



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ADİ ORTAKLIĞIN KONUSU VE DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR

*Dr. Öğr. Üyesi İlhan YİĞİT**

ÖZ

Adi ortaklık sözleşmesinin tanımının yapıldığı Türk Borçlar Kanunu m. 620’de müşterek amaca değinilmiş ve adi ortaklığın ayırt edici unsurları arasında sayılmıştır. Doktrinde müşterek amaç, daha çok adi ortaklığın nihai hedefi olarak değerlendirilmiş, kazanç gayesi dışındaki işler bakımından adi ortaklığın kurulup kurulmayacağı ele alınmıştır. BK m. 620 vd. hükümlerinde ise, ticaret şirketlerinin aksine, ortaklığın konusu açıkça ele alınmamıştır.

Müşterek amacın, nihai hedefi belirtmek yanında adi ortaklığın konusunu da içerdiği değerlendirilmelidir. Salt nihai hedef olan kazanç paylaşımından yola çıkılarak, adi ortaklık ilişkisine belirlilik kazandırmak çok güçleşecektir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar, adi ortaklıkta bir konunun bulunduğu, BK’nın katılım payına, rekabet yasağına, infisah nedenlerinden olan amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsızlığına ilişkin düzenlemelerin bu gerçek dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmişlerdir. O halde adi ortaklıkta da bir konunun olduğu kabul edilmelidir. Ticaret şirketlerinin hepsinin şirket (esas) sözleşmelerinde bulunması gereken “işletme konusunun”, şirketin temel unsurlarını da içerdiği belirtilen adi şirkette bulunmadığını söylemek güçtür. Ayrıca bu tür ayrıma gitmemek, BK’nın işbu maddede yer verilen bazı maddelerinin uygulanmasını imkânsız hale getireceği gibi kapsamlarının da çok geniş olması sonucunu doğuracaktır.

İşte bu esastan yola çıkılarak işbu maddede adi ortaklıkta da bir konunun bulunduğunu ortaya koymak bakımından genel bir ilke belirlenmeye çalışılmıştır. Akabinde ise konunun varlığının kabulünün, adi ortaklıkta ne tür sonuçlar doğuracağına değinilmiştir. Bu çerçevede, konunun imkânsızlığı, konu dışında işlemlerin ortakları bağlayıcılığı, katılım payının belirlenmesinde göstereceği etki, rekabet yasağının kapsamı ve ortaklık faaliyet konusunun elde edilmesi veya imkânsızlaşması konuları, makale konusuyla sınırlı olarak, ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adi şirket, müşterek amaç, işletme konusu, geçersizlik, rekabet yasağı, katılım payı, amacın gerçekleşmesi, amacın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması, konu dışında işlem, ortak.

*Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ilhanyigit@istanbul.edu.tr ORCID No: 0009-0006-4337-0927

THE SUBJECT MATTER OF AN ORDINARY PARTNERSHIP AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

Asst. Prof. İlhan YİĞİT**

ABSTRACT

In the Art. 620 of Turkish Code of Obligations where simple partnership contract is defined, common goal is mentioned as one of the distinctive features of simple partnerships. In the legal doctrine, common goal is rather evaluated as the ultimate objective of the simple partnership and possibility to form a simple partnership with the object other than making profit is discussed. However, unlike the commercial companies, object of simple partnership is not explicitly mentioned in the TCO Art. 620 ff.

Common goal's role to cover object of business, alongside the ultimate objective should be assessed. Otherwise, it will be very hard to specify the simple partnership relationship only through the ultimate objective of profit sharing. In this vein, some authors in legal doctrine point out that simple partnerships have object of business; one should assess the provisions on contribution, prohibition of competition, dissolution where the achievement or impossibility of achievement of partnership's purpose regarding this fact and contrary approach will create problems. Therefore, object of business should be acknowledged in simple partnerships as well. It is difficult to say that the "object of business", which should be specified in all commercial companies' articles of incorporation, and which is stated as containing all the essential elements of the company, doesn't exist in the provisions on simple partnerships. Besides, not making this distinction will render the some of the TCO provisions mentioned in this article inapplicable, their scope of application will be extended beyond their purpose.

On this ground, this article aims to propound a general principle that object of business exists in simple partnerships. Following this, legal consequences tied to the existence of object of business in simple partnerships are addressed. Within this framework, impossibility of object, whether the transactions outside the scope of object bind the partners, effect of object of business on the determination of contribution, scope of prohibition of competition and achievement of partnership's purpose or impossibility of it, are dealt with.

Key Words: Simple partnership, common goal, object of simple partnership, invalidity, prohibition of competition, contribution, achievement of partnership's purpose, impossibility of achievement of partnership's purpose, transaction outside the scope of object, partner.

*Assistant Professor, Istanbul University, Faculty of Law, ilhanyigit@istanbul.edu.tr, ORCID No: 0009-0006-4337-0927

Extended Summary

Simple partnership is a partnership in which two or more persons agree to combine their efforts or goods in order to achieve a common goal. Simple partnerships do not have legal entity and is a contractual relationship among the partners. However, unlike reciprocal contracts this contract forms a community of persons as well.

It is vital to ascertain the relations between partners and third parties on a minimum level in simple partnership since it is an unregistered partnership based on a contractual relationship. This perspective sets forth that the common goal should be treated as including the object of business. Therefore, common goal does not only contain the ultimate objective of making profit but object of business as well. Thus, the legal status of partners, managers and executives of the simple partnership which appear as a community of persons in the external relationships will be specified.

On the other hand, the concept of object of business, which is included in the compulsory content of the articles of incorporation in the Turkish Commercial Code, is not indicated in the Turkish Code of Obligations. As to the term of partnership businesses stated in the TCO 620 ff. provisions, the scope is accepted to be more extensive than object of business. However, the fact that object of business is not explicitly mentioned in the TCO does not mean that the concept is excluded. In fact, the notion of “partnership’s purpose” mentioned in TCO Art. 621/1, 626, 639/1-(1) targets the object of business. Moreover, the invalidity of simple partnership’s object of business and whether the transactions outside the object of business bind the partners are also important for the subject of this article.

Since the simple partnership is based on a contract, it may be subject to the nullity according to the TCO Art. 27. Because of this, a simple partnership contract having an impossible, unlawful, or immoral object of business will be invalid, and this sanction will be imposed regardless that the partners or third parties are aware of this invalidity. Nonetheless, this will be an invalidity with the effects of *ex nunc* since the simple partnership forms a continuous relationship. Therefore, even though the contract is invalid, it will still be applied to the dissolution relations.

As mentioned above, object of business matters in simple partnerships and the concept of common goal includes object of business as well. From this aspect, the object of business also specifies the scope of managers’ and representatives’ authority. The general provisions on agency, TCO 40 ff. will be applied to the simple partnership’s representation as well. Due to this fact, scope of authority of the representatives or the managers ought to have

representative power will be ascertained according to the object of business. Amendment of object of business in simple partnership is subject to unanimity since is a fundamental transaction. Thus, the transactions outside the scope of object of business will be subject to unauthorised representation as per TCO Art. 46, 47 and will not bind the other partners. In other for these transactions to become binding they shall be approved by all partners.

Freedom of contract will be applied to the amount of contribution that partners will bring to achieve the common goal, to be more precise, the object of business. Unless otherwise agreed, contributions must be equal and of the nature and size required to achieve the partnership's object of business. Even though TCO Art. 621/2 states "common goal" regarding this matter, this should be considered as a reference to the object of business; if interpreted as the ultimate objective, the provision creates uncertainty and concludes that nearly everything can be brought as contribution to the simple partnership.

Partners should be faithful to one another in simple partnership. This conclusion can be drawn from the fact that the simple partnership is a community of persons, and the partners should act together in collaboration to achieve the common goal. On the contrary, TCO regulates prohibition of competition in spite of duty to act faithfully. The partnership's purpose concept mentioned in TCO Art. 626 should be again accepted as a reference to not to harm the object of business or obscure its achievement. Interpretation of the concept of partnership's purpose in the TCO Art. 626 as the common goal, would cause a severe restriction to the business of the partners, prohibiting them to perform any kind of commercial business. Furthermore, it would lead to the conclusion that the partners are obliged to devote all their time to the simple partnership. This type of unlimitedness would be incompatible with the nature or simple partnership and general logic. If TCO Art. 626 is broadly interpreted, all partners will be subject to the prohibition. However, this prohibition of competition should be limited to the place and object of business.

Finally, the achievement of partnership's purpose and impossibility of it mentioned in the TCO 639/1-(1) should be understood as a reference to the object of business. The economics neither guarantee profit nor assert that a business will not certainly make profit. Therefore, it is obvious that the mentioned provision does not target "making profit" as the common goal. Stating that the object of business is impossible to achieve depends on objectivity and continuity. Temporal or subjective impossibility does not cause dissolution of a simple partnership. Achievement of the object is rather a reference to the temporal partnerships or partnerships with an incidental objective.

GİRİŞ

Birden fazla kişinin, müşterek (ortak) bir amaca ulaşmak gayesiyle bir araya geldikleri zaman, herhangi bir kalıba veya şekil kurallarına tâbi olmak, asgari sermaye yahut kuruluş bakımından formaliteleri uygulamak istemedikleri; doğru bir deyişle daha geniş bir hareket alanı çerçevesinde hareket etmek arzusunda oldukları zaman adi ortaklık ilişkisi, çoğu zaman buna imkân sağlayacak niteliktedir. Adi ortaklıkta asgari bir sermaye olmaması, ortaklık içi ilişkilerin, ortaklar veya yöneticiler arasındaki münasebetin serbestçe belirlenebilmesi, belli bir şekil kuralına tâbi olmaksızın ve fazla masraf gerektirmeksizin kurulabilmesi gibi özellikler anılan gereklere cevap verecek özelliktedir¹.

Nitekim, konzern, kartel, konsorsiyum, joint venture gibi sözleşme ilişkilerinin çoğunun adi ortaklık temelli olması, uygulamada bu tür ilişkilere oldukça sık rastlanması bu sonucu doğrulamaktadır. Aynı zamanda TK'da da adi ortaklığa ilişkin hükümlere atıfların yapıldığı (m. 243, 252, 315), bunlara boşluk doldurucu fonksiyon öngörüldüğü (TK m. 216), kolektif ve komandit şirketlerin kuruluşlarındaki şekle aykırılıklar ve noksanlıklarda uygulanabildikleri görülmektedir. Tüm bu hususların, adi ortaklığın sık rastlanılan ve işlevselliği de artırılan bir ortaklık tipi olarak gözükmesi sonucunu doğurduğu ileri sürülmektedir².

Adi ortaklık, temelinde bir ortaklık olmasına rağmen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer almamış, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında, 18. bölümde, 620 ila 645. maddeler arasında düzenlenmiştir.

BK m. 620'de adi ortaklık değil, adi ortaklık sözleşmesi tanımlanmıştır ki buna göre “adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”³. Buradan yola çıkılarak adi

¹ Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 7.

² Barlas, s. 9.

³ BK m. 620 ile 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 520'de bu manada bir farklılık vardır. eBK m. 520'de şirket kavramı tanımda yer alırken, BK m. 620'de adi ortaklık sözleşmesi tanımlanmaktadır. eBK m. 520'nin aslında şirketi tanımladığı, madde metninde adi şirket kelimesinin bulunmamasının da bunu desteklediği yönünde bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku A. Giriş- Adi Şirket – Ticaret Şirketleri*, İkinci Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 125. BK m. 620'nin doğrudan adi ortaklığı tanımladığı, bu nedenle eBK m. 520'den farklılık içerdiği yönünde bkz. Zekeriya Kürşat, “*Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, İÜHF, Cilt LXX, Sayı 1, Yıl 2012, s. 301, 303. Bu farklılığa rağmen BK m. 620'nin temelde ortaklık sözleşmesini tanımladığı, bütün ortaklıklar için geçerli olduğu, tanımın adi ortaklığa özgü bulunmadığı görüşü ileri sürülmektedir. Barlas, s. 13; Abuzer Kendigelen/ İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt I: Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri: Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri*, Birinci Bası, Onikilevha İstanbul 2021, s. 41. Buna

ortaklığın, emeklerini ve mallarını müşterek bir amaca ulaşmak için birleştirip de bu amacı gerçekleştirmek hususunda çaba göstermeyi birbirlerine karşı yükümlenen kişiler arasında kurulan, tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluğu olarak tanımlanması mümkündür⁴. Adi ortaklığın bu tanımından hareketle unsurları; kişi, müşterek amaç, müşterek amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*), katılma payı ve sözleşme olarak belirlenmiştir⁵.

Adi ortaklıkta konu, müşterek amaç ile yakından ilişkili olduğundan evvela bu unsur üzerinde durmak gerekecektir.

I. MÜŞTEREK AMAÇ

BK m. 620'deki adi ortaklığın tanımına bakıldığında, “müşterek bir amaca ulaşmak” için kişilerin emeklerini ve mallarını birleştirmelerinden bahsedildiği görülmektedir⁶.

TK m. 211'de kolektif şirketin ticari işletmeyi işletmek, TK m. 304'te komandit şirketin bir ticari işletmeyi işletmek, TK m. 331'de anonim şirketin kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için, TK m. 573'te limited şirketin kanunen yasaklanmamış her

karşılık BK m. 620'nin adi ortaklığı tanımladığı, şirket sözleşmesi tanımının yer almadığı da ileri sürülmektedir. bkz. Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019), s. 16, par. 19 (karş. s. 43, par. 70).

Kaynak İsviçre hukukunda *Obligationenrecht (OR)* m. 530'daki tanımın da tıpkı eBK m. 520 gibi olduğu görülmektedir. Oradaki tanımda da ortaklık, iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için emeklerini ve kaynaklarını birleştirmeyi kararlaştırdıkları sözleşmedir. Buradan hareketle de OR 530'un, temel olarak ortaklık tanımını ele aldığı doktrinde ifade edilmektedir. bkz. Walter Fellman/ Karin Müller, “*Die Einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR*”, iç Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (edr), *Berner Kommentar* (1. Auflage, Stampfli 2006), 95.

BGB 705 vd. hükümlerinde ortaklık düzenlenmektedir. BGB 705 uyarınca ortaklık sözleşmesiyle ortaklar, kendilerini hep birlikte sözleşmede belirtilen şekliyle müşterek amaca ulaşma ve özellikle, sınırsız olarak, sözleşmede kararlaştırılan katılım paylarını ifa etme yükümlülüğü altına girerler.

⁴ Barlas, s. 18. Barlas, BK m. 620'deki tanımın *affectio societatis* denilen müşterek amaca ulaşmak için birlikte çaba gösterme unsuruna açıklıkla değinilmediğini ifade etmektedir. Barlas, s. 14.

⁵ Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2008) s. 3; Barlas, s. 18. Yargıtay da taraflar arasındaki ilişkinin adi ortaklık olabilmesi için sözleşme, kişi, sermaye payı, ortak amaç ve işbirliği unsurlarının bulunması gerektiği, aksi takdirde adi ortaklığın bulunmadığı görüşündedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 2 HD, 9468/14079, 07.09.2015.

⁶ Bu yönüyle bakıldığında adi şirketin, BK'nın özel kısmında düzenlenen diğer sözleşme türlerinden ayrıldığı gözükmektedir. Taraf sayısının ikiden fazla olabilmesi, tüzel kişiliği olmasa dahi ortaklar arasında bir kişi birliği oluşturması, ortakların katılma (sermaye) edimleri arasında bir karşılıklı ilişkisinin, edim değişimi özelliğinin bulunmaması, bilakis edimlerin müşterek amaca ulaşmak bakımından birleştirilmesi bu sonucu doğurmaktadır. Bununla birlikte, BK'da özel borç ilişkileri arasında sayılması nedeniyle adi ortaklık borç doğuran, çok taraflı sözleşmelerden sayılmaktadır. Bkz. Karayalçın, s. 42, 64; Y. Ümit Doğanay, *Adi Şirket Akdi, Akdin Unsurları, Kurulması, Hükümsüzlüğü*, 1. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul 1968, s. 19, 21, 22; Hayri Domaniç, *Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler*, 4. Bası, Temel Yayın Dağıtım, İstanbul 1988, s. 71; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 26, par. 50. Aynı yönde bkz. Esra Hamamcıoğlu/Argun Karamanlıoğlu, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 1303, 1312, 1313. Ayrıca bkz. Yargıtay 3 HD, 3157/6815, 05.05.2014.

türlü ekonomik amaç ve konular için kurulduğu belirtilmektedir. Buna karşılık BK m. 620'de adi ortaklığın müşterek amaç etrafında kurulan sözleşme ilişkisi olduğu ifade edilmiş, ancak müşterek amacın ne olduğu konusunda ise bir belirleme yapılmamıştır⁷.

Kişilerin müşterek bir amaç etrafında bir araya gelmeleri adi ortaklığın kurucu unsurudur. Bütün ortaklar, bu müşterek amacı taşımalıdır. Yani sadece bir kısım ortaklar tarafından takip edilen, diğerlerince başka amaçlar güdülen durumlarda adi ortaklık ilişkisinin varlığından bahsedilemez. Müşterek amaçtan kastedilen, adi ortaklık sözleşmesinde ifadesini bulan ortakların nihai hedefidir. Elbette ki her ortağın, ortaklık ilişkisine girmekteki kişisel saiki farklı olabilir; ancak bu farklılık müşterek amaç unsurunu olumsuz manada etkilemez, yani müşterek amacın bulunmadığı şekilde yorumlanamaz. Aslolan tarafların irade beyanlarının yer aldığı sözleşmede müşterek amacın belirtilmesi ve bunun için aktif iş birliğidir⁸.

Müşterek amaç ve bu amaca ulaşmak için aktif işbirliği, adi ortaklığın esaslı noktalarındandır. Müşterek amaç, taraflar arasındaki sözleşmeden çıkarılır ve ortaklar arasındaki ilişkiler ağını belirler⁹. Hemen ifade edilmelidir ki adi ortaklık için BK m. 620 vd. hükümlerinde bir şekil zorunluluğu getirilmemiştir; o halde bir şekil mecburiyeti yoktur (BK m. 12/1). Adi ortaklık, bütün ortaklara yöneltilen sözlü irade beyanlarıyla dahi kurulabilir¹⁰.

⁷ Barlas, s. 14. Yazar aynı yerde, kanundaki tanımda ortak amaç için işbirliği (birlikte çaba-affectio societatis) unsuruna da yer verilmediğini söylemektedir.

⁸ Barlas, s. 26, 27; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 27, 28, par. 55; Fatih Bilgili, İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2003, s. 65, 66.

⁹ Lukas Handscin/ Reto Vonzun, Die Einfache Gesellschaft, Art. 530-551, OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Band V/4a, 4. Teil, Schultless, 2009, s. 19.

¹⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 51, 52, par. 75, 75a; Doğanay, s. 71; Barlas, s. 74; Şener, s. 21, 22; Hamamcıoğlu/ Karamanlioğlu, s. 1313, 1314; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019, s. 883; Kendigelen/ Kırca, s. 63. Konu hakkındaki aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Barlas, s. 74, 75, d. 199. Adi ortaklığın kanunen şekle tâbi tutulan işlemleri gerçekleştirmek üzere kurulduğu takdirde sözleşmenin şekle tâbi olup olamayacağı tartışmalıdır. Adi ortaklık sözleşmesine konu işin veya taahhüt edilen katılım payının devrinin şekle tâbi tutulması halinde dahi ortaklık sözleşmesinin şekle tâbi tutulamayacağı yönünde bkz. Hamamcıoğlu/ Karamanlioğlu, s. 1313, 1314, 1319, 1320. Adi ortaklık sözleşmesinin, sözleşmede taahhüt edilen katılma borcuna ilişkin gerekli kanuni şekil şartına uygun olarak yapılması gerektiği hakkında bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 52, par. 75a; Barlas, s. 75; Şener, s. 24 vd.; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 884; Kendigelen/ Kırca, s. 63, 64. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Barlas, s. 76, d. 203. Kanaatimizce adi ortaklığın konusu işin, gayrimenkul alım satımı gibi olması hali ile katılım payının şekle tabi bir taahhüt olması durumlarını ayrı düşünmek; ilkinde şekle bağlılık esasını kabul etmemek, ikincisinde ise öngörülen resmi şekle uygun olarak sözleşmenin düzenlenebileceğini kabul etmek daha doğrudur.

01.04.2009 tarih ve 27187 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ m. 3'te tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar aracılığıyla işletilen ticari işletmelerin talep edilmesi hâlinde ticaret siciline tescil edileceği, bunun için söz konusu ortaklığa ilişkin sözleşmenin yazılı olarak

Bu durumda müşterek amacın ispatı gerekir; adi ortaklık sözleşmesi, kural olarak şekle tâbi tutulmamışsa da ispat şartı olarak yazılılık esastır. Adi ortaklık sözleşmesi, bir hukuki işlem olduğundan, senetle ispat kuralına ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200 vd. hükümlerine tâbi olacaktır¹¹. Bu durumda müşterek amacın, ihtilaf vukuunda, yazılı delille ispat edilmesi gerekeceği ortadadır.

Müşterek amaç, ortakların bir ve aynı hedef için uğraştıkları, gayret ettikleri ve hepsinin bu hedefe ulaşmak için katıldıkları, katılım paylarını kazanç elde edildiğinde paylaşmak, zarar edildiğinde de buna aynı derece katlanmak istedikleri takdirde söz konusu olur. Kişinin kendi kişisel amacından öte ortaklık amacını ön planda tutup da bunun uğruna katılım sağladığında müşterek amaç vardır¹². Bu sebeple, başkasının amacının diğerlerinin katılımıyla gerçekleştirilmesi yahut aynı türden olup da özünde kendi amaçlarını gerçekleştirmek gayesiyle bir araya gelmelerde amaç müşterekliği ve dolayısıyla adi şirket oluşmaz. Ortakların bir kısmının müşterek amacı paylaşmaması, kazanca katılma, zarara da katlanma kader birliğine ortak olmaması halinde müşterek amacın bulunmadığı söylenmelidir¹³.

Adi ortaklıkta müşterek amaç, geçici olabileceği gibi sürekli bir nitelik de taşıyabilir. Günümüzde adi ortaklığın aldığı görünüm biçimleri dikkate alındığında, adi ortaklığın sadece geçici ilişkilerde söz konusu olabileceği, sürekli nitelik taşıyan işler için kurulamayacağı yönündeki düşünce doğru değildir. Ancak geçici ilişkiler için kurulan adi ortaklıkta müşterek amaç olamayacağı şeklinde bir yaklaşım da getirilmemelidir. Aksine, adi ortaklık yapısı, geçici ilişkiler için de uygun bir yöntemdir. Bu sebeple adi ortaklık, ticari işletme işletmek

hazırlanması ve notere onaylatılması zorunlu olduğu belirtilmiş; ayrıca sözleşmede bulunması gereken hususlara da değinilmiştir. Konu hakkında bkz. Barlas, s. 78; Hamamcıoğlu/ Karamanlıoğlu, s. 1314, 1315; Fahri Özsungur, “Adi Ortaklık Kavramı ve Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, Yıl 2017, s. 41, 41.

¹¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 53, par. 75c; Sosyal Özenli, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, 1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1988, s. 29; Şener, s. 37 vd.; Kendigelen/ Kırca, s. 63. Bu ispat şartının, ortaklar arasında geçerli olacağı, üçüncü kişilerin adi ortaklık ilişkisini her tür delille ispatlayabileceği yönünde bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 63. Üçüncü kişiler, halef olmadıkları sürece, hukuki işlemin ispatında senetle ispat kuralına tâbi değildirler. Bkz. Baki Kuru/ Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s. 279. Bu sebeple üçüncü kişilerin adi ortaklığın varlığını senetle ispat etmeleri gerekmez. İşin esasında bunun pratik olarak mümkün olmadığı da ifade edilmelidir.

¹² İsviçre Federal Mahkemesinin 29 Nisan 2015 tarih ve 4A_533/2014 sayılı kararı. Karar için bkz. bger.ch. (Erişim tarihi: 11.11.2024). Aynı yönde bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 27, 28, par. 55; Kendigelen/ Kırca, s. 11.

¹³ Karayalçın, s. 126; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 55, par. 77b; Barlas, s. 27, 28, 31; Handischin/ Vonzun, s. 19. Karayalçın, anladığımız kadarıyla, şirket aktidinin kurulması bakımından bu yöndeki iradenin varlığını yeterli görmekte, ancak bunun fiilen gerçekleşmesinin yahut emek ve malların müşterek gayeye tahsis edileceğinin, kâr veya zarara iştirak edileceğinin sözleşmede bulunmasının zorunlu olmadığını kabul etmektedir. Karayalçın, s. 127.

yanında diğer sürekli nitelik taşıyan işler için de kurulabilir¹⁴. Nitekim TK m. 12/1'deki ticari işletmenin “kısmen de olsa” kendi adına işletilmesi ifadesinin, adi ortaklığı ifade ettiği söylenmektedir¹⁵. Ancak, bankacılık, sigortacılık gibi bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi bakımından kanunlarda belli bir şirket türünün seçilmesi zorunluluğunun getirildiği hallerde, adi ortaklık şeklinde bu faaliyetlerin yürütülemeyeceği açıktır¹⁶.

i. Kazanç paylaşmak dışındaki diğer amaçların, ideal gayelerin adi ortaklıkta müşterek amaç olup olamayacağı, adi ortaklığın bu tür amaçlarla kurulup kurulamayacağı da tartışmalıdır¹⁷. Ancak bu tartışmanın aslında bir pratik değeri bulunmamaktadır; zira, manevi gayeyle adi ortaklık kurulması vakıasına nadiren rastlanmaktadır¹⁸. Şirket olmamakla birlikte adi şirkete ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi, ideal gayeli toplulukları adi şirket olarak vasıflandırmaz¹⁹.

¹⁴ Doğanay, s. 51; Domaniç, s. 19; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 55, 56, par. 78; Barlas, s. 32; Handschin/ Vonzun, s. 19; İsmail Kayar, “Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili”, iç Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (ed.), Prof. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2002, s. 479, 485; Kendigelen/ Kırca, s. 38, 39. Karayalçın ise, adi ortaklığın kısa zamanda gerçekleşecek ve organizasyon gerektirmeyen işler için uygun bir model olduğunu, bu sebeple arızı, tesadüfi nitelik taşıyan işlerde daha çok görüldüğünü ileri sürmekte; BK m. 620/2'nin “bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır” düzenlemesinden hareketle, adi ortaklığın ticari işletme işletmek üzere kurulamayacağını kabul etmektedir. Bu düşünceye rağmen Karayalçın, adi şirketin esnaf işletmeleri bakımından söz konusu olabileceğini de dile getirmektedir. Karayalçın devamla, ülkemizde ticari işletmelerin adi şirket olarak işletilmesi uygulamasının yaygın olduğunu, bunun ticaret sicili memurlarının bilgisizliğinden ve ilgisizliğinden kaynaklandığını, hatalı uygulamanın ortaklar ve özellikle üçüncü kişilerle ilişkilerde birçok sakıncayı beraberinde getireceğini belirtmektedir. Yazara göre ticari işletme işletilmek isteniyorsa, kolektif veya komandit ortaklık tipi seçilmelidir. Karayalçın, s. 127, 131-134, 181, 182.

¹⁵ Kendigelen/ Kırca, s. 40. Gizli ortaklık ilişkisinin, amacı sürekli nitelik taşıyan yahut taşımayan adi ortaklıklarda olabileceği hakkında bkz. Bilgili, s. 67.

¹⁶ Hans Gummert/ Lutz Weipert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB- Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Baskı, C.H. Beck, 2019, Birinci Kısım, &6, par. 9; Kendigelen/ Kırca, s. 38, 39.

¹⁷ Adi ortaklığın ekonomik olmayan, ideal gayelerle de kurulabileceğini kabul edenler için bkz. Tuğrul Ansay, Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, 1. Baskı, BTHAE, Ankara 1967, s. 31, 78; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 54, 55, par. 77a; Doğanay, s. 49; Barlas, s. 33-35; Aynur Yongalık, Adi Şirkette Sermaye Payı, 1. Baskı, BTHAE Ankara 1991, s. 10, 11; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 882; Fellman/ Müller, s. 96; Handschin/ Vonzun, s. 19. Buna karşılık amacın ancak iktisadi olabileceğini benimseyenler için bkz. Karayalçın, s. 126; Şener, s. 103, 104; Kendigelen/ Kırca, s. 39, 40. Arslanlı, şirketi diğer kişi birliklerinden ayıran unsurun iktisadi gaye olduğunu, iktisadi gayenin geniş anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Halil Arslanlı, “Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefriki Yarayan Ölçütler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl: 1945, s. 128, 129.

¹⁸ Barlas, s. 35; Kendigelen/ Kırca, s. 39.

¹⁹ Karayalçın, s. 126; Kendigelen/ Kırca, s. 39.

II. ADİ ORTAKLIKTA KONU

Yukarıda yapılan açıklamalardan görüldüğü üzere müşterek amacın daha çok adi ortaklık sözleşmesindeki nihai hedef dikkate alınarak değerlendirildiği, konunun bu şekliyle açıklandığı anlaşılmaktadır. BK m. 620 vd. hükümlerine bakıldığında ise ortaklık konusuna değinilmediği, müşterek amacın ön plana çıkarıldığı, bazı hükümlerde ise (BK m. 625, 627, 628, 630, 631, 636, 641, 644) “ortaklık işleri” kavramına yer verildiği görülmektedir.

Buna karşılık TK, ticaret şirketlerinin konusunu, şirket sözleşmelerinde “esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun” yer alması gerekliliği şeklinde düzenlemiştir (TK m. 213/1-d’de kollektif şirkette ve TK m. 305 atfıyla komandit şirkette; TK m. 339/2-b’de anonim şirketlerde, TK m. 576/1-b’de limited şirketlerde).

TK’da yer alan bu özelliğin BK’da adi ortaklıklar bakımından yer almadığı görülmektedir²⁰.

İsviçre doktrininde Handschin/Vonzun ise adi ortaklığın amacını, konu bakımından amaç ve nihai amaç olarak ikiye ayırarak ele almıştır. Burada yer verilen görüşe göre konu bakımından amaç, adi ortaklığın kurulmasıyla hemen ortaya çıkan ve ortakların hep birlikte takip etmeleri gereken amaçtır. Bu manada misalen bir binanın inşa edilmesi, konu bakımından amacı oluşturur. Nihai amaç ise, müşterek amaç olup son hedefi ifade etmektedir; gelir elde etmek, kazancı paylaşmak şeklinde ortaya çıkar. Değinilen görüşte, konu bakımından amaç ile nihai hedef olarak ortaya çıkan amaç, adi ortaklıkta ortakların takip etmeleri gereken müşterek amaçtır. Yazarlar bu ayırım şeklinin doğurduğu pratik sonucunun, müşterek amaca erişilmesinin imkansızlaşması ile bunun değiştirilmesinde ortaya çıkacağını belirtmektedirler²¹.

²⁰ Kendigelen/ Kırca, s. 13, 14. Kendigelen/ Kırca, aynı yerde, bu durumun BK m. 621/2, 626 ve 639/1 için bazı aksaklıklara sebebiyet vereceğini belirtmektedir. Buna karşılık Şener, müşterek amaç ve konunun farklı olduğunu vurgulamakla birlikte bu ayırımın kanun koyucu tarafından dikkate alındığını ileri sürmektedir. Şener, s. 104.

²¹ Handschin/ Vonzun, s. 20. Aynı yönde bkz. Vito Roberto/ Hans Rudolf Trueeb, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art 530-771 OR, CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Schultless 2012, s. 6; Peter Jung, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Schultless, 2016, s. 6; Gummert/ Weipert, Birinci Kısım, &6, par. 11; Martin Henssler/ Lutz Strohn, Gesellschaftsrecht, Beck’sche Kurtz Kommentare, 5. Baskı, C.H. Beck, 2021, sec. 705, par. 4. Henssler/ Strohn, aynı yerde, bu tür ayırımın adi şirket ilişkisine bir belirlilik kazandıracağını ileri sürmektedir.

Adi ortaklıkta konu ile kastedilen faaliyet konusudur; yani amaca ulaşmak için yürütülen işlerdir. Örneğin lokanta, fırın işletmek, gayrimenkul alım- satımı yapmak, mal üretmek, satmak, hizmet sunmak gibi faaliyetler konuyu teşkil eder²².

Bu durumda adi ortaklık konusunun, müşterek amaçtan farklı olup olmadığı kanaatimizce değerlendirilmelidir. Evvela belirtmek gerekir ki adi ortaklıktaki müşterek amacın, salt nihai hedef olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Aksi halde salt iktisadi amaçlarla bir araya gelen, bütün ortakların kâr elde edip bunu aralarında paylaşmayı hedefleyen her türlü birlikteliklerin adi ortaklık yapısı içerisinde değerlendirilmesi gibi bir sonucu doğurur. Kanaatimizce ortaklar arasındaki müşterek amaç, konu bakımından da gerçekleşmelidir. Nasıl ki ticaret şirketleri bakımından “esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu” şeklinde şirket sözleşmelerinde bir belirleme aranıyorsa (TK m. 213/1-d, 305, 339/2-b, 576/1-b), adi ortaklıklar bakımından müşterek amacın, konu bakımından da gerçekleşmesi gerektiği söylenmelidir. Bu sebeple biz, tıpkı Handshin/ Vonzun’un²³ değindiği gibi, müşterek amacın nihai hedefin yanında adi ortaklığın faaliyet konusunu da içerdiğini kabul etmekteyiz. Tüzel kişiliği olmayan bir ortaklıkta, konu bakımından da müşterek amacın aranmaması, birçok belirsizliği gündeme getirecektir. Nitekim Türk doktrinde de bu sonucun bazı aksaklıklar doğuracağı ifade edilmiştir²⁴. Böyle bir ayırım, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Ayrıca bu yaklaşım, adi ortaklık sözleşmesine bir belirginlik de kazandıracaktır²⁵.

O halde, adi ortaklıkta da bir konu olmalı ve ortaklar bu konu üzerinde de müşterek iradeye sahip olmalıdır. Buradan yola çıkılarak, konusuz veya konu bakımından belirsiz içerikte bir oluşumun, birlikteliğin adi ortaklık olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Salt nihai hedef olarak gelir elde etmek, kazanç sağlamak üzere bir araya gelen kişilerin oluşturduğu topluluk, kanaatimizce adi ortaklık olarak vasıflandırılmamalıdır. Adi ortaklık hakkındaki BK hükümleri de aslında bir nevi bunu gerektirmektedir. BK m. 621’deki katılım paylarının ortaklık amacını gerçekleştirmek bakımından uygunluğu, BK m. 626’daki

²² Şener, s. 104; İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirli Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlkeler-Kuruluş-Yönetim Kurulu, 1. Baskı, BTHAE, Ankara 2013, s. 57, 58; Kendigelen/ Kırca, s. 13; Henssler/ Strohn, sec. 705, par. 4.

²³ Handshin/ Vonzun, s. 20.

²⁴ Kendigelen/ Kırca, s. 13, 14.

²⁵ Henssler/ Strohn, sec. 705, par. 4.

ortakların rekabet yasağı, BK m. 639/1'deki amacın gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsızlığının infisaha sebebiyet vermesi örnek olarak sayılabilir.

Değinildiği üzere adi ortaklık, temelinde bir sözleşme ilişkisidir. Ancak dış aleme karşı da bir kişi birliği olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte adi şirketin tüzel kişiliği yoktur, kurulması için de herhangi bir yere tescil zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla adi şirketi, nihai hedef şeklindeki bir müşterek amaçla tanımlamak eksik kalacaktır. Oysa adi şirkette de ortaklar ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerde asgari düzeyde belirlilik sağlamak önemlidir. Bu açıdan bakıldığında, müşterek amacın, aynı zamanda faaliyet konusunu da içerecek şekilde ele alınması gerekliliği ortaya çıkar. O halde müşterek amaç, sadece kazanç sağlamak şeklinde ifade edilen nihai hedefi içermez; bunun yanında adi şirketin konusunu da kapsar. Böylelikle, dış aleme kişi birliği olarak yansıyan adi ortaklığın ortaklarının, yöneticilerinin, temsilcilerinin hukuki durumlarında da belirlilik sağlanır. Dolayısıyla faaliyet konusu olmayan bir adi ortaklık düşünülmemelidir. İşin esasında, uygulamada bu zorunluluk, adi ortaklık sözleşmelerinde açıkça yer almak suretiyle giderilmektedir.

BK m. 625, 627, 628, 630, 631, 636, 641, 644'te geçen ortaklık işleri kavramı ise adi ortaklığın konusundan daha geniş bir manayı ifade eder²⁶. Ortaklık işleri, ortaklar arası ilişkileri de kapsamına alır. O halde ortaklık konusu ile ortaklık işleri kavramı farklıdır.

Tüm bu söylenenlerden hareketle adi ortaklıkta kurucu unsur olarak yer alan müşterek amacın, nihai hedefin yanında faaliyet konusunu da içerdiği, ortakların konu bakımından da müşterek amaca sahip olmaları gerektiği, daha geniş olan ortaklık işleri kavramının tek başına adi ortaklığın konusunu hedeflemediği, adi ortaklıkta konu şeklindeki müşterek amaç ayrımının, BK'daki bazı hükümlerin anlamlandırılmasında önemi haiz olduğu sonucuna varılmaktadır.

²⁶ Hemen ifade edelim ki adi ortaklığa ilişkin düzenlenen kavram indekslerinde "ortaklık işleri" kavramına yer verilmediği görülmektedir. Bu bakımdan kavram indeksleri için bkz. Barlas, s. 343; Şener, 659 vd.; Kendigelen/Kırca, s. 341 vd.

III. ADİ ORTAKLIKTA KONU AYRIMININ DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Yukarıda ifade edildiği üzere, müşterek amacın bir parçası olarak adi ortaklıkta konu kavramı önemlidir ve BK'nın adi ortaklığa ilişkin bazı hükümlerinin bu çerçevede ele alınması gerekir. Bu kapsamda adi ortaklık sözleşmesinin BK m. 27 bakımından geçerliliği, konu dışında yapılan işlemlerin diğer ortakları bağlayıcılığı, katılım payının ortaklık amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olması (BK m. 621/2), rekabet yasağı (BK m. 626), ortaklık sözleşmesinde gösterilen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansızlaşmasının infisaha yol açması (BK m. 639/ b. 1) önem taşımaktadır. Aşağıda bu hususlar ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

A. Adi Ortaklıktaki Sözleşme Konusunun Geçersizliği

BK m. 27 hükmüne göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

BK m. 27 sözleşmenin konusuna ilişkindir. Dolayısıyla tarafların sözleşme ile kararlaştırılan edimlerini hedef alır. Ancak sözleşmedeki edimler, sayılan aykırılıkları içermemekle birlikte tarafların ortak amaçları bu yönde ise yine de kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olur. Bu nedenle burada sözleşme taraflarının ortak amaçlarına bakılır; taraflardan birinin amacının bu yönde olması, sözleşmenin batıl olmasını gerektirmez²⁷.

Adi ortaklık sözleşmesi, en nihayetinde bir sözleşme olduğundan, BK'nın genel hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde, bu ilişkiye de uygulanacağı dile getirilmektedir. Bu sebeple şirket ortakları, adi ortaklığın konusunu serbestçe tayin edebilirler²⁸. Ancak müşterek

²⁷ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 86; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin, Ankara 2017, s. 341-343; Mehmet Serkan Ergüne/ Ali Suphi Kurşun, "Kesin Hükümsüzlük", iç Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (edr.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1, Genel Hükümler, Vedat, İstanbul 2018, s. 115, 123, 124.

²⁸ Doğanay, s. 75; Barlas, s. 32, 33.

amacın emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olduğu durumlarda adi ortaklık sözleşmesi batıl, geçersiz olacaktır²⁹.

Bu durum karşısında, müşterek amacın her iki görünüm biçiminin, yani konunun veya nihai hedefin geçersizliği, adi ortaklığın batıl olması sonucunu doğurur. Ayrıca müşterek amaç bakımından geçersizlik bulunduğu durumlarda, BK m. 27/2'den hareketle, sözleşmenin diğer hükümlerinin ayakta tutulması gerektiği söylenememelidir. Hemen belirtelim ki nihai hedef bakımından geçersizliğin söz konusu olabilmesi için bütün ortakların amaçlarının BK m. 27 kapsamında olması zorunluluğu unutulmamalıdır. O halde BK m. 27 açısından değerlendirme, hem adi ortaklığın konusu hem de nihai hedef şeklinde ortaya çıkan müşterek amaç açısından yapılmalıdır. Hukuka uygun işlerle, hukuka uygun olmayan bir amaç izlenmesi, ortakların niyetinin böyle olması durumunda dahi ortaklık sözleşmesi geçersizdir³⁰.

Objektif imkânsızlık bakımından ise şöyle bir ayırım yapılmalıdır: Adi şirketin konusu, objektif olarak imkansızsa BK m. 27 uygulanır. Bununla birlikte gelir elde etme ve paylaşma şeklindeki nihai amacın gerçekleşmeyeceği hâl, objektif imkânsızlık olarak değerlendirilemez; haklı sebeple ortaklığın feshi (BK m. 639/b.7) gündeme gelebilir³¹.

Eğer adi ortaklık ortakları, birden fazla konuya, müşterek amacın bir parçası olarak sözleşmede yer vermiş, bununla birlikte bunlardan biri yahut birkaçı geçersizse, BK m. 27/2'nin şartları dahilinde kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması söz konusu olabilir.

Buna karşılık, müşterek amacın dışındaki diğer sözleşme hükümlerinin geçersizliği, adi ortaklık sözleşmesinin tamamını geçersiz kılmayabilir; aksi düşünce işlem güvenliğinin

²⁹ Karayalçın, s. 69, 70; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 57, par. 79; Doğanay, s. 51; Barlas, s. 32, 33; Özenli, s. 81; Şener, s. 104, 105; Handschin/ Vonzun, s. 25, 26; Fellman/ Müller, s. 308 vd.; Jean Nicolas Druey/ Eva Druey Just/ Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 1. Baskı, Shultless, 2021, s. 54; Jung, s. 20, 21; Kendigelen/ Kırcı, s. 64, 65. MK m. 47/2 uyarınca amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz. TK m. 331 ve 573/3, anonim ve limited şirketlerin kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabileceğini düzenlemektedir. TK m. 213/1-d'de esaslı noktalarıyla belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun kolektif şirket sözleşmesinde yer alacağı belirtilmektedir. TK m. 214'te ise şirket sözleşmesindeki zorunlu kayıtlardan biri geçersiz olan kolektif şirketin, adi şirket hükmünde olacağı ve BK'nın adi şirkete ilişkin hükümlerine tâbi olacağı ifade edilmektedir. Aynı düzenleme, TK m. 305/1 atfı gereği komandit şirketlere de uygulanacaktır. Ancak bu düzenleme, konusu emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka aykırı veya imkânsız olan kolektif ve komandit şirketlerin, geçerli bir ortaklık gibi adi şirket olarak devam edeceği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Buna karşılık, dış alemde geçerli bir adi ortaklık görünümü oluştuğunda iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması gerektiği, bunlara karşı ortakların müteselsilen ve birlikte sorumluluklarının devam edeceği dile getirilmektedir. bkz. Druey/ Just/ Glanzmann, s. 54.

³⁰ Fellman/ Müller, s. 321; Handschin/ Vonzun, s. 25-27.

³¹ Handschin/ Vonzun, s. 26.

sağlanmadığı gibi bir yaklaşımı gündeme getirebilir. BK m. 27/2'nin şartları mevcut olduğu durumlarda, adi ortaklığın ayakta olduğunu kabul etmek, yani sadece ilgili hükmü geçersiz kılmak daha doğrudur³². Bu durumda, BK'daki hükümler uygulama alanı bulabilir³³. Kuruluş aşamasında olmamakla birlikte sonradan adi şirket sözleşmesinin değiştirilmesi ile ortaya çıkan geçersizlik durumunda da aynı yaklaşımı sergilemek gerekir. Ancak anılan halde geçersizlik yaptırımı, değişikliğin yapıldığı tarihten başlamak üzere ileriye etkili olarak uygulanır³⁴. Bu durumda, geçmişteki ilişkiler bakımından geçerli bir ortaklık ilişkisi varmış gibi sözleşme sonuçlarını doğurur. Ortaklar arasındaki ilişkiler, değişiklikten önceki sözleşmeye göre belirlenir. Ancak geçersiz hükümler, ortaklık ilişkilerinde uygulanmaz³⁵.

BK m. 27 uyarınca butlan yaptırımı, kendiliğinden sonuç doğurur ve hukuki işlemin taraflarının buna ilişkin herhangi bir beyanda, ihtarda bulunmaları, dava açmaları gerekmez. Ancak menfaati olan taraf, bu konuda geçersizliğin tespiti davasını açabilir. Yine kesin hükümsüzlük, taraflarca bilinsin ya da bilinmesin, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren sonuçlarını doğurur. Yani sözleşme, başlangıçtan itibaren hiçbir sonuç doğurmaz. Bununla birlikte sürekli nitelik taşıyan sözleşmelerde butlan yaptırımı, ileriye etkili sonuç doğurur. Ayrıca butlanı menfaati olan herkes ileri sürebilir³⁶.

Kişi birliği olması, sürekli nitelik taşıması dikkate alındığında, BK m. 27'nin adi ortaklık ilişkilerinde ileriye etkili olarak uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Keza, adi ortaklığın tasfiyeye girmesi gerekliliği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda BK m. 644/1 gereğince bütün ortaklar, tasfiyeyi birlikte gerçekleştirebilirler. Ortaklar arasında bir anlaşma sağlanamadığı durumlarda, adi ortaklığın sona erdiğinin tespiti ve tasfiyesi amacıyla mahkemede dava açılması mümkündür³⁷.

³² Fellman/ Müller, s. 321; Kendigelen/ Kırca, s. 65.

³³ Fellman/ Müller, s. 323.

³⁴ Kendigelen/ Kırca, s. 65; Fellman/ Müller, s. 323, 324.

³⁵ Fellman/ Müller, s. 323.

³⁶ Oğuzman/ Öz, s. 185, 186; Ergüne/ Kurşun, s. 136, 137.

³⁷ Şener, s. 545; Kendigelen/ Kırca, s. 170; Druey/ Just/ Glanzmann, s. 54; Jung, s. 20, 21; Henssler/ Strohn, sec. 705, par. 5; Gummert/ Weipert, Birinci Kısım, &5, par. 5; Ingo Saenger, "Bürgerliches Gesetzbuch", in Reiner Schultze (ed.), Handkommentare, 11. Baskı, Nomos 2022, sec. 705, par. 32; Fellman/ Müller, s. 324. Fellman/ Müller, aynı yerde, adi ortaklık sözleşmesinin geçersiz olması halinde dahi tasfiye edilmesi gerektiğini, buna OR art. 545/7'deki haklı sebeple feshin dayanak oluşturabileceğini dile getirmektedir. Buna karşılık Poroy/ Tekinalp, geçersizliğin ortaklar arasında geriye etkili olacağını, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 57, par. 79.

Bu konuda son olarak değinilmesi gereken husus, ortaklık alacaklılarının adi şirketin feshi ve tasfiyesi şeklinde bir davayı açıp açamayacağıdır. Fellman/ Müller, alacaklıların geçersizliğe dayalı fesih ve tasfiye davası açma hakları olmadığını; zira bütün ortakların, müteselsilen alacaklılara karşı sorumlu olduklarından, bu halde de anılan düzenleme geçerliliğini koruyacağından, dava açmalarında özel bir menfaatlerinin bulunmadığını ileri sürmektedir³⁸. Kanaatimizce alacaklıların, adi ortaklık sözleşmesinin geçersizliği davasını açamayacaklarını kati bir şekilde söylemek mümkün olmamalıdır. BK m. 27'deki menfaati olan herkesin geçersizliği ileri sürebileceği yaklaşımının burada da sergilenmesi lazımdır. Ancak alacaklıların açacakları geçersizliğin tespiti davası, elbette ki adi ortaklığın tasfiyesi sonucunu doğurmaz; tasfiyeyi ortakların talep etmesi gerekir.

B. Konu Dışında Yapılan İşlemlerin Ortakları Bağlayıcılığı

Yukarıda belirttiğimiz üzere adi ortaklığın kurucu unsurlarından olan müşterek amaç, aynı zamanda adi ortaklığın faaliyet konusunu da içermektedir. Bu yönüyle bir adi ortaklıktan bahsedilebilmesi için ortakların, adi şirketin konusu üzerinde de müşterek bir iradeye sahip olmaları lazımdır.

Öte yandan, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı da ortadadır. Tüzel kişilik olmadığı içindir ki adi şirketin davada veya icrada aktif ve pasif taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Keza adi ortaklık olarak bir şeye sahip olunması veya borcun üstlenilmesi de mümkün değildir. Bunlar adi ortaklığın ortakları tarafından gerçekleştirilir. Dolayısıyla ortaklar hep birlikte dava açabilir veya bütün ortaklar davada davalı gösterilmelidir; mallar da bütün ortaklar adına kaydedilmelidir. Bu sebeple de adi ortaklıkta elbirliği (iştirak halinde) mülkiyeti hükümleri caridir³⁹.

Tüzel kişiliği olmadığından, ayrıca tescil zorunluluğu da bulunmadığından adi ortaklıkta organlar yoktur, organ aracılığıyla temsil gündeme gelmez. Bu sebeple BK m. 637 ve 638'de ortakların ortaklar aracılığıyla⁴⁰ doğrudan yahut dolaylı temsil esası çerçevesinde temsili düzenlenmiştir⁴¹. BK m. 637 uyarınca kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. Ortaklardan biri,

³⁸ Fellman/ Müller, s. 324, 325.

³⁹ Karayalçın, s. 133, 134; Doğanay, s. 31; Barlas, s. 79; Şener, s. 152 vd.; Kendigelen/ Kırca, s. 49 vd.; Fellman/ Müller, s. 96; Roberto/ Trueeb, s. 11; Jung, s. 12.

⁴⁰ BK m. 637'de ortaklardan söz edilmesine rağmen, üçüncü kişilerin de şirketi temsil etmesi mümkündür. Bu halde de BK m. 637 hükmü uygulanır. Şener, s. 405, 406; Kendigelen/ Kırca, s. 89.

⁴¹ Şener, s. 397.

ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar. Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetki, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şartlarına tâbidir⁴².

BK m. 637/2’de temsile ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Bu durumda temsil yetkisinin kapsamı hakkında BK m. 40 vd. hükümlerine bakmak gerekir⁴³. BK m. 41/1’e göre temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir. Bu sebeple adi ortaklıkta temsil ilişkisinin kaynağı, adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklar kurulu kararıdır. Temsil yetkisinin, bütün ortakların zımni davranışlarıyla verilmesi de mümkündür⁴⁴. Bu sebeple temsil yetkisinin kapsamı, olağan işleri de aşacak şekilde yahut olağan işlerden bir kısmı olabilir⁴⁵.

BK m. 637/3’ün ikinci cümlesi uyarınca temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmesi şartına tâbidir. Bu düzenleme, aslında BK m. 625/3, birinci cümlesindeki “Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir” ifadesinin tekrarı mahiyetindedir. Bu sebeple, “önemli tasarruf işlemleri” ile “olağan dışı işlemler” aynı anlamdadır. Anılan gerekçeyle yönetimde görevli ortağın varsayılan temsil yetkisi, “olağan işler” bakımından olacaktır⁴⁶.

⁴² BK m. 637’nin İsviçre hukukunda karşılığı OR 543’tür ve BK m. 637 ile benzer içeriktedir. Bununla birlikte BK m. 637/3’ün ikinci cümlesi, OR 543’te bulunmamaktadır.

⁴³ Buna karşılık bir ticari işletmeyi işletmek üzere temsilci tayin edildiğinde, ticari temsilci veya ticari vekile ilişkin BK m. 548 ve 551 düzenlemeleri dikkate alınmalıdır. Kendigelen/ Kırca, s. 67, 68. TK m. 548’de “işletmenin amacına giren her türlü işlemleri” ticari temsilcinin yapmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu durum da açıkça yetkinin işletmeyle sınırlı olduğunu göstermektedir. Ticari vekilin yetkilerinin kapsamı TK m. 551’de işletmeyle bağlantılı olarak sayılmaktadır. Dolayısıyla her iki düzenlemenin, işletme konusuyla sınırlı olduğunu gözden kaçırmamak lazımdır.

⁴⁴ Şener, s. 405; Kendigelen/ Kırca, s. 91. Temsil yetkisinin, bu yöndeki iradeyi yansıtan davranışlarla, örtülü olarak da verilebileceği kabul edilmektedir. bkz. Oğuzman/ Öz, s. 235.

⁴⁵ Kendigelen/ Kırca, s. 91.

⁴⁶ Kendigelen/ Kırca, s. 92.

Şirketin faaliyet konusunda değişiklikler, temel iş ve işlemlerdendir; bu sebeple de ortakların tamamının oybirliği ile karar almasını gerektirir⁴⁷. Olağan işler ise adi şirketin faaliyet konusu kapsamında kalan ve değeri itibarıyla ortaklık malvarlığıyla orantılı olan işlerdir⁴⁸.

Bu durumda, konu dışında yapılan işlemler bakımından, eğer özel bir yetkiyle ve ortakların oybirliğiyle öncesinde bu konuda yetki verilmemişse, yetkisiz temsile ilişkin hükümler (BK m. 46, 47) cari olacaktır. O halde, ortaklardan her biri tarafından işlemin onaylanması lazımdır. İşlem ortakların tamamı tarafından onaylanmadığı takdirde yapılan işlem, adi şirketi bağlayıcı olmayacaktır⁴⁹.

Sonuç olarak, adi ortaklığın faaliyet konusu dışında bir işlem yapıldığı ve bu işlem için temsilciye özel bir yetki verilmediği takdirde, bu işlem kural olarak şirketi bağlamayacaktır. Bağlayıcı olabilmesi için bütün ortakların o işlemi onaması lazımdır.

C. Ortakların Katılım Paylarının Ortaklığın Konusunun Gerektirdiği Önem ve Nitelikte Olması

BK m. 621/2 uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır⁵⁰. BK m. 620/1'de de ortakların müşterek amaca ulaşmak için mallarını ve emeklerini birleştirmekten bahsedilmektedir. Bu durumda ortakların katılma paylarını ortaklığa getirmeyi taahhüt etmelerinin zorunlu olduğu belirtilmelidir⁵¹.

⁴⁷ Kendigelen/ Kırca, s. 67; Şener, s. 285, 286.

⁴⁸ Kendigelen/ Kırca, s. 68, 76. Bu konuda örnekler için bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 62, par. 87a; Şener, s. 290; Kendigelen/ Kırca, s. 76. Olağan iş-olağanüstü iş ayrımında BK m. 504'ün mü yoksa TK m. 223'ün mü esas alınması gerektiği konusunda bkz. Karayalçın, s. 142, 143; Özenli, s. 90-92; Şener, s. 296, 297; Kendigelen/ Kırca, s. 68-70. Dava açmak bakımından bkz. Barlas, s. 98. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, bu iki hükümlle bağlı kalmaksızın ayrı kıstaslar uygulamaktadırlar. Duran varlıklara ilişkin işlemler, dava açılması, ihaleye girme kararları, büyük tutarlı kredi işlemleri, olağanüstü işlemlerdir. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 62, par. 87a. Kanaatimizce bu son yazarlar tarafından belirtilenler kıstaslar, genel bir sınıflandırma değil, sayma yöntemidir.

⁴⁹ Şener, s. 409; Barlas, s. 88; Kendigelen/ Kırca, s. 93, 94; Ömer Ali Girgin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2017, s. 95.

⁵⁰ BK m. 621/2'nin karşılığı OR 531/2'dir. Oradaki düzenleme uyarınca da sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde katılım payları eşit ve ortaklığın amacına ulaşması için gereken önem ve büyüklükte (nitelikte) olmalıdır. Alman BGB m. 706/1'e göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde katılım payları eşit olmalıdır.

⁵¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 57, 58, par. 80; Yongalık, s. 11; Doğanay, s. 34; Barlas, s. 44; Şener, s. 190; Handschin/ Vonzun, s. 127. Handschin/ Vonzun, anılan yerde, ortakların borçlardan dolayı müteselsil sorumluluğunun ve birlikte kredibilitelerinin yüksekliğinin zaten yeteri kadar bir katılım sağladığını, bu sebeple katılım payı zorunluluğunun artık eskisi kadar önem taşımadığı yönünde görüşlerin ileri sürüldüğünü, ancak bu tür katılım yükümlülüğü olmaksızın adi ortaklığın uygulamada nadiren görüleceğini ileri sürmektedirler. Ayrıca, BK m. 620'deki müşterek amaca ulaşmak için malların ve emeğin taahhüdünden bahsedildiğinden, katılım payının bu amaca ulaşmak için gerekli önem ve niteliğe sahip olması zorunluluğu da kendiliğinden doğar. Anılan

BK m. 621’de katılım payının neler olabileceği, sınırlı olmayacak şekilde, sayma yöntemiyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla düzenlemede sayılanlar haricinde başka tür katılım payları da adi ortaklıkta taahhüt edilebilir.⁵²

BK m. 621/2, yedek hükümdür; yani adi ortaklık sözleşmesinde katılım payları bakımından bir düzenleme yer almaktaysa sözleşmeye uyulur; ayrıca başka bir hususa bakılmaz.⁵³ Bununla birlikte sözleşmede düzenleme bulunmadığında⁵⁴ sermaye payının neler olabileceği ve miktarı konusunda artık ortaklık amacının gerektirdiği önem dikkate alınır. Amaç ile katılım payı arasındaki ilişki, katılım payının ortakların müşterek amacına ulaşabilmek bakımından uygun olmasında aranır. Bununla birlikte müşterek amacın, bu katılım paylarıyla gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise konuyla ilgisi yoktur. O halde, adi ortaklık sözleşmesinde düzenleme bulunmadığı takdirde, katılım paylarının ortaklık amacını gerçekleştirmede uygunluğu da aranır. Ortakların müşterek amaca uygun bir şekilde katılım paylarını getirmeleri de zorunludur.⁵⁵

İşte bu açıklananlar çerçevesinde BK m. 621/2’de belirlenen “ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte” şeklindeki kıstas, adi ortaklığın faaliyet konusu şeklinde okunmalıdır. Yani, nihai hedef bakımından uygunluk yerine, adi ortaklığın faaliyet konusuna uygunluk aranmalıdır.⁵⁶

Elbette, adi ortaklığa getirilecek sermayenin belli bir sınırının olmaması, her türlü ekonomik değer taşıyan malın ve bu arada emeğin, kişisel itibarın katılım payı olabileceği

gerekçeyle BK m. 621/2’nin aslında yeni bir şey getirmediği konusunda bkz. Yongalık, s. 29; Kendigelen/ Kırca, s. 99.

⁵² Yongalık, s. 23; Doğanay, s. 35, 36; Şener, s. 194, 195; Kendigelen/ Kırca, s.16, 96; Handschin/ Vonzun, s. 127.

⁵³ Doğanay, s. 75; Şener, s. 192; Barlas, s. 49; Kendigelen/ Kırca, s. 16; Roberto/ Trueeb, s. 21; Jung, s. 23. Kendigelen/ Kırca, BK m. 621/2’nin katılım payı borcunun sözleşmeyle belirlendiği hallerde de uygulanacağını, katılım payının şirket amacını (konusunu) gerçekleştirmek bakımından gerekli niteliği taşımamaları durumunda şirketin konusunun (amacının) gerçekleşmesinin imkânsızlaşacağını veya çok güçleşeceğini, şirketin kuruluş aşamasında sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olabileceğini (BK m. 27) dile getirmektedir. Kendigelen/ Kırca, s. 99, 100. Kanaatimizce, BK m. 621/2’nin yedek hüküm niteliği dikkate alınarak, adi ortaklık sözleşmesinde düzenleme bulunması durumunda sözleşmeye uyulması gerektiği belirtilmelidir. Katılım paylarının, şirketin faaliyet konusunu gerçekleştirebilmek bakımından yetersizliği ve bu sebeple konu bakımından imkânsızlığı, ayrı bir sorundur.

⁵⁴ Adi ortaklık sözleşmesinde katılım paylarının türü ve kapsamının biri veya her ikisi hakkında düzenleme bulunmadığı takdirde BK m. 621/2 uygulanır. bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 99. OR art. 531/2 hükmü olduğu için, katılım payı ve bunun kapsamının adi ortaklık sözleşmesinde yer alması zorunluluğu olmadığı hakkında bkz. Handschin/ Vonzun, s. 70.

⁵⁵ Fellman/ Müller, s. 333, 337, 338.

⁵⁶ Nitekim Kendigelen/ Kırca da hükmü bu şekilde anlamaktadır. Bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 99, 100.

gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu sebeple ister TL ister yabancı para cinsinden olsun, bütün nakit paralar, ortaklığın konusuyla bağdaşır kabul edilebilir. Zira para, ortaklığın konusunu gerçekleştirmek bakımından her zaman önemini ve niteliğini korur.

Buna karşılık diğer aynı katılım payları bakımından, ortaklık konusunu gerçekleştirecek önem ve nitelik hususu aranmalıdır. Ortaklık konusuyla ilgisiz emtianın veya diğer ekonomik bir değer, katılım payı olarak getirilmesi kabul edilmemeli, bu tür sunumların katılım payı taahhüdünün ifası zımında değerlendirilmemelidir. Örneğin adi ortaklığın faaliyet konusuyla tamamen ilgisiz emtada veya hizmetlerde tescilli bir markanın katılım payı getirilmek istenmesi durumunda, bunu ifa olarak kabul etmemek gerekir.

Katılım paylarının, ortaklığın faaliyet konusunun gerektirdiği önem ve nitelikte olduğu konusunda kimin karar vermeye yetkili olacağı hususu da önem taşımaktadır. Kanaatimizce burada adi ortaklığın, ortaklar arasındaki ilişkiler bakımından sözleşme olduğu niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Buradan hareketle, katılım payının bu niteliği hakkında ortakların karar alması gerektiği belirtilmelidir. Doktrinde ortaklık kararı alınması gereken haller, temel işlemler ve olağanüstü nitelikte sayılan idare işlemleri olarak belirlenmiştir. Temel işlemler, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte iş ve işlemlerdir⁵⁷. Dolayısıyla BK m. 624 uyarınca hareket edilmelidir. Yani ortaklığın kararlarının, bütün ortakların oybirliği ile alınması esasına uyulmalıdır. Eğer sözleşmede kararların oyçokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk ortak sayısına göre belirlenmelidir. Hemen belirtelim ki, burada yönetici ortakların karar vereceği şeklinde bir yaklaşıma gidilmemelidir. Yönetici ortaklar, muaccel olan katılım payı borçlarının ifasını ilgili ortaktan talep etmek bakımından yetkilidir⁵⁸.

D. Rekabet Yasağı

BK m. 626 hükmü gereğince ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar⁵⁹.

⁵⁷ Şener, s. 285, 286; Kendigelen/ Kırca, s. 66, 67.

⁵⁸ Yongalık, s. 76; Şener, s. 206, 207; Kendigelen/ Kırca, s. 100.

⁵⁹ BK m. 626'nin karşılığı İsviçre hukukunda OR m. 536'dır. Anılan düzenlemeye göre ortaklar, ortaklık amacına ters veya onu engelleyen işleri, kendi menfaatlerine yürütemezler. Buna karşılık Alman BGB 705 vd. hükümlerinde rekabet yasağına ilişkin ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hukuki işlemin tarafları arasında güven ilişkisinin yoğun olduğu hallerde bağlılık borcunun özel bir önem taşıdığı, bu sebeple BK m. 626'nın aslında bağlılık (sadakat) yükümlülüğünü ve onun en çok görünüm şekli olan rekabet yasağını düzenlediği ifade edilmektedir⁶⁰.

Rekabet yasağı, ortaklık amacına erişme açısından önem taşır. Böylelikle ortaklık amacının gerçekleştirilmesi için yapılan faaliyetlerin zarar görmemesi sağlanmaya çalışılır⁶¹.

BK m. 630/3 gereğince yönetici ortaklar, yılda en az bir defa hesap verirler. Ayrıca yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Üstelik aksine sözleşme yapılması da kesin geçersizdir (BK m. 631). Bu hukuki imkanlarla ortaklar, adi şirketin faaliyetleri hakkında bilgi edinirler. Rekabet yasağına ilişkin düzenleme (BK m. 626), aynı zamanda ortakların, elde ettikleri bu bilgileri, kendilerinin veya üçüncü kişilerinin menfaatine kullanmalarına ve ortaklığın amacına zarar vermelerine de mani olmak amacındadır⁶².

BK m. 626'nın emredici olmadığı, yasağın kapsamının daraltma veya genişletme şeklinde sözleşmeyle değiştirilebileceği, bununla birlikte ortakların ticaret yapmalarını engelleyecek şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı dile getirilmektedir⁶³.

BK m. 626'da rekabet yasağından bahsedilmiş, ancak bunun içeriğine değinilmemiştir. Bu sebeple yasağın kapsamı konusunda TK m. 230'dan yararlanılabileceği dile getirilmektedir⁶⁴. Kollektif şirkete ilişkin olan TK m. 230/1'e göre bir ortak, ortağı olduğu

⁶⁰ Kendigelen/ Kırca, s. 111, 112; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 72, par. 95; Jung, s. 40; Juerg G. Schütz, Personengesellschaftrecht (Art. 530-619 OR), Stampflis Handkommentar, 1. Baskı, Stampfli, 2015, s. 52, 53. BK m. 626'nın İsviçre hukukunda karşılığı, OR 536'dır. Burada da madde kenar başlığı rekabet yasağıdır ve ortakların kendi menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işlemler yapamayacağı düzenlenmiştir. OR 536'da üçüncü kişi menfaatine değinilmediği görülmektedir.

Alman hukukunda BGB 705 vd. hükümlerinde, rekabet yasağının ayrıca düzenlenmediğini görmekteyiz. Buna rağmen, sözleşmede yer alsın veya almasın, ortaklar arasında bir bağlılık ve güven borcu ilişkisi kurulduğu, bu sebeple ortakların, ortaklık amacını gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermek zorunda oldukları, anılan yükümlülüğün, ortaklık sözleşmesinde yer alan hakları kullanırken de geçerli olduğu, Alman BGB'de olmamasına rağmen, sadakat yükümlülüğünün gereği olarak, yeri geldiğinde ortakların rekabet yasağı borcuna da tâbi olacakları belirtilmektedir. bkz. Saenger, sec. 705, par. 13; Henssler/ Strohn, sec. 705, par. 3.

⁶¹ Schütz, s. 53. Yazar, rekabet yasağını düzenleyen OR 536'nın ortaklığın amacına ulaşmasını engelleyen diğer davranışları da kapsamına aldığı ileri sürmektedir.

⁶² Şener, s. 349.

⁶³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 72, 95a; Şener, s. 349.

⁶⁴ Şener, s. 251; Kendigelen/ Kırca, s. 114. Kendigelen/ Kırca, aynı yerde, ticari temsilciler ve vekiller bakımından rekabet yasağına ilişkin BK m. 553/1'in de dikkate alınmasının lazım geldiğini, bu sebeple ortakların rekabet yasağına aykırılık oluşturan işlemleri, kendi hesaplarına üçüncü kişilere de yaptırılamayacaklarını belirtmektedirler.

şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez⁶⁵.

Hemen belirtelim ki adi ortaklıkta ortakların müşterek amaç uğruna birlikte çaba göstermeleri ile rekabet yasağı arasındaki bağlantı vardır, ancak tümüyle kesişmemektedir. Rekabet yasağı, ortaklığın amacına ulaşmasına engel teşkil edecek ekonomik aktiviteleri konu edinir. Ortaklık amacını gerçekleştirmek için aktif işbirliğine aykırı her davranış, ekonomik olsun yahut olmasın, müşterek amaç etrafında aktif katılımın ihlali olarak yorumlanabilir. Bununla birlikte, ortaklıkla rekabet halinde olmayan bir eylemin (işlerin) ortak tarafından yürütülmesi, rekabet yasağına tabi olmayabilir⁶⁶.

Bu durum karşısında rekabet yasağının, müşterek amacın anlamları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Değindiği üzere BK m. 626'nın aslında ortakların bağlılık (sadakət) yükümlülüğünü de içerdiği, bununla birlikte en sık karşılaşılan

BK m. 553/1 ise şu şekildedir: Bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmazlar.

Karayalçın, TK'da yer alan ticaret şirketleri hakkındaki genel hükümlerin ve kollektif şirkete ait düzenlemelerin, adi şirkete ilişkin bir boşluk bulunması durumunda kıyasen uygulanabileceğini, ancak yararlanılacak hükmün ticaret şirketlerine veya kollektif şirkete özgü olmaması gerektiğini belirtmektedir. Karayalçın, s. 130, 131. Aynı yönde bkz. Şener, s. 141; Barlas, s. 133; Kendigelen/ Kırca, s. 38.

⁶⁵ Komandit şirketler bakımından konu, TK m. 308 ve 311'de yer almaktadır. Ortaklık ilişkileri bakımından kural, sözleşme serbestisidir. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde ise, komandit şirkete ait özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, kollektif şirkete ait 217 ila 231 madde düzenlemeleri uygulanır (TK m. 308). Bu durumda TK m. 230'daki rekabet yasağı, komandite ortaklar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte TK m. 311'de komanditer ortakların tâbi olacakları rekabet yasağı ayrıca düzenlenmiştir. Kollektif ortakların, şirket konusunu oluşturan işlemlerin aynısını yapamayacaklarına ilişkin TK m. 230 komanditerler hakkında uygulanmaz; yani rekabet yasağına tâbi değildir. Ancak komanditer ortak, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder (TK m. 311).

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette komandite ortağın rekabet yasağının kapsamı TK m. 572/1'de ele alınmıştır ki buna göre komandite ortak diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren bir iş yapamayacağı gibi bu tür ticaretle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da katılamaz.

Anonim şirketlerde rekabet yasağı, yönetim kurulu üyelerine ilişkin getirilmiştir; ortaklara yönelik bir yasak söz konusu değildir. TK m. 396/1 uyarınca yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun izni olmaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemini kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez.

Limited şirketlerde ortakların rekabet yasağına tâbi tutulabilmeleri, ancak şirket sözleşmesinde buna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmasına bağlıdır (TK m. 613/2). Ancak rekabet yasağının bulunmaması, ortakların şirketin menfaatini zedeleyebilecek davranışlarda bulunmalarına da imkân vermez. Özellikle kendilerine özel menfaat sağlayan ve şirketi amacına zarar veren işlemler yapamazlar (TK m. 613/2, 1 ve 2. cümle). Limited şirketlerde müdürlerin tâbi oldukları rekabet yasağı ise TK m. 626/2'de ele alınmıştır. Buna göre şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir.

⁶⁶ Handschin/ Vonzun, s. 321.

hâli olan rekabet yasağının düzenlendiği ifade edilmektedir. Yine müşterek amaç, yukarıda yaptığımız ayırım uyarınca, adi ortaklığın konusunu ve nihai hedefini içermektedir. Bu durumda rekabet yasağının adi ortaklığın konusu ile irtibatlandırılması, kapsam ve içeriğinin bu çerçevede yorumlanması lâzımdır. Gerçekten de BK m. 553/1’de “işletmenin yaptığı türden bir iş” ifadesi geçmekte, rekabet yasağı bununla sınırlanmaktadır. Ayrıca TK m. 230’da kollektif şirketlerde (TK m. 308’in atfıyla komandit şirketlerde komandite ortaklar bakımından) “şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi” şeklinde rekabet yasağının kapsamı belirlenmektedir. Ayrıca anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağında da “şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemini” düzenlemesi bulunmaktadır. Adi şirket de en nihayetinde bir şirket olduğundan, diğer düzenlemelerden farklı bir yoruma gitmemek gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple de rekabet yasağının kapsamı, adi ortaklığın faaliyet konusuyla bağlantı kurularak tespit edilmelidir. O halde adi şirkette ortakların tâbi olacakları rekabet yasağı, şirketin faaliyet konusuna giren işler bakımındandır⁶⁷.

Adi ortaklıkta rekabet yasağı, faaliyet konusuyla sınırlı bir şekilde düşünüldüğünden, burada şöyle bir ayırma da yer vermek gerekir. Adi ortaklık sözleşmesinde faaliyet konusu geniş bir şekilde ele alınmış olsa da rekabet yasağını, adi ortaklığın fiili olarak uğraştığı, iş yaptığı alanlar bakımından sınırlamak lazımdır⁶⁸. Aynı sonuca, yakın bir gelecekte gerçekleşmesi mümkün olmayan faaliyet konuları açısından da varmak lazımdır⁶⁹.

Keza rekabet yasağı, ortaklığın faaliyet konusunu fiilen takip ettiği veya genişletmeyi düşündüğü mekanlar, yerler bakımından geçerlidir⁷⁰.

Rekabet yasağı, ortaklığın sözleşmede yer alan amacıyla, yani konusuyla bağlantılı ve sınırlı olarak ortaya çıkar. Ortaklığın bu amacı, daha doğrusu faaliyet konusunu takip ettiği sürece rekabet yasağı varlığını devam ettirir. Fiili veya örtülü olarak ortaklar, konu teşkil eden faaliyeti, kesin bir şekilde takip etmeyi bırakmışlarsa rekabet yasağı da ortadan kalkar⁷¹.

⁶⁷ Schütz, s. 53.

⁶⁸ Schütz, s. 54; Handschin/ Vonzun, s. 324, 325. Kollektif şirketler bakımından aynı yönde bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 251.

⁶⁹ Handschin/ Vonzun, s. 324, 325.

⁷⁰ Handschin/ Vonzun, s. 324; Schütz, s. 54. Kollektif şirketler bakımından aynı yönde bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 251.

⁷¹ Handschin/ Vonzun, s. 324.

Burada hemen belirtelim ki, TK m. 230 ve BK m. 553'te doğrudan faaliyet esas alınmış, bununla birlikte yasağın işletme konusuna zarar vermesi veya konuya ulaşmayı engellemesi unsurlarına yer verilmemiştir. Oysa BK m. 626'da "ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri" ifadesi bulunmaktadır. Bu durumda, adi şirketin fiili işletme konusuyla aynı türden işlerin, aynı bölgede ortak tarafından kendi adına veya başkası adına yürütülmesi tek başına hükmün uygulanması bakımından yeterli midir, yoksa ayrıca amacın engellenmesi veya amaca zarar verilmesi şartları ilave olarak aranacak mıdır sorusu gündeme gelecektir⁷². BK m. 626'nın sadakat yükümlülüğünü de ele alması, adi ortaklıkta kişi unsurunun ön plana çıkması, ayrıca müşterek amaca ulaşmak bakımından aktif işbirliği yükümlülüğünün bulunması, ortakların şirket hakkında inceleme ve denetleme hakkına sahip olması ve bunun sınırlandırılmaması hususları birlikte ele alındığında; BK m. 626'da geçen ortaklık amacına zarar verme veya engelleme şartlarının, rekabet yasağının varlığı açısından kurucu niteliğe haiz olmadıkları söylenebilir. Yani somut olayda, adi şirketin zarara uğradığı veya ortaklığın işletme konusuna engel oluşturduğu hususlarına bakılmaksızın, rekabet yasağı kapsamına giren bir iş olup olmadığı değerlendirilebilir, böyle bir tespite gidilebilir yorumuna gidilebilir. Amaca ulaşılmasının engellenmesi veya zarara uğraması koşulları, adi şirketin talepleri bakımından dikkate alınır. Bununla birlikte, TK hükümlerinden farklı olarak BK m. 626'da "engelleme" veya "zarar verme" ifadeleri ayrıca kullanıldığından, bunların yasağın varlığı açısından aranması lazım gelen unsurlar olduğunu düşünmekteyiz⁷³.

Adi ortaklık fesih veya infisah suretiyle sona erdiğinde tasfiyeye girer ve ortaklığın amacı da bu çerçevede devam eder; yani amaç artık tasfiyenin en iyi şekliyle sona erdirilmesidir. İşte rekabet yasağı da bu amaç çerçevesinde olmak üzere, sınırlı bir şekilde varlığını devam ettirir. Böylelikle, tasfiyenin amacına ulaşmasını engellememe şeklinde rekabet yasağı varlığını korur⁷⁴.

⁷² Bilgili, zararın varlığını tazminat talebinin ileri sürülebilmesi bakımından ele almıştır. Bkz. Bilgili, s. 133.

⁷³ Benzer yönde bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 72, par. 95.

⁷⁴ Şener, s. 350; Kendigelen/ Kırca, s. 116; Handschin/ Vonzun, s. 323, 325. Yazarlar, aynı yerde, sözleşmede ortaklık sona erdikten sonrası için de rekabet yasağının getirilebileceğini dile getirmektedirler. Ortakların, tasfiye sürecinde, yine bu sınırlamaya tabi olmak kaydıyla kendi kuracakları için hazırlıklarına başlayabilecekleri veya başka bir ortaklığın ortağı olabilecekleri hakkında bkz. Handschin/ Vonzun, s. 325. Alman hukukunda sadakat yükümlülüğü açısından bkz. Gummert/ Weipert, s. Birinci Kısım, Bölüm 6, par. 49, 50.

E. Ortaklığın Konusunun Elde Edilmesi veya Elde Edilmesinin İmkânsız Hâle Gelmesi

BK m. 639/b. 1 uyarınca ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesiyle adi şirket sona erer⁷⁵. Hükümde geçen imkânsızlık, adi ortaklık sözleşmesinin imzalanmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlıktır ve adi ortaklık, kendiliğinden sona erer⁷⁶.

Her ne kadar madde metninde ortaklık amacından bahsedilmişse de buradan anlaşılması gereken adi ortaklığın faaliyet konusunun elde edilmesi veya elde edilmesinin imkânsızlığıdır⁷⁷. Zira, ortaklığın müşterek amacı içerisinde yer alan müşterek amaca, yani kazanca yönelik elde etme veya bunun imkansızlığı, adi ortaklığın sona ermesi sebebi olamaz⁷⁸. Esasında, kazanç elde etmek ve bunu ortaklar arasında paylaşmak biçiminde ifade edilen nihai hedefin, gerçekleşmesinden yahut imkânsız hale gelmesinden bahsedilmesi doğru değildir⁷⁹. Gelir elde edememek, adi şirketi kendiliğinden sona erdiren bir sebep olamaz⁸⁰. Bir ekonomik faaliyetin muhakkak kazanç sağlayacağı şeklinde bir garantiyi, hiçbir iktisadi teori verememektedir. İktisadi faaliyetler, her zaman kazanç sağlamama, zarar etme riskini de içerirler. Bu sebeple, BK m. 639/b.1'dan maksat, adi şirketin faaliyet konusunun gerçekleşmesi veya imkânsız hale gelmesidir. Aksi düşüncede, imkânsızlık söz konusu olmayacağından, BK m. 639/b.1 anlamsız kalacaktır.

Yukarıda, müşterek amaç bahsinde de ortaya konulduğu üzere, adi ortaklıklar geçici veya sürekli nitelikte bir faaliyeti yürütmek üzere kurulabilirler. Sürekli nitelik taşıyan faaliyetlerde, örneğin ticari işletmenin işletilmesinde, amacın elde edilmesi söz konusu olmaz. O halde BK m. 639/b.1'deki amacın elde edilmesinin, adi şirketin geçici veya tesadüfi bir faaliyet konusu üzerine kurulduğu hallerde söz konusu olacaktır. Örneğin bir köprüünün

⁷⁵ BK m. 639/1'in İsviçre hukukunda karşılığı OR 545/b.1'dir. Buna göre de ortaklık, ortaklık amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi durumunda sona erer. Alman hukukunda konu BGB 726'da düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca ortaklık, kararlaştırılan amacın elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesiyle sona erer.

⁷⁶ Şener, s. 436; Kendigelen/ Kırca, s. 151. Bu yönüyle, BK m. 136'daki sonraki kusursuz ifa imkânsızlığının özel bir görünüm şeklidir. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 89, par. 106a; Kendigelen/ Kırca, s. 151. İmkânsızlığın ortaklar tarafından bilinip bilinmemesinin önem taşımayacağı hakkında bkz. Gummert/ Weipert, s. &21, par. 62.

⁷⁷ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 89, par. 106a.

⁷⁸ Şener, s. 435; Kendigelen/ Kırca, s. 151; Handschin/ Vonzun, s. 589.

⁷⁹ Kendigelen/ Kırca, s. 151. Buna karşılık, konu teşkil eden faaliyetin kârlılığının olmaması ve uzun vadede de bunun değişmeyeceğinin objektif olarak bekleneceği durumlarda imkânsızlığın söz konusu olabileceği, anılan halde adi ortaklığın sona erip tasfiyeye gireceği hakkında bkz. Handschin/ Vonzun, s. 590.

⁸⁰ Jung, s. 77.

yapılması için adi ortaklık sözleşmesi imzalandığında, inşaat faaliyetinin bitmesi ile birlikte amaç elde edilmiş olacaktır⁸¹.

Eğer adi şirket sözleşmesinde, birden fazla konu yer alıyorsa, bu durumda bu konulardan birinin gerçekleşmesi yahut imkânsız hale gelmesi, adi ortaklığı sona erdirmez; diğer konular için varlığını devam ettirir⁸².

İmkânsızlık, objektif ve sürekli olmalıdır. Geçici nitelikte olan veya sübjektif özellikler taşıyan imkânsızlıklar, adi şirketin kendiliğinden sona erme sebebi teşkil etmezler⁸³. İmkânsızlığın kaynağı maddi bir sebep veya hukuki nedenler olabilir⁸⁴.

Buna karşılık işletme konusunun güçleşmesi, adi ortaklığı sona erdirmez. Döviz kurlarındaki artışlar sebebiyle girdi maliyetlerinin artması, satışların önemli bir şekilde azalması gibi sebepler ancak BK m. 639/b. 7 uyarınca haklı sebeple feshe sebebiyet verebilir⁸⁵.

BK m. 640/3 uyarınca sözleşmede öngörülmüş olan sürenin bitiminden sonra ortaklık, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülürse, belirsiz süreli ortaklığa dönüşür. Dolayısıyla sürenin bitmesine rağmen adi ortaklık, işletme konusunu sürdürmeye devam ediyorsa, belirsiz süreli olarak varlığını devam ettirecektir⁸⁶. Bununla birlikte benzer düzenlemeye BK m. 639/b.1 açısından yer verilmemiştir. Hal böyle olmasına karşın, ortaklar oybirliğiyle, yeni bir işletme konusu üzerinde müşterek amaç olarak anlaşıp faaliyetlerini o alanda sürdürmek isterlerse, adi şirketin devam ettiği kabul edilmektedir⁸⁷.

⁸¹ Şener, s. 435; Kendigelen/ Kırca, s. 151; Henssler/ Strohn, sec. 726, par. 3; Gummert/ Weipert, Birinci Kısım, &21, par. 59.

⁸² Şener, s. 436; Schütz, s. 142.

⁸³ Şener, s. 437; Bilgili, s. 141; Kendigelen/ Kırca, s. 151; Schütz, s. 142; Jung, s. 77; Gummert/ Weipert, &21, par. 60, 61. Mevcut ortaklarla ortaklığın konusu olan amaca ulaşılmasının mümkün olmadığı ya da ortaklığın konusunun sürdürülebilmesinin bir sermaye getirilmesine bağlı olduğu, ancak ortakların bunu sözleşmede kararlaştırmadıkları veya bunun için katılımı kabul etmedikleri ve yeni sermaye getirilmesi gibi alternatif bir yolla yapılmasının söz konusu olmadığı hallerde de amacın gerçekleşmesinin imkânsız olacağı hakkında bkz. Handschin/ Vonzun, s. 589, 590; Henssler/ Strohn, sec. 726, par. 4.

⁸⁴ Şener, s. 437.

⁸⁵ Kendigelen/ Kırca, s. 152. Ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar sebebiyle karar alınmamasının da BK m. 639/b.7 kapsamında haklı sebep oluşturacağı hakkında bkz. Karayalçın, s. 154; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 90, par. 106a; Kendigelen/ Kırca, s. 152.

⁸⁶ İsviçre OR art. 546/3'te de aynı şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁸⁷ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 89, par. 106a; Şener, s. 442; Kendigelen/ Kırca, s. 152.

SONUÇ

BK m. 620’de adi ortaklık sözleşmesinin, dolayısıyla adi ortaklığın tanımında yer alan müşterek amacın, aynı zamanda faaliyet konusunu da içerdiği kabul edilmelidir. Bu sebeple müşterek amaca, salt ortakların nihai hedefi olarak bakılmamalıdır. Tüzel kişiliği olmayan, sözleşmeye dayanan, herhangi bir yere tescil zorunluluğu da bulunmayan adi şirkette müşterek amacın bu şekliyle yorumlanması, ortaklar ve üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından da belirlilik sağlar. Daha doğrusu, ortakların aslında hangi amaçla bir araya geldiklerinin çerçevesi daha kolay çizilebilir. Aksi halde, kanaatimizce bir adi ortaklıktan bahsetmeye de imkân yoktur.

Bu yaklaşım, adi ortaklığa ilişkin BK m. 621/2, 626 ve 639/b.1’in anlamlandırılmasına da imkân sağlar. Anılan düzenlemelerdeki ortaklığın amacı ifadelerinin, nihai hedef olarak yorumlanması halinde, uygulanmaları da imkânsız hale gelir. Kabul etmediğimiz bu düşünce tarzında; kazanç getirebilecek her şey adi ortaklığa katılım payı olarak getirebilecek, ortaklar sınırsız bir rekabet yasağına tâbi olacak ve hatta teşebbüs kurma özgürlüklerinin olmadığı gerçeği ile karşılaşabilecektir. Yine hedefin elde edilmesinden söz edilemeyecek veya imkansızlığını ispatlayacak bir mekanizma bulunamayacaktır. Bu haliyle bakıldığında adi ortaklık ilişkisi, ortaklar bakımından çekilmez bir hâl alacak, belirsiz bir birliğe girmenin yanında buradan çıkışı da oldukça güçleşecektir. Hukuk kurallarının mantıksızlığı konu alamayacağı düşünüldüğünde, bahse konu hükümlerin adi ortaklığın faaliyet konusu şeklinde anlamlandırılmaları ve bu haliyle yorumlanmaları lazım olduğu sonucu ortaya çıkacaktır. Böylelikle ortaklar; sözleşmede kararlaştırılmadığı zaman katılım paylarını faaliyet konusunun gerektirdiği önem ve nitelikte getirmek yükümlülüğünü üstlenecekler, adi şirketin fiilen iştiğal ettiği konusuna zarar veren veya onu engelleyen işleri yapamayacaklar, bununla birlikte bu sınırlamalar dışında kalan iş ve işlemleri yapabilecekler, aynı zamanda faaliyet konusu elde edildiğinde veya elde edilmesi imkânsız hale geldiğinde bunu ispatlayabilecekler ve ortaklığın kendiliğinden sona bulduğunu ileri sürebileceklerdir. Keza üçüncü kişilerle olan temsil ilişkilerinde, genel temsil yetkisi verildiğinde veya yöneticilerin temsil yetkilerine sahip oldukları varsayımlarında, bunların yetkilerinin faaliyet konusuyla sınırlı olduğu bilinerek hareket edilecektir. Bu ise hem temsilciyi hem de ortakları rahatlatacak, bir belirlilik söz konusu olacaktır. Faaliyet konusuna girmeyen işler bakımından adi şirket ortakları, onaylamadığı sürece bunlardan sorumlu olmayacaklardır.

Görüldüğü üzere adi ortaklıkta faaliyet konusu kavramı, müşterek amacın içeriğinde vardır ve adi ortaklıkta ilişkiler ve BK düzenlemeleri bu çerçevede yorumlanmalıdır. Böylelikle, zaten tüzel kişiliği olmayan, bir tescile de tâbi bulunmayan kişi birliği olan adi şirkete, bir belirlilik kazandırılmış olacak, ortaklık bu çerçeve içerisinde anlamlandırılacaktır. Buradan yola çıkılarak işbu makalemizde şu sonuçlara varılmıştır:

Adi ortaklık, sözleşmeye dayandığı için, BK m. 27'deki kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) yaptırımına tâbi olacaktır. Bu sebeple faaliyet konusu kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olan adi ortaklık sözleşmesi geçersizdir. Ortakların veya üçüncü kişilerin geçersizliği bilip bilmemeleri, yaptırımın uygulanması bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir. Ancak adi ortaklık sözleşmesi, sürekli bir ilişki doğurduğundan, kesin hükümsüzlük ileriye etkili sonuç doğurmalıdır. Sözleşme geçersiz olsa dahi, adi ortaklığın tasfiye ilişkilerinde, adi ortaklık sözleşmesi uygulanır.

Değindiği üzere, adi ortaklıkta faaliyet konusu önemlidir; müşterek amaç bir yönüyle bu kavramı da içerir. Bu yönüyle düşünüldüğünde, faaliyet konusu yöneticilerin ve temsilcilerin, yetkilerinin kapsamını da belirler. Adi ortaklıkta temsilcilerin yetkilerinin kapsamı bakımından BK m. 40 vd. hükümlerindeki temsil hükümleri uygulanır. Bu sebeple genel yetkili temsilcilerin veya temsil yetkisinin varlığı kabul edilen yöneticilerin bu yetkilerinin kapsamı da faaliyet konusuna göre belirlenir. Adi şirketin işletme konusunun değiştirilmesi, temel işlem niteliğinde olduğundan ortakların oybirliğine tabidir. Bu sebeple, temsilcilerin adi şirketin işletme konusu dışında yaptıkları işlemler, yetkisiz temsil hükümleri uyarınca (BK m. 46, 47) diğer ortakları bağlamaz. Bağlayıcı olabilmeleri için, bütün ortakların işlemlerini onaması lazımdır.

Ortakların, müşterek amaca, daha doğru bir deyişle faaliyet konusuna ulaşmak için katılım paylarının ne olacağı ve kapsamı, miktarı konusunda sözleşme özgürlüğü geçerlidir. Sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, faaliyet konusunun gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmaları lazımdır (BK m. 621/2). Hükümde geçen müşterek amaç, faaliyet konusu olarak anlamlandırılmalıdır; nihai hedef şeklinde yorumlandığında, bir belirsizlik doğurur ve açıkçası her şey katılım payı olarak getirilebilir nitelikte olur.

Adi ortaklık kişi birliği olduğu, ortaklar arasında müşterek amaca ulaşmak için aktif işbirliği bulunduğu içindir ki sadakat yükümlülüğü de bulunur. Buna karşılık, BK'da sadakat yükümlülüğü değil, rekabet yasağı düzenlenmiştir. BK m. 626'da geçen ortaklık amacı kavramı, yine faaliyet konusuna zarar vermeme veya gerçekleşmesini engellememe şeklinde yorumlanmalıdır. Hükmün, nihai hedef olan kazanç sağlama şeklindeki müşterek amaç olarak yorumlanması, ortakların neredeyse hiçbir ticari faaliyet yapamaması gibi bir sonucu da doğurabilir. Hatta ortakların, bütün mesailerini adi ortaklığa hasretmek yükümlülüğü altında olacakları gibi bir sonuca varmak da söz konusu olabilir. Anılan şekildeki sınırsızlık, hem adi ortaklığın niteliğine hem de açıkçası mantık kurallarına aykırılık oluşturur. Yasak kapsamına, yönetici olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün ortaklar girer. Ancak rekabet yasağının, adi şirketin fiilen işgalde bulunduğu konu ve mekanlar bakımından olmak üzere sınırlanması lazımdır.

Nihayetinde BK m. 639/b.1'de geçen ortaklık amacının gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsızlaşması düzenlemesinin de faaliyet konusu olarak anlamlandırılması lazımdır. İktisat bilimi, kazanç garantisi vermediği gibi bir faaliyetin kesinlikle kâr getirmeyeceği şeklinde bir varsayıma, öneriye sahip değildir. Dolayısıyla düzenlemenin, nihai hedef olan kazanç sağlamayı hedeflemediği ortadadır. Faaliyet konusunun imkânsızlığından bahsedebilmek için, objektif ve süreklilik aranmalıdır. Geçici olanlar veya sübjektif imkânsızlıklar, adi şirketin sona ermesine sebebiyet vermemelidir. Adi ortaklık sözleşmesinde faaliyet konusunun gerçekleşmesi ise daha çok geçici veya arızı konuları olan ortaklıklar bakımındandır. Ticari işletme işletmek şeklindeki sürekli bir faaliyeti konu olan adi ortaklıklarda, amacın gerçekleşmesi söz konusu olmaz.

KAYNAKÇA

Ansay, Tuğrul; *Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri*, BTHAE, Ankara 1967.

Arslanlı, Halil; “Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrımlıklar ve Bunları Tefriye Yarayan Ölçütler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 1945, s. 128-144.

Barlas, Nami; *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, Vedat, İstanbul 2016.

Bilgili, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Seçkin, Ankara 2003.

Doğanay, Y. Ümit; Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları, Kurulması, Hükümsüzlüğü), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968.

Druey, Jean Nicholas/ Druey Just, Eva/ Glanzmann, Lukas; Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess, Zürich 2021.

Domaniç, Hayri; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, Temel Yayın Dağıtım, İstanbul 1988.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin, Ankara 2017.

Ergüne, Mehmet Serkan/ Kurşun, Ali Suphi; “Kesin Hükümsüzlük”, iç Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (edr.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1, Genel Hükümler, Vedat, İstanbul 2018, s. 109-156.

Fellman, Walter/ Müller, Karin; Berner Kommentar, Die Einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, 1. Auflage, Band VI/2/8, Stampfli, Ed: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2006.

Girgin, Ömer Ali, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, Onikilevha, İstanbul 2017.

Gummert, Hans/ Weipert, Lutz; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB- Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, Yeniden Düzenlenmiş 5. Baskı, C.H. Beck, Münih 2019.

Hamamcıoğlu, Esra/ Karamanlıoğlu, Argun; “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, İstanbul 2016, Beta, Ed: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya, Doç. Dr. Murat Topuz, s. 1303-1331.

Handschin, Lukas/ Vonzun, Reto; Die Einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil, Zürcher Kommentar, Band/ Nr. V/4A, Schulthess, Zurich 2009.

Henssler, Martin/ Strohn, Lutz; Gesellschaftsrecht, Beck’sche Kurtz Kommentare,

C.H. Beck, 5. Baskı, Münih 2021.

Jung, Peter; Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Schulthess, Zürich 2016.

Karayalçın, Yaşar; Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku A. Giriş- Adi Şirket- Ticaret Şirketleri, İkinci Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.

Kayar, İsmail; “Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, Beta, Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (Ed.), İstanbul 2002, s. 479-493.

Kendigelen, Abuzer/ Kırca, İsmail; Şirketler Hukuku Cilt I: Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri: Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri, Onikilevha, İstanbul 2021.

Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar; Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlkeler-Kuruluş-Yönetim Kurulu, BTHAE, Ankara 2013

Kuru, Baki/ Aydın, Burak; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.

Kürşat, Zekeriya; “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXX, Sayı 1, Yıl 2012, s. 301-318.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, Vedat, İstanbul 2020.

Özenli, Sosyal; Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988.

Özsungur, Fahri; “Adi Ortaklık Kavramı ve Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, Yıl 2017, s. 41-57.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin; Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat, İstanbul 2019.

Roberto, Vito/ Trueeb, Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art

530-771 OR, CHK -Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schultless, Zürich, 2. Bası, 2012.

Saenger, Ingo; Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentare, 11. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2022.

Schütz, Juerg G.; Personengesellschaftrecht (Art. 530-619 OR), Stamphlis Handkommentar, Stamphli, Bern 2015.

Şener, Oruç Hami; Adi Ortaklık, Yetkin, Ankara 2008.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019.

Yongalık, Aynur; Adi Şirkette Sermaye Payı, BTHAE, Ankara 1991.