



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİ ORTAKLIKTA

ALT KATILIM

GİZEM İPŞİR

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İstanbul - 2021



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİ ORTAKLIKTA

ALT KATILIM

GİZEM İPŞİR

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İstanbul - 2021

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarda etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki tüm bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesi içerisine aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Gizem İPŞİR



İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	x
ABSTRACT	xi
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN ÖNEMİ.....	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	1
III. KONUNUN TAKDİMİ.....	2

Birinci Bölüm

ADİ ORTAKLIK

I. ADİ ORTAKLIĞIN TANIMI VE UNSURLARI	4
A. Adi Ortaklığın Tanımı	4
B. Adi Ortaklığın Unsurları	6
1. Kişi Unsuru	6
2. Katılım Payı Unsuru.....	10
3. Sözleşme Unsuru.....	17
a. Genel Bilgi	17
b. Şekil	22
4. Müşterek Amaç Unsuru	26

5. Müşterek Amaç Uğruna Birlikte Çaba (<i>Affectio Societatis</i>) Unsuru	29
II. ADİ ORTAKLIĞA YENİ ORTAK ALINMASI	31

İkinci Bölüm

ALT KATILIM KAVRAMI

I. ALT KATILIM ORTAKLIĞININ TANIMLANMASI.....	35
A. Genel Olarak Alt Katılım Ortaklığı.....	35
B. Kanundaki Düzenlemenin İncelenmesi.....	38
C. Alt Katılım Ortaklığının Hukuksal Niteliği Ve Uygulanacak Hükümler....	41
1. Hukuksal Niteliğe İlişkin Görüşler	41
2. Uygulanacak Hükümler	46
3. Adi Ortaklık Olarak Alt Katılım Ortaklığı.....	48
D. Alt Katılıma Konu Asıl Ortaklık Payı.....	50
1. Elbirliği Mülkiyeti Kapsamında Asıl Ortaklık Payı.....	50
2. Adi Ortaklık Payı Üzerinde Alt Katılım Ortaklığı Kurulması.....	52
3. Ticaret Şirketlerine Ait Pay Üzerinde Alt Katılım Ortaklığı Kurulması ...	56
E. Alt Katılım Ortaklığı Sözleşmesi	57
1. Sözleşmenin Özellikleri	57
2. Sözleşmenin Tarafları	64
F. Asıl Ortaklık Karşısındaki Durum	68
G. Alt Katılım Örnekleri	70
H. Gizli Ortaklıktan Farkı	72

II. ALT KATILIMIN TERCİH EDİLME NEDENLERİ	75
A. Genel Bilgi	75
B. Gizli Kalma İsteği	76
C. Vergisel Sebepler	77
D. Veraset Düzenlemeleri	78
E. Finansman Desteği ve Sermayenin Artırılması.....	79
F. Sorumluluğun Paylaşılması.....	80
G. Çalışan Katılımı.....	81
H. Rakip Şirketlerin Birbirini Etkileme Gayesi	82
İ. Yeni Ortak Alma İmkanının Bulunmaması.....	83
III. ASIL ORTAKLIK – ALT KATILIM ORTAKLIĞI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	84
A. İki Ortaklık Arasında Temas Olup Olmadığının Yorumlanması	84
B. Asıl Ortaklığın Alt Katılım Ortaklığını Tanımaması	85
C. Asıl Ortaklığın Alt Katılım Ortaklığını Tanıması	85
D. Asıl Ortaklık ile Alt Katılım Ortaklığı Çıkarlarının Çatışması	88
IV. ALT KATILIM ORTAKLIĞININ ÇEŞİTLERİ.....	91
A. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme ve Genel Bilgi.....	91
B. Tipik Alt Katılım Ortaklığı.....	92
C. Atipik Alt Katılım Ortaklığı	93
D. Açık (Nitelikli) Alt Katılım Ortaklığı	95

E.	Gizli Alt Katılım Ortaklığı	96
F.	Kademeli Alt Katılım Ortaklığı.....	97

Üçüncü Bölüm

ALT KATILIM ORTAKLIĞININ İŞLEYİŞİ VE SONA ERMESİ

I.	ALT KATILIM ORTAKLIĞINDA İÇ İLİŞKİ.....	99
A.	Katılım Payı Taahhüdü Borcu	99
B.	Kar ve Zarara Katılma	103
C.	Ortaklık İşlerini İnceleme Hakkı	109
D.	Rekabet Yasağı.....	112
E.	Alt Katılım Ortaklığında Yönetim	117
F.	Alt Katılım Ortaklığına Yeni Ortak Alma.....	121
II.	ALT KATILIM ORTAKLIĞINDA DIŞ İLİŞKİ.....	122
A.	Alt Katılım Ortaklığında Temsil	122
B.	Alt Katılım Ortaklığında Sorumluluk.....	125
III.	ALT KATILIM ORTAKLIĞININ SONA ERMESİ	127
A.	Alt Katılım Ortaklığının Sona Erme Sebepleri	127
1.	Genel Olarak Sona Erme Halleri.....	127
2.	Asıl Ortaklığın Sona Ermesi	129
3.	Alt Katılım Ortaklığının Feshi	130
a.	Ortakların Alacağı Kararla Fesih	130
b.	Feshi İhbar Hakkının Kullanılmasıyla Fesih.....	130

c.	Mahkeme Kararıyla Fesih	132
4.	Ortakların Ölümü	134
a.	Asıl Ortağın Ölümü.....	134
b.	Alt Katılanın Ölümü.....	138
5.	Asıl Ortaklığın Yapısal Değişiklikleri	139
6.	İflas.....	142
a.	Asıl Ortaklığın/ Ortağın İflası	142
b.	Alt Katılanın İflası.....	143
B.	Tasfiye Benzeri Hesaplaşma	144
SONUÇ		147
KAYNAKÇA		155

KISALTMALAR

AnadoluÜHFD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BBD	: Bursa Barosu Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E	: Esas
ErbR	: Erbrechtliche
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	: Karar
m.	: madde
MedR	: Medizinrecht
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N	: Nummer
OR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TK	: 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
V	: Volume
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZSR	: Zeitschrift Für Schweizerisches Recht

S : Sayı

s. : sayfa

Y : Yıl

YasaHD : Yasa Hukuk Dergisi

YDD : Yargı Dünyası Dergisi



ÖZET

Bir adi ortaklık türü olan ve iç ortaklık şeklinde yapılan alt katılım ortaklığı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 632. maddesinin ikinci fıkrasında ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri ile aynı cümle içerisinde düzenlenmiştir. Ortaklardan birinin diğer ortakların rızası olmaksızın payına üçüncü bir kişiyi ortak etmesi halinde ortak ile üçüncü kişi arasında bir alt katılım ortaklığı meydana gelir. Üçüncü kişi, yalnızca paya ortak olduğundan ortaklık sıfatını kazanamaz, ortaklığa bağlı hak ve yetkileri kullanamaz. İlişkinin gizli tutulmasına elverişli yapısı, düşük vergilendirme imkanı sağlaması, ortaklığın gelir elde etmesine katkıda bulunması gibi nedenlerle alt katılım ortaklığı, oldukça önemli bir ortaklık türüdür. Buna rağmen kanunda ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutulmadığı gibi Türk hukukunda neredeyse hiç ilgi görmemiş, hukuki bir kavram olarak yeterince incelenmemiştir. Payın devredilmesi ve bölünebilmesinin ticaret şirketlerine kıyasla daha zor olması nedeniyle alt katılım ortaklığına adi ortaklıkta daha çok başvurulmaktadır. Bunun yanı sıra adi ortaklık da ticarete şirketlerine nazaran daha yaygın bir kullanım alanına sahiptir. Bu bilgilerden yola çıkılarak çalışma, adi ortaklıktaki alt katılım ortaklığı ile sınırlandırılmıştır. Çalışmada önce genel olarak adi ortaklığa ilişkin bilgiler verilecek ve adi ortaklığa yeni ortak alınması açıklanacaktır. Daha sonra bir iç ortaklık çeşidi olması göz önünde bulundurularak alt katılım kavramı üzerinde durulacak ve son olarak da alt katılım ortaklığının işleyişi ve sona ermesi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: alt katılan, alt katılım ortaklığı, asıl ortak, asıl ortaklık, paya ortak olma.

ABSTRACT

The sub-participation partnership, which is a type of ordinary partnership and structured as an internal partnership, is arranged in the same sentence as the share transfer happens without the consent of the partners in the second paragraph of Article 632 of the Turkish Code of Obligations numbered as 6098. In case one of the partners shares its share with a third party without the consent of the other partners, a sub-participation partnership is formed between the partner and the third party. Since the third party is only a shareholder, they cannot have the title of partnership and cannot use the rights and powers attached to the partnership. Sub-participation partnership is a very important type of partnership, because its structure is convenient to keep the relationship confidential, it provides low taxation opportunity, and also it contributes to the income generation of the partnership. Despite this, it has not been regulated in detail in the law and has received almost no attention in Turkish law and has not been adequately studied as a legal concept. Due to the fact that transfer and division of shares are more difficult compared to trading companies, sub-participation partnerships are used more often in ordinary partnerships. Besides that ordinary partnerships have more common usage area than commercial companies. Based on this information, the study is limited to the sub-participation partnership in the ordinary partnership. In this study, first, the information about the ordinary partnership will be given and the new partner will be explained. Later on considering that it is a type of internal partnership, the concept of sub-participation will be emphasized and finally the functioning and termination of the sub-participation partnership will be discussed.

Keywords: Sub-participant, sub-participation partnership, main partner, main partnership, being a partner to the share.

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Çoğunlukla emredici hükümler içermeyen şirketler hukuku hükümlerinin sözleşmeler ile farkı şekillerde bir araya getirilmesi sonucunda, geleneksel hukuki kavramlardan farklılaşan yeni biçimler ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri de çalışmaya konu alt katılım ortaklığıdır. İlişkinin gizli tutulmasına elverişli yapısı, düşük vergilendirme imkanı sağlaması, ortaklığın gelir elde etmesine katkıda bulunması ve ortakların sorumluluğunu üçüncü bir kişi ile paylaşmasına hizmet etmesi gibi nedenlerle alt katılım ortaklığı, oldukça önemli bir ortaklık çeşididir.

Alt katılım ortaklığı, TBK m. 632/II' de hükme bağlanmışsa da ayrıntılı düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Türk hukuk doktrininde ise neredeyse hiç ilgi görmemiş, hukuki bir kavram olarak yeterince incelenmemiştir. Kanunda ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutulmayan alt katılım ilişkisi, oldukça esnek bir yapıdadır ve ilişkiye dahil olanların ihtiyaçlarına göre uyarlanabilir. Buna bağlı olarak uygulamada alt katılım ortaklığı, farklı görünüş şekilleri ile ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar Türk mahkemelerinin verdiği kararlarda çoğunlukla lafzi olarak “*alt katılım*” ifadesine yer verilmediği ve alt katılımın içeriği ile uygulanacak kuralların tartışılmadığı görülmekteyse de alt katılım, belki de tarafların dahi farkında olmadan sıklıkla başvurduğu bir ortaklıktır. Çalışmanın amacı, alt katılım ortaklığı kavramının Türk hukukundaki kurallar çerçevesinde incelenmesi ve çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak yorumlanmasıdır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Alt katılım ortaklığının kurulması için bir payın varlığı yeterlidir. Bu nedenle alt katılım ortaklığı, adi ortaklıkta ve tüm ticaret şirketlerinde meydana gelebilir. Adi ortaklıkta payın devredilmesi ve bölünmesi, ortaklığa yeni ortak alınması sıkı şartlara bağlandığından ticaret şirketlerine kıyasla daha zor gerçekleşir. Ortaklar, bunların yerine pay üzerinde kolayca alt katılım ortaklığı kurabilir. Payın devredilmesi, bölünmesi veya ortaklığa yeni ortak alınması anlamına gelmese de benzer amaca hizmet eden alt katılım ortaklığına başvurmak, onay gereksizdir serbestçe

kurulması nedeniyle tercih edilebilir bir yoldur. Bunun yanında kolayca kurulabilmesi ve taraflara aralarındaki ilişkiyi serbestçe düzenleme imkanı sağlaması nedeniyle uygulamada adi ortaklığa sıklıkla başvurulduğu da göz önünde bulundurularak çalışma, adi ortaklığa ait payda kurulan alt katılım ortaklığının incelenmesi ile sınırlandırılmıştır.

Alt katılım ortaklığı, vergisel yönünden de oldukça farklı sonuçlar ortaya çıkarır. Bu nedenle alt katılım ortaklığının doktrinde vergi hukuku yönünden de incelenmesi önemlidir. Bunun yapılabilmesi için öncelikle alt katılım ortaklığının niteliği, yapısı ve özellikleri, şirketler hukuku bağlamında ortaya konulmalıdır. Çalışmada alt katılım ortaklığı, bir ortaklık çeşidi olarak şirketler hukuku bağlamında incelenecektir.

III. KONUNUN TAKDİMİ

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmada adi ortaklığa konu pay üzerinde meydana gelen alt katılım ortaklığı inceleneceğinden birinci bölümde adi ortaklığın tanımı, unsurları ve adi ortaklığa yeni ortak alınması ile ilgili genel bilgi verilecektir. Bu genel bilgilerin verilmesindeki diğer bir amaç ise alt katılım ortaklığının da bir adi ortaklık türü olması ve adi ortaklığa ilişkin özellikleri çoğunlukla bünyesinde bulundurmasıdır. Buna bağlı olarak alt katılım ortaklığının açıklandığı ikinci ve üçüncü bölümlerde sıklıkla birinci bölüme yollama yapılacaktır.

İkinci bölümde amaç, alt katılım ortaklığının kavramsal olarak açıklanmasıdır. Hukuksal niteliğine ilişkin görüşler kapsamında alt katılımın hukuksal niteliği tespit edilip uygulanacak hükümler belirlenerek oluşumu ve özellikleri hakkında bilgi verilecektir. Benzer hukuki kavram olan gizli ortaklıktan farkı ortaya konulacak, tercih edilme nedenlerine değinilecektir. Adi ortaklık bünyesinde kurulan ikinci bir ortaklık olduğundan iki ortaklık arasındaki ilişkiler, çeşitli ihtimaller kapsamında incelenecek, son olarak da alt katılım ortaklığının çeşitleri açıklanacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ilk olarak alt katılım ortaklığındaki iç işleyiş açısından özellik arz eden konular ortaya konulacaktır. İlişkinin taraflarının katılım payı borcu ve özellikleri ortaklar bakımından ayrı ayrı ortaya konulacak, doktrindeki görüşler kapsamında kar ve zarara katılmanın tabi olacağı kurallar ile asıl ortaklık ve alt katılım

ortaklığı bakımından ortaklık işlerini inceleme hakkının ve rekabet yasağının kapsamı belirlenecektir. Alt katılım ortaklığı özelinde yönetim hak ve yetkisinin kullanılması ile ortaklığa yeni ortak alınması konuları açıklanacaktır. Sonrasında alt katılım ortaklığının dış ilişkileri, temsil ve sorumluluk açısından incelenecektir. Son olarak da alt katılım ortaklığı açısından özellik arz eden sona erme sebepleri ve sona erme sonrasında ortaklar arasında gerçekleştirilecek tasfiye benzeri hesaplaşma açıklanacaktır.



Birinci Bölüm

ADİ ORTAKLIK

Alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık türü olması ve çalışmanın adi ortaklık payı üzerinde kurulan alt katılım ortaklığı ile sınırlandırılmış olması nedeniyle bu bölümde adi ortaklığa ilişkin genel bilgiler verilecektir. Hem alt katılım hem de asıl ortaklığın birer adi ortaklık türü olduğu göz önünde bulundurularak öncelikle adi ortaklığın tanımı ve unsurları ile açıklanacaktır. Sonrasında ise alt katılım ile arasındaki bağlantı nedeniyle TBK m. 632’de alt katılım ile birlikte düzenlenen adi ortaklığa yeni ortak alınması incelenecektir.

I. ADİ ORTAKLIĞIN TANIMI VE UNSURLARI

A. Adi Ortaklığın Tanımı

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 620. Maddesinde adi ortaklık şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*”

Doktrinde bu tanım, “..*emeklerini ve mallarını...*” ifadesinde yer alan “ve” bağlacı sebebiyle eleştirmekte, ortakların hem emeklerini hem de mallarını birleştirme zorunluluğu bulunmaması sebebiyle, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki gibi bu bağlacın “veya” olması gerektiği belirtilmektedir¹.

*Yongalık’a göre adi ortaklığın tanımı şu şekildedir: “Adi şirket, iki veya daha fazla kişinin emek veya vasıtalarını koymak suretiyle ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyle birleştirmeleridir.”*²

¹ BARLAS, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul, 2016, s. 13-14; YONGALIK, Aynur, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara, 1991, s. 4- 5; PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Ankara, 2018, s. 32; ARSLANLI, Halil, *Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1960, s. 74- 75; AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, 2021, s. 35.

² YONGALIK, *Sermaye Payı*, s. 5.

Pulaşlı, adi ortaklığı “iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin iktisadi bir amaca ulaşmak için mal, hak veya emeklerini elde edilecek ekonomik sonucu (kar-zararı) paylaşmak üzere birleştirmek hususunda yaptıkları sözleşme” olarak tanımlamıştır³.

Özenli, “iki veya daha fazla kişinin ekonomik bir amaç uğruna emek veya mallarını, elde edilecek kar veya zararı paylaşmak amaç ve iradesiyle birleştirerek bir sözleşme sonucu kurdukları, T.T.Y’nda belirlenen ticari ortaklıklara benzemeyen bir ticari kuruluştur” ifadeleri ile adi ortaklığı tanımlamıştır⁴.

Hatemi, Serozan ve Arpacı adi ortaklığı, “iki veya daha çok kişinin belirli olanaklarını ve güçlerini (değerlerini) ortak bir amaca ulaşmak üzere birleştirip seferber etmeye söz verdikleri sözleşme” olarak tanımlamıştır⁵.

İmregün, adi ortaklığı ticaret şirketlerinin de temelini oluşturan ana ortaklık tipi olduğunu göz önünde bulundurarak ortaklık sözleşmesinin tanımını “Ortaklık, iki veya daha çok kişinin, kazanç sağlamak ve bunu paylaşmak niyet ve amacı ile, iktisadi ve mali yarar sağlayan ve bu amacın gerçekleşmesine yeterli edimlerini bir araya getirip bu amaca tahsis ederek kurdukları çok taraflı bir akiddir” şeklinde yapmıştır⁶.

Bilgili ve Demirkapı, adi ortaklığı madde metnini göz önünde bulundurarak “iki veya daha fazla kişinin herhangi bir şekle tabi olmayan bir sözleşme temelinde ortak bir amaca ulaşmak için mal veya emeğini bir araya getirmeleriyle oluşan ortaklık” olarak tanımlamıştır⁷.

Kolayca ve hiçbir şekil şartı olmaksızın kurulması, emredici kuralların azlığı, asgari sermayeye ilişkin kuralların olmaması ile kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamak şartıyla her türlü amaç için kurulabilmesi nedeniyle adi ortaklık, ticaret hayatında oldukça fazla tercih edilen bir ortaklık türüdür⁸. Uygulamada adi ortaklık;

³ PULAŞLI, Şerh, s. 37.

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

⁵ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992; s. 580.

⁶ İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 2005, s. 157.

⁷ BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s. 21.

⁸ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580; BARLAS, s. 9.

daha çok küçük ticari faaliyetlerde, Milli Piyango ve Spor- Toto ortaklığında, aynı büro veya muayenehanede birlikte çalışan avukat, mühendis, mimar, doktor veya serbest muhasebeci ve mali müşavir, besteci- güfteci işbirliği gibi bir mesleki faaliyetin birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesi şeklinde olan ortaklıklar için tercih edilmekle birlikte kartel ya da joint-venture, konsorsiyumlar gibi ortak büyük bir proje için birkaç büyük girişimcinin işbirliği içinde çalıştığı faaliyetlerde de görülmektedir⁹.

B. Adi Ortaklığın Unsurları

1. Kişi Unsuru

Adi ortaklık, ortaklar arası güven esasının çok güçlü şekilde hissedildiği bir ortaklık türüdür. Ortaklıktaki en önemli unsur; birbirini tanıyan, birbirinin beceri ve kişiliğine güvenen, birbirine karşı bağlılık duyan, eşit ve aynı durumda bulunan, güçlü bir bütünlük oluşturan ortakların varlığıdır¹⁰. Ortakların kişisel özelliklerinin bu denli önemli olması nedeniyle ortaklar, birbirine ve ortaklığa karşı özen ve sadakat yükümlülüğü içerisindedir¹¹. Yeni bir ortak alınmasının ve ortaklık sözleşmesinin değişmesinin bütün ortakların rızasına bağlı olması, bir ortağın ölümünün kural olarak ortaklığın sona ermesi sonucunu doğurması ve ortaklık sıfatının kural olarak mirasçılara geçmemesi, bir ortağın ortaklığın feshini ihbar etmesiyle ortaklığın son bulması, ortakların ortaklık borçlarından dolayı şahsen ve müteselsilen sorumlu olması, ortakların ortaklığı kural olarak bizzat yönetmesi ve temsil etmesi, sermayenin ortakların şahsi emek, ticari itibar gibi kişisel değerlerinden de meydana gelmesi, kural

⁹ PULAŞLI, Şerh, s. 42; BİLGİLİ, Fatih, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul, 2002, s. 198; *Hatemi, Serozan ve Arpacı*, Borçlar Hukuku Özel Bölüm kitabında bile kitap yazarı bu üç yazar (Hatemi, Serozan ve Arpacı) arasında dahi bir adi ortaklık mevcut olduğunu belirtmiştir. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580.

¹⁰ ŞENER, Oruç Hami, *Adi Şirket*, Ankara, 2008, s. 3; POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul, 2019, s. 44; KARAYALÇIN, s. 77; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 589.

¹¹ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s.148- 149- 152; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 589; KALPSÜZ, Turgut, *Adi Şirket*, Türk Hukuku Ansiklopedisi, C. 1, Ankara, 1962, s. 210.

olarak kara ve zarara tüm ortakların katılması, ortaklar arasında rekabet yasağı bulunması kişisel özelliklerin öneminin birer yansımasıdır¹².

Ortakların şirket borçlarından birinci derecede sorumlu olmaları, yalnızca ortaklar arasındaki ilişkide değil, dış ilişkide de ortakların kişisel özelliklerini önemli olması sonucunu doğurur. Adi ortaklıkta ortakların her biri "*ortak*" sıfatı nedeniyle ön plandadır ve bunların bilgi, beceri, kişilik, güvenilirlik gibi kişisel özellikleri ortaklık işleyişi ve amaca ulaşmada oldukça önemli bir yer tutar¹³.

Ortaklığın temelinde mutlaka bir sözleşme bulunması¹⁴ ve sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı en az iki kişi bulunması gerektiğinden ortak sayısı, kanunda belirtildiği gibi en az iki olmalıdır. Türk hukukunda bir kişinin tek başına ticari işletme işletmesi mümkünken adi ortaklığın tek kişi ile kurulması mümkün değildir¹⁵. Ortak sayısı herhangi bir sebeple bir olursa bu durum, adi ortaklığın sona erme sebebidir¹⁶.

Ortak sayısının üst sınırı hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulamada 115 ortaklı adi ortaklıklara dahi rastlanmaktadır¹⁷. Ancak bu durum, istisnaidir. Dolayısıyla ortak sayısının en az iki tane olmak üzere, istenilen sayıda olabileceği¹⁸ kanuni düzenleme gereği düşünülebilecekse de uygulamada ortak sayısının fazlaca olduğu adi ortaklık örneklerine pek rastlanmamaktadır¹⁹. Bunun sebeplerinden ilki

¹² KARAYALÇIN, s. 78; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 44; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 148.

¹³ BOZKURT, s. 13.

¹⁴ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. II: Şirketler Hukuku, Ankara, 1973, s. 56- 57; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 44; BARLAS, s.18; ÖZENLİ, s. 36; KALPSÜZ, s. 203 vd.; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 154 vd.

¹⁵ ÖZENLİ, s. 36; KARAYALÇIN, s. 57; Alman hukukunda da adi ortaklığın tek kişi ile kurulması mümkün değildir. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 3; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 21; PULAŞLI, Şerh, s. 29; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 1512; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 154; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2021, s. 17; MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. II: İşletme Hukuku – Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara, 1972, s. 50.

¹⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s.3.

¹⁷ AŞKAN, Cengiz, Adi Şirketin Yönetimi, Ankara, 2003, s. 20.

¹⁸ DOĞANAY, Ümit, Adi Şirket Akdi, İstanbul, 1968, s. 9; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; benzer yönde PULAŞLI, Şerh, s. 29; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 35.

¹⁹ ÇEBİ, Hakan, Şirketler Hukuku, Ankara, 2020, s. 43; BARLAS, s. 19; AŞKAN, s. 20; benzer yönde PULAŞLI, Şerh, s. 29;

ortakların birinci dereceden, sınırsız ve müteselsil sorumlu olmalarının birbirini çok iyi tanıyan ve karşılıklı olarak birbirine güvenen ortakların bir araya gelmesini zorunlu kılmasıdır²⁰. Ortak sayısı arttıkça ortaklığın birbirine güvenen kişilerden oluşma olasılığı düşeceğinden bu durumda ortaklar sınırsız, müteselsil ve birinci dereceden sorumluluk altına girmek istemeyecektir. Ayrıca adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması ve ortaklar arasındaki güven ve karşılıklı anlayışın önemi nedeniyle organizasyon biçiminin çok sayıda kişiyi bir arada tutma bakımından yetersiz olması, ortaklığın başarılı veya başarısız olmasının yüksek oranda ortakların yetenek ve kabiliyetine bağlılığı da ortak sayısının fazlalaşmasını engelleyen diğer bir nedendir²¹. Özellikle yönetiminin kendine özgü nitelikleri ortak sayısının fazlalaşmasını engelleyen önemli bir konudur²². Bu durumlar, her ne kadar kanunen ortaklık sayısına azami bir sınırlama getirilmese de uygulamada adi ortaklıkta ortak sayısının fazlalaşmasına engel olur ve ortak sayısına fiili olarak bir sınır oluşturur²³. Uygulamada iki ortaklı adi ortaklıklar yaygın olmakla birlikte ikiden fazla ortağı bulunan adi ortaklıklarda da genellikle ortak sayısı üç veya dördü geçmez²⁴.

Kanunda kişi yönünden bir sınırlama getirilmeden sadece “*kişi*” kelimesi kullanıldığından, adi şirket ortakları gerçek veya tüzel kişi olabilir²⁵. İki gerçek kişi bir araya gelerek adi ortaklık kurabileceği gibi bir gerçek ve bir tüzel kişi veya iki tüzel kişi de adi ortaklık kurabilir²⁶. Ayrıca TTK m. 211 gereği kolektif şirketlerdeki gibi tüzel kişilerin tamamen ortaklığa ortak olamayacağı veya TTK m. 304/III gereği komandit şirketteki komandite ortakların tüzel kişi olamayacağı, tüzel kişilerin sadece

²⁰ BOZKURT, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara, 2021, s. 6; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 4; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22; POROY, Şerh, s. 29; ÇEBİ, s. 43.

²¹ PULAŞLI, Şerh, s. 29; BARLAS, s. 19; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 4; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 6.

²² AŞKAN, s. 20.

²³ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 6; PULAŞLI, Şerh, s. 29; BOZKURT, s. 6; Çok sayıda ortağın adi ortaklığın yapısına uygun olmadığı yönünde açıklama için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 35.

²⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22; PULAŞLI, Şerh, s. 29.

²⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 52; ÖZENLİ, s. 36; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 4; BARLAS, s. 19; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 6; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 21; PULAŞLI, Şerh, s. 29; Yargıtay 11. HD, 1975/2845 E, 1975/4804 K, 10.07.1975 T (YETKİN, Mustafa, Uygulamalı – İçtihatlı Ticaret Şirketleri, İstanbul, 1978, s. 1); YAVUZ, s. 1512; ÇEBİ, s. 43; KALPSÜZ, s. 205; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155; BOZKURT, s. 6; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 17; MİMAROĞLU, s. 51; YASAN, Mustafa, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2021, s. 36; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 36.

²⁶ PULAŞLI, Şerh, s. 29; KALPSÜZ, s. 205; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 17.

komanditer ortak olabileceğine benzer bir hüküm adi ortaklık için mevcut değildir²⁷. Ortakların tacir sıfatının bulunup bulunmaması da önemli değildir²⁸. Ek olarak TTK m. 16/1 uyarınca Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin gerçek veya tüzel kişiler ile birlikte adi ortaklık kurmasına ya da adi ortaklığa ortak olmasına hukuki olarak bir engel yoktur²⁹.

Ortakların ehliyeti konusunda kanunda özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle genel ehliyet kuralları geçerlidir³⁰. Gerçek kişilerin adi ortaklığa ortak olarak katılabilmesi için tam ehliyetli olması gerekir³¹. Ancak genel hükümler çerçevesinde tam ehliyetsizler ile sınırlı ehliyetsizlerin de adi şirkete ortak olması mümkündür. Buna göre tam ehliyetsizlerin ortak olabilmesi, işlemin kanuni temsilci tarafından yapılmasına bağlıken; sınırlı ehliyetsizler için işleme kanuni temsilcinin katılması veya izin ya da icazet şeklinde rıza göstermesi gerekmektedir³². Bu halde küçük veya kısıtlı tacir sayılır; veli veya vasi tacir değildir, ancak bunlar ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olurlar³³.

Tüzel kişiler açısından ise eTTK m.137'deki "*ultra vires teorisi*" gereği tüzel kişilerin ana sözleşmenin ya da tüzüğündeki amacına uyan adi ortaklığa ortak olarak katılabileceği³⁴ kabul edilmekteydi. Ancak yeni TTK ile *ultra vires* teorisi kaldırıldığından artık tüzel kişiler herhangi bir adi ortaklığa ortak olarak katılabilecektir³⁵.

Tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarının adi ortaklığa ortak olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar tüzel kişiliği bulunmayan kişi

²⁷ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 6.

²⁸ ÖZENLİ, s. 36.

²⁹ PULAŞLI, Şerh, s. 29.

³⁰ KALPSÜZ, s. 205; YAVUZ, s. 1512; ÇEBİ, s. 43; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155- 156.

³¹ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 21; DOĞANAY, s. 11; ŞENER s. 6; BARLAS s. 19; ÖZENLİ, s. 36; PULAŞLI, Şerh, s. 29; KALPSÜZ, s. 205; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 18.

³² DOĞANAY, s. 11; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 6; BARLAS s. 20; KARAYALÇIN, s. 58; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 21; ÖZENLİ, s. 36- 37; ÇEBİ, s. 43; KALPSÜZ, s. 205; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 18.

³³ PULAŞLI, Şerh, s. 29; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 18.

³⁴ DOĞANAY, s.10; BARLAS, s.21.

³⁵ BARLAS, s.21.

topluluklarının da adi şirkete ortak olarak katılabileceğini savunurken³⁶, diğer görüşe sahip yazarlar, bunun mümkün olmadığını savunmaktadır³⁷. Adi ortaklığın kurulabilmesi için kanunda “kişi” kavramına yer verildiğinden, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarını, Türk hukukunda kişi olarak nitelendirilmediğinden ve buna bağlı olarak ehliyetleri bulunmadığından ikinci görüş yerindedir. Ancak tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluğunu oluşturan kişiler, ayrı ayrı ve kişi topluluğu kavramından bağımsız olarak kendi şahısları ile adi ortaklığa ortak olabilir³⁸.

2. Katılım Payı Unsuru

TBK m. 621/I’de açıkça hükme bağlandığı üzere ortakların her biri, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür. Bu düzenleme iç ilişkiye ilişkin olmasına rağmen emredicidir³⁹. Buna göre katılım payı, adi ortaklık sözleşmesinin esaslı unsuru olup her bir ortağın katılım payını ortaklığa getirmeyi üstlenmesi gerekmektedir⁴⁰. Bir sözleşmede katılım payı taahhüdünden bahsedilmemesi veya bir ortağın katılım payı taahhüdünde bulunmaması durumunda, adi ortaklık ilişkisi hiçbir şekilde oluşmaz⁴¹.

Adi ortaklığın tanımının yapıldığı TBK m. 620/I’de de “...iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi...” ifadesine yer verilerek ortakların, ortaklığa katılım payı getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

³⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 5; Teoman, bu konuyu salt olarak tartışmasa da tarafların birisinin anonim şirket, diğerinin ise tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık olduğu bir mütalaasında bu iki taraf arasında adi ortaklık kurulduğu yönünde kanaatini bildirmiştir. Ayrıntı için bkz. TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 14, İstanbul, 2012, s. 57 vd.; İmregün de oluşturduğu bir bilirkişi raporunda bu konuyu tartışmasa da her iki tarafı da limited şirket olan bir adi ortaklığın, “ortaklık” olarak başka bir şirket ile adi ortaklık sözleşmesi kurduğunu belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. İMREGÜN, Oğuz, Bilirkişi Raporları (2002), İstanbul, 2005, s. 118 vd.

³⁷ BARLAS, s. 24; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 6 dn. 19; ÇEBİ, s. 43, dn. 4.

³⁸ BARLAS, s.25.

³⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 58; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190; AŞKAN, s. 23; YONGALIK, Aynur, Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası, Ankara, 2010, s. 89.

⁴⁰ BARLAS, s. 44; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190; EREM, Turgut S., Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, İstanbul, 1965, s. 19; PULAŞLI, Şerh, s. 33; TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku, C. 1, İstanbul, 1976, s. 139; ÖZENLİ, s. 57; YAVUZ, s. 1517; KALPSÜZ, s. 210; BOZKURT, s. 10; MİMAROĞLU, s. 45, 58; YASAN, s. 36, 39.

⁴¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190; BARLAS, s. 50; Buna karşılık *Karayalçın*, adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı unsuruna ilişkin bir kayıt bulunması gerektiğini, aksine anlaşma olmadıkça ortakların zaten katılım payı koymayı taahhüt ettiklerini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. KARAYALÇIN, s. 137; MİMAROĞLU, s. 59.

Adi ortaklıkta katılım payı, ortakların her biri tarafından konulması gereken para, mal, emek, alacak, bir şeyin menfaati gibi malvarlığı değerleri ile müşterek amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak yapılan katkıdır⁴².

Gizli ortaklıkta da gizli ortak, müşterek amacın gerçekleştirebilmek adına ortaklığa katılım payı getirmekle yükümlü olduğu gibi⁴³ aynı durum çalışma konusu olan alt katılım ortaklığında alt katılan için de geçerlidir. Bu durum, sözü edilen ortaklıkların adi ortaklık karakterinde olmasının yanında iç ortaklık olmasının da bir gereğidir. Fakat bu durumun sonucu olarak alt katılanın getirdiği katılım payı, asıl ortağın diğer bir deyişle dışa dönük ortağın malvarlığına dahil olur⁴⁴. Alt katılanın bu konuda aynı bir hakkı olmayıp sadece asıl ortağa karşı genel hükümlere göre bir talep hakkı bulunmaktadır⁴⁵. Burada asıl ortağın alacaklısı ile alacaklı alt katılan arasında bir fark yoktur⁴⁶.

Adi ortaklığın kurulabilmesi için katılım payının fiilen ortaklığa getirilmesi şart olmayıp önemli olan ortakların katılım payı taahhüdünde bulunmasıdır⁴⁷. Dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla ortaklar, katılım payını daha sonra getirebilir⁴⁸. Katılım payı ortaklığa getirilmediyse, sadece ileri bir tarihte getirileceği beyanı ile taahhütte bulunmuşsa da adi ortaklık sözleşmesi kurulur⁴⁹. Katılım payı taahhüdünün sözleşmenin kurulması için yeterli olması, adi ortaklığın sözleşme niteliği taşıması ile sözleşmenin de bir borçlandırıcı işlem olmasının bir sonucudur⁵⁰. Adi ortaklık sözleşmesi, katılım payı borcunun kaynağını oluşturur⁵¹. Bu sebeple, bir

⁴² YONGALIK, Sermaye Payı, s. 28- 29; BARLAS, s. 43- 44; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 189; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 53; EREM, 19; PULAŞLI, Şerh, s. 32 vd.; YETKİN, s. 1- 2; ÖZENLİ, s. 54; ARSLANLI, s. 74; YAVUZ, s. 1517; ÇEBİ, s. 43- 44; KALPSÜZ, s. 210; AŞKAN, s. 23; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 19, 27- 28.

⁴³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190.

⁴⁴ KARAYALÇIN, s. 174-175; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190.

⁴⁵ KARAYALÇIN, s. 175; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190, Yazarlar burada açıkça alt katılım ortaklığından bahsetmemiş, gizli ortaklıktan bahsetmiştir. Ne var ki, bu durumu açıklarken gizli ortaklığın bir iç ortaklık olduğunu belirtip iç ortaklık olma özelliğinin sonucu olarak bu açıklamayı yaptığından, aynı durum iç ortaklık karakteri taşıyan alt katılım ortaklığı için de geçerlidir.

⁴⁶ KARAYALÇIN, s. 175.

⁴⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 54; BARLAS, s. 45; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 191; YAVUZ, s. 1512; AŞKAN, s. 24; AŞKAN, s. 24; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 46.

⁴⁸ AŞKAN, s. 24; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 46.

⁴⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 191; BARLAS, s. 45.

⁵⁰ BARLAS, s. 45.

⁵¹ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 69.

adi ortaklık sözleşmesinin kurulması, katılım payı koyma borcunun ifa edildiğini de göstermez⁵². Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için ortaklar, ortaklığa karşı değil, birbirlerine karşı katılım payı taahhüdünde bulunurlar⁵³. Katılım payının ortaklığa fiilen getirilmesi, ortaklık için bir kurucu unsur olmayıp aksine ortaklık sözleşmesinin bir sonucudur⁵⁴.

Her ortağın müşterek amaca ulaşmak için ortaklığa getirmeyi üstlendiği katılım payı, amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olmak üzere, kural olarak birbirine eşittir⁵⁵. Eşitlik ilkesi, TBK m. 621/II'de açıkça düzenlenmiştir. Kanunda ortakların katılım paylarının birbirine eşit olacağı karine olarak düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği ortaklar, her bir ortağın farklı cins, değer, miktar ve kapsamda katılım payı getireceğini adi ortaklık sözleşmesi ile serbestçe belirleyerek eşitlik ilkesinden ayrılabilir⁵⁶. Buradaki eşitlik tür anlamında değil, matematiksel bir eşitliktir⁵⁷; diğer bir deyişle katılım paylarının aynı türde olması gerekmez⁵⁸. Önemli olan katılım payları farklı türden olsa da bunların değerlerinin birbirine eşit olmasıdır. Ancak ortakların tür bakımından da katılım paylarının birbirine eşit olacağını kararlaştırmalarının önünde bir engel de yoktur. Görüldüğü üzere adi ortaklık sözleşmesi ile ortakların farklı cins ve miktarda katılım payı taahhüdünde bulunması kararlaştırılabilir. Katılım paylarının miktar veya değeri, adi ortaklık sözleşmesinin asli unsuru olmayıp bunların ortaklık sözleşmesinde mutlaka yer alması gerekmez⁵⁹. Sözleşmede genel bir ifade ile ortakların katılım payı getireceklerinden bahsedilip katılım paylarının türleri belirlenmemişse, sözleşmenin amacı ile somut olaydan da bir sonuca varılamıyorsa, geçerli bir katılım payı taahhüdünden bahsedilemez ve adi

⁵² YONGALIK, Sermaye Payı, s. 69; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 191.

⁵³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 188, dn. 362; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 70.

⁵⁴ BARLAS, s. 45.

⁵⁵ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 29, 71; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 192; BARLAS, s. 49; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 23; YETKİN, s. 2; TEKİL, s. 127- 139; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s. 588; ÖZENLİ, s. 56; YAVUZ, s. 1517; ÇEBİ, s. 44; KALPSÜZ, s. 210; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 28; YASAN, s. 36.

⁵⁶ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 26, 71; BARLAS, s. 49; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 23; EREM, s. 19; TEKİL, s. 127- 139; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s. 588; ÖZENLİ, s. 56; YAVUZ, s. 1512, 1517; ÇEBİ, s. 44; KALPSÜZ, s. 210.

⁵⁷ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 71; KALPSÜZ, s. 210.

⁵⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 195; BARLAS, s. 49; KARAYALÇIN, s. 137; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 71.

⁵⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 195; BARLAS, s. 49; KARAYALÇIN, s. 137; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 71.

ortaklık sözleşmesi kurulmuş olmaz⁶⁰. Eşitlik ilkesinin benimsenmesi durumunda da ortakların katılım paylarının türü farklı olabilir, burada önemli olan farklı türdeki katılım payları değerlerinin birbirine eşit olmasıdır⁶¹.

Katılım payı olarak ortaklığa getirilen değer; ani ifa edilecek bir edim olabilmenin yanında zamana yayılmış, dönemsel olarak ifa edilen bir edim de olabilir⁶². Yine katılım payı olarak emek taahhüt edildiğinde ifa geçici, dönemsel veya bir defalık olarak gerçekleşebileceği gibi ortaklığın bir edimini yerine getirmek için ortaklık dışında çalışma şeklinde de gerçekleşebilir⁶³.

Katılım payının düzenlendiği TBK m. 621’de para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak katılım payı getirilebileceği düzenlenmiştir. Kanundaki bu sıralama sınırlı nitelikte olmayıp örnekseme yolu ile gerçekleştirilmiştir⁶⁴. Bu nedenle katılım payı olarak getirilebilecek değerler bir hayli büyük bir küme oluşturur⁶⁵. Aslında maddede TTK m. 127’nin adı ortaklığa da uygulanacağına işaret edilmiştir⁶⁶. Müşterek amacın gerçekleşmesini sağlayacak her türlü değer, ahlaka ve adaba aykırı bulunmamak şartıyla katılım payı taahhüdüne konu olabilir⁶⁷. Türk Lirası ya da herhangi bir yabancı para birimi olmak üzere her birimden⁶⁸ para; taşınır veya taşınmaz malların mülkiyeti veya kullanma, yararlanma gibi hakları; ortakların alacak hakkı; kiracılık hakları gibi alacak hakkı dışında kalan haklar, ticari kredi, patent, endüstriyel tasarım, know-how, tescilli marka, haklı olarak kullanılan devredilebilir

⁶⁰ BARLAS, s. 49.

⁶¹ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 193; BARLAS, s. 50; KALPSÜZ, s. 210.

⁶² BARLAS, s. 53; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 195.

⁶³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 53.

⁶⁴ TEKİL, s. 139; BARLAS, s. 51; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 194; EREM, s. 19; KALPSÜZ, s. 210; AŞKAN, s. 23; BOZKURT, s. 75; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 47.

⁶⁵ AŞKAN, s. 23.

⁶⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 26, 53; BOZKURT, s. 75.

⁶⁷ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 194; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 53; BARLAS, s. 51- 52; KARAYALÇIN, s. 135; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 23; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 587- 588; ÖZENLİ, s. 56; ÇEBİ, s. 43.

⁶⁸ Buna karşılık *Yongalık*, yabancı para birimiyle katılım payı getirilmesini sadece Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri çerçevesinde mümkün olarak görmüştür. Ayrıntı için bkz. YONGALIK, s. 46; *Doğanay* ise ifanın Türk Lirası ile yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. DOĞANAY, s. 42; Yabancı para ile ifa yapılamayacağı görüşü *Barlas*’a göre bugünkü para borçları rejimi karşısında geçerliliğini yitirmiştir. Ayrıntı için bkz. BARLAS, s. 52, dn. 132; *Şener* de ifanın Türk Lirası ile yapılacağını, ancak ortaklık sözleşmesinde aynen ifa koşuluna yer verilmişse ifanın söz konusu yabancı para üzerinden gerçekleştirileceğini belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 195.

sanal ortamlar, emek, ortaklardan birine veya birkaçına ait ticari işletme, elektronik ortam, imtiyazlar, ruhsatlar, ticari itibar, müşteri çevresi, fikirler ve planlar, patenti alınmamış bir buluş, bir şeyin menfaati gibi salt soyut değerler de katılım payı olarak ortaklığa getirilebilir⁶⁹. Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu değerlerin biri veya birkaçı bir arada katılım payı olarak taahhüt edilebilir⁷⁰. Dış ilişkide mülkiyeti ortaklardan birine ait olan bir malın, iç ilişkide ortaklığın serbest kullanımına bırakılması da katılım payı ifasının özel bir şeklidir⁷¹. En çok tercih edilen ise paranın katılım payı olarak konulmasıdır⁷². Katılım payı, pozitif bir edim olabileceği gibi; belirli bir bölgede satış yapmama, belirli bir fiyatın altında satış yapmama ve benzeri yapmama ve kaçınma edimi de olabilir⁷³. Yapmama ediminin özellikle kartellerde önemli bir rolü vardır⁷⁴. Ortaklardan birinin malını adi ortaklık yararına alınacak bir kredi için rehnemesi de bir katılım payıdır⁷⁵.

Taahhüt edilen katılım payının parasal değeri, ortaklarca belirlenir⁷⁶. Fakat bu değerlemenin yapılması ortaklığın kurulması için gerekli değildir. Taahhüt edilen katılım paylarının parasal değeri belirlenmemişse de adi ortaklık sözleşmesi kurulur, ancak bu belirlemenin yapılması ileride ortaklar arasında çıkması muhtemel anlaşmazlıklar ve üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması açısından önemlidir⁷⁷.

Ortaklığa katılım payı olarak bir malın mülkiyeti veya kullanma hakkının getirilmesinde; ortakların sınırsız, müteselsil ve birinci dereceden sorumluluğu

⁶⁹ ARSLANLI, s.43; BARLAS, s. 52; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 46-61; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 194- 206; KARAYALÇIN, s. 135; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 53; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 23; EREM, s. 19; PULAŞLI, Şerh, s. 33; YETKİN, s. 2; TEKİL, s. 139; ÖZENLİ, s. 56; ARSLANLI, s. 74; ÇEBİ, s. 43, BOZKURT, s. 75; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 19- 20; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 47.

⁷⁰ PULAŞLI, Şerh, s. 32; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 156; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 19.

⁷¹ Bir ortağın kendi bürosunda bulunan iki fakstan birisinin adi ortaklık tarafından da kullanılmasına izin vermesi bu duruma örnek olarak verilebilir. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 54; ÖZENLİ, s. 56.

⁷² YONGALIK, Sermaye Payı, s. 46.

⁷³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 195; BARLAS, s. 52; KARAYALÇIN, s. 136; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 61; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 53; TEKİL, s. 139; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 587- 588; ÖZENLİ, s. 56.

⁷⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 195; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 54; BARLAS, s. 52; KARAYALÇIN, s. 136; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 61; TEKİL, s. 139.

⁷⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 54; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 587- 588.

⁷⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 23; ÖZENLİ, s. 58.

⁷⁷ PULAŞLI, Şerh, s. 33.

nedeniyle sonuç olarak bir fark yoktur⁷⁸. Bu nedenle adi ortaklıkta katılım payı taahhüdünün kapsamı, iç ilişkide önemli olup, ortaklık borçlarından sorumluluk açısından pek önemli değildir⁷⁹. Bu sebeple her bir ortağın katılım payının üçüncü kişilerce bilinmesine ve üçüncü kişilere karşı korunmasına gerek yoktur⁸⁰.

Katılım payı olarak taşınmaz mülkiyeti getirilmesi durumunda, adi ortaklık sözleşmesi veya ilgili madde için de resmi şekil takip edilmeli ve tasarruf aşamasında da ilişkinin adi ortaklık niteliği taşıdığı belirtilerek tüm ortaklar adına elbirliğiyle mülkiyet tesis edilmelidir⁸¹. Katılım payı olarak taşınır malların mülkiyetinin getirilmesinde, taşınır mülkiyetinin devri şekil şartına bağlı olmadığı için adi ortaklığın herhangi bir şekli takip etmesi gerekmez; tasarruf aşamasında ise taşınır mal üzerinde tüm ortakların birlikte zilyetliğinin tesis edilmesi gerekir⁸². Katılım payı olarak getirilen malın mülkiyetinin mi kullanma hakkının mı getirildiği anlaşılamiyorsa, karine olarak malın mülkiyet hakkı getirilmiştir⁸³. Şayet malın mülkiyetinin değil de kullanma hakkının getirildiği iddiası varsa, iddia eden bu iddiasını ispatlamalıdır. TBK m. 621/III'e göre katılım payı, malın kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır⁸⁴. Ancak ticaret ortaklıklarına ilişkin gayrimenkul ve diğer haklarla ilgili hükümler, adi ortaklık sözleşmesine uygulanmaz⁸⁵.

⁷⁸ KARAYALÇIN, s. 136; BOZKURT, s. 11; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 70; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 189.

⁷⁹ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 70.

⁸⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 189.

⁸¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 198- 199; BARLAS, s. 53; PULAŞLI, Şerh, s. 33- 34; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 588; ÇEBİ, s. 44; BOZKURT, s. 75; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 47.

⁸² BARLAS, s. 53; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 199- 200; PULAŞLI, Şerh, s. 34; BOZKURT, s. 75.

⁸³ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 49; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 201; BARLAS, s. 54; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 23- 24.

⁸⁴ *Barlas*'a göre sadece kira ve satış hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtilmesinin bir anlamı yoktur. Bu sorunlar dışındaki alanlarda da kira, satış ve katılım payının emek olması halinde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin adi ortaklıkta kıyasen uygulanması mümkündür. Ayrıntı için bkz. BARLAS, s. 56; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 53; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 50-52, 78 vd, POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 23; EREM, s. 19; YETKİN, s. 2; TEKİL, s. 139; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 588; ÖZENLİ, s. 58, 60; ÇEBİ, s. 44; KALPSÜZ, s. 210; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 28.

⁸⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59.

Katılım payı olarak üçüncü kişilerdeki bir alacağın getirilmesi halinde alacağın temlikini düzenleyen TBK m. 183 vd. hükümleri, alacak kıymetli evraka bağlı ise TTK m. 645 vd. hükümleri, tescilli bir markanın getirilmesinde ise MarKHK m.16 hükmü uygulanır⁸⁶.

Ortaklar sözleşme ile taahhüt ettiği katılım payı haricinde sermaye artırımını veya herhangi bir sebeple azalan sermayenin tamamlanmasına diğer bir deyişle ek katılım payı getirmeye zorlanamaz⁸⁷. Sermayenin eksilmesi durumunda ortakların oybirliği ile sermayenin tamamlanmasını kabul etmemesi durumunda izlenecek yol kanunda düzenlenmediğinden kollektif şirkete ilişkin TTK m. 229 kıyasen uygulanmalıdır⁸⁸. Buna göre sermayenin eksilmesi durumunda eksilen kısım, aksine karar yoksa, elde edilecek kar ile kapatılır.

Katılım payı getirme borcunun muaccel olacağı zaman sözleşmede kararlaştırılmışsa katılım payı, bu tarihte ortaklığa getirilir. Sözleşmede ifa zamanı belirlenmediyse borç, TBK m. 90 gereği derhal yerine getirilmelidir⁸⁹. Katılım payı getirme borcunun muaccel olması durumunda; ortakların her biri bakımından katılım payı koyma diğer ortaklara karşı bir borç olduğundan diğer ortaklar borcun ifasını talep etme hakkına sahiptir⁹⁰. Öncelikle ifayı yönetim talep eder, ancak ifadan kaçınan yöneticilerse bu durumda diğer ortaklar yöneticilerden ifa talep eder⁹¹. Ortaklığın yönetimi belirli bir kişiye bırakılmadıysa bütün ortaklar, ifayı talep hakkına sahiptir⁹². Ayrıca yönetim, ifayı talep etme görevini ihmal ederse ifayı gerçekleştirmeyen ortak haricindeki diğer tüm ortaklar, ortaklık olarak ilgili ortaktan ifayı talep edebilir⁹³. Katılım payının talebi şekle bağlı değildir⁹⁴. Ortak, katılım payından doğan borcunu

⁸⁶ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 56; BARLAS, s. 56; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 202, 204; PULAŞLI, Şerh, s. 34- 35; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 588; ÖZENLİ, s. 60.

⁸⁷ BARLAS, s. 48; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 70.

⁸⁸ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 72.

⁸⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59.

⁹⁰ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 75.

⁹¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 206; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 75-76, POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 58.

⁹² YONGALIK, Sermaye Payı, s. 76.

⁹³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 58.

⁹⁴ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59.

ifa etmezse; tüm ortaklar, temsil hükümleri çerçevesinde tüm ortaklar adına ortaklık yönetimi ya da ortaklardan biri dava yoluyla katılım payının ifasını talep edebilir⁹⁵.

3. Sözleşme Unsuru

a. Genel Bilgi

Roma hukukundan beri ortaklıklar, sözleşme temelinde ortaya çıkan bir hukuk ilişkisidir⁹⁶. Adi ortaklığın da bir sözleşmeye dayalı olduğu TBK m.620'de açıkça düzenlendiği gibi TBK'da adi ortaklığı düzenleyen on sekizinci bölümün başlığındaki "*Adi Ortaklık Sözleşmesi*" ifadesi, adi ortaklığın sözleşmesel karakter taşıdığını göstermektedir. Buna göre adi ortaklığın kurulabilmesi için taraflar arasında mutlaka bütün ortakların ortaklığın kurulması yönünde iradelerini açıkladıkları ve bu iradelerin de uyumuş olduğu, şekle tabi olmayan bir adi ortaklık sözleşmesi bulunmalıdır⁹⁷. TBK'da adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümler iç ilişki için sözleşme serbestisi gereği çoğunlukla yedek ve düzenleyici nitelikteyken dış ilişki için üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla emredici niteliktedir⁹⁸.

Adi ortaklık sözleşmesinin kurulmasında genel borçlar hukuku kuralları geçerlidir. Buna göre her bir ortağın iradesi diğer tüm ortaklara yöneltilir ve son ortağın irade açıklamasının diğer ortaklara ulaşması ile adi ortaklık sözleşmesi kurulmuş olur⁹⁹. Ortakların irade açıklamalarının eş zamanlı olması gerekliliği yoktur¹⁰⁰. Taraflardan biri adi ortaklık sözleşmesinin kurulması sırasında kabul beyanında bulunmazsa bu durumda diğer ortaklar arasında da geçerli bir adi ortaklık sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilemez¹⁰¹. Kabul beyanında bulunmayan kişi dışındaki taraflar, bu ortaklığı kurmak istiyorsa yeni bir icap ve kabul beyanında

⁹⁵ BARLAS, s. 57; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 214; KARAYALÇIN, s. 137.

⁹⁶ AŞKAN, s. 21.

⁹⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 44- 45; BARLAS, s. 58; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; KARAYALÇIN, s. 126; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 8; YONGALIK, *Sermaye Payı*, s. 7; ÖZENLİ, s. 21 vd.; PULAŞLI, *Şerh*, s. 23; YAVUZ, s. 1514; ÇEBİ, s. 43; KALPSÜZ, s. 203- 204; İMREGÜN, *Kara Ticaret Hukuku*, s. 154; AŞKAN, s. 21; BOZKURT, s. 8; PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 13; MİMAROĞLU, s. 40- 41; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 37.

⁹⁸ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 57.

⁹⁹ ARSLANLI, s. 36- 37; BARLAS, s.70; YAVUZ, s. 1515.

¹⁰⁰ BARLAS, s.71.

¹⁰¹ YAVUZ, s. 1515; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 9.

bulunmalıdır¹⁰². Adi ortaklık sözleşmesi, ortaklığın kurulması için gerekli irade beyanlarını içermenin yanı sıra ortakların aralarındaki ilişkiyi düzenleyen bir ortaklık anayasasıdır¹⁰³.

Tarafların esaslı unsurlarda anlaşmış olması sözleşmenin kurulması için yeterli olup daha sonra ikincil noktalarda anlaşamazlarsa mahkemeye başvurarak hakimden sözleşmenin yorumu ile ikincil noktaların belirlenmesini isteyebilirler¹⁰⁴. Ancak her halde sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olduğu ve ortakların katılım payı olarak getirmeyi taahhüt ettiği değerler ve ortakların müşterek amaç uğruna birlikte çaba göstereceği adi ortaklık sözleşmesinin içeriğinde bulunmalıdır¹⁰⁵. Sözleşmedeki boşluklar öncelikle TBK m. 620- 645 hükümleri olmak üzere sonrasında emredici ve düzenleyici hükümlerle doldurulur¹⁰⁶.

Adi ortaklığın sözleşme ile kurulması, onu taraf iradelerine dayanmayan tesadüfi kişi birliklerinden veya bir idari işleme dayanan kişi birliklerinden ayırmaktadır¹⁰⁷. Bu kişi birliklerine örnek olarak kanuna dayalı menfaat ortaklığı olan miras ortaklığı, birleşme veya karışma halinde oluşan birlikte hak sahipliği ilişkisi, iflasta alacaklılar toplanması, tahvil sahiplerinin umumi heyeti gösterilebilir¹⁰⁸. Yine aralarında hiçbir sözleşmesel bağ bulunmaksızın birden fazla kişinin aralarında fiilen ortaklık varmış gibi hareket etmeleri de aralarındaki ilişkiyi adi ortaklık haline getirmez¹⁰⁹. Birkaç kadının altın günü veya paralı olarak ayda bir toplantı yapmaları ya da Avrupa seyahatine çıkmaları, meslek kuruluşu olarak kanuni bir görevi yerine getirmek için kurulan kurumlar, TOBB ya da TBB gibi birlikler de adi ortaklık

¹⁰² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 9-10; DOĞANAY, s. 59; YAVUZ, s. 1515.

¹⁰³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57.

¹⁰⁴ KARAYALÇIN, s. 59- 61; KALPSÜZ, s. 204; ŞENER, Adi Ortaklık, s.11; ÖZENLİ, s. 46; ARSLANLI, s 37; MİMAROĞLU, s. 42.

¹⁰⁵ BARLAS, s.40-41; ŞENER, Adi Ortaklık, s.117; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22-23, 25; *Hatemi, Serozan ve Arpacı*, müşterek amaç ve müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsurlarının adi ortaklık sözleşmesinin esaslı unsurları olduğunu belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583; ÇEBİ, s. 43.

¹⁰⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 23; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 154.

¹⁰⁷ KALPSÜZ, s. 203; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 7; PULAŞLI, Şerh, s. 23; BARLAS, s.59; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 43; BOZKURT, s. 8; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 37.

¹⁰⁸ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 7; PULAŞLI, Şerh, s. 23; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 43- 44; BARLAS, s.60; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 37.

¹⁰⁹ BARLAS, s.60; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 8.

değildir¹¹⁰. Çünkü bunlar arasında malvarlığına birlikte sahip olma ve bu malvarlığını birlikte yönetme, malvarlığından birlikte yararlanma amacını aşan üstün bir müşterek amaç ve bu amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba, yoğun bir işbirliği yoktur, bu kişileri bir arada tutan bağ gevşek ve yüzeyseldir¹¹¹.

Adi ortaklık sözleşmesi, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden olmayıp karma veya birleşik sözleşme niteliğinde de değildir¹¹². Adi ortaklık sözleşmesi, gerek TBK m. 620'deki tanımı gerekse sistematik düzenleme bakımından kendine özgü (*sui generis*) karakterdedir¹¹³.

Adi ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda birbirine zıt iki görüş mevcut olup bu iki görüşü birleştiren üçüncü görüşe göre adi ortaklık sözleşmesi, hem bir borç ilişkisi hem de bir organizasyon sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹¹⁴. Bu görüş de kendi içinde iki farklı yaklaşım içerisinde olup birinci yaklaşım, borç sözleşmesi karakterinin organizasyon sözleşmesi karakterine göre daha ön planda olduğu iken ikinci yaklaşım “*çifte karakter teorisi*” olarak adlandırılmakta ve hem organizasyon sözleşmesi hem de borç sözleşmesi niteliğine eşit oranda önem atfederek ortaklık sözleşmesinin çifte karaktere sahip olduğunu iddia etmektedir¹¹⁵. Adi ortaklığın TBK'da özel bir borç ilişkisi olarak düzenlendiği de göz önünde bulundurulduğunda borç ilişkisi niteliğinin ön planda tutulduğu yaklaşımın daha isabetli olduğu söylenebilir. Türk hukukunun aksine İsviçre hukukunda adi ortaklığın bir sözleşme değil, hukuki topluluk olduğu görüşü öğretide kabul görmektedir¹¹⁶.

Adi ortaklıkta ortakların menfaatleri birbirine zıt olmayıp aksine bir yönde paralellik göstermekte, ortaklar müşterek bir amaca ulaşabilmek için edimlerini ortak bir ekseninde toplayıp güçlerini birleştirmektedir¹¹⁷. Bu sebeple bir ortağın karşı edimin

¹¹⁰ PULAŞLI, Şerh, s. 23.

¹¹¹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 579.

¹¹² BARLAS, s.62.

¹¹³ AŞKAN, s. 21; BARLAS, s.62.

¹¹⁴ AŞKAN, s. 22; ŞENER, Adi Ortaklık, s.119- 120; BARLAS, s.64; TEKİL, s. 127; Görüşler hakkında ayrıntı için bkz. BARLAS, s. 63- 64.

¹¹⁵ BARLAS, s.64.

¹¹⁶ PULAŞLI, Şerh, s. 23.

¹¹⁷ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 577; KALPSÜZ, s. 204; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 14- 15; ÖZENLİ, s. 40; TEKİL, s. 116; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 154- 155.

yerine getirilmesini isteyebilmesi için kendi edimini yerine getirmesi ve bu edimler arasında bir denge bulunması gerekmekte, ezcümle edimlerin karşılıklılığı ve değiştirilmesi söz konusu olmamaktadır¹¹⁸. Genellikle geçici bir dönem kapsamında kurulan iki taraflı sözleşmelerin aksine, adi ortaklık sözleşmeleri iki taraflı sözleşmelere göre çok daha uzun bir zaman için geçerli olup çoğunlukla devamlıdır¹¹⁹. Yine ortaklığın yönetimi, temsili, karın dağıtılması, ortaklığın tasfiyesi gibi kurumlar, sadece ortaklık sözleşmesine ilişkindir, hiçbiri iki taraflı sözleşmelerde bulunmamaktadır; ayrıca yalnızca taraflar arasında karşılıklı hak ve borçlar doğuran iki taraflı sözleşmelerin aksine adi ortaklık, sözleşmeyi kuran ortaklardan bağımsız olarak üçüncü kişilerle ilişkiler kurabilir, adi ortaklığın bu kişilere karşı hak ve borçları doğabilir¹²⁰. İki taraflı sözleşmelerde tarafların her biri sadece kendi amacını düşünür ve aralarında bir edim değişimi vardır; oysa ortaklık sözleşmesinde tarafların amacı ortaktır¹²¹. Tüm bu açıklamalar ışında adi ortaklık sözleşmesinin tek taraflı, eksik iki taraflı veya tam iki taraflı bir sözleşme şeklinde nitelendirilmesinin söz konusu olmayacağı söylenebilir¹²². Sui generis karakter taşıyan adi ortaklık sözleşmelerinin mübadele, iş görme ve birleşme sözleşmeleri ayrımı çerçevesinde, salt organizasyon sözleşmesi anlamına gelmemekle birlikte, birleşme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür¹²³.

Taraflar arasında geçerli bir adi ortaklık sözleşmesinin kurulması için sözleşmenin oluşumunda herhangi bir geçersizlik ya da iptal edilebilirlik nedeni de mevcut olmamalıdır¹²⁴.

¹¹⁸ TEKİL, s. 115- 116; BARLAS, s. 66; ÖZENLİ, s. 40; Ortakların ödemezlik def'inden yararlanabileceklerine ilişkin karşıt görüş için bkz. ARSLANLI, s. 40; BOZKURT, s. 9; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 28.

¹¹⁹ ÖZENLİ, s. 40; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155.

¹²⁰ ÖZENLİ, s. 40; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 155.

¹²¹ HIRSCH, Alain, "Karma Akit ve Adi Şirket", BATİDER, C.12, S. 2- 3, Çeviren: Akar Öçal, Ankara, 1984, s. 151.

¹²² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 15; BARLAS, s. 67-68.

¹²³ BARLAS, s. 70; TEKİL, s. 116; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 577, Yazarlar adi ortaklığın birleşme sözleşmesi yanında sosyal bir organizasyonun üyeleri olarak organizasyon sözleşmesi de oluşturduğundan bahsetmiştir. Ayrıntı için bkz. s. 578; MİMAROĞLU, s. 37- 39.

¹²⁴ ARSLANLI, s. 36, dn. 33 vd; BARLAS, s.71; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57; ÖZENLİ, s. 37- 38; DOĞANAY, s. 82 vd.; YAVUZ, s. 1513- 1514; KALPSÜZ, s. 204.

Eğer sözleşmenin bütününe ilgilendiren bir geçersizlik nedeni mevcutsa ortaklık sözleşmesi tümüyle geçersiz olup kural olarak adi ortaklık ilişkisinin varlığından söz edilemez¹²⁵. Bu hallere örnek olarak ortaklığın amacının kanuna veya ahlaka aykırı ya da imkansız olması, ortaklığın bir muvazaa amacıyla kurulmuş olması, konunun olanaksız olması, istisnai olarak şekil zorunluluğu mevcut olan hallerde gereken şekle uyulmaması gösterilebilir¹²⁶. Geçersizlik nedeni sözleşmenin tümünü değil de sadece belirli hükümler için mevcutsa bu durumda *objektif kısmi geçersizlik* sorunu gündeme gelir ve bu sorun, TBK m.27/II'ye göre taraf iradeleri yorumlanarak çözülür¹²⁷. Taraflar, geçersiz hükümler olmaksızın da sözleşmeyi yapma niyetinde ise sözleşme, geçersiz hükümler çıkarılarak geriye kalan hükümleriyle kurulacak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz kabul edilecektir. Taraflardan birinin iradesi hata, hile veya ikrah nedeniyle sakatsa ya da gabin söz konusuysa kanundaki genel hükümler (TBK m. 30 vd.) uygulanır¹²⁸. Bu halde ortak iptal hakkını kullanırsa *sübjektif kısmi geçersizlik* sorunu gündem gelir ve bu sorun da yine TBK m.27/II çerçevesinde iradesi fesada uğrayan ortak olmaksızın diğer ortakların yine de adi ortaklık sözleşmesini yapacaklarının anlaşıldığı hallerde mümkün olur¹²⁹. Sözleşmenin geçersizliğine rağmen sözleşme hükümleri uygulanmaya başlanmışsa sakıncalı sonuçların ortaya çıkmaması için geçersizliğin ileri sürüldüğü ya da hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulduğu ana kadar, hem iç hem de dış ilişkilerde işlem güvenliğini sağlamak amacıyla sözleşmenin sanki geçerli bir sözleşmeymiş gibi sonuç doğurduğu, geçersizliğinin ise ileriye etkili olduğu "*eksik şirket*"¹³⁰ veya diğer

¹²⁵ BARLAS, s.71; KARAYALÇIN, s. 62.

¹²⁶ Uygulamada muvazaalı adi ortaklığa işyerinden çıkmamak için alt kiracı ile varlığı iddia olunan adi ortaklık sözleşmeleri nedeniyle rastlanmaktadır. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57; BARLAS, s.71; Ay'da arsa satışı, Mars'a gezi düzenleme amacıyla kurulan adi ortaklık imkansızlık; döviz veya uyuşturucu kaçakçılığı, fuhuş, hırsızlık yapmak amacıyla kurulan ortaklık da kanuna aykırılık nedeniyle mutlak olarak geçersizdir. Bir avukat ile mali müşavir arasında vergi uyumsuzluğu olan davalara birlikte bakmak için adi ortaklık kurulması da Avukatlık Kanunu'na aykırı olduğundan geçersizdir. Ayrıntı için bkz. KARAYALÇIN, s. 62- 63 ve ÖZENLİ, s. 38; MİMAROĞLU, s. 45- 47.

¹²⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57; BARLAS, s.71- 72.

¹²⁸ BARLAS, s.72; KARAYALÇIN, s. 63; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 57; ÖZENLİ, s. 42.

¹²⁹ ÖZENLİ, s. 42; BARLAS, s.72-73.

¹³⁰ BARLAS, s.73-74

bir isimle “*sakat ortaklık*”¹³¹ durumu gündeme gelebilmektedir¹³². Bu durumda hukuksal görünüşün korunması ilkesi¹³³ gereği, geçersizlik ileri sürülene kadar geçersiz ortaklık geçerli bir ortaklıkmiş gibi hüküm ve sonuç doğurmaktadır¹³⁴. Geçersiz sözleşmenin geçerli bir sözleşmeymiş gibi hüküm ve sonuç doğurmasının ana nedenleri; ortaklık sözleşmelerinin sürekli bir borç ilişkisi oluşturması, ortakların sayısı ve ortaklığın üçüncü kişilerle de ilişki içerisinde bulunarak müşterek amaç oluşturmasıdır¹³⁵. Ortaklık sözleşmesinin geçersizlik nedeni ileri sürüldüğünde ise ortaklık ilişkisi ileriye doğru sona erdirilebilir¹³⁶.

b. Şekil

Adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olan şekil serbestisi prensibi gereği adi ortaklık sözleşmesi, hiçbir şekle bağlı olmadan sözlü olarak hatta bazı durumlarda söze dahi ihtiyaç duyulmadan örtülü irade beyanı ile de kurulabilir¹³⁷. Taraflar, uygulamada çoğunlukla bir ortaklık ilişkisi içerisinde olduğunun farkında bile değildir ve uyuşmazlık söz konusu olduğunda durum

¹³¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s.98

¹³² Geçersizlik hallerinin tümünde eksik şirket söz konusu olmayıp bu kavramın uygulama alanları bazı noktalarda daraltılmıştır. Özellikle ortaklığın amacının kanuna veya ahlaka aykırı olduğu haller, konunun olanaksız olması ile ortaklardan biri ehliyetsiz ise eksik şirket kavramından bahsedilmesi mümkün değildir. ÖZENLİ, s. 42; MİMAROĞLU, s. 45- 47; BARLAS, s.73 ve

¹³³ BARLAS, s.74; *Özenli*, aynı durumu kastederek bu ilkeden “*muamele güvenliğini sağlamak amacı*” olarak bahsetmiştir. Ayrıntı için bkz. ÖZENLİ, s. 42.

¹³⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 97-98; ÖZENLİ, s. 42.

¹³⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s.96.

¹³⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 98.

¹³⁷ KARAYALÇIN, s. 59, 127; BARLAS, s. 58, 74; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 45; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 7; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; EREM, s. 18; TEKİL, s. 134; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 582; YAVUZ, s. 1515, ÇEBİ, s. 43; KALPSÜZ, s. 203- 204; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 154; AŞKAN, s. 21; BOZKURT, s. 8; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 14; YASAN, s. 37; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 37; HAMAMCIOĞLU, Esra/ KARAMANLIOĞLU, Argun, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 1313; PULAŞLI, Şerh, s. 23 vd.; BOZKURT, s. 9; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 13; ÖZENLİ, s. 37; YONGALIK, Ortak Davası, s. 80; Örtülü irade beyanı ile adi ortaklık sözleşmesine özellikle eşler arasında rastlanır. *Şener*’e göre eşler arasında evlilik birliğinin gereklerini aşan bir amacı birlikte gerçekleştirme iradesi varsa bu durumda adi ortaklık sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekir. Yargıtay 2 HD, 8840 E, K.9119 K, 26.12.1978 T sayılı kararında kadının kocasına MK m. 185 gereğine yardım etmekle yükümlü olduğundan sadece kocaya ait tarlada çalışması durumunda ortaklık ilişkisinin kurulamayacağını içtihat etmiştir (ŞENER, Adi Ortaklık, s.10, 21).

mahkemeye taşındığında aradaki ilişki "*adi ortaklık*" olarak nitelenir¹³⁸. Dolayısıyla sözleşme, çoğu zaman sözlü olarak kurulur¹³⁹.

Ortaklığın konusu, kanunda şekle bağlanan işlemleri içerse bile adi ortaklık sözleşmesinin bu şekle uyularak yapılması gerekmez, şekil serbestisi prensibi devam eder¹⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, ortak avukatlık bürosunda çalışan avukatlardan birinin müvekkile hatalı olarak hukuki bilgi vermesi nedeniyle önüne gelen uyuşmazlıkta; verilen hukuki hizmetin birlik halinde "*ortak avukatlık bürosu*" olarak verildiği, dilekçe ve ilgili yazılarda tüm avukatların isimlerinin tek başlıkta toplandığı, verilen hukuki hizmetin bireysel bir vekaletname ile değil ortak bir büro adına verildiği nedenleriyle adi ortaklığın davranışlar ile örtülü olarak meydana geldiği sonucuna varmış ve buna göre karar vermiştir¹⁴¹. Bu kararda da adi ortaklığın hiçbir şekil şartına bağlı olmaksızın örtülü davranışlar ile dahi kurulabileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Tüzel kişilerin bir araya gelerek adi ortaklık oluşturduğu ve bu adi ortaklık aracılığı ile işlettiği ticari işletmelerin ticaret siciline tescili tüzel kişilerce talep edilmesi şartıyla mümkündür¹⁴². Tescilin nasıl yapılacağı ve şartları Ticaret Bakanlığı'nın 2009/2 Sayılı Tebliğ'inde¹⁴³ açıkça belirlenmiştir. Buradaki ticaret şirketlerinin, tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklık yapısı ile işlettikleri ticari işletmelerin, şayet ticaret siciline tescil edilmek isteniyorsa yazılı şekilde yapılması ve notere onaylatılmasının zorunlu kılınması, adi ortaklığa egemen olan şekil serbestisi prensibini değiştirmemektedir. Zira sözleşme imzalanmadan ve notere onaylatılmadan önce de adi ortaklık sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olup buradaki yazılılık ve

¹³⁸ BOZKURT, s. 9-10.

¹³⁹ BOZKURT, s. 10.

¹⁴⁰ BARLAS, s.78.

¹⁴¹ Ayrıntı için bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 25- 26.

¹⁴² ÖZSUNGUR, Fahri, "Adi Ortaklık Kavramı ve Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili", AnadoluÜHFD, C.3, S.5, Eskişehir, 2017, s. 49.

¹⁴³ Tebliğin tam adı Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili Hakkında Tebliğ olup, bu tebliğ 01.04.2009 tarih ve 27187 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

notere onaylatılma şartı, ortakların işletmeyi sicile tescil ettirmek istemeleri durumu için geçerlidir¹⁴⁴.

Her ne kadar adi ortaklık sözleşmesi kanunda şekil şartına bağlanmamışsa da bazı istisnai durumlarda adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği, belirli bir şekle uyularak yapılmasına bağlıdır. Bu istisnalardan ilki ortakların sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmasıdır¹⁴⁵. Şayet taraflarca öngörülen bu şekle uyulmazsa sözleşme geçersiz olur. Taraflarca ortaklık sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmüş ancak bu şekle uyulmamasının sonucu kararlaştırılmamışsa bu durumda kural olarak iradi şekil geçerlilik şartı, istisnai olarak da ispat şartıdır¹⁴⁶. Kararlaştırılan şeklin ispat için öngörüldüğü, somut olaya göre tarafların hal ve davranışlarına göre sabit olmalıdır¹⁴⁷. Fakat taraflar arasında ileride ortaya çıkması muhtemel bir anlaşmazlıkta ispat kolaylığı ve uyumsuzluk çıkmasa bile ortaklar arasındaki ilişkilerin daha açık ve sağlam olması bakımından sözleşmenin, yazılı şekilde yapılması faydalıdır¹⁴⁸.

Ortaklık sözleşmesinde, geçerliliği kanunda şekle tabi tutulmuş bir taahhüt varsa, bu şekil takip edilmelidir¹⁴⁹. Doktrinde bir kısım yazarlar, bu durumda sözleşmenin tamamının aranan şekil şartı yerine getirilerek yapılması gerektiğini görüşünderken¹⁵⁰ karşıt görüşteki diğer yazarlar ise sözleşmenin tamamının şekil şartına uyularak yapılmasının gerekmediği, devri şekle bağlı katılım payı taahhüdü ile ilgili maddenin yazılı yapılmasının yeterli olduğu¹⁵¹ görüşündedir. Sözleşmenin tamamının değil yalnızca ilgili maddelerin resmi şekilde yapılmasının yeterli

¹⁴⁴ BARLAS, s.78.

¹⁴⁵ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8; ARSLANLI, s. 27; BARLAS, s.75; KARAYALÇIN, s. 127; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 52; ŞENER, Adi Ortaklık, s.23; ÖZENLİ, s. 21-22; PULAŞLI, Şerh, s. 27; TEKİL, s. 134; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 14; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 42; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1316.

¹⁴⁶ BARLAS, s.75; KARAYALÇIN, s. 128; ŞENER, Adi Ortaklık, s.23; ÖZENLİ, s. 22; PULAŞLI, Şerh, s. 27; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 42.

¹⁴⁷ KARAYALÇIN, s. 128.

¹⁴⁸ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; PULAŞLI, Şerh, s. 24; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 14.

¹⁴⁹ ARSLANLI, s. 27; BARLAS, s.75; ŞENER, Adi Ortaklık, s.24-25; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 52; ÖZENLİ, s. 22; PULAŞLI, Şerh, 27- 28; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 582; YAVUZ, s. 1515; KALPSÜZ, s. 204; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1319.

¹⁵⁰ PULAŞLI, Şerh, s. 27; YAVUZ, s. 1515; KALPSÜZ, s. 204; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 14- 17.

¹⁵¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s.25; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 42; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1319.

olmasının sebebi, ilgili maddelerin resmi şekilde yapılması ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi ve tamamının resmi şekilde yapılması durumunda ortaya çıkacak gereksiz masraf ve zaman kaybının önüne geçilmesidir¹⁵². Ayrıca tüm sözleşmenin bu şekil şartına uyularak yapılmasının beklenmesi durumunda, şekle aykırılık bulunduğu sadece getirilen malvarlığı yüzünden sözleşmenin tamamı geçersiz olur ki bu da amacı aşan bir sonucu beraberinde getirir¹⁵³. Bu nedenle şekil serbestisinin egemen olduğu adi ortaklık sözleşmesinde, devri şekle bağlı bir katılım payı taahhüdü varsa tüm sözleşmenin değil ilgili maddelerin şekil şartına uyularak yapılmasının yeterli olduğu görüşünün yerinde olduğu söylenebilir. Bu görüşteki yazarlara göre örneğin taşınmazların ortaklığa katılım payı olarak getirilmesinde TMK m.706 hükmü uyarınca ilgili maddelerinin resmi şekilde yapılması gerekir¹⁵⁴. Resmi şekil zorunluluğunun istisnası ise tüm ortakların elbirliği mülkiyeti ile sahip olduğu bir taşınmazı, sermaye olarak ortaklığa getirmeyi taahhüt etmeleri durumunda görülür. Bu durumda malik veya mülkiyet çeşidinin değişmesi söz konusu olmadığından sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılması gerekmez¹⁵⁵. Yine adi ortaklığa katılım payı olarak Karayolları Trafik Kanunu'na tabi bir motorlu taşıt getirilmek isteniyorsa anılan kanun gereği ilgili maddenin noterde re'sen düzenlenmesi gerekir¹⁵⁶. Bir telif hakkının veya markanın katılım payı olarak getirilmesinde adi yazılı şekil kuralına uyulmalıdır¹⁵⁷.

Bir ortak, üçüncü kişiden olan alacağını ortaklığa katılım payı getirmeyi taahhüt ediyor ve bu taahhüdünü de ortaklık sözleşmesi kurulurken yerine getirmek istiyorsa ortada bir alacağın temlik işlemi vardır ve TBK m.184 gereği alacağının temlikini yazılı şekilde yapması gerekir¹⁵⁸. Fakat alacak, sözleşme kurulurken doğrudan temlik edilmiyor, alacağın daha sonra devredileceği sözü veriliyorsa, diğer

¹⁵² ŞENER, Adi Ortaklık, s.25; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1319- 1320.

¹⁵³ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8- 9.

¹⁵⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s.25; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 8; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; ÖZENLİ, s. 23 vd.; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 42; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1319.

¹⁵⁵ BARLAS, s.77; ŞENER, Adi Ortaklık, s.199; ÖZENLİ, s. 24.

¹⁵⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 32; HAMAMCIOĞLU/ KARAMANLIOĞLU, s. 1319.

¹⁵⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22; PULAŞLI, Şerh, s. 28.

¹⁵⁸ ÖZENLİ, s. 28; BARLAS, s.77; YAVUZ, s. 1515.

bir deyişle temlik vaadinde bulunuluyorsa yine anılan madde gereğince herhangi bir şekil şartı aranmaz¹⁵⁹.

Taraflarca uygulanmaya başladıktan sonra adi ortaklık sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹⁶⁰. Fakat başlı başına şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez, bunun için somut olayda şekle aykırılığın ileri sürülmesinin gerçekten dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hal ve şartların bulunması gerekmektedir¹⁶¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin ve adi ortaklık ilişkisinin varlığının ispatı usul hukukunun genel hükümlerine tabidir¹⁶². Sözleşmenin varlığını ileri süren kişinin, bu iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁶³. Adi ortaklık ilişkisinin varlığı, delil serbestisi ilkesi gereği her türlü delille ispat edilebilir. Ancak kanunda belirtilen parasal sınırı aşma durumu varsa bu durumda ortaklığın varlığı ancak yazılı delille ispatlanabilir ve karşı tarafın muvafakati olmadıkça tanık dinlenmesi mümkün değildir¹⁶⁴.

4. Müşterek Amaç Unsuru

Adi ortaklığın varlığından bahsedebilmek için tüm ortakların müştereken aynı amaca ulaşmak üzere birleşmesi gerekir¹⁶⁵. Bu amaç, ortaklar tarafından istenen ve üzerinde düşünülmüş bir amaç olmalıdır¹⁶⁶. Kişilerin birbirinden bağımsız olarak aynı amacı gerçekleştirmeyi hedeflemesi durumunda, amaçta müştereklik bulunmadığından adi ortaklığın varlığından söz edilemez¹⁶⁷. Örneğin bir pazar yerinde

¹⁵⁹ ÖZENLİ, s. 28; BARLAS, s.77.

¹⁶⁰ Yargıtay 13 HD, 9893 E, 1745 K, 24.2.1994 T (ŞENER, Adi Ortaklık, s.36).

¹⁶¹ Yargıtay 13 HD, 1985/7196 E, 1986/84 K, 13.1.1986 T (ŞENER, Adi Ortaklık, s. 36-37) Ayrıca kararda karşılıklı ifa yapıldıysa bu durumda şekil eksikliğine dayanmanın iyiniyet kurallarına aykırı olabileceği de belirtilmiştir.

¹⁶² BARLAS, s.78; KARAYALÇIN, s. 128; ÖZENLİ, s. 29.

¹⁶³ ÖZENLİ, s. 29; ŞENER, Adi Ortaklık, s.37, BARLAS, s.27-28.

¹⁶⁴ ÖZENLİ, s. 29 vd.; BARLAS, s. 78-79, Ayrıntı için ŞENER, Adi Ortaklık, s.37 vd.; PULAŞLI, Şerh, s. 26.

¹⁶⁵ ARSLANLI, s. 46; BARLAS, s.26; KARAYALÇIN, s. 59; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 101; PULAŞLI, Şerh, s. 30; YAVUZ, s. 1513; KALPSÜZ, s. 206; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 156; BOZKURT, s. 16; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 43.

¹⁶⁶ AŞKAN, s. 22.

¹⁶⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s.102; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55; KALPSÜZ, s. 206; ÇEBİ, s. 44.

ayrı ayrı sebze satan satıcılar arasında adi ortaklık söz konusu değildir¹⁶⁸. Yine kat malikleri arasında da adi ortaklık meydana gelmez¹⁶⁹. Amacın müşterek olması adi ortaklığı benzer hukuki kavramlardan, özellikle kazanca katılmalı hukuki ilişkilerden, vekalet, acente, komisyon, satış için bırakma, franchising sözleşmeleri gibi sözleşmelerden, miras ortaklığı ve paylı mülkiyetten ayırır¹⁷⁰.

Amacın bütün ortaklar için müşterek olması gerekir. Müşterekliğin bir kısım ortaklar için söz konusu olması halinde ortaklığın tamamen geçersiz mi yoksa müşterek amacı hedefleyen ortaklar arasında mı geçerli olacağı sorunu, somut olayın özellikleri ile taraf iradelerine bakılarak çözülür¹⁷¹. Ortaklardan birinin kişisel amacının gerçekleştirilmesini amaç edinerek ve çoğunlukla gerçek anlamda ortaklık sayılmayan “*aslan payı ortaklığı*” durumunun ortaya çıktığı birleşmeler adi ortaklık olarak nitelendirilmezken, bütün ortaklarca üçüncü bir kişi lehine bir müşterek amaç hedeflenmesi bir adi ortaklık oluşturur¹⁷². Ortaklığın amacının müşterek olup olmadığı konusunda kuşku varsa “*amacın ortaklığı karinesi*” gündeme gelir ve müşterek amacın varlığı kabul edilir¹⁷³. TBK m.623/III’te düzenlenen ortaklığa katılım payı olarak emeğini getiren ortağın zarara katılmayacağını kararlaştırılabileceğine imkan veren hüküm, doktrininde hakim olan görüşe göre¹⁷⁴ müşterek amaç unsuru açısından bir istisna değildir. Zira katılım payı olarak emek getiren ortak, zarara katılmıyor gibi görünse de herhangi bir karşılık almaksızın emeğini sarf ederek zaten zarar etmiş durumdadır ve hükümde kastedilen bu ortağın başkaca zararlara katılmasının sözleşme ile engellenebileceğidir¹⁷⁵.

¹⁶⁸ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55.

¹⁶⁹ PULAŞLI, Şerh, s. 30.

¹⁷⁰ BARLAS, s.26; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55; ŞENER, Adi Ortaklık, s.102; PULAŞLI, Şerh, s. 24; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580.

¹⁷¹ BARLAS, s.27 dn.67; Buna karşılık *Poroy* ve *Tekinalp*, amacın sadece birkaç ortak için ortak olması durumunda adi ortaklığın yok olduğunu belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55.

¹⁷² Aslan payı ortaklığı, mutlak butlan konusu olabilir. ÖZENLİ, s. 38; YAVUZ, s. 1513.

¹⁷³ BARLAS, s. 28.

¹⁷⁴ BARLAS, s. 31; YAVUZ, s. 1517.

¹⁷⁵ BARLAS, s. 31.

Adi ortaklıkta amaç, süreklilik arz edebileceği gibi yalnızca bir işin görülmesi için geçici ya da kısa süreli de olabilir¹⁷⁶.

Müşterek amaç ile ortaklığın konusu, birbirinden farklı kavramlardır. Ortaklığın konusu, müşterek amacın gerçekleşmesi için kullanılan yoldur¹⁷⁷. Ortakların müştereken bir süpermarket işlettikleri varsayımında müşterek amaç kar elde etmek, ortaklığın konusu ise süpermarket işletmektir¹⁷⁸.

İktisadi olmayan bir amacın, adi ortaklıkta müşterek amaç olarak belirlenmesinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Baskın olan görüşteki yazarlar, amacın iktisadi olabileceği gibi dinsel, siyasal, sanatsal, bilimsel, sportif, sosyal gibi manevi olan ideallerden de ibaret olabileceğini, amaç konusunda önemli olanın kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka aykırı olmaması olduğunu savunurken¹⁷⁹; karşıt görüştekiler ise müşterek amacın iktisadi nitelikte olması gerektiğini, bunun da daha çok kazanç elde edilerek ortaklar arsında paylaşırma olduğunu, TBK m.622 vd. maddelerden bu durumun açıkça anlaşıldığını, iktisadi olmayan amaçlarla ancak dernek kurulabileceğini belirtmektedir¹⁸⁰. Uygulamada iktisadi olmayan amaçlarla

¹⁷⁶ ÇEBİ, s. 44; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s.105; BARLAS, s.32.

¹⁷⁷ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s.104.

¹⁷⁸ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s.104.

¹⁷⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 54- 55; BARLAS, s.31-34; Örneğin bir sanatçı yetiştirmek ve eğitimini tamamlamak için gerekli giderlerin karşılanması amacıyla sanatseverlerce birleşmesi, aile bireylerinin karşılıklı bir şekilde fakir akrabalarının giderlerini karşılamak için yükümlülük altına girmesi, borçlunun gayrimenkulünü hacizden kurtarmak için arkadaşlarının emek veya mallarını birleştirmelerinde adi ortaklığın kurulduğu kabul edilmelidir. Ayrıntı için bkz. YONGALIK, *Sermaye Payı*, s. 10- 11; EREM, amacın ticari olmasının veya olmamasının önemi olmadığını belirtmiştir. EREM, s. 16; *Kalpsüz*, amacın iktisadi olup olmamasının ortadaki hukuki varlığın tipini ya da mahiyetini belirlemediği, belki sadece o hukuki varlığa uygulanacak kuralları gösterebileceği kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. KALPSÜZ, s. 206- 207; *Hatemi, Serozan ve Arpacı*, adi ortaklığın manevi bir amaç için de kurulabileceğini ifade ederken, adi ortaklığın dernekten ayrımının tüzel kişiliğe yönelmemesi ve korporatif iradenin ve ögenin eksikliği ile anlaşıldığını belirtmiştir. Bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580; YAVUZ, s. 1513; ÇEBİ, s. 44; ANSAY, Tuğrul, *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Ankara, 1967, s. 31; AŞKAN, s. 23; BOZKURT, s. 16- 17.

¹⁸⁰ KARAYALÇIN, s. 59- 60; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s.103; PULAŞLI, Şerh, s. 30; İMREGÜN, *Kara Ticaret Hukuku*, s. 156; PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 13, 18; Türk, Alman ve İsviçre hukukuna göre iktisadi amaç kavramının değerlendirilmesi ve ayrıntılı tartışmalar için bkz. PULAŞLI, Hasan, "Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre "İktisadi Amaç" Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi", C. 32, S. 2, Ankara, 2016, s. 31 vd.; MİMAROĞLU, s. 59; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 44.

kurulan adi ortaklıklara nadiren rastlanması sebebiyle bu tartışmanın pratikte pek bir önemi yoktur¹⁸¹.

Türk doktrininde hakim olan görüşe göre adi ortaklık, bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulabilir¹⁸². Adi ortaklığın sürekli ilişkiler için de kurulabilmesi ile TTK m.12'deki “bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmek” ifadesinin genel biçimde konulmuş olması ve dolayısıyla adi ortaklığı da kapsamasının yanında, Ticaret Bakanlığınca çıkarılan 2009/2 sayılı tebliğde adi ortaklıkların işlettiği ticari işletmelerin sicile tescil edilebileceğinden bahsedilerek açıkça adi ortaklığın ticari işletme işletebileceğine cevaz verilmesi hakim görüşü destekleyen üç önemli durumdur¹⁸³.

5. Müşterek Amaç Uğruna Birlikte Çaba (*Affectio Societatis*) Unsuru

Adi ortaklıkta her bir ortağın mutlaka müşterek amacın gerçekleşmesi için çaba göstermesi gerekir¹⁸⁴. Müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsuru, kanunda açıkça yer almamaktadır ve doktrinde ortaklık ilişkisinin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır¹⁸⁵. Tüm ortaklar, müşterek amacın gerçekleşmesine destek vermeli ve bu yöndeki faaliyetlere katılmalı, diğer ortaklarla astlık – üstlük ilişkisi olmadan eşit oldukları bir temel üzerinde işbirliği içerisine girmeli, gayret – çaba ve özen göstermeli, kısaca müşterek amacın gerçekleşmesi için üzerine ne düşüyorsa onu yerine getirmelidir¹⁸⁶. Böylece her bir ortak, ortaklık işlerine aktif bir şekilde katılarak katkı sağlar¹⁸⁷.

¹⁸¹ BARLAS, s.35.

¹⁸² KALPSÜZ, s. 204; BARLAS, s.36; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 45, 55- 56; ÇEBİ, s. 44; ANSAY, Adi Şirket Dernek, s. 163 vd.; azınlıkta kalan karşıt görüş için bkz. KARAYALÇIN, s.180 vd.; PULAŞLI, Şerh, s. 38; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 45, Yazarlar, adi ortaklığın ancak Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan 2009/2 sayılı Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili Hakkında Tebliğ'de belirtilen özel düzenleme ile sınırlı olarak ticari işletme işletebileceği görüşündedir.

¹⁸³ BARLAS, s.37-38, POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55- 56.

¹⁸⁴ ARSLANLI, s.58; BARLAS, s.40; YAVUZ, s. 1513; ÇEBİ, s. 44; İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 156; BOZKURT, s. 17; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 22- 23; MİMAROĞLU, s. 57; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 45- 46.

¹⁸⁵ BOZKURT, s. 5, 18.

¹⁸⁶ BARLAS, s.40; ARSLANLI, s. 58; KARAYALÇIN, s. 62; ŞENER, Adi Ortaklık, s.116; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 12; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 25; PULAŞLI, Şerh, s. 36; ÇEBİ, s. 44; KALPSÜZ, s. 210; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 23; MİMAROĞLU, s. 57.

¹⁸⁷ AŞKAN, s. 20.

Buradaki eşitlik prensibinden ortaklık sözleşmesi ile vazgeçilmesi mümkündür¹⁸⁸. Ancak eşit bir şekilde olmasa da her halde ortaklar müşterek amaç uğruna birlikte çaba göstermelidir. Ortaklık işlerinde gösterilecek özen, en yüksek seviyedeki nesnel özen değil, kendi işlerinde gösterdiği öznel özendir¹⁸⁹. Ortaklar, ayrıca müşterek amacın gerçekleşmesine engel olacak işlem ve eylemlerden de uzak durmalıdır¹⁹⁰. Müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsuru, adi ortaklık sözleşmesinin belirleyici özelliğini oluşturur ve sözleşmenin içeriğinde müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme maksadı yoksa ortada bir adi ortaklık da yoktur¹⁹¹. Ortak sayısı fazlaştıkça müşterek amaç uğruna birlikte çaba, yapısal olarak zayıflarsa da tamamen yok olmaz¹⁹². Sözleşmede katılma paylarını ifa yükümlülüğüne yer verilmesi, müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme yükümlülüğünün sözleşme içeriğinde bulunduğu anlamına gelmez¹⁹³. Ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesi için çaba göstermiyorsa veya ortaklık sözleşmesine bağlı olmayarak müstakil bir şekilde başka bir hukuki ilişki için birlikte çaba gösteriliyorsa adi ortaklığın varlığından söz edilemez¹⁹⁴.

Müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsuru, ortaklıkta asli edim yükümü durumunda olup adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi karakterine uygun olarak süreklilik göstermelidir¹⁹⁵. Bu unsur, adi ortaklığı karşılıklı sözleşmeler, özellikle sonuca katılmalı hukuksal ilişkiler, vekalet, acente, komisyon, satış için bırakma, franchising sözleşmeleri gibi benzeri hukuki ilişkilerden ayırmak açısından önemlidir¹⁹⁶. Örneğin işçinin kara katıldığı bir hizmet sözleşmesi, taraflar arasında bir altlık üstlük ilişkisi bulunması sebebiyle adi ortaklık sözleşmesinden ayrılır. Adi ortaklıkta rekabet yasağı,

¹⁸⁸ KARAYALÇIN, s. 62.

¹⁸⁹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 589; BOZKURT, s. 18.

¹⁹⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s.116-117; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 25; PULAŞLI, Şerh, s. 36; BOZKURT, s. 17.

¹⁹¹ ARSLANLI, s. 58; PULAŞLI, Şerh, s. 24; BARLAS, s.40-41; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 117.

¹⁹² Zira bu unsur, ortaklığı benzeri hukuki ilişkilerden ayıran önemli bir kıstastır. PULAŞLI, Şerh, s. 24.

¹⁹³ ARSLANLI, s. 58; BARLAS, s.41.

¹⁹⁴ BARLAS, s.41.

¹⁹⁵ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 25; BARLAS, s.43; ÇEBİ, s. 44.

¹⁹⁶ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580; BARLAS, s.26; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 55; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 102; PULAŞLI, Şerh, s. 24; AŞKAN, s. 24.

ortakların denetleme hakkı, ortaklığın haklı sebeple feshi ve ortağın haklı sebeple çıkarılması da bu unsur zeminine bağlı olarak ortaya çıkmıştır^{197,198}.

Ortakların kişisel özelliklerinin önemli olduğu adi ortaklıkta çok güçlü bir şekilde uygulanan müşterek amaç uğruna birlikte çaba unsuru, tabii olarak sermaye şirketlerinde adi ortaklığa göre daha zayıftır¹⁹⁹.

II. ADİ ORTAKLIĞA YENİ ORTAK ALINMASI

Adi ortaklığa yeni ortak alınması “*Yeni Ortak Alımı ve Alt Katılım*” başlıklı TBK m.632/I’ de açıkça düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası çalışma konusunu oluşturduğundan aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olup bu başlık altında yalnızca birinci fıkraya değinilecektir.

Adi ortaklıkta ortakların birbirleri ile olan ilişkileri, karşılıklı güven, anlayış ve bağlılık temelinde şekillenir²⁰⁰. Bu nedenle TBK m. 632/I’e göre adi ortaklığa yeni ortak alınması tüm ortakların rızasına bağlıdır. Buna göre karar alınması gereken tüm

¹⁹⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 118; PULAŞLI, Şerh, s. 36; BARLAS, s.42-43; AŞKAN, s. 24.

¹⁹⁸ Bir ortağın haklı sebeple çıkarılıp çıkarılmayacağı adi ortaklık açısından tartışmalıdır. Bir görüş, ortaklık sözleşmesinde çıkarılmaya ilişkin hükümler olmasa bile ortakların haklı sebeple ortaklıktan çıkartılmasını düzenleyen kollektif şirkete ilişkin TTK m. 255 düzenlemesi kıyasen adi ortaklığa da uygulanabileceği yönündedir. Bu görüşe göre haklı sebebin varlığı halinde ortakların ortaklıktan çıkarılması mümkündür. Bu görüşteki yazarlar için bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 389, YASAN, s. 50; Ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılabileceği ancak ortakların çıkarmayı mahkemeden talep edebileceğine ilişkin görüşler için bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, “Adi Şirket Ortağı Haklı Sebeple Çıkarılabilir Mi?”, YDD, Y. 2017, S. 256, s. 15 vd.; KARAYALÇIN, s. 152- 153; YETKİN, s. 6. Karşıt görüşteki yazarlar ise TTK m. 255 hükmünün adi ortaklığa uygulanması yönünde bir dayanak olmadığını, bunun yerine adi ortaklıkta ortakların haklı sebeple ortaklığı sona erdirip çıkarılmasını istedikleri ortak olmaksızın diğer ortaklar ile yeni bir ortaklık sözleşmesi kurmalarının mümkün olduğunu, kaynak İsviçre hukukunda da haklı sebeple ancak ortaklığın feshinin istenebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla haklı sebebin varlığı halinde ortağın ortaklıktan çıkarılması mümkün değildir. Ancak ortaklığın feshi istenebilir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. AKKANAT, Halil, “Adi Ortaklıkta “Haklı Sebeple İhraç” Mümkün Müdür?”, İÜHFİM, C. 62, S. 1- 2, 2004, s. 333 vd.; POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s. 62; BİLGİLİ, Fatih, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara, 2003, s. 150; İkinci görüşün ağırlıkta kaldığı yönünde bkz. KURŞAT, Zekeriya, “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. 70, S. 1, 2012, s. 309; Adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmaya ilişkin kanunkoyucunun ihmalden kaynaklı bir kanun boşluğu olduğu yönünde açıklamalar ve bu boşluğun doldurulmasına yönelik çözüm önerileri için bkz. TÜRKMEN, Emre, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebeple Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükümüne Eleştirel Bir Bakış”, THD, C. 13, S. 148, Aralık 2018, s. 89 vd.; Çalışma, haklı sebeple çıkarılmanın mümkün olduğu yönündeki ilk görüşe göre oluşturulmuştur.

¹⁹⁹ BOZKURT, s. 18.

²⁰⁰ PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 36.

önemli konularda olduğu gibi adi ortaklığa üçüncü bir kimsenin ortak sıfatı ile katılabilmesi için ortakların oybirliği ile buna rıza göstermesi gerekmektedir²⁰¹. Hatemi, Serozan ve Arpacı, bu durumu “*Adi ortaklık kapalı bir kulüptür!*” cümlesi ile açıklamıştır²⁰². Ancak ortaklık sözleşmesi ile bu oybirliğinin oyçokluğu olarak değiştirilmesine de kanuni olarak bir engel yoktur. Hatta kimi durumlarda ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, yeni ortak alınmasında mevcut ortakların rızalarına gerek olmadığı ve ortakların serbestçe ortaklığa yeni ortak alabileceğinin kararlaştırılabileceğini savunan yazarlar da vardır²⁰³.

Yeni ortağın alınması, yeni bir ortaklık sözleşmesinin yapılmasıyla veya bütün ortakların onayını içeren bir ortaklık kararı ile gerçekleştirilebilir²⁰⁴. Ayrıca ortaklık sözleşmesinde bazı kimseler için önceden öngörülen şartların gerçekleşmesiyle veya bu kişilere ortaklığa giriş hakkı tanınarak genel bir onay verilmesiyle de yeni ortak alınabilir²⁰⁵. Bu duruma sözleşmede ortakların ölümü halinde mirasçılarını ile devam edeceği ya da açıkça bazı üçüncü kişilerin ismi sözleşmede zikredilerek bu kişilerin de ortak olabileceği hükmünün yazılması örnek olarak verilebilir²⁰⁶. Ortaklığın ölenin mirasçısı ile devam edeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, bu düzenlemenin mirasçıya ortaklığa katılıp katılmama hususunda tercih hakkı verip vermediği ya da otomatik olarak halefiyet üstünlüğü tanıyıp tanımadığı, sözleşmede öngörülen hükmün

²⁰¹ SIEGWART, Alfred, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530- 619), Zürich, 1938, s. 165; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 589; Buna karşılık Roma Hukukunda ortaklığa yeni bir ortağın alınması ya da bir ortağın ortaklıktan çıkması, ortaklığın sona erme sebeplerinden biriydi. Ortaklık, kişilerin belirli olduğu bir güven ilişkisi anlamına geldiğinden ortaklar arasında bir değişiklik olduğunda ortaklık derhal sona ermekteydi. Ortaklığa yeni bir ortak dahil olacaksa, tüm taraflarca yeniden ortaklık sözleşmesi kurulması gerekmekteydi. Ayrıntı için bkz. ŞENER, Oruç Hami, “Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 747 ve 747, dn. 190; Ayrıca Amerikan ortaklıklar hukukunda Partnership’e yeni bir partner alınması da diğer tüm partner’ların buna oybirliği ile onay vermeleri ile gerçekleşir. Ayrıntı için bkz. İMREGÜN, Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul, 1968, s. 18; KALPSÜZ, s. 213; ÇEBİ, s. 52; BOZKURT, s. 87; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 79.

²⁰² HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

²⁰³ TEKİL, s. 144.

²⁰⁴ UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003, s. 9708; KALPSÜZ, s. 213; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; ARSLANLI, s. 61; ÇEBİ, s. 52; YALMAN, Macit/ TAYLAN, Erbay, Adi Ortaklık, Ankara, 1976, s. 161; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 79; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 79.

²⁰⁵ SIEGWART, s. 165; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 73; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592.

²⁰⁶ SIEGWART, s. 165; .POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 73; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592.

yorumu ile belirlenir²⁰⁷. Adi ortaklık sözleşmesine kurucu ortakların uygunluk bildirimini ile yeni bir ortak alınacağı yönünde hüküm kurularak da adi ortaklığa yeni ortak alınabilir²⁰⁸. Bu durumda yeni bir ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararına gerek kalmaksızın belirlenen uygunluk bildirimini ile yeni ortak alımı gerçekleşir²⁰⁹. Tüm bunların yanında ortak sıfatını kazanmaya aday üçüncü kişi ile ortaklar arasında yapılacak bir sözleşme ile de yeni ortak alınabilir. Buna göre ortak sıfatını kazanmaya aday üçüncü kişi ile ortaklar arasında bir sözleşme yapılır ki bu sözleşmeye katılma sözleşmesi denir²¹⁰. Bu sözleşme ile ortaklar, ortak adayının adi ortaklık sözleşmesine katılmasına rıza verdiklerini açıklar. Kurulacak bu sözleşme de adi ortaklık temelli yeni bir bağ ortaya çıkaracağından, tıpkı adi ortaklık sözleşmesi gibi ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıysa herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak adi ortaklık sözleşmesi yazılı olarak yapıldıysa katılma sözleşmesi de yazılı şekle tabidir²¹¹.

Ortaklıktan çıkmak isteyen ortak ile ortaklığa girmek isteyen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşmeye diğer ortakların da katılması ile üç yanlı bir devir sözleşmesinin yapılmasıyla da ortaklığa yeni ortak alınabilir²¹².

Yeni ortak alınmasının serbestçe gerçekleştirilemeyip ortakların rızasına bağlı olmasının nedeni, adi ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkide kişisel özelliklerin önemli bir rol oynaması, karşılıklı yoğun güven ve anlayışın ön planda olmasıdır²¹³. Yeni ortak alımının da ortaklığın kişisel bileşiminin (yapısının) ve ortaklar arasındaki güvene dayalı olarak kurulan ortaklık sözleşmesinin değişmesi anlamına gelmesi nedeniyle böyle bir düzenleme yapılmıştır²¹⁴. Yargıtay, adi ortaklıktaki bir ortakdan ortaklığın minibüs ile minibüs hattındaki sıra ve telefon hakları devraldığına iddia edilerek bu mallar üzerindeki haklara tecavüzün önlenmesinin istendiği bir olayda;

²⁰⁷ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592.

²⁰⁸ YALMAN/ TAYLAN, s. 161.

²⁰⁹ YALMAN/ TAYLAN, s. 161.

²¹⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 372; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 95; ÇEBİ, s. 52.

²¹¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74.

²¹² HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

²¹³ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana, 2011, s. 32; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

²¹⁴ TEKİL, s. 144; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

davacının adi ortaklığın yalnızca bir ortağından bu malları devralamayacağını, ortaklardan herhangi birisinin hissesini devrettiği takdirde üçüncü şahsın ortak sıfatını kazanabilmesi için diğer ortakların buna onay vermesi gerektiğini hükme bağlamıştır²¹⁵.

Ortaklık sıfatını kazanacak üçüncü kişi de TBK m. 621 gereği kural olarak ortaklığa bir katılım payı getirmekle yükümlüdür. Şayet getireceği katılım payının devri bir şekil şartına bağlı ise katılma sözleşmesinin de o şekilde yapılması gerekir²¹⁶. Örneğin ortaklık sıfatını kazanacak üçüncü kişi katılım payı olarak taşınmaz getiriyorsa, katılma sözleşmesinin de resmi şekilde, Kara Yolları Trafik Kanunu'na tabi bir motorlu taşıt getiriyorsa da sözleşmenin noterde re'sen yapılması gerekmektedir²¹⁷. Böylece yeni ortak alınması ile ortaklık malvarlığı artar; fakat bu durum, sermayenin yükseltilmesini gerekli kılmaz²¹⁸.

Katılma sözleşmesiyle ortaklığa katılan yeni ortak, diğer tüm ortakların hak ve yükümlülüklerine de sahip olur. Buna göre yeni ortak, ortaklığın bütün malvarlığı üzerinde diğer ortaklarla birlikte elbirliği ile malik olur, ortaklığın sicile kayıtlı malları üzerinde de yeni ortağın elbirliği ile hak sahipliği olacağından yeni ortağın adının da ilgili sicillere eklenmesi gerekir²¹⁹. Yeni katılan ortak da tıpkı diğer ortaklar gibi kar payı, ücret, faiz ve masrafları isteme hakkı, yönetim ve itiraz hakkı, denetim hakkı ile tasfiye payını talep hakkına sahiptir.

²¹⁵ Yargıtay 13. HD, 5010 E, 7841 K, T. 24.12.1985 T, Bu karar ve diğer kararlar için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2004, s. 1448- 1449 vd.

²¹⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 372; UYGUR, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2013, s. 2672.

²¹⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 372; UYGUR, Şerh, s. 2672.

²¹⁸ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 73.

²¹⁹ ÇEBİ, s. 52; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 372; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74.

İkinci Bölüm

ALT KATILIM KAVRAMI

Payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağın adi ortaklıktaki ortak sıfatı devam ederken pay üzerinde kurduğu yeni ortaklık nedeniyle yeni bir ortak sıfatı daha meydana gelir. Gerek ortağın bu çift yönlü ortaklığı gerekse ortada iki farklı ortaklığın bulunması hukuki ilişkileri karmaşık bir hale getirir. Bu nedenle bu bölümde alt katılım kavramı önce kavramsal olarak incelenerek hukuksal niteliği ortaya konulacaktır. Sonrasında ise iki ortaklık arasındaki ilişkiler, çeşitli ihtimaller dahilinde incelenecektir.

I. ALT KATILIM ORTAKLIĞININ TANIMLANMASI

A. Genel Olarak Alt Katılım Ortaklığı

Adi ortaklığa yeni bir ortak alınması, tüm ortakların oybirliği ile rıza göstermesine bağlıysa da ortaklardan bir veya birkaçının ortakların rızası olmaksızın payına üçüncü bir kişiyi ortak etmesi ya da payını üçüncü bir kişiye devretmesi yapılan işlemi geçersiz hale getirmez ve bu işlemin tarafları arasında hukuken geçerli ilişkiler doğar. Ortağın, ortaklıktaki paya bağlı haklarını üçüncü bir kişi ile paylaşması durumunda çalışma konusu olan alt katılım ortaklığı meydana gelir²²⁰.

Bir kişinin adi ortaklık veya ticaret şirketlerinden birine çeşitli sebeplerle ortak olarak katılmayarak ortaklardan birinin payına ve “*ortak*” sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerine dışarıdan üçüncü bir kişi olarak iştirak etmesine alt katılım ortaklığı denir²²¹. Bu durumda üçüncü kişi “*ortak*” sıfatını kazanamaz, fakat payın

²²⁰ KARAYALÇIN, s. 152; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 96; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 37; EREM, s. 24; PULAŞLI, Temel Esaslar, s. 32; PULAŞLI, Şerh, s. 81- 82; KARAHASAN, s. 1448; YETKİN, s. 6; TEKİL, s. 144; ARSLANLI, s. 407; BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 2021, s. 42; ÇEBİ, s. 52; KALPSÜZ, s. 213; YALMAN/ TAYLAN, s. 161; BOZKURT, s. 87; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 36; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; *Birkaş*, alt katılım ortaklığından paya iştirak olarak bahsetmiş ve bu iştirakin sonucunda taraflar arasında bir ilişki doğduğunu belirtmiştir. Bkz. BİRKAŞ, Hasan, Ticaret Şirketleri ve Tatbikat, İstanbul, 1985, s. 9.

²²¹ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 96; ÇEBİ, s. 52; FELLMAN, Walter/ MÜLLER, Karin, Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2.

ortaklıkta oluşturacağı sonuçlara asıl ortakla birlikte katılır²²². Tarafların ortak amacı, bu paydan kar elde etmek ve asıl ortağın “*ortaklık*” sıfatından müştereken yararlanmaktır²²³. Ayrıca payına ortak eden ortak, alt katılım ilişkisine girerken payın beraberinde getirdiği riskin paylaşılmasını ya da transferini de amaçlar²²⁴. Bu amaç ile ikinci bir ortaklık kurulur. Meydana gelen bu alt katılım ilişkisinde doğrudan ortaklığa katılım değil, asıl ortağın ortaklıktaki payına katılım söz konusudur²²⁵. Diğer bir deyişle alt katılım, ortaklığa katılıma katılımdır²²⁶.

Alt katılım ilişkisinin temelinde bir “*pay*” bulunur. Temelde bulunan bu paya, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişi katılır. Bu hukuki kavramın meydana gelmesindeki ön koşullar; bir asıl ortaklığın varlığı²²⁷, asıl ortak ve alt katılan arasında bir sözleşmenin bulunması, kural olarak alt katılanın bilançoda gösterilebilecek bir katkı ile ortaklığa katılımıdır²²⁸. Alt katılan katkı yaparken asıl ortak da payını, alt katılan veya alt katılanlar ile paylaşır²²⁹.

Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband (Art. 530- 544 OR), Bern, 2006, s. 954; WATERSCHEK, Elke, Die Bilanzierung von Unterbeteiligungen, Marburg, 2001, s. 2; AŞKAN, s. 28. ²²² BARLAS, s. 177; EREM, s. 24; PULAŞLI, Şerh, s. 81; UYGUR, Şerh, s. 2672; AYAR, Ahmet, Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, 2019, s. 184; YETKİN, s. 6; TEKİL, s. 144; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; BAHTİYAR, s. 42; KOCH- SCHULTE, Barbara/ SUMALVICO, Sebastian, “Besonderheiten und Ausgestaltungen Stille Unterbeteiligungen als Beteiligungsinstrument für Mitarbeiter”, VentureCapital Magazin, 10/2018, s. 28; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 36; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; FELLMAN/ MÜLLER, s. 954; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 453.

²²³ FRIEHE, Christian- Friedrich, Die Unterbeteiligung Bei Personengesellschaften, Köln, 1974, s. 14; SIEGWART, s. 162; FELLMAN/ MÜLLER, s. 955; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 97; *Tekil*, ortağın kendi payı üzerinde üçüncü kişi ile kurduğu ikinci ortaklığı “*hususî (gizli) şirket*” olarak isimlendirmiştir. Oysa ortağın kendi payına üçüncü bir kişiyi ortak etmesi, çalışmanın konusu olan alt katılım ortaklığına vücut vermektedir. Fakat yazar, farklı isimlendirmede bulunmuşsa da ortaya çıkan durumu açıklamada alt katılım ortaklığına ilişkin özelliklere yer vermiştir. Esasen birçok eserde de alt katılım ortaklığı ile gizli ortaklık arasındaki farka değinilmemiş, iki farklı ortaklık türü olan bu ortaklıklar, tek ortaklık çeşidiymiş gibi açıklanmıştır. *Tekil*’in açıklamaları için bkz. TEKİL, s. 144.

²²⁴ BLAUROCK, Uwe, Handbuch Stille Gesellschaft, Köln, 2016, s. 874; HERZFELD, Edgar, Die Unterbeteiligung, Archiv Für Die Civilistische Praxis, 137, Berlin, 1933, s. 304; FRIEHE, s. 4, 7.

²²⁵ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 384; BARLAS, s. 179; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; GROF, Markus Wilhem, Treuhand- und Unterbeteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Linz, s. 25; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

²²⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 384; FRIEHE, s.4; BÖTTCHER, Conrad/ ZARTMANN, Hugo, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Stuttgart, 1971, s. 20, 35, 73; GROF, s. 26.

²²⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20; FELLMAN/ MÜLLER, s. 954.

²²⁸ FELLMAN/ MÜLLER, s. 954; GROF, s. 26.

²²⁹ FRIEHE, s. 2; GROF, s. 22.

Yargıtay da tuğla fabrikasına ilişkin bir payın murise devredildiğini ileri sürerek devreden davalıdan kar payının istendiği bir olayda, her ne kadar muris ortak sıfatını kazanamamışsa da BK m. 532/II gereğince devir sözleşmesinin tarafları bağladığını, bu sebeple paya isabet eden karın davacılara ödenmesi gerektiğine karar vermiştir²³⁰. Bu durum, kanunda ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen devir ile aynı cümle içerisinde düzenlenen ve benzer bir hukuki kavram olan alt katılım için de geçerlidir.

Bir ortaklıkta alt katılım ortaklığı mevcutsa, asıl ortaklık ve bu ortaklığın ortakları ile alt katılım hakkı tanınanlar arasındaki ayrım iyi yapılmalıdır²³¹. Alt katılım ilişkisinde payın gerçek sahibi ve bu paya ortak olan kişi olmak üzere iki hissedar kategorisi vardır²³². Buna göre alt katılım ilişkisinin tarafları; asıl ortaklığa ortak olan kişi ve o kişiye ortak olan kişidir²³³. Payına üçüncü kişiyi ortak eden ortak “*asıl ortak*” veya “*esas ortak*”²³⁴ eski adı ile “*akit şerik*”²³⁵, paya ortak olan üçüncü kişi “*alt katılan*” olarak adlandırılır ve alt katılan “*ortağın ortağı*” durumundadır²³⁶. Alt katılan, 26 Mayıs 1926 tarihli ve 865 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 123’te “*şeriküşşerik*” olarak adlandırılmıştır. Bazı kaynaklarda alt katılan “*alt katılımcı*”, asıl ortak da “*asıl katılan*”, “*aktif ortak*”, “*hüysüz ortak*”, “*üst katılımcı*”, “*ana katılımcı*” ifadeleri kullanılarak anlam açıdan aynı olsa da kavramsal olarak farklı adlandırılmaktadır²³⁷. Çalışmada “*alt katılan*” ve “*asıl ortak*” ifadeleri kullanılacaktır.

²³⁰ Yargıtay 13. HD, 2015 E, 2240 K, 14.04.1986 T (sinerjimevzuat.com.tr, ET: 02.02.2021)

²³¹ HERZFELD, s. 270; KALPSÜZ, s. 213; YALMAN/ TAYLAN, s. 161.

²³² HÜBNER, Heinrich, “Unterbeteiligung und stille Beteiligung in der Unternehmensnachfolge”, Aufsätze, ErbR 06, 2014, s. 257; FELLMAN/ MÜLLER, s. 954.

²³³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82.

²³⁴ Yargıtay’ın alt katılım ortaklığına ilişkin bir kararında payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağın “*esas ortak*” olarak adlandırıldığı görülmüştür. Karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T (YasaHD, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1262).

²³⁵ YAVUZ, s. 1516; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46, Yazarlar durumu alt katılımın bir üst başlığı olan iç ortaklık için açıklamıştır.

²³⁶ BARLAS, s. 178; ARSLANLI, s. 407; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; BAHTİYAR, s. 42; ÇEBİ, s. 52; Alt katılım ortaklığını ifade etmek için şerikin şeriki terimi de kullanılmaktadır. Bkz. ÇEVİK, Orhan Nuri, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, Ankara, 2002, s. 97, dn. 10.

²³⁷ Şener, payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağı “*asıl katılan*” olarak adlandırmıştır. Bkz. ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; *Poroy ve Tekinalp*, payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağı “*aktif ortak*” olarak adlandırmıştır. Bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46; *Hatemi, Serozan ve Arpacı*, diğer ortakların rızası olmaksızın payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağı, ortaklıktan çıkartılması

Hukukumuzdaki bu düzenleme esasen Roma hukukundan dönüştürülmüştür²³⁸. Roma hukukunda bu durum “Ortağın ortağı benim ortağım değildir.” (*Socii mei socius, meus socius non est*) şeklinde düzenlenmiştir²³⁹. Ortağın ortağı, asıl ortaklığın ortağı değildir. Ancak ortağın ortağı ile arasındaki ilişki geçersiz de değildir. İşte bu ortağın ortağı ile arasındaki ilişki, alt katılım ilişkisidir.

Alt katılım ortaklığı, alt katılana asıl ortaklıktaki ortaklık sıfatını kazandıracığı şartıyla kurulamaz. Bu şekilde kurulsu bile bu şart, diğer ortaklara karşı hüküm ifade etmez²⁴⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında, diğer ortakların rızası olmaksızın ortaklık sıfatının kazanılması öngörülerek gerçekleşen pay devrinin BK m. 532’ye aykırı olduğuna, diğer ortakların onayı olmaksızın ortak sıfatını kazanması şartıyla payın kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye devredilemeyeceğine karar vermiştir²⁴¹. Başka bir kararında, ortakların rızası olmaksızın payın üçüncü kişiye devredilmesinin asıl ortaklığı sona erdirmeyeceğini, devralanın da ortak sıfatını kazanamayacağını hükme bağlamıştır²⁴². Kararlarda alt katılım ortaklığı zikredilmemişse de diğer ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri ile alt katılımın aynı maddede aynı cümle içerisinde düzenlenmesi, ikisinin de diğer ortakların rızası olmaması sonucu ortaya çıkması nedeniyle kararda belirtilen hususun alt katılım için de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Kanundaki Düzenlemenin İncelenmesi

Alt katılım ilişkisi önceleri Türk Borçlar Kanunu’nda değil Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmekteydi. 26 Mayıs 1926 tarih, 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 123. Maddesi şu şekildeydi:

durumu gündeme gelebileceği için “*hıysuz ortak*” olarak adlandırmıştır. Bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592; *Herzfeld*, payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağı “*üst ya da ana katılımcı*”, paya ortak olan üçüncü kişiyi ise “*alt katılımcı*” olarak adlandırmıştır. Ayrıntı için bkz. HERZFELD, s. 271; *Fellmann ve Müller* de payına üçüncü kişiyi ortak eden ortağı “*ana veya üst katılımcı*”, paya ortak olan üçüncü kişiyi “*alt katılımcı*” olarak adlandırmıştır. Ayrıntı için bkz. FELLMAN/ MÜLLER, s. 954.

²³⁸ EREM, s. 24, dn. 17.

²³⁹ EREM, s. 24, dn. 17.

²⁴⁰ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 98.

²⁴¹ Yargıtay 13. HD, 1985/4078 E, 1985/4827 K, 9.7.1985 T (ÖZENLİ, s. 230- 231 ve KARAHASAN, s. 1449- 1450).

²⁴² Yargıtay 13. HD, 2623 E, 31350 K, 27.05. 1986 T (UYGUR, Şerh, s. 2672).

“Şürekâdan biri şirketteki hissesini şürekâi sairenin muvafakati olmadıkça şirket haricinde bulunan bir şahsa devir veya o şahsı hissesine teşrik edemez. Devir halinde kendisine devrolunan kimsenin ve teşrik halinde şerikülşerikin şirketle bir gûna münasebeti olmayıp gerek şirkete gerek üçüncü şahıslara karşı yalnız devreden kimse veya şerikülşerik ancak kendi hissei iştirakleri nisbetiude şerike ait kârdan ve zarardan müstefit veya mutazarrır olurlar.”

Ticaret Kanunu’nda yer alması nedeniyle burada düzenlenen alt katılım ilişkisinin yalnızca ticaret şirketleri ile ilgili olarak düzenlendiği düşünülebilir. Sonrasında bu düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu’nda (OR) olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu’nun ortaklıklar hukuku ile ilgili temel hükümlerin yer aldığı adi ortaklık ile ilgili kısmına alınması, düzenlemenin yalnızca ticaret şirketleri için değil tüm ortaklıklar için geçerli olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmış olabilir.

Alt katılım ortaklığından söz eden bu maddenin içerik olarak benzeri, yürürlükte olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 632. Maddesidir. Alt katılım Alman Medeni Kanunu (BGB)²⁴³ ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda (OR)²⁴⁴ olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu’nda da açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmemiş²⁴⁵, sadece TBK m.632/ II’de ve madde başlığında geçen “*alt katılım*” ifadesi ile kanunda yer almıştır. BK m. 532’de bu başlık, “*şirkete iştirak*” şeklindeydi ve ortaklığa iştirak değil, asıl ortağın ortaklıktaki payına iştirak söz konusu olduğundan eleştirilmekteydi²⁴⁶.

Alt katılım ilişkisini düzenleyen tek madde bu olduğundan kanundaki düzenleme, alt katılım ilişkisini tam anlamıyla aydınlatmaktan uzaktır. Hatta “*alt katılım*” başlığı altında “*Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz*” cümlesi yer aldığı ve bu cümle ile alt katılımın yanında ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri de düzenlendiği için madde metni karışıklıklara yol açmaya da oldukça müsaittir. Gerçekten *Kendigelen*, farklı zamanlardaki

²⁴³ HÜBNER, s. 257; GROF, s. 26 vd.; HERZFELD, s. 270 vd.; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28 vd; WATERSCHEK, s. 2; FRIEHE, s. 29, 35-36.

²⁴⁴ FELLMAN/ MÜLLER, s. 953 vd.; THOMA, s. 287 vd.; SIEGWART, s. 161 vd.

²⁴⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46, Yazarlar durumu iç ortaklık için açıklamıştır.

²⁴⁶ BARLAS, s. 179; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385.

değerlendirmelerinde kanundaki bu düzenlemeyi gerekçe göstererek ortakların rızasını olmaksızın adi ortaklık payının kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye devredilmesi halini alt katılım olarak nitelemiştir²⁴⁷. Yine *Bozkurt* da paya ortak etmenin haricinde ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devrini de alt katılım olarak adlandırmıştır²⁴⁸. Yargıtay da bir kararında, taraflar arasında bir alt katılım ortaklığı mevcut olmasına rağmen aradaki ilişkiyi hatalı bir şekilde pay devri olarak nitelemiştir²⁴⁹. Doktrindeki diğer yazarlar ise alt katılım ilişkisini İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemeyi baz alarak açıkladığından sadece paya ortaklık durumu ile açıklamış, alt katılımda gerçek bir pay devri olmadığından bahisle ortakların rızasını almadan gerçekleştirilen pay devrinde alt katılım hükümlerinin değil alacağın temliki hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁰.

Alt katılım ortaklığı ile ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri benzerlik gösterse bile iç ilişkinin düzenlenmesinde iki hukuki kavram birbirinden farklıdır²⁵¹. Alt katılım ilişkisinde bir pay devri hedefi bulunmaz, sadece taraflar arasında borçlar hukukuna tabi talep hakkı ve bir menfaat birliği meydana gelir²⁵². Pay devrinden farklı olarak alt katılım ortaklığının tarafları arasında belirli bir süre için veya en fazla asıl ortaklığın sonuna kadar bir menfaat birliği mevcuttur²⁵³. Ayrıca alt katılım ilişkisinde müşterek amaç unsuru bulunurken pay devrinde böyle bir unsur yoktur²⁵⁴. Ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devrindeki “*devir*” iradesi alt

²⁴⁷ KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2015, s. 22- 37; KENDİGELEN, Abuzer, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, Makalelerim, İstanbul, 2006, s. 223 vd.

²⁴⁸ BOZKURT, s. 87.

²⁴⁹ Yargıtay 13 HD, 1986/2015 E, 1986/2240 K, 14.04.1986 T (ÖZENLİ, s. 236- 237), Nitekim *Özenli* de kitabında bu kararı sunarken “*İç Ortaklık*” başlığını kullanmıştır. Ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devrinde taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi bulunmadığından yazarın da karara konu olaydaki ilişkiyi alt katılım ortaklığı olarak nitelediği söylenebilir. *Barlas* da kitabının alt katılım ortaklığını açıkladığı bölümünde bu karara atıfta bulunmuştur. Bu nedenle *Barlas*’ın da karara konu ilişkiyi alt katılım ortaklığı olarak nitelediği söylenebilir. Bkz. BARLAS, s. 187, dn. 508.

²⁵⁰ BARLAS, s. 187, dn. 505; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 382; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

²⁵¹ HERZFELD, s. 273; FRIEHE, s. 2; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 31.

²⁵² ARSLANLI, s. 407; BARLAS, s. 186; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 31; FRIEHE, s. 35- 36; BLAUROCK, s. 895; SIEGWART, s. 162; FELLMAN/ MÜLLER, s. 961- 962; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46.

²⁵³ ARSLANLI, s. 407; FELLMAN/ MÜLLER, s. 962.

²⁵⁴ FELLMAN/ MÜLLER, s. 962.

katılım ortaklığında mevcut değildir. Aksine alt katılıma konu payın birlikte işletilmesi amacıyla ortaya çıkan yeni bir ortaklık söz konusudur.

BK m. 532’de buna ek olarak alt katılanın şirket işleri hakkında bilgi istemeye hakkı olmadığı da düzenlenmişti. Ancak 6098 sayılı yeni TBK m.632’nin gerekçesinde; alt katılım durumunda ortak sıfatının kazanılmaması nedeniyle bilgi isteme hakkının da doğmayacağı belirtilerek gereksiz olan bu hükme, yeni düzenlemede yer verilmemiştir.

C. Alt Katılım Ortaklığının Hukuksal Niteliği Ve Uygulanacak Hükümler

1. Hukuksal Niteliğe İlişkin Görüşler

Alt katılım ortaklığı, gerek Alman Medeni Kanunu (BGB) gerek İsviçre Borçlar Kanunu (OR) gerekse Türk Borçlar Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Hukuksal niteliği konusunda Alman doktrininde²⁵⁵ tartışmalar mevcutken İsviçre doktrininde²⁵⁶ hukuksal nitelik konusundaki yorumlar çoğunlukla aynı görüş etrafında toplanmaktadır. Buna karşın, Türk hukuk doktrininde konu, neredeyse hiç ilgi görmemiştir.

Barlas, alt katılım ortaklığının hukuksal niteliği olarak İsviçre ve Alman hukukunda üç görüş bulunduğunu, birinci görüşün alt katılımın adi ortaklık niteliğinde olduğu, ikinci görüşün gizli ortaklık niteliğinde olduğu, üçüncü görüşün ise mevcut hukuksal düzenlemelerin hiçbirine tam olarak uymadığı ve bu sebeple kendine özgü yapısı olan bir ortaklık ilişki olduğunu, gerek İsviçre gerekse Alman hukukunda geniş ölçüde hakim olan görüşün birinci görüş olan alt katılımın adi ortaklık niteliğinde olduğu görüşü olduğunu, alt katılım ortaklığının yapısı ve taşıdığı unsurların kanunda yer alan adi ortaklık tanımlamasına uyduğunu belirterek alt katılım ortaklığını, adi ortaklık olarak nitelendirmiştir²⁵⁷.

²⁵⁵ FRIEHE, s. 20 vd.; GROF, s. 22 vd.; HERZFELD, s. 270 vd.; HÜBNER, s. 257 vd.; BÖTTCHER/ZARTMANN, s. 20 vd.; BLAUROCK, s. 873 vd.

²⁵⁶ SIEGWART, s. 162; FELLMANN/MÜLLER, s. 953 vd.; THOMA, s. 287 vd.

²⁵⁷ BARLAS, s. 190- 194.

Şener, alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık türü olduğunu ve iç ortaklık şeklinde yapılandığını açıkça belirtmiştir²⁵⁸.

Aşkan, alt katılım ortaklığının yapısal olarak bir iç ortaklık, hukuki açıdan da bir adi ortaklık olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir²⁵⁹.

Ayhan, Çağlar ve Özdamar, alt katılım ortaklığının “ortaklık haklarını birlikte kullanma hakkı veren bir adi ortaklık sözleşmesi mahiyetinde” olduğunu ifade ederek açıkça adi ortaklık niteliğine vurgu yapmıştır²⁶⁰.

Bilge, lafzi olarak alt katılım ortaklığından bahsetmemişse de kitabının “*Adi Şirket*” bölümünde alt katılım ile ilgili “*şirket ortaklarından birisi yalnız başına üçüncü bir şahısla yaptığı başka bir şirket mukavelesi ile, o üçüncü kişiyi kendisinin ilk şirketteki hissesine iştirak ettirebilir veya hissesini tamamen ona devir edebilir*”²⁶¹ ifadelerine yer vermiştir. Yazarın alt katılımda üçüncü bir kişi ile yeni bir ortaklık sözleşmesi kurulacağı yönündeki ifadelerinden alt katılım ortaklığını bir adi ortaklık olarak nitelediği çıkarımı yapılabilir.

Karayalçın, alt katılım ortaklığından kavramsal olarak bahsetmemişse de yapısal olarak alt katılım ortaklığından bahsetmiş ve bu ortaklığı iç ortaklık olarak nitelemiştir²⁶². İç ortaklığı adi ortaklığın bir şekli olarak incelemiş olduğundan *Karayalçın*’ın da alt katılım ortaklığını adi ortaklık olarak nitelediği düşünülebilir. Fakat buna karşılık, aynı kitabın iç ortaklığı ayrıntıları ile açıkladığı diğer bölümünde ise 865 Sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nun hususi (gizli) ortaklığı düzenleyen hükümlerinin yeni Türk Ticaret Kanunu’na alınmadığını, bu sebeple iç ortaklığı, gizli ortaklık ve alelade iç ortaklık olarak ayırmanın bir anlamı olmadığını; kitapta iç ortaklık, gizli ortaklık ve hususi ortaklık terimlerinin aynı anlamda kullanıldığını belirtmiştir²⁶³. İç ortaklığın bir türü olan alt katılım ortaklığını ise iç ortaklığı açıkladığı bölüm içerisine almamıştır. Aynı kitap içerisinde alt katılım ortaklığının iç ortaklık

²⁵⁸ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 384- 385.

²⁵⁹ AŞKAN, s. 28.

²⁶⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82.

²⁶¹ BİLGE, s. 453.

²⁶² KARAYALÇIN, s. 152.

²⁶³ KARAYALÇIN, s. 173.

olarak nitelendirilip akabinde iç ortaklığın sadece gizli ortaklıktan ibaret olduğunun belirtilmesi, alt katılım ortaklığının da bir gizli ortaklık olarak nitelenmiş olabileceği ihtimalini akla getirmektedir. Ne var ki alt katılım ortaklığına değinilen bölümde, alt katılım ortaklığının gizli ortaklık şeklinde yapılandığına ilişkin bir beyanda da bulunulmamıştır.

Poroy ve Tekinalp ise kanunda “*alt katılım*” terimi ile iç ortaklığa işaret edildiğini, esasen iç ortaklığın TBK m. 632’de “*alt katılım*” olarak adlandırıldığını; paya katılma veya devir açıkça yapılmışsa alacağın temliki ve adi ortaklık, işlem gizli ise iç ortaklık hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir²⁶⁴. Dolayısıyla *Poroy ve Tekinalp* de alt katılımı, bir adi ortaklık türü olarak nitelendirmiştir. Çoğunlukla adi ortaklık hükümlerinin uygulanacağını belirtmişse de İsviçre’deki eski bir görüşten bahsederek iç ortağın dolayısıyla alt katılanın komanditere benzediğini, menfaatler dengesi göz önünde bulundurularak somut olayın özelliklerine göre komandit ortaklığa ilişkin hükümlerin alt katılım ortaklığına uygulanmasının doğru olacağını belirtmiştir²⁶⁵.

Hatemi, Serozan ve Arpacı alt katılımdan “*gizli iç şirket çerçevesinde alt-ıştirak*” olarak bahsetmiştir²⁶⁶. Buna göre yazarlar alt katılımı, bir iç ortaklık olmakla birlikte gizli ortaklık olarak nitelemektedir²⁶⁷.

Bozkurt, alt katılım ortaklığını adi ortaklık olarak nitelemiş ve gizli ortaklık ile iç ortaklığı aynı anlama gelecek şekilde kullanarak yapılanma biçiminin iç ortaklık ve gizli ortaklık olduğunu belirtmiştir²⁶⁸. Oysaki iç ortaklık ve gizli ortaklık aynı kavram değildir. Gizli ortaklık iç ortaklığın bir alt başlığı olup iç ortaklığın bir türüdür.

Pulaşlı, ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devrini açıklamış, aynı kuralların paya ıştirak yani alt katılım için de geçerli olduğunu belirtmekle

²⁶⁴ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74.

²⁶⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47.

²⁶⁶ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591.

²⁶⁷ Yazarlar, ortaklığı gizli ortaklık olarak nitelemiş olduğundan gizli ortaklıkla ilgili yapmış oldukları açıklamalara, bünyesine uygun düştüğü hallerde bu çalışmada alt katılım için atıf yapılmıştır. Bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 577 vd.

²⁶⁸ BOZKURT, s. 87.

yetinmiştir²⁶⁹. Fakat bu ifadelerini kitaplarında “*Adi Ortaklıkta İç İlişkiler*”, “*Adi Şirket*” başlığı altında düzenlediğinden, alt katılımın da iç ortaklık şeklinde bir adi ortaklık türü olduğu görüşünde olduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır.

Arslanlı, alt katılım ortaklığına kollektif şirket bünyesinde değinmiş, alt katılan ile asıl ortak arasındaki sözleşmenin gizli ortaklığa benzetilebileceğini ancak bu tür anlaşmaların adi ortaklık hakkındaki hükümlere tabi olduğunu belirtmiştir²⁷⁰.

Yalman ve Taylan, alt katılım ortaklığından bahsettiği bölümde “...ortaklardan birisi, yalnız başına üçüncü kişiyle yaptığı başka bir ortaklık sözleşmesi ile üçüncü kişiyi kendisinin ortaklıktaki payına ortak edebilir.” ifadelerine yer vermiştir²⁷¹. Bu cümle içerisinde “*başka bir ortaklık sözleşmesi ile*” ifadesinden yazarların alt katılım ortaklığını bir ortaklık olarak nitelediği, diğer ortaklık tiplerinden herhangi biri zikredilmeyerek ana ortaklık tipi olan adi ortaklığın işaret edildiği söylenebilir. Bu halde *Yalman ve Taylan*’ın alt katılım ortaklığını bir adi ortaklık olarak nitelediğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

Tekil, ortağın kendi payı üzerinde üçüncü kişi ile kurduğu ikinci ortaklığı “*hususî (gizli) şirket*” olarak isimlendirmiştir²⁷². Fakat yazar, farklı isimlendirmede bulunmuşsa da ortaya çıkan durumu açıklamada alt katılım ortaklığına ilişkin özelliklere yer vermiştir. Esasen birçok eserde de alt katılım ortaklığı ile gizli ortaklık arasındaki farka değinilmemiş, iki farklı ortaklık türü olan bu ortaklıklar, tek ortaklık çeşidiymiş gibi açıklanmıştır.

Çevik, alt katılım ortaklığının tarafları arasında “*Hususî Şirket (Gizli Şirket, Özel Şirket)*” olduğunu belirtmiştir²⁷³. Buna göre yazar, alt katılım ortaklığının hukuksal niteliğinin gizli ortaklık olduğu görüşündedir.

Bilgili, alt katılım ortaklığını dışarıya karşı ortaya çıkanın yalnızca asıl ortaklığın ortağı olması gerekçesi ile alt katılımı bir gizli ortaklık ilişkisi olarak

²⁶⁹ PULAŞLI, Şerh, s. 81- 82; PULAŞLI, Temel Esaslar, s. 32- 33.

²⁷⁰ ARSLANLI, s. 407.

²⁷¹ YALMAN/ TAYLAN, s. 161.

²⁷² TEKİL, s. 144.

²⁷³ ÇEVİK, s. 97, dn. 10.

nitelemektedir²⁷⁴. Bilgili, kitabında Türk hukukunda *Barlas*'ın da alt katılımın gizli ortaklık olarak nitelediğini belirtmişse de²⁷⁵ *Barlas*, başından beri alt katılım ortaklığının adi ortaklık niteliğinde olduğunu savunduğu, dolayısıyla *Bilgili*'nin çıkarımının doğru olmadığını beyan etmiştir²⁷⁶.

Alman hukuk doktrininde ise geniş ölçüde alt katılım ortaklığının hukuksal niteliğinin adi ortaklık olduğu görüşü hakimdir²⁷⁷. Alt katılım ortaklığını bir gizli ortaklık niteliğinde olduğunu belirten yazarlar²⁷⁸ olduğu gibi hali hazırdaki hukuki kurumların hiçbirisine benzemeyen, kendine özgü atipik bir ortaklık ilişkisi olduğunu belirten yazarlar da vardır²⁷⁹. Kendine özgü bir ortaklık çeşidi olduğu görüşünün gerekçesi, ne adi ortaklık ne de alt katılım ortaklığı ya da başka şirketler hukuku hükümlerinin alt katılım ortaklığına tam olarak uymamasıdır²⁸⁰.

İsviçre hukukunda ise çoğunlukla alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık olduğu ve iç ortaklık şeklinde yapılandığı açık bir şekilde belirtilmektedir²⁸¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık türü olduğu gerek Alman gerekse İsviçre hukuk doktrininde hakim olan görüştür. Türk hukuk doktrininde belirgin bir tartışma olmasa da alt katılım ortaklığı çoğunlukla adi ortaklık olarak nitelenmiştir. Ancak alt katılım ortaklığının kendine özgü atipik bir yapısının olduğu da reddedilmemelidir. Gerçekten temsil, yönetim, sona erme gibi konularda alt katılım ortaklığı ile adi ortaklık arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple alt katılım ortaklığının hukuki niteliğinin adi

²⁷⁴ BİLGİLİ, Fatih, *Gizli Ortaklık*, s. 98.

²⁷⁵ BİLGİLİ, *Gizli Ortaklık*, s. 97, dn. 248.

²⁷⁶ BARLAS, s. 193, dn. 525.

²⁷⁷ HERZFELD, s. 271; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 73; WATERSCHEK, s. 2; BLAUROCK, s.873; Diğer yazarlar ve görüşler için bkz. BARLAS, s. 190.

²⁷⁸ GUMMERT, Hans/ MEIER, Mareike, "Beteiligung Dritter an den wirtschaftlichen Ergebnissen ärztlicher Tätigkeit", Aufsätze, MedR 25, 2007, s. 81; HÜBNER, s. 257- 258, Yazar açıkça gizli ortaklık niteliğinden bahsetmemişse de HGB § 230- 236 arasında düzenlenen gizli ortaklığa ilişkin hükümlerden bahsederek alt katılım ortaklığına gizli ortaklık hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir.

²⁷⁹ FRIEHE, s. 29.

²⁸⁰ FRIEHE, s. 29.

²⁸¹ THOMA, s. 297, 299; SIEGWART, s. 162; FELLMANN/ MÜLLER, s. 955.

ortaklık olduğunu belirtildikten sonra adi ortaklık çeşitleri arasında kendine özgü atipik bir karakter taşıdığına belirtilmesinde fayda vardır.

2. Uygulanacak Hükümler

Alman hukuk doktrininde hakim olan görüş, alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık olması ise de uygulanacak hükümler konusunda çoğunlukla HGB § 230- 236 arasında düzenlenen gizli ortaklığa ilişkin hükümlere atıfta bulunmaktadır²⁸². Buna göre gizli ortaklığa ilişkin hükümler, yapısına uygun düştüğü ölçüde alt katılım ortaklığına da uygulanmalıdır. İsviçre hukuk doktrininde ise alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık çeşidi olduğu belirtildiğinden adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, ancak duruma göre sözleşmenin yorumlanmasında gizli ortaklığa ilişkin kuralların da göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir²⁸³.

Gizli ortaklığa ilişkin TK m. 518- 526 arasında evvelce mevcut hükümler artık kanunda yer almadığından Türk hukuku için böyle bir çözüm yolunun uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Kaldı ki Alman hukuk doktrininde dahi yalnızca gizli ortaklık değil, niteliğine uygun düştüğü ölçüde şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir²⁸⁴. Sözleşmenin yorumlanmasında duruma göre gizli ortaklığa ilişkin kurallardan yararlanılabileceğinin belirtilmesine ise gerek yoktur. Zira alt katılım ortaklığı ve gizli ortaklık, birer iç ortaklık türüdür. Her iki ilişkinin aydınlatılmasında da iç ortaklığa ilişkin kurallar göz önünde bulundurulur. Bu nedenle her iki ortaklık türü de zaten birçok ortak özellik gösterir.

Türk hukuk doktrininde alt katılım ortaklığına hukuki niteliği doğrultusunda yapısına uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri uygulanması gerektiği belirtilmektedir²⁸⁵. Bununla birlikte alt katılım ortaklığının bir iç ortaklık türü olması

²⁸² FRIEHE, s. 14, 29; HÜBNER, s. 257 vd.; BLAUROCK, s. 873 vd. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74.

²⁸³ FELLMANN/ MÜLLER, s. 955, 964; THOMA, s. 297, 299; SIEGWART, s. 162.

²⁸⁴ FRIEHE, s. 29.

²⁸⁵ BARLAS, s. 190- 194; AŞKAN, s. 28;

göz önünde bulundurularak uygulanacak hükümler, iç ortaklıkların özelliklerinden türetilmelidir²⁸⁶.

Kanunda doğrudan alt katılım ortaklığına ilişkin hükümlere yer verilmediğinden taraflar, ilişkinin esaslarını sözleşme ile açık bir şekilde belirlemelidir. Özellikle alt katılım ortaklığı ile adi ortaklığın bire bir örtüşmeyen özellikleri bakımından sözleşmede düzenleme yapılmış olması önemlidir.

Uygulanacak hükümler bu şekilde belirlendikten sonra taraflar arasındaki sözleşmedeki düzenlemeler ve adi ortaklık hükümlerinin hangi sıra ile uygulanacağı belirlenmesi önemlidir. Alelade adi ortaklık sözleşmelerinde dahi kanun düzenlemesinin çoğunlukla emredici nitelikte olmadığı göz önünde bulundurulduğunda çok daha özel bir adi ortaklık türü olan alt katılım ortaklığında taraflar arasındaki sözleşmenin öncelikli olarak uygulanması gerektiği belirtilmelidir²⁸⁷. Kanunda kendisine ayrıntılı olarak yer bulamayan bu yapının ne şekilde ve hangi şartlarda uygulanması gerektiğinin aydınlatılması açısından alt katılım ortaklığı sözleşmesinde ayrıntılı düzenleme yapılması tarafların çıkarlarının korunması açısından neredeyse bir zorunluluktur. Ancak taraflar arasında sözleşmenin ayrıntıları düzenlenmemiş, yalnızca kısmi bir düzenleme yapılmışsa hakim, taraflar arasındaki mevcut anlaşmayı göz önünde bulundurarak uygun bir düzenleme ile boşluğu doldurmalıdır²⁸⁸. Bu düzenleme yapılırken payın ait olduğu asıl ortaklıktaki durum ve koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır²⁸⁹. Sözleşmede hiç düzenlenmeyen veya genel olarak düzenlenip ayrıntıları belli olmayan konular için alt katılım ortaklığının iç ortaklığın bir türü olması göz önünde bulundurularak, iç ortaklık özelliklerinden alt katılım ortaklığına uygulanacak kurallar türetilmelidir. En

²⁸⁶ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 581; BARLAS, s. 194; WATERSCHEK, s. 4; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74.

²⁸⁷ BARLAS, s. 194; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 581, FRIEHE, s. 18 vd.; BLAUROCK, s. 880; THOMA, s. 308; FELLMANN/ MÜLLER, s. 964.

²⁸⁸ FRIEHE, s. 40.

²⁸⁹ FRIEHE, s. 51.

nihayetinde gerek alt katılım ortaklığının gerekse iç ortaklıkların birer adi ortaklık olması nedeniyle ikinci derecede adi ortaklık hükümleri uygulanmalıdır²⁹⁰.

Buna göre bir alt katılım ortaklığı ilişkisine emredici normlara aykırı olmamak kaydıyla öncelikle alt katılım ortaklığı sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Bu hükümler yorumlanırken, adi ortaklık karakteri göstermesi sebebiyle adi ortaklığa ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmedeki boşluklar için alt katılım ortaklığının tabiatına, özellikle iç ortaklık karakterine aykırı düşmeyecek şekilde kıyas yoluyla amaca uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığı düzenleyen TBK m. 620 vd. düzenlemeleri uygulanmalıdır²⁹¹.

3. Adi Ortaklık Olarak Alt Katılım Ortaklığı

Alt katılım ilişkisi, adi ortaklık niteliğinde bir ortaklık türüdür²⁹². Bu sebeple adi ortaklığın özelliklerini bünyesinde barındırır. Adi ortaklık temeline dayalı olarak da bir iç ortaklık modeli olarak yapılır²⁹³.

Ortakların amacı, asıl ortağın “*ortak*” sıfatından müştereken yararlanmak ve asıl ortaklıktaki payı karlı bir şekilde kullanmaktır²⁹⁴. Alt katılım ortaklığında da müşterek amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*) unsuru bulunmalıdır²⁹⁵. Alt katılım ortaklığında alt katılan, dış ilişkide aktif olarak rol almadığından ve çoğunlukla payın malvarlığına ilişkin değerlerine katıldığından müşterek amaç için aktif olarak

²⁹⁰ ARSLANLI, s. 407; GROF, s. 27; *Kalpsüz* adi ortaklık ile ilgili genel açıklamalarında sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ikincil olarak TBK hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Benzer yönde alt katılım sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü hallerde TBK'nın adi ortaklığa ilişkin hükümleri, alt katılım ilişkisine de uygulanmalıdır. KALPSÜZ, s. 209.

²⁹¹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 581; BARLAS, s. 194.

²⁹² ARSLANLI, s. 407; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74; BARLAS, s. 181; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; FRIEHE, s. 40; HERZFELD, s. 271; WATERSCHEK, s. 2; BLAUROCK, s.873; THOMA, s. 297, 299; SIEGWART, s. 162; FELLMANN/ MÜLLER, s. 955; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 73.

²⁹³ BARLAS, s. 142, 185; KARAYALÇIN, s. 152; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; HÜBNER, s. 257; FRIEHE, s. 20 vd.; BLAUROCK, s. 873; THOMA, s. 299; GUMMERT/ MEIER, s. 81; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 30, 73; FELLMANN/ MÜLLER, s. 955; BİLGE, s. 453; BAHTİYAR, s. 42, dn. 68, Yazar, *Barlas*'a gönderme yaparak alt katılımın adi ortaklık olduğunu belirtmiştir.

²⁹⁴ FRIEHE, s. 19; THOMA, s. 297, 306; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962, 964- 965; GUMMERT/ MEIER, s. 81.

²⁹⁵ BİLGİLİ, *Gizli Ortaklık*, s. 98; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962; GUMMERT/ MEIER, s. 81; GROF, s. 26.

çaba göstermesi zorsa da ortak amacın gerçekleşmesine aykırı davranışlardan kaçınma da *affectio societatis* olarak değerlendirildiğinden²⁹⁶ en azından bu davranışlardan kaçınmalıdır. Bu davranışlara örnek olarak alt katılanın alt katılım ortaklığı ile rekabet yapmaması gösterilebilir²⁹⁷. Ancak alt katılan, çabasını asıl ortaklığın amacı için göstermek zorunda değildir. Alt katılanın müşterek amaç uğruna göstereceği çaba, asıl ortak ve kendisi arasındaki ilişkide mevcut olmalıdır²⁹⁸. Bu durum alt katılanın, asıl ortaklıkta ortak sıfatını kazanmamasının da bir sonucudur.

Alt katılım ortaklığı oluşturma nedeni ile amacı çoğu zaman aynı olsa da bazen ortaklığı oluşturma nedeni öne çıkarak amacı gizler²⁹⁹. Buna örnek olarak asıl ortağın mirasçılarını asıl ortaklık işleyişi ile ilgili eğitmek için mirasçıları ile girdiği alt katılım ilişkisi gösterilebilir³⁰⁰. Burada alt katılım ortaklığı oluşturma nedeni mirasçıların asıl ortaklık hakkında bilgi edinmesidir. Amaç ise kar elde etmenin yanında mirasçıların asıl ortaklık ile ilgili bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır³⁰¹. Diğer bir deyişle amaç, ortaklığa girme nedeninin gerçekleşmesi ve ayrıca kar elde etmektir. Fakat amaç, ortaklığa girme nedenini de kapsayacak şekilde daha geniş bir kavram olmasına rağmen ortaklığa girme nedeni daha ön plandadır. Alt katılım ortaklığı taraflarının bu ortaklıktan beklentileri kar elde etmekten çok alt katılan mirasçıların şirketi yakından tanınması ve şirket işleyişi hakkında bilgi sahibi olmasıdır.

Alt katılım ortaklığı da tıpkı adi ortaklık gibi sürekli veya geçici ortaklık olarak kurulabilir³⁰². Asıl ortaklık sürekli bir ortaklıkta alt katılım ortaklığı sürekli veya geçici bir ortaklık olarak kurulabilir. Buna karşılık asıl ortaklık geçici bir ortaklıkta bunun sonucu olarak alt katılım ortaklığı da geçici ortaklık olarak kurulacaktır³⁰³. Asıl ortaklığın geçici bir ortaklık olmasına rağmen alt katılım ortaklığının sürekli ortaklık

²⁹⁶ ŞENER, Adi Ortaklık, s.116-117; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 25; PULAŞLI, Şerh, s. 36; BOZKURT, s. 17.

²⁹⁷ Adi ortaklıkta *affectio societatis* unsurunun rekabet etmemeyi de kapsadığına ilişkin açıklamalar için bkz. BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 25.

²⁹⁸ ARSLANLI, s. 407; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47.

²⁹⁹ FRIEHE, s. 20.

³⁰⁰ FRIEHE, s. 20.

³⁰¹ FRIEHE, s. 20.

³⁰² BARLAS, s. 185.

³⁰³ BARLAS, s. 185.

olarak kurulmasına hukuki bir engel yoktur. Ancak geçici nitelikte kurulan asıl ortaklık sözleşmesi amacına ulaşınca sona ereceğinden ortada alt katılıma konu bir pay da kalmayacak ve buna bağlı olarak alt katılım ortaklığı da sona erecektir.

D. Alt Katılıma Konu Asıl Ortaklık Payı

1. Elbirliği Mülkiyeti Kapsamında Asıl Ortaklık Payı

Elbirliği mülkiyetinde ortakların tek başına tasarrufta bulunabileceği birbirinden bağımsız bölünmüş ve belirli payları yoktur³⁰⁴. Bu nedenle elbirliği mülkiyetine konu eşya üzerinde paylaşma gerçekleşmeden ortakların tasarrufta bulunması söz konusu değildir³⁰⁵. Malvarlığı üzerinde ortakların tamamının aynı anda ve birlikte mülkiyet hakkı vardır³⁰⁶. Mülkiyet hakkının kullanılması ve buna bağlı olarak tasarruf işlemleri, ancak oybirliği ile ortakların tamamı tarafından birlikte gerçekleştirilebilir³⁰⁷. Ortada tek bir mülkiyet hakkı vardır ve bu hakkın sahibi birden fazla kişidir³⁰⁸. Adi ortaklıkta ise ortaklık sona erip tasfiye sonucunda malvarlığı paylaşılana kadar ortakların, ortaklık malvarlığı üzerinde eylemli ve belirlenebilir bir payı veya hakkı yoktur³⁰⁹. Dolayısıyla asıl ortağın elbirliği mülkiyetindeki gibi herhangi bir mal üzerinde belirlenmemiş bir payı da bulunmaz³¹⁰. Ancak ortaklığın kazancı paylaştırıldığında her bir ortağın kendisine ait malvarlığı hakkına ilişkin bir payı bulunur.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların eşya veya malvarlığı değerinde tek başına tasarruf etme imkanı yoksa da bu yalnızca mülkiyete konu eşya veya malvarlığı değeri ile ilgilidir. Buna karşın ortakların tek başına tasarrufta bulunabileceği tasfiyeye

³⁰⁴ EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2020, s. 139; GÜMAN, Nihat, Elbirliği Mülkiyeti İle Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2010, s. 17; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II - Mülkiyet, Ankara, 2016, s. 123; AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 410; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020, s. 396; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020, s.426.

³⁰⁵ HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020, s. 78; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 426- 427.

³⁰⁶ AKINTÜRK, s. 408- 409; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 426.

³⁰⁷ GÜMAN, s. 17; HATEMİ, s. 78.

³⁰⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY – ÖZDEMİR, s. 394; AKINTÜRK, s. 409.

³⁰⁹ CENGİZ, Delil, Adi Ortaklık Payının Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2019 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 32.

³¹⁰ CENGİZ, s. 32, Yazar, bunun gerekçesi olarak TBK m. 643/II hükmü ile açıklamaktadır.

yönelik bir katılım hakkı ve elbirliği mülkiyetine konu malvarlığının gelirleri ile ürünleri vardır³¹¹. Tasfiyeye yönelik katılım hakkı, ortaklığın malvarlığı paylaşıldığında veya tasfiye gerçekleştiğinde her bir ortağa düşecek malvarlığı hak ve talepleridir³¹². Bu kavram eşya hukukunda çoğunlukla “katılma payı” veya “tasfiye payı” olarak nitelense de burada kastedilen anlam, ortaklıklar hukukundaki “katılma payı” kavramından farklıdır. Çalışmada bu kavramlar, karışıklık olmaması adına “katılım hakkı” olarak ifade edilecektir³¹³. Buna göre katılım hakkı, olası bir tasfiye halinde arta kalan bedel üzerinden ortağa düşecek olan haklar ve elbirliği ile hak sahipliğine konu malvarlığının getirilerinden ortağa düşecek olan haklardır. Ortakların katılım hakkı; genellikle 1/2, 1/5 gibi kesir ile ifade edilir³¹⁴. Ortaklar kendilerine ait bu katılım hakkı üzerinde tek başına serbestçe tasarruf edebilir; bu payı ivazlı veya ivazsız olarak rehnedebilir, devredebilir³¹⁵ ve hatta alt katılım ortaklığında olduğu gibi paya başka birisini ortak edebilir.

Ortaklardan birinin katılım hakkını devretmesi, elbirliği mülkiyetine konu eşyanın değil, sadece eşya üzerinde devreden ortağa tanınan katılım hakkının devredilmesi ve dolayısıyla yalnızca bu hak üzerinde tasarrufta bulunulması anlamına gelir³¹⁶. Katılım hakkını devralan kişi, ortaklık sıfatını kazanamaz, mülkiyet konusu eşya üzerindeki yönetim konularında söz sahibi olamaz, paylaşmanın yapılmasını isteyemez³¹⁷. Sadece malvarlığına ilişkin talepte bulunma hakkı kazanır; buna göre devralan, ortaklıktan tasfiye sonucu arta kalan bedelin ve ortaklığın gelir ile ürünlerinin kendisine verilmesini talep edebilir³¹⁸.

Yine ortaklardan birinin katılım hakkına üçüncü bir kişiyi ortak ederek alt katılım ortaklığı kurmasında da durum aynıdır. Alt katılan yalnızca elbirliği mülkiyetine konu eşyada var olan asıl ortağa ait hakka ortak olur. Doğrudan eşya

³¹¹ EREN, s. 139- 140; AKINTÜRK, s. 411; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY – ÖZDEMİR, s. 397.

³¹² EREN, s. 140.

³¹³ Akıntürk de açıklamalarını yaparken bu kavramları “katılım hakkı” olarak isimlendirmiştir. Ayrıntı için bkz. AKINTÜRK, s. 411 vd.

³¹⁴ AKINTÜRK, s. 411.

³¹⁵ AYAN, Mehmet, s. 124; EREN, s. 140.

³¹⁶ EREN, s. 140; AKINTÜRK, s. 411; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 401.

³¹⁷ AYAN, Mehmet, s. 124; AKINTÜRK, s. 411; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 401.

³¹⁸ AKINTÜRK, s. 411; AYAN, Mehmet, s. 124.

üzerinde bir ortaklığı olmadığı gibi elbirliği mülkiyeti ortaklarından biri haline de gelmez. Ortakların alacaklıları için de aynı durum söz konusudur. Alacaklı üçüncü kişiler, ortakların borçları nedeniyle doğrudan ortaklık mallarını haczettiremez, yalnızca ortağa ait ve ortağın tasarrufta bulunabileceği katılım hakkı ile kazanç payını haczettirebilir ve bunun için de öncelikle ortaklığın sona erdirilip tasfiye edilmesi gerekir³¹⁹.

Adi ortaklıktaki hak sahipliği de çoğunlukla elbirliği mülkiyetindeki kurallara tabi olsa da iki kavram bir noktada farklılaşır. Elbirliği mülkiyetindeki aksine ortaklık sona erip tasfiye sonucunda malvarlığı paylaşılana kadar ortakların, ortaklık malvarlığı üzerinde kesir ile ifade edilebilecek bir payı veya hakkı da yoktur³²⁰. Buna bağlı olarak asıl ortağın elbirliği mülkiyetindeki gibi herhangi bir mal üzerinde belirlenmemiş bir payı da bulunmaz³²¹. Ancak ortaklık devam ederken ortaklara kazancın paylaşılması halinde her ortağın birbirinden bağımsız bir malvarlığı hakkı bulunur. Yine ortaklık sona erip tasfiye gerçekleştiğinde de her bir ortağın kendisine ait malvarlığı hakkına niteliğinde bir tasfiye payı bulunur.

2. Adi Ortaklık Payı Üzerinde Alt Katılım Ortaklığı Kurulması

Asıl ortaklıkta ortaklar, ortaklığa getirdikleri katılım payları üzerindeki – katılım payı olarak getirilen hakkın niteliğine göre- mülkiyet, kullanma, yararlanma gibi haklarını kaybeder ve bu hakların yeni sahibi ortaklık olur³²². Fakat adi ortaklık, bağımsız bir hak öznesi olmadığından³²³ katılım payı olarak getirilen değerler

³¹⁹ EREN, s. 141; AYAN, Mehmet, s. 128; AKINTÜRK, s. 411; YASAN, s. 39.

³²⁰ CENGİZ, s. 32; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 182; BARLAS, s. 104; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583.

³²¹ CENGİZ, s. 32, Yazar, bunun gerekçesi olarak TBK m. 643/II hükmü ile açıklamaktadır.

³²² BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 24; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583.

³²³ Adi ortaklığın bağımsız bir hak öznesi olmadığı görüşündeki yazarlar için bkz. BARLAS, s. 80 vd.; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 44; KARAYALÇIN, s. 133; ŞENER, Adi Ortaklık, s.153 vd.; ÖZENLİ, s. 6; PULAŞLI, Şerh, s. 39 vd.; TEKİL, s. 135; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 580; ANSAY, Adi Şirket Dernek, s. 124 vd.; CANARSLAN, Gökçe, Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirlerine Karşı İç İlişkideki Borçları, İstanbul, 2020, s. 21, ERİŞİR, Evrim; Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir, 2007, s. 219 vd.; Buna karşılık *Hatemi, Serozan ve Arpacı*, adi ortaklığın gerçek kişi ile tüzel kişi arasında ortalama bir yer tuttuğunu, sıradan bir gerçek kişi değil ondan fazla bir şey olup tüzel kişiliğe oldukça yakın olduğunu, hatta adi ortaklığın bölümsel hak ehliyetine sahip bir hak öznesi saymanın bile düşünülebileceği görüşündedir. Ayrıntı için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 579, 585; *Ansay* da konuya daha ılımlı bakmış, kimi durumlarda olayın özelliklerine göre adi ortaklık hak süjesi kabul etmek ve bir tüzel kişilik vermek yerine ortaklığa hak ehliyeti tanınan

üzerindeki hak sahipliği sıfatı, ortaklara aittir³²⁴. Bu birlikte hak sahipliği TBK m. 638/I gereği kural olarak elbirliği ile hak sahipliğidir. Bu durum, ortaklıklar hukukunda yalnızca adi ortaklığa özgüdür³²⁵. Tüm bu bilgiler ışığında alt katılım ortaklığında kanunda geçen lafzıyla “*paya ortak etme*” eyleminin ifade ettiği anlam önemlidir.

Bir adi ortaklığın malvarlığının bulunması, ortaklık için zorunlu bir unsur değilse de ortakların katılma paylarını ifa etmesi, ortaklığın faaliyeti sonucu kazanılan değerler veya ortaklığın malvarlığından çıkan ve bu malvarlığının yerine geçen tazminat gibi değerlerle çoğu kez, ortakların şahsi malvarlığından bağımsız ve özel bir malvarlığı oluşur³²⁶. Bu malvarlığı içerisinde “*benim, senin, onun*” diye nitelendirilebilecek bir değer bulunmayacağından³²⁷ asıl ortaklık içerisinde asıl ortağın TMK m. 702/III gereği tasarrufta bulunabileceği kendisine ait bir payı bulunmaz. Ortaklık malvarlığı üzerinde ortakların sayısal hisseleri ve bu hisseleri tasarrufta bulunma yetkisi olmadığından³²⁸ alt katılım ortaklığı kurulurken asıl ortağın alt katılana, asıl ortaklıktaki belirli bir yüzde veya orandaki ortaklık payı üzerinde ortaklık kurmayı taahhüt etmesi mümkün değildir, çünkü elbirliği ile hak sahipliğinin bir gereği olarak asıl ortağın ve tüm ortakların, yüzde ile belirtilebilecek üzerinde serbestçe hukuki veya fiili olarak tasarrufta bulunabileceği tasarrufa elverişli bir payı yoktur³²⁹. Ancak temsile ilişkin hükümler çerçevesinde veya tüm ortakların katılımı ile

gerekebileceğini, bu durumun üçüncü kişilerin çıkarlarını gözetmek bakımından da önemli olduğunu belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. ANSAY, Tuğrul, “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 1 vd.; Ayrıca Alman Federal Mahkemesinin bir kararında adi ortaklığa hak ehliyetini tanınması da düşündürücüdür. Kararla ilgili olarak bkz. NARBAY, Şafak / DELİDUMAN, Seyithan; “Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, 2002, s. 578 vd.; BİLGİLİ, Fiil Ehliyeti, s. 197 vd. *Bilgili*, bu makalesinde Alman Federal Mahkemesi kararında “*fiil ehliyeti*” kavramından bahsedildiğini belirtmişse de kararda “*hak ehliyeti*” söz konusu olduğu için doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz. BARLAS, s. 83- 84, dn. 219.

³²⁴ CANARSLAN, s. 21; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583; ÖZENLİ, s. 60- 61.

³²⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 44.

³²⁶ ARSLANLI, s. 74; BARLAS, s. 102; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 179; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 585.

³²⁷ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583.

³²⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 182; BARLAS, s. 104; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583.

³²⁹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 584.

oybirliğiyle alınacak kararlar tasarruf gerekleřtirilebilir³³⁰. Ortakların belirli bir payı var ise de bu pay, eylemli olarak belirli veya belirlenebilir değildir; her ortağın payı, ortaklığın tamamı üzerindedir³³¹. Her ortak, diğer ortaklar ile birlikte ortaklıkta tam bir mülkiyet hakkı sahibidir³³². Her ne kadar TBK m. 632/II’de “*paya ortak etme*” hali alt katılım olacak düzenlenmişse de bu ifadedeki pay kavramı anonim, limited şirketlerdeki gibi sayısal bir hisseyi ifade etmez.

Asıl ortağın tek başına tasarrufta bulunabileceği haklar, diğer asıl ortaklık ortaklarında olduğu gibi; kar payı, zarar payı, gelecekteki olası tasfiye veya ortaklıktan ayrılma durumunda kendisine kalacak olan uyuyan, gizli, soyut olarak bekleyen tasfiye payı ve ayrılma payı gibi salt olarak malvarlığı niteliğinde olan kendi ortaklık payına bağlı haklardır³³³. Asıl ortak, bu hakları serbestçe devredebilir ve bu haklar üzerinde ortaklık kurabilir. Dolayısıyla alt katılım ortaklığına konu pay, malvarlığı değerleri açısından değerlendirildiğinde asıl ortağın kar payı, zarar payı, ayrılma payı ve tasfiye payı gibi malvarlığı hakkına ilişkin paylarıdır. Diğer bir deyişle kanundaki “*paya ortak etme*” ifadesi, öncelikle her bir ortağın kendisine ait olan ve yine bizzat kendisinin tasarrufta bulunabileceği malvarlığı değerini ifade eder.

Alt katılım ortaklığı, malvarlığı değerlerinin yanında asıl ortağa ait ortaklık haklarının da alt katılım ortaklığının menfaatine olacak şekilde kullanma anlamına geldiđinden³³⁴ alt katılım ortaklığı, yalnızca ortağa ait malvarlığı değerleri bir bütün olarak adi ortaklık payının³³⁵ tamamı üzerinde kurulmaktadır. Nitekim bu nedenle alt katılan yalnızca kazanca değil abonelik hakkı gibi paya bağlı tüm avantajlara da katılır³³⁶.

³³⁰ BARLAS, s. 104- 105; şENER, Adi Ortaklık, s. 183; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 583- 584; ÖZENLİ, s. 62; ARSLANLI, s. 64.

³³¹ ÖZENLİ, s. 62; ARSLANLI, s. 64.

³³² ARSLANLI, s. 64.

³³³ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 584, 585; BARLAS, s. 105; HERZFELD, s. 302; BLAUROCK, s. 893- 894.

³³⁴ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965- 966; FRIEHE, s. 14; SIEGWART, s. 162; YONGALIK, Sermaye Payı, s. 97.

³³⁵ Diğer pay çeşitlerinden farklı bir anlama gelmek üzere “*Adi ortaklık payı*” kavramı, Türk hukukunda Cengiz, tarafından bir pay çeşidi olarak kabul edilmiş ve incelenmiştir. Ayrıntı için Bkz. CENGİZ, s. 32- 34.

³³⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, I- A. Kar ve Zarara Katılma.

Alt katılanın kara katılması, alt katılım ortaklığının vazgeçilmez bir unsuru olduğundan³³⁷ alt katılım ortaklığı, öncelikli olarak asıl ortağa ait kar payı üzerinde kurulur. Kar payına katılma, vazgeçilmez bir unsur olduğundan hiçbir ihtimalde kazanç payı dışarıda tutularak asıl ortağın diğer malvarlığına ilişkin payları üzerinde alt katılım ortaklığı kurulamaz. Nitekim bu sonuç, alt katılım ortaklığındaki asıl ortaklığa ait payı işletme ve birlikte kar elde etme amacının da bir gereğidir.

Alt katılım ortaklığının kazanç payı dışarıda tutularak salt olarak ayrılma payı veya tasfiye payı üzerinde kurulması mümkün değildir. Bunun nedeni ayrılma payında ortağın ortaklıktan çıkmış olması ve ortada bir pay kalmamış olması, tasfiye payında ise ortağın payı bir yana payın ait olduğu ortaklığın dahi sona ermiş olmasıdır. Bu hallerde alt katılım ortaklığının yegane amacı olan asıl ortaklıktaki paya sahip olup o paydan kazanç elde etme amacı gerçekleşemez ve amaç henüz baştan imkansızdır. Ancak ortağın kazanç payı veya ayrılma payını kullanarak başka bir ortaklıkta alt katılım ilişkisine girmesi düşünülebilir.

Yalnızca payın getirilerine veya paya bağlı zararlara değil, payın değerindeki değişiklikleri de kapsayacak şekilde payın tamamına katılma halinde meydana gelen atipik alt katılım ortaklığında³³⁸ ise katılıma konu pay daha geniş yorumlanır. Bu durumda payın tamamına katılma hali mevcut olsa da alt katılım ortaklığı, yine bir malvarlığı değeri üzerinde kurulmaktadır.

Adi ortaklık payı üzerindeki alt katılım ortaklığı daha karmaşık yapıları ortaya çıkan ve adi ortaklık şeklinde yapılan iş ortaklıklarına ait payda da meydana gelebilir. Gerçek veya tüzel kişilerin bir araya gelerek belirli bir işi gerçekleştirmek amacıyla birbirinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünü yerine getirdiği adi ortaklık niteliğindeki konsorsiyumlara ait paylarda alt katılım ortaklığı kurulması mümkündür³³⁹. Yine birden fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek

³³⁷ THOMA, s. 308; HERZFELD, s. 302; FRIEHE, s. 66; GUMMERT/ MEIER, s. 81; BLAUROCK, s. 874; WATERSCHEK, s. 3;

³³⁸ Bkz. İkinci Bölüm IV.B.Atipik alt katılım ortaklığı.

³³⁹ THOMA, Max, "Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft nach der schweizerischen Doktrin und Praxis", ZSR, Bd. 66, 1947, s. 313- 314; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 83; LEKESİZ, Muzaffer, Konsorsiyum Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 57, 59, 111, Yazar, konsorsiyumlarda mevcut üyelerden birinin payına üçüncü bir kişiyi ortak ederek

oluşturduğu kartel, konzern, joint venture³⁴⁰ gibi iş ortaklıklarının ortaklık şeklinde yapılması halinde bunlara ait paylar üzerinde de alt katılım ortaklığı kurulabilir. Bu birleşmelerin çoğunlukla büyük çaplı işlerin yerine getirilmesinde tercih edilen birer iş ortaklığı olduğu düşünüldüğünde, kimi durumlarda işin hızlandırılarak teslimat zamanına yetiştirilmesinin sağlanması kimi durumlarda maliyetinin ucuzlatılması gibi amaçlara da kolayca hizmet edebileceği için bu ortaklıklarda alt katılım ortaklığına başvurmak önemli bir fayda sağlayabilir.

3. Ticaret Şirketlerine Ait Pay Üzerinde Alt Katılım Ortaklığı Kurulması

Alt katılım ortaklığı, yalnızca adi ortaklık ve çeşitlerinde meydana gelmez. Adi ortaklık dışındaki bir ortaklık türünde de ortak sıfatını taşıyan kişi ile o kişiye ortak olan üçüncü bir kişi arasında alt katılım ortaklığı kurulabilir³⁴¹. Bunun için payın varlığı yeterlidir; adi, kollektif, komandit, limited veya anonim şirket, hatta kooperatif üzerinde bile alt katılım ilişkisi kurulabilir, diğer bir deyişle şirketin türü önem arz etmez³⁴². Hatta gizli ortağa ait payda dahi gizli ortak ile alt katılan arasında alt katılım ortaklığı kurulması mümkündür³⁴³. Gizli ortağa ait payda alt katılım ortaklığı kurulduğunda bir yandan payın işletme sahibi ile gizli ortak arasında, diğer yandan gizli ortak ile alt katılan arasında hukuki ilişki vardır³⁴⁴. İşletme sahibi ile gizli ortağın alt katılanı arasında ise herhangi bir bağlantı yoktur³⁴⁵.

oluşturacağı alt katılım için ortaklık tarafından oybirliği ile karar alınması gerektiğini belirtmiştir. Alt katılım ortaklığı yalnızca payına ortak eden asıl ortak ve alt katılan arasında bir hukuki ilişki ortaya çıkarttığından, ayrıca alt katılım ortaklığının en önemli özelliklerinden birinin ortakların rızasına ihtiyaç duyulmaksızın kurulması olduğundan ve bu düzenlemeye açıkça kanunda da yer verildiğinden yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

³⁴⁰ TİLE, Latif, *Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri*, İstanbul, 2013 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 79.

³⁴¹ SIEGWART, s. 162; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963; HERZFELD, s. 279; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20; BARLAS, s. 177, 180; GROF, s. 23 vd.; HÜBNER, s. 257; AŞKAN, s. 28; BLAUROCK, s. 874; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 46.

³⁴² SIEGWART, s. 162; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20, 75; BARLAS, s. 177, 180; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 49; *Arslanlı* da alt katılımı kollektif şirketin payı üzerinden anlatmıştır. Ayrıntı için bkz. ARSLANLI, s. 407; AŞKAN, s. 28; BLAUROCK, s. 874.

³⁴³ FRIEHE, s. 28; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 41; BLAUROCK, s. 874; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963.

³⁴⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 41- 42.

³⁴⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 41- 42.

Uygulamada daha çok adi ortaklık gibi ortakların kişisel özelliklerinin ön planda olduğu ortaklıklara ait paylar üzerinde alt katılım ortaklığı kurulmaktadır³⁴⁶. Bunun nedeni, şahıs şirketlerinde payın devredilmesi ve bölünebilmesinin diğer şirketlere kıyasla daha zor olmasıdır³⁴⁷. Anonim ortaklıklarda payın kolaylıkla devredilebiliyor olması sebebiyle alt katılım ortaklığının kurulmasına pek ihtiyaç duyulmasa da bu ortaklık türüne ait paylar üzerinde de alt katılım ortaklığı kurulmasına bir engel yoktur. Ancak bu şirketlerde alt katılım örneklerine şahıs şirketlerine oranla daha az rastlanır³⁴⁸. Dolayısıyla alt katılımı ile ilgili yapılan açıklamalar, sadece adi ortaklığa alt katılım değil tüm şirketlere yapılan alt katılımlar için geçerlidir.

E. Alt Katılım Ortaklığı Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Özellikleri

Alt katılım ortaklığının kurulması için asıl ortak ve alt katılan arasında bir sözleşme bağı bulunmalıdır³⁴⁹. Alt katılım ortaklığı, adi ortaklığın genel özellikleri ile tamamen uyuşmadığından kendine özgü atipik bir adi ortaklık çeşididir³⁵⁰. Sözleşme ile asıl ortak, asıl ortaklıktan bağımsız olarak yalnız başına alt katılan ile başka bir ortaklık ilişkisi içerisine girer ve alt katılanı, asıl ortaklıktaki payına ortak eder³⁵¹.

Sözleşmenin niteliği gereği asıl ortak, alt katılımdan asıl ortaklığın ortaklık varlığına devredebileceği bir katkı alır, alt katılan ise asıl ortağın kazanç payından

³⁴⁶ BARLAS, s. 180; HERZFELD, s. 279; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 117.

³⁴⁷ HERZFELD, s. 279.

³⁴⁸ HERZFELD, s. 279.

³⁴⁹ BİLGE, s. 453; AŞKAN, s. 28; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; FRIEHE, s. 38, 51; BLAUROCK, s. 880; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962; GUMMERT/ MEIER, s. 81; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 73, 83- 84.

³⁵⁰ FRIEHE, s. 36, 38, Yazar, alt katılım ortaklığının şirketler hukukunun yasal düzenlemeleri ile örtüşmemesi nedeniyle atipik karakterde olduğunu belirtmiştir. Açıklamasını adi ortaklık bazında değil tüm şirketler hukuku türlerini içerecek şekilde yaptığından alt katılımı adi ortaklık olarak da nitelermemiştir. Fakat eserinin ilerleyen bölümlerinde alt katılım ortaklığını bir iç ortaklık olarak ilerlemiş, yine başka bir bölümünde gizli ortaklığın ve alt katılım ortaklığının her ikisinin de iç ortaklık türü olduğunu beyan ederek adi ortaklık karakterine işaret etmiştir. Ayrıntı için bkz. FRIEHE, s. 20 vd; *Barlas* da alt katılım ortaklığını “Adi Ortaklık Niteliğini Taşıyan Atipik Ortaklık Oluşumları ve Bunların Temel Adi Ortaklık Düzeni Karşısındaki Durumu” başlığı altında incelemiştir. Bkz. BARLAS, s. 165- 190.

³⁵¹ YALMAN/ TAYLAN, s. 161; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; HÜBNER, s. 257; FRIEHE, s. 14, 18 vd.; THOMA, s. 291.

belirli bir miktar veya yüzdeler bir pay alır³⁵². Bunların yanında taraflar alt katılına asgari bir kar garantisi ya da sabit bir ücret verme gibi farklı bir ölçüt de kararlaştırabilir³⁵³. Alt katılan, sözleşme tarihinden itibaren haklarını asıl ortaktan isteyebilir³⁵⁴.

Kanunda basit bir cümle ile söz edilen alt katılım için birincil olarak belirleyici olan alt katılım sözleşmesidir³⁵⁵. Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmediğinden ve ilişkinin aydınlatılmasında sözleşme çok önemli olduğundan alt katılım hakkının ne şekilde verildiği, kar ve zarar payının belirlenmesi, cayma hakkı, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, alt katılım ilişkisinin sona ermesi, fesih şekli ve süresi, taraflardan birinin ölümünün yasal sonuçları gibi konuların alt katılım sözleşmesi ile ayrıntılı olarak düzenlenmesi taraflar için faydalıdır³⁵⁶. Ayrıca alt katılım ortaklığı, dış ilişkide “ortaklık” olarak ortaya çıkmadığından, hukuki işlem olarak yalnızca alt katılanın asıl ortağın malvarlığına yaptığı bir katkı görüldüğünden -özellikle alt katılanın çıkarlarını koruması açısından- bu katkının hangi hukuki ilişkiye dayanarak yapıldığının ve amacının belirlenmesi açısından da taraflar arasında ayrıntılı düzenlenen bir sözleşmenin bulunması gereklidir³⁵⁷. Alt katılanın hukuki konumu, bir yandan alt katılım sözleşmesine diğer yandan da asıl ortağın asıl ortaklığa karşı sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle dayanır³⁵⁸.

İki ortaklık arasındaki ilişki; asıl ortaklık dairesinin alt katılım ortaklığı dairesi ile çakıştığı iki kesişen daire olarak düşünülebilir³⁵⁹. Alt katılım ortaklığı ile düzenlenebilecek kısımlar, yalnızca asıl ortaklığın boşta bıraktığı alandır ve bunun

³⁵² FELLMANN/ MÜLLER, s. 953, 966; GUMMERT/ MEIER, s. 81; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; FRIEHE, s. 20, 66; GROF, s. 23-24; HÜBNER, s. 257; Mutlaka böyle bir sınırlama yapılmasının gerekmediği, alt katılanın payın tamamı üzerindeki kazanç üzerinde de hak sahibi olacağına kararlaştırılabileceği yönündeki görüş için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86.

³⁵³ FRIEHE, s. 66; THOMA, s. 308.

³⁵⁴ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 386.

³⁵⁵ FRIEHE, s. 18- 19; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 85; GROF, s. 27; HÜBNER, s. 257; *Kalpsüz* de adi ortaklık ile ilgili genel bilgiler verirken ortaklar arasında öncelikle ortaklık sözleşmesinin uygulanacağını belirtmiştir. Durum, bir adi ortaklık çeşidi olan alt katılım için de benzer olup öncelikle alt katılım sözleşmesi uygulanacaktır. KALPSÜZ, s. 209; BLAUROCK, s. 880.

³⁵⁶ BLAUROCK, s. 880; FRIEHE, s. 51; GROF, s. 27.

³⁵⁷ GROF, s. 27.

³⁵⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

³⁵⁹ FRIEHE, s. 47; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

haricinde kalan çoğunluktaki kısım asıl ortaklık hükümlerine göre şekillenir³⁶⁰. Asıl ortaklık sözleşmesi, kısmen de olsa alt katılım ilişkisinin de bir parçasıdır³⁶¹. Alt katılım ortaklığı sözleşmesinin birincil hukuk kaynağı, asıl ortaklık sözleşmesi olduğundan sözleşmeye mümkün olduğunca asıl ortaklık ile çelişen hükümler konulmamalıdır³⁶². Asıl ortaklık sözleşmesi, alt katılım sözleşmesine kaynak olarak alınsa da alt katılım sözleşmesinde hükümlerin aynen yer alması gerekmez. Alt katılım ilişkisinin tarafları, kendi aralarındaki sözleşme ile asıl ortaklıktakinden farklı düzenlemeler yapabilir³⁶³. Ancak olabildiğince asıl ortaklık düzenlemelerine yakın düzenleme yapılması, alt katılım ortaklığının yararınadır. Alt katılım sözleşmesinin asıl ortaklık sözleşmesi göz önünde bulundurulmadan oluşturulması beraberinde birçok sorun getirme ihtimali taşır. Örneğin alt katılım ortaklığının beş yıl için kurulması fakat asıl ortaklık sözleşmesinin dört yıl için kurulmuş olması durumunda dört yılın sonunda asıl ortaklık sona ereceğinden ortada üzerinde alt katılım ortaklığının devam ettirilebileceği bir “*pay*” da bulunmayacak ve alt katılım ortaklığı, yalnızca asıl ortaklığın sona ermesi nedeniyle öngörülen süreden bir yıl önce sona erecektir³⁶⁴. Alt katılım anlaşması kurulurken geçerli olacağı süreye ek olarak bir de alt katılımcıya her yıl için belirli bir kar kotası koyulmuşsa artık alt katılan, asıl ortaklık alt katılım ortaklığı süresinin yanlış bir şekilde varsayılması nedeniyle tazminat talep edebilir³⁶⁵. Asıl ortaklık sözleşmesi, alt katılım sözleşmesi için bu denli önemliyken alt katılım sözleşmesi, asıl ortaklık sözleşmesini hiçbir şekilde etkilemez³⁶⁶.

Alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık türü olması, sözleşmenin kurulmasında geçerli olacak şekil konusunda da kendini gösterir. Adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi alt katılım ortaklığı sözleşmesinin geçerliliği de herhangi bir şekil şartına bağlı değildir³⁶⁷. Taraflar şekil

³⁶⁰ FRIEHE, s. 47; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

³⁶¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74; FELLMANN/ MÜLLER, s. 955.

³⁶² SIEGWART, s. 162; FRIEHE, s. 46; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

³⁶³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

³⁶⁴ FRIEHE, s. 45.

³⁶⁵ FRIEHE, s. 48.

³⁶⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74.

³⁶⁷ FELLMANN/ MÜLLER, s. 962; FRIEHE, s. 51; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84; THOMA, s. 305; GROF, s. 27; HÜBNER, s. 265; BARLAS, s. 183; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 881; İç

şartı öngörmüşse bu şekil, geçerlilik şartıdır³⁶⁸. Yargıtay, sahte sözleşme ile adi ortaklığın varlığının kanıtlanmaya çalışıldığı bir olayda, bu sözleşmenin geçersiz olduğunu, sözleşme ile kanıtlanmaya çalışılan adi ortaklık iddiasında taraflarca yazılı şekil öngörüldüğünü, adi ortaklığın varlığının tanık ile ispatlanamayacağını içtihat etmiştir³⁶⁹. Bu karar, bir adi ortaklık türü olan alt katılım ortaklığı için de geçerlidir. Taraflarca bir şekil şartı öngörülmüşse alt katılım ortaklığı, artık o şekil şartı ile kurulmalıdır.

Alt katılım ortaklığının şekle tabi olması, adi ortaklığa ilişkin genel kurallar çerçevesinde devri şekil şartına bağlı bir katılım payı getirilmesi durumunda da geçerlidir. Alt katılanın katılım payı olarak bir taşınmaz taahhüt etmesi durumunda alt katılım sözleşmesinin veya ilgili maddelerin³⁷⁰ resmi şekilde düzenlenmesi gerekir³⁷¹. Yine Karayolları Trafik Kanunu'na tabi bir motorlu taşıt, telif hakkı veya marka, bir alacak hakkı gibi devri şekil şartına bağlı bir katılım payı taahhüdünde bulunması durumunda alt katılım ortaklığının ilgili maddeleri aranan şekil şartına uygun olarak düzenlenmelidir. Aynı kural, asıl ortağın asıl ortaklıktaki payının yanında devri şekil şartına tabi başka bir katılım payı getirmesi halinde de geçerlidir. Ayrıca Alman hukukunda alt katılımın bir bağışlama olarak verilmesi halinde BGB § 518 gereğince şekle tabi olduğu belirtilmektedir³⁷².

Alt katılan, yalnızca asıl ortağa duyduğu güven ile asıl ortağın veya asıl ortaklığın malvarlığına geçecek şekilde katkıda bulunduğundan, hukuki ilişkilerde asıl ortağın baskın şekildeki etkisi de göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması öncelikle alt katılan açısından avantajlıdır³⁷³. Kaldı ki yazılı olarak

ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47, 49.

³⁶⁸ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962.

³⁶⁹ Yargıtay HGK 443/D-T E, 12 K, 6.1.1965 T (TÜRK, Hikmet Sami (Yayına Hazırlayan), "Yargıtay Kararları", BATİDER, C. 4, S. 1, 1967, s. 155- 158).

³⁷⁰ Bu konuda doktrinindeki tartışma için bkz. Birinci Bölüm I.B.3 Sözleşme Unsuru.

³⁷¹ THOMA, s. 305- 306; GROF, s. 27- 28; Yazarlar alt katılımın verilmesi için alt katılan tarafından bir taşınmazın devrinin taahhüt edilmesi açısından açıklamada bulunmuştur. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84.

³⁷² HERZFELD, s. 296; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 119; GROF, s. 27- 28; Alt katılımın bağış olarak kabul edilip edilemeyeceği yönündeki bir kısım tartışmalar ve görüşler için bkz. FRIEHE, s. 53- 54; BLAUROCK, s. 881.

³⁷³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84; GROF, s. 27.

kurulan sözleşmelerdeki hükümlerin dahi kimi zaman hukuki korumadan faydalanması zorken şekilden uzak durmak alt katılım ortaklığı için büyük bir risk oluşturur³⁷⁴. Uygulamada alt katılım sözleşmelerinin çoğunlukla yazılı olarak yapıldığı görülmektedir³⁷⁵. Ayrıca ilişkinin ispatı açısından da alt katılım ortaklığı sözleşmesinin yazılı yapılması önemlidir.

Asıl ortaklık sözleşmesinin şekle tabi olması, alt katılım ortaklığının da bu şekilde kurulmasını gerektirmez³⁷⁶. Diğer bir deyişle alt katılım sözleşmesi, asıl ortaklık sözleşmesinin şeklini takip etmek zorunda değildir. Örneğin asıl ortağın, asıl ortaklığa karşı bir taşınmaza katkıda bulunmayı taahhüt etmesi ancak taahhüdünü yerine getirmeden payına bir alt katılım sağlamasında alt katılım ortaklığının şekle bağlı olarak kurulması gerekmez³⁷⁷. Taahhüdünü yerine getirdikten sonra payına alt katılım sağlamasında da durum değişmez³⁷⁸. Bunun nedeni, asıl ortaklıkta gerçekleşen taşınmaz mülkiyeti devrinin alt katılım ortaklığında da mülkiyet devrini gerektirmemesidir.

Alt katılım sözleşmesine genellikle asıl ortağın, alt katılanın çıkarlarını asıl ortaklığa karşı koruyacağı hükmü yazılır³⁷⁹. Ayrıca asıl ortak, asıl ortaklık sözleşmesi ile bağlı olduğundan ve asıl ortaklık tarafından kendisine tanınandan daha fazla hakkı alt katılan ile paylaşamayacağından, alt katılım sözleşmesine alt katılan ile paylaşılacak hakların ve bunların kapsamının açık bir şekilde yazılması tavsiye edilir³⁸⁰.

Alt katılım ortaklığı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için asıl ortaklığın onayı gerekmez³⁸¹. Alt katılım ilişkisinin ortaklara bildirilmesi veya ticaret siciline

³⁷⁴ AŞKAN, s. 22, Yazar durumu adi ortaklık için açıklamıştır.

³⁷⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 31.

³⁷⁶ HERZFELD, s. 297.

³⁷⁷ HERZFELD, s. 297.

³⁷⁸ HERZFELD, s. 297.

³⁷⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 85.

³⁸⁰ Bu durum, Roma hukukundaki hiç kimsenin sahip olduğundan daha fazla hak devredemeyeceği anlamına gelen "*nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*" ilkesinin bir gereğidir. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74, 85, 111.

³⁸¹ ARSLANLI, s. 407; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385; BARLAS, s. 183; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; ÇEBİ, s. 52; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; HÜBNER, s. 264; AŞKAN, s. 28; BLAUROCK, s. 880; THOMA, s. 297; FELLMANN/ MÜLLER, s. 961; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 75.

açıklanması zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁸². Alt katılım ortaklığının ortaya çıkması, başlı başına adi ortaklığın feshi için bir sebep değildir³⁸³. Asıl ortaklık sözleşmesinde ortakların payları üzerinde alt katılım ortaklığı kurması, açıkça yasaklanmış veya onaya tabi tutulmuş olabilir. Bu düzenlemeler olmasa da ortaklık sözleşmesinin doğası gereği gizliliğin korunması gerektiğinden asıl ortaklık sözleşmesi, alt katılım ortaklığının kurulmasına imkan vermiyor olabilir. Buna rağmen ortaklardan birinin payına üçüncü kişiyi ortak etmesi halinde, alt katılım ortaklığı yine geçerli olarak kurulur³⁸⁴. Yalnızca adi ortaklıkta alt katılım değil tüm ticaret şirketlerinde kurulacak alt katılım ilişkileri için de durum aynı şekildedir³⁸⁵. Söz gelimi bir limited şirket sözleşmesinde alt katılım ortaklığını yasaklayan bir hüküm bulunsa bile limited şirket ortakları bu yasağa rağmen kendi payları üzerinde de geçerli bir şekilde alt katılım ortaklığı kurabilir. Asıl ortağın bu ihlali, ancak asıl ortaklık bünyesinde sonuç doğurur. Somut olayın özelliklerine göre ortaklığın feshi veya asıl ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması³⁸⁶ gündeme gelebilir³⁸⁷. Özellikle asıl ortaklığın doğası gereği gizliliğin korunması gerekirken sözleşmesindeki yasağa rağmen alt katılım ortaklığının kurulması, gizlilik ve sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamında yorumlanabilir³⁸⁸. Ancak alt katılım ortaklığı, asıl ortaklık ile bir ilişki içinde olmamasına rağmen asıl ortaklık tarafından biliniyorsa ve onaylanmışsa, sadece alt katılım ilişkisinin kurulmuş olması asıl ortağın ortaklıktan çıkartılması veya ortaklığın feshedilmesi için haklı sebep oluşturmaz³⁸⁹.

Alt katılım ortaklığının kurulması için asıl ortaklığın onayının gerekmediği bir Yargıtay kararına da konu olmuştur. Yargıtay, konusu tuğla ve kiremit fabrikası

³⁸² THOMA, s. 300; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 75; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; WATERSCHEK, s. 1.

³⁸³ UYGUR, Şerh, s. 2672; HÜBNER, s. 264; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47, Yazarlar, alt katılım ortaklığının bir üst başlığı olan ve alt katılım ortaklığını da kapsayan iç ortaklık için açıklamada bulunmuştur.

³⁸⁴ FRIEHE, s. 52; BARLAS, s. 183; HÜBNER, s. 264; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385- 386; BLAUROCK, s. 880; THOMA, s. 296- 297; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962.

³⁸⁵ HÜBNER, s. 264.

³⁸⁶ Adi ortaklıkta ortakların haklı sebeple ortaklıktan çıkarılıp çıkarılmayacaklarına ilişkin doktrindeki tartışma için bkz. dn. 198.

³⁸⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 386; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74; BARLAS, s. 183- 184; THOMA, s. 297; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592; HÜBNER, s. 264; BLAUROCK, s. 880- 881; FELLMANN/ MÜLLER, s. 962; FRIEHE, s. 52.

³⁸⁸ THOMA, s. 297.

³⁸⁹ BLAUROCK, s. 881.

işletmek olan bir adi ortaklıkta kurulan alt katılım ortaklığında; alt katılanın, asıl ortaklık tarafından ilişkiye onay verilmediği gerekçesi ile ortaklığın feshini ve alt katılım ilişkisi nedeniyle kendisine isabet eden karın belirlenerek ödenmesini talep ettiği bir olayda “...Burada Borçlar Kanunu'nun 532 nci maddesinin 2 nci bendi anlamında ortaklık hissesine katılma, bir alt ortaklık söz konusudur. Alt Ortaklıkta üçüncü kişi asıl ortaklıkla doğrudan doğruya herhangi bir ilişki içine girmediğinden mevcut diğer ortakların katılma konusunda rızasına ihtiyaç yoktur. Bu nedenle davacının, davalının (Y.) Adi Ortaklığındaki hissesine ortak olması, adi ortaklığın diğer şeriklerinin rızalarına bağlı değildir. Dava konusu sözleşmede de taraflar kurdukları alt ortaklığın, adi ortaklığın diğer şeriklerinin kabulü şartına tabi olduğunu kararlaştırmış değillerdir...” şeklinde karar vermiştir³⁹⁰.

Bu karar, alt katılım ortaklığının taraflarınca asıl ortaklığın onayının geçerlilik şartı olarak kararlaştırılabileceğini belirtmesi açısından önemlidir. Buna göre asıl ortak ve alt katılan, alt katılım ortaklığı sözleşmesine, aralarındaki alt katılım ortaklığının ancak asıl ortaklığın onayı ile geçerli olacağını ekleyebilir. Bu durumda taraflar arasındaki alt katılım ilişkisinin geçerli olması, ilişkiye ancak asıl ortaklık tarafından onay verilmesine bağlıdır.

Asıl ortaklığın amacı, bir alt katılım ilişkisi kurulmasına imkan vermiyorsa dahi durum değişmez³⁹¹. Bu halde de ortaklık payı üzerinde serbestçe alt katılım ilişkisi kurulur. Ancak somut olayın özelliklerine göre alt katılım ortaklığına vücut vermeyen pay üzerinde kurulan alt katılım ilişkisinin akıbetinin ne olacağı değerlendirilebilir.

³⁹⁰ Yargıtay 13. HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T (YasaHD, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1261 ve ŞENER, Adi Ortaklık, s. 386).

³⁹¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385- 386.

2. Sözleşmenin Tarafları

Alt katılım ilişkisinin oluşumu bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, her gerçek veya tüzel kişi bu ilişkide asıl ortak veya alt katılan olarak yer alabilir³⁹².

Alt katılım ortaklığı her ne kadar kar elde etmek için kuruluyor olsa da alt katılan, paya düşen zarara da katılacağından küçüklere veya kısıtlılara alt katılım hakkı verilirken veli veya vasisinden duruma göre izin veya onay alınmalıdır³⁹³. Alman hukukunda zarara katılmanın kurucu unsur olmadığı görüşü hakim olduğundan³⁹⁴ küçük ve kısıtlılara alt katılım hakkı verilirken izin veya onay gerekip gerekmemesi, zarara katılım olup olmadığı kıstasına göre açıklanmaktadır. Buna göre alt katılanın hem karar hem de zarara katılacağı kararlaştırılmışsa, alt katılana yalnızca avantaj sağlanmadığından ve bu durumda alt katılanın yükümlülükleri de mevcut olacağından küçük veya kısıtlı olan alt katılanın, veli veya vasisinden izin veya onay alması gerekir³⁹⁵. Sadece kara katılım durumunda ise izin veya onaya gerek yoktur³⁹⁶. Ancak alt katılanın zarara katılmayacağı kararlaştırılsa dahi ortaklığın her zaman haklar ve yükümlülükler demeti olması, sadece kara katılmanın alt katılana hiçbir yükümlülük yüklediği anlamına gelmemesi nedeniyle bu durumda dahi izin ve onay alınmasında yarar olduğu belirtilmektedir³⁹⁷.

Alt katılım ortaklığının oluşma şekli bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Adi ortaklığın TBK m. 620 gereği en az iki kişi ile kurulabileceği hükmü gereği alt katılım ortaklığı da biri asıl ortak biri alt katılan olmak üzere en az iki kişi ile kurulur. Bu durum sözleşme niteliği taşıyan adi ortaklığın genel bir özelliği olduğu gibi içerisinde asıl ortak ve alt katılanı barındıran alt katılım ilişkisinin

³⁹² BARLAS, s. 180; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963; THOMA, s. 304- 305; BLAUROCK, s. 880; GROF, s. 22.

³⁹³ FRIEHE, s. 54; BLAUROCK, s. 883; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84.

³⁹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm I.A. Katılım Payı Taahhüdü Borcu.

³⁹⁵ BLAUROCK, s. 883; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84- 85.

³⁹⁶ BLAUROCK, s. 884; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 84- 85.

³⁹⁷ BLAUROCK, s. 883.

doğasının da bir gereğidir. Alt katılım sözleşmesi, biri alt katılan biri asıl ortak olmak üzere iki ortaktan oluşuyorsa iki, ikiden fazla ortaktan oluşuyorsa çok taraflıdır³⁹⁸.

Adi ortaklıkta ortak sayısına kanunda üst sınırlama getirilmemesi sebebiyle alt katılım ortaklığında birden fazla kişi alt katılan olarak katılabileceği gibi asıl ortak tarafında da birden fazla kişi bulunabilir. Adi ortaklıkta ortak sayısına kanunda bir üst sınır getirilmemekle beraber; ortakların birinci dereceden, sınırsız ve müteselsil sorumlu olmalarının birbirine güvenen ve birbirini çok iyi tanıyan ortakların bir araya gelmesini zorunlu kılması, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması ve organizasyon biçiminin yetersiz olması nedenleriyle uygulamada ortak sayısının fazla olduğu adi ortaklık türlerine pek rastlanmadığı yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır³⁹⁹. Adi ortaklık için sayılan bu durumların yanında alt katılımın adi ortaklığın özel bir türü olması, iç ortaklık türü şeklinde ortaya çıkması alt katılım ortaklığında ortak sayısının artmasını genel adi ortaklığa göre daha fazla zorlaştırmaktadır. Alt katılan tarafından getirilen katılma paylarının ve sonradan ortaklıkça kazanılan tüm değerlerin asıl ortağın malvarlığına geçmesi ve asıl ortağın tasarrufunda bulunması, yönetim ve temsil yetkisinin asıl ortağa ait olması ve dolayısıyla asıl ortağın hukuki işlemlerde alt katılana göre daha baskın olması, alt katılan bakımından ortak sayısının fazlalaşmasına çekince ile yaklaşılmasını gerektirir. Bazı durumlarda alt katılım ilişkisi kurulmasının asıl ortağın asıl ortaklıktan çıkarılmasını⁴⁰⁰ veya asıl ortaklığın feshini gündeme getirebilmesi sebebiyle ortak sayısının fazlalaşmasının, asıl ortak bakımından da tercih edilmemesi sonucunu doğurur. Açıklanan gerekçeler aynı zamanda alt katılım ortaklığında ortaklar arasında güven esasının genel adi ortaklığa göre çok güçlü olarak bulunması gerektiğinin de göstergesidir.

Alt katılım ortaklığının oluşumu bakımından kanunda bir sınırlama öngörülmediği için bir ortağın istediği sayıda alt katılım ilişkisi bulunabilir⁴⁰¹. Bir ortağın birden fazla alt katılım ilişkisi olabileceği gibi bir alt katılan da birden fazla

³⁹⁸ BLAUROCK, s. 880.

³⁹⁹ Bkz. Birinci Bölüm I.B.1 Kişi Unsuru.

⁴⁰⁰ Adi ortaklıkta ortakların haklı sebeple ortaklıktan çıkarılıp çıkarılmayacaklarına ilişkin doktrindeki tartışma için bkz. dn. 198.

⁴⁰¹ THOMA, s. 296; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40, 83; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963- 964; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49, Yazarlar, durumu iç ortaklık için açıklamıştır.

asıl ortak ile alt katılım ilişkisine girebilir⁴⁰². İlk asıl ortağın ortaklıktaki payına birden fazla kişi ayrı ayrı olarak alt katılan olarak katılır ve alt katılan sayısı kadar birbirinden bağımsız alt katılım ortaklığı oluşur⁴⁰³. Ancak bu durum payın tamamı üzerinde değil de bir kısmı üzerinde alt katılım ortaklığı kurulması hali için geçerlidir. Payın bir kısmı üzerinde alt katılım ortaklığı kuran asıl ortak, alt katılana ayrılan kazanç payı hariç olmak üzere münhasıran kendisine ait olan kısım üzerinde serbestçe üçüncü kişiler ile alt katılım ilişkisine girebilir⁴⁰⁴. Buna engel olmak için ilk alt katılan ile asıl ortak arasındaki sözleşmede, pay üzerinde başka alt katılım ortaklığı kurulmayacağı kararlaştırılabilir⁴⁰⁵.

Alt katılım ortaklığı, payın belirli bir bölümü üzerinde değil de tamamı üzerinde kurulmuşsa artık aynı pay üzerinde daha sonradan kurulacak ikinci ve devamı alt katılım ortaklığı ilişkisinde, önceki alt katılanların buna onay vermesi gerekir⁴⁰⁶. Bunun nedeni, alt katılım ortaklığının adi ortaklık niteliğidir. Asıl ortak ve alt katılan arasındaki ilişkinin adı, her ne kadar alt katılım ortaklığı olsa da ortaklığın türü adi ortaklıktır. Bu adi ortaklığa alt katılan sıfatı ile yeni ortak alınması, TBK m. 632/I gereğince diğer ortakların – bahsedilen ihtimalde önceki alt katılanın – onayının alınması ile mümkündür. Yine adi ortaklık niteliği göz önünde bulundurulduğunda mevcut alt katılanın onayı ile bir alt katılanın çıkıp yerine başka bir alt katılanın gelmesi de mümkündür⁴⁰⁷.

Asıl ortağın payı üzerinde birden fazla kişinin ayrı ayrı veya bir grup halinde alt katılan olarak alt katılım ilişkisi kurması da mümkündür⁴⁰⁸. Birinci durumda alt katılan sayısı kadar birbirinden bağımsız alt katılım ortaklığı mevcutken ikinci durumda tek alt katılım ortaklığı vardır ve alt katılanların kendi aralarında ayrı bir ilişki doğar, bu ilişki de ayrı bir adi ortaklık niteliğindedir⁴⁰⁹. Birbirinden bağımsız olarak

⁴⁰² FELLMANN/ MÜLLER, s. 963.

⁴⁰³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40, 83; BARLAS, s. 184.

⁴⁰⁴ BARLAS, s. 184, dn. 495; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87.

⁴⁰⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40.

⁴⁰⁶ FELLMANN/ MÜLLER, s. 962; BARLAS, s. 184, dn. 495; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁴⁰⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁴⁰⁸ THOMA, s. 296, 305; BARLAS, s. 184; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40, 83.

⁴⁰⁹ THOMA, s. 296, 305; BARLAS, s. 184; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963.

alt katılım ilişkisine giren alt katılanlar arasında çeşitli şekilde sözleşme kurularak bağlantı sağlanabilir. Aksi halde alt katılanlar arasında hiçbir hukuki ilişki yoktur⁴¹⁰. Bu alt katılanların tamamı veya bir kısmı da bir araya gelerek kendi aralarında kuracakları bir sözleşme ile yeni bir adi ortaklık oluşturarak aradaki ilişkiyi ikinci durumda bahsedilen ilişkiye dönüştürebilir⁴¹¹. Alt katılanların arasındaki adi ortaklığın konusu ise asıl ortağın asıl ortaklıktaki payına birlikte alt katılan olarak katılmak ve bu paydan birlikte kazanç elde etmektir.

Asıl ortaklığın birkaç ortağı, bir veya daha fazla üçüncü kişi ile müştereken alt katılım ortaklığı kurabilir ve bu durumda asıl ortak sayısı kadar birbirinden bağımsız alt katılım ortaklığı vardır⁴¹².

Alt katılım ortaklığına ait bir pay üzerinde de yeniden alt katılım ortaklığı kurulabilir^{413,414}. Buradaki ikinci alt katılım ortaklığının kurulması için de ilk alt katılım ortaklığı ortaklarının onayı gerekmez. Tüm bu varsayımlarda ortaya birer adi ortaklık çıkacağından, alt katılım ortaklığına ilişkin kurallar uygulanır⁴¹⁵.

Aynı asıl ortaklık payında bir alt katılanın, birbirinden bağımsız iki farklı alt katılımının olup olamayacağı yönünde görüş birliği yoktur. *Fellmann* ve *Müller*, bir alt katılanın başka bir alt katılanın payını devralması halinde birbirinden bağımsız iki alt katılımı olabileceği görüşünderken⁴¹⁶ *Blaurock*, bir alt katılanın aynı pay üzerinde iki bağımsız alt katılımını asıl ortağın kendi payına alt katılımına benzetmekte ve her ikisinin de imkansız olduğunu ve alt katılım ortaklığında payların değiştirilip genişletilmesi mümkün olmadığını belirtmektedir⁴¹⁷. Yazara göre pay miktarlarının değiştirilmesi ancak yeni bir alt katılım sözleşmesi düzenlemesi ile gerçekleştirilebilir⁴¹⁸.

⁴¹⁰ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40.

⁴¹¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40.

⁴¹² THOMA, s. 296, 305; FELLMANN/ MÜLLER, s. 963; BARLAS, s. 184.

⁴¹³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40- 41, 83; THOMA, s. 296; BARLAS, s. 184.

⁴¹⁴ Bu durumda ortaya kademeli alt katılım ortaklığı çıkar. Kademeli alt katılım ortaklığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm IV. E. Kademeli Alt Katılım Ortaklığı.

⁴¹⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁴¹⁶ FELLMANN/ MÜLLER, s. 964.

⁴¹⁷ BLAUROCK, s. 880.

⁴¹⁸ BLAUROCK, s. 880.

F. Asıl Ortaklık Karşısındaki Durum

Alt katılan, asıl ortaklığa katılmaz⁴¹⁹. Bu nedenle asıl ortaklığa karşı üçüncü kişi konumundadır⁴²⁰. Tüm hak ve yükümlülükleri alt katılım sözleşmesine dayandığından asıl ortaklığa karşı hiçbir hakkı ve yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴²¹. TBK m. 632/II’de belirtildiği üzere asıl ortaklıkta ortak sıfatını kazanamaz^{422,423}. Ortak sıfatını taşıması nedeniyle alt katılanın asıl ortaklıkla doğrudan doğruya bir ilişki içerisinde bulunma veya herhangi bir temas durumu yoktur^{424,425}. Buna bağlı olarak da alt katılan, asıl ortaklık ortaklarına karşı “*alt katılan*” sıfatı ile hiçbir hak ileri süremez, ne maddi ne de başka bir talepte bulunamaz⁴²⁶.

⁴¹⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 49; FELLMANN/ MÜLLER, s. 954; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82.

⁴²⁰ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 37; ARSLANLI, s. 407; BLAUROCK, s. 873- 874; KARAYALÇIN, s. 152.

⁴²¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 49; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82.

⁴²² BİLGE, s. 453; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 46- 74; BARLAS, s. 177 vd.; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 37, UYGUR, Şerh, s. 2672; GÜNAY, s. 1637; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; ARSLANLI, s. 407; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; ÇEBİ, s. 52; YALMAN/ TAYLAN, s. 161; Alman ve İsviçre hukukunda da aynı düzenleme mevcuttur. Ayrıntı için bkz. BLAUROCK, s. 895; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20; FELLMANN/ MÜLLER, s. 953 vd.; THOMA, s. 2954; SIEGWART, s. 162.

⁴²³ Ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri, kanunda alt katılım ortaklığı ile aynı cümle içerisinde düzenlenmiş, her iki hukuki kavramda da ilişkiye ortakların rızası olmadığı için üçüncü kişinin ortak sıfatını kazanamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yalnızca bu yönüyle alt katılım, pay devri ile aynı kurala tabidir. Alt katılım ortaklığı Yargıtay kararlarına neredeyse hiç yansımadığından konu ile ilgili Yargıtay kararları, ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri bakımından incelenmiştir. Buna göre “*ortak*” sıfatının kazanılamayacağına ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay 13 HD, 1985/5010 E, 1985/7841 K, 24.12.1985 T (hukukturk.com, ET: 01.04.2021); Yargıtay 13 HD, 2002/14428 E, 2003/3986 K, 04.04.2003 T (hukukturk.com, ET: 01.04.2021); Yargıtay 13 HD, 1986/2015 E, 1986/2240 K, 14.04.1986 T (hukukturk.com, ET: 10.05.2021); Yargıtay 13 HD, 2003/1439 E, 2003/5851 K, 12.05.2003 T (legalbank.net, ET: 19.05.2021); Yargıtay 13 HD, 2003/1439 E, 2003/5851 K, 12.05.2003 T (kazanci.com.tr, ET: 10.05.2021)

⁴²⁴ ARSLANLI, s. 407; BİLGE, s. 453; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385; SIEGWART, s. 162; THOMA, s. 296, 309; TEKİL, s. 144; HERZFELD, s. 273; WATERSCHEK, s. 3; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 49; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82.

⁴²⁵ Yargıtay da alt katılıma konu bir kararında “...*Alt ortaklıkta üçüncü kişi asıl ortaklıkla doğrudan doğruya herhangi bir ilişki içine girmediğinden...*” ifadelerine yer vererek bu durumu açık bir şekilde dile getirmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T (YasaHD, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1261- 1263).

⁴²⁶ TEKİL, s. 144; ARSLANLI, s. 407; THOMA, s. 309; HERZFELD, s. 273, 323; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 82; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965.

Asıl ortaklıkta ortak sıfatını taşıyamaması nedeniyle alt katılan, ortak sıfatına bağlı bir hak olan denetleme hakkını elde edemez⁴²⁷. Asıl ortaklık faaliyetleri ile ilgili bilgi isteyemez⁴²⁸. Ortaklık defterleri ile hesaplarını incelemeye ve bilançoynu incelemeye hak kazanamaz ve diğer ortaklık haklarından da yararlanamaz, bu konulara dayanarak asıl ortaklığa dava açamaz⁴²⁹. Ayrıca alt katılan, asıl ortaklıktan kar payını talep edemeyeceği gibi asıl ortaklık da alt katılımdan zarara katılmasını isteyemez⁴³⁰.

Asıl ortaklıkla ilişki içerisinde olan, asıl ortaklıktaki hak ve yükümlülüklerin ve payın sahibi olan yalnızca asıl ortak⁴³¹. Pay sahipliği haklarını yalnızca asıl ortak kullanır⁴³². Asıl ortağın bu haklarını alt katılıma devretme olanağı da yoktur⁴³³. Asıl ortak, asıl ortaklık ile alt katılım ortaklığı arasında bir bağlantı görevi görür⁴³⁴.

Alt katılan, yalnızca asıl ortaktan alt katılım ortaklığının gereğini yerine getirilmesini isteyebilir, kazandığı tüm haklarını sadece ilişkinin diğer tarafı olan asıl ortaktan talep edebilir ve yine bu haklarını asıl ortağa karşı kullanabilir⁴³⁵.

Alt katılım ortaklığının kurulması, asıl ortağın asıl ortaklıktaki durumunu ve diğer ortaklar ile arasındaki hukuki ilişkileri değiştirmez⁴³⁶. Buna göre asıl ortak, ortaklıkta “*ortak*” olarak kalır ve payında alt katılım ilişkisi olmadığı zamandaki gibi tüm yükümlülüklerini yerine getirir⁴³⁷. Asıl ortaklıkta “*ortak*” sıfatını taşımasından kaynaklanan tüm sosyal hakları da aynı şekilde devam eder⁴³⁸.

⁴²⁷ KARAYALÇIN, s. 152; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 358; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 74; PULAŞLI, *Temel Esaslar*, s. 32; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; THOMA, s. 309.

⁴²⁸ BARLAS, s. 189; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 74; PULAŞLI, *Temel Esaslar*, s. 32; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; YALMAN/ TAYLAN, s. 161; PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 36; THOMA, s. 309.

⁴²⁹ BİLGE, s. 453; BARLAS, s. 189; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 591; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 74; PULAŞLI, *Temel Esaslar*, s. 32; PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 36; SIEGWART, s. 162; BİRKAŞ, s. 9.

⁴³⁰ KARAYALÇIN, s. 152; THOMA, s. 309.

⁴³¹ ARSLANLI, s. 407; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; THOMA, s. 291, 309; SIEGWART, s. 162.

⁴³² BLAUROCK, s. 873; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20; GROF, s. 25; THOMA, s. 294.

⁴³³ YALMAN/ TAYLAN, s. 161; THOMA, s. 294.

⁴³⁴ THOMA, s. 294.

⁴³⁵ FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; WATERSCHEK, s. 3; KARAYALÇIN, s. 152; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 49.

⁴³⁶ BARLAS, s. 188; THOMA, s. 309.

⁴³⁷ THOMA, s. 309.

⁴³⁸ THOMA, s. 309.

G. Alt Katılım Örnekleri

Çoğunlukla emredici hükümler içermeyen şirketler hukuku hükümlerinin sosyal sözleşme türleri ile farkı farklı kombine edilmesi sonucunda, alışlagelen hukuki kavramlar haricinde yeni biçimler ortaya çıkmıştır⁴³⁹. Kanundaki düzenleme eksikliğinden dolayı alt katılım ortaklığı, en çeşitli tasarım seçeneklerini sunan bir sözleşmedir⁴⁴⁰. Her ne kadar Türk mahkemelerinin verdiği kararlarda çoğunlukla “*alt katılım*” ifadesine yer verilmediği ve alt katılımın içeriği ile uygulanacak kuralların yeterince tartışılmadığı görülmekteyse⁴⁴¹ de alt katılım ortaklığı, belki de tarafların dahi farkında olmadan sıklıkla başvurduğu bir kavramdır.

Söz gelimi ortada iki ortaklı bir avukatlık bürosu vardır. Bu iki ortak arasında bir adi ortaklık mevcuttur. Ortakların haricinde bir de iş akdi ile çalışan bir avukat bulunmaktadır. Ortaklardan biri daha çok dosya bulma, görüşmelere ve toplantılara katılma işi ile ilgilenmekte, diğer ortak ise dilekçeler, mahkemelerce verilen ara kararların yerine getirilmesi, hukuki metinlerin oluşturulması gibi ofis içi işlerle ilgilenmektedir. Ofis içinde aktif olarak çalışan ortağın en büyük yardımcısı, iş akdi ile kendilerine bağlı olarak çalışan avukattır. Bir süre sonra ofis içi işlerin yoğunluğu gittikçe artmış, çalışan avukat da aldığı maaştan memnun olmadığından iş değiştirme isteğine kapılmıştır. Çalışanını kaybetmek istemeyen ofis içinde çalışan ortak, kendi payının bir kısmına onu ortak etmek istemiş ve çalışanın da kabulü ile anlaşma sağlanmıştır. Burada çalışan ile teklifte bulunan ortak arasında yeni bir ortaklık kurulmuştur. İşte bu ortaklık, alt katılım ortaklığıdır. Buna göre adi ortaklığın elde ettiği kar belirlendiğinde öncelikle bu kar iki ortak arasında dağıtılacaktır. Akabinde de alt katılım ilişkisine giren ortağa düşen kar payı, bu ortak ve çalışan avukat arasında, aralarındaki anlaşmaya göre paylaşılacaktır.

⁴³⁹ FRIEHE, s. 1.

⁴⁴⁰ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 20.

⁴⁴¹ Buna karşın Yargıtay’ın bazı kararlarında nadir olarak alt katılım ortaklığına değinilmektedir. Yargıtay, 1982 tarihli bir kararında “*alt ortaklık*” ifadesi ile alt katılım ortaklığına yer verilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T, YasaHD, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1261- 1263; Pay üzerinde bir alt katılım ilişkisi olduğu halde Yargıtay’ın aradaki ilişkiyi hatalı bir şekilde devir olarak nitelediği bir kararı da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 13 HD, 1986/2015 E, 1986/2240 K, 14.04.1986 T (ÖZENLİ, s. 236- 237).

Koronavirüs pandemisi nedeniyle internet alışverişlerinin oldukça arttığını, kargo şirketlerinin ise bu siparişlerin teslimine yetişmekte zorlandığını gören A ve B, lojistik sektöründe faaliyet göstermek üzere bir limited şirket kurmuştur. Koronavirüs nedeniyle insanların, alışveriş merkezlerine ve marketlere gitmek yerine internetten evlere sipariş vermeleri nedeniyle kurulan limited şirket kısa süre içerisinde kara geçmeye başlamıştır. Yoğunluğun artması nedeniyle bir kısım aksaklıklar baş göstermiş, müşterilerden şikayet alınmaya başlanmıştır. Bunun üzerine A, şirket çalışanlarını koordine eden C ile konuşmuş, C'yi şirkete daha yakından bağlamak için C'ye maaşının yanında kendi payının küçük bir kısmına ortak etmek istemiş, C de bunu kabul etmiştir. Burada da A'nın limited şirketteki payı üzerinde C ile ikinci bir ortaklık olarak alt katılım ortaklığı kurulmuştur.

Bu örneklerde çalışana verilen alt katılım hakkı, prim ile yakın bir karakter gösterse de prim; işçiye ödenen “*ücret*” kategorisindedir ve çoğunlukla performansa dayalı olarak yalnızca işçinin yaptığı işlere ilişkindir⁴⁴². Alt katılımında ise iş ilişkisinin yanında taraflar arasında bir “*ortaklık*” ilişkisi mevcuttur. Ayrıca alt katılan, performansından bağımsız olarak hiçbir başarı göstermese de yalnızca kurulan ortaklık gereği ödeme alır. Primdeki gibi işçinin yaptığı iş önemli değildir. Ortaklık, diğer işçilerin yaptığı işlerler sonucunda bir kazanım elde etse bile alt katılım ilişkisine giren işçi, bu kazanımdan kendi payına düşen miktarı alır.

Bir anonim şirkete ortak olan Y, yaşının ilerlemesi nedeniyle ilerideki mirasçılarının şirketin işleyiş şeklini öğrenmesini istemektedir. Bunun için kızı K'ye kendi payına ortak olmasını teklif eder. K'nin bu teklifi kabul etmesi ile anonim şirketteki Y'ye ilişkin pay üzerinde yeni bir ortaklık kurulur. Bu ortaklığın tarafları Y ve K'dir. Böylelikle K, ileride kendisine miras kalacak olan pay ve bu payın ait olduğu şirket ile yakından ilgilenir, şirketin yapmış olduğu faaliyete ilişkin henüz babası Y hayatta iken fikir edinir ve ayrıca Y'nin deneyimlerinden faydalanarak miras kalacak payı, ileride en iyi şekilde değerlendirmek için eğitim şansı bulur.

⁴⁴² KAYIK AYDINALP, Aslıhan, “İş Hukukunda Prim”, TAAD, Y. 9, S. 36, 2018, s. 54 vd.

Metro inşaatının yapıldığı bir konsorsiyum sözleşmesinde; demir yolunu imal edip montaj yapma işini üzerine alan ortağın, demir yolunu kendisi imal ettikten sonra montajını başka bir şirkete verecek şekilde kendi payına bir veya daha fazla üçüncü kişiyi ortak ederek bir alt konsorsiyum ilişkisi kurmasında da ortaya alt katılım ortaklığı çıkar.

Alt katılım ortaklığının tam bir serbesti içerisinde kurulması ve faaliyet göstermesi nedeniyle bu örnekler çok geniş bir yelpazeye türetilabilir. Alt katılım ortaklığının tercih edilme nedenleri aşağıda inceleneceğinden⁴⁴³ bu bölümde yalnızca alt katılım ortaklığının sosyal hayattaki örneklerine yer verilmiştir. Bu örneklerden yola çıkılarak alt katılım ortaklığına uygulamada ne denli sık rastlandığı anlaşılabilir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki Türk hukukunda bu yönde birçok ortaklık kurulmasına rağmen yargı kararlarında henüz “*alt katılım*” kavramı yer bulabilmiş değildir.

H. Gizli Ortaklıktan Farkı

Belirli bir sermayeye sahip kişiler, bir işletmenin karına ve zararına katılarak sermayesini işlemek ve değerlendirmek diğer bir deyişle yatırım yapmak isteyebilir. Bu kişiler, aynı zamanda yeterli ticari bilgiye sahip olmamaları ya da memurlar gibi kişisel durumları ile ilgili yasaklar yüzünden ticaret ile uğraşamamaları veya ticaretten men edilen kimselerden olmaları ve benzeri sebeplerle, üçüncü kişilere karşı sorumlu olmak ve işletmenin ortağı olarak görünmek istemeyebilir⁴⁴⁴. Bu durumda “*uyuyan, sessiz, gizli*” ortak ile dışarıya karşı görünen ortak arasında adi ortaklığın bir türü olan gizli ortaklık ilişkisi kurulabilir⁴⁴⁵. Gizli ortaklıkta dış ilişkilerde aktif olarak hareket eden işletme sahibine “*aktif ortak*”, sermayesini değerlendirmek isteyen ve dış ilişkilerde bulunmayan yatırımcıya ise “*gizli ortak*” denir⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Bkz. Birinci Bölüm II. Alt Katılımın Tercih Edilme Nedenleri.

⁴⁴⁴ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 146; EREM, s. 18; PULAŞLI, Şerh, s. 43.

⁴⁴⁵ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 581.

⁴⁴⁶ BARLAS, s. 195; KARAYALÇIN, s. 171; CANKAT, Rifat, “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 1, Özel Sayı, s. 677.

Gizli ortaklık da tıpkı alt katılım ortaklığı gibi; iç ortaklık niteliğinde⁴⁴⁷ bir adi ortaklık türüdür, sözleşmesinin kurulumu herhangi bir şekil şartına bağlı değildir, geçici veya sürekli olarak kurulabilir, ortaklığa her gerçek veya tüzel kişi katılabilir⁴⁴⁸. Fakat mutlaka ilişkinin tarafları arasında bir sözleşme bulunmalıdır ve bu sözleşme taraflar aradaki ilişkinin aydınlatılması, hak ve borçların kapsamının belirlenmesi için asıl belirleyici kaynaktır⁴⁴⁹.

Hem gizli ortak hem de alt katılan, katılım payı taahhüdünde bulunmak zorundadır⁴⁵⁰. Alt katılım ortaklığında “*alt katılan*” getirmekle zorunlu olduğu katılım payını asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde veya onun kullanımına sunulacak şekilde ifa ederken, gizli ortaklıkta da “*gizli ortak*” katılım payını aktif ortağın malvarlığına geçecek veya onun kullanımına sunulacak şekilde ifa eder⁴⁵¹. Tıpkı alt katılımdaki gibi katılım payı olarak getirilen değerler ve ortaklık faaliyeti sonucu elde edilen değerler, aktif ortağın malvarlığına aktarılır ve bunların mülkiyet hakkının sahibi aktif ortak olduğundan bu değerler üzerinde sadece aktif ortak tasarrufta bulunabilir⁴⁵². Her iki ortaklık türünde de müştereken sahip olunan bir ortaklık malvarlığı yoktur⁴⁵³. Yalnızca borçlar hukukuna tabi ekonomik varlıklar mevcuttur⁴⁵⁴. Müşterek malvarlığı olmaması nedeniyle gerek alt katılan gerekse gizli ortağın şahsi borç ilişkilerinden olan alacaklıları, alacaklarını taraflar arasındaki ortaklıktan –diğer bir deyişle iç ortak tarafından asıl ortağa veya ortaklığın malvarlığına geçecek şekilde ifa edilen katılım payından- tahsil edemez⁴⁵⁵.

⁴⁴⁷ KARAYALÇIN, s. 171 vd.; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 146; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 35; CANKAT, s. 682; FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁴⁴⁸ BARLAS, s. 195, 209- 210, 219- 220; KARAYALÇIN, s. 174- 176; EREM, s. 17; CANKAT, s. 679.

⁴⁴⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 36, 40.

⁴⁵⁰ CANKAT, s. 688 vd.; Alman hukukunda gizli ortağın katılım payı getirme zorunluluğu bulunurken alt katılanın katılım payı getirmesinin şart olmadığı vurgulanmaktadır. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 39.

⁴⁵¹ BARLAS, s. 210; CANKAT, s. 688- 689.

⁴⁵² ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 146; *Karayalçın*, TBK m. 638/ I'deki ortakların elbirliği ile mülkiyet karinesi yorumlayarak bu mülkiyet şeklinin iç ortaklıkla bağdaşmasının şüpheli olduğunu ve iç ortaklıkta aktif ortağın ferdi mülkiyetinin iç ortaklık ve gizli ortaklığa daha uygun olduğunu belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. KARAYALÇIN, s. 174- 175.

⁴⁵³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 35.

⁴⁵⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 35- 36.

⁴⁵⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 36.

Alt katılımda alt katılanın asıl ortaklık borçlarından sorumluluğu bulunmamaktayken aynı durum gizli ortaklığın borçları konusunda gizli ortak için de geçerlidir. Gizli ortak, işletmenin dışı karşı işlemleri sebebiyle oluşan hak ve borçlara taraf değildir, bunlar taraf olan aktif ortaktır⁴⁵⁶. Alt katılımda olduğu gibi gizli ortaklıkta da kural olarak temsil ilişkisi ve bir ortaklık malvarlığının bulunması söz konusu değildir⁴⁵⁷.

Gizli ortaklık ile alt katılım ortaklığının farkını net bir şekilde ortaya koyan husus ortada aktif ortağın gerçekleştirdiği bir işletme faaliyetinin olup olmamasıdır⁴⁵⁸. Ortada bir işletme faaliyeti yoksa dışı karşı görünen ortağın yaptığı işlem, işletme faaliyeti niteliğini taşımayan herhangi bir işlem ise bu durumda gizli ortaklığın varlığından söz edilemez, bu durumda genel bir iç ortaklık ilişkisi vardır⁴⁵⁹. Alt katılım ortaklığı açısından ise asıl ortaklığın bir işletme faaliyetinde bulunup bulunmaması önemli değildir⁴⁶⁰. Yine dışı karşı görünmeyen ortağın ortaklığa katılımı, aktif ortağın payına katılma şeklinde gerçekleşiyorsa bu durumda da ortada bir alt katılım ortaklığı ilişkisi vardır⁴⁶¹. Gizli ortak, asıl ortaklığın tamamına dahil olur ve haklarını yalnızca bu ortaklığa karşı ileri sürebilir, ayrıca bir bütün olarak asıl ortaklığa karşı sorumluluğu vardır⁴⁶². Oysa alt katılım ortaklığında asıl ortaklığın tamamına katılma söz konusu değildir. Yalnızca “*paya katılma*” hali vardır. Alt katılanın asıl ortaklık veya işletme ile hiçbir hukuki ilişkisi yoktur⁴⁶³. Böylece alt katılanın pozisyonu, gizli ortağa kıyasla asıl ortaklık ile daha az bağlantılıdır⁴⁶⁴.

Alt katılım ilişkisinin kurulabilmesi için asıl ortağın pay sahibi bulunduğu bir asıl ortaklığın bulunması gerekirken, gizli ortaklıkta böyle bir zorunluluk

⁴⁵⁶ PULAŞLI, Şerh, s. 43- 44; BARLAS, s. 213- 214; KARAYALÇIN, s. 174; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 147; CANKAT, s. 699.

⁴⁵⁷ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 88; BARLAS, s. 213- 218; KARAYALÇIN, s. 174; CANKAT, s. 687.

⁴⁵⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 38; BARLAS, s. 207; Gizli ortaklığın söz konusu olabilmesi için mutlaka bir ticari işletmeye katılma durumunun olması gerektiği hakkında açıklamalar için bkz. CANKAT, s. 675.

⁴⁵⁹ BARLAS, s. 207; CANKAT, s. 675, Nitekim yazar, aktif ortaktan bahsederken “*işletme sahibi*” ifadelerini kullanmıştır.

⁴⁶⁰ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 38- 39.

⁴⁶¹ BLAUROCK, s. 875; BARLAS, s. 207.

⁴⁶² FRIEHE, s. 15; FELLMANN/ MÜLLER, s. 959.

⁴⁶³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 33.

⁴⁶⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 33.

bulunmamaktadır; gizli ortak, aktif ortağın tek başına işlettiği bir işletmeye de katılabilir⁴⁶⁵.

İç ortaklık kurulurken yapılan katkı, doğrudan asıl ortaklığa fayda sağlıyorsa genellikle ortada gizli ortaklık vardır⁴⁶⁶. İç ortaklığın hesabı, asıl ortaklık defterlerinde tutuluyorsa da gizli ortaklık mevcuttur⁴⁶⁷. Alt katılımda ise alt katılanın yaptığı katkının ne şekilde kullanılacağı asıl ortaklığı ilgilendirmez. Asıl ortak alt katılanla arasındaki sözleşmeye göre bu katkıyı dilediğince elden çıkartabilir⁴⁶⁸.

Gizli ortak, diğer ortaklara karşı kanun ve ortaklık sözleşmesinde belirlenen hükümlere göre sorumludur⁴⁶⁹. Buna karşın alt katılanın sorumluluğu yalnızca asıl ortağa karşıdır.

Gizli ortaklık ile alt katılım ortaklığı arasındaki önemli bir fark da dışa karşı pasif olan ortağın ortaklık iç ilişkisinde “*ortak*” sıfatını kazanıp kazanmaması durumudur. Alt katılım ortaklığında sadece asıl ortağın payına katılma söz konusu olduğundan alt katılan, asıl ortaklıktaki ortak sıfatını elde edemez, hiçbir aşamada ortaklık anlamına gelecek hak ve yetkileri kazanamaz. Buna karşılık gizli ortaklıkta her ne kadar dışa karşı işlemlerde açığa çıkmasa da gizli ortak, gizli de olsa iç ilişkide ortak sıfatını haizdir. Bunun sonucu olarak ortaklık sıfatını kazanamayan alt katılan, kural olarak ortaklık işleri hakkında bilgi alma, ortaklık defter ve hesaplarını inceleme, bilançoymu görmeye hak kazanmazken; gizli ortak tüm bu haklara ortaklık sıfatının gereği olarak sahiptir.

II. ALT KATILIMIN TERCİH EDİLME NEDENLERİ

A. Genel Bilgi

Alt katılım ilişkisine girmenin çok çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Alt katılım ortaklığı aile şirketlerinden, miras hukuku alanında sonuç doğuracak sağlar arası

⁴⁶⁵ BARLAS, s. 193.

⁴⁶⁶ FRIEHE, s. 15.

⁴⁶⁷ FRIEHE, s. 15; Aktif ortağın defter tutma sorumluluğu bulunduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. CANKAT, s. 697.

⁴⁶⁸ FRIEHE, s. 15.

⁴⁶⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 147.

tasarruflara kadar birçok alanda kolayca uygulanabilen bir ortaklık türüdür⁴⁷⁰. Kanunda ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutulmayan alt katılım ilişkisi, oldukça esnek bir yapıdadır ve ilişkiye dahil olanların ihtiyaçlarına göre uyarlanabilir⁴⁷¹. Alt katılımın tercih edilme sebepleri, tamamen ticaret şirketlerine özgü nitelikte değildir. Aksine inşaatlarda, basit yapılı adi ortaklıklarda, kurumsal halefiyeti güvence altına almak için aile işletmelerinde alt katılım ilişkisi kurulduğu görülür⁴⁷². Bu bölümde ilişkinin tercih edilmesinde önemli rol oynayan etkenler incelenecektir.

B. Gizli Kalma İsteği

Alt katılanın çeşitli sebeplerle geri planda kalmayı ve ortaya çıkmamayı istemesi, alt katılım ilişkisine girilmesinin sebeplerinden biridir⁴⁷³. Bu durumda çoğu zaman alt katılan, asıl ortaklık ile aynı veya benzer konularda faaliyet gösteren başka bir şirkette “*ortak*” sıfatını haizdir. Bu şirketteki “*ortak*” sıfatı nedeniyle de asıl ortaklıkta “*ortak*” olarak görünmek istememektedir. Asıl ortaklıkta “*ortak*” olarak görünmesi veya ticaret siciline kayıt olması, ortağı bulunduğu şirkete karşı yüklendiği rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmemek anlamına gelecektir⁴⁷⁴. Bu ortağın rekabet etmeme yükümlülüğünden kaçması için gizli ortaklık veya alt katılım ilişkisine girmesi mantıklı bir yoldur⁴⁷⁵. Gizli ortaklıkta ortaklığın tamamına katılım olacağından faaliyetini bu kadar genişletmeksizin daha özeld tutarak, yalnızca bir veya birkaç ortağın payına ortak olarak alt katılım ilişkisi içerisine girmesi, bu durumda daha lehine görünmektedir. Ancak bu gizli kalma isteği bir sebeple gerçekleşmez ve alt katılım ilişkisi ortaya çıkarsa, bu durum alt katılım ortaklığı sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez ve alt katılım ortaklığı sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder. Çünkü gizli kalma alt katılım ortaklığı için bir ön şart veya olmazsa olmaz bir koşul olmayıp ortaklığının, gizli kalıp kalmamasının bir önemi yoktur⁴⁷⁶. Ancak tarafların alt katılım sözleşmesindeki iradelerine bakıldığında,

⁴⁷⁰ BARLAS, s. 179.

⁴⁷¹ HÜBNER, s. 257.

⁴⁷² GROF, s. 23.

⁴⁷³ BARLAS, s. 178; HERZFELD, s. 304; FRIEHE, s. 5; FELLMANN/ MÜLLER, s. 956; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1.

⁴⁷⁴ FELLMANN/ MÜLLER, s. 956; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 875.

⁴⁷⁵ BLAUROCK, s. 875.

⁴⁷⁶ BARLAS, s. 145.

ilişkinin gizli kalması gerektiğinin kararlaştırıldığı anlaşılıyorsa ve açığa çıkmadan asıl ortak sorumlu tutulabiliyor ise duruma göre alt katılan, bu gizlilik yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile alt katılım ortaklığını feshedebilir ve tazminat talebinde bulunabilir.

C. Vergisel Sebepler

Esas olarak vergiyi en aza indirmenin etkili bir yolu olması gibi vergisel sebepler, alt katılım ortaklığının bu amaca elverişli diğer hukuki kavramlara göre öncelikli olarak tercih edilmesini sonucunu doğurur⁴⁷⁷. Nitekim Alman hukuk doktrininde alt katılım ortaklığı, son zamanlarda çoğunlukla vergi hukuku açısından incelenmektedir⁴⁷⁸. Almanya'daki hukuk mahkemelerinin birkaç kararının yanında özellikle vergi mahkemeleri alt katılım ortaklığının hukuki yapısını daha başarılı bir şekilde incelemektedir⁴⁷⁹. Asıl ortaklığın kar tespitinde, alt katılanın payı kardan düşülür ve vergiye tabi olan kar, bu işleme göre azaltılır⁴⁸⁰. Böylelikle asıl ortaklığın ödeyeceği vergiden tasarruf edilir. Özellikle aile bireyleri arasında eşe⁴⁸¹ veya çocuklara⁴⁸² alt katılım hakkı verilerek kazanç parçalanır ve böylece kazancın daha az vergilendirmeye tabi tutulması sağlanır⁴⁸³.

Bu tercih edilme nedeni esasen aşağıda alt katılım çeşitleri⁴⁸⁴ incelenirken açıklanacak olan tipik alt katılım ortaklığı bakımından geçerli olur. Çünkü atipik alt katılım ortaklığında alt katılan aynı zamanda payın kendisine de ortaktır ve girişimci ortak sıfatı ile hareket eder. Buna bağlı olarak da kazancının vergilendirilmesi gerekir.

⁴⁷⁷ BLAUROCK, s. 874- 875, 898 vd.; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 121 vd.; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1; FRIEHE, s. 9.

⁴⁷⁸ Bkz. HÜBNER, s. 259 vd.; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28 vd.; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 898 vd.; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 121 vd.

⁴⁷⁹ FRIEHE, s. 9.

⁴⁸⁰ FRIEHE, s. 5.

⁴⁸¹ THOMA, s. 305; Aile bireylerinin ortaklığa katılımı ile ilgili bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 25, 81- 82.

⁴⁸² Alt katılımın çocuklara genellikle bağış olarak verildiği görüşmektedir. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 25, 82; Baba veya annenin çocuklarına verdiği alt katılımın vergisel yönden incelenmesi için bkz. JuristenZeitung, "BFH, 3. 5. 1979 — IV R 153/78. Zur Unterbeteiligung Von Kindern an Personengesellschaften." V. 34, N. 22, 1979, s. 762-764.

⁴⁸³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 25; FELLMANN/ MÜLLER, s. 956.

⁴⁸⁴ Bkz. Birinci Bölüm IV.B. Atipik Alt Katılım Ortaklığı.

Bu kısım daha çok vergi hukuku alanı ile ilgili olduğundan açıklamalar bunlar ile sınırlı olacaktır.

D. Veraset Düzenlemeleri

Alt katılım, aynı zamanda asıl ortağın miras hukuku yönünden halefini eğitmeye de hizmet eder⁴⁸⁵. Bu beklenti ile özellikle aile üyeleri, beklenen miras için alt katılım ortaklığı kurar⁴⁸⁶. Böylece asıl ortak, kendisinden sonra ortaklığa devam edecek mirasçılarını asıl ortaklığa tanıtma fırsatı elde ettiği gibi mirasçılar da alt katılan sıfatı ile şirketin işleyişini, faaliyet alanının özelliklerini, aracı olmaksızın doğrudan öğrenme ve fikir edinme hakkına sahip olur⁴⁸⁷. Ayrıca asıl ortaklık da asıl ortağın yerine geçecek mirasçıları tanıma ve işleyişi buna göre koordine etme imkanına kavuşur⁴⁸⁸.

Duruma örnek olarak yukarıda alt katılım örneklerinin açıkladığı kısımdaki⁴⁸⁹ bir limited şirkete ortak olan bir babanın, kendi payına kızını ortak ederek alt katılım ortaklığı kurması gösterilebilir. Bu şekilde kurulan bir alt katılım ortaklığında amaç, babanın daha sonra kendisine geçecek ortaklık sıfatının gereklerini öğretmek için kızını eğitmesidir. Burada asıl ortak, öncelikle belirli görevleri alt katılına devretmektedir, ancak alt katılan henüz sorumluluk taşıyarak asıl ortaklık veya üçüncü kişilere karşı ortaya çıkmamaktadır. Yalnızca daha sonra kazanılacak “ortaklık” sıfatının gereklerine uygun zemin hazırlanmaktadır.

Miras hukuku ile ilgili olmaksızın, asıl ortaklık ortaklarının belirli bir yaştan sonra payını mirasçılara veya belirleyeceği haleflerine devredebileceğinin asıl ortaklık sözleşmesi ile kararlaştırıldığı durumlarda da alt katılım ortaklığı tercih edilebilir. Asıl ortaklıktan tamamen kopmak istemeyen ancak yerine haleflerinin geçmesini de isteyen ortak, öncelikle payını mirasçılara devreder ve ortak sıfatını

⁴⁸⁵ BLAUROCK, s. 874; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 76- 83; GROF, s. 23; FRIEHE, s. 6; FELLMANN/ MÜLLER, s. 956.

⁴⁸⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 76- 83; FELLMANN/ MÜLLER, s. 956; WATERSCHEK, s. 1; FRIEHE, s. 6; BLAUROCK, s. 874.

⁴⁸⁷ FRIEHE, s. 6; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 76- 83.

⁴⁸⁸ FRIEHE, s. 6.

⁴⁸⁹ Bkz. Birinci Bölüm I.F. Alt Katılım Örnekleri.

kaybeder. Bu durumda şirkete yabancı bir kimse olur. Ancak mirasçıları ile kuracağı bir alt katılım ortaklığı ile “*alt katılan*” sıfatını elde edebilir. Bu durumda alt katılanın beklediği fayda, asıl ortaklığa ortak olmak zorunda kalmadan yaşamı boyunca ortaklık faaliyetleri hakkında –alt katılım ortaklığının mümkün kıldığı ölçüde- bilgi sahibi olmaktır⁴⁹⁰.

Mirasçılarla alt katılım ortaklığı kurulması, halefin eğitilmesi yanında yüksek veraset vergilerinin ödenmesini de önleyebilir veya vergi miktarını önemli ölçüde azaltabilir⁴⁹¹.

Mirasçılarla devam edeceği öngörülen asıl ortaklıklarda asıl ortağın ölümü ile ortaklığa mirasçıları ile devam edilir. Birden fazla evlilik, miras bölünmeleri gibi nedenlerle asıl ortağın sayıca oldukça fazla mirasçısı olması halinde; karın dağıtımı, ortakların iç ilişkilerinin işleyişi ve ortak kararların alınması oldukça zor olacağından mirasçıların bir kısmının ortak olmak yerine alt katılım ilişkisine girerek alt katılan olması, asıl ortaklığın işleyişini kolaylaştırır⁴⁹². Bu durumda mirasçıların bir kısmı asıl ortaklığa ortak olurken kalan kısmı ise ortaklara ortak olur ve alt katılım ilişkisi kurulur. Alt katılan sıfatını haiz mirasçılar da kendi aralarında bir adi ortaklık oluşturur ve alt katılanlardan oluşan bu yeni adi ortaklık, asıl ortağı alt katılım ilişkisi çerçevesinde denetleyebilir⁴⁹³.

E. Finansman Desteği ve Sermayenin Artırılması

Asıl ortağın mali olarak sıkıntıda olması sebebiyle kaynak arayışı içerisine girmesi ve finansman ihtiyacı duyması durumlarında alt katılım ortaklığı içerisine girilmesi mantıklı bir yoldur⁴⁹⁴. Bu nedenle genellikle asıl ortak, alt katılım ilişkisine girmeyi bir sermaye arttırma aracı olarak kullanır⁴⁹⁵. Verdiği alt katılım ortaklıklarının geliri ile asıl ortaklıktan daha fazla hisse alabilir veya olası bir sermaye arttırımı için

⁴⁹⁰ FRIEHE, s. 6; BLAUROCK, s. 874.

⁴⁹¹ BLAUROCK, s. 874; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 81.

⁴⁹² BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 76.

⁴⁹³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 76.

⁴⁹⁴ BARLAS, s. 178; HERZFELD, s. 304; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 875; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 83.

⁴⁹⁵ FELLMANN/ MÜLLER, s. 955; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 875; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 83.

para toplama şansını elde eder⁴⁹⁶. Örneğin bir komandit şirkette komandite ortak, komanditer ortağın payını devralmak için yapacağı nakit ödeme yanında payını devreden komanditer ortağa bir alt katılım hakkı da vererek devri gerçekleştirebilir⁴⁹⁷. Devralan komandite ortak böylece, devir maliyetini düşürmüş olur.

Alt katılımın modern kullanım şekli, gelir elde etmek isteyen şirketlerin hisse senetlerini satışa çıkartmak yerine şirket paylarında alt katılım ortaklığı kurmasıdır⁴⁹⁸. Bu durumda şirket, hem hisse senetlerini elinde tutar hem de gelir elde etme amacına ulaşır. Dolayısıyla alt katılım ortaklığı verilmesi, hisse senedi çıkartmakla eş değer olarak sermaye tedarikini kolaylaştırır⁴⁹⁹.

Alt katılanın asıl ortaklığa finansman sağlamasının nedeni, alt katılanın yatırım amaçlaması ve alt katılım ortaklığını ucuz bir yatırım olarak görmesidir⁵⁰⁰. Dış ilişkide ortak olarak ortaya çıkmadığından kişisel sorumluluğunun gündeme gelmemesi ve böylece yatırımın beraberinde getirdiği riskin en aza indirilmesi de alt katılanın bu yatırım şeklini tercih etmesi için önemli bir nedenidir⁵⁰¹.

F. Sorumluluğun Paylaşılması

Kimi durumlarda asıl ortak, payın getirdiği riski paylaşma ya da transfer etme isteği içerisine girerek alt katılım ortaklığı kurmak ister⁵⁰². Bu yol, özellikle giriştiği faaliyetlerin yüksek risk taşıdığı şirketlerde tercih edilir⁵⁰³. Örneğin asıl ortaklığın büyük çapta bir maden işletme işine girmesinde durum böyledir. Payın getirdiği olası bir zararda her ne kadar dışarıya karşı sorumlu asıl ortak görünse de alt katılım ortaklığındaki iç ilişkide alt katılanın da sorumluluğu bulunur. Bu durumda alt katılım ilişkisi kurulurken alt katılan tarafından ödenen miktar, zarar riskini üstelenerek

⁴⁹⁶ FRIEHE, s. 7.

⁴⁹⁷ FRIEHE, s. 7.

⁴⁹⁸ GROF, s. 23; FRIEHE, s. 7; Bu ihtimalin gerçekleşebilmesi için asıl ortaklık mutlaka halka arz yeteneğine sahip bir şirket olmalıdır. Hukukumuzda yalnızca anonim ortaklık halka arz edilebildiğinden bu hal, anonim ortaklık için incelenmiştir. Halka arz ile ilgili ayrıntı için bkz. MUTLU UŞAKLI, Senem, "Halka Arz Kavramı ve Halka Arzın Hukuki Niteliği", İBD, C. 85, S. 6, 2011, s. 159 vd.

⁴⁹⁹ GROF, s. 23; FRIEHE, s. 7.

⁵⁰⁰ BARLAS, s. 178; HERZFELD, s. 304; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1.

⁵⁰¹ FELLMANN/ MÜLLER, s. 956.

⁵⁰² BARLAS, s. 178; HERZFELD, s. 304; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1; FRIEHE, s. 7.

⁵⁰³ FRIEHE, s. 7.

ödediği bir teminat niteliğindedir⁵⁰⁴. Alt katılanın sorumluluk paylaşarak riske girmesi pek tercih edilebilir bir yol olarak görünmese de riskin beraberinde getirdiği kazancın da büyük olması, alt katılımı bu ilişkiye girmeye teşvik eder. Yukarıdaki örnekte şayet zarar riski gerçekleşmezse asıl ortaklık ve dolayısıyla alt katılan yüksek miktarda kazançta sahip olabilecektir.

Asıl ortaklık faaliyetleri yüksek risk taşımasa da alt katılan belirli bir riski paylaşır. Alt katılanın riski, asıl ortaklığın kar elde etmemesi durumunda katıldığı payın da herhangi bir kar getirmemesi ve buna bağlı olarak alt katılım ortaklığına girerken amaçladığı kar beklentilerinin boşa çıkmasıdır⁵⁰⁵.

G. Çalışan Katılımı

Asıl ortaklık ortakları, kimi durumlarda ortaklık çalışanları ile de bir ortaklık ilişkisine girebilir. Buradaki amaç; çalışanların asıl ortaklığa bağlılığını arttırarak ortaklık faaliyetlerinden daha yüksek bir verim elde etmek olduğu gibi asıl ortaklık tarafından yetiştirilen kalifiye çalışanların iş değiştirme isteğini ortadan kaldırmaya çalışmaktır⁵⁰⁶. Bu duruma alt katılım örnekleri kısmında bahsedilen⁵⁰⁷ avukatlık bürosundaki ortaklardan birinin payına çalışan avukatı ortak etmesi ile koronavirüs pandemisi nedeniyle gönderilere yetişmekte zorlanan çalışanların şirkete daha yakından bağlanması için kurulan alt katılım ortaklığı örnek olarak gösterilebilir.

Ayrıca bu tercih, beraberinde düşük vergilendirme yapılması imkanını da getirerek çifte amaca hizmet edebilir. Bunun için dışa karşı görünmeyen ortaklık, zaten alt katılım ilişkisi nedeniyle ödenecek payın getirilerini çalışanların maaşlarına eklenmesini sağlayarak maaşın oldukça yüksek tutulmasını ve gerçekte yapılan kar paylaşımının daha düşük gösterilmesini sağlar⁵⁰⁸. Özellikle burada, asıl ortaklık tarafından alt katılım ilişkisinin kabul edilmesi durumu vardır. Ayrıca maaşı ödemekle yükümlü olan asıl ortaklıkken payın getirilerini ödeme yükü yalnızca payına ortak eden asıl ortağın sorumluluğundadır. Bu nedenle gerek asıl ortaklık tarafından alt

⁵⁰⁴ FRIEHE, s. 7.

⁵⁰⁵ FRIEHE, s. 68.

⁵⁰⁶ FRIEHE, s. 7; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 23.

⁵⁰⁷ Bkz. İkinci Bölüm I. G. Alt Katılım Örnekleri.

⁵⁰⁸ FRIEHE, s. 7; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 23, 24.

katılım ortaklığının tanındığının gösterilmesi gerekse aynı çalışana karşı hem borçlusu hem de içeriği farklı olan iki borcun ne şekilde birleştirileceğinin belirlenmesi açısından, asıl ortaklık ile alt katılım ortaklığı arasında bir sözleşme kurulması faydalıdır.

H. Rakip Şirketlerin Birbirini Etkileme Gayesi

Alt katılım, gerek alt katılım veren asıl ortaklığın rakiplerini gerekse rakiplerin asıl ortaklığı etkileme gayesine hizmet edebilir. Bir şirket ortağı veya çalışanı, rakip şirketin ortaklarından birinin payına ortak olarak asıl ortaklık iş planlarını ve önemli bilgilerini –alt katılım ortaklığı bünyesinin izin verdiği ölçüde- elde edebilir. Bunun tam tersi de mümkündür. Bir şirket ortaklarından biri, rakip şirketin iş planı ve önemli bilgilerini öğrenmek için rakip şirketin ortak veya çalışanlarından birine alt katılım teklifinde bulunup alt katılım ortaklığı kurabilir. Ancak burada durum ve koşulları mevcutsa amacın ahlaka aykırılığı nedeniyle alt katılım ortaklığının geçersizliği gündeme gelebilir. Hem alt katılan hem de asıl ortağın diğer bir deyişle sözleşmenin taraflarının tamamının amacı, asıl ortaklıktan bilgi sızdırarak bu bilgilerin rakip ortaklığa verilmesi ise alt katılım sözleşmesi geçersizdir⁵⁰⁹. Ancak tarafların yalnızca biri, söz gelimi alt katılan ahlaka aykırı amaç güdüyor, asıl ortak ise böyle bir amaç gütmemekle birlikte alt katılanın ahlaka aykırı amacını biliyor ise genel sözleşmeler hukuku görüşünden⁵¹⁰ yola çıkılarak sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğinin kabulü gerekir. Ancak asıl ortağın asıl ortaklığa zarar vermeyi amaçlayan rakibi ile alt katılım ilişkisine girmiş olması duruma uygun düştüğü hallerde asıl ortağın şirketten çıkarılması veya asıl ortaklığın feshi için de haklı sebep⁵¹¹ oluşturarak asıl ortaklığın feshedilmesini gündeme getirebilir⁵¹².

Rakiplerin hukuka ve ahlaka aykırı olma ihtimali bulunmayan yöntemler kullanmaksızın da birbirlerini etkilemesi mümkündür. Aynı üreticiden veya

⁵⁰⁹ ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra; “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHFİM, C. 74, S. 2, 2016, s. 727.

⁵¹⁰ Ayrıntı için bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, s. 727.

⁵¹¹ Adi ortaklıkta ortakların haklı sebeple ortaklıktan çıkarılıp çıkarılmayacaklarına ilişkin doktrindeki tartışma için bkz. dn. 198.

⁵¹² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 386; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74; BARLAS, s. 183- 184; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 592; HÜBNER, s. 264.

tedarikçiden belirli bir malı tedarik eden iki rakip şirketten birinin bir veya birkaç payında üretici veya tedarikçiye alt katılım hakkı vermesinde durum böyledir⁵¹³. Bu durumda tedarikçi alt katılım ortaklığından beklediği kazanca erişebilmesi için asıl ortaklığı destekleyerek rakiplerine kıyasla asıl ortaklığa yakından bağlanacak ve asıl ortaklığın lehine olacak şekilde hareket edecektir. Örneğin toptan olarak ayakkabı satışı yapan bir şirketin, satış yaptığı şirketlerden birinin ortağı ile alt katılım ilişkisine girmesindeki durum böyledir. Önceleri satış yaptığı tüm firmalara aynı düzeyde yakın veya uzak olan tedarikçi, alt katılım ilişkisi kurduktan sonra alt katılım ortaklığının başarıya ulaşması için asıl ortaklığın da başarıya ulaşması gerektiğinin bilincinde olacak, yeni sezon ayakkabıları ilk önce alt katılanı olduğu şirkete götürecektir, stok yenilemesi yapması gerektiğinde de yine bu şirkete öncelik verecek, tedarik ettiği mallara karşılık olarak alacağı ödemede daha esnek davranacak, hatta satışlarının azalmaması için kimi durumlarda şirketin yakın çevresindeki diğer rakiplerine ayakkabı tedariki yapmayacaktır.

Üretici veya tedarikçinin yalnızca toptan satışa değil, yüksek kar elde edilen perakende satışa katılmak istemesinde de alt katılım ortaklığı üretici veya tüketicinin lehinedir⁵¹⁴. Burada alt katılım ortaklığının gizlilik sağlamaya elverişliliği, ilişkinin tercih edilmesinde etken rol oynar. Üretici veya tedarikçi, piyasada açık ve aktif bir şekilde görünmesi halinde satış yaptığı şirketler ile rakip olarak görüneceğinden büyük ihtimalle bu şirketler duruma tepki gösterecek ve üretici veya tedarikçinin toptan satışları düşecektir⁵¹⁵. Bu riski almak istemeyen üretici veya tedarikçinin, ürünlerinin perakende satışını yapan bir ortaklıktaki paya alt katılan olarak girmeyi tercih etmesi, mantıklı bir yoldur.

İ. Yeni Ortak Alma İmkânının Bulunmaması

Ortaklığa yeni ortak alınmasının ortaklık sözleşmesi ile yasaklanmış olması veya diğer ortakların yeni ortak alınmasına rıza göstermemesi hallerinde de alt katılım

⁵¹³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 26; FRIEHE, s. 8.

⁵¹⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 26.

⁵¹⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 26.

ortaklığı kurmak, uygun bir çözüm yoludur⁵¹⁶. Yeni ortak alma anlamına gelmese de benzer amaca hizmet eden alt katılım ortaklığına başvurmak, onay gerekmeksizin serbestçe kurulması nedeniyle bu yolu tercih edilebilir kılar. Uygulamada özellikle payın kolayca devredilemediği şahıs şirketlerinde alt katılım ilişkisi kurulduğu görülür⁵¹⁷. Bunun yanında TBK m. 632/II'de alt katılım ortaklığı ile aynı cümle içerisinde düzenlenen ortakların rızası olmaksızın gerçekleyen pay devrinin de taraflarca tercih edilebileceği unutulmamalıdır. Tarafların ortaklık kurma amacında olup olmadığı ve pay devri hedefleyip hedeflemediği göz önünde bulundurularak en uygun çözüm yolu seçilebilir. Ancak her iki çözümde de ortaklığa yeni ortak alma imkanı gerçekleşmediği gibi gerçek bir pay devrinden de bahsedilmez.

III.ASIL ORTAKLIK – ALT KATILIM ORTAKLIĞI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. İki Ortaklık Arasında Temas Olup Olmadığının Yorumlanması

Alt katılım ortaklığının kurulması için asıl ortaklığın onayı veya izninin gerekmediği yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna karşın alt katılım ortaklığı, elde edilen karın belirlenmesi ya da bu karın artması yönündeki beklentiler için asıl ortaklığın kar elde edip etmediğiyle yakından ilgilenir. Asıl ortaklığın faaliyetlerinin başarı ile sonuçlanıp sonuçlanmaması alt katılım ortaklığı için önemlidir. Diğer bir deyişle alt katılım ortaklığının kaderi, çoğunlukla asıl ortaklığın kaderine bağlıdır. Bu nedenle alt katılım ortaklığı, asıl ortaklığın varlığına bağlı olarak kurulur ve alt katılımın varlığı asıl ortaklık olmadan düşünülemez⁵¹⁸. Asıl ortaklığın yasal olarak konumu, büyük ölçüde alt katılım ilişkisinin yasal konumunu belirler; asıl ortaklığın düzenlemelerine uyması, alt katılım ortaklığının lehinedir⁵¹⁹. Söz gelimi asıl ortaklığın sona ermesi halinde ortada alt katılım ortaklığınca işletilecek bir pay da kalmayacağından alt katılım ortaklığınca amaçlanan payın işletilerek kar elde edilmesi amacı imkansız hale gelecek, buna bağlı olarak da alt katılım ortaklığı

⁵¹⁶ BARLAS, s. 178; FRIEHE, s. 8; HERZFELD, s. 304; GROF, s. 23; WATERSCHEK, s. 1; BLAUROCK, s. 874; THOMA, s. 296; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 74- 75; FELLMANN/ MÜLLER, s. 956.

⁵¹⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 75.

⁵¹⁸ FRIEHE, s. 44.

⁵¹⁹ FRIEHE, s. 44.

sona erecektir. Yine asıl ortaklıkta kar dağılmamasına karar verilmesi halinde asıl ortağa bir pay ödemesi yapılamayacağından alt katılım ortaklığında da kar paylaşımı yapılamayacaktır. Bu nedenle asıl ortaklık ile alt katılım ortaklığı arasında pratikte göz ardı edilemeyecek bir temas söz konusudur.

Alt katılım ortaklığının varlığı da bazı durumlarda asıl ortaklığı etkiler. Yukarıda⁵²⁰ açıklanan adi ortaklığın tercih edilme nedenlerinin birçoğu asıl ortaklığı etkiler şeklindedir. Örneğin düşük vergilendirme yapılması için alt katılım ortaklığı kurulması, esasen asıl ortaklığının çıkarınadır. Yine rakip şirketlerin birbirini etkileme gayesi ile kurulan alt katılım ortaklarında asıl ortaklığın amaçladığı bir durum gerçekleştirilmektedir.

B. Asıl Ortaklığın Alt Katılım Ortaklığını Tanımaması

Bir üst başlıkta alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklık arasında uygulamada oldukça önemli bir temas durumu olduğu belirtilmiştir. Fakat uygulama bu olsa da teoride kural olarak asıl ortaklık ile alt katılım ortaklığı arasında bir temas yoktur. Hukuk terminolojisinde alt katılım ortaklığı ile ilgili yapılan açıklamalar, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanımaması ihtimali üzerinden yapılır. Yukarıda⁵²¹ alt katılım ortaklığı ve özellikleri ile ilgili açıklamaların tamamı, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanımaması durumunda geçerlidir. Bu halde teoride iki ortaklık arasında bir temas yoktur.

C. Asıl Ortaklığın Alt Katılım Ortaklığını Tanıması

Asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanıması haline asıl ortaklıkla işbirliği içerisinde olan alt katılım ortaklığı, çoğunlukla daha sistematik ve etkin bir şekilde işler. Tanımının yapılması, özellikle sadece asıl ortağın değil tüm ortaklığın çıkarına olacak şekilde alt katılım ilişkisi kurulması hallerinde önemlidir. Örneğin asıl ortaklık rakiplerini etkileme veya ortaklığın karını daha az göstererek daha düşük

⁵²⁰ Bkz. II. Alt Katılımın Tercih Edilme Nedenleri.

⁵²¹ Özellikle bkz. İkinci Bölüm I.F. Asıl Ortaklık Karşısındaki Durum.

vergilendirmeye tabi tutma gibi asıl ortaklığı bütün olarak etkileyecek nedenlerle alt katılım ortaklığının kurulmasını teşvik ediyor olabilir.

Tanıma, farklı şekillerde yapılabilir. İlk olarak tanıma, alt katılan ile asıl ortaklık arasında yapılacak sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Bu durumda önceden asıl ortağın iki ortaklık arasında gördüğü bağlantı görevi, artık sözleşme ile sağlanır ve iki ortaklık arasında hukuki ilişkiler başlar. İkinci olarak asıl ortaklık ortakları, bir ortaklık kararı ile alt katılım ortaklığına veya alt katılana doğrudan bir kısım hak ve yetkiler vererek alt katılım ortaklığını hukuki olarak tanıyabilir. Ortaklık kararı, alt katılım ortaklığına veya alt katılana hak ve yetki tanımak için şeklinde olabileceği gibi alt katılım ortaklığı sözleşmesine bu yönde madde eklenmesi şeklinde de çıkarılabilir. İlk durumda tanıma, bir ortaklık kararı ile gerçekleşirken ikinci durumda alt katılım sözleşmesi ile gerçekleşmiş olur. Asıl ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, paylar üzerinde kurulan alt katılım ortaklığının tanınacağına ve bu ortaklıklara bir kısım hak ve yetkiler verileceğine ilişkin önceden yapılan genel bir düzenleme ile de alt katılım ortaklığının asıl ortaklık tarafından tanınması sağlanabilir. Ancak önceden yapılan genel düzenleme ile tanımanın yapılması, çalışma konusu adi ortaklıklarda gerçekleşen alt katılım ilişkileri için tercih edilebilecek bir yol değildir. Zira ortakların kişisel özelliklere atfedilen önemin had safhada olduğu ve ortakların tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluğunun bulunduğu adi ortaklıkta, alt katılım ilişkisinin kimlerle kurulacağı bilinmeden bu duruma öncesinde genel bir onay verilmesi tüm ortakları riske atabilecek niteliktedir.

Asıl ortaklık tarafından tanıma yapılmamış olmasına rağmen alt katılan, alt katılım sözleşmesi ile alt katılana asıl ortaklıkta bir kısım hakların tanınacağını taahhüt etmiş olabilir. Söz gelimi alt katılım sözleşmesinde asıl ortak, alt katılana asıl ortaklık işleri ile ilgili bilgi alma hakkı tanımış olabilir. Asıl ortağın bu taahhüdünü yerine getirebilmesi, ancak asıl ortaklık tarafından bu duruma onay verilmesi ile gerçekleşebilir. Bu durumda yukarıdaki tanıma seçeneklerine ek olarak, asıl ortak ile asıl ortaklığın diğer ortakları arasında alt katılana asıl ortaklık işleri ile bilgi alma ve sair hak ve yetkiler tanınması konulu bir sözleşme kurulabilir. Bu sözleşme ile asıl ortak, payında bir alt katılım ilişkisi kurduğunu belirterek ortaklık ilişkisi içerisinde olduğu alt katılana, diğer ortaklar tarafından bir kısım hak ve yetkilerin verilmesini

ister. Diğer bir deyişle asıl ortak, temsilci sıfatı ile hareket etmemektedir. Asıl ortaklıkta “*ortak*” sıfatını haiz olarak alt katılım ilişkisine girmiştir ve bu sıfatı nedeniyle alt katılana taahhüt ettiği hakların asıl ortaklık tarafından tanınarak alt katılana kullandırılması amacıyla asıl ortaklık ile yeni bir sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir. Sözleşmenin tarafları asıl ortak ve asıl ortaklığın diğer ortaklarıdır. Asıl ortak ve diğer ortaklar arasında alt katılana bilgi alma, ortaklık işlerini inceleme ve sair hak ve yetkiler verilmesi yönünde kurulan bu sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir⁵²². Alt katılan, kendisine tanınan hakları doğrudan asıl ortaklıktan talep edebiliyorsa sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir⁵²³. Şayet sözleşmenin tarafları, asıl ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda bulunan alt katılanın bu hakları asıl ortaklıktan talep etmemesi, taleplerini yalnızca asıl ortağa iletmesi konusunda anlaşmışsa artık alt katılan, asıl ortaklıktan hiçbir hak talep edemez. Buna bağlı olarak da asıl ortaklık tarafından alt katılım ortaklığının tanındığı söylenemez. Böyle bir düzenleme karşısında alt katılan; kendisine tanınan hakları asıl ortak eliyle kullanır, taleplerini asıl ortağa yöneltir ki bu durumda asıl ortak ve asıl ortaklık arasındaki sözleşme, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir⁵²⁴. Şayet taraflarca hakların kullanılmasının asıl ortaktan mı yoksa asıl ortaklıktan mı talep edileceği yönünde bir düzenleme yapılmamışsa eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kural, tam üçüncü kişi yararına sözleşme istisna olduğundan⁵²⁵ alt katılanın kendisine tanınan hakları asıl ortaktan talep etmesi gerekir.

Alt katılana tanınabilecek haklar sadece bilgi alma ve belge inceleme hakkı değildir. Alt katılana oy hakkı anlamına gelmemek şartıyla asıl ortaklık içerisinde söz söyleme hakkı da tanınabilir. Sözleşme serbestisi gereğince taraflar, iki ortaklık arasındaki ilişkiyi ve alt katılana verilecek hakları serbestçe şekillendirebilir⁵²⁶.

⁵²² FRIEHE, s. 64.

⁵²³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin direkt olarak borçludan edimin kendisine ifasını talep etme hakkı bulunduğu ilişkin açıklamalar için bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1765- 1768; ÇİLENTİ KONURALP, Ayşen, “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme”, TBBD, Y. 32, S. 146, Ocak- Şubat 2020, s. 159- 160; ATEŞ, Derya, “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, TBBD, Y. 33, S. 151, Kasım- Aralık 2020, s. 354.

⁵²⁴ KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1764- 1765; ÇİLENTİ KONURALP, s. 160; ATEŞ, s. 353- 354.

⁵²⁵ Ayrıntı için bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1765; ÇİLENTİ KONURALP, s. 162; ATEŞ, s. 352.

⁵²⁶ HÜBNER, s. 264.

Taraflar arasındaki sözleşme ile alt katılana, alt katılım ortaklığından kaynaklı olarak kendisine düşen kar payını doğrudan asıl ortaklıktan isteme hakkı da tanınabilir.

Alt katılım ortaklığının ve buna bağlı olarak da alt katılanın asıl ortaklık tarafından tanınması durumunda asıl ortaklığın tüm ortaklarının üçüncü kişi konumunda bulunan alt katılanı kabul etmesine yönelik ortak bir karar çıktığından alt katılım ilişkisi gizli ortaklığa çok yaklaşı⁵²⁷. Alt katılanın asıl ortaklık içerisindeki konumu neredeyse gizli ortağın konumuna benzer. Her ikisi de asıl ortaklık ortakları tarafından bilinir, kendilerine asıl ortaklık tarafından bir kısım haklar tanınır ve dış ilişkide hukuki olarak ortaya çıkmaz.

D. Asıl Ortaklık ile Alt Katılım Ortaklığı Çıkarlarının Çatışması

Asıl ortaklık ile alt katılım ortaklığı çıkarlarının çatışmasının asıl ortak yönünden incelenmesi önemlidir. Zira günlük hayatta birçok şirket olağan olarak çıkar çatışması yaşamaktadır ve bunların durumu özellik arz etmez. Ancak alt katılım ortaklığının mevcudiyeti halinde asıl ortak, hem asıl ortaklığın hem de alt katılım ortaklığının ortağı olarak çifte görev üstlenir⁵²⁸. Her iki ortaklığa da sadakat yükümlülüğü vardır, her iki ortaklığa da zarar verici davranışlardan kaçınmalıdır ve her iki ortaklıkta da ortak amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmak zorundadır. Fakat kimi durumlarda alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklığın çıkarları çatışabilir. Örneğin asıl ortaklık kar payı dağıtmama kararı almış olabilir ve bu durum bir an önce kar paylaşımı yapmayı amaçlayan alt katılım ortaklığının çıkarlarına ters düşebilir veya alt katılan, alt katılım ortaklığı ile ilgisi olduğunu ileri sürerek asıl ortaklık bilgi ve belgelerini inceleme talebini asıl ortağa yöneltebilir. Bu durumda asıl ortağın hangi ortaklığın çıkarına olacak şekilde hareket etmesi, hangi ortaklığın düzenlemesine öncelik vermesi gerektiği sorusu gündeme gelir.

Bu konuda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat doktrinde alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklığın çıkarlarının çatışması durumunda kural olarak asıl ortaklık çıkarlarına öncelik verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵²⁹. Alt katılım

⁵²⁷ FRIEHE, s. 15.

⁵²⁸ FELLMANN/ MÜLLER, s. 964- 965.

⁵²⁹ FRIEHE, s. 46- 47.

ortaklığının asıl ortaklığa bağlı olan “*pay*” üzerinde kurulması diğer bir deyişle asıl ortaklıktan türemiş şirket içinde bir şirket olması, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığından önce kurulmuş olması, asıl ortaklık alt katılım ortaklığına bağlı olmadan varlığını sürdürebilirken alt katılımın ancak asıl ortaklığa bağlı olarak varlığını sürdürebilmesi, ayrıca alt katılım ortaklığının bir ortaklık olsa da çoğunlukla borçlar hukuku temelinde alacak gibi talep hakları doğurması, iç ortaklık olması nedeniyle genellikle asıl ortaklık kadar büyük çapta bir şirketler hukuku kurumuna dönüşmemesi nedeniyle bu yaklaşımın yerinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla alt katılan, alt katılım ortaklığı ile ilgisi olduğunu ileri sürerek asıl ortaklık bilgi ve belgelerini incelemeyi talep ettiğinde iki ortaklığın çıkarları çatışacaktır. Bu durumda asıl ortak, sır saklama ve sadakat yükümlülüğü gereği bu talepleri yerine getirmekten kaçınmalıdır⁵³⁰. Ancak asıl ortağın asıl ortaklığa karşı bu davranışları, alt katılım sözleşmesine aykırılık teşkil ediyorsa bu durum asıl ortağın tazminat sorumluluğuna yol açar⁵³¹.

Asıl ortaklığın ortaklarına sadakat yükümlülüğü konusunda sözleşme ve kararlarında açıklık bıraktığı durumlarda ise asıl ortak, alt katılım ortaklığının çıkarlarını her zaman temsil edebilir⁵³².

Asıl ortaklığın kar paylaşımı yapmama kararı alması veya bu durumu oylaması hallerinde asıl ortağın ne şekilde davranacağı da ayrıntılı düşünülerek cevaplanması gereken bir sorudur. Asıl ortaklığın çıkarları kar paylaşımı yapılmaması yönündeysen (örneğin asıl ortaklığa önemli araç, makine vb. satın alınması gerekiyorsa, büyük çapta bir veya birkaç taşınmaz kiralanması gerekiyorsa) yine de asıl ortağın sırf alt katılım ortaklığının çıkarlarını düşünerek kar paylaşımında ısrar etmesi açıkça bir “*ortak*” olarak asıl ortaklığın çıkarlarına aykırı hareket etmesi anlamına gelecektir. Ancak bir yandan da kar paylaşımı konusunda oyunu özgürce kullanması hakkıdır⁵³³. Burada yine yukarıda belirtildiği üzere asıl ortaklık çıkarlarına öncelik verilmeli ve kar dağıtmama asıl ortaklığın çıkarlarına ise asıl ortak da kar dağıtımını konusunda ısrarcı

⁵³⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 358; BARLAS, s. 189; FRIEHE, s. 47.

⁵³¹ THOMA, s. 311.

⁵³² FRIEHE, s. 58.

⁵³³ FRIEHE, s. 47.

olmamalıdır; ancak asıl ortaklık, sırf alt katılım ortaklığına zarar vermek için kar paylaşmama kararı alıyorsa ahlaka aykırı olduğundan bu kararın bağlayıcı olmadığını belirten bir çalışma mevcuttur⁵³⁴. Fakat asıl ortağın asıl ortaklık çıkarını düşünecek şekilde kar dağıtmama kararına destek vermesi durumunda, kaybedilen kar hakkı için alt katılan, asıl ortağa tazminat davası açabilir⁵³⁵. Bunu engellemek isteyen asıl ortak, dağıtılmayan kardan kendisine isabet edecek pay üzerinden alt katılana pay vermeyi teklif edebilir; bu yolu tercih etmesi oldukça mantıklıdır, çünkü asıl ortak, alt katılan ile paylaşmak zorunda kalmadığı kar payından öncekine göre daha büyük miktarda pay alma hakkına sahip olacaktır⁵³⁶.

Kural çatışma durumunda asıl ortaklık çıkarlarına öncelik vermek olsa da her durumda asıl ortak, sırf asıl ortaklıkça istenen kararların alınması için alt katılım ortaklığının çıkarlarını göz ardı edecek şekilde oy kullanmamalıdır. Örneğin asıl ortak, sonucunda yüksek kar elde etme olasılığı olsa da asıl ortaklığın büyük risklere girmek için kar paylaşımı yapmamasına rıza göstermek zorunda değildir⁵³⁷. Alt katılım ortaklığı olmasa bile asıl ortağın, bu tür kararlarına karşı oy kullanma ihtimali yüksektir⁵³⁸. Bu nedenle iki ortaklık arasında çıkar çatışması olan durumlarda sırf alt katılım ortaklığı içerisinde diye somut olayı değerlendirmeden alt katılım ortaklığı çıkarlarının karşısında yer alması gerekmez.

Çatışma durumunda asıl ortaklık çıkarlarına öncelik veren asıl ortak, alt katılım ortaklığına ilişkin yükümlülüklerini de bir kenara bırakmamalıdır. Aksi durumda alt katılanın menfaatlerini ihlal ettiği ölçüde asıl ortağın bu ihlalden sorumluluğu bulunmaktadır⁵³⁹. Özellikle alt katılım ortaklığının çıkarlarının asıl ortaklığa karşı yeterli olarak korunmaması tazminat sorumluluğuna yol açabilir⁵⁴⁰. Çünkü asıl ortağın aynı zamanda alt katılım ortaklığınca kar elde etme amacının gerçekleşmesine yönelik çaba göstermesi gerekir⁵⁴¹. Bunun için de asıl ortaklıkta olabildiğince alt katılanın ve

⁵³⁴ FRIEHE, s. 47- 48.

⁵³⁵ FRIEHE, s. 48.

⁵³⁶ FRIEHE, s. 48.

⁵³⁷ FRIEHE, s. 58.

⁵³⁸ FRIEHE, s. 58.

⁵³⁹ BLAUROCK, s. 888; THOMA, s. 311; SIEGWART, s. 162.

⁵⁴⁰ THOMA, s. 311.

⁵⁴¹ FRIEHE, s. 58.

dolayısıyla alt katılım ortaklığının çıkarlarını korumalıdır⁵⁴². Asıl ortağın bu dengeyi iyi kurması hem asıl ortaklıktaki ortaklık sıfatının devamı hem de alt katılım ortaklığının başarıya ulaşması için önemlidir. Fakat asıl ortaklık çıkarlarına öncelik vermesinin bir sınırı olduğu gibi alt katılım ortaklığı çıkarları için çaba harcaması da kuracağı denge açısından belirli bir sınıra tabidir. Örneğin alt katılan, aksi halde alt katılım ortaklığının amacının imkansızlaşacağını gerekçe göstererek asıl ortaktan, asıl ortaklığa ait bir taşınmazın satışını savunmasını talep edemez⁵⁴³.

IV. ALT KATILIM ORTAKLIĞININ ÇEŞİTLERİ

A. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme ve Genel Bilgi

Alt katılım ortaklığı Türk hukukunda yeterince ilgi görmediğinden alt katılım ortaklığının çeşitleri Türk hukuk doktrininde incelenmemiştir. Yalnızca *Barlas* ve *Karayalçın* tarafından “*atipik alt katılım ortaklığı*” ve “*atipik iç ortaklık*” kavramlarından söz edilmiştir⁵⁴⁴.

Barlas, kitabında bazı yazarlar tarafından alt katılana da söz hakkı verilip asıl ortağa talimat verme yetkisinin olduğu hallerde ilişkinin “*atipik alt katılım ortaklığı*” olarak adlandırıldığından bahsetmiş, ancak ortaya yeni bir ortaklık ilişkisi tipi çıkmadığı ve bu tarz bir ayrıma gitmekle hiçbir yarar elde edilmediği gerekçesi ile bu yaklaşımı isabetli bulmadığını belirtmiştir⁵⁴⁵. *Karayalçın* ise iç ortaklıklardan bahsederken iç ortağa yönetim yetkisi tanınması durumunda söz konusu iç ortaklığın “*atipik iç ortaklık*” olarak adlandırıldığını belirtmektedir⁵⁴⁶.

Alman hukukunda ise alt katılım ortaklığı çeşitlerinin özellikle tipik ve atipik alt katılım ortaklığı olarak incelenmesi geleneksel hale gelmiştir⁵⁴⁷. Bu bölümde sıklıkla tercih edilen alt katılım ortaklığı çeşitleri ile ilgili açıklamalar yapılacaktır.

⁵⁴² SIEGWART, s. 162.

⁵⁴³ FRIEHE, s. 58.

⁵⁴⁴ BARLAS, s. 188, dn. 513, KARAYALÇIN, s. 177.

⁵⁴⁵ BARLAS, s. 188, dn. 513; Aynı yönde iç ortaklığa ilişkin açıklamaları için bkz. BARLAS, s. 151, dn. 397.

⁵⁴⁶ KARAYALÇIN, s. 177.

⁵⁴⁷ BLAUROCK, s. 877; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 110.

B. Tipik Alt Katılım Ortaklığı

Alt katılanın, asıl ortağın sahip olduğu kar payının yalnızca bir kısmına hak kazanması söz konusu ile aradaki ilişki, tipik alt katılım ortaklığıdır⁵⁴⁸. Alt katılan taraflar arasındaki anlaşmaya göre payın tamamındaki kazanç katılabileceği gibi sadece 1/2, 1/3, 1/4 gibi nispi bir bölümüne de sahip olabilir⁵⁴⁹. Yalnızca asıl ortağın payına bağlı cari karından pay alma hakkı vardır. Alt katılan ile asıl ortaklık arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır⁵⁵⁰. Alt katılan tüm haklarını asıl ortağa karşı kullanmakta, tüm taleplerini de yine asıl ortağa iletmektedir.

Tipik alt katılımında payın değerindeki dalgalanmalar, genellikle alt katılanı etkilemez⁵⁵¹. Söz gelimi borsada işlem gören şirketlerdeki alt katılım ortaklığı düşünüldüğünde payın sahibi asıl ortakken alt katılan, payın kazanç gibi getirilerinde hak sahibidir. Bu sebeple borsada payın değerindeki dalgalanmalardan etkilenecek olan yalnızca asıl ortaktır. Payın değerinin düşmesi şirketin zarar, yükselmesi ise kar açıklamasına neden olabilecek nitelikte olduğundan ancak bu durumlar ortaya çıktığında alt katılan, dolaylı olarak değişiklikten etkilenir. Ancak yine de alt katılan, payın değerindeki değişiklikten değil -şayet bu değişiklik kar ya da zarar gibi bir sonuca neden olmuşsa- bu değişikliğin ortaya çıkardığı sonuçtan etkilenir.

Alt katılım ortaklığı sona erdiğinde, taraflarca alt katılanın zarara katılmayacağı kararlaştırılmışsa; alt katılan, katkısını veya bu katkının değer tutarını geri alır⁵⁵². Ayrıca henüz dağıtılmamış kar payı varsa bunları da talep etme hakkına sahiptir⁵⁵³. Ancak pay değerindeki değişimlerden ya da asıl ortaklığın sona ermesi halinde yedek akçelerden, şerefiye değerinden hak talep edemez⁵⁵⁴. Bu nedenle paya bağlı iş riskine doğrudan katılmaz⁵⁵⁵.

⁵⁴⁸ GROF, s. 30; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁴⁹ ARSLANLI, s. 407; BLAUROCK, s. 877; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86.

⁵⁵⁰ FELLMANN/ MÜLLER, s. 957.

⁵⁵¹ BLAUROCK, s. 877; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁵² BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; WATERSCHEK, s. 5; BLAUROCK, s. 877.

⁵⁵³ BLAUROCK, s. 890; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86, 97. WATERSCHEK, s. 5.

⁵⁵⁴ WATERSCHEK, s. 5.

⁵⁵⁵ WATERSCHEK, s. 5.

Hukuk terminolojisinde alt katılım ortaklığı ile ilgili yapılan açıklamalar aksi belirtilmediyse tipik alt katılım ortaklığı baz alınarak yapılır.

C. Atipik Alt Katılım Ortaklığı

Atipik alt katılım ortaklığı, daha çok vergi hukuku yönünden incelenmiştir⁵⁵⁶. Atipik alt katılım ortaklığında alt katılan, yalnızca payın kar zarar gibi sonuçlarına değil, bizzat payın kendisine de katılır⁵⁵⁷. Tipik alt katılımın aksine atipik alt katılım, girişimci bir katılımdır⁵⁵⁸. Alt katılan yine ortak sıfatını kazanamasa da ekonomik bir hissedar statüsü vardır⁵⁵⁹. Alt katılana, belirli sınırlamalar doğrultusunda asıl ortaklığa katılma hakkı tanınır⁵⁶⁰. Alt katılan, neredeyse asıl ortakta ortak sıfatı taşıyan diğer ortaklar gibi bir işlev görür. Dolayısıyla yalnızca payın getirilerine veya paya bağlı zararlara değil, asıl ortaklığın tüm kar ve zararına; payın değerindeki değişikliklere de katılır ve bunlardan etkilenir⁵⁶¹. Bu nedenle alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklık arasında şirketler hukuku bağlamında bir ilişki vardır⁵⁶². Ayrıca alt katılana alt katılım ortaklığının yönetim yetkisi verilebilir⁵⁶³. Alt katılanın tipik alt katılım ilişkisine göre atipik alt katılım ilişkisinde daha belirgin bir kayıp riski vardır⁵⁶⁴. Alman Federal Mali Mahkemesi de atipik alt katılım ortaklığını vergi şeffaflığı açısından incelemiş ve bu sonuçlara ulaşmıştır⁵⁶⁵.

Atipik alt katılımında alt katılan, yalnızca asıl ortaklık payının sonuçlarına değil bizzat paya da katılacağından ortaklara özgü bir kısım haklara da sahip olmalıdır. Zira

⁵⁵⁶ Bkz. HÜBNER, s. 259 vd.; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28 vd.; WATERSCHEK, s. 5; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 110, 120 vd.

⁵⁵⁷ YONGALIK, Sermaye Payı, s. 97; GROF, s. 24;

⁵⁵⁸ HÜBNER, s. 265; BLAUROCK, s. 878; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 112.

⁵⁵⁹ BLAUROCK, s. 878; FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁵⁶⁰ KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁶¹ BLAUROCK, s. 878; GROF, s. 30; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 98, 104.

⁵⁶² BLAUROCK, s. 878.

⁵⁶³ BLAUROCK, s. 878; *Karayaçım* da bu durumda ortaya çıkan hukuki durum iç ortaklıklarda “atipik iç ortaklık” olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu durumda alt katılım ortaklığı da “atipik alt katılım ortaklığı” olacaktır. KARAYALÇIN, s. 177; *Barlas*, adi ortaklık ilişkilerinin temelinde zaten birçok anlam karmaşası olduğunu, bu durumda yeni bir tip oluşmadığını, bu tip ayrıma gitmekle hiçbir yarar elde edilemediğini dolayısıyla böyle bir ayrıma gerek olmadığını düşünmektedir. BARLAS, s. 188, dn. 513, Aynı yönde iç ortaklığa ilişkin açıklamaları için bkz. BARLAS, s. 151, dn. 397.

⁵⁶⁴ KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁶⁵ Ayrıntı için bkz. KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; HÜBNER, s. 265.

bu haklar ile ortaklığın kaderi belirlenmekte; pay değeri, kar ve zarar değişmektedir. Bu nedenle alt katılana, asıl ortaklık ile akdedilecek bir sözleşme ile belirli bir söz söyleme hakkı verilerek ortaklık kararlarını etkileme hakkı da tanınmalıdır⁵⁶⁶. Alt katılan söz söyleme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmeli ve asıl ortaklıktaki irade oluşumunu da dolaylı olarak da olsa etkileyebilmelidir⁵⁶⁷. Ancak söz söyleme hakkının ne şekilde kullanılabileceği ve asıl ortaklığa karşı alt katılanın bulunduğu konumun ne derece güçlü olacağı, henüz Alman hukukunda da belirsizdir⁵⁶⁸. Ayrıca yine asıl ortaklık ile akdedilecek sözleşmede alt katılana, asıl ortaklıkta belirli bir derecede bilgi alma ve belge inceleme hakkı da tanınmalıdır⁵⁶⁹. Alt katılana bu hakların tanınması, “*ortak*” sıfatına bağlı hakların “*ortak*” sıfatı bulunmayan bir kimseye tanındığı gerekçesi ile eleştirilebilir. Bu nedenle alt katılana “*ortak*” sıfatına bağlı bir kısım hakların verilebileceği düşünülse bile bu hakların “*ortak*” sıfatını taşıyanlara yakın, ancak hiçbir zaman “*ortak*” sıfatını taşıyanlar kadar güçlü ve öncelikli bir şekilde tanınmamasının daha yerinde olacağı söylenebilir.

Atipik alt katılımda alt katılana mutlaka tüm hakların tanınması gerekmez. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği farklı düzenlemeler yapılabilir. Alt katılanın pay değerindeki artışlardan yararlanması halinde cari kardan muaf tutulmasının kararlaştırılması mümkündür⁵⁷⁰. Bu şekilde düzenleme genellikle mirasçılara verilen alt katılım ortaklığında görülür ve böylece aradaki ilişki atipik alt katılım ortaklığı olsa da kar elde etmeyen alt katılan, vergilendirmeden muaf tutulur⁵⁷¹.

Alt katılım ortaklığı ile ilgili açıklamaların genellikle tipik alt katılım ortaklığı baz alınarak yapıldığı bir üst başlıkta belirtilmiştir. Ancak *Blaurock*, hukuk terminolojisinin yanıltıcı olduğunu, aslında uygulamada atipik alt katılımın daha çok ortaya çıktığını belirtmektedir⁵⁷².

⁵⁶⁶ HÜBNER, s. 265; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁶⁷ HÜBNER, s. 265.

⁵⁶⁸ KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁶⁹ FELLMANN/ MÜLLER, s. 958; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁵⁷⁰ BLAUROCK, s. 891.

⁵⁷¹ BLAUROCK, s. 891.

⁵⁷² BLAUROCK, s. 877.

D. Açık (Nitelikli) Alt Katılım Ortaklığı

Asıl ortaklığın, alt katılım ortaklığının varlığını bilmesi ve tanınması halinde ortaya açık alt katılım ortaklığı çıkar. Bu alt katılım çeşidinde alt katılana asıl ortaklığın onayı ile asıl ortaklıkta doğrudan haklar verilir⁵⁷³. Bu haklar söz söyleme, bilgi alma, yönetim, kontrol, mülkiyet gibi haklar olabilir⁵⁷⁴. Alt katılana tanınacak haklar, asıl ortaklık ortaklarından farklı olarak bazı kısıtlamalara tabi de tutulabilir. Ancak hiçbir halde alt katılana asıl ortaklıkta “*ortak*” pozisyonu verilemez⁵⁷⁵.

Alt katılım ortaklığının açık olması için, alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklık arasında bir sözleşme kurularak iki hukuki kurum arasındaki bağlantı sağlanır⁵⁷⁶. Tanınacak hakların nelerden ibaret olduğu ve ne şekilde kullanılacağı, iki ortaklık arasındaki sözü edilen sözleşmeye göre belirlenir. Kural sözleşmenin bulunması iken bazı durumlarda sözleşme bulunmasa da asıl ortaklığın diğer ortaklarının alt katılımdan haberdar olduklarında bu onayı verdiği kabul edilir⁵⁷⁷. Ayrıca üçüncü bir yol olarak asıl ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, alt katılana bu haklar tanınabilir⁵⁷⁸. Asıl ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yorumlanabilir ve alt katılana kural olarak verilmeyen bir kısım hakların verilmesini sağlayabilir⁵⁷⁹.

Sözleşme ile alt katılana bir kısım haklar tanınırken ilişkinin diğer yönündeki asıl ortaklığın çıkarlarının korunması açısından, alt katılana bir kısım yükümlülükler yüklenmesi de gerekebilir. Özellikle alt katılana asıl ortaklık işleri ile ilgili bilgi alma ve belge inceleme hakkı tanındığında ortaklık sırlarının üçüncü kişilerle paylaşılmasının ya da alt katılan tarafından asıl ortaklığın zararına olacak şekilde kullanılmasının önüne geçmek için bu haklarla beraber alt katılana sır saklama, sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğü de yüklenebilir. Şayet alt katılana tanınan haklar,

⁵⁷³ FELLMANN/MÜLLER, s. 958; BLAUROCK, s. 879; HÜBNER, s. 264.

⁵⁷⁴ FELLMANN/MÜLLER, s. 958, 966; HÜBNER, s. 258, 264.

⁵⁷⁵ BLAUROCK, s. 879; Buna karşın *Hübner*, bu alt katılım ortaklığı çeşidinde alt katılana “*ortak*” sıfatının da tanınabileceğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. HÜBNER, s. 258, 264.

⁵⁷⁶ HÜBNER, s. 258;

⁵⁷⁷ BLAUROCK, s. 879.

⁵⁷⁸ HERZFELD, s. 323; FRIEHE, s. 63 vd.

⁵⁷⁹ HERZFELD, s. 323; FRIEHE, s. 63 vd.; FELLMANN/MÜLLER, s. 958.

ortaklık tarafından üçünü kişi yararına sözleşme ile tek taraflı olarak verildiyse, bu durumda alt katılanın bu yükümlülüklere tabi olması için alt katılan ve asıl ortaklık arasında ayrıca sözleşme yapılmalıdır. Taraflarca böyle bir düzenleme yapılmadıysa alt katılanın asıl ortaklığa karşı sır saklama, sadakat, rekabet etmeme gibi yükümlülükleri yoktur.

E. Gizli Alt Katılım Ortaklığı

Alt katılım ortaklığı asıl ortaklığın ortaklarına açıklanmadıysa bu durumda gizli alt katılım ortaklığı mevcuttur⁵⁸⁰. Alt katılan ile alt katılım ortaklığı arasında bir bağlantı kurulmadığından alt katılına asıl ortaklık tarafından hiçbir hak tanınmamaktadır. Buna bağlı olarak da alt katılan, asıl ortaklıktan bilgi ve belge talep edemez, yönetim işlerinde söz sahibi olamaz. Alt katılım ortaklığının gizliliği nedeniyle asıl ortaklığa karşı yabancı kişi konumundadır.

Gizli alt katılım ortaklığı, sağladığı gizlilik imkanı nedeniyle daha çok memurlar, hakimler, avukatlar, noterler gibi meslekleri nedeniyle ticaretle uğraşmalarına yasal olarak izin verilmeyen kişiler için uygun bir seçenektir⁵⁸¹. Ayrıca alt katılım ortaklığına konu pay ile bilgi ve belgeleri alt katılan ile paylaşma yükümlülüğü olan asıl ortağın, çoğunlukla asıl ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiası ile karşı karşıya kalma ihtimali mevcuttur. Zira paya ilişkin bilgi ve belgeler, dolaylı olsa da asıl ortaklık ile ilgili bilgilerin ortaya çıkması veya bu bilgiler ile ilgili gerçeğe yakın tahminde bulunma durumu ile sonuçlanabilecek niteliktedir. Bu nedenle gizli alt katılım ortaklığı, asıl ortaklığın alt katılımın sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği yönündeki olası iddialarını önlemek için de asıl ortak tarafından tercih edilebilir.

⁵⁸⁰ BLAUROCK, s. 878- 879.

⁵⁸¹ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22; ÇEBİ, s. 43; Bu kimselerin ticaret ile uğraşmasına meslekleri ile ilgili mevzuat gereği izin verilmese de adi ortaklığa ortak olmaları ticaret hukuku açısından geçerlidir. TBK m. 620 vd. gereğince adi ortaklıkta ortak sıfatını kazanırlar. Fakat mesleki olarak ilgili mevzuat kapsamında disiplin cezası yaptırımı ile karşı karşıya kalma durumu gündeme gelebilir. Ayrıntı için bkz. YASAN, s. 36.

Gizli alt katılım ortaklığının üçüncü kişiler özellikle asıl ortaklık tarafından öğrenilmesi, ilişkiyi açık alt katılım ortaklığı haline getirmez⁵⁸². Zira açık alt katılım ortaklığında belirleyici kıstas, asıl ortaklığın onayı ile alt katılana bir kısım haklar tanınmasıdır. Burada olsa olsa tarafların amaçladığı gizlilik ortadan kalkar ve alt katılım sözleşmesindeki düzenlemeye göre alt katılım ortaklığı sona erebilir. Söz gelimi alt katılanı hakim olan bir gizli alt katılım ortaklığında, ortaklığın varlığının üçüncü kişilerce öğrenilmesi⁵⁸³ halinde ortaklığın sona ereceği kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda gizli alt katılım ortaklığının üçüncü kişilerce öğrenilmesi, ortaklığın sona ermesine neden olacaktır.

F. Kademeli Alt Katılım Ortaklığı

Alt katılım ortaklığına ait bir pay üzerinde de yeniden alt katılım ortaklığı kurulabilir⁵⁸⁴. Bu durumda ortaya kademeli alt katılım ortaklığı çıkar⁵⁸⁵. Kademeli alt katılım ortaklığında alt katılana ortak olan üçüncü kişi, asıl ortakla hukuki ilişkiye girmez⁵⁸⁶. Yine asıl ortaklığa karşı da yabancı kişi konumundadır. Bu alt katılım çeşidi kısaca, alt katılıma alt katılım olarak açıklanabilir. *Fellmann ve Müller*, kademeli alt katılımı aynı zamanda “*ikinci derece alt katılım*” ve “*katmanlı alt katılım*” olarak da adlandırmaktadır⁵⁸⁷.

Tek paya bağlı olarak kurulan alt katılımlar kademeli bir şekilde arttıkça paydan elde edilen gelir de azalacağından bu alt katılım çeşidinin uygulamada büyük çaplı ortaklıklardaki paylarda görüldüğü söylenebilir. Kademeli alt katılım ortaklığı,

⁵⁸² İç ortaklıklara ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. BARLAS, s. 145.

⁵⁸³ Sözleşme ile üçüncü kişiler konusunda sınırlama yapılarak ilişkinin isimleri veya nitelikleri belirli üçüncü kişilerce öğrenilmesi halinde alt katılım ortaklığının sona ereceği kararlaştırılabilir. Böylece bu özellikleri taşımayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından ortaklığın varlığının öğrenilmesi, alt katılım ortaklığının sona ermesine neden olmaz. Ya da tersi yönde bir sınırlamaya sözleşmede yer verilerek tarafların aileleri gibi belirli kimseler haricindeki üçüncü kişilerin ilişkiyi öğrenmesi, sona erme sebebi olarak kararlaştırılabilir.

⁵⁸⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 40- 41, 83; THOMA, s. 296; BARLAS, s. 184; FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁵⁸⁵ FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁵⁸⁶ FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁵⁸⁷ FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

özellikle banka veya finansman kuruluşlarınca oluşturulan kredi konsorsiyumlarında tercih edilen bir alt katılım çeşididir^{588,589}.



⁵⁸⁸ FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁵⁸⁹ Kredi konsorsiyumu, bankalarca büyük çaplı kredi verileceği zaman gündeme gelir. Dış ilişkide krediyi kredi kullanıcısına veren konsorsiyum lideridir. Ancak gerçekte krediye konu bedel, birden fazla banka tarafından birlikte sağlanmaktadır. Kredinin geri ödemesi de yine konsorsiyum liderine yapılır. Ödeme yapıldıkça konsorsiyum lideri, iç ilişkideki anlaşmaya göre bedeli konsorsiyum ortaklarına paylaştırır. Kredi konsorsiyumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, Turan, “Konsorsiyum Sözleşmesi”, TBBD, S. 92, 2011, s. 456; LEKESİZ, s. 52- 53.

Üçüncü Bölüm

ALT KATILIM ORTAKLIĞININ İŞLEYİŞİ VE SONA ERMESİ

Alt katılım ortaklığı temelinde adi ortaklık niteliğinde taşısa da bünyesinde atipik özellikler gösterir. Ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile sona erme halleri, alt katılım ortaklığına özgü farklı sonuçlar meydana getirir. Bu bölümde öncelikle alt katılım ortaklığının iç ve dış ilişkileri, adi ortaklığın genel özelliklerinden farklılaştığı ölçüde incelenecektir. Sonrasında ise taşıdığı adi ortaklık niteliği ile kendine özgü yapısı göz önünde bulundurularak alt katılım ortaklığının sona ermesi açıklanacaktır.

I. ALT KATILIM ORTAKLIĞINDA İÇ İLİŞKİ

A. Katılım Payı Taahhüdü Borcu

Alt katılım ilişkisinde asıl ortağın katılım payı olarak ortaya koyduğu edim, asıl ortaklıktaki payın en yüksek verimi sağlayacak şekilde işletilmesi için alt katılım ortaklığına sunulmasıdır^{590,591}. Asıl ortağın taahhüt edebileceği katılım payı sadece bununla da sınırlı değildir. Yukarıda adi ortaklık ile ilgili verilen genel bilgilerde de bahsedildiği üzere; ortaklar, bir veya birden fazla türde katılım payı taahhüdünde bulunabilir⁵⁹². Durum, bir adi ortaklık çeşidi olan alt katılım için de aynıdır. Asıl ortak, asıl ortaklıktaki payının işletilmesine ek olarak para, alacak, mal, emek vb. gibi genel katılım payı getirmeyi de taahhüt edebilir ancak bunlar zorunlu değildir. Fakat ek olarak taahhüt edilecek bu katılım paylarının ifasının ne şekilde olacağı mutlaka taraflar arasındaki sözleşme ile düzenlenmelidir. Bunun nedeni iç ortaklık şeklinde yapılan alt katılım ortaklığında bir ortaklık malvarlığı bulunmaması ve katılım paylarının asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa edilmesidir. Asıl ortağın taahhüt ettiği para, mal gibi katılım payının ifasının da yine asıl ortağa karşı yapılacak olması ifa eden ve ifa edilenin aynı olması gibi hukuki geçerliliği tartışılacak bir sonuç doğurur. Bu durumda alt katılım sözleşmesi ile farklı düzenlemeler yapılabilir.

⁵⁹⁰ FRIEHE, s. 19; THOMA, s. 297- 298; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965.

⁵⁹¹ *Blaurock*, asıl ortağın katılım payının asıl ortaklığı yönetimi olduğunu belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. BLAUROCK, s. 885.

⁵⁹² Bkz. Birinci Bölüm I.B.2 Katılım Payı Unsuru.

Her ne kadar ortak bir malvarlığı bulunmasa da asıl ortak, alt katılım sözleşmesi ile söz konusu para, mal gibi katılım payını yalnız alt katılım ortaklığının yararına olarak kullanacağını taahhüt edebilir. Söz gelimi katılım payına konu malın bir taşınmaz olduğu düşünüldüğünde taşınmazın kira gibi gelirlerini veya satışı söz konusu olduğunda satıştan elde edilen bedeli alt katılım ortaklığının yararına kullanacağı taahhüdünde bulunabilir. Ya da ortaklık sözleşmesinde bu katılım payına konu taşınmaz ile ilgili yapılacak işlemler, alt katılanın onayına tabi tutulabilir. Örnekte taşınmazın satışının yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa kime yapılacağı, satış bedelinin ne olacağı gibi konularda alt katılanın onayı alınacağı kararlaştırılarak alt katılana söz hakkı tanınabilir⁵⁹³. Diğer bir deyişle taraflar, ortak bir malvarlığı bulunmasa da bu katılım payı üzerinden yalnızca iç ilişkilerinde geçerli olmak üzere ortak bir malvarlığı varmış gibi hareket edebilir. Fakat alt katılım ortaklığı için hayati önem taşıyan asıl ortaklık payını katılım payı olarak getiren asıl ortağın, buna ilave olarak başka bir katılım payı getirmesi durumunun uygulamada ne sıklıkla görüleceği şüphelidir.

Her ortağın katılım payı getirmek ile yükümlü olduğu TBK m. 621/I'de açıkça belirtilmişken ortaklar, taahhüt edecekleri katılım payının türü bakımından serbest bırakılmıştır. Fakat alt katılım ortaklığında asıl ortak, mutlaka asıl ortaklıktaki payın işletilmesi katılım payı olarak taahhüt edilmiş olmalıdır. Zira asıl ortaklıktaki payın işletilmesi taahhüdünün yer almaması durumunda ortada bir alt katılım ortaklığının varlığından söz edilemez, bu durumda olsa olsa alelade bir adi ortaklık söz konusu olabilir.

Asıl ortağın katılım payı, aktif bir davranışı ile değil alt katılım ortaklığının kurulması ile dolaylı olarak taahhüt edilmiş olur. Diğer bir deyişle asıl ortak, genel adi ortaklık ortakları gibi belirli bir günde ödeyeceği para, belirli bir emeği veya çalışmasını değil, alt katılım ortaklığının karakteri gereği kendiliğinden asıl ortaklıktaki payının işletilmesini katılım payı olarak taahhüt etmiştir. Bir adi ortaklıkta ortakların getireceği katılım payının türü belli değilken, bir alt katılım ortaklığında asıl

⁵⁹³ Burada alt katılım ortaklığı, atipik alt katılım ortaklığına yaklaşıp.

ortağın asgari katılım payı, “*asıl ortak*” sıfatına bağlı olarak her zaman öncesinden bellidir ve bu katılım payı, asıl ortaklıktaki payın işletilmesidir.

Asıl ortağın katılım payı konusundaki bu özel durumu, alt katılan için geçerli değildir. Alt katılanın katılım payı, adi ortaklığa getirilecek genel katılım payı ile ilgili özellikleri gösterir. Her ortak TBK m. 621 gereği ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olmak üzere; ortaklığa para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak katılım payı koymakla yükümlü olduğundan, alt katılan ortak da alt katılım ortaklığına bu nitelikte herhangi bir edimi katılım payı olarak getirmelidir⁵⁹⁴. Uygulamada alt katılan, genellikle katılım payı olarak ortaklığa para edimi getirmektedir⁵⁹⁵. Yalnızca emeğini katılım payı olarak getirmesi ise nadir olarak görülmektedir⁵⁹⁶. Alt katılanın katılım payı taahhüdü, alt katılım ortaklığı için kurucu bir unsurdur; bu taahhüdün eksikliği durumunda alt katılım ortaklığının varlığından bahsedilemez⁵⁹⁷. Bu kural, alt katılım ortaklığının adi ortaklık niteliğinin de bir sonucudur.

Alman hukukunda bir kısım yazarlar, alt katılan tarafından asıl ortağa yapılan ödemenin, yalnızca alt katılımın verilmesi için olduğu görüşündedir⁵⁹⁸. Bu görüşe göre alt katılım ortaklığı bir defaya mahsus veya devam eden ödemeler şeklinde ücretli kurulabileceği gibi bağış şeklinde ücretsiz olarak da kurulabilir⁵⁹⁹. Ücretli olarak kurulan şekil, alt katılımın satın alınması olarak da düşünülebilir. Ücret, genellikle payın ücretin ödeneceği günkü ekonomik değerine göre belirlenir⁶⁰⁰. Ödenen bu bedel ile yalnızca alt katılım ortaklığının kurulması sağlanır. Ücretsiz alt katılım ortaklığı için de alt katılım hakkının bağış olarak verilmesi örnek gösterilmektedir⁶⁰¹. Bu

⁵⁹⁴ THOMA, s. 298; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; GUMMERT/ MEIER, s. 81; *Blaurock*, alt katılanın katılım payının asıl ortağın payından kendisinin katılımına düşen kısmı elinde bulundurması olduğunu; ek olarak para, mal, emek gibi başka katkıların yapılabileceğini ancak bunların zorunlu olmadığını belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. BLAUROCK, s. 885.

⁵⁹⁵ BARLAS, s. 182.

⁵⁹⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48, Yazarlar durumu iç ortaklık için açıklamıştır.

⁵⁹⁷ HÜBNER, s. 257; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965.

⁵⁹⁸ FRIEHE, s. 19; BLAUROCK, s. 886; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 75, 85- 86.

⁵⁹⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 75, 85- 86; Alt katılım ortaklığının kurulabilmesi için alt katılanın mutlaka bir nakdi ödemede bulunması gerekmediğine ilişkin açıklamalar için bkz. THOMA, s. 298.

⁶⁰⁰ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86.

⁶⁰¹ BLAUROCK, s. 883.

durumda alt katılım ortaklığı, alt katılanın bir ücret ödemesine gerek kalmaksızın kurulur. Yazarlar, alt katılım ortaklığı kurulurken ödenen bu ücreti, katılım payı olarak kabul etmemektedir⁶⁰². Bu görüşün çıkış noktası, ödenen bedelin katılım payı olarak nitelenebilmesi için bu bedel ile ortak amaca hizmet edilmesi gerekliliğidir⁶⁰³. Alt katılımın amacı ise asıl ortaklıktaki payın karlı bir şekilde kullanılmasıdır. Dolayısıyla bu görüşe göre alt katılımın sağlanması için asıl ortağa yapılacak ödeme, bu amacı yerine getirmemektedir⁶⁰⁴. Ancak alt katılan tarafından yapılan ödeme, payı finanse etmek veya asıl ortak tarafından üzerinde alt katılım kurulacak payın arttırılması için kullanılıyorsa, alt katılımın kurulması yanında katılım payı borcunun ifası anlamına da gelebilir⁶⁰⁵. Çünkü asıl ortaklıktaki pay miktarı arttırılınca paya daha fazla kar tahakkuk edecek, kar payı genişleyecek ve bu da alt katılımın payı en yüksek karı getirecek şekilde işletme amacının gerçekleşmesine katkıda bulunacaktır⁶⁰⁶. *Barlas*, bu görüşün çıkış noktasının hatalı olduğu, katılım payının mutlaka ortaklık amacının gerçekleşmesini sağlayacak nitelikte olması gerektiği, ortak amacı gerçekleştirmeye yararlı olmasının yeterli olduğu gerekçesiyle yazarın görüşünün isabetli olmadığını belirtmiştir⁶⁰⁷.

Bir iç ortaklık türü olması sebebiyle alt katılımında; hem katılım payı taahhütlerine konu olan değerler hem de ortaklık faaliyeti sonucu elde edilen değerler asıl ortağın mülkiyetine tabi bir malvarlığı unsuru olur ve artık bu değerler üzerinde yalnızca asıl ortak tasarruf edebilir⁶⁰⁸. Tüm hak ve borçlar, münhasıran asıl ortağa aittir⁶⁰⁹. Bu sebeple alt katılanın alt katılım ortaklığına katılım payı olarak para veya somut ve nesnel bir edim getirmesi durumunda, bunların asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa edilmesi gerekir⁶¹⁰. Asıl ortak da çoğunlukla alt katılanın kendisine

⁶⁰² FRIEHE, s. 19; BLAUROCK, s. 883.

⁶⁰³ FRIEHE, s. 19.

⁶⁰⁴ FRIEHE, s. 19.

⁶⁰⁵ FRIEHE, s. 19- 20; BLAUROCK, s. 886.

⁶⁰⁶ FRIEHE, s. 19; BLAUROCK, s. 886.

⁶⁰⁷ BARLAS, s. 182, dn. 488.

⁶⁰⁸ BARLAS, s. 148- 149, 192; KARAYALÇIN, s. 174- 175; ARSLANLI, s. 407; BLAUROCK, s. 873; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; Alman hukukunda alt katılım ortaklığının da kendi ortakların elbirliği mülkiyeti ile hak sahibi olduğu malvarlığı oluşabileceğine ilişkin azınlıkta kalan görüş için bkz. FRIEHE, s. 55- 56.

⁶⁰⁹ ARSLANLI, s. 407.

⁶¹⁰ BARLAS, s. 148- 149, 192; KARAYALÇIN, s. 174- 175; ARSLANLI, s. 407; BLAUROCK, s. 873; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; *Hübner*, buradaki durumu alt katılım ortaklığının bir iç ortaklık

ifa ettiği katılım payını asıl ortaklığa sunar ve asıl ortaklık ortakları bu katılım payında elbirliği ile hak sahibi olur⁶¹¹. Bu durum karşısında kendini güvence altına almak isteyen alt katılana, asıl ortaklık tarafından katılım payına konu malvarlığı değeri ile sınırlı kalmak kaydıyla belirli bir söz hakkı verilebilir⁶¹². Örneğin alt katılanın katılım payının asıl ortaklık tarafından elden çıkartılması, alt katılanın onayına tabi tutulabilir⁶¹³.

Alt katılım ortaklığına ait tüm hak ve borçların asıl ortağa ait olması kuralı, yalnızca dış ilişki bakımından geçerlidir. İç ilişkide ise asıl ortak, bu işlemleri hem kendi adına hem de alt katılan hesabına gerçekleştirdiğinden ortaklık faaliyeti sonucu elde edilen değerlerin mutlak sahibi değildir. Alt katılım ortaklığının amacı, asıl ortaklıktaki payın işletilerek ondan kazanç sağlanması olduğundan iç ilişkide sağlanan bu kazançlar, hem asıl ortağa hem de alt katılana aittir.

B. Kar ve Zarara Katılma

Alt katılım ilişkisinde alt katılan, asıl ortağın payının tüm sonuçlarına katılmakla yükümlüdür⁶¹⁴. Alt katılanın kara katılması, alt katılım ortaklığının vazgeçilmez bir unsurudur⁶¹⁵. Alt katılanın en önemli hakkı da kar payı alma hakkıdır⁶¹⁶. Alt katılanın kara katılımı, düzenli olarak zarara da katılımı anlamına gelir⁶¹⁷. Bu durumun istisnasını ise alt katılanın ortaklığa katılım payı olarak emeğini getirmesi durumu oluşturur. Alt katılan, katılım payı olarak emeğini getiriyorsa yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere⁶¹⁸ TBK m. 623/III gereği, kural olarak alt katılanın zarara katılmaksızın yalnızca kazanca katılacağı taraflar arasında kararlaştırılabilir. Fakat alt katılanın, katılım payı olarak sadece emeğini ortaya koyması nadir gerçekleşecek bir durum olduğundan TBK m. 623/III hükmünün

olması gerekçesi ile kendisine benzer bir ortaklık türü olan gizli ortaklığa ilişkin HGB § 230/1 ile açıklamıştır. Ayrıntı için bkz. HÜBNER, s. 257.

⁶¹¹ THOMA, s. 302.

⁶¹² THOMA, s. 302.

⁶¹³ THOMA, s. 302.

⁶¹⁴ BARLAS, s. 181; SIEGWART, s. 162.

⁶¹⁵ FELLMANN/MÜLLER, s. 964; WATERSCHEK, s. 3; BLAUROCK, s. 874.

⁶¹⁶ THOMA, s. 308; HERZFELD, s. 302; FRIEHE, s. 66; GUMMERT/MEIER, s. 81.

⁶¹⁷ HERZFELD, s. 303; SIEGWART, s. 162; BARLAS, s. 181; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 47-48; BÖTTCHER/ZARTMANN, s. 87.

⁶¹⁸ Bkz. Adi Ortaklığın Unsurları kısmındaki Katılım Payı başlığı.

uygulanması alt katılıma pek uygun değildir⁶¹⁹. Ancak alt katılan; ticari vekil, ticari mümessil ya da başka bir çalışan ise bu durumda TBK m. 623/III uygulanabilir⁶²⁰. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki alt katılan, yalnızca alt katılıma konu paya bağlı zarar miktarına katılır. Asıl ortaklığın zararına katılmakla yükümlü değildir⁶²¹.

Alt katılan, asıl ortaklık veya ortaklarından, alt katılan sıfatı bulunduğunu ileri sürerek kendisine isabet eden kar payının ödenmesini isteyemez⁶²². Nitekim bazı asıl ortaklık sözleşmelerinde açıkça alt katılanların asıl ortaklıktan hak talep edemeyeceği yönünde hükümlere de yer verilmektedir⁶²³. Bunun istisnasını ise açık (nitelikli) alt katılım ortaklığı oluşturur. Açık alt katılımda alt katılan, sözleşmeye göre asıl ortaklık tarafından kendisine tanınan hakları doğrudan asıl ortaklığa karşı kullanabilir, asıl ortaklıktan talepte bulunabilir.

Alt katılanın kazanacağı kar miktarı ve kapsamı, taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir⁶²⁴. Genellikle alt katılanın, asıl ortağa isabet eden pay üzerinden belirli bir yüzdeye hak kazanacağı kararlaştırılır⁶²⁵. Alt katılanın kardan alacağı pay hakkı, belirli bir yüzde ile sınırlandırılmak yerine asıl ortağa isabet eden kar payının tamamını da kapsayabilir⁶²⁶.

Alt katılanın kar payının miktarı ve vadesi, dolaylı olarak asıl ortaklığın bilançosuna göre belirlenir⁶²⁷. Bilançoya bakıldığında öncelikle asıl ortağın payına düşen kar payı ortaya çıkar. Sonrasında da alt katılanın kar payı üzerindeki hak sahipliği ve kapsamı, asıl ortak ile alt katılan arasındaki alt katılım ortaklığı sözleşmesine göre belirlenir⁶²⁸. Alt katılanın kardan alacağı hak belirlenirken henüz

⁶¹⁹ İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁶²⁰ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁶²¹ FELLMANN/ MÜLLER, s. 964, 966; KARAYALÇIN, s. 152; THOMA, s. 309.

⁶²² KARAYALÇIN, s. 152; HERZFELD, s. 323; THOMA, s. 309.

⁶²³ HERZFELD, s. 323.

⁶²⁴ FELLMANN/ MÜLLER, s. 964.

⁶²⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86; GUMMERT/ MEIER, s. 81; KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28; FRIEHE, s. 20, 66; GROF, s. 23-24; HÜBNER, s. 257.

⁶²⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86.

⁶²⁷ HERZFELD, s. 302.

⁶²⁸ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 386; ARSLANLI, s. 407.

dağıtılmayan kar payları da hesaba katılmalıdır. Zira alt katılanın kardan pay alma hakkı, henüz dağıtılmayan karları da kapsar⁶²⁹.

Alt katılan, alt katılım sözleşmesinin kurulma tarihinden itibaren haklarını asıl ortaktan talep edebilir⁶³⁰. Alt katılım sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde kanundaki genel adi ortaklığa ilişkin hükümler, bir iç ortaklık olan alt katılım ortaklığının bünyesine ters düşmeyecek şekilde uygulanır.

Asıl ortağın alt katılana isabet eden kar payını ödememesi halinde alt katılan, asıl ortağa dava açarak kendisine düşen kar payının tahsilini talep edebilir⁶³¹. Yine bu durumda da yukarıda belirtildiği üzere mahkeme, öncelikle alt katılım sözleşmesine akabinde de kanunda düzenlenen ve alt katılım ortaklığının bünyesine uygun düşen genel adi ortaklığa ilişkin hükümleri uygulayacaktır.

Asıl ortak, alt katılana kar payını ödemiş, ancak alt katılan; asıl ortaklığın karının ve bu ortaklıktan asıl ortağa düşen karın gerçeği yansıtmadığı veya fiili kar ya da zarar payı miktarının doğru olmadığını iddia ediyorsa mahkemeden, asıl ortağın asıl ortaklıktan aldığı kar payının belirlenmesini ve bu kar payından alt katılım ortaklığı kapsamında kendisine düşen miktarının asıl ortaktan tahsilini isteyebilir⁶³². Mahkeme öncelikle asıl ortaklığın kar ve zararını inceleyerek asıl ortağa düşen fiili ve gerçek kar miktarını belirler, akabinde de bu kar miktarından alt katılan ortağa düşen payın asıl ortak tarafından ödenmesine karar verir⁶³³. Görüldüğü üzere alt katılan her ne kadar, asıl ortaklık hesaplarını doğrudan inceleme hakkına sahip değilse de kendisine ödenen kar payının doğruluğu konusunda tereddüte düştüğünde, mahkemeye başvurup dolaylı olarak asıl ortaklık hesaplarını inceleme hakkına kavuşabilir.

Alt katılana isabet eden kar miktarının belirlenmesi için önce asıl ortaklığın kar ve zararının incelenmesi gerektiği Yargıtay'ın bir kararına da konu olmuştur. Yargıtay, adi ortaklık payı üzerinde kurulan bir alt katılım ilişkisinde alt katılanın kendisine yansıtılan kar miktarının gerçeği yansıtmadığının iddia edildiği bir olaya konu

⁶²⁹ BLAUROCK, s. 890; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86, 97.

⁶³⁰ Yargıtay 13. HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T (ŞENER, Adi Ortaklık, s. 386).

⁶³¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 248.

⁶³² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 248.

⁶³³ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 248.

kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “... *Dava konusu edilen yıllarda (Y.) adi ortaklığının sahibi olduğu fabrikanın üretimi, elde ettiği kazanç miktarı ve ortağı olarak davalıya isabet eden kazanç payı taraflar arasında çekilmelidir. Kuşkusuz davalının davacıya ödemekle yükümlü olduğu miktar, davalının esas ortak olarak adi ortaklıktan fiilen ve gerçekten almış olduğu para tutarının tespitine bağlıdır. Bunun için her şeyden önce (Y.) adi şirketinin ticari defter ve kayıtlarına dayanılması, adi şirketin safi kazancının ve davalıya ödenen miktarın bu kayıtlara göre belirlenmesi gerekir...*”⁶³⁴

Alt katılanın kara katılmasının zarara katılma anlamına da geldiği ifade edilmişse de Alman hukukunda bazı yazarlar, kanunlarındaki gizli ortaklık düzenlemesini göz önüne alarak alt katılım ilişkisinde de alt katılanın zarara katılmasının vazgeçilemez bir şart olmadığı görüşündedir⁶³⁵. Buna göre kural olarak kara katılma beraberinde zarara katılmayı da getirecekse de taraflar aralarında yapacağı bir sözleşme ile alt katılanın zarara katılmayacağını veya sınırlı olarak katılacağını kararlaştırabilir⁶³⁶. Bu şekilde bir düzenleme yapılması da alt katılım ortaklığındaki ortak amacı etkilemez ve alt katılımın niteliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur⁶³⁷. Fakat Türk hukukunda gizli ortaklığa ilişkin pozitif düzenleme bulunmadığından bu görüşün savunulması oldukça güçtür⁶³⁸. İsviçre hukukunda ise karşıt görüşte yazarlar⁶³⁹ olmakla birlikte baskın görüş, Türk hukukunda olduğu gibi alt katılanın karın yanında zarara da katılması gerektiği yönündedir⁶⁴⁰.

⁶³⁴ Yargıtay 13 HD, 1982/ 6875 E, 1982/ 8149 K, 28.12.1982 T (YasaHD, C. 8, s. 9, Eylül 1985, s. 1262).

⁶³⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 38, 87; HERZFELD, s. 303- 304; WATERSCHEK, s. 3; *Blaurock*, alt katılımın ücretli veya ücretsiz olarak kurulabileceği görüşünde olduğundan ücretsiz olarak kurulan alt katılım ortaklığında alt katılanın zarara katılmak zorunda olmadığını, alt katılım hakkının özellikle bağış olarak verilmesi durumunda alt katılanın zarara katılmayacağını kararlaştırılmasının önemli olduğunu belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. BLAUROCK, s. 874, 891.

⁶³⁶ HERZFELD, s. 304; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 38, 87; FRIEHE, s. 68; BLAUROCK, s. 874, 891.

⁶³⁷ BLAUROCK, s. 891.

⁶³⁸ *Barlas* da bu görüştedir. Ayrıntı için bkz. BARLAS, s. 181- 182, dn. 485.

⁶³⁹ *Fellmann ve Müller*, alt katılanın karın yanında zarara da katılacağını, ancak zarara katılmanın kurucu unsur olmadığını ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. FELLMANN/ MÜLLER, s. 965.

⁶⁴⁰ SIEGWART, s. 162; BARLAS, s. 181, dn. 485, Yazar İsviçre – Türk sisteminde alt katılanın zarara da katılacağını savunulabileceğini belirtmektedir.; THOMA, s. 298, 308, Yazar, emeğin katılım payı olarak getirilmesi halinde tarafların zarardan muafiyet yönünde düzenleme yapılabileceğini belirtmiştir.

Alt katılanın zarara, taahhüt ettiği katılım payı ile sınırlı olarak katılacağına veya bundan bağımsız olarak zararın bir kısmına katılacağına kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışılabilir. Baskın görüşteki yazarlar, zarar konusunda yapılan sınırlandırmaların geçerli olduğunu savunurken⁶⁴¹ *Herzfeld*, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların böyle bir seçimi yapabilecekleri düşünülebilse de alt katılanın katılacağı zararın katılım payı taahhüdü ile sınırlandırılmasının asıl ortağın, alt katılım ilişkisine girerken amaçladığı risk paylaşımı ya da transferi ile bağdaşmayacağı görüşündedir⁶⁴². Yazara göre benzer nedenle asıl ortak da asıl ortaklıktaki müşterek ve müteselsil sorumluluğu nedeniyle kaybettiği şeyleri alt katılım ortaklığı dışında tutamaz; çünkü bu durum, asıl ortağın alt katılana karşı, diğer asıl ortaklık ortaklarının ödeme gücünden sorumlu olması anlamına gelir⁶⁴³. Baskın görüşteki yazarlar ise alt katılanın zarardaki payının yapmış olduğu katkı miktarı ile sınırlı olması gerektiğini, bunun dışında alt katılanın tıpkı gizli ortak gibi yalnızca para kazanmama riskini taşıdığını belirtmektedir⁶⁴⁴. Türk hukukunda da TBK m. 623/I'de taraflara kar ve zarar üzerindeki paylaşım şeklini belirleme imkanı verilmiştir. Buna ek olarak alt katılım ilişkisinin borçlar hukuku karakterinin ağır bastığı düşünüldüğünde, alt katılanın zarara yalnızca katılım payı taahhüdü ile sınırlı olmak üzere katılmasının kabul edilebilir bir durum olduğu görülür. Bu nedenle alt katılım ortaklığı sözleşmesi ile alt katılanın sınırlı olarak zararın bir kısmına katılacağı kararlaştırılabilir. Genel adi ortaklık bakımından ortakların sınırsız sorumluluğu nedeniyle bu düzenleme yalnızca iç ilişkide sonuç doğuracak ve alacaklı üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecekse de alt katılım ortaklığı zaten bir iç ortaklık olarak ortaya çıktığından ve hukuki anlamda dış ilişkide var olmadığından bunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Kanunda adi ortaklık düzenlemesi ile emeğini katılım payı olarak getiren ortağın zarara katılmadan muaf tutulacağı açık bir şekilde belirtildiği için alt katılanın zarara katılıp katılmayacağı açıklanırken bu duruma yer vermeye gerek görülmemiştir. Ancak eserinin ilerleyen sayfalarında (s. 310) zarara hiç katılmamanın yanında katılım payı taahhüdünden feragat edilerek de zarara katılmaktan kurtulmanın mümkün olduğunu belirtmesi, açıklamalarını yalnız emeğin katılım payı olarak taahhüt edilmesi için değil genel olarak diğer katılım payları için de yapıldığını göstermektedir.

⁶⁴¹ BLAUROCK, s. 891; THOMA, s. 308; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87.

⁶⁴² HERZFELD, s. 304.

⁶⁴³ HERZFELD, s. 304.

⁶⁴⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87.

Alt katılanın katlanması gereken zarar miktarına katlanmaması durumunda asıl ortak, mahkemeye başvurarak bu bedelin alt katılanca ödenmesini isteyebilir. Bu dava, esasen alt katılanın kendisine düşen kar payını ödemeyen asıl ortağa karşı yöneltme imkanı olan davanın yansımasıdır. Nasıl ki alt katılan kar payının kendisine ödenmesi için mahkemeden talepte bulunabiliyorsa asıl ortak da zararın kapatılması için alt katılan aleyhine dava açabilir.

Alt katılan, asıl ortak tarafından kendisine yöneltilen zarar miktarının gerçeği yansıtmadığı iddiasında ise mahkemeden asıl ortaklığın zarar miktarının belirlenmesini ve bu zarar miktarından alt katılım ortaklığı kapsamında kendisine düşen miktarın belirlenmesini isteyebilir.

Alt katılanın katılacağı zararın miktarı, asıl ortaklığın bilançosuna göre belirlenir. Bilançoya bakılarak önce asıl ortağın katılacağı zarar miktarı bulunur. Sonrasında ise asıl ortak ve alt katılan arasındaki sözleşmeye göre alt katılanın katılacağı zarar miktarı belirlenir. Şayet alt katılım sözleşmesinde alt katılana düşen kar belirlenip zarar belirlenmemişse kar için belirlenen payın, zarar için de geçerli olduğu kabul edilir⁶⁴⁵. Bu yaklaşım, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere adi ortaklık kuralları ile de uyuşur.

Alt katılım ilişkisinin sona ermesi halinde alt katılanın, zararlar oluşmuş açığı kapatmak için ek katkı yapma yükümlülüğü yoktur⁶⁴⁶. Ancak taraflar, alt katılım sözleşmesi ile alt katılanın alt katılım ortaklığı sona erince oluşmuş açığı kapatması için ek katkı yapacağını kararlaştırabilir⁶⁴⁷. Böyle bir anlaşmanın yapılması halinde asıl ortağın alacaklıları, alt katılanın katılım payının ötesine geçtiği ölçüde alt katılanın zarar teminatına el atabilir⁶⁴⁸. Katılım payının ötesine geçmenin ölçü olarak alınmasının nedeni ise alt katılanın katılım payının zaten asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa edilmesidir. Bu nedenle alacaklılar, alacakları katılım payı bedelini aştığı ölçüde doğrudan alt katılana başvurarak zarar teminatının kendilerine ödenmesini isteyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken, asıl ortağın alacaklılarının alt

⁶⁴⁵ HERZFELD, s. 304; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87.

⁶⁴⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87; BARLAS, s. 181- 182.

⁶⁴⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 87; BARLAS, s. 181- 182.

⁶⁴⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 88.

katılanın zarar teminatı üzerinden alacaklarına kavuşma imkanı varken bu imkanın asıl ortaklığın alacaklıları için mevcut olmadığıdır⁶⁴⁹.

Asıl ortaklığın sermaye artırımı kararı almış olması halinde asıl ortak, hiç değilse alt katılana katkısını buna göre artırma fırsatı sunmalıdır⁶⁵⁰. Katkısını artırmak veya artırmamak tamamen alt katılanın takdirindedir. Ancak artırması halinde katılacağı kar miktarı da artacağından kendisine bu fırsatın verilmesi önemlidir.

Alt katılan fiili kara ek olarak katılımın diğer tüm maddi avantajlarından da yararlanma hakkına sahiptir⁶⁵¹. Buna örnek olarak abonelik hakları, asıl ortaklığın tasfiyesi sonucu asıl ortağın tasfiye payı gösterilebilir⁶⁵². Ancak alt katılım, asıl ortaklığın sona ermesinden önce sona ererse alt katılan, doğal olarak bundan sonraki kazançlara katılamaz ve tasfiye payından yararlanamaz⁶⁵³.

Asıl ortağın asıl ortaklıkta yönetici görevini üstlenmesi ve karşılığında ücret alması gibi kişisel faaliyeti sonucu elde ettiği gelirlere alt katılanın katılma hakkı yoktur⁶⁵⁴. Çünkü burada payın kullanımı söz konusu değildir⁶⁵⁵. Asıl ortak, paya bağlı olarak bir kazanım elde etmez. Kendisine paydan bağımsız olarak kişisel emeğinin karşılığını ödenir. Bu nedenle de bu bedel üzerinde alt katılan hak iddia edemez.

C. Ortaklık İşlerini İnceleme Hakkı

Ortak sıfatını kazanamayan alt katılan, hiçbir aşamada ortak olarak veya ortaklarınkine benzer bir pozisyon temelinde asıl ortaklıktan veya ortaklardan talepte bulunamaz⁶⁵⁶. Ortaklık faaliyetleri ile ilgili bilgi isteyemez; ortaklık defter, hesap,

⁶⁴⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 88.

⁶⁵⁰ FRIEHE, s. 66.

⁶⁵¹ SIEGWART, s. 162; HERZFELD, s. 302; FELLMANN/ MÜLLER, s. 964.

⁶⁵² BLAUROCK, s. 893- 894; HERZFELD, s. 302.

⁶⁵³ HERZFELD, s. 302.

⁶⁵⁴ FRIEHE, s. 67; BLAUROCK, s. 891.

⁶⁵⁵ FRIEHE, s. 67.

⁶⁵⁶ von STAUDINGERS, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesellschaftsrecht, 13. Bearbeitung 2003, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 2003, (§§ 705- 740: Stefan Habermeier), s. 181; HERZFELD, s. 324; THOMA, s. 309; SIEGWART, s. 162; BİLGE, s. 453.

belgelerini inceleyeme ve bilançoıu görmeye hak kazanamaz, ortaklığı denetleyemez ayrıca bu konulara dayanarak asıl ortaklığa dava açamaz⁶⁵⁷.

Alt katılan, alt katılım ilişkisine dayanarak asıl ortaklığı asıl ortak aracılığı ile denetleyemez⁶⁵⁸. Ortaklık işleri ile ilgili bilgi alma ve belge inceleme taleplerini asıl ortağa yöneltemez; yöneltse bile asıl ortak, sır saklama ve sadakat yükümlülüğü gereği bu talepleri yerine getirmekten kaçınmalıdır^{659,660}. Asıl ortak, alt katılım ilişkisini gerekçe göstererek ilgili bilgi ve belgeleri alt katılana verme hakkı olduğunu ileri süremeyeceği gibi bu bilgi ve belgeleri vermekten kaçınması esasen asıl ortak için sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir⁶⁶¹. Zira bu belgeler, üçüncü şahıslardan gizli tutulması konusunda meşru menfaati olan asıl ortaklık iç işlerinin bir parçasıdır ve üçüncü kişilere ve asıl ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda olan alt katılana karşı gizli tutulmasında meşru menfaat vardır⁶⁶². Ancak alt katılan, asıl ortaklığın meşru menfaati ile çelişmediği sürece asıl ortaklık tarafında gerçekleşen olaylar hakkında asıl ortaktan bilgi talep edebilir⁶⁶³. Ayrıca asıl ortak, asıl ortaklığın gizlilik ve sır saklama yükümlülüğüne riayet etmek şartıyla asıl ortaklıktaki temel süreçler, özellikle alt katılımı tehlikeye atabilecek riskler hakkında alt katılana bilgi verebilir⁶⁶⁴.

Asıl ortaklık bilgi ve belgelerinin alt katılıandan gizli tutulmasının nedeni, alt katılanın asıl ortaklık ile hiçbir yasal ilişkisi olmaması ve bu nedenle asıl ortaklığa

⁶⁵⁷ von STAUDINGERS, s. 181; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 74; BARLAS, s. 189; KARAYALÇIN, s. 152; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 358; HERZFELD, s. 324; BLAUROCK, s. 888-889; THOMA, s. 308; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; BİLGE, s. 453.

⁶⁵⁸ HERZFELD, s. 324.

⁶⁵⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 358; BARLAS, s. 189; FRIEHE, s. 60; BLAUROCK, s. 889.

⁶⁶⁰ Alt katılım ortaklığı ile ilgili Yargıtay kararına konu olan bir olayda alt katılım sözleşmesi ile taraflar, asıl ortağın asıl ortaklığın gelir ve gider hesabını inceleyip alt katılana bildirmekle yükümlü olduğunu kararlaştırmıştır. Bu hükmün ne şekilde etki doğuracağı Yargıtay tarafından incelenmemiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...Esasen taraflar da sözleşmenin 4 üncü maddesinde adi ortaklığın gelir ve gider hesabının incelenerek davacıya bildirilmesini ve davalının aldığının yarısının davalıya verilmesi gerektiğini kararlaştırmak suretiyle aralarındaki hesapta adi ortaklık kayıtlarının esas olduğunu ifade etmişlerdir..." Karar için bkz. Yargıtay 13 HD, 1982/6875 E, 1982/8149 K, 28.12.1982 T (YasaHD, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1262).

⁶⁶¹ FRIEHE, s. 60; BARLAS, s. 189; BLAUROCK, s. 889; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965.

⁶⁶² WATERSCHEK, s. 4; BLAUROCK, s. 889.

⁶⁶³ von STAUDINGERS, s. 181.

⁶⁶⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 90.

karşı gizlilik, sadakat ve rekabet etmeme borcu bulunmamasıdır⁶⁶⁵. Asıl ortağın alt katılana bu bilgileri vererek sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, asıl ortağın alt katılım ilişkisine girememesi ve dolayısıyla alt katılım ortaklığının kurulmaması anlamına gelmez⁶⁶⁶. Bu durumda alt katılım ortaklığı geçerli bir şekilde kurulur, yalnızca asıl ortağın asıl ortaklığa karşı tazminat sorumluluğu gündeme gelir⁶⁶⁷. Alt katılım sözleşmesinde alt katılanın asıl ortaklığın bilgi ve belgelerini inceleyebileceği kararlaştırılmışsa ve asıl ortaklık, alt katılanın bu bilgi ve belgeleri incelemesine izin veriyorsa bu durumda alt katılan, ilgili bilgi ve belgeleri inceleyebilir⁶⁶⁸.

Alt katılım ortaklığı açısından bakıldığında ise alt katılanın pozisyonu, adi ortaklıkta yönetici olmayan bir ortağın pozisyonuna karşılık gelir⁶⁶⁹. Alt katılan, alt katılım ortaklığına konu paya ilişkin asıl ortaklık karını ve bunun fer'ilerini öğrenme, malvarlığı haklarına ilişkin bilgi isteme ve belge inceleme, denetleme gibi haklara sahiptir ve bu hakkını da yalnızca asıl ortağa karşı kullanabilir⁶⁷⁰. Alt katılanın sahip olduğu bu haklar, genellikle alt katılım sözleşmesinde belirtilir⁶⁷¹. Alt katılanın bu haklara sahip olması, alt katılım ortaklığının bir adi ortaklık çeşidi olmasının gereğidir ve bu haklar sözleşme ile ortadan kaldırılamaz⁶⁷². Ancak bu hak, yalnızca alt katılım ortaklığı kapsamında ve yalnızca alt katılım ortaklığının kurulduğu pay ile sınırlı olmak üzere kullanılabilir.

Bilgi alma talebinin yerine getirilmesi için asıl ortaklığa ait bilanço çıkartılmaz, asıl ortağın sahip olduğu payın bilançosunun çıkartılması yeterlidir⁶⁷³. Alt katılan böylece payın gerçek karının ne olduğunu, gelirlerin ne şekilde kullanıldığını, asıl

⁶⁶⁵ BLAUROCK, s. 889; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 91.

⁶⁶⁶ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 98.

⁶⁶⁷ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 98- 99; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 90- 91.

⁶⁶⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 91- 92.

⁶⁶⁹ THOMA, s. 308.

⁶⁷⁰ von STAUDINGERS, s. 181; BİLGE, s. 453; BARLAS, s. 189; FRIEHE, s. 61; THOMA, s. 308; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 90; FELLMANN/ MÜLLER, s. 965; Buna karşın *Blaurock*, bu hakların asıl ortaklığa karşı da kullanılabilmesini, asıl ortaklığın bu hakların kullanılmasını sebepsiz yere reddedemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. BLAUROCK, s. 888.

⁶⁷¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 90.

⁶⁷² WATERSCHEK, s. 4; THOMA, s. 308.

⁶⁷³ BLAUROCK, s. 888; FRIEHE, s. 61; WATERSCHEK, s. 4.

ortağın payına başka hangi gelirlerin yöneltilebileceğini ve zararı görme imkanına kavuşur⁶⁷⁴.

Asıl ortağın, alt katılım ortaklığı ile ilgili alt katılana bilgi vermektan kaçınması, adi ortaklık karakterinin bir sonucu olarak alt katılanın denetim hakkının ihlali anlamına gelir ve bu da sorumluluk doğuran hukuka aykırı bir davranıştır⁶⁷⁵. Dolayısıyla hakları ihlal edilen alt katılan, asıl ortaktan tazminat isteyebilir. Dikkat edilirse buradaki bilgi alma hakkı, yalnızca ayrı bir ortaklık olan alt katılım ortaklığı ile ilgili işlerle sınırlıdır. Genel olarak asıl ortaklığın bilançolarını ve asıl ortaklığın diğer belgelerini açıklama gibi bir durum söz konusu değildir⁶⁷⁶.

Alt katılanın asıl ortaklık işleri ile bilgi alma hakkına sahip olmamasının istisnasını ise açık (nitelikli) alt katılım⁶⁷⁷ oluşturur. Açık alt katılımında asıl ortaklık tarafından alt katılana bilgi alma, belge inceleme gibi haklar tanınabilir⁶⁷⁸. Böylece alt katılan, asıl ortaklıkla arasındaki sözleşme kapsamında kendisine tanınan hakları kullanabilir.

D. Rekabet Yasağı

Bir adi ortaklık türü olması sebebiyle TBK m. 626'da düzenlenen rekabet yasağı, alt katılım ortaklığı için de geçerlidir. Buna göre gerek asıl ortak gerek ise alt katılan, kendisinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, alt katılım ortaklığının amacı olan asıl payın işletilerek kar elde edilmesini engelleyici veya amacın

⁶⁷⁴ BLAUROCK, s. 888; FRIEHE, s. 61; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 91.

⁶⁷⁵ BLAUROCK, s. 888; KIRCA, İsmail, "Adi Şirket Ortağının Özen Borcu", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 203 vd., Yazar, durumu adi ortaklık için açıklamıştır. Alt katılım ortaklığının da bir adi ortaklık çeşidi olduğu göz önünde bulundurulduğunda aynı açıklamaların alt katılım ortaklığı için de geçerli olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

⁶⁷⁶ WATERSCHEK, s. 4.

⁶⁷⁷ Bkz. Alt Katılım Ortaklığının Çeşitleri Kısımındaki Açık (Nitelikli) Alt Katılım Ortaklığı başlığı.

⁶⁷⁸ FELLMANN/ MÜLLER, s. 965- 966.

gerçekleşmesine zarar verici işleri yapamaz⁶⁷⁹. Rekabet yasağının ortaklarca ihlali de sorumluluk doğuran hukuka aykırı davranışlardandır⁶⁸⁰.

Göksoy, çalışmasında alt katılım ortaklığından bahsetmemişse de iç ortaklık ve gizli ortaklıktan aynı kavram gibi bahsederek iç ortaklık ile ilgili açıklamalarda bulunmuştur⁶⁸¹. Alt katılım ortaklığının da bir iç ortaklık olması nedeniyle yazarın açıklamaları önemlidir. Yazar, üçüncü kişilerle işlem yapan aktif ortağın rekabet etmeme yükümlülüğü olduğu, buna karşılık sadece iç ilişkide hak ve borçlara sahip olan iç ortağın ise rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmadığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir⁶⁸². Dolayısıyla bu görüşe göre iç ortağın alt katılım ortaklığındaki yansıması olan alt katılan, rekabet etmeme ile yükümlü değildir. Yazarın buradaki rekabet etmeme yükümlülüğünü hangi ortaklık açısından değerlendirdiğinin tespiti konunun aydınlatılması için önemlidir. Burada kastedilen muhtemelen alt katılanın (iç ortağın) asıl ortaklığa karşı rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Alt katılanın asıl ortaklık ile arasında bir ilişki olmadığı için yazarın görüşü bu yönüyle kabul edilebilir görünmektedir. Yalnız iç ortaklık ve dolayısıyla alt katılım yönünden bakıldığında ortada bir adi ortaklık bulunduğundan her iki tarafın da rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi olması, TBK m. 626'daki düzenlemenin bir gereğidir.

Alt katılan, asıl ortaklığın ortağı olmadığından ortaklar için geçerli olan rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi değildir⁶⁸³. Asıl ortaklık ile rekabet etmesi halinde, asıl ortaklığa karşı bir sorumluluğu bulunmaz. Asıl ortaklık bu ihlali ileri sürerek alt katılanın bundan sorumlu tutulmasını da isteyemez. Çünkü alt katılanın, asıl ortaklık ile hak ve borçlar doğuran bağı mevcut değildir.

⁶⁷⁹ İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 177; Ayrıca alt katılım ortaklığı gibi iç ortaklık olarak yapılan gizli ortaklıkta gizli ortağın da rekabet etmeme ile yükümlü olduğu görüşü için bkz. BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 131; Adi ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir, "Mukayeseli Hukukta Şirketler Hukukunda Rekabet Yasağı", BBD, C. 45, S. 112, Haziran 2020, s. 115.

⁶⁸⁰ KIRCA, s. 203; CANARSLAN, s. 175 vd.; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 352; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 35; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 74; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 72.

⁶⁸¹ Yazarın açıklamaları için bkz. GÖKSOY, Yaşar Can; "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 635.

⁶⁸² GÖKSOY, s. 635.

⁶⁸³ FRIEHE, s. 64; FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

Kural bu olmakla birlikte pratikte durum biraz daha farklıdır. *Blaurock*, alt katılanın asıl ortaklığa karşı rekabet yasağının hemen reddedilmemesi gerektiğini, alt katılanın asıl ortaklığın iç ilişkilerindeki etkisi fazlalaştıkça rekabet etmeme yükümlülüğü ile yüklenmesinin kabul edilme olasılığının da o kadar arttığını belirtmektedir⁶⁸⁴. Alt katılanın asıl ortağın iç ilişkilerindeki etkisi özellikle alt katılana iç ilişkiye ilişkin hakların tanındığı açık (nitelikli) alt katılım ortaklığında görülür. Nitekim açık (nitelikli) alt katılım ortaklığında alt katılana bilgi alma, belge inceleme gibi haklar tanınırken aynı sözleşme ile sır saklama, sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüklerinin yüklenmesinin faydalı olacağı belirtilmiştir. Alt katılanın böyle bir yükümlülüğü olması için ya asıl ortaklıkla alt katılım ortaklığı arasında ya alt katılan ile doğrudan asıl ortaklık arasında ya da asıl ortak ile alt katılan arasında sözleşme kurulmalı ve alt katılana rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenmektedir. İlk iki durumda alt katılan asıl ortaklık ile rekabet etmemeyi asıl ortaklığa karşı borçlanırken üçüncü durumda asıl ortağa karşı borçlanır.

Asıl ortak ile alt katılanın aralarındaki ortaklık haricinde asıl ortaklık ile de rekabeti yasaklayacak şekilde anlaşması, sözleşme serbestisi ilkesinin bir görünümü olduğu gibi asıl ortaklıktaki yerini korumak isteyen asıl ortağın kendini koruma isteğinin de bir sonucudur. Asıl ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali halinde alt katılanın asıl ortağa belirli bir cezai şart ödeyeceği yazılabilir. Bu kurala rağmen asıl ortaklıkla rekabete giren alt katılan, sözleşmede belirtilen cezai şartı ödemekle yükümlü kılınabilir. Sözleşmede cezai şart kararlaştırılmamış olsa bile asıl ortak, alt katılanın bu davranışı nedeniyle asıl ortaklığa tazminat ödemek durumunda kalırsa ödediği bu tazminatı alt katılana rücu etmesi de düşünülebilir. Ancak bu durumlarda dahi alt katılan, rekabet etmeme yükümlülüğü nedeniyle asıl ortaklığa karşı değil asıl ortağa karşı sorumludur. Diğer bir deyişle bu rekabet etmeme kuralını ihlal ettiği gerekçesiyle asıl ortaklık kendisinden herhangi bir talepte bulunamaz.

Alt katılana sözleşme ile rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenmemesi halinde gerçekleşecek olasılıklar çeşitlidir. Alt katılanın asıl ortaklık ile rekabet anlamına gelecek işlere girişmesi, asıl ortaklığın kazanca geçmesini engelleme riski

⁶⁸⁴ BLAUROCK, s. 889.

taşımaktadır. Asıl ortaklığın kazanca geçmesinin engellenmesi de alt katılım ortaklığının amacı olan asıl ortaklıktaki payın işletilmesini ve ondan kar elde edilmesini engelleyebilir. Bunu engellemesi alt katılanın her şeyden önce asıl ortağa karşı sorumluluğunu doğurur. Asıl ortak, alt katılanın asıl ortaklık ile rekabetinin alt katılım ortaklığının amacı olan asıl ortaklıktaki payın işletilmesi suretiyle kazanç elde edilmesine zarar verici etki gösterdiğini ileri sürerek, alt katılanın asıl ortaklıkla rekabeti nedeniyle sorumlu tutulmasını ve kendisine tazminat ödenmesini isteyebilir. Söz gelimi konusu çanta satışı yapmak olan bir adi ortaklık payında alt katılım hakkı olan bir kimsenin asıl ortaklık ile aynı sokağa çanta satışı yapmak için bir ticari işletme kurduğu düşünüldüğünde alt katılanın asıl ortaklık ile rekabete girdiği açıktır. Taraflar arasında bir hukuki ilişki olmadığından ve dolayısıyla alt katılan, asıl ortaklığa karşı rekabet etmeme borcu altına girmediğinden asıl ortaklığa karşı hiçbir sorumluluğu yoktur. Ancak adi ortaklık ile ticari işletmenin girdiği rekabet nedeniyle adi ortaklığın satışları düştüğünde doğal olarak alt katılıma konu paya isabet eden kazanç payı da düşecektir. İşte bu durumda alt katılım ortaklığının tarafı olan asıl ortak, alt katılımın paydan kar elde etme amacının gerçekleşmesine aykırı hareket etmesi nedeniyle alt katılanı sorumlu tutabilir. Asıl ortağın kar elde edememesinin alt katılım ortaklığının da kar elde edememesi sonucu doğurduğu ve buna da alt katılanın davranışlarının neden olduğu gerekçesiyle alt katılım ortaklığının feshi veya ikiden fazla alt katılanı bulunan alt katılım ortaklıklarında ihlali gerçekleştiren alt katılanın ortaklıktan çıkarılması⁶⁸⁵ gündeme gelebilir.

Asıl ortak, bu yolların hiçbirine başvurmasa da alt katılanın bu davranışları nedeniyle asıl ortaklık tarafından sorumlu tutulma ihtimali ile karşı karşıya kalabilir. Alt katılım ortaklığına konu pay ile sınırlı olsa da asıl ortak, alt katılan ile bilgi ve belge paylaşımı yapmaktadır. Paya ilişkin bilgi ve belgeler, dolaylı olsa da asıl ortaklık ile ilgili bilgilerin ortaya çıkması veya bu bilgiler ile ilgili gerçeğe yakın tahminde bulunma durumu ile sonuçlanabilecek niteliktedir. Bu nedenle alt katılanın asıl ortaklık ile rekabete girişmesi halinde asıl ortaklık, alt katılanın asıl ortaktan alt katılıma konu pay nedeniyle öğrendiği bilgilerden yola çıkarak asıl ortaklık ile

⁶⁸⁵ Adi ortaklıkta ortakların haklı sebeple ortaklıktan çıkarılıp çıkarılmayacaklarına ilişkin doktrindeki tartışma için bkz. dn. 198.

rekabete neden olan bir iş yaptığını ileri sürebilir. Böylece asıl ortağın, asıl ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiası ile sorumluluğu doğabileceği gibi şartları varsa asıl ortağın ortaklıktan çıkartılması veya asıl ortaklığın feshi de gündeme gelebilir. Ancak böyle bir iddiada bulunan asıl ortaklığın, bu iddiasını kanıtlanması oldukça zahmetlidir. Zira asıl ortaklıkça hem sadakat yükümlülüğünün ihlali hem de rekabet oluşturan fiil kanıtlanmalı, akabinde de farklı kişiler tarafından gerçekleştirilen bu eylemler arasındaki bağlantı kurulmalıdır. Ayrıca asıl ortak, alt katılana bilgi vermediyse veya alt katılanın bilgi alma hakkı soyut kaldıysa yalnızca alt katılanın asıl ortaklık ile rekabete girişmesi, asıl ortağın sorumluluğunu gündeme getirmez.

Sözü edilen durumlar, ilişkinin diğer tarafı alt katılan için de geçerlidir. Asıl ortak alt katılanın davranışları nedeniyle çoğunlukla asıl ortaklığa karşı sorumlu tutulabilirse aynı şekilde asıl ortaklığın davranışları nedeniyle alt katılana karşı sorumluluğu da vardır⁶⁸⁶. Asıl ortak, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığına vereceği zararlardan alt katılana karşı sorumludur⁶⁸⁷. Fakat bu sorumluluk yalnızca “*asıl ortaklık*” eylemlerine karşıdır, asıl ortaklıktaki diğer ortakların davranışlarından asıl ortağın sorumluluğu yoktur⁶⁸⁸. Söz gelimi alt katılım ortaklığının kurulmasına karşı çıkan ve bunu engelleyemeyen asıl ortaklığın, haklı bir gerekçe olmaksızın alt katılım ortaklığına zarar vermek amacıyla uzun süre kar dağıtımını yapmamasında durum böyledir. Asıl ortaklığın kar dağıtmama kararına bağlı olarak alt katılım ortaklığı da kar paylaşımı yapamayacak, kazanç elde etme amacına ya hiç ulaşamayacak ya da geç ulaşacaktır. Her ne kadar tüm bunların nedeni asıl ortaklık olsa da alt katılan ile asıl ortaklık arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığından alt katılanın asıl ortaklığı sorumlu tutması mümkün değildir. Fakat asıl ortaklık eliyle uygulanamaz hale gelen alt katılım ortaklığının sözleşmeye aykırılık nedeniyle asıl ortağın sorumlu tutulma ihtimali vardır. Çünkü asıl ortak, alt katılım ortaklığı kurulurken alt katılıma konu payı ortaklığa sunmayı ve amaca elverişli bir şekilde hazır bulundurması taahhüt etmiştir. Ayrıca bu sorumluluğun gündeme gelebilmesi için asıl ortağın, kar dağıtımına yönelik

⁶⁸⁶ BLAUROCK, s. 889.

⁶⁸⁷ BLAUROCK, s. 889.

⁶⁸⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 92- 93; BLAUROCK, s. 889.

oylamada olumlu oy kullanmış ya da hiç değilse karın dağıtılması için gerekli çabayı göstermemiş olması gerekir.

Asıl ortağın gerek asıl ortaklığa gerekse alt katılana karşı sorumluluğu mutlak kabul edilmemeli, her olay kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere alt katılanın, hukuki olarak kendisini bağlayıcı bir rekabet etmeme yükümlülüğü olmasa dahi dolaylı olarak da olsa asıl ortaklığa karşı rekabete girişmesi sakıncalıdır. Çünkü rekabete girişmesi, alt katılım ortaklığından beklenen kar elde etme amacını riske atma ihtimalini barındırır. Bunun nedeni alt katılım ortaklığının ortaklık içinde bir ortaklık olması ve çoğunlukla asıl ortaklığın kar elde etmesinin alt katılıma konu payın da kar elde etmesi, zarar etmesinin de yine ilgili paya zarar olarak yansmasıdır. Rekabet etmemenin ortaklık sıfatına bağlı bir yükümlülük olduğu ve alt katılanın da asıl ortaklıkta “*ortak*” sıfatı bulunmadığı düşünülebilecekse de buradaki rekabet etmeme bir yükümlülük karakterinde değildir. Rekabetten kaçınma, asıl ortaklıktaki “*ortak*” sıfatının değil alt katılım ilişkisinin tarafı olmanın bir gereğidir.

E. Alt Katılım Ortaklığında Yönetim

Alt katılım ortaklığında yönetim yetkisi, doktrindeki baskın görüşe göre zorunlu olarak asıl ortakadır ve asıl ortağın yönetim yetkisinden mahrum bırakılması mümkün değildir⁶⁸⁹. Buna karşın *Blaurock*, sözleşme ile yönetim yetkisinin bir bütün olarak alt katılana devredilebileceği görüşündedir⁶⁹⁰. Alt katılım ortaklığının iç ortaklık şeklinde yapılması ve çoğu zaman yönetim yetkisi beraberinde temsil yetkisini de getireceğinden bu görüşe katılmak güçtür. Ancak asıl ortağın alt katılıma

⁶⁸⁹ THOMA, s. 307; WATERSCHEK, s. 4; FRIEHE, s. 60; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 37, 88- 90; FELLMANN/ MÜLLER, s. 966; GROF, s. 24; BARLAS, s. 188, *Barlas*, ayrıca iç ortaklığa ilişkin açıklama yaparken asıl ortağa yönetim hakkı tanımamışsa bu durumda aradaki ilişkinin özelliklerine uygun düştüğü ölçüde genel adi ortaklık ya da vekalet, hizmet veya eser sözleşmesi olacağını belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. BARLAS, s. 152; Poroy ve Tekinalp, iç ortaklık hakkında yaptığı açıklamalarda asıl ortağa yönetimde ağırlık verilmesinin bir geçerlilik şartı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 48; ABDELFAHAH, Sema, *Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklarda Yönetim*, Ankara, 2017, s. 131, Yazar, durumu gizli ortaklık için açıklamıştır. Gizli ortaklık da alt katılım ortaklığı gibi iç ortaklığın bir türü olduğundan gizli ortaklık ile alt katılım ortaklığı, yönetim yönünden benzer kurallara tabidir.

⁶⁹⁰ BLAUROCK, s. 887- 888

onay verdiği ve asıl ortaklıktaki iç ilişkiler ile ilgili alt katılana bir kısım haklar tanıdığı açık (nitelikli) alt katılım ortaklıklarında, alt katılım ortaklığının yönetim yetkisinin bir bütün olarak alt katılana verilmesi, asıl ortağın yönetim yetkisinden mahrum bırakılması durumu gerçekleşebilir.

Yönetim yetkisi asıl ortağa ait olduğundan alt katılım ortaklığının bilançosunun veya kar zarar hesabının hazırlanması, asıl ortağın sorumluluğundadır⁶⁹¹. Çünkü asıl ortaklık bilançosuna göre alt katılıma konu paya ne kadar kar veya zarar tekabül edeceğini yalnızca asıl ortak bilir⁶⁹². Asıl ortağın yönetimde ağırlıklı durumda bulunması sebebiyle TBK m. 625/I alt katılım ortaklığında uygulanmaz⁶⁹³.

Kural yönetim hak ve yetkisinin asıl ortağa ait olması ise de taraflar arasında farklı anlaşmalar mümkündür ve uygulamada çoğunlukla bu anlaşmaların yapıldığı görülmektedir⁶⁹⁴. Öncelikle alt katılım ortaklığı sözleşmesi ile alt katılana yönetim yetkisine belirli bir oranda katılma hakkı verilebilir. Alt katılım sözleşmesinde asıl ortağın oy hakkını alt katılanın talimatlarına göre veya sadece genel olarak alt katılım ortaklığının çıkarlarına göre kullanacağı kararlaştırılabilir⁶⁹⁵.

Ortaklık sözleşmesinin yanında “*oylama anlaşmaları*” yolu ile asıl ortağın yanında alt katılana da yönetim hak ve görevi verilebilir⁶⁹⁶. Asıl ortak, asıl ortaklığa karşı kendi adına hareket ettiğinden alt katılanın yönetim konusunda kendisini güvenceye alma şansı bulması bakımından oylama anlaşmaları önemlidir⁶⁹⁷. Oylama anlaşmaları ile alt katılana yönetimde hangi konularda söz hakkı verilebileceği farklı durumlara göre sorgulanabilir. Bunun için asıl ortaklıkta alınacak kararların, alt katılım ortaklığı sözleşmesinde tarafların anlaştığı konularda değişikliğe yol açıp

⁶⁹¹ FRIEHE, s. 56.

⁶⁹² FRIEHE, s. 56.

⁶⁹³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48; Aynı durum yönetim ve temsil açısından Alman hukukunda da geçerlidir. Ayrıntı için bkz. BLOUROCK, s. 887.

⁶⁹⁴ BLAUROCK, s. 886- 887; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 88; FELLMANN/ MÜLLER, s. 966; THOMA, s. 307, Yazar, sözleşme ile alt katılana yönetimde söz sahibi olma hakkı verilmesi bile olağanüstü işlere alt katılanın onayına ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.

⁶⁹⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 89.

⁶⁹⁶ KARAYALÇIN, s. 177; BLAUROCK, s. 887; GROF, s. 24; WATERSCHEK, s. 4; BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 98, Yazar, alt katılanın çok az düzeyde yönetim ve bilgi alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁶⁹⁷ BLAUROCK, s. 887.

açmayacağı ölçüt olarak alınabilir⁶⁹⁸. Asıl ortaklıkta kar dağıtımında bir değişiklik olması doğrudan alt katılım ortaklığını da etkileyeceğinden bu konudaki işlemlerde alt katılına da söz hakkı tanınması gerekirken asıl ortaklığın amacının değişmesi gibi alt katılım ortaklığına dolaylı olarak etki edecek konularda alt katılına yönetim konusunda yetki verilmesi gerekmez⁶⁹⁹.

Gerek alt katılım sözleşmesinde gerekse oylama anlaşmaları ile alt katılına verilecek yönetim yetkisinin kaynağı, asıl ortağın asıl ortaklıkta sahip olduğu paya ait yönetim hakkıdır⁷⁰⁰. Alt katılına verilen yönetim yetkisi yalnızca alt katılım ilişkisinin tarafları arasında geçerlidir, böyle bir anlaşma asıl ortaklığa karşı ileri sürülemez⁷⁰¹. Dolayısıyla asıl ortağın yönetim yetkisini alt katılan ile paylaşması neticesinde, asıl ortaklıkta asıl ortaklığın aleyhine olacak şekilde hareket etmesi, asıl ortağın tazminat sorumluluğunu doğurabilir.

Alt katılına söz hakkı tanınabilse de hiçbir halde alt katılına tek başına yönetim yetkisi verilemez, alt katılanın yönetim yetkisi ancak asıl ortakla birlikte “*ortak yönetim yetkisi*”ne sahip olabilir⁷⁰². Bu durumda diğer ayırt edici özellikler⁷⁰³ de mevcutsa ortaya “*atipik alt katılım ortaklığı*” çıkabilir⁷⁰⁴. Bu şekilde alt katılına yetki verilmesi, özellikle asıl ortaklığın organlarına yapılan seçimlerde ortaya çıkar⁷⁰⁵. Asıl ortaklığın bir anonim şirket olduğu durumlarda, danışma ya da denetleme kuruluna üye seçileceğinde asıl ortağın alt katılan ile arasında belirlediği bir kişi için oy kullanmak ile yükümlü olmasında durum böyledir⁷⁰⁶.

Durum, açık (nitelikli) alt katılım ortaklığında ise daha nettir. Açık (nitelikli) alt katılım ortaklığında asıl ortaklık tarafından alt katılım ortaklığına onay

⁶⁹⁸ BLAUROCK, s. 887.

⁶⁹⁹ BLAUROCK, s. 887.

⁷⁰⁰ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 98.

⁷⁰¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 89.

⁷⁰² GROF, s. 24; Karşı görüş için bkz. BLAUROCK, s. 887.

⁷⁰³ Bu özellikler Atipik Alt Katılım Ortaklığı başlığında incelenmiştir.

⁷⁰⁴ Bkz. İkinci Bölüm IV.B. Alt Katılım Ortaklığının Çeşitleri.

⁷⁰⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 89.

⁷⁰⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 89.

verildiğinden ve yine alt katılım ortaklığı tanındığından artık alt katılana asıl ortaklık ile yapılacak işlemlerde yönetim hakkı verilmesinin önünde bir engel yoktur.

İç ilişki açısından ise olağan ve olağanüstü işler ayrımı yapılmalıdır. Yönetim yetkisine sahip asıl ortak, olağan işlemleri tek başına gerçekleştirebilirken olağanüstü işlemlerde alt katılanın onayını almak zorundadır⁷⁰⁷. Asıl ortak bu kurala uymazsa, yükümlülüğünü ihlal ettiğinden dolayı tazminat sorumluluğu ortaya çıkar⁷⁰⁸. Ancak alt katılımın niteliği gereği yönetim yetkisinden mahrum bırakılması söz konusu olamayacağından kendisinden yönetim yetkisinin geri alınması durumu ortaya çıkmaz, ancak alt katılım ortaklığının haklı sebeple feshi imkanı bulunmaktadır⁷⁰⁹. Aynı durum, alt katılana sözleşme veya oylama anlaşmaları ile yönetimde söz hakkı verilen haller için de geçerlidir.

Olağanüstü işlerde alt katılanın sahip olduğu söz hakkı veya kendisine sözleşme ile yönetim hakkı verilmesi, bir yönden yönetim yetkisinin asıl ortaklık karşısında dolaylı olarak dış ilişkide de kullanılması anlamına gelir; ancak her halde dış ilişkide aktif ortak yalnız olarak ortaya çıkar⁷¹⁰. Asıl ortağın olağanüstü işlemleri gerçekleştirirken alt katılanın onayını almamış olması veya sözleşme gereği alt katılana verilen söz hakkını yoksayararak işlemleri gerçekleştirmesi, tazminat sorumluluğuna neden olsa da işlemi geçersiz hale getirmez⁷¹¹. Yapılan işlem geçerli olarak tüm hukuki sonuçlarını doğurur.

Asıl ortak, yönetim konusunda bir üçüncü kişiye ve hatta alt katılana yetki de verebilir. Bu durumda alt katılan, dış ilişkide üçüncü kişilere karşı sorumlu olmadan ortaklık işlerine fiilen hakim olma imkanını elde eder⁷¹². Bu durumlar teorik olarak

⁷⁰⁷ THOMA, s. 307; *Barlas*, bu görüşün dürüstlük kuralı temelinde kabul edilebilecek bir görüş olduğunu belirtmektedir. Bkz. BARLAS, s. 188, dn. 514; İç ortaklıklarda olağanüstü işlemlerde iç ortağa da söz hakkı tanınması yönündeki açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 48; *Karayalçın*, olağanüstü işlerde oybirliği esasının aranmasının iç ortaklıktan uygulanabilmesinin şüpheli olduğunu belirtmektedir. KARAYALÇIN, s. 176.

⁷⁰⁸ THOMA, s. 307.

⁷⁰⁹ THOMA, s. 307; Aynı yönde iç ortaklığa ilişkin açıklamalar için bkz. BARLAS, s. 152; KARAYALÇIN, s. 177.

⁷¹⁰ BİLGİLİ, *Gizli Ortaklık*, s. 98.

⁷¹¹ BARLAS, s. 188, 151.

⁷¹² İç ortaklıkta yönetim yetkisinin üçüncü kişiye verilmesi hakkındaki açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 177.

mümkünse de pratikte çoğunlukla iç ortaklıklarda yönetim yetkisi münhasıran asıl ortağa ait olduğundan bu kuralın uygulaması pek yoktur⁷¹³.

İç ortaklıklarda da yönetici olan asıl ortak, yılda en az bir kez TBK m. 630/III gereği hesap vermek ve kazanç payını alt katılana ödemek zorundadır⁷¹⁴. Alt katılım ortaklığı sözleşmesinde, hesap dönemi için bir yıldan daha uzun bir süre kararlaştırılması aynı madde gereği kesin hükümsüzdür.

Yönetim yetkisi sadece asıl ortağa ait olsa veya hem asıl ortak hem alt katılana olsa ve asıl ortak alt katılana danışmadan işlem yapıyor olsa dahi asıl ortak, alt katılana çıkarlarına uygun davranmalı ve ona zarar verecek şekilde işlem tesis etmekten kaçınmalıdır⁷¹⁵. Asıl ortak, kendi işini görürken göstereceği özeni, alt katılım ortaklığının iş ve işlemlerini gerçekleştirirken de göstermelidir⁷¹⁶. Çünkü hukuki nitelik olarak bir adi ortaklık çeşidi olan alt katılım ortaklığında da ortakların birbirine karşı sadakat yükümlülüğü vardır. Ayrıca alt katılımda asıl ortak daha baskın bir rol oynar⁷¹⁷ ve çok daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle sadakat yükümlülüğü, asıl ortağın davranışları bakımından daha önemli bir hale gelir. Asıl ortak özellikle alt katılımın niteliği gereği alt katılana asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa ettiği katılım paylarını amaçlanan şekilde kullanmalıdır⁷¹⁸. Asıl ortağın aksi yöndeki davranışları, yine tazminat sorumluluğu doğurabilir.

F. Alt Katılım Ortaklığına Yeni Ortak Alma

Asıl ortağın birden çok alt katılana ortağının olması, başlangıçla tek olan alt katılana yanına alt katılana rızası ile yeni alt katılanların katılması, bir alt katılana çıkıp yerine diğerinin gelmesi mümkündür⁷¹⁹. Alt katılım ortaklığı da bir adi ortaklık olduğundan, alt katılıma yeni ortak alınacağına diğer bir deyişle ikinci ve devamı alt katılım ilişkilerinde TBK m. 632/I gereği alt katılana veya alt katılanların rızası

⁷¹³ BARLAS, s. 151.

⁷¹⁴ KARAYALÇIN, s. 177.

⁷¹⁵ BLAUROCK, s. 886, 888; THOMA, s. 307; BARLAS, s. 189; WATERSCHEK, s. 4.

⁷¹⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 85, 89.

⁷¹⁷ THOMA, s. 307.

⁷¹⁸ THOMA, s. 307.

⁷¹⁹ THOMA, s. 296; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

gerekir⁷²⁰. Yeni alınacak ortak, ancak alt katılan sıfatı ile ortaklığa girebilir. Asıl ortak olarak ortaklığa katılımı mümkün gibi görünse de alt katılım ortaklığında amacın asıl ortağın asıl ortaklıktaki payının işletilmesi olduğundan ve yeni bir asıl ortağın da bu sıfatı ile ortaklığa girebilmesi için asıl ortaklıktaki payının işletilmesini katılım payı olarak getirmesi gerektiğinden ve böyle bir durumda ortada asıl ortak sayısı kadar birbirinden bağımsız alt katılım ortaklığı bulunacağından⁷²¹ bu mümkün değildir. Ancak pratikte pek bir faydası olmasa da asıl ortak ortaklarından birinin üçüncü bir kişi gibi alt katılan olarak alt katılım ortaklığına katılmasının önünde de hukuki olarak bir engel yoktur.

TBK m. 632/II gereği asıl ortak, alt katılanın onayına gerek olmadan üçüncü bir kişi ile alt katılım ortaklığı içerisinde yeni bir alt katılım ortaklığı kurabilir⁷²². Bu halde alt katılım ortaklığının bir ortağının payında yeni bir alt katılım ortaklığı ortaya çıkar. Bunun için asıl ortaklıktaki payının tümü üzerinde değil de alt katılana ayrılan kazanç payı dışında kalan ve kendisine ait olan kısım sınırlı olmak üzere yeni bir alt katılım ilişkisi kurulmalıdır⁷²³. Aksi durumda ilk alt katılım ortaklığının tümüne katılım söz konusu olacağından ve durum ortaklığa yeni ortak alma olarak yorumlanacağından TBK m. 632/I gereği mutlaka ilk alt katılan veya alt katılanların onayı gerekmektedir.

II. ALT KATILIM ORTAKLIĞINDA DIŞ İLİŞKİ

A. Alt Katılım Ortaklığında Temsil

Alt katılımda iç ortaklığın genel özelliği olarak temsil söz konusu olmaz ve bir ortaklık malvarlığı oluşmaz⁷²⁴. Asıl ortak, alt katılım ortaklığının temsilcisi değildir⁷²⁵. Yine alt katılana karşı, asıl ortaklıktaki diğer ortakların da temsilcisi olarak hareket etmez⁷²⁶. Dış ilişkide tüm işlemleri asıl ortak kendi adına, iç ilişkide ise hem kendi

⁷²⁰ BARLAS, s. 184, dn. 495; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 178; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁷²¹ BARLAS, s. 184, dn. 496.

⁷²² KARAYALÇIN, s. 178.

⁷²³ BARLAS, s. 184, dn. 495.

⁷²⁴ BARLAS, s. 142, 185, 186; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 385; THOMA, s. 300; FELLMANN/ MÜLLER, s. 964; GROF, s. 24; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 35, 37; BLAUROCK, s. 873, 886.

⁷²⁵ THOMA, s. 300; GROF, s. 24; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁷²⁶ BARLAS, s. 143.

hem de alt katılan hesabına gerçekleştirir⁷²⁷. Diğer bir deyişle, asıl ortak dışarıya karşı sanki alt katılım ilişkisi yokmuş gibi davranır ve dolayısıyla alt katılım ortaklığı dış ilişkide bir ortaklık olarak görünmez⁷²⁸. Alt katılanın katılım payı olarak getirdiği tüm edimler, asıl ortağın malvarlığına geçer veya asıl ortağın kullanımına sunulur. Yine alt katılım ortaklığının faaliyeti sonucu bir değer elde edilmişse bu değer de asıl ortağın malvarlığına geçer. Ortak malvarlığı bulunmamasına rağmen taraflar, alt katılım sözleşmesinde sanki ortak malvarlığı varmış gibi alt katılanın da hak sahipliğinin bulunduğu yönünde düzenleme yapabilir⁷²⁹. Hakim görüş bu olmakla birlikte *Friehe*, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanınması ve alt katılım ortaklığı ile ilişkiye girmesi hallerinde, alt katılım ortaklığının ortakların müşterek mülkiyetinde olmak üzere malvarlığına sahip olabileceğini ve yine aynı sebeplerle temsilin mümkün olabileceğini belirtmektedir⁷³⁰. Alt katılım ortaklığının asıl ortaklık tarafından tanınması halinde, artık dışı karşı bilinen ve hukuki ilişkiye girebilen bir ortaklık mevcut olacağından bu görüşün yerinde olduğu söylenebilir.

Ortaklar arasındaki iç ilişkide ise asıl ortak –yalnızca iç ilişkide geçerli olmak üzere- alt katılanın temsilcisidir⁷³¹. Yapılan işlemin tüm sonuçları öncelikle işlemi yapan asıl ortak üzerinde doğar ve sonrasında iç ilişkide tüm ortaklara yansır; dolayısıyla alt katılımı işlemler dolaylı temsil ile gerçekleşir⁷³². Fakat dolaylı temsilde temsilcinin başkası adına hareket etmesi gerekir⁷³³. Asıl ortak, dolaylı temsilciden farklı olarak hem alt katılan hem de kendi hesabına işlem yapar⁷³⁴. Bu

⁷²⁷ ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; BARLAS, s. 186; BLAUROCK, s. 886; THOMA, s. 300; GROF, s. 24; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 47; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. GİRGİN, Ömer Ali, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, İstanbul, 2019, s. 65; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 38.

⁷²⁸ FRIEHE, s. 54- 55; THOMA, s. 300; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 47; YAVUZ, s. 1516; GİRGİN, s. 67.

⁷²⁹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 36.

⁷³⁰ FRIEHE, s. 55- 56.

⁷³¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 48.

⁷³² BARLAS, s. 143; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 48; İç ortaklıkta dolaylı temsilin adi ortaklığa nazaran daha yoğun bir şekilde gerçekleştiğine ilişkin görüş için bkz. GİRGİN, s. 65- 67; Gizli ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 147; Gizli ortağın yönetici ortak sıfatı ile hareket etmesi halinde iyiniyetli üçüncü kişiler açısından bu ortağın temsil yetkisine de sahip olduğu yönünde görüş için bkz. KARAYALÇIN, s. 177; Gizli ortaklıkta dolaylı temsilin de mümkün olmadığına ilişkin açıklamalar için bkz. BİLGİLİ, *Gizli Ortaklık*, s. 88- 89, 94.

⁷³³ GİRGİN, s. 64.

⁷³⁴ Aynı yönde gizli ortaklığa ilişkin açıklamalar için bkz. ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 147.

temsil ilişkisi dış alemde üçüncü kişiler tarafından bilinmez⁷³⁵. Yalnızca ortaklar arasındaki iç ilişki bakımından geçerlidir; dış ilişkide asıl ortak, sadece kendi adına işlem yapan, -ortaklık işlerini değil- kendi işini yapan bir kişi durumundadır, ortaklığı ve diğer ortakları temsil etmemektedir⁷³⁶.

Alt katılım ortaklığında asıl ortağın yanında alt katılan da dolaylı temsilci olarak hareket edebilir. Dolaylı temsilde asıl ortak için geçerli olan fark, alt katılan için de geçerlidir. Alt katılan, kendi adına işlem yapıyor olarak gözüktüğü de iç ilişkide asıl ortağın yanında kendi hesabına da işlem yapmaktadır. Zira yukarıda beyan edildiği üzere ortaklığın “*ortaklık*” olarak temsili söz konusu değildir. Alt katılan dışarıdan kendi işini gören kişi olarak görülür ve hiç kimseyi temsil etmez. Fakat alt katılım ilişkisinde öncelikli amaç asıl ortağın “*ortak*” sıfatından yararlanmak olduğundan ve dolaylı temsilcinin bu sıfatı taşıyarak alt katılım ortaklığının yararına işlem yapması önemli olduğundan alt katılanın dolaylı temsilci olarak yetkisi asıl ortağın yetkisi kadar önemi değildir.

İç ilişkide geçerli olan dolaylı temsilde ortaklardan yalnızca birisinin temsil yetkisinin bulunması zorunlu değildir, asıl ortak veya alt katılan olduğu fark etmeksizin birden fazla ortağın kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yapmak üzere yetkilendirilmesi mümkündür⁷³⁷. Alt katılan ve asıl ortak, durumlarını açıklamaksızın dış ilişkide ticari bir ilişki nedeniyle birlikte borç altına girerse TTK m. 7 gereğince müteselsil borçluluk ortaya çıkabilir⁷³⁸. Dışa karşı işlem yapan ortak, temsil konusunda bir üçüncü kişiye veya alt katılana da yetki verebilir, zira burada yetkilendirilen konu ortaklığın temsili değil, doğrudan doğruya dışa karşı işlem yapan ortağın kendisidir⁷³⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, asıl ortaklığa karşı yapılan işlemler de alt katılım ortaklığı bakımından dış ilişki kapsamındadır. Asıl ortak, -yine alt katılım ortaklığındaki iç ilişki bakımından geçerli olmak üzere- zorunlu olarak alt katılanın

⁷³⁵ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁷³⁶ BARLAS, s. 144; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁷³⁷ BARLAS, s. 145-146.

⁷³⁸ KARAYALÇIN, s. 177.

⁷³⁹ BARLAS, s. 146.

dolaylı temsilcisidir. Alt katılanın asıl ortaklık ile ilişkisi bulunmaması nedeniyle asıl ortaklık ile ne kendi adına ne de alt katılım ortaklığı adına işlem yapması mümkün değildir. Asıl ortaklıkla iş ve işlem yapan yalnızca asıl ortaktır. Alt katılım ortaklığından amaç, asıl ortağın asıl ortaklıktaki payının işletilmesi olduğundan bu pay işletilirken –alt katılım ortaklığındaki iç ilişkide geçerli olmak üzere- asıl ortak, alt katılanın dolaylı temsilcisi durumundadır. Dolaylı temsilci ile arasındaki tek fark asıl ortaklıktaki payını ilk planda kendi adına işletiyor görünse de arka planda bu payı hem kendisi hem de alt katılan adına işletmesidir.

B. Alt Katılım Ortaklığında Sorumluluk

Alt katılım ortaklığının dış ilişkide “*ortaklık*” olarak bir işlemi yoktur⁷⁴⁰. Ortaklık adına bir işlemi olmadığından alt katılım ortaklığının “*ortaklık*” olarak bir malvarlığı ve borcu da bulunmaz⁷⁴¹. Ortaklık, dışarıya karşı görünmez ve kural olarak üçüncü kişilerce bilinmez⁷⁴². Asıl ortak, ortaklık adına değil kendi adına işlem yapar, faaliyetler asıl ortak üzerinden yürür ve dış ilişkide asıl ortak sorumlu olur⁷⁴³. Sadece borçların değil kazanılan tüm hakların sahibi de dış ilişkide asıl ortaktır⁷⁴⁴. Alt katılanın bu borçlardan sorumluluğu yoktur⁷⁴⁵. Alacaklılar, yalnızca asıl ortağa başvurabilir. Alt katılım ilişkisinin varlığını ispat etseler bile alt katılına başvuramazlar⁷⁴⁶. Çünkü alacaklı üçüncü kişi, sözleşmeyi asıl ortakla yapmış ve alt katılanı hesaba katmadan sadece asıl ortağa ve onun malvarlığına güvenmiştir⁷⁴⁷.

⁷⁴⁰ THOMA, s. 300; KARAYALÇIN, s. 77.

⁷⁴¹ KARAYALÇIN, s. 171.

⁷⁴² THOMA, s. 300; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 27; Yazarlar, burada “*iç ilişkide var olan adi şirket*” ifadeleri ile iç ortaklıktan bahsetmişse de iç ortaklığı gizli adi ortaklık olarak nitelediğini açıkça beyan etmiştir. Oysaki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere gizli ortaklık ve alt katılım ortaklığı, iç ortaklığın birer türüdür. Bu sebeple yazarlarca iç ortaklığa ilişkin yapılan açıklamalara, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bir iç ortaklık türü olan alt katılım konusunda atıf yapılmaktadır.

⁷⁴³ THOMA, s. 300; ARSLANLI, s. 407; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 175; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 27.

⁷⁴⁴ GROF, s. 24; BARLAS, s. 144; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48.

⁷⁴⁵ HERZFELD, s. 304, 325; ARSLANLI, s. 407; BARLAS, s. 187- 188; GROF, s. 24; SIEGWART, s. 162.

⁷⁴⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 48; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 27.

⁷⁴⁷ HERZFELD, s. 326; GROF, s. 24; Aynı yönde iç ortaklığa ilişkin açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

Kaldı ki iç ortaklık olmasının bir özelliği olarak⁷⁴⁸ zaten alt katılan katılım payını asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde sunmuştur ve asıl ortağa ait malvarlığının içinde alt katılanın da katılım payı bulunmaktadır. Ancak alacaklılar, ortakların şahsi sorumluluğu kapsamında en fazla asıl ortağın, alt katılıandan olan alacaklarına el atarak dolaylı olarak alt katılıandan talepte bulunabilirler⁷⁴⁹.

Friehe, çoğunlukla alacaklı üçüncü kişinin alt katılım ortaklığı ve dolayısıyla alt katılanın ortaklığından haberdar olmadığını ve bu sebeple yalnızca asıl ortağın malvarlığına el uzatabileceğini, asıl ortağın üçüncü kişiler ile yaptığı sözleşmelerinin nedeninin genellikle salt olarak alt katılım ortaklığının varlığı olmadığını bu nedenle alacaklıların hak kaybına uğramayacağını belirtmekteyse de alacaklıların daha sonra alt katılım ortaklığını öğrenmeleri halinde alt katılanın da bu borçlardan sorumluluğu olacağı görüşündedir⁷⁵⁰. Fakat yazar, haklı olarak bu yolun alacaklılar için oldukça zahmetli olduğunu belirtmektedir⁷⁵¹.

Alt katılım ortaklığının borçlarından sorumlu olan asıl ortak, aradaki anlaşmaya göre iç ilişkide alt katılıana rücu edebilir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma veya alt katılım sözleşmesinde hüküm yoksa bu durumda somut olayın özelliklerine göre adi ortaklık ve genel borçlar hukuku hükümleri uygulanır⁷⁵². Aynı durum asıl ortağın alt katılıana borçlandığı hallerde de geçerlidir⁷⁵³. Alacaklı alt katılan ile asıl ortağın alacaklısı arasında hiçbir fark yoktur⁷⁵⁴.

Üçüncü kişilerin alt katılanın asıl ortağa sunmuş olduğu katılım payı üzerinden alacaklarını tahsil etmeleri durumunda olayın özelliklerine göre alt katılanın istihkak iddiasında bulması gündeme gelebilir⁷⁵⁵. Ancak istihkak iddiasında bulunurken alt katılanın, ilgili malvarlığının kendi mülkiyetinde bulunduğunu ispat etmesi gerektiğinden ve alt katılım ortaklığında alt katılanın katılım payını asıl ortağın

⁷⁴⁸ İç ortaklık için aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁷⁴⁹ HERZFELD, s. 326.

⁷⁵⁰ FRIEHE, s. 21- 22.

⁷⁵¹ FRIEHE, s. 22.

⁷⁵² ARSLANLI, s. 407; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 175.

⁷⁵³ KARAYALÇIN, s. 175.

⁷⁵⁴ KARAYALÇIN, s. 175.

⁷⁵⁵ KARAYALÇIN, s. 175.

mülkiyetine geçecek şekilde ifa etmesi şart olduğundan istihkak iddiası kabul görmeyecektir. Ayrıca üçüncü kişilerin bu malların asıl ortağa ait olduğu yönündeki iyiniyeti de sorgulanmalıdır.

Kural alt katılım ortaklığına ilişkin dış ilişkideki işlerin asıl ortak tarafından görülmesi ise de alt katılana da üçüncü bir kişiye dolaylı temsil yetkisi verilmesinde olduğu gibi “*alt katılan*” sıfatından bağımsız olarak dolaylı temsil yetkisi verilebileceği açıklanmıştır⁷⁵⁶. Alt katılana da dolaylı temsil yetkisi verilmiş olması halinde sorumluluk açısından asıl ortağın temsil yetkisi ile benzer kurallar geçerli olur. Alt katılan, ortaklık adına değil kendi adına işlem yapar, faaliyetler alt katılan üzerinden yürür ve dış ilişkide alt katılan sorumlu olur. Alacaklılar, yalnızca alt katılana başvurabilir. Alt katılım ilişkisinin varlığını ispat etseler bile asıl ortağa başvuramazlar. Çünkü alacaklı üçüncü kişi, sözleşmeyi alt katılan ile yapmış ve asıl ortağı hesaba katmadan sadece alt katılana ve onun malvarlığına güvenmiştir. Alacaklıların alt katılanın asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa ettiği katılım payı üzerinde de hak talep etmeleri gündeme gelebilecekse de asıl ortağın malvarlığı içerisinde bulunan değer alt katılana ait olduğunun ispat edilmesi oldukça zor olduğundan alacaklıların bu yolu tercih etmesi zahmetlidir. Alt katılım ortaklığının borçlarından sorumlu tutulan alt katılan, aradaki anlaşmaya göre iç ilişkide alt katılana rücu edebilir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa somut olayın özelliklerine göre adi ortaklık ve genel borçlar hukuku hükümleri uygulanır.

III. ALT KATILIM ORTAKLIĞININ SONA ERMESİ

A. Alt Katılım Ortaklığının Sona Erme Sebepleri

1. Genel Olarak Sona Erme Halleri

Bir alt katılım sözleşmesi, alt katılım ilişkisinin süresi ve fesih sebepleri hakkında açık hükümler içermelidir⁷⁵⁷. Sözleşmede düzenleme bulunmayan hallerde

⁷⁵⁶ Alt katılanın dolaylı temsil yetkisi ve özellikle dolaylı temsilciden farklı olarak aynı zamanda kendi hesabına da hareket ediyor olmasına ilişkin açıklamalar Alt Katılım Ortaklığında Temsil başlığı altında yapılmıştır.

⁷⁵⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93.

bir iç ortaklık ve adi ortaklık olduğu için adi ortaklığın sona ermesine ilişkin TBK m. 639 hükmü, alt katılım ortaklığına da uygulanır⁷⁵⁸. Buna göre alt katılım ortaklığının amacının gerçekleşmesi ile alt katılım ortaklığı sona erer. Söz gelimi alt katılım ortaklığının tarafları, bir rakam belirlemiş ve payı işleterek bu rakam kadar kar elde etmeyi kararlaştırmışsa bu rakama ulaşıldığı an an amaç gerçekleşmiş olduğundan alt katılım ilişkisi sona erer. Alt katılım ortaklığının tarafları, kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak da alt katılım ortaklığını sona erdirebilir. Özellikle ortak sayısının ikiden fazla olduğu alt katılım ilişkisinde sona erdirme kararının oybirliği ile alınması gerekliliği önemlidir. Taraflar alt katılım ortaklığını belirli bir süre için kurmuşsa bu sürenin sona ermesi ile alt katılım ortaklığı kendiliğinden sona erer⁷⁵⁹.

Alt katılım ortaklığının sona erme nedenleri, çoğunlukla adi ortaklığın sona erme nedenleri ile paralel olduğundan adi ortaklığa ilişkin genel bilgiler burada da geçerlidir. Çalışmada sona erme halleri incelenirken amaçlanan, adi ortaklığa ilişkin genel sona erme durumlarından farklılaştığı ölçüde alt katılım ortaklığının sona ermesinin aydınlatılmasıdır. Aşağıda alt katılım ortaklığın adi ortaklığın atipik bir şekli olması ve iç ortaklık şeklinde yapılması nedeniyle alt katılım ortaklığı için özellik arz eden sona erme halleri incelenecektir. Diğer sona erme hallerinde ise beyan edildiği üzere adi ortaklığın sona ermesi ile aynı durum meydana gelmektedir. Ancak tereddüte yer vermemek için ve sona erme konusundaki sorunların doktrinde henüz net bir şekilde cevaplanamamış olması nedeniyle taraflar arasındaki sözleşmede hangi hallerin sona erme nedeni olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının belirlenmesi önemlidir. Özellikle ortaklık sona erdikten sonra yapılacak paylaşım için bu hallerin sözleşme ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinde fayda vardır⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Thoma da İsviçre hukukunda aynı yöndeki düzenlemenin uygulanacağını belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. THOMA, s. 310; İç ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 178; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49; Adi ortaklığın sona ermesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, Emine, “Adi Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiye”, THD, C. 14, S. 54, Haziran 2019, s. 1206 vd.; EROĞLU, İrem, “Adi Ortaklığın Sona Erme Sebepleri”, THD, C. 13, S. 137, Ocak 2018, s. 66 vd.

⁷⁵⁹ BLAUROCK, s. 892; Belirli bir süre için kurulan adi ortaklıkların, sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona ereceğine ilişkin açıklamalar için bkz. AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 101; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 46, ŞENER, Adi Ortaklık, s. 459 vd.; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 93; Adi ortaklıkla ilgili aynı yönde açıklamalar için bkz. ÖZDAMAR, s. 1212, EROĞLU, s. 69.

⁷⁶⁰ FRIEHE, s. 76.

2. Asıl Ortaklığın Sona Ermesi

Alt katılım ortaklığı ile öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız olması durumunda alt katılım ortaklığı sona erecektir. Bu sona erme halindeki en önemli durum, asıl ortaklık sözleşmesinin sona ermesidir. Alt katılım ortaklığının varlığı ve amacının gerçekleştirilmesi ihtimali, asıl ortaklığın varlığı ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır⁷⁶¹. Alt katılım ortaklığının amacı, asıl ortaklıktaki payın işletilmesi olduğundan, asıl ortaklığın sona ermesi halinde ortada işletilecek bir pay da kalmayacağından alt katılım ortaklığı da sona erer⁷⁶².

Alt katılım ortaklığının ortakları, aralarındaki ortaklık ilişkisinin asıl ortaklığın bitimi ile bitmesini istemezse, ellerinde bulundurdukları sermayeyi başka bir ortaklık payında alt katılım ilişkisi kurmak için kullanabilir⁷⁶³. Söz gelimi alt katılım ortaklığı konusu inşaat işlerinin gerçekleştirilmesi olan bir limited şirkete ait payda kurulmuş ve bu limited şirket sona ermişse, asıl ortağa düşen tasfiye payı üzerinde de ortak hak sahibi olan alt katılan ve asıl ortak, bu tasfiye payını konusu lojistik olan bir başka anonim şirkete ait payda alt katılım ilişkisi kurmak için kullanabilir. Asıl ortak ve alt katılan, lojistik şirketinde üçüncü bir kişiye ait paya -artık her ikisinin sıfatı da “*alt katılan*” olarak- katılabileceği gibi tasfiye payını kullanarak taraflardan biri bu şirkete ortak olarak girip diğer kişiyi de paya ortak olarak getirerek yine alt katılım ilişkisini devam ettirebilir. Tabii olarak alt katılım ilişkisi devam etse de pay değiştiğinden bu halde ortaya yeni bir alt katılım ilişkisi çıkar.

Asıl ortaklığın sona ermesi ile alt katılım ortaklığı da sona ererken alt katılım ortaklığının sona ermesi, asıl ortağın işletmesinin veya ortaklığının sona ermesini ve tasfiye edilmesini gerektirmez⁷⁶⁴. Bunun nedeni alt katılım ortaklığının varlığı asıl

⁷⁶¹ FRIEHE, s. 68.

⁷⁶² ARSLANLI, s. 407; ŞENER, *Adi Ortaklık*, s. 385; FRIEHE, s. 68; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93; Karşıt görüş için bkz. BLAUROCK, s. 893- 894, Yazara göre asıl ortaklığın sona ermesi ile alt katılım ortaklığının sona ermez. Tasfiye aşamasında da bir ortaklık payı vardır ve bu pay üzerinde alt katılımın kar elde etme amacı gerçekleştirilebilir. Yazar ancak asıl ortaklıktaki tasfiyenin sona ermesi ile alt katılım ortaklığının da sona ereceğini belirtmektedir.

⁷⁶³ FRIEHE, s. 69.

⁷⁶⁴ İç ortaklık ile ilgili aynı yöndeki görüşler için bkz. KARAYALÇIN, s. 178; POROY/ TEKİNALP/ CAMOĞLU, *Ortaklıklar I*, s. 50.

ortaklığın varlığına bağlı iken asıl ortaklığın alt katılım ortaklığından bağımsız olarak varlığını sürdürebilmesidir.

3. Alt Katılım Ortaklığının Feshi

a. Ortakların Alacağı Kararla Fesih

Ortaklık sözleşmesi, diğer tüm borç sözleşmelerinde olduğu gibi ortakların alacağı bir kararla ortadan kaldırılabilir⁷⁶⁵. Sona erme kararı kural olarak oybirliğiyle alınır, ancak ortaklık sözleşmesi ile oyçokluğu gibi farklı bir yeter sayı kararlaştırılabilir⁷⁶⁶. Buna göre alt katılım ortaklığının tarafları olan asıl ortak ve alt katılan, alacakları bir kararla alt katılım ortaklığını sona erdirebilir⁷⁶⁷. Asıl ortaklığın alt katılım ortaklığının kurulmasında hiçbir söz hakkı olmadığı gibi sona ermesinde de söz hakkı yoktur. Asıl ortaklığın alt katılım ortaklığının sona ermesine etkisi, en fazla asıl ortağı ortaklıktan çıkartması veya asıl ortaklığın sona erdirilmesi ile dolaylı olarak alt katılım ortaklığının da sona ermesi şeklinde görülebilir. Adi ortaklığın sona ermesinin şekle tabi olmaması⁷⁶⁸ kuralı gereği, alt katılım ortaklığının sona ermesi de herhangi bir şekle tabi değildir. Ortaklık sözleşmesi yazılı şekilde yapılmış olsa dahi sona erme kararı, herhangi bir şekil kuralına tabi olmadan alınabilir⁷⁶⁹.

b. Feshi İhbar Hakkının Kullanılmasıyla Fesih

Feshi ihbar hakkının kullanılmasıyla alt katılım ortaklığın sona erdirilmesi üç durumda gerçekleşebilir. Bunlar; alt katılım ortaklığı sözleşmesi ile asıl ortak ya da alt katılana veya tüm ortaklara tek taraflı olarak feshi ihbar hakkı tanınması, ortaklığın belirsiz süreli olması ve alt katılım ortaklığının asıl ortağın veya asıl ortakla birlikte alt katılanın ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuş olmasıdır.

⁷⁶⁵ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 46; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 102; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 465; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 93; YASAN, s. 51.

⁷⁶⁶ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 46; AYHAN/ ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 102; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 466- 467; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 93.

⁷⁶⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 94.

⁷⁶⁸ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 46; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 467; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 93.

⁷⁶⁹ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 46; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 467.

Ortaklara sözleşme ile feshi ihbar hakkı tanınmasında alt katılım ortaklığına özgü bir durum yoktur. Adi ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle bir veya birkaç ortağa ortaklığın feshini ihbar hakkı verilebileceği gibi⁷⁷⁰ alt katılım ortaklığında da alt katılana ya da asıl ortağa veya tüm alt katılım ortaklarına feshi ihbar hakkı verilebilir. Feshi ihbar hakkı özellikle belirli süreli ortaklık sözleşmeleri bakımından anlamlıdır ve çoğunlukla belirli süreli ortaklıklarda ortaklara bu hak tanınır⁷⁷¹. Çünkü belirsiz süreli sözleşmelerin feshi ihbarı zaten TBK m. 640'ta açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hakkın kullanılması yine sözleşme ile sınırlandırılabilir, belirli şartlara tabi tutulabilir⁷⁷².

Alt katılım ortaklığı sözleşmesinin belirli bir süre belirtmeksizin kurulması halinde sözleşmenin belirsiz süreli kurulup kurulmadığının tespiti önemlidir. Süresi belirlenmemiş bir alt katılım ortaklığının süresiz olduğunun söylenemeyeceğini ve bu durumda alt katılım ortaklığının ortaklardan birinin ölümü ile sona erme durumunda olduğu gibi değerlendirme yapılması gerektiğini belirten görüş⁷⁷³ olduğu gibi süresi belirtilmeyen veya asıl ortaklık süresi boyunca devam edeceği kararlaştırılan alt katılım sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu yönünde görüş⁷⁷⁴ de mevcuttur. Alt katılım ortaklığı ile ilgili her konuda olduğu gibi burada da taraflar arasında sözleşmenin sona ereceği hallerin düzenlenmiş olması önemlidir.

Taraflar alt katılım ortaklığının süresiz olacağını kararlaştırmışsa veya herhangi bir süre belirlememişse dahi alt katılım ortaklığının nihayetinde asıl ortaklığın sona ermesi ile sona ereceği gerçeği, sözleşmenin gerçek anlamda belirsiz süreli olmasını engellemektedir. Hatta taraflar, ölüm halinde dahi sözleşmenin mirasçılarla devam edeceğini kararlaştırmış olsa bile asıl ortaklığın sona ermesi karşısında bu düzenlemenin uygulanabilirliği kalmaz ve mirasçıların ortaklığa devam

⁷⁷⁰ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 94; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 470; BİLGİL/ DEMİRKAPI, s. 46.

⁷⁷¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 94; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 470.

⁷⁷² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 470.

⁷⁷³ FRIEHE, s. 69- 71, Ancak ortakların sözleşmenin mirasçılarla devam edeceğini kararlaştırdığı hallerde bu çözüm yolu uygulanamaz. Bu halde artık, sözleşmede süresi belirlenmeyen alt katılım ortaklığının asıl ortaklığın devamı süresince devam edeceğinin kabulü gerekir.

⁷⁷⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93.

etmesine rağmen asıl ortaklığın sona ermesiyle birlikte alt katılım ortaklığı da sona erer.

Taraflarca belirli bir süre öngörülmüş olsa da sürenin bitiminden sonra da alt katılım ortaklığı tarafların örtülü iradesi ile sürdürülürse alt katılım ortaklığı TBK m. 640/III gereğince belirsiz süreli alt katılım ortaklığına dönüşür⁷⁷⁵.

Alt katılım sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kurulduğunun kabulü halinde TBK m. 640 gereğince her ortağın feshi ihbar hakkı bulunmaktadır. Ortaklığı feshetmek isteyen asıl ortak ya da alt katılan altı ay önceden fesih bildiriminde bulunmalıdır. Ortaklık hesapları yılsonu yapılıyorsa fesih, yılsonunda ifade etmek üzere en geç haziran ayında yapılmalıdır^{776,777} Alt katılan veya asıl ortak, bu sürelere uymaksızın vaktinden önce alt katılım ortaklığını feshedemez⁷⁷⁸.

c. Mahkeme Kararıyla Fesih

Haklı sebebin bulunması halinde gerek asıl ortak gerekse alt katılan TBK m. 639/I-7 gereğince fesih istemi ile mahkemeye başvurabilir. Bu hakkın dava açılarak kullanılması zorunludur⁷⁷⁹. Bunun için sözleşmenin süreli veya süresiz olmasının bir önemi yoktur⁷⁸⁰. Ancak belirli süreli ortaklıklarda bu davanın açılabilmesi için dava açacak ortak tarafından diğer ortaklara haklı sebep oluşturan durumdan kaçınılmasına yönelik bir ihtar çekilmelidir ve uygun süre verilmelidir⁷⁸¹. Bu süre içerisinde diğer ortaklar tarafından durum düzeltilirse haklı fesih davası açılamaz⁷⁸². Dolayısıyla belirli süreli alt katılım ortaklığının mahkeme kararı ile feshedilebilmesi için öncelikle feshi

⁷⁷⁵ Alman hukukunda aynı yönde açıklamalar için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93.

⁷⁷⁶ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 47.

⁷⁷⁷ Alman hukukunda da feshi ihbar süresi altı aydır. Alt katılım ortaklığının olağan feshi, daha çok HGB § 230- 236 arasında düzenlenen gizli ortaklık hükümlerine ve bunlardaki BGB hükümlerine yapılan göndermelerle açıklanmış ve mali yılın sonunda altı ay önceden haber verilerek feshin gerçekleştirilme imkanı bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıntı için bkz. FRIEHE, s. 69.

⁷⁷⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93.

⁷⁷⁹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 485; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 47; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 106.

⁷⁸⁰ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 47; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 482- 483.

⁷⁸¹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 96; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 483;

⁷⁸² ŞENER, Adi Ortaklık, s. 484.

talep eden tarafından diğerk ortağa haklı sebep oluşturan durumdan kaçınilmasına yönelik bir ihtar çekilmeli ve uygun süre verilmelidir.

Kanunda haklı sebebin neler olduğu belirtilmemiştir. Doktrinde bu konuda kollektif şirketler aasıından öngörölen TTK m. 245 hükmünün adi ortaklıklar bakımından da uygun düştüğu ölçüde uygulanabileceği belirtilmektedir⁷⁸³. Bu hükümde ortaklığın kuruluşuna yol ačan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olması haklı sebep olarak tanımlanmıştır. Buna göre ortakların birbirine duyduğu güvenin sarsılmasına neden olan durumların varlığı, devamlı zarar edilmesi, ortakların yükümlölüklerini yerine getirmemesi, ortak amacın gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması ya da gerçekleşme ihtimali bulunmakla birlikte durumun değişmesi nedeniyle çok zor hale gelmesi, ortaklar arasında geçimsizlik bulunması, ortakların yaşlılığı gibi haller haklı sebebe örneğ olarak verilebilir⁷⁸⁴.

Bizzat alt katılım ortaklığının bünyesinden kaynaklı olarak asıl ortağın davranışları yönünden; yönetim yetkisi zorunlu olarak kendisinde bulunan asıl ortağın alt katılanın çıkarlarını gözetmemesi ve özellikle alt katılanın aleyhine davranması, asıl ortaklıktan elde ettiği kazancı alt katılım ortaklığına gerçeğe aykırı olarak az veya süresinden sonra aktarması ya da hiç aktarmaması, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını etkileyen kararlarını alt katılanı zarara uğratmak veya kendisine haksız kazanç sağlamak amacıyla alt katılana gerçeğe aykırı olarak beyan etmesi, alt katılanın alt katılım ortaklığı ile ilgili bilgi alma ve belge inceleme hakkına riayet etmemesi, alt katılım ortaklığının karakteri gereğince alt katılanın asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde sunduğu katılım payını ortaklık dışında kullanarak alt katılım ortaklığından beklenen kazanç elde etme amacını imkansızlaştırması veya zorlaştırması halleri haklı sebebe örneğ teşkil eder.

Alt katılan aasıından ise alt katılım ortaklığının kar elde etme amacını tehlikeye atacak veya imkansızlaştıracak şekilde davranması, sır saklama yükümlölüğüne riayet

⁷⁸³ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 48; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 106.

⁷⁸⁴ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 48; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 96; şENER, Adi Ortaklık, s. 488- 494.

etmemesi, oylama sözleşmeleri ile asıl ortağın yanında kendisine de tanınan yönetim yetkisini kötüye kullanması halleri haklı sebep olabilir.

Tarafların bu hallerde fesih davasının yanında ilgili ortağın sorumlu tutulabildiği ölçüde tazminat davası açma hakkı da vardır.

Çalışmada bu haller örnekseme yolu ile sayılmışsa da asıl olarak haklı sebeplerin neler olduğuna durum ve koşulları değerlendirerek mahkeme karar verecektir⁷⁸⁵. Mahkemenin fesih kararı, bozucu yenilik doğurucudur ve ileriye yöneliktir⁷⁸⁶.

4. Ortakların Ölümü

a. Asıl Ortağın Ölümü

Alt katılım sözleşmesinde aksi belirtilmediyse asıl ortağın ölümü, alt katılım ortaklığını sona erdirir⁷⁸⁷. Bu durum, hem TBK m. 639/I-1 hem de TBK m. 639/I-2 ile açıklanabilir. TBK m. 639/I-1’de düzenlenen ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesinin imkansız olması durumu, alt katılım ortaklığında asıl ortağın ölümü ile de gündeme gelebilir. Çünkü asıl ortağın ölümü, sözleşmede aksi belirtilmediyse asıl ortaklığı sona erdirecek ve dolayısıyla alt katılım ortaklığı ile öngörülen asıl ortaklık payının işletilmesi amacı imkansız hale gelecektir. Bunun sonucunda da alt katılım ortaklığı sona erecektir. TBK m. 639/I-2’de ise direkt olarak ortaklardan birinin ölümü ortaklığı sona erdiren sebep olarak sayıldığından bu fıkra gereğince de asıl ortaklığın ölümü, TBK m. 639/I-1’de yapılan yoruma ihtiyaç kalmaksızın ortaklığı sona erdirecektir. Ancak hem asıl ortaklık hem alt katılım sözleşmesinde asıl ortağın ölümü halinde dahi alt katılım ortaklığının devam edeceği yönünde bir düzenleme yapıldıysa mirasçıların da kabul etmesi ile birlikte alt katılım ortaklığı devam edecektir⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 48; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 96; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 488- 494; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 106.

⁷⁸⁶ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 48; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 96; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 488- 494; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 106.

⁷⁸⁷ FRIEHE, s. 73; BLAUROCK, s. 893; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 93.

⁷⁸⁸ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 94.

Asıl ortağın çift yönlü ortaklığı bulunması nedeniyle alt katılım ortaklığı açısından ortaklığın mirasçılarla devam edip etmeyeceği sorunu, her iki ortaklık bağlamında ortaya çıkabilecek ihtimallere göre açıklanacaktır.

İlk ihtimal hem asıl ortaklık hem de alt katılım ortaklığında sözleşmelerde ortaklığın mirasçılarla devam edeceğine ilişkin hüküm olmasıdır. Böyle bir durumda öncelikle mirasçılar, her iki ortaklığa da devam etmek isteyebileceği gibi ortaklıklardan sadece birine devam etmek isteyebilir veya her iki ortaklığa da devam etmek istemeyebilir.

Asıl ortaklık mirasçıları, hem asıl ortaklığa hem de alt katılım ortaklığına devam etmek istiyorsa bu durumda iki ortaklık da sona ermez ve varlığını sürdürür. Alt katılım ortaklığı, alt katılan ve asıl ortağın mirasçıları arasında devam eder. Alt katılanın da bu durumda alt katılım ortaklığını sona erdirmemesi, asıl ortağın mirasçıları ile alt katılım ortaklığını devam ettirmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸⁹.

Ortaklık sözleşmelerindeki hükme rağmen asıl ortağın mirasçıları, hem asıl ortaklığa hem de alt katılım ortaklığına ya da sadece asıl ortaklığa devam etmeme iradesinde olabilir. Bu hallerin yorumlanabilmesi için ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılarla devam etmesine ilişkin yapılan düzenlemelerin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Mirasçılar, mirasçıların bir kısmı ya da üçüncü kişiler ile ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılması, üçüncü şahıs lehine tam sözleşmedir⁷⁹⁰. Hatta Şener, biraz daha ileri giderek sözleşmedeki bu hükmün ölüme bağlı üçüncü şahıs lehine şart olduğunu belirtmiştir⁷⁹¹. Kimseye isteği dışında kazandırma yapılamayacağı kuralı gereği mirasçılara bu ortaklıklara devam etmeleri yönünde kalma borcu (zorunluluğu) yüklenemeyeceğinden mirasçıların burada bir ret hakkı bulunmaktadır⁷⁹². Mirasçıların her iki ortaklığa da devam etmek istememesi veya yalnızca asıl ortaklığa devam etmeyecekleri yönünde iradelerini açıklamaları, alt katılım ortaklığı yönünden aynı sonucu doğurur. Çünkü asıl ortaklığa devam

⁷⁸⁹ BLAUROCK, s. 893.

⁷⁹⁰ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 446.

⁷⁹¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 446.

⁷⁹² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 91; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 447; AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008, s. 192- 193, Yazar, üçüncü şahıs lehine sözleşmelerde ret hakkının bulunması ile ilgili genel bir açıklamada bulunmuştur.

etmemenin kararlaştırılmış olması halinde alt katılım ile işletilerek kazanç elde edilmesi amaçlanan payın varlığı sona erer. Dolayısıyla bu durumda da tıpkı her iki ortaklığa da devam etmeme isteğinde olduğu gibi alt katılım ortaklığı sona erer. Ortaklığa devam etmek istemeyen mirasçılar, ayrılma payını alarak ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilir⁷⁹³. Alınan ayrılma payında alt katılanın da alacak hakkı olduğundan mirasçılar, bu payın tek sahibi değildir⁷⁹⁴. Hem mirasçılar hem de alt katılanın hak sahibi olduğu bu ayrılma payı, alt katılım ortaklığına getirildiğinde artık alt katılım ortaklığı açısından tasfiye payı benzeri bir hesaplaşma payına dönüşür⁷⁹⁵.

Asıl ortağın mirasçıları, asıl ortaklığa devam etmek istemekle birlikte alt katılım ortaklığına devam etmek istemeyebilir. Mirasçıların alt katılım ortaklığına devam etmek istememesi halinde TBK m. 639/I- 3 gereğince alt katılım ortaklığı sona erer⁷⁹⁶. Sona erme sonucunda gerçekleştirilecek tasfiye benzeri hesaplaşma işlemi⁷⁹⁷ ile mirasçılar, alt katılana ait hesaplaşma payını ödemekle yükümlü olur.

İkinci ihtimal asıl ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğine ilişkin hüküm varken alt katılım ortaklığında ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğine ilişkin hükmün bulunmaması veya ortaklığın mirasçılar ile devam etmeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunmasıdır. Bu ihtimalde asıl ortağın ölümü ile asıl ortaklık devam etse de alt katılım ortaklığı sona erer. Yalnızca sona erme sebebi olarak yukarıda belirtilen ortakların ölümü halinde ortaklığın sona ereceğini düzenleyen TBK m. 639/I-2 uygulanır. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesinin imkansız olmasını düzenleyen TBK m. 639/I-1 hükmü ise uygulanmaz. Çünkü amacın gerçekleşmesi imkansız hale gelmemiştir. Alt katılım ortaklığına konu pay hala

⁷⁹³ AYAN, Özge, “Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri”, DEÜHFD, C. 21, S. 1, 2019, s. 6, Yazar, kolektif şirketle ilgili açıklamalarda bulunmuş, komandit şirketin sınırsız sorumluluğu olan komandite ortağının mirasçıları için de aynı kuralların geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu şirket türleri de adi ortaklık gibi şahıs şirketi olduğundan doktrinde adi ortaklık ile ilgili birçok konunun bünyesine uygun düştüğü ölçüde bu şirketlere yapılan yollama ile açıklandığı da göz önünde bulundurularak aynı kuralın adi ortaklık için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

⁷⁹⁴ FRIEHE, s. 76; İç ortaklıkların sona ermesi halinde borçlar hukukuna tabi talep haklarının doğduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50; Benzer yönde tasfiye payı üzerinde de alt katılanın hakkı olduğu görüşü için bkz. BLAUROCK, s. 893- 894.

⁷⁹⁵ Buradaki pay, tasfiye payı benzeri bir pay olsa da alt katılım ortaklığında gerçek bir tasfiyeden söz edilemeyeceğinden “tasfiye payı benzeri bir hesaplaşma payı” olarak nitelenmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm III.B Tasfiye Benzeri Hesaplaşma.

⁷⁹⁶ Aynı yönde İsviçre’deki görüş için bkz. FELLMANN/ MÜLLER, s. 958.

⁷⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm III.B Tasfiye Benzeri Hesaplaşma.

varlığını devam ettirmektedir ve şayet bu pay üzerinde alt katılım ilişkisine devam edilseydi payın işletilmesi suretiyle kar elde edilmesi amacı gerçekleşecekti. Sözleşmede böyle bir hüküm bulunmasa da mirasçılar ile alt katılan, alt katılım ortaklığına devam etmek isteyebilir. Doktrinde bu halde ölümün bir sona erme sebebi olmaktan çıktığı ve taraflar arasındaki ortaklığın devam edeceği görüşü⁷⁹⁸ mevcut olduğu gibi ortağın ölümü ile ortaklığın sona erdiği, bu nedenle ortaklığın devam etmeyip yeni bir ortaklık ilişkisi kurulduğu yönünde görüş⁷⁹⁹ de bulunmaktadır.

Üçüncü ihtimal ise alt katılım sözleşmesinde ortaklığın mirasçılar ile devam edeceği hükmü mevcutken asıl ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğine ilişkin hüküm bulunmaması veya ortaklığın mirasçılar ile devam etmeyeceğine ilişkin açık hükmün bulunmasıdır. Bu halde alt katılım ortaklığında her ne kadar ortaklığın mirasçılar ile devamı yönünde tarafların iradesi olsa da asıl ortaklıkta bu iradenin bulunmaması nedeniyle alt katılım ortaklığındaki hükmün pratikte karşılığı yoktur. Bu nedenle alt katılım ortaklığı sona erer. Sona erme sebebi TBK m. 639/I-1’de düzenlenen ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesinin imkansız olmasıdır. Çünkü alt katılım ortaklığının işleterek kar elde etmeyi bekleyebileceği pay ortadan kalkmıştır. Burada özellikle yukarıda⁸⁰⁰ ele alınan alt katılım ortaklığı sözleşmesi düzenlenirken asıl ortaklık sözleşmesinin göz önünde bulundurulması ve hatta alt katılım sözleşmesine kaynak alınmasının gerekliliği bir kez daha vurgulanmalıdır. Aksi durumda yani alt katılım sözleşmesinin asıl ortaklık sözleşmesi dikkate alınmadan düzenlendiğinde bu ihtimalde olduğu gibi alt katılım sözleşmesinde pratikte uygulanabilirliği olmayan birçok gereksiz hüküm bulunacaktır.

Son ihtimal ise hem asıl ortaklık hem de alt katılım ortaklığında ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğine ilişkin hüküm bulunmaması veya ortaklığın mirasçılar ile devam etmeyeceğine ilişkin açık hükmün bulunmasıdır. Bu halde taraflar, asıl

⁷⁹⁸ Mirasçılar ile kalan ortakların ortaklık ilişkisine örtülü de olsa devam etmek istemesi durumunda adi ortaklığın devam edeceği yönünde görüş için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 90; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 448, 450- 451

⁷⁹⁹ Mirasçılar ile kalan ortakların ortaklık ilişkisine devam etme kararı alınsa bile ortağın ölümü ile adi ortaklığın sona erdiği ve dolayısıyla bu karar ile yeni bir ortaklık kurulduğu görüşü için bkz. AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 98.

⁸⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm I. E. Alt Katılım Sözleşmesi.

ortağın ölümü ile alt katılım ortaklığının sona ermesi iradesinde olduğundan üzere alt katılım ortaklığı sona erecektir.

b. Alt Katılanın Ölümü

Alt katılanın ölümü durumunda, alt katılım sözleşmesinde ortaklığın akibetinin ne olacağı düzenlenmişse öncelikle o hükme uyulmalıdır⁸⁰¹. Şayet sözleşmede hüküm yoksa ulaşılabilecek sonuç Türk ve Alman hukuk doktrinleri bakımından farklıdır.

Poroy ve Tekinalp; iç ortağın ölümü halinde ortaklığın mirasçılar ile devam edeceği sonucuna ulaşmak için haklı bir gerekçe bulunmadığını, hatta iç ortaklığın ölenin kişiliğine bağlı bir ortaklık olması nedeniyle iç ortağın ölümü ile ortaklığın sona ereceğini, ancak tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırabileceğini belirtmektedir⁸⁰². *Karayalçın* da iç ortağın ölümü halinde ortaklığın sona ereceği görüşündedir⁸⁰³. Yazarların görüşü bir iç ortaklık çeşidi olan alt katılım ortaklığına uyarlandığında alt katılım ortaklığının alt katılanın ölümü ile sona ereceği sonucuna ulaşılır.

Alman hukukundaki hakim görüş ise alt katılanın ölümünün, alt katılım ortaklığını sona erdirmeyeceği yönündedir⁸⁰⁴. Buna göre alt katılım ilişkisi alt katılanın mirasçıları ile devam eder. Çoğunlukla ortada birden fazla mirasçı olacağı için asıl ortak, birçok kişi ile iletişim kurmak durumunda kalacak ve bu da ortaklığın hızlı karar almasını engelleyecektir. Asıl ortağın, alt katılanın her mirasçısı ile muhatap olmak zorunda kalmaması için alt katılım sözleşmesi ile asıl ortağın karşısında mirasçıların ortak bir temsilcisinin bulunacağı kararlaştırılabilir⁸⁰⁵.

Alman hukukunda bu sonuca ulaşılmasının nedeni; alt katılanın ölümü halinde şirketin sona erip ermeyeceği sorusunun, HGB § 230- 236 arasında düzenlenen gizli ortaklığa ilişkin hükümlerin alt katılım ortaklığına uyarlanması ile cevaplanmasıdır⁸⁰⁶. HGB'deki düzenlemeye göre gizli ortağın ölümü ortaklığı sona erdirmez. Ancak Türk

⁸⁰¹ FRIEHE, s. 74.

⁸⁰² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁸⁰³ KARAYALÇIN, s. 178.

⁸⁰⁴ FRIEHE, s. 74; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95; BLAUROCK, s. 893, Yazar açık bir şekilde Alman hukukunda bu görüşün hakim olduğunu belirtmiştir.

⁸⁰⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95; BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 141- 142; KARAYALÇIN, s. 178.

⁸⁰⁶ BLAUROCK, s. 893.

hukukunda böyle bir düzenleme bulunmadığı için bu görüşün Türk hukukunda savunulması güçtür. Adi ortaklığın kişisel özelliklerin ön planda olduğu bir ortaklık türü olması, alt katılım ortaklığının özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kişisel özelliklerin genel adi ortaklığa kıyasla daha fazla önemli olması ve TBK m. 639/I-2’de açıkça ortaklardan birinin ölümünün, ortaklığı sona erdiren sebep olarak sayılması nedenleriyle alt katılanın ölümü ile alt katılım ortaklığının sona ereceğinin kabulü gerekir⁸⁰⁷. Ancak yine aynı maddede ortaklık sözleşmesinde, ortaklığın mirasçılarla devam edeceği konusunda bir hüküm olması durumunda, ortaklığın sona ermeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla alt katılım ortaklığı sözleşmesinde, alt katılanın ölümü halinde ortaklığın mirasçıları ile devam edeceği kararlaştırılmışsa bu halde alt katılım ortaklığı sona ermez ve ortaklık, mirasçılar ile devam eder⁸⁰⁸.

5. Asıl Ortaklığın Yapısal Değişiklikleri

Asıl ortaklık yasal şeklini değiştirirse örneğin limited şirket olan ortaklık anonim şirkete dönüşürse veya yeni ortaklar alırsa, alt katılanın bunlara doğrudan bir etkisi olmasa da kendisi bu durumlardan etkilenebilir ve hatta zarar görebilir⁸⁰⁹. Asıl ortaklığın bu yapısal değişiklikleri, çoğunlukla alt katılım ilişkisini etkilese de alt katılım ortaklığının otomatik olarak sona ermesine neden olmaz⁸¹⁰. Bu değişikliklerin bulunması halinde önce alt katılım ortaklığının hala varlığını sürdürüp sürdürmediği kontrol edilmeli, şayet varlığını sürdürüyorsa feshin gündeme gelip gelmeyeceği sorgulanmalıdır.

Özellikle asıl ortağın ortaklıktan ayrılması, payını başka ortak ya da ortaklara devretmesi veya herhangi bir nedenle ortaklığının sona ermesi durumunda alt katılım ortaklığının amacını yerine getirmesi imkansız hale gelir⁸¹¹. Buna bağlı olarak da alt

⁸⁰⁷ İç ortaklık ve gizli ortaklıkta da iç ortağın ve gizli ortağın ölümü halinde ortaklığın sona ereceğine ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49; KARAYALÇIN, s. 178; BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 142.

⁸⁰⁸ İç ortaklıkta iç ortağın ölümü halinde ortaklığın mirasçılar ile devam edeceğinin sözleşme ile kararlaştırılabileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. KARAYALÇIN, s. 178; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 49.

⁸⁰⁹ FRIEHE, s. 74.

⁸¹⁰ BLAUROCK, s. 894; FRIEHE, s. 74.

⁸¹¹ THOMA, s. 310; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95- 96; FRIEHE, s. 74; BLAUROCK, s. 890.

katılım ortaklığı sona erer⁸¹². Alt katılım sözleşmesi ile asıl ortağın payını devretmesi ve ortaklıktan ayrılması, alt katılanın onayına tabi tutulabilse de uygulamada genellikle bu yola başvurulmaz⁸¹³. Zira bu düzenleme yalnızca alt katılım ortaklığındaki iç ilişkide geçerlidir. Asıl ortak, bu hükme rağmen asıl ortaklıktan serbestçe çıkabilir. Fakat alt katılım sözleşmesine aykırı davranışı nedeniyle tazminat sorumluluğu doğabilir. Bu nedenle genellikle sözleşmeye sona erme nedeniyle alt katılanı belirli bir seviyede tazmin etme amacı ile asıl ortağın payını elden çıkarttığında elde edeceği gelirin alt katılanın katılım payı oranına göre alt katılana ödemekle yükümlü olduğu yazılır⁸¹⁴.

Asıl ortağın tüm şirketi devralması veya diğer ortakların payını asıl ortağa devretmesi durumunda alt katılım ortaklığı artık gizli ortaklığa dönüşür, ancak bunun alt katılımın amacını etkileyeceği veya tehlikeye atacağı kesin suretle gerçekleşecek değildir⁸¹⁵. Bu nedenle alt katılım ortaklığının amacı aynı şekilde devam ettirilebiliyorsa yapısal değişikliklere rağmen alt katılım ortaklığı aynı şekilde devam eder.

Değişiklikler alt katılım ortaklığı kurulurken öngörülemeyen durumlara neden oluyorsa ve alt katılanın menfaatleri bu değişikliklerden olumsuz olarak etkileniyorsa alt katılan, haklı sebeple fesih talep etme hakkına sahiptir^{816,817}. Yukarıdaki örnekte gizli ortağa dönüşen alt katılan, daha yüksek bir sorumluluk riski üstlenmek durumunda kalırsa bu durumda haklı sebeple fesih talep etme hakkı bulunmalıdır⁸¹⁸. Özellikle şirket türünün değişmesi, ortaklığa yeni ortaklar alınması gibi durumlarda amaç tamamen ortadan kalkmayıp sadece amacın gerçekleşmesi bu durumlardan olumsuz olarak etkilenmişse alt katılanın haklı fesih talep etme hakkı olmalıdır⁸¹⁹. Ya da asıl ortaklığın yeni bir şirkete dönüşmesi veya kendisinin de yalnızca ortak olduğu

⁸¹² FRIEHE, s. 74; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95.

⁸¹³ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 96.

⁸¹⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 96.

⁸¹⁵ FRIEHE, s. 74.

⁸¹⁶ BLAUROCK, s. 894.

⁸¹⁷ Bu hakkın mahkemeye başvurularak kullanılabilmesine ilişkin bilgileri için bkz. Üçüncü Bölüm III.A.3.c. Mahkeme Kararıyla Fesih.

⁸¹⁸ FRIEHE, s. 74.

⁸¹⁹ FRIEHE, s. 74.

yeni bir üst şirketin kurulması hallerinde, ortada alt katılanın alt katılım ortaklığına girerken öngöremediği bir durum vardır ve bu değişiklikler alt katılanın zararına oluyorsa alt katılanın yine haklı nedenle fesih talep etme hakkı bulunmaktadır⁸²⁰.

Alt katılım ortaklığına konu payın sahibi asıl ortak, payını üçüncü bir kişiye devrederse alt katılım ortaklığı sona erer⁸²¹. Bunun nedeni devralan ile alt katılan arasında bir sözleşme bağı bulunmamasıdır. Alt katılan, alt katılım ortaklığını ileri sürerek payı devralan yeni asıl ortaktan hak talep edemez. Ancak devralan ile alt katılan arasında yeni bir alt katılım sözleşmesi kurulabilir⁸²². Devralan ile imzalanan sözleşme ile önceki alt katılım ortaklığına devam edilmez, ortaya öncekinden bağımsız yeni bir alt katılım ortaklığı çıkar⁸²³.

Devir halinde dahi alt katılım ortaklığının devam etmesi isteniyorsa asıl ortaklık sözleşmesine alt katılanın varlığının eklenerek alt katılana ortağa benzer bir konum verilebilir, asıl ortaklığın diğer ortakları tarafından alt katılanın katılımı tanınabilir veya taraflara arasında açık (nitelikli) alt katılım kurularak alt katılımın asıl ortaklık tarafından tanınmasının sağlanabilir⁸²⁴. Açık (nitelikli) alt katılım ortaklığında payı devralan pay üzerindeki alt katılım ilişkisini bilerek payı devralacağından bu durumda alt katılım ortaklığının devam edeceği düşünülebilir. Ayrıca alt katılım sözleşmesinde olası bir devir durumunda asıl ortağın payını alt katılana devredeceği kararlaştırılabilir⁸²⁵. Bu hükmün yasal olarak sonuç doğurabilmesi için doğal olarak asıl ortaklık ortaklarının duruma onay vermesi veya asıl ortaklık sözleşmesinde alt katılana payı devralma hakkı tanınmış olması gerekir⁸²⁶. Dolayısıyla pratikte bu

⁸²⁰ FRIEHE, s. 74.

⁸²¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95; BLAUROCK, s. 890.

⁸²² BLAUROCK, s. 890.

⁸²³ BLAUROCK, s. 890.

⁸²⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 95; BLAUROCK, s. 890.

⁸²⁵ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 100.

⁸²⁶ Bunun yerine alt katılım sözleşmesine, asıl ortağın payını mirasçılara devredeceği ve devralanların da alt katılım ilişkisine girmesini sağlamayı taahhüt ettiği yazılabilir. Yazarlar bu durumda asıl ortaklıktan onay alınmasına gerek kalmayacağını belirtmiştir. Onay gerekmede de şayet asıl ortaklık adi ortaklık niteliğinde ise bu hükmün geçerli olabilmesi için de asıl ortaklık sözleşmesinde sözleşmenin mirasçılar ile devam edeceği hükmü yazılı olmalı ya da ortaklar tarafından mirasçılar ile devam kararı alınmalıdır. Şayet asıl ortak, alt katılım ortaklığındaki bu hükme rağmen payını üçüncü bir kişiye devrederse bu durumda alt katılanın devralandan hak talep etme imkanı bulunmamaktadır. Bunun yerine payını devreden asıl ortaktan sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle tazminat talep edilebilir. Ancak yazarlar, bu tazminat talebinin de şüpheli olduğunu belirtmiştir. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 100.

düzenlemenin uygulanabilirliği zordur. Alt katılım sözleşmesindeki bu hükme rağmen asıl ortağın payını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde alt katılanın asıl ortaktan tazminat talep edebileceği düşünülebilir⁸²⁷.

Alt katılanın haklarını üçüncü kişiye devretmesi de gündeme gelebilir. Alt katılanın bunun için asıl ortağın rızasını alması veya alt katılım sözleşmesinde buna açıkça onay verilmiş olması gerekir⁸²⁸. Devre onay verildiğinde alt katılım ortaklığı devralan ile devam eder. Ancak tıpkı alt katılım ortaklığının kurulmasının asıl ortaklık ortaklarının onayına bağlı olmaması gibi alt katılanın da payını değil payı üzerindeki kar payı, ortaklığın sona ermesi halinde yapılacak hesaplaşma sonucu kendisine kalacak tasfiye benzeri hesaplaşma payı gibi salt olarak malvarlığı niteliğinde olan kendi ortaklık payına bağlı haklar üzerinde serbestçe tasarruf edebilir⁸²⁹. Bunların devri için asıl ortağın onayına ihtiyaç yoktur.

6. İflas

a. Asıl Ortaklığın/ Ortağın İflası

Asıl ortaklığın iflası halinde alt katılım ortaklığının amacına ulaşma ihtimali kalmadığından alt katılım ortaklığı sona erer⁸³⁰. Bu yalnızca iflasa tabi olan anonim şirket, limited şirket gibi asıl ortaklıklar için geçerlidir. Asıl ortaklığın adi ortaklık olduğu haller için geçerli değildir. Çünkü tüzel kişiliği ve tacir sıfatı bulunmayan adi ortaklık “ortaklık” olarak iflas edemez⁸³¹. Bu nedenle bu sona erme hali asıl ortağın adi ortaklık olduğu durumlar için “Asıl Ortağın İflası” olarak düşünülmelidir. Asıl ortağın iflası, asıl ortaklığı sona erdireceğinden dolaylı olarak amacının gerçekleşme imkanı kalmayan alt katılım ortaklığı da sona erecektir.

⁸²⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 100- 101.

⁸²⁸ Uygulamada genellikle alt katılım ortaklığı sözleşmesi ile önceden onay verildiği görülmektedir. Ayrıntı için bkz. BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 101.

⁸²⁹ Adi ortaklık hakkında bu yöndeki açıklamalar için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 584, 585; BARLAS, s. 105; Ayrıca bu konuya Alt Katılım Ortaklığı Bakımından Adi Ortaklık Payı başlığı altında değinilmiştir.

⁸³⁰ FRIEHE, s. 75; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 96; BLAUROCK, s. 895.

⁸³¹ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 455.

Asıl ortağın iflası, tacir sayılması veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunması ya da özel kanunlar gereğince tacir olmadığı halde iflasa tabi bulunan kişilerden biri olması halinde gündeme gelebilir⁸³². Asıl ortağın iflasının sona erme sebebi olması için ticari işletmeyi ortaklık içi ve ortaklık dışı faaliyetler nedeniyle işletmesi arasında fark bulunmamaktadır⁸³³.

TBK m. 639/ I- 3 gereğince asıl ortaklık ortakları, aralarındaki sözleşme ile ortakların iflası halinde dahi ortaklığın devam edeceğini kararlaştırabilirler. Ancak asıl ortaklıkta bu yönde hüküm bulunsa da asıl ortağın iflası her halde alt katılım ortaklığını sona erdirir. Çünkü asıl ortağın iflası ile kendisine ait pay ortadan kalkar ve alt katılım ortaklığının payı işleterek kar elde etme amacı imkansız hale gelir.

Yukarıdaki açıklamalar, asıl ortağın kısıtlanması veya asıl ortaklığa ilişkin tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halleri için de geçerlidir. Asıl ortağın kısıtlanması veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi, asıl ortaklığın sona ermesine neden oluyorsa, bu durumda alt katılım ortaklığı da sona erer⁸³⁴. Asıl ortaklık sona ermiyorsa ve asıl ortağın payı varlığını sürdürüyorsa ayrıca alt katılım ortaklığında bu hallerin alt katılımı sona erdirmeyeceği düzenlenmişse alt katılım ortaklığı devam eder. Alt katılım ortaklığı bakımından da ileride olası bir tasfiye benzeri hesaplaşma işlemi⁸³⁵ söz konusu olduğundan asıl ortağa ait hesaplaşma payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde de taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa alt katılım ortaklığı sona erer.

b. Alt Katılanın İflası

Alt katılanın iflası, alt katılım ortaklığı yönünden özellik arz etmez. Asıl ortak gibi alt katılanın iflası da alt katılım ortaklığını sona erdirir⁸³⁶.

Alt katılanın iflası gibi kısıtlanması veya tasfiye benzeri hesaplaşmadaki hesaplaşma payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi hallerinde de TBK m. 639/I-

⁸³² Adi ortaklık ortağının iflası ile ilgili bilgi için bkz. AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 100.

⁸³³ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 100.

⁸³⁴ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 96.

⁸³⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. Tasfiye Benzeri Hesaplaşma.

⁸³⁶ FRIEHE, s. 75.

3'te düzenlendiği üzere, sözleşmede bu durumlarda ortaklığın devam edeceğine ilişkin hüküm varsa alt katılım ortaklığı sona ermez.

B. Tasfiye Benzeri Hesaplaşma

Alt katılım ortaklığı sona erince, alt katılanın asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde sunduğu katılım payının ve alt katılım ortaklığı faaliyeti sonucu elde edilen değerlerin ne şekilde paylaşılacağı taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir⁸³⁷. Şayet sözleşmede aksi kararlaştırılmadıysa veya taraflar arasında bu konuda hiçbir düzenleme yapılmadıysa; aynen geri alması mümkünse alt katılan, katkısını geri alır⁸³⁸. Tasfiye yapılabilmesi için bir ortaklık malvarlığının bulunması gerekir. Ortaklık malvarlığına sahip olmaması nedeniyle alt katılım ortaklığında da ortaklıklar hukuku anlamında bir tasfiyeden söz edilemez, olsa olsa alt katılan ve asıl ortak arasında değer yönünden paylaşımaya yönelik bir hesaplaşma yapılır⁸³⁹. Bu hesaplaşmanın asıl ortak tarafından yapılması gerekir⁸⁴⁰. Bazı durumlarda alt katılım ortaklığının da kendi malvarlığı olabileceğini savunan *Friehe*, bu görüşünün doğal bir getirisi olarak alt katılım ortaklığının tasfiyesinin mümkün olabileceğini belirtmektedir⁸⁴¹.

Daha önce de belirtildiği üzere alt katılım ortaklığında yalnızca borçlar hukukuna ilişkin talep haklarının doğumu söz konusu olduğundan bu hesaplaşmada da iç ortaklık özelliğinin bir gereği olarak alt katılan ortağın hesaplaşma payı, asıl ortağa karşı yöneltilen bir alacak hakkı niteliğindedir⁸⁴². Ortada bir tasfiye payı yoktur⁸⁴³. Alt katılım ortaklığı sonucunda tasfiye payı meydana gelmediğinden bu hesaplaşma sonucu taraflara düşen pay, “*hesaplaşma payı*” olarak adlandırılmıştır.

⁸³⁷ BLAUROCK, s. 894.

⁸³⁸ KOCH- SCHULTE/ SUMALVICO, s. 28.

⁸³⁹ THOMA, s. 312; İç ortaklıkta gerçek bir tasfiyeden bahsedilemeyeceğine, değer paylaşımı yönünden hesaplaşmadan söz edilebileceğine ilişkin bkz. BARLAS, s. 150; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50.

⁸⁴⁰ THOMA, s. 312.

⁸⁴¹ FRIEHE, s. 76.

⁸⁴² FRIEHE, s. 76; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50.

⁸⁴³ THOMA, s. 310.

Alt katılanın hesaplaşma payının hesaplanması bir özellik taşımaz ve bu hesaplamada müşteri çevresi (*good-will*) de göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁴⁴. Ayrıca taraflar aksi yönde anlaşmamışsa alt katılım ortaklığının varlığı süresince elde edilen ancak henüz asıl ortaklık tarafından dağıtılmayan karlar üzerinde de alt katılım sözleşmesi kapsamında öngörüldüğü kadarıyla alt katılanın payı vardır⁸⁴⁵. Asıl ortaklık tarafından kar dağıtımını yapılarak asıl ortağın paya ilişkin karı elde etmesine rağmen alt katılana ödemekte gecikmesi halinde, alt katılanın faiz isteyebileceği kabul edilmektedir⁸⁴⁶. Ancak taraflar sözleşme ile hem dağıtılmayan karlar hem de faiz konusunda aksi yönde düzenleme yapabilir⁸⁴⁷.

Asıl ortağın iflası halinde, alt katılanın hukuki durumu asıl ortağın alacaklıları ile aynı olduğundan alt katılan, ayrılma payını masaya yazdırabilir⁸⁴⁸. Ancak bu halde alt katılanın zarara katılma zorunluluğu göz önünde bulundurulacağı gibi alt katılım ortaklığının feshi halinde özel bir uzlaşma akçesi veya formülü olacağı da kararlaştırılmışsa bunların gerekleri yerine getirilir⁸⁴⁹. Katılım payını asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa eden alt katılan, tasfiye yapılacak malvarlığı içinde kendisine ait değerlerin bulunduğunu ileri sürerek itiraz edemez veya buna dayanarak bir ayrılma payı talep edemez⁸⁵⁰. Ancak alt katılanın kendini güvence altına alması için alt katılım ortaklığı kurulurken asıl ortak tarafından alt katılan lehine teminat olarak bir mal veya alacak üzerinde temlik veya rehin hakkı verilerek tedbir alınabilir⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50.

⁸⁴⁵ BLAUROCK, s. 890, Yazar, alt katılım ortaklığının öncesinde elde edilip dağıtılmayan karlar üzerinde de alt katılanın payı olduğunu belirtmektedir. Alt katılım ortaklığının varlığı süresince paydan kazanç elde etme amacıyla olduğu düşünüldüğünde bu görüşe şüphe ile yaklaşılması gerekir. Zira alt katılım ortaklığının henüz var olmadığı bir döneme ait karlarının alt katılan tarafından talep edilmesi ortaklığın sözleşmesel karakteri ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki karlar elde edilirken yapılan giderleri de alt katılanın yokluğunda payın sahibi asıl ortak üstlenmiştir. Ancak alt katılım ortaklığı kurulurken asıl ortağın söz konusu payı, henüz dağıtılmayan karları ile birlikte alt katılım ortaklığına sunmayı taahhüt etmesi durumunda yazarın görüşünün yerinde olduğu söylenebilir.; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 86, 97.

⁸⁴⁶ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 88.

⁸⁴⁷ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 97.

⁸⁴⁸ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50; BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 97.

⁸⁴⁹ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50.

⁸⁵⁰ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 97.

⁸⁵¹ BÖTTCHER/ ZARTMANN, s. 97.

Bu açıklamalar, aynı zamanda alt katılanın iflası halinde de alt katılan sıfatı göz önünde bulundurularak duruma uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁸⁵². Alt katılanın iflasında da asıl ortak, hesaplaşma payını yukarıdaki kurallar çerçevesinde iflas masasına yazdırabilir.

Blaurock ise tasfiye halinde alt katılanın asıl ortağın alacaklarından farklı bir konumda olduğunu belirtmektedir⁸⁵³. Yazara göre alt katılan, tasfiye işlemlerinden etkilenmeden tasfiye öncesinde asıl ortak ile hesaplaşıp alacağını kavuşabilir⁸⁵⁴. Buna göre önce asıl ortak ile alt katılan arasında bir hesaplaşma yapılır ve alt katılan kendisine ait olan payı alır. Arta kalan kısım ise asıl ortağa ait olan paydır ve bu pay üzerinde tasfiye gerçekleşir.

Asıl ortaklığın tasfiyesi halinde de alt katılan, asıl ortaklığa karşı hiçbir hak ileri süremez⁸⁵⁵. Böyle bir durumda o, yalnızca haklarını –her zaman olduğu gibi- asıl ortaktan talep edebilir. Ancak asıl ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde alt katılan, asıl ortaktan kalan alacakları varsa haklarını, asıl ortağın diğer alacakları gibi TBK m. 638/II gereğince asıl ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabilir, yine asıl ortaklık devam ederken alt katılan ortaklığını sona ermesi halinde alt katılan, haklarını diğer alacaklılar gibi asıl ortağın kazanç payı üzerinde de kullanabilir⁸⁵⁶. Alt katılanın haklarını, dağıtılıp arıtılmamış olan ortaklığın aktifleri üzerinde kullanabilmesi söz konusu değildir⁸⁵⁷.

⁸⁵² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 50.

⁸⁵³ BLAUROCK, s. 896.

⁸⁵⁴ BLAUROCK, s. 896.

⁸⁵⁵ TEKİL, s. 144.

⁸⁵⁶ Adi ortak ortaklarının alacaklılarının haklarını ortağın malvarlığı değerleri üzerinde kullanabileceğine ilişkin bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar I, s. 59; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 183; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 584.

⁸⁵⁷ Adi ortaklığa ilişkin aynı yönde açıklamalar için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 584; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 183.

SONUÇ

Bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

I. Bir kişinin adi ortaklık veya ticaret şirketlerinden birine çeşitli sebeplerle ortak olarak katılmayarak ortaklardan birinin payına ve “*ortak*” sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerine dışarıdan üçüncü bir kişi olarak katılmasına alt katılım ortaklığı denir. Bu durumda üçüncü kişi “*ortak*” sıfatını kazanamaz, fakat payın ortaklıkta oluşturacağı sonuçlara asıl ortakla birlikte katılır.

II. Payına üçüncü kişiyi ortak eden ortak “*asıl ortak*”, paya ortak olan üçüncü kişi “*alt katılan*” olarak adlandırılır ve alt katılan “*ortağın ortağı*” durumundadır.

III. Alt katılım ortaklığı, TBK m. 632/II’de ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri ile aynı cümle içerisinde düzenlenmiştir. Kapsamlı bir kavram olan ve oldukça farklı şekillerde meydana gelebilen alt katılım ortaklığından kanunda tek cümle ile söz edilmesi, alt katılım ilişkisini tam anlamıyla aydınlatmaktan uzaktır. Hatta “*alt katılım*” başlığı altında “*Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz*” cümlesi yer aldığı ve bu cümle ile alt katılımın yanında pay devri de düzenlendiği için madde metni karışıklıklara yol açmaya da oldukça müsaittir.

IV. Alt katılım ortaklığı yalnızca şirketler hukuku için değil, vergi hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurur. Bu nedenle Türk hukuk doktrininde alt katılım ortaklığı vergi hukuku prensiplerine göre de incelenmelidir.

V. Alt katılım ortaklığı ile ortakların rızası olmaksızın gerçekleşen pay devri, benzerlik gösterse bile iki hukuki kavram arasında temas yoktur. Alt katılım ilişkisinde bir pay devri hedefi bulunmaz, sadece taraflar arasında borçlar hukukuna tabi talep hakkı ve bir menfaat birliği meydana gelir. Pay devrinden farklı olarak alt katılım ortaklığının tarafları arasında belirli bir süre için veya en fazla asıl ortaklığın sonuna kadar bir menfaat birliği mevcuttur. Ayrıca alt katılım ilişkisinde müşterek amaç unsuru bulunurken pay devrinde böyle bir unsur yoktur.

VI. Alt katılım ortaklığının hukuksal niteliği Alman hukuk doktrininde tartışılmıyken İsviçre ve Türk hukuk doktrininde, yorumlar çoğunlukla aynı görüş

etrafında toplanmaktadır. Buna göre alt katılım ortaklığı, bir adi ortaklık türüdür ve bir iç ortaklık modeli olarak yapılır.

VII. Alt katılım ortaklığına öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, sözleşmede düzenleme bulunmayan hallerde ise alt katılımın bir iç ortaklık türü olduğu göz önünde bulundurularak adi ortaklık hükümleri uygulanır.

VIII. Alt katılım ortaklığında amaç, asıl ortaklıktaki payın kar elde etmek için işletilmesi ve ortak sıfatından müştereken yararlanmaktır. Bir adi ortaklık çeşidi olduğundan alt katılım ortaklığında da müşterek amaç uğruna çaba unsuru bulunmalıdır. Alt katılan genellikle müşterek amaç uğruna çabayı ortak amacın gerçekleşmesine aykırı davranışlardan kaçınarak gösterir.

IX. Alt katılım ortaklığı, malvarlığı değerlerinin yanında asıl ortağa ait ortaklık haklarının da alt katılım ortaklığının menfaatine olacak şekilde kullanma anlamına geldiğinden alt katılım ortaklığı, yalnızca ortağa ait malvarlığı değerleri değil bir bütün olarak adi ortaklık payı üzerinde kurulmaktadır.

X. Adi ortaklık ve tüm ticaret şirketlerine ait paylar üzerinde alt katılım ortaklığı kurulabilir. Uygulamada alt katılım ortaklığı, payın devredilmesi ve bölünebilmesinin diğer şirketlere kıyasla daha zor olması nedeniyle daha çok şahıs şirketlerinde görülür.

XI. Alt katılım ortaklığının kurulabilmesi için taraflar arasında mutlaka bir sözleşme bulunmalıdır. Alt katılım sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Ancak taraflar aralarında bir şekil şartı öngörmüşse veya katılım payı taahhüdüne konu burcun devri şekil şartına tabi tutulmuşsa bu durumda sözleşmenin geçerliliği şekil şartına uyularak kurulmasına bağlıdır. Sözleşmenin kurulması için asıl ortaklığın onayı gerekmez. Asıl ortaklık tarafından ortakların alt katılım ilişkisine girmesinin yasaklanmış olması durumunda dahi alt katılım ortaklığı geçerli bir şekilde kurulur. Sözleşmenin tarafları konusunda bir sınırlama mevcut değildir. Her gerçek veya tüzel kişi, alt katılım ortaklığına ortak olabilir. Küçük veya kısıtlıların ortak olabilmesi ancak veli veya vasisinden izin veya onay alınmasına bağlıdır.

XII. Alt katılım ortaklığının oluşumu bakımından kanunda bir sınırlama öngörülmediği için alt katılım ortaklığı birden fazla kişi ile kurulabilir. Bir ortağın birden fazla alt katılan ile alt katılım ilişkisine girmesi mümkün olduğu gibi bir alt

katılanın da birden fazla asıl ortaklık ortağı ile alt katılım ilişkisine girmesi mümkündür. Ancak ikinci durumda asıl ortak sayısı kadar birbirinden bağımsız alt katılım ortaklığı mevcuttur. Alt katılım ortaklığına ait bir pay üzerinde de yeniden alt katılım ortaklığı kurulabilir.

XIII. Alt katılan, asıl ortaklığa karşı üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle asıl ortaklığa karşı hiçbir hakkı ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ortak sıfatını taşımaması nedeniyle denetleme hakkını elde edemez, asıl ortaklık faaliyetleri ile ilgili bilgi isteyemez, ortaklığa ait hesapları inceleyemez ve diğer ortaklık haklarından da yararlanamaz. Asıl ortaklıkla ilişki içerisinde olan, asıl ortaklıktaki hak ve yükümlülüklerin ve payın sahibi olan yalnızca asıl ortaktır. Pay sahipliği haklarını yalnızca asıl ortak kullanır. Alt katılım ortaklığının kurulması, asıl ortağın asıl ortaklıktaki durumunu ve diğer ortaklar ile arasındaki hukuki ilişkileri değiştirmez.

XIV. İç ortaklığın birer türü olan alt katılım ortaklığı ve gizli ortaklık, birbirinden farklı kavramlardır. Ortada bir işletme faaliyeti yoksa bu durumda gizli ortaklığın varlığından söz edilemez. Alt katılım ortaklığı açısından ise asıl ortaklığın bir işletme faaliyetinde bulunup bulunmaması önemli değildir. Gizli ortak, asıl ortaklığa dahil olur ve haklarını yalnızca bu ortaklığa karşı ileri sürebilir, ayrıca asıl ortaklığa karşı sorumluluğu vardır. Oysa alt katılım ortaklığında asıl ortaklığın tamamına katılma söz konusu değildir. Alt katılım ilişkisinin kurulabilmesi için asıl ortağın pay sahibi bulunduğu bir asıl ortaklığın bulunması gerekirken, gizli ortaklıkta böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır; gizli ortak, aktif ortağın tek başına işlettiği bir işletmeye de katılabilir. Gizli ortak, diğer ortaklara karşı kanun ve ortaklık sözleşmesinde belirlenen hükümlere göre sorumludur. Buna karşın alt katılanın sorumluluğu yalnızca asıl ortağa karşıdır. Alt katılım ortaklığında sadece asıl ortağın payına katılma söz konusu olduğundan alt katılan, asıl ortaklıktaki ortak sıfatını elde edemez. Buna karşılık gizli ortaklıkta gizli ortak, gizli de olsa iç ilişkide ortak sıfatını haizdir. Ortaklık sıfatını kazanamayan alt katılan, kural olarak ortaklık işleri hakkında bilgi alma, ortaklık defter ve hesaplarını inceleme, bilançoyu görmeye hak kazamazken; gizli ortak tüm bu haklara ortaklık sıfatının gereği olarak sahiptir.

XV. Alt katılım ilişkisine girmenin çok çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Ortaklık ilişkisine girdiğinin öğrenilmemesini isteyen kişiler gizli kalmaya elverişli

yapısı nedeniyle alt katılım ilişkisine girebilir. Alt katılım ortaklığı kurularak asıl ortaklıkça ödenecek vergi miktarı azaltılabilir. Mirasçılar veya ortağın halefi ile alt katılım ilişkisine girilerek, mirasçının veya genel anlamda halefin sorumluluk altına girmeden ortaklık iş ve işleyişi ile ilgili eğitilmesi sağlanabilir. Asıl ortak, mali olarak sıkıntıda olması sebebiyle kaynak arayışı içerisine girdiğinde, sermayesini artırmak veya payın getirdiği riski paylaşmak istediğinde de alt katılım ortaklığı kurabilir. Çalışanlar ile alt katılım ortaklığı kurularak çalışanların asıl ortaklığa bağlılığını arttırılarak ortaklık faaliyetlerinden daha yüksek bir verim elde edilebilir ve asıl ortaklık tarafından yetiştirilen kalifiye çalışanların iş değiştirme isteği büyük ölçüde ortadan kaldırılabilir. Alt katılım, gerek alt katılım veren asıl ortaklığın rakiplerini gerekse rakiplerin asıl ortaklığı etkileme gayesine hizmet edebilir. Ortaklığa yeni ortak alınmasının ortaklık sözleşmesi ile yasaklanmış olması veya diğer ortakların yeni ortak alınmasına rıza göstermemesi hallerinde de alt katılım ortaklığı kurmak, uygun bir çözüm yoludur.

XVI. Hukuk terminolojisinde alt katılım ortaklığı ile ilgili yapılan açıklamalar, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanımaması ihtimali üzerinden yapılır. Fakat uygulamada, asıl ortaklığın alt katılım ortaklığını tanımamasına yönelik anlaşmaların yapıldığı görülmektedir. Asıl ortağın alt katılım ortaklığını tanınması haline asıl ortaklıkla işbirliği içerisinde olan alt katılım ortaklığı, çoğunlukla daha sistematik ve etkin bir şekilde işler. Alt katılan ile asıl ortaklık arasında yapılacak bir sözleşme veya tek taraflı olarak bir asıl ortaklık kararı alınması ya da asıl ortak ile asıl ortaklığın diğer ortakları arasında yapılacak bir sözleşme ile tanıma yapılabilir. Tanıma ile alt katılana, asıl ortaklıkta söz söyleme, bilgi alma, ortaklık işlerini inceleme ve sair hak ve yetkiler verilebilir.

XVII. Kimi durumlarda alt katılım ortaklığı ile asıl ortaklığın çıkarları çatışabilir. Doktrinde bu durumda asıl ortağın asıl ortaklık çıkarlarına öncelik verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

XVIII. Alt katılım ortaklığı, şu şekillere ortaya çıkabilir:

A. Tipik Alt Katılım Ortaklığı: Alt katılanın, asıl ortağın sahip olduğu kar payının yalnızca bir kısmına hak kazanması söz konusu ile aradaki ilişki, tipik alt katılım ortaklığıdır. Alt katılan ile asıl ortaklık arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır.

B. Atipik Alt Katılım Ortaklığı: Atipik alt katılım ortaklığında alt katılan, yalnızca payın kar zarar gibi sonuçlarına değil, bizzat payın kendisine de katılır. Alt katılana, belirli sınırlamalar doğrultusunda asıl ortaklığa katılma hakkı tanınır. Dolayısıyla yalnızca payın getirilerine veya paya bağlı zararlara değil, asıl ortaklığın tüm kar ve zararına; payın değerindeki değişikliklere de katılır ve bunlardan etkilenir.

C. Açık (Nitelikli) Alt Katılım Ortaklığı: Asıl ortaklığın ve asıl ortaklık ortaklarının, alt katılım ortaklığının varlığını bilmesi ve tanınması halinde ortaya açık alt katılım ortaklığı çıkar. Bu alt katılım çeşidinde alt katılana asıl ortaklık içerisinde söz söyleme, bilgi alma, yönetim, kontrol, mülkiyet gibi haklar, asıl ortaklığın onayı ile doğrudan verilir. Alt katılana asıl ortaklık içerisinde geniş hak ve yetkiler verilmesi nedeniyle, alt katılanın sözleşme ile asıl ortaklığa karşı sır saklama, sadakat, rekabet etmeme gibi yükümlülüklerine tabi tutulması önemlidir.

D. Gizli Alt Katılım Ortaklığı: Alt katılım ortaklığı asıl ortaklığın ortaklarına açıklanmadıysa bu durumda gizli alt katılım ortaklığı mevcuttur.

E. Kademeli Alt Katılım Ortaklığı; Alt katılım ortaklığına ait bir pay üzerinde de yeniden alt katılım ortaklığı kurulması halinde ortaya çıkan ilişki, kademeli alt katılım ortaklığıdır.

XIX. Bir adi ortaklık türü olması nedeniyle alt katılımın tarafları mutlaka katılım payı taahhüdünde bulunmak zorundadır. Asıl ortağın katılım payı, asıl ortaklıktaki payın en yüksek verimi sağlayacak şekilde işletilmesi için alt katılım ortaklığına sunulmasıdır. Alt katılanın katılım payı ise herhangi bir farklılık arz etmez. Adi ortaklıktaki genel bilgiler uyarınca para, emek, mal gibi değerler katılım payı olarak getirilebilir. Ancak alt katılan, katılım payını asıl ortağın malvarlığına geçecek şekilde sunmalıdır.

XX. Alt katılan, paya ait karın yanında zarara da katılmak zorundadır. Taraflar, alt katılanın katılacağı zarar miktarını sınırlandırabilir. Ancak bu kurallar, alt katılım ortaklığının kar ve zararı için geçerlidir. Alt katılan, asıl ortaklıkta ortak sıfatını taşıması nedeniyle asıl ortaklığın zararına katılmakla yükümlü değildir.

XXI. Asıl ortaklıkta ortak sıfatını kazanamayan alt katılan, ortaklık faaliyetleri ile ilgili bilgi isteyemez; ortaklık defter, hesap, belgelerini inceleyeme ve bilançooyu görmeye hak kazanamaz, ortaklığı denetleyemez. Alt katılım ortaklığı

açısından bakıldığında ise alt katılanın pozisyonu, adi ortaklıkta yönetici olmayan bir ortağın pozisyonuna karşılık gelir. Alt katılan, alt katılım ortaklığına konu paya ilişkin asıl ortaklık karını ve bunun fer'ilerini öğrenme, malvarlığı haklarına ilişkin bilgi isteme ve belge inceleme, denetleme gibi haklara sahiptir ve bu hakkını da yalnızca asıl ortağa karşı kullanabilir

XXII. TBK m. 626'da düzenlenen rekabet yasağı, alt katılım ortaklığı için de geçerlidir. Buna göre gerek asıl ortak gerek ise alt katılan, kendisinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, alt katılım ortaklığının amacı olan asıl payın işletilerek kar elde edilmesini engelleyici veya amacın gerçekleşmesine zarar verici işleri yapamaz. Buna karşılık alt katılan, asıl ortaklığın ortağı olmadığından ortaklar için geçerli olan rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi değildir.

XXIII. Alt katılım ortaklığında yönetim yetkisi, zorunlu olarak asıl ortakta ve asıl ortağın yönetim yetkisinden mahrum bırakılması mümkün değildir. Alt katılım sözleşmesi ile asıl ortağın yanında alt katılana da yönetim yetkisine belirli bir oranda katılma hakkı verilebilir.

XXIV. Asıl ortağın birden çok alt katılan ortağının olması, başlangıçla tek olan alt katılanın yanına alt katılanın rızası ile yeni alt katılanların katılması, bir alt katılanın çıkıp yerine diğerinin gelmesi mümkündür.

XXV. Alt katılımı iç ortaklığın genel özelliği olarak temsil söz konusu olmaz ve bir ortaklık malvarlığı oluşmaz. Asıl ortak, iç ilişkide ise alt katılanın temsilcisidir. Yapılan işlemin tüm sonuçları öncelikle işlemi yapan asıl ortak üzerinde doğar ve sonrasında iç ilişkide tüm ortaklara yansır; dolayısıyla alt katılımı işlemler dolaylı temsil ile gerçekleşir. Fakat dolaylı temsilde temsilcinin başkası adına hareket etmesi gerekir. Asıl ortak, dolaylı temsilciden farklı olarak hem alt katılan hem de kendi hesabına işlem yapar. Bu temsil ilişkisi dış alemde üçüncü kişiler tarafından bilinmez. Asıl ortağın yanında alt katılanın da dolaylı temsilci olarak hareket etmesi mümkündür.

XXVI. Alt katılım ortaklığı, dış ilişkide ortaya çıkmadığından "ortaklık" olarak bir malvarlığı ve borcu bulunmaz. Faaliyetler asıl ortak üzerinden yürüdüğünden dış ilişkideki işlemlerden asıl ortak sorumlu olur. Alacaklılar, yalnızca asıl ortağa başvurabilir. Alt katılım ilişkisinin varlığını ispat etseler bile alt katılana başvuramazlar. Buna karşın alt katılanın dolaylı temsilci olarak hem asıl ortağı hem

de kendisini temsil ettiği durumlarda, dış ilişkideki işlemler nedeniyle sorumluluğu bulunan alt katılındır.

XXVII. Adi ortaklığın sona ermesine ilişkin TBK m. 639 hükmü, alt katılım ortaklığına da uygulanır. Asıl ortaklığın sona ermesi ile ortada işletilecek bir pay kalmadığından alt katılım ortaklığına ait amacın gerçekleşmesi imkansız olur ve alt katılım ortaklığı da sona erer. Alt katılım ortaklığı, ortakların alacağı kararlar veya ortaklardan birinin feshi ihbar hakkını kullanmasıyla ya da haklı sebeplerin bulunması halinde mahkeme kararı ile feshedilebilir. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa veya aksi kararlaştırılmakla birlikte mirasçılar alt katılım ilişkisini sürdürmek istemiyorsa alt katılım ortaklığı sona erer. Alman hukukunda kanundaki gizli ortaklık ile ilgili hükümlere atıf yapılarak alt katılanın ölümünün alt katılım ortaklığını sona erdirmeyeceği görüşü hakimse de Türk hukukunda gizli ortaklık ile ilgili pozitif düzenleme bulunmadığından aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa alt katılanın ölümü, tıpkı asıl ortaklığın ölümü ile ortaklığı sona erdirir. Asıl ortaklığın yapısal değişiklikleri, her zaman alt katılım ortaklığının sona ermesine sebep olmaz. Bu değişikliklerin bulunması halinde önce alt katılım ortaklığının hala varlığını sürdürüp sürdüremediği kontrol edilmeli, şayet varlığını sürdürüyorsa alt katılanın haklı sebeple feshin gündeme gelip gelmeyeceği sorgulanmalıdır. Özellikle asıl ortağın ortaklıktan ayrılması, payını başka ortak ya da ortaklara devretmesi veya herhangi bir nedenle ortaklığının sona ermesi durumunda alt katılım ortaklığının amacını yerine getirmesi imkansız hale gelir ve alt katılım ortaklığı sona erer. Alt katılım ortaklığına konu payın sahibi asıl ortak, payını üçüncü bir kişiye devrederse alt katılım ortaklığı sona erer. Bunun nedeni devralan ile alt katılan arasında ise bir sözleşme bağı bulunmamasıdır. Asıl ortağın iflası, asıl ortaklığı sona erdireceğinden dolayı olarak amacının gerçekleşme imkanı kalmayan alt katılım ortaklığı da sona erecektir. Asıl ortaklık ortakları, aralarındaki sözleşme ile ortakların iflası halinde dahi ortaklığın devam edeceğini kararlaştırabilirler. Ancak asıl ortaklıkta bu yönde hüküm bulunsa da asıl ortağın iflası her halde alt katılım ortaklığını sona erdirir. Çünkü asıl ortağın iflası ile kendisine ait pay ortadan kalkar ve alt katılım ortaklığının payı işleterek kar elde etme amacı imkansız hale gelir. Bu açıklamalar, asıl ortağın kısıtlanması veya asıl ortaklığa ilişkin tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halleri için de geçerlidir. Alt katılım

ortaklığı bakımından da ileride olası bir tasfiye benzeri hesaplaşma işlemi söz konusu olduğundan asıl ortağa ait hesaplaşma payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde de taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa alt katılım ortaklığı sona erer. Asıl ortak gibi alt katılanın iflası da alt katılım ortaklığını sona erdirir. Alt katılanın iflası gibi kısıtlanması veya tasfiye benzeri hesaplaşmadaki hesaplaşma payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi hallerinde de TBK m. 639/I-3'te düzenlendiği üzere, sözleşmede bu durumlarda ortaklığın devam edeceğine ilişkin hüküm varsa alt katılım ortaklığı sona ermez.

XXVIII. Ortaklık malvarlığına sahip olmaması nedeniyle alt katılım ortaklığında ortaklıklar hukuku anlamında bir tasfiyeden söz edilemez, olsa olsa alt katılan ve asıl ortak arasında değer yönünden paylaşımaya yönelik bir hesaplaşma yapılır. Alt katılan ortağın hesaplaşma payı, asıl ortağa karşı yöneltilen bir alacak hakkı niteliğindedir. Asıl ortaklığın tasfiyesi halinde de alt katılan, asıl ortaklığa karşı hiçbir hak ileri süremez. Böyle bir durumda o, yalnızca haklarını –her zaman olduğu gibi- asıl ortaktan talep edebilir. Ancak asıl ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde alt katılan, asıl ortakta kalan alacakları varsa haklarını, asıl ortağın diğer alacakları gibi TBK m. 638/II gereğince asıl ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabilir,

KAYNAKÇA

ABDELFATAH, Sema, Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklarda Yönetim, Ankara, 2017.

AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.

AKINTÜRK, Turgut/ **ATEŞ**, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020.

AKKANAT, Halil, “Adi Ortaklıkta “Haklı Sebep İhraç” Mümkün Müdür?”, İÜHFMD, C. 62, S. 1- 2, 2004, s. 333- 349.

AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008.

ANSAY, Tuğrul, “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 1- 10.

ANSAY, Tuğrul, Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967. (Adi Şirket Dernek)

ARSLANLI, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1960.

AŞKAN, Cengiz, Adi Şirketin Yönetimi, Ankara, 2003.

ATEŞ, Derya, “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, TBBD, Y. 33, S. 151, Kasım- Aralık 2020, s. 329- 359.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II - Mülkiyet, Ankara, 2016.

AYAN, Özge, “Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri”, DEÜHFD, C. 21, S. 1, 2019, s. 1- 25.

AYAR, Ahmet, Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, 2019.

AYHAN, Rıza/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin/ **ÖZDAMAR**, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2021.

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 2021.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016.

BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.

BİLGİLİ, Fatih, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 197- 213.

BİLGİLİ, Fatih, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara, 2003.
(Gizli Ortaklık)

BİLGİLİ, Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013.

BİRKAŞ, Hasan, Ticaret Şirketleri ve Tatbikat, İstanbul, 1985.

BLAUROCK, Uwe, Handbuch Stille Gesellschaft, Köln, 2016.

BOZKURT, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara, 2021.

BÖTTCHER, Conrad/ **ZARTMANN**, Hugo, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Stuttgart, 1971.

CANARSLAN, Gökçe, Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirlerine Karşı İç İlişkideki Borçları, İstanbul, 2020.

CANKAT, Rifat, “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, C. 1, Özel Sayı, s. 673- 710.

CENGİZ, Delil, Adi Ortaklık Payının Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2019
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ÇAMOĞLU, Ersin, “Adi Şirket Ortağı Haklı Sebepçe Çıkarılabilir Mi?”, YDD, Y. 2017, S. 256, s. 15- 24.

ÇEBİ, Hakan, Şirketler Hukuku, Ankara, 2020.

ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, Ankara, 2002.

ÇİLENTİ KONURALP, Ayşen, “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme”, TBBD, Y. 32, S. 146, Ocak- Şubat 2020, s. 153- 185.

DOĞANAY, Ümit, *Adi Şirket Akdi*, İstanbul, 1968.

ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHFM, C. 74, S. 2, 2016, s. 709- 737.

EREM, Turgut S., *Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul, 1965.

EREN, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara, 2020.

ERİŞİR, Evrim; *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*, İzmir, 2007.

EROĞLU, İrem, “Adi Ortaklığın Sona Erme Sebepleri”, THD, C. 13, S. 137, Ocak 2018, s. 66- 71.

FELLMAN, Walter/ **MÜLLER**, Karin, *Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband (Art. 530- 544 OR)*, Bern, 2006.

FRIEHE, Christian- Friedrich, *Die Unterbeteiligung Bei Personengesellschaften*, Köln, 1974.

GİRGİN, Ömer Ali, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, İstanbul, 2019.

GÖKSOY, Yaşar Can; “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 633- 681.

GROF, Markus Wilhem, *Treuhand- und Unterbeteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Linz, 2015.

GUMMERT, Hans/ **MEIER**, Mareike, “Beteiligung Dritter an den wirtschaftlichen Ergebnissen ärztlicher Tätigkeit”, Aufsätze, MedR 25, 2007, s. 75- 85.

GÜMAN, Nihat, Elbirliği Mülkiyeti İle Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2010.

GÜNAY, Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2015.

HAMAMCIOĞLU, Esra/ **KARAMANLIOĞLU**, Argun, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 1303- 1331.

HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020.

HATEMİ, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

HERZFELD, Edgar, Die Unterbeteiligung, Archiv Für Die Civilistische Praxis, 137, Berlin, 1933, s. 270- 326.

HIRSCH, Alain, “Karma Akit ve Adi Şirket”, BATİDER, C.12, S. 2- 3, Çeviren: Akar Öçal, Ankara, 1984, s. 149- 153.

HÜBNER, Heinrich, “Unterbeteiligung und stille Beteiligung in der Unternehmensnachfolge”, Aufsätze, ErbR 06, 2014, s. 257- 267.

İMREGÜN, Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul, 1968.

İMREGÜN, Oğuz, Bilirkişi Raporları (2002) , İstanbul, 2005, s. 118- 122.

İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 2005. (Kara Ticaret Hukuku)

JuristenZeitung, “BFH, 3. 5. 1979 — IV R 153/78. Zur Unterbeteiligung Von Kindern an Personengesellschaften.” V. 34, N. 22, 1979, s. 762–764.

KALPSÜZ, Turgut, Adi Şirket, Türk Hukuku Ansiklopedisi, C. 1, Ankara, 1962.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2004.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. II: Şirketler Hukuku, Ankara, 1973.

KAYIK AYDINALP, Aslıhan, “İş Hukukunda Prim“, TAAD, Y. 9, S. 36, 2018, s. 53- 72.

KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2015, s. 22- 37.

KENDİGELEN, Abuzer, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, Makalelerim, İstanbul, 2006, s. 215- 243.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, MÜHFAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1759- 1771.

KIRCA, İsmail, “Adi Şirket Ortağının Özen Borcu”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s. 201- 212.

KOCH- SCHULTE, Barbara/ **SUMALVICO**, Sebastian, “Besonderheiten und Ausgestaltungen Stille Unterbeteiligungen als Beteiligungsinstrument für Mitarbeiter”, VentureCapital Magazin, 10/2018, s. 28- 29.

KURŞAT, Zekeriya, “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. 70, S. 1, 2012, s. 301- 317.

LEKESİZ, Muzaffer, Konsorsiyum Sözleşmesi, Ankara, 2016.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. II: İşletme Hukuku – Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara, 1972.

MUTLU UŞAKLI, Senem, “Halka Arz Kavramı ve Halka Arzın Hukuki Niteliği”, İBD, C. 85, S. 6, 2011, s. 159- 171.

NARBAY, Şafak/ **DELİDUMAN**, Seyithan, “Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, 2002, s. 577- 594.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY- ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020.

ÖZDAMAR, Emine, “Adi Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiye”, THD, C. 14, S. 54, Haziran 2019, s. 1206- 1219.

ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1988.

ÖZSUNGUR, Fahri, “Adi Ortaklık Kavramı ve Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Siciline Tescili”, AnadoluÜHFD, C.3, S.5, Eskişehir, 2017, s. 41- 56.

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2019. (Ortaklıklar I)

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2021. (Genel Esaslar)

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2018. (Şerh)

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana, 2011. (Temel Esaslar)

PULAŞLI, Hasan, “Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi”, C. 32, S. 2Ankara, 2016, s. 21- 72.

SIEGWART, Alfred, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530- 619), Zürich, 1938.

von STAUDINGERS, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesellschaftsrecht, 13. Bearbeitung 2003, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 2003, (§§ 705- 740: Stefan Habermeier).

ŞAHİN, Turan, “Konsorsiyum Sözleşmesi”, TBBD, S. 92, 2011, s. 451- 483.

ŞENER, Oruç Hami, Adi Ortaklık, Ankara, 2008. (Adi Ortaklık)

ŞENER, Oruç Hami, “Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 703- 764.

TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku, C. 1, İstanbul, 1976.

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 14, İstanbul, 2012, s. 57- 64.

THOMA, Max, “Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft nach der schweizerischen Doktrin und Praxis”, ZSR, Bd. 66, 1947, s. 287- 329.

TİLE, Latif, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, İstanbul, 2013 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

TÜRK, Hikmet Sami (Yayına Hazırlayan), “Yargıtay Kararları”, BATİDER, C. 4, S. 1, 1967, s. 111- 164.

TÜRKMEN, Emre, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebepçe Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükmüne Eleştirel Bir Bakış”, THD, C. 13, S. 148, Aralık 2018, s. 89- 96.

UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003.

UYGUR, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2013. (Şerh)

ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir, “Mukayeseli Hukukta Şirketler Hukukunda Rekabet Yasağı”, BBD, C. 45, S. 112, Haziran 2020, s. 114- 122.

WATERSCHEK, Elke, Die Bilanzierung von Unterbeteiligungen, Marburg, 2001.

YALMAN, Macit/ **TAYLAN**, Erbay, Adi Ortaklık, Ankara, 1976.

YASAN, Mustafa, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2021.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

YETKİN, Mustafa, Uygulamalı – İçtihatlı Ticaret Şirketleri, İstanbul, 1978.

Yasa Hukuk Dergisi, “Yargıtay Kararları” C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1261- 1263.

YONGALIK, Aynur, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara, 1991. (Sermaye Payı)

YONGALIK, Aynur, *Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası*, Ankara, 2010. (Ortak Davası)

Elektronik Kaynaklar

hukukturk.com

kazanci.com.tr

legalbank.net

sinerjimevzuat.com.tr