; iki veya daha fazla kişi ortak bir amaca erişmek amacıyla, emek veya sermayelerini birleştirmeyi birbirlerine karşı borçlanırlar. Normalde her çeşit kişi birliğinin temelinde adi ortaklık ilişkisi bulunur. Bundan dolayıdır ki, adi ortaklıkla ilgili kanun hükümleri, yapıları ve özellikleri gözetilerek bütün kişi birliklerine uygulanabilen genel hükümler niteliği taşımaktadır. Bu husus, Türk Ticaret Kanununun 126. Maddesinde “ *...bu kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Türk Ticaret Kanununda düzenlenen ticaret şirketleri “*kollektif şirket*” (m. 211-303), “*komandit şirket*” (m.304-328), “*anonim şirket*” (m. 329-563), “*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*” (m.564-572) ve “*limited şirket*”tir. (m. 573-644) Ayrıca Kooperatifler Kanunu ile kooperatifler düzenleme konusu yapıldığı gibi çeşitli özel kanunlarla düzenlenmiş ortaklıklar da mevcuttur⁵⁵.

Bunun yanı sıra tüzel kişilik kazanamamış kolektif ortaklıklar bakımından Türk Ticaret Kanunu’nun 214. maddesinde özel bir düzenleme mevcuttur: “*Sözleşmesi kanunî şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kollektif şirket, adi şirket hükmünde olup, hakkında 216 ncı madde hükmü saklı kalmak şartıyla, Türk Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin hükümleri uygulanır*” denilmektedir.

Yine komandit ortaklıklar için de, Türk Ticaret Kanunu’nun 305. maddesinde “*Bu Bölümdeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, kollektif şirkete dair 212 ilâ 216*

⁵⁴ Doğanay, s.2 ; Yavuz/Acar/Özen, s.1514.

⁵⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu; s. 977vd; Yavuz/Acar/Özen, s.1511.

ncı maddeler komandit şirketler hakkında da uygulanır...” denilerek, 214. maddeye atıf yapılmakta, dolayısıyla tüzelkişilik kazanamamış komandit ortaklıklar için de adi ortaklık hükümlerinin uygulanacağı vurgulanmaktadır.

Adi ortaklık hükümlerinin genel hüküm niteliği başka kanunî düzenlemelerde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu 10. maddesinde, “Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eser sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Bu birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır” denmektedir

Türk Ticaret Kanunu’nun 1064-1087 maddelerinde⁵⁶ düzenlenen “Donatma iştiraki” de adi ortaklık hükümlerine tabidir⁵⁷.

III. ADİ ORTAKLIĞA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

Adi ortaklık sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur⁵⁸. Türk Borçlar Kanunu’nun 1-11. maddeleri adi ortaklıklara da niteliğine ve özelliğine uygun düştükçe uygulanır. Adi ortaklığın kurucularının ikiden çok olması durumunda da ortaklık sözleşmesinin kurulabilmesi için, her ortağın irade açıklamasını diğer ortaklara yöneltmesi ve diğer ortakların her birinden uygun irade açıklaması alması gerekmektedir. Fakat bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, karşılıklı irade beyanlarıyla oluşturulmak istenen hukuki ilişkinin tek olmasıdır. Adi ortaklık ortaklar arasında ikişer ikişer karşılıklı irade açıklamalarıyla meydana gelen sözleşmeler toplamı değildir. Yani her ortak diğer bir ortakla değil, ortaklarla akit yapmak istemektedir. Bu durumda ortakların kabul iradeleri de müşterek hukuki işlem olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁹.

Adi ortaklık sözleşmesi, ortaklardan sonuncusunun irade açıklamasının diğer ortaklara varmasıyla kurulur. Kabul iradesinin ortaklardan biri tarafından

⁵⁶ TTK m. 1064/I “Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır.”

⁵⁷ Yavuz/Acar/Özen, s.1514; Donatma iştiraki deniz ticareti hukukuna özgü bir yapılanma olup tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır.

⁵⁸ Karahasan, (Borçlar), c.6, s.1026 ve 1029 ; Yavuz/Acar/Özen, s.1514.

⁵⁹ Doğanay, s.67 ; Uçar, (fesih ve tasfiye), s.6 ; Yavuz/Acar/Özen, s.1514.

açıklanmazsa ve açıklandığı kabul edilmezse, diğer kişilerle bağlayıcı bir ortaklık oluşmamaktadır. Sözleşmeyi kurmak isteyen, yani sözleşmeyi kabul etmeyen ortaklar dışında kalan ortaklar, ortaklık sözleşmesini kurabilmek için yeniden öneri (icap) ve kabulde bulunmalıdırlar⁶⁰.

Adi ortaklığın, ortaklar arasındaki irade uyuşması ile kurulmasının en önemli sonucu, Borçlar Kanunundaki hükümsüzlük sebeplerinin, adi ortaklık için de uygulanabilir olmasıdır. Bu çerçevede, adi ortaklık ilişkisinin muvazaa ya da aşırı yararlanma sebebiyle hükümsüz ya da irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir olması mümkündür⁶¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği kanun tarafından herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Şekilsiz ve formalitesiz olarak kurulabilecek bir ortaklıktır. Fakat ortaklar tarafından katılım payı olarak taşınmaz getirilmesi gibi devri şekle bağlı bir hak kazandırılacaksa veya alacağın devrinin borçlanması gibi devri şekle bağlı bir borçlanmaya girilecekse, adi ortaklık sözleşmesi de bunların tabi olduğu gerekli şekillerde yapılması gerekmektedir⁶².

⁶⁰ Doğanay, s.69 ; Yavuz/Acar/Özen, s.1515.

⁶¹ Doğanay, s. 82 vd ; Yavuz/Acar/Özen, s.1514.

⁶² Rona Serozan/ Hüseyin Hatemi/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar**, s. 582; Doğanay, s.70; Yavuz/Acar/Özen, s.1515.

§3. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I.GENEL OLARAK

Adi ortaklığın ortaklar arasındaki ilişkileri, “Ortaklar Arasındaki İlişki” başlığı adı altında Türk Borçlar Kanunu’nun 621-636 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu başlık adı altında, “I. Katılma payı”, “II. Kazanç ve zarar”, “III. Ortaklığın kararları”, “IV. Ortaklığın Yönetimi”, “V. Ortaklar arasındaki sorumluluk”, “VI. Yönetim yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması” ve “VII. Yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişki” konuları düzenlenmiştir.

II. ADİ ORTAKLIKTA KATILIM PAYI KOYMA BORCU (SERMAYE KOYMA BORCU)

Katılma payı yani ortakların sermaye koyma borcu, Türk Borçlar Kanunumuzda 621. maddede şu şekilde düzenlenmiştir :

“Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır.

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 uygulanır”.

Bu hükme göre her ortak para, alacak, başka mallar veyahut emekten oluşabilecek bir katılma payı koymalıdır. Know how, ticari itibar, portföy, yapmama edimi gibi hususların da katılım payına konu olabileceği kabul edilmektedir⁶³.

Sözleşmede aksine hüküm yoksa katılma payları eşit olmalıdır ve ortaklık amacının gerektirdiği nitelikte ve önemde bulunmalıdır. Ortakların katılma payındaki ayıp, hasar ve zapttan sorumlulukları bulunur. Bu sorumluluğa; katılma payı konusu,

⁶³ Barlas, ss. 49-50.

bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa yani katılma payı konusundan yararlanma söz konusuysa kira sözleşmesindeki hükümler, katılma payı konusunu bir şeyin mülkiyeti oluşturuyorsa satış sözleşmesindeki kurallar kıyasen uygulanacaktır⁶⁴.

Adi ortaklıkta ortak amaca ulaşmak amacıyla tahsis edilen malvarlığı üzerinde ise ortaklar elbirliğiyle maliktirler. Fakat ortaklar sözleşme ile paylı mülkiyeti kabul edebilirler⁶⁵.

III. ADİ ORTAKLIĞIN YÖNETİMİ

A. ORTAKLIK KARARLARI

Ortaklık kararının alınması; olağanüstü işlerde, ortaklık sözleşmesi değişikliğinde ve sözleşmede gerekli görülen durumlarda söz konusu olacaktır⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu, ortaklığın kararlarını 624. maddede şu şekilde düzenlemiştir :

“Ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır.

Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir”.

Bu hükümlerle ortaklık kararlarının oybirliği ile alınacağı esası getirilmiştir. Fakat ikinci fıkrada ise aksine sözleşmeyle hüküm getirilebileceği düzenlenmiştir. Yani belli bazı kararların ya da bütün kararların oy çokluğu ile alınabileceği öngörülmektedir. Bu durumda da oy çokluğu aksine düzenleme olmadıkça ortak sayısına göre belli edilecektir⁶⁷.

B. ORTAKLIĞIN İDARESİ

⁶⁴ Necip Bilge, **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Ankara 1971, s.450 vd ; Senai Olgaç, **İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, c.4, s. 784 vd.

⁶⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 1517.

⁶⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s .62.

⁶⁷ Bilge, s. 454-455; Yavuz/Acar/Özen, s. 1518.

Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 1. fıkrasına göre “Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir”. Böylece ortaklardan birine şirket işlemlerini idare görevi verilmediği sürece örneğin iki ortaklı adi ortaklıkta ortaklığın idaresinin her ortağa ait olduğunun kabulü zorunludur. Bu bakımdan imzalanan belgede imzası olmayan diğer ortak da borçtan sorumlu olacaktır.⁶⁸ Bu bakımda ortaklığın idaresi, ortaklar için hem hak hem de görev niteliği taşımaktadır⁶⁹. Burada ortağın idare hakkı ortaklığın olağan işleriyle sınırlıdır. Olağanüstü işlerde ise karar alınması gerekmektedir⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunun 625. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına 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.

⁶⁸ Yargıtay 12.HD, 13.7.2007, E.2007/12147, K.2007/14600 : “Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından aktif ve pasif dava ehliyeti yoktur. Bu nedenledir ki takibin veya davanın bütün ortaklara açılması zorunludur. Temsil yetkisi; zımnen icazet, temsil belgesi, adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı ile verilebilir. Ortaklardan herhangi birine şirket işlemlerini idare görevi verildiği öne sürülmediği ve bu yönde de bir belge ibraz edilmediği sürece adi ortaklığın idaresinin her iki ortağa ait olduğunun kabulünü zorunlu kılar. Bu gibi durumlarda takip dayanağı belgede imzası olmayan diğer ortakta borçtan sorumlu olur. Aktif ve pasif husumet ehliyeti, dava şartı (takip) olduğundan husumet itirazı süresiz şikayete tabidir.

Somut olayda iki A.Ş'nin kurduğu adi ortaklıkta temsilci ortağın anonim şirketlerden hangisi olduğu belirlenmemiştir. Bu durumda takibin her iki ortak şirket hakkında birlikte yapılması gerekirken ortak şirketlerden sadece biri yanında adi ortaklığı da göstererek takip yapması kanuna aykırıdır”.

Yargıtay 11.HD, 8.4.2004, E.2003/9009: “Dava, kurtarma alacağının tahsiline yönelik menkul rehninin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Somut olayda dava, Haydar Kalyoncu ve ortakları adına açılmış, hüküm de Haydar Kalyoncu ve ortakları adına tesis edilmiştir. Dosyaya ibraz edilen vekaletname ise, Haydar Kalyoncu adına düzenlenmiştir. Mahkemece, taraf ehliyeti üzerinde durulmadığı gibi, bu yönüyle dava dilekçesi de açıklattırılmamıştır. O halde, mahkemece ortaklığın niteliği tespit edilip, tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı, tüzel kişiliğe sahipse davanın tüzel kişilik adına yetkili temsilcisi kanalıyla açılması gerektiği, adi ortaklık niteliğinde ise, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı, taraf ehliyetinin olmadığı, iştirak kuralları gereğince adi ortaklık adına açılacak davaların tüm ortaklar tarafından açılmasının zorunlu bulunduğu, ancak tek ortak tarafından dava açılması halinde iştirak kurallarından yararlanılarak, davacıya diğer ortakların davaya katılması veya muvafakatlarının alınıp kendisine temsil yetkisini vermelerini sağlamak üzere mehil verilmesi ve sonucuna göre gerekli tespitin yapılarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

⁶⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s .63 ; Uçar, s. 20 ; Cengiz Aşkan, **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara, 2003, s. 45-50.

⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 1518.

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”⁷¹.

Türk Borçlar Kanununun 630. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir”⁷².

Türk Borçlar Kanununun 630. maddesinin 2. fıkrasına göre “Ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır”⁷³. Yine Türk Borçlar Kanununun 630. maddesinin 3. fıkrasına göre göre

⁷¹ Bu konuda bkz. Domaniç, c.1, s. 400.

⁷² Yargıtay 13. HD., 25.1.1994, 93/9907-503 (Yarg. Kar. Derg. 1994, s.413):

“Öncelikle belirtelim ki; kardeş olan taraflar arasındaki adi ortaklığın varlığı tanık delilleriyle kanıtlanabilir (HUMK 293- HMK m.203). Adi ortaklık sözleşmelerinde ortaklar, emek ve sermayelerini ortak bir amaç için birleştirirler, aralarında sıkı güvene dayanan bir işbirliği vardır. adi ortaklığın kendisine özgü bu durumu nedeniyle ortaklar birbirinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenle hareket etmek, ortakları zarara uğratmamak yükümü altındadırlar. Gerçekte de ortakların ortaklığa ait bütün kazançlarını aralarında taksim etmekle yükümlüdürler (EBK m. 522- TBK m. 622). Ortaklardan hiçbiri kendi hesabına ortaklığın amacına aykırı ve zararlı işler yapamaz (EBK m. 526- TBK m. 626); ortaklardan her biri ortaklık işlerinde dikkat ve özen göstermeye mecbur olup, diğer ortaklara karşı kendi kusuruyla sebebiyet verdiği zararları, ortaklığa diğer işlerde sağladığı yararları ile mahsup ettirmeye hakkı olmaksızın, giderim ile yükümlüdür (EBK m. 528- TBK. m. 628). Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Sözleşme veya karar ile yönetim yetkisi ortaklardan birine bırakılmışsa, ortaklık işlerinin yönetimi bütün ortaklara aittir. Bu durumda ortaklardan her biri diğer ortakların iştiraki olmaksızın muamele yapabilir. Ancak olağan işlerin üstündeki önemli tasarrufların yapılması için bütün ortakların oybirliği gerekir (EBK. m. 525- TBK. m. 625). Adi ortaklıkla ilgili ıstık tutacak yasa maddeleri az yukarıda sıralandıktan sonra, şimdi uyumsuzlukla, doğrudan ilgili yasa maddesinin açıklanmasına sıra gelmiştir. Borçlar Kanununun 530. maddesinde (TBK. m. 630); “Ortaklığı idare eden ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkinin vekalet hükümlerine tabi olduğu, ortaklardan biri yönetim hakkına sahip olmadığı halde ortaklık hesabına hareket eder, yahut ortaklığı yöneten ortak yetkisini aşarsa vekaleti olmadan başkası namına tasarruf edenler hakkındaki hükümlerin uygulanacağı önerilmiştir. Ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları vardır. Bir ortak, ortaklık gelirlerini paylaştırmadan kendi namına ve hesabına daha doğrusu kendi yararına bir taşınmaz satın almış olsa bile (işbu davada iddia olunduğu şekilde) Borçlar Kanununun 530. maddesi uyarınca vekaleti olmadan diğer ortaklar namına tasarrufta bulunmuş sayılır ve Borçlar Kanununun 414. maddesince (TBK. m. 630) diğer ortaklar yapılan işten hasıl olan yararları temellük hakkına sahiptirler (Yargıtay HGK. ’nun, 1991/13-76 esas, 1991/199 karar tarihli ilamı). Adi ortaklıkla ilgili bu özel hükümler karşısında mahkemenin açıklamaya çalıştığı resmi şekil şartının aranmasına gerek bulunmadığına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Resmi şekil şartı ancak tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin sermaye olarak ortaklığa konulması halinde söz konusu olur. o nedenle taraflar kardeş olduğu için tanık dinlenebilir. Farklı bir anlatımla, bu halde tapu kaydına karşı aynı kuvvette yazılı bir delil aranmasına gerek yoktur”.

⁷³ Bu hüküm ile ilgili olarak bkz. Olgaç, Borçlar, c.4, s.815-817; Yarg. HGK., 10.4.1991, 13-76/199: “Herhangi bir konuda yasada özel düzenleme varsa, genel hükümlerden önce o konudaki özel hükümlerin uygulanması gerektiği, bilinen temel bir hukuk kuralıdır. BK.nun haksız fiil

“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”. “Ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, vekâlet hükümlerine göre sorumlu olur” (TBK m. 628 f.3).

Ortaklıkta yönetim yetkisinin kaldırılması ve sınırlanmasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 629. maddesine göre, ortaklık sözleşmesiyle ortaklardan birine verilen yönetim yetkisi, haklı sebepler olmadıkça diğer ortaklarca kaldırılamaz ve sınırlanamaz. Ancak haklı sebep varsa, ortaklık sözleşmesinde yetkinin kaldırılamayacağına dair bir hüküm konulsa bile diğer ortakların her biri tarafından yetki sınırlandırılabilir ve kaldırılabilir. Bu hüküm haklı sebeplerin olması durumunda idare yetkisinin sınırlandırılabilmesi ve geri alınabilmesi adına emredicidir. Bu bakımdan haklı sebeplerin varlığı durumunda idare yetkisinin sınırlandırılması ve geri alınması hakkı ortakların elinden alınamayn ve önceden vazgeçilemeyen bir hak olarak karşımıza çıkar. Yönetici ortağın görevinde aşırı şekilde ihmalde bulunması veya ortaklığın yönetimi adına gerekli olan yeteneğini yitirmesi gibi durumlarda haklı sebebin gerçekleştiği kabul edilir⁷⁴. Bu kapsamda ortaklar tarafından alınan bir karar olmadan ortaklık işlerini tatil etmesi, ortaklığın

hükümlerinden önce, adi ortaklıkla ilgili hükümlerin uygulanması ve sorunun buna göre çözümlenmesi hukuksal bir zorunluluktur. BK. m. 522’de (TBK m. 622), ortakların, ortaklığa ait bütün kazançları aralarında taksim etmekle yükümlü oldukları, m. 526’da (TBK. m. 626) ortaklardan hiçbirisinin kendi hesabına ortaklığın amacına aykırı ve zararlı işler yapamayacağı, m. 528’de (TBK. m. 628) ortaklardan her birinin ortaklık işlerinde mutad olarak gösterdiği dikkat ve özeni göstermeye mecbur olduğu ve diğer ortaklara karşı kendi kusuru ile sebebiyet verdiği zararları, ortaklığa diğer işlerden sağladığı yararları ile mahsup ettirmeye hakkı olmaksızın tazmin ile yükümlü olduğu, şirket işlerini ücretle idare eden ortağın tıpkı bir vekil gibi sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Görülüyor ki adi ortaklık sözleşmelerinde ortaklar, öteki sözleşmelerden tamamen farklı olarak, emeklerini ve sermayelerini ortak bir amaç için birleştirdiklerinden, aralarında sıkı bir işbirliği kurulmakta ve güvene dayanan bu işbirliği ilişkisi nedeniyle ortaklar birbirinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenle hareket etmek, ortakları zarara uğratmamakla yükümlü tutulmuşlardır. Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Sözleşme veya karar ile yönetim yetkisi ortaklardan birine bırakılmamışsa ortaklık işlerinin yönetimi bütün ortaklara aittir. bu durumda ortaklardan her biri, diğer ortakların iştiraki olmaksızın muamale yapabilir. Ancak, olağan işlerin üstündeki önemli tasarrufların yapılması için ortakların oybirliği gerekir (BK. m. 525- TBK m. 625). – Bir ortağın, ortaklık geliri ile taşınmaz satın alması, önemli tasarruflardan olduğu için öteki ortakların muvafakatı lazımdır. Fakat bir ortak, diğer ortağın da muvafakatı olmadan kendi namına ve ortaklık hesabına veya kendi nam ve hesabına ortaklık geliri ile bir taşınmaz satın alarak kendisi adına tapuya tescil ettirirse, öteki ortakların bu taşınmaz üzerindeki hakları ne olacaktır? Yukarıda açıklandığı üzere ortaklar arasında kanundan doğan bir güven ve vekalet ilişkisi bulunduğundan, burada haksız fiil hükümleri değil, yetkisini aşan bir vekil söz konusu olmakta ve vekaletsiz tasarruf hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.”

⁷⁴ Domaniç, c.1, s. 407-409; Şener, ss. 319-320.

kayıt ve defterlerini gereken şekilde tutmaması gibi durumlar haklı sebeplere örnek olarak verilebilir⁷⁵

IV. ADİ ORTAKLIKTA KAR VE ZARAR PAYLAŞIMI

Kazanç ve zararın ortaklar arasında paylaşılması hususunu Türk Borçlar Kanunu 622 ve 623. maddelerde düzenlemektedir. Kanunun 622. maddesi : *“Ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler”*, 623. maddesi de : *“Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir.*

Sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade eder.

Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir” demektedir.

Buna göre ortakların ortaklığa ait bütün kazançları ve zararları, aralarında paylaşma yükümlülükleri vardır. Bu paylaşma ise aksine sözleşme olmadıkça, ortakların katılma payı oranında değil eşit olarak yapılacaktır.

Ortaklar kazanç veya zarar için herhangi bir yöntem belirlemişlerse, bu yöntem her ikisini de kapsayacaktır. Yani sadece kazanç için belirlenen yöntem zarar için, yalnızca zarar için belirlenen yöntem kazanç için de geçerli olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ortakların kazanç ve zararın paylaşılması konusunda belirledikleri yöntemler *“aslan payı ortaklığı”* yaratmamalıdır⁷⁶. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun 623. maddenin 3. fıkrasında zikredildiği üzere, katılma payı olarak sadece emeğini getiren ortağın zarar katılmadan yalnızca kazanca katılacağı sözleşme ile düzenlenebilmektedir. Böylece ortaklardan birinin zarara katılmaksızın sadece kazanca katılacağına ilişkin düzenleme, katılma payı olarak yalnızca emeğini

⁷⁵ Şener, s.320.

⁷⁶ Fehiman Tekil, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul 1996, s.63; Şener, Ortaklıklar, s. 43; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s .61.

koymuş ortak için geçerli olabilecektir⁷⁷. Bu kuralın zıt anlamından çıkan sonuç, diğer bütün durumlarda, diğer herhangi bir ortağı zarara katılmaktan muaf tutan adi ortaklık sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğudur. Emeğini sermaye olatak koyan ortağın zarar katılmamasına izin verilmesinin temelinde yatan düşünce, zarar eden bir adi ortaklıkta bu ortağın emeğinin boşa gitmesiyle zaten zarara katılmış olmasıdır⁷⁸. Burda hemen belirtelim ki, bu zarara katılmama durumu sadece ortaklar arasında geçerli olup, üçüncü kişilere karşı bir anlam ifade etmez. Yani ortaklık sözleşmesinde emeğini sermaye olarak koyan ortağın zarara katılmayacağı hükmü bulunsa da, alacaklılara karşı müteselsil sorumlu olmaktan kurtulamaz. Dolayısıyla ortaklık alacaklıları bı sözkonusu ortakdan da hak ve alacaklarını isteyebilirler. Bu ortak şayet üçüncü kişilere ödemede bulursa, ödediği kadarını diğer ortaklara rücu edebilir⁷⁹.

V. ORTAKLARIN BİRBİRİNE KARŞI SORUMLULUĞU

Türk Borçlar Kanunu madde 626'ya göre “Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar”. Bu hükmün karşılığını oluşturan 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 526'da “ Şeriklerden hiç biri, kendi hesabına şirketin gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz” demektedir. Yani ortaklardan birinin ortaklık çıkarlarına aykırı olarak kendi hesabına iş yapması bu hükümle engellenmekteydi, ancak bu tür işleri başkası hesabına yapması durumundan bahsedilmemekteydi. Doktrinde ise, ortaklardan birinin ortaklığın amacına aykırı düşecek şekilde başkaları hesabına iş yapamayacağı da kabul edilmekteydi. Yine bu sonuç, ortakların ortaklık amacı yönünde faaliyette bulunma yükümlülüğünden de çıkarılabilecek bir sonuç olarak göze çarpmaktadır⁸⁰. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise 626. maddede konu

⁷⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s .61 ; Uçar, s. 18; Yavuz/Acar/Özen, s. 1517; Pulaşlı, Şerh, ss.48-50; Şener, Ortaklıklar, s.44.

⁷⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s .61.

⁷⁹ Pulaşlı, Şerh, s.49.

⁸⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 73 ; Yavuz/Acar/Özen, s. 1521.

açıklığa kavuşturulmuş, ortakların, ortaklık amacına aykırı düşen faaliyetleri kendi hesabına yapamayacağı gibi, başkalarının hesabına da yapamayacağı belirtilmiştir⁸¹.

Ortakların yaptıkları giderler ve işler bakımından ise TBK m. 627'ye 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.*

Ortaklığa avans olarak para veren ortak, verdiği günden başlamak üzere faiz isteyebilir.

Yükümlü olmadığı hâlde ortaklık işleri için emek sarfetmiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir”.

Eski Borçlar Kanunu madde 528 fıkra 1'de *“şeriklerden her biri şirket işlerinde mutad veçhile gösterdiği ikdam ve ihtimamı sarf etmeğe mecburdur”* denilmekteydi. Bu hükmün mehası olan OR. Art. 538/T'e göre *“her ortak, mutad olarak kendi işleri için gösterdiği özeni ve ihtimamı ortaklık işlerinde göstermelidir”* şeklinde anlaşılması gerektiği öğretide kabul edilmekteydi⁸². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 628. maddesi, mehaza ve doktrinin 818 sayılı Borçlar Kanunu 528. madde 1. fıkrayı yorumlayış biçimine uygun olarak formüle edilmiştir. Buna göre, *“Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür.*

Her ortak, diğerlerine karşı, kendi kusuruyla verdiği zararları, başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatlerle mahsup ettirme hakkı olmaksızın gidermekle yükümlüdür.

*Ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, vekâlet hükümlerine göre sorumlu olur”*⁸³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 631. maddesine göre *“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.*

⁸¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 1521; Şener, Ortaklıklar, s.55.

⁸² Yavuz/Acar/Özen, s. 1521.

⁸³ Bilge, s. 458; Olgaç, (Borçlar), c.4, s. 811; Yavuz/Acar/Özen, s. 1521.

Aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”. Ortağın bu hakkı ise şahsına bağlı olup başkasına devredilememektedir⁸⁴.

VI. ORTAKLAR ARASINDAKİ VE ORTAKLIK YAPISINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Ortaklar arasındaki ve ortaklık yapısındaki değişiklikler, Türk Borçlar Kanunu 632-636 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ortaklıktan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin Türk Borçlar Kanunu 633-636 maddeleri, Eski Borçlar Kanununda olmayıp Türk Borçlar Kanunu ile yeni ihdas edilmiştir.

Yeni ortak alımı ve alt katılımı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 632. maddesine göre “*Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır. Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz*”. Bu durumda da ortaklık sıfatını kazanamayan kişi şirket işleri hakkında bilgi edinemeyecektir⁸⁵.

Türk Borçlar Kanununun 633. maddesinde ortaklıktan çıkma ve çıkarılma genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre : “*Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan çıkabilir veya diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir*”. Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklığın kişiliği büyük önem taşıdığından, ortağın kısıtlanması, iflası, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi ortaklık için sona erme sebebi sayılmıştır(TBK m. 639). Fakat ortaklık sözleşmesinde bu kuralın aksine bir düzenleme getirebilecek; yani ortaklık sözleşmesiyle, ortağın kısıtlanması, iflası tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi ortaklık için sona erme sebebi olmaktan çıkarılabilecektir. Böyle bir düzenleme yapılması durumunda da Türk Borçlar Kanunu’nun 633. maddesi önem kazanacaktır. Ortağın

⁸⁴ Bilge, s. 460; Yavuz/Acar/Özen, s. 1522.

⁸⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.74; Yavuz/Acar/Özen, s. 1522.

kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi durumunda ortaklığın son bulmayıp diğer ortaklarla devam edileceği kararlaştırılmışsa; iflası eden veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilen ortak, kısıtlanan ortağın yasal temsilcisi, ölen ortağın da mirasçıları ortaklıkta çıkma hakkını kullanabileceklerdir. Bu durumlarda iflası eden veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilen ortağa, kısıtlanan ortağın yasal temsilcisine ve ölen ortağın da mirasçılarına, diğer ortaklar tarafından çıkarma bildiriminde bulunma hakkı tanınmıştır. Bu bildirimin ise yazılı olması gerekmektedir⁸⁶.

Çıkma ve çıkarılma durumunda çıkan veya çıkarılan ortağın ortaklık payının tasfiyesi gerekmektedir. Ortaklık payının tasfiyesi başlığıyla düzenlenen Türk Borçlar Kanunu madde 634'e göre *“Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer. Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler. Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır”*⁸⁷.

Ortaklık sıfatı sone erdiğinde, ortaklığın malvarlığı borçları karşılamaya yetmediğinde ne yapılacağını TBK madde 635'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *“Ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmezse, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür”*.

⁸⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 1522; Pulaşlı, Şerh, s.59; Şener, Ortaklıklar,s.70; Serdar Hızır, **“6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkma ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.III, İstanbul, 2011, ss.2817-2880, s.2850; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.75.

⁸⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 1522-1523; Pulaşlı, Şerh, s. 59; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.75.

Çıkan ve çıkarılan ortağın ortak olduğu dönemde henüz tamamlanmamış işler varsa, TBK 636.maddesi uygulanacaktır. Buna göre “Çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılır. Ortaklık sıfatı sona eren kişi, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payını; devam eden işler hakkında da gerekli bilgiyi isteyebilir”.



İKİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ VE TEMSİL

§4. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. YASAL DÜZENLEMENİN İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK

Adi ortaklıkta, ortakların üçüncü kişilerle ilişkisi, Türk Borçlar Kanunu'nun 637 ve 638. maddelerinde düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun “Temsil” başlıklı 637. maddesine göre,

“Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. 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.

Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişiye karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli bir tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliği ile verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.”

“Temsilin Sonuçları” başlıklı 638. maddesine göre,

“Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.

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

Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.”

B. YASAL DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİLERİNİN DAYANAKLARININ BELİRLENMESİ

Madde içeriğinden de açıkça anlaşıldığı üzere adi ortaklığın ortaklardan biri tarafından temsil edilmesi, dolaylı temsil şeklinde veya doğrudan temsil şeklinde karşımıza çıkabilir.

Adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişilerle ilişkileri Türk Borçlar Kanununun 637 ve 638. maddelerinde düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“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”*⁸⁸. Temsil yetkisine sahip olan kişi, bu yetkiyi iki şekilde kullanabilecektir:

- *“Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur”* (TBK. m. 637/I). Burada dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etme söz konusudur⁸⁹ ve dolaylı temsil yetkisi veren vekaletle ilişkin kurallar göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁰.

- *“Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler”*⁹¹ uyarınca, *bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar”* (TBK. M. 637/II)⁹². Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 3. fıkrasına göre ise *“Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi*

⁸⁸ YARGITAY 13. HD., 28.11.1988, 4163/5707 (Yarg. Kar. Derg. 1989, s. 991-992); Uçar, s. 23. İsviçre Federal Mahkemesi konu ile ilgili kararında TBK. m. 637/III hükmünün iyiniyetli üçüncü kişiler açısından bir kesin karineye yer verildiğini bildirmiştir (BGE 124 III 358). Kırca, Federal Mahkemenin anlayışına paralel bir biçimde TBK. m.637/III hükmünde bir kesin karineye yer verildiği düşüncesindedir, İsmail Kırca, **Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun, Batıder**, C. XX, S:4, Aralık 2000, s. 69. Aksi görüş ve Federal Mahkeme kararının eleştirisi için bkz, Can Yalçın Armutcuoğlu, **Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk**, M.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 68.

⁸⁹ Cevdet Yavuz,, **Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, Tez, İstanbul 1983, s. 127-128, 133.

⁹⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 1524.

⁹¹ Bu konuda bkz. Turhan Esener, **Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara 1961, s. 127 vd.

⁹² Domaniç, c.1, s. 418 vd.

kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar". Adi ortaklıkta müteselsil sorumluluk bakımından, yöneltilen davanın konusu para alacağı olduğunda ortaklardan her biri borçlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Bundan dolayı da davanın ortaklardan birine dahi yöneltilmesi yeterli olacaktır⁹³. Türk Borçlar Kanunu'nun 638 maddesinin 1. fıkrasına göre de *"Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliğı hâlinde bütün ortaklara ait olur"*. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun 534. maddesinde , ortaklığın iktisap ettiğı değerlerin *"müştereken"* ortaklara ait olacağını belirtiyordu. Buradaki *"müştereken"* kelimesini *"iştirak halinde"* olarak anlamak gerekmektedir⁹⁴. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise, 1. fıkra da ortakların elbirliğıyle hak sahipliğini açıkça ifade etmiştir.

Ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabileceklerdir(TBK. m. 638/II). Adi ortaklıklarda ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakka veya üçüncü kişide olup ortağa düşecek bir hakkın haczine karar verilemeyecektir. Yine henüz adi ortaklığa ait kazancın ortaklar

⁹³ YARGITAY 4. HD., 11.5.1963, E. 962/14028 K. 4908 ile aynı dairenin 10.6.1958, E. 957/5836 K. 4074 s.lı kararları (Olgaç, Borçlar, c.4, s.835 n.4 ve 5).

Yargıtay 7.HD, 20.3.2012, E.2011/1619, K.2012/1941 : *"Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davaya konu takipte adi ortaklığın ortaklarından sadece birinin gösterildiğı, oysa adi ortaklığa karşı açılacak davanın, ortaklığı oluşturanların tamamına karşı açılması gerektiğı gerekçesiyle davanın pasif husumet sebebiyle reddine karar verilmesine karşın davanın konusunun haksız fiilden kaynaklanan para alacağı olduğı ve ortaklardan her biri borçtan müteselsil sorumlu oldukları, bu sebeple alacaklının müteselsil borçlulardan birini dahi tercih edebileceğı kuşkusuz olduğundan asıl davanın müteselsil sorumlu ortaklardan birine yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır."*

Yargıtay 11.HD, 7.7.2005, E.2004/10494, K.2005/7310 : *"Dava, İnşaat All Risks Sigorta Poliçesi Zeyilnamesinden kaynaklanan toplam ücret alacağının tahsiline yönelik başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkin olup; uyumsuzluk, ortak girişimin hukuki niteliğinin ne olduğunun yanında, tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davalı iki şirketin biraya gelip kurdukları ortak girişimin, hukuki niteliğı BK.nun 520 nci vd. madde hükümlerinde düzenlenen adi ortaklık olup, adi ortaklıkların tüzel kişiliğı bulunmamaktadır. Adi ortaklığa karşı açılacak davaların konusunu taşınır ve taşınmaz malların oluşturmaları halinde, aynı Kanun'un 534 ncü madde hükmü nedeniyle davanın aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan tüm ortaklara karşı açılması gerekir ise de, davanın konusu para alacağı ise, ortaklardan her biri borçtan müteselsil sorumlu olduğundan, alacaklı müteselsil borçlulardan birini dahi tercih edebilir. Somut olaya gelince, davacı tarafından ortak girişimi oluşturan her iki şirkete karşı alacağın tahsiline ilişkin takip başlatılmış olup, davalıların itirazı üzerine her iki şirkete karşı işbu dava açılmıştır. Bu itibarla, takibin ortak girişimi oluşturan her iki şirkete yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığı gibi, davalı şirket tüzel kişiliklerinin ayrı ayrı sorumlu tutulamayacaklarına ilişkin mahkeme gerekçesi dahi isabetli değildir."*

⁹⁴ Yarg. HGK., 17.1.1990,89/13-457 E. 2 K. (Yarg. Kar. Derg., 1990, s. 1138).

arasında taksim edilmediği veya ortaklığın tasfiyesi halinde borçlu ortağa isabet edecek tasfiye payının belirlenmediği bir aşamada adi ortaklığın yaptığı işin karşılığında üçüncü kişiden alacağının haczi mümkün olmayacaktır. Çünkü ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların mülkiyet hakları vardır⁹⁵.

II. TEMSİLE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. TANIMI, AMACI, KAPSAMI VE ÇEŞİTLERİ

Genel anlamıyla temsil, başkası hesabına hukuki işlem yapmaktır. Dolayısıyla her temsil olayında, “*temsil olunan*”, “*temsilci*” ve “*üçüncü kişi*” şeklinde üç unsur bulunur. Temsil olunan, kendisi hesabına hukuki işlem yapılacak kişiyi; temsilci (mümessil), temsil olunan hesabına hukuki işlemi yapacak olan kişiyi; ve nihayetinde üçüncü kişi ise kendisiyle hukuki işlem yapılacak kişiyi ifade eder. Temsil müessesinin amacı ise, son aşamada hukuki ilişkinin temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kurulmasıdır⁹⁶.

Ekonomik hayatın gelişme göstermesi, uluslararası ilişkilerin artması, uzmanlıkların önem kazanması, kişilerin bütün hukuki işlemlerini bizzat yapmalarını

⁹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.83; Yavuz/Acar/Özen, s. 1524.

Yargıtay HGK, 10.12.2014, E.2013/12-1233, K.2014/1014 T. 10.12.2014: “*Dava, icra memuru işleminin şikayet kanun yolu ile iptali istemine ilişkindir. Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakka veya üçüncü kişide olup, ortağa düşecek bir hakkın haczine karar verilemeyeceğinden, İcra Müdürlüğü'nün dosyasında, ortak girişimin, Orman Genel Müdürlüğü'ne verdiği hizmetin karşılığında elde edeceği semerelerden borçlu paydaşa düşecek kısmın haczine ilişkin icra memurluğu işlemi usul ve yasaya aykırıdır.*”

Yargıtay 12.HD, 4.7.2011, E.2011/3953, K.2011/14126 : “*B.K.nun 522-523. maddeleri gereğince adi ortaklıkta her ortak şirketin karına iştirak hakkına sahip olduğundan ortağın kişisel alacaklıları borçlu ortağın şirketteki kar payını İ.İ.K.nun 89. maddesine göre haczettirebilirler. Ayrıca adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır. Bir diğer anlatımla, bir ortağın alacaklıları haklarını ancak o şerikin tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler, ne var ki şirket sözleşmesinde bu kuralın aksi de kararlaştırılabilir.*

Adi ortaklığın malları üzerine haciz konulması halinde bu husus ortaklardan her biri tarafından şikayet konusu yapılabilir. Somut olayda icra müdürlüğünce G... İnş. San. Ltd. Şti. - T... İnş. Tic. Ltd. Şti. iş ortaklığının Milli Savunma Bakanlığı'nda mevcut hak edişlerine haciz konulduğu anlaşılmıştır. Adi ortaklığının üçüncü kişi nezdinde bulunan alacağına haciz konamayacağından, mahkemece şikayetin kabulü gerekir.”

⁹⁶ Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Konya 2015, s.208.

imkansız hale getirmiş ve dolayısıyla temsil önemi çokça artan bir kurum haline gelmiştir⁹⁷.

Temsil kurumunun bir diğer önemi de, medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksunluk sebebiyle hukuki işlemleri bizzat yapamayan kimseler yönünden görülmektedir. Bu kişiler için temsil çok özel bir değer taşımaktadır, çünkü medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksun kişiler adına hukuki işlemleri, veli veya vasileri, yani kanunî temsilcileri yapmaktadır⁹⁸.

B. TEMSİLİN MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER

Temsil sadece hukuki işlemlerde söz konusu olur. Bu açıdan hukuki işlemin türü önem taşımaz. Temsile genellikle sözleşmeler için başvurulursa da, tek taraflı hukuki işlemlerin kararların, hatta hukuki işlem benzerlerinin de temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmesi mümkündür⁹⁹.

Sözleşmenin yapılması açısından temsili düzenleyen Eski Borçlar Kanunu (EBK) 32., Yeni Türk Borçlar Kanunumuzun(TBK) 40. ve sonraki maddeleri, Medeni Kanunumuzun (MK) 5. maddesinde belirttiği şekilde, Medeni Hukukumuzun diğer alanlarındaki hukuki işlemlerde de uygulanabilecektir (MK madde 5: -Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır). Kural olarak, ister tek taraflı olsun ister iki veya çok taraflı işlem olsun, ister borçlandırıcı işlem ister tasarruf işlemi olsun, bütün hukuki işlemler temsil yoluyla yapılabilirse de; bazı hukuki işlemler vardır ki temsil yoluyla yapılmaları mümkün değildir. Mesela aile ve miras hukukunda her zaman temsile müsaade edilmediği gözükmemektedir. Örneğin evlat edinmede, evlenmede, miras sözleşmesinde ve vasiyette temsil kurumundan yararlanılamayacaktır Evlenme töreninde, evlenecek olanlar şahsen evlendirme

⁹⁷Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014, s. 148. Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009; Murat İncoğlu, **Doğrudan Temsil**, İstanbul, 2009.

⁹⁸ Reisoğlu, s. 149.

⁹⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2012, s.425.

memuru huzurunda hazır bulunmak ve evlenme arzularını açıklamak zorundadırlar. Keza bir kimse temsil yolu ile vasiyetname yapamayacaktır¹⁰⁰.

Yine haksız fiillerde de temsil söz konusu olamayacaktır. Haksız fiili yapan kimse fiilin hukuki sonuçlarından sorumlu olacak, kişiyi haksız fiil yapmaya yönelten kimse de Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca, fiili yapanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olacaktır (*TBK m. 61 - Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*)¹⁰¹. Yine yerleşim yeri seçme, işleme (hukuki taşıyır) gibi fiillerde de temsil söz konusu olamayacaktır¹⁰².

Diğer şahsen kullanılacak haklarda (sıkı şekilde şahsa bağlı haklarda) da hakların kullanılmasına karar verme yetkisi bir temsilciye bırakılamaz, fakat hak sahibi hakkını kullanmaya kendisi karar verdikten sonra bunun kullanılması ile ilgili işlemleri yapmak üzere bir temsilciyi yetkili kılabilir. Örnek olarak boşanmak isteyen bir kimse, boşanma davası açıp bu davayı yürütmesi ve takip etmesi için bir avukata vekalet verebilir¹⁰³.

Temsil, yine kendisine benzeyen “habercilik” kavramından farklıdır. Zira habercilikte, haberci, temsilden farklı olarak kendi iradesini açıklamamakta, sadece başkasının irade açıklamasını aktarmaktadır. Sözleşmeyi kuran, açıklaması nakledilen kişinin iradesidir. Bu sebeple, habercinin ayırt etme gücüne sahip olması aranmazken temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması ise şarttır. Haberci beyanı yanlış iletirse aracının hatasına dayanılır¹⁰⁴.

Temsil ve “vekalet” de farklı kavramlardır. Temsil yetkisi vermek tek taraflı hukuki işlem olduğu halde, vekalet iki, taraflı hukuki işlemidir. Temsil sadece hukuki işlemler için söz konusu olur. Vekâlet ise, hukukî işlemler için söz konusu olabileceği gibi, maddî fiillere ilişkin de olabilmektedir. Temsilde genellikle temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli sayılır. Vekâlette ise vekilin hukukî işlem ehliyetinin bulunması şarttır. Vekalette, vekilin temsil yetkisine sahip

¹⁰⁰ Reisoğlu, s.149 ; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt - 1, 11. Baskı, İstanbul 2013, s.220.

¹⁰¹ Reisoğlu, s.149.

¹⁰² Eren, s.425.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s. 222

¹⁰⁴ Ayan, s. 209.

olmaması mümkündür. Vekâlet her zaman için temsil yetkisini beraberinde getirmemektedir. Nihayet, hizmet veya şirket gibi vekâlet dışındaki sözleşmelerde de temsil yetkisi bulunabilmektedir¹⁰⁵.

§5. DOĞRUDAN TEMSİLİN ADI ORTAKLIK İLİŞKİSİNDEKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK DOĞRUDAN TEMSİLİN TANIMI VE KOŞULLARI

Doğrudan doğruya diğer bir adıyla vasitasız temsilde, temsilcinin yaptığı hukuki işlemde doğan hak ve borçlar ikinci bir işleme ihtiyaç olmaksızın doğrudan doğruya temsil edilene ait olmaktadır. Doğrudan doğruya temsilde, temsilci, temsil edilen adına yaptığı işlemde doğan hakları iktisap edemediği gibi borçlardan da sorumlu değildir¹⁰⁶.

Temsilci tarafından yapılan hukuki işlemlerden doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil edilene ait olabilmesi, iki unsurun varlığı gerekmektedir:

Bunlardan ilki temsil yetkisidir. Temsilci, temsil edilen adına ve hesabına işlem yapmaya yetkili olmalıdır. Bu yetki hukuki işlemde (rızaî yetki) doğabileceği gibi, veli veya vasilerin temsil yetkisinde olduğu gibi (kanunî yetki) kanundan da doğabilmektedir¹⁰⁷.

Başkası adına işlem yapan kimsenin temsil yetkisi yoksa, temsil edilen, adına yapılan hukuki işlemle bağlı olmayacaktır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu madde 46 vd. yetkisiz temsile ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁰⁸.

Bir diğer unsurumuz ise işlemin temsil edilen adına yapılmasıdır. Temsilci, bir hukuki işlemi gerçekleştirirken temsil olunan adına hareket etmeli ve bunu da işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişiye bildirmelidir. Temsilci sözleşmeyi bir başkası adına yaptığını belirtmişse, temsil edilenin kimliğini açıklamamış olsa dahi,

¹⁰⁵ Eren, s. 440; Kılıçoğlu, s. 237; Ayan, s. 209.

¹⁰⁶ Reisoğlu, s. 149 ; HGK. 17.5.1972, K. 326 kararı için bkz. Senai Olgaç, **Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu**, Ankara 1976, s. 174.

¹⁰⁷ Reisoğlu, s. 150; Oğuzman/Öz, s.222; Eren, s. 434; Ayan, s.211; İnan/Yücel, s. 342; Kılıçoğlu, s. 240; İnceoğlu, s. 47; Halûk, N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, 2015, s. 121.

¹⁰⁸ Reisoğlu, s. 150 Eren, s.453; Ayan, s. 217; Oğuzman/Öz, s. 248.

sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan temsil olunana ait olur. Temsilci sahip olduğu temsil yetkisiyle ilgili olmaksızın kendi adına ve hesabına bir hukuki işlem yapmışsa şayet, işleminden doğan hak ve borçlar temsilciye ait olacak, bu işleme doğal olarak temsile ilişkin hükümler uygulanmayacaktır¹⁰⁹.

Temsil yetkisine sahip olan temsilci, temsil olunan adına işlem yapma niyetiyle hareket etmekle birlikte, şayet bu işlemi yaparken başkasını temsilen hareket ettiğini işlemin karşı tarafına bildirmemiş, Türk Borçlar Kanunumuzun 40/2 maddesi uyarınca sözleşmeden doğan alacak ve borçlar temsilciye ait olacaktır¹¹⁰. Daha sonra temsilci alacağın devri ve borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlere göre hak ve borçları temsil olunana devreder¹¹¹.

Türk Borçlar Kanunu 40. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen iki halde, istisnaî olarak temsilci, sözleşmeyi yaparken başkasını temsilen hareket ettiğini bildirmemiş olsa dahi, sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunana ait olacaktır. Bu durumlar:

Diğer taraf belirtilmemiş olmasına rağmen, bit temsil ilişkisinin bulunduğunu durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa;

Veya diğer taraf için hukuki işlemi temsil olunan ya da temsilcinin yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olacaktır¹¹².

II. DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİLİN SONUÇLARI

Yetkili bir temsilcinin bir başkası adına gerçekleştirdiği hukuki işleminden doğan hak ve borçlar, görüldüğü üzere temsil olunana aittir. Fakat hukuki işlemi gerçekleştiren kişi temsilcidir, temsilci başkası adına işlem yapmakta ve iradesini beyan etmektedir. Dolayısıyla hukuki işlemin geçerliliği yönünden kural olarak, temsilcinin şahsı dikkate alınmaktadır¹¹³.

¹⁰⁹ Reisoğlu, s. 150; Eren, s.431; İnceoğlu, s.47; Oğuzman/Öz, s.221; İnan/Yücel, s.342; Ayan, s. 211.

¹¹⁰ HGK. 20.12.1974 K. 1415 karar için bkz. Olgaç, (Emsal İçtihatlar), s. 174.

¹¹¹ Reisoğlu, s. 150 Oğuzman/Öz, s. 222; İnan/Yücel, s.342; Eren, 433; Ayan, s.211.

¹¹² Eren, ss. 432-433; Reisoğlu, s. 150-151; Oğuzman/Öz, s. 222; İnan/Yücel, s.343; Ayan, s. 211;

¹¹³ Reisoğlu, s. 151; İnan/Yücel, s. 344; Oğuzman/Öz, s. 245;

Ehliyet yönünden, temsilcinin başkası adına hukuki işlem yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir. Temsilci işlem ile kendisi borç altına girmediğinden tam ehliyetli olmasına gerek yoktur, ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir.¹¹⁴.

Temsilci sözleşmeyi yaparken aldatma veya korkutmanın etkisiyle sözleşmeyi yapmışsa veya esaslı bir yanılmaya düşmüşse, temsil olunan kimse genel kurallar (TBK md. 30-39) uyarınca sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur. Bu durumda temsil olunan sözleşmeyi feshedebilir¹¹⁵.

Bir hakkın kazanılması için iyiniyet aranan hallerde ise kural olarak temsilcinin iyiniyetli olması gerekir. Fakat bununla beraber, temsil olunan örneğin bir malın satın alınması hususunda talimat vermek suretiyle hukuki işleme dolaylı olarak katılmışsa, temsil edilenin de iyiniyetli olması şarttır¹¹⁶.

Hukuki işlemin şekle bağlandığı durumlarda ise temsilci bu sıfatını belirterek kendi imzasını atmalıdır¹¹⁷.

§6. ADİ ORTAKLIKTA DOĞRUDAN TEMSİL VE SONUÇLARI

I.GENEL OLARAK

Doğrudan temsil, bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak, başka bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır. Doğrudan temsilde yukarıda belirtmiş olduğumuz dolaylı temsilden farkı olarak ikinci bir işleme gerek olmadan yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, temsil olunanın hukuki alanında doğar¹¹⁸. Bu işlem sonucu ortaya çıkan hak ve borçlar temsil olunana ait olur. Yani temsil yoluyla yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçlar, ikinci bir devir veya nakil işlemine gerek olmadan, kendiliğinden temsil olunanın şahsından doğar¹¹⁹.

¹¹⁴ İnan/Yücel, s. 344; Oğuzman/Öz, s. 246; Eren, s. 438; Reisoğlu, s. 151; İncoğlu, s. 135.

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 246; Reisoğlu, s. 151; İnan/Yücel, s. 345; Eren, s.439.

¹¹⁶ Reisoğlu, s. 151; Oğuzman/Öz, s. 246.

¹¹⁷ Reisoğlu, s. 151.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 166; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, s.167.

¹¹⁹ Eren, s. 386 Oğuzman/Öz, s. 164; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 620.

Adi ortaklıkta doğrudan temsil, Türk Borçlar Kanunu madde 637 de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; ortaklardan biri , ortaklık veya bütün ortaklar adına üçüncü bir kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar temsile ilişkin hükümler uyarınca bu kişinin alacaklısı ve borçlusu olurlar. Bu hüküm kapsamında, bir ortak bütün ortaklar adına hukuki işlem gerçekleştirdiğinde doğrudan temsil söz konusu olacaktır.

Türk Borçlar Kanununda, adi ortaklığın doğrudan temsiline ilişkin tek özel düzenleme 637/II hükmüdür. Bu hüküm temsile ilişkin Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinin bir uygulama halidir¹²⁰. Fakat burada adi ortaklığa ilişkin özellikler de göz önünde bulundurulmalıdır. Adi ortaklıkta kendisine temsil yetkisi verilen ortak, bütün ortaklar adına ve hesabına hukuki işlemler yaptığı takdirde, bu hukuki işlemde kaynaklanan hak ve borçlar ortaklar üzerinde sonuç doğuracaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, temsilci sıfatıyla hukuki işlemi gerçekleştiren ortak, aynı zamanda ortaklık içerisinde yer alan kişidir. Dolayısıyla söz konusu hukuki işlemin sonuçları temsil olunan diğer ortaklarla birlikte, temsilci olan ortak üzerinde de doğacaktır. Bu nedenle her somut olayda Türk Borçlar Kanunu madde 40 hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını üzerinde durmak gerekmektedir¹²¹.

II.DOĞRUDAN TEMSİLİN ŞARTLARI

A.TEMSİL YETKİSİ

1. Genel Olarak

Doğrudan temsilin gerçekleşebilmesi için, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan adına yapması ve bunun için yetkili olması gerekmektedir (TBK. m. 40). Temsilcinin, temsil olunan adı ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil yetkisi denir. Temsil yetkisi temsil olunanın iradesine dayanabileceği gibi (iradi temsil), doğrudan kanuna (kanunî temsil) da dayanabilir. Bir kimsenin, kendisini

¹²⁰ Kuyucu, s.28.

¹²¹ Kuyucu, s. 29.

temsil etmesi için başkasına rıza verdiği yetki, iradi temsil yetkisidir¹²². Ancak bunun yanında Türk Borçlar Kanunu madde 637 de belirtilen temsil karinesi ile doğrudan kanuna dayanan kanunî temsil söz konusu olmaktadır.

2.Temsil Yetkisini Verilmesi (İradi Temsil)

İradi temsil yetkisi, temsil olunacak kişinin tek taraflı ve temsilci olacak kişiye yönelteceği bir irade beyanı ile verilir. Söz konusu beyan temsilciye yöneltilince hükümlerini doğurur¹²³. Bunun için temsilcinin yetkiyi kabul etmesi gerekli değildir¹²⁴.

Adi ortaklığı temsil yetkisi, ortaklardan birine veya birkaçına, ortaklık sözleşmesi, ortaklık kararı, veya tüm ortakların kanaat verici davranışı ile verilebilir. Bu hallerin dışında Türk Borçlar Kanununun 637/III hükmünde belirtilen “temsil karinesi” ile kendisine idare yetkisi verilen ortağın, temsil yetkisi olacaktır¹²⁵.

a. Ortaklık Sözleşmesi İle Temsil Yetkisinin Verilmesi

Adi ortaklıkta ortaklar, ortaklık sözleşmesinde¹²⁶ temsilci tayin edebilirler. Yani temsil yetkisine kimin sahip olacağı ortaklık sözleşmesinde belirlenebilir. Böylelikle sadece kendisine temsil yetkisi verilen kimse ortaklığın temsilcisi olarak hareket edebilir. Ancak ortakların, ortaklığın temsilcisini (temsilcilerini) belirleme zorunluluğu yoktur. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa, ortaklığın kurulmasından sonra ortaklar temsilciyi alacakları bir kararla belirleyebilirler¹²⁷.

¹²² Oğuzman/Öz, s. 169 ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,) s. 168; Eren, s. 389; Kılıçoğlu, s. 156; Reisoğlu, s.127; Aybay, s.67.

¹²³ Oğuzman/Öz, s.174.

¹²⁴ Oğuzman/Öz, s. 172; bildirimin ulaşması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Esener (Temsil), s. 25; Eren, s. 389.

¹²⁵ Domaniç, Şerh, s.415; Bilge, s. 455 ;Kuyucu, s.30.

¹²⁶ Ümit Doğanay, *Adi Şirket Akdi (Akdi Unsurları, Kurulması, Hükümsüzlüğü)*, İstanbul, 1968.

¹²⁷ Kuyucu, s.30

b. Ortaklık Kararı İle Temsil Yetkisinin Verilmesi

Temsil yetkisi vermenin yollarından bir tanesi de, ortakların kararıdır. ortaklık sözleşmesinde temsilci tayin edilmemiş ise daha sonra ortaklar alacakları bir kararla, bir veya daha fazla kimseyi temsilci olarak tayin edebilirler. Ortaklık kararlarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu madde 624 hükmü şu şekildedir ; “ *Ortaklığın kararları bütün ortakların oybirliği ile alınır. Sözleşmede kararların oyçokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir.*”. Bu hüküm kapsamında ortaklık kararlarının oybirliği ile alınacağı öngörülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hüküm emredici nitelikte değildir. bu sebeple belirli kararların tamamının oy çokluğuyla alınabileceğine dair bir anlaşma yapmak mümkündür¹²⁸.

Burada bir ortağa temsil yetkisi veren ortaklık kararının geçersizliği ihtimali üzerinde de durmak gerekir. Geçersiz bir kararla temsil yetkisinin verilmesi, hiçbir şekilde temsili tereddütlü hale getirmez. Belirtmek gerekir ki, temsil hukukunda dışa karşı uyandırılan görünüş önemlidir. Çoğunlukla temsilci olarak hareket eden ortağın davranışı önemlidir. Bu ortağın davranışına göre, ortaklık kararının geçersizliğine rağmen üçüncü kişinin hak sahibi olması mümkündür. Bununla birlikte oy çokluğundan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamışsa, ortakların ortaklıktaki payları ne kadar farklı olursa olsun sayı üstünlüğü esas alınacaktır¹²⁹.

Ortaklık kararı çoğu kez vekaletname şeklinde düzenlenir veya bu karara dayanarak bir vekaletname verilir¹³⁰. Fakat bir vekaletname düzenlenmese bile bir ortağa temsil yetkisi vermek için bir ortaklık kararı yeterli olacaktır. Bununla birlikte temsil yetkisi sadece bir vekalet sözleşmesi ile değil, eser, hizmet veya şirket sözleşmeleri ile de verilebilir¹³¹. Temsil yetkisinin, birlikte bulunduğu iç ilişkiden bağımsız olduğu kabul edilmektedir¹³². Dolayısıyla temsil yetkisinin dayandığı sözleşmenin hükümsüz olması temsil yetkisinin de hükümsüz olmasını gerektirmez.

¹²⁸ Hayri Domaniç, **Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 1988, (Şirketler) s. 92; Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, İstanbul, 1988, (Şerh) s.414 ; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 62; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s.454-455; Yavuz/Acar/Özen, ss. 1517-1518.

¹²⁹ Kuyucu, s.31.

¹³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.78.

¹³¹ Oğuzman/Öz, s.171; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.174 ;Reisoğlu, s.130; Aybay, s.69.

¹³² Oğuzman/Öz, s. 171.

Bu itibarla ortaklık sözleşmesi hükümsüz olsa dahi, verilen temsil yetkisi geçerli olacaktır¹³³.

Bunların dışında belirtmek gerekir ki, adi ortaklığa ilişki düzenlemede Türk Borçlar Kanunu 625. maddesinin 1. fıkrasında, ortaklığın idaresinin üçüncü bir kişiye bırakılabileceğinden bahsedilmiştir. Buna göre, üçüncü kişiye idare yetkisinin bırakılması mümkün ise, üçüncü kişiye temsil yetkisinin verilmesi de mümkün görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin 3. fıkrasında "*Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca ola hallerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir*" şeklindeki ifadeyle genel bir vekil tayini imkanından bahsedilmiştir. Bu durum, kanun koyucunun ortaklığın temsilinin üçüncü kişilerce yapılabilmesine imkan verdiğini gösterir¹³⁴.

Dolayısıyla belirttiğimiz şekillerde tayin edilen temsilcilerden başka, ortaklığın bir veya daha fazla ticari mümessil veya ticari vekil kullanmasına engel yoktur. Ancak burada bir hususu belirtmek gerekirse, temsilci tayini halinde diğer ortakların temsil yetkisi sona ererken, ticari mümessil veya ticari vekil tayini hallerinde idarecilerin sahip olduğu temsil yetkisi sona ermez¹³⁵. Ayrıca ortaklık kararı ile ortaklığı temsil etme yetkisi birden fazla ortağa verildiği takdirde, bunlardan biri tarafından tek başına imzalanan sözleşme ile ortaklık bağlı olmaz¹³⁶. Yapılan sözleşmeye diğerlerinin icazet vermesi halinde bu sözleşme ortaklık için bağlayıcı olacaktır.

c. Kanaat Verici Davranış İle Temsil Yetkisinin Verilmesi

Bir kimsenin belirli bir işleme yönelik beyan arzusu, hatta hukuki sonuca yönelik arzusu hiçbir şekilde bulunmadığı halde, sergilediği belirli bir tutum veya davranış hukuk düzenince belirli düşüncelerle sanki o yönde bir irade beyanı varmış gibi değerlendiriliyorsa veya hukuken irade beyanı gibi sonuç doğuruyorsa, buna

¹³³ Kuyucu, s.32.

¹³⁴ Kuyucu, s. 32.

¹³⁵ Domanıç, (Şirketler), s. 92.

¹³⁶ Yarg. 13. HD, 06.03.1986, 768/1327, (Özenli, s.237).

“irade karinesi” veya “iradeyi ortaya konan davranış” denilebilir¹³⁷. Kanaat verici davranışta, beyanda bulunma arzusunun olması şart değildir. Böyle bir arzu, o hukuki sonuca yönelik herhangi bir istek bulunmadan yapılmışsa ortada bir irade beyanı yoktur. Fakat buna rağmen, hukuk düzeni kapsamında irade beyanı varmış gibi sonuç doğuruyorsa, bu takdirde bir irade karinesi söz konusu olur¹³⁸. Dolayısıyla tüm ortakların kanat verici davranışı ile adi ortaklığı temsil yetkisinin verilmesi de mümkündür¹³⁹.

B.ORTAKLAR ADINA HAREKET

1.Genel Olarak

Bir hukuki işlemde temsilin söz konusu olabilmesi için, temsilci işlemi yaparken bir başkası (temsil olunan) adına hareket etmelidir. Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrasında “*Yetkili bit temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan...*” şeklindeki ifadeyle başkası adına hareketten bahsedilmiştir. Eğer temsilci başkası adına değil de kendi adına hareket etmişse, bu takdirde yapılan işlemde doğan hak ve borçlar kendisine ait olur. temsilci olarak hareket ettiğini açıklaması veya bu durumun üçüncü kişiler tarafından anlaşılması gerekir¹⁴⁰.

Adi ortaklıkta da bir ortak, ortaklar adına (özel malvarlığı için) hareket etmelidir. Bu ortak, ortaklar adına (özel malvarlığı) hareket ettiği takdirde doğrudan temsil söz konusu olacak, yapılan işlemde doğan hak ve borçlar ortaklara (özel malvarlığı) ait olacaktır. Eğer bu şart gerçekleşmemişse, yani ortak, hukuki işlemi diğer ortaklar adına yapma iradesi ile hareket etmeyip, söz konusu hukuki işlemi kendi adına yapma iradesi ile hareket etmişse, yapılan bu hukuki işlemde doğrudan temsilin gerçekleştiği söyleyemeyiz. Daha önce de belirttiğimiz gibi ortak kendi

¹³⁷ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk(Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)**, Beta, 2007, s. 143.

¹³⁸ Oğuzman/Barlas, s.143-144.

¹³⁹ Kuyucu, s. 40.

¹⁴⁰ Bir kimseye temsil yetkisi kanaati verildiği uyandırılan hallerde bir görünüşte temsil yetkisi söz konusu olmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuyucu, s. 36.

adına ve fakat ortaklık hesabına hareket etmişse, dolaylı temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TBK. m . 637/I)¹⁴¹.

Belirtmek gerekir ki, temsilcin işlemi temsil olunan adına yapacağı konusunda temsil olunana taahhütte bulunması da farklı bir sonuç oluşturmaz. Ancak aralarındaki anlaşmaya aykırılık nedeniyle temsilci temsil olunana karşı sorumlu olur¹⁴².

2.Temsilcinin Kendi Kendisiyle İşlem Yapması ve Çifte Temsil

a.Temsilcinin Kendi Kendisiyle İşlem Yapması

Temsilcinin bir hukuki işlemi, hem temsil olunanın temsilcisi hem de bu işlemin karşı tarafı olarak yapması halinde temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması söz konusu olur¹⁴³. Bu husus İsviçre ve Türk Borçlar kanunlarında düzenlenmemiştir. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin, karşılıklı irade beyanları olmadan tek bir kişi tarafından kurulması, temsil olunan bakımından tehlike oluşturabilir¹⁴⁴. Burada temsilcinin, temsil olunanın menfaatlerini değil de kendi menfaatlerini düşünerek hareket etmesi söz konusu olabilir. Bu sebeple, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapabilmesi için bazı şartların varlığı aranmıştır.

Buna göre temsilcinin kendisiyle sözleşme yapabilmesi için ya temsil olunanın buna açıkça izin vermesi¹⁴⁵ ya da temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasının temsil olunan bakımından herhangi bir tehlike oluşturmaması gerekir¹⁴⁶. Tehlike oluşturmaması için en sık verilen örnek, edim konusu malın borsaya kayıtlı olması veya fiyatının belirli olması halleridir. Genellikle kabul edildiği üzere, bu hallerde, işlem belirli bir borsa veya piyasa değeri üzerinden yapılacağından

¹⁴¹ Kuyucu, s. 34.

¹⁴² Oğuzman/Öz, s. 167.

¹⁴³ Oğuzman/Öz, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 670; Eren, s.404.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, s. 670; Tunçomağ, s. 406; Reisoğlu, s. 133.

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 179; Bu iznin yerine göre güven ilkesine göre değerlendirilecek örtülü bir beyanla da verilebileceğine ilişkin bkz Kocayusufpaşaoğlu, s. 671.

¹⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, s. 671; Eren s. 404.

temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması temsil olunan bakımından tehlike oluşturmaz¹⁴⁷.

Bu istisnai hallerin bulunmaması halinde, yapılan işlem için yetkisiz temsil hükümleri söz konusu olur. Yapılan işlem temsil olunanın verdiği icazet ile geçerlilik kazanır¹⁴⁸.

b. Çifte Temsil

Üzerinde durulması gereken bir başka konu da çifte temsil halidir. yani temsilci, bir sözleşmeyi her iki tarafı da temsil ederek yapmaktadır. Bu konu hakkında da İsviçre ve Türk Borçlar Kanununda hüküm olmamakla beraber, belirtmiş olduğumuz istisnalar burada da geçerli olur¹⁴⁹. Yani çifte temsil, bu konuda özel olarak yetki olması veya bu durumun temsil olunan kişiler bakımından herhangi bir tehlike oluşturmaması gerekir¹⁵⁰. Bu istisnai hallerin bulunmaması halinde, yapılan işlem için yetkisiz temsil hükümleri söz konusu olur. Yapılan işlem temsil olunanın vereceği icazet ile geçerlilik kazanır.

c. Adi Ortaklık Bakımından

Temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması ve çifte temsil için belirtmiş olduğumuz kurallar adi ortaklık bakımından da geçerlidir. Adi ortaklıkta temsile yetkili ortağı, sözleşmeyi kendi kendisiyle yapabilmesi veya çifte temsilin söz konusu olabilmesi için, ya diğer ortakların bu duruma özel olara izin vermeleri ya da bu işlemin temsil olunan ortaklar bakımından tehlike oluşturmaması gerekir. Tehlike oluşturmama hali için, edim konusu malın borsaya kayıtlı olması veya fiyatının belirli olması hallerini burada da örnek göstermek mümkündür. Ortağın bu istisnai haller olmadan kendi kendisiyle işlem yapması veya çifte temsilin söz konusu olması halinde yetkisi bulunmama yaptığı bir işlem söz konusu olacaktır. Ortaya çıkan bu

¹⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, s. 671; Eren, s. 404 ; Esener (Temsil), s. 155.

¹⁴⁸ Kuyucu, s. 35.

¹⁴⁹ Kuyucu, s. 35.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, s. 671; Eren, s. 405; Tunçomağ, s. 406; Reisoğlu, s.133.

yetkisiz temsil halinde, ortakların sonradan verecekleri icazetle yapılan işlemin kendileri adına hüküm doğurmalarını sağlamaları mümkündür¹⁵¹.

C.TEMSİLCİ OLDUĞUNU BİLDİRME VE İSTİSNALARI

Bir hukuki işlemim temsil olunan adına yapıldığının kabul edilebilmesi için temsilcinin, temsil olunan adına hareket etmesi ve karşı tarafa bu durumu bildirmesi gerekir¹⁵². Temsilci sözle, yazıyla veya bir davranışla hukuki işlemi temsil olunan adına yaptığını bildirebilir¹⁵³. Türk ve İsviçre hukuklarında açıklama prensibi söz konusudur¹⁵⁴. Bunun yanında temsilci, temsil ettiği kişinin adını açıklamadan “*ilgili şahıs adına*” şeklinde hukuki işlem yapabilir, temsil olunanın adını sonrada açıklayabilir¹⁵⁵. Ayrıca üçüncü kişinin halden anlaması gereken durumları da göz önünde bulundurmak gerekir.

Temsile yetkilendirilen ortağın, ortaklık yani diğer ortaklar adına hüküm doğuracak şekilde hukuki işlem yapabilmesi için temsilci olarak kendisini tanıtmaması gerekir. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 2. fıkrasında bu durum, işlemin “ortaklık veya bütün ortaklar adına” yapılması şeklinde ifade edilmiştir. Bir adi ortaklıkta ortak, eğer “*ortaklık adına*” veya “*ortaklar adına*” hareket ettiğini açıkça belirtir veya benzeri işaretler kullanırsa bu şart gerçekleşmiş olur¹⁵⁶. Burada temsilci olarak hareket eden ortağın “ortak işaret” kullanması da mümkündür. Bunun yanında temsilcinin belirli bir topluluğun temsilcisi olduğunun karşı tarafa fark edilmesini sağlayan bir isim kullanılması da mümkündür¹⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, adi ortaklıklarda unvan, Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olsa da, bir ticari işletmeyi işleten ve bu yüzden tacir sayılması gereken adi ortakların da

¹⁵¹ Kuyucu, s. 36.

¹⁵² Oğuzman/Öz, s. 167; Feyzioğlu, s. 395; Kocayusufpaşaoğlu, s. 674; Aybay, s. 71.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, s. 167; Yarg. 1. HD, 06.2005, 1500/6658: Bu karara göre; noterden düzenlenen satış yetkisini içeren vekaletname verilmesi suretiyle vekilin bu konudaki temsil yetkisi üçüncü kişilere 8satış akdine taraf olan) bildirmiş olmaktadır.

¹⁵⁴ Akünal, , s.7; Eren; s. 390; Esener(Temsil), s. 97; Tunçomağ, s.396.

¹⁵⁵ Akünal (İlgili İçin İşlem), s. 14; Oğuzman/Öz, s. 167.

¹⁵⁶ Kuyucu, s. 37.

¹⁵⁷ Kuyucu, s. 37.

bir ticaret unvanı kullanmaları gerekebilir¹⁵⁸. Buna karşılık bir başka görüşe göre, adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmadığından, TK. m. 41 vd. anlamında bir ticaret unvanına sahip olamayacağı ve bunu bağımsız bir unvan olarak ticaret siciline tescil ettiremeyeceği belirtilmektedir¹⁵⁹.

Temsilci, temsil olunanı temsil iradesiyle hareket etmesine rağmen bu durumu karşı tarafa bildirmemiş ve bu durum halden de anlaşılmıyorsa, kural olarak temsil gerçekleşmeyecektir. Temsilci hukuki işlemi kendi adına yapmış olur (TBK. m. 40/II). Açıkça veya zımni bir davranış olsun, önemli, olan temsil olunanın belirli olmasıdır. Adi ortaklıkta, temsilci ortağı diğer ortakları ismen belirtmesine gerek yoktur¹⁶⁰.

Buna istisna olarak temsilcinin, bu sıfatla hareket ettiğini bildirmemiş olması halinde Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen halleri de göz önünde bulundurmamak gerekir. Türk Borçlar Kanunu 40. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi şu şekildedir ; *“Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunanın biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur”*. Bu hükümde temsilcinin, hukuki işlemi temsil olunan adına yaptığını bildirmesinin istisnaları söz konusudur¹⁶¹.

Buna göre; temsilcinin, temsil olunan adına hareket ettiğini bildirmemesine rağmen, üçüncü kişinin hal ve şartlardan temsil ilişkisinin varlığını anlaması gerekiyorsa bu durumun temsilin sonuçlarının kabulü için yeterli sayılacak olmasıdır. Yani başkası adına hareket edildiğinin sadece açık bir beyanla belirtilmesi gerekmemektedir. Bunun yanında zımni bir beyan da temsilci olarak hareket için yeterli olabilir¹⁶². Bir ortaklıkta hukuki işlem yapan üçüncü kişinin, hal ve şartlardan bu ortağın temsil yetkisine sahip olduğunu anlaması gereken durumlarda temsilin sonuçları gerçekleşir. ancak belirtmek gerekir ki, adi ortaklıkta ortak açıkça kendi adına hareket etmiş ise bu istisnai hal söz konusu olmayacaktır. Burada önemle

¹⁵⁸ Domaniç (Şirketler), s. 95; Ayrıca adi ortaklığın unvanını tescil ettirilebileceği hakkında bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Temel Esaslar**, Adana, 2007, s. 19; Ansay (Adi Şirket), s. 62.

¹⁵⁹ Karayalçın, s. 134; Barlas, s. 62.

¹⁶⁰ Kuyucu, s.37.

¹⁶¹ Bu hükmün adi ortaklık bakımından dikkatle uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 77.

¹⁶² Eren, s. 391.

vurgulanması gereken bir diğer nokta da şudur ki; adi ortaklık, çoğu zaman dışarıdan fark edilemeyen bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. bu sebeple hal ve şartlardan bir temsilin söz konusu olduğunu anlamak oldukça az karşılaşılan bir durumdur¹⁶³.

Bir diğer istisnai durumda ise; temsilci temsil olunanın temsilcisi olarak hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmemiş olabilir. Bununla birlikte hal ve şartlardan da temsilci olduğu anlaşılmayabilir. Böyle bir durumda, üçüncü kişi için kiminle sözleşme yaptığının önemli olmaması halinde, yani hukuki işlemin karşı tarafı temsilci veya temsil olunan önemli değilse, bu takdirde de temsilin sonuçların gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Doktrinde bu duruma “*ilgili için örtülü işlem*” denilmektedir¹⁶⁴. Genellikle taşınır mallara ilişkin peşin satım sözleşmelerinde uygulama alanı bulur¹⁶⁵. Örneğin bir marketten peşin para ile başkası adı ve hesabına herhangi bir şey alınması durumunda, satıcı bakımından temsil ilişkisinin varlığı önemli değildir. Temsilci olarak hareket edenin (yani bu malı teslim alanın) temsilci olduğunu bildirmemesine rağmen, temsil olunan bu malın doğrudan sahibi olur. Temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır. Adi ortaklık için söyleyebiliriz ki, eğer üçüncü kişinin ne ortaklıktan ne de temsil ilişkisinden bilgisi varsa fakat hukuki işlemi kiminle yaptığının önemi yoksa, ortaklık (ani bütün ortaklar) dolaysız olarak bu hukuki işlem sonucunda hak sahibi olacak ve borç altına girecektir¹⁶⁶. Doktrinde kabul edildiği üzere “*ilgili için işlem teorisi*”, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında ve resmi senetle yapılan işlemlerde uygulama alanı bulmaz¹⁶⁷.

Eğer yukarıda belirtmiş olduğumuz hallerden herhangi biri yoksa, temsilci temsil olunan adına hareket etmiş olmasına rağmen temsil gerçekleşmez ve söz konusu hukuki işlem temsilci adına yapılmış olur. bu hukuki işlemde doğan hak ve borçlardan bu işlemi yapan kimse sorumlu olur. Aralarındaki iç ilişkiye göre temsil

¹⁶³ Kuyucu, s. 38.

¹⁶⁴ Görüşler için bkz Akünal (İlgili İçin İşlem), s.31; Esener (Temsil), s. 263.

¹⁶⁵ Akünal (İlgili için İşlem), s. 50-53; Feyzioğlu, s. 398; Tunçomağ, s. 404; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 396-399; Yavuz ss. 88-89.

¹⁶⁶ Kuyucu, s. 39.

¹⁶⁷ Taşınmaz mülkiyetinin devrinde uygulamaması tapu sicili sisteminin bir sonucudur. Temsilcinin taşınmazı kendi adına tescil ettirmişse, bundan böyle mülkiyetin temsil olunana ait olduğu kabul edilemez. Resmi senetlerde ise, resmi şekle tabi kılınan irade beyanının başka bir şekilde açıklanması geçerli olmaz. Bkz. Akünal, İlgili İçin İşlem, s. 30-32; Tunçomağ, s. 403; Esener, s. 263; Esener Temsil, s. 121; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 396.

olunan bu hukuki işlemde doğan hakları devralabilir ve borçları yüklenebilir (TBK. m. 40/III). Bu takdirde doğrudan doğruya temsil yerine dolaylı temsil söz konusu olacaktır (TBK. m. 637/I).

Bu şekilde gerçekleşen temsilde üçüncü kişinin muhatabı doğrudan doğruya ortaklık ve ortaklardır. Hak ve borçlar tüm ortaklara ait olur. Ortaklığa devredilen haklar ortaklığın müşterek malı olup, üçüncü kişilere karşı doğan borç ve mükellefiyetlerden de ortaklar, aksine bir anlaşma yoksa, müteselsilen sorumlu olurlar (TBK. m. 638). Ortaklığa ait mallar üzerinde de elbirliği halinde mülkiyet hükümleri geçerli olacaktır (TMK. m. 701-703).

III. TEMSİL YETKİSİ KARİNESİ (FARAZİYESİ)

A. GENEL OLARAK

Bir başkası adına hukukî işlem yapma yetkisi (temsil yetkisi), daha önce de belirttiğimiz üzere, kanundan veya hukukî bir işlemde doğar¹⁶⁸.

İradi temsilde temsilcinin temsil olunanın ad ve hesabına bir sözleşme veya hukukî işlem yapabilmesi için, başkası adına hareket iradesinin yanında ayrıca temsil yetkisine de sahip olması gerekir. Temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisine temsil yetkisi denir¹⁶⁹.

Niteliği itibariyle bir düzenleme (yönetme) hakkı olan temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye varması gerekli bir irade beyanına dayanan tek taraflı bir hukuki işlem ile verilir¹⁷⁰.

Temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye, kendisini üçüncü kişiler karşısında temsile yetkili olduğunu bildiren bir irade beyanıdır. Yetki verme bir sözleşme olmadığı için bunu temsilci tarafından kabulüne gerek yoktur. Hazır olmayanlar

¹⁶⁸ Reisoğlu, s.149; Eren, s.435; İnan/Yücel, s. 347; Oğuzman/Öz, s.224.

¹⁶⁹ Eren, s. 434; Oğuzman/Öz, s.224.

¹⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, (1993), s. 172.

arasındaki temsilde temsil ilişkisi, yetki verilmesine ilişkin irade beyanı temsilciye ulaşır ulaşmaz kurulmuş olur¹⁷¹.

Temsil ilişkisinin meydana gelmesi için, yetki beyanının temsilcinin hakimiyet alanına varması yeterlidir. Temsilcinin, temsil yetkisinin verildiğini fiilen öğrenmesi şart değildir¹⁷².

Bir kişiye temsil yetkisi verildiği üçüncü kişilere bildirilebilir veya bildirilmeyebilir¹⁷³. Türk-İsviçre hukukundaki hakim görüşe göre bildirilmesi gerekmez. Oysa Alman hukukunda temsil yetkisi, ancak üçüncü kişilere bildirildiği takdirde geçerli olur¹⁷⁴.

Temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye “*iç temsil yetkisi*” denir. Üçüncü kişilere bildirim yapılmışsa, böyle bir durumda da “*dış temsil yetkisinden*” söz edilir. Bu amaçla yapılacak bildirim açık veya örtülü olabilir¹⁷⁵.

Tek taraflı bir hukuki işlem olan yetki verme işleminin içeriğinin mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir. Aksi halde verilen temsil yetkisi geçersizdir¹⁷⁶.

Temsil yetkisi bazen yazılı bir belge içine verilir. Temsil yetkisini gösteren bu belgeye “*yetki belgesi*” denir¹⁷⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki TBK. m. 625 hükmünde düzenlenen “*idare*” ve TBK. m. 637 arasında bir ilişki bulunmaktadır. Ancak ortaklık sözleşmelerinde bu konunun açık olarak düzenlenmediği görülmektedir. TBK. m. 637/ f. 3 hükmü idare yetkisi karinesiyle, kendisine idare yetkisi bırakılan ortağın ortaklığı yani bütün ortakları üçüncü kişiye karşı temsil etme yetkisine de sahip olduğunu belirtmektedir¹⁷⁸.

Adi ortaklıkta temsil yetkisine ilişkin karineyi düzenleyen TBK. m. 637/ f. 3 şu şekildedir: “*Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır.*” TBK. m. 637f. 3 ‘de belirtilen karinede, kendisine idare hakkı tanınmış olan ortağın, ortaklığı yani diğer

¹⁷¹ İnan, s.220; Eren, s. 435; Oğuzman/Öz, s.227.

¹⁷² Eren, s. 435; Oğuzman/Öz, s. 229.

¹⁷³ Ayan, s. 212; Oğuzman/Öz, s. 229.

¹⁷⁴ Eren, s. 435; Oğuzman/Öz, s. 230;

¹⁷⁵ Ayan, s. 212

¹⁷⁶ Eren, s. 435

¹⁷⁷ Eren, s. 435

¹⁷⁸ Kuyucu, s. 40.

ortakları temsil yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir¹⁷⁹. Buna göre, bir ortağa ortakların idaresi bırakılmış fakat temsil yetkisi verilmemiş olsa bile, bu ortağın diğer ortakları temsilen hareket etmesi halinde, diğer ortaklar TBK. m. 637/ f.3 uyarınca hak sahibi olurlar ve borç altına girer¹⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 3. fıkrasının tarihi oluşumu, bu düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen doğrudan temsilin tamamlayıcısı olarak düşünüldüğünü göstermektedir¹⁸¹. Temsil ve idare arasındaki ilişkiyi düzenleyen karine kapsamında öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, adi ortağın temsili ve idaresi birbirinden farklı kavramlardır. İdare yetkisi¹⁸², Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesinin 1. Fıkrası hükmüne ve idareye ilişkin olarak ortaklık sözleşmesinde bir düzenleme varsa bu düzenlemeye dayanır. Temsil yetkisinin verilmesi ise, ortakların bir ortağın kendi adlarına gerçekleştirmesi için yetki verdikleri, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Her somut olayda, idareye ilişkin olarak sözleşmenin veya ortaklık kararlarının, bir ortağa idarenin bırakılmasına ilişkin zımni yetkilendirmeyi içerip içermediğine de bakmak gerekir. Diğer taraftan idare yetkisinin bu ortağa bırakılmasıyla aynı zamanda temsile etkilendirilmiş olup olmadığı sorusuna bir cevap bulmak gerekir¹⁸³. İşte bu noktada kanun koyucu Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasında (Eski BK. m. 533/III) bir karine öngörerek, idare yetkisinin bir ortağa bırakılmasının ortaklığa üçüncü kişilere karşı temsil yetkisini de içerdiğini belirtmiştir¹⁸⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 3. fıkrasında bir hukuki karine yer almaktadır. Burada belirli bir olayla (idarenin bırakılması) bir yetkinin oluşumu (temsil yetkisi) düzenlemiştir. Temsil, adi ortaklıkta dış ilişkiyi ilgilendirmektedir.

¹⁷⁹ Yarg. 12 HD. 23.06.2007, 12043/14967, Senai Olgaç, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, C.4, Ankara, 1976, s. 832ç

¹⁸⁰ Kuyucu, s. 40.

¹⁸¹ Kuyucu, s. 40.

¹⁸² Cengiz Aşkan, **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara, 2003.

¹⁸³ Kuyucu, s. 41.

¹⁸⁴ “...Husumet her iki adi ortağa yöneltilmiştir. Bonoda imzası olmayan Z.B. imza itirazında bulunmuştur. BK. nun 533. maddesi hükmünce şirket namına, ortaklardan biri tarafından yapılan işlem temsil hükümleri uyarınca diğerlerini alacaklı veya borçlu kılacak niteliktedir. İki ortaklı olduğu anlaşılan adi ortaklık da, davalı ortaklardan herhangi birine şirket işlemlerini idare görevi verildiği öne sürülmediği, bu yönde bir belge ibraz edilmediğine göre, BK. nun 525. maddesi uyarınca, şirket idaresi işlemlerinin her iki ortağa ait olduğunun kabulü zorunludur. Bu durumda takip dayanağı senette imzası olmasa dahi, müterizin borçtan sorumluluğu vardır. Bu nedenle itirazın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir” Yarg. 12. HD. 11.10.1995, 12692/13432.

Bu durum adi ortaklıkta iç ilişki (idare yetkisi) ile karıştırılmamalıdır. Adi ortaklıkta iç ilişki kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesi hükmünü göz önünde bulundurmak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesi şu şekildedir; *“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 önetilmekte ise, bunlardan her biri, diğeri katılmaksızın işle 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 işlerinin yürütülmesi için, bütün ortaklığın oybirliği gereklidir. ancak, gecikmesinde sakınca olan hallerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir”*. Kanunda adi ortaklıkta idare (TBK. m. 625) ve adi ortaklıkta temsil (TBK. m. 637) farklı hükümlerde düzenlenmiştir. İdare *“Ortaklığın Yönetimi”*, temsil ise, *“Ortakların Üçüncü kişilerle İlişkisi”* kenar başlıkları altında düzenlenmiştir. Ancak bu iki düzenleme (TBK. m. 625 ve m.637) arasındaki bağlantı göz önünde bulundurulmalıdır. Aslında adi ortaklığın temsili idareden ayrı bir faaliyet değildir, işlemi gerçekleştiren ortağın dış ilişkilerdeki hukuki işlemleri kapsayan bir bölümüdür¹⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, idare yetkisi ve temsil yetkisi öncelikle oluşum nedenlerinde ve etki alanlarının içeriğinde farklılık gösterirler. Temsil yetkisinin verilmesi temsilcinin kabul beyanına gerek olmayan tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilirken idare yetkisinin verilmesi (sözleşme) iki veya çok taraflı bir hukuki işlemdir. Bunun yanında idare yetkisinin ve temsil yetkisinin her zaman bir arada bulunması zorunlu değildir. Kendisine idare yetkisi verilen bir ortak, aynı zamanda üçüncü kişilerle hukuki işlemleri ortaklık adına yani bütün ortaklar adına yapmaya yetkisi olmadan, dolaylı temsil yoluyla bu ortakların menfaatine (yararına) hukuki işlemle yapabilirler. Kendisine idare yetkisi bırakılan ortağın, Türk Borçlar Kanunu 637. maddesinin 3. fıkrasına göre, aynı zamanda ortaklığı üçüncü kişilere karşı temsile de yetkili olduğunu dikkate almak gerekir. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme idare ile temsil yetkisinin çakıştığı

¹⁸⁵ Aşkan, s.57; Kırca, s. 66; Kuyucu, s. 42.

düşüncesine dayanmaktadır. Ortaklar dışı karşı açıkça bir bildirimle ya da hal ve tavırlarla bir yetkiyi bildirirlerse, idareci somut olayla temsile yetkisi olmadan hareket etmiş olsa bile, iyi niyetli üçüncü kişiler bu bildirimle dayanabilirler. Üçüncü kişinin iyi niyeti temsil hükümlerinin ortaya çıkmasını sağlar. İyi niyetin korunması bu karineyle Borçlar kanunun özel kısmında açıkça düzenlenmiştir¹⁸⁶ (TBK. m. 637/ III).

Adi ortaklıkta ortakların iradesine uygun olarak, temsil için ayrı bir düzenleme öngörülmemişse, idare yetkisine ilişkin düzenleme temsil yetkisi için belirleyici olmaktadır. İdare yetkisinin bir ortağa bırakılması, dış ilişkilerde gerekli olan yetkiyi de kapsamakta olup, bu durum *güven prensiplerine* göre kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karine olmasaydı idare yetkili ortağın, temsile ilişkin ortağın yetkinin mevcut olduğunu ispatlaması, yani ayrıca yetki açıklamasını da yapması gerekecekti. Bu hüküm, kendisine idare yetkisi bırakılan ortaklara bu yetkinin verilişini kanıtlamayı oldukça kolaylaştıran bir imkan tanımaktadır. İdare yetkisine sahip ortak, yalnızca karinenin temelini yani idarenin kendisine bırakıldığını ispat etmelidir. Buna karşılık bir temsili yetkilisinin verildiğini ayrıca ispat etmesine gerek yoktur¹⁸⁷.

Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karine iç ilişki bakımından, ortaklarca çürütülebilir bir karinedir. Karinenin temeli olarak idarenin bırakılmasının kanıtlanması halinde çürütülebilir bir karinedir. Karinenin temeli olarak idarenin bırakılmasının kanıtlanması halinde, ortaklar söz konusu bu kanunî karinenin aksini ispat ederek bu karineyi çürütebilirler. Ortaklar, ilgili ortağa idarenin bırakılmasına rağmen temsil yetkisine sahip olmadığını, örneğin bu ortağın, kendi adına ve fakat ortaklık hesabına faaliyette bulunduğunu ispat ederek bu karineyi çürütebilirler. Yani söz konusu ortağın, ortaklık adına ve hesabına hareket etmeyerek, yaptığı işlerden doğan hak ve borçların ortaklığa (ortaklara) ait olmasını sağlamadığını ispat edebilirler. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karine, karinenin temelini oluşturan idare yetkisi bakımından da çürütülebilir. Ortaklar söz konusu ortağın idare yetkisi olmadığını ispatlayacaklardır. Bunun içinde ilgili ortağın ya ortaklıktan çıkarıldığını ya da söz konusu işleme ilişkin

¹⁸⁶ Bilge, s.463; Yalman/Taylan, s. 173; Uygur, s. 661; Kuyucu, s. 42.

¹⁸⁷ Kuyucu, s. 42-43.

olarak idare yetkisinin dışında hareket ettiğini, örneğin bu işlemin olağan işlerden olmadığını (TBK. m. 625/II) ispatlamalıdır¹⁸⁸. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karine, olağan idare yetkisi çerçevesindeki işleri kapsamaktadır¹⁸⁹, olağanüstü işlere ilişkin olan faaliyetleri kapsamaz. Bu durum Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm ; “ ...Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruflar işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.” şeklindedir. Olağanüstü idare yetkisi halinde ortakların kararları gereklidir. Aksi ortaklarca kararlaştırılmadıkça, Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre olağan işleri görmeye yetkili ortak, bu kapsamda dış ilişkide temsile de yetkili olur. Hangi işlerin olağan işlerden sayılacağı somut olaya göre belirlenecek olmakla beraber, özellikle işin türü ve boyutu bu noktada belirleyici olur. Üçüncü kişi bu hallerde Türk Borçlar Kanunu’nun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karineyi delil olarak gösteremez, bu karineye dayanamaz¹⁹⁰.

B. KAPSAMI

“Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil, hukuksal bir işlemde doğmuşsa temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir” (TBK. m.41/I)

Türk Borçlar Kanunu m. 41’de belirtildiği üzere temsil yetkisinin kapsamı, yetki kamu hukukundan doğmuşsa bu konudaki hükümlere, hukuki bir işlemde doğmuşsa o işleme göre belirlenir. İradi temsil, hukuki işlemle verilen bir temsil yetkisidir¹⁹¹. Temsil yetkisinin kapsamı iradi temsilde yetkilendirme işlemi ve dolayısıyla yetkilendirme belgesi ile belirlenir¹⁹². Aslolan yetki verenin gerçek

¹⁸⁸ Kuyucu, s. 43.

¹⁸⁹ Becker, Art. 543, N. 5’den Çev. Suat Dura.

¹⁹⁰ Kuyucu, s. 44.

¹⁹¹ Oğuzman/Öz; s. 232.

¹⁹² Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011, s.102.

arzusudur. Fakat güven teorisi çerçevesinde temsilcinin yetki verme beyanına vereceği anlam esas alınır¹⁹³.

Temsil yetkisinin verildiği ve kapsamı üçüncü kişilere bildirilmiş olabilir. Böyle bir durumda, temsil olunanın irade açıklaması ile bildirim arasında çelişki ortaya çıkarsa bildirimin kapsamına itibar edilir. Zira, “ *temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu bildirime göre belirlenir*”(TBK. md. 41/II). Ancak bu kural temsil olunanın yaptığı bildirimler için geçerlidir. Temsil yetkisinin kapsamına ilişkin bildirim bizzat temsilci tarafından yapılmışsa, artık temsil olunanın iradesi tercih edilir¹⁹⁴.

Temsil yetkisi, konu, yer, zaman veya kişi açısından sınırlandırılabilir. Aktif – pasif temsil yetkisi ayrımı yapılabileceği gibi, genel temsil yetkisi – özel temsil yetkisi ayrımı da yapılabilir.

Daha önce de işaret edilmiş olduğu üzere, temsilci temsil olunan adına ve hesabına irade açıklamasında bulunabiliyorsa “*aktif temsil*” den söz edilir. Temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına irade açıklaması yapamayacağı, mesela bir sözleşme önerisinde (icap) bulunamayacağı hallerde ise “pasif temsil” söz konusu olur. Böyle bir durumda temsilci sadece yapılan irade açıklamalarını kabul edebilir. “*Genel temsil yetkisi*”nde, temsilci, temsil olunanın bütün hukuki işlemlerini yapma yetkisiyle donatılmıştır. “*Özel temsil yetkisi*”nde ise, temsilcinin yapacağı işlem önceden açıkça belirlenmiştir. Temsilci sadece bu işlemi yapabilecektir. Hatta, dava açmak, sulh olmak, tahkim anlaşması yapmak, parayı tahsil etmek, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağışlamak, taşınmazın mülkiyetini devretmek veya üzerinde sınırlı aynî hak kurmak gibi bazı işlemler için özel temsil yetkisi vermek yasal bir zorunluluktur. Şüphesiz, temsil yetkisinin sonradan sınırlandırılması mümkündür. Ancak, temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin sınırlandığını bildirmek de zorunludur¹⁹⁵.

Temsil yetkisi birden fazla kişiye verilebilir. Böyle bir durumda, temsilciler açısından iki ayrı ihtimal söz konusu olabilir. Şayet, her temsilci hukukî işlemi tek başına yapabiliyorsa “*müteselsil temsil ilişkisi*”nden söz edilir. Buna karşılık,

¹⁹³ Oğuzman/Öz; s. 232.

¹⁹⁴ Ayan; s. 213.

¹⁹⁵ Ayan; s. 213.

temsilcilerin işlemi birlikte yapmaları gerekiyorsa “müşterek temsil ilişkisi” var demektir. Ancak, bu ihtimalde temsilcilerin irade açıklamalarını değişik zamanlarda yapmaları mümkündür¹⁹⁶.

Temsil olunan, her zaman için temsilciye yeni talimatlar verebilir. Bunlar, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları saklı kalmak kaydıyla, temsil yetkisinin kapsamını doğrudan etkilerler. Etkileme, temsil yetkisinin daralması veya genişlemesi yönünde olabilir¹⁹⁷.

Temsilci, açıkça yetki verilmişse veya açıkça yetki verilmemiş olmakla birlikte hâl ve şartlara uygun düşünüyor ya da şartla zorunlu kılıyorsa kendisine temsilci tayin edebilir. Böyle bir durumda “*alt (ikame) temsil ilişkisi*”nde söz edilir(TBK. m.506/I,c.2)¹⁹⁸.

Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki temsile ilişkin karine kapsamında “ Hukuki Görüş İlkesinin” göz önünde bulundurmak gerekmektedir¹⁹⁹. Güven teorisinin haklı gösterilebileceği bazı hallerde, yetkisiz temsilci tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler, adına hareket edilen kişi için de geçerli olacaktır. “*Hukuki görüşe güven*” ilkesi olarak adlandırılan bu durum güven ilkesinin bir uzantısıdır²⁰⁰. Bu noktada hukuki görüşe güvenen iyi niyetli üçüncü kişiye ilişkin olarak şu açıklamayı yapmak yerinde olacaktır; “ Türk, İsviçre, Alman, İngiliz; Avusturya ve Fransız hukuklarında, ortak bir adalet duygusunun ifadesi olarak, tam bir birliğiyle belirtildiği üzere objektif iyi niyet ilkesinin ve kaynağını bu ilkedен alan “*güven (itimad) prensibi*”nin zorunlu bir sonucu olarak, üçüncü kişilerde belirli bir kanaatin doğumuna yol açan bir hukuki görüş (Rechtsschein)yaratan kimse, bunu sonuçlarına katlanmalı, iyi niyetli üçüncü kişiler bu hukuki görüşe güvenerek yaptıkları işlemlerde tam olarak korunmalıdır. Bu ilkenin en önemli uygulama alanlarından biri de üçüncü kişilerde temsil yetkisinin bulunduğu ya da temsil yetkisinin gerçekte verilmiş bulunanından daha kapsamlı olduğu yolunda bir kanaat yaratacak bir hukuki görüşe yol açılmış olması durumudur. Böyle

¹⁹⁶ Oğuzman/Öz; s. 235.

¹⁹⁷ Ayan; s. 214.

¹⁹⁸ Eren; s. 444.

¹⁹⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve “hukuki görünüşün korunması gerekliliğini” açıklayan görüşler için bkz., Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2008, s. 49 vd. ; Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

²⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak (Borçlar Genel), s. 207.

bir durumda, yukarıda belirtildiği üzere, ortak bir hukuk prensibi olarak, hukuki görünüş yaratan kimse, temsil yetkisi vermemiş olduğunu ya da verdiği temsil yetkisinin sınırlı olduğunu ileri sürememekte, kendi adına yapılmış bulunan hukuki işlemlerden sorumlu tutularak, bu hukuki görüşe iyi niyetle güvenen üçüncü kişiler korunmaktadır”²⁰¹. Böylelikle belirtebiliriz ki, ortaklar, iyi niyetli üçüncü kişilere işlemi yapan ortağa temsil yetkisi verdikleri görünüşünü uyandırmışlarsa, yapılan işleminden sorumlu (bu işleme bağlı) olacaklardır. Yani söz konusu karine iyi niyetli üçüncü kişilere karşı mutlak olup, bir varsayımdır ²⁰².

Görünüşte temsil yetkisi olduğuna ilişkin olarak iki kavram üzerinde durmakta fayda vardır. Bunlardan biri olan belirli davranışlara katlanma suretiyle temsil yetkisi halinde bir kimse, bir başkasının temsilcisi olarak ortaya çıkmakta, diğer kimse de bu durumu bilmesine rağmen önlememektedir. Bu urumda üçüncü kişiler, bu kişinin temsil yetkisi verdiği sonucu çıkararak buna güvenirler. Bir diğeri ise bir kimsenin diğer bir kimsenin temsilcisiymiş gibi hareket etmesinin söz konusu olmasıdır. Bu halde bir hukuki görüşe sebep olunarak ,üçüncü kişilerde temsil yetkisinin bulunduğu yolunda bir kanaat oluşturulmaktadır. Burada diğer kişinin, temsilci olarak hareket eden kimsenin hareketinden haberi olmamakla beraber, gereken özenin gösterilmesi halinde görünüşte temsil yetkisinin tespit edilmesi ve buna engel olunması mümkündür²⁰³.

Bir ortak, üçüncü kişiye temsil yetkisini bildirmeden, ortaklık adına yani bütün ortaklar adına hareket ederse, kural olarak mevcut olan temsil ilişkisine dayanarak üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz. Burada üçüncü kişiye yapılan temsile ilişkin bildirim önem kazanmaktadır. Temsile ilişkin genel hükümler arasında yer alan Türk Borçlar Kanununun 41. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre; “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu bildirime göre belirlenir*”. Buna göre üçüncü kişiye yetkinin bildirilmesi halinde, bu bildirim kapsamı temsilcinin yetkisi için belirleyici olacaktır. Öğreti ve yargı kararlarında bu durum sıklıkla “*dış yetki*” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁴.

²⁰¹ İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Eleştirileri**, c.1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1963, s. 90-97.

²⁰² Poroy/Tekialp/Çamoğlu, s. 77.

²⁰³ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 63.

²⁰⁴ Esener, s. 242; Eren, s. 436; Oğuzman/Öz, s. 229.

Belitmiş olduğumuz bu esas adi ortalık bakımından da geçerlidir. Bir ortağın temsil yetkisinin hukuki temelinde ortaklar ve temsilci arasında bir ilişki vardır. Bu temsil yetkisi ya daha önce belirtmiş olduğumuz yollarla (İradi Temsil) verilmiştir ya da Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen karine kapsamında bir ortağa idarenin bırakılması ile mevcut olmaktadır. Sadece üçüncü kişiye temsil yetkisinin bildirilmesi işlemi yapan ortağın temsile yetkili olmasına sebep olmaz. Bu gibi hallerde, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması yetkinin mevcut olduğuna dair kendisine yapılan bildirimin kapsamına göre söz konusu olacaktır (TBK. m. 41/II kıyasen)²⁰⁵.

Temsilci olarak hareket eden ortağın gerçekte temsile yetkili olması halinde, yetkinin bildirimi ve üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması sorunları gündeme gelmez. Temsil yetkisinin bildirilmiş olmasından dolayı, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması, gerçekte temsil yetkisinin eksikliğine rağmen temsilin etkilerinin ortaya çıkmasını sağlar. Bu durum, bir ortağın Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karineye dayanarak idarenin kendisine bırakılması nedeniyle temsil yetkisine sahip olması halinde geçerli olacaktır.

Temsil yetkisinin üçüncü bildirilmesinin özel bir şekli yoktur. Açıkça veya hal ve tavırlarla yapılabilir. İyi niyetli üçüncü kişi tarafından bir yetki bir yetki bildirimi olarak anlaşılması yeterlidir. Bildirilen yetkinin oluşumu ve kapsamında güven prensipleri belirleyicidir²⁰⁶.

Hal ve tavırlarla yetkinin bildirimi ile Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrası hükmü arasındaki bağlantı üçüncü kişilerle ilişkilerde önem kazanır. Kanun koyucunu bu hükümdeki ifadesinden, üçüncü kişiler idarenin bırakılmasından temsil yetkisinin mevcut olduğuna ilişkin bir sonuç çıkarırlar. Dolayısıyla bir ortağa idarenin bırakılması, temsilin bildirimi olarak kabul edilebilir. Böylelikle idarenin bırakılması, temsilin bildirimi olarak kabul edilebilir. Böylelikle idarenin bırakılması, Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrası anlamında temsil yetkisinin bildirimi olarak değerlendirilir. Burada ortağın davranışının, üçüncü

²⁰⁵ Kuyucu, s. 46.

²⁰⁶ Eren, ss. 436-437; Oğuzman/Öz, ss.229-230; Kuyucu, s. 46.

kişiyeye yapılan bildirim olarak, yani üçüncü kişiyeye temsil yetkisinin bildirimi olarak değeriendirilebilir olması gereklidir²⁰⁷.

C. TÜRK BORÇLAR KANUNUNU 637. MADDESİ 3. FIKRASI KAPSAMINDA İDARENİN BIRAKILMASI

İdarenin bırakılmasının etki alanı doktrinde ihtilaflıdır. Üzerinde tartışma olan husus, acaba temsil yetkisine ilişkisin kanunî karinenin, sadece kendisine bir hukuki işlem yoluyla idare yetkisi verilen ortak lehine mi geçerli olduğu yoksa, kanun uyarınca (TBK m .625) yetkili olanlar lehine de geçerli olup olmadığı noktasındadır. Türk Borçlar Kanununu 625. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir ; “ *Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiyeye bırakılmış olmadıkça, bütün ortalar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.*” Bu hükme göre sözleşmeyle veya bir kararla başka bir düzenleme öngörülmediği sürece ortaklığın idaresi bütün ortaklara ait olur. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karine bir ortağa açıkça idare yetkisinin bırakılmış olması (sözleşme ya da bir kararla) ya da Türk Borçlar Kanununu 625. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre idare yetkisinin sahip olunmasına bağlı değildir²⁰⁸. Bu karine, bir ortağa idare yetkisinin ortaklık sözleşmesi veya bir karar ile açıkça yetkilendirilmiş olmasından, ya da bu yetkiyi kanundan almasından bağımsız bir durum teşkil eder. Yani kendisine idare yetkisi bırakılan ortağın aynı zamanda temsil yetkisine de sahip olduğuna ilişkin karine kapsamında, bu ortağa idarenin bırakılış şeklinin önemi yoktur. Ortak, Türk Borçlar Kanununu 625. maddesinin 1. fıkrasına göre de olsa, ya da sözleşme veya bir kararla idare yetkisine sahip olsa, Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki karineye göre ortaklığı temsile yetkili olacaktır²⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, iki veya daha çok kişi bir ortaklık için birleşirler, her bir ortak diğerlerine karşı belli bir güven gösterir. Bu noktada Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 2. fıkrası hükmü göz önünde bulundurmak gerekir. Hüküm şu

²⁰⁷ Eren, ss. 436-437; Oğuzman/Öz, ss.229-230; Kuyucu, s. 46-47.

²⁰⁸ Baskın görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. Kuyucu, s. 47.

²⁰⁹ Kuyucu, s. 47.

şekildedir; “*Vekalet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar*”. Yani vekilin Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 2. fıkrasına göre vekaletin verilişinden, bu kimse vekalet verenin işi için olan hukuki işlemleri o kişinin temsilci olarak yapması söz konusudur. Vekaletin verilmesi zımni bir yetkilendirme olarak geçerlidir. Bu esas adi ortaklık bakımından da geçerli olmalıdır. Ortaklık amacının gerçekleşmesi üçüncü kişilerle hukuki işlemlerin yapılmasını kapsar, böylelikle her adi ortak idare yetkisinin bırakılmasından dolayı sadece ortaklık için faaliyette bulunmaya hak sahibi değildir, aynı zamanda uygun yetkiye dayanarak ortaklık amacının gerçekleşmesi içi gerekli olan işlemleri yapmakla yükümlüdür. Bu sebeple, bir ortağın idare yetkisinin sözleşme veya bir karara ya da kanuna dayanması, temsil yetkisi bakımından fark etmemelidir²¹⁰.

Kanun metninin amaçsal olarak yorumu aynı sonuca çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasında idarenin “*verilmesi*”, Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 1. fıkrasında “*bırakılması*” ndan bahsedilmiştir. Buradaki görüşe göre, idarenin bırakılması, Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 1. fıkrasına göre idare yetkisine sahip olan ortakları da kapsar. Böylece kanun gereği tüm ortakların idare yetkisine sahip olduğu durumlarda tüm ortakların diğerlerini temsil yetkisi de vardır²¹¹.

D.TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR

Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması ve çift temsil halleri, temsil ilişkisinde ortaya çıkan özel durumlardır.

²¹⁰ Kuyucu, s. 48.

²¹¹ Aksi görüş bkz. Becker’ den Çeviren Suat Dura.

1.Temsilcinin Kendi Kendisiyle Sözleşme Yapması

Temsilcinin bir sözleşmeyi, hem temsil edilen tarafından temsilcisi, hem de karşı taraf olarak yapması haline, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması denir²¹².

Doktrin ve uygulamanın konuya yaklaşımı ise şöyledir ; Eğer temsil yetkisi belirli bir kişiyle sözleşme yapılmak için verilmişse, temsil olunan karşı tarafı açıkça belirtmiş olduğu için, temsilci sözleşmeyi o kişi ile yapmak zorunda olup, kendi kendisiyle sözleşme yapamaz. Buna karşılık, temsil olunan yapılacak sözleşme için temsilciye kendi kendisiyle sözleşme yapma hususunda özel bir yetki vermişse veya temsilcinin kendi kendisiyle yapacağı sözleşme hukuki niteliği itibarıyla temsil olunana zarar verecek mahiyette değilse, temsilci kendi kendisiyle sözleşme yapabilir²¹³.

Temsilcinin yetkisiz olarak kendisiyle yapmış olduğu sözleşmeyi temsil edilen sonradan onarsa, askıda hükümsüz olan sözleşme, geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir ve kendisini bağlar. Aksi halde temsilcinin kendi kendisiyle yapmış olduğu sözleşme hükümsüz olur²¹⁴.

2. Çift Temsil İlişkisi

Temsilcinin bir sözleşmeyi, her iki tarafı da temsil ederek yapması mümkündür. Bu halde çift temsil ilişkisi söz konusu olur. Çift temsilde, temsilci taraflardan birini korumaksızın temsil ödevini objektif olarak yerine getirmeli, böylece taraflardan birinin menfaatini ihlal etmemelidir. Çift temsil ancak, temsilcinin bu konuda özel olarak yetkili olması veya sözleşmenin niteliğinin buna imkan vermesi halinde mümkündür²¹⁵.

Gerek çift temsilde, gerekse temsilcin kendi kendisiyle sözleşme yapması halinde, temsilci özel olarak yetkili kılınmamış veya işin niteliği buna elverişli

²¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; s. 179.

²¹³ Eren; s. 446.

²¹⁴ Eren; s. 446.

²¹⁵ Eren; s.446- 447; İnan; s. 219-220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; s. 179-180.

değilse, sözleşme temsil edileni bağlamaz. Askıda hükümsüzlük müeyyidesine tabi olan sözleşme, ancak temsilcinin vereceği onama ile geçerli olur. Onama verilmediği takdirde askıda hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüğe dönüşür²¹⁶.

IV. YETKİNİN KAPSAMI

Bir ortağın ne dereceye kadar üçüncü kişilere karşı, yapılan hukuki işlemlerle ortakları hak sahibi yapıp borç altına sokabileceği, bu ortağın yetkisinin içeriğinden belirlenir. Türk Borçlar Kanununun 40. maddesine göre temsil yetkisinin kapsamı temsil yetkisi veren irade beyanına göre belirlenir. Bu husus ilgili taraflarca kesin olarak doğru anlaşılmadığı sürece, burada güven prensiplerine göre yorum yapmak gerekir²¹⁷.

Temsil hukukunda yetkinin yorumu için temel ilişki yol göstericidir²¹⁸. Yetki, temsil olunanın menfaatine olan, temsilcinin temsil ilişkisi kapsamında yapabileceği bütün faaliyetleri kapsmalıdır. Bu esas adi ortaklıktaki temsil ilişkisi için de geçerlidir. Tereddüt halinde temsil yetkisinin kapsamı, ortaklığı idare yetkisinin kapsamına göre belirlenir. Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 1. fıkrasına göre sözleşmede veya bir kararda aksi öngörülmedikçe, bütün ortakların idare yetkisi vardır. Böylelikle her ortak Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 2. fıkrasına göre diğerlerinin katılımı olmadan hareket edebilir. İdare yetkisi gibi temsil yetkisi de esas olarak hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiillerle sınırlıdır. Bu işlemler ortaklığın olağan faaliyetleridir. Örneğin, tek bir ortak, bütün ortaklık malvarlığını üçüncü bir kişiye devredemez, çünkü ortaklık malvarlığının devri olağanüstü faaliyetler arasında yer almaktadır²¹⁹.

Söz konusu temsil yetkisinin sınırlandırılması üzerinde durmak gerekirse, kanunda öngörülmüş olan, ortaklığın olağan işlerine ait olan münferit idare yetkisi, ortaklık sözleşmesiyle veya alınan bir kararla değiştirilebilir (TBK. m .625/I). Örneğin ortaklar yapacakları bir düzenleme ile idareyi belirli alanlara (örn; üretim,

²¹⁶ Eren; s. 447.

²¹⁷ Tunçomağ, s. 414-415; Kocayusufoğlu, s. 654; Eren, s.399; Oğuzman/Öz, s. 176.

²¹⁸ Eren, s.399.

²¹⁹ Kuyucu, s.49.

satış ve yönetim) bölebilirler. Bu şekilde mevcut idare yetkisini sınırlayarak ve her bir ortağa ya da birkaçına bu belirli alanları paylaşabilirler. Bu şekilde her bir ortağın idare yetkisi, belirtilen yetki alanıyla sınırlanmış olur. Eğer aksi öngörülmemişse, idare yetkisine bağlı olan temsil yetkisi de bu şekilde sınırlanmış olur. Böylelikle eğer bir ortak, ortaklık sözleşmesinde veya bir kararda belirtilen bu sınırlamayı aşarsa, başka bir düzenleme yapılmadığı takdirde temsil yetkisini de aşmış olur. Bu şekilde bir hareketle yetkisiz temsilci olarak hareket etmiş olur ve yetkisiz temsile ilişki hükümler uygulanır. Bununla birlikte temsil yetkisi, idare yetkisinde bağımsız olarak da sınırlandırılabilir. Örneğin temsil yetkisi, bir ortağın sadece belirli satım sözleşmeleri yapmaya yetkili olması gibi belirli hukuki işlemler için sınırlandırılabilir²²⁰.

Esas olarak ortaklar tek başına yetkiye sahiptirler. Bu durum ortakların tamamının değil de sadece tek bir ortağın idareye yetkili olması (TBK. m .625/I-II) halinde de geçerlidir. Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 2. fıkrasında her bir ortağın diğer ortakların katılımı olmadan hareket edebileceği belirtilmiştir. Ortaklar kanunda belirtilen bu münferit idare yetkisini sözleşmeyle sınırlayabilirler. Örneğin temsil yetkisinin birden fazla ortağa verilmesi söz konusu olabilir. Eğer birden çok temsilciden her biri hukuk işlemi tek başına yapmaya yetkili ise müteselsil temsil yetkisi, birden çok temsilci hukuki işlemi ancak birlikte yapmaya yetkili ise birlikte (müşterek) temsil yetkisi söz konusu olur²²¹.

Birlikte (müşterek) temsil yetkisi halinde esas olarak temsile yetkili ortakların tamamının birlikte hareket etmesi gerekir. Ancak içlerinden birinin yapmış olduğu işleme diğerlerinin sonradan katılmaları da mümkündür²²². Aksi kararlaştırılmamış ise bu esas, idareye bağlı olan temsil yetkisi için de geçerlidir. Yani idareni birden fazla ortağa bırakılması ile (TBK. m. 637/III'e bağlı olarak birden fazla ortağın temsile yetkili olmasıyla), temsil yetkisi ortaklardan bir kaçına verilebilir. Birlikte bir yetki olması halinde birden fazla ortak, ortaklık için birlikte faaliyette bulunmaya yetkiye sahip olurlar²²³.

²²⁰ Kuyucu, s. 48-49.

²²¹ Kuyucu, s. 50.

²²² Feyzioğlu, s. 414; Kocayusufpaşaoğlu, s. 662; Eren, s. 401; Oğuzman/Öz, s. 180.

²²³ Kuyucu, s. 50. Müşterek temsil ilişkisi ve müteselsil temsil ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 661-664; Eren, s. 401; Oğuzman/Öz, s. 180;

Birlikte (müşterek) bir temsil yetkisinin varlığına rağmen temsilin hükümlerini doğurabilmesi için her durumda ortak bir hareket gerekli değildir. Böylelikle hukuki ilişkilerin kolaylaştırılması sağlanmıştır. Buna göre pasif temsil halinde birlikte (müşterek) yetkili olan temsilcilerin tek başına yetkili olduğu söylenebilir. Buna göre pasif temsilde bu temsilcilerin içlerinden birine karşı yapılan beyan hukuken sonuç doğurur²²⁴. Adi ortaklıkta da üçüncü kişinin beyanlarını birlikte (müşterek) yetki olmasına rağmen, temsile yetkili her ortak bütün ortaklar için hüküm doğuracak şekilde kabul edebilirler²²⁵.

Bununun dışında temsil yetkisi zaman bakımından da sınırlanabilir. Ortaklar temsil yetkisini belirli bir zamandan itibaren hüküm ve sonuç doğurmak veya belirli bir zamana kadar geçerli olmak üzere verebilirler. Temsil yetkisi belirli veya birkaç hukuki işlemin yapılması için verilebilir²²⁶.

Kanunda bazı hallerde özel temsil yetkisi aranmıştır. Özel temsil yetkisi halinde Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 3. fıkrası hükmü dikkate alınması gerekir. Adi ortaklık bakımından ise bu hükümle birlikte Türk Borçlar Kanununun 630. maddesinin 1. fıkrası hükmünü de göz önünde bulundurmak gerekir. Bu hüküm ise şu şekildedir; *“Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir”*. Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanununun 630. maddesinin 1. Fıkrası hükmünün yaptığı atıf ile, ilgili yerlerde hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunumuzun vekaletle ilişkin hükümlerini uygulamak mümkün olacaktır. Dolayısıyla özel temsil gerektiren halleri düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 3. fıkrası hükmünün adi ortaklıkta temsil için de uygulama imkanı vardır. Buna göre ortaklığı veya ortakları temsilen hukuki işlemlere girişen ortak, Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen hususları gerçekleştirebilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir²²⁷.

²²⁴ Kocayusufoğlu, s. 663.

²²⁵ Kuyucu, s. 50-51.

²²⁶ Feyzioğlu, s. 412; Eren, s. 400; Oğuzman/Öz, s. 178; Kılıçoğlu, s. 167; Akıntürk, s. 70; Kemal Gürsoy, *“Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi Ve Sonuçları”*, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1976, s. 31.

²²⁷ Tunçomağ, s.416; Kocayusufoğlu, s. 655; Feyzioğlu, s.412; Oğuzman/Öz, s. 176-177; Eren, s.400; Nomer, s. 60; Kuyucu, s. 51; “... Doktrinde genel vekaletname ile ancak mutad işlerin

Buna hükme göre “*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*”²²⁸.

Burada belirtilen işlemlerin yapılması için genel temsil yetkisi yeterli olmaz. Vekalet sözleşmesine dayanan temsil yetkisine ilişkin olarak düzenlenen bu haller, temsil yetkisinin başka işlemlerle verildiği hallerde de kıyasen uygulanır. Bunlar arasında adi ortaklık da vardır²²⁹.

Temsil yetkisinin yer yönünden sınırlanması da söz konusudur. Bu halde temsilci sadece belirtilen yerde hukuki işlem yapabilir. Örneğin bir ortağın sadece Marmara bölgesinde sözleşme yapma yetkisi varsa, yer yönünden sınırlı bir temsil yetkisi vardır²³⁰.

V.TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

A. GENEL OLARAK

Temsil yetkisi, sürenin dolması, yapılması gereken işin bitirilmesi, bozucu koşulun gerçekleşmesi gibi durumlarda kendiliğinden sona erer. Temsil yetkisiyle yakından bağlantılı temel ilişkinin ortadan kalkması da aynı sonucu doğurur (TBK m. 514).

yapılacağı, önemli işlerin yapılması için özel yetki verilmesi gerektiği görüşü hakimdir...” Yarg. 3. HD., 04.02.2002, 414/1200, (YKD, 202/8, s.1161).

²²⁸ Ayrıca TMK. m.102/II’ye göre vakıf kurmak için özel yetki gerekir. HMK m.74’e göre,” *Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez”. Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 3. fıkrasında öngörülme hallerde özel yetki tartışması için bkz., Şükrü Yıldız, “**Doğrudan Doğruya Temsilde Özel Temsil Yetkisini Gerektiren Haller**”, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak-Mart, 1991, s.41vd.*

²²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 179; Oğuzman/Öz, s. 177; Eren, s. 400

²³⁰ Kuyucu, s. 52.

Temsil yetkisini sona erdiren hallerden biri de “*azil*” veya “*istifa*”dır :

Azil, temsil olunanın, tek yönlü bir irade açıklamasında bulunarak temsil yetkisini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmasıdır. Yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğini taşıyan azil açıklamasının geçerliliği şekle tabi değildir. Sözlü veya yazılı olabilir. Temsilci, kural olarak her zaman azledilebilir (TBK m. 42/I, c.1). Bu yetkiden önceden vazgeçilmesi hüküm ifade etmez (TBK m.42/II). Ancak, temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisine temel oluşturan hukukî ilişkiyi (meselâ, vekâlet, eser veya hizmet sözleşmesini) etkilemez. Azledilen temsilci, söz konusu ilişkilere dayanarak hak iddiasında bulunabilir (TBK m.42/I, c.2). Ayrıca, temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin tamamen veya kısmen geri alındığı da bildirilmelidir. Aksi takdirde, yetkinin kaldırıldığı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TBK. m.42/III). Dolayısıyla, iyiniyetli üçüncü kişi ile yapılan sözleşme temsil olunan için de hüküm ifade eder²³¹.

Temsilci de, iyiniyet kuralları (MK. m. 2) içinde kalmak kaydıyla, “*istifa*” ederek temsil ilişkisini her zaman sona erdirebilir. İstifa da hukukî niteliği bakımından yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır. Bu açıdan, temsilcinin tek yönlü açıklamada bulunması yeterli olur. Açıklamanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Sözle veya yazıyla yapılabilir. Temsil olunana ulaşır ulaşmaz hükmünü doğurur²³².

TBK m.43/I’e göre, hukukî işlemde doğan temsil yetkisi, aksi iki tarafça kararlaştırılmış veya işin özelliğinden anlaşılmış olmadıkça, temsil olunanın ya da temsilcinin ölmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veyahut gaipliğine karar verilmesi veya iflas etmesi hallerinde sona erer. Sözü geçen madde, yukarıda sayılan sebeplerin gerçekleşmesi halinde temsil yetkisinin sona ereceği hakkında bir ilke koymuş bulunmaktadır. Ancak, taraflar aksini kararlaştırabilecekleri gibi, işin özelliği de bunun aksini gerektirebilir. Örneğin temsil olunan, kendisinin ölümü halinde temsilcinin, temsilcilik sıfatının devam edeceğini bildirmişse, durum böyledir. Bu halde temsilci, temsil olunanın mirasçılarının da temsilci sıfatını kazanır. Ancak mirasçılar diledikleri an temsilcinin yetkisini geri alabilirler²³³. Keza işin özelliği de,

²³¹ Ayan; s. 214-125.

²³² Ayan; s. 215, Eren; s. 24 8- 249.

²³³ Eren; s. 449-450; YİBK. 21.2.1941 T. 20/80 K.

ölüm ve diğer hallerde, temsil ilişkisinin bir süre daha devam etmesini gerektirebilir. Örneğin acele bitirilmesi gereken bir işte veya banka işlemleri için verilen temsilde durum böyledir²³⁴.

Buna karşılık, temsilcinin kısıtlanması, ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla temsil ilişkisini sona erdirmez. Oysa temsil olunan aksini emretmiş olsa bile, kısıtlandığı takdirde temsil yetkisi sona erer²³⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin 1. fıkrasına göre, temsil olunan veya temsilcinin ya da her ikisinin ya da her ikisinin iflâsı da temsil yetkisini sona erdirir. Ancak bu halde de taraflar aksini kararlaştırabilirler veya işin özelliği temsil yetkisinin devamını gerektirebilir²³⁶.

Temsilci veya temsil olunan tüzel kişi ise, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da işin özelliğinden anlaşılmadıkça, tüzel kişiliğin sona ermesi ile de temsil yetkisi sona erer (TBK. m. 43/II). Ortaklığın feshinde de durum aynıdır²³⁷.

Öngörülen sürenin dolması, işin bitmesi veya temsil yetkisi, bozucu şarta bağlı olarak verilmişse, bozucu şartın gerçekleşmesi ile de temsil yetkisi sona erer. Keza temsil yetkisi temel ilişkiyi oluşturan vekâlet, hizmet, veya ortaklık sözleşmeleriyle bağlantılı olarak verilmişse, söz konusu ilişkilerin devamı süresince verilmiş, dolayısıyla vekâlet, hizmet veya ortaklık sözleşmesinin sona ermesiyle temsil yetkisi de sona ermiş sayılır. Örneğin işveren temel ilişkiyi oluşturan hizmet sözleşmesini feshetmişse, yetki sona erer. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 514. maddesine göre, iyiniyetli vekilin vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden vekâlet veren veya mirasçıları, sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur²³⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'muzda adi ortaklıkta temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan adi ortaklıkta doğrudan temsile, Türk Borçlar Kanunu madde 40 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan temsile ilişkin düzenleme adi ortaklığın

²³⁴ Eren; s. 450.

²³⁵ Eren; s. 450

²³⁶ Eren; s. 450; Ayan; s. 215.

²³⁷ Eren; s. 450; Ayan; s. 215.

²³⁸ Eren; s. 450-451; Ayan; s.215.

bünyesinde uygun düştüğü sürece uygulanacaktır. Dolayısıyla adi ortaklıkta temsilin sona erme koşulları da Türk Borçlar Kanunu madde 40 vd.'da düzenlenen bu hükümlere göre belirlenecektir. Bunun yanında öğreti ve yargı kararlarında belirtilen, kanunda düzenlenmeyen sona erme nedenleri de adi ortaklıkta temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin olarak dikkate alınır. Her zaman olduğu gibi adi ortaklığın özelliklerini göz önünde bulundurmak gerektiğini belirtmekte fayda vardır²³⁹.

Temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği haller Türk Borçlar Kanununun 43. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrası ; *“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”* şeklindedir.

Buna göre temsil olunan aksini belirtmiş olmadıkça²⁴⁰ veya aksi işin icabından anlaşılmadıkça temsil yetkisi, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü²⁴¹, gaipliği, fiil ehliyetinin kaybedilmesi²⁴², temsilcinin veya temsil olunanın ya da bunlardan her ikisinin iflas etmesiyle²⁴³ de temsil yetkisi sona erer. Belirtmiş olduğumuz bu sona erme hallerinde, buna yol açan sebebin gerçekleşmesiyle temsil yetkisi kendiliğinden sona erer²⁴⁴. Temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, iç ilişkiden dolayı iki tarafın birbirine karşı sahip oldukları haklar saklı kalacaktır (TBK. m .43/III).

Temsil yetkisinin adi ortaklık sözleşmesiyle veya ortaklık kararı ile verilmiş olması halinde, söz konusu sözleşmenin veya ortaklık kararının değiştirilmesi hallerinde de yetki sona erer. Ayrıca adi ortaklık sözleşmesinde veya ortaklık kararında düzenlenen bir sona erme sebebinin gerçekleşmesi halinde de mevcut temsil yetkisi sona erecektir²⁴⁵.

²³⁹ Kuyucu, s. 52.

²⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 183.

²⁴¹ Yarg. 2. HD, 09.07.2003, 9068/10433.

²⁴² Yarg. 4. HD, 09.03.2006, 3449/2378; Yarg. 13. HD, 21.03.2002, 12317/2937 (YKD 2002/8, s. 1215); Yarg. 4. HD, 09.11.1999, 5703/9590.

²⁴³ Yarg. 11. HD, 04.11.2004, 1340/10794; Yarg. 11. HD, 19.02.2001, 10289/1422; YHGK, 07.04.1965, 547/158 (Erdal Özdemir, **Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması**, Ankara, 1994, s.157.)

²⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 184.

²⁴⁵ Kuyucu, s. 54.

Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinde ise temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından ve sınırlanması ve geri alınması halleri düzenlenmiştir.

B. TEMSİL YETKİSİNİN SINIRLANMASI VE GERİ ALINMASI

1.Genel Olarak

Temsil yetkisinin sona ermesini düzenleyen bir hüküm Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmüdür. Bu sebeple temsil yetkisinin iradi olarak sona erdirilmesi halini düzenleyen bu hüküm üzerinde durmak gerekmektedir. Bu maddenin birinci fıkrası şu şekildedir; “*Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilir veya geri alabilir*”. Burada temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması hali düzenlenmiştir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere kural olarak temsil yetkisi her an kaldırılabilir veya sınırlanabilir²⁴⁶. Yetkinin temel ilişkiden bu şekilde bağımsız olması hali Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre açıkça adi ortaklık bakımından da geçerlidir. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinin 2. fıkrasında temsil edilenin bu haktan feragat etmesinin hükümsüz olduğu belirtilmiştir²⁴⁷.

Temsil yetkisinin kaldırılması, tek taraflı ve temsilciye yöneltilecek bir irade beyanıyla yapılacak ve temsilciye ulaşması ile hüküm doğuracaktır²⁴⁸. Bu hükmün adi ortaklıkta temsil hakkında uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa ne şekilde uygulanacağı ihtilaflıdır. Buna göre öncelikle belirtmeliyiz ki, yetkinin kaldırılması hakkındaki görüşleri, şu başlık altında toplamakta yarar vardır.

- acaba bütün ortaklarca verilecek yetki, ortaklarca birlikte mi kaldırılacaktır?
- ya da her ortağın teker teker temsil yetkisini kaldırma hakkı mevcut mudur?
- bir diğer husus ise, acaba tek bir ortağın temsil yetkisini kaldırmak için önemli bir sebebinin olması gerekiyor mu, gerekmiyor mu?

İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre esas olarak Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmü adi ortaklıkta bir ortağın temsil yetkisine ilişkin olarak

²⁴⁶ Yarg. 1. HD, 26.12.2005, 12112/1376.

²⁴⁷ Kuyucu, s. 54.

²⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 182; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.192 EREN, s. 406; Esener (Temsil), s. 188.

uygulanabilir²⁴⁹. Ancak bu görüşe göre de Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmünün ne şekilde uygulanacağı üzerinde durmak gerekmektedir. Uyuşmazlığın söz konusu olduğu esas nokta, acaba Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmü adi ortaklıkta Türk Borçlar Kanununun 629. maddesi hükmünde belirtilen yönetim yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılmasındaki koşulda yapılarak sınırlandırılmış mı olacaktır. Türk Borçlar Kanununun 629. maddesi hükmü şu şekildedir; “ *Ortaklık sözleşmesiyle ortaklardan birine verilen yönetim yetkisi, haklı bir sebep olmaksızın, diğer ortaklarca kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz. 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 yeteneğini kaybetmesi durumlarında vardır*”. Buna göre idarenin kaldırılması için gerekli olan haklı bir sebebin varlığı, temsil yetkisinin kaldırılması noktasında da gerekli bir unsurdur²⁵⁰.

Buna karşılık başka bir görüşe göre, ortaklar arasındaki ortaklık sözleşmesi ile var olan ilişki, bir ortağın diğer ortağın yetkisiz olarak yaptığı işlemlere karşı korunması imkânını sağlar. Aynı zamanda aralarındaki bu sözleşme, verilmiş olan temsil yetkisini Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmü ile geri alma hakkına sahip oldukları bir güven unsuru da içerir. Buna göre temsil yetkisinin ortakların tamamı tarafından (kolektif-birlikte) verilmesi halinde, geri almanın da Türk Borçlar Kanununun 629. maddesi hükmündeki kayıt şartlarına bağlı olmadan ortaklarca oybirliğiyle yapılması gerekmektedir²⁵¹.

Bir diğer görüşe göre adi ortaklıkta temsilcinin temsil yetkisi bir ortağın kararıyla kaldırılabilir. Zira Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 2. fıkrasına göre bütün ortakların yetkilendirilmesiyle mevcut olur. Her bir ortak, kendisi adına hareket etmesi için, temsilciye bu yetkiyi verir. Bir adi ortaklıkta bir ortağa verilen temsil yetkisini, ortakların sadece birlikte kaldırabileceği görüşü isabetsizdir. Bu görüşe göre, üzerinde esas olarak durulması gereken husus, temsil yetkisinin tek bir

²⁴⁹ Kuyucu, s. 54.

²⁵⁰ Kuyucu, s. 55.

²⁵¹ Kuyucu, s. 55.

ortak tarafından her zaman kaldırılması mümkün müdür yoksa bunun için önemli sebeplerin mi ortaya çıkması gerekir²⁵².

Bu görüşe göre doktrinde temsil yetkisini kaldırmak hakkının kullanılması noktasındaki tartışma çoğunlukla, Türk Borçlar Kanununun 629. maddesinde belirtilen, adi ortaklıkta idare yetkisinin esas olarak sadece önemli sebeplerin oluşması halinde kaldırılıp, sınırlandırılmasının mümkün olduğunun belirtilmesinden ileri gelmektedir. Türk Borçlar Kanununun 629. maddesinde belirtilen bu hal, idareye yetkili ortağın tek başına olarak söz konusu işlemi Türk Borçlar Kanununun 625. maddesinin 2. fıkrasına göre veto ile önleyebilmesi hallerinde görülür. Bu veto imkânı sadece idare yetkisini değil, bu ortağın temsil yetkisini de engeller. Yani idarede olduğu gibi temsil halinde de, temsil yetkisi sadece önemli sebeplerin oluşması halinde kaldırılabilir²⁵³.

Türk hukukunda ise Poroy'a göre adi ortaklık bakımından Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmü uygulanmayacaktır²⁵⁴. Temsil olunan, temsilcinin temsil yetkisini her zaman ve herhangi bir sebebe dayanmadan, tek taraflı bir irade açıklamasıyla sınırlandıramaz veya kaldıramaz. Çünkü adi ortaklığın bir özelliği olarak, temsil yetkisinin herhangi bir şekilde verilmesi halinde yetkiyi verenler arasında bizzat temsilci de bulunmaktadır²⁵⁵. Burada temsilci ortak, Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinde düzenlenen temsilciden farklı bir hukuki duruma sahiptir. Temsilci ortak hem temsilci hem de temsil edilen durumundadır. Temsilci de temsil edilenler arasında yer almaktadır. Bu sebeple temsil yetkisinin geri alınmasının her zaman ve serbestçe geri alınması yerine haklı sebeplerin varlığı aranacaktır (tBK m.629 kıyasen)²⁵⁶. Yani daha önce de belirttiğimiz gibi temsil hükümleri adi ortaklığın özellikleriyle uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

2. Temsil Yetkisini Geri Alma Hakkının Kullanılması

²⁵² Kuyucu, s. 56.

²⁵³ Kuyucu, s. 56.

²⁵⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 78.

²⁵⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 78.

²⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 78.

Temsil yetkisini geri alma hakkı yenilik doğuran bir haktır. Temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin beyan, temsil olunan tarafından yapılan tek taraflı, temsilciye yöneltilmesi gereken ve çoğunluğun kabul ettiği üzere temsilciye ulaşmasıyla hüküm doğuran²⁵⁷ temsilcinin temsil yetkisini sona erdiren bir irade beyanıdır. Bu beyanın herhangi bir özel şekli yoktur²⁵⁸. Temsil yetkisini kaldırma açık bir beyanla yapılacağı gibi, hal ve tavırlardan anlaşılabilecek bir şekilde de yapılabilir. Ayrıca geçerliliği için herhangi bir sebep göstermeye gerek yoktur²⁵⁹.

Hal ve tavırlara ilişkin bir kaldırma hali, idare yetkisinin sona ermesi halinde görülür. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen temsile ilişkin karine sadece temsil yetkisinin verilmesi haline ilişkin değil, aynı zamanda yetkinin kaldırılmasını da kapsayan bir düzenlemedir. Bu hükümdeki karine, bir ortağın idare yetkisine sahip olması onun aynı zamanda temsile de yetkili olduğuna dairdir. Buna göre bir ortağın idare yetkisinin sona erdirilmesi, buna bağlı olan temsil yetkisinin de kaldırılması anlamına gelir. Yani idare yetkisini kaybeden ortak, temsilci olarak ortaklar yani ortaklık adına üçüncü kişilerle hukuki işlem yapma yetkisini de kaybedecektir²⁶⁰.

Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinin 3. Fıkrasına göre, temsil olunan kimse gerek açıkça gerek eylemli olarak verdiği yetkiyi diğer kişilere bildirdikten sonra bu yetkiyi tamamen veya kısmen kaldırmışsa, bu kişilere yetkiyi tamamen veya kısmen kaldırdığını da bildirmelidir. Aksi takdirde bunu üçüncü kişilere karşı

²⁵⁷ Esener (Temsil), s. 188; Oğuzman/Öz, s.182; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 192; Eren, s. 406.

²⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 182.

²⁵⁹ “...Kural olarak temsil salahiyetinin ref’ini , geri alınmasını engelleyen bir yasa hükmü mevcut değildir. Temsil salahiyetinin kaldırılması, yani geri alınması hakkı, temsil edilen kişi ile onun haleflerine aittir. Temsil olunan, Borçlar Yasası’nın 34. Maddesi hükmünce artık itimat edemediği ve temsil salahiyetini kötüye kullanacağından endişe duyduğu mümessilin temsil salahiyetini geri almaya veya sınırlandırmaya yetkilidir. Bu geri alma iradesi vekile ulaştırılacak bir irade beyanı ile gerçekleştirilebilir. Bu beyanın geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı, gerek uygulamada ve doktrinde oybirliğiyle benimsenmiş bulunmaktadır. Genellikle vekilin azlinde uygulanacak yöntem şudur: Müvekkil ya doğrudan doğruya vekiline çektiği bir ihbarname ile kendisi azleder, ya da mahkemeye gönderip dosyasına koyduracağı bir irade beyanı ile azli gerçekleştirebilir...” YHGK, 10.11.1982, 1981/4-68E., 1982/878 K.

²⁶⁰ Kuyucu, s. 57-58.

ileri süremez. Ancak üçüncü kişinin bundan haberi olmamalı veya haberdar olması gerekmemelidir²⁶¹.

Belirtildiği üzere Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinde sadece temsil yetkisinin kaldırılması değil, aynı zamanda sınırlandırılması hali üzerinde de durulmuştur. Buna göre bir adi ortaklıkta ortağın temsil yetkisinin tamamen kaldırılması yerine, sade belirli işlemlerle sınırlandırılması mümkündür.

C.TEMSİL YETKİSİNİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERME HALLERİ

1.Ölüm

a. Temsilci Ortağın Ölümü

Adi ortaklıkta Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 2. fıkrası ile yapılan atıf neticesinde uygulanabilen genel hükümler arasında Türk Borçlar Kanununun 43. maddesi hükmü de bulunmaktadır. Bu hüküm, ölüm ve haklarında gaiplik kararı verilen temsilcilerin temsil yetkisinin sona ereceğini düzenlemiştir²⁶².

Türk Borçlar Kanununun 43. maddesinde sayılmış bu kurallar emredici değildir ve bu hallerden birinin gerçekleşmesine rağmen temsil yetkisinin sona ermemesi mümkündür²⁶³. Bu durum, Türk Borçlar Kanununun 43. maddesinin 1. fıkrası hükmünde “*aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça... temsilcinin ölümü... durumlarında sona erer*” denilerek maddede sayılan durumlara rağmen temsil yetkisinin devam edileceği sonucunun çıkartılabildiği ifade edilmiştir²⁶⁴.

Adi ortaklıkta Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü, ortaklardan birinin ölümünü ortaklık ilişkisi bakımından bir sona

²⁶¹ Geri alma dışındaki sona erme sebeplerinde, temsil olunan temsil yetkisi verdiğini açıkça veya eylemli olarak diğer kişilere bildirmiş olsa dahi, temsil yetkisinin tamamen veya kısmen sona erdiği, bildirimde bulunması gerekmeden üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. Bkz. Nomer, s. 63.

²⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.194.

²⁶³ İnceoğlu, s.287.

²⁶⁴ Kılıçoğlu, s. 190.

erme sebebi olarak kabul etmiştir. Ortağın ölümü idare ve dolayısı ile temsil yetkisini de beraberinde sona erdirecektir²⁶⁵.

Belirtelim ki ölüm ya da gaiplik halinde temsil yetkisinin devamı çoğunlukla bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁶. Bu nedenle, özellikle ticari akanda faaliyet gösteren adi ortaklıkta ölüm halinde ortaklığın fesih olması nedeniyle yaşanabilecek problemlere mahal vermemek ve ölümden sonra mirasçılarının işe katılması ile gayenin elde edilebileceğini düşünüyorlarsa, Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca ortaklık sözleşmesinde düzenleme yapılarak ortaklığın ölen bütün mirasçısı veya bir kısım mirasçıları ile devamı öngörülebilecektir²⁶⁷. Böyle bir durumda ortaklık ilişkisi sona ermeyecek ve mirasçılarla devam edecektir²⁶⁸. Ancak bu durumda ölen ortağa ait temsil yetkisi mirasçılara geçecek midir?

Türk Borçlar Kanununun 630. maddesi uyarınca vekalet hükümlerine yapılan atıf ile adi ortaklıkta uygulanabilen Türk Borçlar Kanununun 513. maddesi hükmü ile adi ortaklıkta temsil yetkisine sahip ortağın ölümü ile bu yetkinin mirasçılara geçemeyeceği bir başka deyişle mirasçıların üçüncü şahıslarla hukuki işlem yapamayacağı kabul edilmiştir²⁶⁹. Bu durum idareye bağlı temsil yetkisi için de geçerlidir²⁷⁰. Türk Borçlar Kanununun 513. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir ; *“Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekalet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur...”*. Kişi unsurunun önemli olduğu ve güven ilişkisine bağlı adi ortaklıkta bu çözüm mantıklıdır. Ancak bu durumun elbette bazı istisnaları mevcuttur.

İstisnalardan birinde, temsil olunanın temsilcinin ölümü halinde kimin mirasçı olacağını kesin bir şekilde bilebilmesi her zaman mümkün değildir²⁷¹, diğer yandan birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarda onların karar alma ve bu kararları uygulama mekanizmalarını işletmekte güçlük çekecekleri ortadadır. Bu

²⁶⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 78; Şener, s. 415.

²⁶⁶ Kılıçoğlu, s.190.

²⁶⁷ Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1997, s.83; Şener, s. 445; Yarg. 13.HD, 4.2.1974, E. 1973/1156, K. 1974/268 (Yalman/Taylan, s. 225); Yarg. 13.HD, 18.11.1991, E. 7566, K. 10427 (Uygur, s.9692).

²⁶⁸ Seliçi, s. 83.

²⁶⁹ Seliçi, s. 82; Kuyucu, s. 59.

²⁷⁰ Şener, s. 415; Kuyucu, s. 59.

²⁷¹ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 693.

nedenle ortaklık sözleşmesinde ölen ortağın sadece belirli ola bir tanesi ile ortaklığın devamı konusunda anlaşılabilir (TBK. m. 639/I c.2)²⁷². İşte bu şekilde ortaklığa dahil edilen mirasçı Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasındaki temsil yetkisine ilişkin karine gereği adi ortaklığı temsile de yetkili olabilecektir²⁷³.

Bir diğer istisna da Türk Borçlar Kanununun 641. maddesinin 2. fıkrası hükmünden kaynaklanmaktadır²⁷⁴. Adi ortaklıkta, ortağın ani ölümü halinde ortakların menfaatlerini korumak amacıyla getirilen, ortaklığın sona ermesinin şirket işlerine tesiri başlıklı bu hükmünde, ölüm ile sona ermenin özellikleri şu şekilde belirtilmiştir. “...Ortaklık ortaklardan birinin ölümüyle sona ererse, ölen ortağın mirasçısı, durumu hemen diğer ortaklara bildirmekle yükümlüdür. Mirasçı, gerekli önlemler alınuncaya kadar, ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlere, dürüstlük kuralları çerçevesinde devam eder. Diğer ortaklar da, geçici olarak, ortaklık işlerini aynı şekilde yürütmeye devam ederler”. Hükümden de anlaşılacağı üzere ortağın mirasçıları iyi niyet esaslarına göre ölenin idare etmekte olduğu işleri yapabilecektir. Benzer düzenleme Türk Borçlar Kanununun 513. maddesinin 2. fıkrasında da mevcuttur. Bu hükme göre ; “... Vekaletin sora ermesi vekalet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekalet veren ya da mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekili veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekaleti ifaya devam etmekle yükümlüdür”. Bu halde mirasçıların karineye istinaden belirli durumlarda yani menfaatlerin tehlikeye düşmesi durumunda üçüncü şahıslara karşı adi ortaklığı temsil hakkının varlığından söz edilebilecektir²⁷⁵.

Ancak her ne kadar adi ortaklıkta ortaklık sözleşmesi ile ortaklığın mirasçılarla devamı öngörülmüş olsa dahi, sözleşmede adı geçen mirasçılar ortaklığa katılmayı reddedebilirler. Zira kimseye iradesi dışında bir kazandırma yapılamayacağından burada da bir ret hakkının varlığından söz edilmelidir²⁷⁶.

²⁷² Poroy/Tekialp/Çamoğlu, s.88; Şener, s. 445.

²⁷³ Kuyucu, s. 59.

²⁷⁴ Kuyucu, s.59; Yücel, s.46.

²⁷⁵ Seliç, s. 82; Bilge, s. 302; İnceoğlu, s. 293; Kılıçoğlu, s. 192.

²⁷⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 87-88; Şener, s. 447; Üçüncü şahıs lehine red hakkı için bkz., Şener Akyol , **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 192-193.

b. Temsil Olunan Ortaklardan Birinin Ölümü

Türk Borçlar Kanununun 43. maddesi hükmü temsil yetkisinin sona ermesi açısından temsilcinin veya temsil olunanın ölümü açısından bir fark gözetmemiştir²⁷⁷. Bu da demektir ki, temsil olunanın ölümü halinde aksi kararlaştırılmadıkça ya da işin niteliği gereği ortaya çıkmadıkça temsil yetkisi sona erecektir. Temsil olunan kendi iradesiyle sağlığında geçerli olmak üzere verdiği temsil yetkisinin ölümünden sonra da devam edeceğini açıklayabilir²⁷⁸. Temsil olunanın ölümünden sonra da temsil yetkisinin devam ettiğine dair irade açıklaması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak temsilci bu yetkisini ispatla yükümlüdür²⁷⁹.

Adi ortaklıkta temsil olunan ortaklardan birinin ölümü Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca ortaklığın sona erme sebebidir. Adi ortaklıkta, ortağın ani ölümü halinde ortakların menfaatlerini korumak amacıyla getirilen Türk Borçlar Kanununun 641. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesine değinmek gerekmektedir. Bu hükme göre; *“Ortaklık fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder”*. şeklindedir.

Nitekim, ortaklık için getirilen bu düzenlemenin benzeri, genel temsil hükümlerinden Türk Borçlar Kanununun 45. maddesinin 1. fıkrası hükmünde mevcuttur. Buna göre *“Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağdırlar”*. Dolayısıyla, ortağın ölümü halinde hayatta kalan diğer

²⁷⁷ İnceoğlu, s. 290; YHGK. 7.4.1965, E. 1964/547 K.1965/158 *“...BK.nun 35. maddesi hükmüne göre temsil olunan ile mümessil birlikte, temsil olunanın ölümü halinde dahi temsil ilişkisinin devam edeceğini kararlaştırabilirler. Ancak doktrinde; bu hususun taraflarca kararlaştırılmasına lüzum olmadığı; temsil salahiyeti tek taraflı bir irade beyanı (hukuki muamele) ile verildiğine göre, temsil edilenin tek taraflı bir irade beyanı ile (ölümünden sonra da) temsil salahiyetinin devam edeceği, bu hususu mümessilin kabulünün şart olmadığı (Becker – age -200; Tuhr – age – 353, 354, dip not 77; Esener – age – 176), birlikte kararlaştırmanın ancak vekalet için söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Salahiyetinin ölümünden sonra da devam edeceği yolundaki beyan açık veya zımni olabilir ve hiçbir şekilde bağlı değildir...”*

²⁷⁸ İnceoğlu, s. 295; Kılıçoğlu, s. 190.

²⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 191.

ortakların temsil yetkisi temsil olunan ortağın ölümünden bilgisi olana kadar devam edecektir²⁸⁰.

Yukarıda izah edildiği üzere adi ortaklıkta ortaklar Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca ortaklık sözleşmesinde ölen ortağın mirasçısı veya mirasçıları ile devamı kararlaştırılabilir²⁸¹. Ancak bir adi ortaklığa katılma mirasçılar için rizikolu bir iş olacağından sözleşmede yer alan devam hükmü mirasçılara kalma borcu yüklemeyi, isteyen mirasçı adi ortaklıktan ayrılabilir²⁸². Söz konusu durumun varlığı halinde sağ kalan ortakların ve miras şirketinin bu ayrılığı onaylamalarına ise gerek yoktur²⁸³.

Adi ortaklıkta ortaklığın mirasçılarla devamına ilişkin sözleşmede bir hüküm var ise ortaklık sona ermeyeceğinden geride kalan ortakların temsil yetkisinin devam edeceğinden şüphe yoktur. Şayet ölen ortağın mirasçıları ortaklıkta kalmak isterlerse onların da üçüncü şahıslara karşı temsil yetkisi olacağına şüphe yoktur²⁸⁴.

Adi ortaklığın ölen ortağın mirasçısı veya mirasçıları ile devamı karını kabul eden ve temsil olunanın ölümünden sonra temsil olunan sıfatını kazanan mirasçılardan her biri Türk Borçlar Kanununun 42. maddesi hükmünden faydalanmak suretiyle temsilcinin temsil yetkisini her zaman kaldırabilirler²⁸⁵.

2.Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Ortaklardan Birinin Kısıtlanması

a. Temsilci Ortağın Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Kısıtlanması

Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi hükmü ile adi ortaklıkta, ortaklardan birisinin kısıtlanması, ortaklık ilişkisi bakımında bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere Türk Borçlar Kanunu ortağın kısıtlanması halinde ortaklığın sona ermesini düzenlemiş fakat fiil

²⁸⁰ Kuyucu, s.63; Yücel, s. 48.

²⁸¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 87.

²⁸² Şener, s. 447; "...Ancak mirasçılar ortaklık sebebiyle doğan borçlardan sorumlu olmaya devam ederler ve bu borçlardan mirası reddetmedikçe kurtulamazlar..." Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 86-87.

²⁸³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 87.

²⁸⁴ Kuyucu, s. 63; Yücel, s.48.

²⁸⁵ Kılıçoğlu, s. 191; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 689; Kuyucu, s. 63.

ehliyetinin kaybı halinde herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Hükme göre fiil ehliyetinin kaybı ortağın kısıtlanmasına götürmüşse ortaklık kendiliğinden sona erecektir fakat fiil ehliyetini kaybetmesine rağmen ortak kısıtlanmamışsa bu durumda kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde Seliçi, bu hallerde fiil ehliyetinin kısıtlanması ve kaybını önemli sebep kabul ederek hem fiil ehliyetini kaybeden ortağın kanuni temsilcisine hem de diğer ortaklara olağanüstü fesih hakkı tanınması mümkün olmalıdır yönünde görüş beyan etmiştir²⁸⁶. Nitekim bütün ehliyetsizlik hallerinde kanunî temsilciye işleri yürütüp yürütemeyeceği hususunda ortaklara karar serbestisi tanımak ortaklık yapısına da uygun olacaktır²⁸⁷.

Bu hukuki sonucun bir sona erme sebebi olarak kabul edilmesi adi ortaklıkta kişi unsurunun öneminden kaynaklanmaktadır²⁸⁸. Bir ortak fiil ehliyetini kaybeder ise onun yerine kanunî temsilcinin ortaklık işlerini görmesi gerekecektir²⁸⁹. Fakat diğer ortaklar için fiil ehliyeti kısıtlanan ortağın şahsiyeti önem arz ettiğinden kanun düzenlemesi bu nedenle diğer ortakları fiil ehliyeti kısıtlanan ortak yerine kanunî mümessile ortaklık ilişkisini devam ettirme mecburiyetinde bırakmaktan kaçınmıştır²⁹⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere ortağın ölümü halinde Türk Borçlar Kanununun 639. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca ortaklık sözleşmesinde önceden düzenleme yapılarak mirasçılarla ortaklığın devamına karar verilebilir. Aynı şekilde ortaklık sözleşmesinde yer alacak bir hükümle fiil ehliyeti kısıtlanmasına rağmen fiil ehliyeti kısıtlanan ortakla ortaklığın devamına karar verilip verilmeyeceği hususunda ise mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yasanın bir ortağın ölümü halinde devamı mümkün kılarken kısıtlanması halinde ortaklığın devam edemeyeceğini düşünmek isabetli olmayacaktır²⁹¹. Bu nedenle bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Nitekim, ortağın kısıtlandığı adi ortaklıkta ortakların oybirliği ile alacakları bir karar ve Türk Medeni Kanununun 463. maddesinin

²⁸⁶ Seliçi, s.85.

²⁸⁷ Seliçi, s. 85; Şener, s. 457.

²⁸⁸ Seliçi, s. 84; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 88.

²⁸⁹ Seliçi, s. 85; Şener, s. 457.

²⁹⁰ Domanic (Şerh), s.427.

²⁹¹ Şener, s. 458.

3.fıkrası gereğince vesayet makamının izninden sonra denetim makamının onayıyla ortaklığın devamına karar verilebilecektir²⁹².

Ortaklığın bu şekilde devamı sağlandığı takdirde fiil ehliyetine sahip olmayan temsilci ortağın temsil yetkisinin akıbeti ne olacaktır sorusunun cevabına gelince de; Türk Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinin vekalet hükümlerine yaptığı atıf gereği Türk Borçlar Kanunu'nun 513. maddesinin 1. fıkrası hükmü de bu hususta uygulama alanı bulacak ve fiil ehliyetinin kaybı, temsilci ortağın gerek idare gerekse temsil yetkisinin sona ermesine sebep olacaktır. Ancak ayırtım gücünün geçici surette kaybı temsilcinin bu süre içerisinde geçerli işlem yapmasa da temsil yetkisinin sona ermesine yol açmayacak²⁹³, ancak sürekli kayıp halinde temsil yetkisinin işlem güvenliği açısından sona ereceği kabul edilecektir²⁹⁴.

b. Temsil Olunan Adi Ortaklardan Birisinin Fiil Ehliyetinin Kaybı ve Kısıtlanması

Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 2. fıkrası ile genel temsil hükümlerine yapılan atıf ile adi ortaklıkta uygulanabilen Türk Borçlar Kanunu'nun 43.. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça ya da işin özelliğinden anlaşılmadıkça temsil olunanın fiil ehliyetini kaybetmesi ile temsil yetkisi sona erecektir²⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 639. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi ise ortaklardan birisinin kısıtlanması halinde ortaklığın sona erdireceğini düzenlemiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere ortakların oybirliği ile alacakları bir karar ve Türk Medeni Kanununu 463. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi gereğince vesayet makamının izninden sonra denetim makamının onayıyla ortaklığın devamına karar verilebilecektir²⁹⁶.

Ortaklık devam ettiği takdirde temsil olunan ortaklardan birinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda bir ortağa verilen temsil yetkisinin akıbetinin ne olacağı hususuna gelince; doktrinde temsil olunan hakkında verilen bir kısıtlama kararının

²⁹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 89.; Pulaşlı, s. 38; Şener, s. 458.

²⁹³ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 698.

²⁹⁴ Kuyucu, s. 61; İnceoğlu, s. 313.

²⁹⁵ Yücel, s. 51.

²⁹⁶ Şener, s. 458; Pulaşlı, s. 38.

temsil yetkisini sona erdireceği hususunda görüş birliği bulunmaktadır²⁹⁷. Temsil olunanın ayırtım gücünü geçici kaybetmesi durumunda ise temsil yetkisi devam edecektir²⁹⁸. Ayırtım gücünün sürekli kaybedildiği durumlarda bir kısıtlama kararı yok ise bu takdirde temsil yetkisi devam edecektir²⁹⁹. Aksine bir çözüm hukuk güvenliği açısından tehlike arz edecektir. Zira gerek temsilcinin gerekse üçüncü kişilerin ayırtım gücünü kaybedip kaybetmediğini ya da bu kaybın sürekli olduğunu bilmeleri mümkün değildir³⁰⁰.

D.TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Temsil yetkisini kaybeden temsilci artık temsil olunan hesabına hiçbir hukuki işlem yapamaz. Yaparsa, bu işlem kural olarak temsil olunanı bağlamaz. Böyle bir işleme yetkisiz temsil hükümleri uygulanır³⁰¹.

Temsilci, temsil yetkisi sona erer ermez yetkili olduğunu gösteren belgeyi temsil edilene iade etmekle yükümlüdür. Herhangi bir sebep yüzünden temsil edilene iade yapılamıyorsa, belgeyi hakimın belirleyeceği yere bırakacaktır (TBK m. 44/I). Temsil edilen veya o ölmüşse külli halefleri bakımından da söz konusu belgeleri geri alma yükümlülüğü vardır. Onlar bu yükümlülüklerine aykırı hareket ederlerse, temsilciyi yetkili sanarak onunla işlem yapan iyiniyetli kişilerin uğradıkları zararları tazmin etmek zorunda kalırlar(TBK.m. 44/II). Yapılan sözleşme onay (icazet) vermediği sürece temsil edileni bağlamayacağı için, tazmini gereken zarar olumsuz (menfi) zarardır³⁰².

Temsilci, temsil yetkisinin geri alındığını bilmeden hukuki işlemler yapabilir. Böyle bir durumda, yapılan hukukî işlem kural olarak geçerlidir. Dolayısıyla, artık yetkisi kalmamış bir temsilci tarafından yapılmış olsa da, hem temsil olunanı hem de

²⁹⁷ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 695; Oğuzman/Öz, s. 188.

²⁹⁸ İnceoğlu, s. 308.

²⁹⁹ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 695, Oğuzman/Öz, s. 188; İnceoğlu, s. 309.

³⁰⁰ İnceoğlu, s.307-308.

³⁰¹ Ayan; s. 215

³⁰² Tunçomağ; s. 419; Eren; s. 452

küllî haleflerini bağlar(TBK.m.45/I). Ancak, yapılan sözleşme temsil olunan veya halefleri için bağlayıcı olmaz (TBK m. 45/II)³⁰³.

Belirli bir kişiye temsil yetkisi verildiği üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin geri alındığı hususunun da bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde, üçüncü kişilerin temsil yetkisinin bulunduğu ilişkin iyiniyeti (MK. m.3) korunur. Yani, artık yetkisi kalmamış bile olsa temsilci tarafından yapılan işlem geçerli olur (TBK. m.42/III). Temsil olunan veya küllî halefleri temsilciyi azlettiklerini ileri sürerek sözleşmenin gereklerini yerine getirmekten kaçınamazlar. Ancak, mahiyeti gereği bu hüküm sadece temsilcinin azledildiği hâller açısından uygulama alanı bulur. Temsil yetkisini sona erdiren diğer durumlarda uygulanmaz³⁰⁴.

VI. YETKİSİZ TEMSİL

A. GENEL OLARAK

Bir kimse temsil yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir hukukî işlem veya sözleşme yaparsa, yetkisiz temsil söz konusu olur. Yetkisiz temsil, yalnız doğrudan temsilde söz konusu olur; dolaylı temsilde kurumun niteliği gereği yetkisiz temsilden söz edilmez. Bir kimse üçüncü bir kişi ile başkası adına bir hukuki işlem yaptığı zaman temsil yetkisini haiz değilse, yapılan işlemin hüküm ve sonuçları hiçbir şekilde temsil olunanın hukukî alanında meydana gelmez. Burada temsil yetkisi olmadan başkası adına hukukî işlem yapan kişiye yetkisiz temsilci denir³⁰⁵.

TBK. M. 46/I, yetkisiz temsili şu şekilde hükme bağlamıştır. “*Bir kimse yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.*”

Yetkisiz temsil ilişkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Gerçekten, yetkisiz temsil ya temsil olunanın temsilciye hiçbir yetki vermemesi ya da temsilcinin söz konusu işlemi ve özellikle sözleşmeyi yaparken verilen yetkinin sınırlarını aşması, ya

³⁰³ Ayan; s. 216.

³⁰⁴ Eren; s. 450-452; Tunçomağ; s. 420.

³⁰⁵ Kılıçoğlu, s.147.

ta temsilcinin, yetki geri alındığı veya temsil ilişkisi sona erdiği halde, temsil olunan adına bir hukuki işlem yapması hallerinde söz konusu olur³⁰⁶.

Geçersiz temsil yetkileri de yetkisiz temsili doğurur. Temsilcinin temsil olunanın talimatına aykırı olarak yapmış olduğu sözleşmelerde de yetkisiz temsil vardır. Müşterek temsil ilişkisinin varlığı halinde temsilcilerden yalnız birinin temsil olunan adına bir sözleşme yapması halinde de yetkisiz temsil söz konusu olur. İradi temsilde olduğu gibi, kanunî temsil ile tüzel kişilerin temsiline de kanunî temsilci ile tüzel kişilerin temsilcilerinin yetkisiz olarak hukuki işlem yapmaları mümkündür³⁰⁷.

Yetkisiz temsilin mevcut olabilmesi için şu üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Önce, yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılmış olmalıdır. Sonra, yetkisiz temsilcinin bu sözleşmeyi başka bir kişi ve özellikle temsil olunan adına yapması gerekir. Temsilci, sözleşmeyi başkası adına yapmamışsa temsilden, dolayısıyla yetkisiz temsilden söz edilemez. Nihayet, temsilci temsil yetkisine sahip olmamalıdır³⁰⁸.

Dış temsil yetkisi mevcut olup, üçüncü kişi de iyiniyetli ise iç temsil yetkisi mevcut olmasa bile yetkisiz temsilden söz edilemez. Örneğin T, Ü'ye T'nin taşınmaz malı satın alma konusunda yetkili olduğunu bildirmiş, fakat T'ye bu konuda yetki vermemişse, Ü ile T arasında yapılan satış sözleşmesi geçerlidir. Ancak, bunun için Ü'nün iyiniyetli olması, yani T'nin temsil yetkisine sahip olmadığını bilmemesi veya bilmek zorunda olmaması gerekir³⁰⁹.

B. YETKİSİZ TEMSİLİN SONUÇLARI

Yetkisiz temsilin hükümleri, “temsil edilen – üçüncü kişi”, “temsil edilen – temsilci”, ve “temsilci – üçüncü kişi” açılarından ayrı ayrı incelenebilir:

³⁰⁶ Eren; s. 453.

³⁰⁷ Eren; s. 453.

³⁰⁸ Eren; s. 453.

³⁰⁹ Eren; s. 454.

Temsil edilen, iyiniyetin korunmasından kaynaklanan hâller dışında, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemle bağlanmış olmaz. Hukuki işlemin onun açısından hüküm ifade etmesi onaylamasına (icazet vermesine) bağlıdır (TBK.m.46/I)³¹⁰. Yenilik doğurucu nitelik taşıyan onama(icazet), tek taraflı yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanılır. İrade açıklamasının geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Açık veya örtülü olabilir(TBK.m.47/I, c.1). Yapılan işlemin şekle tabi olması da bu durumu değiştirmez. Onama(icazet), geçmişe yönelik sonuç doğurur. Ancak, istenilen sonucu yaratabilmesi için sözleşmenin tümünü kapsamaması şarttır(TBK. m. 27/II)³¹¹.

Buna karşılık, üçüncü kişi temsil edilenin tercihi belli oluncaya kadar sözleşmeyle bağlıdır. O, temsil edilenden uygun bir süre içinde cevap vermesini isteyebilir (TBK.m.46/II,c.1). Süreyi bizzat belirleyebileceği gibi, hakime de tayin ettirebilir. Anlaşmazlık çıkarsa, sürenin uygun olup olmadığına hakim karar verir (MK. m.2,4). Temsil edilen sözleşmeyi, kabul edebilir. Böyle bir durumda sözleşme onun açısından da bağlayıcılık kazanır. Sözleşmeyi kabul etmeyeceğini bildirir veya kendisine tanınan süreyi susarak geçirirse, artık sözleşme üçüncü kişi açısından da bağlayıcılığını yitirir (TBK m. 46/II, c.2). Üçüncü kişi, kural olarak onay (icazet) vermekten kaçınan temsil edilenden tazminat isteyemez. Zira, aralarında böyle bir talebe esas teşkil edebilecek hukuki ilişki mevcut değildir. Bunun tek istisnası temsil yetkisine ilişkin belgelerin geri alınmaması ve üçüncü kişinin bu belgelere güvenerek hareket etmesidir (TBK m. 44/II)³¹².

Temsil edilenin onay (icazet) vermemesi durumunda, yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zararlarını tazmin etmek zorunda kalır (TBK.m .47/I,c.1). Buna karşılık, temsil olunan sonradan onay vermişse, yetkisiz temsilci, imzaladığı senet yüzünden şahsen sorumlu tutulamaz. Sorumluluk temsil olunana aittir³¹³. Buna karşılık, temsil yetkisi bulunmayan bir kimsenin muhatabın temsilcisiymiş gibi onun adına senedi imzalaması hâlinde sorumluluğu senedi kabul etmiş muhatabı gibi olacaktır³¹⁴. Bu, sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden

³¹⁰ 3.HD. 18.12.2003, E.2003/14004 K.2003/14485

³¹¹ Ayan; s. 217.

³¹² Ayan; s. 217.

³¹³ 13.HD. 30.1.1997, E. 1996/260 K. 1997/511

³¹⁴ 11. HD. 11.07.2011, E. 2010/683 K. 2011/8676

kaynaklanan olumsuz (menfi) zarardır³¹⁵. Bu açıdan yetkisiz temsilcinin kusurlu olması gerekmez. Yetkisiz temsilci kusurlu ise, üçüncü kişi olumlu(müspet) zararının tazmin edilmesini de isteyebilir (TBK. m. 47/II). Burada kusursuz olduğunu ispat yükü yetkisiz temsilcinin üzerindedir³¹⁶. Üçüncü kişinin tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi tartışmalıdır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu “culpa in contrahendo”ya dayandırılırsa Türk Borçlar Kanunu’nun 146 ncı maddesi, “haksız fiile” dayandırılırsa 72 nci maddesi uygulanır³¹⁷. Ancak üçüncü kişi temsilcinin yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, artık tazminat isteyemez (TBK. m. 47/I, c.2). Bilmeye ilişkin ispat yükü yetkisiz temsilciye aittir³¹⁸. Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi durumunda, verilenlerin iadesi için istihkak (MK683), tapu sicilini düzeltme (MK.1025) veya sebepsiz zenginleşme (TBK.m. 77-82) davalarından biri açılabilir (TBK. m. 47/III)³¹⁹.

Şüphesiz, yetkisiz temsilcinin davranışı temsil edileni zarar uğratmışsa da, o da söz konusu zararlarının tazminini isteyebilir. Tazminat talebi, somut olayın özelliklerine göre sözleşme (vekalet, hizmet) temeline dayanabileceği gibi, haksız fiil veya vekaletsiz iş görme temelinde de dayanabilir³²⁰.

Ş7. DOLAYLI TEMSİLİN ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDEKİ SONUÇLARI

I. DOLAYLI TEMSİLE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. TANIMI

Temsil, “ *bir hukuki işlemi bir kişinin başka bir ad ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının bu kişi üzerinde doğmasını sağlamasıdır*” olarak tanımlanabilir³²¹. Dolaylı temsilde ise temsilci işlemi kendi adına fakat başkası

³¹⁵ 14.HD. 20.4.2007, E.2007/2049 K.2007/4635

³¹⁶ Eren; s. 458.

³¹⁷ Eren; s. 459; Oğuzman/Öz; 247.

³¹⁸ Eren; s. 458.

³¹⁹ Oğuzman/Öz; 247; Tunçomağ; s. 424-425; Eren; s. 459.

³²⁰ Eren; s. 459.

³²¹ Oğuzman/Öz, (2006), s. 163; Esener, s.9; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.395; Eren, (2008), s. 383, Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ AtillaAltıp, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz

hesabına yapar. Yani işlem temsil olunanın hesabına yapıldığı halde işlemi üçüncü kişi ile kendi adına yapmaktadır³²². Dolaylı Temsilci, bu sıfatıyla gerçekleştirdiği hukuki işlemlerden doğan borçlardan üçüncü kişiye karşı sadece kendisi sorumlu olur³²³. Bununla birlikte gerçekleştirilen hukuki işlem sonucu elde edilen haklar da dolaylı temsilci üzerinde doğar³²⁴. Dolaylı temsilci daha sonra bu işlemten doğan hakları ve borçları temsil olunana nakletmekle yükümlüdür³²⁵.

B. DOLAYLI TEMSİLİN DAYANAĞI

Dolaylı temsili bir hukuk müessesesi olarak açık bir şekilde düzenleyen ülkeler³²⁶ olmakla birlikte, birçok ülkenin kanunlarında kendine özgü bir hukuk müessesesi olarak düzenlenmemiştir³²⁷. Hukukumuzda da “*dolaylı temsil*” kavramı olarak hiçbir pozitif hukuk metninde yer almamıştır. Böyle bağımsız bir düzenleme olmadığı için de doktrinde ve uygulamada dolaylı temsili doğrudan temsille özdeş kabul eden görüşlerden dolaylı temsilin varlığını inkar edecek görüşlere kadar çeşitli düşünceler ve tartışmalar oluşmuştur. Fakat hukukumuzda açık olarak düzenlenmemesi “*dolaylı temsil*” müessesinin tanınmadığı anlamına gelmemektedir. Zira gerek Türk Borçlar Kanununda gerekse de başka kanunlarda dolaylı temsilin hükümlerini düzenleyen maddeler olduğu gibi eksik de olsa dolaylı temsilin kavramının unsurlarına değinen hükümler mevcuttur³²⁸. Şayet dolaylı temsil kavramını inkar edecek olursak, birçok ülke hukukunda düzenlenen komisyon sözleşmesini hangi hukuki işlem kategorisine koyulacağı sorusu akla gelecektir. İşlemin hükümleri müvekkilin malvarlığında doğacağı için komisyoncu sözleşmesinde, komisyoncunun başkasını temsil ettiğini kabul etmek gerekecektir.

Kitabevi, İstanbul, 1993, s.167-168; Yavuz (Dolaylı Temsil), s.1 vd; Ayfer Sungurbey, **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, 1988, s.9; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 3. Bası, Sayram Yayınevi, Konya, 2006, s. 129; Mustafa Melih Kuyucu, **Adi Ortaklıkta Temsil**, s.6.

³²² Oğuzman/Öz, s.165; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s.167; Yavuz, Dolaylı Temsil, s.15 vd.; Necmeddin Feyzi Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt:I, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 407; Tunçomağ, s. 399; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, 9. Bası, Ankara 2007, s.157; Reisoğlu (2008), s. 127; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 12. Bası, İstanbul, 2000, s. 68; Akıncı, s. 68.

³²³ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 187.

³²⁴ Yarg. 13. HD, 10.11.2003, 9750/13343

³²⁵ YHGK, 17.05.2000, 2-888/885 (YKD 2002/4, s. 517).

³²⁶ İtalyan Medeni Kanunu örnek olarak gösterilebilir.

³²⁷ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 7.

³²⁸ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 123.

Bu durum da kendi adına ve başkası hesabına işlem yapmanın en karakteristik örneklerinden biri olacaktır³²⁹.

Hukukumuzda dolaylı temsili genel olarak düzenlediği kabul edilebilecek Türk Borçlar Kanununun üç maddesinden bahsetmemiz gerekmektedir. Bunlar TBK 40/III, 509 ve 637/I hükümleridir. Türk Borçlar Kanununun 40.maddesinin 3.fıkrası temsile ilişkin hükümler arasındadır. Türk Borçlar Kanununun 509. maddesi ise vekalet sözleşmesi hükümleri arasında yer almaktadır. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 1.fıkrası ise kanunun adi ortaklığı düzenlediği hükümler arasında bulunmaktadır³³⁰.

Bağımsız bir düzenlenmenin bulunmamasından dolayı dolaylı temsili yazarlar çeşitli şekillerde tanımlamışlardır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir :

Von Tuhr'a göre *“Temsilin hukuki hükümleri iki yol ile elde edilir: 1. Ya muamelenin hükümleri önce mümessilin şahsında doğar ve bilahare diğer muameleler ile temsil edile kimseye intikal eder. Buna müşterek hukukta vasıtalı veya dolayısıyla temsil denir”*. Pestalozzi *“ Bir kimse kendi adına bir başkası hesabına hukuki muamele yaptığında dolaylı temsil vardır”* demektedir. Becker *“ Doğrudan doğruya temsil ile dolayısıyla temsili birbirinden ayırmak lazımdır. Dolayısıyla mümessil kendi adına, fakat başkasının hesabına hareket eder”* demektedir. Oser/Schönenberger ise *“Bağıt öyle yapılmış olur ki, onun sonuçları önce temsilciye ilişkin olur. Ve fakat bu sonuçlar temsil olunana devredilmeye mahsustur (dolayısıyla temsil, vasıtalı temsil); ki bu karşılaştırmada asıl temsilin zıddıdır ve asıl temsil buna göre doğrudan doğruya temsil adını alır”* demektedir³³¹.

Feyzioğluna göre *“Dolaylı (dolayısıyla ,vasıtalı) temsil denilen bu tarz, mantıki düşünülürse daha doğal ve normal olan bir temsil yoludur. Bir kimse (temsilci) temsil ettiği kimse hesabına bir akit yapabilir. Fakat akdi kendi adına yaptığı için işlemin hak ve borçları ilk olarak kendi şahsında doğar. Sonra da ikinci bir işlem ile, iktisap ettiği bu hakları veya üstlendiği borçları temsil ettiği kimseye devreder”*³³².

³²⁹ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 58.

³³⁰ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 124, İnceoğlu, s.43.

³³¹ Ayrıntılı olarak tanımlar için Bkz. Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 16-23.

³³² Feyzioğlu, s. 407.

İnan “Mümessilin (temsilcinin) yaptığı hukuki muamelelerin hükümlerinin önce mümessilin şahsında doğduğu ve sonra bu hükümleri mümessilin temsil olunana başka bir muamele ile geçirdiği temsil türü “vasıtalı (dolaylı) temsil” adını alır”³³³ demektedir.

Tekinay ise “Fakat bir de vasıtalı (dolaylı, veya örtülü) temsil vardır. Vasıtalı temsilde temsilci, üçüncü şahısla hukuki işlem yaparken gerçi temsil edilen için (yani onun hesabına); fakat kendi adına hareket eder”³³⁴ demektedir.

Ataay’a göre “Bir şahsın sahip olduğu yetkiye dayanarak başkası hesabına hukuki muamelelere girişmesine dolayısıyla (dolaylı) temsil...denilir”³³⁵.

Droin ise şu şekilde bir tanımda bulunmuştur “Bir kişi kendi adına bir başkası hesabına hukuki muamele yaptığında dolaylı temsil vardır”³³⁶.

Yavuz’un tanımı ise şu şekildedir “Bir kişi, bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunanın hesabına olduğu halde kendi adına bir üçüncü kişi ile hukuki muamele yaptığında dolaylı temsil vardır”³³⁷.

Bu tanıma bakarak dolaylı temsille ilgili şunları söyleyebiliriz: temsilcinin dolaylı temsil yetkisine sahip olması ve üçüncü şahısla hukuki işlem yaparken kendi adına fakat başkası hesabına hareket etmesi gerekmektedir. Bu takdirde de yapılan işlemde doğan sonuçlar yani hak ve borçlar öncelikle temsilcinin üzerinde doğar ve temsilci bu hak ve borçları temsil olunana devredecektir³³⁸.

C. UNSURLARI

Dolaylı temsilin varlığından söz edebilmek için temel olarak iki unsur gerekmektedir. Bunlardan ilki “*temsil yetkisidir*”. Dolaylı temsilcinin kendi adına fakat başkası hesabına hukuki iş yapabilmesi için yetkiye sahip olması gerekir³³⁹.

³³³ Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler**, Ankara, 1978, s. 255.

³³⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 4.Bası, İstanbul, 1979, s. 153.

³³⁵ Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, 1. Yarım, 3. Bası, İstanbul, 1981, s.193.

³³⁶ Aktaran, Yavuz, *Dolaylı Temsil*, s. 21

³³⁷ Yavuz, *Dolaylı Temsil*, s. 57.

³³⁸ Selahattin Tekinay/ Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 167; Eren, s.429-430; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 630; Oğuzman/Öz, s. 219; Cazibe Ebru Yücel, **Adi Ortaklıkta Temsil**, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2011, s.59-60.

³³⁹ Yavuz, *Dolaylı Temsil*, s. 23; Eren, s. 388.

Bu yetki başkası hesabına hukuki işlem yapabilmesi için gerekli olan dolaylı temsil yetkisidir. Dolaylı temsil yetkisi, bir kimsenin hukuki işlemlerde sadece dolaylı tarzda temsil edilmesi imkanı sağlayan yetki şeklinde tanımlanabilir. Dolaylı şekilde temsil edilme, bir kimsenin hukuki işleme taraf olarak görülmediği halde, söz konusu işlemin dolaylı temsil olunan kimse hesabına yapılmasını ifade eder³⁴⁰.

Dolaylı temsil yetkisi, çeşitli sebeplerden ve özellikle dolaylı temsil olunanın iradesinden doğabilir³⁴¹. Dolaylı temsil olunanın, tek taraflı irade beyanı ile dolaylı temsilciyi kendi hesabına hukuki işlem yapmakla yetkilendirmesini tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirmek mümkündür. Bir kimse, dolaylı temsil yetkisi olmadığı halde kendiliğinden kendi adına fakat başkası hesabına hukuki işlemler yapabilir. Bu şekilde yapılan bir işlemin varlığı halinde *yetkisiz dolaylı temsil* söz konusu olur³⁴². İcazet dolaylı temsilci ile temsil olunan arasında dolaylı temsil ilişkisinin doğumuna sebep olur. Yetkisiz dolaylı temsil halinde, bu yetki eksikliğini gideren dolaylı temsil olunanın beyanının icazet olarak değil, bir “uygun bulma” olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Dolaylı temsilde, temsilcinin yetki eksikliğini gideren dolaylı temsil olunanın beyanı, yapılan hukuki işlemi, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunanına karşı geçmişe etkili olarak ileri sürülebilmesin sağlar. Yetkisiz dolaylı temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlem, dolaylı temsilci tarafından kendi adına yapıldığı için dolaylı temsilcinin uygun bulmasından önce de geçerli olarak mevcuttur. Dolaylı temsil olunan yapılan işlemi “uygun bularak” yetki eksikliğini giderebilir.

Dolaylı temsil için gerekli olan ikinci unsur, “*temsil iradesidir*”. Dolaylı temsilcinin, işlemi gerçekleştirdiği sırada başkası hesabına hukuki işlem yapma iradesine sahip olması gerekir³⁴³. Temsilcide böyle bir irade yoksa dolaylı temsil söz konusu olamaz.

Bu açıklamalardan sonra belirtmemiz gerekir ki, adi ortaklıkta da dolaylı temsilci olarak işlemi gerçekleştiren ortağın dolaylı temsil yetkisine sahip olması ve

³⁴⁰ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 23-24.

³⁴¹ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 31.

³⁴² Dolaylı temsil halinde yetkisiz temsil olmayacağına ilişkin olarak bkz. Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil “ Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) Ve Olumsuz Zarar**, Yasa, İstanbul, 1988, s. 5 vd.

³⁴³ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 37

işlemi gerçekleştirdiği sırada dolaylı temsilci olarak bu işlemi ortaklık hesabına yapma iadesine sahip olması gerekir.

Dolaylı temsil ile doğrudan temsil arasındaki en temel fark şu noktada ortaya çıkar; Dolaylı temsil yoluyla yapılan hukuki işlemin sonuçları dolaylı temsilcinin kendi üzerinde doğar, dolaylı temsil olunana geçmez. Buna karşılık doğrudan temsilde, temsil olunan doğrudan haklara sahip ve borçlardan sorumlu olur. Dolaylı temsil yoluyla yapılan işlem sonucunda elde edilen hak ve yükümlüklerin dolaylı temsil olunana devri için, birtakım hukuki işlemlerin daha yapılması gerekir.

Adi ortaklıkta da bir ortak, ortaklık hesabına fakat kendi adına hareket ederse TBK 637/f.1'e göre üçüncü kişilere karşı tek başına hak sahibi olacak ve sorumluluk altına girecektir. Dolaylı temsilci olarak hareket eden ortağın, bu sıfatla yaptığı işlem diğer ortaklar için doğrudan etkiler doğurmaz; ortaklık ile üçüncü kişiler arasında doğrudan ilişkiler meydana gelmez.

Dolaylı temsilci olarak hareket eden ortağın sorumluluğu, yaptığı işlemin sonuçlarını ortaklığa devretmektir, yani kendisi de dahil olmak üzere ortaklar arasında paylaştırmaktır. Diğer ortaklar da dolaylı temsilci olarak hareket eden ortağa karşı TBK m. 627 hükmüne göre sorumludurlar. TBK m. 627 şu şekildedir ; *“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. Ortaklığa avans olarak para veren ortak, verdiği günden başlamak üzere faiz isteyebilir. Yükümlü olmadığı halde ortaklık işleri için emek sarfetmiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir”*.

Buna göre diğer ortaklar, işi görenin yaptığı masrafları ödemek, ortaya çıkan borçlardan kurtarmak ve oluşabilecek olası kayıpları gidermek sorumluluğu altındadırlar. Maddenin son fıkrasında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 527. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinden³⁴⁴ farklı olarak, yükümlü olmadığı

³⁴⁴ 818 sayılı BK 527/f.2 “... Şahsi emeği için ayrıca tazminat isteyemez”.

halde ortaklık işleri için emek sarfetmiş olan bir ortağın, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Adi ortaklıkta dolaylı temsil hükümlerinin uygulama alanının olması genellikle gizli ortaklığın oluşumuna neden olur. Bu halde gizli ortak dışa karşı ortaya çıkmak istememekte ve esas (görünürdeki) ortak hukuki işlemlerden dolayı tek başına hak sahibi olmakta ve borç altına girmektedir³⁴⁵.

Dolaylı temsil, bir diğer adıyla vasıtalı temsilde, temsilci hukuki işlemi kendi adına fakat temsil edilen hesabına yapmaktadır. Dolaylı temsilde hukuki işlemde doğan alacak ve borçlar önce temsilciye (mümessil) ait olmakta, daha sonra bu hak ve borçlar alacağın devri(temliki) ve borcun üstlenilmesi(nakli) kurallarına göre temsil edilene devredilmektedir. Temsilciyle temsil edilen arasındaki hukuki ilişki uyarınca, temsilci bu hak ve borçları devretmeye, temsil edilen de devralmaya mecburdur³⁴⁶.

Burada dolaylı temsilci ve dolaylı temsil olunan arasındaki temel ilişki (iç ilişki) üzerinde de durmak gerekir. Dolaylı temsil yetkisine sahi olma, çok defa bir temel ilişkiye dayanmasına rağmen, temsil yetkisinin bir temel ilişkiye dayanmadığı durumlar da söz konusu olabilir³⁴⁷. Bir kimse kendiliğinden de dolaylı temsilci olarak hareket edebileceği gibi, dolaylı temsil yetkisi kanundan da kaynaklanabilir³⁴⁸.

Dolaylı temsilde temel ilişki herhangi bir hukuki işlemde kaynaklanabilir³⁴⁹. Buna göre dolaylı temsil yetkisinin bir adi ortaklık sözleşmesine dayanması mümkündür. Bir ortak, ortaklık sözleşmesinde kendisine tanınan yetkiye dayanarak dolaylı temsilci olarak hareket edebilir. Dolaylı temsil yetkisinin kapsamı, doğrudan temsil yetkisi gibi aktif dolaylı temsil yetkisi ve pasif dolaylı temsil yetkisi şeklinde olabilir. Aktif dolaylı temsil yetkisi halinde, dolaylı temsilci olarak hareket eden ortak, dolaylı temsil olunan ortaklar hesabına bir irade açıklamasında bulunabilir. Buna karşılık pasif dolaylı temsil halinde, bu ortak sadece bir irade açıklamasını diğer ortaklar hesabına kabule yetkili olur.

³⁴⁵ Gizli ortaklık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Bilgili, **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Ankara, 2003.

³⁴⁶ Reisoğlu, s. 149.

³⁴⁷ Bu konudaki görüşler için bkz, Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 16-18.

³⁴⁸ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 40.

³⁴⁹ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 140; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I, (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği)**, Ankara, 1969, s. 223.

Dolaylı temsil yetkisi sadece bir kişiye verilebileceği gibi, birden fazla kişinin birlikte hareket etmeleri şartıyla da verilebilir³⁵⁰. Bu açıklamaya paralel olarak, adi ortaklıkta dolaylı temsil yetkisi ortaklardan yalnızca birine verilebileceği gibi, birden fazla ortağın da birlikte dolaylı temsil yetkisine sahip olabileceklerin söylemek mümkündür. Dolaylı temsil yetkisi genel olabileceği gibi belirli bir hukuki işlem veya hukuki işlem grubu için de verilebilir.

Doğrudan temsili sona erdiren nedenler aynı zamanda dolaylı temsili de sona erdirir. Dolaylı temsilcinin dolaylı temsil yetkisi sona ermesine rağmen, temsil yetkisi varmış gibi hareket etmesi, bu şekilde yapılan hukuki işleme yetksiz dolaylı temsil hükümlerinin uygulanmasına sebep olur.

Bu ortak daha sonra bu işlemde doğan hakları ve borçları ortaklara ait özel malvarlığına nakletmekle yükümlüdür. Başka bir ifadeyle söz konusu hukuki işlemlerin sonucunda ortaya çıkan hak ve borçlar, hukuki işlemi gerçekleştiren ortağın kendisi de dahil olmak üzere diğer ortaklara devredilecektir.

Adi ortaklıkta bir ortağın dolaylı temsilci olarak kendi adına fakat ortaklık hesabına hareket etmesi hususu TBK 637/f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur*”. TBK 637/f.1’e göre ortaklığın dolaylı temsili, bir ortağın kendi adına ve ortaklık hesabına hareket etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Başkası hesabına hareket hem doğrudan temsil hem de dolaylı temsil için söz konusudur. Dolayısıyla buradaki ayırım bakımından önemli olan husus, işlemi gerçekleştirenin kimin adına hareket ettiğidir³⁵¹. İşlemi gerçekleştiren ortak, yaptığı işlemde kişisel olarak sorumlu olacağına ilişkin iradesini beyan ederse, bu takdirde ortağın kendi adına hareket etmesi söz konusu olacaktır³⁵². Bu beyan açıkça olabileceği gibi, zımni de olabilir ve özellikle hal ve tavırlardan da anlaşılabilir. Bir ortağın kendi adına hareket edip etmediğine güven prensipleri çerçevesinde anlam

³⁵⁰ Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 142.

³⁵¹ Kuyucu, s. 10.

³⁵² Kuyucu, s. 10; Ayrıca bkz “... dolayısıyla temsilde, temsil olunan ile üçüncü şahıs arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin doğmayacağı esası BK. 533. maddesinde (TBK. m. 637) ifade edilmiştir. Aslında Borçlar Kanunun genel bölümünde temsil bölümleri arasında yer alması gereken bu prensibin çeşitli sözleşme tiplerinin düzenlendiği ikinci bölümde bulunması; doğrudan doğruya temsil- dolayısıyla temsil ayırımının başarısızlığını ortaya koyar”, Teoman Akünal, **Türk- İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi**, İstanbul, 1975, s. 30.

verilir. Ortağın kendi adına hak sahibi ve sorumlu olmayı istediğinin, üçüncü kişinin onun davranışlarından açıkça anlaşılabilir durumda olması gerekir³⁵³.

Bir ortak kendi adına hareket ettiği zaman, ortaklık hesabına faaliyette bulunmuş olsa bile, bu hareket diğer ortaklar için doğrudan hüküm doğurmaz. Akdedilen hukuki işlemin hükümleri sadece işlemi yapan ortak (kişisel malvarlığı) üzerinde gerçekleşir.

II. İŞLEMDE BULUNAN ORTAK İLE ORTAKLIK ARASINDAKİ İLİŞKİ

TBK md 637/I gereğince adi ortaklıkta bir ortağın kendisi adına ortaklık hesabına işlem yapması bir başka ifadeyle işlemin dolaylı temsil yoluyla yapılması mümkündür. Dolaylı temsil yoluyla işlem yapma imkanı gizli adi ortaklık dışında normal adi ortaklıkta da mevcuttur. Bu sebeple normal adi ortaklıkta da ortaklardan biri, dolaylı temsilci olarak bir işlem yapmışsa, bu işlemde doğan haklar ve borçlar temsilci ortağın hukuk alanında sonuç doğurur. Diğer ortakların iç ilişkide temsilci ortağa başvurmaları gerekir³⁵⁴ Bu durumu örneklendirecek olursak, şayet ortaklardan biri tarafından elde edilen bir ürün, ortak tarafından kendi adına satılırsa, ortaklık ya da diğer ortaklardan biri alıcıya karşı bir hak iddia edemeyecek, ancak iç ilişkide dolaylı temsilci ortağa başvurmaları gerekecektir³⁵⁵.

Yargıtay'ın bu konudaki kararına (13. HD, 5.11.1982, E. 1982/ 5924, K. 1982/ 6583) dayanan bir olayda³⁵⁶, ortak tarafından dolaylı temsil ilişkisi içinde üçüncü bir kişiye tuğla satışı gerçekleşmiştir. Yargıtay, olaydaki tuğla satımını dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirdiğini, bu satış sözleşmesi sonucunda doğan hak ve borçların sözleşmenin tarafları olan ortak ve satış yapılan üçüncü kişiye ait olacağını, satıştan kaynaklanan dava için diğer ortaklarının muvafakatinin

³⁵³ Kuyucu, s.10.

³⁵⁴ Şener, Adi Ortaklık, s.397-398.

³⁵⁵ Bu hususta bk. Karayalçın, s. 148; Şener, Adi Ortaklık, s. 398.

³⁵⁶ "... Davacı tuğlaları davalıya kendisinin satmış bulunduğunu iddia ederek dava açmıştır. ,satılan tuğlaların adi ortaklığın malı olması davacının tek başına bu davayı açmasına engel değildir. Çünkü BK'nun 533. maddesine göre şirket hesabına ve kendi namına bir üçüncü kişi ile muameleye girişen şerik, bu üçüncü kişiye karşı yalnız kendisi alacaklı ve borçlu olur. Davalı, tuğlaların ortaklık namına satıldığını iddia ve ispat etmiş değildir. Bu durumda sözleşmeden doğan hak ve borçlar sözleşmenin tarafları olan davacı ile davalıya ait olur. Davada şirketin temsiline veya diğer ortağın muvafakatini almaya bu nedenle gerek yoktur. Bu durumda davalı kendisine satılan tuğlaların adi ortaklığın malı olduğunu ileri sürerek davanın reddini isteyemez..." Karahasan, Yargıtay Kararları, s. 1451-1452.

alınmasının gerek olmadığını, dolaylı temsilci ortağın kendi adına dava açabileceğini ve bu durumda davalının kendisine satılan tuğlaların adi ortaklığın malı olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemeyeceğini içtihat etmiştir³⁵⁷.

Yargıtay’a konu olan bir başka kararında (HGK, 3.4.1963, E. İc. İf/5, K. 1963/6) ³⁵⁸ ise, ortaklardan biri dolaylı temsil ilişkisiyle şeker fabrikasına pancar satmış ve bunun karşılığında ortak, fabrikadan sattığı ürün bedelini alırken bu ortağın alacaklılarında biri bu bedele haciz koydurmuş, bu gelişme üzerine diğer ortak satışı yapan dolaylı temsilci ortağa karşı istihkak davası açmış ve dolaylı temsilci ortak tarafından dava kabul edilmiştir. Bunun sonucunda bu ortak aldığı ilamı mahkemede delil olarak göstererek bu paradan kendisine düşen payını istemiştir. Yargıtay ise ortağın aldığı ilamın delil olamayacağını, borçlu tarafından gerçekleştirilen haciz işleminin geçerli olduğunu, diğer ortağın dolaylı temsil ilişkisinden dolayı ancak temsilci ortağa başvurabileceğine karar vermiştir³⁵⁹.

Yargıtay’ın bir başka kararında (**13. HD, 16.5.1993, E.. 5033, K.5077**)³⁶⁰ ise, ortaklardan biri kendi adına kira sözleşmesi yapıp tahliye taahhüdü vermiştir. Sonrasında ise dükkan satılmış ve yeni malikleri tahliye taahhüdüne dayanmışlardır. Bu gelişme üzerine diğer ortak dava açmış ve kendisinin de kiracı olduğunun

³⁵⁷ Şener, Adi Ortaklık, s. 398.

³⁵⁸ “... Davacı ile üçüncü kişi arasında yapılan ortaklık akdine ilişkin iddia doğru olsa bile, davacının bu akde dayanarak şeker fabrikasına satılan malın parası üzerinde bir hak iddia edebilmesi için ortaklık akdi hükümlerince ortaklık durumunun dışarıya karşı belli edilmesi ve özel olarak fabrika ile işlem yapmış olan ortağın hem kendi adına hem de davacı adına fabrika ile işlem yapmış olmasının ortaklarca kararlaştırılmış bulunması yahut, elde edilecek ürünlerin yarısının mülkiyetinin davacıya ait olacağının açıkça kabul edilmiş olması gerekir. Eğer ortaklık akdinde böyle bir şart yoksa, diğer ortak davacıya karşı fabrikaya sattığı malların parasından davacının payını ödeme borcunu üzerine almış olur ki, bu da diğer ortakla davacı arasında sadece bir borç ve alacak münasebeti meydana getirir ve davacı böyle bir münasebete dayanarak ortağında başka kimselere karşı hiçbir hak ileri süremez ve özel olarak fabrikadan alınacak veya alınmış paranın bir bölümünün kendisine ait olduğunu ortaya atamaz. Ortaklık münasebeti aslında borç doğuran bir münasebet olduğu için ortakların alacaklarda veya mallarda ortaklaşa malik oldukları sadece ortaklık münasebetine dayanılarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Olayda olduğu gibi davacının tarlanın maliki bulunması dahi durumu değiştirmez. Esasen böyle bir ortaklıkta tarla sahibinin güttüğü amaç, ortaklık hesabına ekilen üründe mülkiyet edinmek değil onun satı parasından payını düşeni almak olacağına göre, mallar üzerinde mülkiyet hakkını değil sadece diğer ortağına karşı alacaklı olmayı hedef tutmuş bulunması, amacının ermesi bakımında, fazlasıyla yetecektir...” Karar için bk. İKİD 1963, C. III, S. 31, s. 2335-2337.

³⁵⁹ Şener, s. 399.

³⁶⁰ Karar için bkz. Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu**, C.VIII, Ankara, 2003, s. 9723; Şener, s. 401.

tespitini istemiştir. Yargıtay bu olayda, bu davanın açılabilirliğini, ortağın bu davayı açmakta hukuki yararı olduğu kararına varmıştır.

“... Davacı Kültür mahallesi Meşrutiyet Caddesi, No: 43/B Ankara adresindeki iş yerini ortağı Neşet Aydın ile birlikte Ayşe Şahin’den kiraladıklarını, yalnız kira sözleşmesinin Neşet Aydın’la düzenlendiğini, kiralananın davalılara satılması üzerine Neşet Aydın’dan alınan tahliye taahhüdüne dayanılarak tahliye davası açtığını öne sürerek, kiracılığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar kiralananı satın aldıklarını, esas kiracının Neşet Aydın olduğunu, davacının kiracılık sıfatı bulunmadığını savunmuşlar, davanın reddini dilemişlerdir Mahkemece; davacı aleyhinde davalıların tahliye davası açmadıkları, tahliye taahhüdünü verenin de davacı olmadığı, o nedenle davacının kira tespitine ilişkin davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı kabul edilmiş, sonradan hüküm fıkrasında davacının aktif husumet ehliyeti olmaması nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Hemen belirtelim ki, davanın açılma koşullarından olan hukuki yarar ile aktif husumet ehliyeti tamamen birbirinden ayrı hukuki müesseselerdir. Aktif husumet ehliyeti daha önce gelir. Bunun varlığı halinde mevcutsa davanın açılmasında hukuki yararın var olup olmadığı doğrudan gözetilir. Kararın gerekçesinde açıklananlar göz önünde tutulduğunda davanın hukuki yarar olmadığından reddedilmiş olduğu sonucuna kavuşturulmuştur.

Bir davada ileri sürülen maddi olguları değerlendirmek, yasa maddelerini bulup uygulamak hakimnin doğrudan görevidir (HUMK m. 76).

Davacı, ortağı hakkında açılan tahliye davası sonucunda verilecek kararın hukuken kendisini de etkileyeceğini, açılan tahliye davasında kendisine de husumet yöneltilmesi gerektiği halde bunun eksik bırakıldığını açıklayarak kiracılığının tespitini istemektedir. Gerçekten de davacı, işbu dava lehine hüküm olduğu takdirde İİK’nun 27’nci maddesinden yararlanma olanağı söz konusu olabilir. O nedenle davacının ortağı hakkında açılan 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1992/1990 esas sayılı tahliye davası göz önünde tutulduğunda, davacının açıklanan davayı açmakta hukuki yararının varlığında duraksamaya yer olmamalıdır...”

Kanaatimizce Yargıtay’ın verdiği bu hüküm isabetli olmamıştır³⁶¹. Dolaylı temsilin özelliğine işaret eden TBK m. 637/I’e (BK 533) bakarsak kendi adına ve ortaklık hesabına işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olmaktadır. Bu kira sözleşmesinden kaynaklanan borçlardan sorumluluk da işlem yapan ortağa ait olmaktadır. Dolayısıyla kira sözleşmesinin tarafı olmayan diğer ortağın tespit davası açmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Yine tahliye

³⁶¹ Bu yöndeki görüş için bk. Şener, s. 401.

taahhüdünden kaynaklanan davaların da sadece sözleşmeyi yapan ortağa yöneltilmesi gerekmektedir.

Acaba dolaylı temsilcinin yaptığı işlemin sadece kendi hesabına mı yoksa ortaklar hesabına da mı yapıldığı, akla büyük olasılıkla gelebilecek bir sorundur. Bu sorunun tespitini yapmak çok önemlidir. Zira yapılan işlemden dolayı elde edilecek hak veya borçların sadece işlem yapan ortağa mı yoksa diğer ortaklara da mı ait olacağının belirlenebilmesi için bu tespitin yapılması gerekir. Peki bu tespit neye göre yapılacaktır? Böyle bir durumla karşılaşıldığında yapılan işlemin amacına, niteliğine ve işlemin ortaklığın işletme konusuyla olan bağlantısına bakmak en doğru ve doğal çözüm yolu olacaktır. Şayet yapılan işlem ortaklığın ortak amaç ve gayesine veya ticari örf ve adetlere uygun ve ortaklığın konusuyla da bağlantılıysa, bu işlem sonucunda doğan hak ve borçların diğer ortaklara da ait olduğu, aksi halde kendi hesabına yapıldığını kabul etmek gerecektir³⁶².

III. DOLAYLI TEMSİLDE HAK VE BORÇLARIN DİĞER ORTAKLARA İNTİKALİ

A. GENEL OLARAK

Dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden ortak, bu sıfatıyla gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin neticesinde doğan hakları ve borçları ortaklık malvarlığına devretmekle yükümlüdür. Türk Borçlar Kanunu’nun 630. maddesinin 1. Fıkrası incelendiğinde, “*Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir*” denilerek, yönetici ortak ve diğer ortaklar arasındaki ilişkilerde vekalet hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun vekâlet ilişkilerini düzenleyen maddelerinden biri olan “*Hesap verme*” başlığıyla 508. Maddesi, “*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür. Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle*

³⁶² Karayalçın, Şirketler, s.95; Özenli, s. 99; Şener, s. 401.

yükümlüdür.” şeklindedir. Bu maddede başkası hesabına iş görmenin doğal sonucu olarak hesap vermekten ve aldıklarını verme borcundan bahsedildiğini görmekteyiz³⁶³. Dolaylı temsilci ile dolaylı temsil olunan arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesinden başka bir sözleşme olduğu durumlarda da aynı hüküm uygulama alanı bulacaktır³⁶⁴.

Dolaylı temsilci, bu borcunun gereği olarak, üçüncü kişilerle giriştiği hukuki işlemler sonucunda elde ettiği şeylerin yanında, dolaylı temsil yetkisini kullanmak amacıyla dolaylı temsil olunandan aldığı ancak kullanmadığı şeyleri veyahut masraf avansı gibi elinde kalan parayı da kendisine satılmak için verilen fakat satamadığı şeyleri ya da satılamayan taşınmazın tapu senedi gibi belgeleri dolaylı temsil olunan vermekle yükümlüdür³⁶⁵.

Dolaylı temsilci ortağın aldıklarını verme borcunun kapsamında, bu alacaklarının geçişinin nasıl yapılacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu’nun 630. maddesinin 1. fıkrası yaptığı atıfla bizi Türk Borçlar Kanunu’nun 509. maddesine ve 40. maddesine ulaşmamızı sağlamaktadır³⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nun 509. maddesi hükmü, Türk Borçlar Kanunu’nun 637. maddesinin 1. fıkrasında özel olarak bahsedilmemiş olmasına rağmen, dolaylı temsili hem unsurları hem de hükümleri itibari ile düzenlemesi nedeniyle dolaylı temsilin sözkonusu olduğu her durumda uygulama alanı bulacaktır³⁶⁷. Bu bakımdan adi ortaklıklarda dolaylı temsil ile elde edilen alacakların diğer ortaklara intikalinde de uygulanacaktır³⁶⁸.

Adi ortaklıkta dolaylı temsilci olarak hareket eden ortağın giriştiği hukuki işlemler neticesinde bir taşınır elde etmesi halinde aldıklarını verme borcunu zilyetliğin devri ile (TMK. M. 763/I), nama yazılı kıymetli evrakta devir ve senedin teslimi ile, emre yazılı olanlarda ciro ve senedin teslimi ile, hamiline yazılı olanlarda ise sadece senedin teslimi ile bu borç yerine getirilecektir³⁶⁹. Bir alacak söz konusu olduğunda Türk Borçlar Kanunu’nun 509. Maddesi uygulama alanı bulamadığı durumlarda mevzuatımızda dolaylı temsilin düzenlendiği kabul edilen diğer bir

³⁶³ Yavuz, ss.166-167; Tandoğan, s.479; Kuyucu, s.12.

³⁶⁴ Yavuz, s.168.

³⁶⁵ Tandoğan, s.489; Yavuz, s.168.

³⁶⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 72; Yücel, s.71.

³⁶⁷ Yavuz, ss. 126-127-128.

³⁶⁸ Yücel, s.72.

³⁶⁹ Kuyucu, s.13; Yücel, s. 72-73.

hüküm olan Türk Borçlar Kanunu'nun 40. maddesinin 3. fıkrası gereği olarak, başkalarının yaptığı hukuki işlemlerden doğan alacaklarını alacağın devrine ilişkin hükümler çerçevesinde (TBK. m.183 vd.) elde edebilmeleri de mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 1. fıkrası hükmünce, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına elde ettiği alacakların, dolaylı temsil olunan geçmesi, ya Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 1. ve 2. fıkraları hükümleri gereği “*kanunen*” ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 40. maddesinin 3. fıkrası hükmünün öngördüğü şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 183 vd. Maddeleri hükümleri çerçevesinde “*alacağın devri*” yolu ile mümkün olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça, alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir”. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nun 183 vd. hükümleri dolaylı temsile özgü bir yol olmadığı için üzerinde ayrıca durulmayacaktır³⁷⁰.

Adi ortaklıkta dolaylı temsici ortağın yaptığı hukuki işlemler sonucu dolaylı temsil olunana devir borcunun konusu taşınmaz ise, bazı hususlar üzerinde durulması gerekecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 716. Maddesinde, bir taşınmazın adına tescilini isteyebilmek için mülkiyetin kazanılmazına esas olarak bir hukuki sebebe dayanılması gerektiğinden bahsedilmiş fakat bu hükümde nelerin mülkiyeti kazanma sebebi olduğu açıklanmamıştır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesinin de bir satım sözleşmesi gibi mülkiyetin nakli borcunu doğurabileceğini kabul etmek gerekir. Bu şekilde vekâlet sözleşmesini mülkiyeti nakil borcu doğurmaya elverişli olduğunu kabul edince, böyle bir borcun varlığı, Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesinde düzenlenen vekilin alınanların geri verilmesine ilişkin borcun uygulama alanıdır³⁷¹.

Böylece vekâlet sözleşmesinin mülkiyeti nakil borcu doğurmaya uygun bir sözleşme olduğunu kabul edince, dolaylı temsilci bu borcunu yerine getirmediği takdirde, taşınmazlarda Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi hükmünce tescile karar verilmesini dolaylı temsil olunanın mahkemeden isteyebileceğini kabul etmek gerekir³⁷². Doktrindeki aynı yöndeki bir başka görüş de Türk Borçlar Kanunu'nun

³⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, ss. 1239-1240; Yücel, s.72.

³⁷¹ Yavuz, s.170; Kuyucu, s.13.

³⁷² Yavuz, s. 170.

509. maddesi hükmünün dolaylı temsil yoluyla alınmış taşınmazlarda uygulanamayacağını ve bu durumda taşınmazın diğer ortaklara devrinin Türk Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinin yollamasıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine dayalı birdava ile talep edilebileceğini belirtmiştir³⁷³.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, adi ortaklıkta elde edilenlerin verilmesine ilişkin borcun konusunu taşınmaz mülkiyeti oluşturduğunda, alınanların verilmesi borcunun varlığının bir geçerlilik şekline tabi olup olmadığıdır. Bu sorun temel ilişki olarak vekâlet sözleşmesinin söz konusu olduğu ve dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil olunan hesabına taşınmaz alımı ve satımına ilişkin işlemler yapması durumunda bu sözleşmenin geçerliliğinin bir şekle tabi olup olmadığı sorunundan farklı olarak; alınanların verilmesine ilişkin borcun geçerli olabilmesi için bir geçerlilik biçiminin gerekip gerekmediği yönünde, bir verme borcuna ilişkin bir tartışmadır³⁷⁴. Bu konuda 1953 tarihli ve 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında³⁷⁵, “*Bundan başka kanunun 632’nci (634 olacak) maddesinin sıhhat şartı olarak vazettiği şekle uygun bir temlik taahhüdü de taraflar arasında (vekil ile müvekkil arasında) mevcut değildir. Binaenaleyh iddia olunan münasebetin (...) ve şekline nazaran ihraz ettiği mülkiyet hakkını kendine devreylemesi için davalıyı icbar edecek hukuki sebepten davacıların bu davalarda mahrum bulunduğu kabulü iktiza eder*” denilerek, alınanların verilmesi borcunun konusunun geçerli olabilmesi için geçerlilik şekline uygun yapılmış bir devir taahhüdü aranmaktadır³⁷⁶. Daha sonra Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 22.1.1974 tarihli E. 1973/11654, K. 1974/266 sayılı konuya ilişkin bir kararında, “...Taraflar arasındaki ilişki özel ortaklıktan ibaret bulunduğuna göre uyumsuzluğun çözümlenmesinde MK’nun 634. maddesi yerine BK’nun adi ortaklık hükümlerinin uygulanması zorunludur. BK’nun 530/1. Maddesine göre, idareci ortak durumunda bulunan davalı ile davacı arasındaki münasebetin vekâlet hükümleri çerçevesinde düzenlenmesi gereklidir. BK’nun vekâlet ile ilgili 386. ve sonraki maddeleri ile birlikte incelendiği takdirde davalının vekil (idareci ortak sıfatı ile iktisap ettiği

³⁷³ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 399; Şener, s.402.

³⁷⁴ Yavuz, ss.170-171.

³⁷⁵ Yavuz, ss.169-171.

³⁷⁶ Yavuz, ss.171-172.

taşınmaz mal üzerinde davacının mevcut olan hakkının tanınması için vekille müvekkil adi ortaklıkta ortaklar arasında mülkiyetin devrini sağlamak amacı ile resmi şekilde düzenlenmiş ayrı bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç bulunmadığı) sonucuna varılır...” diyerek, dolaylı temsilcinin elde ettiklerinde verme borcunun konusunu taşınmaz mülkiyeti oluşturduğunda ayrıca şekle uyulmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir³⁷⁷.

Doktrinde de kabul edilen genel görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu’nun 630. maddesinin yaptığı yollamayla Türk Borçlar Kanunu’nun 508. maddesi hükmü uygulama alanı bulacağından, adi ortaklıkta dolaylı temsilcinin alınanların verilmesine ilişkin borcunun vekalet sözleşmesinin kanuni bir hükmü olduğu kabul edildiğinden ve idareci ortağın ortaklık ilişkisinin özelliğinden doğan kanuni bir borcu olduğundan, artık adi ortaklık sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına gerek olmadan ortaklar tapu kütüğünde tescil talep ederek bu taşınmazın tescilini sağlayabilmelidirler³⁷⁸.

Adi ortaklıkta dolaylı temsilci ortağın elde ettiği alacakların diğer ortaklara intikali bakımından önem taşıyan Türk Borçlar Kanunu’nun 509. maddesi hükmü incelenerek üzerinde durulacaktır.

³⁷⁷ Şener, ss.402-403-404; Yavuz, s.173.

³⁷⁸ İsmet Sungurbey, İğret-i Ad, s.166 vd; Yavuz, s. 173; Şener, ss.404-405.

B. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 509. MADDESİ HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

1. Adi Ortaklık İlişkilerine Uygulanabilirliği

Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesi, edinilen hakların vekalet verene geçişini düzenlemiştir. Bu madde şu şekildedir : “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer. - Vekilin iflası hâlinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir. -Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır.*”

Açıklamalara geçmeden önce şunu belirtmek gerekir ki, dolaylı temsil, Türk ve İsviçre hukuklarında vekalet sözleşmesi hükümlerinde düzenleme alanı bulmuştur³⁷⁹. Faka şunu belirtmek gerekir ki dolaylı temsil ilişkisi vekalet sözleşmesinden bağımsızdır. Dolaylı temsil ilişkisi vekalet sözleşmesinden farklı bir ilişkiye de dayanabilir.

İsviçre hukukunda bazı yazarların temsil ettiği görüşe göre; adi ortaklıkta gerekli şekilde alacağın temlik yapıncaya kadar, dolaylı temsilci olarak hareket eden ortak, üçüncü kişiye karşı tek başına hak sahibidir. Eğer idare yetkisi özel bir vekaletle dayanarak elde edilmişse, bu takdirde başka bir durum da geçerli olabilir. Böyle bir halde, yani yetki özel bir vekalet sözleşmesine dayanarak verilmişse, TBK 509 hükmü uygulama alanı bulur. Ortağın kendi adına fakat özel bir vekalet nedeniyle bu vekaletle dayanarak üçüncü kişiye karşı elde etmiş olduğu alacak hakları, diğer ortaklar, vekalet ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirir getirmez bu hükümde belirtilen yasal devir gereğince ortaklığa geçecektir³⁸⁰.

³⁷⁹ Yavuz, s.127.

³⁸⁰ Kuyucu, s.16.

Bu noktada özel vekalet dayanan dolaylı temsil halinin üzerinde durmak yerinde olacaktır. Ortaklar, ortaklığın amacına ulaşabilmesi için gerekli olan edimlerini, sadece katkı payıyla yerine getirmek zorunda değildirler. Söz konusu edimlerini, yapacakları başka bir işlem yoluyla da yerine getirebilirler. Örneğin ortaklık hesabına bir satım sözleşmesi, kire sözleşmesi vs yapması da mümkündür. Başka bir ifadeyle, ortağın ortaklık hesabına bu şekilde sözleşmeler yaparak da edimini yerine getirmesi kararlaştırılabilir. Bu tür işlemler için, ortaklık bir ortağı dolaylı temsilci olarak yetkilendirebilir. Özel bir vekalet dayanan dolaylı temsilin hükümlerine ilişkin olarak, özellikle hukuki işlem sonucu elde edilenlerin teslimi ve ortağın yapmış olduğu masrafları talep etmesi hakkında, vekalet hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Buna karşı bir başka görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinin 1. fıkrasındaki vekalet hükümlerinin uygulanacağına ilişkin atıf, özel bir vekalet bulunmayan hallerde de, Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen kanunî devre ilişkin hükümlerin uygulanmasına imkan verir. Dolaylı temsil halinde üçüncü kişiye karşı sahip olunan alacakların ortaklığa geçişi, Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinde belirtilen yasal devir yoluyla da olur. Bunun için ortaklığın işlemi yapana karşı bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir³⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesi hükmü, dolaylı temsil halinden söz etmektedir. Bu hüküm dolaylı temsile ilişkin genel bir hükümdür. Bu hüküm hem dolaylı temsilin unsurlarını hem de borçlandırııcı işlemler aşamasındaki hükümlerini düzenlemektedir³⁸². Bunun yanında adi ortaklar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 1. fıkrasında da özel bir düzenleme vardır. Bu hükmün dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına alacak hakları kazanması halinde, bu alacakların dolaylı temsilciye mi yoksa dolaylı temsil olunana mı ait olacağını düzenlemesi bakımından özel bir önemi vardır. Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 1. fıkrası hükmü, bu işlem sonucu kazanılan alacakların kime ait olacağını açıkça düzenleyen tek hükümdür³⁸³. Bu hükümde ortaklık hesabına ve

³⁸¹ Kuyucu, s.17.

³⁸² Yavuz, s.127.

³⁸³ Yavuz/Acar/Özen, s.624.

kendi adına üçüncü kişilerle hukuki işleme girişen ortağın, bu işleminden dolayı sadece kendisinin alacaklı ve borçlu olduğu belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 1. fıkrası hükmünde, Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesine yapılan herhangi bir atıf yoktur. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında özel olarak belirtilmemesine rağmen, adi ortaklıktaki dolaylı temsilde uygulanacaktır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 1. fıkrasında, Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinden ayrı olarak ayrıca dolaylı temsile ilişkin hükümlerin getirilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir³⁸⁴.

2.Yasal Devir (TBK m. 509)

a. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi dolaylı temsilcinin dolaylı temsil oluna hesabına alacak hakları kazanması durumunda, alacağın sahibinin dolaylı temsilci mi yoksa dolaylı temsil olunan mı olduğunu açıkça düzenleyen tek hüküm TBK. m. 637/I hükmüdür. Ancak şunu belirtmek gerekir ki; TBK. m .509/f.1-2 hükümlerinde dolaylı temsil olunan hesabına kazanılan alacakların onun tarafında nasıl iktisap edileceği düzenlenmiştir. Bu hükümlerin karşıt anlamından dolaylı temsilcinin kural olarak dolaylı temsil olunan hesabına kazandığı alacakların sahibi olduğu anlaşılmaktadır³⁸⁵. TBK. m. 637/f.1 hükmünce dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına kazandığı alacakların dolaylı temsil olunanca kazanılması, benimsenecek görüşe göre ya TBK. m.509/f.1-2 hükümlerinin öngördüğü düzenleme içinde kanunen ya da TBK. m. 40 hükmü gereğince TBK. m.183 vd hükümlerinde düzenlenen alacağın devri yoluyla mümkün olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında öncelikle TBK.m 509 hükümlerinin amacı ve niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Dolaylı temsil halinde, dolaylı temsilcinin bu sıfatı ile yaptığı borçlandırııcı işlemlerden doğan alacak haklarının sahibi, geçici bir süreyle de olsa dolaylı temsilcidir. Bu haklar ekonomik açıdan olmasa bile hukuken

³⁸⁴ Yavuz, s.128.

³⁸⁵ Yavuz, s. 222.

dolaylı temsilcinin malvarlığına tabidirler³⁸⁶. Bu bakımdan dolaylı temsilcinin borcuna aykırı davranarak alacağı temlik etmesi tehlikesine, ayrıca dolalı temsilcinin kendi alacaklılarının onun malvarlığına el koyması ihtimaline karşı dolaylı temsil olunanı koruyucu çözümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Dolaylı temsilcinin alacaklara ilişkin kazanılanları verme borcunu yerine getirmekten kaçınması veya iflas ya da haciz dolayısıyla borç konusu üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmesi yüzünden bu borcunu yerine getirememesi ihtimallerine karşı temsil olunanı korumak amacıyla TBK 509/f.1-2 hükümleri düzenlenmiştir³⁸⁷.

TBK. m. 509 da belirtilen düzenleme, dolaylı temsil olunanı bu yollara gitmekten kurtarır ve ona dolaylı temsilcini üçüncü kişiden elde ettiği alacağı başkasına devretmesini önler³⁸⁸. TBK. m. 509/f.2 hükmünün varlığı sayesinde, dolaylı temsilcinin, dolaylı temsilci tarafından onun hesabına kazanılan alacakların kendisine devri konusunda sahip olduğu alacağın iflas nedeniyle paraya dönüşmesi ve müvekkilin bu alacağı için sadece garameden bir pay alabilecek olması önlenmiştir³⁸⁹.

b. Yasal Devrin Şartları

Yasal devrin ilk şartı, dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil olunana karşı aralarındaki hukuki ilişkiden doğan borçları ifa etmesidir.

Adi ortaklıkta diğer ortaklar, dolaylı temsilci olarak hareket eden ortağa karşı yükümlülüklerini yerine getirmelidirler. TBK. m. 509/f.1 e göre dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilcinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu hukuki işlemde doğan alacakları kazanabilmesi için öngörülen şart, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciye karşı bütün borçlarını ifa etmesidir. Aksi takdirde dolaylı temsilci dolaylı temsil olunan ile aralarındaki başka bir ilişki nedeniyle, dolaylı temsil olunana karşı

³⁸⁶ Tandoğan, s.512; Yavuz, s.229.

³⁸⁷ Tandoğan, s. 513; Yavuz, s.230; Yavuz/Acar/Özen, s.629.

³⁸⁸ Tandoğan, s.513; Teoman Akunal, **Türk İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.30.

³⁸⁹ Tandoğan, s. 513.

sahip olduğu alacak hakkına dayanarak, dolaylı temsil olunanın doğrudan alacaklı olmasını engelleme imkanına sahip olacaktır³⁹⁰.

Bu ifanın yasal devrin şartı olması yanında, ifa anı yasal devrin gerçekleşmesi zamanını belirler. Yani ifanın yapıldığı anda yasal devir de gerçekleşmiş olur³⁹¹.

Yasal devrin bir diğer şartı da, dolaylı temsilci tarafından kendi adına ve dolaylı temsil olunan hesabına bir işlemin yapılmış olmasıdır.

Bir diğer şart ise dolaylı temsilcinin kendi adına fakat dolaylı temsil olunan hesabına yaptığı işlemde kendi lehine bir alacak hakkı doğmuş olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, sadece alacakların yasal devrin konusunu teşkil etmesidir. Dolaylı temsilcinin kendi adına fakat dolaylı temsil oluna hesabına kazandığı taşınır mülkiyeti kanunî temlik yoluyla müvekkile geçmeyecektir³⁹². dolaylı temsin olunan taşınırlara ilişkin olan menfaati, sadece dolaylı temsilcinin iflası halinde TBK. m .509/f.3’de ayırma hakkı ile korunmuştur.

TBK. m. 509/f.1-2’ye dayanarak lehine kanunî temlik gerçekleştiğini iddia eden kimse, temlik konusu alacağın kendi hesabına kazanıldığını ispat etmelidir. Bu kimsenin, bunun için geçerli bir vekaletin veya dolaylı temsil yoluyla işle yapılmasını dayandığı başka bir sözleşmenin (örneğin; adi ortaklık, hizmet akdi gibi) varlığını ve bu vekalet veya başka sözleşme ile alacağı doğuran işlem arasındaki ilişkiyi göstermesi gerekmektedir³⁹³. Her halde söz konusu hukuki ilişkinin, dolaylı temsilcinin iflasında veya dolaylı temsil olunan hesabına kazandığı alacağa haciz konulmasından önce mevcut olduğu ispat edilmelidir. Dolaylı temsil olunan, alacağı doğuran işlemin (üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemin) aralarındaki hukuki ilişkide öngörülen şartlara uygun olduğunu ispat etmesi TBK. m .509 daki hakların ileri sürülebilmesi için yeterlidir³⁹⁴.

Dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunana hesabına kazandığı alacakların alacağı sona erdiren herhangi bir nedenle sona ermemiş olması gerektiği de, doktrinde kabul edilen bir başka şarttır. Buna göre, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciye karşı olan borçlarını ifa anında, dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil olunan

³⁹⁰ Yavuz, s. 239.

³⁹¹ Tandoğan, s.520.

³⁹² Tandoğan, s.515.

³⁹³ Tandoğan, s. 519.

³⁹⁴ Hernan Becker, İsviçre **Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm- Özel Borç İlişkileri (m.184-551)**, , Çev. Suat Dura Yargıtay Yayını No:24, Ankara, 1993, Art. 401, N. 2.

hesabına kazanmış olduğu alacakların henüz, ifa, takas, kusursuz imkansızlık gibi nedenlerle sona ermemiş olması gerekir³⁹⁵.

c. Yasal Devrin Hükümleri

Yasal devirin yukarıda belirtilen şartları gerçekleştiğinde, dolaylı temsilcinin alacağın devrine ilişkin olarak ayrıca TBK. m. 184/f.1 hükmünde belirtildiği gibi yazılı bir devir beyanına gerek olmadan, onun bu niteliğine bağlı olarak yani kendi adına ve fakat dolaylı temsil olunan hesabına üçüncü kişilerden olan alacakları dolaylı temsil olunana geçer³⁹⁶. Yasal devrin gerçekleşmesi anından itibaren dolaylı temsilci bu alacalar üzerinde tasarruf yetkisini kaybeder³⁹⁷. Bu noktada adi ortaklığın kendine özgü yapısını da göz önünde bulundurmak gerekir. Belirtmiş olduğumuz gibi, bir adi ortaklıkta bir ortak kendi adına ve ortaklar hesabına hareket ettiği durumlarda, söz konusu ortaklar arasında kendisi de yer alacaktır. bu nedenle dolaylı temsilcinin devrin gerçekleşmesi anından itibaren geçerli olmak üzere söz konusu alacaklar üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmesini bu bağlamda değerlendirmek gerekir³⁹⁸.

Yasal devrin gerçekleşmesi için dolaylı temsil olunan bir ifa davası açamaz, faka bu devrin şartlarının gerçekleştiğini tespit ettirmek için bir tespit davası açabilir. Bu davada hakim alacağın hangi anda dolaylı temsil olunana geçmiş olduğunu da tespit eder³⁹⁹. Yasal devir, sözleşmesel devire benzer hükümler meydana getirir. alacağın fer'i olan haklar, örneğin rehin hakkı varsa bunlar da ortaklara geçer (TBK. m .189). Dolaylı temsilci, dolaylı temsil olunana alacak senedini ve diğer ispatla ilgili belgeleri teslim etmekle yükümlüdür (TBK. m .190).

TBK. m .509, Türk Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiş olsa da, dolaylı temsili hem unsurları hem de

³⁹⁵ Tandoğan, s.521; Yavuz, s. 242.

³⁹⁶ Tandoğan, s.521; Yavuz, s. 241.

³⁹⁷ Tandoğan, s.522.

³⁹⁸ Kuyucu, s. 21.

³⁹⁹ Tandoğan, s.523; Yavuz, s. 242.

hükümleri itibariyle düzenlemesi sebebiyle genel nitelikte bir hüküm olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁰.

TBK. m. 509 hükmü kapsamında dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına borçlar taahhüt etmesi durumunda, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciyi söz konusu borçtan kurtarma yükümlülüğü vardır. Dolaylı temsilci, bu sıfatıyla yaptığı hukuki işlemler sonucu ortaya çıkan borçlardan şahsen sorumludur. Dolaylı temsil olunanın, dolaylı temsilciyi bu borçlardan kurtarma yükümlülüğü vardır. TBK. m. 510'da bu durum, vekalet verenin vekile, vekaletin gereği gibi ifası için yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemesi ve yüklendiği borçlardan onu kurtarması gerekmektedir şeklinde belirtilmiştir. Kanunda böyle bir düzenleme olmasaydı bile, söz konusu borçlarda kurtarma yükümlülüğü, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciyi onun hesabına hareket etmesi nedeniyle yaptığı masrafları ödemesi yükümlülüğünün özel bir çeşididir⁴⁰¹. Bu nedenle dolaylı temsil olunanın masrafları ödeme borcunun sonucu olarak dolaylı temsilciyi hesabına hareket etmesi nedeniyle ortaya çıkan borçlardan kurtarması gerekmektedir.

Adi ortaklıkta da dolaylı temsilci olarak hareket eden ortak, yaptığı hukuki işlem sonucu ortaya çıkan borçlardan dolayı şahsen sorumludur. Diğer ortaklar, kendileri hesabına hareket eden ortağa TBK. m. 627 hükmüne göre sorumludur. TBK. m. 627/f.1 hükmüne göre, ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olacaklardır.

Dolaylı temsilcinin dolaylı temsil oluna hesabına girdiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü TBK. m.195 te belirtilen borcun iç üstlenilmesini akla getirebilir. Burada belirtmek gerekir ki, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma borcu, kanundan doğan bir borçtur. Bu sebeple dolaylı temsil olunanın TBK. m. 195 te belirtildiği şekilde bir borçtan kurtarma vaadinde bulunması gerekli değildir⁴⁰².

Dolaylı temsilcin dolaylı temsil olunana karşı sahip olduğu, onun hesabına girdiği borçların ödenmesi şeklindeki talep hakkı, bir alacak hakkıdır. Başkasına

⁴⁰⁰ Yavuz, s. 126.

⁴⁰¹ Tandoğan, s.549; Yavuz, s. 250.

⁴⁰² Yavuz, s.251.

devredilmesi mümkün olduğu gibi, dolaylı temsilcinin alacaklıları tarafında haczedilebilir veya dolaylı temsilcinin iflası halinde onun iflas masasında yer alacak kalemlerinden biri olabilir⁴⁰³.

Dolaylı temsilci, dolaylı temsil olunan hesabına girdiği borçlardan kurtarılmasına ilişkin alacağını fiilen borç altına girdikten sonra dolaylı temsil olunana karşı her zaman ileri sürebilir⁴⁰⁴. Dolaylı temsilcinin dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği işlem sonucu ortaya çıkan borçtan kurtarma yükümlülüğü, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiye olan borcu var olduğu sürece devam eder⁴⁰⁵.

3.Ayırma Hakkı

a. Genel Olarak

Dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına taşınır mallar kazanması hali Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre vekalet veren , vekilin kendi adına ve vekalet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilecektir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanacaktır.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, burada dolaylı temsilcinin iflası halinde dolaylı temsil olunana onun hesabına kazanılan menkul eşyayı ayırma hakkı tanınmıştır. Bu konuda doktrinde belirtildiği üzere, dolaylı temsilcinin bir alacaklısı tarafından dolaylı temsil olunan hesabına kazanılan menkul eşya üzerine haciz veya ihtiyati haciz koydurması halinde de ayırma hakkı söz konusu olacaktır⁴⁰⁶.

Bu hüküm sayesinde, dolaylı temsilcinin iflası halinde dolaylı temsil olunan hesabına kazanılan taşınır eşyanın dolaylı temsil olunana teslimine ilişkin alacağın, dolaylı temsilcinin iflası nedeniyle yalnızca kısmen ödenecek bir para alacağına dönüşmesi engellenmiş olmaktadır. Böylelikle dolaylı temsil olunanın dolaylı

⁴⁰³ Tandoğan, s.551; Yavuz, s. 253.

⁴⁰⁴ Yavuz, s.253.

⁴⁰⁵ Kuyucu, s.23.

⁴⁰⁶ Yavuz, s.263.

temsilciye ait karşı borçlarını tamamen ifa etmek zorunda olmasına rağmen, alınanların verilmesine ilişkin kendi alacaklarını ancak kısmen elde etme durumuna düşmesi önlenmektedir⁴⁰⁷.

b. Ayırma Hakkının Şartları

Dolaylı temsilci tarafından kendi adına fakat dolaylı temsil oluna hesabına bir hukuki işlem yapılmış olması, aynı yasal devirde olduğu gibi ayırma hakkının doğmasının da şartıdır⁴⁰⁸.

Ayırma hakkının bir diğer şartı ise, dolaylı temsilcinin kendi adına fakat dolaylı temsil olunanın hesabına yaptığı işlem sonucunda taşınır ve kıymetli evrakın mülkiyetini kazanmış olmalıdır⁴⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen ayırma hakkı, hükümde de açıkça belirtildiği gibi taşınır eşya için söz konusudur. Bu hükmün kıyas yoluyla taşınmazlara uygulanamayacağı belirtilmektedir⁴¹⁰. buna karşılık bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, Türk Borçlar Kanunu'nun 509. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen ayırma hakkının taşınmazlar hakkında da uygulanabileceği ifade edilmiştir⁴¹¹. Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz olarak kazanılabileceği haller Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinde sınırlı sayıda belirtilmiştir. Buna göre, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilde önce kazanılır. Bu sebeple dolaylı temsil olunanın, dolaylı temsilci tarafından onun hesabına kazanılan fakat kendi adına tescil ettirilen taşınmaz mülkiyetini, dolaylı temsilcinin iflası halinde ayırma hakkını kullanarak kendisine geçirme olanağı yoktur⁴¹².

Ayırma hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, dolaylı temsilcinin iflas etmiş olmasıdır. Dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil oluna hesabına ve fakat kendi adına kazandığı alacaklar için dolaylı temsilci iflas etmeden de kanunî

⁴⁰⁷ Yavuz, s.263.

⁴⁰⁸ Tandoğan, s.526.

⁴⁰⁹ Tandoğan, s.340-345; Akünal (İlgili İçin İşlem), s.31.

⁴¹⁰ Becker, Art 401 N6, Çev. Suat Dura; Tandoğan, s. 528.

⁴¹¹ Yarg. İBK. 5.2.1947, 20/6 sayı, bkz. Yavuz, Dolaylı Temsil s.271.

⁴¹² Tandoğan, s.539; Yavuz, s.271.

temlik gerçekleştirebilmektedir. Buna karşılık dolaylı temsil oluna hesabına kazanılan taşınırın mülkiyetinin dolaylı temsilciye karşı olan borçlar yerine getirilinceye dolaylı temsil olunana geçirilmesi kanunda belirtilmemiştir. Burada sadece dolaylı temsil olunana, dolaylı temsilcinin iflası halinde söz konusu taşınırın masadan ayırma hakkı tanınmıştır. Dolaylı temsil olunanın alınan taşınırın verilmesine ilişkin alacağı, dolaylı temsilcinin iflası halinde , para alacağı yerine bu taşınırın aynen verilmesini talep hakkına dönüşür. Bir başka anlatımla, ayırma hakkı, alınanların verilmesine ilişkin alacağın aynen ifasını iflas halinde talep etme imkanı sağlayan bir haktır⁴¹³.

Ayırma hakkının kullanılmasının bir başka şartı da, dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciye karşı aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan bütün borçlarını ifa etmiş olmasıdır. Dolaylı temsil olunan dolaylı temsilciye karşı olan borçlarını yerine getirmediği, dolaylı temsilcinin onun hesabına kazandığı alacaklar bakımından yasal devir gerçekleşmez. Taşınır bakımından ise dolaylı temsil olunanın ayırma hakkına karşı, dolaylı temsilcinin iflas masası bu taşınır üzerindeki hapis hakkını ileri sürebilecektir.

C. BORÇLARIN DEVRİ

Dolaylı temsilci yapmış olduğu hukuki işlemlerden kaynaklanan borçlardan şahsen sorumlu olacaktır. Bu hususta dolaylı temsil olunanın, dolaylı temsilciyi bu borçlardan kurtarma yükümlülüğü hususu üzerinde durmak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinin 1. fıkrasında ve Türk Borçlar Kanunu'nun 529. maddesinin 1. fıkrası hükümlerinde buna ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinin 1. fıkrası hükmünde, vekalet verenin, vekilin vekaletten gereği gibi ifası için yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan vekili kurtarmak yükümlü olduğu bahsedilmiştir. Bu hükümdeki avans deyimi, dolaylı temsilcinin para olarak yaptığı harcamaları ifade etmektedir⁴¹⁴. Burada belirtilen avans ve masrafların müvekkil

⁴¹³ Tandoğan, s.539-540.

⁴¹⁴ Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Baskı, Ankara, 2007, s.429.

tarafından ödenebilmesinin şartlarını, geçerli bir vekalet sözleşmesinin bulunması ve söz konusu avans ve masrafların vekaletin usulüne uygun olarak ifası için yapılması gerektiği şeklinde ifade edebiliriz⁴¹⁵.

Dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilcinin onun hesabına yaptığı hukuki işlemlerden kurtarma yükümlülüğü, dolaylı temsilcinin yaptığı masrafları ödeme yükümlülüğünün bir çeşididir⁴¹⁶. Buradaki masraflar dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına hareket etmesi nedeniyle yaptığı masraflardır. Bu sebeple dolaylı temsil olunanın masrafları ödeme borcunun sonucu olarak dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarması gerekecektir⁴¹⁷.

Dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil olunana karşı kendisini onun hesabına yaptığı hukuki işlemlerden kaynaklanan borçlardan kurtarılması şeklindeki talep hakkı, bir alacak hakkıdır⁴¹⁸.

Dolaylı temsil olunanın dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiye olan borcu devam ettiği sürece söz konusu olacaktır⁴¹⁹. Bu borç, üçüncü kişinin, borçlu dolaylı temsilciyi ibra etmesi veya dolaylı temsilcinin üçüncü kişiye olan bir alacağı ile takas edilerek sona ermişse ya da dolaylı temsilci tarafından ifa edilmişse, dolaylı temsil olunanın borçtan kurtarma yükümlülüğü de sona erecektir. Böyle bir durumda borçtan kurtarma yükümlülüğü, masrafların ödenmesi yükümlülüğüne dönüşür⁴²⁰.

Adi ortaklıkta ortağın kendi adına hukuki işlemlerde bulunması sonucunda meydana gelecek borçların diğer ortaklara intikali Türk Borçlar Kanununu 195-206 maddelerinde düzenlenen “*Borcun Üstlenilmesi*” hükümlerine göre yapılacaktır. Borcun üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üzerine alacak kimse arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir⁴²¹. Borcun üstlenilmesi sözleşmesi bir tasarruf işlemidir⁴²². Borcun bir kişiden diğerine geçmesini sağlar. Bu nedenle alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Borcun üstlenilmesi, üçüncü kişinin alacaklıya karşı

⁴¹⁵ Aral, s.430.

⁴¹⁶ Tandoğan, s.548.

⁴¹⁷ Kuyucu, s.26

⁴¹⁸ Tandoğan, s.554; Yavuz, s. 253.

⁴¹⁹ Yavuz, s.253.

⁴²⁰ Tandoğan, s.550.

⁴²¹ Oğuzman/Öz, s.426

⁴²² Oğuzman/Öz, s.932; Eren, 443-444.

borçlunun borcunu yüklenerek borç altına girmesini sağlar. Bu nedenle de üçüncü kişi için bir borçlanma işlemidir⁴²³.

Kural olarak borcun üstlenilmesi ile, borç varlığını sürdürmeye devam ederken, önceki borçlunun bu sıfatı sona erer. Buna karşılık borcu devralan üçüncü kişi borçlu durumuna geçecektir. Ancak burada adi ortaklık açısından belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır. Adi ortaklıkta, dolaylı temsilci sıfatı ile hukuki işlemlerde bulunan kimse aynı zamanda bu ortaklığın bir ortağıdır. Dolayısıyla hukuki işlemlerden kaynaklanan borcun diğer ortaklara intikali halinde de, hukuki işlemi gerçekleştiren ortak da borçlu kalmaya devam edecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği gibi, ortaklar bu borçlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır⁴²⁴.

Borcun üstlenilmesi halinde, devredilen borcun alacaklısı, alacağına bağlı hakları yeni borçluya karşı sahip olmaya devam edecektir. Faiz alacağı, sözleşme cezası isteme, muacceliyet ihbarında bulunma gibi alacağa bağlı haklar ve borçlu tarafında tesis edilen rehin hakları, alacaklının yeni borçluya karşı ileri sürebileceği haklardandır⁴²⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, borçlu değişse bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır hükmü, belirtilen bu hakların kaynağını oluşturur.

Bundan başka olarak doğrudan ifayla da dolaylı temsilciyi borçtan kurtarmak mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesi hükmüne göre borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça bir üçüncü kişi alacaklıya ifada bulunarak borcu sona erdirebilmektedir⁴²⁶. Adi ortaklıkta da dolaylı temsil olunan ortaklar dolaylı temsilci ortağı borçtan kurtarma yükümlülüğünü bizzat alacaklı üçüncü şahsa ifada bulunarak yerine getirebilirler⁴²⁷. Üstelik burada gerçek manada bir üçüncü kişinin varlığından da bahsedilemez çünkü adi ortaklıkta dolaylı temsil olunan ortaklar burada bir başkasının borcunu değil aslında kendi borcunu ifa etmek üzere alacaklıya edada bulunmaktadır⁴²⁸.

⁴²³ Oğuzman/Öz, s.932.

⁴²⁴ Kuyucu, s.27.

⁴²⁵ Oğuzman/Öz, s.937; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.276.

⁴²⁶ Şener, s.405

⁴²⁷ Yavuz, s.254.

⁴²⁸ Yavuz, s.254.

Dolaylı temsil işleminden kaynaklanan borçların devri dolaylı temsil olunan ortakların dolaylı temsilciye borcun ifası için bir karşılık sağlaması şeklinde de olabilir. Özellikle gizliliği sağlamak düşüncesi ile dolaylı temsil müessesine başvurulduğu durumlarda bizzat alacaklı üçüncü kişiye ifada bulunmak yerine temsilciye ifa muamelesi yapması için ifa imkanları sağlama yolu seçebilir. Karşılık, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunandan veya üçüncü kişilerden aldığı ve dolaylı temsil olunana karşı sahip olacağı alacaklarını karşılamak üzerinde tasarruf edebileceği malvarlığı değerleridir⁴²⁹.

Dolaylı temsilcinin, borçlardan kurtulmasını talep etme yolundaki alacağını karşılamak için bu karşılık üzerinde tasarruf edebilecektir⁴³⁰.

Borçların diğer ortaklara devri, borçlunun değişmesiyle yenileme yoluyla da olabilir. Borcu sona erdiren yenileme (tecdit), ya borcun konusunun tabi olduğu hükümlerin ya borcun sebebinin veya tarafların değişmesi tarzında olabilir⁴³¹. Tarafların değişmesi şeklinde meydana gelecek olan yenileme, borçlunun değişmesinde borcun devrine benzese de, borcun devrinde borç düşmeden değiştiği halde yenilemede eski borç düşer, yeni borçlu ile alacaklı arasında yeni bir borç doğar⁴³². Yenileme, alacaklı ile dolaylı temsil olunan ortakların anlaşması ile gerçekleşir.

⁴²⁹ Tandoğan, s.590; Yavuz, s.256.

⁴³⁰ Yavuz, s.256.

⁴³¹ Oğuzman/Öz, s.436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.989.

⁴³² Oğuzman/Öz, s.436; Yavuz, s.257.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :

ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUK VE TEMSİLİN HÜKÜMLERİ

§8.ADİ ORTAKLIK MALVARLIĞI

I.GENEL OLARAK

Adi ortaklıkta temsilin hükümleri Türk Borçlar Kanunumuzun 638. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ;

“Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur. Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler. Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.”

Türk Borçlar Kanunu’muzun 638. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye göre, adi ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar, ayni haklar üzerinde elbirliği mülkiyetine dayalı olarak hak sahibi olacaklardır. Bu düzenlemenin karşılığı olan ve doktrinde eleştirilen 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 534. maddesindeki “ müştereken şeriklere ait olur” ifadesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, isabetli olarak “elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur” ifadesiyle değiştirilmiştir. Zira hem İsviçre Borçlar Kanununun 544. maddesi göz önüne alındığında, hem de adi ortaklığın özellikleri ve adi ortaklığı düzenleyen Borçlar Kanununun 524, 525, 532 ve 535. Maddeleri, elbirliği mülkiyetini destekleyen hükümler olarak göze çarpmaktadır. Bu bakımdan yeni Türk Borçlar Kanununda yapılan bu ifade değişikliği yerinde bir değişiklik olmuştur⁴³³.

⁴³³ Yücel, s.102

Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 2. fıkrasında ortakların şahsi alacaklılarına ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Bu düzenlemeye göre, sözleşmede aksi öngörülmedikçe ortaklardan birisinin şahsi alacaklısı, alacağını ortaklık malvarlığından değil de ancak o ortağın tasfiye payından alabilecektir. Kanundaki bu düzenleme ile ortakların şahsi alacaklılarının, ortaklık malvarlığına doğrudan başvurmaları yolu kapanmıştır. Buna göre ortaklar, ortaklık sözleşmesinde başka bir düzenleme öngörmedikleri sürece herhangi bir ortağın şahsi alacaklısı ortaklık malvarlığına başvuramayacak, alacağını ancak ortaklığın tasfiye neticesinde söz konusu ortaya düşecek olan paydan alabilecektir. Bu durumda ortağın şahsi alacaklısı ortaklığın aktifleri üzerinde bir hakka sahip olamayacaktır. Elbirliği ile mülkiyette ortakların bağımsız ve ayrı payları olmadığından bu düzenleme elbirliği ile mülkiyetteki temel mantığa da uygundur⁴³⁴.

Yargıtay da kararlarında, ortağın şahsi alacaklılarının adi ortaklığın malları üzerinde haciz yaptırılamayacağını, ancak ortaklığın tasfiyesi neticesinde söz konusu ortağa düşecek olan tasfiye payına haciz koydurabileceğini açıkça belirtmiştir⁴³⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 3. fıkrasında ise, adi ortaklıkta ortaklığın borçlarına dair bir düzenleme mevcuttur. Bu fıkra göre ortakların birlikte hareket etmesiyle ya da temsilci aracılığıyla üçüncü kişilere karşı üstlenilen borçlardan ortaklar aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumlu olacaklardır. Adi

⁴³⁴ Şener, s. 183.

⁴³⁵ 13.HD, 24.1.1983, E. 7812, K.238: "... Öyleyse mahcuz eşyanın, davacı ile borçlu arasında mevcut olan adi ortaklığa dahil bir mal olduğu anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 534. Maddesi gereğince, bir ortağın şahsi alacaklıları haklarını ancak ortağın tasfiyedeki hissesinden alabilirler. İcra ve İflas Kanunu 94. Maddesinde, iştirak halinde tasarruf edilen mallarda ve bu arada adi ortaklık ilişkisinde, tasfiye sonunda ortaklık hissesine isabet edecek olan tasfiye payının haczini düzenlemiştir. Bu hükümlerden, ortaklık konusu malların, ortaklardan birinin borcu nedeniyle haczi mümkün olmadığı ve haczinin konusunun ortağın ortak maldaki ortaklık payı da olamayacağı ve böyle bir haciz nedeniyle malın tamamının veya ortaklık payının doğrudan satılamayacağı anlamı çıkmaktadır. Haciz ancak tasfiye neticesinde ortağa düşecek paya konulabilir. Olayda böyle bir haciz işlemi yapılmamıştır..." Karar için bkz. Uygur, s.9728-9829; Şener, s. 183.

13.HD, 24.5.1982, E. 1982/3318, K. 1982/3685: "...Davalı alacaklının savunmasına ve de yerel mahkemenin kabulüne göre borçlu ile davacının ortak oldukları, dava konusunu oluşturan ve haciz uygulanan telefonun davacı ile borçlu arasındaki yalın (adi) ortaklığa ait bulunduğu anlaşılmaktadır. Telefonun tümü üzerinde haciz uygulanmıştır. BK. Md. 534/2 ve İİK md. 94 uyarınca, alacaklı ortaklığa ait mal üzerine haciz koyduramaz. Eş deyişle ortaklık sözleşmesinde tersine hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak ortağın arıtımdaki payı (tasfiyedeki hissesi) üzerinde kullanabilirler. Oysa alacaklı böyle yapmamış, ortaklık malı telefon üzerine haciz uygulamıştır. Şu durum karşısında, davanın kabulü yerine reddedilmesi bozmayı gerektirir..." Karar için bkz Karahasan, s. 1455; Şener, s.184.

ortaklığın tüzel kişiliği olmamasından ötürü de ortakların ortaklık borçlarından sorumluluğu sınırsız ve birinci dereceden bir sorumluluktur⁴³⁶. Bu düzenleme ortaklık alacaklılarının durumunu güçlendiren ve alacaklarını elde etme yönünde şansını daha çok arttıran bir durum olarak göze çarpmaktadır. Çünkü bu düzenlemeyle ortaklığın alacaklıları, ortaklardan herhangi birine ya da tamamına başvurabileceklerdir. Oysa ki ortakların şahsi alacaklıları alacaklarını ancak alacaklı oldukları ortağın tasfiye payında talep edebiliyorlardı. Bu durum da ortaklık alacaklılarına, şahsi alacaklılara nazaran alacaklarını elde etmeleri yönünde bir öncelik tanımıştır⁴³⁷.

Görüldüğü gibi, adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişilerle giriştiği hukuki işlemlerin sonuçları, temsil hükümlerine göre gerçekleşmektedir. Bu kısa açıklamalardan sonra, önem arz ettikleri için öncelikle ortaklığın malvarlığı, daha sonrasında ise elbirliği ile mülkiyet ve ortakların sorumlulukları konularına detaylı bir şekilde değineceğiz.

II.ORTAKLIK MALVARLIĞI VE UNSURLARI

A.GENEL OLARAK

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından dolayı, ortaklık malvarlığının olmadığı, ortaklığın kuruluşunda da bir ortaklık malvarlığının oluşturulmasının zorunlu olmadığı şeklinde doktrinde bazı görüşler mevcut⁴³⁸ olmakla birlikte ortakların malvarlığından bağımsız bir malvarlığının olduğu yönünde bir görüş birliği vardır⁴³⁹.

Türk Borçlar Kanununda da ortaklık malvarlığına ilişkin özel bir düzenlemeye ya da malvarlığı kavramının tanımına yer verilmemiştir. Fakat bununla birlikte Türk Borçlar Kanununun 621. maddesindeki “ *Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.*”

⁴³⁶ Şener, s. 417.

⁴³⁷ Kuyucu, s. 77.

⁴³⁸ Görüşler için ayrıntılı olarak bkz. Barlas, s. 76 vd.

⁴³⁹ Özenli, s.60; Barlas, s.94; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 54; Şener, s. 179.

şeklindeki ifadeye dikkat edildiğinde ortaklığın bir malvarlığının oluşturulmasının gerekli olduğu sonucu çıkarılabilir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 638. maddesinin 1. fıkrasında ise, “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*” İfadesi yer almaktadır. Bu ifadeye dikkat ettiğimizde ortakların kişisel malvarlıklarından ayrı, elbirliği ile sahip oldukları özel bir ortaklık malvarlığından bahsedildiğini görüyoruz. Aynı maddenin 2. fıkrasında da ortakların kişisel alacaklılarının haklarını ancak o ortağın tasfiye payından alabileceği hükmü de ,ortaklığın bir malvarlığına sahip olduğunu göstermektedir⁴⁴⁰.

Yine tasfiyeye ilişkin düzenlemeyi içeren Türk Borçlar Kanununun 642. maddesini incelediğimizde, bir ortaklık malvarlığının mevcudiyeti açıkça ortaya çıkmaktadır⁴⁴¹. Bu maddeye göre katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini koyan ortak, ortaklığın sona ermesiyle yapılacak tasfiye işlemi sonucunda mülkiyetini koyduğu şey, aynen geri alamayacak; ancak katılım payı olarak koyarken ne kadar değer biçilmişse, tasfiye sonucunda o değeri isteyebilecektir.

Ayrıca ortakların elbirliği mülkiyetine tabi böyle bağımsız bir malvarlığının oluşması, ortaklardan birisi tarafından, ortaklık malvarlığına dahil olan bir şeye ilişkin olarak açılacak istihkak davasına karşı, diğer ortakların bu davaya konu olan şeyin ortaklık malvarlığına dahil olduğunu ve ortakların söz konusu şeye elbirliği ile malik olduklarını ileri sürebilmelerine de olanak tanıyacaktır⁴⁴². Yargıtay bir olayda bu görüşte karar vermiştir⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 583-584; Şener, s. 179; Barlas, s. 96-97-98.

⁴⁴¹ Şener, s.179; Kuyucu, s. 78

⁴⁴² Şener, s. 179.

⁴⁴³ 4.HD, 14.11.1989, E. 1989/9923, K.1989/8744: “...Taraflar arasındaki istihkak davası üzerine yapılan yargılama sonunda, ilâmda yazılı nedenlerden dolayı dava konusu (...) plaka numaralı kamyonun davacıya aidiyetine ve tedbiren kendisine teslim edilmiş bulunduğundan yeniden bu hususta bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hükmün süresi içinde davalı avukat tarafından temyiz edilmesi üzerine (...) gereği konuşuldu:

Dava, trafikte davacı adına kayıtlı bulunduğu halde hiçbir neden yok iken davalı tarafından zaptedildiği ileri sürülen (...) plakalı araç üzerinde istihkak iddiası olup açılırken, ileri sürülen istek uyarınca verilmiş tensip kararı ile 24.9.1987 günü mahalline giderek davalı hazır olduğu halde onun yedinden alındıktan sonra yediemin sıfatı ile davacıya teslim edilmiştir. Her ne kadar davalı ilk oturumdan önce vermiş olduğu cevap dilekçesinde aracın davacının yedine geçmiş olması karşısında ortada davanın konusu kalmadığını bildirmiş ise de ilk oturumda istihkak isteğini kabul etmediğini ve bu kamyonun ortak bulunduğu ileri sürüp savunmasının isbat edeceğini söylemiştir. Davacı ne aynı ne de daha sonraki oturumlarda buna karşı çıkmıştır. Böylece savunma zımnen dahi olsa

Biz de tüm bu bahsettiğimiz sebeplerden dolayı, adi ortaklıkta bir malvarlığının oluşturulması gerektiğini düşünmekteyiz.

B.ORTAKLIK MALVARLIĞININ UNSURLARI

Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 1. fıkrasına göre ortaklık malvarlığı; ortaklık için edinilen ya da ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklardan oluşmaktadır.

İçerik yönünden baktığımızda ortaklık malvarlığının temelini, Türk Borçlar Kanunu'nun 621. maddesinde belirtildiği üzere ortakların başta yapmış oldukları ya da sonradan yapacakları katılım payları oluşturur⁴⁴⁴. Bu maddede katılım payı olarak getirilecek değerler, para, alacak, mal ve emek olarak sayılmışsa da, bu bahsedilenler örneksime yoluyla sayılmıştır⁴⁴⁵. Ortaklığın müşterek amacının gerçekleşmesine uygun olmak suretiyle, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı bulunmayan ve iktisadi değeri olan her şey ortaklığa katılım payı olarak getirilebilecektir⁴⁴⁶. Bu bakımdan gayrimenkul, para, alacak hakkı, kıymetli evraklar, ruhsatlar, markalar, ticari itibar, fikri ve sınai haklar sermaye olarak konulabilecektir⁴⁴⁷. Hatta özellikle kartellerde

değişmiştir. Nitekim aynı durum mahkemece de benimsenmiş olacak ki ilk oturumda belirtilen konuda delillerini ibraz ve ikame etmesi için davalıya önel verilmiştir. Ancak iki sonraki oturumda aracın davacı adına trafikte kayıtlı olması ve davalıca mülkiyetin tesbitine yönelik her hangi bir dava açılmamış olması karşısında savunma delillerinin incelenmesi isteği reddedilip mücerret aracın trafikte davacı adın kayıtlı oluşundan ötürü mülkiyetin ona aidiyetine karar verilmiştir. Oysa araç az önce belirtildiği gibi başlangıçta davalı yedindedir. Davacı, mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle aracın üzerinde istihkak iddiasında bulunmuştur. Buna karşı davalı ortaklığın varlığını ileri sürmüştür. Bu ileri sürülüşün ayrı bir dava ile mahkeme önüne getirilmesine gerek yoktur. Davacının tamamı üzerinden mülkiyet iddiasına karşı davalı aynı davada ortaklık savunmasında bulunabilir. O halde karşılıklı deliller de toplandıktan sonra tamamının birlikte takdir edilip varılacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken davalın mülkiyetin tespitiye yönelik bir dava açmamış bulunduğundan söz edilerek ve sadece trafik kaydına dayanılarak davanın kabulü yönüne gidilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır...” Karar için bkz Şener, s.179-180.

⁴⁴⁴ Kuyucu, s. 80.

⁴⁴⁵ Şener, s. 194; Yongalık, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara, 1991,, s. 43; Doğanay; s. 35-36.

⁴⁴⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 54; Şener, s. 194; Yücel, s.105.

⁴⁴⁷ Hatemi/Serozan/Arpacı (1992), s. 588; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 54; Barlas, s. 49-50-51; Doğanay, s. 36.

görülen belirli bir bölgede satış yapmama veya belli bir fiyatın altında satışta bulunmam gibi yapmama edimleri de katılım payı olarak kabul edilebilecektir⁴⁴⁸.

Ayrıca, adi ortaklığın malvarlığına, üçüncü kişilerle yapılan işlemler sonucunda ortaya çıkan, farklı içeriklerde ve farklı hukuki nedenlerden kaynaklanmış olabilecek borçlar, zararlar gibi oluşabilecek pasif değerler de dahildir⁴⁴⁹.

Ortaklık malvarlığını oluşturacak değerlerin taşınır veya taşınmaz olması bakımından katılım payı olarak ortaklığa getirilmesi değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Birbirinden farklılık gösteren bu durumların özelliğinden dolayı ayrı şekilde inceleyeceğiz.

Adi ortaklığa katılım payı olarak taşınır bir mal getirildiğinde, adi ortaklık sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil zorunluluğunu öngören bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu durumda eşya hukuku ilkeleri geçerli olacak ve mülkiyetin nakli zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir⁴⁵⁰. Adi ortaklıkta elbirliği mülkiyeti esas olduğu için, bu taşınır mal üzerinde bütün ortaklar zilyet olacaktır⁴⁵¹. Burada birlikte zilyet hali mevcut olup, ortaklar bu zilyetliğe ait hakimiyeti tek başına kullanabiliyorlarsa müşterek zilyetlik, şayet bu hakimiyeti ancak beraber kullanabiliyorlarsa elbirliğiyle zilyetlik söz konusu olacaktır⁴⁵².

Adi ortaklığa katılım payı olarak taşınmaz getiriliyor ise, ortaklık sözleşmesinin de Türk Medeni Kanununun 706. maddesi gereği resmi şekilde yapılması (TMK m. 706; TBK m. 237; Tapu K. M. 26) zorunludur.⁴⁵³ Tasarruf aşamasında da, ilişkinin adi ortaklık niteliği taşıdığı, bu şekilde hareket edildiği belirtilerek, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasından dolayı tescil tüm ortakların adına yapılmalıdır⁴⁵⁴. (Tapu Sicil Tüzüğü m .25)

Türk Ticaret Kanunun 128. maddesinin 3. fıkrasındaki “ *Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmi şekil aranmaksızın geçerlidir*” şeklindeki hükmü ise adi ortaklıklarda uygulama alanı

⁴⁴⁸ Karayalçın (1973), s. 136; Doğanay, s. 36; Yongalık, s. 61; Ayiter (1961), s. 108; Barlas, s. 49-50; Şener, s.195.

⁴⁴⁹ Kuyucu, s. 83.

⁴⁵⁰ Şener, s. 200; Barlas, s. 50-51.

⁴⁵¹ Şener, s. 200; Kuyucu, s. 80; Yücel, s. 106.

⁴⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 61.

⁴⁵³ Pulaşlı (Şerh), s.23; Şener, s.198; Barlas, s.50.

⁴⁵⁴ Şener, s.199; Barlas, s.50.

bulmayacak, burada Medeni Kanunun emredici hükümlerinin yerine getirilmesi gerekecektir⁴⁵⁵.

Miras şirketinden adi ortaklığa geçerkenki durumda olduğu gibi, ortakların elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip oldukları bir taşınmazı katılım payı olarak getirmeleri durumunda ise adi ortaklık sözleşmesinin şekle bağlı olarak yapılması gerekmemektedir⁴⁵⁶.

Katılım payı olarak taşınmaz taahhüt eden ortak, geçerli bir ortaklık sözleşmesiyle taahhüdünü gerçekleştirdikten sonra fakat tapu siciline henüz tescil edilmeden önce taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunursa, yaptığı bu tasarruf üçüncü kişilere karşı geçerli olacaktır. Ancak diğer ortaklara karşı sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumluluğu doğacaktır. Ortak, bu şekilde taahhüt ettiği katılım payını, diğer ortakların elbirliği ile mülkiyetini tahsis edecek şekilde ifaya yanaşmazsa, diğer ortaklar Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi çerçevesinde tescili isteme haklarını kullanabilirler⁴⁵⁷.

Adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı olarak malın mülkiyetinin mi yoksa yalnızca kullanım hakkının mı getirildiği konusunda bir düzenleme yoksa, somut olaya göre ortakların iradeleri de değerlendirilerek bir yoruma gidilecektir. Buna rağmen karar verilemiyorsa malın mülkiyetinin katılım payı olarak getirildiği kabul edilmelidir. Aksini, yani malın mülkiyetini değil de kullanma hakkını getirdiğini iddia edenler, bu iddiasını ispatlamalıdır. Türk Ticaret Kanununda “*Karineler*” başlığıyla düzenlenen 131. maddenin 2. fıkrasına baktığımızda, “*Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sermaye olarak konan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar şirkete devredilmiş olur*” denmektedir. Bu hükmü kıyasen adi ortaklığa uygulamak ve tereddüt oluşması halinde mülkiyetin katılım payı olarak getirildiğini kabul etmek uygun olacaktır. Maddenin başlığı da “*Karineler*” şeklinde düzenlenerek bir karine olduğu göstermektedir. Bu bakımdan bunun aksini iddia eden bu iddiasını ispatlamalıdır⁴⁵⁸.

Yargıtay da bu konudaki bir uyuşmazlıkta, adi ortaklığa katılım payı olarak getirilen demirbaşların, sadece kullanma hakkını getirdiklerini iddia eden taraftan

⁴⁵⁵ Pulaşlı (Şerh), s.23.

⁴⁵⁶ Doğanay, s. 73-74; Şener, s.199.

⁴⁵⁷ Şener, s. 199.

⁴⁵⁸ Şener, s. 201; Barlas, s. 51-52.

bunu ispatlamaları gerektiğini, bunu ispatlayamadıkları için de, bu demirbaşların mülkiyetinin getirildiğinin kabul edilmesine karar vermiştir⁴⁵⁹.

Adi ortaklığa katılım payı olarak, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa tabi bir motorlu araç getirilmek istenmesi durumunda, Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesinin d bendi uyarınca, adi ortaklık sözleşmesinin noterde re'sen düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁶⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu konuya ilişkin bir kararında, taraflar arasında yapılan oto ortaklığının noterde değil de harici bir sözleşmeyle kurulmasının geçersiz olduğunu hükmetmiştir⁴⁶¹. Yine Yargıtay, bir başka kararında, taraflar arasında adi yazılı sözleşmeyle yapılan ortaklıkta, taraflardan birinin katılım payı olarak otobüs getirmesi durumunda, bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ve noterde yapılması gerektiğine hüküm vermiştir⁴⁶².

Önceden de belirttiğimiz üzere adi ortaklıklarda doğrudan temsil ile elde edilen alacaklar ve haklar direkt ortaklık malvarlığına dahil olurken, dolaylı temsil yoluyla elde edilenler, bu hakların ve alacakların devri ile ortaklık malvarlığına dahil olacaktır.

§9. ELBİRLİĞİ İLE MÜLKİYET

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 534. maddesinin 1. fıkrasında adi ortaklıkta ortaklığın iktisap ettiği veya ortaklığa devredilen şeylerin, alacakların ve aynî hakların ortaklık sözleşmesi çerçevesinde “müştereken” ortaklara ait olacağı ifa

⁴⁵⁹ 13.HD, 3.2.1992, E. 10226, K. 810: “...Davalılar ve karşılıklı davacılar baştan beri ortaklığa koydukları demirbaşları kendilerinin satın aldıklarını ve kendileri tarafından ortaklığa konulduğu savunmuşlardır. Toplanan deliller, dosya münderecatı ve özellikle davalı tanıkların ifadelerinden bu demirbaşların davalılar tarafından ortaklığa konulduğu anlaşılmaktadır. Bunun aksini davacı kanıtlamamıştır. Ancak, söz konusu eşyaların mülkiyetini değil, sadece kullanma hakkını ortaklığa koyduklarını ispat edememişlerdir...” Karar için bkz. Uygur, s.9762; Şener, s. 201.

⁴⁶⁰ Şener, .32; Pulaşlı (Şerh), s. 23.

⁴⁶¹ HGK, 8.5.1991, E.13-159, K.248: “... Taraflar arasındaki oto ortaklığının 1.11.1985 tarihinde harici sözleşme ile davacıya ½ pay devri yapılarak kurulduğu iddia edilmiştir. Diğer bir anlatımla, davacı harici sözleşme ile devraldığı araç üzerindeki 1/2 mülkiyet hakkının tanınmasını istemektedir. 13.10.1983 günlü 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 28.3.1985 günlü 3176 sayılı Kanunla değişik 20. Maddesince tescil edilmiş araçların satış ve devir işlemlerinin noterler tarafından sicile işlenmek üzere tamamlanacağı, Noterlerce yapılmayan her çeşit satış ve devirlerin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Olayda pay devri yasanın yürürlüğü girdiği tarihten sonra yapıldığı için mülkiyet davacıya geçmemiştir. Sözleşme geçersiz olduğundan taraflar ancak verdiklerini geri isteyebilirler...” Karar için bkz Uygur, s. 9614; Şener, s. 33.

⁴⁶² 13. HD, 16.12.1991, E. 7562, K. 11412. Karar için bkz. Uygur, s.9614-96145; Şener, s. 33.

edilse de; bu ifadeyle müşterek (paylı) hak sahipliği kastedilmediği, kanun koyucunun elbirliği yerine paylı mülkiyet anlamına gelecek bir sözcüğü bilinçli olarak getirmediği, adi ortaklıklarda ortaklar arasındaki hak sahipliği rejiminin elbirliği halinde hak sahipliği esasına dayandığı Türk doktrininde oybirliği ile kabul edilmekteydi⁴⁶³. Çünkü hem adi ortaklığın özellikleri ve nitelikleri bu yönde olurken hem de adi ortaklığa ilişkin diğer düzenlemeler elbirliği mülkiyeti esas alınarak yapılmıştı (BK. m. 524, 525, 532⁴⁶⁴).

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun'un 638. maddesinin 1. fıkrasında ise, *"Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynî haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur"* denilerek, bu durum isabetli bir şekilde açıklığa kavuşturulmuş ve sorun kökten çözülmüştür⁴⁶⁵.

Elbirliği mülkiyetinin kavramsal açıklaması 4721 sayılı Medeni Kanunun 701. maddesinde verilmiştir. Buna 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."* Dolayısıyla kanun koyucunun elbirliği kavramını açıklamasından anlaşılacağı üzere, el birliği mülkiyeti bir varlığın üzerinde ortaklık ilişkisinin varlığından kaynaklanan hak sahipliğidir.

Bu hükümden anladığımız üzere, elbirliği mülkiyeti, aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, söz konusu ortaklık nedeniyle bir mala birlikte malik olmaları durumudur⁴⁶⁶. Elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetten farklı olarak ortaklık mülkiyetten önce mevcuttur ve mülkiyete elbirliği mülkiyeti vasfını bu ortaklık

⁴⁶³ Nuşin Ayiter, **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları**, Ankara, 1961,(Elbirliği Ortaklıkları), s. 91; Karayalçın, ss.136-137; Ansay, Adi Şirket, s.139; Kalpsüz, Adi Şirket, s.210; Bilge, s.451; Doğanay, s.38; Hatemi&Serozan/Arpacı, s.583; Barlas, s. 95; Şener, s. 181; YHGK, 17.01.1990, 13-457/2.

⁴⁶⁴ Şener, s.181; Barlas, ss.95-96; Yongalık, Sermaye Payı, ss.66-67; Baştuğ, s.41; Aşkan, s.43.

⁴⁶⁵ Barlas, s.96.

⁴⁶⁶ Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s. 69 vd; M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay - Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s.341. Jale Akıpek/Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s.408; Kemal Tahir Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2.Bası, Ankara, 1984, s.431 ; Selâhattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Eşya Hukuku**, Cilt I, 5. Bası, İstanbul, 1989,(Eşya) s.631; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011, (Mülkiyet), s.125.

kazandırmaktadır⁴⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmayan bir ortaklık olması gerekmektedir⁴⁶⁸. Eğer ki ortaklığın tüzel kişiliği varsa, bu durumda birlikte mülkiyet değil de tek kişinin yani tüzel kişiliğin mülkiyeti söz konusu olur⁴⁶⁹. Burada mülkiyetin sahibi ortakların bütünü, yani diğer bir ifadeyle tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıktır⁴⁷⁰. Ortakların mal üzerinde doğrudan hakları yoktur⁴⁷¹.

Elbirliği mülkiyeti halinde ortaklar mülkiyet hakkına elbirliği halinde sahip olduklarından, pay söz konusu değildir⁴⁷². Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 701. maddesinin 2. fıkrasında “*Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır*” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Elbirliği mülkiyetine yol açan ortaklık, ancak kanun tarafından öngörülen hallerde söz konusu olur Yani ancak kanun tarafından kendisine bu vasıf tanınan ortaklık elbirliği ortaklığı oluşturabilir⁴⁷³.

I. KURULMASI

Elbirliği mülkiyeti, mülkiyet hakkının elbirliği ortaklığı tarafınca kazanılması ile meydana gelecektir. Bu durumda ilk şart olarak öncelikle bir elbirliği ortaklığı olmalı, diğer şart olarak da mülkiyet hakkı bu ortaklık tarafından kazanılmalıdır⁴⁷⁴.

Elbirliği ortaklığı, az önce bahsettiğimiz gibi ancak kanunun belirlediği hukuki olaylar veya kanunun öngördüğü hukuki işlemlerle meydana gelebilir⁴⁷⁵.

⁴⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya, s. 632; ; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 341. Turhan Esener, **Eşya Hukuku**, Ankara, 1985, s. 121; Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s.197.

⁴⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, ss. 341-342; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya, ss. 635-636; Gürsoy/Eren/Cansel, s.433; Akipek/Akıntürk, s.409.

⁴⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.342.

⁴⁷⁰ Akipek/Akıntürk, s. 410; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.342.

⁴⁷¹ Ferit H. Saymen/ Halid K. Elbir, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 1954, s.256; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.342;

⁴⁷² Akipek/Akıntürk, s.410; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.342.

⁴⁷³ Selahattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1967-168, ss.323-324; Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s.69; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.342.

⁴⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.343; Bir taşınmaz için elbirliği mülkiyetinin tescilinin talep edilmesi durumunda, elbirliği mülkiyeti durumunun mevcut olup olmadığını tapu memuru re'sen araştırır, bkz. Safa Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 1984, s.183.

Hukuki olay ile vücut bulan elbirliği ortaklığı Türk Medeni Kanunu'nun 581. Maddesinde düzenlenen “*Miras Ortaklığı*”dır. Hukuki işlemlerle kurulan elbirliği ortaklıkları ise, “*Genel Mal Ortaklığı*” (TMK. m. 257), “*Aile Malları Ortaklığı*” (TMK. m. 257), “*Edinilmiş Mallarda Ortaklık*” (TMK. m. 258) ve nihayet konumuzu ilgilendiren “*Adi Ortaklık*” (TBK. m. 620) tır⁴⁷⁶.

Adi ortaklık tarafından mülkiyetinin kazanılması, ortaklığın doğuşunda yahut daha sonra meydana gelir. Ortaklığın kurulmasından sonra kazanılan şeyler üzerinde elbirliği mülkiyeti, hak kazanıldığı anda oluşur. Bu bakımından, ortaklık için kazanılan şeyler, kazanma ile elbirliği mülkiyetine tabi olarak ortaklara ait olacaktır. (TBK. m.638)⁴⁷⁷.

Ortakların kişisel malvarlıklarından ayrı olan elbirliği mülkiyetindeki mallar ve haklar bağımsız bir malvarlığı oluşturur⁴⁷⁸. Ancak bu malvarlığı üzerinde sadece tek bir elbirliği mülkiyeti olmayıp, malvarlığındaki her mal ayrı bir elbirliği mülkiyetine tabi olmaktadır⁴⁷⁹. Ortaklık malvarlığındaki bir değerın yerine geçen değer, aynı ikame kuralınca kendiliğinden bu malvarlığına dahil olur. Yine ortaklık malvarlığı bünyesindeki değerlerin meydana getirdiği ürünler de elbirliği mülkiyetine tabi olacaktır⁴⁸⁰.

Tüm bu açıklamalarla birlikte elbirliğiyle hak sahipliği, adi ortaklık açısından zorunlu bir unsur değildir. Ortaklar isterlerse başlangıçta ortaklık sözleşmesine koyacakları hükümle, isterlerse de daha sonradan, malvarlığı unsurlarının kazanılması sırasında alacakları kararla hak sahipliği rejimini açıkça paylı mülkiyet durumuna bağlayabilirler⁴⁸¹. Bu durumda ortaklık ilişkisine elbirliği mülkiyeti rejiminin kuralları ve kanunun da bu kuralların etkisi altındaki adi ortaklık hükümleri uygulanmayacaktır. Kazanılan şeylerin devri müşterek malik sıfatıyla her bir ortağa yönelik olarak, paylı şekilde yapılmalıdır. Artık bu halde teknik olarak bir ortaklık

⁴⁷⁵ Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s.69; Eren, Mülkiyet, s. 130 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.343.

⁴⁷⁶ Tekinay, Eşya, ss.322-323; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.343; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2015, s. 289; Kuyucu, s.85.

⁴⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.344.

⁴⁷⁸ Sirmen, s. 290; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.344.

⁴⁷⁹ Sirmen, s.290.

⁴⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.344; Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s.103; Sirmen, s. 290.

⁴⁸¹ Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s.91; Doğanay, s.38; Barlas, ss.98-99; Bilge, s.451; Karayalçın, ss.136-137; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.585.

malvarlığından da bahsedilemeyecektir. Ortaklar her ayrı malvarlığı değeri üzerinde doğrudan pay sahibi olacaklardır. Bunun neticesi olarak da her bir ortak kendi paylı mülkiyet payında özgürce tasarrufta bulunabilecektir⁴⁸². Paylı malik ortaklar hisselerini serbestçe devredebilecek, rehnedebilecek ve ortakların şahsi alacaklıları da ortakların paylarını haczedebileceklerdir (TMK. m. 688/III)⁴⁸³. Her ne kadar ortağın payı üzerindeki tasarruf özgürlüğü sözleşmeyle sınırlandırılabilse ya da tamamen ortadan kaldırılabilse de, böyle bir kaydın varlığına rağmen ortağın yapacağı tasarruflar geçerli olur ve aynî etki doğurur. Bu durumda ancak, ortak, sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle diğer ortaklara karşı tazminatla sorumlu tutulabilir⁴⁸⁴.

Paylı mülkiyet rejimiyle ortağın sahip olacağı bu özgürlük ise, ortaklık ilişkisinin sağlıklı işlemesi ve sürekli biçimde devamı açısından sakıncalı bir durum yaratır. Ortaklığın malvarlığını bir yandan ortaklara bir yandan da alacaklılara karşı koruma açısından amaca elverişli gözükmediği gibi, ortaklık kavramı ve adi ortaklığın dayandığı en önemli öğelerden biri olan birlikte çaba gösterme (affecito societatis) unsuru ile de pek bağdaştırılamaz⁴⁸⁵.

Bizce de bu sebeplerden dolayı adi ortaklıkta paylı mülkiyet rejiminin seçilmesi, amaca uygun düşmez ve tavsiye olunmaz. Ortakları birbirine bağlayan ve bireysel tasarruflara engel olan elbirliği mülkiyetinin kanun koyucu tarafından da benimsenmesi boşuna değildir. Ortaklık malvarlığını ortakların ve alacaklıların saldırılarına karşı en iyi şekilde koruyacak rejim elbirliği ile mülkiyettir⁴⁸⁶.

⁴⁸² Barlas, s.99.

⁴⁸³ Şener, s.182.

⁴⁸⁴ İrfan Baştuğ, **Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti**, İzmir Barosu Dergisi, 1964, S.4, s.5 vd; Barlas, s.99.

⁴⁸⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.585; Barlas, ss.99-100.

⁴⁸⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.584, Barlas, s.100; Yücel, s. 110.

II. HÜKÜM VE SONUÇLARI

A.ORTAKLARIN ORTAKLIK MALVARLIĞI ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUFTA BULUNAMAMASI

Türk Borçlar Kanunu’nun 638. maddesinin 1. fıkrasına göre göre, “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur.*” Ortaklar arasındaki hak sahipliği ilişkisinin bu hüküm ile elbirliği mülkiyeti rejimine bağlanmasının en temel sonuçlarından biri, bir ortağın ortaklık malvarlığı ve buna dahil münferit değerler üzerinde tek başına tasarruf imkanına sahip olmamasıdır⁴⁸⁷. Hatta herhangi bir ortağın, tek başına tasarruf edebileceği, yüzdeyle açıklanabilecek sayısal bir payı da söz konusu değildir. Ortak, nasıl ortaklık malvarlığında yer alan herhangi bir değer üzerinde fiilen ve hukuken tasarruf edemiyorsa, onun rakamsal bir payı, örneğin ortaklığın yüzde otuzu üzerinde de tasarruf edemez⁴⁸⁸. Elbirliği mülkiyeti olduğu ve paylı mülkiyet söz konusu olmadığı için ortada tasarrufa elverişli bağımsız bir pay da yoktur⁴⁸⁹. Bu bakımdan tasarruflar ancak ortakların bizzat katılımıyla tüm ortakların oybirliği ile aldıkları karara bağlı şekilde elbirliği ile yapılabilir. Ortağın hakkı malvarlığının bütünü üzerinde olup, ortağın bu hakta da tek başına tasarruf imkanı yoktur⁴⁹⁰. Ortak, yalnızca ortaklık payına bağlı olan salt malvarlıksal nitelikli haklara, özellikle kazanç payına ve ileride tasfiye neticesinde kendisine düşecek olan paya ilişkin başına tasarrufta bulunabilecektir⁴⁹¹.

Elbirliği mülkiyetinin hükümlerini düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun 702. maddesinin 1. fıkrasında, “*Ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir*” diyerek elbirliği mülkiyetinde maldan yararlanma, mülkiyet üzerinde tasarruf ve yönetimin ortaklığa ait hükümlere bağlı olacağını belirtmiştir⁴⁹². Bu bakımdan adi ortaklıkta malvarlığı hususunda tasarruf ve ortaklığın idaresi gibi ortaklar arasındaki ilişkiler, Türk Borçlar

⁴⁸⁷ Barlas, s.96; Şener, s.182; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.344.

⁴⁸⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.584; Şener, ss.182-183.

⁴⁸⁹ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.584.

⁴⁹⁰ Ayiter, ss.113-114; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.584; Barlas, ss.96-97.

⁴⁹¹ Barlas, s.97.

⁴⁹² Ayiter, Elbirliği Ortaklıkları, s.111 vd.; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 133; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Eşya, s. 636; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.345.

Kanunu'nun 621 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrası, “*Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir*” diyerek, uygulanacak genel ilkeyi açıklamıştır⁴⁹³.

Elbirliği mülkiyetinde malvarlığına yönelik hukuki işlemlerde sonuçlar işlemi gerçekleştiren ortağın tavrına göre göre değişiklik gösterecektir. Şayet ortak tüm ortaklar adına hareket ediyorsa hukuki işlemin neticesi temsil yetkisinin bulunup bulunmamasına göre değişiklik gösterecektir. Temsil yetkisi var ise işlem tüm ortakları bağlayacak, eğer temsil yetkisi yok ise tüm ortaklar tarafından sonradan icazet verilmezse işlem bağlayıcı olmayacaktır. Bu durumda da ortak, temsil yetkisinin bulunmamasının sonuçlarına katlanacaktır. Şayet ortak, kendi ad ve hesabına davranmışsa, tasarruf işlemleri geçersiz olacak fakat borçlandırıcı işlemleri geçerli olacaktır⁴⁹⁴. Bu durumda ortak borcunu ifa edemeyeceğinden, sözleşmeyi ifa etmemesinin sonuçlarına kendisi katlanacaktır⁴⁹⁵.

Bir ortağın ortaklık üzerindeki hakkı ile “ortak” sıfatı birbirinden ayrılamaz şekilde birbirine bağlı olduğundan ve bu açıdan bir kimsenin ortaklık payına sahip olmaksızın ortaklık ilişkisinde yer alması mümkün olmadığından, payın tümüyle devri, “ortak” sıfatının da devri anlamına gelecektir⁴⁹⁶. Ancak diğer ortakların rızası alınmadan ortağın kendi başına böyle bir tasarrufta bulunması izin yoktur. Buna rağmen ortaklardan biri diğer ortakların onayı olmadan payını üçüncü bir kişiye devrederse, veya payına üçüncü bir kişiyi iştirak ettirirse bu kişi Türk Borçlar Kanunu'nun 632. maddesi⁴⁹⁷ hükmünce “ortak” sıfatını kazanamayacaktır⁴⁹⁸. Bu

⁴⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.346.

⁴⁹⁴ Yarg. HGK, 10.3.2004, 1-150/138, YD, sayı 102, s.27.

⁴⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.346; Yarg. 14. HD, 21.3.2011, 284272532; Yarg. 14. HD, 19.6.2103, 784479333; Yarg. 14. HD, 8.4.2013, 3556/5448, Kazancı.

⁴⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 74; Barlas, ss. 97-98.

⁴⁹⁷ TBK 632 “Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır. Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz.”.

⁴⁹⁸ Yarg. 13. HD, 29.9.1986, E. 1986/3778, K. 1986/4542, “...Borçlar Kanununun 532. maddesi gereğince ortaklardan biri, diğerinin rızası olmaksızın şirketteki hissesini başkasına devrettiği takdirde, devredilen kişi ortak sıfatını kazanamaz. Davacının ortaklık hissesini bu maddede anılan kurallara uygun olarak Döndü'ye devretmediği ve diğer ortakların rızasını almadığı, bu nedenle davacının şirketteki ortaklığının devam ettiği kabul edilmelidir...”; Yarg. 13 HD, 9.7.1985, E. 1985/4078, K. 1985/4827 ; “Ortaklardan hiçbirisi diğerlerinin olurlarını almadan ortaklığa kişi alamaz. Ortak kendi payını kısmen ve ya tamamen diğer ortakların olurlarını almadan, ortak sıfatını kazanması

durumda devralan kişi sadece paya bağlı mali hakların kendisine verilmesini isteyebilir⁴⁹⁹.

B.ORTAĞIN ALACAKLISININ ORTAĞIN TASFİYE (KÂR) PAYINA BAŞVURABİLMESİ

Adi ortaklıkta kanuni rejimin elbirliği ile mülkiyet olmasının bir başka sonucu da, Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 2. fıkrasına göre, ortaklardan birinin şahsi alacaklısının hakkını ancak söz konusu ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabilmesidir. Bu hükme göre, “ *Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler*”. Görüldüğü üzere, ortaklardan birinin şahsi alacaklısı ortaklık aktifleri üzerinde bir hakka sahip değildir ve dolayısıyla ancak ortağa düşecek tasfiye payına başvurabilecektir. Bu düzenleme elbirliğiyle mülkiyetteki temel mantığa da uygundur. Çünkü elbirliği ile mülkiyette ortakların bağımsız ve ayrı payları bulunmamaktadır⁵⁰⁰. Yargıtay da bu konudaki kararlarında, ortakların şahsi alacaklılarının adi ortaklığın mallarına el atamayacaklarını ve ancak tasfiye neticesinde ortağa düşecek paya haciz koydurabileceklerini açıkça belirtmiştir⁵⁰¹.

Bu düzenlemeye paralel olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 639. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde, ortağın tasfiyedeki payının cebri icra yolu ile paraya çevrilmesi durumunda ortaklığın sona ereceği düzenlenmiştir⁵⁰². 818 Sayılı Borçlar

kaydıyla üçüncü kişiye devredemez.” ; Yarg. 13. HD, 2.12.1986, E.1986/5291, K. 1986/ 5995, kararlar için bkz Özenli, s.230-231-235.

⁴⁹⁹ Barlas, s. 98; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, ss. 74-75; Domaniç, Şirketler, s. 105; Yücel, s. 112; Yarg. 13. HD, 14.4.1986, E. 1986/2015, K. 1986/2440, “*Adi ortaklığın ortağı paylarından birini üçüncü şahsa devretmiş, fakat diğer ortaklar muvafakat etmediğinden üçüncü şahıs ortaklığın ortağı olamamıştır. Ancak bu devir işlemi pay devreden ortakla devralan arasında hüküm ifade eder ve devredeni bağlar. Bu durumda, pay devralan, devir edilen bir payın karşılığını teşkil eden para tutarını devir edenden isteyebilir.*”, karar için bkz. Özenli, s. 236.

⁵⁰⁰ Şener, s. 183; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.83.

⁵⁰¹ Yarg. 13. HD, 24.1.1983, E.7812, K.238, “ *...Öyleyse mahcuz eşyanın, davacı ile borçlu arasında mevcut olan adi ortaklığa dahil bir mal olduğu anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 534. Maddesi gereğince, bir ortağın şahsi alacaklıları haklarını ancak ortağın tasfiyedeki hissesinden alabilirler...*” ; Yarg. 13. HD, 24.5.1982, E. 1982/3318, K. 1982/3685, “*...BK md. 534/2 ve İİK md. 94 uyarınca, alacaklı, ortaklığa ait mal üzerine haciz koyduramaz. Eş deyişle ortaklık sözleşmesinde tersine hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak ortağın arıtımdaki payı (tasfiyedeki hissesi) üzerinde kullanabilirler...*” Kararlar için bkz. Şener, ss.183-184.

⁵⁰² Pulaşlı, Şerh, s.68; Şener, s.183; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 89.

Kanunu’nda söz konusu düzenlemeye karşılık gelen hükümde “...*Şeriklerden birinin tasfiyedeki hissesi hakkında cebri icra vukuu ile...*” ifade edilerek ortağın alacaklısının ortağın tasfiye payını haczettirmesi ile ortaklığın sona ereceği düzenlenmekteydi. Ancak bu hükümde ifade edilen basit bir haciz vukuunun değil de payın paraya çevrilmesinin esas alınıp hükmün bu şekilde yorumlanması ve ortaklık hissesinin basit haczi ile ortaklık ilişkisinin sona erdirilmemesi gerektiği söylenmekteydi⁵⁰³. Bu durum kanun koyucunun gözüne çarpmış olacak ki, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “*cebri icra vukuu*” şeklinde ifade yeterli görülmeyip “*cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır⁵⁰⁴. Bu değişiklik bu konudaki belirsizliği ortadan kaldırması ve ortaklığın ayakta tutulması bakımından kanaatimizce isabetli olmuştur.

Eğer ortaklardan birinin şahsi alacaklısı, ortaklığın malları üzerine haciz koydurur ise diğer ortaklar İcra ve İflas Kanunu’nun 16. maddesi hükmü çerçevesinde şikayet yoluyla haczin kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda ortaklık malları üzerine ortaklardan birinin şahsi alacaklısı tarafından haciz konulduğunda, diğer ortakların istihkak iddiasıyla açacakları istihkak davasının kabulü mümkün olamaz. Burada izlenilmesi gereken yol şikayet suretiyle haczin kaldırılmasıdır. Çünkü adi ortaklıkta, sözleşmede paylı mülkiyet rejimi benimsenmedikçe, ortakların şahsi alacaklıları adi ortaklığın malları üzerine haciz koyduramaz. Türk Borçlar Kanunu’nun 638. maddesi ve 639. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi bu bakımdan diğer ortakların haklarını ve hukuki durumlarını koruyucu bir vazife görmektedir⁵⁰⁵.

III.SONA ERMESİ

Elbirliği mülkiyetinin sona ermesi Türk Medeni Kanunu’nun 703. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrası hükmüne göre, “*Elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer.*” Görüldüğü üzere elbirliği mülkiyetinin sona erme durumlarından birisi malın ortaklığa tabi olmaktan çıkmasıdır. Söz konusu malın bütün ortakların oybirliği ile

⁵⁰³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 89; Şener, s. 452 vd.

⁵⁰⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 639. maddesinin gerekçesine bkz.

⁵⁰⁵ Şener, ss. 186-187.

başkasına devredilmesi halinde o mal üzerinde elbirliği ile mülkiyet sona erecektir. Yine ortakların hepsinin rızası ile elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi de mümkündür ve bu durumda da elbirliği mülkiyeti sona erecektir⁵⁰⁶.

Elbirliği mülkiyetini sona erdiren bir diğer durum ise, elbirliği mülkiyetine sebep olan ortaklığın sona ermesidir⁵⁰⁷. Adi ortaklık bakımından ortaklığın sona ermesi durumları Türk Borçlar Kanunu'nun 639. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm şöyledir:

“Ortaklık aşağıdaki durumlarda sona erer:

- 1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.*
- 2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.*
- 3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cehrî icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.*
- 4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.*
- 5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.*
- 6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.*
- 7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”*

Bu şekilde kanunda ya da sözleşmede öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle adi ortaklık sona erecektir. Fakat sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle ortaklık hemen ortadan kalkmayacak, ortaklık tasfiye aşamasına girecektir. Bu sebeple ortaklık fesh edilince ortak amaç ortadan kalkmaz, değişime uğrar. Bundan sonra amaç, ortaklığın alacaklarının tahsil edilmesi, ortaklık borçlarının ödenmesi ve sonucun ortaklar arasında usulünce paylaşılması, yani tasfiye olarak devam eder. Bu bakımda ortaklar arasındaki hukuki bağ tasfiye tamamlanmadan tam olarak ortadan kalkmış bulunmaz⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.349; Kuyucu, s.91; Yücel, s.118.

⁵⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.350; Eren, Mülkiyet, s.140.

⁵⁰⁸ Özenli, s.129; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.93; Şener, ss.509-510-515; Yücel, ss.119-120.

Ortaklar, adi ortaklıkta tasfiyenin nasıl ve kimler tarafından yapılacağını ortaklık sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Eğer ortaklık sözleşmesinde böyle bir hüküm varsa tasfiye buna göre yapılır. Sözleşmede tasfiyeye ilişkin hüküm yoksa kanundaki hükümlere göre yapılır. Ayrıca ortaklar, ortaklığın sona ermesinden sonra da oy birliği ile bu hususu düzenleyebileceklerdir⁵⁰⁹. Yargıtay da kararlarında, ortakların tasfiyeye ilişkin sözleşmede düzenlemeler yapabileceklerini ve ortaklık sözleşmesindeki tasfiyeye ilişkin hükümlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Pulaşlı, Şerh, s.73; Şener, s.517; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.94.

⁵¹⁰ Yarg. 13. HD, 10.10.1983, E.1983/4521, K. 1983/6857: “...Ortaklık sözleşmesinin 2. maddesinde davacının 2.000.000 lira sermaye koyduğu yazılıdır. Aynı maddede tasfiyenin nasıl yapılacağı da belirlenmiştir. Buna göre, işin bitiminde ortaklar koymuş oldukları nakdi sermayelerini çekebileceklerdir ve Mehmet 2.000.000 lirayı ve diğer ortak Şükü de koyduğu nakit sermayeyi çekecek ve geri kalan kâr ½ nispetinde ortaklar arasında paylaşılacaktır. Şu halde ortaklığa ait bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirden yapılmış olan giderler tutatı çıkarıldıktan sonra, arada bir fark y ada kâr meydana çıkarırsa bundan öncelikle davacının sermayesini teşkil eden 2.000.000 liranın ayrılarak davacıya ödenmesi ve geriye kalan kârın ½ oranında taraflar arasında bölüşülmesi gerekir. Mahkemenin ortaklık sözleşmesinin 2. Maddesindeki hükmü gözetmeden hasıl olan kârı yarı yarıya ortaklara bölüştürmesi yasaya uygun değildir ve bozma nedenidir...” ; 13. HD, 11.5.1993, E.1743, K.4129, kararlar için bkz. Şener, ss.517-518.

§10. SORUMLULUK

I.MÜTESELSİL SORUMLULUK

Bir adi ortaklık ilişkisinde adi ortaklar borçlarından dolayı müteselsilin sorumludurlar. Müteselsil borç ilişkisi birden fazla borçlunun alacaklıya karşı tümünden borçlu olduğu hukuki durumdur. Müteselsil sorumluluk ilişkisinde borçlardan biri veya birkaçı ifa edildiği zaman diğerleri de borçtan kurtulabilmektedir⁵¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesi hükmünde düzenlenme alanı bulan müteselsil sorumluluk adi ortaklık ilişkisini temel almıştır. Buna göre iki ana unsurun varlığı halinde ortakların müteselsil sorumluluğundan bahsedebiliriz. Bunlardan birisi tüm ortakların borç doğuran işleme katılmış olmaları veya kendilerini temsil ettirmiş olmaları hali, diğeri de müteselsil sorumluluğun esasının devre dışı bırakılmamış olmasıdır. Ortaklık işlemlerinde borç hukuki işlemlerden veya sözleşmeden doğmaktadır⁵¹². Bu hukuki ilişkide taraf veya temsilci olarak yer alan ortak kişi alacaklıya karşı adi ortaklıkta diğer ortaklarla birlikte müteselsilsen sorumlu olmaktadır⁵¹³.

⁵¹¹ M.Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 2014, s. 452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.285; Akıntürk, Müteselsil, s.35; Eren, s. 1200; Tunçomağ, s. 1034; Kılıçoğlu, s. 756; Ali Naim İnan/ Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 544.

⁵¹² Barlas, s.101.

⁵¹³Bkz. Yargıtay 13. HD, 28.11.1988, E. 1988/4163, K. 1988/5707, "...Davacının davalıların adi ortak olarak inşa ettikleri apartmandan (6) numaralı daireyi 20.10.1982 tarihli sözleşme ile adi ortaklığı temsil eden (K.G.)'den satın aldığı bu daire karşılığında 405.537 TL. ödediği anlaşılmaktadır. Adi ortaklığı davalı (K.G.)'ün idare ettiği ve böylece adi ortaklığı yönetici şerik olarak (K.G.)'ün temsil ettiği beyanıyla sabittir. Borçlar Yasası 533 üncü maddesi son cümlesine göre "kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik, şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını haiz sayılır" denmektedir. Böylece bu sözleşmede (K.G.) adi ortaklığı temsil etmiştir. Borçlar Yasası 534 son cümlesinde de hilafına mukavele edilmiş olmadıkça şerikler birlikte veya bir mümessil vasıtasıyla üçüncü bir şahsa karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen sorumludurlar. Davalı ortak (K.G.)'ün (S.) İnşaat ve Taahhüt işleri Adi Ortaklığı adına hareket ettiği sözleşme içeriği ile subuta ermektedir. O halde (R.G.)'ün diğer ortak (K.G.) ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerekirkenonun hakkındaki davanın husumetten reddedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."http://kazanci.com.tr. (30.05.2017); Şener, Adi Ortaklık, s. 420-421; Barlas, s. 101.

Müteselsil borç ilişkisi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda 162 ve 169. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Müteselsil borçluluğun doğusu kanun koyucu tarafından şu şekilde belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.*"

Türk Borçlar Kanununun 162. ve 169. maddeleri arasında müteselsil borçluluğun doğuşu, genel hükümleri ve sona ermesi gibi hususlar düzenlenmiştir. Buna karşın Borçlar kanunun bu maddeleri dışındaki bazı hükümlerinde de müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler söz konusudur. Bunlardan biri de adi ortakların müteselsil sorumluluğudur⁵¹⁴. Zira TBK' nın 638. maddesini üçüncü fıkrası adi ortaklıkta ortakların müteselsil sorumlu olduklarını şu şekilde belirtmiştir. "*Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.*" Yargıtay da kararlarında, adi ortaklık ve müteselsil sorumluluk hususu sıkça karşılaşılan bir olaylar üzerinden açıklanmıştır⁵¹⁵.

Müteselsil borçluluk ilişkisinde borçluların her biri borcun tamamından şahsen sorumlu olup alacaklının diğerlerine başvurabilme imkanı söz konusudur.⁵¹⁶ Alacaklı bu noktada iradi seçimine göre kendisi şahsen sorumlu olduğu gibi diğer ortakların da sorumluluğu bulunduğundan borçtan dolayı hem bütün ortaklara hem de ortaklardan biri veya birkaçından alacağının tamamını talep edebilir⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Şener, s. 418.

⁵¹⁵ Yargıtay 13. HD, 28.11.1988, E. 1988/4163, K. 1988/5707 : "*Davacının davahların adi ortak olarak inşa ettikleri apartmandan (6) numaralı daireyi 20.10.1982 tarihli sözleşme ile adi ortaklığı temsil eden (K.G.)'den satın aldığı bu daire karşılığında 405.537 TL. ödediği anlaşılmaktadır. Adi ortaklığı davalı (K.G.)'ün idare ettiği ve böylece adi ortaklığı yönetici şerik olarak (K.G.)'ün temsil ettiği beyanıyla sabittir. Borçlar Yasası 533 üncü maddesi son çümlesine göre "kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik, şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını haiz sayılır" denmektedir. Böylece bu sözleşmede (K.G.) adi ortaklığı temsil etmiştir. Borçlar Yasası 534 son cümlesinde de hilafına mukavele edilmiş olmadıkça şerikler birlikte veya bir mümessil vasıtasıyla üçüncü bir şahsa karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen sorumludurlar. Davalı ortak (K.G.)'ün (S.) İnşaat ve Taahhüt işleri Adi Ortaklığı adına hareket ettiği sözleşme içeriği ile subuta ermektedir. O halde (R.G.)'ün diğer ortak (K.G.) ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerekirken onun hakkındaki davanın husumetten reddedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." (emsal.yargitay.gov.tr)*

⁵¹⁶ Nurcihan Dalcı Özdoğan, **Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında)**, Ankara, 2015, s. 27; Ali Haydar Yağcıoğlu, **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Ankara, 2014, s.8; Halûk, N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondördüncü Bası, İstanbul, 2015, s.417.

⁵¹⁷ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 587; Şener, s. 419; Turgut Akıntürk, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara, 1971, s.37; Canyürek, s. 13; Kadir Berk Kapancı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**,

Müteselsil sorumluluğa ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus, müteselsil borçluluğun esas olduğu adi ortaklığa ilişkin açılan bir davada alacaklının adi ortaklığın tüm ortaklarını dava etmesi buna karşın alacağını müteselsil olarak tahsil edilmesi talebini iletmemesi bir sorun teşkil etmeyecek olup, yargıcın re'sen müteselsil sorumluluk kuralları uygulaması esas teşkil edecektir⁵¹⁸. Yargıtay'ın bu yönde kararları bulunmaktadır⁵¹⁹.



İstanbul, 2014, s.12; Yağcıoğlu, s.8; Kılıçoğlu, s.757; Serdar Nart, **Borçlar Hukuku, (Genel Hükümler-Özel Hükümler)**, Ankara, 2014, s. 135.

⁵¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.287; Yücel, s. 125.

⁵¹⁹ Yarg. 21. HD, 24.5.2005, E. 2005/3538, K. 2005/5401 : “...Hükme dayanak alınan kusur raporunda davalı işverenlerin % 30 dava dışı 3. kişilerin % 70 oranında kusurlu bulunduğu açıktır. Öte yandan, birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK'nın 50. Maddesi ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri zarardan sorumluluklarını düzenleyen aynı kanunun 51. maddesi ile BK'nın 142. maddesi hükmü gereği alacaklı, müteselsil borçluların tümünden veya birinden borcun (zararının) tamamını veya bir bölümünü istemekte muhayerdir. Ana kural bu olmakla beraber, dava dilekçesinde açıkça müteselsil sorumluluktan söz edilmiş ve kusurları oranında tahsil isteminde bulunulmamış ise dava dilekçesindeki sözlerden ileri sürülen olaylardan ve bunların yorumunda, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden davacının müteselsil ödetme isteği anlaşıldığı takdirde BK'nın 18. ve MK' nın 2. maddesi de düzenlenen (gerçek maksat ve afaki iyiniyet kuralları) gözönünde tutularak davacının müteselsilen ödetme isteği kabul edilerek sonuca varmak gerekir. Sırf dava dilekçesinde müteselsil sözcüğü yok diye kusur oranında sorumluluğu gidilirse HUMK 74. maddesine aykırı olarak talepten farklı sonuca varılmış olur...”(emsal. yargitay.gov.tr)

II. RÜCU HAKKI

Adi şirketin dış ilişkisinde adi ortağın ortakları arasında müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu bağlamda adi ortaklıklar arasında içi ilişkide nasıl bir sorumluluğun bulunduğu belirtilmesi adi ortaklığın önemli bir hususunu teşkil etmektedir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken temel husus bir adi ortağın dış ilişkide diğer adi ortaklardan daha fazla sorumluluk alması halinde nasıl bir ilişkinin kurulacağı hususudur.

Adi ortaklar arasındaki iç ilişki rücu ilişkisine dayanmaktadır⁵²⁰. Bu açıdan bir adi ortağın, diğer ortaklardan daha fazla oranda sorumluluğa katlanması halinde adi ortaklığın diğer ortaklarına rücu hakkı bulunmaktadır.⁵²¹ Zira rücu ilişkisinin temelinde tüm sorumluların daha evvel kararlaştırılan oranda yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna karşın bir adi ortağın, sorumluluğa kendisine belirlenen orandan daha fazla katlanması halinde, daha fazla sorumluluğa katlanan ortağın , diğer sorumlulardan fazla katlandığı yükümlülüğün bedelini talep etme hakkı yatmaktadır.⁵²² Zira müteselsil sorumlulukta rücu hakkı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; "*Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir*".

Dolayısıyla rücu ilişkisinde öncelikle dikkat edilmesi gereken bir diğer hususta ortakların hangi orandan adi ortaklığın sorumluluğunu paylaştığının tespitidir. Adi ortaklığın ortakları iç ilişkide ne oranda sorumlu olduklarını kendileri belirleyebilirler. Ortaklar kendileri bu sorumluluğu belirlemeyip bu husus kanun ile çözebilecekleri gibi, bir uyuşmazlık halinde hakimin de bu hususta karar vermesi söz konusu olabilir⁵²³. Zira bu husus TBK'nın iç ilişki de paylaşımı düzenleyen 167. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; "*Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular*

⁵²⁰ Akıntürk, Müteselsil, s.207; Eren, s. 1209; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.304; Oğuzman/Öz, ss.474-475; Şener, s. 428;

⁵²¹ Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, İstanbul, 2003, s. 108-109; İnan/Yücel, s.549.

⁵²² Canyürek, s. 115.

⁵²³ Akıntürk, Müteselsil, s.209.

arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler."

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesinin ilk fıkrasında, adi şirketin ortakları arasındaki iç ilişkilerini kendileri kararlaştırmadıklar halde, eşit oranda sorumlu olacakları belirtmiştir. Bu açıdan kanun koyucunun , adi ortaklık için eşit oranda sorumluluğu bir karine olarak benimsemiştir. Adi ortakların iç ilişkide pay oranları belirlememeleri halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesinde yer alan eşit hisse karinesi uygulama alanı bulur.⁵²⁴

Rücu talebinde bulunabilecek olan adi ortağın rücu hakkını karşı tarafa öncelikle olarak hangi oranda yönelteceği dikkate değer bir husustur. Bu noktada, taraflar içi ilişkide başka bir deyişle kendi aralarında yaptıkları sözleşmede veya ortaklık anlaşmasında sorumluluğa hangi oranda katılacakları belirlemediler ise, bu kapsamda artık ortakların, adi ortaklıktaki ortaklıklarının türüne veya sermaye miktarına bakılmayacak ve Türk Borçlar Kanunu'nun kar ve zarara ilişkin adi ortaklığa katılma başlıklı 623. maddesi uygulama alanı bulur.⁵²⁵ Buna göre; "*Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade eder. Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir"*.

⁵²⁴ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, Yirmi Altıncı Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 210; Oğuzman/Öz, s.475; Eren, s.1210; İnan/Yücel, s. 550; Kılıçoğlu, s. 765; Nart, s. 138.

⁵²⁵ Canyürek, s. 115; Akıntürk, s. 209; Şener, s.428;

III.ORTAKLIĞA YENİ GİREN VE AYRILAN ORTAĞIN SORUMLULUĞU

Ortaklığa yeni giren bir ortağın sorumluluğunda temel husus, yeni giren ortağın, adi ortaklığın eski borçlarından sorumlu olmayacağıdır.⁵²⁶ Bu noktada, adi ortaklıktan ayrılan ortak ayrıldığı tarih itibariyle, ortaklığın ileri dönemdeki borçlarından sorumlu olmayacaktır⁵²⁷.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususlardan biride ayrılan ortağın ayrılmadan evvelden doğan sorumluluğunun henüz ifa edilmeyen kısımlarının, adi ortağın ortaklıktan ayrılrsa bile devam edecek olmasıdır. Bu açıdan adi ortağın henüz ayrılmadan evvel sahip olduğu sınırsız müteselsil sorumluluğu veya rücu durumu söz konusu ise, rücu hakkı devam edecektir⁵²⁸.

Adi ortaklıktan ayrılan bir ortağın ayrılmadan önceki döneme ait sorumluluğu ve hakkına ilişkin bir kararında Yargıtay, adi ortaklıktan ayrılan ortağın, ayrılmadan öncesinde işçilerin fazla mesai ve kıdem tazminatından sorumlu olacağını fakat ayrıldıktan sonra gerçekleşen mesai, kıdem ve ihbar tazminatlarından sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir⁵²⁹.

Dolayısıyla bu noktada sorumluluğun belirlenmesi için, adi ortaklıktan ayrılan veya adi ortaklığa yeni dahil olan bir sorumlunun hangi tarihte ortaklıktan ayrıldığının veya ortaklığa dahil olduğunun kesin bir tarih ile belirlenmesi zorunludur⁵³⁰.

⁵²⁶ Yongalık Aynur, “Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlarından Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi’nin 7.4.2003 Tarihli kararı, Bir Metodoloji Sorunu”, Prof.Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, (Sorumluluk), s. 526; Bilgili, s. 205; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 82;

⁵²⁷ Yongalık, Sorumluluk, s.526; Şener, s. 392;

⁵²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.82; Şener, s.392.

⁵²⁹ "...İşveren adi ortaklık ise, ortaklıktan ayrılan işveren, ortaklığın sona erme tarihine kadar gerçekleşen borçlardan müteselsilen ve müştereken borçludur... Davalıların işyerini adi ortaklık şeklinde işlettikleri ve davalılardan A.O.'nun akdin feshinden önce 1.6.1991 tarihinde ortaklıktan ayrıldığı anlaşıldığından adı geçen davalının ihbar tazminatından sorumlu tutulması mümkün değildir. Mahkemece ihbar tazminatının davalı A.O.'danda tahsiline karar verilmesi hatalıdır. ...Davalı A.O. adi ortaklıktan ayrıldığı 1.6.1991 tarihinden önceki fazla mesai ücretinden ve anılan tarihten önceki hizmet sözleşmesine göre bu tarihteki ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatından diğer davalı ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği halde, ortaklıktan ayrıldığı tarihten sonraki süre içinde fazla mesai ve kıdem tazminatı alacağından sorumlu tutulması bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD, 2.7.1997, E. 1997/10351, K. 1997/13379 (emsal.yargitay.gov.tr)

⁵³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.82; Yücel, s.130.

SONUÇ

Aşağıda çalışmamız sırasında ulaştığımız sonuçları şöyle belirtebiliriz;

Hukukumuzda adi ortaklık Türk Borçlar Kanununun 620 ile 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasından ötürü ortakların üçüncü kişilerle ilişkileri bakımından özellik oluşturan bazı durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, faaliyetlerini tüzel kişiliğe sahip olan ortaklıklar gibi organları vasıtasıyla değil de ortakları aracılığıyla yürütebilmektedirler. Bu nedenle adi ortaklıklarda faaliyetler ya tüm ortakların bizzat katılımıyla ya da temsil yoluyla gerçekleşebilmektedir.

Kural olarak hukuki işlemler o işlemi gerçekleştiren üzerinde hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak bir hukuki işlemin mutlaka o kişi tarafından yapılması gerekmez. Bu durumlarda hukuk düzeni söz konusu hukuki işlemin temsilci tarafından gerçekleştirilmesine müsaade etmektedir. Temsil kavramı doktrinde “bir hukuki muameleyi bir şahsın başka bir şahıs nam ve hesabına yapması ve muamelenin bu şahıs üzerinde doğmasının sağlanması “olarak ifade edilmektedir. Bu tanım uyarınca temsilde hukuki işlemlerde daima üç kişi bulunmalıdır. Buna göre hukuki muameleyi başkası ad ve hesabına gerçekleştiren kişi doğrudan temsilci sıfatını taşıırken temsilcinin adına hareket ettiği kişi temsil edilen ve temsilci ile hukuki işlem yapan taraf ise üçüncü şahıs olarak nitelendirilmektedir.

Doğrudan temsil ilişkisinde adi ortaklığın temsilcisi tarafından yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçların doğrudan temsil edilen şahıslara ait olabilmesi için temsilcinin temsil yetkisine sahip olması bir de temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesidir.

Temsilcinin temsil yetkisinin bulunması adi ortaklıkta doğrudan temsilin şartlarından birisidir. Temsil yetkisi temsilcinin temsil edilenin nam ve hesabına işlem yapması olarak tanımlanmaktadır. (TBK m.40). Bu hüküm uyarınca 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 olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

Bu hüküm uyarınca yetkili temsilci bir başkası nam ve hesabına bir hukuki işlem gerçekleştirmekte ve hukuki işlemin sonuçları doğrudan temsil olunan üzerinde doğmaktadır. Burada doğrudan temsilin tanımı yapılmıştır. TBK m. 40' uyarınca temsilci üçüncü kişi ile bir hukuki işlem gerçekleştirdiği takdirde karşı tarafa temsilci sıfatını bildirmek zorundadır. Aksi takdirde hukuki işlemde doğan sonuçlar kendi üzerinde doğacaktır. Yine TBK m. 40/2 uyarınca 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.

TBK 40-44.maddeler arasında bahsedilen temsil genel olarak rizai temsildir. Adi ortaklıkta BK. 637-638.maddeler arasında yer verilen düzenlemede ise kanun koyucu kanuni bir karine olarak adi ortaklıkta ortaklık işlerini idare yetkisine haiz her ortağın temsil yetkisini haiz olduğu hususunu ifade etmektedir. Bu düzenlemedeki temsil yetkisinin kaynağı da kanun hükmüdür.

Türk Borçlar Kanununda da adi ortaklıkta temsil ve hükümleri 637. ve 638. maddelerde düzenlenmiştir. Adi ortaklıkta temsil de doğrudan ve dolaylı temsil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 1. fıkrasında dolaylı temsil, 637. maddesinin 2. fıkrasında doğrudan temsil ve 637. maddenin 3. fıkrasında da temsil karinesine yer verilmiştir.

Dolaylı temsili düzenleyen hüküm olan Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 1. fıkrasına göre, kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendi alacaklı ve borçlu olacaktır. Bu hak ve borçların sahibi olan ortak daha sonra bu söz konusu hak ve borçları diğer ortaklara devretmekle yükümlüdür.

Adi ortaklıkta doğrudan temsili düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 637. maddesinin 2. fıkrasına göre, ortaklardan biri ortaklık adına veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaptığı takdirde, diğer ortaklar temsile ilişkin hükümle uyarınca bu kişinin alacaklısı ve borçlusu olacaklardır. Burada bahsedilen Türk Borçlar Kanununun 40-48. maddeleri arasında düzenlenen temsil hükümleri adi ortaklığın bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

Adi ortaklıkta temsil yetkisine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 637. Maddesi dışında doğrudan bir düzenleme olmamasından dolayı temsilci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilere aksi kararlaştırılmadığı ve uygun düştüğü takdirde Türk Borçlar Kanununun vekaletle ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından dolayı diğer ticaret ortaklıklarından farklı olarak, bütün ortakların yalnızca birlikte tasarrufta bulunabilecekleri, kendi kişisel malvarlığından bağımsız özel bir ortaklık malvarlığı bulunmaktadır.

Ortakların başlangıçta katılım payı olarak koyduğu haklar ve sonrasında da birlikte hareket ederek veya temsil yoluyla elde edilen hak ve borçlar bu malvarlığına dahil olmakta ve ortaklar bu malvarlığı üzerinde elbirliğine dayanan mülkiyete sahip olmaktadır. Bu elbirliği mülkiyetin sonucu olarak da ortakların şahsi alacaklıları aksi kararlaştırılmadıkça alacaklarını ancak ortaklığın tasfiyesi neticesinde ortağa düşecek olan tasfiye payından alabileceklerdir.

Adi ortaklık ilişkisinde adi ortaklar borçlarından dolayı müteselsilen sorumludurlar. Müteselsil borç ilişkisi birden fazla borçlunun alacaklıya karşı tümünden borçlu olduğu hukuki durumdur. Müteselsil sorumluluk ilişkisinde borçlardan biri veya birkaçı ifa edildiği zaman diğerleri de borçtan kurtulabilmektedir. Adi ortaklıkta ortakların alacaklarını garanti altında tutan gerçek anlamda bir malvarlığının olmamasından ötürü, ortaklık borçlarından ortakların müteselsil sorumlu olmaları Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinin 3. fıkrasında hükme kavuşturulmuştur. Müteselsil olan bu sorumluluk, ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasından dolayı da birinci derecede sınırsız bir sorumluluktur.

KAYNAKÇA

Abdelfatah, Sema. **Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklarda Yönetim**, Ankara, 2017.

Akıncı, Şahin. **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 3. Bası, Sayram Yayınevi, Konya, 2006.

Akıntürk, Turgut. **Müteselsil Borçluluk**, Ankara, 1971.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, Yirmi Altıncı Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

Akıpek, Jale ve Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.

Akünel, Teoman. **Türk İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Akyol, Şener. **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009.

Akyol, Şener. **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, 2. Baskı, İstanbul, 2008.

Ansay, Tuğrul. “**Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?**” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, (Tüzel Kişi), İstanbul, 1999, sh.1-10.

Ansay, Tuğrul. **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, (Adi Şirket), Ankara, 1967.

Ansay, Tuğrul. “**Adi Şirket Ortaklarının Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukları**”, BATIDER, 1967, c. IV, s.1, sh.65 vd, (Haksız Fiil).

Aral, Fahrettin. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Baskı, Ankara, 2007.

Armutcuoğlu, Can Yalçın. **Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk**, M.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

Aşkan, Cengiz. **Adi Şirketin Yönetimi**, Ankara, 2003.

Ataay, Aytekin. **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, 1. Yarım, 3. Bası, İstanbul, 1981.

Ayan, Mehmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Konya 2015.

Aybay, Aydın. **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 12. Bası, İstanbul, 2000.

Ayiter, Nuşin. **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları**, Ankara, 1961,(Elbirliği Ortaklıkları).

Barlas, Nami. **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Bahtiyar, Mehmet. **Ortaklıklar Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2015.

Baştuğ, İrfan. **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, 1974,

Baştuğ, İrfan. **Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti**, İzmir Barosu Dergisi, 1964.

Becker, Hernan. **İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm- Özel Borç İlişkileri (m.184-551)**, çev. Suat Dura ,Yargıtay Yayını No:24, Ankara, 1993, Art. 401, N.

Bilge, Necip. **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Ankara 1971.

Bilgili, Fatih. “**Adi Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum**”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002.

Bilgili, Fatih. **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Ankara, 2003.

Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa, 2013.

Canyürek, Murat. **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, İstanbul, 2003.

Çeker, Mustafa. **Ticaret Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2012.

Dalamanlı, Lütfü, Faruk Kazancı ve Muharrem Kazancı. **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, c.1:1-60, İstanbul 1990; c.2 : 61-181, İstanbul 1990; c. 3 : 182-371; c.4 : 372-544, İstanbul 1990, c.4, s.523-524.

Dalcı Özdoğan, Nurcihan. **Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve 162 vd. Hükümleri Bağlamında)**, Ankara, 2015.

Doğanay, Ümit Yaşar. **Adi Şirket Akdi (Akdin unsurları – Kurulması-Hükümsüzlüğü)**, İstanbul 1968.

Domaniç, Hayri. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt 1, İstanbul, 1988.

Domaniç, Hayri. **Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 1988, (Şirketler).

Erdem, Nafiz. **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, c.3 Adana 1990.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2012.

Eren, Fikret. **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011, (Mülkiyet).

Erişir, Evrim. **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, 2007.

Esener, Turhan. **Salahiyete Müstenit Temsil**, Ankara 1961.

Esener, Turhan. **Borçlar Hukuku I, (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği)**, Ankara, 1969.

Esener, Turhan. **Eşya Hukuku**, Ankara, 1985.

Esener, Turhan ve Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2015.

Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt:I, 2. Bası, İstanbul, 1976.

Girgin, Ömer Ali. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, İstanbul, 2017.

Gürsoy, Kemal. “**Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi Ve Sonuçları**”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1976.

Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2.Bası, Ankara, 1984.

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011.

Hızır, Serdar. “**6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkma ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü**”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.III, İstanbul, 2011, ss.2817-2880.

İnan, Ali Naim. **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler**, Ankara, 1978.

İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014.

İnceoğlu, Murat. **Doğrudan Temsil**, İstanbul, 2009.

Kalpşüz, Turgut. **Adi Şirket**, Türk Hukuk Ansiklopedisi, c.I, Ankara, 1962.

Kapancı, Kadir Berk. **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul, 2014.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve İncelenmiş Baskı, C.1-2, İstanbul 2002.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku**, c.1-6, İstanbul 1992.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, 9. Bası, Ankara 2007.

Kırca, İsmail. “**Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun**”, Batıder, C. XX, S:4, Aralık 2000

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2008.

Kurşat, Zekeriya. “**Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1, S. 301-318, İstanbul, 2012.

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul, 2016.

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2017, (Ders Kitabı).

Kuyucu, Mustafa Melih. **Adi Ortaklıkta Temsil**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Nomer, Halûk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt -1, 11. Bası, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt -2, 11. Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk(Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)**, Beta, 2007.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay – Özdemir. **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015.

Oğuztürk, Burcu Kalkan. **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2008.

Olgaç, Senai. **Emsal İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu**, Ankara 1976.

Olgaç, Senai. **İlmi ve Kazai İctihatlarla Borçlar Kanunu**, C.4, Ankara, 1976

Özdemir, Erdal. **Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması**, Ankara, 1994.

Özenli, Soysal. **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara 1988, s.4.

Pekcanitez, Hakan ve Hülya Taş Korkmaz. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Poroy Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2010, s. 38.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, Ankara 2015.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4.Baskı, Ankara, 2016.

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014.

Reisoğlu, Safa. **Türk Eşya Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 1984.

Saymen, Ferit H. ve Halid K. Elbir. **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 1954.

Seliçi, Özer. **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977.

Serozan, Rona, Hüseyin Hatemi ve Abdülkadir Arpacı. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 1992.

Sirmen, A. Lale. **Eşya Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2015.

Sungurbey, İsmet. **Medeni Hukuk Eleştirileri**, c.1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1963.

Sungurbey, Ayfer Kutlu. **Yetkisiz Temsil “ Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) Ve Olumsuz Zarar”**, Yasa, İstanbul, 1988.

Sungurbey, Ayfer Kutlu. **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, 1988

Şener, Oruç Hami. **Adi Ortaklık**, Ankara 2008.

Şener, Oruç Hami. Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017, (Ortaklıklar).

Tekil, Fehiman. **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul 1996.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Borçlar Hukuku**, 4.Bası, İstanbul, 1979.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1967-1968.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Eşya Hukuku**, Cilt I, 5. Bası, İstanbul, 1989,(Eşya).

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Uçar, Salter. **Tüm Şirketlerde Fesih Ve Tasfiye**, İstanbul 1996.

Uyar, Talih. **Kooperatiflerde ve Adî Şirketlerde Alacaklı Üçüncü Kişilerin Kooperatif, Adî Şirket ve Ortağı Takip Hakkının Kapsamı**, Yasa, 1980.

Uygur, Turgut. **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu**, C.VIII,Ankara, 2003.

Ülgen, Hüseyin. **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Yağcıoğlu, Ali Haydar. **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Ankara, 2014.

Yavuz, Cevdet. **Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul 1983.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayıncılık.İstanbul, 2014, s.1512.

Yongalık, Aynur. “**Adi Şirkette Sermaye Payı**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara, 1991.

Yongalık, Aynur. “**Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlarından Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi’nin 7.4.2003 Tarihli kararı, Bir Metodoloji Sorunu**”, Prof.Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, (Sorumluluk).

Yücel, Cazibe Ebru. **Adi Ortaklıkta Temsil**, Bahçeşehir Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.