

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA
ADI ŞİRKET SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gülce EREK

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Bilim Dalı

EKİM, 2020

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA
ADI ŞİRKET SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gülce EREK
(Y1812.220003)

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

EKİM, 2020

ONUR SÖZÜ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Adi Şirket Sözleşmesi” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim. (15/10/2020)

Gülce EREK

ÖNSÖZ

Roma hukuku, Roma İmparatorluğu tarihe karıştıktan sonra dahi önemini korumuştur. Gerek hukukçulara kazandırdığı bakış açısı gerekse de günümüzdeki pek çok uygulamanın temelini atması sebebiyle, iyi bir hukukçunun Roma hukuku bilgisine sahip olmadan yetişmesi düşünülemez. Bu farkındalıkla başladığım ve ömrüm boyunca devam edecek olan Roma hukuku öğrenciliğimde “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Adi Şirket Sözleşmesi” başlıklı yüksek lisans tezimi tamamlamış olmanın gururunu yaşamaktayım.

Roma hukuku, lisans eğitimimi aldığım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü'nün kapılarından girdiğimde beni karşılayan ilk dersti. Bu ilk dersten son dersine kadar Roma hukukunun kıymetini iliklerime işleyen Prof. Dr. Fulya İlçin Gönenç'e ve yüksek lisans eğitimim esnasında yolumun keşiştiği, Roma hukuku alanında çalışma isteğimi her zaman destekleyen değerli hocam ve tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Buse Aksaray Erkman'a teşekkürü borç biliyorum.

Araştırma görevlisi olarak halen çalışmakta olduğum İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin tüm mensuplarına bana ikinci bir aile sundukları için ayrıca teşekkür etmek isterim. Özellikle desteğini esirgemeyen sayın hocam Dr. Öğr. Üyesi Mazlum Doğan'a ve kendisiyle bu sayede tanışarak birlikte çalışma şerefine eriştiğim, mükemmel bir rol model olan MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Havva Karagöz'e, tüm yardımları için teşekkür ediyorum.

Kıymetli hocalarımla yanında, bugün bu satırları yazmama vesile olan, hiçbir zorluk karşısında yılmamayı bizzat kendisinden öğrendiğim kıymetli annem Ecz. Seval Erek ve tek bir günü dahi kendisini özlemeden geçirmedığım merhum babacığım Mustafa Kemal Erek'e, yorulduğum her an bana moral ve destek olan ablam Duygu Erek Uzunlu ve biricik yeğenim İdil Uzunlu'ya ve son olarak tezimin son okuması esnasında büyük yardımı dokunan sevgili meslektaşım Av. Sami Yüksel'e teşekkür ederim.

Ekim, 2020

Gülce EREK

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
ÖZET.....	xi
ABSTRACT	xiii
I. GİRİŞ.....	1
II. ADI ŞİRKET KAVRAMI VE ADI ŞİRKETİN KURULUŞU.....	3
A. Adi Şirket Kavramı	3
1. Adi Şirketin Tanımı	3
2. Adi Şirketin Doğuşu.....	6
B. Adi Şirketin Kuruluşu	9
1. Adi Şirketin Hukuki Niteliği: Sözleşme	9
2. Adi Şirketin Unsurları	13
a. Kişi unsuru	13
b. Katılım payı unsuru.....	15
c. <i>Affectio societatis</i>	18
3. Adi Şirkette Şekil	23
a. Genel olarak	23
b. Adi şirketin iradi şekil şartına bağlanmış olması	25
c. Adi şirkete getirilmek istenen katılma payının devri şekil şartına bağlanmış bir değer ve özellikle taşınmaz olması.....	26
C. Adi Şirketin Dernekten Farkı ve Özellikle Tüzel Kişiliğe Sahip Olmaması .	28
III. ADI ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ.....	35
A. Adi Şirket Sözleşmesinde İç İlişkiler	35
1. Adi Şirket Malvarlığı Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Niteliği.....	35
a. Birlikte mülkiyet ayrımı: paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti.....	35
b. <i>Societas</i> 'ta " <i>communio</i> " ve adi şirkette elbirliği mülkiyeti.....	38
2. Adi Şirkette Kazanç ve Zarar Paylaşımı	42
a. Kazanç ve zarar paylaşımında genel kurallar.....	42
b. <i>Societas leonina</i>	46
3. Adi Şirket Ortaklarının Birbirlerine Karşı Sorumluluğu	47
a. Sözleşmesel sorumluluk kavramı.....	47
b. Ağır kusur: kasit ve ağır ihmâl (<i>dolus</i> ve <i>culpa lata</i>).....	50
c. Hafif kusur: hafif ihmâl (<i>culpa levis</i>).....	51
d. Adi şirket özelinde sorumluluk	52
i. Genel olarak.....	52
ii. <i>Actio pro socio</i> ve ortak davası.....	55
4. Adi Şirketin Yönetimi	60
a. Yönetim kavramı.....	60
b. Adi şirkete yönetici atama usulü	61
c. Yönetim yetkisinin kapsamı ve kullanılması	61
d. Yönetim yetkisinin sona ermesi	62

e.	Societas'ın yönetimi	63
B.	Temsil.....	63
1.	Genel Olarak Temsil Kavramı	63
2.	Adi Şirket Özelinde Temsil Kavramı.....	65
IV.	ADİ ŞİRKETİN SONA ERMESİ	71
A.	Sona Erme Sebeplerinin Tasnifi ve Özellikle Bu Tasnifi Adlandırma Sorunu 71	
B.	Adi Şirketi Kural Olarak Sona Erdiren Haller	76
1.	Gaiplik, Ölüm ve Hukuk Nazarında Ölüm: <i>Capitis Deminutio</i>	76
a.	Gaiplik ve ölüm	76
b.	<i>Capitis deminutio</i>	78
2.	Amacın Gerçekleşmesi veya İmkânsızlaşması	81
3.	İflas.....	81
4.	Sürenin Dolması.....	83
C.	Adi Şirketi İradi Olarak Sona Erdiren Haller.....	84
1.	Genel Olarak	84
2.	Oybirliği ile Fesih.....	86
3.	Feshi İhbar ve <i>Renuntiatio</i>	86
4.	Haklı Sebeple Fesih.....	89
D.	Adi Şirketin Sona Ermesinin Sonuçları	89
1.	Ortaklar Açısından	89
2.	Malvarlığı Açısından.....	90
V.	SONUÇ.....	93
VI.	KAYNAKLAR.....	95
ÖZGEÇMİŞ.....		105

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DEUHFĐ	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DK.	: 5253 Sayılı Dernekler Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
e.t.	: Erişim Tarihi
eBK.	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
Gai.	: Gaius
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Ins.	: Institutiones
Iss.	: Issue
Ius.	: Iustinianus
İİK.	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MARUHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Örn.	: Örneğin
s.	: Sayfa

S.	: Sayı
ss.	: Sayfa Sayısı
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK.	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
Ulp.	: Ulpianus
v.d.	: Ve diğlerleri
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
y.y.	: Yayınevi yok
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ADI ŞİRKET SÖZLEŞMESİ

ÖZET

“Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Adi Şirket Sözleşmesi” başlıklı bu çalışma, yüksek lisans tezi olarak kaleme alınmıştır. Bu başlığın tez konusu olarak seçilmesinin esas sebebi, hukukun farklı alanlarına temas etmesidir. Bu sayede Roma hukukunun modern hukukun pek çok alanını etkilediği ortaya konabilecektir. Zira bu çalışmada esas hedef, Roma hukuku ile Türk hukukunun ortak noktalarını vurgulamaktır. Bu bağlamda özellikle birlikte mülkiyet, sorumluluk ve actio pro socio odakta tutulmuş, her bir başlık Roma hukukunda ve Türk hukukunda mukayeseli olarak irdelenmiştir.

Bu amaçla, çalışmanın “Adi Şirket Kavramı ve Adi Şirketin Doğuşu” başlıklı ilk bölümünde öncelikle adi şirketin kanuni tanımına yer verilmiştir. Bölümün devamında adi şirketin Roma hukukundaki temeli incelenmiş ve adi şirketin gelişimine değinilmiştir. Daha sonra ise adi şirketin unsurları ele alınmış; bu unsurlardan kişi, katılım payı ve affectio societatis’e özel bir önem atfedilmiştir. Bölümün sonunda adi şirketin dernekten farkı belirtilirken adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmadığı da belirtilmiştir.

Çalışmanın “Adi Şirketin Hükümleri” başlıklı ikinci bölümünde özellikle ortaklar arası ilişkileri düzenleyen hükümlerin merkeze alınmasına gayret edilmiştir. Adi şirketin üçüncü kişilerle ilişkileri ise temsil özelinde anlatılmış, adi şirkette yönetim ile temsilin iç içe geçtiği vurgulanmıştır. “Adi Şirketin Sona Ermesi” başlıklı üçüncü bölümde ise Roma hukuku ve Türk hukukunda adi şirketi sona erdiren ortak sebepler üzerinde durulmuştur.

Tüm çalışma, Roma hukuku ile Türk hukukunun ortak unsurlarına dikkat edilerek hazırlanmıştır. Adi şirketin, Roma hukuku ile Türk hukukundaki ortak noktalarını gözden kaçırmamak için Roma hukukunun hiçbir dönemi kapsam dışında

bırakılmamıştır. Bu çalışma ile modern hukuk bilgisine sahip olma yolunun Roma hukuku bilgisinden geçtiğinin altı önemle çizilmeye gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adi Şirket, *Societas*, Şirket, Roma Hukuku, Şirketler Hukuku

ORDINARY PARTNERSHIP AGREEMENT IN ROMAN AND TURKISH LAW

ABSTRACT

This study titled "Ordinary Partnership Agreement in Roman Law and Turkish Law" was written as a master's thesis. The main reason why this title was chosen as a thesis subject is that it intersects on different areas of law. By means of this, it can be demonstrated that Roman Law has affected many areas of the modern law. Because the main objective of this study is to emphasize the common grounds of Roman Law and Turkish Law. Within this context, especially co-ownership, liability and *actio pro socio* were focused on and each title was examined comparatively in terms of Roman Law and Turkish Law.

For this purpose, the first chapter titled "The Concept of Ordinary Partnership and the Birth of the Ordinary Partnership" indicates the legal definition of the ordinary partnership. In the rest of the chapter, the foundation of the ordinary partnership in Roman Law was examined and the development of the ordinary partnership was explained. Then, the elements of the ordinary partnership were discussed, and special attention was paid to the person, share and *affectio societatis*. At the end of the chapter, while the difference between ordinary partnership and the association is revealed, it is also explained that the ordinary partnership does not have a legal personality.

In the second chapter of the study titled "Governing Law of the Ordinary Partnership", especially the articles regulating the legal relationship between the partners were in focus. The relations of the ordinary partnership with third parties are explained in terms of *procuratio*, and it was emphasized that the administration and *procuratio* were used together in the ordinary partnership. In the third chapter titled "Termination of the Ordinary Partnership" the common reasons in Roman Law and Turkish Law that terminate the ordinary partnership were discussed.

The whole study has been designed by paying attention to the common elements of Roman Law and Turkish Law. In order not to miss the common grounds of the

ordinary partnership in Roman Law and Turkish Law, no period of Roman Law was excluded. With this study, it has been tried to underline that the way to have modern legal knowledge passes through Roman Law knowledge.

Key Words: Ordinary Partnership, *Societas*, Corporation, Roman Law, Corporate Law

I. GİRİŞ

Roma hukuku, bir şehir devleti olarak ortaya çıkıp çok büyük bir imparatorluk halini alan Roma'nın hukukudur. Çok uzun yıllar varlığını sürdüren Roma İmparatorluğu, büyük etnik ve kültürel çeşitliliğe sahip olduğundan herkese uygulanabilecek ve çok ileri bir hukuk tekniği geliştirmiş; bu sayede milenyumları aşarak tüm dünyanın hukukunu, az veya çok, etkilemiştir. Özellikle laik hukuka geçilmesi ile birlikte Avrupa'dan iktibas ettiğimiz kanunların temelinde bulunduğundan Türk hukukunda da etkisinin çok büyük olduğu yadsınamaz bir gerçektir. TBK. da bu kanunlardan biri olup neredeyse tümüyle Romanisttir. Bu sebeple TBK. kapsamında düzenlenen ve şirketler hukukunun temelini oluşturan adi şirket, Roma hukuku ile Türk hukuku bağlantısını ve Roma hukukunun önemini vurgulamayı amaçlayan bir çalışma için eşi bulunmaz güzellikte bir konudur.

Adi şirketin işlenmeye değer görülmesinin bir diğer sebebi çok yönlülüğüdür. Zira birlikte mülkiyetin doğup geliştiği alanlardan biri olmasının yanında temsil hükümleri ile perçinlenmiş, sorumluluk hükümleri ile çevrelenmiştir. Bu sayede Roma hukuku ile Türk hukuku kıyası, yalnızca adi şirketin genel hükümleri ile sınırlı kalmayacak, daha etraflıca yapılabilecektir.

Societas ve dolayısıyla adi şirket, Roma'nın aile yapısını *fraternitas* düşüncesi ile istemsizce yansıtan, Roma'nın en önemli prensiplerinden *bona fides* temelli bir sözleşmedir. Romanist karakteri bu denli ön planda olan adi şirketin, günümüzde işlerliğini yitirmesi şöyle dursun; büyük önemi olduğu da açıktır.

Hiçbir şekil gerektirmeyerek kolaylıkla kurulabilmesi, kişilerin ortak amaçlarına ulaşmak için güçlerini birleştirirken adi şirkete sıklıkla başvurmalarını sağlar. Dolayısıyla adi şirket, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkar. Öte yandan, usulüne uygun kurulmayan ticaret şirketlerinin de adi şirket niteliği taşıması, adi şirketin önemini artıran bir diğer unsurdur. Bu sebeplere ek olarak, TTK. bünyesinde düzenlenmiş ticaret şirketlerinde bazı hallerde adi şirket hükümlerinin uygulandığını da belirtmeden geçmeyelim.

Bu denli geniş bir uygulama alanı bulunan ve büyük öneme sahip olan bir hukuk kurumu, yalnızca Roma hukukundaki ya da yalnızca Türk hukukundaki hükümleri ile kaleme alınsaydı dahi ortaya çıkan eserin oldukça hacimli olacağı açıktır; dolayısıyla seçilen konu, esasında yüksek lisans tezi için fazlasıyla ağırdır. Fakat esas amacımız Roma hukukunu Türk hukuku ile ortak noktalarını vurgulayarak işlemek olduğundan, neredeyse her başlıkta yalnızca bu vurguyu yapmayı; ancak ayrışan noktalara yalnızca büyük farklılıklar bulunduğu anda temas etmeyi hedefliyoruz. Bu bağlamda, her türlü benzerliği elimizden geldiğince ortaya koymak amacı ile Roma hukukunun dönemleri içinde bir sınırlama yapmamayı tercih ediyoruz.

II. ADİ ŞİRKET KAVRAMI VE ADİ ŞİRKETİN KURULUŞU

A. Adi Şirket Kavramı

1. Adi Şirketin Tanımı

TBK. m. 620/2'ye göre herhangi bir kanunda düzenlenmiş bir şirket tipinin şartlarını taşımayan ancak kişiler arasında ortak olma iradesi bulunan hallerde ortaklık bu nevide sayıldığından genel¹ şirket tipi kabul edilen adi şirket, iki veya ikiden fazla kişinin belli bir amacı birlikte gerçekleştirmek istek ve iradesi ile mallarını veya emeklerini ya da hem mallarını hem de emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri sözleşmedir. Bu tanım hem eBK. m. 520 hem de TBK. m. 620 tarafından bazı eksikliklerle de olsa takip edilmiştir. Ancak *Pulaşlı*, bu maddenin tanımdan ziyade sözleşmenin kurulma şeklini ortaya koyduğunu, bir tanım niteliğinde olmadığını ifade etmektedir².

Adi şirket sözleşmesinin doğduğu Roma hukukuna ilişkin günümüz kaynaklarında da *societas*'ın bir hukuk kurumu olarak gerekli olgunluğa ulaştıktan sonra paralel şekilde tanımlandığı görülmektedir. Buna göre *societas*, iki veya daha fazla kişinin bir sözleşme çevresinde ortak bir amaca ulaşmak için birleşmeleri³ olarak ifade edilmektedir. Ancak Roma hukukuna dair edindiğimiz bilgilerin günümüze ulaşmasında en büyük paya sahip olan *Iustinianus* derlemesi *Corpus Iuris Civilis*'te, Roma hukukunun olaylar üzerinden gelişme göstermesi ve hukukun teorisine gereken önemin o dönemde henüz farkına varılmaması sebebiyle herhangi bir teorik tanım bulunmamaktadır. Bu hususta anılan kaynaklar ve özellikle *Digesta*'da uygulamaya yönelik hükümler ağırlıklı olarak yer tutmaktadır.

Kanun düzenlemeleri ve bunlara paralel olarak benimsenen adi şirket sözleşmesi tanımı, tanım niteliğinde görülsün veya görülmesin; adi şirket

¹ Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 15, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 40; Fahiman Tekil, **Şirketler Hukuku**, y.y., İstanbul, 1981, s. 125.

² Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi: Cilt 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 20.

³ Richard William Leage, **Roman Private Law**, Macmillan & Co., London, 1909, s. 300; John George Phillimore, **Private Law Among The Romans From The Pandects**, Macmillan & Co., 1863, s. 267.

sözleşmesinin unsurlarını, az evvel de değindiğimiz gibi ihtivasını anlatmakta bazı eksiklikleri olsa da, tümüyle saymaktadır. Öte yandan bu unsurlar, çoğu noktada Roma hukuku ile örtüşmektedir. Bu sebeple tanımını odağa almaktan ziyade, unsurların üzerine yoğunlaşarak kavramın esas çerçevesini çizmek ve sonrasında bu çerçevedeki detaylardan yola çıkarak bütüne ulaşmanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Adi şirket sözleşmesi, bu konuyu kaleme almış ve çalışmamızda değerli görüşlerinden yararlandığımız yazarlar tarafından farklı sayıda unsurlar altında incelenmiş, kimi zaman esasında aynı unsuru ifade eden başlıkların da farklı adlandırıldığı görülmüştür⁴. Bu hususta ilk etapta Roma hukuku eserleri ile günümüz Türk hukukunu ele alan eserlerde sayılan unsurların benzeştiği ve fakat birebir örtüşmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aradan geçen iki bin yıl içinde, adi şirket sözleşmesini karakterize eden unsurlar arasındaki önem katsayısının değişmesi oldukça doğal olup kanaatimizce farklı görüşler öne sürülmesi bu sebeptendir.

Bu noktada, adi şirkete benliğini kazandıran unsurlarda farklı görüşleri savunsa da, tüm yazarların görüş birliği içinde bulunduğu tek unsur öncelikle ifade etmekte fayda vardır. İleride daha detaylıca incelenecek olmasının yanı sıra bu onura erişen unsur *affectio societatis*'i basitçe ortakların birlikte hareket etme isteği şeklinde tarif edebiliriz.

Bunun dışında sayılan unsurların aynı görüşler etrafında toplandığı ve yazarların farklı bir unsurun varlığını ortaya atmadığı, yalnızca farklı unsurları seçip adi şirketin temeline koyduğu görülmektedir. Bu kapsamda defaatle tekrar edilenler kişi, sözleşme, meşru gaye, sermaye, ortak amaç gibi unsurlardır.

Kanaatimizce bu unsurların tümünün dayanakları isabetli olmakla birlikte bazılarının sayılması gerekli değildir. Örneğin *affectio societatis* müşterek ve meşru

⁴ Örneğin tümüyle aynı anlamı karşılayan, şirket malvarlığının oluşması ve şirketin amacına ulaşması için bir gereklilik olarak ifade edilen, çalışmamızda ise “katılım payı” olarak adlandırdığımız unsurun kimi yazarlar tarafından “katılma payı”, kimi yazarlar tarafından ise “sermaye” olarak adlandırıldığı görülmüştür. Katılma payı adlandırmasını takip eden yazarlar için bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 46; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 43; sermaye adlandırmasını takip eden yazarlar için bkz. Bahtiyar, a.g.e., s. 20; Tekil, a.g.e., s. 38; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 856; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 7; Selma Çetiner, Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 259; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 25.

gayeyi içine alacak şekilde genişletilerek daha öz bir anlatım sağlanabileceği gibi sözleşme unsuru aynı zamanda çalışma konusunun hukuki mahiyeti niteliğinde olduğundan unsur olarak ayrıca belirtilmesinde kanaatimizce üstün bir fayda bulunmamaktadır. Bu sebeple, biz çalışmamızda adi şirketin temelini kişi unsuru, katılma payı unsuru ve pek tabii olarak *affectio societatis* üzerine kurmayı tercih ettik. Reddetmemek ve karşısında durmamakla birlikte diğer görüşleri neden benimsemediğimizi gerekçelendirmek gerekirse, şu hususlara değinmek isabetli olacaktır:

Özellikle Roma Hukuku alanında verilen eserlerde “amacın meşru olması” şartının arandığı görülmektedir⁵. Adi şirket sözleşmesi, TBK.’nın “özel borç ilişkileri” başlıklı ikinci kısmında düzenlenmiş olup anılan Kanun’un borç ilişkilerinde genel hükümleri düzenleyen birinci kısımdan bağımsız düşünülmemeyeceğini belirtmeye gerek bulunmamaktadır. Herhangi bir sözleşmenin geçerli olarak kurulması için Kanun’un genel hükümleri arasında ve TBK. m. 27’de sayıldığı üzere emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması şartı ayrıca ve açıkça mevcuttur. Hal böyle iken, şirketin amacının meşru olmasının ayrı bir unsur olarak sayılması faydasızdır. Zira normal zekâ seviyesine sahip olup toplumdan bağımsız yaşamayan her bireyin günümüzde bu koşulu içselleştirdiği kanımızca apaçıktır.

Öte yandan yukarıda saydığımız unsurlardan “ortak amaç” *affectio societatis* kapsamında görüldüğünden ayrıca incelenmeyecek, “sermaye” unsuru ise bu tabir yalnızca nakdi değerleri çağrıştırdığından “katılım payı” adı altında detaylandırılacaktır. Son olarak çoğunlukla bir unsur olarak görülen “sözleşme” hususunu ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bir unsur olmaktan daha önemlisi adi şirketin hukuki mahiyetini de ifade etmesi ve bu nitelikte tartışmalar bulunmasından mütevellit genişçe ayrı bir başlıkta incelemekte fayda gördük. Ancak tümünden önce, adi şirkete ilişkin her bir hükümde varlığını hissettiğimiz temel ilkeleri ortaya koymak ve bu müesseseyi her açıdan kavramayı kolaylaştırmak amacıyla, adi şirketin tarihi gelişiminden söz etmek istemekteyiz.

⁵ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 239; Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 107.

2. Adi Şirketin Doğuşu

Günümüzde hukuka ve ahlaka uygun her türlü amaca ortak çabayla erişmek için kurulabilen adi şirket, temelini Roma hukukunda bulur. Roma hukukunda rızai bir sözleşme halini alan *societas*; tüzel kişiliğe sahip olmaması, kapsamının çok geniş olabilmesi ve çalışmada detaylıca incelenecek diğer ortak yönleri sebebiyle günümüzdeki adi şirketin atası olarak görülmektedir.

Societas ve dolayısıyla adi şirketin tarihi ise, *Gaius* 'un *Institutiones* 'inin Şubat 1933'te Kahire'de bir sahafta bulunan bazı parçalar ile kısmen de olsa aydınlatılabilmıştır⁶. Bu keşifle, anılan tarihe kadar öne sürülen en eski ve en yaygın olarak savunulan hipotezin isabetli olduğu ortaya çıkmıştır⁷. Buna göre adi şirketin temeli olan ve modern hukukun uygulamasını yaklaşık iki bin iki yüz sene önce doğmuş⁸ bir hukuk kurumu olmasına rağmen etkileyen *societas* 'ın da doğal olarak bu seviyeye erişmesini sağlayan bir temeli bulunmaktadır ki bu temel *consortium* veya *ercto non cito* olarak adlandırılmaktadır⁹.

Bilindiği üzere kişinin hak ve borçlara sahip olma ehliyeti, hak ehliyeti olarak adlandırılır¹⁰ ve Roma'da hak ehliyetine sahip olmak için kişinin modern hukuklardan farklı olarak hiç kimsenin hâkimiyeti altında bulunmaması gerekir¹¹. Bu sebeple bir ailenin malvarlığının tümü, bazı istisnalar dışında, ailedeki herkesi hâkimiyeti altında tutan ve hak ehliyeti sahibi tek kişi olan *pater familias* 'a aittir¹². İşte *consortium*, *pater familias* hayatını kaybettiğinde, hâkimiyeti altındaki aile bireyleri arasında oluşan ve *pater familias* 'ın geride bıraktığı terekenin yönetimini

⁶ Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996, s. 451,452; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 111.

⁷ Salvatore Randazzo, "The Nature of Partnership in Roman Law", **Australian Journal of Legal History**, Iss. 1, Vol. 9, 2005, ss. 119-130, s. 123.

⁸ Alan Watson, "Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae", **Revue Internationale Des Droits De L'antiquité** , Vol.9, 1962, s. 431.

⁹ Zimmermann, a.g.e., s. 452.

¹⁰ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 39.

¹¹ Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 148.

¹² Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul, 1935, s. 60 vd.

amaçlayan birliktir¹³. Doğal olarak bu birlik, mirasçılarının tüm malvarlığından meydana gelir¹⁴.

Her ne kadar Roma’da aileler günümüze göre çok daha geniş olsa da, bu durum aile fertleri arasındaki bağı zedelememiştir. *Consortium* tabiri de, “kader ortaklığı” anlamını haiz olup aile bağlarını yansıtmaktadır¹⁵. Zira bir *consortium*’da ortak olmak, *agnatio* hısımlarının ortak *pater familias*’ının ölümü ile kendiliğinden gerçekleşir¹⁶ ki bu bakımdan aile bireylerinin birliği gerçekten de kadersel olarak nitelenebilir.

Bir zorunluluk gereği kurulan *consortium* sayesinde *pater familias*’ın ölümü ile dağılan ailenin terekenin ortak mülkiyetine sahip olması ile bir süre daha devamı sağlanır¹⁷. İlginçtir ki, görüldüğü üzere günümüzde maddi gelir elde etme amacı ile kurulan şirketlerin kökeni ekonomik kaygılar değil, aile ve miras hukukudur¹⁸.

Doğuşu ticari düşüncelerden bağımsız olsa da, zamanla ortak bir amaç uğrunda güçlerin birleştirilmesinin kar elde etme yolunda yarattığı avantaj fark edilmiş ve ölümle kendiliğinden ortaya çıkan aile birliğinden ilham alınarak yapay¹⁹ *consortium*’lar oluşturulmuştur. Bu bilgiye erişmemizi sağlayan, yine *Gaius*’tur.

Gai. Ins. 3.154^b

“*Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem ceria legis actione...*”

“*Böyle bir şirket kurmak isteyen diğer kimseler de, bunu praetor huzurunda muayyen bir legis actio (kanuni dava) açmakla elde edebilirlerdi...*”²⁰

Görüldüğü üzere, metin yalnızca *consortium* benzeri birliklerin kurulmasının mümkün olduğunu belirtmemiş, bunun için başvurulması gereken usule de yer vermiştir. Fakat bu da ihtiyacı karşılamaya yetmeyecek ve üstün bir hukuk bilgisine

¹³ David Daube, “Societas as Consensual Contract”, **The Cambridge Law Journal**, Iss. 3, Vol. 6, 1938, ss. 381-403 , s. 382.

¹⁴ Alan Watson, **The Evolution of Law: The Roman System of Contracts**, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985, s. 15.

¹⁵ Randazzo, a.g.m., s. 124.

¹⁶ Fulya İlçin Gönenc, **Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas)**, Der Yayınları, İstanbul, 2004, s.9.

¹⁷ Zimmermann, a.g.e., s. 452.

¹⁸ Randazzo, a.g.m., s. 128.

¹⁹ Francis De Zulueta, “The New Fragments of Gaius Part II: Societas Ercto Non Cito”, **The Journal of Roman Studies**, Vol. 25, 1935, ss. 19-32, s. 29 vd.

²⁰ Tüm çalışma boyunca, *Gaius*’un *Institutiones*’ine yapılan atıflarda Latince metinler için *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*; Türkçe metinler için Türkan Rado çevirisi kullanılmıştır.

sahip olan Romalılar yeni bir çözüm arayışına girip sonucunda rızai sözleşme olan *societas*'ı icat edeceklerdir. Zira yapay *consortium*, şu yönleriyle eksik kalmaktadır; *legis actio* usulünün uğraştırıcı olması²¹ ve belki de daha önemli bir sebep olarak *consortium*'un herkes tarafından uygulanamamak gibi büyük bir işlevsizliğe sahip olması: *consortium* bir *ius civile*²² kurumudur²³. Diğer bir deyişle yapay *consortium* yalnızca Roma vatandaşları tarafından kurulabilmektedir. Tüm bu sebeplerle doğal *consortium*'dan yola çıkılarak rızai *societas* şekillenmeye başlamıştır²⁴.

Societas'ın ortaya çıkan ilk şekli *societas omnium bonorum* olmuştur²⁵.

Societas omnium bonorum, tarafların ortak amaçlara ulaşma isteğiyle mevcut ve müstakbel tüm malvarlıklarını birleştirmeleri yoluyla kurdukları şirket tipidir²⁶. Bu bakımdan kurulması ile, ortaklar arasında külli bir malvarlığı oluşur. Şirketin ortak amacına ulaşma yolunda yaptığı harcamaların bu ortak malvarlığından yapılması gibi, ortakların tüm malvarlığı artık ortak olduğundan, kişisel harcamaları da buradan yapılır²⁷.

Ancak taraflar kimi zaman mallarını, emeklerini veya paralarını birleştirmek istemelerine rağmen bunu yalnızca tek bir iş için yapmayı tercih edebilir ya da malvarlıklarının yalnızca belli bir kısmını birleştirmeyi tercih edebilirler. Özetle, kişilerin değişken ihtiyaçları sebebi ile yeni şirket tiplerinin ortaya çıkması kaçınılmaz hale gelmiştir. Dolayısıyla şirket tipleri çeşitlenmiş ve sayısı artmış ancak neredeyse tümünde iskelet, *consortium* temelinden oluşturulmuştur²⁸. Bu sebeple, *societas* ve günümüze yansımaları adi şirketi anlayabilmek için, *consortium*'un felsefesini özümsemek gerekir.

²¹ Zimmermann, a.g.e., s. 452.

²² Roma'da hukuk kuralları, Roma vatandaşı olan ve olmayanlar için farklı uygulanırdı. *Ius Civile*, yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanır; hem vatandaşlara hem de vatandaş olmayanlara uygulanan hukuk ise *ius gentium* olarak adlandırılırdı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, Erdoğan, a.g.e., s. 125,126.

²³ Rado, Borçlar, s. 112.

²⁴ Watson, Consensual Societas, s. 431.

²⁵ William Warwick Buckland, **A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, London, 1921, s. 511.

²⁶ Herbert Felix Jolowicz, Barry Nicholas, **A Historical Introduction to the Study of Roman Law**, Cambridge at the University Press, 1932, s. 295.

²⁷ Gönenç, a.g.e., s. 47.

²⁸ Alan Watson, **The Spirit of Roman Law**, The University of Georgia Press, Athens & London, 2008, s. 136.

Consortium'a dair en temel bu bilgiler ile dahi şu yorumu yapmak mümkündür: *consortium* mirasçı kardeşler arasında ortaya çıktığından bu birliğin taraflarının birbirlerine karşı yükümlülükleri vardır, taraflar bunu göz ardı edemeyeceklerdir. Bu etki, *societas*'ta da kendini gösterir. *Societas*'ta *fraternitas* olarak adlandırılan kardeşlik olgusu, günümüzde de ortaklar arasında bir yakınlık seviyesinde dahi olsa bulunmalıdır. Kaldı ki bu yakınlığın, ortak bir amaç uğruna birlikte çalışacak kişiler arasında bulunması, şirket işlerinin en az sorunla ilerlemesi için pek tabii şarttır.

Öte yandan *fraternitas* düşüncesi ortaklar arasındaki güven ilişkisinin de işaretini verir. Ek olarak, aksi kardeşler arasında düşünülemeyeceğinden, Roma hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan *bona fides* ilkesi de *societas*'ın da temel taşı olacaktır. *Bona fides*, dilimize iyi niyet ve hukukumuzda dürüstlük kuralı olarak geçmiş olup kişinin sözünü tutması, sözü ile bağlı olması, hileli işlemlerden kaçınması yükümlülüklerini doğurur²⁹. *Fraternitas* ve *bona fides*, adi şirkette halen etkisini sürdüren ilkeler olup, çalışmamızın her başlığında hatırdan tutulmalıdır.

B. Adi Şirketin Kuruluşu

1. Adi Şirketin Hukuki Niteliği: Sözleşme

Açıklanmak istenen hukuki kurum her ne olursa olsun, kuşkusuz olarak ilk belirlenmesi gereken üzerinde çalışılan süjenin hukuki niteliğidir. Bu sayede çalışma konusuna genel olarak uygulanacak hükümler belirlenebilir, bir kanun boşluğu ortaya çıktığında neye göre hareket edileceği bilinebilir.

Söz konusu süje adi şirket olduğunda ise, hukuki nitelik tespitinin tereddütsüz olarak yapılması bazı sebeplerle zordur. Zira biz çalışmamızı her ne kadar TBK.'nın düzenlemesini takip ederek “sözleşme” tabiriyle adlandırsak da, adi şirket kurumunun hukuki niteliği üzerinde uzun süren tartışmalar yapılmıştır³⁰. Bu noktada adi şirketin bir sözleşme olmadığı yönünde yapılan eleştirilerden belki de en önemlisi sözleşmenin karşılıklı borçlanma gerektirmesi, ancak adi şirkette borçlanmanın

²⁹ Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 29; Fritz Schulz, **Principles of Roman Law**, Oxford at the Clarendon Press, 1936, s. 223.

³⁰ Yaşar Ümit Doğanay, **Adi Şirket Akdi (Akdin Kurulması, Unsurları, Hükümsüzlüğü)**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1968, s.19; Bahtiyar, a.g.e., s. 16.

karşılıklı, diğer bir deyişle ortakların birbirine değil ve fakat aynı doğrultuda bir borç altına girmesidir³¹.

Bilindiği üzere hukuk âleminde belli bir sonucun doğması hedefindeki iradenin beyanına hukuki işlem denilmekte³², hukuki işlem ise tek taraflı ve iki veya çok taraflı olarak ayrıca incelenmektedir. İşte sözleşmeler, iki taraflı hukuki işlemlerin büyük çoğunluğunu oluşturmakta, dolayısıyla bu ayırmada önemli bir yer tutmaktadır³³.

Roma'da sözleşme sisteminin geçerli olduğu günümüze ulaşan kayıtlardan anladığımız bir gerçektir. Bu sisteme göre sözleşmeler ayni, sözlü, yazılı ve rızai sözleşmeler olarak sınıflandırılmış olup belli bir sözleşmenin kurulabilmesi için bu sözleşmenin hukuk âlemi tarafından tanınmış olması gerekir³⁴.

Genel olarak sözleşme sistematüğünü bu şekilde özetleyebileceğimiz Roma hukukunda bir sözleşme tipinin ait olduğu kulvar her bir sözleşmenin kurulması için gerekli görülen şartlar göz önünde tutularak belirlenmiştir. Örneğin ayni sözleşme niteliğini kazanması için bir sözleşmenin kurulması esnasında birbirine uygun irade beyanlarının yanı sıra *res*³⁵ devri aranırken sözlü sözleşmelerde belli bazı cümle kalıplarının kullanılması şekil olarak yerleşmiştir. Sözlü sözleşmelerde aranan bu şekilcilik, ayni sözleşmelerde *res* devrinin sözleşmenin kurulmasını zorlaştırması ve tahminimizce yazılı sözleşmelerin uygulamada büyük yer kaplamaması³⁶ sebebiyle bu sözleşmeler ticaretin gelişmesi ile gereken hızlı işlem yapma ihtiyacını karşılayamamıştır. İşte bu noktada ticari hayatın ihtiyacı olan pratikliği bir nebze de olsa rızai sözleşmeler sağlamıştır³⁷.

Bir sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması ve Latince tabiriyle *consensus* yeterli ise, az

³¹ Barlas, a.g.e., s. 67 vd.

³² Aydın Aybay, Rona Aybay, Ali Pehlivan, **Hukuka Giriş**, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 173.

³³ Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 14.

³⁴ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 334-337.

³⁵ *Res*, hukuki anlamı ile mal ve eşyayı ifade ederken, ayni sözleşmelerin kurulmasında malın zilyetliğinin, mülkiyetinin veya *detentiosunun* devridir; bkz. Umur, Lügat, s.183; Umur, Ders Notları, s. 336.

³⁶ Yazılı sözleşmeler Roma'da ortaya çıkmamış, Roma Hukuku'na doğunun etkisi ile dahil olmuştur. Belki de bu sebeple Roma hukukçuları tarafından yazılı sözleşmelere önem atfedilmemiştir; zira Roma Hukuku'nda yazılı sözleşmelerin yerini net biçimde bilmemekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, Ders Notları, s. 337, 354, 355.

³⁷ Tahiroğlu, Borçlar, s.188.

evvel de belirttiğimiz gibi başkaca hiçbir şekli muameleye ihtiyaç duyulmuyorsa, söz konusu sözleşme bir rızai sözleşmedir³⁸. İsmiyle müsemma olarak, yalnızca rızaların mevcudiyeti ve uyuşması rızai sözleşmelerin kurulması için gerekli ve yeterlidir.

Modern hukukta sözleşme tabiri kullanıldığında esas olarak kastedilen rızai sözleşmelerdir. Zira modern hukuklarda anayasal bir hak olarak tanınan sözleşme serbestisi, sözleşmelerin yalnızca rızaların uyuşması ile kurulmasını mümkün kılmaktadır. Türk hukukunda sözleşmelerle ilgili düzenlenen hükümler incelendiğinde, rızai sözleşmelerin esas alındığı görülecektir. Bu bağlamda sözleşmelerin nasıl kurulduğunu düzenleyen TBK. m. 1'e göre sözleşme, tarafların birbirine uygun iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ile kurulur. eBK.'daki aynı sayılı madde ile önemli oranda benzeşmekte olan bu hükümden yola çıkılarak sözleşmenin kurulması için irade beyanları, bu iradeler arası uygunluk ve çalışma konumuz olan adi şirketin hukuki niteliğinin sözleşme olarak belirlenmesine yöneltilen eleştirilerin odağında bulunan iradelerin karşılıklı olması durumunun gerektiği görülecektir³⁹.

İrade, kişinin herhangi bir hususta iç dünyasında aldığı karardır⁴⁰. Bu kararın hukuk âleminde bir sonuç doğurabilmesi için beyan edilmesi gerekir. Zira Roma'dan bugüne, bir hukuki işlemin ortaya çıkmasının asli unsuru iradenin beyan edilmesi olmuştur⁴¹. Beyan edilen iradeler arasında uygunluk ise yine Roma'dan beri aranan bir şarttır. O kadar ki bu durum *Digesta*'da "*İrade beyanları arasında uygunluk yoksa; sözleşme malın teslimi ile, sözlü olarak ya da stipulatio ile kurulmuş olsa dahi ne sözleşme ne de borç yoktur.*"⁴² şeklinde ifade edilmiştir.

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanının taşıması gereken son özellik ise karşılıklı olarak beyan edilmiş olması esasıdır. Az evvel de söylediğimiz gibi adi şirketin hukuki niteliğinin belirlenmesinde asıl tartışmalar bu esas üzerinde toplanmıştır. İrade beyanlarının karşılıklı olması, özünde tarafların beyanlarını karşı

³⁸ Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 119.

³⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 2016, s. 243; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, Sermet Matbaası, 1979, s. 64.

⁴⁰ Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 15.

⁴¹ Paul Koschaker, Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 53 vd.

⁴² *D.2.14.3*; Bu çeviride S. P. Scott'ın İngilizce *Digesta* çevirisinden faydalanılmıştır.

tarafa yönelmiş olmaları kadar basittir⁴³. Burada asıl gereklilik, tarafların irade beyanlarını karşı taraf veya taraflara, diğer bir deyişle sözleşmenin muhataplarına ulaştırmasıdır⁴⁴. Ancak bu durum âdetâ sinallagmatik sözleşmelerde edimlerin taraflar arasında karşılıklı olarak değiştirilmesi ile aynı anlamda yorumlanmış ve bu sebeple her sözleşmenin her zaman farklı amaçları hedefleyen iki taraf içermesi gerektiği algısı oluşmuştur⁴⁵. Fakat bunun bir gereklilik olmadığına dikkat çekilmelidir. Özünde, bir sözleşmeye taraf olanların ikiye indirilmesi dahi yanlış bir algıya yol açmaktadır. İşte bu sebeple, adi şirketin hukuki niteliği üzerinde verilen tartışmada, *Oğuzman/Öz* edimlerin karşılıklı olması hususuna değil tarafların iki ile sınırlandırılmasına dikkat çekmiştir. Yazarlara göre, bir sözleşmenin yalnızca iki tarafı olmak zorunda değildir; adi şirket de ikiden fazla tarafa sahip olabilen bir sözleşme niteliğinde olup⁴⁶ bu durum sadece adi şirkete uygulanan hükümlerin alışıldık sözleşme hükümlerinden farklı olmasını sonuçlar. Bu farklılığın bir örneğini ise Roma Hukuku'nda *actio pro socio* kurumunda görmekteyiz⁴⁷.

Çoğu sözleşmede böyle olmakla birlikte, sözleşmenin yalnız iki tarafının bulunması zorunlu değildir. Tarafların iradelerinin farklı doğrultularda beyan edilmesi de, *sine qua non* bir şart değildir. Diğer bir deyişle iradelerin aynı amacı elde etmeye yönelmiş olması, hukuki ilişkinin sözleşmesel niteliğini kaybetmesine sebep olmaz. Bir sözleşmenin taraflarının ortak bir amacı elde etmeye yönelik, bu amaç doğrultusunda irade beyan etmeleri de mümkündür. Bu ortak amaç unsuru, şirket sözleşmesini karakterize ederek sinallagmatik sözleşmelerden ayıran bir diğer niteliktir; diğer sözleşmeler arasındaki yerini belirlemede de ayrıca önem arz eder. Şirket sözleşmelerinde bulunmayan bu sinallagma ilişkisi ve ortak amaç unsuruna dayanılarak doktrinde şirketin bir sözleşme olduğunu kabul eden yazarlar arasında sözleşmenin niteliği de tartışılmıştır⁴⁸.

⁴³ Tekinay, a.g.e., s. 73.

⁴⁴ Eren, a.g.e., s. 243.

⁴⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 53; bu sebeple yazar tarafından şirketin sözleşme değil çok taraflı hukuki işlem niteliğinde olduğu savunulmuştur.

⁴⁶ Mustafa Kemal Oğuzman, Maya Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 42,43.

⁴⁷ "Adi Şirket Özelinde Sorumluluk" başlığının bir alt başlığı olarak detaylıca incelenecek bu dava, Roma hukukunda her ne kadar dava konusunun davacı ortağa ifa edilmesine yönelik olabilirse de günümüzde şirkete ifa edilmesi talebini içermesi zorunludur. Bu durum, adi şirket sözleşmesinin sinallagmatik sözleşmelerden ayırdının kolaylıkla yapılabilmesini sağlar.

⁴⁸ Doğanay, a.g.e.,s. 19; Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, a.g.e., s. 55 vd.

Yukarıda açıklanan şekilde, adi şirketin bir sözleşme niteliğinde bulunduğunu kanaatimizce tartışmamak gerekmektedir. Kaldı ki, adi şirket hem Roma'da *Iustinianus* öncesinden başlayarak hem de Türk hukukunda eBK.'dan günümüze açıkça sözleşme olarak nitelenmiştir.

Yukarıdaki şekilde sözleşme niteliği taşıdığını bir kez daha belirtme ihtiyacı duyduğumuz adi şirketin, kuruluşu hiçbir şekil şartına bağlı olmayıp yalnızca tarafların kanun tarafından belirtilen esaslı unsurlar üzerinde irade beyanlarının uyuşması yeterli geldiğinden, rızai sözleşme niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Roma Hukuku'nda, *societas* da bir rızai sözleşme niteliğinde idi⁴⁹. Görüldüğü üzere Türk Hukuku, adi şirket sözleşmesinin kuruluş niteliğinde de Romanist doktrinden uzaklaşmamıştır.

2. Adi Şirketin Unsurları

a. Kişi unsuru

Türk hukukunda adi şirket sözleşmesine taraf olan kişi "ortak", Roma hukukunda ise *societas*'a taraf olan kişi aynı anlama gelen "*socius*" olarak adlandırılmıştır⁵⁰.

Societas'ta kişi unsurunun önemi *Digesta*'nın bu konudaki düzenlemelerinin çoğunun kişiler arası ilişkiyi ele alması ile ortaya konmuş bulunmaktadır. Aynı şekilde TBK. m. 620 incelendiğinde, adi şirket ile ilgili göze çarpan ilk husus bu sözleşmenin iki ya da daha fazla kişiyi bağladığıdır. Kanun böylece, sözleşmenin kuruluşunu ifade ederken adi şirketin kişi unsurunu, diğer bir deyişle bir kişi birliği olduğunu ilk ve öncelikli olarak ortaya koymuştur. Kuşkusuz, bu belirlemeden yola çıkılarak adi şirketin şahıs şirketlerinin genel özelliklerini taşıdığını anlamak mümkündür. Dolayısıyla her ne kadar Kanun asgari iki kişinin varlığını aramakla yetinip azami bir sayı belirlememiş olsa da, adi şirket sözleşmesi bir şahıs şirketi meydana getirmesi sebebiyle ortaklar arası sıkı bir ilişki gerektirmektedir. Doğal olarak, Kanunen sınırsız sayıda ortakla kurulabilecek olsa da şahıs şirketi niteliğinde olması, adi şirketin çok sayıda ortakla kurulmasını engelleyecektir⁵¹. Zira niceliğin

⁴⁹ Tahiroğlu, a.g.e., s. 188; Akıncı, a.g.e., s. 119; Gönenç, a.g.e., s. 5; Umur, Ders Notları, s. 337; Randazzo, a.g.m., s. 120.

⁵⁰ Umur, Ders Notları, s. 370.

⁵¹ Pulaşlı, Şerh, s. 24; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018. s. 2; Şener, Adi Ortaklık, s. 4.

artışı her zaman niteliği artırmaz ve fakat çoğu zaman beraberinde farklı sorunları getirir⁵². Doktrinde bu hususa gerekçe olarak adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmaması⁵³ ve ortakların şirketin borçlarından birinci derecede ve sınırsız sorumlu olması⁵⁴ gibi sebepler de gösterilmiştir ki bu sebepler de hem birbirleri hem de şirketin şahıs şirketi olması ile bağlantılıdır.

Öte yandan kişinin gerçek veya tüzel kişi karakterinde olmasına yönelik bir sınırlama Kanun'da bulunmamaktadır⁵⁵. Bu sebeple hem gerçek hem de tüzel kişiler adi şirkete ortak olabilirler. Bu hususta önem arz eden, gerçek veya tüzel kişinin adi şirkete ortak olmaya ehil olup olmamasıdır.

Gerçek kişilerde adi şirkete ortak olmakla ilgili özel bir ehliyet şartı mevcut olmadığından, kişinin ehil olup olmadığı genel hükümlere göre belirlenir⁵⁶. Buna göre ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan, diğer bir deyişle fiil ehliyetine tam olarak sahip herkes adi şirkete ortak olabilir. Küçükler ve kısıtlıların ise adi şirkete ortak olması için kanuni temsilcilerinin önceden rızası veya sonradan icazeti gerekir⁵⁷. Tam ehliyetsizlerde durum TMK.'nın güçsüzleri korumaya yönelik tedbirlerinin artmasıyla paralel olarak daha komplikedir; kanuni temsilcinin ortak olma işlemini kendi yapmasının yanı sıra vesayet makamının izni ve denetim makamının onayı aranır⁵⁸. Roma hukukunda ise durum farklıdır: normal şartlar altında kişinin fiil ehliyetini tam olarak kazanabilmesi için yirmi beş yaşın doldurulmasının⁵⁹ arandığı Roma'da, *societas* söz konusu olduğunda yirmi beş yaşın altındakiler için özel bir koruma öngörülmemiş, sebep olarak ise sözleşmenin karşı tarafı aldatma amacı gütmesi durumunda sözleşmenin zaten geçersiz sayılması gösterilmiştir⁶⁰.

⁵² Roma hukukunda temsil kurumu gelişmemiş olduğundan, her bir ortak kendi eylemi ile kazandığı hakkı veya altına girdiği borcu diğer ortaklara devretmek zorundaydı. Ortak sayısının artışı ile bu prosedürün zorlaşacağı açıktır. Öte yandan, Türk hukukundan ise adi şirketin davacı olamayacağı, her bir ortağın birlikte hareket etmesi gerekliliği örnek olarak verilebilir.

⁵³ Barlas, a.g.e., s. 18.

⁵⁴ Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 2.

⁵⁵ Cengiz Aşkan, **Adi Şirketin Yönetimi**, Adil Yayınevi, Ankara, 2003, s. 20.

⁵⁶ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 6.

⁵⁷ Barlas, a.g.e., s. 20.

⁵⁸ Bahtiyar, a.g.e., s. 16.

⁵⁹ Honig, a.g.e., s. 66 vd.

⁶⁰ Alan Watson, **The Law Of Obligations In The Later Roman Republic**, Oxford at the Clarendon Press, 1965, s. 128.

Adi şirkete bir tüzel kişinin ortaklığı söz konusu olduğunda da yine genel fiil ehliyeti kuralları uygulanacaktır. Bu hususta özellikle artık uygulamada olmayan *ultra vires* ilkesine değinmekte fayda görülmektedir. Zira eski Kanun döneminde bu ilke yürürlükte olduğundan, şirketin faaliyet konusu ile sınırlı alanlarda eylemde olabileceği⁶¹ ve dolayısıyla yalnızca bu alanda aktif adi şirketlere ortak olabileceği söylenmekteydi⁶². Yeni TTK. ile bu ilkenin uygulamasından vazgeçilmesi sonucunda, bu tartışmalar konusuz kalmıştır.

Roma hukukunda, günümüzün aksine hukuk kurallarının herkese eşit biçimde uygulanmadığından yukarıda bahsetmiştik. Bu sebeple bu başlık altında, *societas*'ın *ius gentium* kapsamında olduğuna ve hem Roma vatandaşı hem yabancı herkes tarafından akdedilebildiğine bir kez daha değinmekle yetiniyoruz.

b. Katılım payı unsuru

Adi şirket sözleşmesinin kurucu unsurlarından bir diğeri katılım payı taahhüdünde bulunmaktır (TBK. m. 621). Katılım payı, şirketin amacına ulaşması için ortaklarca öncelikle taahhüt edilmesi, devamında ise getirilmesi gereken ve parasal bir karşılığı olan her türlü mal, emek, alacak ve benzeridir⁶³. Bu cümleden de anlaşılacağı üzere katılım payı, adi şirket sözleşmesinin kurulması için yerine getirilmesi gereken değil, taahhüt edilmesi yeterli bir unsurdur⁶⁴. Fakat kuşkusuz ki adi şirketin faaliyete geçebilmesi ve varlığını yalnız hukuk sahasında değil amacına ulaşma yolunda da gösterebilmesi için ortakların taahhüt ettikleri katılım payını ifası gerekir.

Bu bağlamda katılım payının sözleşmenin kurulması için taahhüt edilmesi gereken bir unsur olduğunu TBK. m. 620 ve aynı zamanda her ortak için bir yükümlülük olduğunu TBK. m. 621 sayesinde anlamaktayız. Çoğunlukla kar elde etme amacı ile kurulan adi şirkette bu amacı gerçekleştirmek için belki de en önemli unsur olduğundan katılım payının getirilmesinin bir yükümlülük olarak ortaklara

⁶¹ Burçak Yıldız, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, C. 55 S. 1, ss. 58-90, s. 322.

⁶² Doğanay, a.g.e., s. 10.

⁶³ Barlas, a.g.e., s. 43.

⁶⁴ Gönenç, a.g.e., s. 31.

yüklenmiş olması şaşırtıcı değildir. Roma hukukunda dahi ortakların katılım payı getirme yükümlülüğü üzerinde durulmuştur⁶⁵.

Çalışmanın kaleme alınmasından önce yapılan tüm hazırlık boyunca katılım payı kavramı yerine sermaye kavramının sıkça kullanıldığı görülmüştür⁶⁶. Terim seçimine bakılırsa, katılım payının farklı şekillerde ele alındığında sermayeye göre hem daha geniş hem de daha dar olduğu anlaşılır. Şöyle ki, sermaye tabiri ile kastedilen ortakların tümünün taahhüt ettikleri katılım payını ifa etmeleri ile oluşan nihai birliktir⁶⁷. Bu açıdan bakıldığında sermaye, her bir ortağın ifa ettiği katılım paylarının birleşmesi ile ortaya çıkar. Her bir ortağın getirdiği katılım payı birer tuğla, sermaye ise bu tuğlalardan oluşan duvar şeklinde örneklendirilebilir.

Öte yandan sermaye, kelime anlamı olarak para veya paraya çevrilebilen malı ifade etmektedir⁶⁸. Adi şirket sözleşmesi, her ne kadar TBK. içerisinde düzenlenmiş olsa da TTK.'nın bağdaşan hükümleri adi şirketlerde de uygulanabilir⁶⁹. Doktrinde pek çok yazar, bu düşünceden yola çıkarak ortağın şirkete getirmekle yükümlendiği katılım payının TBK. m. 620'de sayılan mal ve emek ile sınırlı tutulamayacağını, TTK. m. 127'nin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁰. Bu şekilde düşünüldüğünde ise katılım payının kapsamı para ve mal ile sınırlı olmayıp, sermaye kelimesinin anlamına göre çok daha geniştir. Tarafımızca da bu sebeple sermayeye yeğ tutulup terim olarak katılım payı kavramı kullanılmıştır.

Bu görüşler ışığında adi şirkete katılım payı olarak getirilebilecek değerleri somutlaştırırken öncelikle TBK. m. 620 değerlendirilmelidir. Anılan madde katılım payı hususuna “*emeklerini ve mallarını...*” demek suretiyle değinmiştir. Madde, katılım payından bu şekilde bahsetmesi sebebi ile çokça eleştiri almıştır. Zira hem katılım payı olabilecek değerlerin mal ve emeğe indirgenmesi hem de sayılan bu iki değeri getirme konusunda ortağın takdir yetkisi yokmuş havası yaratması isabetli görülmemektedir. Kanımızca da, maddeye yöneltelen eleştiriler yerindedir; ortaklar tarafından aynı türden bir katılma payının taahhüt edilmesi zorunluluğu

⁶⁵ Honig, a.g.e., s. 134.

⁶⁶ Bu tabiri kullanan yazarlar için bkz. dn. 4.

⁶⁷ Gönenç, a.g.e., s. 31.

⁶⁸ <https://sozluk.gov.tr/> TDK Türkçe Sözlük.

⁶⁹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 40.

⁷⁰ Bahtiyar, a.g.e., s. 20; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 46; Pulaşlı, Şerh, s. 28; Şener, Ders Kitabı, s. 28.

olmadığından⁷¹ hüküm bu yönde yanlış anlaşılmaya oldukça müsaittir. *Pulaşlı*'nın da belirttiği gibi, tek bir bağlaç değişikliği ile yanlış anlaşılma olasılığı bertaraf edilebilecek iken hangi saikle hareket edildiği merak konusudur⁷². Kanun, takip eden m. 621'de katılım payının kapsamına para ve alacağı da eklemiş olsa da, TBK. kapsamında halen gerekli anlaşılabilirliğe ulaşamamıştır.

Roma hukukunda da katılım payı olarak sermayenin yanı sıra emekten ayrıca bahsedildiği ve emeğe ayrı bir önem atfedildiği görülür. Ortağın şirkete çalışma gücünü getirmesini ifade eden emeğin⁷³ kimi durumlarda direkt mal yahut paranın getirilmesinden daha kıymetli olduğu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde vurgulanmış, emeğin de para ve mal ile aynı şekilde katılım payı olarak değerlendirileceği belirtilmiştir⁷⁴. Bunun yanında, Roma hukukunda da maddi her türlü değer katılım payı olabileceğini ekleyelim⁷⁵.

TTK. m. 127 hükmü de Türk hukukunda adi şirkete maddi bir karşılığı olan her türlü değer katılım payı olarak getirilmesini mümkün kılan esas hükümdür⁷⁶. Hükme göre, emek ve malın yanı sıra şirkete malların kullanma hakları, alacak, kıymetli evrak, fikri mülkiyet hakları ve hatta ticari işletme; özetle devri mümkün ve nakdi karşılığı mevcut olan her türlü değer şirkete konabilir.

Burada esas dikkat edilmesi gereken nokta, getirilecek değer devrinin mümkün olması ve devrin yapılaş şeklidir. Zira kural olarak adi şirket sözleşmesinin kurulması bir şekle bağlı olmasa da, katılım payı olarak taahhüt edilen değer niteliği gereği devri bir şekle bağlı ise bu sözleşmenin şeklini de etkileyecektir. Diğer bir deyişle taahhüt edilen değerlerin devri için özel bir düzenleme ile şekil öngörüldü ise, buna uyulmalıdır⁷⁷. Roma hukukunda da mal ayrımı yapılmıştır ancak günün gereklerine göre ve bir tarım toplumu olması sebebi ile bu ayrım yapılırken tarımda kullanılan eşyalar göz önünde bulundurulmuştur⁷⁸. Buna göre *res mancipi* ve *res nec*

⁷¹ Cemil Alver, **Adi Ortaklık**, y.y., Ankara, 1988, s. 5.

⁷² Pulaşlı, Şerh, s. 27.

⁷³ Şener, Ders Kitabı, s. 30.

⁷⁴ *Ius. Ins.* 3.25.2

⁷⁵ Buckland, Textbook, s. 505.

⁷⁶ Şener, Ders Kitabı, s. 28.

⁷⁷ Doğanay, a.g.e., s. 37 vd.

⁷⁸ Koschaker, Ayiter, a.g.e., s. 112.

mancipi olarak sınıflandırılan bu malların devri farklı şekillere tabidir⁷⁹. Bu sebeple, Roma hukukunda da bu şekillere uygun hareket edilmesi gerekmektedir⁸⁰.

Taahhüt edilen katılım paylarının ifası üzerine oluşan sermaye üzerinde ortakların hâkimiyetinin nasıl olacağı, şirketin amacını elde etmeye yönelik çalışmalarda bu sermayeden nasıl ve kimler aracılığıyla faydalanılacağı ise ayrı bir tartışma konusu yapılacak ve diğer başlık altında incelenecektir.

Ortakların aynı türden katılım payı taahhüdünde bulunmak zorunluluğu bulunmadığının bahsi yukarıda geçmişti. Aynı şekilde, aynı maddi değeri karşılayan miktarda katılım payı taahhüdünde bulunma zorunlulukları da bulunmamaktadır. Ancak sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa, kural olarak eşit borçlanma söz konusudur (TBK. m. 621/1). Bu husus, Roma hukukunda da tamamen aynı şekildedir⁸¹.

c. *Affectio societatis*

Doktrinde *affectio societatis* unsurunu Türkçeleştirilip içeriğini yansıtan bir ad ile yaşatmak isteyen yazarlar vardır. Bu bağlamda Akıncı bu unsuru “ortaklık iradesi”, Bilgili/Demirkapı “ortak çalışma iradesi”, Pulaşlı “müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma”, Doğanay “ortak gayeyi birlikte gerçekleştirme unsuru” olarak adlandırmışlardır. Bu hususta görüş bildirmek gerekirse, kanaatimizce yazarların başlık seçimlerini bu yönde kullanmalarının sebebinin *affectio societatis*'in içeriği hakkında bir fikir uyandırma isteği olması kuvvetle muhtemeldir. Fakat yine kanaatimizce, kalıplaşmış bazı tabirlerde yapılan değişikliklerin eğreti durması durumu burada da görülmektedir; zira bu hususta önerilen yahut yazılan hiçbir başlık *affectio societatis*'in içeriğini yansıtırken bir unsur olarak sayılacak kadar kısa ve öz değildir. Öte yandan, Roma hukukunda taşıdığı anlama işaret etmekte de yetersiz kalmaktadır.

Bunun yanı sıra fikrimizce tümünün olmasa da konu ile sıkı sıkıya bağlı Latince adlandırmaların yaşatılması, metin içinde sözü edilen hukuk kurumunun ortaya çıkışı hakkında bilgi verilmemiş olsa dahi kaynağının Roma hukuku olduğunu

⁷⁹ Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 7.

⁸⁰ Akıncı, a.g.e., s. 174.

⁸¹ Armstead Mead Prichard, **Leage's Roman Private Law**, Macmillan&Co., London, 1964, s. 365; Buckland, Textbook, s. 505; Phillimore, a.g.e., s. 267.

ortaya koymak açısından önemlidir. Bu sayede konunun ilgisi, konunun derinliği ve seneler içinde dönüşümü hakkında en azından ön bir bilgi elde edebilir.

Tüm bu sebeplerle Roma hukukundaki orijinal adlandırması ile çalışmamızda yer verdiğimiz *affectio societatis*, Roma hukuku kaynaklarında çoğunlukla her bir ortağın bir araya gelerek bir şirket kurma iradesine sahip olmasını ifade eden unsur olarak anılmıştır⁸². Modern hukukumuzda ise biçim ve içerik değiştirmiş olmasına rağmen varlığını sürdürmektedir. Günümüzde *affectio societatis*'in çoğunlukla Roma hukukundaki anlamına ek olarak ortakların şirketi kurarken ulaşmayı istedikleri ortak amaca yönelik çalışmalarını da kapsayacak şekilde genişletildiği görülmektedir. Bu sebeple bu başlık altında *affectio societatis*, adi şirketin kuruluşu ile ortakların elde etmeyi hedefledikleri sonucu, doktrinde çokça tercih edilen adıyla “ortak amaç unsuru”nu da içine alarak ve dolayısıyla daha kapsamlı incelenecektir.

Her şirket, niteliği ne olursa olsun bir amaç uğruna kurulur. Bu amaç kimi zaman kar elde etmek şeklinde bir sonuç elde etmeye yönelebileceği gibi kimi zaman da bir sonuç değil devamlılık arz eden bir birliktelik gerektiren ticari işletme işletmek gibi faaliyetler olabilir⁸³. Diğer şirket türlerinin asgari kanuni gerekliliklerini taşımayan şirketlerin adi şirket niteliğinde olmasından da anlaşılabilceği üzere genel şirket tipi olan adi şirkette de bir amacın varlığının şart olduğu açıktır. Yine adi şirketin aynı niteliği sebebi ile kurulması için spesifik bir amaç taşıması aranmamıştır. Bu hususta özellikle tartışılan adi şirketin kuruluş amacında maddi bir sonuç elde etmek zorunluluğu bulunup bulunmamasıdır. Gerekli araştırma yapıldığında aynı belirsizliğin Roma hukukunda da mevcut olduğu görülür⁸⁴. Günümüzde adi şirketin ancak maddi gelir elde etme amacı ile kurulabileceği

⁸² Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 356.

⁸³ Bununla aynı doğrultuda doktrinde bazı yazarlar amacın geçici veya sürekli olabileceğini savunmaktadırlar. Bkz. Doğanay, a.g.e., s. 51. Kanaatimizce bu ifade yanlış anlaşılmalara oldukça müsaittir, zira şirketin mevcudiyeti şirketin amacının ve ortakların bu amacı elde etmeye yönelik çabalarının mevcudiyetine bağlıdır; geçicilik veya süreklilik amacı gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerinin niteliği ile ilgili olarak söz konusu olabilir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; bir anonim şirketin bir faaliyet döneminde inşaat ile uğraşıp bir diğerinde bunu terk edip farklı bir işgal konusuna geçmesi mümkündür. Bu durumda geçicilik söz konusudur ve fakat amaç değişmemiştir: anonim şirkette amaç her daim kar elde etmektir. Burada değişen, amaca ulaşmaya yönelik kullanılan araçtır. Bu sebeple amacın sürekli olmasının gerekliliği kanaatimizce tartışmaya kapalıdır.

⁸⁴ Aksi yöndeki, *societas* ve adi şirketin yalnızca maddi gelir elde etme amacı ile kurulduğunu savunan yazarlar için bkz. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 243, Akıncı, a.g.e., s. 174, Şener, Ders Kitabı, s. 7, Pulaşlı, Şerh, s. 26, Hayri Domaniç, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1970, s. 5.

görüşünü savunan yazarların en büyük dayanakları adi şirket hükümlerini düzenleyen TBK. m. 622'nin kazanç paylaşımını öngörmesidir⁸⁵.

Fakat hem Roma'da hem de modern hukukumuzda baskın olan görüş adi şirket ve *societas*'ın her türlü amaç için kurulabileceğidir⁸⁶. Amaç hususunda Roma hukuku kaynaklarında çizilen sınır amacın hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır. Günümüz hukukunun geldiği noktada bu genel bir kural halini alarak TBK. m. 27'de kendine yer bulmuş olup halen uygulamadadır. Ancak kapsamının genişletildiğini söylemek mümkündür. Anılan Kanun maddesine göre modern hukukumuzda bu sınır; amir kanun hükümleri, hukuk, ahlak, kamu düzeni ve kişilik hakları olarak çizilmiştir.

Bunun yanı sıra sözleşmenin kurulmasına engel olmayan ancak sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran hukukumuzdaki genel şartlardan bir diğeri “imkânsızlık” da adi şirketin amacına çizilen ve yine kaynağını Roma hukukunda bulan⁸⁷ bir diğer sınırdır. TBK. hükümlerinin tam iki taraflı sözleşmeleri esas alarak hareket etmesinin bir sonucu olarak, az evvel değindiğimiz m. 27 de imkânsızlık hususunu tam iki taraflı sözleşmelerin konusunu oluşturan edim açısından ele almıştır. Ancak adi şirkette imkânsızlık bir ortağın katılım payının taahhüt ettiği anda imkânsız olması⁸⁸ şeklinde ortaya çıkabileceği gibi adi şirketin amacının imkânsız olması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Adi şirketin amacının imkânsız olması durumunda, adi şirket geçerli biçimde kurulmuş olmayacaktır⁸⁹ ve hatta şirket amacının şirket kurulduktan sonra imkânsızlaşması ve ortakların şirket amacını elde etmeye yönelik faaliyetlerini sona

⁸⁵ Domaniç, a.g.e., s. 6; Fakat bu hususta şuna dikkat çekilmelidir ki Kanun'da paylaşımı zorunlu tutulan değerler için tamamen ekonomik karşılığı ifade eden bir kelime kullanılmamıştır. 6102 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Kanun'dan açıkça ayrı bir dil benimsemiş, “kar” kelimesi yerine “kazanç” kelimesini tercih etmiştir. Bu değişikliğin tek açıklaması “dilde arılaştırma” olamaz; zira “kar” günümüzde halen sıkça kullanılan bir kelimedir. Kanaatimizce “kazanç” tabirinin kapsamı, “kar”dan geniş olduğundan tercih edilmiş olup Kanun'un kazanç paylaşmayı öngörmesini dayanak göstererek adi şirketin yalnızca maddi bir değer elde etmek amacı ile kurulacağı savunulması kabul edilemez. Kazanç kavramının kardan daha geniş kapsamlı olduğuna yönelik görüş için ayrıca bkz. Şener, Ders Kitabı, s. 40.

⁸⁶ William Warwick Buckland, Arnold D. McNair, **Roman Law & Common Law**, Cambridge at the University Press, 1952, s. 300; Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law**, Oxford at the Clarendon Press, 1965, s. 185; Rudolph Sohm, **The Institutes: A Textbook of the History and the System of Roman Private Law**, Augustus M. Kelley Publishers, New York, 1970, s. 422.

⁸⁷ Buckland, Textbook, s. 505.

⁸⁸ Bkz. Katılım Payı Başlığı.

⁸⁹ Oruç Hami Şener, “Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri”, **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 709.

erdirmesi şirketin sona erme sebebidir. Buradaki durum, kanaatimizce borç ilişkisindeki sözleşmenin kurulduğu anda edimin imkânsızlığından ziyade derneğin amacının imkânsız olması durumunda tüzel kişilik kazanamaması⁹⁰ ve amacının imkânsızlaşması durumunda feshine daha yakındır. Yine ortak amaç sebebi ile, adi şirketin derneğe yaklaştığı yorumunu yapıyoruz. Zira bilindiği üzere dernekler, ortak amaca yönelen kişi toplulukları olup her ne kadar ideal bir amacı elde etmek üzere kurulsalar da bir amaçları bulunmadığı sürece vücut da bulamazlar. Diğer bir deyişle adi şirket ile derneğin benzeştiği yön her iki topluluğun da amaçtan uzak varlığını sürdürememesidir.

Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi, ortakların saydığımız tüm şartları taşısa dahi ortak bir amacı elde etmek için toplanmış olması adi şirketin varlığı için yeterli değildir; bunun yanında ortakların belirledikleri amacı elde etmeye yönelik faaliyette bulunmaları da gerekir. Bu amacı elde etmeye yönelik aktif faaliyette bulunma gerekliliği, özellikle modern hukukumuzda dar yorumlanmakta ve ortağın aktif olarak çalışması şeklinde anlaşılmaktadır.

Affectio societatis'in ifade ettiği anlam, ortakların şirkete bu unsur kapsamında yükümlülükleri hususundaki belirsizliğin sonlandırılması ortaya çıkmış ve çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde büyük önem arz eder. O kadar ki bu unsurun yorumuna göre sözleşmenin niteliği değişebilir. YHGK.'nın 2019 senesinde verdiği bir kararda da bu durum gerçekleşmiş, unsurun farklı yorumlanması sebebi ile sözleşmenin adi şirket mi yoksa kira niteliği mi taşıdığı konusunda anlaşmazlık yaşanmıştır⁹¹. Söz konusu olayda davacı bir restoran işletmesi için yer sağlamış, davalı ise restoran işletmesinin organizasyonunu üstlenmiştir. YHGK. bu olayda *affectio societatis* unsurunu geniş olarak yorumlamış ve davacının restoran işletmesi için yer sağlamasını aktif çalışma olarak nitelendirmemiş, bu sebeple sözleşmenin de kira sözleşmesi niteliği taşıdığını savunmuştur. Buradan da anlaşıldığı gibi, günümüz hukukunda eğilim ortakların aktif olarak şirket faaliyetine katılımını arar.

Ancak fikrimizce böyle bir yorum eşitsizlik yaratıp hakkaniyetsiz sonuçlar doğmasına sebebiyet vereceğinden isabetli değildir. Zira ortağın aktif çalışması katılım payı unsurunda emek olarak ifade ettiğimiz değere karşılık gelir ve bu

⁹⁰ Dural, Öğüz, a.g.e., s. 288.

⁹¹ YHGK. 2017/983 E. 2019/543 K. 09.05.2019 T. Sayılı kararı. e.t.: 03.03.2020.

sebeple başlı başına adi şirkete katılım payı olarak getirilebilecek değerdedir. Bir ortağın şirkete katılım payı olarak emeğini getirdiği düşünülürken katılım payı olarak başka bir değer getiren ortaktan da aktif çalışma beklenmesi hakkaniyetsiz sonuçlar doğurur.

Esasen *affectio societatis* kubbesi altında aranan aktif çalışma beklentisi her ne kadar şahıs şirketlerinde kişi unsurunun yüksek öneminden kaynaklansa da, şahıs şirketindeki kişi unsurunu öne çıkarmak için izlenen yol ortağın şirkete aktif olarak emek vermesini beklemek olmamalıdır. Sonuç olarak bu beklenti ile asıl ulaşılmak istenen sonuç ortağın şirketten tamamen uzak kalmaması, şirkete yabancılaşmaması ve şirkete bağlılığının, diğer bir deyişle sadakatının sağlanmasıdır. Beklentinin aktif çalışma gerekliliğine varacak derecede yüksek tutulması ise yanlış yorumlara mahal verecek ve adi şirket kavramının kapsamını daraltacaktır.

Ancak *affectio societatis* bu şekilde değil, ihdas amacını gerçekleştirmeye yönelik yorumlandığında bunun şirketin amacını elde etmesine daha çok yardımcı olduğu görülecektir. Bu ilke sayesinde şirketin kurulması için taahhüt edilmesi yeterli olan katılım payının ifası da gerekecek, ek olarak şirket ortaklarının şirketin menfaati ile bağdaşmayan bazı eylemlerden uzak durması sonucunu da beraberinde getirecektir⁹². Ortağın şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü bu kapsamda verilebilecek ve *affectio societatis*'in ifade etmek istediği esas anlamı ortaya koyan en güzel örnektir⁹³.

Öte yandan günümüzde adi şirketin amacını elde etmek için ortakların aktif çalışmasının gerekmediği onlarca örnek türetilebilir. Örneğin bir miktar paraya sahip iki farklı kişinin paralarını bankaya yatırmak sureti ile faiz geliri elde etmek istediğini, ancak paranın miktarı arttığında bankanın verdiği faiz oranının arttığını ve bu sebeple kişilerin paralarını birleştirerek tek bir hesap üzerinden faiz geliri elde etmek konusunda anlaştıklarını düşünelim. Bu durumda taraflar arasında kurulmuş bir adi şirket sözleşmesi vardır ve kişilerin parayı bankaya yatırdıktan sonra başkaca hiçbir işlem yapmasına gerek olmadan şirketin amacına ulaşacağı açıktır. Bu

⁹² Genel şirket tipi olan adi şirketteki *affectio societatis* unsuru, ortak amaçta olduğu gibi, varlığını her şirket türünde sürdürür. Ancak önemi şirketin niteliği şahıs şirketine yaklaştığı ölçüde artar. Bilindiği üzere katılım payını ifa ve rekabet etmeme gibi yükümlülükler diğer şirket tiplerinde de mevcuttur.

⁹³ Domaniç, a.g.e., s. 6-7; Pulaşlı, Şerh, s. 31.

durumda da salt tarafların aktif çalışması bulunmaması sebebi ile aralarında kurulan ilişkiye adi şirket hükümlerini uygulamamak isabetsiz olacaktır.

Roma hukukunda da dönemin şartları göz önüne alındığında belki de ortakların amacı gerçekleştirmeye yönelik faaliyette bulunması pek tabii bir gereklilik olduğundan ve hatta aksi düşünülmediğinden ortakların faaliyette bulunma zorunluluğuna dair bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak faaliyette bulunma gerekliliğinin taahhüt edilen katılım payının ifası olarak somutlaştığı fikrimizce söylenebilir.

Son olarak, *affectio societatis*, adi şirket sözleşmesinin sıradan tam iki taraflı sözleşmelerden ayrılmasını sağlayan unsurdur⁹⁴. Tam iki taraflı sözleşmelerde tarafların arasında bir edim değişimi gerçekleşir ve bu edim değişimi ile sözleşmenin iki tarafının da elde ettiği sonuç birbirinden farklıdır. Ancak adi şirkette bir edim değişimi söz konusu değildir, her ortağın taahhüt ettiği edimi birleştirmesi yani bir edim birleşimi söz konusudur. Bunun yanında her ortağın hedeflediği amaç aynıdır; ortakların kendilerini şirkete ortak olmaya yönlendiren düşünceleri farklı olabilse de şirkete ortak olmakla her bir ortağın elde edeceği nihai sonuç aynı olacaktır. Zira ortakların birlikte bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak bir araya gelmeleri ve her bir ortağın bir diğeri ile edim değiştirerek farklı ve ferdi bir amaç elde etmek gibi bir niyetlerinin olmaması, adi şirket sözleşmesini tam iki taraflı sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur.

3. Adi Şirkette Şekil

a. Genel olarak

Roma hukukunda sözleşme, *contractus* olarak adlandırılıyordu ve Roma’da her türlü sözleşmenin akdedilmesi mümkün değildi, bir sözleşmenin yapılabilmesi ve hüküm doğurabilmesi için hukuken tanınan ve korunan özel sözleşme tiplerinden biri olması gerekliydi⁹⁵. Sözleşmeler sistemi olarak adlandırılan bu sistem modern hukuklar tarafından terk edilmiş, piyasanın liberalleşmesi ile borçlar hukuku daha özgür bir noktaya gelmiştir. Kişilerin yalnızca diledikleri sözleşmeleri diledikleri kişilerle yapmalarına imkân vermekle kalmayıp arzu ettikleri şekilde farklı sözleşmelere ait farklı edimleri birleştirerek tamamen kendine özgü sözleşmeler

⁹⁴ Erdoğan Moroğlu, “Adi Şirkete Dair”, **Makaleler**, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 762.

⁹⁵ Umur, Ders Notları, s. 334.

oluşturmalarına da imkân veren sözleşme özgürlüğü, genel prensip olarak uygulamaya koyulmuştur⁹⁶. Bu prensip o denli büyük bir önem arz etmektedir ki, anayasal bir temel üzerine oturtulmuştur.

Sözleşme özgürlüğünün sözleşmeye taraf olup olmamak, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirlemek gibi farklı görünüşleri vardır⁹⁷. Şekil özgürlüğü de bu görünüşlerden biridir.

Bir sözleşmenin yapılması için gereken ilk şartın tarafların iradesi olduğunu yukarıda söylemiştik. Bu iradenin sözleşmenin yapılması için bazen belli bir formda beyan edilmesi gerekir ki bu sözleşmenin şekli olarak adlandırılır⁹⁸. Az evvel sözleşme özgürlüğünün bir alt görünümü olarak bahsettiğimiz şekil özgürlüğü de sözleşmenin yapılması için beyan edilen irade için kural olarak bir şekil şartının aranmaması; ancak kişilerin iradi olarak bir şekil şartı kararlaştırmasına da engel bulunmamasıdır.

Şekil özgürlüğü, TBK. m. 12’de hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Hüküm lafzi olarak yorumlandığında, hukukumuzda genel kural olarak yer aldığı anlaşılmaktadır.

Adi şirket sözleşmesi için Kanun’da özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu sebeple genel kurala tabi olan adi şirket sözleşmesinin belli bazı haller dışında hiçbir şekil şartına uymak gerekmeksizin kurulacağı söylenebilecektir.

Kaldı ki, Roma hukukundaki temeli *societas* da sözleşmeler sistemi içinde rızai sözleşmelerin bir alt başlığı olarak incelenmektedir. Rızailikten anlaşılması gereken, sözleşmenin vücut bulması için bir şekli muameleye ihtiyaç duyulmaması, yalnız rızaların uyuşması ile sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başlamasıdır. Sonuç olarak *societas*’ın nihai kurulma şeklinin de modern hukukumuzun örtüştüğü bir başka nokta olduğu gönül rahatlığı ile söylenebilecektir. Ancak bu noktada *societas*’ın geçtiği gelişim evreleri gözden kaçırılmamalıdır; zira *societas* her zaman rızai değildir, zaman içinde rızai kimliğine kavuşmuştur.

⁹⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 73.

⁹⁷ Tekinay, a.g.e., s. 334.

⁹⁸ Esener, a.g.e., s. 167; Hüseyin Hatemi, Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 101.

Bu bağlamda *societas*'ın en arkaik temeli olan *consortium*'un kendiliğinden oluştuğunu tekrar hatırlatmak gerekir. Yukarıda da değindiğimiz gibi *consortium*, *pater familias*'ın ölümü ile günümüz hukukunda terekenin açılması gibi kendiliğinden gerçekleştiğinden, başkaca hiçbir işlem yapılmasına gerek kalmaz. Diğer bir deyişle *consortium*'da ne bir irade ne bir beyan ve dolayısıyla ne de bu beyan için gereken bir şekil şartı vardır.

Gaius'un eserlerinden öğrendiğimize göre, *consortium*'dan *societas*'a geçişte bir basamak olan yapay *consortium*'larda ise kullanılması gereken bir yöntem mevcuttur. Çalışmamızda daha evvel paylaştığımız *Gai. Ins. 3.154^b* metninden anlaşıldığı üzere, yapay *consortium*'ların oluşturulma usulü *legis actio*'dur. *Legis actio*, kanuni dava anlamını taşımakta olup Roma'da belli hukuki işlemlerin yapılmasında ve hakların korunmasında kullanılmaktadır⁹⁹. Özetle, *consortium* benzeri ilişkiler kurmak isteyen kişilere kanunla bir dava hakkı tanınmış, kişiler bu sayede ortak bir *pater familias*'ın himayesinde bulunmasalar bile bu yolla *consortium* kurabilmeye başlamışlardır. Üzerine düşünüldüğünde, bu usulle hem bir hak tanındığı hem de bir şekil şartı getirildiği görülecektir.

Ancak daha evvel de ifade ettiğimiz gibi *legis actio* usulü, uğraştırıcı olması sebebiyle şirket kurmakta genel usul halini alamamıştır. Böylelikle *consortium*'dan yola çıkılarak şekillendirilen *societas*'ın rızailiği kabul edilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere adi şirket sözleşmesi, rızai *societas*'tan kalma bir gelenek olarak halen rızaidir.

Genel kural bu olmakla birlikte, adi şirket sözleşmesinin belli bir şekle uygun yapılmasını gerektiren haller de mevcuttur. Bunlardan önemlileri kuşkusuz ki kişilerin iradi olarak bir şekil şartı öngörmüş olması ve katılım payı olarak taahhüt edilmiş değer devrinin özel bir şekil gerektirmesi veya kendine özgü bir sicile tabi olmasıdır.

b. Adi şirketin iradi şekil şartına bağlanmış olması

Şekil şartının sözleşmenin kurulmasını zorlaştırması gibi olumsuzluklarının yanı sıra, sözleşmenin varlığının ispatını kolaylaştırmak gibi farklı avantajları vardır¹⁰⁰. Bazı hallerde sözleşmenin tarafları için bu avantajlar ağır basar ve

⁹⁹ Umur, Lügat, s. 112.

¹⁰⁰ Esener, a.g.e., s. 167.

sözleşmenin kurulması için bir şekil şartı öngörebilirler. Yukarıda belirtildiği gibi, kişilerin sözleşmenin kurulması için bir şekil şartı belirleyebilmesi de şekil özgürlüğünün kapsamındadır.

Kural olarak sözleşmenin kurulması için bir şekil şartı belirlendiği hallerde kararlaştırılan şekil şartı geçerlilik şartı niteliğindedir¹⁰¹ ve bu şekil şartı sağlanmadığı takdirde sözleşme geçerli biçimde kurulmuş olmaz, hüküm ve sonuç ifade etmez. TBK.'da genel hükümler arasında düzenlenmiş bu kural, adi şirket sözleşmesinde de uygulama alanı bulur. Bu sebeple, taraflar arasında sözleşmenin kurulması için geçerlilik şartı olarak bir şekil şartı belirlenmesi durumunda adi şirket sözleşmesi bu şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır. Böylece adi şirket sözleşmesinin şekil şartı olmaksızın kurulabilmesi kuralının ilk istisnası taraflar arasında bir iradi şekil şartı belirlenmiş olmasıdır.

c. Adi şirkete getirilmek istenen katılma payının devri şekil şartına bağlanmış bir değer ve özellikle taşınmaz olması

TTK. m. 127'ye göre ekonomik bir karşılığı olan her değer adi şirkete katılım payı olarak getirilebilir. Anılan hüküm sebebiyle adi şirkete katılım payı olarak getirilebilen değerlerin kapsamı çok geniştir ve bu kapsamda devri şekil gerektiren değerler de vardır. İşte taahhüt edilen katılım payının devri için aranan şekle göre, adi şirket sözleşmesinin kurulması için aranan şekil de değişecektir.

Benzer bir uygulama Roma'da da görülmektedir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde, toplumun geçimini tarımdan sağlaması sebebiyle malın tarım için önem arz edip etmemesine göre mal ayrımı yapılmış, tarım için önem arz eden *res mancipi* malların devri de özel şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Bu mallar *societas*'a getirileceği zaman da aynı şekil şartı aranmaya devam edilmiştir. Günümüzde, *Iustinianus* döneminde yaygın olarak kullanılmaya başlanan taşınır mal - taşınmaz mal ayrımı¹⁰² uygulamada daha geniş yer tutmaktadır. Malın devri için aranan şekil şartları da bu güncel ayrıma göre çeşitlenmektedir ki aşağıda inceleneceği üzere özellikle devri özel şekil şartına tabi taşınmaz malların katılım payı olarak taahhüt edilmesinde adi şirket sözleşmesinin şekli hususunda tartışma mevcuttur.

¹⁰¹ Doğanay, a.g.e., s. 71; Hatemi, Gökyayla, a.g.e., s. 45.

¹⁰² Erdoğan, Eşya, s. 8.

Doktrinde katılım payının mülkiyetinin devri şekle bağlı olan bir mal veya hak olması durumunda adi şirket sözleşmesinin kurulmasının bu şekil şartının sağlanmasına bağlı olduğu hususunda hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu şekil şartının tüm sözleşmeyi mi yoksa yalnızca katılım payı taahhütlerini belirleyen maddeleri mi kapsayacağı hususunda görüş ayrılıkları kendini gösterir.

Doktrinde bir kısım yazar, taahhüt edilen katılım payının devri için gereken şeklin tüm adi şirket sözleşmesini kapsamaması gerektiğini savunmuştur¹⁰³. Daha anlaşılır deyişle, bu görüşü savunan yazarlara göre adi şirket sözleşmesi tümüyle katılım payı olarak taahhüt edilen değer için aranan şekle uygun yapılmalıdır. Fakat kanaatimizce bu gibi durumlarda aranan şekil şartı sözleşmenin tümünü değil yalnızca ilgili katılım payı taahhüdünü kapsayan kısmi bir şekil şartı olarak yorumlanmalıdır. Zira şekil şartının tüm sözleşmeyi kapsadığı varsayıldığında bu durum adi şirketin kuruluşunu şekil şartı ile amaçlanan tarafların tekrar düşünmesi sonucuna kıyas olunmayacak biçimde yavaşlatacaktır.

Öte yandan, adi şirket sözleşmesinin kuruluşu için katılım payının şirkete devredileceği taahhüt edilir, mal veya hak adi şirket sözleşmesi ile devredilmiş olmaz. Bu durumda kanaatimizce katılım payının taahhüdü, adi şirket sözleşmesi içerisinde malın devrini öngören bir ön sözleşme niteliğindedir ve bilindiği üzere ön sözleşme, asıl sözleşmenin şekline uygun olarak yapılır (TBK. m. 29/2). Fakat adi şirket sözleşmesinin tümü değil yalnızca malın taahhüt edildiği noktalar bir ön sözleşme niteliği taşıdığından, katılım payının devri için öngörülmüş şekil şartının tüm sözleşmeyi değil, yalnızca taahhüt şeklini bağladığı sonucuna varıyoruz.

Kaldı ki, adi şirket sözleşmesinde katılım payının taşınmaz olarak taahhüt edildiği durumlarda da sözleşmenin şeklinin taşınmazın mülkiyetinin devir şekline uygun olarak yapılması gerekliliğinin dayanağı olarak “mülkiyetin devrini öngören sözleşmeler” başlıklı TMK. m. 706 gösterilmiştir¹⁰⁴. Anılan maddede hükme bağlanmak istenen de esasen taşınmazın mülkiyetini devretmeye ilişkin tüm ön sözleşmelerin şeklidir. Özetle, katılım payı taahhüdü taşınmaz olduğunda da şekil

¹⁰³ Bu görüşü destekleyen yazarlar için bkz. Yavuz, a.g.e., s. 856; Pulaşlı, Şerh, s. 29; Adi şirket sözleşmesinin yalnız ilgili kısmının bu şekle uygun yapılması gerekliliğini savunan yazarlar için bkz. Barlas, a.g.e., s. 50; Esra Hamamcıoğlu, Argun Karamanlıoğlu, “Adi Şirket Sözleşmesinde Şekil”, **MARUHAD Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 1303-1331, s. 1319; Bahtiyar, a.g.e., s. 29,30; Şener, Ders Kitabı, s. 5.

¹⁰⁴ Barlas, a.g.e., s. 70.

gerekliliği taahhüdün ön sözleşme niteliğinden doğar. Bu sebeple ön sözleşme için aranan şekil şartının genişletilerek taahhüt ile sınırlı bir bağlantısı bulunan adi şirket sözleşmesinin tümüyle kapsamına alınması kanaatimizce isabetli değildir.

Ek olarak, *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir* mülkiyetin devrini öngören sözleşme ne olursa olsun olası bir uyuşmazlığın kolayca çözümlenebilmesi amacıyla varsa mülkiyetin naklinin karşısında borçlanılan edimin de aynı şekil şartına uygun olarak borçlanılması gerektiğini öne sürmüştür¹⁰⁵. Biz, bu hususun uygulamada sinallagmatik sözleşmelerde sağlayacağı yararı inkâr etmemekle birlikte, adi şirket sözleşmesinde uygulanmasının pratik bir fayda sağlamayacağı düşüncesindeyiz. Zira adi şirket sözleşmesi karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden farklı niteliktedir¹⁰⁶. Bu sebeple kanaatimizce doktrinde az evvel ortaya koyduğumuz tartışmanın bir adım ileri götürülerek adi şirket sözleşmesinde katılım payı olarak taşınmazın taahhüdünü öngören kısmın resmi şekilde yapılmasının yeterli olup, değil tüm sözleşmenin; diğer katılım payı taahhütlerinin dahi aynı şekilde yapılmasına gerek duyulmaması gerekliliğini savunmak mümkündür.

Son olarak burada, adi şirketin ticaret şirketlerine nazaran güçsüzlüğünün somut olarak görüldüğü rahatlıkla söylenebilecektir. Zira ticaret şirketlerinde taşınmazın katılım payı olarak taahhüt edilmesi halinde başkaca hiçbir işlem yapılmaksızın yalnızca şirket sözleşmesine yazılması ile dahi bu taahhüdün geçerli olacağına dair amir bir Kanun hükmü bulunmaktadır¹⁰⁷.

C. Adi Şirketin Dernekten Farkı ve Özellikle Tüzel Kişiliğe Sahip Olmaması

Dernek, TMK. ile yetinilmeyip bunun yanı sıra kendi adını taşıyan bir kanunla düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere önemli bir kişi topluluğudur. Anılan Kanunlara göre dernek, en az yedi kişinin kazanç paylaşımı dışında bir amaç çevresinde birleşmesi ile kurulur ve tüzel kişiliği haizdir¹⁰⁸ (TMK. m. 56, DK. m. 2).

Adi şirket, özellikle ideal amaçla kurulabilmesi sebebiyle pek çok kez dernek ile kıyaslanmıştır. Zira adi şirket ile derneği ayıran önemli noktalardan biri bu

¹⁰⁵ Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 356.

¹⁰⁶ Moroğlu, a.g.m., s. 758.

¹⁰⁷ Bu durum, bir tescilsiz iktisap hali olup TTK. m. 128/3 bu hususu düzenlemektedir.

¹⁰⁸ Dernekler için belirlenen kazanç paylaşma dışındaki amaç, doktrinde ideal amaç olarak adlandırılmış olup çalışmada da bu şekilde ifade edilecektir.

kıyasın sebebi olan amaç unsuru¹⁰⁹ olmakla birlikte, kanaatimizce dernek ve adi şirket arasındaki en önemli fark bu değildir.

Derneğin kuruluşunda Kanunen yalnız ideal amaçla kurulabilme olarak getirilmiş bir sınırlama kesin olarak mevcutken adi şirketin amacının maddi ve daha açık bir deyişle parasal değer taşıyan bir sonuç elde etmek olmasının zorunlu olup olmadığı hiçbir kuşkuyla mahal vermeyecek biçimde düzenlenmemiş, bu sebeple doktrinde tartışılmıştır¹¹⁰. Bu tartışmalarda desteklenen taraf, iki farklı hukuk kurumu olan dernek ve adi şirketin arasındaki benzerlik ve farklılıkları tespit etmek açısından da önemlidir. Zira adi şirketin yalnız maddi amaç ile kurulabileceği savunuluyorsa, dernek ile arasındaki farklara bir yeni sebep daha eklenmiş olacaktır ve fakat adi şirketin maddi amacın yanı sıra ideal amaç ile de kurulabileceği savunuluyorsa burada dernek ile ortak bir nokta yakalanmış olacaktır.

Kanaatimizce ideal amacın yalnızca derneklere hasredilmesi doğru bir çözüm yolu değildir; çünkü dernek hem kuruluş açısından daha büyük bir girişim gerektirir hem de adi şirkete kıyasla çok daha büyük bir organizasyon doğurur. Fakat zaman zaman ideal amaç, her zaman dernek kadar geniş bir organizasyon ve örgütlenmeyi gerektirmeyecek seviyede küçük ve önemsiz olabilir. Bu gibi olasılıklarda ideal amaç uğruna birleşen kişilerin dernek kuruluşu ile meşgul olmak istememeleri çok doğaldır. İşte bu durumlarda adi şirket kurumu imdada yetişecektir.

Sonuç olarak, adi şirket ideal amaçla kurulabilmesinin mümkün olması sebebi ile derneğe yaklaşırken; dernek yalnızca ideal amaçla kurulabilme zorunluluğu sebebi ile adi şirketten uzaklaşır. Adi şirketin farklı hukuk sistemlerindeki kuruluş amaçlarına göre farklı yorumlar yapılabilirse de, adi şirketin iktisadi amaç ile kurulabileceğine dair tartışma yoktur ve bu husus her daim dernek ile arasında bir farklılık oluşturacaktır.

Dernek ve adi şirketin amaç unsurları arasındaki fark, kuruluşları arasında en büyük farklılık sayılabilirse de, tek fark değildir. Dernek ile adi şirketin tanımlarının karşılaştırılması ile bile ilk etapta rahatlıkla görülebilecek kişi unsuru, farklılık arz eden hususlardan bir diğeridir. Kanun, adi şirket için iki kişinin bir araya gelmesini

¹⁰⁹ Tekil, a.g.e., s. 11 vd.

¹¹⁰ Bu hususa ilişkin tartışmalara *affectio societatis* başlığı altında yer verilmiştir.

yeterli görmüşken, derneğin asgari kişi sayısı yedi olarak belirlenmiştir¹¹¹. Derneğin kuruluşu için aranan kişi sayısının daha fazla olması da yine adi şirkete kıyasla organizasyonunun büyüklüğü ile açıklanabilir; zira dernek örgütlenmesinin tamamlanabilmesi için bünyesinde oluşturulması gereken organlar bulunmaktadır¹¹². Öte yandan, her iki hukuk kurumu için de kendisini oluşturan kişilerin gerçek veya tüzel kişi olması önemli değildir; hem gerçek hem de tüzel kişiler hem adi şirket ortağı hem de dernek üyesi¹¹³ olabilirler.

Dernek ve adi şirketin kuruluşta birbirinden ayrıldıkları bir diğer nokta ise evvelce katılım payı başlığıyla incelediğimiz, adi şirketin kurulması için müstakbel ortakların taahhüt etmesi gereken unsurdur. Adi şirkette bu unsur, taahhüdün maddi değer taşıması koşuluyla oldukça geniş olarak sayılmıştır; dernekte ise amacın ideal olması ile aynı doğrultuda üyelere beklenen, bilgi ve çalışma kapsamıyla sınırlı tutulmuştur.

Ayrıntılı olarak incelendiği şekilde, yukarıda dernek ile kıyasa sokularak unsurlarına kısaca değinilen adi şirket bu unsurların tümü bir arada bulunduğu takdirde başkaca hiçbir işlem yapılmasına gerek olmaksızın kurulur. Fakat kanun koyucu derneğin kuruluşunu çok sayıda prosedürün gerçekleştirilmesine bağlı kılmıştır¹¹⁴. Derneğin geniş organizasyonu, kimi zaman kamuya yararlı boyuta gelebilecek kadar geniş bir çalışma alanının mevcut olabilmesi ve hiç kuşkusuz tüzel kişilik taşıdığı düşünüldüğünde kuruluşunun adi şirkete kıyasla farklı şartlara tabi tutulmasının nedeni daha rahat anlaşılacaktır.

Hukuk, belli bir amaç için birleşmiş ve gereken örgütlenmeyi kurarak öngörülen şartları taşıyan kişi ve mal topluluklarına bu topluluğu oluşturan kişilerin sahip olduğundan bağımsız bir kişilik tanıyabilir ki bu şekilde ortaya çıkan kişilere

¹¹¹ TBK. m. 620, DK. m. 2.

¹¹² Hasan Pulaşlı, “Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. 32, S. 32, 2016, s. 33.

¹¹³ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Kişiler Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 567.

¹¹⁴ Derneğin tüzel kişilik kazanması için evvelce bahsettiğimiz 7 kişinin birleşmesi şartının yanında, TMK. m. 59 gereği tüzük, kuruluş bildiri ve birtakım belgeleri hazırlamaları gerekir. Dernek tüzüğünün içermesi gereken bilgiler, DK. m. 4 altında, 12 bent halinde sayılmıştır. Bu detaylı hazırlığın yanında, belgelerin en büyük mülki amire teslim edilmesi gerekmektedir. Tüm bunlara rağmen, yapılan inceleme sonunda, gerekli koşulları sağlamayan derneklerin faaliyetleri durdurulabilir.

tüzel kişi adı verilir¹¹⁵. Tüzel kişiler, manevi bir varlık gerektiren insani haklar dışında âdeta gerçek bir kişi gibi hak ehliyetine sahip olur¹¹⁶; Kanun'da öngörölmüş şartlara uygun biçimde organlarını oluşturduktan sonra fiil ehliyeti kazanarak borç altına girebilir¹¹⁷ ve hatta başka gerçek ve tüzel kişilerle toplanarak yeni tüzel kişilerin ortaya çıkmasında rol oynayabilir. Tüzel kişilik de, modern hukukta pek çok hukuk kurumunda olduğu gibi Roma hukukunda ortaya çıkmış¹¹⁸ ve gelişerek günümüzdeki halini almıştır¹¹⁹. Roma hukukunda özellikle devlete¹²⁰ ve başlık konusunu teşkil eden derneklere¹²¹ bu hususta önem verildiği görülür. Romanist geleneği sürdüren Türk hukuku da bununla aynı doğrultuda olarak usulüne uygun kurulan derneklere tüzel kişilik tanımıştır. Kanaatimizce dernek ile adi şirketin doğurduğu hükümler arasında en önemli fark da tüzel kişilik noktasındadır. Zira Türk hukuku, daha evvel de ifade edildiği gibi, yalnızca derneklerin tüzel kişiliği haiz olmasını değil; günümüzde adi şirket olarak adlandırdığımız *societas*'ın tüzel kişiliğinin bulunmamasını da devam ettirmektedir. Burada öncelikle söylemek gerekir ki, Kanun tarafından öngörölen şartlara uygun olarak kurulmamış dernek, adi şirket hükmünde olup, tüzel kişiliği yoktur¹²². Bu sebeple aşağıda açıklanan, topluluğun tüzel kişiliğe sahip olmasının sağladığı imkânlardan yararlanması da mümkün olmayacaktır.

Kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyeti bulunan dernek, bu sayede hukuk âleminde kendisini oluşturan kişilerden bağımsız olarak hareket edebilir. Bu bağımsızlığın en önemli görünümüleri özellikle malvarlığı sahibi olabilme ve davaya taraf olabilme hususlarıdır.

Adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmamasının dernekten ayrıldığı en büyük özelliği olduğunu belirledik. Bu sebeple aşağıda karşılaştırma yapmak yerine, adi

¹¹⁵ Akipek, Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 511.

¹¹⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 293.

¹¹⁷ Akipek, Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 551.

¹¹⁸ Phillimore, a.g.e., s. 60.

¹¹⁹ Roma Hukuku'nda, kendisini oluşturan kişilerden ve mallardan bağımsız bir varlık olarak tanınan topluluklar mevcut olmakla birlikte, bunlar tüzel kişilik olarak adlandırılmamıştır. Bu sebeple Roma Hukuku'nda tüzel kişilik kurumunun mevcut olmadığına dair yorumlar yapıldığı görülür. Bkz. Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, a.g.e., s. 154.

¹²⁰ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 54.

¹²¹ William Warwick Buckland, **Elementary Principles of the Roman Private Law**, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1912, s. 56.

¹²² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 357.

şirketin tüzel kişiliğe sahip olmaması sebebi ile derneğin tam zıddı olarak taşıdığı nitelikleri sıralamaya çalışacağız.

Az evvel de belirttiğimiz gibi, bir hukuk kurumu olarak kendisine tüzel kişilik tanınmamasının en önemli sonuçlarından ilki adi şirketlerin malvarlığı sahibi olamamasıdır. Katılım payı unsurunda taşınmazların veyahut kendine özgü sicile kaydedilen değerlerin adi şirkete katılım payı olarak getirilebileceği açıklanmıştı. Bunlar her ne kadar adi şirkete katılım payı olarak getirilebilirse de, adi şirket kendi tüzel kişiliği ve hak ehliyeti bulunmadığından bunları kendi adına elde bulunduramaz, bu değerler kendilerine özgü tutulan sicillerinde adi şirket adına tescil edilemez¹²³.

İşte bu durumda, adi şirkete getirilen katılım paylarından mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilen değerlerin malikinin kim olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Hem Roma hem de Türk hukuku, aynı kökten doğan mülkiyet sorununu aynı hukuki düşünce ile ve fakat bir noktada ayrışan şekilde çözümlenmiştir. Buna göre hareket edilen düşünce, tüzel kişiliğe sahip olmadığından ortaklarından bağımsız malik olma yeteneğinden ari bulunan adi şirketin malvarlığına ortaklarının topluca malik olmasıdır. Ancak Roma hukukunda ortakların mülkiyetinin paylı mülkiyeti ve Türk hukukunda ise elbirliği mülkiyetinin işlerlik kazandığı görülür ki; bu durum ileride detaylıca incelenecektir.

Adi şirketin tüzel kişiliği haiz olmamasının bir diğer önemli sonucu ise hak ve fiil ehliyetinin mevcudiyeti ile sıkı bir bağ içerisinde olan dava ve taraf ehliyetinden¹²⁴ yoksun bulunmasıdır¹²⁵. Bu sebeple adi şirket dava açamaz, icra takibi başlatamaz; yine aynı sebeple, adi şirkete karşı dava açılması ve takip başlatılması da mümkün olmaz. Adi şirkete yöneltilmek istenen husumetin adi şirketin ortaklarına yöneltilmesi gerekir¹²⁶. Adi şirket ortakları, hep birlikte hareket ederek dava açabilirler. Ancak adi şirkete yöneltilmek istenen bir talep olduğunda ise farklı bir durum söz konusu olur. Adi şirketin tek bir ortağından talep edilebilecek bir husus varsa tek bir ortağa bu talep yöneltebileceği gibi, talepte bulunan kişi adi ortaklık ilişkisinden doğan müteselsil sorumluluğa dayanarak diğer ortaklardan da

¹²³ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 45.

¹²⁴ HMK. m. 50 vd.

¹²⁵ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 45.

¹²⁶ Umur, Ders Notları, s. 371.

talepte bulunabilir. Fakat söz konusu talep adi şirket ortağının üzerinde yalnız başına tasarruf edemeyeceği bir değere ilişkinse bu durumda diğer ortaklardan talepte bulunmak bir imkân değil, bir zorunluluktur¹²⁷ ki bu zorunluluk, medeni usul hukukunda zorunlu dava arkadaşlığı olarak adlandırılmaktadır. Türk hukukunda, adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmaması ve yukarıda açıkladığımız gibi Roma hukukundan farklı olarak şirketin malvarlığında elbirliği mülkiyetinin benimsenmesi bir araya geldiğinde bu usul sonucunu ortaya çıkarır.

Bunun dışında, adi şirketin tüzel kişilik sahibi olmamasının bir diğer önemli sonucu da varlığı kendini oluşturan kişilere bağlı olduğundan, bu kişilerden birinin hak ehliyetini kaybetmesinden doğrudan doğruya etkilenmesidir¹²⁸.

Son olarak, bu hukuk kurumlarının iradelerinin oluşumu, temsili ve yönetim ve idaresi hakkında birkaç cümle kurmakta fayda vardır. Adi şirkette bu sayılanların her biri tek bir ortak münhasıran yetkilendirilmediği sürece her bir ortak tarafından kullanılabilir. Fakat dernekte, yine derneğin tüzel kişiliği ve organizasyonu sebebi ile bu yetkiler paylaşılmıştır. Öncelikle belirlenmek gereken, bu yetkilerin üyeler üstü olduğudur. Üyeler, genel kurula katılarak derneğin alacağı kararlarda etkili olabilir, derneğin yönetimini üstlenen yönetim kurulunu seçebilirler. Fakat yönetim, yönetim kuruluna aittir. Bu sebeple dernekte üyelerin adi şirketlerdeki ortaklara nazaran daha az aktif olduklarını söylemekte beis yoktur.

Yukarıdaki şekilde tüzel kişiliğe sahip olmamasının doğurduğu sonuçları özetlediğimiz adi şirketin bu özelliği, bir sonraki bölümde her zaman akılda tutulmalıdır. Zira adi şirketin doğurduğu hükümlerin temelinde tüzel kişiliğe sahip olmaması yatar ve bunun etkisini takip eden bölümün her başlığında görmek mümkündür.

¹²⁷ Şener, Ders Kitabı, s. 20.

¹²⁸ Bu noktada özellikle hak ehliyetinin kaybı halini ölüm ile sınırlandırmamayı tercih ettiğimizi belirtmek isteriz. Zira Roma hukuku'nda kişinin hak ehliyetinin ortadan kalktığı tek hal ölüm değildi; kişinin hak ehliyetine sahip olması için gereken şartlardan birini kaybetmesi, diğer bir deyişle *capitis deminutio* da aynı sonucu doğururdu. Bu hususta ayrıntılı bilgi, son ana başlıkta verilmiştir.

III. ADI ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. Adi Şirket Sözleşmesinde İç İlişkiler

1. Adi Şirket Malvarlığı Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Niteliği

Adi şirketin malvarlığı, ortakların katılım payını ifası ile ve söz konusu şirketin faaliyetleri sonucunda oluşan, özellikle adi şirketin amacı maddi bir sonuç elde etmek olmadığında ortaya çıkması dahi gerekmeyen bir birliktir. Bilindiği üzere adi şirkete katılım payı olarak emek getirildiğinde ortak bir mamelek oluşmayacak ve fakat oluştuğunda bu malvarlığına hangi esaslara göre malik olunacağı büyük önem arz edecektir. Zira tıpkı adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmaması gibi malvarlığının tabi olacağı usuller de pek çok noktada adi şirketin hem hükümlerini hem de sonuçlarını etkiler.

Adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle mülkiyet hakkı sahibi de olamayacağı, ortakların malvarlığına birlikte malik olacakları belirlemesini yapmak zor değildir. Fakat ortaya çıkan malvarlığına uygulanacak hükümlerde esas farkı teşkil edecek husus ortakların birlikte malik olması değil; birlikte mülkiyetin niteliği, diğer bir deyişle paylı mı yoksa elbirliği halinde mi olduğudur.

a. Birlikte mülkiyet ayrımı: paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti

Birlikte mülkiyet tabiri yalnızca mülkiyetin kaç ferde ait olduğunu ifade etmektedir. Kaldı ki kanun koyucu da birlikte mülkiyet başlığı altında, TMK. m. 688'de derhâl paylı mülkiyeti açıklamaya başlamış olup bu durum dahi birlikte mülkiyet tabirinin genel olarak malvarlığının tabi olduğu esasları belirlemediğini göstermektedir.¹²⁹ Bunun yanında tek kişi mülkiyeti ile birlikte mülkiyet ayrımının işlevsiz olduğu savunulamaz. Zira her ne kadar yalnızca mülkiyetin birden çok kişiye ait olduğunu ifade etse de birlikte mülkiyet kavramı aynı zamanda ortaklar arası ilişkinin alışılmış bir bireysel mülkiyet ilişkisinden farklı olduğunu, birlikte malik

¹²⁹ Birlikte mülkiyetin bu ilişkiye uygulanacak hükümleri kuşkusuz bir biçimde ortaya koymaması, eski Kanun yürürlükte iken adi şirketin malvarlığının ortakların birlikte mülkiyetinde bulunduğu söylenmesiyle yetinilmesi sebebiyle önemlidir. Zira buradan adi şirketin malvarlığına uygulanacak hükümlerin de belirlenmediği anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 102 vd.

olunan mala paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti hükümlerinden birinin uygulanacağını da ifade eder.

Birlikte mülkiyetin alt iki başlığı olan paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyeti, malın tabi olacağı hükümleri birbirinden büyük ölçüde ayıracaktır. Bu bağlamda öncelikle genel olarak paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti hükümlerini incelemekte fayda görüyoruz.

Paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyetinden farklı olarak ortakların serbestçe kararlaştırması ile de ortaya çıkabilen ve birlikte mülkiyetin niteliğine karar verilemediğinde karine olarak varlığı kabul edilen¹³⁰ birlikte mülkiyet türüdür. Paylı mülkiyette her malikin malın tümü üzerinde mülkiyet hakkı mevcut olmakla beraber her malikin bu hakka payları oranında sahip olduğu söylenir¹³¹. Diğer bir deyişle tek bir mülkiyet hakkı birden fazla malik arasında paylaşılmıştır¹³². Böylece her bir malik payının verdiği yetkileri aşamayacak ve fakat kendi payı üzerinde diğer maliklere zarar vermeyecek işlemleri serbestçe yapabilecektir¹³³ (TMK. m. 693/1).

Paylı mülkiyete tabi malın yönetiminde dikkat çeken en önemli husus hiç kuşkusuz malla ilgili yapılacak işin niteliğine göre karar alınırken farklı malik ve pay çoğunlukları aranmasıdır. Buna göre Kanun, malın yönetimi için yapılması gerekebilecek işleri olağan iş, önemli iş ve olağanüstü iş olarak ayırma tutmuş; olağan işlerin her bir malik tarafından yapılabilmesini mümkün kılmışken önemli yönetim işlerinde pay ve paydaş çoğunluğunun mevcudiyetini, olağanüstü işlerde ise oybirliğini aramıştır (TMK. m. 690 vd.). Kanun'dan ayrı bir hüküm getiren malın kullanılması, maldan yararlanılması ve malın yönetimi ile ilgili kararlar için ise yine oybirliği gerekir¹³⁴ (TMK. m. 689).

Elbirliği mülkiyeti ise yalnızca Kanun'da sayılmış sınırlı hallerde ortaya çıkan, birlikte maliklerin serbestçe kararlaştıramadıkları bir birlikte mülkiyet halidir,

¹³⁰ Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 34.

¹³¹ Ayşe Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 6.Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 277.

¹³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 302.

¹³³ Umur, **Ders Notları**, s. 424.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 311.

felsefesi bir ortaklık ilişkisi gerektirir¹³⁵. Bu sebeple her bir malikin aynı zamanda ortak olarak da ifade edildiği sıkça görülür¹³⁶.

Elbirliği halinde birlikte mülkiyette her bir malikin hakkı, malın üzerindeki mülkiyet hakkının tümündedir¹³⁷. Burada paylı mülkiyette olduğu gibi bir paydan da söz edilmez¹³⁸; söz edildiğinde ise pay, mülkiyet hakkının ne kadarına sahip olunduğunu birincil ve kesin olarak ifade etmez. Elbirliği mülkiyetinde payın fonksiyonu, paylı mülkiyetin aksine mal için yapılması gerekli olan masrafları veya malın getirilerini bölüşmekte ortaya çıkar¹³⁹.

Elbirliği mülkiyetinde her bir malikin tüm mülkiyet hakkına diğer maliklerle birlikte sahip olması, malın yönetimi ile ilgili alınacak kararların oybirliği ile alınması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Elbirliği mülkiyetinde artık her bir malik, malın tümü üzerinde tasarruf edebilecek ve fakat diğer maliklerin hakkına tecavüz etmeme yükümlülüğünü halen taşıdığından belki de tek çözüm yolu tüm kararları oybirliği ile almak olacaktır.

Elbirliği mülkiyeti, bazı hallerde ise yalnız maliklerin değil aynı zamanda onlara karşı reaksiyonda bulunmak isteyen şahısların da malikleri bir bütün halinde kabul ederek hareket etmesini zorunlu kılar. Bu duruma en güzel örnek, kuşkusuz ki mülkiyet konusu malın bir davaya konu olmasında görülür. Malikler davacı da davalı da olsalar, birlik olarak hareket etmek zorundadırlar. Tüzel kişiliğe sahip olmasalar da elbirliği mülkiyetiyle ortaya çıkan kişi birliği, bir birlik olarak davacı ve davalı olmalıdır¹⁴⁰.

Adi şirket de Türk hukukunda az evvel değindiğimiz, elbirliği mülkiyetinin ortaya çıktığı sınırlı hallerden biridir. Günümüzdeki uygulaması dahi Romanist olan paylı mülkiyetin doğum yeri olan *societas*'ın aksine, adi şirkette elbirliği mülkiyetinin varlığı kabul edilmiştir. Her ne kadar elbirliği mülkiyetinin varlığı

¹³⁵ Sirmen, a.g.e., s. 307.

¹³⁶ Roma Hukuku'nda *societas* haricindeki *communio* hallerinde de birlikte maliklerin *socius* olarak adlandırıldığı bilinmektedir.

¹³⁷ Jale Güral Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar): Mülkiyet**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 46.

¹³⁸ Ayan, Eşya, s.105. Ek olarak paylaşımın yapılması elbirliği mülkiyeti birliğinin devamı süresince de TMK. m.702/3 gereği yasaklanmıştır.

¹³⁹ Haluk Nami Nomer, Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 251.

¹⁴⁰ Bu husustan adi şirketin dernekten farkı başlığı altında adi şirket özelinde ayrıca bahsedildiğini hatırlatalım.

benimsenmiş olsa da adi şirketin malvarlığına uygulanacak hükümler bakımından Romanist sistemin pek çok noktada takip edildiği görüşündeyiz. Bu husustaki gerekçelendirmelerimizi bir sonraki başlıkta yapacağız.

b. *Societas*'ta “*communio*” ve adi şirkette elbirliği mülkiyeti

Adi şirkette elbirliği mülkiyeti esasının benimsendiği TBK. m. 638'de “*Temsilin Sonuçları*” yan başlığının altında bulunan “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*” hükmünden anlaşılmaktadır¹⁴¹. Anılan hüküm kanundan başka doğum imkânı tanınmayan elbirliği mülkiyetine tabi ilişkilerin arasına adi şirketi de eklemiştir. Elbirliği mülkiyeti hakkında kanun koyucu, yalnızca birkaç genel ifadeye yer vermiş ve fakat çoğunlukla düzenlemeleri özel kanun hükümlerine bırakmıştır. TMK. kapsamında sayılan elbirliği mülkiyeti hükümleri ise yalnızca özel kanunlarda boşluk bulunduğu başvurulacak hükümlerdir. Bu sebeple adi şirkette malvarlığına uygulanacak hükümlerin büyük çoğunluğunu ihtiva eden kanunumuz TBK.'dir.

Societas'ta ise malvarlığı üzerinde bir *communio* oluşur. *Communio*, kelime olarak her ne kadar “birlikte mülkiyet”¹⁴² anlamına gelse de ortaçağ hukukçuları tarafından kimi değişikliklere uğrayarak *condominium* olarak anılmaya başlanmış olup¹⁴³ hükümleri açısından günümüzde paylı mülkiyeti ifade ettiği savunulmaktadır¹⁴⁴.

Detaylara inildiğinde günümüzde elbirliği mülkiyetinin karşılığının Roma hukukunda bulunmadığı, bu kavramın Cermen hukuku kaynaklı olduğu söylendiği görülecektir. Fakat Roma hukukunda gelişmemiş olsa da elbirliği mülkiyeti düşüncesinin esintilerinin Roma'da da mevcut olduğu söylenir¹⁴⁵; kaldı ki kanaatimizce *ercto non cito*'daki elbirliği mülkiyeti düşüncesi bile başlı başına esinti seviyesinde değil, kuvvetli bir rüzgâr olarak nitelenebilir¹⁴⁶.

¹⁴¹ Barlas, a.g.e., s. 104.

¹⁴² Berger, a.g.e., s. 400.

¹⁴³ Rafael Domingo Osle, “The Law of Property in Ancient Roman Law”, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984869 e.t.: 31.08.2020, Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 141.

¹⁴⁴ Umur, Ders Notları, s. 424.

¹⁴⁵ Koschaker, Ayiter, a.g.e., s. 121.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 35; Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 143.

Bunun en büyük ispatı ise hiç kuşkusuz *ercto non cito*'nun adından dahi anlaşılmaktadır. *Ercto non cito*, *Gaius*'un *Institutiones*'inde de açıkladığı gibi kavram olarak taksim edilmemiş bir mülkiyeti ifade eder¹⁴⁷. Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyetten en büyük farklarından biri, evvelki açıklamalarımızdan da anlaşılabilirliği gibi elbirliği mülkiyetinde maliklerin üzerinde hakimiyet kurabilecekleri fiktif bir payın dahi belirlenmemiş olmasıdır¹⁴⁸. Böylece, kuruluşu ile *communio* oluşan *ercto non cito*'onun adı itibariyle dahi elbirliği mülkiyetinin asıl karakteristiğini ifade ettiği görülebilir.

Öte yandan, *communio*'nun bünyesinde paylı mülkiyetin yanında elbirliği mülkiyetini de bulundurduğunu düşündüren tek sebep *ercto non cito*'nun kelime anlamı değildir. *Societas* gelişimini tamamlayana kadar uzunca bir süre her *socius*'un *communio*'ya dahil malvarlığının tümü üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir¹⁴⁹.

Bu duruma somut bir örnek *Gaius*'un *Institutiones*'inde müşterek kölenin azat edilmesi ile ilgili verilmiş olup şu şekildedir:

Gai. Ins. 3.154^b

“...*In hoc autem societate fratrum, ceterorumque qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat unus quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat.*”

“...Gerek kardeşler arasında kurulan gerekse kardeşler arasındakinin örneği üzerine kurulan şirketin şu hususiyeti vardı ki şeriklerden birisi müşterek köleyi azat etmekle onu hür yapar ve hepsine de bir azatlı iktisap ettirmiş olurdu: aynı suretle birisi müşterek bir malı mancipatio ile devrederse, o şey mancipatio ile iktisap edenin olurdu.”

¹⁴⁷ *Gai. Ins. 3.154^a*

¹⁴⁸ Nomer, Ergüne, a.g.e., s. 251.

¹⁴⁹ Zaman içerisinde her bir ortağın bir diğerinden bağımsız olarak şirket adına işlem yapabilmesi uygulaması, kademeli olarak terk edilmiştir. Bu gelişimi metnin devamında örneklenen köle azadı hususunda somutlaştırmak faydalı olabilir. Şöyle ki, erken dönemlerde bir malikin yalnız başına yaptığı azat, kölenin özgürlüğüne kavuşması için yeterli sayılmıştır. Önceleri kölenin durumu âdetâ tüm ortaklar tarafından azat edilmiş gibi değerlendirilirken, devamında yalnız azat eden malikin mülkiyet hakkının diğer maliklere devrolunduğu, daha sonra ise kölenin azat edildiği ve fakat azat eden malikin diğer maliklere tazminat ödemesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, Eşya, s. 37.

Bu uygulama, kanaatimizce elbirliği mülkiyeti ile ilişkilendirilebilir. Zira az evvel de ifade ettiğimiz gibi elbirliği mülkiyetinde her bir malikin mülkiyet hakkı, malın tümünü kapsar ve fakat paylı mülkiyette ise durum farklıdır. Paylı mülkiyette malik, yalnızca payı ile sınırlı olarak maliktir.

Her ne kadar elbirliği mülkiyetinde de bir malikin diğer maliklerin haklarına hanel getirmeyecek şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunsa da elbirliği ile malik olanın durumunun böyle bir işlemi yapmaya paylı malikten daha elverişli olduğu söylenebilir¹⁵⁰. Dolayısıyla *communio* 'da bu uygulamaya imkân tanınmasının paylı mülkiyet düşüncesinden çok elbirliği mülkiyeti karakterine uygun düştüğu yorumu yapılabilir.

Ek olarak Roma hukukunda her bir ortağa yekdiğerinden bağımsız olarak *communio* üzerinde tasarruf etme yetkisi diğer ortaklara tanınan *ius prohibendi* ile kısıtlanmaktadır. Adi şirketin yönetimi ve temsili bahsinde detaylandırılacak olmasının yanında, Türk hukukunda da ortaklara tanınan bir veto hakkı benzer şekilde bulunmaktadır. *Ius prohibendi* ve veto hakkı da ortak malvarlığının idaresinden doğabilecek hak kayıplarının önlenmesine ilişkin tanınmış olup açıklamaya çalıştığımız mülkiyet politikası ile de doğrudan ilişkilidir.

En önemli ve kayda değer gelişimini *ercto non cito* ve *societas* içinde tamamlayan *communio* 'nun¹⁵¹ elbirliği mülkiyeti ile ilişkisine bir diğer işaretin ise Roma hukukunda doğrudan *communiodan* kaynak olarak ortaya çıkan *actio communi dividundo* olduğu söylenebilir. *Actio communi dividundo*, Türk hukukunda ortaklığın giderilmesi¹⁵² adı ile anılan ve birlikte mülkiyetin her iki halinde de¹⁵³ ortak malların paylaşılmasını sađlayan¹⁵⁴, günümüzde halen sıklıkla başvuru olan bir davadır. Türk hukukunda açıkça TMK. m. 698'de ve paylı mülkiyet üst başlığında düzenlenmiş olsa da aynı Kanun m. 703, elbirliği mülkiyetinde mal paylaşımının da paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılacağını belirlemektedir. Böylece Roma hukukunda yalnızca paylı mülkiyeti ifade ettiği söylenen *communio* 'dan doğrudan kaynaklanan

¹⁵⁰ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 143.

¹⁵¹ Paul Van Warmelo, "Aspects of Joint Ownership in Roman Law", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review**, Vol.25, No.2, 1957, ss. 125-195, s. 147.

¹⁵² Eski adı ile izale-i şuyuu.

¹⁵³ Celal Erdoğan, **Açıklamalı ve İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi şuyuu) ve şuf'a Davaları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1985, s. 76.

¹⁵⁴ Gönenç, a.g.e., s. 125.

actio communi dividundo 'nun, günümüz hukukunu her iki birlikte mülkiyet halinde de uygulanabilir şekilde etkilediği görülecektir.

Bu açıklamalar ışığında takip edilebilecek iki görüş ileri sürülebilir: ilki, *communio* ve *condominium* 'un paylı mülkiyeti ifade ettiği ve fakat *societas* 'ın günümüzdeki adi şirketi etkileyecek seviyede gelişmesine kadar geçirdiği dönüşümlerde ortaya çıkışındaki elbirliği mülkiyeti özelliğini kaybettiğidir¹⁵⁵. Diğer bir deyişle *societas* ortaya çıktığında elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi iken zaman içerisinde karakter değiştirerek paylı mülkiyet hükümlerine tabi olmuştur.

Takip edilebilecek diğer bir görüş ise *communio* 'nun paylı mülkiyeti birebir karşılamaktan ziyade elbirliği mülkiyetinin özelliklerini de kısmen de olsa taşıyan, günümüzdeki birlikte mülkiyet çeşitlerinden herhangi birini tam olarak karşılamayan bir birlikte mülkiyet çeşidi olduğudur. Kanaatimizce bu görüşün kabulü daha makuldür. Zira yukarıda da değindiğimiz gibi Roma hukukunda *communio*, içerisinde elbirliği mülkiyetine özgü pek çok özellik barındırmakla birlikte paylı mülkiyeti karakterize eden özelliklerin de sıkça görüldüğü bir hukuk müessesesidir.

Tüm bu sebeplerle, *communio* 'nun yalnızca paylı mülkiyeti karşıladığı görüşüne katılmamaktayız. Daha detaylıca araştırılması gereken bir konu olsa da *communio* 'nun daha ilk bakışta kendine özgü bir birlikte mülkiyet şekli olduğu kanaatimizce kolaylıkla görülebilmektedir. Roma hukukunda esas kavram olan *communio* 'nun zamanla paylı mülkiyet yanının geliştiği ve elbirliği düşüncesinin geri planda kaldığının kabulü daha mümkün görünmektedir¹⁵⁶.

Bu hususta hangi görüş takip edilirse edilsin, yukarıdaki açıklamalar ışığında inkârı mümkün olmayan tek bir gerçek vardır: Türk hukuku, adi şirketin malvarlığına uygulanacak hükümler hususunda açıkça elbirliği mülkiyetini takip etmiş olsa da takip ettiği bu Roma hukukundan farklı olduğu iddia edilen mülkiyet politikasında dahi Romanist etkiden kurtulamamıştır.

¹⁵⁵ Umur, Eşya, s. 35.

¹⁵⁶ Aynı doğrultuda bkz. Zekeriya Kurşat, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2007, dn. 205, s. 59.

2. Adi Şirkette Kazanç ve Zarar Paylaşımı

a. Kazanç ve zarar paylaşımında genel kurallar

Adi şirketin, yalnız ve ancak maddi gelir elde etme amacı ile kurulma zorunluluğu bulunmasa da çoğunlukla maddi bir gelir elde etme amacı ile kurulduğuna daha önce değinmiştik. Şirketin esas amacının maddi gelir elde etmek olmasının yanı sıra bazı durumlarda şirketin amacı maddi bir gelir elde etmek olmasa dahi ortaya maddi değere sahip bir sonuç çıkabilir. Aynı şekilde maddi değer taşımayan ve fakat şirketin işlemleriyle doğan sonuçlar olabilir. Şirketin asli amacı maddi bir değer elde etmek olsun veya olmasın, şirket faaliyeti ile elde edilen her türlü sonuç kazanç olarak adlandırılır¹⁵⁷ ve kazancın paylaşılması ortaklar için bir yükümlülük olup aksi kararlaştırılmaz (TBK. m. 622).

Kazancın paylaşılması, özellikle de kazanç maddi bir değeri haiz olduğunda, sorunlara gebe dir. Şu kadar ki kazanç paylaşımındaki bir adaletsizlik, Roma hukukunda doğduğu andan beri adi şirketin temelinde olan *fraternitas* düşüncesini dahi sarsabilir, âdeta bir kardeşlik bağı ile birbirine bağlı olan ortakları birbirine düşürebilir. Bu sebeple Roma hukukunda kar ve zarar paylaşımı konusunda uzun yıllar tartışmalar devam etmiş¹⁵⁸ ve sonucunda modern hukukları etkileyen bir hukuk tekniğiyle çözümler bulunmuştur.

Günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da kazanç ve zarar paylaşımında ortaklar bir paylaşım şekli üzerinde anlaştıysa bu paylaşım şekli uygulanır¹⁵⁹. Sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak, kazanç ve zarar paylaşımının nasıl yapılacağına taraflarca belirlenmesi esastır. Dolayısıyla kazanç paylaşımının nasıl yapılacağı, serbestçe belirlenebilir; fakat kazanç paylaşımında bir ortağa daha fazla pay verildi ise durumu haklı çıkaracak bir gerekçe aranır. *Digesta*, ortakların kazanç paylaşımında bir ortağa kazancın daha büyük kısmını vermeleri hususunda bu şarta açıkça yer vermiş olup metnin ilgili bölümü şu şekildedir:

¹⁵⁷ Şener, Ders Kitabı, s. 40.

¹⁵⁸ Cumhuriyet dönemi, özellikle bir ortağın kazancın çoğunu ve zararın azını almasının mümkün olup olmadığı tartışmasının yoğun biçimde yapıldığı dönemdir. Bu hususta bkz. Watson, *The Law of Obligations*, s. 137.

¹⁵⁹ Zimmermann, a.g.e., s. 458.

D.17.2.29.pr Ulpianus lib. 30 ad Sabinum

“...Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.”

“...Bir kimsenin payının üçte iki ve diğerinin üçte bir olduğu kararlaştırılmışsa, bu geçerli olarak kabul edilebilir mi?”

Ulpianus, bu metinde bir ortağın şirkete daha fazla sermaye veya işgücü getirmesini ortağın şirket kazancından daha büyük bir pay alması için yeterli görmüştür. Ortağın şirkete daha fazla sermaye getirmesi, daha çok hisseye sahip olması sonucunu ortaya çıkarır ki bu şirket kazancından daha büyük bir pay alması için zorunluluk olmamakla birlikte akla gelen ilk gerekçedir. Bazen de şirkete katılım payı olarak emeğini getiren ortağın hizmeti, deneyimi ve yeteneği o kadar önemlidir ki bu, onun kazançtan daha fazla pay almasını haklı kılar¹⁶⁰.

Ulpianus'un *Digesta*'ya da alınan yukarıdaki metnin son kısmı ise, bir ortağın şirketten daha fazla kazanç payı alması için şirkette daha çok hisseye sahip olmasının veya şirkete katılım payı olarak işgücü getirmesinin yalnızca örnek olarak sayıldığını ve farklı sebeplerle de şirket ortağının kazançtan daha büyük oranda pay alabileceğini ifade eder. Diğer bir deyişle, ortağın kazançtan daha büyük pay alması için sayılan sebepler sınırlı sayı ilkesine tabi değildir.

Kazanç paylaşımında belirlenen oranın zarara katılmada da uygulanması mümkün ve hatta zarara katılım için ayrıca bir belirleme yapılmadığında karinedir¹⁶¹. Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekirse, şirket ortakları arasındaki anlaşma kazanç ve zarar paylaşımından yalnızca birine ilişkin ise, bu anlaşmada belirlenen oran diğerine de uygulanır. Bu kural da yine Roma hukukunda ortaya çıkıp Türk hukukunu da etkileyen bir diğer kuraldır. Görüldüğü gibi, ortaklar arasındaki anlaşmada kazanç veya zarar paylaşımı oranlarından birinin belirlenmediği hallerde esas olan kazançtaki payın zarardaki paya eşit olmasıdır. Fakat ortaklar anlaşma yaparken bu paylar arasında farklılık yaratabilecek; kazancın fazlasını bir ortağa bırakmanın yanında bu ortağı zararın da daha az kısmını yüklenmesini sağlayarak

¹⁶⁰ David Thomas Oliver, Walter Nalder Williams, **Roman Law Examination Guide**, Butterworth&Co. Law Publishers, London, 1910, s. 205.

¹⁶¹ Şener, Makale, s. 725-726.

onu daha da avantajlı bir hale getirebilecekler midir? Bu tartışmayı daha da ileri götürmek gerekirse, bir ortağın yalnız kazançtan pay alması, zararı ise hiç üstlenmemesi kabul edilebilir mi? Roma hukukunda kazanç ve zarar paylaşımında tartışmalar da tam olarak bu noktada ortaya çıkmıştır. Bu sorunun, Roma hukukunda da büyük bir tartışma sebebi olduğunu *Gaius*'un *Institutiones*'inde aşağıdaki metinden anlıyoruz:

Gai. Ins. 3.149

“Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet.”

“Fakat asıl ihtilaf şeriklerden birinin karın daha büyük kısmına fakat zararın daha az kısmına iştirak edeceği şartıyla bir şirket kurmanın mümkün olup olmadığı idi...”

Aynı tartışma, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ise somut bir olay ile kendine yer bulmuştur:

Ius. Ins. 3.25.2

“De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut at Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio?..”

“Fakat şu anlaşma üzerinde ihtilaf zuhur etmiştir: Titius ile Seius arasındaki anlaşmaya göre Titius'a karın üçte ikisi ve zararın üçte biri, Seius'a ise karın üçte biri ve zararın üçte ikisi terettip edecektir, böyle bir anlaşma kabul edilecek midir?..”¹⁶²

Bu husustaki en büyük fikir ayrılığının Roma'da buldukları makamlar sebebiyle hukuk üzerinde de büyük etki yaratmış olan iki kişinin, *Quintus Mucius* ve *Servius Sulpicius*'un¹⁶³ arasında olduğunu yine aynı metinlerin devamından anlayabiliyoruz¹⁶⁴. Metinlerden *Quintus Mucius*'un kazanç ve zarar paylaşımının bu

¹⁶² Tüm çalışma boyunca, *Iustinianus*'un *Institutiones*'ine yapılan atıflarda Ziya Umur'un Latince metni ve çevirisinden yararlanılmıştır.

¹⁶³ *Quintus Mucius*, milattan önce 95 yılında *consul*'lük makamında; *Servius Sulpicius* ise *Quintus Mucius*'tan yaklaşık 30 yıl sonra *praetor*'luk makamındaydı. Bkz. Peter Birks, **The Roman Law of Obligations**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 112.

¹⁶⁴ *Gai. Ins. 3.149*, *“Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius <contra naturam societatis esse existimavit. Sed*

şekilde yapılabilmesinin şirketin ortaya çıkışındaki felsefe ile bağdaşmayacağı için mümkün olmadığı görüşünü savunduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁵. *Quintus Mucius*'un görüşü, daha eskidir ve *societas*'ın atası *ercto non cito* karakterini yansıtır. Fakat şirketin zaman içerisinde değişimi ile farklı gereksinimleri karşılama sürecinin beklenmesi yüzünden ilk zamanlar kabul edilen bu görüş, *Servius Sulpicius*'un görüşü karşısında zayıf kalmıştır. *Quintus Mucius*'un görüşü, *ercto non cito*'nun işlevi göz önüne alındığında isabetli görülmeyle beraber; *societas* ticari bir ilişkiye evrildiğinden kabulü mümkün olmamıştır.

Servius Sulpicius ise bir ortağın kazancın fazlasını almasına rağmen zararın azını yükümlenmesinin mümkün olduğunu savunmuştur. Hatta bu noktada, yukarıda *Ulpianus*'un *Digesta*'ya alınan metnindeki gibi ortağın işgücünün şirket için bu denli önemli olabileceğini söylemiştir¹⁶⁶. Böylece, Roma'nın daha önceki zamanlarında bir ortağın kazanç ve zarar paylaşımı oranlarında eşitlik arandığını ve fakat sonrasında bu görüşten vazgeçildiğini belirleyebiliyoruz.

Bazı olasılıklarda, şirket ortağının zarara hiç katılmaması da mümkündür. Bu imkân da çalışma konumuzda olan her iki hukuk sisteminde de kabul edilmektedir. Türk hukukunda, bu imkânın tanınması tek bir istisnaya bağlı tutulmuştur ki bu istisna daha önce kazanç ve zarar paylaşımında özellik arz ettiğini defalarca belirttiğimiz, ortağın şirkete emeğini ve işgücünü katılım payı olarak getirmesi durumudur. Ortağa emeğini katılım payı olarak getirmesi halinde zarara hiç katılmaması imkânının tanınmasının altında farklı gerekçelerin yattığı savunulmuştur. Bu bağlamda ortağın şirkete getirdiği emeğinin karşılığını alamaması, emeğini boşa harcaması ve bir sonuç elde edemeyerek şirketi amacına

Ser. Sulpicius, cuius> etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti... “Fakat asıl ihtilaf (şeriklerden) birinin karın daha büyük kısmına fakat zararın daha az kısmına iştirak edeceği şartıyla bir şirket kurmanın mümkün olup olmadığında idi. *Quintus Mucius* bunun şirketin mahiyetine uygun olmadığı fikrindedir. Fakat kanaati daha üstün tutulan *Servius Sulpicius* ise, böyle bir şirketin kurulabileceği fikrinde idi; hatta, bir kimsenin, bu sahadaki hizmeti onun bir anlaşma ile şirkete kabulünü haklı gösterecek derecede kıymetli olması halinde, o kimsenin hiçbir zararı üzerine almadan yalnız kara eşlik etmesi şartıyla şirket kurulabileceğini söylüyordu...”

¹⁶⁵ Zimmermann, a.g.e., s. 458.

¹⁶⁶ *Van Oven, Servius Sulpicius*'un görüşünü desteklerken, şirkete iş gücünü katılım payı olarak getiren kişinin zararın daha azına katılmasına iyi niyet gereği imkân tanınması gerekliliğinden bahsetmiştir. *Van Oven, Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis, 1951, s.455'ten aktaran Alan Watson, The Law of Obligations, s. 138.*

ulaştıramamasının zaten zarara katılma niteliği taşıdığı söylenmektedir¹⁶⁷. Diğer bir görüş ise, şirkete katılım payı olarak emek getiren ortağın zaten maddi bir zarara katılabilecek koşullara sahip olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁸; bu görüşe göre ortağın şirkete ayırabilececek bir bütçesi olsa idi zaten emeği ile değil şirkete bir malvarlığı değeri ile katılacaktır.

Kanaatimizce ilk gerekçenin kabulü daha isabetlidir. Zira şirkete emeğini katılım payı olarak getiren ortak, bu emeğin karşılığında ücret de almıyorsa hem emeğinden hem de beklediği kazanç payından mahrum kalacaktır. Öte yandan ikinci gerekçe spesifik bazı olaylarda rastlanılabilecek bir durum olsa da adi şirkete emeği ile katılan her ortağın maddi imkânsızlıklar sebebi ile şirkete emeğini getirdiğini savunmak mümkün değildir. Bir ortağın maddi imkânları şirkete sermaye koyan bir ortaktan çok daha iyi olmasına rağmen şirkete yalnızca emeğini getirmesi de mümkündür. Kanun koyucunun hangi gerekçe ile bu kuralı Türk hukukunda da benimsediği bilinmese de, Kanun maddesi yeterince açık olup bu düzenleme TBK. m. 623/3'te yer almaktadır.

b. *Societas leonina*

Kazanç ve zarar paylaşımı yapılırken bir ortağın yalnız kazançtan pay alıp zarara katılmamasının mümkün olduğunu yukarıda şartları ile açıkladık. Fakat bunun tam aksi, ortağın yalnız zarar yükümlenip kardan hiç pay almaması, Roma'da *societas leonina* olarak adlandırılmıřtı¹⁶⁹. *Societas leonina* adı, kazanç ve zarar paylaşımında bu usulün benimsendiği şirketlere *Phaedrus*'un bir fablından¹⁷⁰ esinlenilerek konulmuřtur¹⁷¹.

Societas leonina, taraflar arasında ne *fraternitas* ne de ticari mantık ile açıklanamayacak biçimde bir ortağın yalnız zararı üstlenip kardan hiç pay almamasını ifade eder¹⁷². Bir ortağın zarara katılmaması yoğun tartışmalara sebep olmuşken şirketin kazancından pay almaktan tümüyle dışlanmasının şirketin niteliği

¹⁶⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 52.

¹⁶⁸ şener, Ders Kitabı, s. 43.

¹⁶⁹ *Ulp. D.17.2.29.2*

¹⁷⁰ Fablda bir inek, bir keçi ve bir koyun bir aslanla ortak bir şirket kurarlar. Bir gün çok büyük bir geyik avlarlar ve aslan geyiği eşit paylara böldükten sonra türlü gerekçelere dayanarak tüm payları kendine alır. Fakat tüm gerekçelerin altında yatan esas gerekçe, şirkette en güçlünün kendisi olmasıdır. Bkz. *Phaedrus, The Fables of Phaedrus*, Çev. P. F. Widdows, University of Texas Press, 1992, s. 10.

¹⁷¹ Umur, Ders Notları, s. 372.

¹⁷² Birks, a.g.e., s. 111.

ile bağdaştığının kabulü mümkün değildi. Bu sebeple kazanç ve zarar paylaşımı hiçbir zaman ortakların bir kısmının tüm karı ve bir kısmının tüm zararı paylaşması şeklinde ortaya çıkamazdı.

Societas leonina 'nın niteliğinin esasında *societas* değil; *donatio*, bağışlama olduğu öne sürülmektedir¹⁷³. Bir kişinin hiçbir kazanç elde etmeyeceğini ve aksine zararı üstleneceğini bilerek bir hukuki işleme taraf olduğu düşünüldüğünde bu hukuki işleme adi şirketten çok bağışlama adının uygun düşeceği hiç kuşkusuzdur. Zira bu işlemle birlikte yalnızca zararı üstlenen ortak hiçbir sonuca ulaşmayacaktır. Bir kişinin şirkete ortak olması ile hiçbir sonuç elde etmemesi, o şirkette *affectio societatis* unsuru kapsamında incelediğimiz ortak amaca da sahip olmadığını gösterir. İlk bölümdeki açıklamalarımız doğrultusunda bir kişi topluluğunun adi şirket niteliğinde sayılabilmesi için tüm katılımcıların *affectio societatis* unsurunu taşıması gerektiğini bilmekteyiz. Bu açıklamalar ışığında, bir ortağın şirket için asli unsurlardan birini yerine getirmemesi halinin varlığına rağmen *societas leonina* 'nın halen *societas* niteliği taşıdığını iddia etmek mümkün olmayacaktır. Özet bir anlatımla, *societas leonina*, *societas* 'ın *affectio societatis* unsuruna da aykırıdır¹⁷⁴.

Hukukumuzdaki “aslan payı şirketi” söylemi ile, halen *Phaedrus* 'un fablının tınısı duyulmakta; Romanist gelenek sürdürülmektedir. Açıkça görüldüğü üzere, modern Türk hukuku, adi şirkette kar ve zarar paylaşımında da Roma hukukunun adımlarını takip etmektedir¹⁷⁵.

3. Adi Şirket Ortaklarının Birbirlerine Karşı Sorumluluğu

a. Sözleşmesel sorumluluk kavramı

Günlük dilde bir fiilin veya durumun sonuçlarını üstlenmeyi ifade eden sorumluluk kelimesi¹⁷⁶, hukuk dilinde ise bir kişinin iradesiyle veya iradesi dışında hukuk düzeni tarafından üstüne yüklenen bir hareket veya işlem tarzına kendi aktif veya pasif davranışıyla hukuka aykırı sonuç ortaya çıkması halinde, ortaya çıkan bu sonucu üstlenmeye zorlanmasını ifade eder¹⁷⁷. Sorumluluk, sözleşmeye aykırılık

¹⁷³ Buckland, McNair, a.g.e., s. 303; Şener, Ders Kitabı, s. 43.

¹⁷⁴ Şener, Makale, s. 726.

¹⁷⁵ Şener, Makale, s. 724.

¹⁷⁶ <https://sozluk.gov.tr/> TDK Türkçe Sözlük.

¹⁷⁷ Erdoğan, Borçlar, s. 28; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 85; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri** Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 143; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, **Borçlar**

sebebi ile ortaya çıktığında kişi sözleşme özgürlüğüne sahip olduğundan ve ihlal ettiği davranış yükümlülüğünü bu özgürlük kapsamında kendisi isteyerek yarattığından bu yükümlülüğü iradi olarak üstüne almıştır. İradi olarak üstlendiği bu davranış biçimine yine iradi olarak veya iradesi hilafına, aykırı davrandığı takdirde sorumlu olacaktır; zira yükümlendiği davranışı gerektiği gibi veya hiç yerine getirmemiştir¹⁷⁸.

Bu başlık altında adi şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluklarını incelerken, aralarında daha evvel ortaya koyduğumuz bir adi şirket sözleşmesi olduğundan sorumluluklarının bir sözleşmesel sorumluluk olduğunu öncelikle belirlemeliyiz. Adi şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk olması, belki de en önemli sonucunu ispat külfetinde göstermektedir. Çünkü Kanun, sözleşmesel sorumluluk halinde ispat külfetini zarar görene değil zarara sebep olana yüklemiştir; öte yandan haksız fiil sorumluluğunda ise ispat külfeti zarar görenin üzerindedir¹⁷⁹. Hiç kuşkusuz bu fark, sözleşmesel sorumlulukta zarar görenin lehinedir.

Roma hukukunda ise *societas*'ın *fraternitas* ve *bona fides* temelli bir rızai sözleşme olmasının sorumluluk üzerindeki en önemli etkisinin sorumluluk sebebiyle açılan dava olan *actio pro socio*'nun sonuçlarında, özellikle *beneficium competentiae* ve *infamia*'da görüldüğü söylenebilir. Bu hususlar, ayrıca bir önemi haiz olduğundan çalışmamızın devamında ayrıntılıca incelenecektir.

Adi şirketin ortaklarının birbirine karşı sorumluluğu, adi şirketin dış ilişkilerinde ortakların üçüncü kişilere karşı sorumluluğundan farklı olup farklı hükümlere tabidir. Bu sebeple mevcut başlık altındaki açıklamaların, dış ilişkilerdeki sorumluluk ile karıştırılmaması gerekir. Ortakların üçüncü kişilere karşı verdikleri zararlardan sorumlulukta müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmakta olup, ortakların birbirlerine karşı verdikleri zararın tazmininde ise bireysel sorumlulukları

Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme – Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 1; Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 332-333.

¹⁷⁸ Rado, Borçlar, s. 22.

¹⁷⁹ Aybay, a.g.e., s. 140.

esastır¹⁸⁰. Fakat her ikisinde de ortak nokta, sorumluluğun kusur sorumluluğu olmasıdır.

Kusur sorumluluğu, günümüzde baskın olarak uygulanmakta olan sorumluluk prensibidir. Bu prensibe göre zarar görenin zararının ortaya çıkmasında kişinin kusurunun olup olmadığı incelenir¹⁸¹; en hafif kusurunun dahi bulunması halinde, kişi zararın ortaya çıkmasından sorumlu tutulur ve bu zararı gidermekle yükümlendirilir¹⁸². Günümüzde baskın olarak uygulanan kusur sorumluluğu prensibi, Roma hukukunda ortaya çıkmış ve geliştirilmiş, zaman içinde esas prensip haline gelerek günümüz kanunlarında yerini almıştır¹⁸³.

Kusur sorumluluğunun geliştirilmesinden önce, Roma'nın eski devirlerinde, sorumluluğun doğması için yalnızca zararın ortaya çıkmasının yeterli olduğu kusursuz sorumluluk prensibi uygulanmaktaydı¹⁸⁴. Bu prensibe göre kişinin zararın ortaya çıkmasında kusurunun bulunup bulunmadığı incelenmez, yalnızca sonuca bakılır¹⁸⁵ ve kişi ortaya çıkan zararı gidermek zorunda bırakılırdı. Kusursuz sorumluluk prensibinin adil olmayan sonuçlarının¹⁸⁶ görülmesi ile birlikte, kişinin bu sonucun ortaya çıkmasında kusurunun olup olmadığının incelenmesine başlanmasıyla kusur sorumluluğu gelişmeye başladı. Zaman içinde güçlenen kusur sorumluluğu prensibi¹⁸⁷, *Iustinianus* döneminde artık baskın prensip halini almıştı¹⁸⁸.

Kusur sorumluluğu prensibini geliştirdikten sonra Romalılar, kişinin iradi olarak akdettiği sözleşmenin gerektirdiği davranış tarzına uygun davranma

¹⁸⁰ Şener, *Adi Ortaklık*, s.417; Çetiner, Bozkurt Yüksel, a.g.e., s. 264.

¹⁸¹ Umur, *Ders Notları*, s. 306.

¹⁸² Aybay, a.g.e., s.140.

¹⁸³ Özlem Söğütlü Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 132-133.

¹⁸⁴ Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 42.

¹⁸⁵ Kusursuz sorumluluk prensibi, borcun yerine getirilmemesinin sebebini araştırmayıp yalnızca sonuca odaklandığından "*sonuç sorumluluğu*" ve "*netice sorumluluğu*" gibi farklı şekillerde de adlandırılmaktadır. Umur, *Ders Notları*, s. 306.

¹⁸⁶ Umur, *Ders Notları*, s. 307.

¹⁸⁷ Kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçiş, aşama aşama gerçekleşmiş ve kusursuz sorumluluk her dönemde var olmaya devam etmiştir. Klasik devirde sorumluluk *custodia*, diğer adıyla gözetim sorumluluğu olmakla birlikte esasında haksız fiiller bünyesinde gelişen *dolus* da artık bilinmektedir. Bkz. Söğütlü Erişgin, a.g.e., s. 124-130. Biz çalışmamızda, konu bütünlüğünden çokça uzaklaşmamak amacı ile yalnızca adi şirket ortaklarının sorumluluğunu etraflıca açıklayabilmek için yer vermemiz gereken esas ölçütler üzerinde durmayı tercih ettik. Roma hukukunda sorumluluk meselesi, oldukça detaylı bir konu olduğundan bu konuda kaleme alınan monografilerin taranması en isabetlisi olacaktır.

¹⁸⁸ Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 42; Erdoğan, *Borçlar*, s. 28; Rado, *Borçlar*, s. 23; Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHF*, C.39, S. 1, 1987, ss. 241-264, s. 258.

hususunda iradesinde eksiklik bulunması şeklinde tanımlanan kusurun her derecesinin, adalet duygusunu aynı seviyede sarsmadığının farkına vardılar. Bunun üzerine kusurun varlığının belirlenmesi ve takdirinde kullanmak üzere farklı seviyeler ve bu seviyelerin ne kadar ihlal edildiğini belirlemek için de ayrıca ölçütler geliştirdiler. Bu ölçütler günümüze değin kullanılmaya devam etmekte olup, kusurun farklı derecelerine de farklı hükümler uygulandığı görülmektedir. Ağır kusur-hafif kusur ayrımı, bu hükümlerin sınıflandırılması açısından özellikle önemlidir.

b. Ağır kusur: kasıt ve ağır ihmâl (*dolus ve culpa lata*)

Kişinin ortaya çıkacak zararı biliyor ve fakat bu zararın ortaya çıkmasını istiyor olması halinde kastı olduğu söylenir¹⁸⁹. Kast, kusurun en ağır halidir. Kişi bilerek ve isteyerek zarar vermektedir. Roma hukukunda *dolus* kelimesi ile ifade edilen kast, *bona fides*'in karşısında; onun zıddı olarak değerlendirilmiştir¹⁹⁰. Bu sebeple kişinin iyi niyete aykırı olarak nitelendirilen kasti eyleminden sorumsuzluğuna ilişkin önceden yapılan anlaşmalar geçersizdir¹⁹¹.

Ağır ihmâl ve Roma hukukundaki tabiri ile *culpa lata*'da ise kişi o kadar dikkatsizdir ki, herkesin zararın ortaya çıkacağını tahmin edebileceği bir durumda dahi bunu tahmin edememiştir¹⁹². *Ulpianus*'un, bin yılı aşkın süredir yeni bir ifade arayışına gerek bırakmayacak kadar kusursuz ifade ettiği şekliyle ağır ihmâl, “herkesin bildiğini bilmemek” ve “herkesin yaptığını yapmamak”tır¹⁹³.

Kast ile ağır ihmâl arasında zararın ortaya çıkmasını isteme unsuru bir farklılık olarak mevcuttur. Bu sebeple birbirlerinden farklı kavramları ifade etseler de *Iustinianus* hukukunda aynı değerde görülmüş ve aynı derecede kınanmışlardır¹⁹⁴. Aynı derecede kınanmalarının bir sonucu olarak, kastta olduğu gibi ağır ihmâlden de sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Bu kural halen geçerliliğini korumakta olup TBK. m. 115/1, ağır kusurdan sorumsuzluk anlaşmalarını kesin olarak hükümsüz

¹⁸⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 415.

¹⁹⁰ Zilelioğlu, a.g.m., s. 246; Umur, Ders Notları, s. 308; Söğütlü Erişgin, a.g.e., s. 203; Tahiroğlu, Borçlar, s. 50; Erdoğan, Borçlar, s. 34; Nilgün Dinçer Araz, Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (*Diligentia*)”, *DEUHF*, C. 22, S. 1, 2020, ss. 171-218, s. 179.

¹⁹¹ Söğütlü Erişgin, a.g.e., s. 167; Umur, Ders Notları, s. 311.

¹⁹² Aybay, a.g.e., s. 147.

¹⁹³ *D.50.16.213.2*

¹⁹⁴ Zilelioğlu, a.g.m., s. 259.

saymıştır¹⁹⁵. Hükümün mefhumu muhalifinden ise hafif kusurdan sorumsuzluğun kararlaştırılabileceğini anlamaktayız.

c. Hafif kusur: hafif ihmal (*culpa levis*)

Hafif ihmal veya *culpa levis*, gerekli dikkat ve özenle hareket eden “ideal” bir bireyin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir¹⁹⁶. Kural olarak kusur sorumluluğunun doğması için kusurun her derecesinin mevcut olması yeterli olduğundan, hafif kusurun varlığı halinde de kişi sorumlu tutulur.

Hafif ihmalde, kast gibi aleni bir isteme unsuru veyahut ağır ihmaldeki gibi fark edilmemesi güç, aleni bir özensizlik bulunmadığından kişinin zararı doğuran eyleminde hafif ihmalinin mevcut olup olmadığını belirlemek için bazı ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütlerde esas hareket noktası kişiden beklenen özen seviyesi olup, Romalılar bu özen yükümlülüğünü *diligentia* adıyla adlandırmışlardır¹⁹⁷.

Genel olarak hafif ihmalin belirlenmesi için ölçü olarak iyi bir aile babasını; Latince tabiri ile *diligens bonus pater familias*’ı ölçü almışlardır¹⁹⁸. İyi bir aile babasından göstermesi beklenen özen yükümlülüğü, bir kişinin hafif ihmalinin mevcut olup olmadığını belirleyen esas unsur olmuştur. Bu sayede ortaya hafif ihmalin var olup olmadığını ölçmek için soyut bir ölçü yaratmış, somut olayda gösterilen dikkat ve özeni normal şartlar altında iyi bir aile babasının göstermesini bekleyecekleri özen ile kıyaslayarak karara varmışlardır. Günümüzde, bu uygulama da halen devam etmekte ve fakat çağın gereklerine uygun olarak iyi bir aile babası yerine ölçüt olarak dikkatli bir insandan beklenen özen kullanılmaktadır¹⁹⁹.

Bazı ilişkilerin kurulması için ise kişilerin arasında belli bir hukuk, belli bir yaşamışlık bulunması gerekir. Bu ilişkileri kuran kişilerin birbirini iyi tanınması, ilişkinin ortaya çıkması ve devamlılığı için şarttır. Rasyonel hareket eden her insandan beklenen, bu tür kişisel sıkı bağlılık yaratan ilişkiler kurarken karşısındaki kişiyi üst seviyede dikkatli, özenli ve ilgili seçmesidir. Kişinin böylesi bir ilişki kurarken karşısındaki kişinin bu hususta savruk birini tercih etmesinin kendi hatası olduğu düşünüldüğünden, bu tür ilişkilerde ise hafif ihmalin belirlenmesinde farklı

¹⁹⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 418-419.

¹⁹⁶ Umur, Ders Notları, s. 309; Söğütlü Erişgin, a.g.e., s. 193;

¹⁹⁷ Dinçer Araz, a.g.m., s. 184.

¹⁹⁸ Rado, Borçlar, s. 26.

¹⁹⁹ Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 274.

bir ölçü geliştirilmiştir²⁰⁰. Bu ölçü, *diligens quam in suis* olarak adlandırılmış olup kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen olarak Türkçeleştirilmiş²⁰¹ ve pozitif hukukumuza eklenmiştir.

Hafif ihmalin belirlenmesinde *diligens quam in suis* ölçütünün kullanıldığı kişisel güven temelli pek çok ilişki mevcuttur²⁰². Fakat bu noktada, çalışmamız için önem arz eden Roma hukukunun bazı devirlerinde ve Türk hukukunda belli hallerde adi şirkette ortakların birbirlerine karşı sorumluluğunun takdirinde belirleyici olmasıdır.

d. Adi şirket özelinde sorumluluk

i. Genel olarak

Adi şirketin, taraf olan tüm ortakları birtakım borçlar altına sokan bir sözleşme olduğunu daha önce ortaya koymuştuk. Adi şirket ortakları, sözleşme ile yükümlendikleri borçlara aykırı davranır ve bu aykırılık sebebiyle bir zarar meydana gelirse bu zarardan sorumlu olacaklardır. Fakat ortakların sorumluluğunun belirlenmesinde her zaman aynı ilke ve ölçütler kullanılmamış, *societas* gelişirken hukuk sisteminde kendisine paralel olarak gelişen sorumluluk ilkelerinden etkilenmiştir. Geline son nokta ise Türk hukukunda uygulanan güncel hükümlerin oluşmasına zemin hazırlamıştır.

Sorumluluk hususunun metinlerde yapılan *interpolatio*'lar sebebiyle²⁰³ gelişiminin kolaylıkla takip edilememesinden *societas* da nasibini almış olup²⁰⁴, Roma'nın her dönemindeki uygulamaları bu sebeple bilemesek de, erişebildiğimiz tüm dönemlerde kusur sorumluluğunun esas olduğunu görüyoruz. Buna göre tartışmalı olmakla birlikte sorumluluk konusunda bilgi sahibi olabildiğimiz en eski dönem olan klasik hukuk devrinde genel olarak ortakların sorumluluğunun hafif

²⁰⁰ *Diligens quam in suis* ölçütü öncelikle vedia ve vesayette ortaya çıkmış, daha sonra kişinin kendine emanet edilen bir mala asgari kendi malına gösterdiği özeni göstermesinin gerektiği, aksi bir hareketin iyi niyete aykırı olacağı düşüncesi ile *societasa* da uyarlanmıştır. Bu hususta bkz. Zimmermann a.g.e., s. 463.

²⁰¹ Umur, Lügat, s. 59.

²⁰² Vedia, vesayet ve *societas*'ın yanında daha evvel bahsettiğimiz *communio*, kadının evliliğe getirdiği ve eşinin yönetimine bıraktığı *dos*, *diligens quam in suis* ölçütünün kullanıldığı diğer hallerdir. Bkz. Dinçer Araz, a.g.m., s. 192 vd.

²⁰³ Söğütlü Erişgin, a.g.e., s. 124-127.

²⁰⁴ Aynı sebeple *societas*'ta ortakların tabi olduğu sorumluluk da yeterince aydınlatılamamıştır. Bkz. Gönenç, a.g.e., s. 73.

olduğu, yalnızca kastlarından sorumlu oldukları söylenir²⁰⁵. Bu dönemde henüz *culpa* kavramının yeni ortaya çıkıyor olması ve henüz ağır ihmalin kasta denk görülmemesi sebebi ile, ortakların ağır kusurlarından değil, yalnızca kastlarından sorumlu olduklarına dikkat çekilmelidir. Bir görüşe göre²⁰⁶, bu dönemde sorumluluğun hafif olmasının sebebi sorumluluk durumunda açılan ve ileride incelenecek olan *actio pro socio*'nun sonuçlarının kişi ve şirket açısından oldukça ağır olmasıdır.

Iustinianus hukukunda ise şirket ortaklarının sorumluluğunun genişleyerek *omnis culpa*, yani tüm kusurlardan sorumluluk halini aldığını bilmekteyiz²⁰⁷. Buna göre her bir ortak hem ağır kusurundan hem de hafif kusurundan sorumlu olacaktır. Fakat hafif kusurun belirlenmesinde ölçüt olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi *diligens quam in suis*, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen belirleyicidir²⁰⁸. Hafif ihmalin bu ölçütüne göre ortak eyleminde kendi işlerinde gösterdiği asgari ihtimamı gösterdi ise sorumluluktan kurtulur. Bu ölçü, her bir ortağın kendine göre belirlendiği için sübjektif, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özen açıkça görülüp değerlendirilebildiğinden somut bir ölçüttür²⁰⁹. Fakat ortak, kendi işlerinde ne kadar özensiz davranırsa davranırsın bu ölçütle sorumlu olmaktan kurtulması ancak hafif kusurları için mümkündür. Zira bu, hafif kusurunun mevcut olup olmadığını ölçmek için belirlenmiş olup ağır kusura ilişkin bir sorumsuzluk sağlamamaktadır²¹⁰. Öte yandan yine de ortağa iyi bir aile babası gibi davranma yükümlülüğünden ziyade, kendi işlerinde gösterdiği alışılmış özen iyi bir aile babasının özeninden düşükse bu seviye üzerinden değerlendirilme imkânı sağladığından ortağın lehine olduğu savunulmaktadır.

Societas'ta *diligens quam in suis* ölçütünün uygulanmaya başlaması bir görüşe göre klasik dönemin sonlarına tekabül etmektedir²¹¹. Klasik dönemde ortakların sorumluluğunun *dolus* ile sınırlı olduğunun genel olarak kabul edildiği düşünüldüğünde, bu ölçütün kabulü *dolus* yanında *culpa levis* sorumluluğunu da beraberinde getirdiğinden, bu görüşün takip edilmesi halinde *diligens quam in suis*

²⁰⁵ Umur, Ders Notları, s. 372; Zimmermann, a.g.e., s. 462; Di Marzo, a.g.e., s. 400.

²⁰⁶ Gönenç, a.g.e., s. 74-76.

²⁰⁷ Gönenç, a.g.e., s.v 74.

²⁰⁸ *Ius. Ins.* 3.25.9; Phillimore, a.g.e., s. 275.

²⁰⁹ Şener, Makale, s. 737.

²¹⁰ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 59.

²¹¹ Dinçer Araz, a.g.m., s. 202.

ölçütünün *societas* 'ta uygulanmaya başlanmasının ortak lehine olmak şöyle dursun, ortağın sorumluluğunu oldukça ağırlaştırması sebebiyle açıkça aleyhine olduğu kolaylıkla söylenebilecektir²¹².

Alman doktrinde, *diligens quam in suis* ölçüsünün kendi işlerinde özenli bir ortağı cezalandırdığı ve fakat kendi işlerinde hâlihazırda özensiz davranan bir ortağı ise ödüllendirdiği gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir²¹³. Zira aynı hafif ihmalde bulunan kişi normalde böyle bir ihmalde bulunmayacak bir kişi ise sorumlu tutulacak ancak her işlemde böyle ihmali hareketleri mevcut olan kişi ise bu ihmalden de sorumlu tutulmayacaktır. Fakat *diligens quam in suis* ölçüsünün esas mantığı sorumlu ortağı değil, özensiz kişi ile ortaklık ilişkisi kurmaktan çekinmeyen ve zarara uğrayan ortağı merkeze koymaktadır. Burada esasında zarar gören ortak, sözleşme yaparken karşısındaki kişiyi özenli seçme yükümlülüğü altına sokulmuş; gereken nitelikleri taşımayan biri ile ortak olduysa kendisi de bu kusuru sebebiyle sorumlu tutulmuş gibidir. Özetle *diligens quam in suis* temelinde kendi işlerinde özensiz olan kişiyle ortak olan kişinin günümüz hukukunda müterafik kusuru varmış gibi düşünüldüğü söylenebilir²¹⁴.

Diligens quam in suis ölçüsünde bu mantık ile hareket edildiğini *Iustinianus* 'un *Institutiones* 'inde yer alan, aşağıdaki metinden anlamaktayız:

Ius. Ins. 3.25.9

“*Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.*”

“*Zira az ihtimam gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendinde bulmalıdır.*”

Günümüzde de şirket işlerini ücretsiz yürüten yönetici ortaklar ve yönetici olmayan ortakların sorumluluğu TBK m. 628/1'de kişinin kendi işlerinde gösterdiği

²¹² Dinçer Araz, a.g.m., s. 202-204; Zimmermann, a.g.e., s. 464. Fakat kanaatimizce günümüzde kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünün, normal bir insandan beklenen özene kıyasla çoğu halde daha avantajlı olduğunun kabulü gerekmektedir.

²¹³ Herbert Hausmaninger, “*Diligentia Quam in Suis: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law*”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 18, Iss. 2, 1985, ss. 179-202, s. 182.

²¹⁴ Roma hukukunda müterafik kusurun varlığı halinde ortağın sorumluluğunun ortadan kalkmadığını, bu sebeple Roma hukukundaki müterafik kusur düşüncesi ile günümüzdeki durumun birebir örtüşmediğini önemle vurgulamak istiyoruz. Burada, *diligens quam in suis* ölçütünün mantığı açıklamasını netleştirmek amacı ile müterafik kusur örneği verilmiştir.

özene göre belirlenmektedir²¹⁵. Fakat aynı maddenin üçüncü fıkrasında ücret alan yöneticinin vekil gibi sorumlu olduğu belirtilmiştir; dolayısıyla yönetici ortak ücret alıyorsa sorumluluğu daha ağırdır²¹⁶.

TBK. m. 628/3'ün atfı ile vekilin sorumluluğuna bakıldığında, vekilin sorumluluğu için yine *bonus pater familias* veya orta zekaya sahip bir birey ölçütleri gibi soyut bir ölçüt belirlendiği görülmektedir. Buna göre TBK. m. 506/3, vekilin göstermesi gereken özen yükümünde, denk bir işle iştigal eden basiretli vekilin davranışlarını ölçüt kabul etmiştir. Böylelikle adi şirkette ücret karşılığı yöneticilik yapmakta olan ortağın diğer ortaklara karşı kusuru ile verdiği zararlardan sorumluluğunda, ölçüt olarak emsallerinin gösterdiği özen aranacaktır.

Sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu ve hangi ölçütlere bağlı olarak ortaya çıktığını böylelikle belirledikten sonra, doğan sorumluluğun nasıl yerine getirileceği merak konusu olacaktır. Roma hukukunda, ortakların birbirine karşı her türlü talepleri, *Digesta*'da ayrıca bir önem atfedilen *actio pro socio* ile öne sürülmekte olduğundan, sorumluluk bahsinde *actio pro socio* üzerinde durulması gereken bir davadır. Öte yandan ortak davası hukukumuzda her ne kadar kanuni bir temele dayanmasa da²¹⁷ adi şirkette uygulanmakta olan, aradan geçen zamanda başkalaşmış fazlaca hükmü bulunsa da esas çıkış noktası halen *actio pro socio*'yu takip eden, anılan davanın halefidir. *Societas* ve adi şirketin ortak noktaları, çalışmamızda özenle üstünde durmayı hedeflediğimiz mevzu olduğundan, bu iki davayı da birlikte incelemekte fayda görüyoruz.

ii. *Actio pro socio* ve ortak davası

Genel olarak

Roma hukukunda ve Türk hukukunda ortakların sorumluluğunun doğduğu halleri irdeledik. Açıklanan ilke ve ölçütlere göre, ortağın sorumlu olduğu düşünülmekte ise, bu sorumluluğa gidilmesini sağlayacak bir dava açılmalıdır. Bu

²¹⁵ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 301.

²¹⁶ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 304; Domaniç, a.g.e., s. 26; Bahtiyar, a.g.e., s. 39.

²¹⁷ Aynur Yongalık, *Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 41.

dava Roma’da *actio pro socio* ve Türk hukukunda ise aynı kökeni takip eden ortak davası adlarıyla anılmaktadır²¹⁸.

Roma hukuku ile Türk hukuku arasında, bu davadaki en önemli farklardan ilki hiç kuşkusuz davanın konusudur. *Actio pro socio*, ortaklar arasındaki tüm ilişkilerin sonunda bir “denkleştirme davası”²¹⁹ niteliği taşıdığından bu dava ile davacı ortak veya ortaklar, davalı ortak veya ortaklara karşı *societas*’ın doğurduğu ilişkiye dair her türlü taleplerini ileri sürebilirler ve dolayısıyla bu taleplerin içine kişisel talepler de dahildir²²⁰. Fakat Türk hukukunda davacı ortak veya ortakların talep edebildikleri, yalnızca şirket ilişkisinden doğan müşterek talepler ile sınırlıdır²²¹.

Netice-i talep olarak ileri sürülebilen kalemler arasında ise fark bulunmamaktadır. Şöyle ki, zararı tazmin etmesi hususunda hüküm verilen ve dolayısıyla davayı kaybeden davalı, hem Roma hukukunda hem de Türk hukukunda yalnız verdiği zarardan değil bu zarar sebebiyle şirketin yoksun kaldığı karı da ödemeye mecbur bırakılabilir²²². Hükümün bu şekilde verilebilmesi, *actio pro socio*’nun iyi niyete dayalı olan bir sözleşme olan *societas*’ın gerektirdiği yükümlülüklerle aykırı davranılması sebebiyle açılan bir iyi niyet davası olmasından kaynaklanmaktadır²²³. Zira bu durum Roma hukukunda dar hukuk davası adı ile anılan davaların karşısında bulunan ve iyi niyete dayalı ilişkilerden ortaya çıkan iyi niyet davalarının sonuçlarından biri olup tüm iyi niyet davaları, yalnız zarara değil yoksun kalınan kara da hükmedilebilmesini sağlayan bir takdir yetkisi doğurur²²⁴.

Genel karakteri, ortağın sorumluluğunun ortadan kaldırılmasına yönelik bir tazminat davası olan *actio pro socio* ve ortak davasında, hem davacı hem de davalı ortaklardır²²⁵. Bu anlamda Roma hukuku ile Türk hukuku arasında bir fark

²¹⁸ Ortak davasının pek çok farklı adlandırması olduğu görülmektedir. Fakat diğer adlandırmalar karışıklıklara mahal verebileceğinden, çalışmamızda Yongalık’ın da takip ettiği gibi, “ortak davası” tabirini kullanmayı isabetli bulduk. Bkz. Yongalık, a.g.e., s. 1.

²¹⁹ Gönenç, a.g.e., s. 116; Şener, Makale, s. 755.

²²⁰ Gönenç, a.g.e., s. 115; Şener, Makale, s. 755; Yongalık, a.g.e., s. 34.

²²¹ Yongalık, a.g.e., s. 19.

²²² Şener, Adi Ortaklık, s. 218.

²²³ Buckland, Textbook, s. 507.

²²⁴ Umur, Ders Notları, s. 262,263.

²²⁵ Fakat bu davanın, husumet yöneltilmek istenen ortağın ölümü sebebiyle bu ortağın mirasçılara da açılması mümkündür. Zira ortağın mirasçısı, onun külli halefidir. Bu durumda, *actio pro socio*’da talep edilen kalemler değişirse de, davanın sonuçlarında farklılıklar göze çarpmaktadır. Buna göre örneğin *fraternitas* düşüncesine aykırı davranan davalı mirasçı değil, muris olduğundan mirasçının zararı gidermesine yönelik bir hüküm verilse dahi kişisel durumu değişmeyecek, *infamia* yaptırımına uğramayacaktır. Ancak mirasçının, ortaklarla arasında ilişki bulunmaması sebebiyle mirasçı

bulunmamaktadır. Böylece arasında *fraternitas* düşüncesinin hâkim olduğu söylenen ortaklar, *fraternitas* düşüncesine oldukça aykırı bir biçimde birbirlerini yerine getirmedikleri sorumluluklarının ifası için dava etmektedirler. Bu durum şirketin temelinde yatan düşünceyi sarstığından tabii olarak şirketin devamlılığını kimi dönemlerde etkilemiş olup sonuçlar bahsinde ayrıca incelenecektir.

Öte yandan davacı ve davalılar, her iki hukuk düzeninde de ortaklardan biri veya birkaçı olsa da, davalının davayı kaybetmesi halinde ifanın kime yapılacağı farklılık arz etmektedir. Roma hukukunda davacı olan ortaklar, ifanın kendilerine yapılmasını talep edebilirler²²⁶. Esasında burada, dava konusunun Türk hukukundan daha geniş olmasının önemli bir sonucu bulunmaktadır. Zira Roma hukukunda Türk hukukundan farklı olarak bireysel talepler de *actio pro socio* ile öne sürülebildiğinden, ifanın davayı kazanan davacılara yapılması doğal bir sonuçtur. Bunun yanında, Türk hukukunda ortak davasının sonucunda hükmedilen tazminatın yalnız şirkete yapılması mümkün ve zorunludur²²⁷. Bu sebeple, davayı tek bir ortak açmış olsa bile, varsa diğer ortakların da bu davanın sonunda verilen hükümden faydalanacağı söylenir²²⁸.

Actio pro socio'nun, ortak davasından ayrılan bir diğer yönü ise, davalının kusuru ne kadar ağır olursa olsun ancak karşılayabileceği kadar zararı ödemeye mahkûm edilebilmesidir²²⁹. *Beneficium competentiae* olarak adlandırılan bu imkân, *societas*'taki *fraternitas* düşüncesinin sonucudur. Zira bir şirketin çevresinde birleşen ortaklar arasında kardeşlik kadar sıkı bir bağ olduğu düşüncesi, söz konusu şirket sona erdikten sonra dahi ortaklardan birinin ödeyemeyeceği kadar yüksek bir tazminata hükmedilmesini engeller²³⁰. Fakat davalıya mazinin hatırı sebebi ile tanınan *beneficium competentiae* imkânının dava *formula*'sında bulunması koşuluyla tanındığı ve yalnız tüm malların birleştirilmesi ile ortaya çıkan *societas omnium*

beneficium competentiae imkânından da faydalanamayacaktır. Mirasçının *actio pro socio*'dan mahkûm olması halinde *infamia* yaptırımına uğramayacağı bilgisi için bkz. Watson, *The Law of Obligations*, s.145; mirasçının *beneficium competentiae* imkânından faydalanamayacağı bilgisi için bkz. Buckland, *Textbook*, s. 509.

²²⁶ Yongalık, a.g.e., s. 34.

²²⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 59.

²²⁸ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 215.

²²⁹ Erdoğan, *Borçlar*, s. 108; Gönenç, a.g.e., s. 120-121; Şener, *Makale*, s. 756; Umur, *Ders Notları*, s. 372; Buckland, *Textbook*, s. 509.

²³⁰ Umur, *Ders Notları*, s. 372.

bonorum'un *formula*'sında mevcut olduğundan yine yalnız bu *societas* türünde uygulanır olduğuna yönelik fikirler mevcuttur²³¹.

Böylelikle, şirketin esas felsefelerinden biri olan *fraternitas*'ın ortaklara sağladığı olumlu etkiye değindik. Fakat davalı ortağın, ortaklar arasında kardeşlik kadar sıkı görülen bu bağa ihaneti, yalnızca verdiği zararı tazmin etmesi ile bertaraf edilemeyecektir.

Şirketin sona ermesi bakımından sonuçları

Actio pro socio, daha evvel de açıklandığı gibi, bir veya birkaç ortağın yerine getirmekten kaçındığı sorumluluklarını ifa etmesi veya şirkete verilen zararların tazmini için açılabilir. Fakat bu ihtimaller, şirketin bel kemiğini oluşturan ortaklar arasındaki kardeşlik düşüncesinin ihlal edildiğini ve kimi zaman da iyi niyete aykırı davranıldığını gösterir. Öte yandan *actio pro socio*'nun açılması da davalı ortağın bu davayı kaybetmesi ihtimalinde *infamis* olması şeklinde çok ağır bir toplumsal sonuç ortaya çıkaracağından kardeşlik düşüncesi ile bağdaşmaz. İşte bu sebeplerle, *actio pro socio*'nun açılmasının şirketin devamlılığını etkileyeceğine yönelik görüşler ileri sürülmüştür.

Bir kısım yazarlar, *actio pro socio*'nun açılabilmesi için, muhakkak *societas*'ın sona ermiş olması gerektiğini savunmaktadırlar. Zira onlara göre, bu kadar ağır sonuçlar doğurabilecek bir davanın şirketin devamlılığı süresince açılması dahi mümkün görünmemektedir.

Öte yandan savunulan baskın görüş ise *societas* henüz sona ermeden *actio pro socio*'nun açılacağı ve fakat *actio pro socio*'nun açılması ile birlikte *societas*'ın son bulacağı yönündedir. Bunun yanında, farklı durum ve olasılıklarda *actio pro socio*'nun şirketi sonlandırmadan da açılacağı mümkün görülmektedir.

Actio pro socio'nun *societas*'ın devamlılığına etkisi, Roma hukukunun farklı dönemlerinde de değişim göstermiştir. Klasik dönemde *actio pro socio*'nun açılması şirketi sona erdirirken, Postklasik dönemde ise böyle bir sonucunun bulunmadığı söylenmektedir. Kanaatimizce bu durum, mirasçılar arasındaki bir birlik olan ve gerçekten kardeşler arasındaki ilişkiden doğan *societas*'ın zaman içinde ticari hayatın

²³¹ Watson, The Law of Obligations, s.144; Buckland, Textbook, s. 509.

gerekliliklerini karşılamak için kullanılmaya başlanması ve bu kimliğinden uzaklaşması sebebiyle açıklanabilir.

Türk hukukunda ise, ortak davasının şirket sürerken açılmasına hiçbir engel yoktur. Fakat ortak davasının açılma sebebi, şirketin feshi için haklı bir sebep de teşkil ediyorsa şirketin feshinin mahkemeden istenmesi talep edilebilir. Yine de bu durumda şirketin sona ermesinin sebebi, ortak davasının açılması olmayacaktır.

Kişiliğe etkisi bakımından sonuçları

Günümüzde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile ilgili davaların dahi kişisel durumu değiştirmemesi²³² karşısında, Roma hukukunda tümüyle borçlar hukukunu ilgilendiren bir sözleşmeden doğan bir dava ile kişinin kişisel durumunun oldukça ağır sonuçlar doğurabilecek şekilde değişebilmesini anlamak güç olabilir. Fakat *actio pro socio* 'nun, doğrudan hukuki kişiliği ve hak ehliyeti ile toplumsal saygınlığı üzerinde etki yarattığı günümüze erişen kaynaklarla sabit olan bir gerçektir²³³.

Societas, daha önce de defalarca belirttiğimiz gibi bir iyi niyet sözleşmesidir. Roma hukukunda, iyi niyete verilen önemle aynı doğrultuda, iyi niyet sözleşmelerinden doğan davalar da dar hukuk davalarına göre farklı sonuçlara tabi tutulmuştur²³⁴. İyi niyet o kadar önemlidir ki, iyi niyet davalarının davalının davayı kaybettiğinde mahkûm olacağı miktara ilişkin sonuçlarının yanında davalının doğrudan kişiliğini etkileyen sonuçları da bulunmaktadır.

Infamia Roma hukukunda haysiyetsiz hayat sürmek, tasvip edilmeyen hal, tavır ve davranışlarda bulunmak gibi sebeplerle toplum tarafından kınanan ve bu duruma bir yaptırım olarak düzenlenen; temelde kişinin bazı ehliyet ve hukuk alanındaki aktivitesini kısıtlayan sonuçlarının yanında dışlanma ve itibar kaybı gibi toplumsal sonuçlar da doğuran bir fiili ve hukuki durumdur²³⁵. *Infamia*, Roma'da nüfus sayımı ile görevlendirilen *magistra* 'lar olan *ensor* 'ler tarafından yapılan nüfus sayımları esnasında kişinin hakkındaki bu yönde bildirimler karşısında verilebilen bir

²³² Örn. TMK. m. 173.

²³³ D.3.2

²³⁴ Umur, Ders Notları, s. 262.

²³⁵ Umur, Lügat, s. 86.

hükümken²³⁶ aynı zamanda iyi niyet davalarında mahkûm olunmakla da ortaya çıkabilirdi²³⁷.

İşte bu nokta, *actio pro socio* sonucunda mahkûm olan ortağın kişisel durumunun değiştiğini ortaya koyar. Zira bu dava bir iyi niyet davası olduğundan, yargılanmasının sonunda mahkûm olan davalı ortak artık *infamis* olarak anılacaktır²³⁸.

Infamia, kişiyi toplumsal olarak bir dışlanma ile karşı karşıya bırakmasının yanında hukuki ve siyasi birtakım sonuçlar da doğurur. Buna göre *infamis* olan kişinin hak ehliyeti sınırlanır, bu kişi seçilme hakkına sahip değildir, davalarda tanık olarak dinlenemeyeceği gibi dava da açamaz²³⁹.

Kişinin toplumsal ve hukuki kimliğini de böylelikle direkt olarak etkileyen sonuçları sebebi ile *actio pro socio*, şirket ilişkisinden doğan, oldukça önemli bir davadır.

4. Adi Şirketin Yönetimi

a. Yönetim kavramı

Yönetim, günlük hayatımızda dahi pek çok şekilde karşımıza çıkan, yönetilen her ne ise hem onun işleyişinin sorunsuz ilerlemesi için varlığı şart olan bir iç örgütlenme hem de bu işleyişin sağlıklı akması için yapılması gereken tüm işlemlerdir²⁴⁰. İşte adi şirketin yönetimi söz konusu olduğunda da bu, amacına ulaşması için şirketin içinde, ortaklar arasında yapılması gereken tüm işlemlerin yapılmasını karşılar²⁴¹. Aynı zamanda adi şirketin bu işlemleri ile görevli olan kişilerin toplamı da yönetimi oluşturur. Buradan anlaşılacağı gibi adi şirketin yönetimi, tamamen adi şirketin iç ilişkisi ile ilgili olup; yöneticiye hem yetki tanır hem de görev yükler²⁴².

²³⁶ Tahiroğlu, Erdoğan, a.g.e., s. 151.

²³⁷ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 174.

²³⁸ Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 178.

²³⁹ Umut, Lügat, s. 86.

²⁴⁰ Şener, Ders Kitabı, s. 46.

²⁴¹ Şener, Ders Kitabı, s. 46.

²⁴² Domaniç, a.g.e., s. 25.

b. Adi şirkete yönetici atama usulü

Yönetimin adi şirketin iç işlerinden olması, yönetimle görevlendirilmiş kişiler olan yöneticilerin yalnızca ortaklardan olması zorunluluğunu ortaya çıkarmaz. Adi şirketin yöneticilerinin ortaklar arasından seçilmesi veya dışarıdan atanması mümkündür²⁴³.

Yöneticiler farklı şekillerde belirlenebilir ki bunlardan ilki yöneticinin şirket sözleşmesinde belirlenmesidir. Bu tabirden anlaşılması gereken şirketin henüz kuruluşunda yöneticilerin belirlenerek görevlendirilebileceği olmakla beraber, şirket sözleşmesi tamlamasından yazılı bir sözleşmenin varlığının zorunlu tutulduğu çıkarımı hiçbir şekilde yapılmamalıdır. Zira daha evvel de şirketin kuruluşu bahsinde açıklandığı gibi ne adi şirketin kurulması ne de yöneticinin atanması için şekli bir gereklilik aranmamaktadır²⁴⁴.

Yönetici atanmasında bir diğer yöntem ise başlangıçta değil, şirketin devamı esnasında her zaman tercih edilebilecek bir yol olup ortakların oy birliği ile bir yönetici atama kararı almasıdır²⁴⁵. Bu iki şekilde de yönetici belirlenmemiş olması durumunda Kanun, yedek bir hukuk kuralı koyarak adi şirketin yönetimsiz kalmamasını sağlamıştır²⁴⁶. Bu kurala göre, adi şirkette yönetici olarak belirlenmiş bir ortak, ortaklar veya üçüncü kişi yoksa yönetim yetkisi tüm ortaklara ait olacaktır.

Açıklanan şekilde atanan yöneticiler ile diğer ortaklar arasında sözleşmede aksi bir düzenleme öngörülmedi ise vekâlet sözleşmesinin hükümleri cari olur (TBK. m. 630/1).

c. Yönetim yetkisinin kapsamı ve kullanılması

Yönetim yetkisi, aksine bir düzenleme mevcut değilse tüm yöneticiler tarafından eşit ve tüm yönetim konusunu kapsayacak şekilde kullanılır²⁴⁷. Bu şekilde her bir yöneticinin her bir yönetim işini yapması mümkündür. Yöneticilere bu kadar geniş şekilde tanınmış olsa da yönetim yetkisi sınırsız olmayıp bu yetkiye kanuni bir

²⁴³ Domaniç, a.g.e., s. 32. Bu durum TBK. m. 625'te yer alan "Yönetim... üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça..." ibaresinden açıkça anlaşılmalıdır.

²⁴⁴ Bkz. s. 23 vd.

²⁴⁵ Oybirliği gerekliliği, olağan-olağanüstü iş ayrımının bir yansımasıdır. Yönetici atanmasının olağanüstü iş olduğunda tartışmaya gerek olmayacak kadar açık olup bu sebeple ortakların oybirliği ile yapılması gerekir. Fakat Kanun, yönetimin önemi sebebiyle bu hususu özel olarak m. 625'te açıkça düzenlemiştir.

²⁴⁶ Şener, Ders Kitabı, s. 47.

²⁴⁷ Domaniç, a.g.e., s. 32.

çerçeve çizilmiştir. Buna göre yöneticinin yetkisi ancak olağan işler ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde olağanüstü işler ile sınırlı tutulmuştur²⁴⁸. Olağanüstü işlerde ise şirkette mevcut yöneticiler olmasına rağmen, tüm ortakların oy birliği ile karar alınarak hareket edilmesi gerekmektedir (TBK. m. 625/3). Buradan anlaşıldığı üzere, adi şirket ortaklarının yönetim görevlerinden yönetici ataması yaparak dahi tamamen kurtulmaları mümkün değildir. Fikrimizce bu durum, adi şirket bünyesinde aranan *affectio societatis* unsuru ile mantıklı bir tabana oturtulabilir. Zira bu sayede, şirket ortaklarının şirketten tamamen yabancılaşması önlenecek ve aynı zamanda bu sayede şirketin şahıs şirketi vasfı da pekiştirilecektir.

Kanuni sınırlamanın yanı sıra yöneticilerin yetkisi, yine yöneticilere kanunen tanınan fakat kullanımı yöneticinin takdirinde olduğundan iradi olarak nitelendirebileceğimiz başka bir yetki ile de sınırlanabilir²⁴⁹. Bu yetki, az evvel belirttiğimiz gibi yalnızca yöneticilere tanınan bir itiraz yetkisidir. İtiraz yetkisi ile yöneticiler, diğer yöneticilerin yapacakları işlemi veto ederek yasaklama imkânına sahiptirler (TBK. m. 625/2). Ancak bu yetkinin işlem yapılmadan önce kullanılması gerekmektedir.

d. Yönetim yetkisinin sona ermesi

Adi şirkette yöneticiye tanınan yönetim yetkisi, haklı bir sebep bulunmadığı durumlarda idare hukukuna hâkim olan usulde paralellik ilkesini anımsatacak şekilde yalnızca yetkinin verildiği usul izlenerek sona erdirilebilir. Buna göre yönetici ortakların kararı ile atandı ise, yine oybirliği ile alınan bir kararla; şirket sözleşmesi ile atandı ise sözleşmede bu hususta yapılacak değişikliklerle görevinden azledilmelidir. Kanunen görevli olan yöneticilerin görevi ise, iradi olarak yönetici atanması ile son bulacaktır. Fakat haklı sebebin varlığı durumunda, yönetim yetkisi şirket sözleşmesi ile verilmiş olsa dahi her bir ortak yöneticinin yetkisini kaldırabilir. Haklı sebepler ise tahdidi olarak sayılmamış, hangi eylemlerin haklı sebep sayılabileceğine dair genel bir çerçeve çizilmekle yetinilmiştir. Bu kapsamda Kanun, özellikle görevin aşırı ölçüde ihmal edilmesini ve yöneticinin artık görevini iyi şekilde yerine getirememesine sebep olacak halleri örnek olarak saymıştır (TBK. m. 629/3).

²⁴⁸ Şener, Ders Kitabı, s. 49; Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 31.

²⁴⁹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 56.

Bunun dışında, şirketin sona ermesi de hiç kuşkusuz yönetim yetkisini sona erdirir. Ancak bu durumda, şirketin ortakların kararı ile feshi dışındaki sona erme hallerinde yönetim yetkisi şirketin sona erdiği anda değil; sona ermeyi öğrendiği veya gerekli özenle davrandığında öğrenebileceği zamana kadar devam eder (TBK. m. 641/1).

e. Societas'ın yönetimi

Modern hukuklarda adi şirketin yönetimi ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olsa da, Roma hukukunda *societas*'ın yönetimine ilişkin konulmuş detaylı kurallar mevcut değildir²⁵⁰. Genel olarak tercih edilen yol, *societas*'ta yönetimin nasıl olacağına ortakların sözleşmede serbestçe karar vermesidir²⁵¹. Fakat Roma'da da genel kuralın, ortakların her birinin yönetim yetkisine sahip olması olduğunu söyleyebiliriz. Bununla doğru orantılı olarak, hukukumuzda yönetici ortaklara tanınan itiraz yetkisinin neredeyse aynı şekilde Roma hukukunda da mevcut olduğunu görmekteyiz. Bu yetki, Roma hukukunda *ius prohibendi*²⁵² olarak adlandırılmış olup, *societas*'ın da bir aracı olmakla birlikte bunun dışında da pek çok yerde işlevsel olduğu görülmüştür²⁵³. Bunun dışında yönetime, temsilden ayrı bir önem atfedildiğini ve yönetimin ayrı bir başlık olarak görüldüğünü söylemek pek de mümkün değildir.

B. Temsil

1. Genel Olarak Temsil Kavramı

Temsil, bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına hukuk âleminde bir sonuç elde etmek için kendi iradesini beyan edebilmesini sağlayan çok önemli bir yetki ve hukuk kurumudur²⁵⁴. Temsil yetkisi, farklı şekillerde kullanılabilir.

Temsilcinin temsil ettiği kişi veya kişilere derhâl hak kazandırabildiği ve bu kişileri borç altına sokabildiği; açıkça bu kişiler adına sözleşme akdedebildiği ve üçüncü kişi ile temsil olunan kişi arasında bir vasıta vasfı taşımadan bulunduğu

²⁵⁰ Gönenç, a.g.e., s. 69.

²⁵¹ Ferdinand Mackeldey, **Handbook of the Roman Law**, Çev. Moses A. Dropsie, T. & J. W. Johnson & Co., Philadelphia, 1883, s. 327.

²⁵² Umur, Lügat, s. 103.

²⁵³ Bu örneklerden en önemlisi, birden fazla sayıda fakat tamamen birbirine eşit yetkiye sahip olan aynı kademede *magistra* 'ların birbirlerinin işlemleri üzerindeki veto yetkisidir. Bkz. Berger, a.g.e., s. 532.

²⁵⁴ Akıntürk, Ateş, Borçlar, s. 71; Eren, a.g.e., s. 441.

temsil biçimi doğrudan temsil olarak adlandırılır²⁵⁵. Temsilcinin işlemi başkası hesabına olduğunu belli ederek yaptığı halde doğrudan temsil söz konusudur. Bunun dışında Kanun'un saydığı istisnai haller de²⁵⁶ yine doğrudan temsil niteliğindedir. Temsilci doğrudan temsilde yalnızca kendi iradesi ile temsil olunanın yararına olarak işlem yapmaktadır; bu sebeple kendisi hak kazanmaz, borç altına girmez. Haklar ve borçların muhatabı hiçbir vasıta olmaksızın temsil olunandır²⁵⁷.

Tanımın doğrudan temsile uygun biçimde yapılmasından da anlaşılacağı gibi, günümüzde temsil tabiri kullanıldığında ilk akla gelen doğrudan temsil olup²⁵⁸, temsilcinin kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapması olarak açıklanabilecek dolaylı temsile²⁵⁹ daha az rastlanmaktadır. Zira dolaylı temsil, temsilcinin kendi adına yapması sebebiyle kendi üzerinde doğan hak ve borçları temsil olunana aktarmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik ise ticari hayatın daha hızlı ilerlemesi amacının bir aracı olan temsili, amaca ulaşmayı fazlaca yavaşlatmaktadır²⁶⁰.

Roma hukukunda ise kural olarak doğrudan temsilin mevcut olmadığı kabul edilmekte olup²⁶¹ Roma hukukunda modern anlamda temsilin gelişmemesinin pek çok sebebi olduğu söylenmektedir. Bu noktada Roma'daki aile yapısına kısa bir bakış atmak gerekmektedir.

Roma'da aile, ataerkil düzene dayalı olarak ilerlemekte, aynı soydan olan herkes soyun en yaşlı üyesi olan *pater familias*'ın hâkimiyeti altında yaşamaktaydı²⁶². *Pater familias*, ailenin tüm malvarlığını elinde bulunduran ve hak ehliyetine sahip olan kişiydi. Ona tabii olan kişilerin onun hukuki işlemlerini yapması dönemin şartlarında alışılmış bir durumdu ve bu, Roma'da temsil olarak

²⁵⁵ Ayan, Borçlar, s. 233.

²⁵⁶ Bu haller üç tanedir: üçüncü kişi, temsilcinin başkası hesabına işlem yaptığını bilmesede dahi durumun gereğinden işlem yaptığı kişinin temsilci olduğunu anlaması veya anlamasının gerekmesi ve üçüncü kişi için işlemi temsilci veya temsil olunan ile yapması arasında hiçbir fark bulunmaması.

²⁵⁷ Bu sebeple "vasitasız temsil" olarak da adlandırılmaktadır.

²⁵⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s.v 223.

²⁵⁹ Akıntürk, Ateş, Borçlar, s. 72.

²⁶⁰ Ayan, Borçlar, s. 232.

²⁶¹ Milena Polojac, "Societas and It's Management", *Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies*, Vol. 2, No. 1, 2013, ss. 143-151, s. 144; Buckland, McNair, a.g.e., s. 301; Şener, Makale, s. 731.

²⁶² Roma'da hâkimiyet yalnızca eşya üzerinde değil, kişiler üzerinde de mevcuttu. *Pater familias*'ın soyundan olan kişiler üzerindeki hâkimiyeti *potestas* olarak adlandırılmaktaydı. İlk zamanlar çok geniş olan bu hâkimiyet, zamanla sınırlandırılmıştır. Bkz. Umur, Lügat, s. 164.

görülüyordu²⁶³; *pater familias*'ın hâkimiyetindeki kişilerin kural olarak kendi adlarına işlem yapmaları mümkün olmadığından tabii olarak yaptıkları her işlemin sonucu *pater familias*'ın üzerinde doğuyordu.

Modern çağların bakış açısı ile düşündüğümüzde kendisine fiil ehliyeti tanınacağına hiçbir kuşku olmayan bireyler, Roma'da fiil ehliyetine sahip değildi ve günümüzde yapıldığında doğrudan temsil olarak nitelendireceğimiz işlemleri onlar *pater familias*'ın fiil ehliyetinin gölgesinde, âdeta onun bir uzantısı gibi yapıyorlardı. Bu sebeple Roma'da temsil gelişmemiş ve belki de daha doğru bir ifade ile temsile ihtiyaç duyulmamıştı.

2. Adi Şirket Özelinde Temsil Kavramı

Adi şirketin amacına ulaşabilmesi için çoğunlukla üçüncü kişilerle etkileşim kurması gerekir. Adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmaması, bu iletişimin nasıl kurulacağı, hukuki işlem yapılması gerektiğinde bunun nasıl yapılacağına belirsizliği sonucunu doğurur. Adi şirketin ortaklardan bağımsız varlığı düşünülmediğinden, ortakların amacı gerçekleştirmeye yönelik üçüncü kişilerle girilen hukuki işlemlerde nasıl temsil edileceği sorunu ortaya çıkar. Kanun, adi şirketin temsilini m. 637 ve m. 638 ile düzenlemiş ve fakat uygulamanın aslını atıfla genel hükümlere bırakmıştır. Bu sebeple modern hukukumuzda adi şirketin temsili, Kanunda özel hükümler bulunmadığı hallerde genel hükümlere ve dolayısıyla yukarıdaki başlıkta açıkladığımız biçimde gerçekleştirilecektir (TBK. m. 48). Bu başlık altında ise, özel hükümlerle getirilen düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin Roma hukukundaki uygulamalar ile kıyasını yapmaya çalışacağız.

Adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olmamasının Romanist geleneği sürdürmesinin bir örneği olduğunu daha önce belirtmiştik. Temsilin gerekmesinin esas sebebi tüzel kişiliğin yokluğu olduğundan, Roma hukukunda da benzer sorunlarla karşılaşıldığı kolaylıkla tahmin edilebilir. Ancak Roma hukukunda dönemin yüzyıllardır süregelen uygulamaları sebebi ile bu sorunlar daha köklü olmuş, çözümü için farklı yollar üretilmiştir.

Adi şirketin temsili, adi şirketin içinde, diğer bir deyişle ortaklar ve varsa dışarıdan atanan yöneticiler arasında alınan kararların ve bunların iradelerinin

²⁶³ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 265.

dışarıya yansıtılmasıdır. Bu bağlamda yönetim her ne kadar temsilden ayrı bir kurum olsa da, tamamen bağımsız değildir²⁶⁴. Hatta çoğu halde bu bağımsızlık yalnızca yapılan işin niteliği ile sınırlı kalıp, yönetici ve temsilci sıfatları aynı kişi ve kişilerde toplanır. Zira TBK. m. 637/3 de, yönetici ile temsilcileri aynı kimlikte toplayan bir hüküm ihtiva etmektedir. Anılan madde, yönetim yetkisine sahip olan ortağın temsil yetkisine de sahip olacağını ve fakat bu kuralın aksinin kararlaştırılabileceğini belirtir. Her ne kadar Kanun “*yönetim görevi verilen ortak*” ifadesini tercih etmişse de doktrinde genel görüş bu ifadenin ortak olmayan yöneticileri de kapsamı gerektiği yönündedir²⁶⁵. Böylece yönetici vasfı, temsilci sıfatını da kural olarak beraberinde getirir.

Yöneticinin aynı zamanda temsilci sayılacağı karinesinin aksi, yönetimden bağımsız bir temsilci atamak suretiyle de sağlanabilir. Temsilci atamak hiç kuşkusuz olağanüstü nitelikte sayılacağından ortakların oybirliği ile ya da şirketin kuruluşunda²⁶⁶ kararlaştırılabilir²⁶⁷. Fakat yönetici ile temsilci konumlarının ayrılması, bir çift başlılığa sebep olacak ve işlem pratikliğini de azaltacaktır.

Adi şirket ortaklarının temsilinde de en sık kullanılan temsil biçimi, doğrudan temsildir. İşlemi yapan ortağın açıkça şirket adına hareket ettiğini söylemesi ya da şirket işine özgü bir işlem olduğunun mevcut halden kolaylıkla anlaşılabilirdiği hallerde doğrudan temsil vardır, aynı şekilde ortakların birlikte bir ortağı veya şirket dışından bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirmesi halinde de bu kişi doğrudan temsile yetkilendirilmiş olur. Doğrudan temsilin en önemli sonucu, bir önceki başlıkta da ifade ettiğimiz gibi temsilcinin yaptığı her türlü işlemin ona temsil yetkisi vermiş olan tüm ortaklar üzerinde direkt olarak hak yaratması veya borç doğurmasıdır.

²⁶⁴ İsmail Kırca, “Adi Şirketin Temsiline İlişkin İki Sorun”, **BATİDER**, C. 20, S. 4, 2000, ss. 63-71, s. 67; Şener, Ders Kitabı, s. 78; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 55;

²⁶⁵ Yargıtay’ın da aynı doğrultuda verdiği kararlar mevcuttur. Y. 12. HD.’nin 2008/16926 E., 2008/20308 K. sayılı ve 18.11.2008 T. kararı da bunlardan biri olup kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Ortaklık sözleşmesi ile yasada belirtilen idare yetkisi tanınan şerik ortak da olabilir. Üçüncü bir kişide olabilir. Dolayısı ile bu kişinin BK’nun 34. ve 38. maddeleri ile daha geniş anlamını bulan 533. maddesinin son fıkrasında açıklanan ortaklığı temsil yetkisi olduğunun kabulü gerekir...*”

²⁶⁶ Başlık altında “şirket sözleşmesi” yerine bu tabir özellikle kullanılmıştır. Zira “şirket sözleşmesi” tabiri ile, bir önceki başlıkta da belirttiğimiz gibi diğer şirket sözleşmelerinin tabi olduğu şekiller hatıra gelebilecek ve yazılı bir sözleşmenin mevcudiyeti gerekliliği gibi bir algı oluşabilecektir.

²⁶⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 69.

TBK. m. 637/1, ortağın üçüncü kişiyle kendi adına ve fakat şirket ortakları hesabına yapmasını da mümkün kılmıştır. Genel hükümlere göre dolaylı temsil olarak adlandırılan bu halde ise girilen hukuki işlem ile elde edilen haklar ve üstlenilen borçlar ilk elden temsilci üzerinde doğar.

Günümüzde nadiren başvurulmuş dolaylı temsil, Roma hukukunda doğrudan temsilin çok istisnai durumlarda var olması sebebiyle esas olarak kullanılmaktadır²⁶⁸. Fakat dolaylı temsil, ortağın kendi adına işlem yaptıktan sonra diğer ortaklara hak ve borç devri gerektirdiğinden işlem pratikliğini sağlamamıştır. Zira temsilcinin işlemi yaptıktan sonra dolaylı temsilin gereği olarak kazandığı hak ve yükümlendiği borçları temsil olunan ortaklarla yine genel hükümlere göre paylaşması şarttır²⁶⁹. Ve fakat temsilcinin hakları devretmekten veya temsil olunan ortakların borçları devralmaktan kaçınması durumu ortaya çıkabilir.

Bu olasılık hiç kuşkusuz hem modern hukukumuzda hem de Roma hukukunda her daim mevcuttur. Bu sebeple her iki hukukta da hakkı devretmekten ya da borcu devralmaktan kaçınan tarafın kaçındığı işlemi yapmaya zorlanması mümkündür. Bu durum *Digesta*'da şöyle yer almıştır:

D.17.2.74 Paulus lib. 62 ad Edictum

“Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare.”

“Eğer bir kişi şirket sözleşmesi yaparsa, satın aldığı şey kendisindedir, müşterek olmaz: Fakat dava ile paylaşmaya zorlanabilir.”

Bunun dışında, dolaylı temsilin yol açtığı bir diğer önemli sorun ise temsilcinin her zaman üçüncü kişiye başvurarak sözleşmenin ifasını isteyebilmesi, direkt olarak ona dava açabilmesi ve fakat üçüncü kişinin adi şirket ortaklarına direkt olarak başvuramaması, onları dava edememesidir²⁷⁰. Tabiri caizse bu durum, ortakların ve özellikle ortaklar ile işlem yapan üçüncü kişilerin ayağına dolanmıştır. Bu sebeple temsilde ortaya çıkan problemlere farklı çareler üretmek gerekmiştir.

²⁶⁸ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 266.

²⁶⁹ Koschaker, Ayiter, a.g.e., s. 243.

²⁷⁰ Buckland, McNair, a.g.e., s. 301.

Dolaylı temsilin yarattığı sorunlara bulunan ve günlük yaşamda en sık görüldüğü tahmin edilen çözüm, ortakların ortak mülkiyetinde bulunan bir kölenin ya da ortakların birlikte yetkilendirdiği ortak bir kişinin işlem yapmasıydı²⁷¹. Bu da beraberinde farklı sorunlar getirmekteydi; örneğin şirkette herkesin hissesi farklı oranda ise ve fakat köleye ortaklar aynı oranlarda malik iseler kölenin yaptığı işlemlerin kimi hangi oranda bağlayacağına ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştı²⁷².

Öte yandan daha evvel bahsettiğimiz ve *Gaius*'un *Institutiones*'inde 154^b altında ifade ettiği, hukuk belli bir olgunluğa erişene kadar bireyci düşünceden hareketle *ercto non cito*'da bir ortağın diğer ortakları etkileyebilecek şekilde işlem yapabilmesi hususuna burada da tekrar değinmek gerekir. *Gaius* anılan ve daha evvel paylaştığımız metninde bir ortağın diğer ortağı etkileyebilecek biçimde *communio* bünyesindeki mallarda tasarruf edebileceğini ve hatta bir köleyi diğer ortaklara da köle üzerindeki mülkiyet hakkını kaybettirecek biçimde azat edebileceğini söylemektedir. Temelde *communio*'nun özelliğinden kaynaklanan bu durum, ortağın gizli bir doğrudan temsil yetkisi varmış gibi sonuç doğurmuştur. Her bir ortağın yekdiğerine sormaksızın *communio* üzerinde tasarrufta bulunabilmesi ve bunun diğer ortaklar hakkında da hüküm ifade etmesinin doğrudan temsilden başka bir şekilde yorumlanamayacağı görüşündeyiz. Kaldı ki bu durumda diğer ortaklara bir *ius prohibendi* de tanınmamıştır. Hükümler, âdeta ortaklar birbirlerini önceden hiçbir çekince olmaksızın tümüyle yetkilendirmiş gibi düzenlenmiştir.

Aksine bir karar alınmadığı sürece her bir temsilci temsil yetkisini diğerlerinden bağımsız şekilde kullanarak üçüncü kişilerle olan işlemleri serbestçe yapabilir²⁷³. Fakat bu kuralı değiştirmemekle birlikte, işlemin önemli bir tasarruf işlemi niteliğinde olması durumunda yalnız başına yapabilmesi için temsilcinin temsil yetkisini tüm ortakların oybirliği ile almış olması gerekir (TBK. m.637/3-son).

Bu hususta son olarak değinilmesi gereken Roma hukukunda temsilci ile adi şirket arasındaki ilişkidir. Yukarıda, adi şirketin yönetimi bahsinde açıkladığımız gibi yöneticiler ile şirket arasında vekâlet sözleşmesi hükümleri geçerli olur. Her ne kadar vekâlet ve temsil arasında hukuki nitelikleri, ortaya çıkış sebepleri gibi pek çok

²⁷¹ Zira kölenin iktisabı, doğrudan malikin malvarlığına eklenirdi; ayrıntılı bilgi için bkz. Havva Karagöz Çokyaşar, **İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi ve Türk Hukukuna Etkisi**, Epigon Yayınları, İstanbul, 2003, s. 131.

²⁷² Polojac, a.g.m., s. 144.

²⁷³ Bilgili, Demirkapı, a.g.e., s. 39.

bakımdan farklar bulunsa da Roma hukukunda bir kişinin *societas*'ın temsilcisi olarak yetkilendirilmesi durumunda da bu kişi ile ortaklar arasında vekâlet sözleşmesi olduğu kabul ediliyordu²⁷⁴. Özel olarak bir ortak, temsil yetkisi ile yetkilendirilmedi ise tüm ortaklar temsile yetkiliydi. Bu sebeple bazı kaynaklarda, ortakların birbirinin hem vekili hem de müvekkili gibi olduğu söylenmektedir.

Fakat ortaklar ve temsilci arasındaki sözleşme, her zaman vekâlet sözleşmesi niteliği taşımak zorunda değildir; temsilci işini ücret karşılığı yapıyor ise sözleşmenin niteliği *locatio conductio*'ya evrilir²⁷⁵. Zira bilindiği üzere, Roma'da vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında kurulması mümkün değildir; vekâlet sözleşmesini karakterize eden en önemli unsurlardan biri sözleşmenin ücretsiz olmasıdır.

²⁷⁴ Leage, a.g.e., s. 366.

²⁷⁵ Umur, Ders Notları, s. 373.

IV. ADİ ŞİRKETİN SONA ERMESİ

A. Sona Erme Sebeplerinin Tasnifi ve Özellikle Bu Tasnifi Adlandırma Sorunu

Bir hukuk kurumunun hukuki niteliğinin belirlenmesi, bu hukuk kurumuna genel olarak uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde etkili olduğu gibi bu hukuk kurumunun sona ermesinde de önemlidir. Dolayısıyla çalışmamızın üçüncü ve son ana başlığı olan adi şirketin sona erme sebeplerinde, adi şirketin doğrudan doğruya bir sözleşme kimliğinde olması ve bu sözleşmede tarafların karakterinin önemli olması her zaman göz önünde tutulmalıdır. Kaldı ki, sürekli edimli borç ilişkisi doğurması sebebiyle adi şirketin sona erme sebepleri hâlihazırda bu tür borç ilişkilerinin genel sona erme sebepleri ile de paralellik göstermektedir²⁷⁶.

Adi şirketin sona erme sebepleri, hukukumuzda şirketler için genel sona erme sebepleri olarak düzenlenmiş olup diğer bazı şirket türlerinde de uygulama alanı bulur²⁷⁷. Bu sebepler, TBK. m. 639'da sayılmakla birlikte, anılan madde şöyledir:

MADDE 639- Ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer:

- 1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.*
- 2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.*
- 3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.*
- 4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.*
- 5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.*

²⁷⁶ Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 84 vd.

²⁷⁷ Şener, Ders Kitabı, s. 86-87.

6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.

7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.

Görüldüğü üzere maddede adi şirketin sona erme halleri pek çok bent halinde sayılmış ve bazı bentlerde ise birden fazla sona erme sebebine yer verilmiştir. Bu sona erme sebeplerinin daha iyi açıklanabilmesi ve anlaşılabilmesi amacıyla, doktrinde farklı şekillerde tasnif edilerek incelendiği görülmüştür. Bazı yazarlar, tasnif yaparken ortakların aktif iradelerinden yola çıkarak “kendiliğinden sona erme (infisah) halleri” ve “iradi sona erme halleri” başlıklarını kullanmışlardır²⁷⁸.

Bir veya birkaç ortağın istekleri sebebiyle şirketin son bulması durumu için en uygun adlandırmanın “iradi sona erme halleri” olacağı kuşkusuzdur. Bu sebeple biz de çalışmamızda doğrudan ortakların isteğiyle adi şirketi sona erdirdikleri halleri bu başlık altında değerlendirdik. Fakat kanımızca, ortakların çoğunlukla böyle olmasa da iradeleriyle de ortaya çıkabilen diğer sona erme sebepleri için “kendiliğinden sona erme halleri” başlığının kullanılması yanlış anlaşılmalara mahal verebileceğinden isabetli değildir.

“Kendiliğinden sona erme sebepleri” adlandırmasını isabetli görmememizin en önemli sebebi, bu başlığın iradi sona erme sebepleri başlığının karşısına yerleştirilmesi ve bu sebeplerin ortakların iradesi hilafına ortaya çıktığı ve şirketi de ortakların iradesi hilafına sona erdirdiği izlenimi yaratmasıdır. Ancak bu başlık altında incelenen sebeplerin irade ile ortaya çıkması da mümkündür.

Bu sona erme sebeplerinin, iradeden bağımsız ortaya çıkma zorunluluğu olmamasının yanında şirketin tam anlamıyla ortadan kalkması için ayrıca bir işlem yapılmasının gerekmesi ve dolayısıyla şirketin gerçekte “kendiliğinden” sona ermemesi de kanaatimizce bu adlandırmayı isabetsiz kılan bir diğer sebeptir. Fakat “kendiliğinden sona erme” tabiri ile âdeta bu sebebin gerçekleşmesi ile şirket tümüyle sona erecekmiş gibi bir algının oluşmasına sebebiyet verilmektedir. Oysaki

²⁷⁸ Bahtiyar, a.g.e., s. 43; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 75.

aslında olan, şirketin sona ermesinin yanında tasfiyeye girmesidir²⁷⁹. Bu durum, şirket “kendiliğinden” sona erse de irade ile ortadan kaldırılrsa da ortak olarak gerçekleşir.

Öte yandan şirketin kendiliğinden sona erdiği söylenen sebeplerde dahi şirketin sona ermeden devam etmesi mümkündür²⁸⁰ ve sona erme sebebi gerçekleşmiş olmasına rağmen şirketin devamına açıkça veya örtülü olarak karar verildiği hallerin çoğunda yeni bir şirket kurulduğu kabul edilmez²⁸¹. Hal böyle ve kendiliğinden sona erme sebebinin gerçekleşmesi şirketin sona erişini kesin olarak belirlemiyor iken, bu sebeplerin şirketi kendiliğinden sona erdiren sebepler şemsiyesi altında toplanmasını isabetli görmemiz mümkün değildir.

Doktrinde tüm kendiliğinden sona erme sebepleri başlıklarının karşısındaki ayırım olarak tercih edilen iradi sona erdirmeye hallerinde ise, kural olarak şirketi sona erdirmeye iradesine sahip olan ortağın iradesi hilafına şirketin devam ettirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple kanaatimizce her iki başlık arasındaki esas fark irade değil, sona erme sebebinin gerçekleşmesinden sonra şirkete devam edilip edilemeyeceğidir. Çalışmamızda adi şirketi sona erdiren sebeplerin tasnifinde “kural olarak sona erme halleri” ve “iradi sona erme halleri” başlıklarının kullanılmasının esas sebebi de budur. Her ne kadar ifade etmek istediğimiz düşüncüyü tümüyle karşılamasa da bu tasnif tarafımızca daha az sakıncalı bulunmuştur.

Ek olarak, ortakların doğrudan şirketi sona erdirmeye iradesiyle hareket ettikleri ve genel olarak sürekli bir edim ilişkisi içeren adi şirket sözleşmesini ileriye yönelik sona erdirdiğinden fesih olarak niteleyebileceğimiz iradi sona erme hallerinin dışındaki sebeplerin “kanuni sebepler” olarak adlandırılmasını da isabetli bulmadığımızı ifade etmek isteriz²⁸². Zira fesih de tek bir ortak tarafından, haklı sebeple veya tüm ortakların oybirliği ile yapılıyor olması fark etmeksizin Kanun’da

²⁷⁹ Bahtiyar, a.g.e., s. 44-45; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 75; Çetiner, Bozkurt Yüksel, a.g.e., s. 267.

²⁸⁰ Amacın gerçekleşmesi veya imkânsızlaşması, şirket süresinin dolması, ölüm, bir ortağın iflası, kısıtlanması veya tasfiye payının cebri icra ile satılması sebeplerinin tümünde ortakların şirkete devam etmeleri mümkündür.

²⁸¹ Günümüzde işlem pratikliğini sağlamak amacı ile bu düşünce takip edilse de Roma hukukunda düşünce bunun tamamen zıddıdır. Kanaatimizce de, şirketin devamı için yapılan değişiklikler sözleşmede bulunmuyorsa ve fakat şirketin unsurlarında değişiklik getiriyorsa bu şirketin yeni bir şirket olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen ölüm halinde şirkete devam edilmesinin yeni şirket kurma niteliği taşıdığı görüşü için bkz. Domaniç, a.g.e., s. 49.

²⁸² Domaniç, a.g.e., s. 49.

düzenlenmiş bir sona erme sebebidir (TBK. m. 639,640). Bu durumda bu tasnifin de sona erme sebeplerinin incelenmesini kolaylaştırdığı ve dolayısıyla amaca hizmet ettiği söylenemeyecektir.

Şu ana kadar Türk hukukundaki çalışmalardan yola çıkarak incelediğimiz tasniflere, Roma hukukundaki tasnifi ekleyerek devam etmekte fayda görüyoruz. Roma hukukunda *societas* 'ı sona erdiren haller, alışılmış olanın aksine teorik ve soyut bir şekilde açıkça sayılmış ve sınıflandırılmıştır²⁸³. Bu bilgiler, *Ulpianus* 'un *Digesta* 'ya alınan aşağıdaki metninde yer almaktadır:

D.17.2.63.10 Ulpianus lib. 31 ad edictum

“Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatae sit. Voluntate distrahitur societas renuntiatione.”

“Şirket kişiler dolayısıyla, mallar dolayısıyla, irade dolayısıyla ve dava dolayısıyla sona erer. Böylece, kişiler veya mallar veya irade ortadan kaybolursa ya da dava açılırsa, şirket ilişkisinin çözüldüğü düşünülür. Kişilerin ortadan kaybolması, capitis deminutio maxima veya media ya da ölümle olur. Malın ortadan kalkması demek, ondan geriye hiçbir şey kalmaması veya yapısındaki değişikliktir, artık mevcut olmayan, kutsal eşya haline gelen ya da müsadere edilmiş mal sebebiyle şirket söz konusu olmaz. Şirket irade ile renuntiatio vasıtasıyla sona erer.”

Alıntılanan metinde birkaçı açıkça sayılan, Roma hukukunda *societas* 'ı sona erdiren sebepler²⁸⁴ sürenin sona ermesi, şirketin amacının gerçekleşmesi, şirket ortağının ölümü veya *capitis deminutio* yaptırımının muhatabı olması, şirketin feshi ve *venditio bonorum* veya şirket mallarının özel mülkiyetten çıkması gibi bir sebep ile şirketin mallarının ortadan kalkması ve *actio pro socio* 'nun açılması olup bu sebepler kişiden kaynaklanan, mallardan kaynaklanan, iradeden kaynaklanan ve

²⁸³ Gönenç, a.g.e., s. 91.

²⁸⁴ *Societas* 'ı sona erdiren sebepleri öğrendiğimiz tek kaynak *Digesta* değildir. Bu sebepler, *Gaius* 'un ve *Iustinianus* 'un *Institutiones* 'lerinde de ayrıntılı biçimde sayılmıştır.

davadan kaynaklanan sebepler olmak üzere dörde ayrılmıştır²⁸⁵. Bu ayırım da *Institutiones* sistemi ile paralellik görülmektedir²⁸⁶.

Sona erme sebeplerinde takip edilen bu ayırımın, aynı zamanda *societas* 'ın çok yönlülüğünü de ortaya koyduğu görüşüdeyiz. Asli unsurlarından biri kişi olduğundan *societas* kişiler hukuku ile sıkı bağ içinde olmakla birlikte, akdedilen çoğu *societas* 'ta ortaya bir malvarlığı çıkar ve bu malvarlığının yönetimi de hiç kuşkusuz eşya hukuku ile ilintilidir. Öte yandan, *societas* hakkında *Digesta* 'da bilgi sahibi olmamızı sağlayan hükümlerin çoğunu esasında *actio pro socio* 'ya ilişkin başlıklardan almamız ise *societas* 'ın davalara ilişkin hukuk ile ne denli özdeşleşmiş olduğunu göstermektedir.

O dönemin şartlarında oldukça isabetli görünen bir ayırım olsa da günümüzde bu ayırımı takip etmek pek isabetli görünmemektedir. Bu düşüncemizin gerekçesini bir örnek ile açıklamamız gerekirse, Roma hukukunda mallara ilişkin sona erme halleri başlığı altında ifade edilmiş olan *venditio bonorum*²⁸⁷, günümüzde açıkça mallardan ziyade cebri icra usulleri ile ilişkilidir. *Venditio bonorum* 'un günümüz hukukundaki iflas hükümleriyle yakın ilişkisini düşündüğümüzde, ortağın ortak malvarlığındaki payının iflas masasına girmesi²⁸⁸ ve dolayısıyla şirketin malvarlığının iflastan etkilenmesinin günümüzde iflasın şirketi sona erdirmeye sebeplerinden yalnızca biri olduğunu söyleyebiliriz. Ve fakat iflasın şirketi sona erdirmesinin tek sebebi bu olarak görülemez; zira ortağın kendi malları üzerinde serbestçe tasarruf yetkisini ortadan kaldıran iflas, ortağın şirket faaliyetlerinden de uzaklaşmasını zorunlu kılar²⁸⁹. Dolayısıyla iflasın yalnızca şirketin malvarlığını etkilemesi yüzünden bir sona erme sebebi olduğunun savunulması, diğer sonuçlarının gözden kaçırılmasına sebebiyet verecektir.

Özetle adi şirketin sona erme sebeplerini; sebep gerçekleşikten sonra şirketin devam etme olasılığı bulunup bulunmadığını netleştirmek ve bir sona erme sebebinin

²⁸⁵ Ali Selkor Atak, "Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi", Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2004, s. 121; Gönenç, a.g.e., s. 91.

²⁸⁶ *Gaius* tarafından geliştirilen ve hukuku kişilere, mallara ve davalara göre ayıran sistem, ayrıntılı bilgi için bkz. Umut, Ders Notları, s. 71 vd.

²⁸⁷ *Venditio Bonorum*: İflası sebebiyle müflisin tüm malvarlığının satılmasını ifade eder; Berger, a.g.e., s. 377.

²⁸⁸ Şener, Ders Kitabı, s. 90.

²⁸⁹ Murat Yusuf Akın, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2013, s. 99.

şirketin devamını namümkün kılan tüm perspektiflerden değerlendirilmesini önlemek için büyük titizlikle tasnif etmek gerekmektedir.

Biz, evvelce de belirttiğimiz gibi en az sakıncalı görünen tasnifle adi şirketin sona erme sebeplerini incelerken tüm çalışmamız boyunca yaptığımız gibi özellikle Roma hukuku ile Türk hukukunun ortak sona erme sebepleri üzerinde duracağız.

B. Adi Şirketi Kural Olarak Sona Erdiren Haller

1. Gaiplik, Ölüm ve Hukuk Nazarında Ölüm: *Capitis Deminutio*

Bilindiği gibi, sözleşmenin yapıldığı kişinin kimliğinin ve karakterinin doğrudan sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden beklediği faydayı elde etmesinde etkili olduğu, diğer bir deyişle sözleşmede karşı tarafın kişisel özelliklerinin önem arz ettiği sözleşmelerde ölüm sözleşmeyi sona erdirir²⁹⁰. *Societas* ve onun geleneğini takip eden adi şirket, ortaklar arasında güven ilişkisi gerektirdiğinden açıkça kişiliğin önem arz ettiği bir sözleşmedir ve ölüm bu şahsi ilişkiyi kopararak şirketin sona ermesine sebep olur²⁹¹. Her ne kadar ölüm olarak ifade edilse de kastedilen kişinin ve kişiliğin ortadan kalkması olduğundan, bu kavramı daha geniş düşünmek ve hak ehliyetini etkileyen tüm halleri bu kapsamda incelemek gerekmektedir. Bu bağlamda hem ölüm ve gaiplik hem de Roma hukukunda *capitis deminutio* değerlendirilmelidir.

a. Gaiplik ve ölüm

Ölüm, insan hayatını sona erdiren biyolojik bir gerçeklik olup, hukuk âlemini ilgilendiren sonuçlarından ilki tam ve sağ doğumla derhâl kazanılan kişiliği sona erdirmesidir²⁹² (TMK. m. 28). Dolayısıyla şirketin sona ermesi sonucunu ortaya çıkarabilecek ilk sebep hiç kuşkusuz ki ölümdür. Ölümün adi şirketi sona erdirdiği yorumu, TBK. m. 639'da açıkça zikredilmiş olmasaydı da bu genel hüküm sebebiyle

²⁹⁰ Örneğin çok yetenekli bir ressamla portre çizmesi hususunda yapılan eser sözleşmesinde durum böyledir; zira bu borcu borçlu ressam dışında kimse gerektiği gibi ifa edemez. Vekâlet sözleşmesinde de durum böyledir ve fakat bu kez vekilin önemi yeteneğinden değil, müvekkil ile arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanır. Bkz. Eren, a.g.e., s.1283. *Societas* 'ta bir ortağın ölümü ile şirketin sona ermesi de vekâlete benzetilerek açıklanmıştır, bkz. Zimmermann a.g.e., s. 456.

²⁹¹ Domaniç, a.g.e., s. 49; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 76; Çetiner, Bozkurt Yüksel, a.g.e., s. 265; Buckland, Textbook, s. 508; Di Marzo, a.g.e., s. 400; Gönenç, a.g.e., s. 96.

²⁹² Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 425.

kolaylıkla yapılabilirdi. Fakat anılan madde, bu kuralın yanında *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de olduğu gibi bir istisnaya da yer vermiştir.

Institutiones'te bu hususta yer alan hüküm, şu şekildedir:

Ius. Ins. 3.25.5

“Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed etsi consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit.”

“Şirket akdi bir ortağın vefatı ile de sukut eder, zira şirket akdi yapan kimse, o akdi sadece muayyen bir kimse ile yapar. Hatta müteaddit kimselerin anlaşması ile şirket kurulmuş olsa ve bir tanesi vefat etse, geriye birkaç ortak kaldığı halde, şirket akdi yine sukut eder, yeter ki şirket kurulurken, aksine anlaşma yapılmış olmasın.”

Iustinianus'un *Institutiones*'inde açıkça zikredilen istisna, sözleşmede ölüm halinde *societas*'ın devam edeceğine ilişkin hüküm bulunması halidir. Buna göre, henüz ölüm olayı gerçekleşmeden ve hatta şirket kurulma aşamasındayken şirketin devamlılığının bir ortağın ölümünden etkilenmeyeceği kararlaştırılmalıdır; ancak bu yönde bir anlaşma bulunmuyorsa, şirketin devamı mümkün değildir²⁹³.

Buraya kadar ölümün adi şirket ve *societas* üzerindeki etkileri aynı olmakla birlikte, ölümden sonra sözleşmeye kimlerle devam edileceği hususunda, adi şirketin *societas*'tan ayrıldığı haller bulunmaktadır. Roma hukukunda bir ortağın ölümü ile sağ ortakların şirkete devam edebileceği tek hal, *societas* kurulurken ortakların bu hususta anlaşması ile ölen ortağın âdeta şirketten çıkmış gibi kabul edilmesidir²⁹⁴. Günümüzde de Kanun tarafından açıkça sayılmamış olsa da mirasçıların adi şirkete alınmayarak devamının mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁹⁵ ve fakat Roma hukukundan farklı olarak buna dair bir hükmün sözleşmede bulunması zorunluluğu yoktur. Ortaklar tarafından bu hususta önceden anlaşma yapılabileceği gibi ölümden sonra da açık veya örtülü olarak, yalnızca sağ ortaklar ile şirketin devam edeceği kararlaştırılabilir²⁹⁶.

²⁹³ Williams, Oliver, a.g.e., s. 206; William Alexander Hunter, **Introduction to Roman Law**, William Maxwell & Son Pub., London, 1880, s. 124; Leage, a.g.e., s. 303.

²⁹⁴ Buckland, *Elementary Principles*, s. 278.

²⁹⁵ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 76.

²⁹⁶ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 154.

Öte yandan Türk hukukunda ölümden sonra adi şirketin devamlılığına ilişkin belirtilen esas istisna TBK. m. 639 gereği sözleşmede hüküm varsa ölen ortak yerine mirasçılarının geçmesi ve artık şirkete böyle devam edilmesidir. Bu halde mirasçılar mirası reddetmedikleri takdirde mirasın açılmasıyla başkaca hiçbir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın ortağın yerini alır ve hatta sözleşmede hüküm bulunmasa da bir ortak öldükten sonra, şirkete mirasçıları ile devam edilmesine karar verilmesi de mümkündür²⁹⁷. Buna karşın, Roma hukukunda şirkete mirasçıların katılması kesin biçimde yasaklanmıştır²⁹⁸. Bu yasağın esas gerekçesi, *societas* 'ın gerektirdiği sıkı bağıdır ve fakat sağ kalan ortaklar, ölen ortağın mirasçılarını tanımamaktadır²⁹⁹.

Her iki hukukta ayrışan noktalar bulunsa da ortak olarak şirketin kuruluşunda aranan asgari kişi şartının her daim sağlanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre ölümden sonra şirketteki ortak sayısı bire inerse şirket sona erecektir. Dolayısıyla bir ortağı ölen iki ortaklı bir adi şirkette, sağ kalan ortağın şirkete mirasçıları almadan devam etmesi hiçbir koşulda mümkün olmayacaktır.

Hukukumuzda ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kuvvetli ölüm olasılığı eşliğinde kendisinden uzun süredir haber alınamayan kişinin gaipliğine karar verilebilir ve gaiplik, kişiliği sona erdiren hallerden bir diğeridir (TMK. m. 32). Bu halde de tıpkı kişi ölmüş gibi hareket edileceğinden, gaipliğine karar verilen kişinin ortağı olduğu adi şirket, yukarıda belirtilen istisnalar dışında sona erecektir³⁰⁰.

b. *Capitis deminutio*

Günümüzde gelinen gelişmiş hukuk seviyesi ile kabulü asla mümkün olmayan *capitis deminutio*, *Gaius* 'un *Institutiones* 'inde belirttiği gibi hukuk nazarında ölüme eşdeğerdir³⁰¹. Hukuk nazarında ölüme eşdeğer olan bir kurumun, hak ehliyetini ortadan kaldırma sonucunu doğurduğunu söylemek mümkündür³⁰². Modern hukuklarda hak ehliyetine hâkim genellik ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmayan *capitis*

²⁹⁷ Şener, Ders Kitabı, s. 89.

²⁹⁸ Gönenç, a.g.e., s. 97; Tahiroğlu, Borçlar, s. 240; Bir kısım yazar ise farklı dönemlerde aksinin mümkün olduğunu öne sürmekle birlikte, sağlam gerekçeler ortaya koyamamışlardır, bkz. Watson, Later, s. 131-133. Bu kuralın tek istisnası, *societas* hükümlerinden büyük ölçüde ayrılan ve vergi toplama amacıyla özelleşmiş *societas vectigalis* 'tir; bkz. Williams, Oliver, s. 207; Atak, a.g.t., s. 125.

²⁹⁹ Max Kaser, **Roman Private Law**, Çev. Rolf Dannenbring, University of South Africa, Muckleneuk Pretoria, 1984, s. 456.

³⁰⁰ Şener, Ders Kitabı, s. 88; Tekil, a.g.e., s. 145.

³⁰¹ *Gai. Ins. 3.153 "Dicitur etiam capitis deminutione solui societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur..." "Keza şirketin capitis deminutio ile de sona erdiği söylenir, filhakika ius civile nazarında capitis deminutio ölüme muadil sayılmıştır..."*

³⁰² Umur, Lügat, s. 32.

deminutio 'nun daha rahat açıklanabilmesi ve *societas* üzerindeki sonuçlarının daha kolay ifade edilebilmesi amacıyla bu noktada, Roma hukukunda hak ehliyeti hususuna kısaca değinmek istiyoruz.

Roma, küçük bir şehir devletinden başlayarak bir imparatorluğa uzanan uzun tarihi boyunca modern hukukun şekillenmesinde büyük etki yapmışsa da, hak ve borçlara ehil olmayı ifade eden hak ehliyetine sahip olmak için modern hukukların seviyesine yaklaşamamıştır. Pozitif hukukumuzda tam ve sağ doğum bir insanın hak ehliyetine sahip olması için yeterli iken ve hatta bazı durumlarda ceninin hakları dahi koruma altına alınırken³⁰³, Roma hukukunda insanların belli başlı bazı şartları sağlamaksızın hak ehliyetine sahip olması mümkün değildir. Bu şartlar, yaşanan dönemin şartlarına uygun olarak vatandaşlık, bir aileye mensup olma ve özgürlük etrafında şekillenmiştir³⁰⁴.

Roma'da hak ehliyetini etkileyen ilk durum olan *status civitatis* olarak adlandırılan vatandaşlık durumuydu; buna göre yalnızca Roma vatandaşları hak ehliyetine sahip olurdu³⁰⁵.

Bir *pater familias* 'a bağlı olarak ve bir ailenin üyesi sıfatını taşıyor olup olmamak da yine hak ehliyetine sahip olmayı doğrudan etkileyen bir diğer durumdur³⁰⁶. *Status familiae*, yani aile durumu, bir ailenin hak ehliyetine sahip yalnızca bir kişi tarafından yönetilmesinin doğal bir sonucudur. Zira Roma'da, yalnızca *sui iuris* 'lerin³⁰⁷ hak ehliyeti olabilir.

Hak ehliyetini etkileyen son durum ise kişinin özgürlük durumunu ifade eden *status libertatis* 'tir³⁰⁸. Pek tabii ki bir kişinin hak ehliyetine sahip olabilmesi için köle olmaması, özgür olması gerekir; zira köle, Roma hukukunda bir eşya niteliğinde görülmekte olup hak ehliyetine sahip değildir.

³⁰³ Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 8; Örn. TMK. m. 582, ceninin mirasçılığını düzenlemektedir.

³⁰⁴ Hunter, a.g.e., s. 31.

³⁰⁵ Tahiroğlu, Erdoğan, a.g.e., s. 146-147.

³⁰⁶ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 127.

³⁰⁷ *Sui iuris*, kelime olarak "*kendi hukukundan*" anlamına gelmekle birlikte, hukuken bir *pater familias* 'a tabi olmadan yaşayan kişileri ifade eder. Onların hak ve borçlarının derhâl üstüne doğduğu bir *pater familias* ile ilişkileri olmadığından, bu kişiler de hak ehliyetine sahiptir. Bkz. Umur, Lügat, s. 206.

³⁰⁸ Tahiroğlu, Erdoğan, a.g.e., s. 139.

Roma hukukunda bir insanın hak ehliyetinin varlığını belirleyen bu durumların tümünü gerekli şekliyle sağlıyorsa hak ehliyetine de sahip olduğu söylenir³⁰⁹. Ve fakat bu şartların sürekli olarak ve kümülatif biçimde sağlanması gerekir. Şartlardan biri ortadan kalktığında, hak ehliyeti de son bulur ve işte bu durum *capitis deminutio* olarak adlandırılır³¹⁰. Anılan şartların tümü, toplum ve hukuk nezdinde aynı derecede önem arz etmemektedir. Bu sebeple hangi şartın ortadan kalktığına göre *capitis deminutio* farklı isimler alır ve farklı hükümler doğurur.

Capitis deminutio minima, kişinin aile durumundaki değişiklik olup³¹¹ *sui iuris* olan bir kişinin *alieni iuris* hale gelmesini ifade eder³¹². *Capitis deminutio minima*, ismiyle müsemma olarak hak ehliyetini *societas*ın sona ermesine sebep olacak kadar derinden yaralayan bir hak kaybı olarak görülmemiştir³¹³.

Bunun yanında, *status civitatis* ve *status libertatis*'teki değişiklikler hak ehliyetine *societas*'ın devamlılığını etkileyecek derecede etki yapar³¹⁴. *Capitis deminutio media*, kişinin vatandaşlık durumundaki değişiklik olup kişinin artık Roma vatandaşı olmaması halinde hak ehliyetini ortadan kaldıran hali ifade eder³¹⁵. *Societas* her ne kadar *ius gentium*'dan olsa ve yabancılar tarafından akdedilebilse de ortağın sonradan Roma vatandaşlığını kaybetmesi, *societas*'ı sona erdirir; zira *capitis deminutio*'nun etkisi, *ius gentium*'da da aynıdır³¹⁶.

Hak ehliyetini etkileyen durumlardan en önemlisi hiç kuşkusuz yokluğunda kişinin hukuk âleminde bir “insan” olarak görülmesini dahi önleyen özgürlük durumudur. Özgür bir insanın özgürlüğünü kaybederek köle haline gelmesi, *capitis deminutio maxima* olarak adlandırılır ve en ağır sonuçların doğduğu hak ehliyetinin kaybı halidir³¹⁷. Bu yaptırıma uğrayan kişinin mensubu olduğu *societas*'ın devamlılığı hiçbir koşulda mümkün değildir. Zira bir kölenin kendine ait malvarlığının bulunması, hak ve borç altına girmesi de mümkün değildir. Ortağın

³⁰⁹ Lügat, s. 202.

³¹⁰ Lügat, s. 32.

³¹¹ Lügat, s. 32.

³¹² Tahiroğlu, Erdoğan, a.g.e., s. 149, dn. 51.

³¹³ Buckland, Textbook, s. 509.

³¹⁴ Leage, a.g.e., s. 303; Williams, Oliver, a.g.e., s. 207.

³¹⁵ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 128.

³¹⁶ Buckland, Elementary Principles, s. 46.

³¹⁷ Umur, Lügat, s. 32.

özgürlüğünü kaybetmesi ile birlikte artık hak ve borç altına girmesi şöyle dursun, kendisi bir borcun konusunu oluşturabilecek niteliğe bürünmüştür.

2. Amacın Gerçekleşmesi veya İmkânsızlaşması

Bir sözleşmenin konusunun imkânsızlığı, sözleşme kurulmadan önce mevcutsa sözleşmenin kurulmasına engel olur³¹⁸; sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıktığında ise sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurur³¹⁹. Bu genel kural, TBK. bünyesinde düzenlenmiş adi şirket için de geçerlidir. Buna göre, adi şirketin amacına ulaşılması veya bu amacın imkânsızlaşması adi şirketi sona erdirecektir³²⁰; zira bir amaç etrafında toplanmak, adi şirketin esaslı unsurudur. Fakat bu halde de şirkete devam etmek mümkündür. Ortakların adi şirketin amacını değiştirmeleri ile adi şirkete tekrar nefes üflenir³²¹.

Roma hukukunda amacın gerçekleşmesinin özellikle tek bir işi görmek amacıyla kurulan *societas unius rei* için önemli bir sona erme hali olduğu söylenebilir³²². *Societas unius rei*'de, ortakların birleşme amacı spesifik tek bir işi görmekle sınırlıdır ve bu iş gerçekleştiğinde artık şirket nihai amacına erişmiş olur³²³.

3. İflas

Tüzel kişiliğe sahip olmaması sebebiyle, adi şirketin konusu tacir olarak nitelendirilmesini gereken bir işle iştigal edilmesi olsa dahi tacir sıfatının sahibi adi şirket değil, ortaklardır³²⁴. İflas yalnızca tacirlere özgü bir durum olduğundan şirketin sona ermesine sebebiyet veren bir sebep olarak iflas ile kastedilen ortaklardan birinin iflasıdır³²⁵. İflas, asliye ticaret mahkemesinin kararı ile açılır³²⁶ ve hem ortağın fiil

³¹⁸ Aybay, a.g.e., s. 61.

³¹⁹ Aybay, a.g.e., s. 165.

³²⁰ Şener, Ders Kitabı, s. 87.

³²¹ Şener, Ders Kitabı, s. 87.

³²² Leage, a.g.e., s. 303.

³²³ *Societas unius rei*'nin bu özelliğinin en iyi anlaşılacağı hal, *societas omnium bonorum* ile kıyaslanmasıdır. Ortakların tüm malvarlıklarını, mevcut ve müstakbel tüm işlemleri ve özellikle ticari gelişimleri için birleştirmeleri halinde ortaya çıkan *societas omnium bonorum*'da şirket amacı *societas unius rei*'ye göre çok daha geniş ve belirsizdir. Aynı zamanda sürekli bir edim ilişkisi içeren *societas omnium bonorum*'da amacın gerçekleşmesi, bu sebeplerle büyük önem arz etmemektedir. Fakat ortakların amacının belli ve tek olduğu *societas unius rei* için şirketin bu yegâne amacının gerçekleşmesi, mutlak bir sona erme sebebi olacaktır.

³²⁴ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 79.

³²⁵ Bu sebeple, yalnızca şirket işlemleri ile ilgili bir takip sonucu iflasın gerekmediğine dikkat edilmelidir. Bkz. Alver, a.g.e., s. 17.

ehliyeti hem de malvarlığı üzerinde doğrudan etki gösterir³²⁷. Bu sonuçların her ikisi de adi şirketin faaliyeti üzerinde olumsuz sonuç doğuracaktır.

Ortağın müflis olması ile birlikte tüm malvarlığı iflas masasına girer ve bunun yanında müflisin bu mallar üzerinde tasarruf etme imkânı ortadan kalkar³²⁸. Esasında iflasın adi şirkete etkisinin anlaşılması için, malvarlığına tüm ortakların elbirliği ile malik olduğunu ve *affectio societatis* unsuru gereği her bir ortağın aktif çalışmasının gerekliliğini akla getirmek yeterlidir. Müflisin malvarlığı üzerinde tasarruf etmesi ve adi şirketin faaliyetlerine katılması mümkün değildir. Bu sebeple kural olarak bir ortağın iflası ile adi şirket sona erer³²⁹. Ancak bir ortağın iflasına rağmen şirkete devam etmek isteyen ortakların, müflis ortağın payını hesaplayıp iflas masasına ödeyerek onu şirketten çıkarmak suretiyle şirkete devam etmesi de mümkündür³³⁰.

Roma hukukunda da bir ortağın malvarlığına tümüyle el atılması sebebiyle *societas*'ın sona erdiği haller mevcuttur. *Gaius*'un *Institutiones*'inde³³¹ *venditio bonorum* ve *cessio bonorum*, ortağın malvarlığına el atılmasıyla *societas*'ın sona erdiği haller olarak sayılmıştır. Bu metnin yanında, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan aşağıdaki metin de, *cessio bonorum*'un bir sona erme hali olduğunu ortaya koymaktadır:

Ius. Ins. 3.25.8

“Item si quis ex sociis, mole debiti praegravatus, bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia eius veneat, solvitur societas.”

“Keza, ortaklardan birisi, borçlarının çokluğu sebebiyle mallarını terk eder (cessio bonorum) ve bunun neticesi, mameleki, ammeye ve fertlere olan borçlarını tatmin etmek için satılırsa, şirket infisah eder. Fakat bu vaziyette, şirketin yeniden kurulması hakkında bir anlaşma yapılırsa, yeni bir ortaklığın başlamış olduğu anlaşılır.”

³²⁶ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 477.

³²⁷ İİK. m. 184.

³²⁸ Akın, Karahan, a.g.e., s.99.

³²⁹ Karayalçın, a.g.e., s. 155; Akın, Karahan, a.g.e., s. 99; Domaniç, a.g.e., s. 51;

³³⁰ Aksi yönde bkz. Akın, Karahan, a.g.e., s. 99.

³³¹ *Gai. Ins. 3.154* “*Item si cuius ex sociis bona publice aut pruatim uenierint, solvitur societas.*”
“Bundan başka, şeriklerden birinin malları resmi veya hususi şekilde satılırsa şirket sona erer.”

Cessio bonorum, borçlarını ödeyemeyen bir borçlunun, cebri icraya maruz kalmamak için gönüllü olarak mallarını alacaklılara terk etmesini ifade ederken³³²; *venditio bonorum* 'un ise yine aynı durumdaki borçlunun mallarının cebri icra yoluyla elinden alınarak alacaklıların tatmin edilmesi halini belirttiğini daha önce açıklamıştık. Kanaatimizce Türk Hukuku ile kıyaslanarak düşünüldüğünde *cessio bonorum* malvarlığının terki suretiyle konkordatoya³³³, *venditio bonorum* ise iflasa benzetilebilir. Her iki halde de borçlu tüm malvarlığını yitirdiğinden şirketin devam etmesi olası görünmemektedir.

4. Sürenin Dolması

Adi şirketin kuruluşu için, başlangıçta şirketin varlığını sürdüreceği bir azami süre belirlenmiş olması şart olmasa da bazı durumlarda süre belirlenebilir. Bu durumda, kural olarak bu süre dolduğunda şirket sona erecektir. Şirket için bir süre tayin edilmiş olması, şirket sözleşmesi ile devamlı bir borç altına giren ortakların bu borcunun ne zaman sona ereceğini belirlemiş olur.

Sürenin dolması, şirketin her halde kesin olarak sona erdiği anlamına gelmemekte olup, ortaklar şirketin devamına karar verebilir, bu karar açık veya örtülü olarak alınabilir³³⁴. Karar örtülü olarak alındığında³³⁵ veya şirket yeni bir süreye bağlanmadığında, belirsiz süreli hale gelir³³⁶.

Roma hukukunda ise *societas*, Türk hukukunun aksine belirsiz süreli olarak kurulamaz; her şirket belli bir noktada sona ermeye mahkûmdur³³⁷. Bu bilgiye *Digesta* 'dan erişiyoruz:

D.17.2.70 Paulus lib. 33 ad edictum

“*Nulla societatis in aeternum coitio est.*”

“*Hiçbir şirket sonsuza kadar devam etmek üzere kurulamaz.*”

³³² Umur, Lügat, s. 36.

³³³ *Karayalçın*, malvarlığının terki suretiyle konkordatoyu da şirketi sona erdiren bir hal olarak göstermiştir. Bkz. *Karayalçın*, a.g.e., s. 155.

³³⁴ Pulaşlı, Şerh, s. 94.

³³⁵ Domaniç, a.g.e., s. 51.

³³⁶ *Karayalçın*, a.g.e., s. 156; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 80; Çetiner, Bozkurt Yüksel, a.g.e., s. 266.

³³⁷ Koschaker, Ayiter, a.g.e., s. 242.

Ölüm ile *societas* 'ın sona ermesi genel bir kural olduğundan, bir şirketin azami olarak bir ortağın ömrü ile sınırlı süre için kurulduğu kabul edilir³³⁸. Diğer bir deyişle, ortaklar şirket için bir süre kararlaştırmamış olsalar dahi bu durumda dahi şirket sonsuz değildir, zira ortaklar ölümsüz değildir ve bir ortağın ölümü ile şirket kaçınılmaz biçimde sona erecektir³³⁹.

C. Adi Şirketi İradi Olarak Sona Erdiren Haller

1. Genel Olarak

İrade, her sözleşmenin kurucu unsuru olup adi şirkette özel bir öneme sahiptir. Buna göre şirketin devamlılığı için her daim buna dair bir istek bulunmalıdır. Aksi halde şirket son bulacaktır ve bu halde şirket sözleşmesinin rızai olarak akdedilmesi gibi iradi olarak son bulduğundan söz edilir³⁴⁰.

Bir sözleşmenin iradi olarak sona erdirilmesi, temelde kişinin iradesinden yola çıkarsa da bu irade, farklı sözleşmelerin özelliklerine ve farklı koşullara göre farklı sonuçlar ortaya çıkarır ve bu sebeple farklı başlıklara ayrılır³⁴¹. Sonuçları farklı olabileceğinden, öncelikle adi şirkette ortakların şirketi sona erdirmeye yönelik iradelerinin hukuki nitelendirmesini yapmakta fayda görmekteyiz.

Bilindiği üzere adi şirket sözleşmesi, *affectio societatis* unsuru sebebiyle ortaklar ile şirket arasında sıkı bir bağlılık, şirketin devamlılığı için aktif bir çalışma gerektirir. Özetle ortakların borcu, bir veya birkaç kez ifa ile ortadan kalkmamakta, şirket süresi boyunca devam etmektedir. Ortak, şirket devam ettiği sürece şirkette aktif olarak çalışmak zorundadır. Dolayısıyla adi şirket sözleşmesi, sürekli edimli borç ilişkisi doğurur³⁴². Bu sebeple, adi şirket sözleşmesini sona erdirmeye yönelik iradenin, sona erme etkisini geriye dönük yaratması hakkaniyete aykırı olabilir. Öte

³³⁸ Tahiroğlu, Borçlar, s. 240;

³³⁹ Bu husustaki istisnalara, şirketin ölüm halinde sona ermesi hususunda değinilmiştir. Bu noktada, adi şirketin sona erme sebepleri arasındaki ilişkiye dikkat çekmek istiyoruz. İleride feshi ihbar mevzuunda açıklayacağımız gibi, Türk hukukunda da adi şirketin süresinin bir ortağın ömrüne bağlı olarak belirlenmesi halinde adi şirketin belirsiz süreli olarak kurulduğu kabul edilir ve bu bahisle adi şirketin bir ortağın yaşam süresi şirketin sona ermesi için bir çizgi olarak belirlendiğinde şirketin feshini ihbar mümkün olur. Fakat Roma hukukunda durum tam tersi olduğundan, bu halde şirket feshedilirse ortağın sorumluluğu doğar ve ortağa karşı *actio pro socio* açılabilir. bkz. *D.17.2.14*.

³⁴⁰ Pitt Cobbett, "Partnership in Roman and English Law", *Law Magazine and Law Review*, Vol. 12, No. 3, 1887, ss. 219-248, s. 238.

³⁴¹ Eren, a.g.e., s. 1284 vd.

³⁴² Altınok Ormancı, a.g.e., s. 77.

yandan aynı durum, üçüncü kişilerle kurulmuş olan hukuki ilişkileri de yok sayacak ve hukuki işlem güvenliğini olumsuz etkileyecektir.

Son olarak, şirketin iradi olarak sona erdirilmesi, kural olarak tüm ortakların oybirliği ile yapılırsa da³⁴³ bu tek yol değildir. Tek ortağın bu yöndeki iradesi ile dahi şirket tümüyle sona erebilir.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, ortağın iradesinin sözleşmeyi fesih olarak etki doğurduğu ve dolayısıyla bu şekilde adlandırılmasının isabetli olduğu görülecektir. Bu açıdan, TBK.'nın adlandırması isabetli olup takip edilmelidir.

TBK.'daki tabir açıkça fesih olduğu halde ortağın iradesinin fesih niteliği taşıdığına açıklanmasına önem verilmesi garip karşılanmış olabilir ve fakat bu açıklamalar yersiz değildir; zira Roma hukukunda bir ortağın iradesi ile şirketi ortadan kaldırması, birçok yazar tarafından³⁴⁴ “çekilme” olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce ortağın niyet ve iradesinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde şirketin sona ermesini sonuçlaması, sözleşmenin sürekli edim borcu yüklemesi ve dolayısıyla hakkaniyet gereği sona ermenin geçmişe yürümemesi, bir yapbozun parçaları gibi birleştirildiğinde ortağın iradesinin bir “çekilme” değil, fesih olduğu açıkça görülecektir.

Adi şirketin devamlılığı için ortakların başlangıçtaki iradesinin sürekli olarak bulunması gerektiğini belirten ve Türk hukukuna temel olan kurala, *Gaius*'ün *Institutiones*'inde aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

Gai. Ins. 3.151

“Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseuerant; at cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur...”

“Şirket, taraflar bu husustaki rızalarında sebat ettikleri müddetçe devam eder; fakat birisi şirketten vazgeçerse, şirket de sona erer...”

Pek tabii ki bu genel kural, Roma hukukundan günümüze tümüyle ortaya çıktığı dönemdeki şekli ile kabul edilmemiştir. Günümüzde ortakların iradesi ile şirketi ortadan kaldırması hali, birden fazla maddede ve bentte açıklanmış, pek çok

³⁴³ Akın, Karahan, a.g.e., s. 101.

³⁴⁴ Umur, Ders Notları, s. 372; Rado, Borçlar, s. 115; Tahiroğlu, Borçlar, s. 240; Di Marzo, a.g.e., s. 401.

farklı kurala bağlanmıştır. Sıklıkla hareket noktası Roma hukuku olsa da, kayda değer farklılıklar mevcut olup bu farklılıklara sırasıyla değinilmeye çalışılacaktır.

2. Oybirliği ile Fesih

Kanun'da zikredilen ilk fesih hali, ortakların oybirliği ile fesihtir. Fesih, tüm ortaklar tarafından istendiği halde bu kararı bir şirket kararı gibi değerlendirmek gerekir ve olağanüstü şirket kararlarının tabi olduğu usul olan oybirliği ile alınması gerekir. Oybirliği ile fesih, şirketin devam ettiği her an yapılabilecektir³⁴⁵. Oybirliği ile fesih için, herhangi bir sebebin gerçekleşmesi gerekmediği gibi, şirketin bir süreye bağlanıp bağlanmadığı da önem arz etmez³⁴⁶. Şirkete devam etmeye ilişkin iradenin tüm ortaklarda ortadan kalkması üzerine ortakların alacağı karar ile şirket sona erer.

Roma hukukunda da ortakların oybirliği ile şirkete son vermesi mümkündür³⁴⁷.

3. Feshi İhbar ve *Renuntiatio*

Türk hukukunda tek bir ortağın şirketi sona erdirmesine imkân sağlayan fesih hakkı, kötüye kullanılmaya müsait olduğundan oldukça detaylı olarak düzenlenmiş ve koşulları hiçbir belirsizliğe mahal bırakmayacak biçimde belirlenmiştir. Buna göre, ortağın fesih hakkına sahip olmasını etkileyen pek çok unsur vardır. Bunlardan ilki ve en önemlisi, şirket faaliyetlerinin bir süre ile sınırlandırılmış olup olmadığıdır.

Kuruluşunda şirketin faaliyetleri için azami bir süre belirlenmemiş olan şirketler ve adi şirketin sona erme sebepleri arasında süre bahsinde de belirttiğimiz gibi bir süre belirlenmiş olmasına ve bu süre dolmasına rağmen devam edilen şirketler, belirsiz süreli olarak değerlendirilir. Kural olarak, yalnızca belirsiz süreli olarak kurulmuş şirketlerde fesih mümkündür³⁴⁸. Ancak süresi, bir ortağı kendinden beklenemeyecek seviyede uzun bağlayacak şirketler ve bir ortağın ölümü gibi belirsiz bir süreye bağlayan şirketler bu kuralın istisnasıdır. Bu şirketler esasında süreli gibi görünse de, ilkinde orantısız ve hatta kişilik haklarına aykırı³⁴⁹ bir durum

³⁴⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 157;

³⁴⁶ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 465.

³⁴⁷ Buckland, *Textbook*, s. 508; Atak, a.g.t., s. 131.

³⁴⁸ Pulaşlı, *Şerh*, s. 94; Şener, *Ders Kitabı*, s. 95; Bahtiyar, a.g.e., s. 44; Domaniç, a.g.e., s. 52; Poroy, *Tekinalp, Çamoğlu*, a.g.e., s. 80.

³⁴⁹ Altınok Ormancı, a.g.e., s. 82.

mevcuttur; ikinci olasılıkta ise belirlenmiş olan ölüm süre değil, belirsiz vade niteliğindedir³⁵⁰.

Adi şirketin belirsiz süreli olması, kişiden beklenemeyecek kadar uzun süreli kurulmuş olması ve şirketin bir ortağın ölümüne bağlı olarak kurulmuş olması hallerinde fesih, ihbardan 6 ay sonra (TBK. m. 640/1) ve ancak hesap yılının sonunda (TBK. m. 640/2) hüküm doğurur.

Belirli süreli adi şirketlerde ise şirketin tek bir ortağın iradesi ile feshedilebilmesi, ancak şirket kurulurken bu imkânın ortaklara tanınmış olması ile mümkündür³⁵¹. Aksi halde adi şirketin feshedilmesi, haklı bir sebep veyahut ortakların oybirliği olmadıkça mümkün olmayacaktır.

Fesih, tüm ortaklara ulaşan bir irade beyanı ile kullanılmalıdır³⁵². Fesih iradesini içeren beyanın bir şekilde uygun olarak yöneltmesi gerekmez³⁵³. Ortaklara tanınan fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğundan³⁵⁴ diğer ortakların kabulüne bağlı değildir.

Tüm bunları ayrıntılıca düzenleyerek her türlü kötüye kullanımı önlemeyi amaçlayan Kanun, aynı zamanda genel bir kural olarak feshin dürüstlük kurallarına aykırı kullanılmayacağını da düzenlemiş ve hatta şirketin uygunsuz zamanda feshini, dürüstlük kurallarına aykırı bir örnek olarak hususiyetle saymıştır (TBK. m. 640/2). Bu sayede feshin kötüye kullanılmasının her şekilde önüne geçilmeye çalışılmakla birlikte, hem bu fıkranın hem de ortaklara tanınan fesih hakkının Romanist bir temeli bulunmaktadır.

Roma hukukunda bir ortağın şirketi iradesiyle feshetmesi, *renuntiatio* adıyla anılır ve günümüzdeki gibi şirketin süreli olup olmamasına göre farklı uygulamalar görülür. Örneğin, Roma hukukunda, Türk hukukunun aksine süreli olarak kurulmuş şirketlerde de fesih hakkı kullanılabilir³⁵⁵.

³⁵⁰ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 255.

³⁵¹ Pulaşlı, Şerh, s. 94; Şener, Ders Kitabı, s. 95; Bahtiyar, a.g.e., s. 44; Domaniç, a.g.e., s. 52; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 80.

³⁵² Şener, Ders Kitabı, s. 95;

³⁵³ Ana kural bu olmakla birlikte istisnai olarak, adi şirketin işlemleri gereği ortakların tacir olduğu durumlarda TTK. m. 18/3 uygulanmalıdır. Bkz. Akın, Karahan, a.g.e., s. 102.

³⁵⁴ Akın, Karahan, a.g.e., s. 102.

³⁵⁵ Leage, a.g.e., s. 303; Buckland, Textbook, s. 508.

Roma hukukunda *renuntiatio*, tüm şirkete hâkim olan genel ilkeye, iyi niyete tabi olarak kullanılmalıdır³⁵⁶ ve iyi niyete aykırı olarak fesih hakkını kullanan ortağa şirketin genel sorumluluk davası *actio pro socio* yöneltilebilir³⁵⁷. Süreye aykırı fesih de, mümkün olmakla birlikte iyi niyete aykırı görüldüğünden müeyyidelendirilmiştir³⁵⁸. Ağır sonuçlarına daha evvel değindiğimiz *actio pro socio*, *renuntiatio* 'nun kötüye kullanıldığı her halde ana müeyyide olmakla birlikte, diğer ortakların zararına katılmamak veyahut kendi müstakbel karını onlarla paylaşmamak gibi saiklerle kullanıldığında farklı ek müeyyideler de uygulanmıştır³⁵⁹.

D.17.2.65.3 Paulus lib. 32 ad edictum

“Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnus attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio...”

*“Söylendiği gibi, bütün ortaklar devam etmeme konusunda anlaşmış olduğunda şirket sona erer. Fakat sadece bir tanesi (ortak) feshederse? Cassius şöyle yazar, bu suretle hareket eden ortak, kendisini diğer ortaklardan kurtarmaz, diğer ortakları kendisinden kurtarmış olur. Renuntiatio kötüniyetle yapılmışsa buna kesinlikle uyulacaktır, örneğin *societas omnium bonorum* (tüm mallar ortaklığı) kurulmasından sonra, ortak kendisine bir mirasın kalacağını gördü ve bu nedenle çekildi: Bu durumda, *actio pro socio* ile kazancı paylaşmaya zorlanabilirken, miras ona borç yüklerse, borç fesheden ortağa ait olur...”*

Paylaşılan metin, bu müeyyideyi net bir örnekle ortaya koymaktadır. Buna göre, ortaklarından mal kaçırma amacıyla şirketi fesheden ortak elde ettiği mallardan ortaklarla birlikte faydalanmaya mecbur bırakılabilecek ve fakat şirketin sağladığı imkândan, borçların da birlikte omuzlanmasından, faydalanamayacaktır.

³⁵⁶ Phillimore, a.g.e., s. 274; Gönenç, a.g.e., s. 106.

³⁵⁷ Tahiroğlu, Borçlar, s. 240.

³⁵⁸ Gönenç, a.g.e., s. 108.

³⁵⁹ Cobbett, a.g.m., s. 238.

Son olarak, *renuntiatio* ile sona erdirilen şirkete, diğer ortakların devam etmesi mümkün değildir. Şirketi devam ettirmek isteyen ortakların artık yeni bir şirket kurması gerekmektedir³⁶⁰.

4. Haklı Sebep Fesih

Ortakların fesih hakkını kullanmak istemesinin sebebi, ortaklar için şirketin devamlılığını veya şirketin amacına ulaşmasını zorlaştıracak bir sebep olabilir; bu sebep, haklı sebep olarak adlandırılır³⁶¹. Haklı sebep fesih, süreli veya belirsiz süreli tüm şirketler için kullanılabilir ve kısıtlanamayan bir haktır³⁶².

Haklı sebep feshine, başvuru üzerine mahkeme tarafından karar verilir. Mahkemeye başvuru üzerine mahkeme, haklı sebebin varlığını inceleyecek, mevcudiyetine karar verirse şirketin feshine hükmedecektir³⁶³. Kanun, haklı sebepleri belirlemediğinden bu hususta doktrine başvurulur. Doktrinde çoğunlukla bir ortağın şirkete ihanet etmesi³⁶⁴, sorumluluklarını ihlal etmesi³⁶⁵ gibi ortaklar arasındaki ilişkiyi zayıflatacak sebepler haklı sebep olarak gösterilmiştir. Bunun yanında, ortaklara kanuni olarak yüklenen, rekabet etmeme yükümlülüğü gibi diğer yükümlülükler de haklı sebebin belirlenmesinde başvurulabilir.

Mahkemenin aldığı fesih kararı ile şirket feshedilmiş olur; ancak bu ana kadar şirket devam eder³⁶⁶. Haklı sebep fesih, yargılama sürelerinin çok uzun olması ve bu süre boyunca şirketin devam etmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlara gebe olması sebebiyle eleştirilmektedir³⁶⁷.

D. Adi Şirketin Sona Ermesinin Sonuçları

1. Ortaklar Açısından

Adi şirketi sona erdiren bazı hallerden ortakların haberdar olmamaları mümkündür. Örneğin bir ortağın ölümünde durum böyledir. İşte bu durumda diğer ortakların ve şirket ile işlem yapacak olan üçüncü kişilerin zarar görmemesi için

³⁶⁰ Zimmermann, a.g.e., s. 455.

³⁶¹ Akın, Karahan, a.g.e., s. 104.

³⁶² Şener, Ders Kitabı, s. 94.

³⁶³ Tekil, a.g.e., s. 146.

³⁶⁴ Şener, Ders Kitabı, s.93; Domaniç, a.g.e., s. 54.

³⁶⁵ Domaniç, a.g.e., s. 54.

³⁶⁶ Akın, Karahan, a.g.e., s. 104; Pulaşlı, Şerh, s. 96; Şener, Ders Kitabı, s. 94.

³⁶⁷ Altınok Ormancı, a.g.e., s. 217-218.

kanun koyucu, ölen ortağın mirasçılarına ölüm olayının diğer ortaklara hemen bildirilmesine ilişkin bir görev yüklemiştir³⁶⁸. Bunun yanında mirasçıların, diğer ortaklar gerekli işlemleri yapana ve ölen ortağın görevini üstlenecek bir kişi belirleyene kadar şirket işlerine devam etmesi de gerekir³⁶⁹.

Adi şirketin sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesinden sonra, yönetim yetkisine sahip ortakların bu yetkisi de sona erer; ancak yönetim yetkisinin sona ermesi için yönetici ortağın sona ermeyi öğrenmesi veya gerekli özeni gösterdiğinde öğrenebilmesi gerekir (TBK. m. 641/1).

2. Malvarlığı Açısından

Adi şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda adi şirket kendiliğinden ortadan kalkmaz ve fakat tümüyle ortadan kalkması için tasfiyeye girer³⁷⁰. Tasfiyenin amacı şirketin alacaklarını tahsil edip borçlarını ödedikten sonra, kalan aktif veya pasif ortaklar arasında paylaşılır ve şirketi tümüyle ortadan kaldırmaktır.

Şirketin sona ermesi ile birlikte, ortakların üçüncü kişilere karşı sorumlulukları son bulmayıp devam ettiğinden şirketin borçlarının ifası gerekir (TBK. m. 645). Bu borçların ödenmesinden sonra kalan malvarlığından ortakların şirkete getirdikleri katılım paylarının değer olarak karşılıkları ortaklara ödenir. Şirkete katılım payı olarak getirilen aynı unsurlar, şirkete getirilen şekliyle iade edilmez (TBK. m. 642/1).

Kimi hallerde şirket kar elde etmiş ve borçlardan sonra katılım paylarını da ödeyip halen bir malvarlığına sahip olabilir. Bu durumda şirketin kalan malvarlığı, ortaklar arasında paylaşılır. Öte yandan aksinin de gerçekleşmesi mümkündür; şirket zarar etmiş olabilir. Bu durumda da şirket malvarlığı ile karşılanamayan tüm zararın paylaşılması söz konusu olacaktır. Her halde, şirketin tam anlamıyla ortadan kalkması için bu tasfiye işlemlerinin yapılması ve şirket adı altında oluşturulmuş ortak malvarlığının paylaşılması gerekecektir.

³⁶⁸ Karayalçın, a.g.e., s. 160; Bahtiyar, a.g.e., s. 44; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 77; Alver, a.g.e., s. 19; Tekil, a.g.e., s. 147.

³⁶⁹ Bahtiyar, a.g.e., s. 44; Alver, a.g.e., s. 19.

³⁷⁰ Çetiner, Bozkurt Yüksel, a.g.e., s. 267; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, a.g.e., s. 75; Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 863.

Roma hukukunda da, *societas*'ın tam anlamıyla ortadan kaldırılabilmesi için *actio communi dividundo* 'nun açılması gerekir³⁷¹.

³⁷¹ Koschaker, Ayiter, a.g.e., s. 242; Rado, Borçlar, s. 115. Daha evvel *actio communi dividundo* 'dan ayrıca bahsettiğimizden ve bu dava esasında şirkete özgü değil ve fakat ortak malvarlığının giderilmesine yönelik olduğundan burada yalnızca değinmekle yetindik, ilgili kısım için bkz. s. 38 vd.

V. SONUÇ

Adi şirket, iki veya daha fazla kişinin iktisadi veya ideal bir amacı elde etmek amacıyla emeklerini, mallarını veya hem emeklerini hem de mallarını ortaya koyarak kurdukları bir sözleşme olup, Roma hukukunda ortaya çıkmıştır. Roma hukukunda *societas* olarak adlandırılan bu sözleşme, *pater familias*'ın ölümü ile geride kalan mirasçıların hep birlikte terekeye malik olması şeklinde özetlenebilecek, *ercto non cito* veya diğer adı ile *consortium*'dan ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, günümüzde şirketler hukukunun temelini miras hukukunda atıldığını söylemek mümkündür.

Günümüzde adi şirkete hâkim olan pek çok ilke, *ercto non cito*'dan gelmektedir. Zira *ercto non cito*'da ortaklar arasında kardeşler olduğundan, ortakların arasında bir samimiyet ve güven ilişkisinin varlığı her daim bulunmalıdır. Öte yandan, hem *societas* hem de adi şirketin ortaklardan bağımsız bir kişiliği bulunmamakta, tüm hak ve borçlar doğrudan ortaklar üzerinde doğmakta ve her işlem kural olarak bizzat ortaklar tarafından yapılmaktadır. Bu durum, ortaklar arasındaki ilişkinin sıkı olmasını gerektirmektedir.

Roma hukukunda *societas*, ortaklar arasında bir *communio* oluşturur. *Communio*, ortaçağ hukukçuları tarafından *condominium* olarak anılmaya başlanmış ve günümüz hukukunda karşılığının paylı mülkiyet olduğu savunulmuştur. Adi şirkette ise ortaklar, malvarlığına elbirliği ile maliktirler. İlk bakışta her iki uygulama birbirinden farklı görünse de, Türk hukukunun düzenlemeleri irdelendiğinde Roma hukuku uygulamasının takip edildiği fark edilir. Bunun üzerine, *communio* ve *condominium* incelendiğinde paylı mülkiyetin anlamını birebir karşılamadıkları, elbirliği mülkiyetine benzediği noktaların oldukça fazla olduğu görülmüştür.

Societas'ın hükümleri ile adi şirketin hükümleri arasında da bir paralellik göze çarpar. Kazanç ve zararın paylaşımı, ortakların birbirlerine karşı sorumluluğu, adi şirketin yönetimi ve temsili hususlarının tümünde ortak bir çizgide yürüdüğü saptanmıştır. Bu hususta özellikle *societas leonina*, sorumluluk bahsi ve *actio pro socio* özel bir önem görmeyi hak etmektedir.

Hem Roma hukukunda hem de Türk hukukunda, kazanç ve zarar paylaşımında benzer hükümler uygulanmakla birlikte, kazanç ve zarar paylaşımında bir veya birden fazla ortağın kazancı, diğer ortak veya ortakların ise zararı alması yasaklanmış ve bu durum Roma’da *societas leonina* olarak adlandırılmıştır. *Societas leonina*, Türk hukukunda “aslan payı şirketi” olarak anılmakta ve adı ile dahi terk edilmediğinden aradaki bağlantıyı vurgulamakta oldukça önemlidir.

Öte yandan Türk hukukunda sorumluluk bahsinde halen Roma hukukunda ortaya çıkan prensipler uygulanmaya devam etmektedir. *Societas* ve adi şirkette ise, bir ortağın sorumluluğu hafif ihmâl kusur derecesinin kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütü ile takdir edilir. Yine ismen dahi değiştirilmeye gerek duyulmayan bu ölçüt, Roma hukukunda *diligens quam in suis* adı ile anılmaktadır. *Societasta* bir ortağın sorumluluğuna gitmek isteyen ortak, ona karşı *actio pro socio* ikame edebilir. Yine bu dava da, içeriğindeki bazı değişikliklere rağmen şirketler hukuku için önem arz eden bir dava olup hukukumuzda varlığını sürdürmektedir.

Son olarak, *societas* ve adi şirketin sona ermesinde de pek çok sebep benzeşmekte ve hatta bazen çakışmaktadır. Adi şirketin sona ermesini düzenleyen TBK. m. 639’da sayılan bazı haller, Roma hukukunda mevcut olmasa da; ölüm, iflas, sürenin dolması, amacın gerçekleşmesi veya imkânsızlaşması ve fesih gibi sebepler aynıdır. Üstelik adi şirkette bir sona erme sebebinin gerçekleşmesi ile şirketin tasfiyeye girerek malvarlığının paylaşılması ve *societas*’ta Latince adı ile *actio communi dividundo*’nun açılması dahi benzerlik göstermektedir.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda gerek uygulama gerek teori perspektifinden bakıldığında oldukça büyük önem arz eden adi şirket, Roma hukukunda *societas* adıyla ortaya çıkmakla kalmamış, pek çok noktada onun uygulamalarını takip etmiştir. Üstelik çalışma esnasında, adi şirketin birçok alana el uzatması sebebiyle yalnızca adi şirket ve *societas* benzerliği değil, bu alanların da kıyası yapılabilmüş; Roma hukuku ile Türk hukukunun benzerlikleri bir kez daha ortaya konmuştur.

VI. KAYNAKLAR

KİTAPLAR

ARMAOĞLU, F. (2010). **19. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1789-1914)**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 6. Baskı.

AKIN M. Y. (2013), **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2.Baskı.

AKINCI Ş. (2019), **Roma Borçlar Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 10.Baskı.

AKINTÜRK T., ATEŞ D. (2019), **Borçlar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 28.Baskı.

AKİPEK J. G., AKINTÜRK T., ATEŞ D. (2019), **Kişiler Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 15.Baskı.

AKİPEK J. G. (1973), **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar): Mülkiyet**, Sevinç Matbaası, Ankara, 2.Baskı.

AKSARAY B. (2012), **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.

ALTINOK ORMANCI P. (2011), **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

ALVER C. (1988), **Adi Ortaklık**, y.y., Ankara.

AŞKAN C. (2003), **Adi Şirketin Yönetimi**, Adil Yayınevi, Ankara.

AYAN M. (2016), **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 11.Baskı.

AYAN M. (2015), **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, Mimoza Yayınları, Konya, 8.Baskı.

AYBAY A., AYBAY R., PEHLİVAN A. (2020), **Hukuka Giriş**, Der Yayınları, İstanbul, 23.Baskı.

- AYBAY A. (2016), **Borçlar Hukuku Dersleri** Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 14.Baskı.
- BAHTİYAR M. (2017), **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 12.Baskı.
- BARLAS N. (2016), **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 4.Baskı.
- BİLGİLİ F., DEMİRKAPI E. (2018), **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora Yayıncılık, Bursa, 6.Baskı.
- BIRKS P. (2014), **The Roman Law of Obligations**, Oxford University Press, Oxford.
- BUCKLAND W. W. (1921), **A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, London.
- BUCKLAND W. W. (1912), **Elementary Principles of the Roman Private Law**, Cambridge at the University Press, Cambridge.
- BUCKLAND W. W., MCNAIR A. D. (1952), **Roman Law & Common Law**, Cambridge at the University Press, 2nd Edition.
- ÇETİNER S., BOZKURT YÜKSEL A. E. (2017), **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 4.Baskı.
- DI MARZO S. (1954), **Roma Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- DOĞANAY Y. Ü. (1968), **Adi Şirket Akdi (Akdin Kurulması, Unsurları, Hükümsüzlüğü)**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul.
- DOMANIÇ H. (1970), **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 3.Baskı.
- DURAL M., ÖĞÜZ T. (2013), **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 14.Baskı.
- ERDOĞAN C. (1985), **Açıklamalı ve İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) ve Şuf'a Davaları**, Sevinç Matbaası, Ankara.

- ERDOĞMUŞ B. (2019), **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 11.Baskı.
- ERDOĞMUŞ B. (2018), **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 7.Baskı.
- EREN F. (2016), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 20.Baskı.
- ESENER T. (1969), **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- GÖNENÇ F. İ. (2004), **Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas)**, Der Yayınları, İstanbul.
- HATEMİ H., GÖKYAYLA K. E. (2017), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 4.Baskı.
- HONIG R. (1935), **Roma Hukuku Dersleri**, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul.
- HUNTER W. A. (1880), **Introduction to Roman Law**, William Maxwell & Son Pub., London.
- JOLOWICZ H. F., NICHOLAS B. (1932), **A Historical Introduction to the Study of Roman Law**, Cambridge at the University Press.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Ö. (2015), **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 5.Baskı.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Ö. (2019), **Roma Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 18.Baskı.
- KARAGÖZ ÇOKYAŞAR H. (2003), **İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi ve Türk Hukukuna Etkisi**, Epigon Yayınları, İstanbul.
- KARAYALÇIN Y. (1973), **Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 2.Baskı.
- KASER M. (1984), **Roman Private Law**, Çev. Rolf Dannenbring, University of South Africa, Muckleneuk Pretoria, 4th Edition.
- KILIÇOĞLU A. M. (2012), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi,

Ankara, 15.Baskı.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., HATEMİ H., SEROZAN R., ARPACI A. (1994),

Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme – Dışı Sorumluluk

Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.

KOSCHAKER P., AYİTER K. (1977), **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma**

Özel Hukukunun Ana Hatları, Sevinç Matbaası, Ankara.

KURU B., ARSLAN R., YILMAZ E. (2013), **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin

Yayımları, Ankara, 27.Baskı.

LEAGE R. W. (1909), **Roman Private Law**, Macmillan & Co., London, 2nd

Edition.

MACKELDEY F. (1883), **Handbook of the Roman Law**, Çev. Moses A. Dropsie,

T. & J. W. Johnson & Co., Philadelphia, 14th Edition.

NICHOLAS B. (1965), **An Introduction to Roman Law**, Oxford at the Clarendon

Press.

NOMER H. N., ERGÜNE S. (2019), **Eşya Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık,

İstanbul, 7.Baskı.

OĞUZMAN M. K., ÖZ M. T. (2014), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**,

Vedat Kitapçılık, İstanbul 12.Baskı.

OĞUZMAN M. K., SELİÇİ Ö., OKTAY-ÖZDEMİR S. (2014), **Eşya Hukuku**, Filiz

Kitabevi, İstanbul, 17.Baskı.

OĞUZMAN M. K., SELİÇİ Ö., OKTAY-ÖZDEMİR S. (2018), **Kişiler Hukuku**,

Filiz Kitabevi, İstanbul 17.Baskı.

OĞUZOĞLU C. (1959), **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayımları, Ankara.

OLIVER D. T., WILLIAMS W. N. (1910), **Roman Law Examination Guide**,

Butterworth&Co. Law Publishers, London, 3rd Edition.

- Phaedrus* (1992), **The Fables of Phaedrus**, Çev. P. F. Widdows, University of Texas Press.
- PHILLIMORE J. G. (1863), **Private Law Among The Romans From The Pandects**, Macmillan & Co.
- POROY R., TEKİNALP Ü., ÇAMOĞLU E. (2014), **Ortaklıklar Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 13.Baskı.
- PRICHARD A. M. (1964), **Leage's Roman Private Law**, Macmillan&Co., London, 3rd Edition.
- PULAŞLI H. (2017), **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 5.Baskı.
- PULAŞLI H. (2014), **Şirketler Hukuku Şerhi: Cilt I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2.Baskı.
- RADO T. (2018), **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 14.Baskı.
- SCHULZ F. (1936), **Principles of Roman Law**, Oxford at the Clarendon Press.
- SEROZAN R. (2018), **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 8.Baskı.
- SİRMEN A. L. (2018), **Eşya Hukuku**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 6.Baskı.
- SOHM R. (1970), **The Institutes: A Textbook of the History and the System of Roman Private Law**, Augustus M. Kelley Publishers, New York, 3rd Edition.
- ŞENER O. H. (2008), **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞENER O. H. (2015), **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2.Baskı.
- ŞENYÜZ D. (2012), **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 6.Baskı.

- TAHİROĞLU B., Erdoğan B. (2012), **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınevi, İstanbul, 8.Baskı.
- TAHİROĞLU B. (2012), **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2.Baskı.
- TEKİL F. (1981), **Şirketler Hukuku**, y.y., İstanbul.
- TEKİNAY S. S. (1979), **Borçlar Hukuku**, Sermet Matbaası, İstanbul, 4.Baskı.
- TOPUZ M. (2020), **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2.Baskı.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR G. (2008), **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- UMUR Z. (1990), **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2.Baskı.
- UMUR Z. (1985), **Roma Hukuku Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul,
- UMUR Z. (1983), **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- WATSON A. (1962), “Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae”, **Revue Internationale Des Droits De L’antiquité**, Vol.9.
- WATSON A. (1985), **The Evolution of Law: The Roman System of Contracts**, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- WATSON A. (1965), **The Law Of Obligations In The Later Roman Republic**, Oxford at the Clarendon Press, Oxford.
- WATSON A. (2008), **The Spirit of Roman Law**, The University of Georgia Press, Athens & London.
- YAVUZ C., ACAR F., ÖZEN B. (2014), **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 13.Baskı.
- YONGALIK A. (2010), **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- ZIMMERMANN R. (1996), **The Law of Obligations: Roman Foundations of the**

Civilian Tradition, Oxford University Press.

MAKALELER

COBBETT P. (1887), “Partnership in Roman and English Law”, **Law Magazine and Law Review**, Vol. 12, No. 3, ss. 219-248.

DAUBE D. (1938), “Societas as Consensual Contract”, **The Cambridge Law Journal**, Iss. 3, Vol. 6, ss. 381-403.

DE ZULUETA F. (1935), “The New Fragments of Gaius Part II: Societas Ercto Non Cito”, **The Journal of Roman Studies**, Vol. 25, ss. 19-32.

DİNÇER ARAZ N. (2020), Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (*Diligentia*)”, **DEUHFD**, C.22, S.1, ss. 171-218.

HAMAMCIOĞLU E., KARAMANLIOĞLU A. (2016), “Adi Şirket Sözleşmesinde Şekil”, **MARUHAD Cevdet Yavuz’a Armağan**, C.22, S.3, ss. 1303-1331.

HAUSMANINGER H. (1985), “*Diligentia Quam in Suis*: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law”, **Cornell International Law Journal**, Vol.18, Iss.2, ss. 179-202.

KIRCA İ. (2000), “Adi Şirketin Temsiline İlişkin İki Sorun”, **BATİDER**, C.20, S.4, ss. 63-71.

POLOJAC M. (2013), “Societas and It’s Management”, **Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies**, Vol. 2, No. 1, ss. 143-151.

PULAŞLI H. (2016), “Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. 32, S. 32.

RANDAZZO S. (2005), “The Nature of Partnership in Roman Law”, **Australian Journal of Legal History**, Iss. 1, Vol. 9 , ss. 119-130.

VAN WARMELO P. (1957), “Aspects of Joint Ownership in Roman Law”,

Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review, Vol.25, No.2,
ss. 125-195.

YILDIZ B. (2006), “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK
m.137 Hükümündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin
Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. 55 S. 1, ss. 58-90.

ZİLELİOĞLU H. (1987), “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir
Bakış”, **AÜHFD**, C.39, S.1, ss. 241-264.

ANSİKLOPEDİLER

BERGER A. (1953), **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, American
Philosophical Society, Philadelphia.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

DOMINGO OSLE R., “The Law of Property in Ancient Roman Law”, 2017.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984869

MOMMSEN T., KRUEGER P., *Iustiniani Digesta*, 1929.

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>

SCOTT S. P., *The Digest of Justinian*, 1932.

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm

TEZLER

KURŞAT Z. (2007), “Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi”, Doktora Tezi, İstanbul
Üniversitesi, İstanbul.

DİĞER KAYNAKLAR

Iustinianus Institutiones, Çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

MOYLE J. B. (1937), **The Institutes of Justinian**, Oxford University Press, Oxford 5th Edition.

BAVIERA J. (1968), **Fontes Iuris Romani Anteiustiniani**, Pars Altera, Firenze.

Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, Çev. Türkan Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.

ÖZGEÇMİŞ

Gülce EREK, 1996 yılında Tokat'ın Erbaa ilçesinde dünyaya gelmiştir. İlkokul eğitimini burada tamamladıktan sonra eğitim hayatına Beşiktaş Sakıp Sabancı Anadolu Lisesi'nde devam etmiştir. 2013 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başlamış ve buradaki eğitimini ise 2017 yılında noktalamıştır. 2018 yılında İstanbul Aydın Üniversitesi'nde Özel Hukuk alanında tezli yüksek lisans eğitimine başlamış, 2019 yılının başında İstanbul Barosu'ndan avukatlık ruhsatını almıştır. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı bölümüne başlamış olup ikinci lisans eğitimini bu bölümde sürdürmektedir. Şubat 2020'den bu yana İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi unvanı ile çalışmaya devam etmektedir.