

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE

ADİ ORTAKLIKTA DIŞ İLİŞKİLER

Ömer Ali GİRGIN

(Yüksek Lisans Tezi)

Eskişehir, 2016

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE
ADİ ORTAKLIKTA DIŞ İLİŞKİLER**

Ömer Ali GİRGİN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temmuz, 2016

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ömer Ali GİRGIN'ın "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Dış İlişkiler" başlıklı tezi 08 Eylül 2016 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan Özel Hukuk Anabilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Yrd.Doç.Dr.Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Üye : Yrd.Doç.Dr.H.Tolunay OZANEMRE YAYLA

Üye : Yrd.Doç.Dr.Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Prof.Dr.Kemal YILDIRIM
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



Yüksek Lisans Tez Özü

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE

ADİ ORTAKLIKTA DIŞ İLİŞKİLER

Ömer Ali GİRGIN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2016

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Adi ortaklık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620 ilâ 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklık tüm ortaklık tiplerinin temelidir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticaret ortaklıklarından farklı olarak adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliğe sahip olmayan bir kişi topluluğu ise haklara ve borçlara sahip olamaz. Çalışmada tüzel kişiliği olmayan bir ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkilerinin usulü ve niteliği incelenmiştir. Ayrıca yapılan işlemlerden doğan borçlardan kimin, nasıl sorumlu olacağı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Adi ortaklıkta temsil, adi ortaklıkta ortakların borçlardan sorumluluğu, TBK m. 637, TBK m. 638, adi ortaklıkta yetkisiz temsil, müteselsil borçluluk.

Abstract

EXTERNAL AFFAIRS IN SIMPLE PARTNERSHIP

ACCORDING TO TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098

Ömer Ali GİRĞİN

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, July 2016

Adviser: Asst. Prof. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Simple partnership is regulated in the articles no. 620 to 645 of Turkish Code of Obligations. Simple partnership is the base of all partnership types. Simple partnership has no legal entity distinct from commercial partnerships which are regulated in the Turkish Commercial Code. A community which do not have legal entity can not have debts and rights on its own. In the study, the relationship procedure between strangers and a partnership without legal entity and legal characteristic of the relationship is analyzed. Furthermore, debts generating from transactions are ascertained.

Keywords: Representation in simple partnership, partners' liability for obligations in simple partnership, Turkish Code of Obligations article 637, Turkish Code of Obligations article 638, representation without authorization, joint indebtedness.

- ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez/proje çalışmamın bana ait, özgün bir çalışma olduğumu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Ömer A-li GİR GİN

Eğitim

Lisans (2013): Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri/yılı: Bursa/1991 Cinsiyet: Erkek Yabancı dil: İngilizce

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
z.....	iii
Abstract.....	iv
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
zgeçmiş.....	vi
Kısaltmalar Listesi.....	xii
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Adi Ortaklık

1. Tanımı ve Mevcut Uygulaması	3
2. Adi Ortaklığa Uygulanacak Yasal Düzenlemeler	7
2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun Adi Ortaklığa İlişkin Maddeleri.....	7
2.2. TBK Dışındaki Mevzuatta Adi Ortaklığa İlişkin Hükümler	8
2.3. Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin ve Diğer Bazı Kanun Hükümlerinin Adi Ortaklığa Uygulanması Sorunu.....	9
2.4. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Adi Ortaklığa İlişkin Hükümlerin Ticari Ortaklıklara Uygulanması.....	13
3. Adi Ortaklığın Unsurları.....	14
3.1. Kişi Unsuru	14
3.2. Katılım Payı Unsuru	16
3.3. Müşterek Amaç Unsuru	20
3.4. Müşterek Amaç Uğrunda Birlikte Çaba Unsuru (Affectio Societatis) ..	22
3.5. Sözleşme Unsuru.....	24
4. Adi Ortaklığın Öne Çıkan Özellikleri	33
4.1. Bir Şahıs Birliği Olması	33
4.2. Tüzel Kişi ve Hak Öznesi Olmaması	34
4.3. Ortaklığın Kural Olarak Elbirliğiyle Mülkiyet Esasına Dayanması	37
4.4. Müteselsil Sorumluluk	39

İkinci Bölüm

Adi Ortaklıkta Temsil

1. Borçlar Hukukunda Temsil	42
1.1. Temsil Kavramı	42

1.2. Temsilin Çeşitli Ayrımlara Göre Sınıflandırılması	46
1.3. İradi Temsil	55
1.4. İradi Temsilin Şartları	55
1.4.1. Başkası adına hareket	55
1.4.2. Temsil yetkisi	57
1.4.2.1. Genel olarak.....	57
1.4.2.2. Temsil yetkisinin bağımsızlığı	61
1.4.2.3. Temsil yetkisinin kapsamı.....	62
1.4.2.4. Temsilcinin kendisiyle işlem yapması.....	65
1.4.2.5. Çifte temsil	66
1.4.2.6. Temsil yetkisinin sona ermesi	67
1.5. Yetkisiz Temsil	74
1.5.1. Genel olarak	74
1.5.2. Yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları.....	76
1.5.2.1. Temsil olunanın sözleşmeyi onaması.....	77
1.5.2.2. Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması	79
2. Adi Ortaklıkta Temsil İlişkisi ve Sonuçları	81
2.1. Adi Ortaklıkta Dolaylı Temsil	82
2.1.1. Genel olarak	82
2.1.2. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin şartları	84
2.1.2.1. Dolaylı temsil yetkisi.....	84
2.1.2.2. Başkası adına hareket	85
2.1.3. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin sonuçları	86

2.1.3.1. Genel olarak.....	86
2.1.3.2. Dolaylı temsilcinin temsil olunan ortaklara hesap vermesi	90
2.1.3.3. Dolaylı temsilden doğan hak ve borçların diğer ortaklara intikali.....	91
2.2. Adi Ortaklıkta Doğrudan Temsil	101
2.2.1. Adi ortaklıkta doğrudan temsilin şartları	102
2.2.1.1. Adi ortaklıkta kanuni temsil yetkisi.....	102
2.2.1.2. Adi ortaklıkta iradi temsil yetkisi	106
2.2.1.3. Temsil olunan adına hareket etme iradesi ve bunun bildirilmesi	108
2.3. Adi Ortaklıkta Temsil Yetkisinin Kapsamı.....	112
2.4. Adi Ortaklıkta Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	114
2.5. Adi Ortaklıkta Yetkisiz Temsil	117
2.5.1. Genel olarak	117
2.5.2. Adi ortaklıkta yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları	118
2.5.2.1. Genel olarak.....	118
2.5.2.2. Temsil olunan ortakların işlemi onaması halinde	120
2.5.2.3. Temsil olunan ortakların işlemi onamaması halinde	120
2.6. Temsilin Sonuçları.....	124

Üçüncü Bölüm

Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk

1. Genel Olarak.....	126
2. Borçlardan Sorumluluğun Kaynakları	126

3. Ortakların Sorumluluğu İçin Aranılan Şartlar.....	132
3.1. Adi Ortaklık İlişkisinin Varlığı ve Üstlenilen Borcun Ortaklıkla İlişkili Olması	132
3.2. Ortakların Borcu Doğuran Olayı Hep Birlikte veya Temsilci Aracılığı ile Gerçekleştirmesi	133
3.3. Borcun Üçüncü Kişi ya da Üçüncü Kişi Sıfatını Taşıyan Bir Ortağa Karşı Üstlenilmesi.....	134
3.4. Sorumluluğun Daraltılmasına veya Kaldırılmasına Dair Anlaşma Yapılmamış Olması	134
4. Sorumluluğun Türü Ve Özellikleri	136
4.1. Kişisel Sorumluluk.....	136
4.2. Sınırsız Sorumluluk	136
4.3. Birinci Dereceden Sorumluluk.....	137
4.4. Sorumluluğun Ortaklık Sona Ermesine Rağmen Devam Etmesi	137
4.5. Müteselsil Sorumluluk	138
4.5.1. Genel olarak	138
4.5.2. Niteliği ve türleri	138
4.5.2.1. Hukuki niteliği.....	138
4.5.2.2. Türleri.....	140
4.5.3. Hükümleri.....	141
4.5.3.1. Dış ilişki	141
4.5.3.1.1. Alacaklı yönünden.....	142
4.5.3.1.2. Borçlular yönünden	142
4.5.3.2. İç ilişki.....	150

4.5.3.3. İç ilişkide borcu paylaşma ve borçluların rücu hakkı.....	150
4.5.3.4. Halefiyet	155
4.5.4. Müteselsil borcun sona ermesi	157
4.5.5. Müteselsil sorumluluk kuralının ortaklara zaman bakımından uygulanması	158
4.6. Ortaklığın Ortaklardan Birine Borçlu Olması	159
4.7. Ortakların Kişisel Alacaklılarının Durumu	160
Sonuç	162
Kaynakça	166

Kısaltmalar Listesi

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi
bkz.	: bakınız
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihatları Birleştirme Kurulu

İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vd.	: ve diğerleri

Giriş

Çalışmanın konusu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. – 645. maddeleri arasında düzenlenen adi ortaklığın dış ilişkileridir. Adi ortaklığın dış ilişkileri temelde iki konuyu kapsamaktadır. Bu konular adi ortaklıkta temsilci aracılığıyla hukuki işlem yapılması ve ortakların ortaklık ilişkisi sebebiyle edindikleri borçlardan sorumluluğudur.

Adi ortaklık, sözleşme ilişkisine dayalı, ortakların belli bir müşterek amaç doğrultusunda mal veya emeklerini birleştirdikleri ve birlikte çaba sarf ettikleri bir ortaklık türüdür. Adi ortaklık Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ortaklık tiplerinden farklı olarak bir ticaret ortaklığı değildir. Her ne kadar Alman hukukunda adi ortaklığa tüzel kişilik tanımaya doğru giden bir seyir gözlense de günümüzde Türk hukukunda adi ortaklığın tüzel kişiliği de yoktur. Bu sebeplerle ortaklığın hem ortaklar arasındaki iç ilişkilerinde hem de üçüncü kişilerle kurdukları dış ilişkilerinde kendine özgü bir yapısı vardır. Gerçekten, tüzel kişiliği olmayan bir topluluk hak ehliyetine sahip olmadığından kendi adına hak ve borç edinemez. Tüzel kişiliğe sahip olmayan ve doğrudan ortaklık olarak hak ve borç edinemeyen adi ortaklığın, üçüncü kişilerle nasıl ilişki kuracağı ve bu ilişkilerden doğan borçlardan kimin, nasıl sorumlu olacağını belirlemek çalışmanın temel amacı olmuştur.

Konu doktrinde pek rağbet görmese de yapılmış çalışmalardan Can Yalçın ARMUTCUOĞLU'nun Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk isimli yüksek lisans tezi önem taşımaktadır. Yararlandığımız eser, dış ilişkilerin iki temel başlığından bir tanesi olan borçlardan sorumluluk üzerinde yoğunlaşmış, bu esnada adi ortaklığın temsili konusuna da yer vermiştir. Anılan eserde çalışmamızı ilgilendiren konularda öne sürülen görüşleri tahlil ederek değerlendirmelerde bulunmaya çalıştık. Bunun dışında Melih KUYUCU'nun

Adi Ortaklıkta Temsil ve Ebru YÜCEL'in Adi Ortaklıkta Temsil ismindeki yüksek lisans tezleri de konuyu ele almıştır. Adı geçen üç eser de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndan önceki dönemde yazıldığı için yeni bir Borçlar Kanununun yürürlüğe girmiş olması, bu dönem boyunca yargı tarafından yeni içtihatlar verilmiş olması konunun yeniden incelenmeye değer olduğunu göstermektedir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, esasında dış ilişkiler boyutuyla incelenecek olan adi ortaklığın tanımı, uygulama alanı, uygulanacak hükümler, unsurları ve öne çıkan özellikleri ele alınmıştır. İkinci bölümde adi ortaklığın temsili incelenmiştir. Bunun için öncelikle TBK m. 40 – 48 arasında düzenlenen temsil kurumunun özellikleri hakkında bilgi verilmiş, daha sonra bunun adi ortaklığa nasıl uygulanacağı ve adi ortaklıkta doğrudan ve dolaylı temsili düzenleyen maddelerle arasındaki ilişki, yönetici olan ortakların temsil yetkisini varsayan karinenin anlamı ve yetkisiz temsil ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Yapılan gönderme nedeniyle vekâlet sözleşmesi hükümlerine hangi durumlarda başvurulabileceği de bu bölümde yer verilen konular arasındadır. Üçüncü ve son bölümde ise ister temsilci aracılığıyla yapılan hukuki işlemde ister diğer sebeplerden kaynaklansın ortaklığın borçlarından ortakların sorumluluğunun şartları, kaynakları ve özellikleri ele alınmış, bu kapsamda kanunda açıkça öngörülen müteselsil sorumluluk ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

Birinci Bölüm

Adi Ortaklık

1. Tanımı ve Mevcut Uygulaması

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 620/I' e göre adi ortaklık, *“iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir¹.”*

Konuyla ilgili doktrinde bazı yazarlar adi ortaklığın kanuni tanımını zikretmeyi yeterli görmüş², bazıları ise kanuni tanımın eksik ya da yanlış olduğu gerekçesiyle kendi tanımlarını yapmışlardır.

Bir tanıma göre adi ortaklık³ *“iki ya da daha çok kişinin ortak bir gayeye birlikte erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeyi akit uyarınca taahhüt ettikleri şahıs birliğidir.”* Bu tanımda kanundan farklılaşan hususlar, şahıs birliği vurgusu ve güçlerini ile araçlarını kelimeleri arasında kullanılan *“ya da”* bağlacıdır. Zira kanunda *“ve”* bağlacı kullanılmıştır.

Başka bir tanıma göre adi ortaklık⁴ *“iki veya daha fazla hakiki yahut hükmi şahsın, iktisadi bir gayeye erişmek yani ortaklara kar dağıtmak veya tasarruf sağlamak*

¹ Kanunun yaptığı bu tanımın 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki tanımdan önemli bir farkı yoktur. Gerçekten, mülga Borçlar Kanunu m. 520/I' deki *“Şirket bir akittir ki onunla iki veya ziyade kimseler, saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler.”* cümlesiyle karşılaştırıldığında mevcut kanunun eski tanımı büyük oranda muhafaza ettiği görülmektedir. Buna karşılık eski kanunda bu kurum için *“şirket”* kelimesi kullanılmışken mevcut kanunda *“adi ortaklık”* tabiri kullanılmıştır. Eski kanundaki *“adi”* kelimesi kullanılmadan sadece *“şirket”* ifadesinin kullanılmasının diğer ortaklık tiplerini de kapsadığı için yerindelğine dair bkz. O. H. Şener (2008). *Adi ortaklık*. Ankara: Yetkin, s. 1. Kanunun yapmış olduğu tanımla ilgili görüşler için bkz. R. Poroy vd.(2014).*Ortaklıklar hukuku*. İstanbul: Vedat, s. 40.

² M. Yalman ve E. Taylan (1976). *Adi ortaklık*. Ankara: Olgaç, s. 18; Şener (2008), s. 1; O. H. Şener (2015). *Ortaklıklar hukuku ders kitabı*. Ankara: Seçkin, s. 1.

³ Y. Ü. Doğanay (1963). *Adi şirket akdi*. İstanbul: Kutulmuş matbaası, s. 5.

⁴ H. Domaniç (1988a). *Türk Ticaret Kanunu şerhi cilt 1*. İstanbul, s. 377.

maksadıyla, bir kısım sermayelerini birleştirmek hususunda yaptıkları bir anlaşmadır.” Burada ise yazar kanuni tanımdaki müşterek gayeye ve şahısların niteliğine dair ayrıntılara yer vermiştir.

Başka bir tanıma göre adi ortaklık⁵ *“iki veya daha fazla kişinin, ekonomik bir amaç uğruna emek veya mallarını, elde edilecek kar veya zararı paylaşmak amaç ve iradesiyle birleştirerek bir sözleşme sonucu kurdukları, Ticaret Kanunu’nda belirlenen ticari ortaklıklara benzemeyen bir ticari kuruluştur.”* Bu tanımda da “emek veya mal” ifadesi kullanılmış, amacın ekonomik olmasına vurgu yapılmıştır.

Yukarıdakilere nazaran yeni tarihli bir tanıma göre ise adi ortaklık⁶ *“emeklerini veya araçlarını 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.”* Bu tanımda dilbilgisi bakımından gereksiz olan “iki veya daha fazla” ibaresine yer verilmemiş; hukuki bir terim olan “kişi”, hem gerçek hem tüzel kişileri karşıladığından bunlar ayrıca belirtilmemiş; amaç ile ilgili olarak güncel durumda hem ekonomik hem de ekonomik olmayan amaçların meşruiyeti kabul edildiğinden bunu kapsayan bir ifade kullanılmıştır. Nihayet, tüzel kişiliğinin olmaması zaten ticaret ortaklıklarından olmadığını gösterdiği için bu da ayrıca belirtilmemiştir⁷. Bu sebeplerle bunun en kapsamlı ve doğru tanım olduğu söylenebilir.

Adi ortaklık, sermaye (Kapitalgesellschaften) ve kişi ortaklığı (Personengesellschaften) klasik ayrımı bakımından bir sermaye ortaklığı değil, ortakların kişisel özellikleri ön planda olduğundan bir kişi ortaklığı karakteri

⁵ S. Özenli (1988). Uygulamada adi ortaklık ve neden olduğu davalar. Ankara: Kazancı matbaacılık, s. 4.

⁶ N. Barlas (2012). Adi ortaklık temeline dayalı sözleşme ilişkileri. İstanbul: Vedat, s. 18.

⁷ Barlas (2012), s. 17.

taşıır⁸. TTK'da artık bu ayırım hakkında net bir hüküm mevcut olsa da bu hüküm ticaret şirketlerini ele almış, adi ortaklığın hangi türe ait olduğunu belirlememiştir (TTK m. 124/II).

Adi ortaklık bir ticaret ortaklığı değildir; tüm ortaklıkların temeli ve en sade şeklidir⁹. Ticaret ortaklıkları Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmişken adi ortaklık sözleşme odaklı bir kişi birliği olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunun en mühim neticesi, adi ortaklığın diğer ortaklıklardan farklı olarak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olmamasıdır. Aksine ticaret ortaklıkları bakımından Türk Ticaret Kanunu'ndaki boşlukların doldurulması gibi bazı durumlarda, adi ortaklığa dair hükümler uygulama alanı bulur. Bu da adi ortaklığın diğer ortaklık türlerinin temeli olduğunu gösteren bir husustur.

Adi ortaklığın bu basit ve esnek yapısı, geniş bir işlev yelpazesine sahip olmasını sağlamıştır. Bu sebeple uygulamada hukuki nitelik bakımından temelde adi ortaklık karakteri taşıyan çok farklı isimlere sahip yapılanmalar mevcuttur¹⁰. İstisnaları bulunsa da¹¹ joint venture ve konsorsiyumlar¹² buna

⁸ Kişi toplulukları hakkında geniş bilgi için bkz. T. Ansay (1967a). *Adi şirket dernek ve ticaret şirketleri*. Ankara: Başnur matbaası, s. 3 vd. ; H. Pulaşlı (2015). *Şirketler hukuku şerhi*. Ankara: Adalet, s. 4 vd. Kişi ortaklığı – sermaye ortaklığı ayırımı için bkz. Poroy vd. (2014), s. 18; Y. Karayalçın (1973). *Ticaret hukuku cilt 2: Şirketler hukuku*. Ankara, s. 77 vd. ; M. Bahtiyar (2014). *Ortaklıklar hukuku*. İstanbul: Beta, s. 4 vd. ; F. Bilgili ve E. Demirkapı (2013). *Şirketler hukuku*. Bursa: Dora, s. 16 – 17. Adi ortaklığın kişi ortaklığı karakterini taşıdığına dair: Şener (2008), s. 3; Barlas (2012), s. 8; Doğanay (1963), s. 1; Ansay (1967a), s. 3 vd.

⁹ Poroy vd. (2014), s. 40; Şener (2008), s. 140; Şener (2015), s. 12; Barlas (2012), s. 8. Hatta tüm kişi birliklerinin temeli olduğu ifade edilir. Bkz. Doğanay (1963), s. 2.

¹⁰ Buna karşılık avukatlık ortaklığı tüzel kişiliği haiz olduğundan adi ortaklık olarak nitelendirilemez. Bkz. A. Turanboy (2001). *Avukatlık ortaklığı*. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50(4), s. 63; İ. Arslan ve M. Ünal (2008). *Avukatlık ortaklığının diğer ortaklık türleriyle karşılaştırılması ve hukuki niteliği*. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (XVI)1, s. 68.

¹¹ Sermayeye katılmalı joint venturelarda yer alan yavru şirketin yapısı adi ortaklık değildir. Bkz. Barlas (2012), s. 283. Ayrıca joint venture başka şirket tiplerinde de kurulabilir. Bkz. Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 27.

verilebilecek en belirgin örneklerdir. Aynı şekilde kartel yapılanmalarını nitelendirirken çoğunlukla adi ortaklık en uygun seçenek olarak sivrilmektedir¹³. Öte yandan bir öğrenciyle kırtasiye sahibi arasında, öğrencinin derste tuttuğu notların satışından elde edilecek kazancın bölüşülmesi için yapılan anlaşma da adi ortaklık olarak nitelendirilebilir. Adi ortaklığa hem ilk örneklerde olduğu gibi büyük ölçekli ortaklıkların dâhil olduğu ilişkilerde hem de günlük yaşamda küçük ve önemsiz ortaklık ilişkilerinde rastlanması, bu hukuki ilişkinin ne kadar geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu göstermektedir¹⁴.

¹² Pulaşlı (2015), s. 35 vd. ; Barlas (2012), s. 259; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 28; Bahtiyar (2014), s. 25; Sunar, L. (2011). *Türkiye’de iş ortaklıkları durum/çözüm/öneriler*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası – İGİAD, s. 79.

¹³ Barlas (2012), s. 221. Diğer bir örnek de sözleşmeye dayalı konzerndir. Sözleşme, aşağıda görüleceği gibi adi ortaklığın temel unsurlarından biri olduğundan sözleşmeye dayanmayan konzernde adi ortaklık niteliği bulunmaz. Fakat sözleşmeye dayalı konzerndin en yakın olduğu tip adi ortaklıktır. Bkz. Barlas (2012), s. 242.

¹⁴ Z. Kurşat (2012). Yeni borçlar kanunumuzda adi ortaklık hükümlerinin değerlendirilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LXX(1) s. 302; Özenli (1988), s. 2; Doğanay (1963), s. 1; Şener (2015), s. 11; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 25; Yalman ve Taylan (1976), s. 17; Bahtiyar (2014), s. 25; Şener (2008), s. 139; Barlas (2012), s. 9. Kuruluşu yarıda kalmış ve tüzel kişiliği henüz kazanamamış dernekler de adi ortaklık sayılır. Böyle bir durumda adi ortaklığa dair hükümlerin derneğe olduğu gibi uygulanması yanlış olur. Dış ilişkide adi ortaklık hükümleri, iç ilişkide dernek tüzüğündeki hükümlerin uygulanması uygun olur. Bkz. A. Yongalık (2003). *Türk Medeni Kanunu’nda dernek – adi şirket ilişkisi*. Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e armağan. Ankara: Turhan, s. 292 – 293.

2. Adi Ortaklığa Uygulanacak Yasal Düzenlemeler

2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun Adi Ortaklığa İlişkin Maddeleri

Adi ortaklık hakkındaki temel düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 620. ilâ 645. maddeleridir. Her şeyden önce adi ortaklığa dair düzenlemelerin yeri ile ilgili olarak, adi ortaklığın bir kişi birliği olmasına istinaden Türk Medeni Kanunu'un (TMK) kişiler bölümünde veya bir ortaklık olması sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat adi ortaklığın hem kişi birliği olması hem de bir ortaklık olmasından daha önemli özelliği sözleşme odaklı bir ilişki olmasıdır. Gerçekten, sözleşme adi ortaklığın olmazsa olmaz unsurlarındandır. Sözleşme odaklı yapısından dolayı adi ortaklığın 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi yine Türk Borçlar Kanunu'nda ve özel borç ilişkileri başlığında düzenlenmesi yerinde olmuştur¹⁵.

Bu düzenlemelerde en çok dikkat çeken husus, emredici nitelikteki hükümlerin azlığıdır¹⁶. Emredici olmayan hükümler, sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaz. Emredici hükümler çoğaldıkça tarafların iradesine bırakılan hususlar azaldığından; sözleşme özgürlüğü sınırlanır. Adi ortaklığı düzenleyen kanun hükümlerinin tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikleri, ticari ortaklıklarla ilgili hükümlerde boşluk olduğunda adi ortaklığın boşluk doldurucu bir görev üstlenmesinin altında yatan sebeptir. Ayrıca

¹⁵ Kurşat (2012), s. 301; Barlas (2012), s. 110; Doğanay (1963), s. 1.

¹⁶ Barlas (2012), s. 110; Doğanay (1963), s. 50.

tanımlanmakta zorlanılan birçok ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesinin açıklaması da yine bu niteliktir.

Adi ortaklığı düzenleyen hükümlerin esnek yapısı olumlu bir yön olarak değerlendirilse de yeri geldikçe irdeleneceği gibi Borçlar Kanunu sistematığı içinde bu düzenlemenin son derece yetersiz olduğu söylenebilir. Hayatımıza giren ve birçok alanda yaşamlarımızı etkileyen yeni ortaklık türlerinin hukuki nitelendirilmesinde yaşanan zorlukları çözmek bir yana, sıradan adi ortaklık ilişkisine bile ihtiyaçları karşılayacak çağdaş bir bakış getiremediği yönündeki görüşlere katılmak mümkündür¹⁷.

2.2. TBK Dışındaki Mevzuatta Adi Ortaklığa İlişkin Hükümler

TBK' daki hükümler dışında, bazı özel kanunlarda da adi ortaklığa dair hükümler bulunmaktadır. Buna örnek olarak 6356 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrası¹⁸; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 54. maddesinin 1. fıkrası¹⁹; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu²⁰ ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun çeşitli maddeleri²¹ verilebilir.

¹⁷ Barlas (2012), s. 111; Kurşat (2012), s. 317; Doğanay (1963), s. 3; Pulaşlı (2015), s. 19.

¹⁸ 7.11.2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazete. İlgili fıkra: "İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayım, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır."

¹⁹ 1.11.2005 tarih ve 25983 sayılı (mükerrer) Resmi Gazete. İlgili cümle: "Bir adi ortaklığa verilen krediler, sorumlulukları oranında ortaklara kullanılmış sayılır."

²⁰ 6.1.1961 tarih ve 10700 sayılı Resmi Gazete. Madde: 46, 52, 53, 65. Maddeler adi ortaklıktan doğan kazançların vergilendirilmesini düzenlemektedir.

²¹ 10.1.1961 tarih ve 10703-10705 sayılı Resmi Gazete. Madde 153/A ve 243.

2.3. Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin ve Diğer Bazı Kanun Hükümlerinin Adi Ortaklığa Uygulanması Sorunu

Adi ortaklık TBK'da düzenlenen özel bir borç ilişkisi olduğundan TBK'nın sözleşmelerle ilgili genel hükümleri, somut olayda özel hüküm bulunmaması halinde ve ortaklığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığa uygulanır²². Bu kapsamda, genel hükümlerdeki sözleşmenin kurulması, şekli ve geçerliliğine ilişkin hükümlerin adi ortaklık sözleşmesine²³; ifaya ilişkin hükümlerin katılım payının ifasına²⁴; haksız fiillerin de ortakların haksız fiil sorumluluğuna²⁵ belli ölçüde uygulanabileceği savunulmaktadır.

Karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin adi ortaklığa uygulanıp uygulanamayacağı diğer bir sorundur. Adi ortaklık sözleşmesi karşılıklı bir sözleşme olmasa da²⁶ karşılıklı sözleşmelere ilişkin bazı hükümler bir kısım değişikliklerle adi ortaklığa uygulanabilir²⁷. İlk olarak TBK'nın ödemezlik def'ini düzenleyen 97. maddesi önem arz etmektedir. Bu madde karşılıklı borç ilişkilerinde bir tarafın kendi borcunu ifa etmedikçe ifa talebinde bulunamayacağını düzenler. Bu hüküm karşılıklı sözleşmelerin temel ve karakteristik bir özelliğidir. Dolayısıyla karşılıklı bir sözleşme olmayan adi

²² Karayalçın (1973), s. 41; Doğanay (1963), s. 27; Barlas (2012), s. 113; Yalman ve Taylan (1976), s. 20; C. Yavuz vd. (2014). Türk borçlar hukuku özel hükümler. İstanbul: Beta, s. 1512. Burada belirtmek gerekir ki sadece iki ortağın bulunduğu bir adi ortaklıkta karşılıklı sözleşmelere ait daha çok hüküm uygulanabilecektir. Bkz. Yalman ve Taylan (1976), s. 44.

²³ Barlas (2012), s. 68.

²⁴ Barlas (2012), s. 53.

²⁵ Barlas (2012), s. 86.

²⁶ Bkz. Birinci bölüm, 3.5.

²⁷ Bu hükümler adi ortaklığa ancak yapısına uygun düştüğü ve hakkaniyetli olduğu oranda uygulanabilir. Bkz. Şener (2015), s. 4.

ortaklık sözleşmesi bakımından ödemezlik def'inin uygulanma imkânı yoktur²⁸. Adi ortaklıkta ortakların edimleri arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmaması ve aynı anda ifa kuralının olmaması dikkate alınır²⁹, ödemezlik def'inin uygulanamamasının bu sözleşmenin niteliğinin bir gereği olduğu daha iyi anlaşılır. Her ne kadar ödemezlik def'inin adi ortaklığa uygulanamayacağı konusunda genel kabul oluşmuşsa da, yabancı³⁰ ve Türk³¹ doktrinlerinde bazı yazarlar ödemezlik def'inin iki kişiden ibaret adi ortaklıklarda uygulanabileceğini savunmaktadır. Yine doktrinde bu istisnanın dışında başka bazı istisnalar da savunulmuştur³². Fakat bu istisnalar, dürüstlük kuralının özelleştirilmiş birer uygulaması olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır³³.

İfadan kaçınma imkânı veren bir başka düzenleme de TBK m. 98'dir. Maddeye göre, bir tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda hakkı tehlikeye düşen taraf ifadan kaçınabilir, hatta teminat gösterilmezse sözleşmeyi sona erdirebilir. Maddenin lafzından anlaşılacağı gibi bu hüküm edimlerin karşılıklı olmasının bir sonucudur. Çünkü bir tarafın ifa güçsüzlüğünün, diğer tarafın hakkını tehlikeye düşürmesi ancak edimlerin karşılıklı olması halinde mümkün olabilir. O halde TBK m. 98'in uygulanması için edimlerin karşılıklı olması gerektiğinden bu hüküm adi ortaklığa uygulanamaz³⁴.

²⁸ T. Uygur (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi. Ankara: Seçkin, s. 2642; Özenli (1988), s. 43; Poroy vd. (2014), s. 52; Şener (2008), s. 220; Karayalçın (1973), s. 52; Şener (2015), s. 4.

²⁹ Barlas (2012), s. 115; Özenli (1988), s. 41 – 42.

³⁰ Bu yazarlar için bkz. Barlas (2012), s. 115, dn. 292.

³¹ Şener (2008), s. 19-20; Şener (2015), s. 5.

³² Diğer ortaklar ifa etmemişken sadece bir ortaktan ifanın talep edilmesi ve dava açan ortağın ifa etmemiş olması gibi. Bu istisnalar ve bunları savunan yazarlar için bkz. Barlas (2012), s. 115-116.

³³ Barlas (2012), s. 116.

³⁴ Uygur (2012), s. 2642; Barlas (2012), s. 116. Barlas ayrıca, iflas halinde ortaklığın sona ereceğinden ve diğer acz hallerinde de adi ortaklığı düzenleyen hükümler yeterli olduğundan bahisle bu maddenin uygulanmasına yer olmadığının nedenlerini genişletmektedir.

Karşılıklı sözleşmelerde temerrüt düzenlemesi adi ortaklığa kısmen uygulanma imkânı olan hükümler barındırmaktadır. Buna göre ifada temerrüde düşen ortaktan diğer ortaklarca actio pro socio ile ifa talep edilmesi dışında sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şart³⁵ ve tazminat talep edilebilir³⁶. Buna karşılık bu durumda ilgili tarafa tanınan diğer bir hak olan sözleşmeden dönme adi ortaklık bakımından geçerli değildir³⁷. Çünkü adi ortaklık düzenlemesi içinde bu durumu düzenleyen özel hüküm mevcuttur³⁸.

Kusursuz ifa imkânsızlığı hükmünün (TBK m. 136) adi ortaklıkta uygulanması konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hükme göre borç kusursuz bir şekilde imkânsızlaşırsa sona erecektir. Bu hüküm ortakların katılım payı edimi bakımından önemlidir. Doktrinde bir görüşe göre³⁹ katılım payı edimi kusursuz biçimde imkânsızlaşan ortağın borcu devam eder. Sözleşme devam ettikçe bu ortak imkânsızlaşan edim yerine yeni bir edim koymalıdır. Edimin imkânsızlaşması ortaklık sözleşmesini de etkiliyorsa ortakların tümü ortaklık sözleşmesinden kurtulur. Bu sonuç adi ortaklıkta katılım paylarının müşterek amaç için birleşmesinden ortaya çıkar. Dolayısıyla ifa imkânsızlığı hükmünün adi ortaklığa uygulanması mümkün değildir⁴⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise katılım payı edimi kusursuz biçimde imkânsızlaşırsa bu borç sona erecektir⁴¹. Edimi imkânsızlaşan ortak bu edimi yerine yeni bir edim ifa etmek zorunda da değildir⁴². Müşterek amaç

³⁵ Şener (2015), s. 37.

³⁶ Şener (2008), s. 218; Barlas (2012), s. 117.

³⁷ Doğanay (1963), s. 29; H. Hatemi vd. (1992). Borçlar hukuku özel bölüm. İstanbul: Filiz, s. 578; Şener (2015), s. 36; Barlas (2012), s. 117.

³⁸ "Ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer: (b. 7) Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla." TBK m. 639/b. 7.

³⁹ Doğanay (1963), s. 30.

⁴⁰ Doğanay (1963), s. 30.

⁴¹ Şener (2008), s. 211 – 212; Barlas (2012), s. 118; Özenli (1988), s. 45; Şener (2015), s. 35.

⁴² Şener (2008), s. 212; Barlas (2012), s. 119; Şener (2015), s. 35.

unsuru imkânsızlık hükmünün uygulanmasına engel değildir; başka bir engel de olmadığına göre bu hüküm adi ortaklığa uygulanabilir.

Türk Ticaret Kanununun (TTK) 124. ila 210. maddeleri arasında düzenlenen ortaklıklara dair genel hükümlerin adi ortaklığın yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı kabul edilmektedir⁴³. Bahsedilen hükümler adi ortaklığa elbette TBK m. 620 vd. maddelerinin tamamlayıcısı olarak uygulanır. Buna örnek olarak, sermaye borcunun konusuyla ilgili TTK m. 127⁴⁴ ve alacağın sermaye olarak konmasında tekeffül yükümü ile ilgili TTK m. 130⁴⁵ verilebilir.

Yukarıda bahsedilen kanunlar dışında diğer bazı kanunlarda da adi ortaklığı ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Bunlardan biri 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanunu (FSEK) m. 10'dur⁴⁶. Maddeye göre, teknik hizmet veya teferruata ait yardım cinsinden olmamak kaydıyla birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen ve ayrılmaz bir bütün teşkil eden eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Adi ortaklık bakımından önem arz eden husus, maddeye göre bu birliğe adi ortaklık hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise TBK'daki adi ortaklık hükümlerinden ayrılan özgün düzenlemeler vardır. Buna göre eser sahiplerinden dolayısıyla ortaklardan biri, birlikte yapılacak bir muameleye haklı bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir. Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir. Bu son hüküm esasında TBK m. 625/III'teki "*...gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir*" ibaresine benzemekle birlikte hem bahsedilen yetkinin konusu bakımından hem de yetkili kişinin

⁴³ Poroy vd. (2014), s. 41; Karayalçın (1973), s. 130; Barlas (2012), s. 119.

⁴⁴ (eTTK m. 139) Şener (2008), s. 194; Barlas (2012), s. 119.

⁴⁵ (eTTK m. 142) Şener (2008), s. 203; Barlas (2012), s. 119.

⁴⁶ 13.12.1951 tarih ve 7981 sayılı Resmi Gazete.

belirlenmesi bakımından adi ortaklık düzenlemesinden farklıdır. Zira FSEK düzenlemesinde birliğin menfaatini ihlal eden her türlü fiile karşı eser sahiplerinden her biri yetkilidir. Oysa adi ortaklık düzenlemesinde TBK m. 625/III'ün ilk cümlesine göre “ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi” konusunda, gecikmesinde sakınca olan hallerde yönetici ortaklardan her biri yetkilidir⁴⁷.

Bunların dışında joint venture ile ilgili 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 1 ve kartellerle ilgili 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4, 7, 56 ve 57 de, bahsi geçen birliklerin adi ortaklık sayılabildiği ölçüde bu birliklere uygulanacaktır⁴⁸.

2.4. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Adi Ortaklığa İlişkin Hükümlerin Ticari Ortaklıklara Uygulanması

Adi ortaklık hakkındaki doğrudan düzenleme olan TBK m. 620 – 645 maddelerinin uygulama alanı yalnızca adi ortaklıkla sınırlı değildir. Gerçekten bazen ilgili konuya adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı bizzat kanun tarafından belirtmiştir. Bunun en belirgin örneği olan TBK 620/II'ye göre bir ortaklık TTK' da yer alan ortaklık tiplerinden hiçbirinin vasfını taşııyorsa adi ortaklık sayılacaktır⁴⁹. Bu hükme göre aslında adi ortaklık olmayan bir ortaklığa adi ortaklık hükümlerinin uygulanması değil, o ortaklığın adi ortaklık kabul

⁴⁷ Ansay (1967a), s. 115; H. Domaniç (1988b). *Adi, kolektif ve komandit şirketler*. İstanbul, s. 34; Karayalçın (1973), s. 89; C. Aşkan (2003). *Adi şirketin yönetimi*. Ankara: Adil, s. 77.

⁴⁸ Barlas (2012), s. 122 – 123.

⁴⁹ Kurşat (2012), s. 302; İ. Kayar (2002). *Adi şirketin ticaret unvanı ve ticaret siciline tescili*. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağanı, *birinci cilt*. İstanbul: Beta, s. 481; Bahtiyar (2014), s. 26; Yavuz vd. (2014), s. 1514; Doğanay (1963), s. 2; Şener (2015), s. 12.

edilmesi söz konusudur. Yine de bu durum adi ortaklık hükümlerinin uygulama alanının genişletilmiş olduğunu değiştirmez.

TTK m. 126 hükmüne göre TBK'daki adi ortaklık düzenlemesi TTK' da düzenlenen ortaklık tiplerine, tamamlayıcı olarak ve o tipe uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁵⁰. Ayrıca TTK m. 214'e göre şekle aykırı yapılmış ya da kanuni zorunlu içeriğinde eksiklik bulunan kollektif şirketler de adi ortaklık kabul edilecektir. Buna benzer bir hüküm de yukarıda bahsi geçen FSEK m. 10'dur. Maddeye göre eser sahipleri birliğine adi ortaklık hükümlerinin uygulanacaktır.

3. Adi Ortaklığın Unsurları

3.1. Kişi Unsuru

Adi ortaklığı oluşturan kişiler bakımından kanun doğrudan "*kişi*" kelimesini kullandığı için hem gerçek hem tüzel kişiler adi ortaklıkta ortak olabilir⁵¹. Adi ortaklık bir sözleşme ve bir ortaklık olduğundan⁵² kuruluşu bakımından en az iki kişinin varlığı zorunludur. Fakat yine aynı sebeple, yani ortaklık sözleşmesinin tabiatı gereği en az iki kişinin varlığı şartı sadece

⁵⁰ Bahtiyar (2014), s. 26; Yavuz vd. (2014), s. 1514; Doğanay (1963), s. 2.

⁵¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.7.1975 Tarih, 2845 Esas, 4804 Karar sayılı kararı. Aktaran: Şener (2008), s. 4. Ayrıca bkz. Şener (2015), s. 2; Yalman ve Taylan (1976), s. 25; Domaniç (1988b), s. 71; Barlas (2012), s. 19; Yavuz vd. (2014), s. 1512; Özenli (1988), s. 36. Bir görüşe göre ise tüzel kişinin sözleşme ya da tüzüğüne göre amacı, katılacağı adi ortaklığın amacıyla örtüşmüyorsa ortak olamaz. Bkz. Yalman ve Taylan (1976), s. 26; Domaniç (1988b), s. 72; Doğanay (1963), s. 10; F. Tekil (1996). Adi, kollektif ve komandit şirketler hukuku. İstanbul, s. 60.

⁵² Barlas (2012), s. 18; Yavuz vd. (2014), s. 1512.

kuruluştta değil, adi ortaklığın devamı süresince de geçerlidir⁵³. Dolayısıyla ortaklık varlığını sürdürdüğü müddetçe herhangi bir sebeple kişi sayısı bire inerse ortaklık sona erecektir. Bu hususu kanun da TBK m. 620/I'de aynı biçimde belirtmiştir. Asgari kişi sayısı bu şekilde belirlenmişken, azami kişi sayısı ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Buna rağmen, adi ortaklıkta ortakların yapılan işlemlerden sınırsız, müteselsil ve birinci derecede sorumlu olması⁵⁴, ortak sayısı ile ilgili bir sınır teşkil etmektedir⁵⁵. Güven ilişkisinin ön planda olduğu böyle bir ortaklık tipinde kişiler aralarına çok fazla ortak dâhil etmek istemezler⁵⁶. Aksi takdirde itiraz hakkı⁵⁷ (TBK m. 625/II) gibi unsurlar dolayısıyla ortaklığın yönetiminde; üçüncü kişilerle işlem yapılması halinde kural olarak tüm ortakların katılması gerektiği için dış ilişkilerde; üstlenilen borçtan sorumluluk müteselsil olduğu için iç ilişkilerde bir takım zorluklar ve beklenmeyen olumsuz durumlarla karşılaşmak söz konusu olabilir.

Adi ortaklığa tüzel kişiliği olmayan bir kişi topluluğunun, örneğin başka bir adi ortaklığın ortak sıfatını alarak katılmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş bunu genel ifadelerle mümkün görürken⁵⁸, başka bir görüş bunun mevcut sistemde özellikle kanunun "kişi" terimini kullanması karşısında mümkün olmadığını, ortak olmak isteyen kişi birliğini

⁵³ Şener (2008), s. 3, dn. 4'te aktarılan yazarlar; Şener (2015), s. 1.

⁵⁴ Bkz. Üçüncü bölüm, 4.

⁵⁵ Pulaşlı (2015), s. 25; Şener (2008), s. 4; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 22; Barlas (2012), s. 19; A. Yongalık (1991). Adi şirkette sermaye payı. Ankara: Banka ve ticaret hukuku enstitüsü, s. 6; Şener (2015), s. 1.

⁵⁶ Şener (2008), s. 3.

⁵⁷ Veto hakkı tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. Şener (2015), s. 48. İtiraz (veto) hakkıyla ilgili bkz. Poroy vd. (2014), s. 56; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 30; Şener (2008), s. 293; Şener (2015), s. 48; Yavuz vd. (2014), s. 1518; Özenli (1988), s. 88.

⁵⁸ Doğanay (1963), s. 10; H. Arslanlı (1956). Kollektif ve komandit şirketler I. kısım. İstanbul, s. 46; Şener (2008), s. 5. Ayrıca bkz. Ansay (1967a), s. 153. Yazar, adi ortaklığın başka bir adi ortaklığa ortak olup olamayacağı sorusuna Alman doktrinde verilen olumlu cevapları zikretmiş, kendi kanaatini net biçimde belirtmemiştir.

oluşturan kişilerin tek tek adi ortaklığa ortak olabileceklerini fakat kişi birliği halinde ortak olamayacaklarını savunmaktadır⁵⁹. Bu son zikredilen görüş yerindedir. Bir adi ortaklığa başka bir adi ortaklığın bir bütün olarak ve bir tek “ortak” sıfatıyla katılması adi ortaklığın yapısına aykırı düşer. Kanunun kullandığı “kişi” ifadesi karşısında böyle kişi birliklerinin adi ortaklığa katılabilmesini kabul etmek güçtür. Ancak bir adi ortaklığın ortaklarının başka bir adi ortaklıkta ortak olmalarının önünde bir engel yoktur.

Adi ortaklıkta ortakların ehliyetiyle ilgili özel bir kural getirilmemiştir. Dolayısıyla bu konuyla ilgili medeni hukukun genel kuralları uygulanacaktır⁶⁰. Bu kapsamda bir gerçek kişinin adi ortaklıkta ortak olabilmesi için tam ehliyetli olması gerekir⁶¹. Aynı doğrultuda, sözleşmenin tam ehliyetsizler bakımından kanuni temsilci vasıtasıyla, sınırlı ehliyetsizler bakımından da kanuni temsilcinin iştiraki ya da rızasıyla yapılması mümkündür. Ehliyetsizlerle ilgili kurallara uyulmaması ehliyetsiz kişinin sözleşmeyle bağlı olmaması neticesini doğurur⁶².

3.2. Katılım Payı Unsuru

818 sayılı önceki Borçlar Kanunu’nda “*sermaye*” kelimesiyle ifade edilen bu unsur isabetli olarak “*katılım payı*” ibaresiyle değiştirilmiştir. Zira sermaye,

⁵⁹ Yongalık (1991), s. 6, dn. 9; Barlas (2012), s. 24.

⁶⁰ Yavuz vd. (2014), s. 1512; Özenli (1988), s. 36.

⁶¹ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 21; Şener (2008), s. 6.

⁶² Şener (2008), s. 7; Barlas (2012), s. 20.

ortakların ortaklığa fiilen getirdikleri malvarlığı değerleridir⁶³. Fakat katılım payının fiilen getirilmesi aranmaz⁶⁴.

Katılım payı (*Beitrag*) unsuru her şeyden önce adi ortaklığın kanundaki tarifinde yer alan kişilerin emeklerini ve mallarını “birleştirmeyi...” ifadesinden anlaşılmaktadır. Devamında da katılım payını düzenleyen TBK m. 621/I'e göre “Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.” Gerçekten, adi ortaklıkta mevcut olan müşterek amaca ulaşabilmek için ortaklığın bir güce ihtiyacı olacaktır. Bu gücü ortaklığın kurulurken her ortağın getireceği katılım payı ile elde etmesi öngörülmüştür. Katılım payının kanunun açık ifadesiyle bu şekilde bir yükümlülük olarak belirlenmesi bu unsurun adi ortaklığın zorunlu unsurlarından biri olduğunu göstermektedir⁶⁵. Dolayısıyla ortaklarının katılım payı getirmediği bir kişi topluluğu adi ortaklık olarak nitelenemeyecektir⁶⁶.

Katılım payı adi ortaklığın teşekkülü bakımından aranan temel unsurlardan biri olmasına rağmen payın fiilen getirilmesi aranmaz⁶⁷.⁶⁸ Bu adi

⁶³ Yongalık (1991), s. 28 – 29; Barlas (2012), s. 43; Şener (2008), s. 189; Yalman ve Taylan (1976), s. 70; C. Alver (1991). Adi şirket ve ticaret kanunu genel esasları açıklamalı içtihatlı. Ankara: Gaye matbaacılık, s. 5. Bir tanıma göre sermaye: “...sermaye, bir ortağın mamelekenden çıkıp o ortağın hissedarı bulunduğu şirketin mamelekine giren ve nakden kabili takdir ve kabili devir olan mal ve haklardır.” Bkz. Özenli (1988), s. 55, dn. 3.

⁶⁴ Ansay (1967a), s. 137; T. Kalpsüz (1962). Adi şirket, Türk hukuk ansiklopedisi cilt 1. Ankara, s. 205; Karayalçın (1973), s. 80; Şener (2008), s. 12, 191; Barlas (2012), s. 43.

⁶⁵ Kurşat (2012), s. 305; Poroy vd. (2014), s. 51; Bahtiyar (2014), s. 31; Şener (2008), s. 190; Şener (2015), s. 27; Barlas (2012), s. 42; Doğanay (1963), s. 34; Kalpsüz (1962), s. 206; Yongalık (1991), s. 11; Alver (1991), s. 5; Özenli (1988), s. 57. Karşıt görüşte: Yalman ve Taylan (1976), s. 26; Karayalçın (1973), s. 137.

⁶⁶ Barlas (2012), s. 42.

⁶⁷ Ansay (1967a), s. 137; Kalpsüz (1962), s. 205; Karayalçın (1973), s. 80; Şener (2008), s. 12, 191; Barlas (2012), s. 43; Şener (2015), s. 27.

⁶⁸ Adi ortaklık sözleşmesinin akdedilmiş olması tek başına katılım payının ifa edildiğine dair delil başlangıcı sayılmaz. Bkz. “Şirket sözleşmesi, sermaye borcunun yerine getirilmiş olduğu konusunda beyyine başlangıcı olarak kabul edilemez.” Yargıtay Ticaret Dairesinin 19.1.1962 Tarih, 3734 Esas, 252 Karar sayılı kararı. Aktaran: S. Olgaç (1969). Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili özel kanunlar cilt 2. Ankara: Şark, s. 647.

ortaklığın rızai bir sözleşme olduğunun göstergesidir⁶⁹. Her ne kadar uygulamada yaygın biçimde ortakların adi ortaklığa özgü bir malvarlığı oluşturduğu görülmekteyse⁷⁰ de ne böyle bir şart ne de asgari sermaye şartı bulunmaktadır⁷¹. Bunun anlamı, katılım payı taahhüdünün adi ortaklığın vücut bulması için yeterli olduğu; bu taahhüdün ifa edilmesinden evvel de adi ortaklığın kurulmuş olacağıdır⁷². Bu çerçevede, katılım payları taahhütlerinin ortaklığa ifa edilmesi, yani payların fiilen getirilmesi bu kurucu unsurun tabii bir neticesidir⁷³.

Katılım payı için alt veya üst sınır belirlenmemiştir⁷⁴. Ortaklar farklı miktarlarda katılım payı getirmekte serbesttir. Sözleşmede bu miktarlar belirlenmemişse ortaklar kural olarak eşit miktarda katılım payı koymak zorundadır⁷⁵ (TBK m. 621/II).

Katılım payıyla ilgili önemli hususlardan biri de bu yükümlülüğünü tam olarak ifa etmiş olan ortaktan haklı gerekçelerle de olsa ek katılım payı istenememesidir⁷⁶. Bu gerekçelere örnek olarak eksilen sermayenin tamamlanması ya da sermayenin artırılması verilebilir. Böyle bir durumda ortaklardan yeni bir katılım payı talep edilirse ortak bunu ifa etmek zorunda değildir.

⁶⁹ Şener (2008), s. 12; Şener (2015), s. 3.

⁷⁰ Barlas (2012), s. 44; Doğanay (1963), s. 34; Şener (2015), s. 23.

⁷¹ Barlas (2012), s. 44; Şener (2015), s. 23. Karşıt görüşte, malvarlığının adi ortaklık açısından bir şart olduğuna dair bkz. Özenli (1988), s. 60. Pulaşlı da bunu çağrıştıran ifadeler kullanmıştır. Bkz. Pulaşlı (2015), s. 64.

⁷² Poroy vd. (2014), s. 47; Barlas (2012), s. 44; Şener (2008), s. 12.

⁷³ Barlas (2012), s. 43; Aşkan (2003), s. 78; Alver (1991), s. 10.

⁷⁴ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 23; Özenli (1988), s. 57; Şener (2015), s. 28.

⁷⁵ Maddenin hatalı Türkçesi hakkında eleştiriler için bkz. Yongalık (1991), s. 29; Barlas (2012), s. 48.

⁷⁶ Yongalık (1991), s. 71; Barlas (2012), s. 46; Kurşat (2012), s. 304.

Katılım payını ifa etmeyen ortaktan ifayı adi ortaklık yönetimi talep eder⁷⁷. Yönetim talep etmezse ortaklık temsilcisi ya da katılım payını ifa etmeyen ortak dışındaki ortaklar ister birlikte ister tek başlarına katılım payının ifasını talep ve dava (actio pro socio) edebilirler⁷⁸. Katılım payının ifasında temerrüde düşülmesi halinde (TBK m. 117 vd.), adi ortaklıkta ödemezlik def'inin uygulanma imkânı olmadığı için diğer ortakların katılım paylarını ifadan kaçınması mümkün değildir⁷⁹. Böyle bir durumda katılım payı paraysa diğer ortaklarca faiz istenebilir; payın niteliğinden bağımsız olarak ve kusurla zarar bulunması şartıyla⁸⁰ tazminat⁸¹ (TTK m. 128 vd.), ortaklığın feshi veya ortağın ortaklıktan çıkarılması⁸² istenebilir⁸³ (TBK m. 639/b.7).

⁷⁷ Poroy vd. (2014), s. 51; W. Fellman ve K. Müller (2006). Berner kommentar, schweizerisches zivilgesetzbuch, das obligationrecht, band VI, 2. Abteilung, die einzelnen vertragsverhältnisse, 8 teilband. Bern, artikel 531, no. 73, 97, 98, 99, 119'dan aktaran Şener (2008), s. 206; Şener (2015), s. 34.

⁷⁸ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. A. Yongalık (2010). Şahıs şirketlerinde ortak davası (actio pro socio). Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 6 vd. Ayrıca bkz. Poroy vd. (2014), s. 51; Bahtiyar (2014), s. 31; Ansay (1967a), s. 139; Şener (2008), s. 214; Şener (2015), s. 36; Barlas (2012), s. 54. Yargıtay da davayı tanımaktadır. Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16.10.1980 Tarih, 4202 Esas, 5464 Karar sayılı kararı. Aktaran: T. Uygur (2003). Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku cilt 8 (TBK m. 395 – 544), Ankara: Seçkin, s. 9648 – 9650. Actio pro socionun Roma hukukundaki etkisi modern hukuktan farklıydı. Örneğin davanın açılması ortaklığın feshine neden olmaktaydı. Bkz. O. H. Şener (2002). Roma hukukunun modern ortaklıklar hukukuna etkisi. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü hediyesi*. İstanbul: Beta, s. 754 vd.

⁷⁹ Özenli (1988), s. 181; Poroy vd. (2014), s. 52; Şener (2008), s. 220. "...ortaklık akdinde temerrüt veyahut (Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca) bir âkidin borcunu yerine getirmemesi halinde öbürünün de borcu yerine getirmekten kaçınması söz konusu edilemez..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.12.1963 Tarih, 26 Esas, 96 Karar sayılı kararı. (1964). *İlmi ve kazai içtihatlar dergisi*, IV(38), s. 2767. Aktaran: Uygur (2003), s. 9600; Yalman ve Taylan (1976), s. 77.

⁸⁰ Şener (2008), s. 214.

⁸¹ Bahtiyar (2014), s. 31.

⁸² Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 32; Şener (2008), s. 219. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 12.5.2003 Tarih, 1438 Esas, 5852 Karar sayılı kararı. Aktaran: Barlas (2012), s. 55. Bir görüşe göre sadece ortaklığın feshi istenebilir. Bkz. Özenli (1988), s. 181.

⁸³ Katılım payının hiç ifa edilmemesi halinde bu durum tasfiye anında dikkate alınır. "... taraflardan birinin sözleşmeyle taahhüt ettiği aynı veya nakdi sermayeyi ortaklığa koymamış olması, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz... Ancak bu durumun, adi ortaklığın tasfiyesi sırasında gözetilmesi zorunludur." Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.5.2003 Tarih, 2003/12-307 Esas,

3.3. Müşterek Amaç Unsuru

Her ortaklıkta olduğu gibi adi ortaklıkta da kişilerin böyle bir ortaklık meydana getirmekle hedefledikleri bir amaç vardır. Adi ortaklıkta bu amaç, istisnasız tüm ortaklar için aynı olmalıdır⁸⁴. İşte bu şekilde tanımlanan unsur müşterek amaç unsurudur. Tüm ortakların benimsediği bu amaç, ortakların kişisel tasavvurlarından bağımsız, somut niteliktedir⁸⁵.

Tarihin eski dönemlerinden beri⁸⁶ adi ortaklığın temel unsurlarından biri olan müşterek amaç, adi ortaklığın benzer bir takım hukuki müesseselerden ayrılmasını sağlar⁸⁷. Bir mala müşterek bir amaca sahip olmaksızın ortak olan kişilerin oluşturduğu topluluk adi ortaklık olarak nitelendirilemez⁸⁸. Buna örnek olarak miras ortaklığı verilebilir⁸⁹. Miras ortaklığında elbirliğiyle mülkiyet ve dolayısıyla bir ortaklık mevcut olmasına rağmen terekeye malik olanlar arasında müşterek bir amaç anlaşması var olmadığı için miras ortaklığı adi ortaklık olarak nitelendirilemez.

Yukarıda adi ortaklığın muhtelif tanımları aktarılırken temas edildiği üzere⁹⁰ adi ortaklıkta iktisadi olmayan bir müşterek amacın geçerli olup

334 Karar sayılı kararı, (2004). *İlmi ve kazai içtihatlar dergisi*, XLIV(527), s. 2974 – 2979. Aktaran: Şener (2008), s. 192.

⁸⁴ Pulaşlı (2015), s. 25; Yalman ve Taylan (1976), s. 27; Barlas (2012), s. 26; Yavuz vd. (2014), s. 1513; Doğanay (1963), s. 46.

⁸⁵ Barlas (2012), s. 26; Yavuz vd. (2014), s. 1513; Doğanay (1963), s. 49.

⁸⁶ Şener (2002), s. 707.

⁸⁷ Örneğin yayın sözleşmesi bazı yönlerden adi ortaklığı anımsatsa da yayınlayan ile yayınlatanın müşterek amaca sahip olmamasından dolayı adi ortaklık değildir. Bkz. K. Tunçomağ (1977). *Türk borçlar hukuku cilt 2 özel borç ilişkileri*. İstanbul: Sermet matbaası, s. 1136.

⁸⁸ Poroy vd. (2014), s. 48; Doğanay (1963), s. 46.

⁸⁹ Pulaşlı (2015), s. 21; Şener (2008), s. 102; Doğanay (1963), s. 56.

⁹⁰ Bkz. Birinci bölüm, 1.1.

olmadığı tartışmalıdır. Bir takım yazarlar müşterek amacın ancak iktisadi⁹¹, daha özel tabirle kazanç paylaşma olabileceğini, bunun dışındaki amaçlar için dernek kurulmasının uygun olacağını savunurken⁹², diğer bir takım yazarlar ise kanunen ideal yani ekonomik olmayan amaçlarla adi ortaklık kurulmasının önünde bir engel olmadığını savunmaktadır⁹³. Esasen iktisadi olmayan amaçlarla adi ortaklık kurulması uygulamada pek görülen bir durum değildir. O halde bu tartışmanın uygulama bakımından öneminin bulunmadığı söylenebilir⁹⁴.

Adi ortaklıkta müşterek amaç unsuruyla adi ortaklık sözleşmesinin konusu birbirinden farklı kavramlardır. Müşterek amaç kuruluşta belirlenir ve sabittir. Ancak ortaklık sözleşmesinin konusu, müşterek amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden herhangi bir şey olabilir⁹⁵. Bu noktada adi ortaklığın müşterek amacını gerçekleştirmek üzere ticari işletme işletmesine değinmek yerinde olacaktır. Aksi yönde fikir⁹⁶ olsa da bugünkü hâkim görüşe göre adi ortaklık ticari işletme işletebilir⁹⁷. Bunun gerekçeleri, kanunda bunu

⁹¹ İktisadi gaye tabirinin anlamıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Ansay (1967a), s. 37 vd.

⁹² Şener (2008), s. 103; Şener (2015), s. 7; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 24; Bahtiyar (2014), s. 18; Yalman ve Taylan (1976), s. 28; Karayalçın (1973), s. 59; Domaniç (1988b), s. 9; Domaniç (1988a), s. 375; Pulaşlı (2015), s. 25.

⁹³ Barlas (2012), s. 32 vd. ; Poroy vd. (2014), s. 48; Ansay (1967a), s. 34; Karayalçın (1973), s. 79 – 80; Doğanay (1963), s. 2, 49; Hatemi vd. (1992), s. 580; Yavuz vd. (2014), s. 1513; Turanboy (2001), s. 55.

⁹⁴ Barlas (2012), s. 34.

⁹⁵ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 24; Şener (2008), s. 7, 104; Bahtiyar (2014), s. 28. Fakat konu emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı olamaz. Bkz. Şener (2015), s. 8; Yavuz vd. (2014), s. 1513; Doğanay (1963), s. 51; Özenli (1988), s. 17, 38. Ayrıca bkz. "...genelevlerin açılması... hiçbir zaman ahlak ve adaba uygun bir faaliyet olduğunun kabul etme manasına alınmaz... akdin... batıl sayılarak..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.1.1959 Tarih, 1957/10681 Esas, 1959/1331 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 56. Kararın eleştirisi için bkz. Barlas (2012), s. 32, dn. 75.

⁹⁶ Karayalçın (1973), s. 181 vd.

⁹⁷ Pulaşlı (2015), s. 27; Şener (2015), s. 8; Barlas (2012), s. 35, dn. 83; Domaniç (1988b), s. 19; Poroy vd. (2014), s. 49; Bahtiyar (2014), s. 28; Kalpsüz (1962), s. 204; Arslanlı (1956), s. 83; Ansay (1967a), s. 163, 166; Yalman ve Taylan (1976), s. 29; Yongalık (1991), s. 58; Kayar (2002), s. 479.

engelleyici bir hükmün bulunmaması ve adi ortaklığın kısa süreli birleşmeler yanında ticari işletme işletmek gibi sürekli bir ilişki için de uygun yapıda olması olarak gösterilmiştir⁹⁸. Ayrıca konuyla ilgili Sanayi ve Ticaret Bakanlığının çıkardığı 2009/2 sayılı Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ uyarınca adi ortaklıkların işlettikleri ticari işletmeler ticaret siciline tescil edilebilecektir⁹⁹. Bu tebliğ, adi ortaklıkların ticari işletme işletmesinin mevzuatça da kabul edildiğini göstermektedir.

3.4. Müşterek Amaç Uğrunda Birlikte Çaba Unsuru (Affectio Societatis)

Ortaklığın amacının adi ortaklığın bütün üyeleri tarafından istisnasız ve aynı olarak benimsenmesinin yanında ortakların bu müşterek amaç için birlikte ve aralarında bir ayırım olmadan çaba sarf etmeleri gerekir¹⁰⁰. Bu da adi ortaklığın müşterek amaç için birlikte çaba (affectio societatis) unsurunu ifade eder. Bu unsur, bir topluluğun adi ortaklık olarak nitelendirilmesi için tıpkı müşterek amaç unsuru gibi ayırıcı özellik arz eder. Ortaklar müşterek amaçları doğrultusunda harekete geçmediyse, hep birlikte çaba göstermiyorsa adi

Böyle bir durumda ortaklar tacir sıfatını kazanır. Bkz. Ansay (1967a), s. 167 – 168; Şener (2008), s. 175; Domaniç (1988b), s. 74; T. Ansay (1968). Adi şirket ortakları tacir midir? Ortakların ticaret unvanı, defter tutma. *Ankara üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, 25(3), s. 265; Özenli (1988), s. 8; Kayar (2002), s. 486. Gizli ortaklıkta sadece aktif ortak tacir olur. Bkz. Şener (2015), s. 16.

⁹⁸ Barlas (2012), s. 36; Poroy vd. (2014), s. 49; Ansay (1967a), s. 165. Adi ortaklığın geçicilik – süreklilik ayrımı açısından değerlendirilmesi ve doktrindeki farklı görüşlerin derlemesi için bkz. Kayar (2002), s. 479 vd.

⁹⁹ Tebliğden önceki dönemde tescilin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair açıklamalar için bkz. Kayar (2002), s. 489.

¹⁰⁰ Barlas (2012), s. 38; Bahtiyar (2014), s. 19; Şener (2015), s. 8; Poroy vd. (2014), s. 25; Şener (2008), s. 117; Yalman ve Taylan (1976), s. 29; Domaniç (1988b), s. 6; Yavuz vd. (2014), s. 1513; Doğanay (1963), s. 53; Pulaşlı (2015), s. 31.

ortaklık teşekkül etmez¹⁰¹. Böyle bir durumda hatır topluluğu, miras ortaklığı veya ödünç gibi diğer bazı müesseseler mevcut olabilir. Aynı şekilde bu unsur sayesinde adi ortaklıkla benzerlik gösteren, özellikle kazanca katımlı sözleşmeler ile adi ortaklığı ayırmak mümkün olmaktadır¹⁰².

Ortakların katılım payını ifası ile müşterek amaç uğruna birlikte çaba birbirinden farklı iki unsurdur¹⁰³. Sadece katılım payının ifası, ortakların birlikte çaba gösterdiği anlamına gelmez¹⁰⁴.

Birlikte çaba unsuru adi ortaklık sözleşmesinin asli edim yükümüdür ve bütün ortaklar için süreklilik göstermek zorundadır¹⁰⁵. Bu hususla bağlantılı olarak, adi ortaklıkta geçerli olan bazı kuralların da kaynağı birlikte çaba unsurudur. Bunlara örnek olarak ortakların rekabet yasağı ve ortakların denetleme hakkı verilebilir¹⁰⁶.

Yükümlü olmadığı halde ortaklık için emek gösteren ortağa hakkaniyet ölçüsünde bir karşılık ödenir (TBK m. 627/III). Bu hüküm, affectio societatisin bir sonucudur¹⁰⁷.

¹⁰¹ Domaniç (1988b), s. 6; Doğanay (1963), s. 53; Yalman ve Taylan (1976), s. 30; Barlas (2012), s. 39.

¹⁰² Barlas (2012), s. 40; Doğanay (1963), s. 58; Şener (2008), s. 123. “...sözleşmenin varlığı ise...amaç doğrultusunda çalışmanın varlığı ile belirlenir. Bu öğrenin bulunmaması sözleşmeyi sonuca katımlı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 24.11.1980 Tarih, 1980/6387 Esas, 1980/6111 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 213.

¹⁰³ Barlas (2012), s. 40.

¹⁰⁴ Barlas (2012), s. 40.

¹⁰⁵ Şener (2008), s. 117, dn. 215; Şener (2015), s. 9; Barlas (2012), s. 41; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 25. Affectio Societatisin Roma hukukundan bu yana var olan köklü bir unsur olduğuna ve ortaklıkta bu unsurun süreklilik göstermesi gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Şener (2002), s. 710.

¹⁰⁶ Pulaşlı (2015), s. 31; Barlas (2012), s. 41; Şener (2008), s. 118.

¹⁰⁷ Poroy vd. (2014), s. 58.

3.5. Sözleşme Unsuru

Adi ortaklığın bir sözleşme olduğu TBK m. 620'de açıkça yazılmıştır. Sözleşme taraf iradelerine dayanan bir hukuki işlem olduğuna göre kanundan kaynaklanan kişi birlikleri adi ortaklıktan bu unsur ile kolayca ayrılır. Başka bir ifadeyle bir kişi birliği, kendisini oluşturan kişilerin iradesine dayanmıyorsa adi ortaklık değildir¹⁰⁸. Müşterek amaç unsuru ile ilgili açıklamalar esnasında bahsedilen miras ortaklığı burada da iyi bir örnektir. Miras ortaklığında mirasçılar arasında¹⁰⁹; başka bir örnek olarak iflasta alacaklıların toplanmasında alacaklıların arasında¹¹⁰ bir sözleşme bağı olmadığı için bu birlikler adi ortaklık değildirler. Aynı durum kişilerin aralarında bir ortaklık varmışçasına hareket etmesi için de geçerlidir. Aralarında sözleşme bağı ve ortaklık kurma iradesi bulunmadan adeta fiili bir ortaklık ilişkisi içinde olan kişilerin bu birlikteliği de adi ortaklık değildir¹¹¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin tarafları ortaklığa dâhil olmak isteyen gerçek ya da tüzel kişilerdir¹¹².

Adi ortaklık sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle kanuni tipteki sözleşmelerden hiçbirisiyle uyum göstermez¹¹³. Farklı kanuni tipteki sözleşmelerin bazı edimlerinin bir araya getirildiği çifte tipli karma sözleşme¹¹⁴

¹⁰⁸ Karayalçın (1973), s. 60; Poroy vd. (2014), s. 22; Kalpsüz (1962), s. 204; Şener (2008), s. 8; Barlas (2012), s. 55, 56; Yalman ve Taylan (1976), s. 18; Şener (2015), s. 2.

¹⁰⁹ Şener (2008), s. 8; Yongalık (1991), s. 7; Barlas (2012), s. 57.

¹¹⁰ Barlas (2012), s. 57.

¹¹¹ Şener (2008), s. 8; Barlas (2012), s. 57.

¹¹² Ortaklığın kişi unsuru ile ilgili bilgiler için bkz. Birinci bölüm, 3.1.

¹¹³ Barlas (2012), s. 59.

¹¹⁴ F. Eren (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Yetkin, s. 208; F. Eren (2014). Borçlar hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin, s. 23; F. Eren (2008). İsimli sözleşmelere ilişkin bazı

veya farklı kanuni tipteki sözleşmelerin birinin varlığının diğerine bağlanarak tümüyle uygulandığı bileşik tipli karma sözleşme¹¹⁵ de değildir¹¹⁶. Bunlardan farklı olarak adi ortaklık sözleşmesi sui generis özellik gösteren tipik bir sözleşmedir¹¹⁷. Ayrıca adi ortaklık rızai bir sözleşmedir¹¹⁸.

Adi ortaklık sözleşmesinin kurduğu birliğin karakteri konusunda ise farklı görüşler vardır. Sözleşmenin bu bakımdan niteliği konusunda birbirine zıt iki görüşü¹¹⁹ birleştiren hâkim görüşe göre adi ortaklık sözleşmesi ne sadece klasik bir borçlar hukuku sözleşmesidir ne de sadece bir organizasyon sözleşmesidir¹²⁰; bu iki çeşit sözleşmeden de farklı özellikleri bünyesinde barındırır¹²¹. Gerçekten, sadece borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmesi adi ortaklığın kişilerden meydana gelen ve malvarlığı olan hukuki bir birlik olmasını göz ardı ettiği gibi sadece organizasyon sözleşmesi olarak kabul edilmesi de borçlar hukukunun temel kaynağında düzenlenerek bizzat kanun

sorunlar. Ankara: Beta, s. 91; F. Aral ve H. Ayrancı (2014). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri. Ankara: Yetkin, s. 58; Tunçomağ (1977), s. 14; Yavuz vd. (2014), s. 26.

¹¹⁵ Eren (2015), s. 207; Eren (2014), s. 27; Aral ve Ayrancı (2014), s. 65; Tunçomağ (1977), s. 19; Yavuz vd. (2014), s. 27.

¹¹⁶Barlas (2012), s. 59; Doğanay (1963), s. 37.

¹¹⁷ Doğanay (1963), s. 22; Barlas (2012), s. 59; Yalman ve Taylan (1976), s. 47.

¹¹⁸ Şener (2015), s. 3; Şener (2008), s. 12; Yalman ve Taylan (1976), s. 44. Roma hukukunda da ortaklık (societas) sözleşmesi rızai bir sözleşmeydi (Konsensualkontrakt) ve iradelerin uyuşması sözleşmenin kurulması için yeterliydi. Bkz. Şener (2002), s. 712.

¹¹⁹ Görüşlerden ilki adi ortaklık sözleşmesinin sıradan bir borçlar hukuku sözleşmesi (*Schuldvertrag*) olduğunu savunmaktadır. Bkz. Barlas (2012), s. 59, dn. 155'te aktarılan yazarlar. İkinci görüş sahipleri ise adi ortaklık sözleşmesinin borç sözleşmesi niteliğinden çok uzak, tamamen bir organizasyon sözleşmesi (şahsın hukuku, şahıs birliği karakterli sözleşme) (*Organisationsvertrag*) olduğunu savunmaktadır. Bkz. Bahtiyar (2014), s. 13; Şener (2008), s. 119, dn. 221 ve s. 120, dn. 222'de aktarılan yazarlar.

¹²⁰ Organizasyon sözleşmesi tabiri "ortaklık ilişkisine katılan kişiler arasında elbirliği ile hak sahipliği esasına dayalı, sosyal ve hukuksal bir birlik", "ortakların sadece hak ve yükümlülükleri değil, aynı zamanda onun yapısına uygun bir organizasyon bünyesine sahip olması" olarak açıklanabilir. Bkz. Şener (2008), s. 120.

¹²¹ Doğanay (1963), s. 2, 21, 31, 32; Hatemi vd. (1992), s. 578; Şener (2008), s. 119 – 120; Şener (2015), s. 10; Yalman ve Taylan (1976), s. 19.

tarafından sözleşme olarak isimlendirildiği gerçeğini gözden kaçırmaktadır¹²². Bu uzlaştırmacı görüş içindeki farklılaşan görüşlerden¹²³ ise borç sözleşmesi niteliğinin ön planda tutularak, organizasyon sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesine nitelik kazandırma anlamında sınırlı bir etkiye sahip olduğunu savunan görüş¹²⁴ en isabetlisi olsa gerektir. Adi ortaklık sözleşmesinin Borçlar Kanununda özel bir borç ilişkisi, yani bir sözleşme formatında düzenlenmesi bunun en büyük göstergesidir.

Sözleşmenin hukuki niteliğiyle ilgili diğer bir önemli nokta da sözleşmenin karşılıklı edimler içerip içermediğidir. Bir sözleşmede borçlanılan edimler arasındaki ilişki değişim ilişkisiyse o sözleşme “karşılıklı” (sinallagmatik) sözleşmedir¹²⁵. Edimler arası değişim ilişkisi, tarafların birbirlerine sundukları edimlerin birbirine karşılık teşkil etmesidir. Diğer bir ifadeyle edimler değişimi, bir tarafın ediminin, karşı tarafın kendisine ifa edeceği edime karşılık ve denk kuvvette olmasıdır¹²⁶. Adi ortaklıkta tarafların katılım payı borçları arasında böyle bir değişim ilişkisi değil, bir “birleşme” ilişkisi vardır¹²⁷. Taraflar kendi edimlerini diğer tarafların edimlerine mukabellen değil, müşterek amaca ulaşmak için aynı yönde birleştirerek ifa ederler. Aynı biçimde katılım payı edimlerini ifa ettikleri yer birbirleri değil, ortakların oluşturduğu birliktir. İfayı talep yetkisi de birliğe aittir¹²⁸. O halde adi

¹²² Barlas (2012), s. 62.

¹²³ Bu görüşlerden biri eşitlikçi görüştür. Görüşe göre hem borç hem de organizasyon nitelikleri eşit orandadır. Bkz. Tekil (1996), s. 25; Karayalçın (1973), s. 41; Kalpsüz (1962), s. 204; Hatemi vd. (1992), s. 578; Şener (2008), s. 119.

¹²⁴ Barlas (2012), s. 62; Doğanay (1963), s. 22; Yalman ve Taylan (1976), s. 19 – 20.

¹²⁵ Doğanay (1963), s. 24.

¹²⁶ Barlas (2012), s. 63; Yavuz vd. (2014), s. 59, dn. 38; Doğanay (1963), s. 24.

¹²⁷ Doğanay (1963), s. 22, 46; Poroy vd. (2014), s. 51; Şener (2008), s. 14; Barlas (2012), s. 63; Yalman ve Taylan (1976), s. 19.

¹²⁸ Barlas (2012), s. 63.

ortaklık sözleşmesi karşılıklı bir sözleşme değildir¹²⁹. Buradan yola çıkılarak adi ortaklık sözleşmesinin tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığı anlaşılabilir¹³⁰. Bu durumda adi ortaklık tabii olarak, karşılıklı sözleşmelerin özelliklerini taşımaz. Örneğin, adi ortaklıkta katılım payları arasında karşılıklı sözleşmelerde var olan denklik ilişkisi aranmaz¹³¹. Diğer bir farklılık ise karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun doğmaması sözleşmeyi hükümsüz hale getirirken, adi ortaklıkta taraflardan birinin borcunun doğmamasının sözleşmeyi her durumda hükümsüz hale getirmeyebileceğidir¹³². Sözleşmenin akıbetine, borcu doğmayan tarafın ya da tarafların borçları olmadan müşterek amaca ulaşmanın mümkün olup olmamasına göre karar verilecektir.

Hukuki niteliği sui generis olarak belirtilen adi ortaklık sözleşmesi, sözleşmelerin asli edimine göre yapılan ayırında temlik borcu doğuran, kullandırma borcu doğuran, işgörme borcu doğuran, saklama borcu doğuran, teminat borcu doğuran, irat borcu doğuran veya talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerden değildir¹³³. Zaten adi ortaklıkta önemli olan edimin niteliği

¹²⁹ Özenli (1988), s. 181; Barlas (2012), s. 64; Doğanay (1963), 25; Şener (2008), s. 15; Hatemi vd. (1992), s. 577. "...Çünkü ortaklık karşılıklı borçları kapsayan bir akit değildir..." Yargıtay HGK. 11.12.1963 T. , 26 E. , 96 K. (1964). *İlmi ve kazai içtihatlar dergisi*, IV(38), s. 2767. Aktaran: Uygur (2003), s. 9600; Yalman ve Taylan (1976), s. 77, 19.

¹³⁰ Uygur (2012), s. 2642; Şener (2015), s. 4; Şener (2008), s. 14. Bir görüşe göre ise adi ortaklık görünürde iki taraflı sözleşmeler grubuna dâhil olmakla birlikte esasta bunlardan çok farklıdır. Bu görüş ve iki taraflı sözleşmelerle adi ortaklığın arasındaki farklılıklar için bkz. Özenli (1988), s. 40.

¹³¹ Gerçekten, TBK m. 621'e göre katılım paylarının birbirine eşit olması emredici bir hüküm değildir ve sözleşmede aksi kararlaştırılabilir. Katılım paylarının serbestçe belirlenebilmesi karşısında karşılıklı sözleşmelerdeki gibi bir denklik ilişkisinin adi ortaklık bakımından zorunluluk olmadığı açıkça görülür. Bkz. Doğanay (1963), s. 27.

¹³² Doğanay (1963), s. 26.

¹³³ Aral ve Ayrancı (2014), s. 53; Eren (2014), s. 53, 54; Barlas (2012), s. 66; Yavuz vd. (2014), s. 20. Başka bir ayırma göre adi ortaklık mübadele, iş görme ve birleşme sözleşmeleri tasnifinde birleşme sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Fakat birleşme sözleşmelerinden sayarken salt organizasyon sözleşmesi olmadığını vurgulamak gerekir. Bkz. Barlas (2012), s. 64, 66.

değil, edimlerin belli bir müşterek amaca ulaşmak için birleştirilmesidir¹³⁴. Bu sebeple adi ortaklık, ortaklık borcu doğuran sözleşme olarak, ayrı bir sınıfta anılmaktadır¹³⁵. Zira sözleşmenin asli edimi bir şeyin mülkiyetinin geçirilmesi ya da kullandırılması olmadığı için temlik veya kullandırma borcu doğuran sözleşme değildir. Aynı şekilde sözleşme içinde işgörme edimleri bulunsa da bunlar asli edim değildir; bu sebeple işgörme borcu doğuran sözleşmelerden de sayılamaz. Saklama ve teminat borcu da doğurmayan adi ortaklık sözleşmesi, tarafların müşterek amaç için bir araya geldikleri bir sözleşme türü olduğundan bir ortaklık (şirket) sözleşmesidir.

Sözleşme, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulur¹³⁶. Bu açıdan adi ortaklık sözleşmesinin klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden bir farkı yoktur. İradelerin birbirine uygun olması, sözleşmenin kurulması için tarafların esaslı noktalarda uyuşmasını ifade eder. Adi ortaklık için bu esaslı noktalar müşterek amaç, ortak olacakların kimliği ve getirecekleri katılım paylarıdır¹³⁷. Dolayısıyla tarafların irade beyanları bu konularda istisnasız bir uyum içinde olmak zorundadır.

Her bir taraf sözleşmenin kuruluşuna dönük irade beyanını diğer tarafların tümüne yöneltir¹³⁸. Sözleşmenin kurulma anı, son tarafın irade beyanının diğer tarafların hepsine ulaştığı andır¹³⁹. Tarafların her birinin kabul beyanının kalan tüm taraflara ulaşması hususu, çok taraflı adi ortaklıklarda

¹³⁴ Doğanay (1963), s. 37.

¹³⁵ Aral ve Ayrancı (2014), s. 53; Eren (2014), s. 53; Yavuz vd. (2014), s. 20;

¹³⁶ Yavuz vd. (2014), s. 1514; Doğanay (1963), s. 67; Özenli (1988), s. 15; Şener (2015), s. 3.

¹³⁷ Şener (2008), s. 11; Doğanay (1963), s. 69.

¹³⁸ Doğanay (1963), s. 68. Adi ortaklık sözleşmesi temsilci aracılığı ile de akdedilebilir. Bkz. Saenger (2007). Hand kommentar (namos kommentar), bürgerliches gesetzbuch, 5. auf. Baden Baden, § 705, no. 8'den aktaran Şener (2008), s. 19.

¹³⁹ Barlas (2012), s. 66; Doğanay (1963), s. 69; Şener (2008), s. 9; Yavuz vd. (2014), s. 1515; Şener (2015), s.3.

önem arz eder. Zira eğer taraflardan biri bile irade beyanı açıklamazsa yahut öneriyi reddederse sözleşme kurulmaz, sözleşme kurulmadığı için adi ortaklık da doğmaz. Böyle bir durumda ortaklık, irade beyanı eksik kalan taraf dışındaki taraflar arasında da teşekkül etmez¹⁴⁰. İki taraflı, diğer bir tabirle iki ortaklı bir adi ortaklığın kurulması bakımından, tabii bir sonuç olarak, bir özellik yoktur¹⁴¹. Öneri ve kabul yolu ile sözleşme kurulur. Tarafların irade açıklamalarının eş zamanlı olmasına gerek yoktur¹⁴².

Sözleşmenin sağlıklı biçimde kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yanında sözleşmenin kuruluşunda bir geçersizlik sebebi olmaması gerekir¹⁴³. Muhtemel geçersizliğin sözleşmeye tesirinin nasıl olacağı, geçersizliğin türüne bağlıdır. Eğer sözleşmenin bütününe ilgilendiren bir geçersizlik sebebi mevcutsa sözleşme tamamen geçersiz olur¹⁴⁴. Bu kapsamda muvazaa, kanuna, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık ve imkânsızlık hallerinde kesin hükümsüzlük söz konusu olur¹⁴⁵. Geçersizlik sebebi sadece belli hükümler için mevcutsa sözleşmenin akıbeti TBK m. 27/II gereği tarafların iradelerine bakılarak tayin edilecektir. Taraflar geçersiz olan hüküm veya hükümler olmadan da sözleşmeyi kurmaya niyetli iseler sözleşme o haliyle kurulacak; geçersiz olan hükümler olmadan sözleşmeyi kurma niyetleri yoksa sözleşme tamamen geçersiz kabul edilecektir¹⁴⁶. Sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin muhtevası ile ilgili bir geçersizlik değil de taraflardan birinin iradesinde bir sakatlık olduğu anlaşılırsa, sözleşme yine TBK

¹⁴⁰ Şener (2008), s. 9; Yavuz vd. (2014), s. 1515; Doğanay (1963), s. 69.

¹⁴¹ Barlas (2012), s. 66.

¹⁴² Barlas (2012), s. 67.

¹⁴³ Bu bakımdan adi ortaklık Borçlar Kanunundaki geçersizlik hükümlerine tabidir. Bkz. Yavuz vd. (2014), s. 1513; Özenli (1988), s. 37.

¹⁴⁴ Yalman ve Taylan (1976), s. 180; Barlas (2012), s. 67.

¹⁴⁵ Poroy vd. (2014), s. 50; Şener (2008), s. 93; Doğanay (1963), s. 81.

¹⁴⁶ Barlas (2012), s. 69; Yalman ve Taylan (1976), s. 281.

m. 27/II gereği, diğer ortaklar iradesi sakat ortak olmadan da sözleşmeyi kuracak idiyeler onların arasında devam eder, aksi takdirde geçersiz olur¹⁴⁷.

Kanun adi ortaklık sözleşmesini herhangi bir şekilde bağlamamıştır. Dolayısıyla TBK m. 12'deki şekil serbestisi burada geçerlidir. Taraflar sözleşmeyi sözlü olarak dahi kurabilirler¹⁴⁸. Tarafların sözleşmeyi kurucu irade beyanları açık olabileceği gibi zımni de olabilir¹⁴⁹. Aynı kapsamda, ortaklığın faaliyet konusu içinde kanun tarafından şekle tâbi tutulmuş hukuki işlemler olsa bile sözleşmenin kuruluşu bakımından şekil serbestisi geçerlidir¹⁵⁰. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan 2009/2 sayılı tebliğdeki¹⁵¹ ticari şirketlerin, ticari işletme işletmek maksadıyla adi ortaklık kurmaları halinde bu ortaklığın işleteceği ticari işletmenin sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin yazılı biçimde yapılarak notere tasdik ettirilmesi düzenlemesi de bunun aksini göstermez. Çünkü şekil şartı yalnızca tescil için gereklidir, yoksa sözleşme noterden önce de kurulmuştur¹⁵². Fakat bu serbesti mutlak olmayıp bazı durumlarda adi ortaklık sözleşmesi belirli şekillerde yapılmak zorunda olabilir. Bu istisnalardan ilki iradi şekildir. Taraflar sözleşme için bir şekil şartı öngörmüşse sözleşme bu şekle uygun yapılmalıdır¹⁵³. İradi şeklin

¹⁴⁷ Doğanay (1963), s. 92; Barlas (2012), s. 68; Karayalçın (1973), s. 65; Özenli (1988), s. 42. Ortakların iradelerinin sakatlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğanay (1963), s. 81 vd.

¹⁴⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 28.6.1984 Tarih, 1984/3290 Esas, 1984/4923 Karar sayılı kararı. Aktaran: Şener (2008), s. 22; Ayrıca bkz. Alver (1991), s. 8; Barlas (2012), s. 70; Doğanay (1963), s. 71; Şener (2015), s. 5; Pulaşlı (2015), s. 21.

¹⁴⁹ Şener (2008), s. 10; Poroy vd. (2014), s. 45; Özenli (1988), s. 18.

¹⁵⁰ Şener (2015), s. 5; Barlas (2012), s. 73; Doğanay (1963), s. 75; Bahtiyar (2014), s. 27; Yalman ve Taylan (1976), s. 49 (Yazar buna örnek olarak ortaklığın taşınmaz mal alım – satımını konu alması halinde bile sözleşmenin şekle bağlı olmamasını vermiştir).

¹⁵¹ 01.04.2009 tarih ve 27187 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵² Barlas (2012), s. 73.

¹⁵³ Doğanay (1963), s. 70; Şener (2008), s. 23; Şener (2015), s. 5; Barlas (2012), s. 71; Yalman ve Taylan (1976), s. 49. "... Akit kararlaştırılan şekilde yapılmadıkça taraflar bu akitle sorumlu tutulamazlar." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.1.1965 Tarih, 443 Esas, 12 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 52.

kararlaştırıldığı durumda bu şekle aykırı yapılan sözleşme tarafları bađlamaz¹⁵⁴ (TBK m. 17/I).

Adi ortaklığın şekle bağlandığı diğer bir durum katılım payı taahhütlerinin kanunen şekle bağlı olmasıdır. Bu durumda sözleşmenin ilgili maddeleri, taahhüdün bağlı olduğu kanuni şekle uygun yapılmalıdır¹⁵⁵. Örneğin ortaklığa bir taşınmazın mülkiyeti getirilirse sözleşme resmi yazılı şekilde (TMK m. 706/I), devri şekle tâbi bir taşınırın mülkiyeti getirilirse sözleşme o taşınırın tâbi olduğu şekilde kurulacaktır¹⁵⁶. Bu mülkiyetin çeşidi bir malın bütününe malik olan tek kişi mülkiyeti olabileceği gibi paylı mülkiyetteki bir pay da olabilir¹⁵⁷. Adi ortaklıkta ortaklar arasında elbirliğiyle mülkiyet ilişkisi olduğundan malların (taşınmaz ve taşınır) getirilmesindeki işlem tam bir devir, diğer bir tabirle bir el değiştirme değildir; sadece malın tâbi olduğu rejim tek kişi mülkiyetinden elbirliği mülkiyetine dnřr¹⁵⁸. Nitekim malın mülkiyetini getiren ortak malik sıfatını kaybetmez, diğer ortaklarla birlikte mal üzerindeki mülkiyet hakkını sürdürür. Devri şekle bağlı bir mal ortaklığa getirilince sözleşmenin de o şekle tâbi olması kuralının bir istisnası, bir mala elbirliği ile malik olan kişilerin o malı kendilerinden başka kimsenin ortak

¹⁵⁴ Poroy vd. (2014), s. 46; Doğanay (1963), s. 71. Bu durum aksi ispat edilmedikçe iradi şeklin türünün geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinin sonucudur.

¹⁵⁵ Barlas (2012), s. 50, 71; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 22; Bahtiyar (2014), s. 28; şener (2008), s. 25, 198; şener (2015), s. 11; Yalman ve Taylan (1976), s. 49; Yavuz vd. (2014), s. 1515; Doğanay (1963), s. 70; Hatemi vd. (1992), s. 582; özenli (1988), s. 22. "...taşınmazlarla ilgili katılma payının ortaklığa geğerimi borcunun geğerliliği, ancak kamusal biyim koşuluna uyulmasına bağlıdır." Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 30.3.1981 Tarih, 1981/696 Esas, 1981/2220 Karar sayılı kararı. "Ortaklığa sermaye olarak taşınmaz konulması durumunda, sözleşmenin resmi biyimde yapılması koşuldur." Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.11.1984 Tarih, 1984/6030 Esas, 1984/7935 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 214.

¹⁵⁶ örneğin motorlu araçların devri tescile tâbidir (Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 28/I, 18.07.1997 tarih ve 23053 sayılı Resmi Gazete; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 19).

¹⁵⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5.3.1970 Tarih, 13041 Esas, 1789 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 82. Ayrıca bkz. Doğanay (1963), s. 73.

¹⁵⁸ Aynı yönde: şener (2008), s. 199; Doğanay (1963), s. 72.

olmadığı bir adi ortaklığa getirmesi durumudur. Bu durumda ne bir rejim değişikliği ne de malik değişikliği olduğu için sözleşmede şekil de aranmaz¹⁵⁹.

Katılım payının alacak hakkı olması durumunda şekille ilgili bir özellik vardır. Öncelikle, ortaklığa alacak hakkı getirilmesi mümkündür (TBK m. 621/I). Alacak hakkı getirilmesinin sözleşmeyi şekle bağlayabilmesi için ise ortaklık içindeyken temlik işleminin gerçekleştirilmesi gerekir (TBK m. 184/I). Buna karşılık sadece alacağı temlik vaadinde bulunulması sözleşmeyi şekle tâbi kılmaz¹⁶⁰ (TBK m. 184/II).

Şekle aykırı yapılmış bir sözleşmeyle kurulan adi ortaklıkta şekle aykırılığın sonradan ileri sürülerek ortaklığın geçersizliğinin iddia edilmesi TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁶¹. Bunun gibi sakat bir irade beyanıyla kurulmuş ve tümüyle geçersiz olması gereken bir adi ortaklık, özellikle dışa karşı faaliyete başlamış ve bunun üzerinden kayda değer bir zaman geçmişse geçersizlik durumu ortaya çıkana kadar geçerliymiş gibi sonuç doğurur. Bu sonuç, “hukuki görünüşün korunması” ilkesinin bir gereğidir¹⁶².

Adi ortaklık sözleşmesinin ve dolayısıyla adi ortaklığın varlığının ispatı genel ispat kurallarına tâbidir¹⁶³. Bu kapsamda, usul kanunundaki parasal sınır

¹⁵⁹ Şener (2008), s. 199; Doğanay (1963), s. 73 – 74; Barlas (2012), s. 72.

¹⁶⁰ Doğanay (1963), s. 42, 72; Özenli (1988), s. 28.

¹⁶¹ Şener (2008), s. 36.

¹⁶² Barlas (2012), s. 69; Şener (2008), s. 98; Doğanay (1963), s. 96; Karayalçın (1973), s. 69; Şener (2015), s. 6.

¹⁶³ “...ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli olmayıp, bu husus ispat koşulu bakımından değerlendirilmelidir. Bu durumda; davacı, davalı H. T. ile dava konusu inşaatı ortak yaptığı şeklindeki adi ortaklık ilişkisini tanık dâhil her türlü delille kanıtlama hakkına sahiptir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 06.05.2014 Tarih, 2013/21392 Esas, 2014/6953 Karar sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr Erişim tarihi: 18.07.2016)

aşıldığı takdirde ancak senetle ispat mümkün olacaktır (HMK m. 200/I). Delil başlangıcı varsa¹⁶⁴ veya belli hısmlıklarda¹⁶⁵ tanık dinlenebilir.

4. Adi Ortaklığın Öne Çıkan Özellikleri

4.1. Bir Şahıs Birliği Olması

Her şeyden önce adi ortaklık bir şahıs birliğidir. Adi ortaklık ortaklarını sadece borçlandıran bir sözleşme çeşidi değildir; ortaklar arasında şahsi ilişkiler de tesis eder¹⁶⁶. Gerçekten, adi ortaklıkta ortakların şahsi birçok konuda önem arz eder. Mesela ortak sıfatının mirasçılara geçmemesi, müteselsil sorumluluğun kural olması ve ortaklığın yönetiminin kural olarak ortakların tümüne ait olması örnek olarak verilebilir¹⁶⁷.

Adi ortaklığın bir şahıs birliği olması, kaynağını birlikte çaba unsurundan¹⁶⁸ alır. Müşterek amacın gerçekleşmesi için tüm ortakların birlikte çalışmasının zorunlu olması onları katılım payı borcundan başka bir borç altına sokar ve böylece ortaklar arasında şahsi bir ilişki tesis etmiş olur¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 6.2.1984 Tarih ve 7152 Esas ve 7787 Karar sayılı kararı. Aktaran: Uygur (2003), s. 9622; Şener (2008), s. 65.

¹⁶⁵ "...değeri beşyüz lirayı geçiyorsa belgitle kanıtlanmalıdır. Ancak baba-oğul arasında yapılan sözleşmelerde tanık dinlenebilir." Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 15.12.1980 Tarih, 1980/6217 Esas, 1980/6851 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 262.

¹⁶⁶ Doğanay (1963), s. 31.

¹⁶⁷ Şener (2008), s. 143.

¹⁶⁸ Doğanay (1963), s. 32.

¹⁶⁹ Doğanay (1963), s. 31.

4.2. Tüzel Kişi ve Hak Öznesi Olmaması

Adi ortaklık her ne kadar yukarıda belirtildiği gibi bir şahıs birliği olsa da ne hak, ne fiil ne taraf ne de dava ehliyetine sahiptir¹⁷⁰. Adi ortaklığın ortakların iradelerinden ayrılan bağımsız bir iradesi yoktur. Sözleşme ile kurulan bu şahıs birliğinin faaliyetleri ticaret ortaklıkları gibi organlar vasıtasıyla değil doğrudan ortaklar tarafından gerçekleştirilir. Ortaklığın iradesi ortakların tamamının şahsi iradelerinin toplamından oluşur¹⁷¹. Tüm bu açıklamaların da işaret ettiği gibi adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur¹⁷². Keza, bu

¹⁷⁰ Özenli (1988), s. 6, 97; Poroy vd. (2014), s. 45, 71; Barlas (2012), s. 75; Aşkan (2003), s. 80; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 28; Kalpsüz (1962), s. 213; Karayalçın (1973), s. 95; Hatemi vd. (1992), s. 585; Şener (2008), s. 155; Yalman ve Taylan (1976), s. 19. "...Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması itibariyle dava ehliyetinin varlığı kabul edilemez." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2.1.1966 Tarih, 594 Esas, 770 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 56. "...tüzel kişiliği bulunmadığı için bu tür ortaklığın dava ve takip ehliyeti yoktur." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 19.11.1979 Tarih, 1979/7184 Esas, 1979/12707 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 201. "Adi ortaklık dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi ona karşı dava da açılmaz." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15.5.1967 Tarih, 2310 Esas, 4247 Karar sayılı kararı. Aktaran: Olgaç (1969), s. 693. Pozitif hukukta adi ortaklıklara tüzel kişilik tanınmadığını kabul etmekle birlikte uygulamada tanınması gerektiğini savunan görüş için bkz. Ansay (1967a), s. 153. Yazarın görüşünde büyük bir değişiklik olmamıştır. Bkz. T. Ansay (1999). *Adi şirket bir tüzel kişi midir? Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. yaş günü armağanı*. İstanbul: Beta, s. 9.

¹⁷¹ Doğanay (1963), s. 31.

¹⁷² Alman Federal Mahkemesi, 29.01.2001 tarihinde verdiği II ZR 331/00 sayılı "ARGE Weiβes Ross" isimli meşhur karar ile adi ortaklıklara aktif ve pasif dava ehliyeti ile fiil ehliyeti tanıyarak Alman adi ortaklık rejiminde köklü bir değişiklik yapmıştır. Karar için bkz. BGHZ, 146, 341 = NJW, 2001, 1056 – 1061. Kararın Türkçesi için bkz. Ş. Narbay ve S. Deliduman (2002). Alman federal mahkemesinin (dış-) adi şirketin hak ve taraf ehliyetine sahip olduğuna ilişkin 29.01.2001 tarihli kararı. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağanı, birinci cilt*. İstanbul: Beta, s. 577 – 594. Karar ve karara konu teşkil eden olay hakkında tafsilat için bkz. F. Bilgili (2002). *Adi ortaklıkların fiil ehliyeti. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağanı, birinci cilt*. İstanbul: Beta, s. 207 vd. Fakat bu kararın üzerinden hayli zaman geçmesine ve bu süreç içinde Türkiye'de Borçlar Kanunu yenilenmesine rağmen Türk hukukunda benzer bir temayül görülmemiştir. Aynı durum İsviçre hukuku için de geçerlidir. Dolayısıyla Türk ve İsviçre borçlar hukuklarında adi ortaklıklar ne önceden ne de güncelde hak öznesidir. Bkz. Özenli (1988), Pulaşlı (2015), s. 32; s. 6; Barlas (2012), s. 82; Şener (2008), s. 155, 397; Poroy vd. (2014), s. 45; Doğanay (1963), s. 31; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 19, 28; Ansay (1967a), s. 34; Yalman ve Taylan (1976), s. 20; Alver (1991), s. 4. Buna karşılık, bir görüşe göre ortaklığın özelliğine göre

şahıs birliği kendisini oluşturan ortaklardan bağımsız bir hak öznesi de değildir¹⁷³. Zira kanunun açık düzenlemesi, malvarlığı üzerinde elbirliğiyle mülkiyeti kural öngörmüş¹⁷⁴ ve ortaklıkla ilgili diğer durumlarda da ortaklığın kendisinin değil, ortakların hak kazanıp borç altına girdiği bir yaklaşım benimsemiştir.

Adi ortaklığın teşkil ettiği şahıs birliğinin tüzel kişi ve ortaklarından bağımsız bir hak öznesi olmamasının doğurduğu çok önemli neticeler vardır¹⁷⁵.

Bu neticelerden ilki, yapılacak bir hukuki işlemde ortaklığın taraf olamamasıdır. Ortaklar bir işlem yaparken hep birlikte hareket ederek işleme katılmalı ya da hiçbir ortak dışarıda kalmayacak şekilde kendilerini temsil ettirmelidir. Doğrudan ortaklığın temsili de mümkün değildir, temsil ortaklar içindir. Bu durumun usul hukuku bakımından öne çıkan özelliği ise adi ortaklığın davada taraf sıfatının olmamasıdır. Ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmadığından açılacak davaların ortakların tümü tarafından açılması ve müteselsil sorumluluk kaidesi gereği tek bir ortaktan veya birkaçından talep edilebilecek edimler dışında ortaklığa karşı açılacak davaların

adi ortaklıkların bazılarında hak ehliyeti verilmelidir. Bkz. Ansay (1967a), s. 153. Başka bir görüşe göre ise Türk hukuku bu kavrama tamamen yabancı değildir; donatma iştirakinin de tüzel kişiliği yoktur fakat taraf ehliyeti vardır. Pratik ihtiyaçlara cevap olması açısından adi ortaklığa ehliyet tanınabilir. Bkz. P. Uzun ve A. Uğur (2014). Adi ortaklık kavramı ve 29.01.2001 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı ışığında adi ortaklığa tüzel kişilik tanınması. *Kazancı hukuk araştırmaları dergisi, birinci sayı*. İstanbul: Kazancı, s. 91.

¹⁷³ Alman hukukunda sadece hak ehliyeti tanınması değil, tüzel kişiliğin diğer özelliklerinin de adi ortaklığa sırayla tanınmasına dair gelişen yargı uygulamasının örnekleri için bkz. A. Yongalık (2006). Adi şirkete yeni giren ortağın eski borçlardan dolayı sorumluluğu hakkında Alman Federal Mahkemesi'nin 7.4.2003 tarihli kararı, bir metodoloji sorunu. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*. Ankara: Turhan, s. 525.

¹⁷⁴ Bkz. Birinci bölüm, 4.3.

¹⁷⁵ Örnekler çoğaltılabilir: Adi ortaklığın iflas ettirilememesi, ortaklığın temsil edilemeyip ortakların temsil edilmesi, ortaklığa katılan ortağın ortaklığın eski borçlarından sorumlu olmaması gibi. Ayrıca bkz. Özenli (1988), s. 6.

da ortakların tümüne yöneltilmesi gerekir¹⁷⁶. Fakat bazı durumlarda bu kural mutlak biçimde uygulanmamaktadır. Yargıtay uygulamasına göre bir şekilde adi ortaklık davalı gösterilerek açılmışsa bile davaya ortakların tümü birlikte cevap verirse artık dava reddedilmemekte, görülmeye devam edilmektedir¹⁷⁷. Yönetici ortağın sahip olduğu genel temsil yetkisi dava açmak için yeterli değildir, bu işlem için diğer tüm ortakların özel temsil yetkisi vermesi gerekir¹⁷⁸.

İkinci netice, ortakların elbirliği mülkiyeti ile sahip oldukları ve kendi malvarlıklarından ayrı olan ortaklık malvarlığına dâhil bir taşınmazın tapu siciline tescilinin ortaklık adına yapılmasının mümkün olmamasıdır¹⁷⁹. Gerçekten, ortaklık malvarlığı her ne kadar ortakların şahsi malvarlıklarından bağımsız olsa da bu malvarlığı üzerinde hak sahibi ortaklık değil, ortaklardır¹⁸⁰. Aynı şekilde borçlardan da ortaklık değil, ortaklar sorumludur. Dolayısıyla böyle bir taşınmazın tescili tüm ortaklar adına yapılmak zorundadır¹⁸¹. Tescilde mülkiyetin kaynağının adi ortaklığa dayandığı da belirtilir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 28/V).

Ticaret sicili bakımından da durum benzerdir. Adi ortaklık kural olarak ticaret siciline tescil edilemez. Fakat mevcut ticari işletmesi tescil ettirilmek istenirse ortakların tümü tacir olduğundan ortakların her biri işletmeyi kendi

¹⁷⁶ Şener (2008), s. 155, 163; Poroy vd. (2014), s. 71.

¹⁷⁷ Şener (2008), s. 168; Barlas (2012), s. 92.

¹⁷⁸ Bkz. İkinci bölüm, 2.3. numaralı başlıktaki metin ve dipnot.

¹⁷⁹ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 20; Ansay (1967a), s. 142; Şener (2008), s.172; Karayalçın (1973), s. 133; Barlas (2012), s. 84; Hatemi vd. (1992), s. 584; Doğanay (1963), s. 39. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 4.6.1971 Tarih, 5048 Esas, 4392 Karar sayılı kararı. Aktaran: Uygur (2003), s. 527.

¹⁸⁰ Barlas (2012), s. 83; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 24; Kalpsüz (1962), s. 213; Karayalçın (1973), s. 95; Şener (2008), s. 179; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Doğanay (1963), s. 34; Özenli (1988), s. 60.

¹⁸¹ Pulaşlı (2015), s. 29; Doğanay (1963), s. 39; Şener (2015), s. 21.

adına tescil ettirmelidir¹⁸². Bunun dışında ticari unvana da sahip olamayacağı için¹⁸³ adi ortaklık, yapacağı işlemlerde ortakların hepsinin ad ve soyadları ile tanımlanır¹⁸⁴. Konuyla ilgili olarak, yukarıda bahsi geçen 2009/2 sayılı tebliğde bir ticaret ortaklığı ticari işletme işleten bir adi ortaklık kurarsa bu ticari işletmenin sicile tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Fakat bu tescilin adi ortaklık adına yapılabiliyor yapılamayacağı belirtilmemiştir. O halde mevcut sistemin devam edeceği, yani tescilin ortakların tümünün adına yapılacağını kabul etmek gerekir¹⁸⁵.

4.3. Ortaklığın Kural Olarak Elbirliğiyle Mülkiyet Esasına Dayanması

Adi ortaklık malvarlığına sahip olmak zorunda değildir¹⁸⁶. Malvarlığı ancak temin edilirse mevcut olur, yoksa adi ortaklığın vücut bulması için zorunlu unsurlardan biri değildir. Bu husus, hem sözleşmenin tanımında bu unsurun yer almamasından hem de TBK m. 638/I hükmünün yazılış biçiminden anlaşılmaktadır. Madde metninde ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeylerin elbirliği halinde ortaklara ait olacağı düzenlenmiştir. Ortaklık bir şey, alacak veya aynı hak edinmezse bir ortaklık malvarlığı da meydana gelmeyecektir. Fakat edinirse bunun maliki ortaklık değil,

¹⁸² Şener (2008), s. 175; Özenli (1988), s. 8.

¹⁸³ Karayalçın (1973), s. 134; Şener (2008), s. 175; Barlas (2012), s. 87; Ansay (1967a), s. 103. Karşıt görüşte: Kayar (2002), s. 485; Domaniç (1988b), s. 95. Ansay, ortakların isimlerinden oluşan ticari unvanın tescil de edilebileceğini fakat bu unvan altında dava açılmayacağını savunmaktadır. Bkz. Ansay (1967a), s. 103.

¹⁸⁴ Barlas (2012), s. 88; Ansay (1967a), s. 103.

¹⁸⁵ Barlas (2012), s. 89.

¹⁸⁶ Barlas (2012), s. 43; Doğanay (1963), s. 34; Kalpsüz (1962), s. 206.

ortaklardır¹⁸⁷. Meydana gelen malvarlığı üzerinde ortaklar elbirliği halinde malik olacaktır¹⁸⁸.

Adi ortaklık malvarlığı üzerinde kural olarak elbirliğiyle mülkiyet geçerli olduğuna göre adi ortaklık bu mülkiyet çeşidinin tüm özellikleri ve bunlara bağlanan sonuçları bünyesinde taşır. Bu çerçevede tüm ortaklar, malvarlığının tamamı üzerinde maliktir. Ortakların birbirinden bağımsız payları yoktur, dolayısıyla malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf da edemezler¹⁸⁹. Ortaklardan biri üçüncü bir kişiyle ortaklık malvarlığını konu eden bir hukuki ilişki içine girerse, işlemin konusu malvarlığının kendisi değil, işlemi yaparak borçlanan ortağın adi ortaklığın tasfiyesi neticesinde kendisine düşecek olan payı olacaktır. Yani ortakların elbirliği halinde malik olduğu malvarlığındaki payı üzerindeki tasarrufu sadece tasfiye payıyla sınırlıdır¹⁹⁰. Bunun dışında ortaklar,

¹⁸⁷ Bu adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının bir sonucudur. Özenli (1988), s. 61; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 20; Bahtiyar (2014), s. 29; Ansay (1967a), s. 138; Karayalçın (1973), s. 85; Domaniç (1988b), s. 39; Kalpsüz (1962), s. 210; Barlas (2012), s. 83.

¹⁸⁸ Özenli (1988), s. 62; Yavuz vd. (2014), s. 1517, 1524; Barlas (2012), s. 83; Ansay (1967a), s. 138; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Şener (2015), s. 24; Alver (1991), s. 5; İ. Kaplan (2006). İnşaat sektöründe adi şirket niteliğindeki müşterek iş ortaklığı. Ankara: Seçkin, s. 606. “...Aksine hüküm bulunmadığı takdirde ortaklığa ait mallardaki rejimin iştirak halinde olduğunun kabulü zorunludur.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19.12.1974 Tarih, 1974/5508 Esas, 1974/3728 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 63. “Oysa adi ortaklık sözleşmesinde aykırı bir kural yoksa adi ortaklık iştirak kuralına bağlıdır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 5.7.1974 Tarih, 1974/2830 Esas, 1974/4262 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 183. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 Tarih, 2016/920 Esas, 2016/1313 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi 19.07.2016) Öte yandan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde de ortaklık malvarlığı üzerindeki mülkiyetin elbirliği mülkiyeti olduğu kabul edilmesine rağmen (bkz. Şener (2008), s. 181) kanunun kullandığı “müştereken” ifadesi müşterek mülkiyeti çağrıştırdığı için durumu belirsizliğe itiyordu. Bkz. Bahtiyar (2014), s. 29; Yavuz vd. (2014), s. 1524. 6098 sayılı mevcut TBK ise m. 638/I’de ortakların malvarlığı üzerinde elbirliği ile malik olduğunu açıkça ifade ederek durumu netleştirmiştir. Dolayısıyla adi ortaklıkta ortaklar malvarlığına elbirliği halinde maliktir.

¹⁸⁹ N. Feyzioğlu (1976). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1. İstanbul: Fakülteler matbaası, s. 298. Şener (2008), s. 182; Barlas (2012), s. 96; Şener (2015), s. 25.

¹⁹⁰ Ansay (1967a), s. 152.

ortaklığa bağlı kazanç payları üzerinde tasarruf edebilirler¹⁹¹. Bu durum ortakların şahsi alacaklıları için de geçerlidir. Alacaklılar ortağın tasfiye payı üzerinde hak talep edebilir¹⁹² (TBK m. 638/II).

Son olarak, doktrinde elbirliği halinde mülkiyetin emredici bir hüküm olmadığı ve ortaklarca sözleşmede belirtilmek kaydıyla mülkiyetin paylı mülkiyet olarak da belirlenebileceği savunulmaktadır. Fakat bu görüşe göre, paylı mülkiyetin payların serbestçe devredilmesi gibi özelliklerinin adi ortaklığın müşterek amaç ve müşterek amaç için birlikte çaba unsurlarıyla bağdaşmayacağı için bu rejim adi ortaklıkta uygulanabilir değildir¹⁹³.

4.4. Müteselsil Sorumluluk

Adi ortaklıkta bir hukuki işlem ancak ortakların katılımıyla ya da temsil edilmesiyle yapılabilir. Yapılan işlemlerde ortaklık değil ortaklar taraf; bu işlemlerden doğan borçlardan da ortaklık değil ortaklar sorumludur¹⁹⁴. Kanundan doğan bir borçtan da ortaklar sorumlu olacaktır. İşte TBK m. 638/III'te kaynağı ne olursa olsun doğan borçlardan sorumluluğun türünün müteselsil sorumluluk olduğu belirtilmiştir. Ortakların borçlardan müteselsilen sorumlu olmaları adi ortaklığın diğer bir önemli özelliğidir.

¹⁹¹ Barlas (2012), s. 97; Şener (2008), s. 183.

¹⁹² Kaplan (2006), s. 607; Özenli (1988), s. 101; Şener (2015), s. 25; Yavuz vd. (2014), s. 1524; Poroy vd. (2014), s. 52; Barlas (2012), s. 98; Bahtiyar (2014), s. 29; Ansay (1967a), s. 145; Şener (2008), s. 183; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Alver (1991), s. 15. "...şirket mukavelesinde başka bir hüküm bulunmadıkça bir şerikin alacaklıları haklarını ancak o şerikin tasfiyedeki hissesi üzerinde kullanabilirler." Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 19.1.1984 Tarih, 1983/3716 Esas, 1984/83 Karar sayılı kararı. Aktaran: Alver (1991), s. 44.

¹⁹³ Barlas (2012), s. 100; Şener (2008), s. 182; Poroy vd. (2014), s. 52.

¹⁹⁴ Barlas (2012), s. 101.

Ortaklar arasında müteselsil sorumluluğun geçerli olması için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

Bu şartlardan ilki ortakların müteselsil sorumluluk esasını kaldırmamış olmalarıdır¹⁹⁵. Çünkü TBK m. 638/III'te müteselsil sorumluluk için "*aksi kararlaştırılmadıkça*" ibaresi kullanılarak müteselsil sorumluluk esasının mutlak olmadığı ifade edilmiştir. Eğer ortaklar bu hükmün tanıdığı serbestiyi kullanarak ortaklar arası sorumluluğun müteselsil sorumluluk olmayacağını kararlaştırmışlarsa ortaklar arasında artık müteselsil sorumluluktan bahsedilemez. Fakat önemle belirtilmelidir ki müteselsil sorumluluğu kaldıran anlaşmanın ortaklar arasında yapılmış olması yetmez, bu durumun dışa karşı da bildirilmesi gerekir. Bu husus, ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişiyi korumaya dönük bir işlev icra etmektedir. Aksi halde alacağını herhangi bir ortaktan talep edebileceği zannıyla işlem yapan üçüncü kişinin, teselsülün olmadığı durumda her bir ortağa payıyla sınırlı olarak müracaat edebilecek olması hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Müteselsil sorumluluğun kaldırıldığına dair ortaklar arasında yapılan anlaşmanın dışa bildirilmeden geçerlilik kazanamamasının istisnası işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olmamasıdır. Bu kişi müteselsil sorumluluk esasının kaldırılmış olduğunu biliyorsa artık teselsülden faydalanamayacaktır¹⁹⁶.

Müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için ikinci olarak, tüm ortakların işleme katılmış olması gerekir. Nitekim TBK m. 638/III'te bu husus "*ortaklar birlikte veya bir temsilci aracılığı ile... üstlendikleri borçlardan...*" ifadeleriyle

¹⁹⁵ "*Ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça adi ortaklar birlikte ya da temsilci vasıtasıyla üçüncü kişilere karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar.*" Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin 19.01.2016 Tarih, 2015/3393 Esas, 2016/257 Karar sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr Erişim tarihi: 18.07.2016)

¹⁹⁶ Barlas (2012), s. 103, dn 252'de aktarılan yazarlar.

belirtilmiştir. Aslında bu şart sadece müteselsil sorumluluğun doğması açısından değil adi ortaklık ilişkisi içinde bir hukuki işlem yapılabilmesi için de gereklidir. Dolayısıyla bu şartın gereği yerine getirilmezse yani bir ortak diğer ortaklardan temsil yetkisi almadan ortaklık için bir işlem yaparsa diğer ortaklar bundan sorumlu tutulamaz¹⁹⁷. Ortaklar sorumlu olmadığı için müteselsil sorumluluk da doğmaz.

¹⁹⁷ Bkz. Üçüncü bölüm, 3.2.

İkinci Bölüm

Adi Ortaklıkta Temsil

1. Borçlar Hukukunda Temsil

1.1. Temsil Kavramı

Hukuki işlemlerde kural, işlemin doğuracağı hüküm ve sonuçların işlemi yapan kişinin kendisine ait olmasıdır. Temsil kavramı bu kurala bir istisna teşkil eder. Çünkü temsil, bir kişinin, sonuçları başka bir kişinin üzerinde doğmak üzere hukuki işlem yapmasını ifade eder¹⁹⁸.

Temsil ilişkisi sözleşmelere mahsus bir kavram değildir. Sözleşmelerin yanında tek taraflı hukuki işlemlerde, hukuki işlem benzeri fiillerde, yenilik doğuran hakların kullanılmasında ve tasarruf işlemlerinde de temsil kurumundan faydalanılabilir¹⁹⁹. Buna karşılık bazı hallerde temsil uygulanması mümkün olmaz. Hakikaten, maddi fiiller²⁰⁰, mesela bir lokantada garsonun müşteriye yemeğini götürerek teslim etmesi bir temsil ilişkisinin konusu

¹⁹⁸ M. İnceoğlu (2009). Borçlar hukukunda doğrudan temsil. İstanbul: On iki levha, s. 7; A. M. Kılıçoğlu (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Turhan, s. 232; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014). Borçlar hukuku genel bölüm birinci cilt. İstanbul: Filiz, s. 620; K. Oğuzman ve T. Öz (2014). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1. İstanbul: Vedat, s. 217; T. Esener (1961). Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre borçlar hukuku bakımından salahiyete müstenit temsil, Ankara, s. 9; K. Tunçomağ (1976). Borçlar hukuku dersleri cilt 1. Ankara: Sermet, s. 397; S. S. Tekinay vd. (1993). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Filiz, s. 166; A. K. Sungurbey (1988). Yetkisiz temsil. İstanbul: Yasa, s. 9; C. Yavuz (1983). Türk, İsviçre ve Fransız medeni hukuklarında dolaylı temsil. İstanbul: Fakülteler matbaası, s. 1; Feyzioğlu (1976), s. 376; A. von Tuhr (1983). Borçlar hukukunun umumi kısmı. (Çeviri: Cevat Edege). Ankara: Olgaç, s. 314; M. R. Belgesay (1941). Hukuki muamelelerde temsil. İstanbul: Rıza Koşkun, s. 6.

¹⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 622; Oğuzman ve Öz (2014), s. 220; Feyzioğlu (1976), s. 383; von Tuhr (1983), s. 318.

²⁰⁰ Oğuzman ve Öz (2014), s. 218; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 622; Feyzioğlu (1976), s. 383; von Tuhr (1983), s. 318. Karşıt görüşte: Belgesay (1941), s. 30.

olamaz. Bunun gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda da temsil uygulanamaz²⁰¹. Örneğin nişanlanma, evlenme ve vasiyetname yapmada temsil caiz değildir²⁰². Ayrıca haksız fiillerde de doğal olarak temsil yoktur²⁰³.

Yukarıdaki açıklamalarda bahsedildiği üzere temsil sadece Borçlar Kanununda yer alan bir kavram olmasa da burada incelenecek olan temsil, borçlar hukuku sistemi içinde yer alan temsil ilişkisidir. TBK m. 40 – 48 arasında düzenlenen temsil kavramı sayesinde kişiler bir işlemi, muhtelif sebeplerle kendileri yapmak yerine başka bir kişiye yaptırabilirler. Bu durumda hüküm ve sonuçlar yine işlemi yaptıran kişilere ait olur. Temsil sayesinde kişiler işlemi bizzat değil, işleminden doğacak her türlü hak ve borç kendilerine ait olmak üzere bir temsilci vasıtasıyla yapar. Temsilde tüm sonuçlar yine işlemin tarafı olan kişiye ait olmaktadır.

Temsil üçlü bir ilişki tabiatına sahiptir²⁰⁴. Üçlü yapının ilki temsil olunan, temsil yetkisi vererek kendisi adı ve hesabına işlem yaptıran kişidir. Temsilci ise temsil olunandan temsil yetkisi alarak onun adına ve hesabına işlem yapan kişidir. Bu ilişkide üçüncü unsur ise temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı üçüncü kişidir. Diğer bir tabirle hukuki işlemin karşı tarafıdır. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki temsilin üçlü bir ilişki tesis etmesi, temsil müessesesi kullanılarak yapılan bir hukuki işlemde temsilcinin de fazladan bir taraf teşkil ettiği anlamına gelmez. Zira temsilci işlemin tarafı olmaz, işlemin tarafları yine

²⁰¹ İnceoğlu (2009), s. 155; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 622; Oğuzman ve Öz (2014), s. 221; Tekinay vd. (1993), s. 169; Feyzioğlu (1976), s. 381; Belgesay (1941), s. 31.

²⁰² von Tuhr (1983), s. 319; Feyzioğlu (1976), s. 381; Tekinay vd. (1993), s. 169; Esener (1961), s. 72; Oğuzman ve Öz (2014), s. 221; Belgesay (1941), s. 31.

²⁰³ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 622; Tekinay vd. (1993), s. 177; Feyzioğlu (1976), s. 381; von Tuhr (1983), s. 319; Belgesay (1941), s. 32.

²⁰⁴ Feyzioğlu (1976), s. 376.

temsil olunan ve işleme taraf olan üçüncü kişi veya çok taraflı bir işlemse üçüncü kişilerdir²⁰⁵.

Bu noktada temsil kurumunun benzerlik gösterdiği bazı kurumlardan ayrıldığı yönlerini ele almak uygun olacaktır. Bu kurumlardan ilki organdır. Organ, tüzel kişilerin adına ve hesabına işlem yaparak tüzel kişilerin fiil ehliyetlerini kullanmalarını sağlayan kurumdur²⁰⁶. Organın temsilci ile benzerliğinin kaynağı da budur. Fakat temsilci, temsil olunanın temsil yetkisi tanıdığı üçüncü bir kişiyken, organ tüzel kişinin kendisidir²⁰⁷. Nitekim bu iki kurumun sorumluluklarını düzenleyen hükümler de farklıdır. Organ sorumluluğu TMK m. 49 – 50'de; temsilcinin sorumluluğu ise TBK'da düzenlenmiştir.

Temsilciye benzeyen başka bir kurum haberciliktir²⁰⁸ (TBK m. 33). Haberci bir kişinin iradesini aynıyla muhafaza ederek başka bir kişiye ulaştıran kişidir²⁰⁹. Burada habercinin hukuki işlem yapma yetkisi mevcut değildir; o sadece ilgili iradeyi ulaştırmakla görevlidir²¹⁰. İradeye müdahale edemez, iradeyi değiştiremez, olduğu gibi aktarır. Bu yönüyle de temsilciden ayrılır²¹¹. Zira temsilcinin hukuki işlem yapma yetkisi vardır. Haberci gibi tercümanlar da temsilci sayılmaz. Zira tercümanlar da konuşmaları bir dilden diğer dile olduğu gibi çevirir.

²⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 620.

²⁰⁶ Kılıçoğlu (2015), s. 233.

²⁰⁷ Tekinay vd. (1993), s. 169.

²⁰⁸ Farklı adlandırmalar da mevcuttur: Ulak (bkz. Ş. Akyol (2007). Temsilci olmayan aracının faaliyeti temsil teorisinde ulak (nuntius). İstanbul: Vedat, s. 8), muhbir, aracı, resul, elçi.

²⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 633; Oğuzman ve Öz (2014), s. 218; Tekinay vd. (1993), s. 170. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol (2007), s. 8 vd.

²¹⁰ Kılıçoğlu (2015), s. 233; Akyol (2007), s. 8; Oğuzman ve Öz (2014), s. 218; Tekinay vd. (1993), s. 170; von Tuhr (1983), s. 316; Belgesay (1941), s. 10.

²¹¹ Akyol (2007), s. 23 vd. ; Kılıçoğlu (2015), s. 233.

Son olarak, vekil ile temsilci arasındaki ilişki incelenecek olunursa: Vekil, vekâlet sözleşmesi (TBK m. 502 – 514) hükümlerine göre başkasının adına ve hesabına hareket eden kişidir²¹². Temsilci ise aşağıda da görüleceği gibi kendisine tek taraflı bir hukuki işlemle temsil yetkisi verilen kişidir. Dolayısıyla temsilci, bir sözleşmeye dayanan vekilden, yetkisinin kaynağını tek taraflı bir hukuki işlemden almasıyla ayrılır²¹³. Belirtmelidir ki vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkil adına ve hesabına hareket edebilmesini sağlayan yetki yine temsil yetkisidir²¹⁴. Zaten vekâlet sözleşmesi temsil ile çoğunlukla iç içedir. Fakat bu durum, iki kavramın aynı kurumu karşıladığını göstermez. Nitekim vekâlet sözleşmesi her zaman temsil yetkisi içermek zorunda olmadığı²¹⁵ gibi temsil yetkisi de her zaman vekâlet sözleşmesine dayanmak zorunda değildir²¹⁶.²¹⁷ Doktorla hasta arasındaki tedavi içerikli vekâlet sözleşmesinde, eğitim veya danışmanlık içerikli vekâlet sözleşmelerinde ya da salt maddi fiile dayalı²¹⁸ vekâlet sözleşmelerinde temsil ilişkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar nispeten zayıf ihtimal olsa da temsil yetkisi de sözleşme başına dayanmadan verilebilir²¹⁹. Bir temsil ilişkisinin sırf temsil ilişkisi mi yoksa vekâlet

²¹² Aral ve Ayrancı (2014), s. 414; Eren (2014), s. 698; Yavuz vd. (2014), s. 1153;

²¹³ Kılıçoğlu (2015), s. 233; Feyzioğlu (1976), s. 386, 392 vd. ; Aral ve Ayrancı (2014), s. 414; Eren (2014), s. 702; Yavuz vd. (2014), s. 1158; Ş. Akyol (2009). Türk medeni hukukunda temsil. İstanbul: Vedat, s. 37; Hatemi vd. (1992), s. 392; Esener (1961), s. 60; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 107; Oğuzman ve Öz (2014), s. 225; von Tuhr (1983), s. 320.

²¹⁴ Aral ve Ayrancı (2014), s. 414; Eren (2014), s. 702; Yavuz vd. (2014), s. 1157;

²¹⁵ Eren (2015), s. 440; Eren (2014), s. 702; Oğuzman ve Öz (2014), s. 225, 226; Yavuz vd. (2014), s. 1157; C. Akbıyık (1997). Temsil yetkisi ve temel ilişki. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LV(4), s. 221; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 107; Tekinay vd. (1993), s. 175; Feyzioğlu (1976), s. 386; Belgesay (1941), s. 19. Karşıt görüşte: Kılıçoğlu (2015), s. 233.

²¹⁶ Aral ve Ayrancı (2014), s. 414; Eren (2014), s. 703; Yavuz vd. (2014), s. 1157; Akbıyık (1997), s. 221; Oğuzman ve Öz (2014), s. 225; Tekinay vd. (1993), s. 175; Feyzioğlu (1976), s. 386; Belgesay (1941), s. 19.

²¹⁷ Buna doktrinde “temsil yetkisinin bağımsızlığı” denilmektedir. Bkz. İkinci bölüm, 1.4.2.2.

²¹⁸ Eren (2014), s. 701 – 702; Yavuz vd. (2014), s. 1156; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 107.

²¹⁹ Kılıçoğlu (2015), s. 233; Aral ve Ayrancı (2014), s. 414; Eren (2014), s. 702; Yavuz vd. (2014), s. 1156, 1157, 1158; Akbıyık (1997), s. 221. Karşıt görüşte: Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 627, 648; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 107.

sözleşmesine dayanan bir temsil ilişkisi mi olduğunun tespiti için yetkiyi veren işleme bakılmalıdır. İşlem tek taraflı bir hukuki işlem ise temsil yetkisi yalnızdır. Buna karşılık bir taraf temsil yetkisini içeren bir öneride bulunur ve diğer taraf da usulüne uygun bir kabul beyan ederse temsil yetkisi içeren bir vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur²²⁰. Temsilci aynı zamanda vekil olur ve vekâlet sözleşmesine göre bir vekilin üstlendiği tüm borçları üstlenir; kazandığı tüm hakları kazanır.

1.2. Temsilin Çeşitli Ayrımlara Göre Sınıflandırılması

Temsile ilişkin yapılan sınıflandırmalardan bir tanesi doğrudan temsil – dolaylı temsil ayrımıdır. Doğrudan temsilde (direkte Stellvertretung) temsilci hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapar. Bunun sonucu olarak işlemin hüküm ve sonuçları doğduğu andan itibaren temsil olunana ait olur²²¹. Temsilci ikinci bir işlem yaparak üçüncü kişiyle yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarını temsil olunana devretmek zorunda değildir, işlem zaten temsil olunan adına ve hesabına yapılmıştır. Dolayısıyla burada tek bir işlem ve tek bir sonuç vardır. Temsilci hiçbir zaman üçüncü kişiyle yapılan işlemin tarafı olmaz. Bu husus, temsil kurumunu sözleşmelerle sınırlı olarak düzenleyen Borçlar Kanununda m. 40/I'de *“Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve*

²²⁰ Yavuz vd. (2014), s. 1158; Oğuzman ve Öz (2014), s. 226.

²²¹ İnceoğlu (2009), s. 95; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 631; Oğuzman ve Öz (2014), s. 220; Tekinay vd. (1993), s. 167; Feyzioğlu (1976), s. 379; H. N. Nomer (2012). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Beta, s. 95. *“Temsilde hukuksal işlemin tarafları ile bunu yapanlar farklı kişilerdir. Hukuksal işlem temsilci tarafından yapıldığı halde, hüküm ve sonuçları temsil olunana ait olacaktır.”* Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 27.11.2008 Tarih, 12450 Esas, 14922 Karar sayılı kararı. Aktaran: İnceoğlu (2009), s. 94.

hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.” biçiminde ifade edilmiştir.

Doğrudan temsil Borçlar Kanununun düzenlediği olağan temsil yoludur. Bu yönüyle “temsil” ifadesinden kural olarak doğrudan temsil anlaşılır²²².

Dolaylı temsilde ise (indirekte Stellvertretung) temsilci yine temsil olunan hesabına fakat doğrudan temsilden farklı olarak kendi adına hareket eder. Bunun sonucu olarak temsilci yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarını temsil olunana devretmek zorundadır²²³. Böylelikle dolaylı temsilde iki aşamalı bir yapı mevcut olmaktadır. Temsilci, temsil konusu ana hukuki işlemi yaptığıında hukuki sonuçlar işlemi kendi adına yaptığı için kendisine ait olacaktır. Bu sebeple yapacağı ikinci bir işlemle bu sonuçları temsil olunana devretmek zorundadır. TBK m. 40/III’te yer alan “*diğer durumlar*” ibaresinden dolaylı temsilin anlaşılması gerekir. Maddeye göre bu durumda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır. Bunun dışında TBK’nın düzenlediği temsil ilişkisi doğrudan temsil olduğu için TBK’nın temsil düzenlemesinde dolaylı temsile ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

Dolaylı temsilde işlemin temsil içerip içermediğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. İşlemi yapan kişi ancak işlemi başkası hesabına yapma iradesine sahipse temsilci olur. Zira temsilci işlemi kendi adına yaptığı için kendi hesabına işlem yapan sıradan bir kişiden ayrılması bu iradeyi taşımasına bağlıdır.

²²² Oğuzman ve Öz (2014), s. 220.

²²³ Oğuzman ve Öz (2014), s. 219; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 630; Tekinay vd. (1993), s. 167; Feyzioğlu (1976), s. 380.

Dolaylı temsile ilişkin en belirgin örnek komisyon sözleşmesinde komisyoncunun durumudur²²⁴ (TBK m. 532). Nitekim komisyoncu kendi adına ve müşterisi hesabına bir işlem yaptığı zaman bu dolaylı temsil olur.

Temsile ilişkin bir diğer ayırım, temsilin içerdiği yetki temel alınarak yapılan aktif temsil – pasif temsil ayırımıdır. Bir temsil ilişkisinde temsilcinin temsil olunan adına irade beyanında bulunma yetkisi varsa bu aktif temsildir²²⁵. Örneğin, temsilciye bir sözleşme için öneride bulunma yetkisi verilirse aktif temsil gerçekleşmiş olur²²⁶. TBK’da düzenlenen yetki aktif temsil yetkisidir. Aktif temsil kural olarak pasif temsil yetkisini de ihtiva eder²²⁷.

Pasif temsil yetkisi ise temsilcinin temsil olunana yöneltilen irade beyanlarına muhatap olma yetkisini ifade eder²²⁸. Pasif temsil yetkisi sayesinde temsilciye yöneltilen irade beyanı temsil olunana yapılmış gibi sonuç doğurur²²⁹. Sadece pasif temsil yetkisinin verildiği bir temsil ilişkisinin kurulmasının önünde bir engel yoktur²³⁰.

Yapılan diğer bir ayırım yetkinin kaynağına göre belirlenir. Buna göre temsilcinin sahip olduğu temsil yetkisi kaynağını hukuki bir işlemde alıyorsa bu temsil yetkisi iradi temsile işaret eder²³¹. Bu durumda temsil yetkisi temsil olunanın iradesiyle var olur ve bir hukuki işlemle verilir. TBK m. 40 – 48 arasında düzenlenen temsil türü iradi temsildir. Ayrıca iradi temsilde, temsil

²²⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 631; Oğuzman ve Öz (2014), s. 219; Tekinay vd. (1993), s. 168; Feyzioğlu (1976), s. 379.

²²⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 632; Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; Feyzioğlu (1976), s. 385.

²²⁶ Eren (2015), s. 430.

²²⁷ von Tuhr (1983), s. 327.

²²⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 632; Feyzioğlu (1976), s. 385.

²²⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 632; Feyzioğlu (1976), s. 385.

²³⁰ Eren (2015), s. 430.

²³¹ Oğuzman ve Öz (2014), s. 224; Tekinay vd. (1993), s. 168; Feyzioğlu (1976), s. 378.

yetkisi vermesi temsil olunanın yetki verdiği işlemi kendisinin yapmasına engel olmaz.

İradi temsilin aksine kanuni temsilde temsilci, temsil yetkisini temsil olunanın iradesinden değil, kanundan alır²³². Kanuni temsil ile temsilci olan kişiye de kanuni temsilci denilir. İradi temsil ile kanuni temsili birbirinden ayıran en önemli özellik, iradi temsilde temsil olunanın temsil yetkisi vermesine rağmen, yetkinin konusu olan işlemi kendisinin de yapabilmesi; fakat kanuni temsilde temsil olunanın çoğunlukla bu hakka sahip olmamasıdır²³³. Türk hukukunda kanuni temsile yer veren çeşitli hükümler vardır. Bunlardan biri, TMK m. 335 ve takip eden maddelerde düzenlenen velayet ilişkisidir. Velayet ilişkisinde veli, küçüğün temsilcisidir. Velinin temsil yetkisi bir hukuki işlemde değil, doğrudan kanundan doğmaktadır. Aynı durum vesayet için de geçerlidir (TBK m. 396 vd.). Velayet ve vesayetin doğumu, şartları, kapsamı, veli ve vasinin sorumluluğu, velayet ve vasiyetin sona ermesi gibi durumların hepsi kanunda düzenlenmiştir.

Kanuni temsile bir örnek de TMK m. 188 ve 189'dur. Maddelere göre evlilik birliğini temsile eşlerin ikisi de yetkilidir ve bu şekilde yapılan işlemlerden doğan borçlardan ikisi de müteselsilen sorumludur. Burada önem arz eden husus, temsilden sorumluluğun doğabilmesi için yapılan işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları için yapılmış olmasının gerekmesidir. Bunlar dışında kayyım atanması (TMK m. 403) ve miras ortaklığında temsilci (TMK m. 640/III) gibi kanuni temsil türleri de mevcuttur. Kanuni temsile başka bir örnek olarak

²³² Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 628; Oğuzman ve Öz (2014), s. 224; Tekinay vd. (1993), s. 168; Feyzioğlu (1976), s. 378.

²³³ von Tuhr (1983), s. 340; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 628.

net olmasa da vasiyeti yerine getirme görevlisi²³⁴ zikredilmektedir²³⁵. Öncelikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin (TMK m. 550 – 556) salt temsilci niteliği son derece tartışmalıdır²³⁶. Buna rağmen salt temsilci olduğu kabul edilse bile, vasiyeti yerine getirme görevlisi yetkisini doğrudan doğruya kanundan değil, mirasbırakanın iradesinden kazanır²³⁷. Gerçekten, mirasbırakanın böyle bir görevli atamaya kanunen mecburiyeti olmadığı gibi atamayı arzu etmesi durumunda mirasbırakan atayacağı kişiyi belirlemekte de serbesttir. Fakat bu

²³⁴ Vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakanın vasiyetindeki arzularını hayata geçiren kişidir. Konu hakkında bilgi için bkz. R. Serozan ve B. İ. Engin (2012). Miras hukuku. Ankara: Seçkin, s. 333; Z. İmre ve H. Erman (2006). Miras hukuku. İstanbul: Der yayınevi, s. 157 vd. ; B. Öztan (2008). Miras hukuku. Ankara: Turhan, s. 270 vd. ; G. Antalya (2009). Miras hukuku. İstanbul: Vedat, s. 226 vd. ; N. Ayiter ve A. M. Kılıçoğlu (1993). Miras hukuku. Ankara: Savaş, s. 129 vd. ; M. Ayan (2005). Miras hukuku. Konya: Mimoza, s. 106 vd. ; Ö. U. Gençcan (2008). Miras hukuku. Ankara: Yetkin, s. 257 vd.

²³⁵ Eren (2015), s. 431; von Tuhr (1983), s. 314; Tunçomağ (1976), s. 249.

²³⁶ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliğiyle alakalı ne mehzaz kanunda ne de Medeni Kanunda doğrudan bir hüküm vardır. Bu sebeple tartışmalar güncelliğini muhafaza etmektedir (Eski tarihli bir eserde de aynı tartışma yer almaktadır. Bkz. Belgesay (1941), s. 109 vd.). Bu kurumun hukuki niteliğiyle ilgili öne çıkan görüşler vasiyeti yerine getirme görevlisinin vekil veya temsilci olduğunu savunan görüşlerdir. Vekâlet görüşüne göre vasiyeti yerine getirme görevlisi de aynı vekil gibi başkası adına malvarlığıyla ilgili işlemler yapar; ikisi de güvene dayalı birer ilişkidir. TMK m. 556'nın özen yükümlülüğü ve sorumluluk boyutlarıyla vasiyeti yerine getirme görevlisinin vekil gibi sorumlu olduğunu dile getirerek vekâlet sözleşmesi hükümlerine atıf yapmış olması da kanunun bu kurumu vekâlete yakın olarak düzenlediğine en büyük işarettir. Dolayısıyla vekâlette müvekkilin istediği zaman sözleşmeyi sonlandırabilmesi fakat bunun vasiyeti yerine getirme görevlisinde mümkün olmaması gibi farklılıkların miras hukukunun kendine mahsus ilkelerinden kaynaklandığını savunarak ve kurumu bunlara rağmen mandatum post mortem yani salt ölüm sonrası yetkilendirmenin özel bir türü olarak kabul eden görüş en isabetlisi olarak gözükmektedir. Bkz. C. Akbıyık (2012). Vasiyeti yerine getirme görevlisi. İstanbul: On iki levha, s. 36 – 40; K. Kocaağa (2006). Vasiyeti yerine getirme görevlisi. Ankara: Yetkin, s. 94 – 102. Bunun yanında bu kurumu sadece temsilci olarak kabul eden görüşle ilgili başlıca eleştiri, bir ölünün yani mirasbırakanın temsil edilemeyeceğidir. Fakat bunun da ölüm sonrası yetkilendirmeli temsilin (TBK m. 43/I) hukuk düzenince kabul edilmesi sayesinde aşılabileceği savunulmaktadır. Bkz. Akbıyık (2012), s. 28. Ayrıca zaten mirasbırakanın arzuları arasında hukuki işlemler varsa, vekâlet sözleşmesi TBK m. 504/II gereği vekilin üstlendiği işin gerektirdiği işlemleri yapma yetkisini de kapsayacağı için vasiyeti yerine getirme görevlisi temsil yetkisine de sahip olacaktır. Sonuç olarak vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras hukukuna özel yapıda ölüm sonrası yetkilendirmeli ve vekâlet sözleşmesinin yalnız maddi fiilleri yüklemesi hali dışında aynı zamanda post mortem temsil yetkisi sahibi bir vekil olarak nitelenebilir.

²³⁷ Akbıyık (2012), s. 42; Kocaağa (2006), s. 63.

husus, vasiyeti yerine getirme görevlisinin kanuni temsille benzerlik gösteren özelliklerini bütünüyle anlamsız kılmamaktadır. Bu çerçevede her şeyden önce bu kurumun görev ve yetkilerinin kanunda gösterilmiş olması, diğer bir tabirle, yetkisini mirasbırakanın iradesinden alsa da yetkinin içeriğinin kanunda düzenlenmiş olması önemlidir. İkinci ölçüt olarak temsil yetkisi verildikten sonra temsilcinin tek yetkili olup olmamasına göre değerlendirilirse, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yine kanuni temsile yakın durduğu görülür. Vasiyeti yerine getirme görevlisi görevini yaparken, iradi temsilden farklı olarak tek yetkilidir. Ne ölümle kişiliğini kaybetmiş olan mirasbırakan ne de mirasçılar vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine giren bir konuda yetki sahibidir. Bunlara ek olarak vasiyeti yerine getirme görevlisinin kanuni temsilci niteliğini destekleyen olgular; vasiyeti yerine getirme görevlisinin her zaman temsil olunan adına hareket etmemesi, bazı işlemlerde bağımsız davranması²³⁸ (TMK m. 552/II); mirasçılara karşı dava açabilmesi; onların haklarını sınırlayabilmesi; zilyet oldukları malları başkasına devredebilmesi olarak sayılabilir.

Temsilde mevcut ayrımların yanında bazı özel temsil halleri de vardır. Bunlar birden fazla temsilcinin bulunmasıyla alt temsilcilik olarak sıralanabilir. Temsil olunanın aynı anda aynı konuda birden fazla temsilci yetkilendirilmesine engel yoktur. Temsil olunan birden fazla kişiyi temsilci olarak yetkilendirebilir. Birden fazla temsilcinin özellik gösteren noktalarının gündeme gelmesi için temsil yetkilerinin temsilcilere aynı zamanda ve aynı konularda işlem yapmak üzere verilmiş olması gerekir²³⁹. Aksi takdirde zaten

²³⁸ Akbıyık (2012), s. 24.

²³⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 661; Eren (2015), s. 443; Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; İnceoğlu (2009), s. 226; Akyol (2009), s. 51

her bir temsilci kendi yetki alanına giren konudaki tek temsilci olarak hareket edecektir.

Birden fazla temsilcinin var olduğu durumlar doğrudukları hüküm ve sonuçlar bakımından ikiye ayrılır:

Birlikte temsil yetkisi²⁴⁰, temsil olunanın yetki verdiği temsilcilerin birlikte hareket ederek işlemi hepsinin katılımıyla gerçekleştirebilmesi anlamına gelir²⁴¹ (TBK m. 549/II). Aksi halde yapılan işlem temsil olunanı bağlamayacaktır (TBK m. 549/II). Burada birlikte hareket etmekten maksat mutlaka aynı anda aynı yerde bulunarak işlemi gerçekleştirmek değil, işleme bütün temsilcilerin farklı zamanlarda da olsa katılmasıdır²⁴². Böyle bir durumda yani temsilcilerin işleme sırayla katılmaları durumunda, işlemin tamamlanma anı son temsilcinin iradesini beyan ettiği andır²⁴³. Konu burada temsilin çeşitleri altında incelense de kanundaki düzenleniş yeri ve getiriliş gayesi bakımından birlikte temsil, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından sınırlandırılma yöntemlerinden biridir²⁴⁴. Nitekim birlikte temsil sayesinde işlemi temsilcilerden biri kendi kararıyla gerçekleştiremeyecek, işlemin tamamlanması için diğer temsilcilerin de işleme katılması gerekecektir²⁴⁵. Kanunkoyucu bu

²⁴⁰ Bir yazar birlikte temsil yerine müşterek temsil; diğer bir yazar ise elbirliğiyle veya ortaklaşa temsil terimlerini kullanmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 662; Eren (2015), s. 443. Bu durumda Kocayusufpaşaoğlu birlikte temsil terimini birden fazla temsilci bulunan durumlar için genel bir başlık olarak kullanırken Eren aynı kurum için “toplular temsil” terimini tercih etmektedir.

²⁴¹ (Yöneticilerin müşterek imzasının şart koşulmasından bahsi içinde) Alver (1991), s. 9, 10; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 662; Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; von Tuhr (1983), s. 338; Belgesay (1941), s. 59; İnceoğlu (2009), s. 185; Pulaşlı (2015), s. 61.

²⁴² Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 662.

²⁴³ Eren (2015), s. 443; Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; İnceoğlu (2009), s. 228; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 662; Esener (1961), s. 74.

²⁴⁴ İnceoğlu (2009), s. 185.

²⁴⁵ “...şirket kararı ile şirketi temsil etmek yetkisi birlikte hareket etmek üzere iki ortağa verildiği halde bunlardan biri tarafından tek başına imzalandığından sözleşme ile şirketin bağlı olduğu kabul edilemez.”

yöntemle sınırlanan bir temsil yetkisi sayesinde bir işlemin tüm temsilcilerce ortaklaşa yapılmasıyla, temsil olunanın menfaatinin daha iyi korunacağını öngörmüştür.

İşlemi yapan birlikte temsilci ile üçüncü kişi, aralarında kararlaştırarak diğer birlikte temsilciler işleme katılana kadar birlikte temsilcinin kendi irade beyanını geri alabilmesini sağlayabilirler.

Müteselsil temsil yetkisi ise tayin edilen temsilcilerin her birinin aynı konuda tek başına işlem yapmaya yetkili olduğu temsil türüdür²⁴⁶. Burada amaç birlikte temsildeki gibi temsil yetkisini sınırlandırma değildir²⁴⁷. Aynı konuda birden fazla temsilcinin tayin edilmesi ve bunlardan her birinin işlemi tek başına yapabilmesinde en büyük sorun temsilcilerin aynı işlemi ayrı ayrı yapmaları durumunda temsil olunanın bununla bağlı olup olmayacağıdır. Böyle bir durumda yapılan işlem borçlandırıcı ise temsilcilerden her birinin yetkisinin diğerlerinden birinin işlemi yapmasıyla sona ereceğini kabul etmek gerekir²⁴⁸. Diğer bir tabirle müteselsil temsilcilerden birinin işlemi yapması bozucu bir şart olarak yetkilendirme işleminde yer alacaktır²⁴⁹. Bu durum tasarruf işlemleri için de geçerlidir. Fakat tasarruf işlemlerinde, yapılan ikinci işlemin geçersizliği tasarruf yetkisi eksikliğine dayanacaktır²⁵⁰. Müteselsil temsilcilerden birinin işlemi yapması halinde diğerlerinin yetkisi sona erer. Bunu bilmeyen temsilci aynı işlemi iyiniyetli bir üçüncü kişiyle yaparsa temsil olunan yapılan bu ikinci işlemle de bağlı olur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 6.3.1986 Tarih, 1986/768 Esas, 1986/1327 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 237. Ayrıca bkz. Oğuzman ve Öz (2014), s. 238.

²⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 661; Oğuzman ve Öz (2014), s. 238; von Tuhr (1983), s. 338; Belgesay (1941), s. 58; İnceoğlu (2009), s. 238.

²⁴⁷ İnceoğlu (2009), s. 237.

²⁴⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 238.

²⁴⁹ Oğuzman ve Öz (2014), s. 238.

²⁵⁰ İnceoğlu (2009), s. 238.

Alt temsil, temsilcinin başka bir temsilciyi yetkili kılmasıdır. Burada temsilci temsil yetkisini devretmemekte, yeni bir temsilci tayin etmektedir²⁵¹. Alt temsilci yetkisini temsilciden alır, fakat temsil ettiği kişi yine temsil olunandır²⁵². O halde bu kurum, alt (ikinci) temsil yetkisinin temsil olunan yerine temsilci tarafından verildiği bir müteselsil temsil olarak nitelendirilebilir²⁵³. Kural, alt temsilci tayininin yasak olması ise de bunun birçok istisnası mevcuttur. Bu istisnalardan ilki temsil olunanın alt temsilci tayin edilmesine izin vermiş olmasıdır. Başka bir istisna vekâlet sözleşmesi için öngörülmüş olmasına rağmen doktrinde temsil için de uygulanabileceği kabul edilen²⁵⁴ TBK m. 506/I hükmüdür. Hükme göre temsilci, işlemin gerektirmesi halinde veya teamül varsa işi başkasına gördürebilir. Bunların dışında ticari mümessillerin ve temsilcinin kişiliğinin önem taşımadığı işlemler için de alt temsilin caiz olduğu kabul edilmektedir²⁵⁵. Geçerli bir alt temsil kurulması durumunda asıl temsilci yetkisini kural olarak kaybetmez²⁵⁶. Alt temsilci asıl temsilcinin değil, temsil olunanın temsilcisidir²⁵⁷. Alt temsilcinin yetkilerini sınırlama ve alt temsilciyi azletme imkânı hem asıl temsilciye hem de temsil olunana aittir²⁵⁸. Alt temsilin yasak olmasına rağmen gerçekleştirilmesi sonucunda ise yetkisiz temsil ortaya çıkacaktır. Açıklandığı üzere alt temsilin caiz olduğu haller olmasına rağmen ikame temsil hukukumuzda kabul

²⁵¹ İnceoğlu (2009), s. 243; Oğuzman ve Öz (2014), s. 239.

²⁵² İnceoğlu (2009), s. 245.

²⁵³ Oğuzman ve Öz (2014), s. 239.

²⁵⁴ Akyol (2009), s. 277; İnceoğlu (2009), s. 249; Oğuzman ve Öz (2014), s. 239, dn. 679; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 664.

²⁵⁵ İnceoğlu (2009), s. 250 vd.

²⁵⁶ İnceoğlu (2009), s. 255; Eren (2015), s. 444; Esener (1961), s. 91; Feyzioğlu (1976), s. 422; Oğuzman ve Öz (2014), s. 239; von Tuhr (1983), s. 337.

²⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 664; von Tuhr (1983), s. 337.

²⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 666; İnceoğlu (2009), s. 256; Esener (1961), s. 93; Eren (2015), 444.

edilmemektedir²⁵⁹. İkame temsilde alt temsilden farklı olarak temsilci kendi temsil yetkisini başka bir kişiye devretmektedir²⁶⁰. Oysa alt temsilcilikte temsilci kendi yetkisini muhafaza etmekteydi.

1.3. İradî Temsil

İrade özerkliği ilkesinin bir sonucu olan²⁶¹ iradi ya da diğer ismiyle rızai temsil²⁶² kişinin kendi iradesiyle bir kişiye temsil yetkisi tanınması anlamına gelir. Kanuni temsil hallerinin dışındaki tüm temsil ilişkileri iradi temsil olarak nitelendirilir. Bu açıdan, iradi temsil günlük hayatta geniş bir uygulanma sahasına sahiptir. Ayrıca TBK m. 40 ve devamında düzenlenen temsil türü de budur. İradî temsilin temsil yetkisinin mevcudiyeti ve başkası adına hareket etme niyeti olarak sayılabilecek iki şartı vardır.

1.4. İradî Temsilin Şartları

1.4.1. Başkası adına hareket

Bir hukuki işlemi kural olarak o işlemin hüküm ve sonuçlarını arzulayan kişinin kendisi yapmalıdır. Kanunun işlemi, hüküm ve sonuçlarının üzerinde doğacak kişinin kendisi dışında birinin yapmasına izin verdiği durumda temsil oluşur. Öyleyse temsil müessesesi istisnadır. Bu istisnayı mümkün kılan ilke ise

²⁵⁹ İnceoğlu (2009), s. 260

²⁶⁰ İnceoğlu (2009), s. 259.

²⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 621.

²⁶² Oğuzman ve Öz (2014), s. 225;

irade özerkliğidir²⁶³. Temsilci işlem yaparken işlemi kendisine temsil yetkisi veren kişinin yani temsil olunanın adına yapma niyetinde olmalıdır. Bu şart TBK m. 40/I'de yerini bulan “Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemi...” ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu maddedeki yetkili temsilciden kasıt temsil yetkisinin verilmiş olması; bir başkası adına ve hesabına ibaresinden kasıt ise başkası adına hareket etme niyetidir.

Başkasının adına hareket olarak ifade edilen bu şart, geçerli bir iradi temsilin kurulması için olmazsa olmazdır²⁶⁴. Gerçekten, bu unsurun yokluğu halinde temsil yetkisi olsa bile temsil gerçekleşmeyecek; buna bağlı olarak işlemin hüküm ve sonuçları da işlemi yapan kişinin kendisi üzerinde doğacaktır (TBK m. 40/II, 1. cümle). Bu sebeple temsilcinin işlemi kendisi için yapmadığını, yani temsilci olduğunu işlem yaptığı üçüncü kişilere bildirmesi gerekir²⁶⁵. TBK m. 40'ta yer alan bu bildirim şartına açıklama ilkesi adı verilir²⁶⁶. Açıklama ilkesi de mutlak değildir. Kanunkoyucu aynı maddenin devamında iki adet istisnaya yer vererek temsilci olduğunu bildirmese de temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunanı bağlayacağını belirlemiştir (TBK m. 40/II). Bu istisnalardan ilki üçüncü kişinin işlemi yapanın temsilci olduğunu durumdan çıkarması ya da çıkarmasının gerekmesi durumudur. Örneğin üniversite kampüslerini dolaşarak öğrencilere kredi kartı veren çalışanların bankayı temsilen orada bulunduğu makul, dürüst ve ortalama bir kişi tarafından

²⁶³ Eren (2015), s. 431; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 627.

²⁶⁴ Başkasının adına hareket iradesi dış temsil bakımından önem taşıyıp iç ilişkiyi ilgilendirmez. Dolayısıyla vekâletsiz iş görme sonucunu da doğurmaz. Bkz. İ. Kırca (1995). Vekâletsiz iş görmenin temsil hukukunda uygulama alanı bulunduğu haller. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 44(1-4).

²⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 673; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 108; Oğuzman ve Öz (2014), s. 222; Tekinay vd. (1993), s. 185; Feyzioğlu (1976), s. 394.

²⁶⁶ İnceoğlu (2009), s. 50; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 673; Tekinay vd. (1993), s. 186; Feyzioğlu (1976), s. 394.

kolaylıkla anlaşılabilir ya da anlaşılması gereken bir durumdur. Bu halde temsilci sıfatının hususen bildirilmesine gerek olmadan işlemin hüküm ve sonuçları banka üzerinde doğacaktır. Konu hakkındaki ikinci istisna ise işlemin tarafı olacak üçüncü kişinin işlemi temsilci ya da temsil olunanla yapmasının bir farkının olmaması halidir. Örneğin sıradan bir market alışverişinde satıcı için malı temsilciye ya da kişinin kendisine satıyor olması bir şeyi değiştirmez. Böyle bir durumda üçüncü kişi açısından işlemi kiminle yaptığının hukuki bir önemi bulunmadığı için yapılan işlem temsil olunanı bağlar. Burada dikkat edilmesi gereken husus işlemin resmi senetle yapılması gereken bir işlem olması halinde bu istisnanın uygulanma imkânının kalmamasıdır. Mesela taşınmaz satışı resmi şekle tâbi bir sözleşme olduğundan tapudaki tescil, temsilcinin adına yapıldığında sözleşmenin tarafı o olur. Temsilci temsil olunan adına hareket etmiş olsa ve üçüncü kişi için sözleşmeyi kiminle yaptığının bir önemi olmasa bile sonuç değişmez. Çünkü sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanlarından birisi olan temsil olunanın şekle aykırı beyanına geçerlilik tanınması mümkün değildir²⁶⁷.

1.4.2. Temsil yetkisi

1.4.2.1. Genel olarak

İradi temsilin diğer şartı ise temsilcinin yetkilendirilmiş olmasıdır. Temsil yetkisi genel bir tanımla başkası adına ve hesabına hukuki işlem yapma

²⁶⁷ T. Akünel (1975). İlgili için işlem teorisi. İstanbul, s. 31; Esener (1961), s. 263; Eren (2015), s. 434; Oğuzman ve Öz (2014), s. 223.

yetkisidir²⁶⁸ (TBK m. 41/I). Temsil yetkisi temsilci yapılmak istenen kişiye yöneltilen ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla verilir²⁶⁹. Burada iki nokta önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, temsil yetkisini veren irade beyanının, varması gereken bir beyan olmasının doğal sonucu olarak bu beyanı temsilcinin öğrenmesine gerek olmamasıdır²⁷⁰. Temsilci yetkilendirildiğini bilmesede temsil ilişkisi geçerli bir şekilde kurulmuş olur. İkinci nokta ise geçerli bir temsil ilişkisinin kurulabilmesi için temsilcinin kabul beyanına ihtiyaç olmamasıdır. Aynı sebeple temsilci kendisinin temsilci kılınmasını örneğin bir ret beyanıyla engelleyemez²⁷¹. Temsilci, temsil yetkisinin içeriğindeki işlem ya da işlemleri yapmak istemiyorsa elindeki tek imkân temsil yetkisini kullanmamaktır. Temsilin bu özelliği, temsil müessesesini diğer bazı kavramlardan, özellikle de sözleşmelerden ayırmada büyük rol oynar²⁷².

Temel ilişkinin yüklediği borçlar hariç tutulursa, temsil yetkisi verildiğinde bir görüş temsilcinin kullanıp kullanmamakta serbest olduğu bir hakka kavuştuğunu savunmaktadır²⁷³. Temsilci bu yetki sayesinde temsil olunanın dahli olmadan, onun hukuk dünyası üzerinde etki meydana getirebilir. Bu sebeple temsil yetkisinin sağladığı bu hakkın bir yönetme ve

²⁶⁸ Esener (1961), s. 9; Akünel (1975), s. 5; H. Hatemi ve E. Gökyayla (2015). Borçlar hukuku genel bölüm. İstanbul: Vedat, s. 107; Feyzioğlu (1976), s. 385; Belgesay (1941), s. 8. Temsil yetkisine “temsil kudreti” veya “vekâlet” denildiğine de rastlanmaktadır. Buna rağmen yazar vekâlet ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırmaktadır. Bkz. von Tuhr (1983), s. 320.

²⁶⁹ İnceoğlu (2009), s. 101; Eren (2015), s. 435; Oğuzman ve Öz (2014), s. 225; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 634; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 107; Tekinay vd. (1993), s. 172; Feyzioğlu (1976), s. 386; von Tuhr (1983), s. 321. Sadece üçüncü kişiye yapılacak bir bildirimle temsil yetkisi verilebilmesini savunan görüş için bkz. Oğuzman ve Öz (2014), s. 230; Tekinay vd. (1993), s. 173.

²⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 635; Oğuzman ve Öz (2014), s. 228; Tekinay vd. (1993), s. 172; Belgesay (1941), s. 36.

²⁷¹ Oğuzman ve Öz (2014), s. 229; Tekinay vd. (1993), s. 172; Belgesay (1941), s. 36.

²⁷² Konu hakkında bkz. İkinci bölüm, 1.4.2.2.

²⁷³ Eren (2015), s. 440; Belgesay (1941), s. 16; Hatemi vd. (1992), s. 392.

düzenleme hakkı olduğu söylenebilir²⁷⁴. Başka bir görüşe göre ise temsil yetkisi ne hak ne de yükümlülüktür; temsil yetkisi, temsil olunan adına hareket etme olanağından ibarettir²⁷⁵.

Doktrinde temsil yetkisinin iki boyutlu bir niteliği olduğu kabul edilmektedir²⁷⁶. Temsilin temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkiyi ele alan boyutu iç temsil yetkisi, üçüncü kişilerle olan ilişkileri ele alan boyutu ise dış temsil yetkisi olarak adlandırılır²⁷⁷. Buna göre iç temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye verdiği yetkiyle kurulan temsil ilişkisi iken dış temsil yetkisi bu yetkinin dış dünyaya bildirilmesidir.

Dış temsil yetkisinin temsil ilişkisinin kurulması yönünden doğrudan bir tesiri bulunmaz. Bu yetkinin işlevi, temsil yetkisinin mevcudiyeti yönünde bilgisi olan üçüncü kişilerin buna dayalı iyiniyetlerinin korunmasıdır²⁷⁸. Böylece aslında ortada temsil yetkisi olmamasına rağmen kendilerine var olduğu bildirilen iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemler temsil yetkisi varmış gibi hüküm ve sonuç doğurur²⁷⁹. Dış temsil yetkisi üçüncü kişilere temsil olunan tarafından sözlü olarak verilebilir. Bunun dışında temsilciye üçüncü kişilere ibraz etmesi için bir yetki belgesi teslimiyle yazılı olarak da verilebilir. Ayrıca yetki, ilân yoluyla veya temsil olunanın temsil yetkisinin varlığına delalet eden maddi davranışları ile bildirilebilir.

²⁷⁴ Eren (2015), s. 440; Esener (1961), s. 236 vd. ; Akbıyık (1997), s. 225.

²⁷⁵ Bu görüşü savunan yazarlar ve açıklamalar için bkz. İnceoğlu (2009), s. 100.

²⁷⁶ İnceoğlu (2009), s. 103; Eren (2015), s. 436; Oğuzman ve Öz (2014), s. 229; Tekinay vd. (1993), s. 173; Feyzioğlu (1976), s. 385; von Tuhr (1983), s. 323; Belgesay (1941), s. 49.

²⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 638; Oğuzman ve Öz (2014), s. 229; Tekinay vd. (1993), s. 173; Belgesay (1941), s. 49.

²⁷⁸ Eren (2015), s. 437; Tekinay vd. (1993), s. 173; Belgesay (1941), s. 51.

²⁷⁹ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Belgesay (1941), s. 37.

Temsil yetkisi kural olarak şekle bağlı değildir²⁸⁰. Fakat temsil yetkisinin içeriğindeki işlemin temsili için özel bir şekil kuralı öngörülmüş olabilir. Örneğin taşınmaz satışında temsil, ancak noterce düzenlenen vekâletname ile mümkün olur.

Temsilcinin ehliyeti ile ilgili olarak genel kabul gören görüş temsilcinin fiil ehliyetine sahip olmasına ihtiyaç olmadığı yönündedir²⁸¹. Temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli görülmüştür²⁸². Bunun temel sebebi, fiil ehliyetinin borç doğuran sözleşmelerde kendisini borç altına sokacak olan tarafın korunmasına hizmet etmesidir. Temsilci kendisini değil, temsil olunanı borç altına soktuğundan fiil ehliyetine sahip olmaması temsil yetkisine engel teşkil etmez²⁸³. Fakat temsil olunanın ehliyeti hususunda genel ehliyet kuralları geçerlidir. Dolayısıyla karşılıksız kazandırmalar dışında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme için temsil yetkisi verecek olan kişinin fiil ehliyetine sahip olması zorunludur²⁸⁴ (TMK m. 16/I-II).

²⁸⁰ İnceoğlu (2009), s. 139; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 667; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 108; Oğuzman ve Öz (2014), s. 231; Tekinay vd. (1993), s. 173; Feyzioğlu (1976), s. 389; von Tuhr (1983), s. 321. “TBK 32. maddesinde belirtilen temsil için yazılı bir belgenin varlığına veya vekaletname düzenlenmesine gerek olmayıp tarafların tutumundan ve işin alışılmış akışından bu durumun açıklığa kavuşturulması yeterlidir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 21.9.1977 Tarih, 1340 Esas, 1649 Karar sayılı kararı. Aktaran: N. Kaçak (2002). Emsal içtihatlarla Borçlar Kanunu. Ankara: Adil, s. 102.

²⁸¹ Eren (2015), s. 438; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 654; Oğuzman ve Öz (2014), s. 246; Tekinay vd. (1993), s. 174; İnceoğlu (2009), s. 137. Karşıt görüş mevcuttur. Temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması gerektiğine dair bkz. Eren (2015), s. 439, dn. 51. Bir görüşe göre bu kabul, sadece doğrudan temsilci için geçerlidir. Dolaylı temsilde temsilci işlemi kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığından dolayı fiil ehliyetine sahip olması zorunludur. Bkz. Kılıçoğlu (2015), s. 237.

²⁸² İnceoğlu (2009), s. 137; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 654; Oğuzman ve Öz (2014), s. 246; Tekinay vd. (1993), s. 174.

²⁸³ Eren (2015), s. 438; Oğuzman ve Öz (2014), s. 245; İnceoğlu (2009), s. 136.

²⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 653; von Tuhr (1983), s. 353.

1.4.2.2. *Temsil yetkisinin bağımsızlığı*²⁸⁵

Temsil yetkisinin tek başına; bir temel ilişkiye, daha özel tabiriyle bir sözleşmeye dayanmadan da verilebilmesine “*temsil yetkisinin bağımsızlığı*” denilmektedir²⁸⁶.

Temsil yetkisi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırırken en temel kıstas yetkiyi veren işlemdir. Temsil olunan kendisi adına hukuki işlem yapma yetkisini tek taraflı bir irade beyanı ile vermişse temsil yetkisi; karşılıklı öneri ve kabul ile bir sözleşme kurulmuşsa vekâlet sözleşmesi mevcut olur²⁸⁷. Bu ayrımı yaparken elbette tek kıstas bu değildir. Temsil yetkisi sadece hukuki işlemler için verilebilirken vekâlet sözleşmesi maddi fiiller için de verilebilir²⁸⁸. Öte yandan temsil ilişkisinin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda bu sözleşme sadece vekâlet olmak zorunda değildir²⁸⁹. Uygulamada hizmet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi ya da eser sözleşmesine dayalı ve bir iş görmeyi içeren temsil ilişkileri görülmektedir²⁹⁰. Temsil yetkisinin bağımsızlığı için gösterilen

²⁸⁵ Temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı ile soyutluğunun birbirinden farklı kavramlar olduğu ve temsil yetkisinin bağımsız olmasına rağmen soyut olduğunun kabulüne gerek olmadığına dair görüş için bkz. Akbıyık (1997), s. 228. Ayrıca bu ilkenin sorunlu olduğu ve mutlak değil, istisnaları olan bir ilke olduğu, yalnızca belli şartlar altında geçerli olabileceğine dair görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 653.

²⁸⁶ Eren (2014), s. 702, s. 1158; İnceoğlu (2009), s. 26, 131; Akyol (2009), s. 37; von Tuhr (1983), s. 324; Esener (1961), s. 59; Tekinay vd. (1993), s. 174; Belgesay (1941), s. 25; Oğuzman ve Öz (2014), s. 227. Diğer yandan (bazı kaynaklardaki soyutluk ifadesine binaen) bir görüşe göre burada soyutluk tam anlamıyla illetten soyutluk değil, sadece iç ilişkideki bozuklukların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi anlamındadır. Bkz. Yavuz vd. (2014), s. 1158.

²⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 622; Belgesay (1941), s. 17.

²⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 620, 622; Yavuz vd. (2014), s. 1158.

²⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 623; Oğuzman ve Öz (2014), s. 226.

²⁹⁰ Eren (2015), s. 439; Esener (1961), s. 248; Eren (2014), s. 702; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 623; Tekinay vd. (1993), s. 174; Yavuz (1983), s. 140; Feyzioğlu (1976), s. 408; Belgesay (1941), s. 7.

bir kanıt da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Temsil yetkisi bir sözleşmeyle birlikte verilirse sözleşmenin geçersizliği temsil yetkisine sirayet etmez²⁹¹. Temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olmasının bir sonucu da temsilden doğan bir uyumsuzluk halinde temel ilişkiyi düzenleyen hükümlerin değil, temsile ait TBK m. 40 – 48 hükümlerinin uygulanmasıdır²⁹².

1.4.2.3. Temsil yetkisinin kapsamı

Temsil yetkisinin kapsamı her şeyden önce temsilciye verilen yazılı bir yetki belgesi ya da yapılan bir ilân varsa buna bakılarak tespit edilir²⁹³. Temsil olunan tarafından verilen temsil yetkisinin kapsamı net değilse, yetkiyi veren hukuki işlem olan irade beyanı güven ilkesine göre yorumlanarak kapsam tespit edilir (TBK m. 41/I)²⁹⁴.

Temsil yetkisi verilirken yetkinin geçerlilik kazanacağı bir başlangıç anı ya da yetkinin geçerliliğinin sonlanacağı bir an belirtilebilir²⁹⁵. Buna benzer olarak temsil yetkisi erteleyici şarta bağlı olarak da verilebilir²⁹⁶. Temsil olunan

²⁹¹ Eren (2015), s. 440; Esener (1961), s. 64 vd. ; Tekinay vd. (1993), s. 176, Oğuzman ve Öz (2014), s. 241; Akbıyık (1997), s. 225. Bir görüşe göre bu kural mutlak kabul edilmemeli, bir temel ilişkinin gerçekleştirilmesi amacıyla verilen temsil yetkisi bu temel ilişki geçersiz olmasına rağmen ayakta tutulmamalıdır. Bkz. İnceoğlu (2009), s. 33.

²⁹² Esener (1961), s. 65; Akbıyık (1997), s. 224.

²⁹³ İnceoğlu (2009), s. 158; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 654; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109; Tekinay vd. (1993), s. 177.

²⁹⁴ Eren (2015), s. 441; Ş. Yıldız (2008). Doğrudan doğruya iradi temsilde özel temsil yetkisi gerektiren haller. *Makalelerim*. Ankara: Yetkin, s. 47; Oğuzman ve Öz (2014), s. 232.

²⁹⁵ Oğuzman ve Öz (2014), s. 235; Tekinay vd. (1993), s. 177; Feyzioğlu (1976), s. 413; von Tuhr (1983), s. 325; Belgesay (1941), s. 57. "Temsil yetkisi bir süre ile sınırlı olarak verilmişse yani belirli bir süre içinde kullanılması ve bu sürenin bitimi ile yetkinin de son bulması isteniyor ise süreli temsil yetkisi mevcuttur." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.4.2015 Tarih, 2013/13-1913 Esas, 2015/1260 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016)

²⁹⁶ von Tuhr (1983), s. 325.

yetkiyi zaman bakımından bu şekilde sınırlayabileceği gibi konu, aktif ve pasif temsil olarak, yer, miktar ve kişi bakımlarından da sınırlayabilir²⁹⁷. Konu bakımından sınırlama, temsilcinin hangi hukuki işlemler için yetkilendirildiğini; yer bakımından sınırlama, kişinin hangi yerde işlem yapabileceğini; miktar bakımından sınırlama, işlemin yapılabileceği maddi değer olarak azami veya asgari bir miktarı; kişi bakımından sınırlama ise temsilcinin hangi üçüncü kişilerle işlem yapabileceğini belirler. Yetki verildiği esnada sınırlanabileceği gibi sonrasında da her zaman sınırlanabilir (TBK m. 42/I). Çeşitli bakımlardan sınırlama yapıldığı takdirde ortaya bir “sınırlı temsil yetkisi”²⁹⁸ çıkar. Sınırlı temsil yetkisi verildiğinde temsilci temsil olunanın belirlediği işlem ya da işlemleri, belirlediği diğer sınırlar ve şartlar içinde yapmak üzere yetkilendirilmiş olur. Uygulamada temsil yetkisi genelde sınırlandırılarak verilir. Temsil olunan temsilciyi sadece işlem türü açısından sınırlarsa bu durumda ise ortaya “tür temsili” olarak adlandırılan temsil türü çıkar²⁹⁹. Bu ihtimalde temsil olunan temsilciyi sadece belli bir tür işlemi yapmak için fakat temsilciye işlemin içeriği ve karşı tarafıyla ilgili tam bir serbesti

²⁹⁷ Feyzioğlu (1976), s. 412 vd. ; Tekinay vd. (1993), s. 177; von Tuhr (1983), s. 325; Belgesay (1941), s. 57 vd. “Talimat” adında, temsil yetkisinin sınırlandırılmasından farklı bir kavramın varlığını savunan görüşü yerinde bulmak güçtür. Görüşe göre temsil yetkisinin sınırlandırılmasından başka, temsil yetkisinin kullanılmasıyla ilgili emir ve istekleri içeren talimat kavramı, buna aykırı davranıldığında temsilci aleyhine tazminat sorumluluğu doğurur. Bkz. Eren (2015), s. 447, dn. 77 – 78. Fakat esasında talimatlar da temsil yetkisinde sınırlama anlamına gelir. Bkz. Eren (2015), s. 447; Oğuzman ve Öz (2014), s. 234. Ayrıca temsil yetkisinin sınırlandırılması halinde buna uygun davranmayan temsilci için yetkisiz temsil hükümleri uygulanır. Temsil olunanın temsil yetkisinin kullanımında sınırlandırılmış yetkinin aşılması durumunda tazminat isteyebilmesi tek taraflı bir işlemle verilen ve temsilciye bir borç doğurmayan temsil ilişkisinin tabiatına da aykırı düşer.

²⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 655; Oğuzman ve Öz (2014), s. 232; Feyzioğlu (1976), s. 411. Doktrinde özel temsil yetkisi denilen bu temsil yetkisi ile temsilciye bazı istisnai işlemleri yapabilmesi için verilen özel temsil yetkisi birbirine karışabilmektedir. Bu sebeple çeşitli yönlerden sınırlandırılarak verilen yetkiye sınırlandırılmış yetki demek karışıklığı önler. Bkz. Yıldız (2008), s. 47. Yazarın düşüncesine katılmakla birlikte sınırlandırılmış tabiri yerine sınırlı kelimesi tercih edildi.

²⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 655.

tanıyarak tayin eder. Temsil olunanın temsilciye söz gelimi her türlü abonelik sözleşmesi akdetme yetkisi vermesi böyledir. Buna karşılık temsil olunan temsilciye herhangi bir sınırlama yapmadan, her türlü işlemi, herhangi bir şartta, herhangi bir kişiyle yapması yetkisini verirse “genel temsil yetkisinden” söz edilir³⁰⁰. Buna rağmen bazı hallerde genel temsil yetkisinin içinde özel temsil yetkisinin verilmesi gerekir. Bunun bir örneği vekâlet sözleşmesi hükümlerinde yer alır. Buna göre vekil, özel yetki verilmeden dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez, taşınmazı bir aynı hakla sınırlayamaz (TBK m. 504/III)³⁰¹.

Temsil yetkisinin çeşitli yönlerden sınırlanması halinde temsilci bu sınırlamaların dışında işlem yaparsa temsil olunan bu işlemin hüküm ve sonuçlarıyla bağlı olmaz. Örneğin zaman bakımından sınırlanmış bir temsil yetkisi varsa ve temsilci yetkinin geçerli olacağı zaman aralığı dışında bir zamanda işlem yaparsa temsil olunan bu işlemle bağlı olmayacaktır. Aynı biçimde, kişi bakımından sınırlamanın mevcut olması halinde temsilci, temsil olunanın belirlediği kişiler dışında bir kişiyle işlem yaparsa, temsil olunan bu işlemden sorumlu tutulamayacaktır.

Temsil yetkisinin kapsamı temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilmişse ve bu kapsam temsilciye bildirilen kapsam ile farklılık

³⁰⁰ Esener (1961), s. 76; Tekinay vd. (1993), s. 178; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 655; Oğuzman ve Öz (2014), s. 232.

³⁰¹ Başka örnekler de mevcuttur: HTMK m. 74, TBK m. 548, TBK m. 551.

gösteriyorsa üçüncü kişi bakımından kendisine bildirilen kapsam geçerlidir. Buna bağlı olarak üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunur³⁰².

1.4.2.4. Temsilcinin kendisiyle işlem yapması

Temsilcinin, kendisine verilen temsil yetkisinin içerdiği işlemi yine kendisiyle yapması, diğer bir ifadeyle işlemin aynı zamanda karşı tarafı olarak hareket etmesi halinde temsilci kendi kendisiyle işlem yapmış olur³⁰³. Bu durum, özünde temsil yetkisinin kişi bakımından sınırlanması konusuyula ilgilidir. Türk hukukunda temsil yetkisinin bu şekilde kullanılmasının geçerli olup olmadığıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki genel kabul ise temsil olunanın menfaatini zedelediği sürece, özellikle de temsil yetkisinin miktar ve konu gibi yönlerden sınırlandırıldığı durumlarda temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verilmesi gerektiğidir³⁰⁴. Böyle sınırlamaların varlığı halinde temsil olunan işlemin içeriğine dair arzularını netleştirmiştir. Dolayısıyla bu şartlar altında işlemin kiminle yapılacağı temsil olunan için fark etmeyecektir. Temsilcinin de bu arzulara uygun olarak işlemin karşı tarafını teşkil etmesi, temsil olunanın menfaatlerini zedelemeyeceği için buna engel bir durumun olmadığı kabul edilebilir. Elbette bunun ön şartı temsil yetkisinin kişi

³⁰² Eren (2015), s. 445; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 654; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109; Oğuzman ve Öz (2014), s. 228, 232; Tekinay vd. (1993), s. 179. Dış temsil yetkisiyle ilgili olan bu durumun temsil yetkisinin verilmesinin bir yolu olması gerektiğine dair görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 639.

³⁰³ İnceoğlu (2009), s. 209; Esener (1961), s. 248; Eren (2015), s. 446; Tekinay vd. (1993), s. 179; Oğuzman ve Öz (2014), 236; Yıldız (2008), s. 6; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 669; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109; Oğuzman ve Öz (2014), s. 236; Belgesay (1941), s. 79.

³⁰⁴ Eren (2015), s. 446, dn. 83; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 669; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109; Oğuzman ve Öz (2014), s. 236; Tekinay vd. (1993), s. 179; Belgesay (1941), s. 79; İnceoğlu (2009), s. 212.

bakımından sınırlanmamış olmasıdır³⁰⁵. Temsil yetkisi başta kişi bakımından sınırlandırılmışsa ve temsilcinin kendisi izin verilen kişilerden değilse, zaten temsilci işlemi izin verilen kişiler dışında bir kişiyle yapamayacağı için kendisiyle de yapamayacaktır.

1.4.2.5. Çifte temsil

Temsilcinin kendisiyle işlem yapması durumuna, karşılıklı irade beyanlarının dış dünyaya tek bir kişi tarafından yöneltilmesi yönüyle benzeyen bir özel durum da çifte temsildir. Çifte temsilde bir temsilci ve iki temsil olunan vardır; temsilci, aynı anda birden fazla kişinin temsilciliğini yapmaktadır³⁰⁶. Çifte temsil varsa, iki farklı temsil olunanın karşılıklı menfaatlerinin uyduğu bir sözleşme akdedilmesi gündeme geldiğinde temsilcinin hem öneri hem de kabul iradesini kendisi beyan ederek sözleşmeyi kurması söz konusudur. İki temsil olunanın menfaatleri arasında denge kurulmasının zorluğundan yola çıkılarak çifte temsilin kural olarak mümkün olmadığı söylenebilir³⁰⁷. Çifte temsilin mümkün olduğu hallere örnek olarak, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında olduğu gibi, temsil olunanların sınırlı bir yetki vermeleri gösterilebilir³⁰⁸. Temsilcinin sözleşmeyi, sınırlamalara uyarak kurması halinde iki tarafın da menfaatlerine zarar gelmeyeceği için çifte temsile geçerlilik tanınmalıdır. İkinci istisna ise temsil olunanların çifte temsil ile işlem

³⁰⁵ Yıldız (2008), s. 61; Oğuzman ve Öz (2014), s. 236; Tekinay vd. (1993), s. 179.

³⁰⁶ İnceoğlu (2009), s. 220; Eren (2015), s. 446; Esener (1961), s. 284; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 669; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109; Oğuzman ve Öz (2014), s. 237.

³⁰⁷ Eren (2015), s. 447; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 670.

³⁰⁸ Bu şart doktrinde “temsil olunan açısından hiçbir tehlike olmaması” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 109.

yapılmasına açıkça izin vermeleridir³⁰⁹. Temsil olunan bu izni özel temsil yetkisi gibi temsil yetkisiyle birlikte verebilir. Ancak çifte temsil işlemi baştan öngörülme­yen bir şekilde gündeme gelebilir. Böyle hallerde temsil olunan bu izni sonradan da verebilir. Temsil olunan tarafından çifte temsile izin verildiği şüpheden uzak ve net olmalıdır. İzin verilip verilmediği şüpheliyse çifte temsilin yapılamayacağı­nın kabul edilmesi uygun olur³¹⁰.

1.4.2.6. Temsil yetkisinin sona ermesi

Temsil yetkisinin sona erdiği haller TBK m. 42 ve 43'te düzenlenmiştir. İlgili maddelere göre sona erme halleri yetkinin temsil olunan tarafından geri alınması, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesidir.

Kanunun ele aldığı ilk sona erme hali temsil olunanın yetkiyi geri almasıdır (TBK m. 42/I). Geri alma hakkı, aynı yetki verilirken olduğu gibi tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır³¹¹. İrade beyanı açık veya zımni olabilir³¹². Bu hak bozucu yenilik doğuran bir haktır³¹³. Bu niteliğinin bir sonucu olarak şarta bağlanamaz, bir kere kullanılmakla da sona erer. Kanunkoyucu, temsil olunanın yetkiyi geri alma hakkından hiçbir zaman feragat edemeyeceğini söyleyerek temsil olunanın bu hakkını serbestçe

³⁰⁹ Yıldız (2008), s. 61; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 671; Oğuzman ve Öz (2014), s. 237.

³¹⁰ Yıldız (2008), s. 60.

³¹¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 706; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110; Oğuzman ve Öz (2014), s. 240; Tekinay vd. (1993), s. 192; Esener (1961), s. 188.

³¹² Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 707.

³¹³ Eren (2015), s. 448; Esener (1961), s. 270; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 707.

kullanmasını temin etmek istemiştir³¹⁴ (TBK m. 42/II). Kanunun bu gayesine uygun olarak, temsil olunan ve temsilcinin aralarında temsil yetkisinin geri alınması halinde temsilciye cezai şart ödeneceğini kararlaştırmalarını da, geri alma hakkının kullanılmasını zorlaştıracığı için geçersiz saymak gerekir³¹⁵. Benzer bir yaklaşımla, aksi yöndeki görüşe rağmen³¹⁶ temsil olunanın geri alma yetkisini kullanmama taahhüdü vermesi ve buna rağmen geri alırsa tazminatla yükümlü olmasına imkân tanımamak isabetli olur³¹⁷. Temsil olunan yetkiyi geri alınca, kaldırdığını yetkinin verildiğini bildirdiği üçüncü kişilere bildirmelidir. Bildirmemesi halinde temsilcinin yetkisinin bulunmadığı üçüncü kişilere karşı artık ileri sürülemez³¹⁸. İşlem yapılmışsa temsilci işlemle bağlı olur. Temsil yetkisinin bağımsızlığının sonucu olarak, yetkinin geri alınması dayandığı temel ilişkiyi etkilemez³¹⁹. Aynı şekilde temel ilişkinin sona ermesi de temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirmez³²⁰. Ayrıca yetkinin geri alınması temel ilişkiden doğan hakları ortadan kaldırmaz (TBK m. 42/I).

Kanunun düzenlediği ikinci sona erme hali temsil ilişkisinin iki tarafından birinin ölümüdür (TBK m. 43/I). Madde hükmüne göre “*Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça...*” temsil olunan ya da temsilcinin ölümü ile sona erer. Maddenin lafız bakımından eleştirilmesi mümkündür. Çünkü maddede geçen

³¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 707; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110; Oğuzman ve Öz (2014), s. 241; Tekinay vd. (1993), s. 192; von Tuhr (1983), s. 331.

³¹⁵ Eren (2015), s. 448; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 708.

³¹⁶ Oğuzman ve Öz (2014), s. 241; von Tuhr (1983), s. 332.

³¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 708; Eren (2015), s. 448.

³¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 709; Oğuzman ve Öz (2014), s. 229, 241, 242 – 243; von Tuhr (1983), s. 337.

³¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 708; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110; Oğuzman ve Öz (2014), s. 227, 241; Tekinay vd. (1993), s. 193.

³²⁰ Oğuzman ve Öz (2014), s. 227; Tekinay vd. (1993), s. 193. Karşıt görüşte: Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 649; İnceoğlu (2009), s. 265; Akyol (2009), s. 414.

“tarafıarca kararlaştırılma” ibaresi tek taraflı bir irade beyanıyla kurularak tek yönlü bir ilişki meydana getiren temsil kurumuna uygun düşmez. Ortada bir *“kararlaştırma”* varsa bu temsil değil, bir sözleşmedir. Dolayısıyla temsil yetkisinin ölüm ile sonlanmaması için bir mutabakata ihtiyaç yoktur; temsil olunanın bu yöndeki iradesini beyan etmesi yeterlidir³²¹.

İki taraftan birinin ölümü temsil ilişkisini kural olarak sona erdirir³²². Fakat kanunkoyucu belirlediği iki istisna ile ölümün temsile etkisini yumuşatmıştır. Bu haller ölümün temsil yetkisinin sona erdireceğine dair kuralın aksinin kararlaştırılması ve kuralın aksinin işin özelliğinden anlaşılmasıdır (TBK m. 43/I). Uygulama açasından temsilcinin ölümünden ziyade temsil olunanın ölümü önem taşır. Zira temsilci öldükten sonra temsil yetkisinin kullanılmaya devam etmesinin tek yolu yetkinin temsilcinin mirasçılarına geçmesidir. Bu olasılık, temsilde çoğunlukla temsilcinin kişisel özelliklerinin önem taşımasından dolayı ve temsil, temsil olunanla temsilci arasında güvene dayalı bir ilişki olduğu için pek muhtemel deęildir³²³. Ayrıca bu uygulansa bile mirasçılarının sayısı, kişilikleri, buldukları yerler gibi pek çok değişken karşısında temsil olunanın menfaatini layıkıyla koruyup koruyamayacakları belli olmayacaktır. Bu da temsil ilişkisinin amacına aykırı düşer. Temsil olunanın ölümü halinde ise temsil olunanın bu yönde bir iradesi

³²¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 688, Esener (1961), s. 267; Eren (2015), s. 450; Feyzioğlu (1976), s. 424.

³²² Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110; Tekinay vd. (1993), s. 194; Feyzioğlu (1976), s. 424; von Tuhr (1983), s. 332. *“Hukuki işlemden doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıka veya işin özelliğinden anlaşılmadıka, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.”* Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 8.9.2015 Tarih, 2015/17668 Esas, 2015/20231 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016)

³²³ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 693.

varsa³²⁴ ya da işin niteliğinden anlaşılıyorsa³²⁵ mevcut temsilcinin temsil yetkisi devam eder. Aslında temsil olunanın ölümünden önce vermiş olduğu temsil yetkisinin, ölümünden sonra da kullanılmasını öngörmesi dışında sadece ölümünden itibaren geçerli olacak bir temsil yetkisi vermesi de mümkündür. Fakat maddenin ele aldığı ölüm sonrası yetki, temsil olunanın ölümünden önce verdiği ve ölümünden sonra da geçerli kalan yetkidir (TBK m. 43/I). Böyle bir yetkilendirme varsa temsil olunan sağken kurulmuş ve hüküm doğurmaya başlamış bir temsil ilişkisi vardır³²⁶. Temsil olunan, ölümünden itibaren temsil ilişkisinin tarafı olmaktan çıkar ve temsil olunan sıfatı mirasçılara geçer³²⁷. Temsil olunan sıfatını kazanan mirasçılar bu yetkiyi her zaman geri alabilir³²⁸. Temsil olunan tarafından, vermiş olduğu bir temsil yetkisinin ölümden sonra da geçerli kalacağına bildirilmesi ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun yapılmak zorunda değildir³²⁹.

³²⁴ Örnek için bkz. K. Gürsoy (1976). Vekâletin ölümle sona ermesi. *Temsil ve vekâlete ilişkin sorunlar sempozyumu*. İstanbul: Sulhi Garan, s. 6.

³²⁵ İşin niteliğinden anlaşılma halinin örnekleri ve Yargıtay kararları için bkz. Gürsoy (1976), s. 6 vd.

³²⁶ Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararında konuya değinmiştir. “Müvekkilin ölümünden sonra da maliki bulunduğu taşınmaz malı üçüncü kişiye satıp ferağ etmeye ilişkin verilen vekâletin devam edeceği, taraflar arasında geçerli bir biçimde kararlaştırılmışsa, müvekkil öldükten sonra da vekilin yetkisi devam etmekle birlikte azil hakkı mirası reddetmemiş olan müvekkilin mirasçılara geçer.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 21.02.1941 Tarih, 20 Esas, 87 Karar sayılı kararı. Aktaran: Kaçak (2002), s. 105. Belirtmek gerekir ki kararda vekâlet olarak geçen kurum vekâlet sözleşmesinin kendisi değil, içerdiği taşınmaz satımına ilişkin temsil yetkisidir.

³²⁷ Kılıçoğlu (2015), s. 250. Mirasçılarının bunu öğrenmelerine de gerek yoktur.

³²⁸ Eren (2015), s. 450; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 689; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110. Ayrıca bkz. Yargıtay İBK 21.02.1941 T. , 20 E. , 87 K.

³²⁹ Fakat ölümden sonra devreye girecek yetkinin ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun olması gerektiğine dair bkz. Kılıçoğlu (2015), s. 249.

Ölüm sonrası yetkilendirmenin diğer türü olan ve maddede düzenlenmeyen ölümden sonra geçerlilik kazanacak temsil yetkisinin de geçerli olduğu doktrinde geniş ölçüde kabul görmüştür³³⁰.

Her iki türdeki ölüm sonrası temsil halinde de temsilci, mirasçuları zor duruma düşüren işlemler yaparsa ve temsil yetkisi bir temel ilişki ile birlikteyse o temel ilişkiye aykırılıktan sorumlu olacaktır³³¹. Temsil yetkisi yalnızsa o halde temsilcinin sorumluluğunun kaynağı dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2)³³².

Temsil olunan ya da temsilcinin hakkında gaiplik kararı verilmesi³³³ veya ikisinden birinin fiil ehliyetini kaybetmesi halleri de temsil ilişkisini sona erdiren hallerdendir.

Maddede geçen sona erme hallerinden biri de iflastır (TBK m.43/I). Temsil olunan ya da temsilcinin iflası halinde temsil yetkisi sona erer. Maddenin devam fıkrasında ise *“Bu hüküm, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanır.”* demek suretiyle tüzel kişilere özgü bir sona erme hali daha düzenlenmiştir (TBK m. 43/II). Kanun tarafından belirlenmiş, işin özelliği ve temsil olunanın iradesi şeklindeki iki istisnanın olmadığı durumlarda tüzel kişiliğin sona ermesi de temsil yetkisini ortadan kaldıracaktır. Ortaklığın feshi durumunda da aynı hüküm uygulanır³³⁴.

³³⁰ Mandatum post mortem olarak adlandırılan bu temsil yetkisinin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte buna hangi hükümlerin uygulanacağı henüz çözüme kavuşturulmamış bir konudur. Bu konu ve bu temsil yetkisinin verilmesinin ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlı olup olmadığına dair tartışmaları da ihtiva eden geniş açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 689 vd. ; İnceoğlu (2009), s. 296 vd.

³³¹ Kılıçoğlu (2015), s. 237.

³³² Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 692; Eren (2015), s. 450.

³³³ Gaiplik ölüm ile aynı sonuçları doğurur. Bkz. Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 110.

³³⁴ Eren (2015), s. 450.

Kanun temsil yetkisinin sona erdiği halleri böylece saymış olsa da sona erme halleri bunlardan ibaret değildir. Kanunda yer almayan bu sona erme hallerinden ilki temsilcinin istifasıdır. Bir görüşe göre istifa, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır³³⁵. İstifa içerikli beyan temsil olunana ulaştığı anda temsil ilişkisi sona erer³³⁶. Hâlbuki temsil olunan tarafından verilen bir yetkiyle kurulan ve tek taraflı bir görünüm arz eden temsil kurumunda istifanın mümkün olmaması gerekir. Gerçekten de, yetki verilirken temsilcinin kabulüne ihtiyaç olmamasından hareketle, temsilcinin çekilme beyanının da hukuki bir netice doğurmayacağı sonucuna ulaşılabilir³³⁷. Bunun gibi, temsil yetkisi verilince bunu kabul etmek ve kullanmak istemeyen kişinin herhangi bir davranış sergilemesine gerek olmaması, temsil olunanın verdiği yetkiyi kullanmamasının yeterli sayılması da bu görüşü destekler mahiyettedir. Nitekim kanunkoyucu da yetkinin temsil olunan tarafından geri alınması halini düzenlemişken istifaya dair bir hüküm tesis etmemiştir. Dolayısıyla istifa beyanına, o ana kadar geçerli bir temsil faaliyeti yürüten temsilcinin, bu faaliyeti artık yürütmeyeceğini temsil olunana bildirerek aralarındaki güven ilişkisini korumak ve nezaket kurallarına uymak gayretinden öte bir anlam yüklenmemelidir.

Kanunda düzenlenmeyen sona erme hallerinin bir kısmı da temsili doğal yollardan sona erdiren hallerdir. Bunlar çoğunlukla sınırlandırılmış temsil yetkisinin varlığında söz konusu olur. Çeşitli bakımlardan sınırlandırılarak verilen yetki, sınırlı temsil yetkisidir. Bununla ilgili sona erme hallerine en belirgin

³³⁵ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 111.

³³⁶ Eren (2015), s. 451; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 686; Tekinay vd. (1993), s. 194; Kılıçoğlu (2015), s. 244; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 111; von Tuhr (1983), s. 330. Bu görüşü savunanlardan bir yazara göre istifanın temsil yetkisini sona erdirmesi, yöneticilerle diğer ortaklar arasındaki ilişkilerin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olmasının bir gereğidir. Bkz. Pulaşlı (2015), s. 63.

³³⁷ Oğuzman ve Öz (2014), s. 240.

örnek, zaman bakımından sınırlanmış bir temsil yetkisinin belirlenen zaman dolduğunda kendiliğinden sona ermesidir. Aynı şekilde bozucu şarta bağlı olarak verilmiş bir temsil yetkisi varsa, şart gerçekleştiğinde temsil yetkisi sona erer. Başka bir bakımdan sınırlama mevcutsa, örneğin belli bir işlemin yapılması için yetki verilmişse doğal olarak, o işlem yapıldığında yetki sona erer. Buna karşılık temsil yetkisi temel bir ilişkiye dayanıyorsa temel ilişkinin sona ermesi temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirmez³³⁸.

Temsil ilişkisi sona erdiği andan itibaren temsilci bu sıfatını kaybeder; artık temsil olunanı temsil edemez. Bundan sonra temsilci gibi hareket etmeye devam ederse yetkisiz temsilci olur (TBK m. 46 – 47). Üçüncü kişilerle temsil olunanı temsilen yaptığı işlemler kural olarak temsil olunanı bağlamaz. Fakat iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması maksadıyla bu kurala istisna getirilmiştir (TBK m. 45). Buna göre bir üçüncü kişinin temsil yetkisinin yokluğu hususunda iyiniyetli³³⁹ olması halinde ve temsilcinin de yetkisinin sona erdiğini bilmemesi şartıyla temsilciyle yaptığı işlem temsil olunanı bağlar (TBK m. 45/I). Fakat üçüncü kişi temsil yetkisinin sona erdiğini ve artık temsilci sıfatını taşımadığını bildiği bir kişiyle işlem yaparsa ana kural uygulanır. Bu işlemin sonuçları temsil olunanı bağlamaz. Böyle bir durumda temsilcinin durumu bilip bilmemesi önem taşımaz. Öte yandan bir durum daha istisnalar arasında sayılabilir. Temsil olunanın ilgili kişiye temsil yetkisi verdiğini bildirdiği üçüncü kişilere, geri aldığı hususunu da bildirmesi gerekir. Bu gerekliliğe uymayan temsil olunan, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki muhtemel bir işlem ile bağlı olmak sonucuyla karşı karşıya kalır (TBK m. 42/III). Böyle durumlarda bahsedilen

³³⁸ Eren (2015), s. 441. Karşıt görüşte: von Tuhr (1983), s. 329.

³³⁹ Kanun yalnızca “bilme” şartını aramış olmasına rağmen doktrinde burada iyiniyet kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz (2014), s. 243; Tekinay vd. (1993), s. 190; Eren (2015), s. 451

iyiniyetin aranacağı an hukuki işlemin yapıldığı andır. İyiniyetin yokluğunu ispat bunu iddia edene düşer (TMK m. 6). Temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi, bir itirazdır³⁴⁰. Çünkü burada temsil olunan, def'ideki gibi bir borcun varlığını kabul etmekle birlikte ödememek için üstün bir sebebi olduğunu değil, borcun hiç doğmadığını ileri sürmektedir.

İyiniyetli üçüncü kişilerin korunduğu bu gibi durumlarda elbette ortada geçerli bir temsil yetkisi olmalıdır. Çeşitli sebeplerle geçersiz olan bir temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesi, üçüncü kişilere korunma imkânı bahşetmez. Zaten geçersiz bir yetki hüküm ve sonuç doğurmayacağı için geri alınması da söz konusu olmaz³⁴¹.

Son olarak, temsil yetkisini geri aldığı temsilciden yetki belgesini geri almamış olan temsil olunan (TBK m. 44), yetkisiz olarak yapılan işlemle bağlı olmaz; buna karşılık üçüncü kişinin temsilci ile yaptığı işlemin geçersizliğinden kaynaklanan menfi zararlarını tazmin etmek zorunda kalır³⁴².

1.5. Yetkisiz Temsil

1.5.1. Genel olarak

Yetkisiz temsil, bir kişinin yetkisi olmadığı halde başkasını temsilen işlem yapmasıdır. Temsilde yetkisizlik unsuru farklı biçimlerde ortaya çıkabilir.

³⁴⁰ Eren (2015), s. 452.

³⁴¹ Esener (1961), s. 272; Eren (2015), s. 452.

³⁴² Esener (1961), s. 373; Oğuzman ve Öz (2014), s. 230; Tekinay vd. (1993), s. 196.

Bunlardan ilki temsil yetkisinin hiç verilmemiş olmasıdır³⁴³. Temsil yetkisinin hiç var olmadığı bu durumda başkası adına hareket eden kişi yetkisiz temsilci olur. Bunun gibi, temsil yetkisi verildiğinde geçersizse, geçersiz temsil yetkisine dayanarak işlem yapan temsilci de yetkisiz temsilcidir³⁴⁴. İkinci olarak geçerli bir temsil yetkisi verilmiş, kullanılmış ve nihayet sona ermiş ise sona erme tarihinden itibaren temsil yetkisi var olmadığından, yapılan işlemler yetkisiz temsile girer³⁴⁵. Sınırlı bir temsil yetkisinin var olduğu durumlarda yetkinin sınırlarının aşılması halinde de yetkisiz temsil ortaya çıkar³⁴⁶. Örneğin bir kişi arsasını satması için arkadaşına temsil yetkisi verirse bu konu ve işlem bakımından sınırlandırılmış, sınırlı bir temsil yetkisidir. Burada temsilci arsanın yanında temsil olunanın otomobilini de satarsa temsil yetkisini aşar ve otomobil satışı bakımından yetkisiz temsilci olur. Sınırlı temsil yetkisinin bulunduğu hallerde yetkinin aşılmasına bir örnek de birlikte temsildir. Temsil olunan temsil yetkisini birden çok temsilciye vererek, işlemlerin ancak tümünün katılımıyla yapılabileceğini belirttiyse bir işleme temsilcilerden herhangi birinin katılmaması yetkisiz temsile yol açar³⁴⁷. Buna karşılık üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunduğu dış temsil halleri saklıdır. Dış temsil yetkisi

³⁴³ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 720; Oğuzman ve Öz (2014), s. Tekinay vd. (1993), s. 199; Sungurbey (1988), s. 11; Feyzioğlu (1976), s. 431; von Tuhr (1983), s. 355; Belgesay (1941), s. 133; Nomer (2012), s. 106. “Vekaleti olmama, hiç temsil yetkisi verilmemiş olması anlamına geldiği gibi; verilen talimat ya da temsil yetkisinin aşılmış olması da vekaleti olmama kavramı içinde yer alır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2015 Tarih, 2014/15-2182 Esas, 2015/1047 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016)

³⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 720.

³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 720; Tekinay vd. (1993), s. 199; Feyzioğlu (1976), s. 431; Belgesay (1941), s. 133.

³⁴⁶ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 41; Ansay (1967a), s. 119; von Tuhr (1983), s. 357.

³⁴⁷ “...şirket kararı ile şirketi temsil etmek yetkisi birlikte hareket etmek üzere iki ortağa verildiği halde bunlardan biri tarafından tek başına imzalandığından sözleşme ile şirketin bağlı olduğu kabul edilemez.” Yargıtay 13. HD. 6.3.1986 T. , 1986/768 E. , 1986/1327 K. Aktaran: Özenli (1988), s. 237.

mevcut ise iç temsil yetkisi olmasa bile iyiniyetli üçüncü kişi korunur³⁴⁸. Bu durum temsil yetkisinin yokluğunun yetkisiz temsile yol açmasının istisnasıdır.

1.5.2. Yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları

Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem ki bu çoğunlukla bir sözleşmedir; kurulmuş fakat geçersizdir. Burada sözleşmenin geçersizliğinin türü noksanlıktır³⁴⁹. Çünkü yetkisiz temsilde temsilcinin yaptığı sözleşme kurucu unsurları taşıdığı için kurulmuştur; fakat geçerli değildir³⁵⁰. Geçersizliğinin sebebi sözleşmenin kurulmasına tesiri olmayan fakat tamamlanması için gerekli bazı unsurların eksikliğidir. Bu tamamlayıcı unsur ise temsil yetkisidir. Böyle bir durumda temsil olunanın önünde iki seçenek vardır. Sözleşmeyi onarsa (icazet verirse) sözleşmeyle bağlı olur, onamazsa bağlı olmaz (TBK m. 46 – 47). Bu safhada askı haline bir an önce son verilmesinde haklı bir menfaati olan üçüncü kişi temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamadığını bildirmesi için makul bir süre verebilir³⁵¹ (TBK m. 46/II). Bu hak, üçüncü kişinin temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmesi halinde de mevcuttur.

³⁴⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 228; Tekinay vd. (1993), s. 200.

³⁴⁹ Eren (2015), s. 454; Oğuzman ve Öz (2014), s. 184, 249.

³⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 721.

³⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 721; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249.

1.5.2.1. *Temsil olunanın sözleşmeyi onaması*

Yetkisiz temsil ile yapılan işlem temsil olunanı bağlamaz; temsil olunana herhangi bir hak kazandırmaz ya da borç yüklemeyebilir. Bunun sebebi temsil olunanın geçerli bir temsil yetkisi vermediğinden, işlemin tarafı da olmamasıdır. Temsilci de sözleşmeyi kendi adına yapmadığı için sözleşmenin tarafı olmaz³⁵².

Kurulmuş fakat geçersiz olan böyle bir sözleşme karşısında temsil olunanın iki seçeneği vardır. Temsil olunan bunlardan birini seçene kadar sözleşme askıdadır³⁵³. Temsil olunanın sözleşmeyi onaması, TBK m. 46'da düzenlenmiştir. Maddeye göre temsil olunan sözleşmeyi onadığı takdirde, sözleşme kendisini bağlar. Böylece askıdaki bu geçersizlik hali temsil olunanın işlemi onamasıyla sona erer ve sözleşme başından itibaren temsil yetkisi varmış gibi hüküm ve sonuç doğurur³⁵⁴. İşlemin geçmişe etkili olmasının etkileri daha çok, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurma anı temel alınarak belirlenen konularda meydana çıkar. Sürelerin başlangıcı ve hesaplanması, yarar ve hasarın intikali gibi konular bunların başında gelir. Onama (icazet), sözleşmedeki noksanlığı gidererek sözleşmeyi geçerli hale getirir. Böylece askı hali sonlanmış olur. Ne var ki bir görüşe göre onamanın geçmişe etkili olması kuralı mutlak değildir. Buna göre işlem onansa bile bunun askı süresi içinde yapılan tasarruf işlemleri bakımından bir etkisi bulunmaz³⁵⁵. Temsil olunan,

³⁵² Tekinay vd. (1993), s. 201.

³⁵³ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Eren (2015), s. 454; Kocayusufoğlu vd. (2014), s. 721; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249; Sungurbey (1988), s. 44.

³⁵⁴ Esener (1961), s. 280; Sungurbey (1988), s. 73; Eren (2015), s. 455; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249; Tekinay vd. (1993), s. 202; Feyzioğlu (1976), s. 433; von Tuhr (1983), s. 356.

³⁵⁵ Eren (2015), s. 455; Esener (1961), s. 281.

örneğin yetkisiz temsilcinin devrettiği bir malın mülkiyetini askı süresi içinde bir başkasına devretmişse yetkisiz temsille yapılan işlemin onanması temsilcinin devir işlemini geçerli hale getirmez. Zira temsil olunanın, tasarruf işleminden sonra temsilcinin işlem yaptığı mal üzerinde tasarruf yetkisi kalmaz³⁵⁶. Aksi yöndeki görüşe göre ise savunulan bu istisna yersizdir³⁵⁷. Ortada bir tasarruf işlemi de olsa sonradan verilen onama geçmişe etkili olmalıdır³⁵⁸. Bu görüşün verilen örneğe uygulanmasıyla, yetkisiz temsilcinin yaptığı ilk devir işlemi geçerli olacaktır.

Onama, temsil yetkisindeki gibi tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır³⁵⁹. Beyanın yöneltileceği kişiler temsilci veya işlemin kendisiyle yapıldığı üçüncü kişidir³⁶⁰. Beyan açık veya zımni olarak yöneltilebilir³⁶¹. Onamanın hukuki niteliği kurucu yenilik doğuran haktır³⁶². Temsil yetkisinin şekle bağlı olduğu durumlar hariç olmak üzere onama şekle bağlı değildir³⁶³. Şarta bağlı ya da kısmi onama geçerli değildir³⁶⁴. Yetkisiz temsilcinin birden fazla sözleşme akdetmesi halinde sözleşmelerin biri olmadan diğerlerinin de yapılmayacağı anlaşılıyorsa hepsi onanmadıkça birinin onanması onanan sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Temsil olunan, temsilcinin yaptığı birbirinden bağımsız sözleşmelerden ise dilediğini onayıp dilediğini

³⁵⁶ Eren (2015), s. 455.

³⁵⁷ Oğuzman ve Öz (2014), s. 249.

³⁵⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 249.

³⁵⁹ İnceoğlu (2009), s. 375; Sungurbey (1988), s. 70; Esener (1961), s. 280; Eren (2015), s. 456; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249.

³⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 722; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249; Eren (2015), s. 459; Esener (1961), s. 280; Sungurbey (1988), s. 70; Tekinay vd. (1993), s. 202; İnceoğlu (2009), s. 375.

³⁶¹ Tekinay vd. (1993), s. 202.

³⁶² İnceoğlu (2009), s. 374; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 722; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249; Feyzioğlu (1976), s. 433.

³⁶³ Eren (2015), s. 456; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 724; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249; Feyzioğlu (1976), s. 435.

³⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 724; Tekinay vd. (1993), s. 202; İnceoğlu (2009), s. 375.

onamamakta serbesttir. Temsil olunanın onama hakkını bizzat kullanması şart değildir. Yetkili temsilcisi ya da ölümü halinde mirasçuları da bu hakkı kullanabilir.

Onama halinde sözleşme baştan eksiksiz kurulmuş gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bunun bir sonucu olarak yetkisiz temsille kurulan sözleşmenin tarafı olan ve bahsedilen askı süresi içinde sözleşmeyle bağlı olan üçüncü kişi sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder.

Görüldüğü gibi yetkisiz temsil sonrasındaki süreçte temsil olunanın iradesi belirleyici olduğundan temsil olunan etken bir rol üstlenmekte, onama ve onamama işleminin öznesi olarak hareket etmektedir. Buna karşılık üçüncü kişi edilgen bir tutum sahibidir ve temsil olunanın karar vermesini bekler. Temsil olunanın işlemi onaması halinde üçüncü kişi hâlihazırda bağlı olduğu sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder. Sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı için sözleşmenin gereklerini bunu dikkate alarak yerine getirmelidir.

1.5.2.2. Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması

Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması açık ya da zımni bir davranışla olabilir. Temsil olunan sözleşmeyi onamayı reddettiğini tek taraflı bir irade beyanı ile bildirebilir veya sessiz kalarak onamaktan kaçınabilir. Dolayısıyla sözleşmeyi onamak isteyen temsil olunanın muhakkak bu iradesini dışı vurması gerekir. Sessiz kalması halinde sözleşmeyi onamayı reddettiği

anlaşılır³⁶⁵. Onamanın verilmemesinin en önemli sonucu şüphesiz askı halinin sona ermesi ve sözleşmenin artık kesin hükümsüz olmasıdır³⁶⁶. Temsil olunanın sessiz kalarak onamaktan kaçınmasını, bu davranışın sonucu kesin hükümsüzlük olduğu için hâkim re'sen gözetmelidir³⁶⁷. Konuyla ilgili, dış temsil yetkisinin bildirildiği iyiniyetli üçüncü kişilerin korunduğu haller saklıdır. Böyle bir durumda temsil olunan onamamasına rağmen sözleşmeyle bağlı olur.

Üçüncü kişi, böylece geçersiz olarak kalan fakat geçersizliğin türü askı halinin sona ermesi ile kesin hükümsüzlüğe dönüşen sözleşme ile artık bağlı olmaz. Sözleşmenin kesin hükümsüz olması sebebiyle uğradığı zararlardan dolayı kural olarak temsil olunana başvuramayan üçüncü kişi, bu zararlarını ancak yetkisiz temsilciden tazmin edebilir³⁶⁸. Temsil olunanın bu zararlardan sorumlu tutulabildiği tek hal, temsil ilişkisini gösteren yetki belgesini temsilciden geri alma konusunda ihmali bulunması halidir (TBK m. 44/II). Böyle bir durumda culpa in contrahendo gereği temsil yetkisinin yokluğu hususunda iyiniyetli olan üçüncü kişinin zararları temsil olunan tarafından tazmin edilir³⁶⁹. Bu istisna dışında üçüncü kişi zararlarını yetkisiz temsilciden tazmin eder (TBK m. 47). Tazmin edilecek zararın türü menfi zarardır³⁷⁰ ve bu zararın tazmin edilmesi için kusur aranmaz³⁷¹. Burada menfi zararın konusu, geçerli olmasına güvenilen sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uğranılan

³⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 720; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112.

³⁶⁶ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Oğuzman ve Öz (2014), s. 250.

³⁶⁷ Esener (1961), s. 281; Eren (2015), s. 457.

³⁶⁸ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 734; Oğuzman ve Öz (2014), s. 250; Tekinay vd. (1993), s. 203.

³⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 745; von Tuhr (1983), s. 336 – 337; İnceoğlu (2009), s. 486.

³⁷⁰ Menfi zarar (olumsuz zarar), “herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir (çıkar kaybıdır). Bkz. M. S. Ergüne (2008). Olumsuz zarar. İstanbul: Beta, s. 38.

³⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 734.

zararlardır. Fakat yetkisiz temsilci kusurluysa ve hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşmenin geçersiz olmasından kaynaklanan zararların dışındaki zararlar da tazmin edilebilir³⁷² (TBK m. 47/II). Burada yetkisiz temsilcinin sorumluluğu culpa in contrahendodur³⁷³. Yetkisiz temsilcinin bu sorumluluktan kurtulması için üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispatlaması gerekir³⁷⁴ (TBK m. 47/I). Bunların haricinde yetkisiz temsilci yardımcı kişi durumundaysa temsil olunan TBK m. 116 gereği de sorumlu tutulabilir³⁷⁵.

Yetkisiz temsilcinin hareketinden temsil olunan bir zarar görmüşse temsilcinin sorumluluğuyla ilgili sabit bir hüküm göstermek mümkün değildir. Öncelikle ve her durumda geçerli olmak üzere vekâletsiz iş görme hükümlerine³⁷⁶ göre sorumlu olan temsilci, eğer temsil yetkisi bir temel ilişkiyle birlikte verilmişse ayrıca bu temel ilişki hükümlerine göre sorumlu tutulur³⁷⁷. Böyle bir temel ilişki yok ise şartları varsa haksız fiil hükümlerine tâbi olacaktır.

2. Adi Ortaklıkta Temsil İlişkisi ve Sonuçları

Adi ortaklıkta temsil konusunda öne çıkan özellik adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Tüzel kişiliği bulunan ortaklıkların temsilinde

³⁷² Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 112; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 737; Oğuzman ve Öz (2014), s. 250; Tekinay vd. (1993), s. 203.

³⁷³ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kaynağı dürüstlük kuralıdır. Burada da temsilcinin özen ve aydınlatma yükümlülüklerinin ihlâlinden meydana gelen bir sorumluluktan bahsedilebilir. Bkz. Eren (2015), s. 459. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 735.

³⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 740.

³⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 746.

³⁷⁶ M. A. Gümüş (2014). Borçlar hukuku özel hükümler. İstanbul: Filiz, s. 225 vd. ; A. Zevkliler ve E. Gökyayla (2014). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri. Ankara: Turhan, s. 652 vd.

³⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 749; Oğuzman ve Öz (2014), s. 226, 251.

ortada hukuken bir “kişi” var olduğundan istisnai bir durum yoktur; temsile dair genel düzenlemeler yeterlidir. Fakat adi ortaklık bakımından bu geçerli değildir³⁷⁸. Taşdığı bu özellik sebebiyle adi ortaklıkta temsil, incelenmeye değer bir görünüm arz etmektedir. Konu, aşağıda adi ortaklığın hem dolaylı temsille temsil edilmesi hem de doğrudan temsille temsil edilmesi bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.1. Adi Ortaklıkta Dolaylı Temsil

2.1.1. Genel olarak

Temsilcinin kendi adına fakat temsil olunan hesabına işlem yaparak doğan hak ve borçları ikinci bir işlemle temsil olunana devrettiği temsile dolaylı temsil denilir³⁷⁹. Dolaylı temsilde temsilci kendi hesabına işlem yapıyormuşçasına hareket eder; üçüncü kişinin işlemde temsilin bulunduğu dair bir kanaati olması beklenmez. Bu açıdan bakıldığında dolaylı temsilin kendi hesabına işlem den dış dünyaya yansıyan ayırıcı bir farkı bulunmamaktadır. Sonrasında işlemin sonuçları temsilcinin üzerinde doğduğu için bu sonuçların ayrıca temsil olunana aktarılması gerekir³⁸⁰. Dolaylı temsilin bu zorunluluğunu yerine getirmeyen temsilci işlemin sonuçlarını kendi üzerinde taşır ve devretmediği sürece temsil olunana karşı sorumlu olur. Bu sorumluluğun kaynağı ise tek taraflı bir irade beyanı ile verilen ve borç yüklemeye kabiliyeti olmayan temsil değil, ya başta temsil yetkisi verilirken

³⁷⁸ Poroy vd. (2014), s. 68; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 40; Bahtiyar (2014), s. 37; Özenli (1988), s. 97.

³⁷⁹ Esener (1961), s. 13; Yavuz (1983), s. 57; Oğuzman ve Öz (2014), s. 219; Eren (2015), s. 429.

³⁸⁰ Ansay (1967a), s. 119; Domaniç (1988b), s. 35; Kalpsüz (1962), s. 214.

mevcut olan ya da yetkinin kullanılmasıyla sonradan oluşan temel ilişkidir³⁸¹. Temel ilişki ortaklık, vekâlet veya iş akdi gibi bir akit olabilir. Bu noktada vekâlet sözleşmesindeki dolaylı temsilci vekilin elde ettiği alacakların müvekkile kendiliğinden geçmesi (TBK m. 509/I) önemlidir. Bu hüküm, gerek vekâlet sözleşmesine gerekse başka bir temel ilişkiye dayansın, tüm dolaylı temsil hallerinde uygulanabilecek genel nitelikte bir düzenleme getirmektedir³⁸².

Pozitif hukukta doğrudan yer verilmeyen dolaylı temsil kurumunun varlığı, belli maddelerin yorumuyla anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki TBK m. 40/III'tür. Maddede başkası adına ve hesabına yapılan temsilde hak ve borçların temsil olunan üzerinde doğacağı belirtildikten sonra son fıkrada "*diğer durumlarda*" alacağın temliki ya da borcun nakli hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Burada "*diğer durumlar*" ibaresinden dolaylı temsilin anlaşılması gerekir³⁸³. İkinci olarak yukarıda bahsi geçen vekâlet sözleşmesinde vekilin kendi adına ve müvekkili hesabına yaptığı işlemlerden doğan alacakla ilgili olarak TBK m. 509'dan söz edilebilir. Maddenin zikrettiği durum, vekilin dolaylı temsilci olarak hareket etmesidir³⁸⁴. Sonuncu ve mevcut konuyla bağlantısı en kuvvetli olan madde ise TBK m. 637/I'dir. Maddeye göre kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur³⁸⁵. Görüldüğü gibi dolaylı temsil için münhasır bir düzenleme olmasa da, dolaylı temsil olduğundan şüphe duyulmayacak kadar açık yan düzenlemeler mevcuttur. Adi ortaklıkta dolaylı

³⁸¹ Yavuz (1983), s. 30; Akbıyık (1997), s. 222; Kılıçoğlu (2015), s. 237.

³⁸² Yavuz (1983), s. 126; Yavuz vd. (2014), s. 1244.

³⁸³ İnceoğlu (2009), s. 43, dn. 157; M. R. Karahasan (2003). Türk borçlar hukuku genel hükümler öğretisi Yargıtay kararları ilgili mevzuat. Ankara, s. 370; Yavuz (1983), s. 123; Eren (2015), 430.

³⁸⁴ Yavuz vd. (2014), s. 1245.

³⁸⁵ Yavuz vd. (2014), s. 1525; Yavuz (1983), s. 127 – 128, 133; Uygur (2012), s. 2678.

temsilin uygulanması mümkündür³⁸⁶. Adi ortaklık bünyesinde dolaylı temsilin şartları ve sonuçları TBK m. 637/I gözetilerek incelenecektir.

2.1.2. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin şartları

Kanuni temsil söz konusu olmadıkça, şartları bakımından dolaylı temsilin doğrudan temsilden bariz bir farklılığı bulunmamaktadır. Temsilcinin yaptığı işlem için geçerli bir yetkiye sahip olması ve işlemi yaparken kendi hesabına değil de, temsil olunan hesabına yapıyor olduğu arzu ve bilincini taşıması dolaylı temsilin gerçekleşmesi için yeterlidir. Burada doğrudan temsilden ayrılan yön başkası adına hareket iradesinin işlemin karşı tarafına bildirilmemesidir.

2.1.2.1. Dolaylı temsil yetkisi

Dolaylı temsil için gereken ilk şart temsil yetkisidir. Temsil yetkisi başkası adına hukuki işlem yapma yetkisidir³⁸⁷. Doğrudan temsilde bu yetki verilmeden kişi başkası adına işlem yaparsa temsil meydana gelmez. İşlemi yapan kişi yetkisiz temsilci olur. Fakat dolaylı temsilde yetkisiz temsil hukuki olarak bir anlam taşımaz. Bunun sebebi de yetkisiz temsilin meydana gelmesi için işlemin başkası adına yapılmasının gerekmesidir³⁸⁸. Gerçekten, dolaylı

³⁸⁶ Hatta Roma hukukunda günümüz uygulamasının aksine adi ortaklık bakımından doğrudan temsil uygulamasının olmadığı, ortaklığın temsili bakımından sadece dolaylı temsilin uygulandığı aktarılmaktadır. Bkz. Şener (2002), s. 731.

³⁸⁷ Bkz. Birinci bölüm, 1.4.2.

³⁸⁸ Esener (1961), s. 116; Eren (2015), s. 453; Karahasan (2003), s. 406; A. Yelmen (2015). Yetkisiz Temsil. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (Özel sayı), s. 430.

temsilde kişi işlemleri kendi adına yaptığı için doğrudan temsildeki anlamıyla yetkisiz temsilci olamaz. Dolaylı temsilci, yetkisiz de hareket etse yetkili de hareket etse işlemin sonuçlarından kendisi sorumlu olur.

Temsil yetkisi ile ilgili genel açıklamalar burada da geçerlidir³⁸⁹. Buna göre temsil yetkisi tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla verilir. Adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmadığı için adi ortaklıkta bu yetkiyi verecek olan kişiler tüm ortaklardır. Tek başına temsil yetkisi temsilciyi yetkinin içeriğindeki işlemleri yapma borcu altına sokmaz. Adi ortaklıkta ortaklık sözleşmesi temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkidir. Kişiyi borç altına sokan da bu ortaklık sözleşmesidir. Bu yetkiyi kullanarak dolaylı temsilci temsil olunan hesabına hem kazandırıcı hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yapabilir³⁹⁰.

2.1.2.2. Başkası adına hareket

Dolaylı temsil için gereken ikinci şart başkası adına işlem yapma iradesidir. Temsilci, yetkili olduğu bir hukuki işlemi yaparken ancak temsil olunan hesabına hareket etme niyetindeyse dolaylı temsil gerçekleşir³⁹¹. Kişi böyle bir niyet taşııyorsa işlemi kendisi için yaptığı sonucuna ulaşılabilir. Bu durumda ortada zaten bir temsil ilişkisi mevcut olmaz. Adi ortaklıkta ortakların tümünü temsilen bir dolaylı temsilci tayin edilmesi halinde temsilci bu iradeyle hareket ederek dolaylı temsili gerçekleştirir. Burada temsil olunanlar tüm

³⁸⁹ Temsil yetkisiyle ilgili açıklamalar için bkz. Birinci bölüm, 1.4.2.

³⁹⁰ Yavuz (1983), s. 32; Yavuz vd. (2014), s. 1251 vd. Örneğın taşınmaz satışı hem tescil talebinde bulunmayı hem de tescil yetkisini kapsar.

³⁹¹ Yavuz (1983), s. 37.

ortaklar olduğu için temsilcinin taşıması gereken irade tüm ortakların hesabına hareket etme iradesidir.

Dolaylı temsilcinin yaptığı işlemin temsille yapılan bir işlem mi yoksa şahsi bir işlem mi olduğunun tespiti her zaman kolaylıkla yapılamayabilir. Bu konuda tereddüde düşülürse işlemin ortaklığın işletme konusuyla bağlantılı olup olmaması yol gösterici olabilir³⁹². Somut duruma göre yapılacak değerlendirme sonucunda ortak tarafından yapılan işlemin adi ortaklığın faaliyet sahasına girdiği veya işlemde dolaylı temsilin mevcut olduğu ve işlemin ortaklık (ortaklar) hesabına yapıldığı söylenebilir. Aksi takdirde işlem, yapan kişinin şahsi bir işlemi olarak değerlendirilir.

2.1.3. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin sonuçları

2.1.3.1. Genel olarak

Temsilcinin yetkisine dayanarak kendisi adına ve ortaklar hesabına yaptığı işlem sonucunda dolaylı temsil gerçekleşir. Böylece, dolaylı temsilcinin temsil olunan ortaklara karşı ortaklık sözleşmesi gereği üstlendiği iş görme borcu yerine getirilmiş olur. Adi ortaklıkta dolaylı temsilin görünümü, TBK m. 637/I'de düzenlenmiştir. Buna göre kendi adına ve ortaklık hesabına üçüncü kişilerle işlem yapan ortak, işlemde dolayı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur³⁹³. Bu madde esasında *“karşı tarafın bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor ya da çıkarması gerekiyorsa”* şeklinde ifade edilen istisna dışında TBK m. 40/II'nin tekrarı mahiyetindedir. İlgili fıkra yeni bir durum tesis etmemekte,

³⁹² Şener (2008), s. 401; Karayalçın (1973), s. 95; Özenli (1988), s. 99.

³⁹³ Yalman ve Taylan (1976), s. 169; Özenli (1988), s. 99.

yalnızca adi ortaklıkta dolaylı temsil hükümlerinin uygulamasına işaret etmektedir.

Adi ortaklıkta dolaylı temsilin en yoğun uygulaması adi ortaklık türlerinden olan “iç ortaklık” bünyesinde görülür³⁹⁴. İç ortaklıkta ortakların bu yöndeki iradeleri gereği ortaklığın dışarıda bir görünümü yoktur³⁹⁵. Bunun yerine ortaklardan biri veya birkaçı kişisel işlemlerini yapıyor gibi gözükerek ortaklık hesabına işlem yapar. Bunun sonucu olarak iç ortaklıkta ortaklar doğrudan temsil edilemez ve elbirliği mülkiyetine tâbi bir ortaklık malvarlığına sahip olamaz³⁹⁶. Zira ortakların doğrudan temsili halinde ortaklık temsilcisi diğer ortakların adına işlem yaparak ortaklığın kişi birliği olarak açığa çıkmasına sebep olur. Aynı şekilde, ortaklık malvarlığı edinilmesi durumunda bu malvarlığı elbirliği mülkiyetine tâbi olduğu için üzerinde tasarruf edilebilmesi tüm ortakların katılımına bağlıdır³⁹⁷. Bu da ortakların ya bizzat işleme katılmasını ya da dışa karşı temsil edilmesini ve muhtemel bir cebri icra takibinde tüm ortakların takip edilmesini gerektirecek; fakat ortaklar işleme taraf olmadıkları için bu mümkün olmayacak; böylece alacaklı üçüncü kişi mağdur olacaktır. Bu hususlar da iç ortaklığın temel işlevini ifade eden, işlemlerin tüm malvarlığının sahibi olarak dışa karşı görünen ortak ya da ortaklar tarafından yapılması tekniğine aykırıdır³⁹⁸. İç ortaklıkta adi ortaklığın bir kişi birliği olarak açığa çıkmaması tamamen gizli kalması gerektiği anlamına

³⁹⁴ Buna karşılık gizli ortaklıklarda dolaylı temsil imkânı tartışmalıdır. Bkz. F. Bilgili (2003). Türk ortaklıklar hukukunda gizli ortaklık ilişkileri. Ankara: Seçkin, s. 94, dn. 223’te aktarılan yazarlar ve s. 88, dn. 194’te aktarılan yazarlar. Şener ise gizli ortaklıklarda dolaylı temsilin doğal olduğunu savunmaktadır. Bkz. Şener (2008), s. 147.

³⁹⁵ Poroy vd. (2014), s. 41; Bilgili (2003), s. 20, 89; Yavuz vd. (2014), s. 1516. Gizli ortaklık ile iç ortaklık örtüşmeler de bire bir aynı kavramlar değildir. İç ortaklık gizli ortaklığı kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bkz. Bilgili (2003), s. 95; Barlas (2012), s. 179.

³⁹⁶ Barlas (2012), s. 128 vd. ; Bilgili (2003), s. 64.

³⁹⁷ Barlas (2012), s. 96, 97.

³⁹⁸ Bilgili (2003), s. 20.

gelmez. İşlemi yapan kişinin arkasında bir iç ortaklığın olduğunun, yaptığı işlemin şahsi bir işlem değil, temsil suretiyle ortaklık hesabına yapılan bir işlem olduğunun bilinmesi iç ortaklığın karakterine hanel getirmez³⁹⁹. Başka bir deyişle iç ortaklığın tespitinde bakılacak temel unsur gizlilik – açıklık değildir. Dikkate alınması gereken unsur, ortakların iç ortaklık kurma gayesinde olmaları ve bu şekilde örgütlenmeyi tercih etmeleridir. Bu sayede, işlemin karşı tarafının iç ortaklığın mevcudiyetini bilmesi halinde bile yapılan işlemde dolayı iç ortakların sorumluluğuna gitmesi mümkün olmaz⁴⁰⁰.

İç ortaklığın adi ortaklıkta dolaylı temsil için önemi büyük olsa da dış ortaklıkta da dolaylı temsil mümkündür. Buna imkân sağlayan düzenleme ise TBK m. 637/I hükmüdür. Madde getirdiği düzenleme bakımından genel temsil düzenlemesi içerisinde yer alan TBK m. 40/II'nin tekrarı olsa da aralarında önemli bir farklılık vardır. Nitekim 40/II'de temsilcinin temsilci sıfatını bildirmediği durumda doğan hak ve borçların kendisine ait olacağı belirtilmiştir. Daha sonra karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa ya da kişinin hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise hukuki işlemin sonuçlarının doğrudan doğruya temsil olunana ait olacağı düzenlenerek bir istisna getirilmiştir. İşte bu istisna 637/I'de yer almamaktadır. Gerçekten fıkrada, bir ortağın kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapması halinde bizzat kendisinin alacaklı ve borçlu olacağı düzenlenmekle yetinilmiştir. Tekrar içerikli bu maddeye 40/II'deki istisnanın alınmamasıyla ilgili doktrinde durumun kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğu yaklaşımı

³⁹⁹ Barlas (2012), s. 131, 178; Şener (2008), s. 147, 416. Fakat bir iç ortaklık üçüncü kişilerce normal bir ortaklık olarak algılanıyorsa ve bu algı dürüstlük kuralına göre haklıysa bu iç ortaklık dış ortaklığa dönüşebilir. Bkz. Bilgili (2003), s. 95.

⁴⁰⁰ Şener (2008), s. 147; Barlas (2012), s. 131; Bilgili (2003), s. 95; Şener (2015), s. 17.

benimsenmiştir⁴⁰¹. Buradan yola çıkılarak, adi ortaklıkta dolaylı temsil gerçekleştiren ortağın yaptığı işlemin alacaklı ve borçlusunun her durumda, herhangi bir istisnaya mahal vermeksizin kendisi olacağı sonucuna ulaşılır. Diğer bir ifadeyle işlemin karşı tarafı, işlemin temsilen yapıldığını anlasa bile dolaylı temsil doğrudan temsile dönüşmez. Bu doğrultuda, dolaylı temsille yapılan hukuki işlemde irade bozukluğu mevcutsa, işlemin hüküm ve sonuçları temsilciye ait olacağından, irade bozukluğunu ileri sürecekten kişi dolaylı temsilcinin kendisidir⁴⁰². Burada ortakların iradesine değil temsilcinin iradesine bakılır⁴⁰³. Bunun sonucu olarak ortakların yetkiyi veren iradeleri sakat olsa bile dolaylı temsilcinin ve üçüncü kişinin iradesi sağlamsa işlem geçerli olur⁴⁰⁴.

İç ortaklıkta ortaklık temsilcisi işlemi zaten kendi adına yapar ve ortada bir ortaklık olduğunu dışa vurmaz. Fakat dış ortaklıkta dolaylı temsilci marifetiyle işlem yapıldığında dış ortaklığın mahiyeti gereği ortada bir ortaklık ve yapılan işlemde de bir temsil ilişkisi bulunduğu karşı tarafça bilinmektedir. Kanunkoyucu bu durumda TBK m. 40/II'deki istisnaya yer vermeden ana kural gereği ortağın kendisinin alacaklı ve borçlu olacağını düzenleyerek dış ortaklıkta dolaylı temsile olanak sağlamıştır⁴⁰⁵. Öte yandan dış ortaklıkta dolaylı temsilci yine kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapar. Ancak buradaki dolaylı temsil uygulaması ortaklığın bir kişi birliği olarak dışa açılmasını engellemek işlevini görmez. Dolaylı temsilin buradaki işlevi, yapılan işlemin sonuçlarının diğer ortaklara intikalinin dolaylı temsil hükümlerine göre gerçekleştirilmesinden ibarettir⁴⁰⁶. Dış ortaklıkta dolaylı temsilin mümkün

⁴⁰¹ Poroy vd. (2014), s. 68.

⁴⁰² Yavuz (1983), s. 188; Hatemi vd. (1992), s. 622 – 626.

⁴⁰³ Yavuz (1983), s. 188; Hatemi vd. (1992), s. 622 – 626.

⁴⁰⁴ Yavuz (1983), s. 189.

⁴⁰⁵ Şener (2015), s. 75; Barlas (2012), s. 115, dn. 4.

⁴⁰⁶ Şener (2015), s. 75.

olmasının sonucu olarak dolaylı temsil, dış ortaklığı iç ortaklığa dönüştürmez⁴⁰⁷.

2.1.3.2. Dolaylı temsilcinin temsil olunan ortaklara hesap vermesi

TBK m. 630/I'de yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler hakkında kanunun adi ortaklık sözleşmesini düzenlediği maddelerde hüküm bulunmadığı konularda vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁰⁸. Kanunun yapmış olduğu bu atıf sayesinde vekâlet sözleşmesi hükümlerinden TBK m. 508 uygulanma imkânı bulacaktır. Maddede vekilin, müvekkilin talebi üzerine vekâletle yürüttüğü işin hesabını vereceği düzenlenmiştir. Aynı hüküm adi ortaklıkta uygulanabilir. Temsilci talep halinde, temsil faaliyeti kapsamında ortaklık hesabına yürüttüğü işin hesabını ortaklara yani temsil olunanlara vermek zorundadır.

Burada belirtilen hesap verme, adi ortaklıkta yöneticilerin hesap vermesini düzenleyen TBK m. 630/II'deki hesap vermeden farklıdır. İlgili fıkrada yönetici ortakların ortaklık işleriyle ilgili yılda en az bir defa hesap vermesi ve kazanç paylarını ortaklara ödemesi borcu düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesine atıfla uygulanan TBK m. 508 ise temsilcinin münferit bir temsil faaliyetinin hesabını vermesini ifade eder⁴⁰⁹. Ayrıca temsilci genelde yönetici ortak olsa da ortaklığın işlerini yapması için ortaklar dışında bir üçüncü kişi de

⁴⁰⁷ Şener (2015), s. 75.

⁴⁰⁸ Yalman ve Taylan (1976), s. 135; Yavuz vd. (2014), s.1518. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25.1.1994 Tarih, 93 Esas, 9907-503 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yavuz vd. (2014), s. 1518.

⁴⁰⁹ Vekâlet sözleşmesinde hesap verme borcu için bkz. Yavuz vd. (2014), s. 1212; Zevkliler ve Gökyayla (2014), s. 638.

yetkilendirilmiş olabilir (TBK m. 625/III). Böyle bir durumda TBK m. 630/II'de bahsedilen hesabı ortaklığın yöneticisi; münferit temsil faaliyetinin hesabını ise temsilci olan üçüncü kişi verecektir. Görüldüğü gibi temsilden doğan hesap verme borcunun muhatabı her zaman yönetici ortak değildir.

2.1.3.3. Dolaylı temsilden doğan hak ve borçların diğer ortaklara intikali

Dolaylı temsil yoluyla kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapan ortağın işleminden doğan sonuçları temsil olunan ortaklara devretmesiyle ilgili en önemli düzenleme TBK m. 637'dir. Anılan hükme göre kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapan ortak, yaptığı işlemden dolayı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. Dolaylı temsilin bir gereği olarak temsilci ortağın bu sonuçları ikinci bir işlem ile temsil olunan ortaklara geçirmesi gerekir. Konuya, işlem ile elde edilen hak ve borçların türüne göre bir ayırım yaparak yaklaşmak uygun olacaktır.

Temsil ile taşınır bir mal edinilmesi halinde bunun ortaklığa temlik zilyetliğin devri yoluyla gerçekleştirilecektir. Bu hüküm TMK m. 763/I'de yer almaktadır. Madde, taşınırın devrini konu alan temel düzenlemedir. Burada ortakların adi ortaklığın malvarlığı üzerinde elbirliğiyle malik olmalarından kaynaklanan bir özellik söz konusudur. Temsilci ortak, yaptığı hukuki işlemin sonuçlarından şahsi olarak sorumlu olduğu için taşınır mülkiyetini kendisi kazanarak tek başına malik ve zilyet olur. Bu şekilde tek başına malik olan ortak, taşınır mülkiyetinin temlik için zilyetliği devrettikten sonra diğer ortaklarla birlikte elbirliğiyle malik olacağı için bu ortağın malik ve zilyet sıfatları sona ermez. Bu sebeple aslında işlem teknik anlamıyla bir devir değil,

tek kişi mülkiyetinin elbirliğiyle mülkiyete dönüşmesidir. Mülkiyetin ortaklara geçirilmesi amacıyla zilyetliğin devrinde de benzer bir durum vardır. Dolaylı temsilcinin edindiği taşınırın bağımsız bir kişiye devredilmesi söz konusu olsaydı zilyetliğin devri usullerinden⁴¹⁰ biri ile devir gerçekleşecekti. Böylece mülkiyet temlik edilmiş olacak ve eski zilyet olan temsilcinin malik sıfatı ve zilyetliği sona erecekti. Fakat taşınırın, temsilcinin kendisinin de ortak olduğu bir elbirliğiyle mülkiyet kapsamına dâhil olmak üzere ortaklığa devrinde bu geçerli değildir. Temsilci ortak, taşınır üzerindeki zilyetliğini ortaklığa devredince de zilyet olarak kalmaya devam eder. Bu durum zilyetliğin devri yollarından hiçbirine uygun gözükmemektedir. Mevcut zilyedin zilyetliğini muhafaza ederek başka bir kimseye de zilyetlik kazandırması eşya hukukunda “tesisen kazanma” olarak adlandırılır⁴¹¹. Adi ortaklığın dolaylı temsilci ortağının taşınır malı devir işleminde zilyetliğin tesisen kazanılması kapsamında değerlendirilebilir. Tesisen kazanma, kanunda zilyetliğin devri usullerinden biri olarak doğrudan yer almasa da Türk Medeni Kanunu, tesisen kazanma dâhil olmak üzere önceki zilyedin rızasıyla zilyetlik verilmesi hallerinin tümünü zilyetliğin devri olarak kabul etmiştir⁴¹². Sonuç olarak dolaylı temsilci ortağın, mülkiyeti devretmek için zilyetliği devrederek değil, ortakları tesisen kazanma yoluyla zilyet kılması da devir işleminde kabul edilir.

Taşınır mallarla ilgili bir düzenleme de TBK m. 509/III’te yer alır. Fıkraya göre vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini

⁴¹⁰ Zilyetliğin teslimli veya teslimsiz nakil yolları ve haklar üzerindeki zilyetliğin nakli için bkz. TMK m. 977 – 980.

⁴¹¹ K. Oğuzman vd. (2013a). Eşya hukuku. İstanbul: Filiz, s. 70; M. Ünal ve V. Başıpınar (2010). Şekli eşya hukuku. Ankara: Yetkin, s. 170; L. Sirmen (2013). Eşya hukuku. Ankara: Yetkin, s. 64 vd.

⁴¹² Oğuzman vd. (2013a), s. 71; Ünal ve Başıpınar (2010), s. 171.

isteyebilir. Vekilin kendisine olan borçlara karşılık sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır. İflas masası, borçların ödenmediğini düşündüğü için taşınır mal üzerindeki hapis hakkını kullanırsa, temsil olunan ortakların borçları ödemek dışında bir seçenekleri daha vardır. O da çekişmeli bedeli tevdi makamına tevdi ederek taşınırın zilyetliğini devralmaktır⁴¹³. Ayırma hakkının iflas masası tarafından tanınmaması ya da talep edilen borçların ödenmemesi halinde masa tarafından yedi günlük hak düşürücü süre verilebilir (İİK m. 228/II). Bu mehil içinde ortaklar dava açmazsa ayırma hakları düşer. Açacakları istihkak davasını kazanırlarsa ayırma hakkını tespit niteliği taşır, yoksa mülkiyeti kendiliğinden geçirmez⁴¹⁴. Temsilci ortağın iflası ortaklığı sona erdiren sebeplerden biri olduğu için, temsil olunan ortakların sahip olduğu bu ayırma hakkının işlevi, normal şartlarda tasfiye sonunda para olarak alacağı taşınırı, aynı olarak elde edebilmesidir. Bu taşınırı paraya dönüşmekten korur⁴¹⁵.

Temsilci ortağın kıymetli evrak edinmesi halinde bunun ortaklığa devri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 647'ye göre yapılacaktır. Hükme göre mülkiyet devredilmesi veya sınırlı bir aynı hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devri için zilyetliğin devri temel şarttır. Bütün kıymetli evrak çeşitleri için geçerli bu şarttan başka, kıymetli evrakın türüne göre ilave şartlar da mevcuttur. Örneğin emre yazılı senetlerde ciro edilmesi, nama yazılı senetlerde ise yazılı bir devir beyanı verilmesi yerine getirilmesi gereken ilave şartlardandır. Ciro ise tüm kıymetli evraklar için poliçenin cirosuna ilişkin hükümlerle yapılır (TTK m. 648/I). Buna karşılık hamile yazılı senetlerin

⁴¹³ H. Tandoğan (2010). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri cilt 2. Ankara, s. 587.

⁴¹⁴ Tandoğan (2010), s. 587.

⁴¹⁵ Yavuz (1983), s. 263.

devrinde ilave bir şart bulunmamaktadır. Hamile yazılı senetlerde zilyetliğin devri mülkiyetin geçmesi için yeterlidir.

Taşınmaz bir mal edinilmesi halinde bunun ortaklığa devri ise tapu siciline ortaklar adına tescil ile gerçekleştirilir. Bu konu, TMK m. 705'te "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur.*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin devri için tescil yeterli olsa da tescilin kural olarak bir hukuki sebebe dayanması gerekir (TMK m. 716/I). Hukuki sebep çoğunlukla bir hukuki işlemdir fakat hukuki işlem olması şart değildir. Adi ortaklık hesabına taşınmaz edinildiğinde de aynı kural geçerlidir. İlk bakışta adi ortaklığın taşınmazı edinmesinde böyle bir hukuki sebep yok gibi görünse de yönetici (dolaylı temsilci) ortakla diğer ortaklar arasındaki ilişkiler özel hüküm bulunmadığı hallerde vekâlet sözleşmesine tâbi olacağı için vekâlet sözleşmesine gidilebilir. Bu atıf sayesinde, vekâlet sözleşmesinde var olan ve yukarıda incelenen "aldıklarını verme borcu" (TBK m. 508/I) ilgili taşınmazın tescili için gereken hukuki sebep olarak değerlendirilebilir. Bunun tabii bir neticesi olarak dolaylı temsilci ortağın tescilden kaçınması halinde temsil olunan ortaklar hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep edebilir (TMK m. 716/I). Böylece dolaylı temsilci ortağın edindiği taşınmazı ortaklığa devretmemesi ya da şahsi alacaklıları tarafından taşınmazın haczettirilmesi tehlikesi de bertaraf edilmiş olur. Bu hüküm sayesinde taşınmazın ortaklığa devrinde resmi bir sözleşme zorunluluğu da ortadan kalkar⁴¹⁶. Gerçekten, önce adi ortaklık ilişkisi gereği, sonra da yapılan atıfla vekâlet sözleşmesi gereği kanuni bir borcun ifası söz konusu olduğundan şekil bakımından artık normal bir taşınmaz devrindeki gibi resmi sözleşme aranmayacaktır⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Şener (2008), s. 405; Yavuz (1983), s. 173.

⁴¹⁷ Yavuz (1983), s. 173.

Dolaylı temsilci ortağın hukuki işlemle ortaklık hesabına edindiği şey bir alacak hakkıysa TBK m. 509 gündeme gelir. Vekâlet sözleşmesine ait düzenleme içinde yer alan hükme göre, *“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.”* Dolaylı temsilci ortakla temsil olunan ortaklar arasındaki ilişki ortaklık sözleşmesinin yanında özel bir vekâlet sözleşmesine dayanıyorsa, bu hüküm doğrudan uygulanır⁴¹⁸. Bunun bir sonucu olarak da edinilen alacak hakları temsil olunan ortaklara, temsil olunan ortakların temsilci ortağa karşı tüm borçlarını ifa ettikleri anda kendiliğinden geçer. Özel bir vekâlet sözleşmesinin bulunmadığı hallerde ise maddenin doğrudan uygulanmaması gerektiği düşünülebilir. Fakat bir görüşe göre bu madde adi ortaklık bünyesinde gerçekleştirilen dolaylı temsile ve hatta hangi temel ilişkiye dayandığı fark etmeksizin tüm dolaylı temsil ilişkilerine uygulanabilecek niteliktedir⁴¹⁹. Bu görüşün temel dayanağı, dolaylı temsile ilişkin düzenlemelerin çoğunun vekâlet sözleşmesi hükümleri arasında düzenlenmesi ve getirdiği düzenleme itibarıyla TBK m. 509’un dolaylı temsilin karakterine uyum göstermesidir. Ayrıca maddenin uygulanması kabul edilirse dolaylı temsilcinin edindiği alacak hakkını diğer ortaklara devretmekten kaçınması ya da şahsi alacaklıları tarafından cebri icra tehdidinde maruz kalması tehlikelerine karşı önlem alınmış olacaktır⁴²⁰. Bunların dışında TBK m. 630/I’deki atıf da, alacak hakkının devri gündeme geldiğinde ilgili maddenin (TBK m. 509/I) uygulanabilirliğine dayanak olarak gösterilmektedir⁴²¹. Öyleyse kanunun yaptığı atıfla özel bir vekâlet sözleşmesine dayanmasa da bu madde dolaylı temsil ilişkisine uygulanabilir. Görüş katılmakla birlikte, “TBK m.

⁴¹⁸ Şener (2008), s. 405.

⁴¹⁹ Yavuz (1983), s. 127; Yavuz vd. (2014), s. 1244.

⁴²⁰ Yavuz vd. (2014), s. 1244 – 1245.

⁴²¹ Şener (2008), s. 402.

509'un, vekilin edinmiş olduğu alacağı müvekkiline temlik etmemesi ya da şahsi alacaklıları tarafından bu alacağa el konulması tehlikelerine karşı getirilen bir madde olduğu ve bunun uygulanmasının adi ortaklıktaki temsil olunan ortakları koruyacağı" görüşü maddenin adi ortaklığa uygulanma imkânını ispattan ziyade, uygulanmasının yerindeliliğine dair bir kanaattir.

Vekâlet veren alacağın kendisine geçtiğini iflas masasına karşı da ileri sürebilir (TBK m. 509/II). Böylece temsil olunan ortaklar temsilci ortağın iflası halinde alacağın kendilerine geçtiğini iflas masasına karşı iddia edebilecektir.

Hükmün uygulanması için temsil olunan ortakların temsilci ortağa karşı tüm borçlarını ifa etmiş olması şarttır⁴²². Kanuni temlik⁴²³ bu şart yerine getirildiğinde gerçekleşir. Bu şartın yerine getirildiği ana göre sonuç değişir. Temsilciye karşı olan borçlar temsilcinin yaptığı hukuki işlemde önce ifa edildiyse, temsilci alacak hakkını kazanır kazanmaz bu hak temsil olunan ortaklara geçecektir. Burada doğrudan temsile benzer bir etki gözlenir. Temsilci ortağa olan borçlar ifa edilmediği sürece kanuni temlik gerçekleşmez⁴²⁴. Temsilci ortağın iflası halinde borçlar iflas masasına karşı ifa edilerek de temlik ileri sürülebilir. Alacak hakkının temsilci ortağın şahsi borcundan dolayı haczedilmesi halinde de aynı durum geçerlidir. Temsil olunan ortaklar alacağı kanunen temellük etmiş bulduklarını ileri sürerek hacizden kurtarabilirler⁴²⁵. Öte yandan kendisine karşı borçlar yerine getirilmediği takdirde temsilci ortak, ortaklar hesabına edinmiş olduğu mal ve haklar üzerinde hapis hakkına

⁴²² Yavuz vd. (2014), s. 1251.

⁴²³ TBK m. 509/I'in hukuki niteliğinin kanuni bir temlik olmadığına ve hukuki niteliği hakkındaki fikirler için bkz. Yavuz vd. (2014), s. 1247.

⁴²⁴Tandoğan (2010), s. 590; Uygur (2012), s. 2327; Yavuz vd. (2014), s. 1251.

⁴²⁵ Tandoğan (2010), s. 593; Yavuz vd. (2014), s. 1245 – 1246.

sahiptir (TBK m. 509/III). Bu hapis hakkı temsil olunan ortakların kendisine olan borçları miktarıyla sınırlıdır⁴²⁶.

Anılan hükmün hukuki niteliği hakkında “kanuni halefiyet” görüşü ortaya atılmışsa da⁴²⁷, daha çok kabul gören görüş bunun “kanuni bir alacak temlik” olduğudur⁴²⁸. Gerçekten, halefiyette başka bir kimseye ait borcun ifası söz konusudur ve bunun sonucunda borcu ifa eden kişi alacaklı yerine kanun gereği geçerek yeni alacaklı olur⁴²⁹. Adi ortaklıkta dolaylı temsil ile hukuki işlem yapan ortağın durumunda ise arada bir sözleşme vardır ve temsilci ortak bu sözleşmenin gereklerini yerine getirerek alacaklı olur. Halefiyette arada bir sözleşme olmaması⁴³⁰ şeklinde de ifade edilebilecek bu fark dışında önem arz eden diğer bir fark da adi ortaklıktaki temsilci ortağın kendi adına fakat ortaklar hesabına hareket etmesi fakat halefiyette başkasının borcunu ödeyen kişinin bizzat kendi ad ve hesabına hareket etmesidir⁴³¹. Bu açıklamalardan hareketle kanımızca kanuni bir alacağın temlik nitelik olarak duruma daha uygun düşmektedir.

Temsilden doğan alacak hakkını kanun gereği kendiliğinden temellük ettiğini iddia eden temsil olunan ortaklar genel ispat kuralı (TMK m. 6, HMK m. 190/I) gereği bunu ispatla mükelleftir. Burada ispatlanması gereken olgu, işlemin adi ortaklık hesabına temsil ile yapıldığı, temsilcinin şahsi bir işlemi olmadığı olgusudur.

⁴²⁶ Tandoğan (2010), s. 569.

⁴²⁷ Fellman ve Müller (2006), artikel 511, 540’tan aktaran: C. Y. Armutcuoğlu (2009), Adi ortaklıkta borçlardan sorumluluk. *Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*. İstanbul, s. 46.

⁴²⁸ Tekinay vd. (1993), s. 265; Uygur (2012), s. 2326.

⁴²⁹ Bkz. Üçüncü bölüm, 4.5.3.2.

⁴³⁰ Yavuz (1983), s. 231.

⁴³¹ Yavuz (1983), s. 231 – 232.

Adi ortaklıkta dolaylı temsil ile işlem yapan temsilci ortağın edindiği alacak hakkını ortaklığa teslimden kaçınması halinde temsil olunan ortaklar dava açarak alacakları ilam ile alacağın zaten kendilerine geçmiş bulunduğunu tespit ettirebilirler⁴³².

Alacağın bu şekilde kanunen temlik edilmesinin en önemli sonucu ilgili alacak hakkının bir bütün olarak tüm fer'i haklarıyla birlikte dolaylı temsil olunan ortaklara geçmesidir. Buna karşılık temsilci ortağın alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen elden çıkmaz, ortak olarak hak sahipliğini sürdürür.

Adi ortaklıkta dolaylı temsil ile temin edilen hakların intikaliyle ilgili açıklamaların bir kısmı borçların geçişi için de geçerlidir. Dolaylı temsilci ortak işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı bizzat alacaklı olduğu gibi girdiği borçlardan da bizzat kendisi sorumludur (TBK m. 637/I). Anılan hüküm, hedeflediği hukuki sonuç ve vurguladığı durum itibariyle gizli ortaklıklara uygun gözükmektedir⁴³³.

Dolaylı temsilcinin edinmiş olduğu borçlardan her halükarda şahsen sorumlu olması, TBK m. 40/II'de yer alan istisnaların dolaylı temsil bakımından geçerli olmadığını gösterir. Kural olarak kişi, doğrudan temsille işlem yapmak niyetindeyken temsilci sıfatını bildirmezse, dolaylı temsildeki gibi işlemin sonuçları kendisine ait olur. Bunun da istisnası karşı tarafın temsil faaliyetini durumdan çıkarması ve temsil olup olmamasının kendisi için fark etmemesidir. Bu iki durumda ana kurala dönülür ve doğrudan temsil sorunsuz biçimde

⁴³² Tandoğan (2010), s. 577.

⁴³³ Bilgili (2003), s. 173; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 27; Şener (2008), s. 416; Barlas (2012), s. 177; Şener (2015), s. 16. Gizli ortaklıkta aktif ortak dışarı görünür ve işlem yaparak hak ve borçlardan sorumlu olur, gizli ortağın sorumluluğu bulunmaz.

gerçekleşir; hak ve borçlar temsil olunan üzerinde doğar. Bu benzerlikten yola çıkılarak dolaylı temsilcinin doğal olarak bildirmediği temsilcilik sıfatını karşı taraf durumdan çıkarsa bile dolaylı temsil ilişkisi bozulmaz; hak ve borçlar temsil olunanlar üzerinde doğmaz; temsilci üzerinde doğar ve devredilmesi gerekir.

Şahsen sorumluluğun en önemli sonucu, adi ortaklıkta doğrudan temsil halleri için getirilmiş olan hükümlerin uygulanamamasıdır. Doğrudan temsil ile yapılmış bir işlem söz konusu olduğunda TBK m. 638/I gereği haklar elbirliği halinde tüm ortaklara aittir ve ortaklar borçlardan da müteselsilen sorumludur. Dolaylı temsil ile yapılan bir hukuki işlemde dolaylı temsilci ortak şahsen sorumlu olduğu için bu hükümle iki tür temsilin, sonuçları bakımından da birbirinden farklı olduğu görülür. Dolaylı temsilin diğer bir sonucu ise elde edilenlerin ikinci bir işlem ile temsil olunanlara aktarılması zorunluluğudur. Bu durum edinilen borçlar ve yapılan giderler bakımından TBK m. 627/I'de ifadesini bulmuştur⁴³⁴. Tekrarlamak gerekir ki hüküm olmasaydı da dolaylı temsilin niteliği gereği aynı sonuca varılırdı. Hükümde *“Ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar.”* denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir. Madde “borç” kavramını tanımlamasa da, burada borçtan anlaşılması gereken, ortağın ortaklık işleri için ortaklık hesabına üstlendiği borçlardır⁴³⁵. Şüphesiz buradaki sorumluluk, borcun ortağın kendi payını aşan kısmıyla sınırlıdır⁴³⁶. Bunun sebebi dolaylı temsilci ortağın girdiği borcu devrettikten sonra da ortak sıfatıyla borcu taşımak zorunda olmasıdır. Ortak kendi payını aşan kısmı diğer ortaklara naklederek bu yükten kurtulmuş olur.

⁴³⁴ Yalman ve Taylan (1976), s. 119.

⁴³⁵ Şener (2008), s. 332.

⁴³⁶ Şener (2008), s. 405; Şener (2015), s. 76.

Dolaylı temsilci ortağın temsil olunan ortakların kendisini borçtan kurtarmalarını talep hakkı, bir alacak hakkıdır⁴³⁷. Bu nedenle talep ve dava edilebilir. Söz konusu alacak hakkı, temsilci ortağın edindiği alacak haklarının temsil olunan ortaklara kendiliğinden geçişi için gerekli şartlardan “vekile karşı tüm borçların ifa edilmiş olması” şartı için de önem taşır. Çünkü temsil olunan ortaklar borçları üstlenme borcunu yerine getirmedikleri sürece temsilci ortağın üçüncü kişilerden temin etmiş olduğu alacak haklarının kendilerine geçtiğini iddia edemezler.

Borçtan kurtarma borcunun varlığı, dolaylı temsilci ortağın edindiği asıl borcun varlığına bağlıdır⁴³⁸. Asıl borç sona erdiyse borçtan kurtarma borcu da sona erer. Fakat dolaylı temsilci tarafından ifa ve benzeri yollarla sona erdirildiyse artık masrafların ödenmesi borcu olarak varlığını sürdürür⁴³⁹.

Dolaylı temsil olunan ortaklar için borçtan kurtarmanın en basit yolu dolaylı temsilcinin girmiş olduğu borçlara ifa yoluyla son vermektir. İkinci olarak temsil olunan ortaklar, girdiği borçları ifa etmesi için temsilci ortağa bir malvarlığı değeri devredebilirler. Bu malvarlığı değeri üzerinde temsilci ortak tasarrufa yetkili olur⁴⁴⁰.

Bu iki seçenek dışında borcun sona ermesi hallerinden yenilemeye (TBK m.133) de başvurulabilir⁴⁴¹. Yenileme (tecdit), eski borcun taraflarının, hukuki sebebinin, borcun konusunun veya tâbi olduğu hükümlerin farklı olması

⁴³⁷ Tandoğan (2010), s. 554; Yavuz (1983), s. 253; Yavuz vd. (2014), s. 1261.

⁴³⁸ Yavuz (1983), s. 253; Yavuz vd. (2014), s. 1262.

⁴³⁹ Tandoğan (2010), s. 589; Yavuz vd. (2014), s. 1262.

⁴⁴⁰ Tandoğan (2010), s. 590, Yavuz (1983), s. 253.

⁴⁴¹ Yavuz vd. (2014), s. 1264.

kaydıyla yeni bir borç ile sona erdirilmesidir⁴⁴². Alacaklı açısından yenileme bir tasarruf işlemidir⁴⁴³. Yenileme sebebe bağlıdır⁴⁴⁴.

Yukarıda bahsi geçenler bir yana, konu için en önemli kurum TBK m. 195 – 204 arasında düzenlenen borcun üstlenilmesi kurumudur. Borcun üstlenilmesi dar anlamda borcun yeni bir borçluya devredilmesi, borcun yeni bir borçlu tarafından üstlenilmesidir⁴⁴⁵. Bu sözleşme yeni borçlunun borcu ifa edememe tehlikesine karşı alacaklının rızasına bağlanmıştır (TBK m. 195/I). Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin yapılmasıyla kural olarak borçlu borçtan kurtulur fakat dolaylı temsilci ortak için durum farklıdır. Zira kendisi ortak sıfatıyla aynı borçtan ortaklık ilişkisi gereği sorumlu olmaya devam eder⁴⁴⁶.

2.2. Adi Ortaklıkta Doğrudan Temsil

Adi ortaklıkta doğrudan temsilin işleyişi dolaylı temsile nazaran daha basittir. Doğrudan temsilde temsilci aracılığıyla yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunan ortakların üzerinde doğar. Arada temsilcinin hak sahipliği ve söz konusu sonuçları başka bir işlemle temsil olunanlara devretmesi söz konusu değildir. Kanunda yer verilen temsil türü de doğrudan temsildir (TBK m. 40 – 48). Adi ortaklığa ilişkin hükümlerde de bu husus göze çarpar. Gerçekten adi ortaklığa ilişkin düzenlemelerde dolaylı temsile dair

⁴⁴² Oğuzman ve Öz (2014), s. 560; Tekinay vd. (1993), s. 990; N. Feyzioğlu (1977). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2. İstanbul: Fakülteler matbaası, s. 433.

⁴⁴³ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 316.

⁴⁴⁴ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 316; Eren (2015), s. 1218.

⁴⁴⁵ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 384; K. Oğuzman ve T. Öz (2013). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2. İstanbul: Filiz, s. 585; Tekinay vd. (1993), s. 268 vd. ; Feyzioğlu (1977), s. 667 vd.

⁴⁴⁶ Yavuz vd. (2014), s. 1263.

yalnızca bir fıkra tesis edilmişken doğrudan temsil ile ilgili hükümlere birden fazla yerde rastlanır. Doğrudan temsil ile yapılan işlemin sonucunda elde edilenler, ortaklık malvarlığının yapısı gereği elbirliği mülkiyeti ile tüm ortaklara ait olur⁴⁴⁷.

Adi ortaklıkta doğrudan temsilin geçerli bir biçimde uygulanması için temsilcinin temsil yetkisine sahip olması ve üçüncü kişinin hukuki işlemin ortaklık (tüm ortaklar) adına ve hesabına yapıldığını; ya kendisine bildirildiği için ya da başka bir şekilde öğrenmiş olması gerekir.

2.2.1. Adi ortaklıkta doğrudan temsilin şartları

2.2.1.1. Adi ortaklıkta kanuni temsil yetkisi

Adi ortaklığa ilişkin hükümlerde, yönetici ortakların ortaklığı temsil etme yetkisine sahip olduklarının varsayılacağını belirterek yönetici ortaklar için bir temsil karinesi oluşturmuştur⁴⁴⁸ (TBK m. 637/III). Burada temsil yetkisi kanundan kaynaklanır. Gerçekten, bu karine olmasaydı, yönetici ortaklar temsil yetkisine kendiliğinden sahip olmayacaklar ve ortaklığı temsil edebilmek için ayrıca iradi temsil yoluyla kalan ortakların tümünden temsil yetkisi alarak yetkilendirilmeleri gerekecekti. Kanunkoyucu bu karineyle yönetim vazifesi kendilerine bırakılmış olan ortaklar için kanundan doğan bir temsil yetkisi

⁴⁴⁷ Ansay (1967a), s. 115; Yavuz vd. (2014), s. 1524.

⁴⁴⁸ Poroy vd. (2014), s. 69; Bilgili (2003), s. 202; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 40; Ansay (1967a), s. 114; Domaniç (1988b), s. 33; Karayalçın (1973), s. 96; Kalpsüz (1962), s. 214; Şener (2008), s. 410; Şener (2015), s. 47; Alver (1991), s. 9; Yavuz vd. (2014), s. 1523; Özenli (1988), s. 100.

öngörmüştür⁴⁴⁹. Bu karinenin diğere bir yönü zıt anlamından ortaya çıkar. Yönetici ortakların temsil yetkisi kendiliğinden var olduğuna göre, yönetici olmayan ortakların temsil yetkisi yoktur. Burada yönetici ortakların belirlenmesi önemlidir. Ortaklık sözleşmesiyle ya da ortaklık kararıyla, ortaklar arasından veya ortaklar dışında kişi ya da kişilerden yöneticiler belirlenmişse bu kişiler yönetim görevini üstlenir. Fakat belirlenmemişse tüm ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir⁴⁵⁰ (TBK m. 625/I). Bunun doğal bir sonucu olarak da tüm ortaklar ortaklığı temsil etmeye yetkilidir.

Öte yandan kanun, yönetim görevinin ortaklar dışındaki kişilere verilmesine de müsaade etmiştir⁴⁵¹ (TBK m. 625/I). Yönetim görevi verilen ve ortak olmayan bu üçüncü kişi veya kişilerin de yönetim görevinin gerektirdiği işlemleri yapabilmek için temsil yetkisini haiz olup olmayacağı meselesi önemlidir. Doktrinde geniş ölçüde kabul gören görüş soruyu olumlu cevaplamaktadır⁴⁵². Bu fikre göre hükümde kanun maddesinin yazımından kaynaklı bir hata mevcuttur. Hata ise *“kendisine yönetim görevi verilen ortağın”* ifadesindeki *“ortak”* kelimesinden kaynaklanır⁴⁵³. Maddenin doğru yazımı,

⁴⁴⁹ Poroy vd. (2014), s. 55, 69; Bahtiyar (2014), s. 37. *“...kendisine yönetim hakkı tanınan ortağın, ortaklığı ve diğer ortakları temsil yetkisi vardır. Somut olayda dava, kendisine yönetim hakkı tanınan ortak tarafından açılmadığı gibi diğer ortağın muvafakati de alınmış değildir.”* Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 7.9.2015 Tarih, 2015/1293 Esas, 2015/4172 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016)

⁴⁵⁰ Ansay (1967a), s. 114; Şener (2015), s. 47. *“...ortaklardan herhangi birine ortaklık işlemlerini idare görevi verildiği öne sürülmüş ya da buna ilişkin kanıt sunulmuş olmamakla ortaklık işlemlerinin idaresinin bütün ortaklara ait olduğu ve her iki davalının da idareci olarak sıfatı bulunduğu kabul edilmelidir.”* Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.11.1982 Tarih, 1982/4522 Esas, 1982/4931 Karar sayılı kararı. Aktaran: Özenli (1988), s. 240.

⁴⁵¹ Şener (2008), s. 406; Alver (1991), s. 10; Şener (2015), s. 76.

⁴⁵² Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 40; Şener (2008), s. 410; Domaniç (1988a), s. 415; İ. Kırca (2000). *Adi şirketin temsili - iki sorun. Batider*, XX (4), s. 66; Tekil (1996), s. 146.

⁴⁵³ Poroy vd. bu hükümle ilgili açıklamasında, *“yönetim görevi kendisine verilen ortağın”* ifadesinin, karinenin yönetim görevinin sanki sadece adi ortaklık sözleşmesi ya da ortaklık kararıyla verildiği, yani ortakların iradesinden kaynaklandığı hallerde geçerli olduğunu çağrıştırdığını belirtmiştir. Hâlbuki yönetim yetkisinin kanunen kazanıldığı hallerde de bu

ortak olmayan kişileri de kapsayarak “kendisine yönetim görevi verilen kişilerin” şeklinde olmalıydı⁴⁵⁴. Hükmü bu şekilde yorumlayarak, yönetici yapılan ortaklık dışı kişinin yönetim yetkisinin dış yüzü olan temsil yetkisini haiz olduğunu kabul etmek, hem ortaklık işlerini kolaylaştırır hem de işlem güvenliğini sağlayarak üçüncü kişileri korur⁴⁵⁵. Ayrıca TBK m. 637/III’ün ruhuna da uygun düşer⁴⁵⁶. Anılan görüşe katılmak uygun olur. Nitekim kanunkoyucunun bu gibi kelime hataları yapması karşılaşılmayan bir olay değildir. Bu da sayılan gerekçeleri ve yapılan yorumu desteklemektedir. Buna karşılık konuya farklı bir açıdan da yaklaşılabilir. Ortaklığı yönetme yetki ve vazifesi ile temsil yetkisi çoğu zaman bir madalyonun iki yüzü gibi birbirinin tamamlayıcısı⁴⁵⁷ olsa da her zaman bir arada bulunmak zorunda değildir. Gerçekten, yönetim yetkisi kendisine bırakılmış olan ortağın temsil yetkisine sahip olacağı karinesinin de desteklediği şekilde, yönetim ortaklığın iç işleyişini, temsil faaliyeti ise dış ilişkilerini konu alır. Bu sebeple de çoğunlukla bir arada bulunur. Ancak karinenin lafzî yorumundan bu karinenin “kendisine yönetim görevi verilen ortaklar” için geçerli olduğu anlamı çıkar. Bu açıdan yaklaşıldığında yönetim görevi ortaklar dışında birine verildiğinde karinenin geçerli olmayacağı ve ortak olmayan yöneticinin kendiliğinden temsil yetkisine sahip olamayacağı sonucuna varılır⁴⁵⁸. Lafzî yorumla ulaşılan bu sonuç temelden yoksun değildir. Nitekim ortaklar ortaklık işlerini yürütmek üzere

hüküm uygulanır. Burada dikkat çeken husus yazarların hükmün yazımıyla ilgili eleştiriler getirmelerine rağmen “ortak” tabiriyle ilgili bir açıklama yapmamalarıdır. Buradan yazarların bununla ilgili bir sorun görmediği anlaşılabilir: Poroy vd. (2014), s. 69.

⁴⁵⁴ Şener (2008), s. 410; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 40.

⁴⁵⁵ Şener (2008), s. 410; Domaniç (1988a), s. 415; Kırca (2000), s. 67 vd. ; Tekil (1996), s. 146.

⁴⁵⁶ Şener (2008), s. 410.

⁴⁵⁷ Yalman ve Taylan (1976), s. 170; Karayalçın (1973), s. 85.

⁴⁵⁸ Benzer bir görüş için bkz. Aşkan (2003), s. 61. Yazar temsili olağanüstü işlerden saymakta ve ortaklık dışı kimseye yönetim görevi veren işlemde aksine hüküm yoksa üçüncü kişi yöneticinin temsile yetkisinin olmayacağını savunmaktadır.

görevli genel yetkili bir temsilci tayin etmek istiyorlarsa, bu konuda tüm ortakların oybirliğiyle alacakları bir karara ihtiyaç vardır. Genel yetkili temsilci olağan işleri yapabilir; olağandışı işlerde ise kendi başına hareket edemez. Bu tür işler için, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında ortakların oybirliği gerekir (TBK m. 625/III). Kanunun böylesine bir önem atfederek düzenlediği ortakların dışı dönük ilişkileriyle ilgili, yönetici yapılan ortaklık dışı kişinin doğal bir yetki sahibi olmasını kabulde tereddüde düşmek doğaldır. Adi ortaklığın güven esasına dayalı bir kişi birliği olması da bu tereddüdün oluşmasında bir etkidir. Sonuç olarak bu yaklaşıma göre, ortaklardan biri söz konusuysa karine gereği temsil ve yönetim yetkisinin birlikte olduğu; fakat dışarıdan biri söz konusuysa yönetim yetkisine sahip olup temsile yetkili olmayabileceği yahut temsil yetkisine sahip olup yönetici olmayabileceği kabul edilebilir. Kendisine yönetim işi verilen üçüncü kişiye ayrıca iradi temsil yetkisi verilerek ortaklığı dışı karşı temsil etmesine de imkân tanınabilir. Yönetici ortağın da temsil yetkisi kaldırılabilir ya da daraltılabilir⁴⁵⁹.

Kanundan doğan temsil yetkisini düzenleyen TBK m. 637'nin son fıkrasında ise temsilci ortağın yetkisinin kapsamıyla ilgili bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Özenli (1988), s. 100; Karayalçın (1973), s. 96.

⁴⁶⁰ Uygur (2012), s. 2679; Kurşat (2012), s. 316; Bahtiyar (2014), s. 37; Yavuz vd. (2014), s. 1518. Nelerin önemli tasarruf işi nelerin olağan iş kapsamında sayılması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar olağan – olağanüstü iş ayırımına yöneticilerin hak ve görevlerini ve kendisine yönetim görevi bırakılan ortağın temsil yetkisini haiz olmasını incelerken değinerek, temsil yetkisinin kapsamı hakkında TTK 223'ün (eTTK m. 165) uygulanmasının pek çok pratik faydasının olacağını savunmaktadır. Bu sayede yönetici ortak, kambiyo taahhüdü vermek gibi normalde özel temsil yetkisi gerektiren bazı işlemleri özel yetki gerekmeden yapabilecektir. Bkz. Karayalçın (1973), s. 89; Yalman ve Taylan (1976), s. 107; Şener (2008), s. 297, 413.

Öyleyse kural olarak şekle bağlı olmayan temsil yetkisi, önemli tasarruf işlerine dair verilirken yetki belgesi ile yazılı şekle bağlanmıştır (TBK m. 637/III).

2.2.1.2. Adi ortaklıkta iradi temsil yetkisi

Adi ortaklıkta doğrudan temsil için gerekli temsil yetkisi kanundan doğabileceği gibi ortakların iradesinden de doğabilir (TBK m. 41/I). Adi ortaklıkta iradi temsil söz konusu olduğunda adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından tüm ortakların ilgili kişiye temsil yetkisi vermesi gerekir. Temsil yetkisi genel olabileceği gibi belirli bir işlem, zaman, kişi gibi yönlerden kısıtlanmış sınırlı bir yetki de olabilir. Bu temsil yetkisi çeşitli şekillerde verilebilir:

İlk olarak ortaklık sözleşmesiyle temsil yetkisi verilebilir⁴⁶¹. Adi ortaklık sözleşmesi kurulurken ortaklık sözleşmesinde yer verilecek bir hükümlerle kimlerin temsil yetkisine sahip olacağı belirlenebilir.

Yine ortaklık kurulduktan sonra ortakların alacakları bir ortaklık kararıyla temsil yetkisi verilebilir⁴⁶². Ortaklık kararları ortaklıkla ilgili işlerin yürütülmesi için kural olarak tüm ortakların katılımıyla ve oybirliğiyle alınan kararlardır⁴⁶³ (TBK m. 624/I). Fakat ortaklık sözleşmesi akdedilirken kararların oy çokluğuyla alınabileceği belirtilmişse ortaklık kararları oy çokluğuyla alınır (TBK m. 624/II). Bu kapsamda temsil yetkisi belirlenen kişi ya da kişilere

⁴⁶¹ Poroy vd. (2014), s. 69; Ansay (1967a), s. 114; Alver (1991), s. 9.

⁴⁶² Poroy vd. (2014), s. 69; Ansay (1967a), s. 114; Şener (2008), s. 406; Alver (1991), s. 9.

⁴⁶³ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 32; Poroy vd. (2014), s. 53; Bahtiyar (2014), s. 30; Şener (2008), s. 285; Yalman ve Taylan (1976), s. 102; Alver (1991), s. 8; Yavuz vd. (2014), s. 1517; Özenli (1988), s. 73.

ortaklık kararıyla da verilebilir. Ortaklar eğer temsil yetkisini vekâlet sözleşmesiyle birlikte vermek istiyorlarsa ortaklık kararını doğrudan vekâletname verilmesi şeklinde alabilecekleri gibi, temsil yetkisinin verilmesine dair kararı aldıktan sonra bunu gösterir bir vekâletname de verebilirler⁴⁶⁴. Belirtmek gerekir ki vekâletname verilmesi hiçbir şekilde temsil yetkisi için şart değildir. Arada vekâlet sözleşmesi olmasa da temsil yetkisi geçerli şekilde verilmiş olur.

Ortaklık kararının herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde kural olarak verilen temsil yetkisi de geçersiz olur⁴⁶⁵. Böyle bir durumda temsilcinin yapacağı işlemler de yetkisiz temsil hükümlerine takılır. Fakat temsil müessesesine hâkim olan ilkelerden “hukuki görünüş ilkesi” burada büyük rol oynar. Eğer ortaklık temsilcisi yetkisinin kaynağındaki sakatlığa ya da geçersizliğe rağmen dış âlemden işlemler yapmış, ilişkiler kurmuş, bir güven oluşturmuşsa veya ortaklar davranışlarıyla üçüncü kişilerde ilgili temsilcinin temsil yetkisinin varlığı kanaatini uyandıracak davranışlar sergilemişlerse bu durumda üçüncü kişilerin bu görünüşe olan güvenleri korunur⁴⁶⁶. Dolayısıyla yapılan işlemler temsil yetkisinin kaynağındaki geçersizliğe rağmen geçerli sayılır.

Bu iki tür yetkilendirme dışında doktrinde ve bir yargı kararında ortakların temsil yetkisinin varlığı yönündeki davranışlarıyla ve yetki belgesi verilmesi de temsil yetkisi verilmesinin yolları olarak sayılmıştır⁴⁶⁷. Ortakların üçüncü kişiler nezdinde temsil yetkisinin varlığı kanaatini uyandıracak davranışları açık ya da zımni temsil yetkisi verilmesi anlamına gelmez; sadece

⁴⁶⁴ Poroy vd. (2014), s. 69.

⁴⁶⁵ Şener (2008), s. 406.

⁴⁶⁶ Şener (2008), s. 406; Oğuzman ve Öz (2014), s. 228; Tekinay vd. (1993), s. 207.

⁴⁶⁷ Şener (2008), s. 406.

hukuki görünüŖe güven ilkesi gereğince bu görünüŖe dayanan iyiniyetli üçüncü kişileri korur. Buna görünüŖte temsil yetkisi adı verilir. Kural olarak temsil yetkisi olmadan ya da sınır aŖılarak yapılan işlem yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olacakken hukuki görünüŖe güven ilkesi burada bir istisna teşkil ederek temsil yetkisinin eksikliğini giderici bir tesirde bulunur. Bu ise baŖtan temsil yetkisi verilmesiyle aynı Ŗey değildir. Benzer durum yetkisiz temsile icazet verilmesinde de geçerlidir. İcazet yetkisizlik durumunu düzeltir ve işlemi ayakta tutar.

Son olarak temsil yetkisi, yetki belgesi teslimiyle verilebilir. Aslında yetki belgesi, temsil yetkisi verme işlemi değil, yetkinin üçüncü kişilere bildirilmesine yarayan bir vesikanın teslimidir. Kural olarak Ŗekle bağlı olmayan temsil yetkisi, yetki belgesi olmasa da mevcut olabilir. Dolayısıyla yetki belgesi, çeŖitli yöntemlerle zaten verilmiŖ bulunan temsil yetkisini gösteren bir belgeden ibarettir.

2.2.1.3. Temsil olunan adına hareket etme iradesi ve bunun bildirilmesi

Hukuki işlemi temsil olunan hesabına yapma iradesine sahip olmak doğrudan temsil ve dolaylı temsilde ortak bir şarttır. Temsilci yaptığı hukuki işlemi temsil olunan hesabına yapmıyorsa, daha basit bir ifadeyle işlemi kendisi için yapıyorsa işlemde temsil yoktur. Doğrudan temsilde bu iradenin tespiti nispeten kolaydır. Çünkü doğrudan temsilci zaten kural olarak işlemi temsilci olarak yaptığını bildirmek zorundadır. Kişinin temsilci olduğu durumdan anlaşılıyor veya anlaşılması bekleniyorsa ya da temsil olup olmaması üçüncü kişiyi etkilemiyorsa o zaman işlemin temsilen yapıldığı bildirilmese de

doğrudan temsil gerçekleşir⁴⁶⁸ (TBK m. 40/II). Bu iki istisna dışında doğrudan temsilci temsilcilik sıfatını bildirmeden işlem yapıyorsa o işlemi kendi hesabına yapıyor demektir. Dolayısıyla bu işlemde temsil yoktur. Fakat dolaylı temsilde kişi işlemi kendi adına ve temsil olunan hesabına yapar. Görüldüğü gibi burada temsilcinin niyeti önemlidir. Dışa yansıyan irade bakımından ise yaptığı işlemin temsil yetkisinin ve ortaklık faaliyet konusunun kapsamına girip girmediğinin araştırılması dışında bir yol olmadığından işlemin kimin hesabına yapıldığının tespiti daha zordur.

Doğrudan temsilin en belirgin özelliği temsilcinin, işlemi temsil olunanın hem adına hem de hesabına yapmasıdır. Doğrudan temsilde temsil olunan adına hareket iradesinin dış dünyaya yansıtılması gerekir. Burada “namına” ya da “adına” kelimeleriyle ifade edilen durum, işlemin başka biri için yapıldığının açık edilmesi, temsilcinin şahsi bir işlemi olmadığına karşı tarafça bilinmesi anlamına gelir. Burada durumun kendisine göre değerlendirilmesi gereken kişi, işlem yapılan karşı taraf, yani üçüncü kişidir. Başka bir deyişle, hukuki durumu yorumlarken duruma temsilcinin temsilci sıfatını bildirip bildirmemesi açısından değil, üçüncü kişinin temsilci sıfatını herhangi bir yolla bilip bilmemesi yahut bu yönde bir kanaate sahip olup olmaması açısından yaklaşmak çözümü kolaylaştırır. Çünkü bazen öyle durumlar olabilir ki temsilci işlemi başkasının adına yaptığını bildirmediği halde üçüncü kişi durumu bilebilir⁴⁶⁹.

Adi ortaklık bakımından durum aynıyla geçerlidir. Ortaklık temsilcisi doğrudan temsilin gerçekleşmesi ve işlemin hükümlerini temsil olunan ortaklar üzerinde doğrudan doğurmasını sağlamak için kural olarak işlemi ortaklık

⁴⁶⁸ Ansay (1967a), s. 116; Esener (1961), s. 56 vd. ; Şener (2008), s. 408.

⁴⁶⁹ Ansay (1967a), s. 120.

veya tüm ortaklar adına yaptığını bildirmeli ya da üçüncü kişinin durumdan çıkarımı ve kimle yaptığının farksız olması şeklindeki TBK m. 40/II'deki istisnalardan biri mevcut olmalıdır⁴⁷⁰. Kısa bir ifadeyle temsilci sıfatının işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi nezdinde herhangi bir vesileyle biliniyor olması gerekir. Bu husus, hem işlemin temsilen yapıldığını netleştirir hem de işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişiye işlemi kiminle yaptığı konusunda değerlendirme yapma fırsatı verir. Eğer bu şart sağlanmıyorsa, temsil yetkisi ve başkası adına hareket şartları olsa da işlemin temsilen yapıldığı üçüncü kişi tarafından bilinmediği için doğrudan temsil gerçekleşmez. Ortaklık temsilcisi temsilci sıfatını sözle, yazıyla, yetki belgesi ibrazıyla hatta bir davranışıyla bildirebilir. İşlemi temsilci sıfatıyla yaptığını bildirip temsil olunan ortaklığın kimliğini daha sonra açıklayabilir⁴⁷¹. Buna ilgili için açık işlem denilir⁴⁷². Bu yol tercih edilirse temsil olunan ortaklığın açıklanmaması ancak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek kadar bir süre saklı tutulabilir⁴⁷³. Aynı amaç doğrultusunda, temsil olunan ortaklığın üçüncü kişi nezdinde sözleşme yapmayı kabul etmeyeceği bir ortaklık olmaması gerekir⁴⁷⁴. Bu imkân sözleşmede tarafların kimliklerinin bulunması gerekeceğinden şekle bağlı sözleşmelerde geçerli değildir. Temsilcinin bildirme görevini yerine getirirken adi ortaklığa mensup ortakların tamamının adlarını saymasına gerek yoktur. Ortaklığı diğerlerinden ayırıcı bir ibare kullanması da yeterlidir⁴⁷⁵. Bu imkân temsil için geçerlidir; yoksa bu şekilde bir ifade kullanılarak ortaklığın taraf

⁴⁷⁰ Bahtiyar (2014), s. 37.

⁴⁷¹ Akünal (1975), s. 14 vd. ; Oğuzman ve Öz (2014), s. 222.

⁴⁷² Konuyla ilgili bilgi için bkz. Tekinay vd. (1993), s. 186; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 678; Eren (2015), s. 432; Akünal (1975), s. 14; Oğuzman ve Öz (2014), s. 222; İnceoğlu (2009), s. 56.

⁴⁷³ Eren (2015), s. 432; Akünal (1975), s. 14; Oğuzman ve Öz (2014), s. 222; İnceoğlu (2009), s. 56.

⁴⁷⁴ Tekinay vd. (1993), s. 187; İnceoğlu (2009), s. 58; Eren (2015), s. 432.

⁴⁷⁵ Ticaret unvanı, "tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı addır." Bkz. C. Özbey (2014). Ticaret unvanı ve ticaret unvanının korunması. Ankara: Seçkin, s. 15 vd. Adi ortaklığın ticaret unvanı kullanıp kullanmamasıyla ilgili bkz. Birinci bölüm, 3.3.

ehliyeti varmış gibi davada taraf gösterilemez. Dava dosyasında ortakların tamamının adının belirtilmesi gerekir⁴⁷⁶.

Ortaklık temsilcisi ortaklığı temsilen hareket ettiğini bildirmezse ve somut durumda istisnalardan herhangi biri de mevcut değilse doğrudan temsil gerçekleşmez. Bunun sonucu ise hukuki işlemin sadece işlemin taraflarını bağlamasıdır⁴⁷⁷. Temsilci işlemi kendisi adına yapmış olur, sonuçlarıyla da şahsen sorumludur. Temsilcinin bu noktadan sonra hak ve borçları ikinci bir işlemle ortaklığa devrederek başlangıçta doğrudan temsil olması gereken işlemi dolaylı temsil ilişkisine dönüştürerek tamamlaması uygun olur. Elbette, bunun için geçerli bir temsil yetkisi ve temsil olunan ortaklar hesabına hareket etme iradesinin bulunması gerekir. Bu unsurların mevcut olduğu fakat eksik olan tek unsurun temsil faaliyetini bildirme olduğu halde bu sonuç gündeme gelebilir. Zira temsil yetkisi yoksa yapılan işlem yetkisiz temsil; yetki var fakat başkası adına hareket iradesi yoksa yapılan işlem şahsi işlem olur. Bu aşamada yetkisiz temsil mevcutsa ilgili hükümler (TBK m. 46 – 47) devreye girer. Şahsi işlem olması halinde ise temsil olunan ortakların temsilciyi borçtan kurtarma; temsilcinin de elde ettiği hakları temsil olunan ortaklara devretme borcundan bahsedilemez. Dolayısıyla temsil yetkisi kapsamında ve ortaklık hesabına yapılmak üzere girişilmiş fakat temsilci sıfatı bildirilmemiş bir hukuki işlem mevcutsa bunun dolaylı temsil ile ortaklığa devredilmesi gerekir.

⁴⁷⁶ Poroy vd. (2014), s. 71.

⁴⁷⁷ Bahtiyar (2014), s. 37; Eren (2015), s. 434.

2.3. Adi Ortaklıkta Temsil Yetkisinin Kapsamı

Adi ortaklıkta temsil yetkisinin kapsamı⁴⁷⁸, diğer temsil ilişkilerinde olduğu gibi sadece hukuki işlemleri içerir, haksız fiiller için temsil geçerli değildir. Yetki bir hukuki işleme dayanıyorsa, yetkinin kapsamı da o hukuki işleme göre belirlenir. Buna göre yetki adi ortaklık sözleşmesiyle ya da ortaklık kararıyla verilmişse yetki bu sözleşme ya da kararın içeriğine göre; eğer yönetim hakkına sahip olunması sayesinde kazanılmışsa yönetimle ilgili düzenlemelere göre belirlenir⁴⁷⁹ (TBK m. 41/I). Yönetim yetkisiyle kazanılan bir temsil yetkisinin varlığı halinde, yetki, olağan işleri kapsar⁴⁸⁰. Kapsamın bundan da dar olması halinde bunun üçüncü kişilere bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi üçüncü kişilere yapılan bildirimle göre belirleneceği için⁴⁸¹, olağan işlerden dar olan bu yetkiyi aşan bir işlem yapıldığında, bu husus ortaklar tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir⁴⁸².

Adi ortaklık taraf ehliyetine sahip olmadığı için ortaklık olarak dava açamayacağı gibi kendisine karşı dava da açamaz⁴⁸³. Ortaklar dava açmak

⁴⁷⁸ Bu bölümdeki temsil yetkisinin kapsamı hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci bölüm, 1.4.2.3.

⁴⁷⁹ Poroy vd. (2014), s. 70.

⁴⁸⁰ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 30; Şener (2015), s. 20; Kırcı (2000), s. 69. Olağan – olağanüstü iş ayrımı için bkz. Aşkan (2003), s. 55 vd.

⁴⁸¹ Ansay (1967a), s. 116; Esener (1961), s. 84.

⁴⁸² Poroy vd. (2014), s. 70.

⁴⁸³ B. Kuru (2001). Hukuk muhakemeleri usulü cilt 1. İstanbul: Demir Demir, s. 965; Ansay (1967a), s. 124; Poroy vd. (2014), s. 71; Şener (2008), s. 155; Barlas (2012), s. 89; Doğanay (1963), s. 31; Ansay (1967a), s. 124; Karayalçın (1973), s. 133; Yalman ve Taylan (1976), s. 63; Özenli (1988), s. 155. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.10.1990 Tarih, 469 Esas, 4198 Karar sayılı kararı. Aktaran: Uygur (2003), s. 530. "...taraf ehliyeti yoktur, ancak davalı borçlu olarak gösterilen ortak girişimin ortakları aynı avukata ayrı ayrı vekâletname vererek davaya yanıt verip husumeti kabul etmişse davanın ortak girişimi meydana getiren şirketlere karşı açıldığını kabul edilmesi gerekir." Yargıtay 15.

istedikleri zaman birlikte hareket etmek zorundadır. Ortakların aralarında mecburi dava arkadaşlığı (HMK m. 59) vardır⁴⁸⁴. Dava takip etmek özel temsil yetkisini gerektiren hallerden olduğu için olağan temsil yetkisinin kapsamında değildir⁴⁸⁵. Ortaklar kendilerini davada temsil ettirmek için özel temsil yetkisi vermelidir.

Hukuk Dairesinin 9.5.2016 Tarih, 2016/1597 Esas, 2016/2652 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016) Ne var ki uygulamada yanlış izlenimler edindirecek şekilde "adi ortaklığın açtığı dava" gibi ifadeler kullanılmaya devam edilmektedir. Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.5.2016 Tarih, 2016/1692 Esas, 2016/2805 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi 19.07.2016)

⁴⁸⁴ Ansay (1967a), s. 125; Uygur (2012), s. 2645; Şener (2015), s. 20; von Tuhr (1983), s. 801 vd. ; Poroy vd. (2014), s. 71; Şener (2008), s. 155; Barlas (2012), s. 90. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.05.2003 Tarih, 874 Esas, 2540 Karar sayılı kararı. Kazancı'dan aktaran: Barlas (2012), s. 90, dn. 221. "Ortaklar davada mecburi dava arkadaşlığı durumundadır." Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.5.2016 Tarih, 2015/4018 Esas, 2016/2756 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016) Bir görüşe göre ortaklık aleyhine açılacak davada müddeabih para dışında bir şeyse ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Bkz. Yalman ve Taylan (1976), s. 168. Yargıtay da bir kararında bu hususa değinmiştir: "davanın konusu para ise; ortaklar bu borçtan müteselsil sorumlu bulduklarından ortaklardan biri, bazıları ya da tümüne karşı (ihtiyari dava arkadaşlığı) dava açılabilecektir." Yargıtay 15. HD. 19.01.2016 T. , 2015/3393 E. , 2016/257 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr Erişim tarihi: 18.07.2016)

⁴⁸⁵ "Yönetici ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerden olup, bu konuda kendisine sözleşmeyle ya da ortaklar kurulu kararıyla özel yetki verilmiş olması gerekir. Aksi halde taraf teşkilinin sağlandığı kabul edilemez. Adi ortaklık adına açılan davada taraf teşkili tam değilse tamamlanması için davacıya süre verilmeli, tamamlanmadığı takdirde davanın husumet yokluğundan reddedilmelidir." Yargıtay 15. HD. 16.5.2016 T. , 2015/4018 E. , 2016/2756 K. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016) Bu durum, adi ortaklıkta yönetici ortaklarla diğer ortaklar arasındaki ilişkilerde hüküm bulunmadıkça vekâlet sözleşmesi hükümlerine gidileceği göndermesine dayanarak TBK m. 504/III'e göre belirlenmiştir. Özenli (1988), s. 91; Barlas (2012), s. 91; Kuru (2001), s. 967; Ansay (1967a), s. 125; Yalman ve Taylan (1976), s. 168; Yıldız (2008), s. 60. Karşıt bir görüşe göre özel yetkiye gerek yoktur, çünkü burada TTK m. 223 (eTTK m. 165) uygulanmalıdır. Bkz. Şener (2008), s. 160 – 161, 413; Şener (2015), s. 20; Karayalçın (1973), s. 89; Yalman ve Taylan (1976), s. 107. Başka bir görüşe göre ise temsilci olağan – olağanüstü iş ayrımıyla hiç bağlı değildir; her türlü işlemi tek başına yapabilir. Bkz. Alver (1991), s. 9.

2.4. Adi Ortaklıkta Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Adi ortaklıkta temsil yetkisinin sona ermesi ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından temsile dair genel hükümler içinde yer alan sona erme sebepleri (TBK m. 42 – 43), bünyesine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığa da uygulanır. Bu cümleden olmak üzere, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesiyle temsil yetkisi sona erer. Bunlara ek olarak yetki süreye bağlanarak verilmişse sürenin bitmesi; adi ortaklık sözleşmesinde ya da ortaklık kararında belirtilen özel bir sona erme sebebi varsa bu sebebin gerçekleşmesi; adi ortaklığın sona ermesi ve tüzel kişiliğın sona ermesi durumlarında da temsil yetkisi kaybedilir.

Temsil yetkisinin geri alma yoluyla sona erdirilmesi özellik gösterir. Temsil yetkisinin adi ortaklık sözleşmesiyle veya ortaklık kararıyla verildiği durumlarda sözleşmenin veya kararın değiştirilmesi ya da hükümden düşürülmesi halinde, görünüşte temsil ilkesiyle meydana gelen istisna haricinde, temsil yetkisi de sona erer. Bu yol da şüphesiz bir nevi geri almadır. Fakat adi ortaklık için TBK m. 42 anlamındaki, sözleşme ya da karar değişikliği olmadan, asıl geri alma hakkının uygulanabilirliğini incelerken bir ayırım yapmak gerekir. Temsil yetkisine sahip kişi ortaklardan biri değilse, bu hükmün uygulanması herhangi bir soruna yol açmaz. Temsil yetkisi serbestçe geri alınabilir. Diğer yandan doktrindeki bir görüşe göre⁴⁸⁶ temsilcinin ortaklardan biri olması halinde temsilci bu sıfatının yanında aynı zamanda temsil olunanlardan biridir. Yani bu ortak, temsilci ve temsil olunan sıfatlarını

⁴⁸⁶ Poroy vd. (2014), s. 70.

bünyesinde aynı anda barındırır. Dolayısıyla temsilci ortak, hukuki statüsü itibariyle kanunun genel temsil hükümlerinde düzenlenen temsilciden farklıdır. Bunun bir sonucu olarak da yönetim hakkının geri alınması, temsil yetkisinin geri alınmasını sınırlayıcı bir şekilde haklı sebeplerin varlığına (TBK m. 629/I) bağlanmıştır. Böyle bir durumda karine gereği (TBK m. 637/III) temsil yetkisine sahip olan yönetici ortağın temsil yetkisini kaybetmesi için yöneticilikten alınması; bunun için de haklı sebeplerin varlığı gerekir. Farklı bir ifadeyle, eğer yönetici kişi ortaklardan biriye, TBK m. 637/III'teki karine gereği temsil yetkisi var sayılır. Bunun olumsuz anlamı ise yönetici olmayan ortakların temsil yetkisinin olmamasıdır⁴⁸⁷. Dolayısıyla yönetim yetkisine sahip bir ortak yönetici sıfatını kaybederse, artık yalnızca ortak sıfatını haiz olacaktır. Bunun neticesi olarak da sahip olduğu temsil yetkisini kaybedecektir. İşte bu ihtimal, temsil yetkisinin kaybedilmesinin adi ortaklığa özgü ve kanundan doğan yollarından biridir.

Temsil yetkisinin, yönetim yetkisinin kaybedilmesine bağlı olarak sona ermesinin başka bir önemi daha bulunmaktadır. Yönetici ortağa temsil yetkisi bir sözleşmeyle, örneğin vekâlet sözleşmesiyle birlikte verilmişse, temsil yetkisinin yönetim yetkisine yani vekâlete bağlı olarak kaybedilmesi, temsil yetkisinin bağımsızlığı ilkesine aykırı düşer. Temsilde yetkinin bağımsızlığı ilkesinin anlamı, temsil yetkisinin ana ilişkiye bağımlı olmaması, bir sözleşmeye dayandırılmadan verilir geri alınabilmesidir. Adi ortaklıkta ise yönetici ortakla ortaklık arasında bir sözleşme ilişkisi olsa bile temsil yetkisi yönetim yetkisi geri alınmadan sona erdirilemez. Bu tespit bir tereddüde yer olmadığına göre,

⁴⁸⁷ "Kendisine idare yetkisi verilmiş olan bir ortağın temsil yetkisi de zaten mevcut farz olunduğu gibi tersine olarak idare yetkisi bulunmayan bir ortağın temsil yetkisi de kural olarak yok sayılır." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 25.12.1964 Tarih, 64-7974 Esas, 6182 Karar sayılı kararı. Aktaran: Olgaç (1969), s. 692.

adi ortaklık bakımından temsil yetkisinin bağımsızlığı ilkesine kanuni bir istisna getirildiği söylenebilir.

Ortaklık tarafından üçüncü kişilere temsil yetkisinin varlığı hakkında bilgi verilmişse, temsil yetkisinin geri alındığının da bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde temsil olunan ortaklar, temsil yetkisi geri alınmış olduğu halde üçüncü kişilerle işlem yapmış olan temsilcinin yaptığı işlemle bağlı olmak sonucuyla karşı karşıya kalabilirler. Bu durum kanunda *“Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı onlara bildirmedeği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir (TBK m. 42/III). Aynı şekilde temsilciye yetki belgesi verilmişse bu belgenin geri alınması için gerekeni yapmayan temsil olunan ortaklar, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu sebeple uğradığı zararları karşılamak zorundadırlar; temsilcinin yetkisizliğini ileri süremezler (TBK m. 44/II).

Öte yandan gizli ortaklıklar bakımından yönetim yetkisinin geri alınması temsil yetkisini sona erdirmez. Zira gizli ortaklıklarda aktif ortak yönetim yetkisini kaybetse bile dışa karşı işlem yapmaya devam edebilir⁴⁸⁸. Bunun sonucunda ortaklığın işlemez hale gelmesi kaçınılmaz olacağından gizli ortak aktif ortağın yönetim yetkisini sona erdirmek yerine ortaklığı sona erdirmeyi tercih edebilir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Bilgili (2003), s. 129.

⁴⁸⁹ Bilgili (2003), s. 130.

2.5. Adi Ortaklıkta Yetkisiz Temsil

2.5.1. Genel olarak

Adi ortaklık temsilcisinin yetkisi son bulunduğunda artık temsil ile işlem yapamaz. Temsil yetkisi yönetim yetkisiyle birlikte kazanılmışsa yönetim yetkisinin sona ermesiyle temsil yetkisi de sona erer. Bunun sonucu olarak yetkilerini kaybetmesine rağmen işlem yapmaya devam eden kişi, iç ilişki bakımından vekâletsiz iş gören⁴⁹⁰ (TBK m. 630/II); dış ilişki bakımından da yetkisiz temsilci olur⁴⁹¹ (TBK m. 46 – 47).

Yetkisiz temsil, temsil yetkisinin işlem yapıldığı anda mevcut olmaması ya da yetkinin sınırlarının aşılması halinde gündeme gelir⁴⁹². Elbette yetkisiz temsil için doğrudan temsilin diğer tüm şartları eksiksiz mevcut olmalıdır. Bu kapsamda, bir hukuki işlem yapılmalı ve işlem temsil olunan adına ve hesabına yapılmalıdır. Bu bakımdan işlemde eksik olan tek unsur geçerli bir temsil yetkisidir.

Dolaylı temsilde yetkisiz temsil faaliyetinin herhangi bir özelliği yoktur. Bunun sebebi dolaylı temsilin niteliği gereği, temsilcinin işlemi kendi adına yapması; işlemin temsil olunanları bağlaması için ikinci bir işlemin gerekmesidir. Dolaylı temsilde temsil yetkisi mevcut olsa da olmasa da veya yetki aşılsa da aşılmasa da temsilci işlemin sonuçlarından şahsen sorumlu olur. Adi ortaklık için düşünülürse, kendi adına ve ortaklık hesabına hareket eden kişinin yaptığı işlem zaten kendisini bağlar. Dolayısıyla doğrudan temsilde

⁴⁹⁰ Pulaşlı (2015), s. 63; Uygur (2012), s. 2679; Ansay (1967a), s. 120; Şener (2015), s. 47. Vekâletsiz iş görmenin temsil bakımından sonuçları için bkz. Kırca (1995), s. 444.

⁴⁹¹ Kırca (1995), s. 445.

⁴⁹² Ansay (1967a), s. 119; Sungurbey (1988), s. 11.

yetkisiz temsilcinin karşı karşıya kaldığı “işlemin sonuçlarından şahsen sorumlu olma” yaptırımını, dolaylı temsil bakımından doğal sonuçtur. O halde dolaylı temsilcinin, yetkisi olmadan giriştiği temsil faaliyeti yaptırımsız kalmaktadır.

2.5.2. Adi ortaklıkta yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları

2.5.2.1. Genel olarak

Adi ortaklıkta yetkisiz temsil halinde, TBK m. 637/II’de genel temsil hükümlerine yapılan atıf sayesinde TBK m. 46 – 47 hükümleri uygulanabilir⁴⁹³. Buna göre ortaklar, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemi onamadıkları takdirde işlemle bağlı değildir⁴⁹⁴. Dolayısıyla, yetkisiz temsilin sonucunda temsil olunan ortakların hukuki işlemi onamaları ve onamamaları şeklinde iki ihtimal mevcuttur. Temsil yetkisi olmadan işlemin yapılmasıyla, yukarıda ifade edilen iki ihtimalden birinin şartlarının gerçekleşerek, yapılan işlemin akıbetinin belli olmasına kadar geçen süre askı süresidir⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Yavuz vd. (2014), s. 1524. Ayrıca bkz. “...şirket namına üçüncü bir şahısla şeriklerden biri bir muamele yaptığı takdirde diğer şerikler temsil hakkındaki hükümlere tevfikân üçüncü şahsın alacaklısı ve borçlusunu olurlar... Bu itibarla, adi ortaklığı temsilen idareci şerikin imzaladığı emre muharrer senetlerden dolayı şirket ortağı olan davacı da sorumlu bulunduğu halde...” Yargıtay Ticaret Dairesinin 28.3.1972 Tarih, 1972/256 Esas, 1972/1566 Karar sayılı kararı. Aktaran: Yalman ve Taylan (1976), s. 176. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.11.1994 Tarih, 14959 Esas, 15051 Karar sayılı kararı. Aktaran: Kaçak (2002), s. 1063. Fakat kararlarda kıymetli evrak düzenlemenin yönetici ortağın temsil yetkisine dâhil olup olmadığına değinilmemiştir.

⁴⁹⁴ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 41.

⁴⁹⁵ Sungurbey (1988), s. 44; Oğuzman ve Öz (2014), s. 249.

Yetkisiz temsille yapılan ve diğer unsurları tam olan bir işlem, baştan itibaren geçersiz bir işlemdir⁴⁹⁶. Burada geçersizliğin türü ise noksanlıktır (eksiklik)⁴⁹⁷. Çünkü böyle bir işlemde, o hukuki işlemin olmazsa olmaz unsurları mevcuttur ve kesin hükümsüzlük sebepleri söz konusu değildir. Bu halde işlemde sadece hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması için gerekli olan unsurlardan biri eksiktir. Bu eksiklik temsil olunan ortaklar tarafından onama ile giderilinceye veya işlemin onanmayacağı bildirilinceye kadar devam eder.

Noksanlığın en önemli sonucu, onama halinde eksikliğin giderilerek işleme baştan itibaren geçerlilik kazandırılması; onamama halinde ise geçersizliğin türünün kesin hükümsüzlüğe dönüşmesidir⁴⁹⁸.

Yetkisiz temsilde işlemin kural olarak temsil olunan ortakları bağlamamasının en önemli istisnası üçüncü kişinin temsil yetkisinin yokluğu konusunda iyiniyetli olmasıdır⁴⁹⁹. Üçüncü kişi, temsil yetkisinin olmadığını bilmiyorsa temsil olunan ortaklar bu işlemle bağlı olmadıklarını ileri süremezler. Kanunkoyucu ayrıca geri alma yoluyla sona erme haline özgü bir hüküm getirerek, yetkinin verildiğinden haberdar edilen üçüncü kişilerin, yetkinin alındığından da haberdar edilmesi gerektiğini belirtmiştir (TBK m. 42/III). Aksi takdirde temsil olunan ortaklar işlemle bağlı olurlar. Benzer bir hüküm de TBK m. 45/I'de bulunmaktadır. Ortaklık temsilcisinin kendi yetkisinin sona erdiğini bilmemesi halinde de temsil olunan ortaklar işlemle bağlı olacaktır. Bu hüküm her ne kadar önceki istisnayı genişletiyormuş gibi

⁴⁹⁶ Eren (2015), s. 333; Oğuzman ve Öz (2014), s. 184.

⁴⁹⁷ Eren (2015), s. 333; Oğuzman ve Öz (2014), s. 184.

⁴⁹⁸ Eren (2015), s. 333.

⁴⁹⁹ Konu hakkında bkz. İkinci bölüm, 1.4.1.

görünse de devamındaki fıkrayla bu istisnayı üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu hallerle sınırlamıştır (TBK m. 45/III).

2.5.2.2. Temsil olunan ortakların işlemi onaması halinde

Buradaki onama (icazet) işleminden sonra verilen ve tamamlayıcı nitelikteki beyandır. Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem temsil olunan ortaklarca onanırsa işlemin eksik unsuru tamamlanır ve işlem baştan itibaren geçerliymiş gibi hüküm doğurur⁵⁰⁰. Böylece ortaklar temsilci aracılığıyla yapılan işlemle bağlı hale gelirler⁵⁰¹.

2.5.2.3. Temsil olunan ortakların işlemi onamaması halinde

Temsil olunan ortaklar işlemi onamayabilir. Adi ortaklıkta yetkisiz temsilcinin ortaklık dışından biri olmasıyla ortaklardan biri olması halleri arasında temsil olunan ortakların işlemi onamamasının sonuçları bakımından fark bulunur. Yetkisiz temsilci olan kişi dışarıdan biriye genel temsil düzenlemesi gereği yetkisiz temsilcinin yaptığı ve onanmayan işlem ne ortakları ne de yetkisiz temsilciyi bağlar. İşlem kesin hükümsüz olur⁵⁰². Üçüncü

⁵⁰⁰ Temsil olunanların yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemi onaması ve onamaması hallerinin vekâletsiz iş gören bakımından sonuçları için bkz. Kırcı (1995), s. 446.

⁵⁰¹ Ansay (1967a), s. 119. Adi ortaklık bünyesinde yetkisiz temsille gerçekleştirilen bir işlemi onayan temsil olunan ortakların daha sonra işlemle bağlı olmadıklarını ileri süremeyeceklerine dair karar için bkz. "...günlü ihtarnamede ortaklığı kabul etmek suretiyle (A.E.) tarafından yapılan ortaklık sözleşmesine sonradan icazet vermiş ve böylece sözleşme taraflar için bağlayıcı hale gelmiştir." Yargıtay 13. HD. 6.3.1986 T. , 1986/768 E. , 1986/1327 K. Aktaran: Özenli (1988), s. 238.

⁵⁰² Şener (2015), s. 77.

kişinin işlemin kesin hükümsüz olmasından dolayı uğradığı zararlardan, ortaklığın yetkisiz temsilcisi sorumludur. Buna karşılık temsilci ortaklardan biriye, işlemi ortaklık adına yaptığı ve kendisi de ortaklıkta yer aldığı için aslında kendi adına da yapmış olur.

Yetkisiz temsilcinin ortaklardan biri olması halinde genel temsil düzenlemesi içinde yer alan yetkisiz temsilin sonuçlarından farklı bir sonuç ortaya çıkar. Temsilci ortak işlemi sadece temsil olunan ortaklar adına değil, aynı zamanda kendi adına da yapar. Bunun sonucu olarak, aslında yetkisiz olduğu bir işlemi yapan temsilci ortak, işlemin sonuçlarıyla bağlı olur⁵⁰³. Gerçekten, hukuki işlemin diğer unsurları tamsa yetkisiz temsilci ortağın üçüncü kişiyle kendisi ve temsil olunan ortaklar adına yaptığı işlem, temsil olunanlar tarafından onanmasa bile kendisi bakımından geçerliliğini korur. Yetkisiz temsilci ortak bu işlemin gereklerini yerine getirmek; bir borç altına girdiyse bu borcu ifa etmek zorundadır. Bu borcun ancak diğer ortakların katılımıyla ifa edilebilen bir borç olması, diğer bir deyişle kendi başına ifa edemeyeceği bir borç olması sonucu değiştirmez⁵⁰⁴. Aynı nitelikte bir tasarruf işlemi borçlandıysa gerekli tasarruf yetkisine sahip olmadığından bu tasarruf işlemi de tek başına yapamaz. Böyle bir işlemi yapamayacak olması da temsilci ortağı borçtan kurtarmaz. Temsilci ortak, üçüncü kişinin, bahsedilen tasarruf işleminin gerçekleştirilmemesinden kaynaklanan zararını, diğer ortaklara rücu etmeden tazmin etmek zorundadır⁵⁰⁵. Durumun, kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişi açısından da benzer bir görünümü vardır. Normal şartlar altında kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacak olan yetkisiz işlem,

⁵⁰³ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 41; Şener (2008), s. 77, 409; Şener (2015), s. 77; Barlas (2012), s. 83; Kırca (2000), s. 70; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 677.

⁵⁰⁴ Armutcuoğlu (2009), s. 77.

⁵⁰⁵ Armutcuoğlu (2009), s. 77.

temsilciyle üçüncü kişi arasındaki ilişki sonuç doğurduğu için bu yaptırımdan kurtulur. Dolayısıyla sadece yetkisiz temsilci ortak değil, aynı zamanda üçüncü kişi de, normalde onanmama halinde sözleşmeyle bağlılıktan kurtulurken bu halde işlemle bağlı kalmaya devam eder⁵⁰⁶.

Sözleşmenin geçerli olmasından zarar görecektir olan üçüncü kişinin hukuki durumunu dengelemeyi amaçlayan bir görüşe göre⁵⁰⁷ böyle bir durumla karşılaşan üçüncü kişi, sözleşmenin ifasına alternatif olarak sözleşmeyi geçersiz kabul ederek geçersizliğinden kaynaklanan zararlarının tazminini talep etme hakkına da sahip sayılmalıdır. Bu durumda genel temsil düzenlemesinin öngördüğü ve adi ortaklığın temsilcisinin ortaklar dışında biri olması halinde ortaya çıkan sonuç geçerli olur.

Yetkisiz temsilci ortak ile üçüncü kişi, aralarında geçerli biçimde hüküm doğuran bu sözleşmeden kaynaklanan her türlü borçtan sorumlu oldukları gibi sahip oldukları her türlü hakkı da talep edebilirler. Bu haklar sadece sözleşmenin konusundan kaynaklanan alacak hakkı olmak zorunda değildir. Sözleşmede bir irade bozukluğu hali varsa bundan doğan haklar, dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerin ihlali halinde diğer tarafın sahip olduğu haklar, ayıptan doğan haklar gibi haklar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin üçüncü kişi, yetkisiz temsilci ortakla sözleşme yaparken iradesini kurmak istediği sözleşme yerine başka bir sözleşme için açıklamışsa yanılma hükümlerine, başka bir ihtimalde şartları varsa aldatma hükümlerine başvurabilir. Buna karşılık "sözleşmeyi sadece temsilci ortakla değil, ortaklıkla yaptığını zannettiği" olgusunu ileri sürerek yanılmaya veya aynı konuda temsilci ortak tarafından aldatıldığını ileri sürüp aldatmaya dayanarak

⁵⁰⁶ Armutcuoğlu (2009), s. 77.

⁵⁰⁷ Armutcuoğlu (2009), s. 77.

sözleşmeyi iptal edemez⁵⁰⁸. Yetkisiz temsilci ortak için de aynı durum geçerlidir. Ortak, temsil yetkisi bulunmadığı halde bulunduğuna ilişkin bir yanılmaya düşerek işlem yaptığını ileri sürerek sözleşmeyi iptal edemez⁵⁰⁹.

Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemin kesin hükümsüz olması yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu ifade eder. Yetkisiz temsilci iç ilişkide ise ortaklara karşı da vekâletsiz iş gören konumundadır⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Adi ortaklık bünyesinde yetkisiz temsille yapılan işlemin iptal edilebilir olması için öncelikle temsil olunan ortakların işlemle hiçbir şekilde bağlı olmamaları gerekir. Temsil olunan ortaklar somut olayda mevcut bir istisna gereği işlemle bağlı tutulabiliyorlarsa, yanılma ya da aldatma hükümlerine gidilerek temsilciyle üçüncü kişi arasındaki işlemin iptalinin sağlanması mümkün olmaz. Üçüncü kişinin yukarıdaki cümlede geçen savı bu gerekçeyle geçersizdir. Çünkü üçüncü kişi temsil yetkisinin yokluğu konusunda iyiniyetliyse yetkisiz temsilcinin de iyiniyetli olması kaydıyla yaptığı işlem zaten temsil olunan ortakları bağlayacaktır. Eğer temsil yetkisinin olmadığını bilerek işlem yaptıysa o takdirde zaten işlemi yetkisiz temsilci bireyin kendisiyle yaptığının bilincindedir. Bu durum da ileri sürdüğü savla çelişir. Ancak şöyle bir ihtimalde iptal edilebilirlik gündeme gelebilir: Üçüncü kişi iyiniyetliken temsilci iyiniyetli değilse işlem ortakları bağlamaz. Bu durumda iptal edilebilirlik şartlarının sağlandığı düşünülebilir.

⁵⁰⁹ Bunun sebebi de üçüncü kişinin yanılmayı ileri sürememesine benzer bir niteliktedir. Temsilci ortak, yetkisinin sona erdiğini bilmiyorsa yapılan işlem üçüncü kişinin de yetkisizliği bilmemesi kaydıyla temsil olunan ortakları bağlar. Dolayısıyla burada sözleşmeyi iptal etmenin anlamı olmadığı gibi temsilcinin buna yetkisi de yoktur. Diğer ihtimalde temsil yetkisinin olmadığını biliyorsa bu durum ileri sürdüğü sava zıt düşer. Ne var ki temsilci ortağın iki özel yanılma sebebine dayanması halinde yanılmasına hak verilebilir. Bunlardan ilki geçerli ve sona ermemiş bir temsil yetkisine dayanan temsilci ortağın, yaptığı işlemin yetkisi dâhilinde olduğu zannıyla hareket etmesi fakat gerçekte yetkisini aşmış olmasıdır. Böyle bir durumda TBK m. 32'deki saikte yanılma halinin şartları mevcutsa ortak yanılmaya başvurabilir. İkinci hal ise temsilci ortağın yetkisizlik olgusunu kendisinin bilmemesi fakat üçüncü kişinin bilmesidir (TBK m. 45/II). Kendisi iyiniyetli olan temsilci ortağın işlem yaptığı üçüncü kişi iyiniyetli değilse sözleşme sadece ikisi arasında kurulur. Bu durumda da ortak işlemi yetkili olduğu zannıyla yaptığını ileri sürerek yanılma hükümlerinden yararlanabilir.

⁵¹⁰ Kirca (1995), s. 443.

2.6. Temsilin Sonuçları

Adi ortaklıkta ister doğrudan temsilci aracılığıyla ister ortakların katılımıyla yapılsın, gerçekleştirilen hukuki işlem sonucunda elde edilen şeyler, ortaklığın ortakların elbirliğiyle malik olduğu malvarlığına dâhil olur⁵¹¹. Kanunkoyucu bu hususu TBK m. 638/I'de "*temsilin sonuçları*" başlığı altında düzenlemiştir. Sözü geçen fıkraya göre, "*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*" Hükümde ilk olarak "*ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen*" ibaresi dikkati çekmektedir. Bir şeyin veya hakkın "*ortaklık için edinilmesi*", ortakların tümünün katılımıyla yapılan işlemlerde mümkündür. Ayrıca doğrudan temsil halinde de işlemin ortakların katılımıyla yapılmasıyla aynı sonuçlar doğar. Gerçekten, doğrudan temsilde ortaklık temsilcisinin (ortakların temsilcisinin) yaptığı hukuki işlem sonuçlarını doğrudan doğruya temsil olunanlar üzerinde doğurur. Zira işlem, temsil olunan ortaklar adına ve hesabına yapılmaktadır. Buna karşılık "*ortaklık için edinmenin*" ortakların katılımıyla ya da doğrudan temsil ile yapılan işlemlerde söz konusu olduğu göz önünde bulundurulursa, "*ortaklığa devredilen*" ibaresinin hangi durumu karşıladığını tespit etmek gerekir. Konuyla ilgili olarak bir an için "*devredilme*" kavramının ortaklığa bir sözleşme sonucu üçüncü kişiler tarafından bir eşyanın veya hakkın devredilmesini ifade ettiği düşünülebilirse de bu durum "*ortaklık için edinme*" kavramına daha uygun düşmektedir. Aksi kabul edilecek olunursa "*ortaklık için edinme*" kavramının içi boşalacak, bu kavramın karşıladığı durumlar daralacak; belki de tükenecektir. Dolayısıyla üçüncü kişilerden ortaklığa devredilen eşya ya da hakların "*ortaklık için edinme*" ibaresiyle

⁵¹¹ Poroy vd. (2014), s. 70; Şener (2008), s. 181; Yalman ve Taylan (1976), s. 169.

karşılandığı söylenebilir. Bu ibare açısından durum böyleyken “ortaklığa devredilen” ibaresi ise dolaylı temsil müessesesini çağrıştırmaktadır. Nitekim dolaylı temsilde dolaylı temsilci, ortaklar hesabına yaptığı işlemin sonuçlarını ikinci bir işlemle ortaklara devretmektedir. O halde “ortaklığa devredilen” ibaresinin, adi ortaklıkta dolaylı temsil sonucu edinilen şeyler ve haklar için koyulduğu kabul edilebilir.

Anılan hükümde “şeyler, alacaklar ve aynı haklar” ibaresiyle temsilin, ortakların malvarlığının aktifini artıran ya da pasifini azaltan unsurlar bakımından sonucu işaret edilmektedir. Gerçekten, ortaklığın üstlendiği borçlar için hâlihazırda ayrı bir mekanizma bulunmaktadır. Bu sebeple TBK m. 638/I’de düzenlenen sonuçlar, temsil sonucunda edinilen bu malvarlığı değerleri için geçerlidir; üstlenilen borçlar için uygulanacak hüküm TBK m. 638/III’tür. Burada “şeyler” ifadesi hukuki anlamda eşyayı ifade ederken; alacaklar ve aynı hakların sayılması haklar için de aynı sonucun geçerli olduğunu belirtir.

Üçüncü Bölüm

Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk

1. Genel Olarak

Kanunun adi ortaklık düzenlemesi içinde borçlardan sorumluluğa ilişkin getirdiği tek hüküm TBK m. 638/III'tür. Fıkranın yer aldığı madde "*temsilin sonuçları*" başlığını taşır. Buna rağmen TBK m. 638/III hükmü, hem kaleme alınış biçimiyle hem sorumluluğa yer verilen tek hüküm olmasıyla sadece temsilin bir sonucu olarak sorumluluğu değil, genel olarak ortakların borçlardan sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Nitekim adi ortaklıkta borçlar sadece temsil yoluyla değil, doğrudan ortakların katılımıyla da üstlenilebilir. İlgili fıkra göre: "*Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.*" Madde lafzından da anlaşılacağı üzere, ortakların borçlardan sorumluluğu kural olarak müteselsildir. Adi ortaklıkta sorumluluğun kaynaklarından yola çıkılarak, sorumluluğun doğumunu, gösterdiği özellikleri, sonuçlarını ve bazı özel durumları sırasıyla ele almak uygun olacaktır.

2. Borçlardan Sorumluluğun Kaynakları

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı gibi bu çeşit ortaklık Türk hukukunda bağımsız bir hak öznesi olarak da kabul edilmemiştir. Bu sebeple bir adi ortaklığın ortaklık faaliyetleriyle ilgili olarak dış âlemle ilişkiye girmesi

ancak iki şekilde olabilir. Üçüncü kişilerle işlem, ya ortakların hepsinin katılımıyla ya da ortakların tümünü temsil etmesi kaydıyla bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Burada değinilmesi gerekir ki, dolaylı temsilde borçlardan sorumluluk konusu bu başlığın inceleme alanına dâhil değildir. Çünkü dolaylı temsilde temsilci işlemin sonuçlarından şahsen sorumludur. Temsil olunan ortakların sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için borçların ikinci bir işlemle devredilmesi gerekir. Dolayısıyla ortaklar dolaylı temsil faaliyetiyle meydana gelen borçlardan sorumlu değildir.

Adi ortaklık bünyesinde ortakların borçlardan sorumluluğunun ilk kaynağı ortakların hukuki işlemi müştereken, diğer bir deyişle hepsinin katılımıyla yapmasıdır. Ortakların tümünün bizzat katılmadığı bir işlem kural olarak ortaklığın sorumluluğunu doğurmaz. İşlemi yapan ortaklar şahsen sorumlu olurlar. Buna karşılık ortakların işlemin yapılması aşamasında bizzat bulunmasa da kendisini temsil ettirerek katılması mümkündür. Bu halde de ortakların sorumluluğu için gereken şart sağlanmış olur. Bir hukuki işleme ortakların tümünün katılması, hukuki işlemin niteliğine bağlı olarak, her zaman ortakların tümünün iradelerini aynı anda açıklaması anlamına gelmez. Özellikle yazılı bir hukuki işlem söz konusuysa ortaklar farklı zamanlarda işleme katılabilirler. Uygulamada elden ele dolaştırılan imza buna örnek olarak verilebilir.

Sorumluluğun ikinci kaynağı ise temsilci kullanılarak işlem yapılmasıdır. Temsilci aracılığıyla yapılan hukuki işlemlerden doğan borçlar da ortakların sorumluluğundadır⁵¹². Bu şekilde sorumluluğun meydana gelebilmesi için temsilcinin, eksiksiz olarak tüm ortaklar tarafından yetkilendirilmesi gerekir.

⁵¹² Yalman ve Taylan (1976), s. 169.

Yetkilendirme iradi olabileceği gibi kanunda yönetici ortaklar için getirilen ve temsil yetkisini varsayan karine gereği de olabilir (TBK m. 637/III). Karinenin devreye girmesi durumunda her ortağın ayrıca temsil yetkisi vermesine lüzum yoktur. Bu durumda yönetici, ortaklığı ve dolayısıyla her bir ortağı temsil etme yetkisini kanun gereği kazanır. Temsilci aracılığıyla ortaklık adına ve hesabına hukuki işlem yapılması halinde tüm ortaklar işlemin sonuçlarıyla doğrudan doğruya bağlı olacaktır. Aynı kapsamda, yapılan hukuki işlemin sonuçları arasında bir borç varsa bundan sorumluluk da ortaklığa aittir. Sadece hukuki işlem yapılmasının sonucunda değil, aynı zamanda hukuki işlemin ifası esnasında da borç doğabilir. Üçüncü kişiyle ortaklık arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde temsilcinin, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişiye verdiği zarar sonucu doğan borçlarda böyle bir sorumluluk gündeme gelebilir. Anılan durumda ortaklar birbirlerinin ve ortaklık temsilcisi de ortakların ifa yardımcısı sayılabilir⁵¹³. Çünkü burada borcun ifası esnasında ve sözleşmenin karşı tarafına verilen bir zarar söz konusudur⁵¹⁴. Aksi yöndeki bir görüşe⁵¹⁵ göre ise müteselsil borçlular arasında ifa yardımcılığı mümkün değildir. Adi ortaklık ortakları dışı karşı müteselsil borçlu oldukları için birbirlerinin ifa yardımcısı kabul edilemez. Ortaklık temsilcisi yardımcı kişi kabul edilirse ortakların borcunun kaynağı da yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu düzenleyen TBK

⁵¹³ Fellman ve Müller (2006), artikel 544'den aktaran: Armutcuoğlu (2009), s. 104; Z. Şenocak (1995). Borçlunun ifa yardımcılardan dolayı sorumluluğu. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, s. 258. İfa yardımcısı, şahsen ifa kuralının olmadığı bir edim için borçlu adına ifayı gerçekleştiren, asıl borçlunun denetim ve gözetimi altındaki yardımcısıdır. Bkz. Eren (2015), s. 926. İkame kişi farklı bir kavramdır. İfa ikame kişilerce de yapılabilir. İkame kişi ifa yardımcısı gibi borçlunun denetimi ve gözetimi altındaki yardımcısı değildir; ikame kişi borçluya karşı bağımsızdır. Genelde vekildir. Bkz. Eren (2015), s. 926 – 927 vd.

⁵¹⁴ Eren (2015), s. 1071.

⁵¹⁵ M. Canyürek (2003). Müteselsil borçlulukta iç ve dış ilişkiler. İstanbul: Vedat, s. 38, dn. 95; Tekinay vd. (1993), s. 311; Akıntürk (1971), s. 196.

m. 116 olur⁵¹⁶. Böyle bir sorumluluğun gündeme gelmesi için ifada yardımcı kullanılmasının caiz olması (şahsen ifanın gerekmemesi) ve TBK m. 116'nın diğer şartlarının sağlanıyor olması gerekir. Ayrıca sorumluluğun kapsamı sadece sözleşmedeki edimin ihlali olarak değil, "*işin yürütülmesi esnasında*" verilen zarar anlamında geniş yorumlanmalıdır⁵¹⁷. Buna karşılık zarar, tabiiyet altında olan bir çalışanın fiiliyle ve sözleşmenin karşı tarafı olmayan bir üçüncü kişiye verildiyse durum farklıdır. Böyle bir durumda ortakların sorumluluğunun kaynağı TBK m. 116'daki yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk değil, TBK m. 66'daki adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğudur⁵¹⁸.

Ortaklığın yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk esasına dayalı olarak sorumlu tutulması, karşı tarafa sadece üstlenilen edimin ifası esnasında verilen zararları değil, aynı zamanda sözleşme sayesinde kazanılan hakkın kullanılması esnasında verilen zararları da kapsar (TBK m. 116/I).

Görüldüğü gibi hukuki işlem boyutuyla ortaklık borçlarından sorumluluk, işlemin ortakların tümünün katılımıyla veya temsilci aracılığıyla yapılmasından kaynaklanır. Ancak elbette borcun kaynakları hukuki işlemden ibaret değildir. Öyleyse konunun haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar boyutlarıyla da incelenmesi gerekir.

⁵¹⁶ Eren (2015), s. 1070 vd.

⁵¹⁷ Eren (2015), s. 1080.

⁵¹⁸ Adam çalıştırmanın sorumluluğunda (TBK m. 66) çalışanın verdiği zarar sözleşme ilişkisi içinde olunmayan bir üçüncü kişiyken yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta (TBK m. 116) zarar ifa esnasında sözleşmenin karşı tarafındaki kişiye verilir. Ortakların, ortaklık temsilcisinin veya çalıştırdıkları kişinin verdiği zararlardan sorumluluğu tespit ederken bu ölçütün de dikkate alınması gerekir. İfa yardımcısı asıl borçlunun denetimi ve gözetimi altında olsa da bu çalışan – çalıştırıcı ilişkisindeki gibi mutlak bir tabiiyet anlamına gelmez. Hatır için, tek seferlik de ifa yardımcılığı yapılabilir. Bkz. Eren (2015), s. 619 vd.

Temsilci ve/veya yönetici olsun olmasın herhangi bir ortağın bir üçüncü kişiye haksız fiille verdiği zarardan doğan borçtan ortaklığın sorumluluğu hiçbir surette söz konusu olmaz⁵¹⁹. Ortakların tümünün haksız fiille iştirak ederek fiili birlikte gerçekleştirmesi halinde ise aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Gerçekten ortakların, ortaklardan birinin işlediği haksız fiille çeşitli sıfatlarla katılması halinde verilen zarardan sorumluluk ortaklara ait olur⁵²⁰. Örneğin iki kişilik bir adi ortaklıkta bir ortak üçüncü kişiyi bıçaklama konusunda diğer ortağı teşvik ederse ve teşvik edilen ortak da fiili işlerse ortaya çıkan zarardan ortaklar birlikte sorumlu olur. Unutulmamalıdır ki buradaki haksız fiil sorumluluğu genel hükümlere dayanmaktadır; yoksa adi ortaklıkta sorumluluk kapsamında değerlendirilemez⁵²¹. Öte yandan ortaklar arasında çalışan – adam çalıştıran ilişkisi mevcut değildir⁵²². Bu sebeple ortakların, içlerinden birinin üçüncü kişiye karşı işledikleri haksız fiilden adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmaları da mümkün değildir. Fakat ortaklar, ortaklıktan olmayan bir kimseyi çalıştırıyorsa, bu kişinin üçüncü kişilere karşı işlediği haksız fiilden sorumlulukları doğabilir⁵²³. Ortaklığın üstlendiği borcun ifası esnasında bir sözleşmeye dayanarak ortaklık adına iş gören ve tabiiyet altında olan kimsenin, borç ilişkisinin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye haksız fiille zarar vermesi durumunda başvurulacak hüküm, adam çalıştıranın kusursuz

⁵¹⁹ Özenli (1988), s. 101; Barlas (2012), s. 86; Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 42; Bahtiyar (2014), s. 37; Şener (2015), s. 83. Karşıt görüşte: Ansay (1967a), s. 135. Ortak organ değildir. Bkz. T. Ansay (1967b). Adi şirket ortaklarının haksız fiilden doğan sorumlulukları. *Batider*, 4(1), s. 65 vd. ; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Özenli (1988), s. 101. Özenli (1988), s. 101.

⁵²⁰ Poroy vd. (2014), s. 73; Ansay (1967a), s. 132; H. Tandoğan (1961). Türk mesuliyet hukuku. Ankara, s. 113; Ansay (1967b), s. 65 vd. ; Barlas (2012), s. 86; Karayalçın (1973), s. 151; Tekil (1996), s. 72; Şener (2015), s. 83.

⁵²¹ Barlas (2012), s. 86; Şener (2008), s. 425.

⁵²² Ansay (1967a), s. 131; Tandoğan (1961), s. 112; Poroy vd. (2014), s. 73; Karayalçın (1973), s. 97; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Barlas (2012), s. 87; Şener (2008), s. 425; Özenli (1988), s. 101.

⁵²³ Poroy vd. (2014), s. 73; Şener (2015), s. 83.

sorumluluğudur (TBK m. 66). Dolayısıyla ortaklar bu zarardan adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumludurlar.

Ortaklığın sorumluluğunun, borcun diğer bir kaynağı olan sebepsiz zenginleşmeden doğmasının önünde bir engel olmasa gerektir⁵²⁴. Üçüncü kişinin adi ortaklığa aralarındaki geçersiz bir sözleşmeye dayanarak bir edim ifa etmesi, borçlu olduğu zannıyla bir miktar para ödemesi ya da misli mallarının ortaklığa ait mallara karışması örneklerinde olduğu gibi ortaklık bazı durumlarda sebepsiz zenginleşebilir. Burada ortaklığın sorumluluğunun doğması için önemli olan ayırım, ortaklardan sadece biri ya da birkaçının değil tamamının; diğer ifadeyle ortaklığın zenginleşmesidir. Bu ise ortakların tamamının katılımıyla ya da tamamının temsil edilmesiyle mümkün olabilir. Ortaklardan birinin, ortaklıkla ilgisi olmayan şahsi ilişkisinden ya da beklenmeyen olaydan kaynaklanan sebepsiz zenginleşmesi, ortaklığın sorumluluğunu doğurmaz. Dolayısıyla sorumluluğun doğması için gereken, ortakların tamamının dâhil olması şeklindeki ana şart burada da geçerlidir. Bu açıdan ortada mevcut bir zenginleşme olduğunda zenginleşenin kişi mi ortaklık mı olduğunu belirlemek doğa olayları veya ortaklığın borç ilişkisi içinde olmadığı üçüncü kişinin fiili sonucu gerçekleşen zenginleşmelerde çok güç değildir. Nitekim bu iki tür zenginleşmede fiziksel varlık olarak artan malın hangi malvarlığına ait olduğuna bakılarak sorun çözülebilir. Artan mal kişisel malvarlığına aitse zenginleşen kişidir; ortakların elbirliğiyle sahip oldukları malvarlığına aitse zenginleşen ortaklıktır. Ancak bir edimin ifası sonucu gerçekleşen zenginleşmelerde durum nispeten daha belirsiz olabilir. Örneğin ortaklık temsilcisinin şahsi bir borç ilişkisi içinde olduğu üçüncü kişi tarafından

⁵²⁴ Oğuzman ve Öz (2014), s. 455; Ansay (1967a), s. 143. Ayrıca bkz. Ansay (1967a), s. 144, dn. 35'te aktarılan yazarlar.

ifa edilen edimi kabul etmesi durumunda zenginleşen kişi, temsilcinin kendisi de, temsil ettiği ortaklar da olabilir. Böyle bir ihtimalde üçüncü kişinin ifa iradesinin hangi sözleşmeye dayandığı ve edimin ortaklığın faaliyet alanına girip girmediğine bakılarak sonuca ulaşılabilir⁵²⁵.

3. Ortakların Sorumluluğu İçin Aranılan Şartlar

3.1. Adi Ortaklık İlişkisinin Varlığı ve Üstlenilen Borcun Ortaklıkla İlişkili Olması

Ortakların sorumluluğunun doğması için gerekli şartlardan ilki elbette sorumluluğu doğuran olayın gerçekleştiği anda bir adi ortaklığın var olmasıdır. Burada adi ortaklığın varlığından lehine hak çıkaran taraf ortaklığın alacaklı olduğu için ispat faaliyetine girişecek olan da onlardır (HMK m. 190/I)⁵²⁶. Ortaklıktan alacaklı konumundaki üçüncü kişiler bir adi ortaklığın varlığını ispat bakımından ortakların sahip olduğu imkânların birçoğundan mahrumdur. Örneğin ortaklar aralarında bir adi ortaklık mevcut bulunduğunu senetle ispat edebiliyorken üçüncü kişilerin böyle bir imkânı yoktur. Bu sebeple adi ortaklık varlığını ispat etmek isteyen üçüncü kişiler, ispat araçlarından tanık ve diğer takdiri delillere başvurabilirler⁵²⁷. Ayrıca ortada bir adi ortaklık olmadığı halde üçüncü kişiye adi ortaklık varmışçasına hareket ve beyanda bulunmuş ve üçüncü kişi de buna istinaden işlem yapmışsa üçüncü kişinin

⁵²⁵ Şener (2008), s. 401.

⁵²⁶ Şener (2008), s. 37.

⁵²⁷ Kırca (2000), s. 64.

güveninin korunup, ortakların sorumluluğunun meydana geleceği de savunulmaktadır⁵²⁸.

Adi ortaklığın varlığının yanında aranan diğer bir şart özellikle temsilcinin yaptığı işlemler bakımından borcun ortaklık işleriyle ilgili bir işlemde doğmasıdır. Üstlenilen borç şahsi bir işlemde doğmuşsa doğal olarak ortaklığın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

3.2. Ortakların Borcu Doğuran Olayı Hep Birlikte veya Temsilci Aracılığı ile Gerçekleştirilmesi

Ortakların genel olarak borçtan sorumluluğu için kural, hepsinin birlikte hareket etmesidir⁵²⁹. Buna karşılık ortaklar, hukuki işlemlerde temsilci aracılığıyla edinilen borçlardan da sorumludur⁵³⁰. Burada üstünde durulan esas, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasından dolayı ortakların borçlardan sorumluluğunun işleme tüm ortakların bir şekilde katılmasına bağlı olmasıdır. Dolayısıyla ortakların bir kısmının katılıp diğer kısmının katılmadığı ve temsil de edilmediği bir işlemde ortaklığın sorumluluğu doğmayacaktır.

⁵²⁸ Armutcuoğlu (2009), s. 84 vd.

⁵²⁹ Şener (2008), s. 421.

⁵³⁰ Şener (2008), s. 420; Şener (2015), s. 82.

3.3. Borcun Üçüncü Kişi ya da Üçüncü Kişi Sifatını Taşıyan Bir Ortağa Karşı Üstlenilmesi

Ortakların sorumluluğu için ortaklık, borcu üçüncü kişiye karşı üstlenmiş olmalıdır. Bir ortağın üçüncü kişi sıfatıyla, yani ortak sıfatından kaynaklanmayan bağımsız bir ilişkiyle ortaklığa karşı alacaklı olması durumunda da aynı husus geçerli olur. Ortakların ortaklıkla aralarındaki para geçişi, kâr payı dağıtımını veya katılım payı koyma borcunun ifası kapsamında olabilir. Fakat bahsedildiği gibi bunlardan bağımsız bir ilişki olması halinde yine ortakların sorumluluğu gerçekleşir. Buna örnek olarak ortaklardan birinin ortaklığa şahsi bir malını kiralaması ya da ortaklıkla tüketim ödünçü sözleşmesi akdetmesi⁵³¹ verilebilir. Öte yandan durumun üçüncü kişi sıfatıyla hareket eden ortak bakımından farklı bir sonucu vardır. Ortaklardan birinin üçüncü kişi sıfatıyla ortaklıktan alacaklı olması durumunda kendi sorumluluğu alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinden dolayı sona erer⁵³².

3.4. Sorumluluğun Daraltılmasına veya Kaldırılmasına Dair Anlaşma Yapılmamış Olması

Kanunun 638/III hükmünde ortakların borçlardan sorumluluğuyla ilgili “aksi kararlaştırılmamışsa” ifadesine yer verilerek müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiştir. Bunun anlamı, kanunun belirlediği sorumluluk düzeninin taraflarca değiştirilebileceği ve daraltılabileceğidir. Emredici

⁵³¹ Hatemi vd. (1992), s. 588; Poroy vd. (2014), s. 82; Şener (2015), s. 83.

⁵³² Şener (2008), s. 424.

olmayan bu hüküm sayesinde ortaklık, borçlu olduğu üçüncü kişiyle anlaşarak sorumluluğun türünü değiştirebilir⁵³³. Elbette burada iç ilişkideki bir sınırlama ya da kaldırma dış ilişki bakımından hüküm ifade etmeyecektir⁵³⁴. Çünkü ortaklar, iç ilişkideki bir belirlemeyle müteselsil sorumluluğu kaldırarak üçüncü kişilerin haklarına ulaşmalarını zorlaştırıcı bir etkide bulunamazlar⁵³⁵. Dolayısıyla, müteselsil sorumluluğun kaldırılması ve şahsen sorumluluk esasının geçerli olması ya da bazı ortakların borçtan sorumlu olmayacaklarına dair bir sınırlama ancak alacaklı üçüncü kişinin kabulüyle hüküm ifade edebilir. Bu sınırlama kişiler ekseninde olabileceği gibi ortakların sorumluluğunun ortaklık malvarlığıyla⁵³⁶ veya belirli bir malla⁵³⁷ sınırlı olacağı konusunda da olabilir.

Burada ayrıca şu hususun değerlendirilmesi gerekir: Bir iç sınırlamanın mevcut olduğu durumda, alacaklı üçüncü kişinin bu iç sınırlamadan haberdar olması iç ilişkideki sınırlamayı geçerli kılar mı? Kanaatimizce soruya olumlu cevap vermek gerekir. Gerçekten, alacaklının iç ilişkideki düzenlemeyi bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde güven ilkesi gereği iç ilişkideki sınırlamanın dış ilişkide üçüncü kişiyi de bağlayacağı kabul edilebilir⁵³⁸.

⁵³³ Özenli (1988), s. 101; Şener (2015), s. 84.

⁵³⁴ Poroy vd. (2014), s. 73; Şener (2008), s. 426; Şener (2015), s. 84; Barlas (2012), s. 103. Karşıt görüşte: Özenli (1988), s. 101.

⁵³⁵ Şener (2008), s. 426.

⁵³⁶ Baştuğ, s. 38, dn. 53.

⁵³⁷ Poroy vd. (2014), s.73; Bilgili (2003), s. 204.

⁵³⁸ Barlas (2012), s. 103, dn. 252; Şener (2008), s. 426.

4. Sorumluluğun Türü Ve Özellikleri

4.1. Kişisel Sorumluluk

Adi ortaklık kendini oluşturan ortaklardan bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmadığından üstlenilen borçlardan da sorumlu değildir. Gerçekten, bağımsız hak ehliyeti olmayan bir oluşumun hak ve borç edinmesi ve bunlar üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir⁵³⁹. Dolayısıyla adi ortaklık bünyesinde bir borç üstlenilmesi halinde ortaklar kişisel malvarlıklarının tamamıyla sorumlu olurlar⁵⁴⁰.

4.2. Sınırsız Sorumluluk

Adi ortaklıkta ortakların sorumluluğu sınırsızdır⁵⁴¹. Ortakların sorumluluğunun sınırsız olması, ortakların katılım ve kâr payından veya zarara katlanma oranından soyut olarak, borcun tamamından tüm kişisel malvarlıklarıyla sorumlu olmasını ifade eder⁵⁴². Adi ortaklıkta ortakların getirdiği katılım payının niteliği de sorumluluğun belirlenmesinde önemsizdir⁵⁴³.

⁵³⁹ K. Oğuzman vd. (2013b). Kişiler hukuku. İstanbul: Filiz, s. 40; M. Dural ve T. Öğüz (2013). Türk özel hukuku cilt 2, kişiler hukuku. İstanbul: Filiz, s. 39.

⁵⁴⁰ Bahtiyar (2014), s. 37; Şener (2008), s. 148, 417; Alver (1991), s. 14; Özenli (1988), s. 101; Kaplan (2006), s. 607.

⁵⁴¹ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 18; Bahtiyar (2014), s. 8, 37; Yalman ve Taylan (1976), s. 181; Alver (1991), s. 14; Özenli (1988), s. 101; Şener (2015), s. 84. Buna karşılık gizli ortaklıklarda gizli ortağın sorumluluğu sınırsız olmayabilir. Bkz. Bilgili (2003), s. 35.

⁵⁴² Tekinay vd. (1993), s. 21.

⁵⁴³ Tekinay vd. (1993), s. 21.

4.3. Birinci Dereceden Sorumluluk

Sorumluluğun derecesi alacaklının talebini yöneltebileceği sorumlular arasındaki sıradır. Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının başka bir sonucu da, ortakların sorumluluğunun derecesidir. Nitekim tüzel kişiliği olmayan bir ortaklığın kendisine karşı takip yürütmek mümkün değildir⁵⁴⁴. Dolayısıyla ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı birinci dereceden sorumludur⁵⁴⁵.

4.4. Sorumluluğun Ortaklık Sona Ermesine Rağmen Devam Etmesi

Adi ortaklıkta ortakların borçlardan sorumluluğu ortaklık sona erse bile devam eder⁵⁴⁶. Bu durum TBK m. 645'te düzenlenmiştir. Maddeye göre *"Ortaklığın sona ermesi, üçüncü kişilere karşı olan yükümlülükleri değiştirmez."* Dolayısıyla üçüncü kişilere ifa edilmemiş bir borç varsa ortaklık sona erse bile devam edecektir.

⁵⁴⁴ Şener (2015), s. 84.

⁵⁴⁵ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 19; Bahtiyar (2014), s. 7, 37; Ansay (1967a), s. 142; Şener (2008), s. 417; Şener (2015), s. 84; Alver (1991), s. 15; Kaplan (2006), s. 607.

⁵⁴⁶ Yalman ve Taylan (1976), s. 262; Alver (1991), s. 23.

4.5. Müteselsil Sorumluluk

4.5.1. Genel olarak

Ortakların borçlardan sorumluluğuyla ilgili en önemli özellik, sorumluluğun türünün müteselsil sorumluluk olmasıdır. Kanunda açıkça vurgulanan bu husus, aksi kararlaştırılmadığı sürece geçerli olacaktır (TBK m. 638/III). Sorumluluğun müteselsil olması, talep edilebilirlik kapsamını genişleterek alacaklının hukuki durumunu kuvvetlendiren bir işleve sahiptir. Çünkü müteselsil sorumlulukta alacaklı, müteselsil borçluların her birinden alacağının tamamını talep edebilir⁵⁴⁷.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus müteselsil borçluluğun gizli ortak için geçerli olmadığıdır. Gizli ortaklıkta dışa karşı sadece aktif ortak sorumludur. Aktif ortağın dışa karşı tek başına sorumlu olmasının bir sonucu olarak gizli ortak borçtan aktif ortakla müteselsilen sorumlu değildir⁵⁴⁸.

4.5.2. Niteliği ve türleri

4.5.2.1. Hukuki niteliği

Müteselsil borçluluk kanunda doğrudan doğruya tanımlanmamıştır. TBK m. 162/I hükmündeki ifadelerden yola çıkılarak bir tanım yapmak mümkündür. İlgili fıkrada "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun*

⁵⁴⁷ Canyürek (2003), s. 13; N. Dalcı (2014). TBK m. 162 vd. ile TBK m. 61 vd. hükümleri bağlamında müteselsil borç ilişkisi. Ankara, s. 27;

⁵⁴⁸ Bilgili (2003), s. 164; Poroy vd. (2014), s. 43; Barlas (2012), s. 196; Şener (2015), s. 16.

tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.” denilmek suretiyle müteselsil borçluluğun ayırıcı özelliğinden bahsedilmiştir⁵⁴⁹. Buna göre müteselsil borçluluk, birlikte borçluların her birinin borcun tamamından sorumlu olduğu borçluluk türü olarak tanımlanabilir.

Müteselsil borç ilişkisinin hukuki niteliği hakkında kanunun kabul ettiği görüşe göre müteselsil borçlulukta, borçlu sayısı kadar borç vardır ve her bir borç hakkında farklı hükümler uygulanabilir⁵⁵⁰. Bu görüş doktrinde, “borçların çokluğu görüşü” (Mehrheitstheorie) olarak adlandırılmıştır⁵⁵¹. Alacaklının borcun tamamının ifasını her bir borçludan talep edebilmesi borçların birbirinden bağımsız olduğunu gösterir⁵⁵². Buna rağmen, bağımsız borçlardan birinin ifasıyla alacak miktarı tamamen ifa edilmişse, borç sona erer⁵⁵³. Dolayısıyla alacaklının sahip olduğu “alacağın tamamını borçluların her birinden ayrı ayrı talep edebilme” hakkı, ancak toplam borç miktarı bir kez ifa edilene kadar mevcuttur⁵⁵⁴. Borçların bağımsız olması, toplam borç miktarının mükerrer tahsil edilebileceği anlamına gelmez.

Müteselsil borçluluğun adi ortaklıktaki uygulaması için en önemli ve öncelikli unsur, borcun niteliğinin ortaklardan her birinin tek başına ifa

⁵⁴⁹ Birden çok borçlunun olduğu her durumda müteselsil borçluluk oluşmaz. Borçluların sadece kendi borç miktarlarından sorumlu olduğu sorumluluk türü kısmi borçluluktur. Bkz. Canyürek (2003), s. 9. Aynı konu hakkında detaylı bilgiler için bkz. K. B. Kapanıcı (2015). Birlikte borçlulukta borçlular arası ilişkiler. İstanbul: Vedat, s. 3 vd.

⁵⁵⁰ Eren (2015), s. 1200; Tekinay vd. (1993), s. 289 vd. ; Oğuzman ve Öz (2013), s. 452; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 342; Canyürek (2003), s. 11.

⁵⁵¹ Eren (2015), s. 1200; Oğuzman ve Öz (2014), s. 452; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 342; Canyürek (2003), s. 12; T. Akıntürk (1971). Müteselsil borçluluk. Ankara, s. 71.

⁵⁵² Buradaki bağımsızlık kelimesi borçların birbirinden mutlak anlamda bağımsız olduğunu değil, sadece birden fazla borç olduğunu ifade eder. Yoksa birçok durumda borçluların borçlarının akıbeti birbirine bağlıdır (Örneğin TBK m. 166/I). Bkz. Oğuzman ve Öz (2013), s. 454. Ayrıca bkz. Tekinay vd. (1993), s. 289; Canyürek (2003), s. 12; Akıntürk (1971), s. 58 vd.

⁵⁵³ Akıntürk (1971), s. 70; Eren (2015), s. 1201; Oğuzman ve Öz (2013), s. 467; Dalcı (2014), s. 30.

⁵⁵⁴ Dalcı (2014), s. 30.

etmesine müsait olmasıdır⁵⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, eğer borç ortakların tümünün katılımını gerektiren bir tasarruf içeriyorsa; birden fazlasının elbirliğiyle gerçekleştirebileceği bir edim içeriyorsa müteselsil borçluluk uygulama alanı bulamaz. Çünkü müteselsil borçluluk, bir borçlunun borcun tamamını ifa edebileceği varsayımı üzerine kuruludur. Tek başına ifa edilemeyecek, ancak ortakların tamamının katılımıyla ifa edilebilecek borçlar bakımından ifa talebi, ortakların tamamına yöneltilmelidir⁵⁵⁶.

4.5.2.2. Türleri

Müteselsil borçluluğun kaynaklarından ilki hukuki işlemdir. TBK m. 162/I'de belirtildiği gibi, borçlular alacaklıya borcun tamamından sorumlu olduklarını bildirirse müteselsil borçluluk doğar. Burada bahsedilen müteselsil borçluluk tarafların iradelerinden doğan sözleşmesel (iradi, rızai) teselsüldür. Borçlular, borçluluklarının “müteselsil” olduğunu beyan ederek iradelerini açıkça ortaya koyabilecekleri gibi örtülü bir beyanıyla da dışa vurabilirler⁵⁵⁷. Ayrıca bazı durumlarda durumun özelliği gereği müteselsil borçluluk iradesi anlaşılabilir. Örtülü bir iradenin müteselsil borçluluğun doğumu için geçerli

⁵⁵⁵ Şener (2008), s. 418; Şener (2015), s. 82. Bu durum genelde borcun para olup olmamasına göre belirlenir. “...dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esası geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir.” Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11.4.2016 Tarih, 2015/45723 Esas, 2016/7846 Karar sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 19.07.2016)

⁵⁵⁶ Şener (2008), s. 418; Şener (2015), s. 82.

⁵⁵⁷ Oğuzman ve Öz (2013), s. 456; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 343; Feyzioğlu (1977), s. 305.

sayılabilmesinin şartı elbette net ve kesin bir şekilde anlaşılması, başka bir kurumla ilişkilendirilebilecek bir unsurun olmamasıdır⁵⁵⁸.

Teselsül, sözleşme gibi kanundan da doğabilir. Nitekim TBK m. 162/II'ye göre aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen iradi teselsülün olmadığı hallerde teselsül, ancak kanunun öngörmesiyle ortaya çıkacaktır⁵⁵⁹. Burada kanunun öngördüğü haller, kanuni teselsüldür. Bunun en belirgin örneği haksız fiili birlikte işleyenlerin ya da aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olanların müteselsilen sorumlu olduklarını düzenleyen TBK m. 61'dir. Bunun dışında miras ortaklığında tereke borçlarından sorumluluk (TMK m. 641); borca katılanla ilk borçlu arasındaki sorumluluk (TBK m. 201) ve aile malları ortaklığında borçlardan sorumluluk (TMK m. 379/II) kanundan doğan müteselsil borçluluğa örnek olarak verilebilir. Şüphesiz inceleme konusu olan adi ortaklıktaki müteselsil sorumluluk da (TBK m. 638/III) kanuni teselsüle başka bir örnektir⁵⁶⁰.

4.5.3. Hükümleri

4.5.3.1. Dış ilişki

Alacaklı ile borçlular arasındaki ilişki müteselsil borçluluğun dış boyutunu oluşturur. Dış ilişkide alacaklı yönünden ve borçlular yönünden farklı sonuçlar mevcuttur.

⁵⁵⁸ Eren (2015), s. 1203; Tekinay vd. (1993), s. 293; Tunçomağ (1976), s. 1037.

⁵⁵⁹ Canyürek (2003), s. 17.

⁵⁶⁰ Bilgili ve Demirkapı (2013), s. 42.

4.5.3.1.1. Alacaklı yönünden

Alacaklı, muaccel olmak kaydıyla borcun bir kısmının veya tamamının ifasını borçluların herhangi birinden, bazılarında ya da tamamından talep edebilir⁵⁶¹ (TBK m. 163/I). Borcun bir kısmını talep etmesi halinde kalan kısmını daha sonra talep ve dava edebilir⁵⁶². Farklı kişilere yönelteceği taleplerini aynı anda veya art arda yöneltebilir⁵⁶³. Alacaklının bölünebilir bir alacağını kısım kısım talep ettiği durumda alacak miktarının tamamı kendisine ifa edilinceye kadar müteselsil borçluların sorumluluğu devam eder⁵⁶⁴ (TBK m. 163/II). Ayrıca alacaklı diğerlerinin zararına olacak şekilde borçlulardan birinin durumunu iyileştiremez (TBK m. 168/II).

4.5.3.1.2. Borçlular yönünden

Borçluların alacaklı karşısındaki durumları alacaklıya karşı ileri sürebilecekleri ortak veya kişisel def'i ve itirazlar ile birbirlerinin durumunu ağırlaştırma yasağıdır. Müteselsil borçlulardan her birinin borcu bağımsız bir

⁵⁶¹ Dalcı (2014), s. 38; A. H. Dağdelen (2011). 818 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında borçlular arasında teselsül. İstanbul: On İki Levha, s. 80; Canyürek (2003), s. 13; Ansay (1967a), s. 126, 143; Karayalçın (1973), s. 60; von Tuhr (1983), s. 839; Şener (2008), s. 419; Yalman ve Taylan (1976), s. 168; Alver (1991), s. 14; Oğuzman ve Öz (2013), s. 454, 460; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 343 – 344 – 345; Tekinay vd. (1993), s. 285; Feyzioğlu (1977), s. 317; M. R. Karahasan (1989). Sorumluluk ve tazminat hukuku cilt 2. İstanbul: Sermet, s. 1071. "...alacaklı, müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcu tamamen veya kısmen istemeye muhayerdir." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.9.1976 Tarih, 9984 Esas, 7702 Karar sayılı kararı. Aktaran: Karahasan (1989), s. 1071.

⁵⁶² Feyzioğlu (1977), s. 319.

⁵⁶³ Eren (2015), s. 1205; Tekinay vd. (1993), s. 285; Tunçomağ (1976), s. 1041.

⁵⁶⁴ Dalcı (2014), s. 32.

borçtur⁵⁶⁵. Her bir borçlu, alacaklının kendisinden talep etmesi halinde borcun talep edilen kısmını ifa etmek zorundadır⁵⁶⁶. Borcun borçlulardan biri tarafından ifa ya da takas edilen kısmı diğerleri için de sonuç doğurur ve müteselsil borçluların her biri ifa ya da takas edilen kısım oranında borçtan kurtulur⁵⁶⁷ (TBK m. 166/I). Borcun talep edildiği anda ya da cebri icra sürecinde ifa edilmesi sonucu değiştirmez. Yine diğer borçlular, ifa edilen kısım oranında borçtan kurtulur. Borçluların sorumluluğu borcun tamamı ifa edilene kadar devam eder (TBK m. 163/II).

Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir (TBK m. 164/I). Maddeye göre müteselsil borçluların kişisel ve ortak olmak üzere def'i ve itiraz imkânları vardır.

Ortak def'i ve itirazlar, müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğar (TBK m.164/I). Bu nedenle bu tür def'i ve itirazlar doğal olarak borçluların tümüne tanınmıştır. Bu durum kanunda *"Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir."* hükmü ile ifade edilmiştir (TBK m.164/I). Borçlulardan birinin ortak def'i ve itiraz sebebine sahip olması durumunda bunu tüm ortaklar ileri sürebilir⁵⁶⁸ (TBK m.164/I). Ortak itirazlara örnek olarak borcun hiç doğmamış olduğuna, doğmuş fakat geçersiz olduğuna veya ifa edilmiş olduğuna dair ileri sürülen itirazlar verilebilir⁵⁶⁹. Bunlardan

⁵⁶⁵ Canyürek (2003), s. 13.

⁵⁶⁶ Eren (2015), s. 1205; Oğuzman ve Öz (2013), s. 454.

⁵⁶⁷ Oğuzman ve Öz (2013), s. 467; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 349; Canyürek (2003), s. 16; Karahasan (1989), s. 1072; Eren (2015), s. 1206.

⁵⁶⁸ Örneğin borç bir borçlu tarafından tamamen ifa edilmişse.

⁵⁶⁹ Eren (2015), s. 1206; Oğuzman ve Öz (2013), s. 463; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 346; Feyzioğlu (1977), s. 325.

borcun geçersizliği itirazı, diğer bazı sebeplere dayanabileceği gibi adi ortaklıkta ortaklık temsilcisinin ehliyet eksikliğine de dayanabilir. Ortakların işlemi hep birlikte yapması halinde ehliyet eksikliği itirazı her ortak için kişisel nitelik taşır. Ne var ki işlem temsilci aracılığıyla yapılmışsa temsilcinin ehliyet eksikliği itirazı ortak itirazdır. Çünkü temsilci tüm ortakları temsil eder ve temsilcinin ehliyet eksikliği borç doğuran işlemin tüm ortaklar bakımından geçersizliğine sebep olur. Diğer yandan belirtilmelidir ki burada aranan tam fiil ehliyeti değil, temsile ehil olmaktır⁵⁷⁰. Çünkü temsil hukuku rejimimizde temsilcinin ehliyetiyle ilgili aranan şart tam fiil ehliyeti değil, ayırt etme gücüdür⁵⁷¹. Bu bilgi ışığında ortakların, hukuki işlemin temsilcinin ayırt etme gücünden yoksunluğu yüzünden geçersiz olduğuna dair itirazları ortak itirazdır ve haklıdır. Fiil ehliyetinin diğer sebeplerle⁵⁷² yokluğu yüzünden geçersiz olduğuna dair itirazları ise haksızdır⁵⁷³. Öte yandan ayırt etme gücünden yoksunluktan doğan itiraz mutlak biçimde ortak itiraz değildir. İtirazın ortak veya kişisel olmasında ayırt etme gücünden yoksunluğun niteliği de önem arz eder. Ortaklık temsilcisinin ayırt etme gücünden işlemin yapıldığı sırada geçici olarak yoksunluğu ile sürekli yoksunluğunun ikisi de geçersizlik sonucunu doğurur. Ancak geçici yoksunluk ile sürekli yoksunluk durumları geçersizliğin hukuki dayanağı bakımından birbirinden farklıdır. Ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk halinde işlem kesin hükümsüz olur. Fakat geçici kayıp durumunda geçersizliğin kaynağı irade sakatlığıdır ve işlem iptal edilebilir. Anılan farklılık sonucunda işlem, ayırt etme gücünden sürekli yoksunlukta kesin hükümsüzlükle, geçici olarak kaybında ise iptal

⁵⁷⁰ Armutcuoğlu (2009), s. 101.

⁵⁷¹ Eren (2015), s. 438.

⁵⁷² Örneğin kısıtlanma veya yaş küçüklüğü.

⁵⁷³ Armutcuoğlu (2009), s. 100.

edilebilirlikle geçersizdir. İptal edilebilir bir işlemin iptal edilmesi ise kesin hükümsüz bir işlemden farklı olarak kişisel itirazdır⁵⁷⁴.

Borcun borçlulardan birinin, yine adi ortaklık özelinde değerlendirilecek olunursa ortaklardan birinin veya ortaklığın takasıyla sona ermiş olduğuna dair itiraz da ortak bir itirazdır⁵⁷⁵. Burada belirtilmelidir ki adi ortaklıkta takas, ortakların elbirliğiyle sahip oldukları alacaklar üzerinden gerçekleştirilecekse bunu tüm ortakların katılımıyla ileri sürmek gerekecektir⁵⁷⁶. Böyle bir takası müteselsil borçlu sıfatıyla ortaklardan her biri itiraz olarak ileri sürebilir.

Savunma araçlarından itirazlarda durum böyleyken ortak def'iler ise borçlulara borcu ifa etmeme veya ifayı erteleme imkânı tanıyan araçlardır. Ödemezlik def'i, borcun zamanaşımına uğramış olduğunun veya müeccel olduğunun ileri sürülmesi bu tür def'ilere örnek olarak verilebilir⁵⁷⁷.

Ortak def'i ve itirazların önemli bir yanı da, bunları ileri sürmeyen borçluların diğerlerine karşı sorumlu olmasıdır⁵⁷⁸ (TBK m. 164/II). Bu husus kanunda *“Müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur”* şeklinde belirtilmiştir (TBK m. 164/II). Bu sorumluluğun anlamı, ortak def'i ve itirazları ileri sürmeyen borçlunun diğer borçlulara rücu hakkını kaybetmesidir⁵⁷⁹. Dikkat edilirse ortak def'i ve itirazları ileri sürmeme davranışı sonucunda bir tazminat borcu doğmamakta; yalnızca bunları kusuruyla ileri sürmeyen borçlu daha sonra borcu ifa etse bile diğer

⁵⁷⁴ Bu konuda bkz. Aşağıda, s. 144 vd.

⁵⁷⁵ Canyürek (2003), s. 64; Akıntürk (1971), s. 167.

⁵⁷⁶ Armutcuoğlu (2009), s. 94.

⁵⁷⁷ Tunçomağ (1976), s. 1044; Eren (2015), s. 1206.

⁵⁷⁸ *“Müteselsil borçlu, var olan ortak def'ilerde bulunmazsa, diğer müteselsil borçlulara karşı sorumlu olur.”* Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.4.1965 Tarih, 4227 Esas, 3796 Karar sayılı kararı. Aktaran: Kaçak (2002), s. 612.

⁵⁷⁹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 465; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 347; Karahasan (1989), s. 1077.

borçlulara rücu etme hakkını kaybetmektedir. Böylece normal şartlarda bu savunmaları ileri sürseydi sahip olabileceği bir hakka kavuşmamaktadır. Öyleyse müteselsil borçlulukta ortak def'i ve itirazları ileri sürme, bir borç veya yükümlülük değil; bir külfettir (Obliegenheit)⁵⁸⁰.

Kişisel def'i ve itirazlar ise her bir borçlunun sadece alacaklı ile kendi arasındaki özel ilişkiden doğar⁵⁸¹. Müteselsil borçlulukta her bir borçlunun borcu birbirinden bağımsız olduğundan⁵⁸² bu ilişkiden doğan kişisel def'i ve itirazlar olabilir. Örneğin borçlulardan birinin sözleşmeyi akdederken yanıltma, aldatma veya korkutmaya maruz kalarak iradesinin sakatlandığını iddia etmesi durumunda bundan doğacak iptal hakkını ileri sürmesi kişisel bir def'idir⁵⁸³. Borçlunun ehliyet eksikliği ve borcun muaccel olmadığı savunmaları; kişisel bir alacak üzerinden takasın ileri sürülmesi⁵⁸⁴ ve ilgili borçlunun alacaklı tarafından ibra edilmiş olması⁵⁸⁵ da kişisel def'ilerdendir. Kişisel def'ileri sadece def'i sebebine sahip olan borçlu ileri sürebilir⁵⁸⁶. Adi ortaklıkta irade bozukluğu sebebine dayanan geçersizlik itirazının kişisel itiraz niteliği, geçersizliği iddia edilen hukuki işlemin müştereken ya da temsilci aracılığıyla yapılmasına göre değişmez. Ortakların tümünün katılımıyla yapılan bir işlemin irade bozukluğuna dayalı geçersizliği itirazını ileri sürmek doğal olarak, her biri bağımsız bir borca sahip olan müteselsil borçlu ortaklara ayrı ayrı aittir. Temsilcinin irade bozukluğu halinde de aynı durum ortaya çıkar⁵⁸⁷. Bu sonucun

⁵⁸⁰ Aynı yönde: Oğuzman ve Öz (2013), s. 464.

⁵⁸¹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 462; Tunçomağ (1976), s. 1045; Tekinay vd. (1993), s. 310; Canyürek (2003), s. 37.

⁵⁸² Oğuzman ve Öz (2013), s. 453.

⁵⁸³ Eren (2015), s. 1207; Feyzioğlu (1977), s. 320; Canyürek (2003), s. 66; Akıntürk (1971), s. 191.

⁵⁸⁴ Eren (2015), s. 1207; Oğuzman ve Öz (2013), s. 462.

⁵⁸⁵ Tunçomağ (1976), s. 1045; Eren (2015), s. 1207; Oğuzman ve Öz (2013), s. 462.

⁵⁸⁶ Canyürek (2003), s. 37; Oğuzman ve Öz (2013), s. 462.

⁵⁸⁷ Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 111; Oğuzman ve Öz (2013), s. 464; İnceoğlu (2009), s. 20.

gerekçesi ise adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Tüzel kişiliği olmayan adi ortaklıkta temsilci her bir ortağı ayrı ayrı temsil eder. Dolayısıyla alacaklıyla girilen ilişkinin sonuçları her ortak için ayrı ayrı doğar. Böylece temsilcinin iradesinin bozukluğu sebebiyle işlemin geçersizliği itirazı her bir ortağın alacaklıyla arasındaki özel ilişkiden kaynaklanır ve kişisel bir itirazdır⁵⁸⁸. Ortakların katılımıyla yapılan hukuki işlemin ehliyet eksikliğine dayalı geçersizlik itirazı da kişisel bir itirazdır. Hâlihazırda işleme katılmış olan ortak, alacaklıyla arasındaki ilişkiden doğan bu itirazı kişisel itiraz olarak ileri sürebilir. Ancak temsilci aracılığıyla yapılan hukuki işlemdeki ehliyet eksikliğinde, yani temsilcinin ehliyetindeki eksiklikte, yukarıda da değinildiği gibi kişisel itirazdan bahsedilemez. Burada geçersizliğin kaynağı ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk ve geçersizliğin türü de kesin hükümsüzlüktür. Borcun doğmuş fakat geçersiz olmasının ileri sürülmesi ortak itirazlara örnektir. Dolayısıyla borcun doğmuş fakat ayırt etme gücü yokluğu sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna ilişkin itiraz, ortak itiraz olarak nitelendirilir. Temsilcinin iradesinin sakatlanması sonucu işlem yapmasında bunun ileri sürülmesi kişisel itirazken ayırt etme gücü olmadan işlem yapmasının ileri sürülmesinin ortak itiraz olmasının arkasında yatan neden de budur. Her bir borçlunun borcunun zamanaşımı süresi ayrı işlediği için zamanaşımı def'i de kişisel bir def'idir⁵⁸⁹. Buna karşılık zamanaşımının kesilmesi yönünden getirilmiş kanuni bir istisna vardır. Zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilirse diğerlerine karşı da kesilmiş sayılır⁵⁹⁰ (TBK m. 155/I). Bir ortağın

⁵⁸⁸ Armutcuoğlu (2009), s. 98; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 111.

⁵⁸⁹ Eren (2015), s. 1207; Oğuzman ve Öz (2013), s. 462.

⁵⁹⁰ Canyürek (2003), s. 101. Bu durum müteselsil borçlulukta borçların çokluğu görüşüne aykırıdır. Bkz. Oğuzman ve Öz (2013), s. 453. Tam teselsül – eksik teselsül ayırımına rağbet edilen dönemde zamanaşımının kesilmesinin diğer borçlulara da etki etmesi kuralı tam teselsül bakımından geçerli görülmekteyken eksik teselsül bakımından kabul edilmemekteydi. Bkz. Karahasan (1989), s. 1144.

kişisel itiraz veya def'i sebebine sahip olması diğer ortakların da bu sebebe dayanmalarını sağlamaz⁵⁹¹. Kişisel def'i veya itirazı ileri süren ortak bakımından borç sona ererse diğer ortaklar müteselsil borçlu olarak iç ilişkilerindeki orana göre sorumlu olurlar.

Borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştırması yasaktır. Bunun anlamı, borçluların alacaklıya karşı bağımsız birer borç sahibi olmalarının bir sonucu olarak davranışlarının yalnızca kendilerini etkilemesi; yapacağı bir davranışla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramamasıdır (TBK m. 165). Bu durum kanunda "*Borçluların bireysel davranışı*" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddeye göre "*Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz.*" Diğer borçluların durumu çeşitli biçimlerde ağırlaştırılabilir. Örneğin alacaklıyla aralarındaki sözleşme üzerinde sonradan yapılan bir değişiklikle ifa tarihinin öne çekilmesi; borç miktarının ya da borca bağlı yan edimlerin artırılması; zamanaşımından feragat edilmesi ağırlaştırma sayılabilir⁵⁹². Bu davranışlar TBK m. 165 gereği sadece o borçlu ile alacaklı arasında hüküm doğurur.

Müteselsil borçlulardan birinin kusurlu davranışıyla borca aykırılık meydana getirmesi halinde bundan sorumlu tutulacak olan da yine kusuruyla buna sebep olan borçludur⁵⁹³. İfa kusurlu biçimde imkânsızlaşmışsa aynı sonuç geçerlidir. Böyle bir durumda diğer borçlular bakımından "beklenmeyen olayın" gerçekleştiği kabul edilir ve kusursuz borçlular TBK m. 136'ya göre

⁵⁹¹ "*Müteselsil borçlulardan birinin terekesinin borca batıklığı, diğerleri tarafından ileri sürülemez.*" Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 7.5.1981 Tarih, 1732 Esas, 2974 Karar sayılı kararı. Aktaran: Kaçak (2002), s. 612.

⁵⁹² Oğuzman ve Öz (2013), s. 471; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 347; Eren (2015), s. 1207.

⁵⁹³ Oğuzman ve Öz (2013), s. 471.

borçtan kurtulurlar⁵⁹⁴. Borçlunun temerrüdü de borçların bağımsızlığı görüşüyle paralel şekilde borçlular bakımından ayrı ayrı sonuç doğurur. Bu durum hem borçlu açısından hem de alacaklı açısından geçerlidir. Borçlular açısından bakılırsa, bir borçlu için temerrüt şartları gerçekleşmiş ve temerrüde düşmüşken diğerleri düşmemiş olabilir. Diğer taraftan alacaklı da muacceliyet için ihtarın gerekli olduğu bir durumda sadece ihtarı yaptığı borçlunun borcunu muaccel kılabilir⁵⁹⁵. Diğer borçluların hukuki durumunda bir değişiklik olmaz⁵⁹⁶. Bunun gibi alacaklı diğer borçluların zarar göreceği biçimde bazı borçluların durumunu da iyileştiremez (TBK m. 168/II). Aksi takdirde bu fiilin sonuçlarına şahsen katlanır. Burada durumu iyileştirilen borçlu dışındaki diğer borçluların zarar görmesi ancak rücu hakkının daraltılması ya da kalkması şeklinde olabilir⁵⁹⁷. Fakat dış ilişkide alacaklı tarafından durumu iyileştirilen borçluya karşı iç ilişkide rücu hakkının daralması ya da kaybı pek olası değildir⁵⁹⁸. Buna örnek olarak alacaklının borçlulardan birini ibra etmesine rağmen iç ilişkide bu borçluya rücu etme imkânının devam etmesi verilebilir⁵⁹⁹. Öyleyse bu sonucun ortaya çıkabileceği tek durum, alacaklının borçlulardan yalnız biri için verilmiş teminatı iade etmesi sonucu, ifada bulunan diğer borçluların rücu hakkının daralmasıdır. Böyle bir durumda alacaklı, diğer borçluların durumu iyileştirilen borçluya rücu ederken halefiyet esası gereği bu teminatlara gitme hakkını kaldırırca bu borçluların rücu hakkını daraltmış olur⁶⁰⁰. Dolayısıyla TBK m. 168/II, ancak işte böyle bir durumda devreye

⁵⁹⁴ Tunçomağ (1976), s. 1046 vd. ; Oğuzman ve Öz (2013), s. 473; Eren (2015), s. 1208.

⁵⁹⁵ Oğuzman ve Öz (2013), s. 473; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 347; Feyzioğlu (1977), s. 321; Canyürek (2003), s. 14.

⁵⁹⁶ Eren (2015), s. 1209.

⁵⁹⁷ Akıntürk (1971), s. 160; Canyürek (2003), s. 33.

⁵⁹⁸ Oğuzman ve Öz (2013), s. 473, Canyürek (2003), s. 34.

⁵⁹⁹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 474; Canyürek (2003), s. 34.

⁶⁰⁰ Tekinay vd. (1993), s. 321; Oğuzman ve Öz (2013), s. 474; Canyürek (2003), s. 34.

girebilir. Bu kuralın sonucunda ortak bir def'i veya itirazı ileri sürmediği için aleyhine dava açılan borçluların davayı kaybetmeleri halinde ödeme yapmaları diğer borçluları etkilemez⁶⁰¹.

Zamanaşımının kesilmesi ise bu kuralın istisnasıdır⁶⁰². Bu durumda zamanaşımı diğer borçlular için de kesilir (TBK m.155/I).

4.5.3.2. İç ilişki

Müteselsil borçlular ile alacaklı arasındaki ilişkiler müteselsil borçluluğun dış boyutunu ifade ederken borçluların kendi arasındaki ilişkiler iç boyutunu ifade eder. Buradan yola çıkılarak iç ilişki kavramı özetle, borçtan, müteselsil borçlulardan kimin hangi oranda sorumlu olduğunun belirlenmesi faaliyetini konu alır⁶⁰³. Diğer bir tabirle borçluların borcu ne oranda bölüşeceği iç ilişkideki kurala göre belirlenir.

4.5.3.3. İç ilişkide borcu paylaşma ve borçluların rücu hakkı

Müteselsil borçlulukta dış ilişkide alacaklının hukuki durumunu kuvvetlendiren biçimde borçluların her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olması kuralı iç ilişkide geçerli değildir⁶⁰⁴. Böylece dış ilişkide alacaklıyı kendi payı üzerinde bir oranda tatmin eden borçlunun

⁶⁰¹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 470; Tekinay vd. (1993), s. 301; Eren (2015), s. 399.

⁶⁰² Oğuzman ve Öz (2013), s. 471; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 347.

⁶⁰³ Akıntürk (1971), s. 207; Eren (2015), s. 1209; Tekinay vd. (1993), s. 314; Oğuzman ve Öz (2013), s. 474; Feyzioğlu (1977), s. 330.

⁶⁰⁴ Canyürek (2003), s. 110.

görünürde düştüğü haksız durum iç ilişkideki rücu müessesesiyle giderilir⁶⁰⁵. Konuyla ilgili düzenleme “paylaşım” madde başlığını taşıyan TBK m. 167’de yer alır. Maddede “*Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.*” denilerek iki hal dışında uygulanacak bir kural getirilmiştir. Bunun dışında kanunda haksız fiil sonucu doğan tazminattan müteselsilen sorumlu olanlar için mahkeme takdirine bırakılan özel bir paylaşım düzenlemesi de mevcuttur (TBK m. 62/I). Borcun iç ilişkide paylaşılmasıyla ilgili getirilen eşitlik kuralının, aksi kararlaştırılmadığı ve ilişkinin niteliğinden anlaşılmadığı takdirde devreye girmesi öngörüldüğü için bu kural emredici değil, düzenleyici ya da tamamlayıcı olarak ifade edilen bir hukuk kuralıdır. O halde borçluların kendi aralarında farklı bir paylaşım kuralı öngörmeleri halinde bu kural önceliklidir⁶⁰⁶. Örneğin iki kişiden oluşan bir müteselsil borçlulukta, borçluların borca yarı yarıya değil, bir borçlunun yüzde yetmiş, diğerinin de yüzde otuz oranında katlanacağı kararlaştırılmışsa borç buna göre paylaşılacaktır. Anlaşım açık olabileceği gibi örtülü de olabilir⁶⁰⁷. İlişkinin niteliğinin bunu gerektirmesi halinde de bu durum geçerlidir⁶⁰⁸. Bu iki hal dışında paylaşım, eşit oranda olacaktır.

Konuya incelemenin odağı olan adi ortaklık bakımından yaklaşırsa, adi ortaklıkta müteselsil borçlu olan ortakların bunu iç ilişkide nasıl bölüşecekleri

⁶⁰⁵ Oğuzman ve Öz (2013), s. 474; Akıntürk (1971), s. 207; Tekinay vd. (1993), s. 314; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 348; Feyzioğlu (1977), s. 332; Canyürek (2003), s. 108.

⁶⁰⁶ Oğuzman ve Öz (2013), s. 475; Tekinay vd. (1993), s. 314; Canyürek (2003), s. 112 vd.

⁶⁰⁷ Tunçomağ (1976), s. 1061; Eren (2015), s. 1210.

⁶⁰⁸ Dağdelen (2011), s. 167.

adi ortaklık sözleşmesine göre belirlenir⁶⁰⁹. Bu husus, iç ilişkideki paylaşma kuralıyla ilgili yukarıda bahsi geçen “işlemin niteliğinin gerektirmesi” haline tipik bir örnektir. Adi ortaklık bu açıdan özel bir konuma sahiptir. Adi ortaklık sözleşmesinde borçların bölüşülmesiyle ilgili bir kural yoksa borç, ortakların anlaşmasıyla da paylaşılabilir. Böyle bir anlaşmanın da bulunmaması halinde TBK m. 623/I hükmü gereği ortaklar borca katılım paylarının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit oranda katlanırlar⁶¹⁰. Bu sonuç, müteselsil borçlulukta iç ilişkide geçerli olan aksi kararlaştırılmadıkça veya işlemin niteliğinden anlaşılmadıkça eşit paylaşma hükmüyle de uyum sağlamaktadır (TBK m. 167/I).

Müteselsil borçlulukta bir borçlu borcun paylaşma kuralı gereği kendi payına düşen miktarından fazlasını ifa ederse diğer borçlulara karşı rücu hakkını kazanır⁶¹¹. Borçlunun rücu hakkını kazanabilmesi için borcun tamamını ifa etmesine gerek yoktur⁶¹². Alacaklıya kendi payını aşan miktarda ifada bulunması bunun için yeterlidir. Rücu ilişkisi örneklendirilecek olunursa, üç kişilik ve borçluların borca eşit oranda katlandığı bir müteselsil borçlulukta dokuz birimlik bir borcun tamamını ifa eden borçlu, diğer iki borçluya kendi payı haricindeki altı birim için rücu edebilir. Bu altı birim ise paylaşmanın eşit oranda olacağı belirlendiği için iki borçludan da üçer birim olarak talep edilir. Başka bir örnekte iki kişiden oluşan bir müteselsil borçlulukta ortaklardan birinin borca yüzde seksen, diğerinin ise yüzde yirmi oranında katlanacağı kararlaştırılmış olsun. Borca yüzde yirmi oranında katlanacak olan borçlu, on

⁶⁰⁹ Şener (2008), s. 428; Oğuzman ve Öz (2013), s. 475; Canyürek (2003), s. 113; Akıntürk (1971), s. 210.

⁶¹⁰ Poroy vd. (2014), s. 74.

⁶¹¹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 476; Canyürek (2003), s. 108; Akıntürk (1971), s. 207.

⁶¹² Oğuzman ve Öz (2013), s. 476; Tekinay vd. (1993), s. 316; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 348; Canyürek (2003), s. 108.

birimlik borcun söz gelimi yarısını ifa ederse, payını aşan üç birim için diğer borçluya rücu hakkına sahip olur. Borcun tamamını ifa etmesi halinde kendi payını aşan sekiz birim için diğer borçluya rücu edebilir.

Rücu hakkı ancak borç alacaklıya ifa edildikten ya da borç bir cebri icra takibi kapsamında ifa ediliyorsa icra dairesine ödendikten sonra doğar⁶¹³. Dolayısıyla alacaklının bir borçluya karşı borcun varlığı hakkında mahkeme ilamı alması ya da icra takibine başlaması ve buna benzer durumlar rücu hakkının doğumu için yeterli değildir⁶¹⁴. Rücu alacağı hakkındaki zamanaşımı süresi de borcun ifa edildiği anda işlemeye başlar (TBK m. 149)⁶¹⁵.

Rücu ilişkisinde, rücu edilen borçlular arasında ikinci bir müteselsil borçluluk oluşmaz⁶¹⁶. Çünkü iç ilişkide paylaşma için oranlar bellidir. Bunun bir sonucu olarak, alacaklıya karşı borcu kendi payını aşan oranda ifa eden borçlu, diğer borçlulara rücu ederken payını aşan kısmın tamamını herhangi bir borçludan talep edemez. Her bir borçludan talep edebileceği miktar, o borçlunun paylaşma oranındaki payıyla sınırlıdır. Şu husus da belirtilmelidir ki eğer rücu eden, rücu ettiği borçluların birinden alacağını temin edemezse, o borçlunun payı kalan borçlular arasında eşit olarak üstlenilir (TBK m. 167/III).

Alacaklıya borcu ifa eden borçlu diğer borçlulara rücu ederken, sözleşmesel faizi⁶¹⁷ ve ifayla ilgili yaptığı fakat doğrudan ifanın konusuna girmeyen yan harcamaları da diğer borçluları zamanında bilgilendirmiş olması

⁶¹³ Canyürek (2003), s. 121; Karahasan (1989), s. 1083.

⁶¹⁴ Oğuzman ve Öz (2013), s. 476; Akıntürk (1971), s. 215; Eren (2015), s. 1210; Tekinay vd. (1993), s. 316; Karahasan (1989), s. 1085.

⁶¹⁵ Eren (2015), s. 1211; Tandoğan (1961), s. 392; Akıntürk (1971), s. 215; Canyürek (2003), s. 121.

⁶¹⁶ Tunçomağ (1976), s. 1063; Eren (2015), s. 1211; Şener (2008), s. 428; Şener (2015), s. 84; Oğuzman ve Öz (2013), s. 478; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 344.

⁶¹⁷ Öte yandan temerrüt faizi için rücu edilebilir edilemeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Canyürek (2003), s. 124.

şartıyla talep edebilir⁶¹⁸. Bunun yaygın örneği avukatlık ücretidir. Borçlu yargısal bir süreç yürütmüşse bu işler için ödediği vekâlet ücreti ve yargılama giderlerini diğer borçlulardan talep edebilir⁶¹⁹. Bunun yanında örneğin borçlu ifayı gerçekleştirmek için bir nakliyat giderine katlanmışsa bunu da rücu esnasında talep edebilir. Yan giderlerin rücu alacağına dâhil olması, kanunun vekâlet sözleşmesinde yer verdiği *“vekâlet verenin vekilin işin görülmesi için yapmış olduğu giderleri üstlenme borcunun”* kıyasen uygulanmasının bir sonucudur (TBK m. 510/I)⁶²⁰. Aynı şekilde borçlu borcu ifa ederken bir zarara uğradıysa bunu da talep edebilmelidir (TBK m. 510/II). Fakat burada diğer borçluların zararın oluşmasında kusurları yoksa bu zarardan sorumlu tutulamazlar. Dolayısıyla bu zarar rücu alacağına dâhil edilemez.

Rücu hakkının kaybedilmesi genelde iki durumda ortaya çıkar. Bunlardan ilki ifade bulunan borçlunun ortak def'ilerden birini kusuruyla ileri sürmemesi (TBK m. 164/II); ikincisi ise borçluları ifade bulunduğu hususunda bilgilendirmemesi sonucu borcun tekrar ödenmesine neden olması⁶²¹ (TBK m. 591/III) durumudur.

Rücu aşamasında kişisel def'i niteliği taşıyan ve irade sakatlığından doğan iptal hakkı da ileri sürülebilir. Yeter ki iptal için kanunun öngördüğü hak düşürücü süre dolmamış olsun. Bu sayede borç doğuran işlemin yapıldığı esnada iradesi sakatlanmış olan borçlu, borcu ifa etmiş olan ve kendisine rücu talebini yönelten borçluya karşı iptal hakkını kullanarak rücu borcunu

⁶¹⁸ Canyürek (2003), s. 125.

⁶¹⁹ Eren (2015), s. 1210.

⁶²⁰ Eren (2015), s. 1211.

⁶²¹ Tunçomağ (1976), s. 1064; Eren (2015), s. 1211; Feyzioğlu (1977), s. 333; Canyürek (2003), s. 126.

ödemekten kaçınabilir⁶²². Fakat bu kişisel def'i, irade sakatlığından değil de diğer borçluların durumunu ağırlaştırıcı bir davranış sonucu elde edilmişse bu durumda bu borçlu rücu borcunu ifadan kaçınmaz⁶²³.

4.5.3.4. Halefiyet

Halef, sözlükte "birinin ardından gelip onun makamına geçen kimse", "ardıl", "selef karşıtı" olarak tanımlanmıştır⁶²⁴. Müteselsil borçlulukta ise halefiyet prensibi, alacaklıyı tatmin eden borçlunun gerçekleştirdiği ifa oranında olmak kaydıyla alacaklının haklarını elde etmesi; adeta alacaklı kendisiymiş gibi alacaklının borçlulara karşı sahip olduğu bir takım imkânlarla erişmesi; deyim yerindeyse alacaklının yerine geçmesi olarak tanımlanabilir. Müteselsil borçlulukta halefiyet TBK m. 168/I'de düzenlenmiştir: "*Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.*" Görüldüğü üzere halefiyetin devreye girebilmesi ve borçlunun alacaklının haklarına halef olabilmesi için gerçekleşmesi gereken temel şart borçlunun rücu hakkına sahip olmasıdır. Rücu hakkına sahip olmak içinse borçlunun, borcun iç ilişkide kendine düşen payından fazlasını ifa etmiş olması gerekir. Belirtilen miktarda ifayı gerçekleştiren borçlu rücu hakkına kavuşur ve böylece ifa ettiği miktarın borcun tamamı içindeki oranı kadar alacaklının haklarına halef olur.

⁶²² Oğuzman ve Öz (2013), s. 477

⁶²³ Oğuzman ve Öz (2013), s. 477.

⁶²⁴

TDK

Güncel

Türkçe

Sözlük.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5793938ac2cba4.89854853 (Erişim tarihi: 20.07.2016)

Alacaklıya ifada bulunan borçlu payını aşan kısım için rücu hakkına sahipken diğer borçlulara karşı bir de halefiyete dayanarak ayrıca bir alacak kazanmaz⁶²⁵. Halefiyet, yalnızca mevcut rücu alacağını temin etme amacını güder.

Halefiyetin uygulaması tipik olarak alacaklının alacağının rehin veya kefalet ile teminat altına alındığı durumlarda ortaya çıkar⁶²⁶. Durum bir örnekle açıklanacak olunursa, iki kişiden oluşan bir müteselsil borçlulukta borçlulardan biri, borcu için alacaklıya bir taşınmazını ipotek etmişse, diğer borçlu borcu ifa ettiğinde alacaklının haklarına halef olacağı için ipotek artık bu borçlunun rücu alacağını temin işlevi görmeye başlar⁶²⁷. Elbette daha karışık olaylar da düşünülebilir. Örneğin rücu alacağına sahip olan borçlu, borcun tamamını değil de bir kısmını ifa etmişse teminat amacı güden rehin ya da kefalet üzerinde hem alacaklı hem de ifada bulunan borçlu hak sahibi olur. Burada oranların hesabı da önemlidir. Böyle bir durumda teminat amacı güden sözleşmeden ilk olarak asıl alacaklı yararlanır⁶²⁸. Rücu alacaklısı olan borçlu, rehin ya da kefaletten ancak alacaklı tamamen tatmin edildiği zaman yararlanabilir⁶²⁹. Aynı durum borçlulardan birinin iflası halinde de vardır. Alacaklı ile rücu alacaklısı olan borçlunun, alacaklarının iflas masasına kaydedilmesini talep etmeleri halinde alacaklının alacağına öncelik tanınır⁶³⁰.

Rücu alacaklısı olan borçlu halefiyet sayesinde, müteselsil sorumlu olunan borç dolayısıyla işleyen faiz üzerinde de rehin ve kefaletten doğan

⁶²⁵ Oğuzman ve Öz (2013), s. 481.

⁶²⁶ Oğuzman ve Öz (2013), s. 481; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 349.

⁶²⁷ Oğuzman ve Öz (2013), s. 481; Akıntürk (1971), s. 222; Tunçomağ (1976), s. 1066; Tekinay vd. (1993), s. 321; Canyürek (2003), s. 132.

⁶²⁸ Tekinay vd. (1993), s. 321; Oğuzman ve Öz (2013), s. 481; Eren (2015), s. 1213.

⁶²⁹ S. Altay (2011). Müteselsil borçlunun rücu hakkının doğumundan önce borçtan kurtarılma talebi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 17(1-2), s. 394.

⁶³⁰ Eren (2015), s. 1212.

haklar gibi hak sahibi olur. Böylece ayrı bir alacağın temliki sözleşmesi gerekmeden işleyen faiz alacağı da rücu alacaklısına geçer (TBK m. 189/II).

Bir görüşe göre müteselsil borçlulukta halefiyet prensibi kanundan doğsa da mutlak değildir. Alacaklı ve ifada bulunan borçlu aralarında yapacakları bir anlaşmayla halefiyet prensibinin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler⁶³¹.

4.5.4. Müteselsil borcun sona ermesi

Müteselsil borç ya ifa ile ya da borcu sona erdiren diğer bir kısım sebeplerin gerçekleşmesiyle sona erer. İfa ile sona erme doğrudan borcun içerdiği edimin ifası ile ya da takas ile olabilirken; borcun ifa edilmeden sona ermesinin daha fazla çeşidi vardır. Bunlar arasında hak düşürücü sürenin bitmesi yüzünden alacak hakkının düşmesi, kusursuz sonraki imkânsızlık, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi⁶³², ibra⁶³³ ve borcun zamanaşımına uğraması halleri vardır. Bu sona erme halleri, sadece kendisi için gerçekleşen borçlu açısından sonuç doğurur ve sadece o borçlunun borcunu sona erdirir. Fakat örneğin tüm müteselsil borçluların borçlarının aynı anda zamanaşımına uğraması, alacaklının tüm borçluları ibra etmesi⁶³⁴ ya da borcun sonradan

⁶³¹ Eren (2015), s. 1212.

⁶³² Oğuzman ve Öz (2013), s. 471.

⁶³³ Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır (TBK m. 166/III). 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ibranın müteselsil borçlulara etkisine ilişkin açıklamalar için bkz. M. A. Gümüş (1999). Bir borç ilişkisinde müteselsil borçlulardan birisinin ibrasının diğer müteselsil borçlular üzerindeki etkisi. *Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın hatırasına armağan*. İstanbul: Beta, s. 311 – 321.

⁶³⁴ Oğuzman ve Öz (2013), s. 468.

kusursuz olarak imkânsızlaşmasında bütün borçluların objektif olarak kusursuz olmaları⁶³⁵ hallerinde, borç tüm borçlular açısından sona erer. Diğer bir deyişle, müteselsil borçluluğun konusu olan borç, bir bütün olarak ortadan kalkar. Borcun yenilenmesi (TBK m. 133) halinde de kural olarak sadece yenileme sözleşmesinin tarafı olan borçlunun borcunu sona erdirirken yenilemenin bütün müteselsil borçlularla yapılması ya da yenilemeden müteselsil borçluların tamamının etkileneceği kararlaştırılmışsa bu da borcu tümünden sona erdiren diğer bir sebeptir⁶³⁶.

4.5.5. Müteselsil sorumluluk kuralının ortaklara zaman bakımından uygulanması

Adi ortaklık bünyesinde ortaklar sadece ortaklığın üyesi oldukları, farklı bir ifadeyle ortak oldukları süre boyunca yapılan işlemlerden doğan borçlardan diğer ortaklarla birlikte müteselsil olarak sorumlu olurlar⁶³⁷. Dolayısıyla, bir ortak ortaklığa katıldığı tarihten önceki borçlardan müteselsil borçlu olarak sorumlu olmayacağı gibi ayrıldıktan sonra doğan bir borçtan da sorumlu

⁶³⁵ Tekinay vd. (1993), s. 299; Akıntürk, (1971), s. 176; Eren (2015), s. 1214; Oğuzman ve Öz (2013), s. 468.

⁶³⁶ Eren (2015), s. 1215; Tunçomağ (1976), s. 1053.

⁶³⁷ Alman hukukunda adi ortaklığa tüzel kişilik özellikleri tanımaya yönelik akımın bir yansıması olarak konuyla ilgili verilen bir Federal Mahkeme kararına göre adi ortaklığa yeni katılan ortaklar da artık kollektif şirketteki gibi şirket borçlarından şahsen sorumlu olacaktır. Burada TBK'nın kabul ettiği ve Alman hukukundaki eskiden var olan "ortakların yalnızca ortak buldukları süre boyunca doğan borçlardan sorumlu olması" anlayışı terk edilmiştir. Türk uygulamasında ve doktrininde buna yönelik bir hareketlenme gözlemlenmemektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin adi ortaklıkta yeni katılan ortağın eski şirket borçlarından da sorumlu olmasına dönük verdiği karar, karar lehine ve aleyhine öne sürülen görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Yongalık (2006), s. 526 vd.

olmaz⁶³⁸. Bunun sebebi ilgili ortağın borç doğuran işlem müştereken yapılmışsa bu işleme bizzat katılmamış olması; temsilen yapılmışsa da ortaklık temsilcisine kendisini temsil etmesini sağlayan temsil yetkisini vermemiş olmasıdır (TBK m. 638/III). Öyleyse ortak bu işlemin herhangi bir şekilde tarafı değildir. Ortaklığa katılarak ortak sıfatını kazanması veya önceki bir tarihte bir süre bu sıfatı taşımış olması onu kendiliğinden müteselsil borçlu kılmaz. Bir ortağın ortaklığa giriş veya ortaklıktan çıkış tarihini gösteren kanunen tutulması gereken bir kayıt olmadığı için alacaklının ifa başvurusu karşısında ortağın müteselsil borçluluğa dâhil olmadığı iddiasını ispat etmesi nispeten zordur⁶³⁹. Bu durumda ortak iddiasını genel ispat vasıtalarını kullanarak ispat etmelidir. Ayrıca burada alacaklının iyiniyeti büyük önem taşır. Ortak, alacaklının borç doğduğu esnada kendisinin ortaklıkta olmadığı konusunda bilgisi olduğunu ya da bu hususu bilebilecek durumda olduğunu ispat edebilirse sorumluluktan kurtulabilir⁶⁴⁰.

4.6. Ortaklığın Ortaklardan Birine Borçlu Olması

Ortaklardan birinin ortaklık ilişkisi kapsamında olmayan bir sebeple ortaklıkla arasında bir borç ilişkisi olabilir. Bunun yaygın örneklerinden biri ortağın ortaklığa ödünç para vermesidir⁶⁴¹. Böyle bir durumda bu ortak da TBK m. 638/III'te düzenlenen anlamıyla üçüncü kişi sayılır. Ortaklar bu ortağa sadece ilgili borç kapsamında (örnekteki ödünç para borcu) tıpkı ortaklığa

⁶³⁸ Poroy vd. (2014), s. 74; Şener (2008), s. 423; Ansay (1967a), s. 144.

⁶³⁹ Poroy vd. (2014), s. 74.

⁶⁴⁰ Poroy vd. (2014), s. 74.

⁶⁴¹ Hatemi vd. (1992), s. 588; Poroy vd. (2014), s. 82; Şener (2015), s. 83.

yabancı bir üçüncü kişiymiş gibi sorumlu olurlar. Elbette ilgili ortak da ortak sıfatını taşıdığı ve edinilen borçlardan müteselsil sorumluluk esasıyla sorumlu olmaya devam ettiği için üçüncü kişi sıfatıyla verdiği ödünç verdiği malın hem alacaklısı hem de müteselsil borçlusudur. Bu ortak aynı borç için alacaklı ve borçlu sıfatlarını kendi şahsında topladığı için alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sonucu borç kendi açısından sona erer (TBK m. 135). Diğer ortaklar bu sona ermeden etkilenmez. Onların ödünç veren ortağa karşı sorumluluğu, o ortağın alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi yoluyla borcu sona erdiği için ilişki içindeki payı haricinde devam eder.

4.7. Ortakların Kişisel Alacaklılarının Durumu

Adi ortaklık ortaklarının ortaklık borçlarından sorumluluklarının dışında kendilerinin kişisel ilişki içinde oldukları alacaklıları olabilir. Böyle bir durumda ortakların kişisel alacaklılarının, ortağın üyesi olduğu adi ortaklıktan herhangi bir alacak talep etmeye hakları olup olmadığının tespiti gerekir. Konu TBK m. 638/II'de çözüme kavuşturulmuştur. Hükme göre bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilecektir. Fakat bu hüküm emredici bir kural değildir. Zira maddede açıkça bunun aksinin ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabileceği belirtilerek buna izin verilmiştir. Dolayısıyla, ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm varsa, ortakların kişisel alacaklıları alacaklarına kavuşmak için ortaklığın sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesini (TBK m. 639 vd.) ve tasfiye edilmesini (TBK m. 642 vd.) beklemek zorunda kalmayacaktır. Bu sayede alacaklı, hakkını ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabileceği gibi; alacak

hakkını tasfiye payı dışında, yani ortaklık devam ederken de, ortaklığa karşı ileri sürebilir.

Adi ortaklık sözleşmesinde ortağın kişisel alacaklısının hakkını ancak ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabileceğinin aksine bir hüküm bulunmasa bile bir görüşe göre alacaklı ortaklara yıllık dağıtılan kâr payı üzerinde de hak iddia edebilir⁶⁴². Bu uygulamanın dayanağı ise TBK m. 636/II'deki ortak sıfatı sona eren kişinin varsa tamamlanmış işlerden doğan yıllık kâr payını alabileceğine dair hükmün kıyasen uygulanmasıdır⁶⁴³. Buna göre ortağın kişisel alacaklısı hakkını, sözleşmede alacaklının imkânlarını genişleten bir hüküm bulunmasına gerek kalmadan yıllık kâr payı için de ileri sürebilir.

⁶⁴² Poroy vd. (2014), s. 74; Şener (2015), s. 25.

⁶⁴³ Poroy vd. (2014), s. 74.

Sonuç

Günlük hayatta geniş bir uygulama alanına sahip olan adi ortaklık, emeklerini veya araçlarını 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. Adi ortaklık bir ticaret ortaklığı değildir, bu sebeple Türk Ticaret Kanunu'nda değil, Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir borç ilişkisi olarak düzenlenmiştir. Basit prosedürü, esnek yapısı ve kanun tarafından diğer ortaklık tiplerinin tamamlayıcısı olarak kabul edilmesi itibariyle tüm ortaklık tiplerinin temelidir. Çalışmada adi ortaklığın dış ilişkileri ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle adi ortaklık ve TBK'nın temsil hükümleri genel hatlarıyla açıklanmış; ardından adi ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan borçlardan sorumluluğu ile konu derinleştirilmiştir. Çalışmada ulaşılan başlıca sonuçlar şunlardır:

Adi ortaklık kişi, katılım payı, müşterek amaç, müşterek amaç uğrunda birlikte çaba ve sözleşme şeklinde sıralanabilecek beş adet unsurdan oluşur. Bunlardan özellikle müşterek amaç ve müşterek amaç uğrunda çaba unsurları adi ortaklığı, miras ortaklığı ve iflasta alacaklıların toplanması gibi bazı kişi birliklerinden ayırmada önem taşımaktadır. Müşterek amaç unsuru ile adi ortaklığın konusu birbirinden farklı kavramlardır. Adi ortaklığın konusu müşterek amaca ulaşmak için girişilen faaliyettir. Adi ortaklık bir ticari işletme işletebilir. Adi ortaklık sözleşmesi sui generis ve tipik bir sözleşmedir. Kural olarak şekle bağlı olmayan bu sözleşme taahhüt edilen katılım payının devrinin şekle bağlı olması halinde katılım payının şeklinde veya ortaklarca iradi bir şekil belirlenmesi halinde belirlenen şekilde yapılmak zorundadır.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliğinin olmamasının en önemli sonucu adi ortaklığın hak ehliyetine sahip olmamasıdır. Bunun usul hukukuna yansması olarak adi ortaklık taraf sıfatına da sahip değildir. Ortaklar oluşturulması halinde ortaklık malvarlığı üzerinde elbirliğiyle maliktir ve ortaklık borçlarından müteselsilen sorumludur.

Temsil tek taraflı, varması gereken bir irade beyanıyla verilen temsil yetkisi ile gerçekleştirilen faaliyettir. Temsil sayesinde kişi, sonuçları başkasının üzerinde doğmak üzere hukuki işlem yapabilir. Temsil yetkisi verilmesi, sözleşmelerden, özellikle karıştırılma ihtimali yüksek olan vekâlet sözleşmesinden farklı olarak iki taraflı bir işlem değildir. Hem temsil yetkisi verilmeden vekâlet sözleşmesi akdedilebilir hem de vekâlet ya da başka bir temel ilişkiye dayanmadan temsil yetkisi verilebilir. Buna temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı denilmektedir. Maddi fiillerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ve haksız fiillerde temsil yasaktır. Yetkisiz temsil, kişinin temsil yetkisi olmadan bir başkasını temsilen işlem yapmasıdır. Yetkisiz temsilde temsil olunan işlemi onayınca kadar işlem askıdadır. İşlem onanırsa işlemdeki eksiklik tamamlanır ve baştan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurur. İşlem onanmazsa baştan itibaren geçersiz olur ve üçüncü kişinin uğradığı zararlar yetkisiz temsilci tarafından tazmin edilir.

Dolaylı temsilin niteliği gereği yapılan hukuki işlemin sonuçları dolaylı temsilcinin üzerinde doğar. Sonuçların temsil olunanları bağlaması için ikinci bir işlemle devredilmesi gerekir. Adi ortaklıkta dolaylı temsil uygulaması hem iç hem de dış ortaklık bakımından mümkündür. Vekâlet sözleşmesinde alacak hakkının kendiliğinden geçmesini düzenleyen TBK m. 509 hükmü dolaylı temsile uygulanabilir.

Doğrudan temsilde ise temsilcinin yaptığı işlemin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğar. Adi ortaklıkta iradi temsil, ortaklık sözleşmesiyle veya ortaklık kararıyla, ortaklardan birine veya birkaçına temsil yetkisi verilebilir. Aynı şekilde ortaklıktan olmayan birine de bu yetki verilebilir. Adi ortaklıkta kanun tarafından yönetici ortakların temsil yetkisi varsayılmıştır. Bunun bir sonucu olarak yönetici ortaklar temsil yetkisine sahip olacak, yönetici olmayan ortaklar ise temsil yetkisine sahip olmayacaktır. Bu noktada doktrinde ortaklık dışından birinin yönetici yapılması halinde bu yöneticinin de karineden faydalanıp faydalanamayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş faydalanabileceği yönündedir. Hâkim görüşe katılmakla birlikte kanaatimizce konu halen tartışmaya açıktır. Özellikle karineyi getiren hükmün lafzının ortaklık dışı yöneticiyi kapsama almaması, ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanmasında oybirliği aranması ve adi ortaklığın güven esaslı bir ortaklık olması, ortaklık dışından atanan yöneticinin temsil yetkisine kendiliğinden sahip olmasının kabulünü zorlaştıran hususlardır.

Çalışmamızda hâkim görüşün aksine azınlık görüşüne katılarak tek taraflı bir işlemle verilen temsil yetkisinin istifa ile sona erdirmemesi gerektiğini savunduk.

Yapılan inceleme sonucunda adi ortaklıkta bir ortağın yetkisi olmadan işlem yapması halinde temsilin genel hükümlerinden farklı olarak ortak işlemi aynı zamanda kendi adına da yaptığı için işlemle bağlı olduğu tespit edildi.

Temsilci aracılığıyla yapılan işlem sonucu elde edilenler ortakların elbirliği ile malik olduğu malvarlığına girer. Üstlenilen borçlar da ortakların sorumluluğunu doğurur. Bu sorumluluk ise birinci dereceden, kişisel, sınırsız ve aksi kararlaştırılmadığı müddetçe müteselsildir. Ortaklar birbirlerinin haksız fiillerinden haksız fiilin iştirak halinde işlenmesi haricinde sorumlu değildir.

Ortaklar birbirlerinin TBK m. 66 anlamında çalışanı da değildir. Fakat ortaklar dışarıdan birini bu sıfatla çalıştırıyorsa bu kişilerin sözleşme ilişkisi içinde olunmayan nc kişilere verdikleri zararlardan sorumludur. Buna karşılık ortakların birbirlerinin yardımcı kişisi olarak sorumlu tutulmaları mümkündür (TBK m. 116). Çalışmada sebepsiz zenginleşme kaynaklı borçlardan da ortakların sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Adi ortaklıkta kanuni bir teselsül hali mevcuttur. Kanunun açık hükmü gereği ortaklar aksi kararlaştırılmadıka edinilen borçlardan müteselsilen sorumludur.

Temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde temsilcinin ehliyet eksikliği itirazı ayırt etme gücünden yoksunluk dışında bir sebebe dayanıyorsa haklı değildir. Çünkü temsil için aranan ehliyet şartı temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ehliyet eksikliğinin ayırt etme gücünden yoksunluğa dayanması halinde iki ihtimal vardır. Ayırt etme gücü yoksunluğu sürekliyse işlem kesin hükümsüz olacağından bu ortak itiraz sebebidir. Fakat geçici yoksunluk halinde iptal edilebilirlik sonucu meydana geleceğinden buna ilişkin iptal hakkının kullanılması kişisel bir itiraz olarak kabul edilmelidir. Ortak bir savunma aracını ileri sürmeyen borçlu ortak diğer ortaklara rücu hakkını kaybeder. Kanaatimizce ortak def'i ve itirazları ileri sürme bir borç değil, bir külfettir.

Adi ortaklık bakımından ortaklık sözleşmesi ya da ortaklık kararıyla borcun nasıl paylaşılacağı belirlenmemişse borçtan her ortak eşit olarak sorumludur. Müteselsil borçlulardan birinin payını aşan miktarda borç ifa etmesi rücu hakkını doğurur. Alacaklıyı tatmin eden borçlu, tatmin ettiği oranda alacaklının haklarına halef olur.

Kaynakça

- Akbıyık, C. (1997). Temsil yetkisi ve temel ilişki. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LV(4).
- Akbıyık, C. (2012). *Vasiyeti yerine getirme görevlisi*. İstanbul: On iki levha.
- Akıntürk, T. (1971). *Müteselsil borçluluk*. Ankara.
- Akünel, T. (1975). *İlgili için işlem teorisi*. İstanbul.
- Akyol, Ş. (2007). *Temsilci olmayan aracının faaliyeti temsil teorisinde ulak (nuntius)*. İstanbul: Vedat.
- Akyol, Ş. (2009). *Türk medeni hukukunda temsil*. İstanbul: Vedat.
- S. Altay (2011). Müteselsil borçlunun rücu hakkının doğumundan önce borçtan kurtarılma talebi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 17(1-2).
- Alver, C. (1991). *Adi şirket ve ticaret kanunu genel esasları açıklamalı içtihatlı*. Ankara: Gaye matbaacılık.
- Ansay, T. (1967a). *Adi şirket dernek ve ticaret şirketleri*. Ankara: Başnur matbaası.
- Ansay, T. (1967b). Adi şirket ortaklarının haksız fiilden doğan sorumlulukları. *Batider*, 4(1), Ankara.
- Ansay, T. (1968). Adi şirket ortakları tacir midir? Ortakların ticaret unvanı, defter tutma. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3).
- Ansay, T. (1999). Adi şirket bir tüzel kişi midir? *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. yaş günü armağanı*. İstanbul: Beta.

- Antalya, G. (2009). *Miras hukuku*. İstanbul: Vedat.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin.
- Armutcuoğlu, C. Y. (2009). *Adi ortaklıkta borçlardan sorumluluk*. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, İ. ve Ünal, M. (2008). Avukatlık ortaklığının diğer ortaklık türleriyle karşılaştırılması ve hukuki niteliği. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (XVI)1.
- Arslanlı, H. (1956). *Kollektif ve komandit şirketler I. kısım*. İstanbul.
- Aşkan, C. (2003). *Adi şirketin yönetimi*. Ankara: Adil.
- Ayan, M. (2005). *Miras hukuku*. Konya: Mimoza.
- Ayiter, N. ve Kılıçoğlu, A. M. (1993). *Miras hukuku*. Ankara.
- Bahtiyar, M. (2014). *Ortaklıklar hukuku*. İstanbul: Beta.
- Barlas, N. (2012). *Adi ortaklık temeline dayalı sözleşme ilişkileri*. İstanbul: Vedat.
- Belgesay, R. (1941). *Hukuki muamelelerde temsil*. İstanbul: Rıza Koşkun.
- Bilgili, F. (2002). Adi ortaklıkların fiil ehliyeti. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağanı, birinci cilt*. İstanbul: Beta.
- Bilgili, F. (2003). *Türk ortaklıklar hukukunda gizli ortaklık ilişkileri*. Ankara: Seçkin.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2013). *Şirketler hukuku*. Bursa: Dora.
- Canyürek, M. (2003). *Müteselsil borçlulukta iç ve dış ilişkiler*. İstanbul: Vedat.

- Dağdelen, A. H. (2011). *818 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında borçlular arasında teselsül*. İstanbul: On İki Levha.
- Dalcı, N. (2014). *TBK m. 162 vd. ile TBK m. 61 vd. hükümleri bağlamında müteselsil borç ilişkisi*. Ankara.
- Doğanay, Y. Ü. (1963). *Adi şirket akdi*. İstanbul: Kutulmuş matbaası.
- Domaniç, H. (1988a). *Türk Ticaret Kanunu şerhi cilt 1*. İstanbul.
- Dural, M. ve Öğüz, T. (2013). *Türk özel hukuku cilt 2, kişiler hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Eren, F. (2008). *İsimsiz sözleşmelere ilişkin bazı sorunlar*. Ankara: Beta.
- Eren, F. (2014). *Borçlar hukuku özel hükümler*. Ankara: Yetkin.
- Eren, F. (2015). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Yetkin.
- Ergüne, M. S. (2008). *Olumsuz zarar*. İstanbul: Beta.
- Esener, T. (1961). *Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre borçlar hukuku bakımından salahiyyete müstenit temsil*. Ankara.
- Feyzioğlu, N. (1976). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1*. İstanbul: Fakülteler matbaası.
- Feyzioğlu, N. (1977). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2*. İstanbul: Fakülteler matbaası.
- Gençcan, Ö. U. (2008). *Miras hukuku*. Ankara: Yetkin.
- Gümüş, M. A. (1999). *Bir borç ilişkisinde müteselsil borçlulardan birisinin ibrasının diğer müteselsil borçlular üzerindeki etkisi. Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın hatırasına armağan*. İstanbul: Beta.

- Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Filiz.
- Gürsoy, K. (1976). Vekâletin ölümle sona ermesi. *Temsil ve vekâlete ilişkin sorunlar sempozyumu*. İstanbul: Sulhi Garan.
- Hatemi, H. vd. (1992). *Borçlar hukuku özel bölüm*. İstanbul: Filiz.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). *Borçlar hukuku genel bölüm*. İstanbul: Vedat.
- İmre, Z. ve Erman, H. (2006). *Miras hukuku*. İstanbul: Der yayınevi.
- İnceoğlu, M. (2009). *Borçlar hukukunda doğrudan temsil*. İstanbul: On iki levha.
- Kaçak, N. (2002). *Emsal içtihatlarla Borçlar Kanunu*. Ankara: Adil.
- Kalpsüz, T. (1962). *Adi şirket, Türk hukuk ansiklopedisi cilt 1*. Ankara.
- Kapancı, K. B. (2015). *Birlikte borçlulukta borçlular arası ilişkiler*. İstanbul: Vedat,
- Kaplan, İ. (2006). *İnşaat sektöründe adi şirket niteliğindeki müşterek iş ortaklığı*. Ankara: Seçkin.
- Karahasan, M. R. (1989). *Sorumluluk ve tazminat hukuku cilt 2*. İstanbul: Sermet.
- Karahasan, M. R. (2003). *Türk borçlar hukuku genel hükümler öğreti Yargıtay kararları ilgili mevzuat*. Ankara.
- Karayalçın, Y. (1973). *Ticaret hukuku cilt 2: Şirketler hukuku*. Ankara.
- Kayar, İ. (2002). Adi şirketin ticaret unvanı ve ticaret siciline tescili. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağani, birinci cilt*. İstanbul: Beta.
- Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan.
- Kırca, İ. (1995). Vekâletsiz iş görmenin temsil hukukunda uygulama alanı bulunduğu haller. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 44(1-4).

- Kırca, İ. (2000). Adi şirketin temsili - iki sorun. *Batider*, XX (4).
- Kocaağa, K. (2006). *Vasiyeti yerine getirme görevlisi*. Ankara: Yetkin.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. vd. (2014). *Borçlar hukuku genel bölüm birinci cilt*. İstanbul: Filiz.
- Kurşat, Z. (2012). Yeni borçlar kanunumuzda adi ortaklık hükümlerinin değerlendirilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LXX(1).
- Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü cilt 1*. İstanbul: Demir Demir.
- Narbay, Ş. ve Deliduman, S. (2002). Alman federal mahkemesinin (dış-) adi şirketin hak ve taraf ehliyetine sahip olduğuna ilişkin 29.01.2001 tarihli kararı. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü armağanı, birinci cilt*. İstanbul: Beta.
- Nomer, H. N. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Beta.
- Oğuzman, K. vd. (2013a). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Oğuzman, K. vd. (2013b). *Kişiler hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2*. İstanbul: Filiz.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2014). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1*. İstanbul: Vedat.
- Olgaç, S. (1969). *Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili özel kanunlar cilt 2*. Ankara: Şark.
- Özbey, C. (2014). *Ticaret unvanı ve ticaret unvanının korunması*. Ankara: Seçkin.

- Özenli, S. (1988). *Uygulamada adi ortaklık ve neden olduğu davalar*. Ankara: Kazancı matbaacılık.
- Öztañ, B. (2008). *Miras hukuku*. Ankara: Turhan.
- Poroy, R. vd. (2014). *Ortaklıklar hukuku*. İstanbul: Vedat.
- Pulaşlı, H. (2015). *Şirketler hukuku şerhi*. Ankara: Adalet.
- Serozan, R. ve Engin, B. İ. (2012). *Miras hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Sirmen, L. (2013). *Eşya hukuku*. Ankara: Yetkin.
- Sunar, L. (2011). *Türkiye’de iş ortaklıkları durum/çözüm/öneriler*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası – İGİAD.
- Sungurbey, A. K. (1988). *Yetkisiz temsil*. İstanbul: Yasa.
- Şener, O. H. (2002). Roma hukukunun modern ortaklıklar hukukuna etkisi. *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. yaş günü armağanı*. İstanbul: Beta.
- Şener, O. H. (2008). *Adi ortaklık*. Ankara: Yetkin.
- Şener, O. H. (2015). *Ortaklıklar hukuku ders kitabı*. Ankara: Seçkin.
- Şenocak, Z. (1995). *Borçlunun ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğu*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık.
- Tandoğan, H. (1961). *Türk mesuliyet hukuku*. Ankara.
- Tandoğan, H. (2010). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri cilt 2*. İstanbul: Vedat.
- Tekil, F. (1996). *Adi, kollektif ve komandit şirketler hukuku*. İstanbul.
- Tekinay, S. S. vd. (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz.
- Tunçomağ, K. (1976). *Borçlar hukuku dersleri cilt 1*. Ankara: Sermet.

Tunçomağ, K. (1977). *Türk borçlar hukuku cilt 2 özel borç ilişkileri*. İstanbul: Sermet matbaası.

Turanboy, A. (2001). Avukatlık ortaklığı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50(4). Ankara.

Uygur, T. (2003). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku cilt 8 (TBK m. 395 – 544)*, Ankara: Seçkin.

Uygur, T. (2012). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi*. Ankara: Seçkin.

Uzun, P. ve Uğur, A. (2014). Adi ortaklık kavramı ve 29.01.2001 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı ışığında adi ortaklığa tüzel kişilik tanınması. *Kazancı hukuk araştırmaları dergisi, birinci sayı*.

Ünal, M. ve Başpınar, V. (2010). *Şekli eşya hukuku*. Ankara: Yetkin.

von Tuhr, A. (1983). *Borçlar hukukunun umumi kısmı*. (Çeviri: Cevat Edege). Ankara: Olgaç.

www.kazanci.com (Erişim tarihi: 19.07.2016)

www.sinerjimevzuat.com (Erişim tarihi: 18.07.2016)

Yalman, M. ve Taylan, E. (1976). *Adi ortaklık*. Ankara: Olgaç.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 06.05.2014 Tarih, 2013/21392 Esas, 2014/6953 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.4.1965 Tarih, 4227 Esas, 3796 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15.5.1967 Tarih, 2310 Esas, 4247 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.9.1976 Tarih, 9984 Esas, 7702 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 19.11.1979 Tarih, 1979/7184 Esas, 1979/12707 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2.1.1966 Tarih, 594 Esas, 770 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 25.12.1964 Tarih, 64-7974 Esas, 6182 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.1.1959 Tarih, 1957/10681 Esas, 1959/1331 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5.3.1970 Tarih, 13041 Esas, 1789 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11.4.2016 Tarih, 2015/45723 Esas, 2016/7846 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 7.5.1981 Tarih, 1732 Esas, 2974 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.7.1975 Tarih, 2845 Esas, 4804 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.11.1982 Tarih, 1982/4522 Esas, 1982/4931 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 4.6.1971 Tarih, 5048 Esas, 4392 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.11.1994 Tarih, 14959 Esas, 15051 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 8.9.2015 Tarih, 2015/17668 Esas, 2015/20231
Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 12.5.2003 Tarih, 1438 Esas, 5852 Karar sayılı
kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.11.1984 Tarih, 1984/6030 Esas, 1984/7935
Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 15.12.1980 Tarih, 1980/6217 Esas, 1980/6851
Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16.10.1980 Tarih, 4202 Esas, 5464 Karar sayılı
kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19.12.1974 Tarih, 1974/5508 Esas, 1974/3728
Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 24.11.1980 Tarih, 1980/6387 Esas, 1980/6111
Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25.1.1994 Tarih, 93 Esas, 9907-503 Karar sayılı
kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 28.6.1984 Tarih, 1984/3290 Esas, 1984/4923 Karar
sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 30.3.1981 Tarih, 1981/696 Esas, 1981/2220 Karar
sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 5.7.1974 Tarih, 1974/2830 Esas, 1974/4262 Karar
sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 6.2.1984 Tarih ve 7152 Esas ve 7787 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 6.3.1986 Tarih, 1986/768 Esas, 1986/1327 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 27.11.2008 Tarih, 12450 Esas, 14922 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 Tarih, 2016/920 Esas, 2016/1313 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.05.2003 Tarih, 874 Esas, 2540 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.5.2016 Tarih, 2015/4018 Esas, 2016/2756 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.5.2016 Tarih, 2016/1692 Esas, 2016/2805 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.10.1990 Tarih, 469 Esas, 4198 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 19.1.1984 Tarih, 1983/3716 Esas, 1984/83 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 21.9.1977 Tarih, 1340 Esas, 1649 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 7.9.2015 Tarih, 2015/1293 Esas, 2015/4172 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 9.5.2016 Tarih, 2016/1597 Esas, 2016/2652 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin 19.01.2016 Tarih, 2015/3393 Esas, 2016/257 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.12.1963 Tarih, 26 Esas, 96 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2015 Tarih, 2014/15-2182 Esas, 2015/1047 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.4.2015 Tarih, 2013/13-1913 Esas, 2015/1260 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.1.1965 Tarih, 443 Esas, 12 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.5.2003 Tarih, 2003/12-307 Esas, 334 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 21.02.1941 Tarih, 20 Esas, 87 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ticaret Dairesinin 19.1.1962 Tarih, 3734 Esas, 252 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ticaret Dairesinin 28.3.1972 Tarih, 1972/256 Esas, 1972/1566 Karar sayılı kararı.

Yavuz, C. (1983). *Türk, İsviçre ve Fransız medeni hukuklarında dolaylı temsil*. İstanbul: Fakülteler matbaası.

Yavuz, C. vd. (2014). *Türk borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Beta.

- Yelmen, A. (2015). Yetkisiz Temsil. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (Özel sayı).
- Yıldız, Ş. (2008). Doğrudan doğruya iradi temsilde özel temsil yetkisi gerektiren haller. *Makalelerim*. Ankara: Yetkin.
- Yongalık, A. (1991). *Adi şirkette sermaye payı*. Ankara: Banka ve ticaret hukuku enstitüsü.
- Yongalık, A. (2003). Türk Medeni Kanunu'nda dernek – adi şirket ilişkisi. *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e armağan*. Ankara: Turhan.
- Yongalık, A. (2006). Adi şirkete yeni giren ortağın eski borçlardan dolayı sorumluluğu hakkında Alman Federal Mahkemesi'nin 7.4.2003 tarihli kararı, bir metodoloji sorunu. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*. Ankara: Turhan.
- Yongalık, A. (2010). *Şahıs şirketlerinde ortak davası (actio pro socio)*. Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. (2014). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Turhan.