



T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TARAF OLARAK ADI
ORTAKLIK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Helin MENTEŞE

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. İsmet SAYHAN

Ankara
2019

KABUL VE ONAY

HELİN MENTEŞE tarafından hazırlanan KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TARAF OLARAK ADI ORTAKLIK başlıklı bu çalışma, 1.08.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

DOÇ. DR. FATMA TÜLAY KARAKAŞ -Başkan



PROF. DR. İSMET SAYHAN- Danışman



DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖMER FARUK ÖZEROĞLU- Üye



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.



Prof. Dr. Mehmet TOMANBAY

Enstitü Müdürü



BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

† Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

† Tezim/Raporum sadece Ufuk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

† Tezimin/Raporumun □□ yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

21 /08/2019

Helin MENTEŞE



ÖZET

MENTEŞE, Helin. Kamu İhale Sözleşmelerinde Adi Ortaklık, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Adi ortaklık TBK m. 620 ile m. 645 arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklığın tanımını yapan TBK m. 620 uyarınca, bir adi ortaklık söz edebilmek için beş unsur bulunmalıdır. Öncelikle, TBK m. 620’deki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşme olarak tanımlanan adi ortaklık için doktrinde tanımlar yapılmıştır. Adi ortaklık hükümlerine dair olan en önemli hususlardan biri TBK m. 620/2’de düzenlenen bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıması halinde adi ortaklık hükümlerine tabi olması hususudur.

Adi ortaklığın kamu ihalelerindeki önemi ise sözleşmenin tarafları hususunda kendini göstermektedir. Kamu ihale sözleşmeleri idarenin ihtiyaçları çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. İdare bazı ihtiyaçlarını kendisi üretmekte ancak bazı ihtiyaçları için özel sektör ile iş birliği yapmaktadır. İşte idarenin, bazı hizmetlerin karşılanması için özel sektörle yapacağı anlaşmalar ihale yöntemi ile yapılmaktadır ve hukuki ilişki kamu ihale sözleşmeleri ile kurulmaktadır. Hizmetin etkili bir şekilde sağlanması için ihale sürecinin de etkili bir şekilde tamamlanması gerekmektedir. Bu hizmetlerin sağlanması için yapılan kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan biri idare diğeri ise isteklidir. İstekli olabilecekler ise Kamu İhale Kanunu’nda belirtildiği üzere gerçek veya tüzel kişi veya bunların oluşturdukları ortak girişimdir. Ortak girişim ise iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde oluşabilmektedir. İş ortaklığı da adi ortaklık niteliğinde olan bir ortaklıktır.

Türk hukukunda idarenin ihtiyaçlarını karşılamak için gerçek veya tüzel kişilerle yaptığı sözleşmeler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, ihale uygulama yönetmelikleri, ihalelere başvurular hakkında yönetmelikler ve tebliğler ile düzenlenmektedir.

Bu çalışmada kamu ihale sözleşmeleri, kamu ihalelerini düzenleyen kanunlar, yönetmelikler ve tebliğler ile birlikte diğer ilgili kanun, yönetmelik ve tebliğler kapsam ve çerçevesinde, adi ortaklık bağlamında incelenmiştir. Konu, sözleşmenin bir tarafı olan isteklinin iş ortaklığı şeklinde ihaleye katılması halinde ve adi ortaklık niteliği göstermesi nedeniyle “adi ortaklık” kapsamında açıklanmıştır. Bu sebeple çalışmada, iş

ortaklığının daha açıklayıcı şekilde anlatılabilmesi için adi ortaklık ve kamu ihale sözleşmeleri de anlatılmış ve bu çerçevede kamu ihale sözleşmelerinde adi ortaklık konusu işlenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Türk Borçlar Kanunu, Adi Ortaklık, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri, İş Ortaklığı, Pilot Ortak.



ABSTRACT

MENTEŞE, Helin. Ordinary Partnership in Public Procurement Contracts, Master's Thesis, Ankara, 2019.

Ordinary partnerships have been regulated between articles 620 and 645 of the Turkish Code of Obligations. There must be five elements to be able to refer to an ordinary partner pursuant to article 620 of the Turkish Code of Obligations, which defines an ordinary partnership. To begin with, definitions have been made in the doctrine for ordinary partnership, which is defined in article 620 of the Turkish Code of Obligations as a contract in which two or more persons undertake to combine their efforts and assets in order to achieve a common purpose. One of the most important issues regarding the provisions of ordinary partnership is that if a partnership regulated in article 620/2 of the Turkish Code of Obligations does not have the distinctive characteristics of partnerships regulated by law, it is subject to the provisions of ordinary partnership.

The importance of ordinary partnerships in public procurements manifests itself in terms of parties to contracts. Public procurement contracts occur based on needs of the administration. The administration produces some of its needs itself; however it cooperates with the private sector for some of its needs. Contracts entered into by the administration with the private sector for the provision of certain services are made through tenders and the legal relationship is established through public procurement contracts. The tender process must be completed effectively for the effective provision of services. In public procurement contracts to provide such services, one party is the administration and the other is the tenderer. Those who can be tenderers are real or legal persons or joint ventures established by them as stated in the Public Procurement Law. A joint venture may be created in the form of a business partnership or consortium. A business partnership is a type of partnership which qualifies as an ordinary partnership.

In Turkish law, contracts made by the administration with real or legal persons in order to meet its needs are regulated by the Public Procurement Law No. 4734, Law No. 4735 on Public Procurement Contracts, procurement implementation regulations, and regulations and communiqués on applications for tenders.

In this study, public procurement contracts have been reviewed within the scope and framework of laws, regulations and communiqués regulating public procurements, as well as other related laws, regulations and communiqués and in the context of ordinary partnership. The subject has been described within the scope of “ordinary partnership” in case that the tenderer, who is a party of the contract, participates in the tender in the form of a business partnership and this qualifies as an ordinary partnership. Therefore, in the study, ordinary partnership and public procurement contracts are also described in order to further explain the business partnership, and the subject of ordinary partnership in public procurement contracts has been discussed in this context.

Keywords: Turkish Code of Obligations, Ordinary Partnership, Public Procurement Law, Public Procurement Contracts, Business Partnership, Lead Partner.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	İ
BİLDİRİM	İİ
ÖZET	İİİ
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	Vİİ
KISALTMALAR CETVELİ	Xİ
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE ADİ ORTAKLIK	3
1.1. GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK.....	3
1.1.1. Tanımı	3
1.1.2. Adi Ortaklığın Unsurları	5
1.1.2.1. Kişi Unsuru.....	5
1.1.2.2. Sözleşme Unsuru	7
1.1.2.2.1. Genel Olarak	7
1.1.2.2.2. Sözleşmenin Şekli	9
1.1.2.2.2.1. Şekil Serbestisi.....	9
1.1.2.2.2.2. Şekil Serbestisinin İstisnaları	13
1.1.2.3. Ortak Amaç Unsuru.....	15
1.1.2.4. Sermaye Payı Unsuru	16
1.1.2.4.1. Genel Olarak	16
1.1.2.4.2. Sermaye Payı Olarak Getirilebilecek Değerler.....	18
1.1.2.5. Ortak Amaç İçin Birlikte Çaba Gösterme Unsuru.....	20
1.2. ADİ ORTAKLIĞA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER VE ADİ ORTAKLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ALANLARI	21
1.2.1. Adi Ortaklığa İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	21
1.2.2. Adi Ortaklık Hükümlerinin Uygulanma Alanları	22
1.3. ADİ ORTAKLIK TEMELİNE DAYANDIRILAN BAZI ÖZELSÖZLEŞME İLİŞKİLERİ	24
1.3.1. Kartel ve Adi Ortaklık İlişkisi.....	24
1.3.2. Konzernve Adi Ortaklık İlişkisi	26
1.3.3. Konsorsiyumve Adi Ortaklık İlişkisi	26
1.3.4. Joint Venture ve Adi Ortaklık İlişkisi	27

1.3.4.1. Joint Venture	27
1.3.4.2. Joint Venture ve Adi Ortaklık Bağlantısı	29
1.4. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	30
1.4.1. Ortakların Hakları	30
1.4.1.1. Kazanç Payı Hakkı	30
1.4.1.2. Ücret, Avans, Faiz, Borç ve Masrafların Paylaşılmasını İsteme Hakkı	32
1.4.1.3. Denetleme Hakkı	32
1.4.2. Ortakların Borçları	33
1.4.2.1. Katılma Payı Koyma Borcu	33
1.4.2.2. Zarara Katılma Borcu	34
1.4.2.3. Rekabet Yasağı	34
1.4.2.4. Özen Gösterme Borcu	35
1.5. ADİ ORTAKLIĞIN YÖNETİMİ, TEMSİLİ VE ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	36
1.5.1. Adi Ortaklığın Yönetimi	36
1.5.1.1. Dar ve Geniş Anlamda Yönetim, Ortaklık Kararı, Yönetici Ortak	36
1.5.1.2. Yönetim Yetkisinin Kapsamı	38
1.5.1.1.1. Genel Olarak	38
1.5.1.1.2. Olağan İşlemler	39
1.5.1.1.3. Olağanüstü İşlemler	39
1.5.2. Adi Ortaklığın Temsili	41
1.5.2.1. Adi Ortaklığın Doğrudan Temsili	41
1.5.2.2. Adi Ortaklığın Dolaylı Temsili	43
1.5.2.3. Temsil Karinesi	44
1.5.2.4. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Yetkisiz Temsil	45
1.5.3. Adi Ortaklık Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkilerinden Doğan Sorumlulukları	45
1.5.3.1. Dolaylı Temsilde Sorumluluk	45
1.5.3.2. Doğrudan Temsilde Sorumluluk	46
1.5.3.2.1. Müteselsil Sorumluluk	46
1.5.3.2.2. Sınırsız ve Birinci Derecede Sorumluluk	48

1.6. ADİ ORTAKLIĞIN SONA ERMESİ	49
1.6.1. Adi Ortaklığın Sona Erme Nedenleri.....	49
1.6.2. Sona Ermenin Hüküm ve Sonuçları.....	51
1.6.2.1. Yönetim Yetkisinin Sona Ermesi	51
1.6.2.2. Tasfiye Aşaması	52
İKİNCİ BÖLÜM	55
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ	55
2.1. İHALE KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	55
2.1.1. Kamu İhalesi Kavramı	55
2.1.2. Hukuki Niteliği	56
2.2. KAMU İHALELERİNDE TEMEL İLKELER	59
2.2.1. Saydamlık (Şeffaflık İlkesi)	59
2.2.2. Rekabet İlkesi.....	60
2.2.3. Eşit Muamele İlkesi	61
2.2.4. Güvenirlilik İlkesi	62
2.2.5. Gizlilik İlkesi	62
2.2.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi	63
2.2.7. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması ve Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.....	63
2.3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İÇERİĞİ, TARAFLARI, SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE SONA ERMESİ.....	65
2.3.1. Sözleşmenin İçeriği.....	65
2.3.2. Sözleşmenin Tarafları	67
2.3.2.1. İdare	67
2.3.2.2. İstekli/Yüklenici	68
2.3.3. Sözleşmenin Kurulması	68
2.3.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi.....	70
2.3.4.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Sebepler	70
2.3.4.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yer Alan Sebepler	73
2.3.4.3. Sözleşmenin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuçları	75
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	76
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TARAF OLARAK ADİ ORTAKLIK.....	76

3.1. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE ADİ ORTAKLIK BAĞLAMINDA	
İŞ ORTAKLIĞI.....	76
3.1.1. Genel Olarak İş Ortaklığı.....	76
3.1.2. İş Ortaklığı Tanımı.....	77
3.1.3. İş Ortaklığının Hukuki Yapısıve Niteliği.....	78
3.1.4. İş Ortaklığı Sözleşmesinin “Adi ortaklık Sözleşmesi” Niteliği.....	81
3.2. İŞ ORTAKLIĞININ İDARESİ, TEMSİLİ,PİLOT ORTAK VE ADİ	
ORTAKLIKLA İLİŞKİLERİ.....	84
3.2.1. İş Ortaklığının İdaresi	84
3.2.2. İş Ortaklığının Temsili.....	85
3.2.3. İş Ortaklığında Pilot Ortak.....	88
SONUÇ.....	91
KAYNAKÇA.....	94

KISALTMALAR CETVELİ

AİD	:Amme İdaresi Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATIDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
dn.	:Dipnot
DÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
ERÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ESADER	:Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İMMD	:İhale ve Mali Mevzuat Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversite Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KİK	:Kamu İhale Kanunu
KİSK	:Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KVGT	:Kurumlar Vergisi Genel Tebliği
KVK	:Kurumlar Vergisi Kanunu

m.	:Madde
MevÜHFD	:Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHFHAD	:Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	:Resmi Gazete
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SayD	:Sayıştay Dergisi
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:Tarih
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TNBHD	:Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vd.	:Ve Devamı
VDD	:Vergi Dünyası Dergisi
YBHD	:Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yönetmelik	:Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

GİRİŞ

Devlet, ister tek taraflı işlem şeklinde yapacağı işlemlerle, ister tarafların eşit durumda olduğu özel hukuk alanında yapacağı sözleşmelerle sosyal devlet gerekliliklerini veklasik işlevlerini yerine getirmelidir. Belirli ilkelere uyularak bu işlevlerin yerine getirilmesi için ekonomik ortamın oluşturulması, yeterli harcamaların ve gelir getirici faaliyetlerin etkin bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu gereklilikler ise “ihaleler” yöntemi ile sağlanmaktadır. İşte idarenin bu gereksinimlerini yerine getirmek ve ihtiyaçları karşılamak için gerçek veya tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelere kamu ihale sözleşmeleri denilmektedir.

İhalelerde kullanılacak esas ve usullerin belirlenmesi için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacı ile de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu düzenlenmiştir. Bu Kanunlarla birlikte Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik gibi yönetmelikler ve Tebliğlerle kamu ihale alanı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu m. 5’te düzenlendiği üzere idareler, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Kamu ihale sözleşmelerinin tarafları ise idare ve isteklidir. Kamu İhale Kanunu m. 4 düzenlemesine göre istekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhididir. Yine ilgili maddede istekli olabilecekler, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddeye göre de yüklenici, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan isteklidir. Ortak girişim ise ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar şeklinde tanımlanmıştır. İş ortaklığı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 2/7’de sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu kuruluşlarının, dernek veya

vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde de iş ortaklığı için pek çok tanım yapılmaktadır. İş ortaklığı joint venture'un özel bir tipi olarak kabul edilmektedir. Ancak joint venture iş ortaklığı kavramını içine alan daha geniş bir kavramdır. İş ortaklığı sözleşmeye dayalı ve ortak girişimin bir türü aynı zamanda da adi ortaklık olarak kabul edilmektedir.

Türk mevzuatında iş ortaklığına ilişkin düzenlemelerin olmaması nedeniyle ve adi ortaklık ile olan benzerlikleri dışında Türk Borçlar Kanunu m. 620/2 "*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*" hükmü gereğince iş ortaklığının adi ortaklık niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Çalışmada, doktrindeki adi ortaklık ve iş ortaklığı benzerliklerine ilişkin görüşlere de yer verilmiş ve bu görüşler çerçevesinde iş ortaklığı sözleşmesinin, adi ortaklık sözleşmesi niteliği açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmada kamu ihale sözleşmeleri, ortak girişimin bir türü olan iş ortaklığı kapsamında ele alınmış ve iş ortaklığı niteliklerine göre konu incelenmiştir. Buna göre çalışmanın Birinci Bölümünde iş ortaklığının adi ortaklık olarak kabul edilmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu m. 620 vd. düzenlenen adi ortaklık anlatılmıştır. İş ortaklığının açıklanması için adi ortaklığın unsurları, ortakların hak ve yükümlülükleri, adi ortaklığın yönetimi, temsili, üçüncü kişilerle olan ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan sorumluluklar adi ortaklık hükümleri kapsamında anlatılmıştır.

İkinci Bölümde ise kamu ihale sözleşmeleri ele alınmış ihale kavramı ve hukuki niteliği de açıklanarak, kamu ihalelerinde temel ilkeler çerçevesinde sözleşmenin içeriği, tarafları, kurulması ve sona ermesi konuları anlatılmıştır.

Son olarak üçüncü bölümde kamu ihale sözleşmelerinde adi ortaklık konusu, adi ortaklık niteliğinde olduğu için iş ortaklığı bağlamında anlatılmıştır. Çalışmanın bu bölümde iş ortaklığının tanımı, hukuki yapısı ve niteliği aynı zamanda "iş ortaklığı sözleşmesinin", "adi ortaklık sözleşmesi" niteliği açıklanmıştır. Konu kapsamında iş ortaklığının idaresi, temsili, pilot ortak ve bunların adi ortaklık ile ilişkileri çerçevesinde açıklamalarda bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE ADİ ORTAKLIK

1.1. GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK

1.1.1. Tanımı

Ortaklık ilişkisinin adi ortaklıktan çok daha önceye dayandığı bilinmekle birlikte¹ bugünkü anlamıyla adi ortaklığın tarihsel kökeninin Roma Hukukunun müessesesi olan “*societas*”e dayandığı kabul edilmektedir². Roma’nın ilk dönemlerinde müşterek mirascıların ellerinde bulundurdıkları mal varlığına *societas* denmekteydi³. Klasik hukuk döneminde ise *societas* tam iki taraflı ve rızai bir sözleşme olarak kabul edilmekteydi⁴. Tam iki taraflı rızai bir sözleşme olan *societas*, iki veya daha fazla kişinin meşru bir menfaati elde etmek amacıyla kurdukları ve tarafların mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri sözleşme olarak kabul edilirdi⁵.

Türk hukukunda adi şirket, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶’nun Onsekizinci Bölümünde “Adi Ortaklık Sözleşmesi” başlığı altında, Kanunun 620 vd. maddelerinde bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Adi ortaklık tanımı TBK m. 620’de “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*” şeklinde yapılmıştır. Kanun’da adi şirket için yapılan bu tanım, bütün şirketler için geçerli olan unsurları kapsamı sebebiyle, yalnız adi şirketin değil, şirket sözleşmesinin genel tanımı olarak kabul edilmektedir. TBK m. 620/2’de belirtildiği üzere “*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*”.

Doktrinde ise adi ortaklık için birden fazla tanım yapılmıştır. *Domaniç*, adi ortaklığın tanımını “*İki veya daha fazlahakiki yahut hükmi şahsın, iktisadi bir hayeye*

¹Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2010, s. 7.

²Barlas, Nami: *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 8.

³Umur, Ziya: *Roma Hukuku Lügati*, 2. Baskı, İstanbul 1983, s. 198-199.

⁴Umur, s. 198.

⁵Akıncı, Şahin: *Roma Hukuku’nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku’na Etkisi*, SÜHFD 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137.

⁶RG. 04.02.2011, S. 27836. (Türk Borçlar Kanunu metinde TBK şeklinde kısaltılacaktır.).

erişmek yani ortaklara kar dağıtmak veya tasarruf sağlamak maksadıyla, bir kısım sermayelerini birleştirmek hususunda yaptıkları bir anlaşma⁷.” şeklinde yapmıştır.

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu adi ortaklığı “Adi ortaklık, kişisellik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği, ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu, her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen, bir ticari işletme işletmesi şart olmayan, tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır⁸.” şeklinde tanımlanmıştır.

Barlas, adi ortaklığın tanımını “Adi ortaklık, emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yüklenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur⁹.” şeklinde yapmıştır.

Doğanay’ın yaptığı adi ortaklık tanımına göre ise “Adi şirket, iki ya da daha çok kişinin ortak bir gayeye birlikte erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeyi akit uyarınca taahhüt ettikleri şahıs birliğidir¹⁰.”.

Adi ortaklık için Kanunda ve doktrinde yapılan tanımlarda görüldüğü üzere adi ortaklık sözleşmesi ile sözleşmenin tarafları, diğer bir deyişle adi ortaklığın ortakları, emek veya mallarını bir araya getirerek ortak bir amacı birlikte çaba gösterip gerçekleştirmek için taahhütte bulunurlar. Bu nedenle adi şirketin öne çıkan unsurları; kişi, sözleşme, sermaye, ortak amaç ve bu ortak amaç için birlikte çaba gösterme şeklinde sayılabilir. Adi ortaklık için yapılacak tanımda bu unsurların hep birlikte yer alması gerekmektedir¹¹.

Adi ortaklık, ortakların kişiliklerinin ön planda olduğu bir ortaklık tipi olup, ayrı bir tüzel kişiliği yoktur¹². Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmamasının

⁷Domaniç, Hayri: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul 1988, s. 377’den naklen.

⁸Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 40’tan naklen.

⁹Barlas, s. 18’den naklen.

¹⁰Doğanay, Ümit Yaşar: *Adi Şirket Akdi*, İstanbul 1968, s. 5’ten naklen.

¹¹Domaniç, s. 1; Kurşat, Zekeriya: *Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, İÜHFM 2012, C. 70, S. 1, s. 303.

¹²Domaniç, Hayri: *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, 3. Baskı, İstanbul 1970, s. 48.

sonuçlarından biri ise ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığının olmasıdır¹³. Zorunlu dava arkadaşlığında, birden fazla kişinin bir hakla ilgili olarak dava açmalarının söz konusu olduğu durumlarda hepsinin dava açması veya hakla ilgili olarak ilgili kişilerin tümüne karşı davanın açılması durumu söz konusudur¹⁴. Üçüncü kişilerin ortaklığa açacakları davalarda ikili ayrıma gidilmektedir. Ortaklığa yönlendirilen talebin konusu eğer tek bir ortak tarafından yerine getirilebilir nitelikteyse müteselsil sorumluluk gereği dava ortaklardan birine, birkaçına veya hepsine karşı yöneltilebilir¹⁵. Ancak talebin konusu ortakların elbirliğiyle tasarrufta bulunabilecekleri bir edim ise bu durumda davanın tüm ortaklara yöneltmesi gerekmektedir. Burada zorunlu dava arkadaşlığı vardır¹⁶.

Yargıtay da aynı yönde verdiği bir kararında “*Davalılar adi ortaklık şeklinde bir parke fabrikasını işletmektedirler. Dava konusu, para alacağıdır. Davalı ortaklar bu para borcundan dolayı B.K. nun 534 göre müteselsilen sorumludur. Bu sebeple ortaklardan yalnız birisi aleyhine alacak davası açılabilirliğinden, bu dava sebebi ile davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır*”¹⁷ ifadelerini kullanmıştır.

Ayrıca adi ortaklığın ortakları gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁸. TBK m. 12 gereğince herhangi bir şekle tabi olmayan adi ortaklık sözleşmesinin sözlü olarak yapılması da mümkündür. Bu özelliği sebebiyle de adi ortaklık ticari hayatta daha çok ortak girişim projeleri için kurulmaktadır.

1.1.2. Adi Ortaklığın Unsurları

1.1.2.1. Kişi Unsuru

Kişi unsuru bir şahıs şirketi olan adi ortaklığın temel unsurudur¹⁹. Adi ortaklığın tanımını yapan TBK m. 620’de de adi ortaklığın iki ya da daha fazla kişi ile kurulabileceği belirtilmiştir. Buna göre, adi şirket için en az iki kişinin varlığı gerekmektedir. Kanunda adi şirketin tanımı yapılırken kişi bakımından “*iki ya da daha fazla kişi*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla adi ortaklığa gerçek kişiler gibi tüzel kişiler

¹³Şener, Oruç Hami: *Adi Ortaklık*, Ankara 2008, s. 155.

¹⁴Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3*, İstanbul 2001, s. 2391.

¹⁵Kuru, s. 2391.

¹⁶Şener, *Adi Ortaklık*, s. 163.

¹⁷Yargıtay 11. HD. E. 1988/3656, K. 1988/3052, T. 17.02.1988. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸Domanıç, s. 20.

¹⁹Domanıç, s. 1.

de ortak olabilirler²⁰. Adi ortaklık iki gerçek kişi tarafından kurulabileceği gibi, gerçek kişi ile tüzel kişinin ya da iki tüzel kişinin adi ortaklık kurmasında da herhangi bir engel yoktur. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında adi ortaklığın ortaklarının gerçek veya tüzel kişi olabileceğini “*Adi ortaklık gerçek kişiler arasında kurulabileceği gibi bir veya daha ziyade gerçek kişi ile ticaret şirketi arasında da kurulabilir.Şu halde davadaki amaç davalının kollektif şirketin hususi ortağı olduğunu yani kollektif şirket ile davalı arasında adi bir ortaklık bulunduğunun tesbit edilmesinden ibarettir*²¹.” şeklinde ifade etmiştir.

Dolayısıyla Türk hukukunda adi ortaklığın “tek kişi ortaklığı” şeklinde kurulması mümkün değildir²². Kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen, adi ortaklığın sonradan tek ortaklı hale gelmesi adi ortaklık için bir sona erme sebebi teşkil etmektedir²³. Adi ortaklığa ortak olabilecek kişi sayısı bakımından ise TBK’da bir üst sınır belirtilmemiştir. Her ne kadar kişi sayısı bakımından bir üst sınır getirilmese de adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması, ortakların sınırsız sorumlu olması ve ortaklar arası ilişkinin karşılıklı güven esasına dayanması, ortak sayısı bakımından doğal bir sınır yaratmaktadır²⁴.

Gerçek kişilerin adi ortaklığa ortak olması durumunda bu kişilerin kural olarak tam ehliyetli olması gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz kişiler adi ortaklığa ortak olursa, kural olarak, bu adi ortaklık sözleşmesi geçerli olmayacaktır (Türk Medeni Kanunu²⁵ m. 15).

Tam ehliyetsiz kişiler için vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni alınır. TMK m. 463’e göre bundan sonra tam ehliyetsiz kişinin “*kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması*” mümkün hale gelmektedir. TMK m. 397/2’ye göre vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir.

²⁰Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 47.

²¹Yargıtay 11. HD. E. 1975/2845, K. 1975/4804, T. 10.07.1975. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²²Karayalçın, Yaşar: *Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 43; Şener, Oruç Hami: *Ortaklıklar Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 1.

²³Şener, s. 1.

²⁴Domanıç, s. 2; Barlas, s. 14.

²⁵RG. 08.12.2001, S. 24607. (Türk Medeni Kanunu metinde TMK şeklinde kısaltılacaktır.).

Sınırlı ehliyetsiz konumunda olan ayırt etme gücüne sahip küçüklerin adi ortaklık sözleşmesi yapabilmesi için kanuni temsilcilerinin rızası gerekmektedir (TMK m. 16). Sınırlı ehliyetsiz konumunda olan ve vesayet altında bulunan kişilerin adi ortaklık sözleşmesi yapabilmesi vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin alınmasına bağlıdır (TMK m. 463/3). Bu sınırlandırmanın sebebi ise adi ortaklık türünün bu kişilerin sorumluluğunu gerektirmesidir.

Gerçek kişilerin bu hususlara uymaması durumunda iç ilişkide ve dış ilişkide tam veya sınırlı ehliyetsizin ortaklık sözleşmesi ile bağlı olmaması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumun söz konusu olduğu bir adi ortaklıkta ortak sayısı ikiden fazla ise, adi ortaklık sözleşmesinin devam edip etmeyeceği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Ayrıca burada değerlendirmeye alınması gereken bir diğer durum ise taraf iradelerinin TBK m. 27/2²⁶ açısından yorumlanmasıdır. Bu değerlendirmeler sonucunda tam veya sınırlı ehliyetsiz ortak sözleşmeye katılmadığı takdirde diğer ortakların da sözleşmeye katılmayacağı söylenebiliyorsa bu durumda sözleşme tümüyle geçersiz sayılmalıdır²⁷. Aksi halde sözleşme diğer ortaklar açısından geçerliliğini sürdürmelidir²⁸.

Yine ticarî işletme işleten dernekler, özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek ve ticarî şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve teşekküller de adi şirkete ortak olabilirler²⁹. Ancak devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri ile kamu yararına dernekler adi ortaklığa ortak olamazlar³⁰.

1.1.2.2. Sözleşme Unsuru

1.1.2.2.1. Genel Olarak

Adi ortaklığa ilişkin tanım maddesi olan TBK m. 620'deki ortaklığın sözleşme ile kurulacağı düzenlenmiş ve sözleşme unsuru açıkça belirtilmiştir. Adi ortaklığın sözleşme unsuru, adi ortaklığı kanundan doğan hak sahipliği ilişkilerinde

²⁶ TBK m. 27/2 “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

²⁷Doğanay, *Adi Şirket*, s. 11; Barlas, s. 15.

²⁸Doğanay, *Adi Şirket*, s. 11.

²⁹Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 54.

³⁰Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 54.

ayırmaktadır³¹. Adi ortaklıkta ortaklar, ortak bir amaca ulaşmak üzere bir sözleşme etrafında birleşirler. Sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını³² açıklamaları gerekir³³.

Adi ortaklık sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme değildir³⁴. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşme taraflarının menfaatleri birbirine zıt menfaatleridir³⁵. Bu sözleşmelerde tarafların her biri karşı tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için sözleşmeye taraf olmuş ve borçlanmıştır³⁶. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların üstlendikleri borçlar karşılıklı, birbirine bağlı ve zıttır. Adi ortaklıkta ise sözleşme taraflarının menfaatleri birbirine zıt değildir. Aksine sözleşme tarafları ortak amacı gerçekleştirmek için borç altına girmekte ve güçlerini birleştirmektedirler.

Adi şirket sözleşmesi, her bir ortağın irade beyanını diğer tüm ortaklara yöneltilmesi ve son ortağın kabul beyanının diğer ortaklara varması ile kurulur. Borçlar Kanunu sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümleri adi şirket sözleşmesi hakkında da uygulanır³⁷. Yine sözleşmenin geçersizliğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler adi şirket sözleşmesi içinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır³⁸. Ancak adi ortaklığı kuran sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmaması nedeniyle TBK genel hükümleri ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü hükümleri ancak ortaklık hukuku ilkeleri ile çelişmediği durumlarda adi ortaklığa uygulanabilecektir³⁹.

Kanun koyucu bazı hallerde adi ortaklık hükümlerinde TBK'nın genel hükümlerine açık atıf yapmıştır. Örneğin, adi ortaklığa ilişkin hükümler olan TBK m. 637/2'de temsil kurallarına, TBK m. 638/3'te müteselsil sorumluluğa gönderme

³¹Kalpşüz, Turgut: *Şirketler Hukuku II, Şahıs Şirketleri*, Ankara 1964, s. 19; Arslan, İbrahim: *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 14. Baskı, İstanbul 2010, s. 47.

³²Eren, "Sözleşmede tarafların iradeleri birbirine uygun olmalıdır. İrade beyanlarının uygunluğundan amaç ya gerçek, tabii iradelerinin fiili olarak ya da beyanlarının anlam (içerik) itibarıyla birbirlerine uygun olmasıdır. Uygunluk sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alır." S. 229'dan naklen.

³³Reisoğlu, Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 52.

³⁴Şener, s. 4.

³⁵Karahasan, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1*, İstanbul 1992, s. 104; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 98.

³⁶Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 99.

³⁷Karayalçın, s. 43.

³⁸Kalpşüz, s. 24-25; Karayalçın, s. 45.

³⁹Şener, s. 5.

yapılmıştır. Açıkça atıf yapılan bu gibi hallerde TBK'nın genel hükümleri adi ortaklığa uygulanacaktır.

Adi ortaklık sözleşmesi de diğer ortaklık sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir⁴⁰. Adi ortaklıkta edimlerin bir kere değişimi yeterli olmamakta, müşterek amacın gerçekleştirilmesi bir zaman almakta ve bu sebeple, adi ortaklık ifa süresi bakımından sürekli borç doğuran sözleşme özelliği kazanmaktadır⁴¹.

1.1.2.2.2. Sözleşmenin Şekli

1.1.2.2.2.1. Şekil Serbestisi

Adi ortaklık sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir (TBK m. 12). Borçlar hukukunun sözleşmelerde geçerli olan şekil serbestisi adi şirket sözleşmesi için de uygulama alanı bulur⁴². Dolayısıyla adi ortaklık sözleşmesinin sözlü olarak kurulması da mümkündür. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında adi ortaklık sözleşmesi için herhangi bir şekil şartının öngörülmediğini ve sözleşmenin sözlü dahi kurulabileceğini "...uyuşmazlık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 620 ve devamı maddelerinde (818 sayılı Borçlar Kanununun 520 vd. md.) düzenlenen adi ortaklıktan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, taraflar arasındaki adi ortaklığa ilişkin yazılı bir sözleşme mevcut değilse de, ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli olmayıp, bu husus ispat koşulu bakımından değerlendirilmelidir. Bu durumda; davacı, davalı ile dava konusu inşaatı ortak yaptığı şeklindeki adi ortaklık ilişkisini tanık dahil her türlü delille kanıtlama hakkına sahiptir." şeklinde ifade etmiştir⁴³.

Adi ortaklık sözleşmesinin sözlü olarak yapılmasına gerek kalmadan, örtülü irade beyanı ile kurulması da mümkündür. Yargıtay konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında "Adi ortaklık; bir yönüyle borç sözleşmesi olmasının yanı sıra, bir yönüyle de ortak bir gayenin yerine getirilmesini amaçlayan sosyal bir birliktir. Kanun adi ortaklık ilişkisinin kurulması için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Nitekim doktrinde de sözleşmesel ilişkinin kurulması ile ilgili olarak "Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, adi

⁴⁰Şener, s. 3.

⁴¹Arslanlı, Halil: *Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler*, İÜHF 1945, C. 11, Sayı. 3-4, s. 133; Doğanay, *Adi Şirket*, s. 24-25.

⁴²Karahasan, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul 2003, s. 78.

⁴³Yargıtay 3. HD. E. 2013/21392, K. 2014/6953, T. 06.05.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ortaklık sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur...Kanun ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini şekle bağlamamıştır." denilmiştir (Yavuz/Özen/Acar, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s.910). Aynı şekilde doktrinde, "Kanun, adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini özel bir şekil şartına tabi tutmamıştır. Bu nedenle TBK m. 12/f.1'de ifadesini bulan ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olan şekil serbestisi prensibi karşısında adi ortaklık sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olmadan, sözlü olarak da kurulabileceği, hatta bazen söze bile gerek kalmadan iradeyi ortaya koyan davranışlarla zımnen de oluşturulabileceği sonucuna varılmak gerekir." denilmektedir. Keza ortakların iradelerinin aynı anda açığa vurulmuş olması da gerekmez (Yavuz/Özen/Acar, a.g.e., İstanbul 2007, s.910⁴⁴).” şeklindeki ifadesi ile adi ortaklığın iradeyi ortaya koyan davranışlarla da kurulabileceğini kabul etmiştir.

Adi ortaklığın konusu, kanunen şekle bağlı olan işlemleri gerçekleştirmek olsa bile yine adi ortaklık sözleşmesi için şekil serbestisi geçerli olacaktır⁴⁵. Dolayısıyla adi ortaklık, taşınmaz alım satımı için kurulacak olsa bile sözleşme yine sözlü veya yazılı kurulabilir diğer bir deyişle adi ortaklık sözleşmesi taşınmaz alım satım sözleşmesinin şekline tabi olmayacaktır.

Adi ortaklık sözleşmesinin şekle tabi olmaması beraberinde bazı problemleri de getirmektedir. Adi ortaklık ilişkisinin varlığı ortaklar arasında tartışma konusu olursa veya adi ortaklık ilişkisine dayandırılan bir talep söz konusu olursa bu gibi durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁶ hükümlerine göre ispat söz konusu olacaktır⁴⁷. Dolayısıyla değeri HMK m. 200’de belirtilen miktarı aşan adi ortaklık ilişkisinin varlığı senetle ispatlanabilecektir ve karşı tarafın izni olmadıkça tanık dinlenemeyecektir⁴⁸.

⁴⁴ Yargıtay 3. HD. E. 2014/6556, K. 2014/9344, T. 10.06.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵Şener, s. 5; Barlas, s. 75.

⁴⁶ RG. 04.02.2011, S. 27836. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu metinde HMK şeklinde kısaltılacaktır.).

⁴⁷Kırca, İsmail: *Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun*, BATIDER 2000, C. 20, S. 4, s. 64.

⁴⁸ HMK m. 200, “(1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakatı hâlinde tanık dinlenebilir.”.

Adi ortaklık sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişinin ise bu ilişkiyi senetle ispat etmesi beklenemeyecektir⁴⁹. Bu gibi durumlarda ortaklık sözleşmesinin tanıkla ispat edilebileceği kabul edilmelidir⁵⁰. Dolayısıyla tanık ve senet de dahil olmak üzere üçüncü kişi tarafından ispat; HMK m. 188 düzenlemesine göre ortakların mahkemede ikrarı ile, üçüncü kişinin ortaklar arasında düzenlenmiş olan yazılı bir adi ortaklık sözleşmesinin varlığını iddia etmesi ve ortakların bunu inkâr etmemesi hususunu düzenleyen HMK m. 220'ye dayanarak, söz konusu adi ortaklığın ticari işletme işletmesi durumu söz konusu ise üçüncü kişinin ticari defterlerin mahkemeye ibrazını talep etmesi ile(HMK m. 219; TTK m. 79, 80, 81), tanık ifadelerine başvurulması (HMK m. 240 vd.), ortakların adi şirket aracılığıyla başka üçüncü kişiler ile yaptıkları işlemlerin bilirkişi aracılığıyla tespiti (HMK m. 266), hakim tarafından ortakların belirli ve müşterek bir mekanda faaliyet gösterip göstermediklerinin tespiti için keşif yapılmasına kararının verilmesi ve son olarak vakıalar hakkında yemin verdirilmesiyle ispat edilebilir (HMK m. 228).

Ortaklar sözleşme için şekil şartı öngörmüş ve sözleşmebelirlenen şekle aykırı yapılırsa bunun hukuki sonucunun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. İlk görüşe göre şekil şartı sözleşmenin kuruluş şartı olduğu için sözleşmenin şekil şartına aykırı yapılmasının yaptırımını yokluktur⁵¹. Doktrinde bu görüş eleştirilmekte ve TBK m. 12'de geçerlilik teriminin kullanıldığını ve şeklin kurucu bir unsur olmaması nedeniyle yokluk yaptırımının kabul edilemeyeceğini bunun yerine şekle aykırılığın sonuçlarının giderilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵².

Şekle aykırılığın yaptırımına ilişkin olan ikinci görüşe göre ise şekle aykırı olarak yapılan adi ortaklık sözleşmesi başlangıçtan itibaren geçerlidir ancak şekil şartı ile korunması amaçlanan tarafın dava açması ile sözleşme hükümsüz hale gelecektir⁵³.

⁴⁹Kırca, *Adi Şirketin Temsili*, s. 64; Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Korkmaz, Hülya Taş: *Medeni Usul Hukuku, Cilt 2*, İstanbul 2017, s. 1853-1855.

⁵⁰“Belirtelim ki, adi şirket ilişkisinin varlığını ispat ile adi şirketin temsilcisi ile yapılan sözleşmenin ispatı birbirine karıştırılmamalıdır. Değeri HMUK 288'de belirtilen (6100 Sayılı HMK m. 200) miktarı aşan bu ikinci sözleşmenin varlığı, ancak senetle ispatlanabilir.” Kırca, *Adi Şirketin Temsili*, s. 64, dn. 4'ten naklen.

⁵¹ Şekle aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin doktrinde savunulan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, Hüseyin: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 89-154.

⁵²Altaş, s. 99-101; Eren, s. 297; Hamacıoğlu/Karamanlıoğlu, s. 1322; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/ Arpacı, s. 247-248.

⁵³Altaş, s. 131; Nomer, Füsün: *Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s. 606. (s. 595-629).

Diğer bir deyişle şekle aykırı yapılan bir adi ortaklık sözleşmesi iptal edilebilir nitelikte olacaktır.

Bir diğer görüşe göre ise sözleşmenin şekle aykırı yapılması halinde eksik borç ortaya çıkacaktır. Eksik borçta eksik olan nitelik, borçlunun borca aykırı davranması durumunda sorumluluğunun devlet gücüyle sağlanamamasıdır⁵⁴. Bu borçlar “*talep edilebilir fakat dava edilemez borçlar*⁵⁵” olarak adlandırılmaktadır.

Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre ise şekle aykırılığın hukuki sonucu kesin hükümsüzlüktür⁵⁶. TBK m. 12/2 düzenlenmesine göre de “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*”. Bir sözleşmenin geçerlilik unsurlarının kamu düzenini ilgilendirmesi ve şekil şartının da geçerlilik şartı kabul edildiği bir sözleşmede şekil şartına uyulmaması kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracaktır⁵⁷. Dolayısıyla şekil şartlarına uyulmadan şekle aykırı olarak yapılan hukuki işlem baştan itibaren geçersiz olacak ve kesin hükümsüzlük durumu hakim tarafından re’sen göz önünde tutulacaktır. Bu durumun bir sonucu olarak da tarafların onayı veya belirli bir zamanın geçmesiyle kesin hükümsüz olan bu sözleşme geçerli hale gelmeyecektir⁵⁸.

⁵⁴Kılıçoğlu, Ahmet Mithat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2018, s. 35.

⁵⁵Kılıçoğlu, 36’dan naklen.

⁵⁶Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 249; Kılıçoğlu, s. 162; Yargıtay da E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında aynı yönde görüşünü “*Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634 ncü maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213 ncü maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re’sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def’i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. (A. von Tuhr; Oser/Schöenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)” şeklinde ifade etmiştir.*

⁵⁷Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, İstanbul 1976, s. 341; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: *EşyaHukuku*, İstanbul 1991, s. 542; Kılıçoğlu, s. 162-163.

⁵⁸Feyzioğlu, s. 342.

Savunulan diğerk bir görüŖe göre ise, Ŗekle aykırılık durumunun kendine özgü bir hükümsüzlük hali mevcuttur. Buna göre Ŗekil hükümlerinin asıl amacı tarafları tekrar düşünmeye sevk etmek ve ivedi karar vermelerini önlemektir. Dolayısıyla amaç tarafları korumaktır ve bu sebeple Ŗekil eksikliği hakim tarafından re'sen nazara alınamayacak taraflarca ileri sürülebilecektir⁵⁹. Kesin hükümsüzlük yaptırımının sınırını ise dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır⁶⁰. Taraflar Ŗekle aykırılık durumunu bilerek yaratmış ve bu aykırılığı daha sonra kendi menfaatlerine göre ve dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürerlerse bu Ŗekle aykırılığa dayanılması kabul edilemeyecektir.

1.1.2.2.2.2. Ŗekil Serbestisinin İstisnaları

Adi ortaklık sözleşmesinin Ŗekle tabi olmamasının istisnası ortakların sözleşmenin belirli bir Ŗekilde yapılmasını kararlaştırmalarıdır⁶¹. Diğerk bir deyişle ortaklar, adi ortaklık sözleşmesinin belirli bir Ŗekilde yapılmasını kararlaştırabilirler ve

⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 163; Nomer, s. 601

⁶⁰Nomer, s. 610; Yargıtay İBGK E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 Kararına göre "Gerçekten de Ŗekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliğı ve söz konusu Yargıtay İctihadı Birleştirmek Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliğı gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğın, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceğı hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteğı reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken Ŗekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla Ŗekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliğı büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın talilininin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İctihadı Birleştirmek Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikati bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taalluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashihi edici bir Ŗekilde tatbik eylemek lazımdır..." Yargıtay'ın, olayın özelliğini gözeterek, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla Ŗekil şartı kuralını aştığına ve böylece Ŗekil şartı kuralını ihmal ettiğine örnek olarak (Geçersiz sözleşme uyarınca aldığı tapulu taşınmaza yapı yapan ya da ağaç diken kimseye Medeni Kanunun 650 nci maddesine göre aranın veya tarlanın adına cebren tescilini isteme hakkını 5.7.1944 gün ve 12/26 sayılı içtihadı birleştirmek kararıyla tanımış olması) gösterilebilir. İctihadı Birleştirmek Kararının sonuç bölümünde aynen şöyle denilmektedir: "- ...Bir gayrimenkulü badehu resmi takririni vermek üzere haricen ahara satıp parasını alarak müşteriye teslim eden ve inşaat ve garsiyaatı görüp menetmeyen malikin zımnı rıza ve muvafakati nazarı dikkate alınarak ve hadiseye göre enfüsi hüsnüniyet arayarak bu maddeyi (MK. m. 650) tatbik etmek lüzumu aşıkardır.".

⁶¹Şener, s. 5.

bu durumda adi ortaklık sözleşmesinin ortakların kararlaştırdığı şekilde yapılmaması halinde yapılan sözleşme tarafları bağlamayacaktır (TBK m. 17). Bu durumda kararlaştırılan şekil kural olarak geçerlilik şekli olacaktır⁶².

Adi ortaklık sözleşmesinde şekil serbestisinin bir diğer istisnasını ise taşınmaz veya devri kanunen özel şekillere tabi mal ve hakların sermaye olarak ortaklığa konulmasıdır⁶³. Bu durumda adi ortaklık sözleşmesinin tamamı değil de sadece sözleşmedeki ilgili sermaye maddesinin kanunen belirlenen şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁶⁴.

Adi ortaklığa tapuya kayıtlı bir taşınmaz veya devri özel şekle bağlanmış mal ve hakların sermaye olarak getirilmesi durumunda şekil serbestisine istisna olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur. *Pulaşlı* ise ortaklardan birinin ortaklığa sermaye olarak taşınmaz getirmesi durumunda sözleşmenin TMK m. 706 gereğince resmi şekilde yapılmasının zorunlu olduğunu aksi halde sözleşmenin geçersiz olacağını söylemektedir⁶⁵.

Bahtiyar'a göre taşınmaz veya devri özel şekle bağlanmış mal ve hakların sermaye olarak getirilmesi durumunun adi ortaklık sözleşmesinin tamamı değil sadece sözleşmedeki sermayeye ilişkin maddenin kanunen belirlenen şekle uygun yapılması yeterlidir⁶⁶.

Tutumlu, adi ortaklığa taşınmazın sermaye olarak getirilmesi durumunda ortaklık sözleşmesinin sadece taşınmazla ilgili kısmının resmi şekilde yapılmasının yeterli olacağını söylemektedir⁶⁷. Ancak yazara göre usul hukuku bakımından adi ortaklığa taşınmazın sermaye olarak getirilmesi durumunda, ortaklar arasında doğacak uyumsuzluklarda adi ortaklığın resmi şekil dışında herhangi bir şekilde ispatının mümkün olmayacağı ve bu durumda hak kaybına yol açabileceği bu bakımdan zorunlu

⁶²Hamamcıoğlu, Esra/ Karamanlıoğlu, Argun: *Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil*, MÜHFHAD 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 1316.

⁶³Şener, s. 5.

⁶⁴Şener, s. 5.

⁶⁵*Pulaşlı*, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1*, İstanbul 2018, s. 23; Aynı yönde başka görüşler için bkz.; *Barlas*, s. 52-53; *Yavuz*, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2018, s. 1515.

⁶⁶*Bahtiyar*, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul 2019, s. 29-30; Aynı yönde başka görüşler için bkz.; *Şener*, s. 5.

⁶⁷ *Tutumlu*, Mehmet Akif: *Adi Ortaklıkta Bir Taşınmazın Ortaklık Payı Olarak Taahhüt Edilmesinde Biçim Koşulu*, TNBHD 1990, S. 66, s. 33.

olmamakla birliktesözleşmenin tümünün resmi şekilde yapılmasının, ortaklar açısından büyük yararlar sağlayacağını söylemektedir⁶⁸.

1.1.2.3. Ortak Amaç Unsuru

Adi ortaklık ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulur ve bu unsur adi ortaklığı karşılıklı sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur⁶⁹. Adi ortaklığın unsurlarında olan ortak amaç sadece bir ortak veya birkaç ortak için değil bütün ortaklar için “*ortak*” olması gereken bir unsurdur⁷⁰.

Ortak amaç unsuru, ortaklık sözleşmesi tanımının yapıldığı TBK m. 620’de de “ortak bir amaca erişmek” şeklinde ifade edilmiştir. Adi ortaklık için belirlenen bu ortak amaç geçici veya sürekli olabilir⁷¹. Adi ortaklık sözleşmesinin, üçüncü bir kişiyle tek bir sözleşme kurmak amacıyla yapılması durumu tipik bir geçicilik örneğidir⁷². Adi ortaklığın bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulması ise adi ortaklığın süreklilik arz eden bir amaç için kurulmasına örnek olarak verilebilir.

Adi ortaklık için belirlenen ortak amaç emredici hükümlere genel ahlak ve adaba aykırı veya imkansız olamaz. Aksi halde adi ortaklık sözleşmesi hükümsüz olur⁷³.

Ortak amaç unsurunun bir diğer önemi ise adi ortaklıkta ortak amacın, sermaye paylarının miktar ve türleri ile rekabet yasağının kapsamının belirlenmesinde rol oynamasıdır⁷⁴. TBK m. 622 ve m. 623’den anlaşılacağı üzere adi ortaklıkta ortak amaç kazanç paylaşma amacıdır. Kazanç paylaşma veya iktisadi bir amaç dışında adi ortaklık kurulması mümkün değildir⁷⁵. TMK m. 56 düzenlemesine göre bu amaçla sadece dernek kurulabilir.

Ortakların adi ortaklığı kurarken elde etmek istedikleri temel amaç kâr elde etmek ve bu kârı paylaşmaktır. Bu amacı elde etmek için kullanılan yol diğer bir deyişle

⁶⁸Tutumlu, s. 33.

⁶⁹Moroğlu, Erdoğan: *Adi Şirkete Dair, Makaleler II*, İstanbul 2016, s. 265.

⁷⁰Moroğlu, s. 265.

⁷¹Doğanay, *Adi Şirket*, s. 51.

⁷²Şener, s. 8; Karayalçın, s. 118.

⁷³Moroğlu, s. 265; Özenli, Soysal: *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Ankara 1988, s. 51-52.

⁷⁴Demaniç, Şerh, s. 49.

⁷⁵Karayalçın, s. 126.

adi ortaklık sözleşmesinin konusu ise farklılık arz etmektedir⁷⁶. Ortakların birlikte bir restoran işletmeleri halinde ortak amaçları kâr elde etmek ve elde edilen bu kârı paylaşmaktır ancak ortaklığın konusu restoran işletmektir. TBK m. 639'da ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi ortaklık için bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiş ve amaç ve konu ayrımı Kanunda bu şekilde düzenlenmiştir.

1.1.2.4. Sermaye Payı Unsuru

1.1.2.4.1. Genel Olarak

Adi ortaklık ortaklarından her biri ortak amaca ulaşmak için ortaklığa sermaye getirmelidir. TBK m. 621'de belirtildiği üzere her ortak, ortaklığa katılım payı koymakla yükümlüdür. Ortakların getirdikleri bu katılım payları TBK m. 638/1'de de belirtildi üzere ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olacaktır. Bu nedenle ortakların belli ve uygun bir sermaye payını şirkete getirmeyi taahhüt etmeleri gerekmektedir ve bu sermaye payları birleşerek ortakların elbirliğiyle mülkiyet şeklinde sahip oldukları sermayeyi oluşturacaktır.

Adi ortaklıkta dış ilişkide ortaklar üçüncü kişilere karşı sınırsız, müteselsil ve birinci dereceden sorumlu oldukları için sermaye koyma borcunun önemi dış ilişkide değil iç ilişkide ortaya çıkmaktadır⁷⁷. Adi ortaklık için sermaye koyma borcu, dolayısıyla ortaklığın sermaye unsuru ortaklık için emredici bir niteliğe sahiptir⁷⁸. Diğer bir deyişle ortakların ortaklığa, sermaye payı olarak hiçbir şey getirmediği sözleşmeler, adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir.

Adi ortaklığın kurulması için önemli olan ortakların sermaye koyma taahhüdünde bulunmalarındır⁷⁹. Dolayısıyla ortak sermaye koyma borcunu taahhüt eder ancak taahhüt ettiği sermaye payını ödemezse adi ortaklık ilişkisi yine de kurulmuş sayılır⁸⁰.

⁷⁶Şener, s. 7.

⁷⁷Şener, s. 27.

⁷⁸Doğanay, s. 34; Şener, s. 27.

⁷⁹Şener, s. 27.

⁸⁰Şener, s. 27.

Taahhüt edilecek sermaye payının miktarı ise TBK m. 621/2’de belirtildiği üzere ve sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır. İlgili maddede belirtilen bu eşitliğe ilişkin karine⁸¹ sermaye paylarının miktarı bakımından geçerli olacak, tür bakımından böyle bir eşitlik söz konusu olmayacaktır⁸².

Ortakların getirmekle yükümlü oldukları sermaye payları bir araya gelerek ortaklık sermayesini oluşturacaktır. Ortaklar, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle bu sermayeye kural olarak elbirliğiyle mülkiyet şeklinde sahip olacaklardır⁸³. Elbirliği mülkiyeti TMK m. 701’de “*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla elbirliği mülkiyeti, aralarında bir ortaklık bağı bulunan kişilerin bu ortaklık nedeniyle bir eşyaya, malvarlığına birlikte malik olmaları halinde söz konusu olmaktadır⁸⁴. Bunun sonucu olarak da bir ortağın tek başına ortaklığın malvarlığı ve buna dahil münferit değerleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkanı olmayacaktır⁸⁵. Tasarruflar, temsil mekanizması veya bütün ortakların katılımıyla ve elbirliğiyle yapılacaktır⁸⁶.

Elbirliği mülkiyetinde ortaklık mülkiyetten önce oluşmaktadır⁸⁷. Elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliği yoktur ve üzerinde mülkiyet kurulmasının söz konusu olduğu malvarlığı ortaklığa değil, ortaklığı oluşturan ortaklara aittir⁸⁸. Dolayısıyla hakkın süjesi ortaklık değil ortaklardır. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirli payları yoktur ancak katılma payı/tasfiye payı vardır. Katılma payı, ortaklığın dağılması durumunda ve tasfiyede paylaşma sonucunda oluşan malvarlığına ilişkin hak ve talepleri kapsamaktadır⁸⁹.

⁸¹Şener, s. 28.

⁸²Yongalık, Aynur: *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara 1991, s. 71; Doğanay, Adi Şirket, s. 36.

⁸³Şener, *Adi Ortaklık*, s. 189; Alver, Cemil: *Adi Ortaklık*, Ankara 1988, s. 5.

⁸⁴Sirmen, A. Lale: *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995, s. 289.

⁸⁵Şener, *Adi ortaklık*, s.182.

⁸⁶Şener, *Adi ortaklık*, s.183.

⁸⁷Eren, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2016, s. 134.

⁸⁸Eren, *Mülkiyet*, s. 130.

⁸⁹Eren, *Mülkiyet*, s. 130-140.

Adi ortaklığın sermayesi üzerinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğu için ortaklar arasında da zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Ayrıca elbirliği mülkiyetinin bir sonucu olarak gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekmektedir (TMK m. 702/2).

1.1.2.4.2. Sermaye Payı Olarak Getirilebilecek Değerler

Katılım payını düzenleyen TBK m. 621’de sermaye payının türü konusunda bir sınırlandırmaya yer verilmemiş ve para, alacak veya başka bir mal ya da emeğin sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir. Ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcunun konusunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu⁹⁰ m. 127’nin de adi ortaklığa uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹¹. Dolayısıyla para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, ticari itibar, müşteri çevresi, ticari işletmeler, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer adi ortaklığa sermaye olarak getirilebilir. Diğer bir deyişle TBK m. 26, m. 27 ve TMK m. 2 sınırları dahilinde iktisadi değeri olan her şey adi ortaklığa sermaye payı olarak getirilebilecektir.

Adi ortaklığa getirilecek sermaye, bir kez ifa edilen bir edim olabileceği gibi periyodik ifa edilen edimler de olabilir⁹². Bununla birlikte söz konusu edimler pozitif edimler olabileceği gibi bir kaçınma yükümü de olabilir⁹³.

Sermaye olarak taşınmaz bir malın mülkiyeti getirilecekse sözleşmenin sermaye maddesi resmi şekilde düzenlenecektir (TMK m. 706) ve adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için sermaye olarak taşınmazı getiren ortak taşınmaz üzerinde diğer ortaklarla birlikte elbirliğiyle mülkiyet tesis etmek zorunda kalacaktır.

Söz konusu sermaye taşınır bir mal olacaksa tasarruf işlemi niteliğinde olan mülkiyet nakli zilyetliğin devri ile gerçekleşecek ve zilyetlik elbirliğiyle mülkiyet teşkil

⁹⁰ RG. 14.02.2011, S. 27846. (Türk Ticaret Kanunu metinde TTK şeklinde kısaltılacaktır).

⁹¹ Domanıç, s. 43-44; Yongalık, s. 71; Şener, s. 28; Doğanay, *Adi Ortaklık*, s. 36.

⁹² Şener, s. 28.

⁹³ Tekil, Fahiman: *Şirketler Hukuku Cilt 1, Genel Bilgiler Adi Şirket, Kollektif ve Komandit Şirket*, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 139

edecek şekilde kurulacaktır⁹⁴. Sermaye olarak kullanma hakkının getirilmesi durumunda ise ortaklar arasında kira sözleşmesine benzer bir hukuki ilişki kurulacaktır⁹⁵. Dolayısıyla TBK m. 299 vd. maddelerinde düzenlendiği üzere geçerlilik için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş kira sözleşmesi hükümlerine göre, kullanma hakkının getirilmesi durumunda da ortaklık sözleşmesinde bir şekil şartı söz konusu olmayacaktır.

Adi ortaklığa sermaye olarak bir malın mülkiyeti getirilmişse hasar, zapt ve ayıptan sorumluluk halinde satım sözleşmesi hükümleri, sermaye olarak kullanma hakkı getirilmişse hasar zapt ve ayıptan sorumluluk halinde kira sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁹⁶.

Malın mülkiyetinin veya kullanma hakkının sermaye olarak getirilmesindeki bir diğer önemli husus adi ortaklığın tasfiyesinde ortaya çıkacaktır. TBK m. 642 düzenlemesine göre sermaye olarak malın kullanma hakkını getiren kişiler tasfiye halinde malın kendisini alabileceklerdir. Yine TBK m. 642 düzenlemesine göre ortak sermaye olarak malın mülkiyetini getirmiş ise adi ortaklığın tasfiyesi halinde malı olduğu gibi geri alamayacak malın değerini geri alabilecektir.

TBK m. 621/1'e göre adi ortaklığa sermaye olarak emek⁹⁷ de getirilebilmektedir. Bu durumda ortak çalışmasını şirkete özgüleyecek ve mesleki bilgilerini şirket emrine verecektir. Sermaye olarak getirilecek olan emek bedeni çalışma olabileceği gibi fikri çalışma, uzmanlık alanı oluşturma şeklinde de olabilir⁹⁸.

Adi ortaklığa sermaye olarak ticari işletmenin de getirilebilmesi mümkündür⁹⁹. Ancak bu durumda TTK m. 11 gereğince ticari işletmenin yazılı olarak diğer ortaklara devretmesi gerekecektir. Ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi ve ortaklara devredilmesi halinde diğer ortaklar TBK m. 202 gereğince alacaklılara bildirim veya Ticaret Sicili Gazetesinde ilan tarihinden itibaren ticari işletmenin borçlarından sorumlu olurlar. Diğer yandan işletme sahibi işletmesini diğer ortaklara da devrettiği için TBK

⁹⁴Şener, s. 29.

⁹⁵Şener, s. 30.

⁹⁶Şener, s. 30.

⁹⁷ Sermaye olarak emek ve kavram ve özellikleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal, Akar: *Sermaye Olarak Şahsi Emek*, ESADER 1968, C. 4, S. 1, s. 233.

⁹⁸Yongalık, s. 53; Şener, s. 30-31.

⁹⁹Şener, s. 31.

m. 202 gereğince müteselsil sorumlu olur ve aynı zamanda adi ortaklık ortağı olduğu için TBK m. 638 gereğince de müteselsil sorumlu olacaktır. Bunun sonucu olarak da TBK m. 202’de düzenlenen iki yıllık süreyle sorumluluk ile sınırlı bir sorumluluk olmayacak ayrıca ticari işletmeyi sermaye olarak getiren ortak için İcra İflas Kanunu¹⁰⁰ m. 44’te düzenlenen ticareti terk durumu da ortaya çıkmayacaktır.

TBK m. 621/1’e göre adi ortaklığa alacaklar da sermaye olarak getirilebilmektedir. Bu durumda alacağını ortaklığa sermaye olarak getirecek olan ortak ortaklığa alacağını temlik etmeyi ve alacağın ödenmesini taahhüt etmiş olur¹⁰¹. Alacağın devri sözünü düzenleyen TBK m.184 hükmüne göre alacağın devrinin taahhüdü şekle bağlı olmadığı için ortaklık sözleşmesinde de ilgili madde herhangi bir şekle bağlı olmayacak ve temlik hükümleri adi ortaklıkta da uygulanacaktır.

1.1.2.5. Ortak Amaç İçin Birlikte Çaba Gösterme Unsuru

Adi ortaklıkta ortakların, ortak bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmeleri yeterli değildir. Ortakların, bu amacı gerçekleştirmek için faaliyetlerde bulunmayı, bu amaç için iş birliği yapmayı ve birlikte çaba göstermeyi de taahhüt etmeleri gerekmekte ve bu hususta üzerlerine düşeni yapmaları gerekmektedir¹⁰². Adi ortaklığın ortak amaç için birlikte çaba gösterme unsuru Latince “*Affectio Societatis*” şeklinde ve doktrinde “*müşterek amaç doğrultusunda birlikte çaba gösterme*” şeklinde ifade edilmektedir¹⁰³. Adi ortaklığın *Affectio Societatis* unsuru adi ortaklığı benzer hukuki ilişkilerden ayırt etmek bakımından da önemli bir unsurdur¹⁰⁴.

Yargıtay’ın da *Affectio Societatis* unsurunun adi ortaklıktaki yerine ilişkin verdiği kararda “*Müşterek Amaç Uğruna Birlikte Çaba (Affectio Societatis) Unsuru: Bir hukuki ilişkiyi adi ortaklık olarak kabul edebilmek için, tarafların kişisel bağımsız menfaatlerinin üstünde, ortak bir gayeyi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş bulunmaları yetmez; tarafların ayrıca ortak amacı birlikte takibi ve onun gerçekleşmesine gerekli faaliyetlerle aktif olarak katılmayı da borçlanmış bulunmaları şarttır. Sonuçta her ortak, ortaklık amacının gerçekleşmesine faydalı olmalı ve buna*

¹⁰⁰ RG. 19.06.1932, S. 2128.(İcra İflas Kanunu metinde İİK şeklinde anılacaktır.)

¹⁰¹ Karayalçın, s. 136.

¹⁰² Pulaşlı, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 19-20; Domaniç, s. 6; Tekil, s. 39-43; Doğanay, s. 53-54.

¹⁰³ Pulaşlı, s. 20; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 38.

¹⁰⁴ Yongalık, s. 12.

erişmek için gerekli faaliyetlere katılmalıdır. 818 Sayılı BK. madde 520/f.1'de, "...müşterek bir gayeye erişmek için birleşme..." şeklinde ifade edilen bu unsura, doktrinde *affectio societatis* denilmektedir. Bu unsur adi ortaklığın diğer sözleşme ilişkilerinden ayrılmasını sağladığı gibi rekabet yasağı ve ortağın denetim hakkının da temelini teşkil eder. Bu itibarla, bir adi ortaklığın varlığından bahsedilebilmesi için, yukarıda saymış olduğumuz unsurlara ilaveten, ortakların müşterek gayeye ulaşmak için çaba ve özen göstermek zorunluluğu da bulunmaktadır.¹⁰⁵ Dolayısıyla ortaklar, ortak amacın gerçekleşmesi için eşit durumda gayret ve özen göstermekle yükümlüdür¹⁰⁶.

Adi ortaklıkta pek çok ilke *Affectio Societatis* unsuru dikkate alınarak kabul edilmiştir. TBK m. 626 ortakların rekabet yasağına aykırı işlemler yapmama yükümü, TBK m. 639/7 haklı sebeple fesih, TTK m. 255 ortağın haklı sebeple çıkartılması gibi hükümler *Affectio Societatis* unsurunun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹⁰⁷.

1.2. ADİ ORTAKLIĞA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER VE ADİ ORTAKLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ALANLARI

1.2.1. Adi Ortaklığa İlişkin Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda adi ortaklık TBK m. 620 ile m. 645 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 126 düzenlemesine göre de "*Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.*".

Kollektif şirkete ilişkin hüküm olan TTK m. 214/1'de belirtildiği üzere kollektif şirket sözleşmesinin kanuni şekilde yapılmamış olması veya sözleşmeye konulması zorunlu olan kayıtlardan birinin veya bazılarının eksik, geçersiz olması durumunda bu şirket adi şirket hükmünde olacaktır ve bu şirkete TBK adi şirkete ilişkin hükümler uygulanacaktır.

¹⁰⁵ Yargıtay 3. HD. E. 2018/2115, K. 2018/10683, T. 30.10.2018. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶ Arslanli, s. 84-85.

¹⁰⁷ Baştuğ, İrfan: *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, İzmir 1974, s. 26; Şener, s. 9.

Adi ortaklık hükümlerinin genel hüküm niteliği taşıdığını gösteren bir diğer düzenleme ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹⁰⁸ 10. maddedir. İlgili madde düzenlemesine göre “*Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır.*”.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu¹⁰⁹,nda bazı hükümlerde, adi ortaklık faaliyetinden doğan kazançların vergilendirilmesine ilişkin bazı hükümler yer almaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu¹¹⁰,nun 1. maddesinde kazancı vergiye tabi kurumlar arasında “iş ortaklıkları” da sayılmıştır ve iş ortaklıkları adi ortaklık niteliğindedir.

1.2.2.Adi Ortaklık Hükümlerinin Uygulanma Alanları

Adi ortaklığa ilişkin hükümler adi ortaklık sözleşmesi dışında da geniş bir uygulama alanı bulmaktadır¹¹¹. Nitekim TBK m. 621/2’de bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyaması halinde Kanun’un adi ortaklık hükümlerine tabi olacağını ve adi ortaklık sayılacağı düzenlenmiştir. TTK m. 126’da da düzenlendiği üzere ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemelerde boşluk bulunması halinde, TBK’da düzenlenen adi ortaklık hükümleri şirketin niteliğine uygun düştüğü oranda ticaret şirketleri hakkında da uygulanacaktır.

Donatma iştirakinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bir çeşit adi ortaklık¹¹² veya gemi ile deniz ticaretine mahsus adi şirket¹¹³ olduğu kabul edilmektedir.TTK m. 1064 vd. düzenlenenDeniz Ticareti Hukukuna has bir kurum olan ve tüzel kişiliği bulunmayan donatma iştirakinin yönetimi kural olarak müşterek donatanların iradelerine bağlıdır¹¹⁴. TBK m. 620/2 düzenlenmesi ve donatma iştiraki ile

¹⁰⁸ RG. 13.12.1951, S. 7981.

¹⁰⁹ RG. 06.01.1961, S. 10700.

¹¹⁰ RG. 21.06.2016, S. 25205. (Kurumlar Vergisi Kanunu metinde KVK şeklinde kısaltılacaktır).

¹¹¹Doğanay, s. 2.

¹¹²Başbuğoğlu, Tarık: *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1988, s. 43.

¹¹³Domanıç, Şerh, s. 122

¹¹⁴Sözer, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku-1*, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 182-184.

adi ortaklık arasındaki benzerlikler göz önünde bulundurulduğunda niteliğe uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri donatma iştirakine de uygulanacaktır¹¹⁵.

6102 sayılı TTK'nın hiçbir hükmünde “ön ortaklık” veya “ön şirket” kavramına yer verilmemiştir. Ancak TTK m. 33'ün gerekçesinde¹¹⁶ “ön-anonim şirket” kavramına yer verilmiştir. Bu durumda sermaye şirketlerinde, limited şirket ve anonim şirketin kuruluşunda esas sözleşmenin hazırlanması ve kurucular tarafından imzalanmasından sonra şirket kurulmuş olmaktadır¹¹⁷. Daha sonra tescile kadar geçen süre içerisinde ise ön ortaklık meydana gelmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla esas sözleşmenin imzalanmasından şirketin ticaret siciline tesciline kadar geçen sürede ön ortaklık söz konusu olmakta ve tescil ile birlikte ön ortaklık kendiliğinden tasfiyesiz olarak sona ermektedir. Sözleşmenin imzalanması ile tescil arasındaki geçen sürede söz konusu olan ön ortaklığa niteliğine uygun olduğu sürece adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır¹¹⁹. Yargıtay da bir kararında sözleşmenin imzalanması ile tescili arasındaki ön ortaklığın adi ortaklık niteliğinde olduğunu söylemiştir. Kararın ilgili kısmı ise “*Esas mukavelenin tanzim ve imzasına tekaddüm eden safhada anonim şirketin kurulması hususunda taraflar arasında hasıl olan anlaşma da adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olarak vasıflandırılır. Bu durumda kurucular arasındaki ilişki, öğretilerde de baskın görüş olarak kabul edildiği gibi adi ortaklık niteliğindedir. Herhangi bir sebeple anonim ortaklığın kurulmamış olması halinde adi ortaklığın konusu elde edilmemiş demektir ve adi ortaklık bu durumda infisah eder ve tasfiyeye tabi tutulur*”¹²⁰ şeklinde ifade edilmiştir.

Adi ortaklık hükümlerinin sıkça uygulandığı bir diğer durum ise gizli adi ortaklıktır. Gizli adi ortaklık genellikle sermayesi olan ancak ticari bilgisi olmayan

¹¹⁵Can, Mertol: *Donatma İştirakinde Tacir Sıfatının Aidiyeti İle Müşterek Donatanlar Hakkında da İflas Kararının Verilip Verilemeyeceği Meselesi*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal T ekinalp' e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 911.

¹¹⁶ TTK m. 335 Gerekçe: “*Madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır. Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta 355 inci maddenin birinci fıkrasının saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön-anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması sadece Tasarının 12 nci maddesi bakımından değil, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretilerde ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır.*”

¹¹⁷Pulaşlı, Şerh, s. 559-560.

¹¹⁸Pulaşlı, Şerh, s. 560.

¹¹⁹Şener, s. 14.

¹²⁰ Yargıtay HGK, E. 1991/11-164, K. 1991/249, T. 8.5.1991. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kişilerle tacirler arasında kurulur¹²¹. Gizli adi ortaklıktan kasıt, üçüncü kişilerle dışarıya karşı yapılan işlemlerin ortaklık adı altında yapılmamasıdır¹²².

Gizli adi ortaklıkta yatırımcı olan ortak gizli ortak, üçüncü kişilerle işlemleri yapan ortak ise aktif ortak olarak adlandırılmaktadır¹²³. Aktif ortak iç ilişkide hem kendi hem de gizli ortak hesabına işlem yapmakta, dış ilişkide ise işlemleri kendi adına yapmaktadır ancak aktif ortak temsilci konumunda değildir¹²⁴. Bu sebeple sadece aktif ortak hak elde etmekte ve borç altına girmektedir¹²⁵. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında aktif ortağın hem kendi hem de gizli ortağın ad ve hesabına hareket ettiğini “...*tarafklar arasında 1985 yılında kurulan ve davacının yurtdışına gitmesi nedeniyle davalı yönetici ortak tarafından idare edilen adi ortaklığın; 2002 yılında işletme ruhsatının sadece davalı adına düzenlenmesi nedeniyle gizli ortaklığa dönüştüğü, eş söyleyişle dışa karşı görünen davalı ortağın sadece kendi adına ve hesabına değil, aynı zamanda davacı gizli ortağın adına ve hesabına da hareket etmeye başladığı anlaşılmaktadır*¹²⁶.” şeklinde ifade etmiştir.

Kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişi gizli ortaklık ilişkisinin varlığını kanıtlasa dahi yapılan işlemlerden dolayı gizli ortağın sorumluluğuna gidilemeyecektir¹²⁷. Gizli adi ortaklığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde iç ortaklığa, adi ortaklığın tamamlayıcı hükümleri uygulanabilecektir¹²⁸.

1.3. ADİ ORTAKLIK TEMELİNE DAYANDIRILAN BAZI ÖZELSÖZLEŞME İLİŞKİLERİ

1.3.1. Kartel ve Adi Ortaklık İlişkisi

Ticari alanda faaliyet gösteren teşebbüsler daha fazla pazar payı elde edip kâr oranlarını arttırmak için rekabet içine girer ve bu rekabet beraberinde bir dizi külfeti de beraberinde getirir. Bu rekabeti sınırlandırmak veya tamamen ortadan kaldırarak

¹²¹Şener, *Adi Ortaklık*, s. 146.

¹²²Şener, *Adi Ortaklık*, s. 146.

¹²³Barlas, s. 161; Karayalçın, s. 171.

¹²⁴Bilgili, Fatih: *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Ankara 2003, s. 121.

¹²⁵Şener, *Adi Ortaklık*, s. 147; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 50.

¹²⁶Yargıtay 3. HD, E. 2016/13585, K. 2018/557, T. 23.1.2018. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁷Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 50;

¹²⁸Bilgili, s. 53; Şener, *Adi ortaklık*, s. 148; Aksi yönde bir görüş olarak Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 40; komandit ortaklık hükümleri menfaatler dengesini daha iyi kuran ve koruyan hükümler olduğu için iç ortaklığa adi ortaklık hükümleri yerine komandit ortaklık hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.

piyasaya doğrudan veya dolaylı olarak etki etmek anlamına gelen sözleşmeler “kartel” olarak adlandırılmaktadır¹²⁹. Görüş birliğinin sağlandığı tanımına göre kartel, “*Hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak, aralarındaki rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleri.*”¹³⁰.

Kartelin, adli ortaklık biçiminde kurulması, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹³¹ m. 4’e uygun olması, emredici nitelikteki kanun hükümlerine aykırı olmaması ve ahlaka aykırılık teşkil etmemesi durumunda TBK m. 620 vd. hükümlerinin uygulanabileceği bir hukuksal ilişkinin varlığından söz edilebilecektir¹³². TBK adi ortaklık hükümlerinden yorumlayıcı ve tamamlayıcı nitelikte olanları kartel sözleşmesinde özel bir hüküm olmadığı durumlarda uygulanabilecektir.

Bununla birlikte kartel örneklerinde kazanç elde edilmesi ve paylaşılması söz konusu olmadığı için TBK m. 622 vd. olan kazanç paylaşılması ve zarara katılma hükümleri çoğu halde uygulanamayacaktır¹³³. Kartel bakımından kararların oluşumu ve yönetim genellikle sözleşmede yer alacağı için TBK m. 624 ortaklığın kararları ve m. 625 ortaklığın yönetimi hükümleri de uygulama alanı bulamayacaktır¹³⁴. Kural olarak kartel malvarlığı söz konusu olmayacağı için tasfiyeyi düzenleyen TBK m. 642 de burada uygulama alanı bulamayacaktır¹³⁵.

Adi ortaklık hükümleri arasında düzenlenen sadakat (TBK m. 262), özen (TBK m. 628) yükümleri, denetim hakkı (TBK m. 631) karteller içinde uygulanabilecektir¹³⁶. Aynı şekilde müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK m. 638/3 ve bu hükümle uyum içinde olan RKHK m. 57 karteller için de uygulanabilecektir. TBK m. 638/1 hükmünde düzenlenen elbirliğiyle mülkiyet kartellere uygulanarak elde edilen haklar üzerinde elbirliğiyle mülkiyet tesis edilmesine olanaklı hale gelecektir¹³⁷.

¹²⁹Barlas, s. 186-187.

¹³⁰Tekil, s. 55 dn. 30; Barlas, s. 188’den naklen.

¹³¹RG. 13.12.1994, S. 22140. (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun metinde RKHK şeklinde kısaltılacaktır.)

¹³²Karayalçın, s. 132; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 56.

¹³³Çeker, Mustafa: *Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni*, BATIDER 1996, C. 18, S. 3, s. 90.

¹³⁴Barlas, s. 206.

¹³⁵Barlas, s. 206.

¹³⁶Barlas, s. 206.

¹³⁷Barlas, s. 206.

1.3.2. Konzernve Adi Ortaklık İlişkisi

Konzern, hukuken bağımsız olan birden fazla işletme veya şirketin bir şirketin sevk veya yönetimine girerek ekonomik bir bütünlük sağlama amacı taşıyan hukuki bir yapı oluşturulması şeklinde tanımlanabilir¹³⁸. Konzern ile ilgili yapılan farklı tanımlar bulunmasına rağmen her tanımda olan iki temel husus hukuken bağımsızlık ve ekonomik yönden birliktir¹³⁹. Konzernin bu iki temel hususu, konzerni katılan teşebbüslerin hem hukuki hem de ekonomik açıdan bağımsızlıklarını sürdürdüğü kartelden ayırmaktadır¹⁴⁰. Konzernde sadece hukuki bağımsızlık varlığını sürdürmektedir. Amaç tek elden yönetim sayesinde ekonomik çıkar elde etmektedir¹⁴¹.

Konzernde her bir teşebbüs kendi ticari çevresinde kazanç elde edeceği için ortak malvarlığına sahip olma, ortak kazancın paylaşılması ve dolayısıyla tasfiyeye ilişkin adi ortaklık hükümleri burada uygulama alanı bulmayacaktır¹⁴². Konzernde amaç ortak bir yönetim tesis etmek olduğu için karar alma ve idare hakkına ilişkin olan adi ortaklık hükümleri konzern için uygulanmayacaktır çünkü adi ortaklıkta ortak bir yönetim değil bütün ortakların ortaklığı yönetme hakkına sahip olduğu bir yönetim benimsenmiştir (TBK m. 625). Yönetim organına aynı zamanda özel olarak temsil yetkisinin de verildiği hallerde ve bu ölçüde konzerne dahil teşebbüslerin müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁴³.

Adi ortaklık hükümleri arasında düzenlenen sadakat, hesap verme, özen yükümü, denetim hakkı ve sona erme hallerine ilişkin hükümler konzern için de uygulanabilecektir¹⁴⁴.

1.3.3. Konsorsiyumve Adi Ortaklık İlişkisi

Konsorsiyum, kişilerin belirli işleri birlikte gerçekleştirmek için bir araya gelmeleri ve bir araya gelen bu kişilerin herbirinin, birbirinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünü yerine getirmesinin zorunluluğu olduğu hukuki bir yapı şeklinde

¹³⁸*Pulaşlı, Şerh*, s. 481.

¹³⁹*Pulaşlı, Şerh*, s. 482.

¹⁴⁰*Barlas*, s. 209.

¹⁴¹*Pulaşlı*, s. 483.

¹⁴²*Barlas*, s. 218.

¹⁴³*Barlas*, s. 219.

¹⁴⁴*Barlas*, s. 219.

tanımlanabilir¹⁴⁵. Konsorsiyum ilişkisi bir sözleşmeye dayanmakta bu sözleşme için de herhangi bir şekil şartı öngörülmemekte ve bu sözleşmenin teşebbüsler arasında kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁴⁶. Gerçek kişiler veya gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında da kurulması da mümkün olmaktadır.

Konsorsiyumda esas amaç iktisadi nitelikte olmakla birlikte kazanç elde etme ve bu kazancı paylaşma şartı söz konusu değildir¹⁴⁷. Dolayısıyla adi ortaklığın kazanç elde etme ve paylaşmaya ilişkin hükümleri konsorsiyum için de uygulama alanı bulamayabilecektir. Aynı zamanda konsorsiyumda kural olarak bir malvarlığı bulunmadığı için adi ortaklık hükümlerinde elbirliği mülkiyetini düzenleyen hükümler ve tasfiye hükümleri devre dışı kalacak ve uygulanma alanı bulamayacaktır¹⁴⁸. Konsorsiyumda yönetim hakkının konsorsiyum liderine bırakılması nedeniyle ortaklığın yönetimini düzenleyen TBK m. 625/1 burada uygulama alanı bulamazken ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanmasını düzenleyen TBK m. 625/3 konsorsiyum için uygulanabilir nitelikte olacaktır¹⁴⁹.

Adi ortaklık hükümleri arasında düzenlenen sadakat, hesap verme, özen yükümü, denetim hakkı ve sona erme hallerine ilişkin hükümler konsorsiyum için de uygulanabilecektir¹⁵⁰. Sona erme hallerini düzenleyen TBK m. 639'da düzenlenen ve sona erme sebeplerinden biri olan müşterek amaca ulaşılması veya amacın elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi, ortakların oybirliğiyle sona erdirme kararı almaları ve haklı nedenle fesih halleri konsorsiyumlar için de uygulanabilecek ancak diğer sona erme sebepleri pratik anlamda pek önem arz etmeyecek ve uygulanamayacaktır¹⁵¹.

1.3.4. Joint Venture ve Adi Ortaklık İlişkisi

1.3.4.1. Joint Venture

Doktrinde çeşitli sınıflandırmaları olan joint venture için hukuksal bakımında iki ana sınıflandırma yapılmaktadır. Bu ayrım “salt sözleşmeye dayalı joint venture” ve

¹⁴⁵Tekinalp, Gülören/ Tekinalp, Ünal: *Joint Venture*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 162; Bahtiyar, s. 27.

¹⁴⁶Tekinalp/Tekinalp, s. 161; Barlas, s. 222.

¹⁴⁷Tekil, s. 78.

¹⁴⁸Barlas, s. 234.

¹⁴⁹Barlas, s. 234.

¹⁵⁰Barlas, s. 234.

¹⁵¹Barlas, s. 263.

“sermayeye katılmalı joint venture” şeklinde yapılmaktadır¹⁵². Joint venture, işletme iktisat ve hukuk bilimlerini ilgilendiren geniş bir kavramdır. Ortaklıklar hukukunun ülkeden ülkeye farklılıklar göstermesi, yapısal bakımından birbirinden çok farklı iki ana türünün olması, faaliyette bulunulacak sektöre göre sözleşme içeriğinin farklılık arz etmesi nedeniyle doktrinde bütün türleri ve sektörel modelleri kapsayacak tam bir tanım vermek yerine karakteristik özelliklerini ortaya koyan genel bir çerçeve çizmenin daha doğru olduğu söylenmektedir¹⁵³.

Joint venture'nin türü ne olursa olsun bu ilişki sözleşme ile kurulmakta ve bu sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlanmamaktadır¹⁵⁴. Türk hukukunda joint venture sözleşmesini kanunen düzenleyen bir hüküm¹⁵⁵ olmadığı için şekil serbestisinin dayanağını TBK m. 12/1 oluşturmaktadır. Joint venture'un adi ortaklık şeklinde ortaya çıkması halinde de yine TBK m. 620 gereği şekil zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

Joint venture tüzel kişiliğe sahip bir yapı şeklinde kurulabileceği gibi bir adi ortaklık şeklinde kurulup tüzel kişilik yaratılmadan tesis edilmesi de mümkündür¹⁵⁶. Yargıtay'ın da joint venture'm adi ortaklık niteliğinde olması dolayısıyla tüzel kişiliğinin olmaması ve bunun bir sonucu olarak da dava ehliyetinden söz edilemeyeceğine ilişkin verdiği kararı “*Joint venture hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar*”¹⁵⁷” şeklindedir.

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz: *Barlas*, s. 241-251.

¹⁵³ *Tekinalp/Tekinalp*, s. 150-151; *Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Fasikül: Know-How-Management-Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 1997, s. 59-63; *Tekil*, s. 77-78; *Barlas*, s. 236-237.

¹⁵⁴ *Tekinalp/Tekinalp*, s. 155 vd.; *Çakır Çelebi, F. Betül: Joint Venture'in Hukuki Niteliği*, YBHD 2017, S. 2, s. 101.

¹⁵⁵ Hukuken Joint Venture'un özel bir türü olan “iş ortaklığı” Kurumlar Vergisi Kanunu m. 2/7'de düzenlenmiştir.

¹⁵⁶ *Çakır Çelebi*, s. 101.

¹⁵⁷ Yargıtay HGK, E. 2003/12-574, K. 2003/564, T. 8.10.2003. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Benzer yönde başka bir karar için bkz.: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesine göre, iki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklığın (Joint Venture'nin) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. Ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm varlıklarıyla sorumludurlar” Yargıtay 12. HD, E. 2016/8274, K. 2017/635, T. 19.01.2017. (Kazancı İçtihat Bankası).

Joint venture süreklilik gerektiren bir işin icrası için kurulabileceği gibi tek bir işin icrası için de kurulabilir¹⁵⁸. Joint venture’de ilişkiye katılan şirketler ya da kişiler hem hukuksal hem de ekonomik yönden bağımsızlıklarını sürdürmekte ve bu bağımsızlığı korumaktadırlar¹⁵⁹. Bu yönüyle joint venture, konzern ve birleşme ilişkilerinden ayrılmaktadır.

Joint venture’da yapılan işlemlerden dolayı ortakların müteselsil sorumluluğu söz konusu olmakta ve joint venture’un bu yönü konsorsiyum arasındaki farkı belirlemektedir¹⁶⁰. Dolayısıyla iki ilişki arasında büyük yakınlıkların olması nedeniyle sorumluluğun kapsamı ve tarzı bakımından söz konusu olan bu fark, ayırt edicilik bakımından önem arz etmektedir.

1.3.4.2. Joint Venture ve Adi Ortaklık Bağlantısı

Salt sözleşmeye dayalı joint venture’de bir yavru ortaklık olmadığı için çift kanatlı yapı söz konusu olmamakta ve bunun sonucu olarak ortaklar arasındaki sözleşme ilişkisi değerlendirildiğinde TBK m. 620 anlamında bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır¹⁶¹. Ancak sözleşmeye dayalı joint venture, doktrinde sermayeye dayalı joint venture ve geleneksel anlamda joint venture arasındaki farkı ortaya koymak için kabul edilmiştir¹⁶².

Joint venture her zaman adi ortaklık şeklinde kurulmak zorunda değildir. Bu tip iş ortaklıkları anonim şirket ve limited şirket şeklinde de kurulabilmektedir¹⁶³. Sözleşmeye taraf olanlar bakımından bir sınırlandırmanın söz konusu olmaması, sözleşme için bir şekil şartının bulunmaması, ortakların katılma payları, müşterek amaç ve bu amaç için birlikte çaba gösterme unsurları salt sözleşmeye dayalı joint venture için de geçerlidir¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Tekinalp/Tekinalp, s. 151; Kaplan, İbrahim: *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 22.

¹⁵⁹ Barlas, s. 239; Kaplan, s. 22.

¹⁶⁰ Barlas, s. 239; Bahtiyar, s. 28.

¹⁶¹ Barlas, s. 255.

¹⁶² Tekinalp/Tekinalp, s. 156; Barlas, s. 258; Kaplan, s. 4; Öztürk, Pınar: *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2001, s. 19.

¹⁶³ Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 27.

¹⁶⁴ Tekinalp/Tekinalp, s. 161; Dayınlarlı, Kemal: *Joint-Venture Sözleşmesi*, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 287; Barlas, s. 255

Sermayeye katılmalı joint venture'da ise karmaşık bir yapı söz konusudur ve çift katlılığın birinci aşamasını ortakların akdettiği joint venture sözleşmesi oluşturmaktadır¹⁶⁵. Hukuksal nitelik bakımından ise doktrinde büyük çoğunluğun kabul ettiği görüş, söz konusu sözleşmenin salt sözleşmeye dayalı joint venture'de olduğu gibi adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde olduğu ve hukuksal ilişkinin de bir adi ortaklık teşkil ettiği yönündedir¹⁶⁶. Sermayeye katılmalı joint venture borçlar hukukuna tabi edim yükümlülüklerini ve adi ortaklık unsurlarını bünyesinde taşımaktadır.

Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu ve joint venture'ı adi ortaklık hükümlerine tabi tuttuğu kararı "*Ortak girişim (Joint venture) hukuken Adi şirket hükümlerine tabi olup ortak girişim adına açılacak davaların görülebilmesi için davanın ortaklığı teşkil eden tüm şerikler tarafından birlikte açılması veya davayı açan ortağa sözleşmeden doğan hakların temlik edilmesi ya da açılan davaya muvafakat verilmesi gerekir*¹⁶⁷." şeklindedir. Dolayısıyla adi ortaklığa ilişkin hükümler niteliği uygun düştüğü ölçüde joint venture için de uygulanacaktır.

1.4. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.4.1. Ortakların Hakları

1.4.1.1. Kazanç Payı Hakkı

İktisadi bir amaçla kurulan adi ortaklıkta TBK m. 622 gereği ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait bütün kazançları paylaşmakla yükümlüdürler. Kanunda sadece kazanç paylaşmaktan söz edilse de ortaklar kuşkusuz ortaklık ilişkisi sonucu ortaya çıkan zararları da kendi aralarında paylaşacaklardır¹⁶⁸. Bu bakımdan TBK m. 622 ile TBK m. 627 arasında bir ilişki söz konusudur¹⁶⁹.

Ortaklar, ortaklık sözleşmesinde kazanç paylaşımının oranı hakkında bir belirleme yapmamışlarsa TBK m. 623 hükmü gereği kazanç payı, katılma payı değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit olacaktır. Dolayısıyla ortaklığa sermaye payı olarak

¹⁶⁵Barlas, s. 256.

¹⁶⁶ Tekil, s. 80; Barlas, s. 256; Tekinalp/Tekinalp, s. 161; Altay, Sıtkı Anlam: *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)*, İstanbul 2009, s. 243.

¹⁶⁷ Yargıtay 15. HD. E. 2004/3211, K. 2005/3782, T. 23.06.2005. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁸Şener, s. 40.

¹⁶⁹Şener, s. 40.

emeğini getiren ortak da sözleşmede özel bir düzenleme olmadığı sürece kârdan eşit hisse alacaktır¹⁷⁰. Yine aynı hüküm gereği zarar payı da aksi kararlaştırılmadıkça eşit olacaktır. Kâr ve zarar oranının belirlenmesi için ise TBK m. 630/3 gereğince her yıl bilanço düzenlenmeli ve kâr ve zarar hesabı belirlenmelidir. Daha sonra TBK m. 630/3 düzenlemesine göre yönetici ortaklar kazanç paylarını ortaklara ödemekle yükümlü olacaklardır.

İdareci olmayan ortaklar, ortaklık işleri için emek sarfetmişlerse, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebileceklerdir (TBK m. 627/3).

Kazanç paylaşımında eşitlik ilkesinin geçerli olmasına rağmen, ortaklar, ayrı bir sözleşme ile ve oybirliğiyle alacakları bir kararla farklı bir paylaşım oranı kararlaştırabilirler¹⁷¹. Eğer sözleşmede kâra katılma oranı kararlaştırılmış ancak zarara katılma oranı kararlaştırılmamışsa bu durumda kararlaştırılan kâra katılma oranı aynı zamanda zarara katılma oranı olarak kabul edilecektir¹⁷².

Bazı ortakların sadece zarara katılacağı ve kâra katılmayacağı veya çok küçük oranlarda katılacağına ilişkin aslan payı sözleşmeleri ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir¹⁷³. Bu sözleşmeler geçersiz sayılmayacak, bağışlama veya garanti benzeri hukuki işlem ilişkisi olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁴. Buna karşın bazı ortakların zarara katılmaması kararlaştırılabilir. Bu duruma ilişkin düzenleme olan TBK m. 623/2'de bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşmaların ancak katılma payı olarak sadece emeğini koymuş ortak için geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Yöneticilerin hesap vermeye yanaşmaması veya kâr paylarını ödememesi durumunda ortaklar mahkemeye başvurarak kârın tespitini ve paylaşılmasını talep edebileceklerdir. Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında bu hususa “*Dava, kar payı, fesih ve tasfiye isteğine ilişkindir. Davalının hesap vermemek ve kar payı ödememek suretiyle sözleşmeye aykırı davrandığı sabit olduğu takdirde, davacıların haklı*

¹⁷⁰Şener, s. 42.

¹⁷¹Şener, s. 42.

¹⁷²Şener, s. 43.

¹⁷³Yalman, Macit/Taylan, Erbay: *Adi Ortaklık*, Ankara 1976, s. 89.

¹⁷⁴Şener, s. 43.

nedenlere dayanarak ortaklığın feshini ve tasfiyesini istemeye hakları olduğu kabul edilmelidir.” şeklinde karar vermiştir¹⁷⁵.

1.4.1.2. Ücret, Avans, Faiz, Borç ve Masrafların Paylaşılmasını İsteme Hakkı

TBK m. 627/3 hükmüne göre yükümlü olmadığı halde emek sarf etmiş olan ortaklar hakkaniyet gereği bir karşılık ödenmesini talep edebileceklerdir. Ayrıca TBK m. 628/3 hükmüne göre ortaklar, ortaklık işlerini ücret karşılığı yerine getirebilecekler, bu durumda da vekalet hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

TBK m. 627/1’e göre ortaklardan birinin şirket işleri için masraf yapması veya borçlanması durumunda o ortak diğer ortaklardan bu giderleri veya borçları talep edebilecektir. Maddenin devamında düzenlenen durum ise yönetim işleri nedeniyle doğrudan uğranılan zararlar ve yönetimden kaynaklanan tehlikeler sonucu doğan zararlar için zarar gören kişinin diğer ortaklardan bu zararlarını isteyebilmesidir.

Adi ortaklık için yapılan masraflar ve borçlanmalar, ilk olarak şirket sermayesinden karşılanacaktır. Ancak şirketin malvarlığı bu miktarı karşılamaya yetmezse o zaman ortakların eşit sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷⁶.

1.4.1.3. Denetleme Hakkı

Denetleme hakkı TBK m. 631’de “*Yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen yönetici olmayan ortağa ait olan denetleme hakkının karşı tarafını yönetici ortak oluşturmaktadır. Denetleme hakkını düzenleyen ilgili maddede, bu hakkın kapsamı ve sınırları da belirtilmiştir.

Denetleme hakkının bazı durumlarda bilirkişi aracılığıyla kullanılması söz konusu olsa da esasen bizzat kullanılmalıdır¹⁷⁷.Ortaklık hakkının devredildiği veya

¹⁷⁵ Yargıtay 13. HD. E. 1986/2472, K. 1986/3363, T. 03.06.1986. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁶ Domaniç, s. 29; Bahtiyar, s. 35.

¹⁷⁷ Karayalçın, s. 147; Tekil, s. 65; Baştuğ, s. 93; Yıldırım, denetleme hakkının temsilci vasıtasıyla kullanılabilceğini söylemektedir, Yıldırım, Ali Haydar: *Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı*, DÜHFD 2011, C. 13, S. 2, s. 207.

mirasçılara geçtiği durumlarda denetleme hakkı yeni hak sahibinde olacaktır¹⁷⁸. Ancak bu durumda denetleme hakkının kullanılabilmesi için payın devrinin diğer ortaklar tarafından kabul edilmesi ve mirasçılardan birden fazla olmaması gerekir. Birden fazla mirasçının bulunması durumunda ise ortaklar bir temsilci belirlemeli ve denetleme hakkı bu temsilci aracılığıyla kullanılmalıdır¹⁷⁹.

1.4.2. Ortakların Borçları

1.4.2.1. Katılma Payı Koyma Borcu

Katılma payı koyma borcu TBK m. 621/1'de “*Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Katılım payı koyma borcu, katılım payının taahhüt edilmesi ile de yerine getirilmiş olacaktır¹⁸⁰. Dolayısıyla bu borcun fiilen yerine getirilme zorunluluğu söz konusu değildir. Bu bakımdan ortakların ortaklığa sermaye getirmeyi taahhütetmiş olmaları da yeterlidir.

Bir ortağın taahhüt ettiği katılma payı borcunu yerine getirmemesi durumunda ortaklar veya onların adına yöneticiler ifa davası açabilmektedir. Buna karşılık ortağın açacağı dava ise *Actio Pro Socio* davasıdır. *Actio Pro Socio* davası, sermaye payı taahhüdünü ifa etmeyen ortağa karşı, ortağın bu borcunu yerine getirmesi için, diğer ortaklar veya onlar adına ortaklık yönetimi tarafından açılan davadır¹⁸¹. Bu davayı tüm ortaklar ya da ortaklık yönetimi açabileceği gibi ortaklardan birisi de bu edimi *Actio Pro Socio* davası ile talep edebilir¹⁸².

Actio Pro Socio davasının en önemli özelliği davayı açan ortağın davayı kendi adına ve rizikosunu da üstelenerek açmasıdır¹⁸³. Yargıtay da *Actio Pro Socio* davasını bir kararında “... *adi ortaklık da bir ortağın henüz katılma payı edimini yerine*

¹⁷⁸ Yalman/Taylan, s. 159.

¹⁷⁹ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 357-358.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm 1; 1.1. Genel Olarak Adi Şirket; 1.1.2. Unsurları; 1.1.2.4. Sermaye Payı Unsuru.

¹⁸¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 60; Kayar, İsmail: *Şirketler Hukuku*, Ankara 2010, s. 30.

¹⁸² Kayar, s. 31.

¹⁸³ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 215.

getirmemesi, kara katılmasını önlemez. Bu durumda her ortağın diğerlerine karşı sermaye konması konusunda istem hakkı vardır¹⁸⁴.” şeklinde ifade etmiştir.

Ortağın katılma payı borcunu ifa etmemesi halinde diğer ortakların başvurabileceği diğer yol TBK m. 639/7 gereğince fesih davası açmaktır. Yargıtay’ın katılma payı borcunun ifa edilmemesi durumunda ortaklığın feshinin istenebileceği yönündeki kararı “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.12.1963 gün ve 4/26 E., 96 K. sayılı kararında da benimsendiği üzere adi ortaklıklar karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşme olmayıp, herkesin belli bir amaca ermek için birtakım borçlar altına girdiği ve fakat bu borçların birbirinin karşılığı olarak değerlendirilemeyeceği sözleşmelerdir. Bundan dolayı ortaklıkta bir tarafın sermaye koyma borcunu yerine getirmekten kaçınması diğer tarafa yalnızca ortaklığın feshini isteme yetkisi verir¹⁸⁵.” şeklindedir.

Sermaye koyma borcunu ifa etmeyen ortaktan, ortaklık sözleşmesinde öngörülmesi halinde cezai şart talep edilebilecektir¹⁸⁶. Eğer taahhüt edilen sermaye nakit ise bu durumda temerrüt nedeniyle edimin yerine getirilmemesi halinde gecikme faizi de talep edilebilecektir¹⁸⁷.

1.4.2.2. Zarara Katılma Borcu

Ortakların zarara katılma borcu TBK m. 623’te “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir.” şeklinde düzenlenmiştir. Zarara katılmaksızın sadece kâra katılma durumu ilgili maddenin üçüncü bendinde düzenlenmektedir ve maddeye göre katılma payı olarak sadece emeğini koyan kişinin zarara katılmayıp sadece kâra katılabileceği düzenlenmiştir¹⁸⁸.

1.4.2.3. Rekabet Yasağı

Adi ortaklıkta rekabet yasağı TBK m. 626’da düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olacak şekilde ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar. Rekabet yasağı, yönetici olsun

¹⁸⁴ Yargıtay 13. HD. E. 1980/4202, K. 1980/5464, T. 16.10.1980. (Şener, *Adi Ortaklık*, s. 215).

¹⁸⁵ Yargıtay HGK, E. 2018/3-16, K. 2018/1315, T. 04.07.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸⁶ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 217.

¹⁸⁷ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 217.

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 1; 1.4. Adi Ortaklıkta Ortakların Hak ve Borçları; 1.4.1. Ortakların Hakları; 1.4.1.1. Kazanç Payı Hakkı.

veya olmasın bütün ortakların adi ortaklığa karşı olan yükümlülüğüdür. Sözleşmeyle belirlenmesi halinde, tarafların birbirleriyle ilişkilerinin bitmesinden sonra da rekabet yasağının devam edeceği kararlaştırılabilir¹⁸⁹.

Rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde yaptırım için üç farklı durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki diğer ortakların, şirketi zarara uğratan ortaktan söz konusu zararın tazminini istemeleridir. İkinci olarak ortaklar, rekabet yasağını ihlal eden söz konusu işlemin şirket adına yapılmasını isteme hakkına sahiptirler. Son olarak da ortaklar TBK m. 639/7'ye göre şirketin haklı sebeple feshini isteyebilirler.

Rekabet yasağının yönetici ortak tarafından ihlal edilmesi durumunda idare yetkisinin elinden alınması söz konusu olabilecektir. Yargıtay da konuya ilişkin verdiği bir kararında bu hususu “*Dava ortaklıkta yönetim yetkisine sahip ortağın bu yetkisini fahiş olarak kötüye kullandığı nedeniyle yönetim yetkisinin Borçlar Kanunu'nun 529. maddesi gereğince kaldırılması isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun rekabet memnuniyetine ilişkin 526. maddesi hükmü gereğince ortaklardan hiçbiri kendi hesabına şirketin amacına aykırı veya zararlı işleri yapamaz. Yönetici ortak, ortaklık işlerinde, kendi işlerinde gösterdiği özen ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür. Olayda, davacı tarafından yaptırılan tesbitte, ortaklığın icra edildiği dükkanda davalının kendi adına sakı getirerek sattığı, ikrarı ve bilirkişi beyanıyla sabittir.*” şeklinde ifade etmiştir¹⁹⁰.

1.4.2.4. Özen Gösterme Borcu

Adi ortaklıkta ortakların özen borcu TBK m. 628'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdiği ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Yönetici olsun veya olmasın her ortak adi ortaklığa karşı özen borcunu yerine getirmelidir¹⁹¹.

TTK m. 18/2'de düzenlenen tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümü, özen borcundan farklı bir yükümdür. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü objektif bir özen ölçüsü getirmektedir¹⁹². Burada tacirin, ticari işletmesi ile ilgili

¹⁸⁹Karagöz, Veli: *Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart*, ERÜHFD 2009, C. 13, S. 1-2, s. 207.

¹⁹⁰Yargıtay 13. HD. E. 1986/6120, K. 1987/133, T. 20.01.1987. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹¹Adi ortaklıkta özen borcunun sadece yönetici ortaklar tarafından yerine getirilmesi gerektiğini yönündeki görüş için bkz.:*Domaniç*, s. 25.

¹⁹²Arkan, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 147.

faaliyetlerde bulunurken kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenen özeni göstermesi değil, aynı ticaret dalında faaliyetlerde bulunan öngörülü, tedbirli, özenli bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekmektedir¹⁹³. TBK m. 628’de ise ortaktan “kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen” göstermesi beklenmektedir. Adi ortaklıkta ortaklar, adi ortaklık çatısı altında yapılan işin bir anlamda sahibi sayılmakta ve bu sebepten dolayı ortakların, kendi işlerinde gösterdikleri özenden daha fazla özen gösterme zorunlulukları bulunmamaktadır¹⁹⁴. Bu durumda TBK m. 628’de düzenlenen özen yükümü TTK m. 18/2’de düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma yükümünün hafifletilmiş hali olduğu kabul edilebilir.

Özen borcuna aykırı hareket eden ortak ise TBK m. 628/2 gereğince verdiği zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak burada zarar gören ortakların tazminat isteyebilmesi için zararın özen yükümünü ihlal eden ortağın kusuruyla meydana gelmiş olması gerekmektedir¹⁹⁵.

1.5. ADİ ORTAKLIĞIN YÖNETİMİ, TEMSİLİ VE ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

1.5.1. Adi Ortaklığın Yönetimi

1.5.1.1. Dar ve Geniş Anlamda Yönetim, Ortaklık Kararı, Yönetici Ortak

Ortaklığın yönetimini düzenleyen TBK m. 625’e göre “*Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.*”. Dolayısıyla adi ortaklıkta yönetim kural olarak ortaklara bırakılmış durumdadır ve bu açıdan ortaklığın yönetimi hem bir

¹⁹³ Arkan, *Ticari İşletme*, s. 147.

¹⁹⁴ Kırcı, İsmail: *Adi Şirket Ortağının Özen Borcu*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan 2003, s. 204-205.

¹⁹⁵ Kırcı, *Özen Borcu*, s. 206-207.

hak hem de bir yükümlülüktür¹⁹⁶. Ortaklığın yönetimi herhangi bir ortağa veya herhangi bir kişiye bırakılmamışsa bu durumda bütün ortaklar yönetici sıfatını haiz olarak olağan yönetim işlerini yapabilirler.

Ortaklık yönetiminin kanunen bütün ortaklara ait olmasına “özden yöneticilik ilkesi” denmektedir¹⁹⁷. Adi ortaklıkta yönetim hakkı her bir ortağa münferiden tanınmıştır dolayısıyla her bir ortak diğerleri katılmasa bile yönetim işlemlerini yapabilmektedir (TBK m. 625).

TBK m. 625 dar anlamda yönetimi düzenlemektedir. Dar anlamda yönetim temsili içermeksizin ortaklığın iç işlemlerinin yerine getirilmesini ifade etmektedir¹⁹⁸. Diğer bir deyişle ortaklık konusunun elde dilmesi amacıyla olağanüstü nitelikte olmayan ve iç ilişkide alınan bütün kararlar “dar anlamda” yönetimdir¹⁹⁹. Geniş anlamda yönetimin ise iç ve dış cephesi vardır. İç cephede karar alma söz konusu olmaktadır, dış cephede temsil söz konusu olmaktadır²⁰⁰.

Adi ortaklıkta ortaklık kararı ise TBK m. 624’te düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir. Oy hakkı ortağın şahsına bağlı olduğu için ve ortaklar arasında zorunlu güven ilişkisi olduğu için oy hakkının üçüncü şahsa devri veya kural olarak temsilci vasıtasıyla kullanılması olanaklı değildir²⁰¹. İstisnai olarak ortaklardan birine temsil yetkisi verilmesi mümkündür. Aynı zamanda ortakların tümünün rızasıyla ve haklı bir sebebe dayanarak ortak olmayan üçüncü kişiye de temsil yetkisi verilebilmektedir²⁰².

Ortaklar, kanunen kazanmış oldukları yönetim hakkını kendi iradeleri ile bir veya birkaç ortağa veya üçüncü bir kişiye bırakabilir. Seçilen yönetici ortaklar, şirket işlerini yürütürken özen yükümünü de yerine getirmelidirler.

Yönetim işlerinde gösterilecek özenin ölçüsü ise TBK m. 628 gereğince ücret alıp almama durumuna göre değişmektedir. İlgili maddeye göre yönetici ortak, işleri

¹⁹⁶Şener, s. 46.

¹⁹⁷Şener, s. 47.

¹⁹⁸Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 63.

¹⁹⁹Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 63.

²⁰⁰Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 64.

²⁰¹Şener, *Adi Ortaklık*, s. 288.

²⁰²Barlas, s. 288.

ücret karşılığında yürütüyorsa vekalet hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kendisinden beklenen özen objektif ölçüde bir özen ve dikkattir²⁰³. Ancak yönetici ortak yaptığı yönetim işleri için bir ücret almıyorsa kendisinden beklenen özen, kendi işlerini yaparken gösterdiği özen ve dikkattir. Buradaki ölçüt subjektif bir ölçüttür dolayısıyla sorumlulukta bir hafifleme meydana gelmektedir²⁰⁴.

TBK m. 629 düzenlemesine göre yönetim yetkisinin ortaklık sözleşmesi ile ortaklardan birine verilmesi halinde, haklı bir sebep olmadıkça diğer ortaklar tarafından kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz. Ancak haklı sebep nedeniyle yönetim hakkının geri alınması veya sınırlandırılmasının nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır²⁰⁵. *Karayalçın*, sözleşmeyle verilen bu yetkinin yine sözleşme değişikliği ile geri alınması gerektiğini savunmaktadır²⁰⁶. Dolayısıyla sözleşme değişikliği söz konusu olduğu için bu karar da oybirliği aranacaktır.

1.5.1.2. Yönetim Yetkisinin Kapsamı

1.5.1.1.1. Genel Olarak

Adi ortaklıkta geniş anlamda yönetim olağan ve olağanüstü işlemlerden oluşmaktadır. Bu ayrım TBK m. 625/3'te görülmektedir. Ancak Kanundane olağan işlemler hakkında ne de olağanüstü işlemler hakkında bir tanım yapılmamıştır. TBK m. 625/3'te sadece genel yetkili temsilcinin atanması olağanüstü iş olarak kabul edilmiştir.

Doktrinde kolektif şirkete ilişkin bir hüküm olan TTK m. 223'ün adi ortaklığa da uygulanması ve bu şekilde olağanüstü iş ayrımının yapılması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁷.

Olağan-olağanüstü iş ayrımını yapmak için yararlanılabilecek bir diğer ölçüt ise duran varlıklara ilişkin yapılan işlemlerin olağanüstü işlem sayılmasıdır²⁰⁸. Böyle bir ayrım yapılmasının temelinde ise taşınmaz alımı satımı, üzerlerinde aynı hak kurulması

²⁰³ Bilgili/Demirkapı, s. 31.

²⁰⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 31.

²⁰⁵ Arkan, Sabih: *Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları*, BATİDER 2001, C. 21, S. 2, s. 15.

²⁰⁶ Karayalçın, s. 144.

²⁰⁷ Karayalçın, s. 143; Domaniç, Şerh, s. 401; Tekil, s. 141.

²⁰⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 62; Bahtiyar, s. 37.

gibi işlemlerin elbirliği mülkiyeti nedeniyle tüm ortakları ilgilendirmesi hususu vardır²⁰⁹.

1.5.1.1.2. Olağan İşlemler

Ortaklığın olağan işlemleri, her iş yerinde günlük, normal olarak yapılan örneğin ortaklık defterlerinin tutulması, çalışanların tayin ve azli, satış ve fabrikasyon işlemlerinin yapılması, ortaklığın yazışmalarının yürütülmesi gibi işlemlerdir²¹⁰.

TBK m. 625 hükmüne göre ortaklar olağan işlerin yönetimini ortaklık kararıyla veya sözleşme ile tek bir ortağa, birkaç ortağa veya ortak olmayan üçüncü bir kişiye bırakabilirler. Bu şekilde ortaklık yönetiminin devri kararı ortaklık kararı niteliğinde ve TBK m. 624'e tabi bir karardır. Yönetim hakkının bu şekilde devredilmesiyle ortaklığın idaresi ellerinden alınan ortaklar idare hakkına veya idare hakkından kaynaklanan veto hakkı gibi haklara sahip olamazlar²¹¹.

Ortaklık yönetimi ortakların tümüne veya birkaçına bırakılmış ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir (TBK m. 625). Olağan işlemler bakımından benimsenen bu ferdi idare esasına karşılık maddenin devamında idareci ortaklara veto hakkı tanınmıştır. Veto hakkına göre, ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, yapılan işlem tamamlanmadan önce itiraz edebilir ve ilgili işlemin yapılmasına engel olabilir. Yönetici ortağın yaptığı bir işleme ancak yönetici olan diğer ortak itiraz edebilir. Dolayısıyla yönetici olmayan ortakların itiraz hakkı yoktur²¹². Tek başına yönetim ise iki halde sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki olağanüstü işlemler ikincisi ise yönetici ortaklara tanınan veto hakkıdır.

1.5.1.1.3. Olağanüstü İşlemler

TBK m. 625/3 düzenlemesine göre olağanüstü işlemlerde kararlar ortakların oybirliğiyle alınmalıdır. Dolayısıyla olağanüstü işlemler için, yönetici olsun veya olmasın bütün ortakların oybirliği gerekmektedir. Yönetim yetkisi ortaklar dışında üçüncü bir kişiye bırakılmış olsa dahi olağanüstü işlemler için kararlar ortaklar

²⁰⁹Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 62.

²¹⁰Baştuğ, s. 35.

²¹¹Şener, *Adi Ortaklık*, 291.

²¹²Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 64.

tarafından alınabilir ve üçüncü kişilere devredilemez²¹³. Üçüncü kişiler dar anlamda yönetim yetkisine sahiptir ve önemli işler bizzat ortaklar tarafından karara bağlanmalıdır²¹⁴.

TBK m. 625'te genel yetkili temsilci atama işleminin olağanüstü iş olduğu belirtilmiştir. Ancak bu madde olağan-olağanüstü iş ayrımının yapılması için yeterli ve açık değildir. Olağanüstü işlemlerin belirlenmesinde yararlanılabilecek ilk ölçüt TBK m. 630'dur²¹⁵. İlgili maddede yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. TBK m. 504²¹⁶,te ise vekalet kapsamı düzenlenmiştir. Bu durumda adi ortaklık için olağanüstü sayılan işler; dava açma, hakeme başvurma, iflas, iflasın ertelenmesi, konkordato talep edilmesi, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağışlama yapmak, kefil olmak, taşınmazı devretmek ve bir hak ile sınırlandırmak şeklinde sayılabilir.

Yargıtay olağanüstü işlerin tespiti için vekalet hükümlerinden yararlanılması gerektiğini bir kararında “*Adi ortaklıklarda idareci ortak olağan şirket işlerini yürütmeye yetkilidir. Olağanüstü işler için ise bütün ortakların ittifakı şarttır (BK. 525). Diğer bir deyimle idare hakkı olağan işleri kapsar. Dava açmanın olağan işlerden olup olmadığı hususuna gelince, BK.nun 530. maddesi hükmü gereğince idareci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekalet hükümlerine tabidir. Oysa BK.nun 388/3. maddesine göre özel yetki olmadıkça vekil dava açamaz. BK.nun 388/3. de yazılı işler için ortaklık kararı gerekir. (Poroy. Tekinalp, Çamoğlu, ortaklıklar ve Kooperatif Hukuk, 1977, sh. 53-54 M.Yalman, E. Taylan, Adi ortaklık 1976, Sh. 106-107-Prof. Bakı Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1979, sh. 647). Davada böyle bir ortaklık kararı mevcut olmadığından ve vekil durumunda olup vekaletname vermiş olan idareci ortağın bu durumda dava açma hakkı bulunmadığının kabulü gerekir²¹⁷.” şeklinde ifade etmiştir.*

²¹³Şener, *Adi Ortaklık*, 295; Alver, s. 10.

²¹⁴Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 65.

²¹⁵Şener, *Adi Ortaklık*, 296.

²¹⁶ TBK m. 504: “*Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. V ekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar. Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.*”

²¹⁷ Yargıtay 11. HD, E. 1979/4583, K. 1979/5217, T.14.11.1979. (Kazancı İçtihat Bankası)

Olağanüstü işlerin tespitinde esas alınabilecek bir diğer ölçüt ise kollektif şirkete ilişkin hüküm olan TTK m. 223'tür. İlgili maddenin adi ortaklığa da uygulanması ve olağan-olağanüstü iş ayrımı için bu maddenin esas alınması gerektiği savunulmaktadır²¹⁸. Bu durumda sulh, feragat, kabul ile tahkim olağan iş kabul edilmekte, bağıшта bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi işler de olağanüstü iş olarak kabul edilmektedir.

Adi ortaklığın varlığını etkiler nitelikte olduğu için ihaleye girme ve büyük tutarlı kredi işlemleri de olağanüstü işlemlerdir²¹⁹.

1.5.2. Adi Ortaklığın Temsili

1.5.2.1. Adi Ortaklığın Doğrudan Temsili

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle ortaklıkta organsal temsil söz konusu değildir. Adi ortaklıkta temsil yetkisi ortaklık kararıyla verilebileceği gibi sözleşmeyle veya zımni bir davranışla da verilebilir²²⁰. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında bu hususu "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 625. ve 637.maddeleri gereği kendisine yönetim hakkı tanınan ortağın ortaklığı ve diğer ortakları temsil yetkisi vardır. Temsil yetkisi zımnen icazet, temsil belgesi, adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı ile verilebilir²²¹." şeklinde ifade etmiştir.

Doğrudan temsilde, temsil yetkisinin üçüncü bir kişiye veya birden fazla ortağa bırakılması da mümkündür. Temsil yetkisinin birden fazla ortağa verildiği durumlarda müteselsil temsil veya kollektif temsil ilişkisi söz konusu olacaktır²²². Eğer temsil yetkisi verilen her bir ortak tek başına işlem yapabiliyorsa bu ilişki müteselsil temsil ilişkisidir. Ancak işlem yapılırken temsilcilerin tamamı işleme katılmak zorundaysa bu durumda kollektif temsil söz konusu olacaktır. Ayrıca doğrudan temsilde haklar ve borçlar başka bir işleme gerek kalmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğrudan doğruya

²¹⁸Karayağçın, s. 143; Domaniç, Şerh, s. 401; Tekil, s. 141; Şener, AdiOrtaklık, s. 297; Yalman/Taylan, s. 107; Bilgili/Demirkapı, s. 30.

²¹⁹Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 62.

²²⁰Şener, Adi Ortaklık, s. 395.

²²¹Yargıtay 12. HD. E. 2014/31784, K. 2014/30762, T. 18.12.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²²Şener, Adi Ortaklık, s. 406.

temsil olunanın hukuk alanında doğurur diğer bir deyişle yapılan işlemde kaynaklanan hak ve borçlar kendiliğinden temsilci ortağa ve diğer ortaklara geçer²²³.

TBK m. 637/2’de doğrudan temsil düzenlenmiştir ve ilgili maddeye göre *“Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusunu olurlar.”*. Doğrudan temsilde, ortaklardan biri üçüncü kişi ile ortaklar adına diğer bir deyişle ortaklık adına işlem yaparsa, bu işlem dolayısıyla tüm ortaklar üçüncü kişinin alacaklısı veya borçlusunu olurlar (TBK m. 40). Temsilcinin, hukuki işlemi yaparken temsilci sıfatı ile hareket ettiğini üçüncü kişilere bildirmesi gerekmektedir²²⁴. Diğer bir deyişle temsilci diğer ortak veya ortaklar adına hareket ettiğini işlemde önce veya işlem sırasında üçüncü kişiye bildirmelidir. TBK m. 40 düzenlemesine göre temsilci işlemi yaparken temsilci sıfatını üçüncü kişiye bildirmezse hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olacaktır. Dolayısıyla vekalet, sözleşme hükmü ya da ortaklık kararı ile temsil yetkisi kendisine verilmiş olan ortak işlem yaptığı üçüncü kişiye temsilci sıfatını tanıtmamışsa kendisi dış ilişkide kişisel olarak sorumlu olacaktır. Temsilci olma durumunu ise ortaklarla iç ilişkisinde kullanıp diğer ortakları işlemde dolayı sorumlu kılacaktır²²⁵.

Yapılan işlemde dolayı diğer ortakların da borçlu veya alacaklı sıfatını kazanıp kazanamayacağı tespit edilirken TBK m. 637/2 ve somut olayın özelliklerine göre TBK m. 40/2 çerçevesinde değerlendirilmelidir²²⁶. Eğer yapılan sözleşmede temsilci ortak, bu sıfatını belirtmezse bu durumda sadece işlemi yapan ortak sözleşmeyle bağlı olacaktır. Yargıtay da bu hususta verdiği bir kararında diğer ortakların bu şekilde akdedilen bir sözleşme ile bağlı olmayacaklarını *“Davacıya kredi adına demir nakledip teslim etmeyi yüklenen sadece davalılardan İ. M.’dir. Diğer davalılarla davacının herhangi bir akdi ilişkisi bulunmamaktadır. Öte yandan, o tarihte davalılardan İ. ile diğer davalı M. ve Ö. arasında kereste ticareti konusunda bir adi ortaklık bulunması, o davalıların da bu sözleşmeden dolayı sorumlu tutulmalarını gerektirmez. Çünkü yapılan iş adi ortaklığın konusu ile ilgili değildir. Diğer davalılar O. ve E. ise adi ortaklığın ortağı dahi değildirler. Bu nedenle İ. dışındaki diğer*

²²³ Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 166; Akyol, Şener : *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, İstanbul 2009, s. 46.

²²⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 79.

²²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 79.

²²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 79.

*davalıların demir bedelinden sorumlu tutulmaları usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir*²²⁷.” şeklinde ifade etmiştir.

1.5.2.2. Adi Ortaklığın Dolaylı Temsili

TBK m. 637/1’de adi ortaklığın dolaylı temsili düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. Diğer bir deyişle adi ortaklığın dolaylı temsilinde, ortak kendi adına, fakat ortaklık hesabına işlem yapmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişilerle yapılan bu işlemlerden dolayı işlemi yapan ortak, alacaklı veya borçlu olacaktır. TBK m. 637/1 dış ilişki ile ilgili bir maddedir. Diğer bir deyişle madde, bir ortağın üçüncü kişiyle kendi adına işlem yapması halinde dış ilişkide kimin sorumlu olacağını yani işlemi yapan ortağın sorumluluğunu düzenlemektedir²²⁸.

Dolaylı temsil sadece gizli adi ortaklıkta söz konusu olmamaktan normal, diğer bir deyişle dış adi ortaklıkta da dolaylı temsil söz konusu olabilmektedir. Ayrıca adi ortaklığın dolaylı temsil edilmesi, adi ortaklığı gizli adi ortaklık haline getirmeyecektir. Bu durumda sadece işlemden dolayı diğer ortakların hak elde edip, borç altına girmeleri için dolaylı temsile ilişkin hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır²²⁹.

Ortak, üçüncü kişi ile hukuki işlemi dolaylı temsil yetkisine dayanarak kendi adına fakat temsil olunan hesabına yaptığı zaman dolaylı temsil söz konusu olacaktır²³⁰. Adi ortaklık ortağının dolaylı temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki işlemde doğan hak ve borçlar, önce kendi hukuki alanında hüküm ve sonuç doğurur, daha sonra yapılan ikinci hukuki işlemle bu hak ve borçlar temsil olunan ortaklara devredilir²³¹.

²²⁷ Yargıtay 13. HD. E. 1991/6107, K. 1991/8787, T. 3.10.1991. (Şener, Adi Ortaklık, s. 408).

²²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 78.

²²⁹ Şener, Adi Ortaklık, s. 398.

²³⁰ Oğuzman/Öz, s. 219; Reisoğlu, s. 129.

²³¹ Oğuzman/Öz, s. 219; Yargıtay 13. HD. E. 2003/13343, T. 10.11.2003; “Borçlar Kanununun 32. maddesinde düzenlenen temsil, bir kimsenin mümessil sıfatı ile diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır. Dolaylı temsil ise, hukuki işlemin kendi adına ancak başkası hesabına yapılmasıdır. Bu tür temsilde hukuki işlemin hüküm ve sonuçları öne mümessile, ondan sonra da temsil olunana geçer. Dava konusu olayda davacı ile davalılardan Ahmet arasında düzenlenen sözleşmede, arsa sahipleri ile H... Limited Şirketi arasında akdedilmiş olan 17.3.1994 tarihli gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapılacak binadan 5. kat 11 nolu dairenin davacıya satıldığı anlaşılmaktadır. Adi geçen inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, davalı Ahmet’in babası olan diğer davalı Remzi’dir davalı Ahmet, babasına ait arsa üzerinde yapılacak inşaatın, yine babası Remzi’ye düşecek olan bir daireyi kendi adına ancak babası Remzi nam ve hesabına davalıya satışını yapmış olduğundan olayda, az yukarıda açıklanan ve Borçlar Kanununun 32. maddesinde düzenlenen dolaylı temsil söz konusu olup, uyumsuzluğa buna ilişkin hükümlerin uygulanması gereklidir. Nitekim inşaat sözleşmesinin tarafı olan

1.5.2.3. Temsil Karinesi

TBK m. 637/3'te temsile ilişkin karine düzenlenmiştir. İlgili madde göre “Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.”. Dolayısıyla kendisine yönetim hakkı tanınmış olan ortağın temsile yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay verdiği bir kararda, kendisine yönetim yetkisi verilen ortağın temsil yetkisinin de bulunduğunu “...Borçlar Kanununun 34 ve 38. Maddesiyle daha geniş deyimini bulan ve 533 üncü maddesinin son fıkrasında tanımlanan ortağın temsil yetkisi kural olarak en geniş yetkinin bulunduğu var sayılmasını gerektirir. Kendisine idare yetkisi verilmiş olan bir ortağın temsil yetkisi de zaten mevcut farz olduğu gibi tersine olarak, idare yetkisi bulunmayan bir ortağın temsil yetkisi de kural olarak yok sayılır...”²³² şeklinde ifade etmiştir.

İç ilişkide idare, dış ilişkide temsil karinesi aynı zamanda işlem güvenliğini de sağlamaktadır²³³. Bu karine adi ortaklık yöneticisi ile hukuki bir ilişki içine giren ve yöneticinin temsil yetkisinin de olduğuna ilişkin güveni olan üçüncü şahsın, bu güvenine ve çıkarlarına da hizmet etmektedir²³⁴. Söz konusu durum bir karine olduğu için aksi ispat edilebilir. Karinenin ispat edilmesi ile ortaya çıkacak sonuç bir dış ilişki konusu değildir, bu sonuç iç ilişki ile alakalıdır²³⁵. Dolayısıyla karinenin aksinin ispat edilmesi iç ilişkide etki doğuracaktır.

Remzi'de, temsilci Ahmet'in yapmış olduğu sözleşmeye değer izafe etmek suretiyle satıma konu olan daireyi alıcı davacı adına tapuda devrederek sözleşmeye icazet vermiştir. Bu nedenle dolaylı temsilci Ahmet'in davacı ile yapmış olduğu sözleşmenin gerektirdiği yükümlülükler, temsil edilen Remzi'yi bağlar. Dolayısıyla anılan sözleşmeye aykırılıktan dolayı Remzi'ye husumet düşer. Mahkemece, Remzi yönünden işin esasının incelenmesi gerekirken, Borçlar Kanununun 32. maddesinde düzenlenen temsil hükümleri gözardı edilerek, sözleşmedetaraf olmadığından bahisle adı geçen davalı hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddedilmiş, olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³² Yargıtay 4. HD. E. 1965/7974, K. 19964/6182, T. 25. 12.1964. (Yalman/Taylan, s. 173-174).

²³³ Kırca, *Adi Şirketin Temsili*, s. 67.

²³⁴ Kırca, *Adi Şirketin Temsili*, s. 67.

²³⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 81.

1.5.2.4. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Yetkisiz Temsil

Adi ortaklıkta temsil yetkisinin kapsamı belirlenirken dört kural göz önünde bulundurulur²³⁶. Bu kurallardan ilki; temsil yetkisinin adi ortaklık sözleşmesine, ortaklık kararına veya vekaletnameye dayandığı hallerde kapsamında bu belgelere göre belirlenmesidir. İkinci kural; yönetim yetkisine sahip olan ortağın dış ilişkide de temsil yetkisine sahip olması karinesine dayanılması ve dolayısıyla temsil yetkisinin olağan işlemlerle sınırlı olmasıdır. Üçüncü kural ise, temsil yetkisinin kapsamının olağan işlemlerin kapsamından daha dar olduğu durumlardadır bu sınır üçüncü kişilere ancak TBK m.40/2'de düzenlenen olumlu vukuf halinde ileri sürülebilecektir. Son kural ise yetkinin hukuki işlemler için geçerli olduğu, haksız fiillere uygulanmayacağıdır.

Yetkisiz temsil ise yetkisizlik ve yetkinin aşılması halinde söz konusu olacaktır. Ortaklığın yönetimine ilişkin olan TBK m. 630/2 hükmü temsili de kapsamaktadır²³⁷. Dolayısıyla bu maddeye göre temsil yetkisi olmayan bir ortak, ortaklığın işlerini görür veya temsil yetkisine sahip olmasına rağmen yetkisini aşarsa, bu durumda vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yetkisiz temsilin söz konusu olduğu hallerde dış ilişkide TBK m. 46 uygulanacaktır. Dolayısıyla yetkisiz temsilci olan ortağın yaptığı işlem diğer ortaklarca onaylanırsa temsil olunan ortaklar bu işlemle bağlı olacaktır. Yetkisiz temsil olunan ortaklar bu işleme onay verene kadar hukuki işlemin geçerliliği askıda olacaktır²³⁸. Ortaklar sözleşmeye icazet vermezlerse, sözleşmenin hüküm ve sonuçları ortaklar üzerinde doğmayacak ve ortaklar alacaklı veya borçlu olmayacaklardır²³⁹. Bu durumda TBK m. 47 gereğince üçüncü kişiye karşı işlemi yapan yetkisiz temsilci sorumlu olacaktır.

1.5.3. Adi Ortaklık Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkilerinden Doğan Sorumlulukları

1.5.3.1. Dolaylı Temsilde Sorumluluk

Dolaylı temsilde yapılan işlemlerden dolayı işleme katılmayan diğer ortakların kural olarak sorumlulukları doğmayacaktır. Üçüncü kişilere karşı işlemi yapan dolaylı temsilci sorumlu olacak ve alacaklı ve borçlu sıfatı temsilciye ait olacaktır. Gizli adi

²³⁶Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, s. 82.

²³⁷Pulaşlı, *Şerh*, s. 86.

²³⁸Oğuzman/Öz, s. 189.

²³⁹Oğuzman/Öz, s. 190.

ortaklıkta da dolaylı temsil nedeniyle, yapılan işlemlerden dolayı gizli ortağın sorumluluğu söz konusu olmayacak, üçüncü kişilere karşı işlemi yapan aktif ortak sorumlu olacaktır.

1.5.3.2. Doğrudan Temsilde Sorumluluk

Hukuki işlemde bizzat taraf olarak yer alan veya doğrudan temsilde temsilci vasıtasıyla hukuki işlemde temsil edilen ortaklar bu işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı borç altına girerler. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için de ortaklar müteselsil, sınırsız ve birinci derecede sorumlu olurlar²⁴⁰.

1.5.3.2.1. Müteselsil Sorumluluk

TBK m. 638’de düzenlendiği üzere ortaklar, aksi kararlaştırılmamışsa üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Müteselsil sorumluluk, borcun tek başına bir ortak tarafından ifa edilebilir nitelikte olması durumunda söz konusu olur. Aksi halde örneğin bir taşınmaz üzerindeki işlem için, diğer bir deyişle ortakların elbirliği ile tasarrufta bulunabilecekleri edimler için müteselsil sorumluluktan söz edilemez.

Müteselsil borçluluk, TBK m. 162’de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.”. Müteselsil borçluluğun iç ve dış olmak üzere iki yönü vardır. İlk olarak alacaklı ve borçlular arasında söz konusu olan dış ilişki ortaya çıkar ve daha sonra bunun sonuçlarına göre iç ilişki şekillenir²⁴¹. Alacaklı edimin tamamını veya birkısmı, borçluların tamamından, birkaçından veya bir tanesinden talep edebilir. Alacaklının ortaklarından borcun tamamını talep edebilmesi, müteselsil sorumlu olan ortakların her birinin borcun tamamından sorumlu olmasından kaynaklanmaktadır²⁴². Alacaklı borcun tamamını talep ettiğinde borçlu kendi borcundan fazlasının talep edildiğini iddia ederek ifadan kaçınamaz²⁴³. Yargıtay’ın da konuya

²⁴⁰Şener, *Adi Ortaklık*, s. 417.

²⁴¹Akıntürk, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, s. 150.

²⁴²Akıntürk, s. 152.

²⁴³Akıntürk, s. 153; Kılıçoğlu, 933. Yargıtay 4. HD. E.1978/ 8214, K. 1979/2031, T. 16.02.1979, “BK.nun 142/1. maddesi hükmüne dayanarak alacaklı ya da zarara uğrayan, sorumlulardan dilediğine başvurarak alacağının tamamını veya bir kısmını istemekte serbesttir; sorumlulardan birinin zararı ödemesi halinde, diğerleri bu oranda borçtan kurtulurlar. Bu bakımdan tam teselsül ile eksik teselsül arasında bu yönden bir benzerlik mevcuttur. Bunun içindir ki, alacaklının talebi üzerine müteselsil borçlu, talep edilen kısmın kendi borcunu aştığı gerekçesiyle ifadan kaçınmaz; başka bir deyimle alacaklının ifa için başvurmuş olduğu bir müteselsil borçlunun ona karşı "taksim def'i" ni (beneficium divisionis) dermeyan etmek

ilişkin kararı "...alacaklı, alacağının tamamını, müteselsil borçluların herhangi birinden isteyebilir. Bu durumda müteselsil borçlu, sadece kendi payına düşeni ödeyeceğini ileri süremez, borcun tamamı ödemekten kaçınamaz. Alacağın müteselsil borçluların birinden istenmesi, alacak fiilen elde edilmedikçe diğer borçluların sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, Buna karşılık müteselsil borçlulardan birisi borcun tamamı veya bir bölümünü sona erdirmişse sona eren borç oranında öteki müteselsil borçlularda kendiliğinden borçtan kurtulur(BK.145/1; Yeni BK.166/1)²⁴⁴." şeklindedir.

Ortaklar kendi aralarında ortaklık borçlarından sadece bir ortağın sorumlu olmasını kararlaştırabilirler. Ancak bu şekilde müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıran bir kural sadece iç ilişkide geçerli olacak, üçüncü kişileri bağlamayacaktır²⁴⁵.

TBK m. 163'te alacaklının istediği borçluya başvurabilmesini düzenleyen hüküm, alacaklı için büyük avantaj sağlamaktadır. Adi ortaklığın alacaklısı dilerse ekonomik durumu iyi olan ortağa başvurarak o ortakdan borcun ifasını talep edebilir²⁴⁶. Yine alacaklı ifayı kısım kısım talep edebileceği gibi, borcun bir kısmını ifa eden ortakdan kalan borcun ifasını tekrar talep edebilir²⁴⁷. Alacaklı borcun bir kısmının ifasını talep etse de borçlu borcun tamamını ifa edebilir²⁴⁸.

Alacaklı ortaklara karşı ifa talebinde bulunduğu ortakların şahsi ve/veya ortak def'i ve itirazları varsa bunu ileri sürebilirler²⁴⁹.

Müteselsil sorumluluk nedeniyle, ortaklardan biri konkordato talep ederse ortaklık borcunun tamamı onun borcu olarak dikkate alınır²⁵⁰. İcra İflas Kanunu m. 285

hakkı yoktur (141/2). Çünkü, diğer borçlular gibibu borçluda edimin tamamından sorumlu bulunmaktadır. Borçlular arasında sorumluluğun başka şekilde tesbit edilmiş olması ve örneğin bu borçlunun haddizatında borcun belli bir kısmından dahi sorumlu bulunmaması, borçlular arasındaki dış münasebet açısından hiçbir rol oynamaz; yani alacaklıyı hiçbir şekilde ilgilendirmez. Borç, iç münasebette borçlular arasında ne şekilde taksim edilmiş olursa olsun, alacaklı edimin tamamını borçlulardan herhangi birinden talep etmek hakkına sahiptir. Hatta alacaklı, bir müteselsil borçluyu dava edip tahsil hükmü almış olsa dahi, alacağını tahsil etmediği sürece diğer müteselsil borçlular aleyhine aynı alaktan ötürü dava açmasına bir yasal engel ve mahkemece de "ödetmede tekerrür etmemek" kaydıyla tahsil kararı verilmesinde bir yasal sakınca yoktur. Borçluların borçtan tamamen veya kısmen kurtulabilmeleri, alacaklının bilfiil tatmin edilmiş bulunması halinde söz konusu olabilir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁴ Yargıtay 21. HD, E. 2015/18583, K. 2017/588, T. 6.2.2017. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁵ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 426.

²⁴⁶ Arat, Ayşe: *Müteselsil Borçlardan Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçlar*, SÜHFD 2018, C. 26, S. 2, s. 332. (s. 325-366).

²⁴⁷ Akıntürk, s. 154.

²⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 934.

²⁴⁹ Arat, s. 332.

vd. düzenlenen konkordatonun koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenirken bu husus göz önünde bulundurulmalıdır²⁵¹. Nitekim Yargıtay'da bu hususu “*Konkordato talep edenlerin adi ortaklık borçları, şahısları yönünden müteselsilen sorumluluklarında olmakla davacı Yaşar ortaklık borcunun tamamından sorumludur. Bu husus gözetilerek konkordato isteyen Yaşar'ın borçları tutarı bulunup, kendi mal varlığı ile varsa ortaklığın mal varlığının 1/2'si saptanıp buna göre İİK.nun 298. maddesindeki konkordato koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Oysa, konkordato komiserliğince düzenlenen raporda ortaklık mallarının ve diğer ortağın şahsi mallarının tamamı konkordato isteyen borçlunun aktifinde yer alması ve nisabın bu şekilde sağlanması yanlıştır*²⁵².” şeklinde ifade etmiştir.

Bir ortak ortaklığa ait bir borcu üstlenip, iç ilişkideki kurallara göre yükümlü olduğundan daha fazlasını dış ilişkide müteselsil sorumluluk nedeniyle ifa ederse diğer ortaklara karşı rücu talebi oluşur²⁵³. Rücu hakkı TBK m. 167’de “*Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ortaklar arasında söz konusu olan iç ilişki, rücu ilişkisine dayanmaktadır²⁵⁴. Ancak belirtmek gerekir ki rücu talebi bakımından iç ilişkide herhangi bir müteselsil sorumluluk söz konusu değildir, müteselsil sorumluluk sadece dış ilişki için geçerlidir²⁵⁵.

1.5.2.2.2. Sınırsız ve Birinci Derecede Sorumluluk

Her ne kadar TBK m. 638’de belirtilmemiş olsa da adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için ortakların üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu birinci derecededir. Söz konusu olan borçlar için, ortaklık malvarlığının mevcut olup olmaması ortakların sorumluluğu bakımından önem taşımamaktadır²⁵⁶.

²⁵⁰Şener, s. 427.

²⁵¹Şener, s. 427.

²⁵² Yargıtay 19. HD. E. 1993/7181, K. 1993/6809, T. 20.10.1993. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵³Şener, s. 428.

²⁵⁴ Akıntürk, s. 207; Oğuzman/Öz, s. 474-475.

²⁵⁵Şener, *Adi Ortaklık*, s. 428.

²⁵⁶Şener, *Adi Ortaklık*, s. 429; *Bilgili/Demirkapı*, s. 47.

Ortakların birinci dereceden olan sorumlulukları aynı zamanda sınırsızdır²⁵⁷. Ortaklar kendi aralarında bu sorumluluk için birtakım sınırlandırmalar yapsalar dahi bu sınırlandırmalar üçüncü kişileri bağlamayacak sadece ortaklar arasında hüküm ifade edecektir. Dolayısıyla ortaklar yapılacak işlemlerden dolayı temsilcinin yetkisine bir takım sınırlamalar getirselere bile konulan bu sınırlamalar kural olarak üçüncü kişileri bağlamayacak ve ortakların da sınırsız ve müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁵⁸. Bu durumda ortakların koyduğu bu sınırlama iç ilişkide geçerli olacak yetki sınırının aşılması durumunda temsilcinin iç ilişkide sorumluluğu söz konusu olacaktır.

1.6. ADİ ORTAKLIĞIN SONA ERMESİ

1.6.1. Adi Ortaklığın Sona Erme Nedenleri

Adi ortaklığın sona erme nedenleri TBK m. 639'da düzenlenmiştir. Buna göre adi ortaklık,

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 cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle,
4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle,
5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle,
6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla,
7. Haklı sebeplerin bulunması halinde, her zaman başkaca koşullar aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla sona erer.

²⁵⁷Yalman/Taylan, s. 181; Baştuğ, s. 38; Çeker, Mustafa: *Ticaret Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 237; Şener, s. 85; Bahtiyar, s. 40.

²⁵⁸Şener, s. 84.

Bu sona erme nedenleri arasında önem arz eden durum, haklı sebeplerin varlığı halinde fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla son ermedir. Çünkü Kanunda haklı sebeplerin ne olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortaklardan biri bu davayı açacaksa ve ortak sayısı birden fazlaysa bu durumda davalı ortaklar arasında zorunludava arkadaşlığı söz konusu olacaktır. Haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti mahkemenin takdirindedir. Haklı sebep, ortaktan artık ortaklık ilişkisine devam etmesinin beklenememesi olabileceği gibi ortaklık amacına ulaşma olanağına kuvvetli olumsuz etki yapan bir sebep olabilir²⁵⁹.

Haklı sebebin oluşup oluşmadığının mahkeme takdirinde olduğuna ve asıl olanın adi ortaklığın ayakta tutulması olduğuna ilişkin bir Yargıtay kararında bu husus “*Basit giderler için adi ortaklığın tasfiyesine gidilemeyeceğini, asıl olanın adi ortaklığın ayakta tutulması olduğunu, işçilik alacaklarının tahsili için ortaklığın tasfiyesine gidilemeyeceğini, yerel mahkemenin tasfiyeye gitmeksizin sadece şartlarının oluşması halinde alacağa hükmedebileceğini, bunun için ortaklığın tasfiyesine gerek olmadığını*”²⁶⁰ şeklinde ifade edilmiştir.

Yargıtay kararlarında adi ortaklığın fiilen sona ermiş olmasını haklı nedenle fesih olarak kabul etmiştir. Yargıtay ilgili kararında “*fiilen sona eren adi ortaklık için yapılan giderin davalı ortaktan tahsili için dava açılması talebinde, ortaklığın fesih ve tasfiyesi isteğinin de bulunduğu kabulü gerekir. Zira, bu durum, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşmektedir*”²⁶¹ ifadelerine yer vermiştir.

Haklı sebeplerin tespiti için kollektif şirket için haklı sebepleri düzenleyen TTK m. 254²⁶²’ten de yararlanılabilir²⁶³. Haklı sebep bir ortağın şahsında kaynaklanabileceği gibi ortaklık dışı meydana gelen olaylardan da kaynaklanabilir ve haklı sebepten söz edebilmek için ortakların kusurunun bulunması şartı aranmaz.

²⁵⁹Şener, s. 93.

²⁶⁰ Yargıtay HGK. E. 1981/13-86, K. 1983/1210, T. 25.11.1983. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶¹ Yargıtay HGK. E. 2013/13-25, K. 2013/1482, T. 23.10.2013. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶² TTK m. 245 “(1) Haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır; özellikle; a) Bir ortağın, şirketin yönetim işlerinde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması, b) Bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi, c) Bir ortağın kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanması, d) Bir ortağın, uğradığı sürekli bir hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini kaybetmesi, gibi hâller haklı sebeplerdendir. (2) (a), (b) ve (c) bentleri gereğince kendisinde fesih sebebi doğmuş olan ortağın dava hakkı yoktur.”

²⁶³ Bilgili/Demirkapı, s. 48; Baştuğ, s. 74; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 488, Domaniç, Şerh, s. 114.

1.6.2. Sona Ermenin Hüküm ve Sonuçları

1.6.2.1. Yönetim Yetkisinin Sona Ermesi

Adi ortaklığın sona erme sebeplerinden biri gerçekleştiği zaman, adi ortaklık ilişkisi sona erer. Adi ortaklığın sona ermesinin ilk sonucu, kural olarak yöneticilerin görevlerinin sona ermesidir. Ancak bazı durumlarda adi ortaklık ilişkisi sona erse bile yönetim görevi devam eder. Yönetim görevinin, adi ortaklığın sona ermesine rağmen devam ettiği durumlar TBK m. 641’de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre “*Ortaklık, fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder*”. Burada iyi niyetli yöneticilerin yaptığı işlemlerin ortakları bağlayacağı düzenlenmiştir²⁶⁴.

TBK m. 641/2 ise ölüm gibi ani bir durumda ortakların menfaatlerinin korunması için getirilen bir hükümdür²⁶⁵. İlgili maddeye göre ortaklık eğer ortaklardan birinin ölümü nedeniyle sona ererse ölen ortağın mirasçısı durumu diğer ortaklara bildirmekle yükümlü olacaktır. Ölen ortak yönetici ise mirasçısı, dürüstlük kuralları çerçevesinde, gerekli önlemler alınmaya kadar daha önce ölen ortağın yürütmekte olduğu işlere devam edecektir. Yine TBK m. 641/2 düzenlemesine göre ortaklık ortaklardan birinin ölümü sebebiyle sona eriyorsa diğer ortaklar geçici olarak ortaklık işlerine devam etmek zorundadır. Bu süreç tasfiye işlemleri başlayıncaya kadar devam edecektir. Kanun koyucu bu düzenlemeler ile ortaklığın sona ermesi ve tasfiye arasındaki dönemde ortaklık işlerinin yürütülmesini ve bu sayede ortakların menfaatlerinin korunmasını sağlamıştır²⁶⁶.

Fesih bildiriminin yapıldığı durumlarda, yönetim yetkisinin devam etmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Adi ortaklığın fesih bildirimi ile sona ermesi durumunda yönetim görevi feshin sonuçlarını doğuracağı andan itibaren sona erecektir²⁶⁷.

TBK m. 640 düzenlemesine göre adi ortaklık, belirsiz süre için kurulmuşsa veya ortaklardan birinin ömrü boyunca devam üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri

²⁶⁴Şener, s. 98.

²⁶⁵Şener, s. 99.

²⁶⁶Şener, s. 99.

²⁶⁷Şener, s. 98.

altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabilmektedir. Bu hükümde kanun koyucu altı aylık fesih bildirim süresi tanımıştır. Fesih ihbar süresinin tanınmasından dolayı da yöneticilerin bu durumda iyi niyetli olmayacağı ve feshin sonuçlarını doğuracağı andan itibaren yönetim yetkisinin sona ereceği belirtilmiştir.

1.6.2.2. Tasfiye Aşaması

Adi ortaklığın sona ermesine neden olacak sebeplerden birinin gerçekleşmesi durumunda adi ortaklık hemen ortadan kalkmamakta tasfiye aşamasına girmektedir. Dolayısıyla ortaklar arasında adi ortaklık nedeniyle meydana gelen hukuki bağ tasfiye tamamlanmadan ortadan kalkmamaktadır.

Tasfiye süreci şirket malvarlığının paraya çevrilmesi, borçların ödenmesi ve geriye kalan bir değer söz konusu olur ise ortaklar arasında paylaşılması işlemleridir²⁶⁸. Tasfiye aşamasında ortaklık amacıyla değişiklik meydana gelmektedir. Adi ortaklıkta, kazanç elde etme ve elde edilen kazancın paylaşılması amacı bu süreçte tasfiye amacına dönüşmektedir²⁶⁹.

Tasfiye sürecinde esas olan ortakların iradesidir²⁷⁰. Ortaklar ortaklık sözleşmesinde tasfiye sürecinin nasıl ilerleyeceğini belirlemiş olabilirler veya sonradan bu süreci anlaşma suretiyle serbestçe kararlaştırabilirler.

Ortaklar kendi aralarında tasfiye sürecine ilişkin bir belirleme yapmamışlarsa bu durumda kanuni tasfiye süreci uygulanacaktır. TBK m. 644'te belirtildiği üzere “*Ortaklığın sona ermesi hâlinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklar da dâhil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır.*”. Ancak tasfiye işlemlerinin elbirliğiyle yapılması bir zorunluluk değildir. İlgili maddeye göre ortaklar, ortaklık sözleşmesinde bir düzenleme yaparak tasfiye işlemlerinin ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına yapılmasını öngörebilirler.

Ortaklar tasfiye süreci için tasfiye görevlisi atayabilir veya bunu mahkemeden talep edebilirler. Bu husus TBK m. 644'te “*Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları hâlinde, ortaklardan her biri, tasfiye görevlisinin hâkim tarafından atanması isteminde bulunabilir. Tasfiye*

²⁶⁸ Bilgili/Demirkapı, s. 48.

²⁶⁹ Bilgili/Demirkapı, s. 48; Şener, s. 99.

²⁷⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 49.

görevlisine ödenecek ücret, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliğiyle verilmiş bir karar yoksa tasfiyenin gerektirdiği emek ile ortaklık malvarlığının geliri göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenir ve ortaklık malvarlığından, buna imkân bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanır. Tasfiye usulüne veya tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıklar, ilgililerin istemi üzerine hâkim tarafından çözüme bağlanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yargıtay adi ortaklığın tasfiye sürecine ilişkin verdiği bir kararında tasfiye sürecini “*Tasfiye, ortaklığın bütün malvarlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sonlandırılması, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Diğer bir anlatımla, tasfiye memuru tarafından yapılacak bir arıtma işlemi olup; hesap ve işlemlerin incelenip, bir bilanço düzenlenerek, ortaklığın aktif ve pasifi arasındaki farkı ortaya koymaktır*²⁷¹.” şeklinde tanımlamış daha sonra TBK m. 642, m. 643, m. 644 çerçevesinde tasfiye sürecinin nasıl ilerleyeceğini açıklamış. Son olarak da tasfiye süreci için mahkemenin yapması gereken işlemleri “*Mahkemece yapılacak iş; yukarıdaki yasa hükümlerine göre, öncelikle, ortaklık sözleşmesinde bu hususta hüküm bulunup bulunmadığına bakmak, hüküm bulunduğu takdirde tasfiyenin sözleşmedeki hükümlere göre yapılmasını sağlamak; böyle bir hükmün bulunmaması halinde ise ortakların anlaşarak tasfiye memuru belirlemelerini istemek; bu konuda anlaşamamaları halinde ise hakim tarafından tasfiye işlemini gerçekleştirecek (ortaklığın faaliyet alanına göre konusunda uzman bir veya üç kişiyi) tasfiye memuru olarak re'sen atamak olmalıdır. Bundan sonra ise, tasfiye işlemleri; hakim tarafından öngörülecek üçer aylık (uyuşmazlığın mahiyetine göre süreler uzatılıp kısaltılabilir) dönemlerde tasfiye memuru tarafından 3 aşamada gerçekleştirilmelidir*²⁷².” şeklinde özetlemiştir.

Başlangıçta sermaye payı olarak bir malın mülkiyetini getiren ortak, tasfiye aşamasında bu malın kendisini geri alamamakta, sermaye olarak koyduğu bu mala ne değer biçilmişse o değeri geri alabilmektedir (TBK m. 642).

²⁷¹ Yargıtay 3. HD. E. 2014/11009, K. 2014/15095, T. 18.11.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷² Yargıtay 3. HD. E. 2014/11009, K. 2014/15095, T. 18.11.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Benzer yönde başka Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 13. HD 12.4.2010, E. 2009/14978, K. 2010/4911. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Tasfiye sürecinde belirtildiği üzere ilk olarak ortaklık mal varlığı paraya çevrilecek ve ortaklık alacakları tahsil edilecektir. Daha sonra ortaklığın borçları ödenecektir. Ortaklık borçları da ödendikten sonra üçüncü aşama olarak ortakların ortaklık için yaptıkları masraflar ve avanslar ödenecektir. Bu aşamalardan sonra bir şey artarsa, bu kazanç ortaklar arasında paylaşılır, eğer kalan malvarlığı katılım paylarının geri verilmesine yetmezse zarar ortaklar arasında paylaşılır (TBK m. 643)²⁷³. Tasfiye kârının söz konusu olduğu durumlarda bu kârın dağıtımı ortakların belirlediği kâr dağıtımını ve kâra katılma ilkeleri çerçevesinde paylaşılmalıdır. Eğer tasfiye sonucunda ortakların sermaye paylarının iadesi kalan mal varlığı ile mümkün olmayacaksa buradaki zarar paylaşımı da zarar paylaşırma ilkelerine göre paylaşılacaktır.

²⁷³Yargıtay da adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin olan üç aşamayı bir kararında “Birinci aşamada; ortaklığın sona erdiği tarih itibariyle ortaklığın tüm malvarlığı (aktif ve pasifi ile birlikte) belirlenmeli, yönetici ve idareci ortaktan ortaklık hesabını gösterir hesap istenmeli, verilen hesapta uyumsuzluk çıktığı takdirde, taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, tasfiye memurunun belirlediği malvarlığı bilançosu taraflara tebliğ edilmeli, bu husustaki itirazları da karşılanıp, toplanacak delillere göre değerlendirilmelidir. İkinci aşamada; ortaklığın malvarlığına ilişkin satış ve nakte çevirme işlemi (TMK.nın 634. vd. maddelerinde düzenlenen resmi tasfiye işlemi kıyasen uygulanmak suretiyle) gerçekleştirilmeli, şayet bu mallar mevcut değilse, değerleri bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır. Üçüncü ve son aşamada ise; yukarıdaki işlemler sonucu oluşan değerden, öncelikle ortaklığın borçları ödenmeli ve ortaklardan herbirinin, ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve katılım payı geri verilmeli, bundan sonra bir şey artarsa, bu kazanç veya (ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse) zarar da belirlenerek ortaklara paylaşılmak üzere son bilanço düzenlenmelidir.” şeklinde açıklamıştır. Yargıtay 3. HD. E. 2014/10535, K. 2014/15088, T. 18.11.2014. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

2.1. İHALE KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1.1. Kamu İhalesi Kavramı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²⁷⁴ m. 4'te ihale tanımı “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri*” şeklinde yapılmıştır. Bu tanım özel hukuk tüzel kişilerinin bir hizmet veya mal alımındaki veya yapı işindeki süreci kapsamaması nedeniyle dar anlamda kamu ihalesi olarak kabul edilmektedir²⁷⁵. Dolayısıyla dar anlamda kamu ihalesinin söz konusu olduğu durumlarda ihaleyi yapan veya yürüten her zaman KİK kapsamındaki kamu idaresi veya kanunda belirtilen kamu tüzel kişileri olmak zorundadır²⁷⁶.

“Kamu ihalesi” terimi “kamu alımları” terimini de içinde barındıran daha geniş bir kavramdır²⁷⁷. Kamu alımları, mal ve hizmetlerin kamu kaynaklarından gerekli harcamaların yapılması ile sağlanması ve kamu hizmeti için yapım işlerinin gerçekleştirilmesidir²⁷⁸. Kamu ihalesi ise kamu yararı gözetilerek sözleşmenin kiminle yapılması gerektiğinin saptanması yönündeki süreçtir²⁷⁹. İdare sözleşmelerinde, sözleşmelerin imzalanmasından önceki aşama Türk hukukunda ihale aşaması olarak kabul edilmektedir²⁸⁰.

²⁷⁴ RG. 22.01.2002, S. 24648. (Kamu İhale Kanunu metinde KİK şeklinde kısaltılacaktır).

²⁷⁵ Can, Ozan: *Kamu İhale Hukuku*, Ankara 2018, s. 3.

²⁷⁶ Can, s. 3.

²⁷⁷ Akdoğan, Muzaffer: *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2010, s. 50; Uz, Abdullah: *Kamu İhale Hukuku*, Ankara 2005, s. 7.

²⁷⁸ Kutlu, Meltem: *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir 1997, s. 61; Duran, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 447

²⁷⁹ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezgiler, Murat / Kaya, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 503; Kutlu, s. 63.

²⁸⁰ Kutlu, s. 65.

Doktrinde kamu ihaleleri idarenin sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir²⁸¹. Kamu ihaleleri, idare hukukunda sözleşme yapma usulleri, yönetimin ihale işlemleri, idare sözleşmeleri gibi başlıklar altında incelenmiştir²⁸².

Danıştay ise ihale kavramını “*İhale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder*²⁸³.” şeklinde tanımlamaktadır.

KİK m. 4’te üç tip ihale usulü düzenlenmiştir. Bunlar; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü. Söz konusu usullerden açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Pazarlık usulü Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olduğu ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usuldür. Belli istekliler arasında ihale usulü ise ön değerlendirme sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür.

2.1.2. Hukuki Niteliği

Kamu ihale hukuku; özel hukuk, idare hukuku, rekabet hukuku, borçlar hukuku ve durumun özelliklerine göre iktisat, maliye gibi alanlarla ilgili olan bir hukuk dalıdır²⁸⁴. Kamu ihaleleri, idarenin tek yanlı işlemlerinden farklılık arz etmektedir²⁸⁵. Kanunda düzenlenen bazı istisnalar dışında idare açısından genel ve üstün bir yetki, kamu ihale sözleşmelerinde görülmemektedir²⁸⁶.

²⁸¹Onar, Siddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3*, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 1614.

²⁸²Akel, Yeliz Neslihan: *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Ankara 2018, s. 10-11.

²⁸³Danıştay, 13. D, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.2.2010. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁴Buz, Vedat: *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara 2007, s. 36; Sezer, Yasin/Şahin, Mustafa Emre/Kalkan, Recep Emre: *Kamu İhale Hukuku Dersler*, Ankara 2017, s. 3.

²⁸⁵Kutlu, s. 89.

²⁸⁶Yılmaz, Dilşat: *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 55-57.

Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin doktrinde dört tane görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kamu hukuku teorisisidir²⁸⁷. Bu görüşe göre hem ihale sürecinde hem de bu süreç sonunda imzalanan sözleşme kamu hukuku kurallarına tabidir²⁸⁸. Kanunda açık bir hüküm ile özel hukuk kurallarının uygulanacağı düzenlenmediği sürece, idarenin yaptığı tüm işlemlere kamu hukuku uygulanacaktır.

İkinci görüş ise özel hukuk teorisisidir. Bu görüşe göre, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesidir ve bu sebeple genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir ve uyuşmazlıkların çözümü de adli yargının görev alanına girmelidir²⁸⁹. İdare serbest piyasada faaliyette bulunduğu için bu piyasadaki özel hukuk kişilerinden farkı yoktur.

Üçüncü görüş, ayrılabilir işlem teorisisidir²⁹⁰. Bu görüşe göre kamu ihale sözleşmeleri kural olarak özel hukuk sözleşmesi değildir, ancak istisnai hallerde özel hukuka tabi olması mümkündür²⁹¹. Ayrıca ihalenin açılması, şartname ve ilanı, sonuçlanması gibi aşamaları ayrı ayrı iptale konu olabilmektedir²⁹².

Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim ile ilgili son görüş ise iki aşama teorisisidir²⁹³. Bu görüş süreci iki aşamada incelemektedir. Buna göre ilk aşama sözleşmenin imzalanmasına kadar olan aşamadır ve idare hukuku kurallarına tabidir²⁹⁴. İkinci aşama ise sözleşmenin imzalanmasından sonraki kısımdır ve bu aşama özel hukuk kurallarına tabidir²⁹⁵. *Günday*, kamu ihale sözleşmelerinin iki eşit tarafın özgür iradeleri ile akdettikleri özel hukuk sözleşmelerinden farklı olduğunu bu sebeple de tamamen özel hukuk kurallarına tabi olamayacağını, bazı unsurlar yönünden kamu hukuku kurallarına tabi olacağını söylemektedir²⁹⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya ilişkin olan bir kararın da “5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 2. maddesinde, bu Kanun'un,

²⁸⁷*Buz*, s. 74, dn. 19.

²⁸⁸*Gözler*, Kemal/Kaplan, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ankara 2018, s. 489.

²⁸⁹*Giritli*, İsmet/*Berk*, Kahraman/*Bilgen*, Pertev/*Akgüner*, Tayfun: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 1025; *Buz*, s. 75-76.

²⁹⁰*Buz*, s. 80

²⁹¹*Buz*, s. 79.

²⁹²*Buz*, s. 80.

²⁹³*Buz*, s. 83.

²⁹⁴*Derdiman*, Ramazan Cengiz: *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Bursa 2015, s. 554; *Buz*, s. 85.

²⁹⁵*Buz*, s. 85; Yılmaz, Şartnameler, s. 60 vd.

²⁹⁶*Günday*, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 201.

Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip oldukları; ihale dökümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve Kanunun yorum ve uygulanmasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun'un 36. maddesinde de, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır. Olayda, 4734 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılan ihale sonucunda İZFAŞ ile yüklenici arasında "İZFAŞ Uluslararası İhtisas Fuarı İnşaatı Yapım İşi" için 4735 sayılı Yasa hükümlerine göre sözleşme düzenlendiği; yüklenicinin taahhüdünü sözleşme ve eki şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği ve işi süresinde bitiremediği nedeniyle İZFAŞ tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, dava konusu edilen inşaat yapım sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır²⁹⁷." şeklindedir. Nitekim KİSK m. 36'da da belirtildiği üzere Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Yargıtay ise konuya ilişkin verdiği bir kararında "Kural olarak kamu kuruluşlarınca yapılan ihaleden sonra ancak sözleşme imzalanıncaya kadar çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı, sözleşmenin imzalanmasından sonra adli yargı yeridir²⁹⁸." ifadelerini kullanmıştır.

²⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2005/16, K. 2005/36, T. 16.5.2005. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹⁸ Yargıtay 15. HD, E. 2007/4603, K. 2007/5466, T. 19.9.2007. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2.2. KAMU İHALELERİNDE TEMEL İLKELER

KİK m. 5'te Kanunun uygulanması sırasında idarelerin bağlı kalması gereken ve göz önünde bulundurmaları gereken ilkeler belirtilmiştir. Bu ilkeler Kanunun diğer maddelerinde somutlaştırılmıştır²⁹⁹. Buna göre söz konusu ilkeler:

2.2.1. Saydamlık (Şeffaflık İlkesi)

Kamu ihale hukukunda saydamlık; ihale sürecinde ihaleye katılımcı olanların idare tarafından yapılan işlemleri, ihale ile ilgili bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme ve görebilmeyi ifade etmektedir³⁰⁰.

Bu ilke ayrıca kamu kaynaklarının kullanımında etkinliğin ve verimliliğin sağlanmasını özendirmeyi, kamu yönetimine duyulan güveni artırmayı, idarenin tek yanlı işlem gücünü dengelemek ve kamu makamlarının daha sağlıklı karar vermelerini sağlamaktadır³⁰¹. Dolayısıyla ilke, kamu gücünün idare tarafından keyfi bir biçimde kullanılmayacağı yönündeki inancı da kuvvetlendirmektedir³⁰². Saydamlık ilkesi aynı zamanda yapılan işlemlerde objektifliği ve dürüstlüğü tesis etmekte, ihalelerde rekabeti sağlamakta, ihaleye katılacak kişilere eşit mesafede durulmasını ve ayrımcılık yapılmamasını da sağlamaktadır³⁰³.

İhaleye konu olacak işin ilan edilmesi, düzeltme ilanı yayımlanması, ilk oturumun açık olması ve tutanaklara oturuma katılanların ulaşabilmesi, ihale sonuçlarının ilan edilmesi gibi zorunluluklar saydamlık ilkesinin yansımasıdır. Danıştay'ın saydamlık ilkesinin hem ihale öncesi hem de ihale sonrası gözetilmesi gereken bir ilke olduğuna dair kararı "...kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi ve sadece ihale öncesi değil, ihale sonrası da saydamlığın sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin sonuçların ilan edilmesinin öngörüldüğü..."³⁰⁴ şeklindedir.

²⁹⁹Uslu, Yusuf/Demirel, Salim: *Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri*, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 109.

³⁰⁰Özkan, Gürsel: *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, Ankara 2014, s. 174; Zabunoğlu, Yahya Kazım: *İdare Hukuku Cilt 1*, Ankara 2012, s. 478.

³⁰¹Polat, Necip: *Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu ve Denetimin Etkinliği*, SayD. 2003, S. 49, s. 67.

³⁰²Sancar, Ayşe Esin: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi, MevÜHFD 2014, C.2, S. 2, s. 156.

³⁰³Sezer, Yasin: *Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet*, AİD 2002, C. 35, S. 44, s. 62.

³⁰⁴Danıştay 13. D, E. 2005/6851, K. 2005/5819, T. 9.12.2005. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2.2.2. Rekabet İlkesi

KİK m. 5'te idarelerin rekabeti sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun amacı, kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin kamuya en uygun şartlarla temin edilmesi ve bu amaca yönelik hükümlerin getirilmesidir³⁰⁵. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortam sağlanmalıdır. Aksi halde ihtiyaçlar daha pahalıya karşılanacak ve kamu kaynaklarının israfına neden olunacaktır³⁰⁶. Görüldüğü üzere kamu ihalelerinde rekabet ilkesi ekonomik kamu düzenini korumaya yönelik bir ilkedir³⁰⁷. Dolayısıyla idare, ihaleye isteklilerin katılımını, bu kişiler arasında serbest rekabeti mümkün kılan ortamı, katılımcıların tekliflerini hiçbir etki ve baskı altında kalmadan sunabilecekleri ortamı sağlamalıdır³⁰⁸.

Danıştay'ın rekabet ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptalini yerinde bulduğu kararı şu şekildedir: “...teklifleri yeniden değerlendirmek üzere oluşturulan ikinci bir komisyonun aldığı karar doğrultusunda işin başka bir ortak girişime verilerek ihalenin sonuçlandırılmasında yukarıda aktarılan idare hukuku ilkelerinden olan ihalenin herkese açık olması, rekabet kuralları ve ihale aşamasındaki gizlilik kurallarına aykırı davranıldığı açıktır. Dolayısıyla dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu mahkeme kararı sonucu itibariyle yerinde bulunmaktadır³⁰⁹.”.

Danıştay'ın haksız rekabete ilişkin verdiği karar: “...ihalelerde geçerli tekliflerin sunulması aşaması özellikle ihaleye katılan firmalar tarafından dikkatle takip edilmesi gereken bir husus olup, haksız rekabet oluşturma amacıyla birlikte hareket eden firmaların, harici kalan firmayı ihale dışı bırakmak amacıyla en çok başvurduğu yöntemlerden birisidir... ihalede geçerli olan tekliflerin birbirine çok yakın olması, yaklaşık maliyetin 89.469,67 TL olduğu ihalede en düşük teklifin 77.000,00 TL olduğu, en düşük teklifin yaklaşık maliyetten %14 düşük olduğu birlikte değerlendirildiğinde ihaleyi yapan idarece ihalede rekabet ve kamu yararı oluşmadığından bahisle ihalenin

³⁰⁵Can, s. 27.

³⁰⁶Can, s. 27.

³⁰⁷Sezer/Kalkan/Şahin, s. 77.

³⁰⁸Odyakmaz, Zehra: Genel Olarak İdaresinin Sözleşmeleri, GÜHFD 1998, C. 2, S. 1-2, s. 163.

³⁰⁹Danıştay 10. D, E. 1996/4274, K. 1998/5478, T. 10.1.1995. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

*iptal edilmesi hukuka uygundur*³¹⁰.” şeklindedir. Dolayısıyla kamu ihalelerinde TTK m. 54 vd. haksız rekabet hükümleri de göz önünde bulundurulacaktır.

2.2.3. Eşit Muamele İlkesi

Devlet organları bakımından da bağlayıcı olan eşitlik ilkesi “aynı hukuksal durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanması³¹¹” anlamına gelmektedir³¹². Dolayısıyla ihale sürecinde aynı durumda olan istekliler için aynı işlem tesis edilmeli, isteklilere eşit muamelede bulunulmalıdır.

İdare, ihale belgelerinin hazırlanması aşmasından başlayarak, tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi, sonuçta ihalenin karara bağlanması ve sözleşmenin imzalanması aşamalarında yaptığı işlemlerde, kullandığı takdirlerde, değerlendirmelerinde her türlü ayrımcılıktan kaçınılmalıdır³¹³. Eşit muamele ilkesi bakımından tartışmalı olan bir husus KİK m. 63³¹⁴,te düzenlenen yerli isteklilere³¹⁵yönelik avantajlardır. Bu madde eşit muamele ilkesinin istisnasını

³¹⁰ Danıştay 13. D, K. 2012/864, T. 26.04.2012. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³¹¹“Anayasa’nın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, dördüncü fıkrasında ise; Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları, hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile hukuksal eşitlik amaçlanmıştır. Eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanmasını gerektirir.” Anayasa Mahkemesi’nin 2017/24 Esas, 2017/112 Karar sayılı kararı.

³¹²Yüksektepe, Mert Asker: *İhale Hukuku*, İstanbul 2018, s. 228; Zabunoğlu, s. 479.

³¹³Yüksektepe, s. 229.

³¹⁴ KİK m. 63 “İhalelere sadece yerli isteklilerin katılması ile yerli istekliler ve yerli malı teklif eden istekliler lehine fiyat avantajı tanınmasına ilişkin olarak aşağıdaki düzenlemeler esas alınır: a) Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilir. b) Hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir. c) (Değişik: 18/6/2017-7033/74 md.) Mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine, %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir. Ancak Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknolojili sanayi ürünleri arasından belirlenen ve Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde, yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanması mecburidir. Yerli yazılım ürünü teklif eden istekliler lehine de %15 oranında fiyat avantajı sağlanması mecburidir. d) (Ek: 18/6/2017-7033/74 md.) Yapım işlerinde kullanılacak makine, malzeme ve ekipman ile yazılımın tamamının veya belli bir kısmının yerli malı olması şartı getirilebilir. Ancak, malzemelere ilişkin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından, makinelere ve ekipmanlara ilişkin Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta düşük, orta yüksek ve yüksek teknolojili makine, malzeme ve ekipman arasından belirlenen, Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan ve ihale konusu işte kullanılacak makine, malzeme ve ekipmanın yerli malı olması şarttır.(1) e) Yerli malı belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak belirlenir. İsteklilerce teklif edilen malın yerli malı olduğu, bu usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen yerli malı belgesi ile belgelendirilir. (1) f) Ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olması gereklidir.”.

³¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özdemir, Erkan: *Kamu İhalelerinde Yerli İstekliler ile Yerli Malı Teklif Eden İstekliler Lehine Fiyat Avantajı Uygulaması*, İMMD 2014, C. 1, S. 4.

oluşturmaktadır³¹⁶. Ancak ilkenin istisna oluşturmadığı, rekabet ilkesini zorlaştırmamak ve sağlanan avantajların oran olarak abartılı olmaması koşuluyla her ülkenin ekonomisinin ve milli teşebbüslerinin geliştirilmesi amacıyla kamu yararı bakımından yerli isteklilerin kayırılmasının mümkün olduğunu savunan görüş de mevcuttur³¹⁷.

2.2.4. Güvenirlilik İlkesi

İdarenin ihale sürecinde ve sonrasında yaptığı işlemlerin hukuka uygun olduğunu yönünde isteklilerde, istekli olabileceklerde ve kamuda oluşturduğu güven duygusudur³¹⁸. Güvenirlilik ilkesi sadece idareler için geçerli olan bir ilke değil aynı zamanda aday ve istekliler için de geçerli olan, teklif verenlerin idareye duydukları güveni de ifade eden bir ilkedir³¹⁹. Başka bir deyişle ihaleyi kazanmak için hukuk dışı yollara başvuran ve bu yönde hareket eden isteklilere izin verilmemeli ve bu gibi durumlar engellenmelidir³²⁰. Güvenirlilik ilkesinin sağlandığı durumlarda saydamlık sağlanmakta ve serbest rekabet ortamı güçlenip yaşanabilecek olumsuzluklar engellenmektedir³²¹.

Danıştay da ihalelerde güvenirlilik ilkesinin dikkate alınmasını gerektiğini bir kararında “İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi idare hukukuna hakim olan hukukî güvenirlilik, idari istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir³²².” şeklinde ifade etmiştir.

2.2.5. Gizlilik İlkesi

Kamu ihalelerine hakim olan ilke saydamlık ilkesidir. Gizlilik ilkesi ise ihale sürecinde hukuka aykırı işlem ve müdahalelerin olmaması, saydamlık ve rekabet

³¹⁶Yüksektepe, s. 229-230.

³¹⁷Kortunay, Ayhan/Sezer, Yasin: Kamu İhale Kanunu 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi, AÜHFD 2007, C. 56, S. 3, s. 158; Can, s. 35.

³¹⁸Sancar, 165; Can, s. 36.

³¹⁹Can, s. 37; Uz, s. 60; Özkan, s. 248.

³²⁰Özkan, s. 251.

³²¹Uz, s. 60.

³²² Danıştay 13. D, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.9.2011. (Kazancı İçtihat Bankası).

ilkesinin sağlanması amacı ve ölçüsünde uygulanmaktadır³²³.Gizlilik ilkesi uygulanırken dikkat edilmesi gereken husus saydamlık ilkesinin ihlal edilmemesidir³²⁴.

Gizlilik ilkesi ihale süresince etkili olması gereken bir ilkedir. İhale süreci tamamlandıktan sonra gelen başvurulara göre, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu³²⁵ çerçevesinde gözden geçirilecek, yeniden değerlendirilecek bir ilkedir. KİK m. 9³²⁶, KİK m. 53/e-4³²⁷, KİK m. 61³²⁸ gizlilik ilkesinin Kanunda somut olarak düzenlendiği ilkelere dir.

2.2.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Kamuoyu denetimi ilkesi, bireylerin idari işlemler hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar³²⁹. Kamuoyu denetim ilkesinin daha etkin olabilmesi ise saydamlık ilkesi ile sağlanmaktadır³³⁰. Kamuoyu denetimi ilkesi ile ihalelerin halk tarafından takip edilebilmesi ve halkın bilgi sahibi olması, böylece kamu kaynaklarının doğru yerlere kullanıldığının halk tarafından denetlenmesi ve ihale hakkında gerekli bilgilere ulaşılması sağlanmaktadır.

İhale sürecinde tekliflerin açıldığı ilk oturumun herhangi bir kısıtlama getirilmeden açık olması, ihalelerin ve ihale sonuçlarının ilanlar ve internet ortamı gibi araçlarla duyurulması, gizlilik ilkesi gereğince açıklanmaması gerekenler bilgiler dışında saydamlık ilkesi gereklerinin yerine getirilmesi, bilgi erişiminin sağlanması gibi araçlarla kamuoyu denetimi ilkesi uygulanmaktadır³³¹.

2.2.7.İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması ve Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

³²³Özkan, s. 252.

³²⁴Saydam, s. 165.

³²⁵ RG. 24.10.2003, S. 25269.

³²⁶ KİK m. 9 “Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.”.

³²⁷KİK m. 53/e-4 “Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kılması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.”.

³²⁸KİK m. 61 “Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kılması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar.”.

³²⁹Can, s. 42; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 143.

³³⁰Can, s. 43.

³³¹Yüksektepe, s. 232.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi aslında ihalelerin amacını yansıtan bir ilkedir. İhalelerin açılma amacı kamunun ihtiyaçlarının karşılanmasıdır³³². Bu ilke ile kastedilen ihalenin uygun ürün ve yapım işini, doğru miktarda, doğru kaynaktan ve en uygun fiyata alınması demektir³³³. Bu ilke aynı zamanda istekli sayısına da bir sınır getirmektedir³³⁴. Çünkü ihtiyaçları uygun şartlarla ve zamanında karşılayabilecek adaylar ve istekliler ihaleye girebilecek, bu şekilde herkesin ihaleye girebilmesi engellenmiş olup sınır getirilecektir.

Danıştay ihtiyaçların uygun ve zamanında karşılanması ilkesi ile ilgili olan bir kararında “*Açık teklif usulü, idarenin yasal düzenlemelere ve ihtiyaçlarına uygun şekilde şartname hazırlayarak, daha fazla sayıda kişi ya da firmanın katılımı ile, rekabetin sağlandığı, işin geçici teminat alınmak suretiyle güvenceye bağlandığı, idarenin katılımcılar arasında en avantajlısını seçme imkanına sahip olduğu ihale usullerinden biridir. Buna karşılık pazarlık usulünde bir veya birden fazla istekliden şekle bağlı olmaksızın teklif alınabilmekte, şartname düzenlenmesi, geçici teminat alınması ve ilân yapılması zorunluluğu bulunmaksızın ihale yapılabilmekte, rekabet ilkesi dikkate alınmayabilmektedir. Dolayısıyla ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanabilmesi ile ihalede açıklık ve rekabet ilkelerinin sağlanabilmesi bakımından açık teklif usulü, pazarlık usulüne göre daha objektif nitelikte bir ihale yöntemidir*³³⁵.” şeklinde ifadeler yer vermiş ve kararın devamında da “*Temel sağlık hizmetlerinin sunulduğu hastanelerdeki ticari ünitelerin güvenilir kişi ya da firmalar arasından seçilmesi kadar, hizmetin sunulmasındaki kalite, fiyatlandırma, temizlik, ihtiyaçların verimli şekilde karşılanması ve bu yerlerden azami ölçüde kamu faydasının sağlanması da önemlidir.*” ifadesi ile ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesinin gözetilmediği ihalenin, iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Kaynakların verimli kullanılması ilkesi ise idarece, kamu ihtiyaçlarını karşılamak için ayrılan bütçenin akılcı, yerinde ve zamanında etkin bir şekilde harcanması anlamına gelmektedir³³⁶. İlkenin ihalede etkili olabilmesi için verimli bir ön çalışma yapılmalıdır. Aynı zamanda kaynakların kullanımı için zamanlamaya dikkat

³³²Can, s. 44.

³³³Uz, s. 59.

³³⁴Can, s. 44-45.

³³⁵Danıştay 13. D, E. 2009/1028, K. 2011/858, T. 2.3.2011. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³³⁶Can, s. 46.

edilmeli, mevsim şartları, hizmet ve yapım işleri için gerekli altyapı hazırlıkları gibi birçok etken göz önünde bulundurulmalıdır³³⁷.

2.3.KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İÇERİĞİ, TARAFLARI, SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE SONA ERMESİ

2.3.1. Sözleşmenin İçeriği

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu³³⁸ m. 7'de sözleşmede yer alması zorunlu olan unsurlar düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre bu unsurlar:

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b) İdarenin adı ve adresi.
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.

³³⁷Özkan, s. 265; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 98.

³³⁸ RG. 22.01.2002, S. 24648. (Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu metinde KİSK şeklinde kısaltılacaktır).

- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) Anlaşmazlıkların çözümü.
- z) İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler.

İdare ile yüklenici arasında yapılacak olan kamu ihale sözleşmesinde, Kanunda belirtilen bu unsurların yer alması zorunludur.

KİSK m. 5'te ise uygulama birliğinin sağlanması için mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin tip sözleşmelerin Resmî Gazetede yayımlanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla uygulamada, sözleşme hükümlerinde eksiklik olması pek rastlanacak bir durum olmayacaktır. Ancak teorik bir öneme sahip olan bu husus değerlendirildiğinde; KİSK m. 7, TBK m. 27 anlamında emredici bir hüküm değildir³³⁹. İlgili madde idareye yönelik talimatları içeren bir hüküm niteliğindedir. Aksi halde maddede sayılan unsurlardan herhangi birinin eksikliği halinde sözleşmenin geçersiz sayılması için ikna edici gerekçeleri bulmak ve açıklamak pek mümkün olmayacaktır³⁴⁰. Dolayısıyla tarafların sözleşmede bu unsurlardan birini veya birkaçını eksik bırakması

³³⁹Buz, s. 237.

³⁴⁰Buz, s. 237.

durumunda sözleşmede esaslı noktalara yer verilip verilmediğine bakılmalı, eksik olan unsurların tamamlanmasında ise tamamlayıcı kanun hükümlerinden faydalanılmalıdır³⁴¹.

Kamu İhale Kurumu verdiği bir kararda bu hususu “*Yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşmenin, Mal Alımı İhalelerine Ait Tip Sözleşmede yer alan bazı maddeleri (22, 23, 25, 26, 27, 32, 33) içermediği görülmekle birlikte, sözleşmede yer verilmeyen maddelerin, ihalenin niteliği ile ilgili maddeler olmadığı, sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurların düzenlendiği, ihalenin iptalini gerektirecek bir aykırılığın bulunmadığı...³⁴²*” şeklinde ifade etmiştir.

2.3.2. Sözleşmenin Tarafları

2.3.2.1. İdare

Kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından biri sözleşmeyi yapan idaredir. İlgili maddeye göre sözleşmenin tarafı olabilecek kurum ve kuruluşlar;

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler,

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri,

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler,

³⁴¹Buz, s. 238.

³⁴² Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 17.09.2003, K. 2003/UK.Z-440.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri.

KİK m. 3'te ise bu kurum ve kuruluşların istisnaları düzenlenmiştir. Aynı zamanda kamu ihale sözleşmesinin tarafı olacak isteklilerin belirli bir nitelikte olması gerekmektedir. Eşik değerleri, ihaleye katılımı yeterlilik kuralları, ihaleye katılmayacak olanlar KİK m. 8 vd. düzenlenmiştir.

2.3.2.2. İstekli/Yüklenici

Kamu ihale sözleşmesinin karşı tarafı yüklenicidir. KİK m. 4 düzenlemesine göre istekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhididir. Kanun maddesinde istekli olabilecekler, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddeye göre yüklenici, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan isteklidir.

İstekli sıfatına sahip olmak için teklif verme ehliyetine sahip olunması gerekmektedir. Teklif verme ehliyetine ise gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tüzel kişilikleri olmayan iş ortakları ve konsorsiyumlar sahiptir.

KİK hükümlerine göre; ön yeterlik için başvuru yapan gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimler aday statüsüne girerler. Daha sonrabu gerçek veya tüzel kişiler ya da bunların oluşturdukları ortak girişimler, ihale konusu alanda faaliyet göstermek şartıyla, ihale veya ön yeterlik dokümanını satın alarak istekli olabileceklerdir. Bu durumda mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidine istekli denir. İstekli, kamu ihale sözleşmesini imzaladıktan sonra yüklenici sıfatını haiz olur ve yüklenicinin yükümlülüklerinden sorumlu tutulur.

2.3.3. Sözleşmenin Kurulması

KİSK m. 6'da kamu ihale sözleşmelerinin türleri düzenlenmiştir. Uygulamada birliğin sağlanması amacıyla sözleşmeler de düzenlenmiştir (KİSK m. 5).

İhale süreci, ihale onay belgesinin hazırlanmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin imzalanması veya ihalenin iptal edilmesiyle sona eren süreçtir³⁴³. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmeleri ihale sürecinin tanımlanmasında büyük önem taşımaktadır.

KİK m. 46'da düzenlenen kamu ihale sözleşmelerinin şekline ilişkin hüküm Yargıtay kararlarında göre geçerlilik şekli olarak yorumlanmaktadır. İlgili karar "2886 sayılı yasanın 53.maddesi gereğince bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı hükmü getirilmiştir. Taraflar arasında sözleşme yapılmadığına ve idare de ihaleyi haksız şekilde feshettiğine göre davalı idare geçici teminatı iade ile mükellef olup bunun dışında davacı her hangi bir hak talep edemez³⁴⁴." şeklindedir.

Yargıtay aynı yönde verdiği bir başka kararda ise bu hususu "Belediye taşınmazlarının satışı için öncelikle Belediye Meclisi kararı gerekir. Bu karara uygun olarak Belediye Encümenince 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre satışa çıkarılır ve ihale sonucu en çok artıran kişi 2886 sayılı yasanın 53. maddesi uyarınca Belediye Başkanı ile resmi sözleşme yapar ve satış bu şekilde tamamlanmış olur. Dava konusu taşınmazın satışı bu prosedüre uygun yapılmamıştır. Geçerli bir satış bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kabulü doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir³⁴⁵." şeklinde ifade etmiştir.

KİK m. 40 düzenlemesine göre ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakılır. KİK m. 42'ye göre deihale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren Kanun'un 41. maddesinde belirtilen sürenin bitimi, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde de bu kontrolün tamamlanmasından itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Ayrıca ihale üzerinde kalan istekli ihaleye katılmaktan yasaklı olup olmadığını Kamu İhalesi Kurumuna teyit ettirmek zorundadır. Aynı zamanda istekli Kanun'un 42. ve 43. maddelerine göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamalıdır. Sözleşme imzalandıktan sonra da geçici teminat iade edilir.

³⁴³Yılmaz, Şartnameler, s. 53.

³⁴⁴ Yargıtay 13. HD, E. 2002/2206, K. 2002/4288, T. 17.4.2002. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁴⁵ Yargıtay 14. HD, E. 2001/5939, K. 2001/7149, T. 25.10.2001. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluklar Kanun'un 44. maddesinde, idarenin görev ve sorumlulukları ise Kanun'un 45. maddesinde düzenlenmiştir. Son olarak Kanun'un 46. maddesine göre yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır ve sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. İhale kararının bildirilmesi, sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracak bir "kabul" beyanı niteliği taşımamaktadır³⁴⁶.

KİSK m. 36'da kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla KİSK m. 6'da düzenlenen sözleşme türleri uygulanırken ortaya uyuşmazlıkların çıkması durumunda KİSK'de hüküm bulunmaması halinde TBK satış, hizmet, eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır³⁴⁷.

İdarenin ihale açması hukuki nitelik olarak "icaba davet"tir³⁴⁸. İhaleye katılan kişilerin teklif sunmaları ise hukuki nitelik olarak "icap"tır³⁴⁹.

2.3.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi

2.3.4.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Sebepler

Kamu ihale sözleşmeleri TBK'da düzenlenen sebeplerden dolayı sona erebilmektedir. Bu sebepler; ifa, ibra, yenileme, takas, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, imkansızlık gibi sebeplerdir.

Geçerli olarak kurulmuş olan bir kamu ihale sözleşmesinde, borçlu bakımından söz konusu olan en önemli sonuç sözleşmenin, borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmesidir³⁵⁰. İfa borcu sona erdiren bir sebeptir³⁵¹.

İfa kamu ihale sözleşmelerinde ayrı bir önem taşımakta ve ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri

³⁴⁶Buz, s. 212-213. İhale kararı ve bu kararın onanması ile sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin karar için bkz: Kutlu, s. 240 vd.

³⁴⁷Gözler/Kaplan, s. 491.

³⁴⁸Buz, s. 218; Kutlu, s. 96.

³⁴⁹Buz, s. 218; Kutlu, s. 96.

³⁵⁰Kılıçoğlu, s. 534.

³⁵¹Kılıçoğlu, s. 534.

Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği³⁵² düzenlemelerindeki ilgili maddeler ile ifa ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Aynı zamanda Türk Ceza Kanunu³⁵³ m. 236'da “*Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmü ile kamu ihalelerine fesat karıştırılması yaptırım altına alınmıştır.

İbra TBK m. 132'de “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ibrada, alacaklı ve borçlu arasında bir sözleşme yapılmakta ve bu şekilde borçlu ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır³⁵⁴. Kamu ihale sözleşmelerinden doğan borçların kısmen sona ermesinde ibra sözleşmesi, yaygın olarak kullanılan bir araçtır³⁵⁵. Özellikle hak ediş ödemelerine ilişkin düzenleme olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin m. 39/4-3,e'de düzenlenen hak ediş ödemelerine itirazı olmayan yüklenicinin itirazını bildirmemesi durumunda hakedişin içeriğini kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Yenileme TBK m. 133'te “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinde ise yenileme ancak, kamu ihale sözleşmesinden doğan her bir borç için düşünülebilir³⁵⁶. Örneğin idarede bulunan hak ediş alacağını teminat olarak kullanmak isteyen kişi idare ile borcu arasındaki hukuki sebebi değiştirerek yenileme yapmış sayılabilmektedir. KİSK'da yer alan sözleşme değişikliğine ilişkin hükümler yenileme anlamına gelmez.

Takas, iki kişinin karşılıklı veya aynı cinsten muaccel olan borçlarının, taraflardan birinin irade açıklamasıyla, birbirini karşıladığı oranda sona ermesidir³⁵⁷.

³⁵²RG. 04.03.2009, S. 27159.

³⁵³ RG. 12.10.2004, S. 25611.

³⁵⁴Kılıçoğlu, s. 836.

³⁵⁵Demirboğa, Dursun Ali: *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2013, s. 92.

³⁵⁶Demirboğa, s. 94.

³⁵⁷Kılıçoğlu, s. 853.

Kamu ihalesi sözleşmesinden doğan alacakların idari ve yüklenici arasında gerçekleşecek bir takas beyanıyla sona erdirilmesi mümkündür.

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, TBK m. 135'te borcu sona erdiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi nedeniyle kamu ihale sözleşmelerinin sona ermesi pek de rastlanır bir durum değildir. Ancak yüklenicinin, aynı idare tarafından Anayasaya uygun bir şekilde kamulaştırılması durumunda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi söz konusu olur³⁵⁸.

İmkansızlık nedeni ile sözleşmenin sona ermesinde ise, sözleşmeden sonra yüklenicinin kusuru olmaksızın borcun ifası imkansız hale gelmiş ise kusursuz imkansızlık; yüklenici tarafından ifanın imkansız hale getirilmesinde ise kusurlu imkansız durumları söz konusu olur³⁵⁹. Kusursuz sonraki imkansızlık halinde borçlu, tazminat ödemediğinden borcundan kurtulacaktır³⁶⁰. TBK m. 112 düzenlemesine göre ise kusurlu sonradan imkansızlık halinde borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Buradaki imkansızlık halleri sonradan ortaya çıkmış olmalıdır ve imkansızlık durumunda sözleşme sona erecektir³⁶¹. Aynı zamanda idarenin kusurlu olduğu sonraki imkansızlık halinde de sözleşme sona erecektir.

Zamanaşımı TBK m. 146 ile m. 161 arasında düzenlenmiştir. Zamanaşımına tabi bir borcun varlığı, borcun muaccel olması, yastada öngörülen sürelerin dolması ve zamanaşımının ileri sürülmesi ile borç zamanaşımı nedeniyle sona ermektedir³⁶². Zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde sözleşmenin niteliği ve sözleşmeden doğan borçların muaccel olma zamanları önem arz etmektedir. Kamu ihale sözleşmesinin satım sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi niteliğinde olmasını zamanaşımı sürelerinde farklılığa neden olacaktır. Kira bedeli, vekaletten doğan alacaklar, işçi alacakları gibi alacaklarda zamanaşımı süresi her bir sözleşme çeşidi için ayrı ayrı hesaplanmalıdır³⁶³.

³⁵⁸Demirboğa, s. 96.

³⁵⁹Demirboğa, s. 97 vd.

³⁶⁰Eren, s. 1333.

³⁶¹Kılıçoğlu, s. 846.

³⁶²Kılıçoğlu, s. 867-887.

³⁶³Demirboğa, s. 136 vd.

2.3.4.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yer Alan Sebepler

Kamu ihale sözleşmelerinin sona erme sebepleri Kanunda farklı maddelerde düzenlenmiştir. KİSK'e göre sözleşmenin sona erebileceği haller; yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti, yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet, yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi, idarenin sözleşmeyi feshetmesi, sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih, izinsiz devirve mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshişeklinde düzenlenmiştir.

Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti KİSK m. 17 düzenlenmiştir. Buna göre; yüklenicinin ölümü halinde sözleşme feshedilir ve genel hükümlere göre tasfiye edilir, kesin teminatlar ve varsa diğer alacaklar vârislerine verilir. Yüklenicinin iflas etmesi halinde sözleşme feshedilerek yasaklama hariç, hakkında idarenin sözleşmeyi feshetmesi ve sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere ilişkin maddelere göre işlem yapılır. Yüklenicinin ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi halinde otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi ile taahhüde devam edilir.

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet durumu ise KİSK m. 18'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması durumları sözleşmenin devamına engel olmayacaktır. Ancak iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma durumları pilot ortağın kişiliğinde gerçekleşmiş ise sözleşme feshedilir ve yasaklama hariç haklarında idarenin sözleşmeyi feshetmesi ve sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere ilişkin maddelere göre işlem yapılır. Pilot ortağın ölümü halinde ise sözleşme feshedilir yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Otuz gün içerisinde de diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde teminat dahil o iş için pilot ortağın yüklemiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi şartıyla sözleşmeye yenilenecek işe devam edilir.

Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin

teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir (KİSK m. 19).

KİSK m. 20’de düzenlendiği üzere, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanları ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde veya işi süresinde bitirmemesi halinde dokümanda belirlenen gecikme cezası uygulanmak üzere idare ihtarda bulunur. Buna rağmen aynı durum devam ederse kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek genel hükümlere göre tasfiye edilir. KİSK m. 25³⁶⁴’te yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiştir. Yüklenicinin sayılan bu yasak fiil veya davranışlarda bulunmasının tespit edilmesi halinde de yine sözleşme feshedilir ve genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih KİSK m. 21’de düzenlenmiştir. Buna göre yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak maddenin devamında belirtilen duruma göre taahhüdün %80’inin tamamlanmış olması ve tamamlattırılmasında kamu yararının bulunması halinde idare sözleşmeyi feshetmeden yükleniciden taahhüdünü tamamlanmasını isteyebilir ve yüklenici bu durumda taahhüdünü tamamlamak zorundadır.

KİSK m. 16’da sözleşmenin izinsiz devri halinde sözleşmenin feshedileceği ve devreden ve devralan hakkında idarenin sözleşmeyi feshetmesi, sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler ve ihalelere katılmaktan yasaklama hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

KİSK m. 10’da mücbir sebepler;doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller şeklinde sayılmıştır. Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi

³⁶⁴ KİSK m. 25 : “Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek. g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.”.

durumlar da dahil olmak üzere, bu hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur (KİSK m.10).

KİSK m. 23’de de mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, genel hükümlere göre tasfiye ve kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların iade edileceği düzenlenmiştir.

2.3.4.3. Sözleşmenin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuçları

Kamu ihale sözleşmesi idare tarafından genel sebeplere göre feshedilirse TBK’da yer alan hükümler uygulanacaktır³⁶⁵. Sözleşme KİSK’de yer alan sebeplerden dolayı feshedilirse bu durumda KİSK m. 20³⁶⁶, m. 22³⁶⁷ ve m. 26³⁶⁸ uygulanacaktır. Sözleşme yüklenici tarafından feshedilirse TBK m. 117 vd. borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanacaktır.

³⁶⁵Demirboğa, s. 205.

³⁶⁶ KİSK m. 20: “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder: a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi, (1) b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

³⁶⁷ KİSK m. 22: “19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir. 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir. Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez. 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.”

³⁶⁸ KİSK m. 26: “25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanununun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TARAF OLARAK ADI ORTAKLIK

3.1.KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE ADI ORTAKLIK BAĞLAMINDA İŞ ORTAKLIĞI

3.1.1. Genel Olarak İş Ortaklığı

KİK m. 4'te istekli olabilecekler gerçek veya tüzel kişi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim şeklinde sayılmıştır. KİK m. 4'te ortak girişim³⁶⁹ tanımı, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde yapılmıştır.

Bazı işlerin tek kişi tarafından yapılmasının zorlukları ve birlikte çalışılmasının avantajları nedeniyle gerçek ve/veya tüzel kişiler kendi kişiliklerini koruyarak ortak girişimde bulunmaktadırlar³⁷⁰. Bu girişimlerden iş ortaklığı; kaynak birleştirme, know-how transferi gibi teknik alt yapıların ortak kullanımı, yönetim ve deneyimlerin paylaşılması, rekabet gücünü artırma ve riski paylaşma, yabancı şirketlerin yatırımını artırma, bazı hukuki zorunluluklar gibi gerekçelerle kurulmaktadır³⁷¹.

idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.(2) Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir. Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler. Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir.Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. (1) İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”.

³⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm 1, 1.3. Adi Ortaklık Temeline Dayandırılan Bazı Özel Sözleşme İlişkileri, 1.3.4. Joint Venture.

³⁷⁰ İnan, Atilla: *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara 2011, s. 53.

³⁷¹ Şengel, Salim: *Ortak girişim (Joint Venture) Faaliyetlerinin Raporlanması*, Eskişehir 2004, s. 22; Merter, Vahit: *Joint Venture (Ortak Girişim) Sözleşmeleri ve Türk Mevzuatındaki Durumu*, VDD 2007, s. 129.

Çalışmanın devamında ortak girişim başlığı altında incelenen iş ortaklığı ve adi ortaklık ile ilişkisi incelenecektir.

3.1.2. İş Ortaklığı Tanımı

İş ortaklığı, KVK m. 2/7'desermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu kuruluşlarının, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler, şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla iş ortaklığının kurulması ortakların iradesine bırakılmıştır. İş ortaklığı şartları oluşmuş olsa dahi ortaklar tarafından ancak talep edilmesi durumunda iş ortaklığı kurulacak aksi halde söz konusu ortaklık adi ortaklık şeklinde dikkate alınacaktır³⁷².

İş ortaklığı belirli bir yapı işinin birlikte tamamlanması için oluşturulmakta ve bu yönü ile geçici ortaklık özelliği göstermektedir³⁷³.

Akyol, iş ortaklığını “*Biri yabancı diğeri yerli en az iki şirketin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ortak bir iş tehlikesini birlikte üstlenerek bir taahhüt işini, bir yatırımı birlikte hareket etmek ve işbirliği yapmak üzere kurdukları bir sözleşmedir*³⁷⁴.” şeklinde tanımlamaktadır.

Dayınlarlı ise tanımı “*Bir partnership veya tüzel kişiliği haiz herhangi bir şirket kurmaksızın belli bir ticari işlemde kar elde etmek isteyen iki veya daha ziyade kişinin özel işbirliği anlaşmasıdır*³⁷⁵.” şeklinde yapmaktadır.

Kaplan, iş ortaklığı tanımını “*İki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız gerçek kişi veya tüzel kişiliğe haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır*³⁷⁶.” şeklinde yapmaktadır.

³⁷²Doğanyüğit, Sadettin: *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 16. Baskı, Ankara 2015, s. 389.

³⁷³Barlas, s. 251.

³⁷⁴Akyol, s. 59'dan naklen.

³⁷⁵Dayınlarlı, s. 27'den naklen.

³⁷⁶Kaplan, s. 22'den naklen.

Yılmaz, yaptığı iş ortaklığı tanımında adi ortaklıktan da bahsetmiş ve tanımı “İki veya daha çok ortağın, kendi faaliyetlerini sürdürürken, belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir şirket kurup bu şirkete kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek sağlamaları üzerinde anlaşmaları; mali amaçla bir ticari şirketi yürütmek için iki veya daha çok kişiden oluşan birlik; işbirliği; ortaklık; iş ortaklığı; belli amaçla bir araya gelen adi ortaklıktır³⁷⁷.” şeklinde yapmıştır.

Çelik, ise iş ortaklığı için yaptığı tanımda “Belli bir iş alanında uzmanlaşmış birbirinden bağımsız, birden fazla firmanın belirli bir işi müştereken yapmak ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri sonucunda oluşturulan ve tüzel kişiliği olmayan yapılanmalardır³⁷⁸.” ifadelerine yer vermiştir.

3.1.3. İş Ortaklığının Hukuki Yapısı ve Niteliği

İş ortaklığı joint venture'un özel bir tipidir ancak joint venture iş ortaklığı kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır³⁷⁹. Sözleşmeye dayalı olan ve ortak girişim türü olarak kabul edilen iş ortaklığı adi ortaklık olarak kabul edilmektedir³⁸⁰. Dolayısıyla iş ortaklığı üyeleri hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere bir araya gelir ve adi ortaklık kurarlar³⁸¹.

İş ortaklığı ister sözleşmeye dayalı isterse sermaye katımlı olarak kurulsun ortaklığın üç temel hukuki yapısı bulunacaktır³⁸². Hangi iktisadi alanda faaliyette bulunulacağına bir önemi olmaksızın taraflar daima bir temel sözleşme imzalayacaktır³⁸³. Bu temel sözleşme iş ortaklığının kuruluş amacını, tarafların güç ilişkilerini ve serbest iradelerini içerecek ve açıklayacaktır³⁸⁴. Taraflar arasında imzalanan temel sözleşmede tarafların müşterek amaca ulaşmak için aralarında kurmayı

³⁷⁷Yılmaz, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 451'den naklen.

³⁷⁸Çelik, Abdullah: *İş Ortaklıkları (Joint Venture)*, Yaklaşın Dergisi Mart 2002, s. 72'den naklen. (s. 71-89).

³⁷⁹Barlas, s. 252.

³⁸⁰Yılmaz, s. 451; Aksoy, s. 64.

³⁸¹Doğanyığıt, s. 379.

³⁸²Kaplan, s. 25 vd.;

³⁸³Kaplan, s. 25; Temel sözleşmenin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: *Dayınlarlı*, s. 52-74.

³⁸⁴Dayınlarlı, s. 52.

taahhüt ettikleri müşterek iş ortaklığına dair hükümler de bulunacaktır³⁸⁵. Bunlar; temel sözleşme (mutabakat), müşterek iş ortaklığı sözleşmesi ve uydu sözleşmelerdir³⁸⁶.

Temel sözleşmede hem şirketler hukukuna ait unsurlar hem de iki taraflı borçlar hukuku sözleşmelerine ait hususlar vardır³⁸⁷. Sözleşmenin yazılı olması, en az iki gerçek veya tüzel kişi arasında imzalanması, müşterek bir amacın gerçekleşmesi için tarafların güçlerini birleştirmesi hususları temel sözleşmenin şirketler hukukuna ait özellikleridir³⁸⁸. Tarafların iş ortaklığından pay almaları, emek ve sermaye koyma gibi yükümlülükleri karşılıklılık arz eden yükümlülükleridir. Bu açıdan iş ortaklığının temel sözleşmesi iki taraflı borçlar hukuku sözleşmeleri ile benzerlik göstermektedir³⁸⁹. Ancak bu benzerliklerin yanında iş ortaklığı, müşterek bir amacı olmayan ve taraf edimlerinin karşılık ilişkisine dayanan, menfaatler arasında paralellik ve müştereklik değil de zıtlık olan iki taraflı borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılmaktadır³⁹⁰.

Temel sözleşmede müşterek iş ortaklığı için kurulması düşünülen şirket tipi hakkında hükümler bulunabilir³⁹¹. Eğer temel sözleşmede bu şirket tipi düzenlenmemişse, müşterek iş ortaklığı adi ortaklık niteliğinde kabul olunacaktır (TBK m. 620/2).

İş ortaklıklarında hukuki ilişkiyi kuran temel sözleşme hükümleri çerçevesinde, değişik konularda yapılan sözleşmeler ise uydu sözleşmelerdir³⁹². Bu sözleşmeler TBK m. 26 sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kurulur ve bu sözleşmelerin merkezinde temel sözleşme bulunur.

İmzalanan temel sözleşmede tarafların ortak amaca ulaşmak için aralarında kurmayı taahhüt ettikleri müşterek iş ortaklığına dair hükümler de bulunmaktadır³⁹³.

İş ortaklığını konsorsiyumdan ayıran ve ona karakteristik özelliğini veren vasfı ortakların iş sahibine karşı işin belli bölümleri için değil tamamından sorumlu

³⁸⁵Kaplan, s. 31.

³⁸⁶Kaplan, s. 25.

³⁸⁷Kaplan, s. 26.

³⁸⁸Kaplan, s. 28.

³⁸⁹Kaplan, s. 29.

³⁹⁰Dayınlarlı, s. 51; Kaplan, s. 28-29.

³⁹¹Kaplan, s. 31.

³⁹²Kapan, s. 31-32.

³⁹³Kaplan, s. 31.

olmalarıdır³⁹⁴. Bir ortağın uzmanlık alanını ilgilendiren bir işin yapılması veya iç ilişkideiştir paylaşımına gidilmesi ortakların iş sahibine karşı müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır³⁹⁵.

KVK m. 2’de iş ortaklığı ilişkisine taraf olabilecekler belirtilmiştir. Ancak bu sınırlı biçimde sayma³⁹⁶ vergi hukuku bakımından geçerlidir. Dolayısıyla borçlar hukuku bakımından sadece gerçek kişilerden veya şahıs şirketlerinden oluşan bir iş ortaklığının kurulmasında hiçbir engel yoktur³⁹⁷.

KVK uygulanmasına ilişkin 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği³⁹⁸’nin 2.5.2 maddesinde iş ortaklığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Sözleşme için belirlenen bu şekil şartı geçerlilik şartı teşkil etmektedir. Sözleşme yazılı şekilde yapılmazsa söz konusu iş ortaklığı Kurumlar Vergisi Mevzuatı açısından iş ortaklığı sayılmayacaktır. Ancak sözleşmenin yazılı şekilde yapılmamış olması söz konusu olan ilişkinin borçlar hukuku bakımından bir iş ortaklığı olarak değerlendirilmesi için engel teşkil etmez³⁹⁹.

İş ortaklığı ister sözleşmeler hukuku enstrümanı ister ortaklık ilişkisi olarak ele alınsın daima adi ortaklık niteliği taşıyacaktır⁴⁰⁰. Yukarıda da izah edildiği üzere iş ortaklığının joint venture’un özel bir tipi olduğu ve esasen salt sözleşmeye dayalı türden bir joint venture olduğu kabul edilince iş ortaklığının adi ortaklık niteliği taşıdığı sonucu çıkmaktadır. Bu durum aynı zamanda KVG m. 2.5.1, m. 2.5.2 ve m. 2.5.3’de de ortaya konulmuştur⁴⁰¹. Bu hükümlerden özellikle KVG m. 2.5.3. adi ortaklık-iş ortaklığı

³⁹⁴Şahin, Turan: *Konsorsiyum Sözleşmesi*, TBBD 2011, S. 92, s. 457; Barlas, s. 251.

³⁹⁵Tandoğan, Haluk: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, BATIDER 1986, C. 13, s. 85-86.

³⁹⁶Dayınlarlı, s. 281.

³⁹⁷Tandoğan, *Joint Venture*, s. 85; Barlas, s. 253.

³⁹⁸RG. 03.04.2007, S. 26482. (Kurumlar Vergisi Genel Tebliği metinde KVG m. 2.5.3 şeklinde kısaltılacaktır).

³⁹⁹Barlas, s. 253.

⁴⁰⁰Tandoğan, *Joint Venture*, s. 83-85; Barlas, s. 259; Dayınlarlı, s. 279; Tekil, s. 81.

⁴⁰¹KVG m. 2.5.1, “Şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2ncimaddesinde sayılanlarla veya Kanunun 2ncimaddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıklar hakkında, istenilmesi halinde iş ortaklığı olarak kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirilebilecektir. Bu durumda, mükelleflerce talep edilmesi halinde tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş ortaklıkları, kurumlar vergisi mükellefi olabileceklerdir.”; KVG m. 2.5.2, “...iş ortaklıklarının tasfiyesi, Borçlar Kanunundaki adi ortaklıkların dağılmasına ilişkin hükümlere göre yapılacaktır.”; KVG m. 2.5.3, “Kurumlar, dilerlerse Borçlar Kanununa göre adi ortaklık veya Kurumlar Vergisi Kanununa göre iş ortaklığı şeklinde ortaklıklar oluşturarak faaliyet gösterebilmektedirler.”.

paralelligini özellikle pekiştirmiş ve farkın sadece kurumlar vergisi mükellefi olup olmama noktasın ortaya çıktığını belirtmiştir⁴⁰².

KİK m. 14'te ihalenin iş ortaklığı üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı sözleşmesinin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre kamu ihalelerine iş ortaklığının istekli olarak katılması ve ihalenin iş ortaklığının üzerine kalması halinde iş ortaklığı sözleşmesi noter tasdikli olarak idareye verilmelidir. Dolayısıyla kamu ihalelerinde iş ortaklığı sözleşmesi yazılı olarak yapılmalı ve noterce tasdiklenmelidir.

Kamu ihalelerine iş ortaklığı şeklinde katılıp teklif verme hususunda Kurumun kararı "*Öncelikle kamu ihale mevzuatında bir gerçek kişinin 2 farklı şirkette ortaklığının bulunmasını ve bu iki şirket arasında oluşturulan iş ortaklığının bir ihaleye teklif vermesini engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zira bu durumda bir aday/istekli tarafından sunulmuş 2 farklı başvuru/teklif bulunmamakta, bir iş ortaklığı tarafından sunulmuş tek bir teklif/başvuru bulunmaktadır*⁴⁰³." şeklinde olup, iki şirketin iş ortaklığı şeklinde ihaleye teklif vermesinde herhangi bir engel bulunmadığını belirtmiştir.

3.1.4. İş Ortaklığı Sözleşmesinin "Adi ortaklık Sözleşmesi" Niteliği

KİK m 4'ün gerekçesindeki ifade "*Bilindiği gibi iş ortaklıkları kazancı paylaşmak amacıyla kurulan adi ortaklıklardır*⁴⁰⁴." şeklinde olup, gerekçede açıkça iş ortaklıklarının adi ortaklık olduğu belirtilmiştir.

İş ortaklığı sözleşmeye dayalı ortak girişimin bir türüdür ve adi ortaklık olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁵. Bu durumda adi ortaklık olarak kabul edilen iş ortaklığının bir

⁴⁰²Barlas, s. 258.

⁴⁰³Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 05.03.2012, K. 2012/UH.III-1240.

⁴⁰⁴ KİK m. 4 Gerekçe: "*Madde ile Kanunun 4 üncü maddesindeki "ortak girişim" tanımında yapılan değişikliğe paralel olarak ortak girişimlerin ihale uygulamaları karşısındaki durumu yeniden düzenlenmektedir. Bilindiği gibi iş ortaklıkları kazancı paylaşmak amacıyla kurulan adi ortaklıklardır. İş ortaklığında belli bir işin tamamının birlikte yapılması müştereken taahhüt edilmekte, konsorsiyumlarda ise her ortak işin belli bir bölümünün yapımını üstlenmektedir. Değiştirilen maddede ortak girişim yalnız iş ortaklıklarını kapsar biçimde tanımlandığından, konsorsiyum teşkili suretiyle ihalelere teklif verilmesini engelleyici nitelikte olduğu görülerek bu değişiklik yapılmaktadır. Ancak işin belirli bölümlerinin ayrı ayrı yükleniciler tarafından üstlenilmesi, farklı dallarda uzmanlaşmış yüklenicilerin birlikte ya da koordinasyon halinde çalışmasını gerektiren işlerde söz konusu olabileceğinden; konsorsiyumların her ihaleye teklif vermesi uygun görülmemiş, bu lüzumun idareler tarafından tespit edilerek ihale dokümanında gösterilmesi kaydıyla teklif verebilmeleri esası benimsenmiştir.*"

tüzel kişiliği bulunmamakta, gerçek ve tüzel kişiler iş ortaklığına ortak olabilmektedirler.

İş ortaklığının iki veya daha fazla kişi arasında ekonomik iş birliği amacıyla kurulması, ortak amacı gerçekleştirme iradelerinin sözleşmeyle açıklanması, bu ortak amacın birlikte gerçekleştirilmesi, ortak yönetim unsuru ve kazanç elde etme ve paylaşma unsurları adi ortaklıkta da bulunan unsurlardır⁴⁰⁶.

Adi ortaklık hükümlerinin en önemli özelliklerinden biri, sözleşme özgürlüğü ilkesine büyük oranda uygulanma alanı sağlamasıdır. Dolayısıyla iş ortaklığı sözleşmesinde öncelikle taraf iradeleri önem arz etmektedir. Taraf iradelerinin açık olmaması veya çelişmesi durumunda adi ortaklık hükümleri, burada da hüküm yoksa TBK sözleşmelere ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır⁴⁰⁷.

TBK m. 620 gereğince bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıması halinde bu ortaklık adi ortaklık sayılacaktır. Mevcut hukuk sistemimizde de ortak gelişimin türlerinden olan iş ortaklığı ve konsorsiyum için özel bir yasal düzenleme olmadığından dolayı bu ortaklık türleri adi ortaklık olarak nitelendirilecektir⁴⁰⁸.

İş ortaklığın yukarıda açıklandığı üzere hem şirket sözleşmesi özelliklerini hem de iki taraflı sözleşme özelliklerini taşımaktadır. Ancak şirket sözleşmelerine benzerliği daha ağır basmaktadır. Tarafların iki taraflı sözleşmeler benzerliğinde ifa yükümlülükleri olsa da bu yükümlülükleri ortak amaca ulaşmak için ifa edilmektedir. Bu yükümlülüklerin değiş-tokuş niteliğinde olmaması iş ortaklığı temel sözleşmesine “adi ortaklık sözleşmesi” niteliği kazandırmaktadır⁴⁰⁹. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin olması iş ortaklığının iki taraflı sözleşme olarak nitelendirilmesini

⁴⁰⁵Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 47; Tandoğan, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5.* Baskı, İstanbul 2010, s. 255; Kaplan, s. 29; Barlas, s. 255; Dayınlarlı, s. 271; Tekinalp/Tekinalp, s. 157; Öztürk, s. 35; Abacıoğlu, Muhittin/Abacıoğlu, Ali: *Kamu İhale Hukuku ve Uygulaması*, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 406-407.

⁴⁰⁶Kaplan, s. 20 vd; Merter, s. 13-14; Özdemir, Erkan/ Arapgirli, Murat: *Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim*, Ankara 2014, s. 14.

⁴⁰⁷Özdemir/Arapgirli, s. 8.

⁴⁰⁸Özdemir/Arapgirli, s. 11.

⁴⁰⁹İmregün, Oğuz: *Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları*, İstanbul 1968, s. 32; Dayınlarlı, s. 179-185; Tekinalp/Tekinalp, s. 155.

gerektirmemektedir⁴¹⁰. Adi ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi iş ortaklığında da taraflar güçlerini ortak amacı gerçekleştirmek için birleştirmektedirler.

KVK m. 2'nin gerekçesinde “*İş Ortaklıkları: Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı şeklindeki kuruluşların sayısı giderek artmaktadır. Bu kuruluşlar kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedirler. Bu noktada bir işin bölümlerini ayrı ayrı taahhüt eden (yüklenen) konsorsiyumlardan farklılaşmaktadırlar. Şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanununun 2 nci maddesinde sayılanlarla veya Kanununun 2 nci maddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıkların, istenilmesi halinde iş ortaklıkları olarak da Kurumlar Vergisi mükellefiyeti tesis ettirilmesi imkanı getirilmiştir.*” ifadesi ile Kanunda iş ortaklıklarının adi ortaklık niteliğinde olduğu açıkça kabul edilmiştir.

KİK m. 14'te iş ortaklığı üyelerinin, hak ve sorumluluklarıyla işintümünü birlikte yapmak üzere, ortaklık yaptıkları düzenlenmiştir. Dolayısıyla adi ortaklıkta ortak amaç için birlikte caba gösterme unsuru, iş ortaklığına işin tümünü birlikte yapma şeklinde yansımaktadır. Yine aynı maddede adi ortaklıkta olduğu gibi iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, taahhütlerinin ifasında müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları düzenlenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda “...somut olayda, taraflar arasında, DSİ ve TEİAŞ'ın özel koruma ve güvenlik hizmet alımı işine ortak girişim olarak teklif vermek ve ihale konusu iş ortak girişim üzerinde kaldığı takdirde müştereken ikmal etmek için 20.04.2007 ve 06.12.2007 tarihli ortaklık sözleşmeleri ile adi ortaklık kurulduğu...”⁴¹¹ ifadeleri ile kurulan iş ortaklığının adi ortaklık niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay bir kararında iş ortaklığı joint venture olarak adlandırmış, iş ortaklığının adi ortaklığa benzediğini belirtmiş ve verdiği kararda adi ortaklık niteliklerini iş ortaklığı nitelikleri altında saymıştır. İlgili karar “*Borçlu şirket ile B... İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında 10.05.2006 tarihinde iş ortaklığı (joint venture) kurulduğu görülmektedir. Joint venture, hukukumuzdaki adi ortaklığa*

⁴¹⁰Kaplan, s. 30.

⁴¹¹ Yargıtay HGK. E. 2014/7-325, K. 2016/556, T. 27.4.2016. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıkları ile sorumludurlar⁴¹².” şeklindedir.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında hem iş ortaklığının adı ortaklık hükmünde olduğuna belirtmiş hem de adı ortaklığın dava ehliyetini açıklamıştır.İlgili kararda “*Mahkemece, satım akdinin davacı ile ...Ortaklığı arasında gerçekleştiği, iş ortaklığının adı ortaklık hükmünde olduğu, adı ortaklığı oluşturan kişilerden birisinin tek başına adı ortaklığı temsil etmesinin mümkün olmadığı, adı ortaklığa karşı yöneltilecek davanın adı ortaklığı oluşturan tüm ortaklara karşı açılması gerektiği, davalının pasif husumet sıfatının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir⁴¹³.”* ifadelerine yer vermiş ve temyiz edilen mahkeme kararını onamıştır.

3.2. İŞ ORTAKLIĞININ İDARESİ, TEMSİLİ,PİLOT ORTAK VE ADI ORTAKLIKLA İLİŞKİLERİ

3.2.1. İş Ortaklığının İdaresi

İş ortaklığında ortak amacının gerçekleştirilebilmesi için ortaklar sözleşmeyle kararlaştırılan yükümlülüklerinin ifasını gerçekleştirmelidirler. Bunun için de iç ilişkide hak ve yükümlülüklerle bir düzen oluşturulmalıdır⁴¹⁴.

Dar anlamda iş ortaklığı, idare, ortaklık sözleşmesi ve kanun hükümleri ile belirlenen ve bu çerçevede organizasyon, uyum ve fiili faaliyetlerden oluşan görevlerin ve yetkilerin tamamıdır⁴¹⁵.Adi ortaklıkta olduğu gibi iş ortaklığında da idare yetkisi ortakların sözleşmede yapacağı bir düzenleme ile veya kanun hükümleri ile dışa karşı temsili de kapsayacak şekilde genişletilirse geniş anlamda idare söz konusu olacaktır⁴¹⁶.

⁴¹² Yargıtay 12. HD. E. 2008/19620, K. 2009/392, T. 13.1.2009. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴¹³ Yargıtay 19. HD. E. 2016/12682, K. 2017/7141, T. 19.10.2017. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴¹⁴ Kaplan, s. 64.

⁴¹⁵ Kaplan, s. 64.

⁴¹⁶ Kaplan, s. 64.

İş ortaklığında yönetim yetkisinin kime veya kimlere ait olacağı genellikle iş ortaklığını kuran sözleşmede belirlenmektedir⁴¹⁷. Eğer sözleşmede böyle bir belirleme yapılmamışsa ortaklıkta yönetim yetkisi bütün ortaklar tarafından birlikte kullanılır⁴¹⁸. Diğer yandan ortaklar karar alarak oybirliğiyle yönetim yetkisine sahip olacak kişi ya da kişileri belirleyebilirler⁴¹⁹.

İş ortaklıkları genellikle büyük sermaye ve yüksek teknoloji gerektiren ve bundan dolayı büyük risk taşıyan işlerin yapılması için ticaret şirketleri tarafından kurulmaktadır. Bu durumda da iş ortaklığının bütün ortaklar tarafından yönetilmesi pek mümkün olmamaktadır. Yönetimde zorluklarla karşılaşılması için uygulamada genellikle iş ortaklığı ortakları, ortaklığın yönetimi ve temsili için birini seçmektedirler⁴²⁰. Genellikle bu kişinin kim olacağı ve yetkilerinin kapsamı sözleşmede belirlenmektedir.

İş ortaklığında yönetim ile ilgili hususların sözleşmeyle belirlenmediği yerde TBK adi ortaklık hükümleri uygun düşüğü ölçüde iş ortaklığına uygulanacaktır⁴²¹.

Kamu ihalelerinde ise sözleşme taraflarından birinin ortak girişim olması durumunda, ortaklar yönetici ortağın belirtildiği ortak girişim beyannamesini idareye sunmak zorundadırlar. Bu husus KİK m. 14'te "*İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

3.2.2. İş Ortaklığının Temsili

İş ortaklığında pilot ortak hem ortaklığı yönetmekte hem de üçüncü kişilerle olan ilişkilerde diğer ortakları temsil etmektedir. Dolayısıyla adi ortaklığın temsile ilişkin hükümleri iş ortaklığına uygun düşüğü ölçüde uygulanacaktır⁴²².

⁴¹⁷Dayınlarlı, s. 328; Özdemir/Arapgirli, s. 18.

⁴¹⁸Kaplan, s. 65.

⁴¹⁹Dayınlarlı, s. 328; Özdemir/Arapgirli, s. 18.

⁴²⁰Özdemir/Arapgirli, s. 19.

⁴²¹Kaplan, s. 64.

⁴²² Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm 1; 1.5. Adi Ortaklığın Yönetimi, Temsili ve Adi Ortaklıkta Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisinden Doğan Sorumluluğu; 1.5.2. Adi Ortaklığın Temsili.

Kamu İhale Kurumu'nun iş ortaklığını temsile ilişkin verdiği karar “İş ortaklığı beyannamesinin pilot ortağın iş ortaklığını her konuda temsile yetkili olduğunu, idare tarafından pilot ortağa yapılacak bildirimlerin iş ortaklığına yapılmış sayılacağını, işin iş ortaklığında kalması halinde pilot ortağın ortaklık nam ve hesabına hareket etmeye tam yetkili olacağını, sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taleplerin ve sözleşmeden doğan yükümlüklerin yerine getirilmesinden ortakların müşterek ve müteselsilen sorumlu olacağını ve ortakların işin sonuna kadar kurulan özel ortaklıktan ayrılmayacaklarını gösteren bir belge olduğu...⁴²³” şeklindedir.

Pilot ortağın, kamu ihalelerinde iş ortaklığını temsile yetkili olduğuna dair Kurul kararında bu husus “İnceleme konusu ihaleye D Ltd. Şti-Murat.....ve K firması iş ortaklığı oluşturmak suretiyle teklif vermiştir. Bu ortak girişimin pilot ortağı D Ltd. Şti-Murat.....tır. pilot ortak Murat....'e K firması tarafından 01.12.2003 tarihli genel vekaletname ile K firması adına bütün ihalelere katılmaya ve ihale ile ilgili her türlü işlemi yapmaya yetki verilmiş ve Murat.... bu yetkiye dayanarak bazı belgeleri K firmasının kaşesi üzerine “V.” ibaresini koyarak imza atmıştır. İhaleye iki ayrı teklif verilmemiş; ortak girişim istekli adama tek teklif verilmiştir. Bu uygulamada mevzuata aykırı bir durum olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, Ortak Girişim Beyannamesinde iddia edildiğinin aksine Murat....'ın imzasının iki firmanın kaşesi üzerinde de bulunmadı tespit edilmiştir⁴²⁴.” şeklinde ifade edilmiştir.

Ortak girişime yapılacak bildirim ve tebligatları düzenleyen İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik⁴²⁵ m.6/6'ya göre de “İdare tarafından ortak girişimlere yapılacak bildirim ve tebligat, belirtilen esaslar çerçevesinde pilot veya koordinatör ortağa yapılır.” Ayrıca iş ortaklığı adına yapılacak şikayet veya itirazın şikayetlerin pilot ortak tarafından yapılması gerektiğine ilişkin düzenleme; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 8/8'de düzenlendiği üzere “Ortak girişim adına yapılacak şikayet veya itirazın şikayet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur.”.

⁴²³ Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 26.12.2011, K. 2011/UH.I-4330.

⁴²⁴ Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 09.03.2004, K. 2004/UK.Z-307.

⁴²⁵ RG. 03.01.2009, S. 27099.

Kamu ihale sözleşmelerinde iş ortaklığının yetkisiz temsili de söz konusu olabilmektedir. Doktrinde hakim olan gerçeklik teorisine göre; tüzel kişilerin organları temsilci olarak kabul edilemez çünkü temsil durumunda temsilci başkası adına ve hesabına sonuç doğuracak şekilde irade açıklamasında bulunmaktadır⁴²⁶. Tüzel kişilerde ise tüzel kişinin organı tüzel kişi adına irade açıklamasında bulunduğu anda, temsilci sıfatıyla değil bizzat tüzel kişi adına irade açıklamasında bulunmaktadır⁴²⁷. Dolayısıyla tüzel kişinin organının yaptığı sözleşmelerde temsilci, temsil edilen, sözleşmenin diğer tarafı olan üçüncü kişi şeklinde üçlü bir ilişki bulunmamaktadır⁴²⁸. Sözleşme, doğrudan tüzel kişi ve sözleşmenin karşı tarafı olan üçüncü kişi ile kurulmaktadır.

KİK m. 10'da ihaleye katılımda yeterlilik kuralları düzenlenmiştir ve bunlar arasında isteklinin teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeleri de sunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca uygulama yönetmeliklerinde de ihaleye katılan kişinin temsil yetkisini ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴²⁹. Dolayısıyla yetkisiz temsilde söz konusu olan başkası adına yetkisiz temsil ve temsil yetkisi bulunan isteklinin bu yetkisinin sınırını aşması durumları uygulamada ortaya çıkma ihtimali düşük durumlardır.

Başlangıçta mevcut olan temsil yetkisinin sonradan ortadan kaldırılması veya sonradan sınırlandırılması durumunda ise temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı ihaleyi açan kuruma bildirilmelidir. Aksi halde yetkisiz temsil iyi niyetli idareye karşı ileri sürülemeyecektir⁴³⁰. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere Kanun ve Yönetmelikler gereği istekli adına ihaleye katılacak kişiler yetkili olduklarına ilişkin belgeleri idareye sunmaktadırlar ve bu durum temsil yetkisinin bildirilmesi anlamına gelmektedir⁴³¹. Dolayısıyla temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı da bildirilmelidir.

⁴²⁶Buz, s. 285.

⁴²⁷Oğuzman/Öz, s. 164, dn. 545; Eren, s. 388; Buz, s. 285.

⁴²⁸Buz, s. 285.

⁴²⁹Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 38; Hizmet Alımı Uygulama Yönetmeliği m. 38; Hizmet Alımı Uygulama Yönetmeliği m. 30.

⁴³⁰Buz, s. 294.

⁴³¹Buz, s. 294.

3.2.3. İş Ortaklığında Pilot Ortak

Adi ortaklık niteliği göstermesi nedeniyle, kural olarak her ortağın eşit kontrol ve yönetim hakkına sahip olduğu iş ortaklığında ortaklar yönetim ile ilgili farklı karar alabilmektedirler.

İş ortaklığında ortaklar işlerin yürütülmesi, ortaklığın fiili yönetiminin sağlanması için pilot ortak seçerler. İş ortaklığında pilot ortağın kim olacağı belirlenir ve bu pilot ortak, ortak girişimdeki diğer ortaklardan teknik bilgi bakımından daha güçlü olan ortaktır ayrıca sözleşmede üstlenilen işin yürütülmesinde idare ile iletişimi sağlayan diğer bir ifade ile idareyle muhatap olan ortaktır⁴³².

Pilot ortak, iş ortaklığının yüklendiği işi yerine getirebilmesi için yapılması gereken olağan işlemleri yürütmektedir⁴³³. Dolayısıyla pilot ortak, iş ortaklığında olağan işlerin yürütülmesi için gerekli olan her türlü hukuki işlemi yapabilecektir. Ancak iş ortaklığı için stratejik olan, olağanüstü olan kararlar tüm ortaklar tarafından alınacak ortak yönetim kaldırılmış olsa bile ortak kontrol devam edecektir⁴³⁴.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği⁴³⁵ m. 32/4'e göre iş ortaklığında en çok hisseye sahip olan ortak pilot ortak olarak gösterilmek zorundadır. İlgili maddeye göre ortakların hisse oranlarının eşit olduğu durumlarda ise ortaklardan biri pilot ortak olarak belirlenmelidir. Kurum verdiği bir karardabu hususu "*Söz konusu iş ortaklığı beyannamesinden, ortakların kararıyla; eşit hisseye sahip ortaklardan birinin pilot ortak olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan anılan iş ortaklığı beyannamesi ve pilot ortağın tespiti yöntemi mevzuata uygun olup, bahse konu iş ortaklığının teklifinin idarece değerlendirme dışı bırakılma gerekçesinin mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılmıştır*"⁴³⁶." şeklinde ifade etmiş, eşit hisse oranlarında pilot ortağı ortakların belirleyeceğini söylemiştir.

Ortakların hisse oranları İş Ortaklığı Beyannamesinde gösterilmelidir. Bu düzenlemenin temelinde ise idarenin, iş hayatının gerekleri uyarınca küçük ortaklar

⁴³²Turguter, Necip/Tokmaklı, Cafer: *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara 2004, s. 145.

⁴³³Tekinalp/Tekinalp, s. 154.

⁴³⁴Altay, s. 57.

⁴³⁵ RG. 04.03.2009, S. 27159. (Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği metinde Yönetmelik şeklinde kısaltılacaktır).

⁴³⁶Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 18.07.2011, K. 2011/UY.III-2433.

yerine büyük ortakla muhatap olmasının daha uygun olacağı düşüncesi bulunmaktadır⁴³⁷. Uzmanlık gerektiren büyük projelerin gerçekleştirilmesi ortak girişimlerin kuruluş amacıdır, ancak kamu ihalesinde öne çıkan unsur uzmanlık değil kapasite ve bu kapasitelerin birleştirilmesidir⁴³⁸.

Pilot ortağın isminin belirtilmediği durumda Kurum “... mevzuat hükümlerinden, isteklilerin ihaleye iş ortaklığı olarak katılmaları halinde, teklifleri kapsamında iş ortaklığı beyannamesinin sunulması ve sunulan beyannamede iş ortaklığının en çok hisseye sahip ortağının pilot ortak olarak gösterilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda T...Tur. Tic. Ltd. Şti- H... Taş. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından sunulan iş ortaklığı beyannamesinin standart forma uygun olarak hazırlandı, beyannamenin pilot Ortağın isminin belirtilmesi gereken kısımda pilot Ortağın isminin belirtilmediği ancak imzaların bulunduğu kısımdan pilot ortağın T...Tur. Tic. Ltd. Şti, özel ortağın H... Taş. Tic. Ltd. Şti. Olduğunun anlaşıldığı, ayrıca sunulan beyannamede yer verilen ortaklık oranlarından iş ortaklığından en çok hisseye %70 oranında T...Tur. Tic. Ltd. Şti'nin sahip olduğunun da görüldüğü dikkate alındığında idare tarafından başvuru sahibine ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması işlemi mevzuata uyarlık görülmemiştir⁴³⁹.” şeklinde verdiği kararda pilot ortağın belirlenmesi hususunda imza ve hisse paylarına dikkat çekmiştir.

KİK m. 14 “İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları...belirtilir.” Şeklinde düzenlenmiştir. KİK m. 14'te yer alan hükme benzer bir diğer düzenleme ise Yönetmelik m. 32/6'da“İhalenin iş ortaklığı üzerinde kalması halinde iş ortaklığı tarafından, sözleşmenin imzalanmasından önce noter onaylı ortaklık sözleşmesinin idareye verilmesi zorunludur. Bu sözleşmede, ortakların hisse oranları ve pilot ortak ile diğer ortakların işin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu açıkça belirtilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ilgili maddeye göre taahhüdün iş ortaklığı tarafından yerine getirilmemesi halinde ortakların müşterek ve müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

⁴³⁷ Özdemir/Arapgirli, s. 67.

⁴³⁸ Özdemir/Arapgirli, s. 67.

⁴³⁹ Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 04.02.2015, K. 2015/UH.I-383.

Kurumun müteselsil sorumluluğa ilişkin verdiği bir kararı “...iş ortaklığı üyelerinin, sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taahhütlerin ve sözleşmeden doğup da ortaklığa yönelecek yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları açıklanmıştır. Bu çerçevede, iş ortaklığı yapmak suretiyle gerçekleştirilen bir sözleşmeden doğan her türlü yükümlülükten iş ortaklığının bütün üyelerinin sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.” şeklindedir⁴⁴⁰.

Ortak girişimde pilot ortak dışındaki ortaklar özel ortak olarak adlandırılmaktadır. En az iki ortak ile kurulan iş ortaklığında en az bir özel ortak yer almalıdır ancak özel ortak için sayı olarak bir üst sınır bulunmamaktadır⁴⁴¹.



⁴⁴⁰Kamu İhale Kurumu, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, T. 08.05.2012, K. 2012/UH.II-2255.

⁴⁴¹Özdemir/Arapgirli, s. 68.

SONUÇ

Kamu ihaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanuna uygun olarak yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasını açıklayan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanunlarla birlikte yönetmelikler ve tebliğlerle de kamu ihaleleri düzenlenmiştir.

Çalışmada Birinci Bölümde adi ortaklık anlatılmıştır. Bunun sebebi ise ortak girişimin bir türü olan iş ortaklığının adi ortaklık niteliğinde olmasıdır. Adi ortaklık TBK m. 620 vd. "Adi Ortaklık Sözleşmesi" başlığı altında incelenmiştir. Doktrinde adi ortaklık için farklı tanımlar yapılmaktadır. TBK m. 620'de ise adi ortaklık tanımı "*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*" şeklinde yapılmıştır. Kanunda ve doktrinde yapılan tanımlardan yola çıkıldığında adi ortaklık için önemli olan beş unsur ortaya çıkmaktadır. Bunlar; kişi, sözleşme, ortak amaç, sermaye payı ve ortak amaç için birlikte çaba gösterme unsurlarıdır. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık için kişi unsuru adi ortaklığın temel unsurlarından biridir. Türk hukukunda adi ortaklık en az iki kişi ile kurulmaktadır ve bu kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Dolayısıyla "tek kişi ortaklığı" adi ortaklık için mümkün değildir. Adi ortaklık sözleşme ile kurulmaktadır ve bu sözleşme için şekil serbesitesi geçerlidir. Sözleşme yazılı, sözlü hatta zımnen kurulabilmektedir. Ancak taraflar sözleşme için bir şekil şartı öngörmüş ise bu şekil şartına uygun olarak akdedilmelidir. Belirlenen şekil şartına aykırı kurulan adi ortaklık sözleşmesi için doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte ağırlıkta olan görüşe göre bu sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Adi ortaklık, tanımında da bahsedildiği üzere ortak bir amaç için kurulmaktadır ve bu ortak amacın gerçekleşmesi için ortaklar hep birlikte çaba sarf etmelidir. Ortaklar bu ortak amaca ulaşmak için de ortaklığa sermaye getirmektedirler. Bu sermaye ortaklığın sermayeni oluşturmaktadır ancak adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortaklar bu sermaye üzerinde el birliği mülkiyeti kuracaklardır. **Bunun bir sonucu olarak malvarlığı üzerinde tasarruflar ortakların tamamı tarafından gerçekleştirilecek, ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olacaktır.**

Adi ortaklık hükümlerinin bir diğer önemi TBK m. 621/2'de düzenlendiği üzere bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşınamaması halinde Kanun'un adi ortaklık hükümlerine tabi olacağını ve adi ortaklık sayılacağına ilişkin olan düzenlemede ortaya çıkmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinde

ortak girişimin bir türü olan iş ortaklığı da kanunlarda düzenlenmediği için adi ortaklık olarak kabul edilmektedir.

Kamu ihale sözleşmeleri doktrinde, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerine özel hukuk hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmekte aynı zamana idarenin tek taraflı olarak işlem veya değişiklik yapmasının önüne geçilmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden baskın olanı ise iki aşama teorisidir. Bu görüşe göre kamu ihalesi iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmenin imzalanmasın kadar geçen aşamadır ve bu aşamaya idare hukuku kuralları uygulanacaktır. İkinci aşama ise sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamadır ve burada özel hukuk kuralları uygulanacaktır.

İhale sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması için de KİK m. 5'te idarenin bağlı kalması gereken ilkeler belirlenmiştir. Buna göre idare, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Sözleşme hazırlanırken de içeriğinde bulunması zorunlu olan unsurlar KİK m. 7'de belirlenmiştir. Sözleşmenin tarafları ise idare ve isteklidir. KİK m. 2'de ihaleyi yapan ve sözleşmenin tarafı olan kurum ve kuruluşlar düzenlenmiştir. KİK m. 4'te ise istekli ve istekli olabilecekler tanımlanmıştır. Ortak girişimler kamu ihale sözleşmelerinde istekli olarak taraf olabilmektedirler. Kamu ihale sözleşmeleri hem TBK'da yer alan sebeplerle hem de KİSK'te yer alan sebeplerle sona erebilmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan biri idare biri de isteklidir. KİK m. 4'te istekli olabilecekler arasında ortak girişim de sayılmıştır. Ortak girişim ise iş ortaklığı şeklinde oluşabilmektedir. Doktrinde iş ortaklığı, iki veya daha fazla kişi arasında ekonomik iş birliği amacıyla kurulma, ortak amacı gerçekleştirme iradelerinin sözleşmeyle açıklanması, bu ortak amacın birlikte gerçekleştirilmesi, ortak yönetim unsuru ve kazanç elde etme ve paylaşma unsurları bakımından adi ortaklığa benzerlik gösterdiği için adi ortaklık niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. İlgili kanunlarda da iş ortaklığı ile adi ortaklığın aynı olan bu unsurları bazı hükümlerde belirtilmektedir. bu hükümlere şu şekilde sıralanabilir: İş ortaklığı için KİK m. 4'te kazanç paylaşmak üzere kullanılan adi ortaklık şeklinde açıklama yapılmıştır. KİK m. 14'te düzenlendiği üzere iş ortaklığının oluşturulması veya tüzel kişilerin taahhütlerini yerine getirmede idareye karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir. KVGT'de ilgili

maddelerde iş ortaklığının tasfiyesinde adi ortaklık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yargıtay'da konuya ilişkin verdiği kararlarında iş ortaklığını adi ortaklık olarak kabul etmektedir. Aynı zamanda Kamu ihale Kurumu Uyuşmazlık Kurulu kararları da yine iş ortaklığının adi ortaklık niteliğinde olduğu yönündedir.

Adi ortaklığın en önemli özelliklerinden biri sözleşme serbestisinin geniş uygulama alanı bulmasıdır. Dolayısıyla aynı durum iş ortaklıkları için de geçerlidir. Bunun sonucu olarak, iş ortaklığında esas olan taraf iradeleridir, iradelerin çeliştiği veya açık olmadığı noktalarda adi ortaklık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlerin de yetersiz olduğu noktalarda TBK sözleşmelere ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere iş ortaklığı pek çok yönü ile adi ortaklık niteliği göstermektedir. Dolayısıyla iş ortaklığına, sözleşmede taraf iradelerinin eksik kaldığı veya çeliştiği yerlerde adi ortaklık hükümleri uygulanmaktadır. Adi ortaklığın kamu ihale sözleşmelerine yansması bu şekilde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesine iş ortaklığının taraf olduğu durumlarda, iş ortaklığına adi ortaklık hükümleri uygulanmaktadır. İş ortaklığın yönetimi, temsili, üçüncü kişiler ile olan ilişkileri bağlamında adi ortaklık özelliği göstermesi önem arz etmektedir. Çalışmada iş ortaklığının kamu ihalelerine taraf olarak katılması halinde, adi ortaklık niteliği taşıması durumunun ne gibi sonuçlar yarattığı ve bu konular için doktrinde ve yargıda ne gibi görüş ve kararların yer aldığı açıklanmıştır. Aynı zamanda, çalışma iş ortaklığının adi ortaklık niteliği göstermesi nedeniyle adi ortaklık ekseninde ilerlemiştir.

KAYNAKÇA

- Abacioğlu*, Muhittin/*Abacioğlu*, Ali: *Kamu İhale Hukuku ve Uygulaması*, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Akdoğan*, Muzaffer: *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2010.
- Akel*, Yeliz Neslihan: *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı başvuru Yolları*, Ankara 2018.
- Akıncı*, Şahin: Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi, SÜHFD 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137. (s. 137-151).
- Akıntürk*, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971.
- Akyılmaz*, Bahtiyar / *Sezgiler*, Murat / *Kaya*, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2019.
- Akyol*, Şener: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Fasikül: Know-How-Management-Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 1997.
- Akyol*, Şener: *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, İstanbul 2009.
- Altaş*, Hüseyin: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998.
- Altay*, Sıtkı Anlam: *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)*, İstanbul 2009.
- Alver*, Cemil: *Adi Ortaklık*, Ankara 1988.
- Arat*, Ayşe: *Müteselsil Borçlardan Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçlar*, SÜHFD 2018, C. 26, S. 2. (s. 325-366).
- Arkan*, Sabih: *Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları*, BATIDER 2001, C. 21, S. 2, s. 15. (s. 15-24).
- Arkan*, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 147. (*Ticari İşletme*).
- Arslan*, İbrahim: *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 14. Baskı, İstanbul 2010.

Arslanlı, Halil: *Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler*, İÜHFM 1945, C. 11, Sayı. 3-4. (s. 129-137).

Bahtiyar, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul 2019, s. 29-30.

Barlas, Nami: *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Baskı, İstanbul 2016.

Başbuğoğlu, Tarık: *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1988.

Baştuğ, İrfan: *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, İzmir 1974.

Bilgili, Fatih: *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Ankara 2003.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Bursa 2013.

Buz, Vedat: *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara 2007, s. 36.

Can, Mertol: *Donatma İştirakinde Tacir Sifatının Aidiyeti İle Müşterek Donatanlar Hakkında da İflas Kararının Verilip Verilemeyeceği Meselesi*, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp' e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 911. (s. 907-930).

Çakır Çelebi, F. Betül: *Joint Venture 'ın Hukuki Niteliği*, YBHD 2017, S. 2, s. 101. (s. 97-216).

Çeker, Mustafa: *Ticaret Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2014.

Çeker, Mustafa: *Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni*, BATIDER 1996, C. 18, S. 3. (s. 87-117).

Çelik, Abdullah: *İş Ortaklıkları (Joint Venture)*, *Yaklaşım Dergisi* Mart 2002. (s. 71-89).

Dayınlarlı, Kemal: *Joint-Venture Sözleşmesi*, 3. Baskı, Ankara 2007.

Demirboğa, Dursun Ali: *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2013.

Derdiman, Ramazan Cengiz: *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Bursa 2015.

- Doğanay**, Ümit Yaşar: *Adi Şirket Akdi*, İstanbul 1968. (*Adi Şirket*).
- Doğanyığıt**, Sadettin: *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 16. Baskı, Ankara 2015.
- Domaniç**, Hayri: *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, 3. Baskı, İstanbul 1970.
- Domaniç**, Hayri: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul 1988. (*Şerh*).
- Duran**, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982.
- Eren**, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2018.
- Eren**, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2016.
- Feyziođlu**, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, İstanbul 1976.
- Giritli**, İsmet/**Berk**, Kahraman/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ankara 2018.
- Günday**, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Hamamciođlu**, Esra/ **Karamanliođlu**, Argun: *Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil*, MÜHFHAD 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 1316. (s. 1303-1332).
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991.
- İmregün**, Oğuz: *Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları*, İstanbul 1968.
- İnan**, Atilla: *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara 2011.
- Kalpsüz**, Turgut: *Şirketler Hukuku II, Şahıs Şirketleri*, Ankara 1964.
- Kaplan**, İbrahim: *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı*, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Karagöz**, Veli: *Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart*, ERÜHFD 2009, C. 13, S. 1-2, s. 207. (s. 193-216).

- Karahasan**, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. 2*, İstanbul 2003.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1*, İstanbul 1992.
- Karayalçın**, Yaşar: *Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1973.
- Kayar**, İsmail: *Şirketler Hukuku*, Ankara 2010.
- Kılıçoğlu**, Ahmet Mithat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2018.
- Kırca**, İsmail: *Adi Şirket Ortağının Özen Borcu*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan 2003, s. 204-205. (s. 200-214). (*Özen Borcu*).
- Kırca**, İsmail: *Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun*, BATIDER 2000, C. 20, S. 4, s. 64. (s. 63-71). (*Adi Şirketin Temsili*).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 7. Baskı, İstanbul 2017.
- Kortunay**, Ayhan/Sezer, Yasin: *Kamu İhale Kanunu 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi*, AÜHFD 2007, C. 56, S. 3.
- Kurşat**, Zekeriya: *Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, İÜHFM 2012, C. 70, S. 1. (s. 301-318).
- Kuru**, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3*, İstanbul 2001.
- Kutlu**, Meltem: *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir 1997.
- Merter**, Vahit: *Joint Venture (Ortak Girişim) Sözleşmeleri ve Türk Mevzuatındaki Durumu*, VDD 2007. (s. 127-142).
- Moroğlu**, Erdoğan: *Adi Şirkete Dair, Makaleler II*, İstanbul 2016. (s. 258-267).
- Nomer**, Fusun: *Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000. s. 595-629).

- Odyakmaz**, Zehra: *Genel Olarak İdaresinin Sözleşmeleri*, GÜHFD 1998, C. 2, S. 1-2. (s. 141-195).
- Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- Onar**, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3*, 3. Baskı, İstanbul 1966.
- Öcal**, Akar: *Sermaye Olarak Şahsi Emek*, ESADER 1968, C. 4, S. 1, s. 233. (s. 232-237).
- Özdemir**, Erkan: *Kamu İhalelerinde Yerli İstekliler ile Yerli Malı Teklif Eden İstekliler Lehine Fiyat Avantajı Uygulaması*, İMMD 2014, C. 1, S. 4. (s. 28-33).
- Özdemir**, Erkan/ **Arapgirli**, Murat: *Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim*, Ankara 2014.
- Özenli**, Soysal: *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Ankara 1988, s. 51-52.
- Özkan**, Gürsel: *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*, Ankara 2014.
- Öztürk**, Pınar: *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2001.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz**, Hülya Taş: *Medeni Usul Hukuku, Cilt 2*, İstanbul 2017.
- Polat**, Necip: *Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu ve Denetimin Etkinliği*, SayD. 2003, S. 49. (s. 65-80).
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, İstanbul 2019. (*Ortaklıklar I*).
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2010.
- Pulaşlı**, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Pulaşlı**, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1*, İstanbul 2018.

- Reisoğlu**, Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- Sancar**, Ayşe Esin: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlklerin Değerlendirilmesi, *MevÜHFD* 2014, C.2, S. 2. (s. 151-177).
- Sezer**, Yasin: *Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet*, *AİD* 2002, C. 35, S. 44, s. 62.(s. 57-82).
- Sezer**, Yasin/**Şahin**, Mustafa Emre/**Kalkan**, Recep Emre: *Kamu İhale Hukuku Dersler*, Ankara 2017.
- Sirmen**, A. Lale: *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995.
- Sözler**, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku-1*, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- Şahin**, Turan: *Konsorsiyum Sözleşmesi*, *TBBD* 2011, S. 92. (s. 451-483).
- Şener**, Oruç Hami: *Adi Ortaklık*, Ankara 2008. (*Adi Ortaklık*).
- Şener**, Oruç Hami: *Ortaklıklar Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Şengel**, Salim: *Ortak girişim (Joint Venture) Faaliyetlerinin Raporlanması*, Eskişehir 2004, s. 22.
- Tandoğan**, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II*, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- Tandoğan**, Haluk: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, *BATIDER* 1986, C. 13, S. 3-4. (s. 57-89). (Joint Venture).
- Tekil**, Fahiman: *Şirketler Hukuku Cilt 1, Genel Bilgiler Adi Şirket, Kollektif ve Komandit Şirket*, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 139
- Tekinalp**, Gülören/ **Tekinalp**, Ünal: *Joint Venture*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988. (s. 143-176).
- Turguter**, Necip/**Tokmaklı**, Cafer: *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara 2004
- Tutumlu**, Mehmet Akif: *Adi Ortaklıkta Bir Taşınmazın Ortaklık Payı Olarak Taahhüt Edilmesinde Biçim Koşulu*, *TNBHD* 1990, S. 66, s. 33. (s. 29-41).

Umur, Ziya: *Roma Hukuku Lügati*, 2. Baskı, İstanbul 1983.

Uslu, Yusuf/*Demirel*, Salim: *Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri*, 2. Baskı, Ankara 2014.

Uz, Abdullah: *Kamu İhale Hukuku*, Ankara 2005.

Yalman, Macit/*Taylan*, Erbay: *Adi Ortaklık*, Ankara 1976.

Yavuz, Cevdet/*Acar*, Faruk/*Özen*, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2018.

Yıldırım, Ali Haydar: *Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı*, DÜHFD 2011, C. 13, S. 2, s. 207. (s. 195-236).

Yılmaz, Dilşat: *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, 2. Baskı, Ankara 2014. (Şartnameler).

Yılmaz, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Ankara 2011.

Yongalık, Aynur: *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara 1991.

Yüksektepe, Mert Asker: *İhale Hukuku*, İstanbul 2018.

Zabunoğlu, Yahya Kazım: *İdare Hukuku Cilt 1*, Ankara 2012.