

# ŞİRKET MUKAVELELERİ İLE CEMİYETLER VE İKİ TARAF BORÇ YÜKLİYEN AKİTLER ARASINDAKİ AYRILIKLAR VE BUNLARI TEFRİKA YARAYAN ÖLÜÇLER

Doçent Dr. Halil Arslanlı

## I — Şirketlerle cemiyetler arasında mukayese

Fertlerin müşterek gayelerinin tahakkukuna yarayan hukuk müesseseleri hayatta mütenevvi şekiller alır. Bunların en önemlileri şirkettir.

Şirketleri ilgililerin rıza ve iradeleri dışında doğan iştiraklerden ayırmak güç değilse de, müşterek faaliyet istihdaf edip hukukî muamele ile doğan ve mahiyet bakımından şirketlere yaklaşabilen akitlerden tefrik müşkülât arzedebilir.

Hukuk dili şirket tabirini üç muhtelif manâda kullanır,

1. Tarafların rıza ve iradelerinin yarattığı şirket akdi, şirket = şirket akdi.
2. Şirket mukavelesi ile taraflar arasında teessüs eden hukukî münasebetler, şirket = şirket münasebeti.
3. Şerikleri birbirine bağlayan hukukî varlık, şirket = şirket şahsiyeti. (Wieland, Handelsrecht, C. I, s. 452).

Bizi bu bahiste ilgilendiren şirket tabiri ilk şıktaki manâda olanıdır.

Umumî olarak hangi hallerde bir şirketin mevcudiyeti kabul edilmek gerektir? Mukaveleyi şirket olarak tavsif veya ademi tavsif, tarafların akidle tanzim edilmiş ve hattâ tanzim edilmemiş (1) hak ve borçları üzerine mühim tesirler icra edeceğinden bu problem tatbikat için de önemlidir.

Aynı problemle şirket olarak vasıflandıracağımız akidlerde de karşılaşılabılırız. Ekseri hallerde mukavelenin şirketler kategorisine

(1) Şirket olarak tavsif edilen bir akidde şeriklerden biri kâr hakkından mahrum kılınmışsa, bu şart, Ticaret Kanununun 142 nci maddesine binaen keenlemyekündür.

ithali ile ihtilâf halledilmiş olmaz. Mukavelenin kanunun tahdidi olarak tanzim ettiği şirket nevilerinden hangisine girdiği tayin edilmelidir ki, mukavele boşlukları hâdisede mevcut olduğu kabul edilen şirket hakkındaki hükümlerle doldurularak tarafların hukukî durumu tesbit edilebilsin.

### 1. Şirket akdi ve cemiyet.

Sieghart'a göre, bir mukaveleyi şirket akdi olarak tavsif için asgarî şart: İştirak edenlerden her birinin gayenin tahakkukuna her hangi bir şekilde yardımla mükellef olması, şirket gayesinde her hangi bir şahsî menfaati bulunması, bu gayenin seyri üzerine herhangi bir şekilde tesir icra ve diğer şeriklerin iştirakini talep ve murakabe edebilmesidir (2). İşte bu unsurlar animus societatis mefhumu altında toplanarak şirket akdinin karakteristik vasıflarını tayin eder.

Şirket gayesi, şeriklerce güdülen menfaatlerin birleştiği münasebetler muhitidir (3). Bu merkezden hareket edilerek bir yandan gayenin tahakkukuna hâdim vasıtalara yani şeriklerin vaz'ını vaad ettikleri mütenevvi sermaye şekillerine diğer yandan şeriklerin ferdî menfaat sahalarına varılır. Gayede birlik şart iken bu sahada birlik bulunmayabilir. Çünkü gaye ve menfaat mefhumları tevem değildir (4). Esasen menfaat anlamı fert tarafından duyulan bir ihtiyacı ve bu ihtiyacın tatmini için arzu edilen malları gösterir (5).

Şerik de yaptığı fedakârlıkların elde edeceği menfaatlere teka-bül etmesine, nisbet dahilinde diğer şerikler kadar istifadeye ve onlardan fazla ifa etmemeğe ehemmiyet verecektir. Bu sahada ferdî menfaat saiki altında hareket edecek ve diğer şeriklerle çarpışacaktır.

Şirkette şeriklerin gayeleri zahiri ve batını olmak üzere iki şekilde tezahür eder. Zahiri gaye ifadesini şirket mevzuunda bulur. Gerek şeriklerin zahiri gayelerinde gerekse bu gayelerin muhasalası olan şirket mevzuunda tam bir uygunluk ve birlik müşahede edilir. Buna mukabil şerikleri şirket teşkiline sevk eden batını gayelerde yani ferdî menfaat sahalarında birlik bulunmayabilir. Lâkin şekli bakımından burada da birlik vardır. Şerik neticeden emin olmasa, fer-

(2) Sieghart, Das Obligationenrecht 4. Teil, Die Personengesellschaften s.-3,

(3) Sieghart, s.g.e. s. 79.

(4) Wieland, C. I, s. 459.

(5) Wieland, C. I, s. 459; atif No. 20-21. Stammer Theorie d. R. s. 241.

Wielandta zikredilmiştir.



di menfaatları başka sahalarda bulunsa dahi, şirket mukavelesinde ifadesini bulan arzusu diğer şerikler gibi muayyen bir sermaye vaz'ı ile muayyen bir neticenin yani iktisadî faidenin elde edilmesidir.

Umumiyetle şirket gayesi etrafında birleşme şirketin doğumunu tayin eden kat'î hâdisedir. Diğer unsurlar az çok fer'î kanun hükümlerinin delâletiyle şirket gayesinden çıkarılabilir (Siegwart s.g.e. s. 80). Bu itibarla gayenin mahiyeti mukavelenin tavsifinde önemli unsurlardan olmak lâzımdır.

Şirkette gaye iktisadîdir ve iktisadî olmak icabeder. (Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, C. II, s. 3). Gaye gayr iktisadî ve şerikler bilavasita veya bilvasita herhangi bir kazanç temin ve tevziini istihdaf etmiyorlarsa, şirketten bahsedilmemek gerekir. Kanuncu, şirket müessesesini fertlerin iktisadî gayelerini tahakkuka hâdim bir teşekkül olarak düşünmüş ve bu kabil maksatlara tahsis etmiştir. Esasen tatbikat da şirket terimini münhasıran iktisadî işlere muhasses bir organizasyon şekli olarak kabul etmektedir. (İktisadî gayenin tarifi hakkında: Hirsch s.g.e. C. II, s. 3).

Gaye gayrı iktisadî, meselâ, dinî, hayri, ilmî bedî ise, yahut iştirak edenleri bir araya getiren hukukî bağ ailevî münasebetlerden neş'et ediyorsa, bunlar iştirakî az çok şirket vasfı verdiğimiz münasebetler dışına çıkarır. (Siegwart s.g.e. s. 2). Şirket akdinde iktisadî gaye unsurunu bir yandan şirket mevzuunda diğer yandan şeriklere iştirakleri mukabilinde bahşedilen menfaat kategorilerinde aramak lâzımdır. Meselâ, bariz vasfı kazanç temini olan bir şirkette bütün şeriklerin kâra iştirakî ve kârın tevzii (6).

Yalnız burada iktisadî faide mefhumu kâra münhasır olarak tefsir edilmemelidir. Şirketle şerikin temin edeceği her türlü iktisadî faide gayenin iktisadî olarak tavsifini muciptir. İsviçre ve Alman hukuk mevzuatına uygun olan bu tarifin Türk Cemiyetler Kanununda dolayısıyla ifadesini bulan kıstasla hemâhenk olmadığı ileri sürülebilir.

Cemiyetler Kanununun 1 inci maddesine göre «cemiyetler ancak kazanç paylaşmaktan gayrı maksatlar» için teşekkül edebilir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden şirketlerin ancak kazanç paylaşmak maksadı ile teşekkül edebilecekleri neticesine varılabilir. Kazanç paylaşmak mefhumu dar manada, yani kâr tevziine münhasır olmak

(6) Şeriklerden birinin kâr hakkından istisna edilmesi hâkim kanaate göre şirket akdinin butlanını muciptir. Wieland C. 1, 462. Pic. Des Sociétés Commerciales C. I, No. 51.

üzere tefsir edildiği takdirde, kanunen şirket vasfını haiz kooperatif şirketlerle diğer bazı müesseseleri şirket çerçevesi dışında tutmak veya yukarıki prensibe birer istisna olarak göstermek lâzımdır.

İsviçre ve Alman hukukuna uygun olarak bizde de «kazanç paylaşmak» tabirleri geniş manada her türlü iktisadî faideleri içine alacak şekilde tefsir edilmelidir.

Bu tarzı tefsirde ise iktisadî gayeler takip eden cemiyetleri şirketlerden tefrik müşkülü ile karşılaşmış oluruz. Lâkin Medenî Kanununun hâdisemizle ilgili hükmü manâsına uygun olarak tefsir edilirse bir müşkülât bulunmadığı derhal anlaşılır.

Türk hukukuna göre iktisadî gayeler takibi için cemiyet şekli intihap edilemez. Medenî Kanunun 52 nci maddesinde iktisadî gayeler takip eden cemiyetleri şirketler hakkındaki hükümlere tâbi tutan hükmün manâsı, bunların ancak şirket şeklinde organize edilerek ve Ticaret Siciline tescil ile iktisadî gayeler takip edebileceklerini tebarüzdür (7). Esasen Kanunda bir tercüme hatası da mevcuttur. Mehz İsviçre Kanununun 52 nci maddemize tekabül eden hükmü şahıs birliklerinden bahseder. Bize bu tabir cemiyet olarak geçmiştir. Binaenaleyh Türk Hukukuna göre de cemiyetler cemiyet kisvesi altında iktisadî gayeler takip edemezler.

Şahıs topluluğu iktisadî gaye takip etmekle beraber, şirket şeklini ihtiyar etmemişse, şahsiyeti hükmiyeyi ihraz edemez. Medenî Kanunun 53 üncü maddesine göre yalnız gayri iktisadî gayeler takip eden cemiyetler nizamnamelerinde cemiyet olarak teşekkül arzusunu izhar etmekle şahsiyet iktisap ederler. Bu itibarla iktisadî gaye takip eden topluluk hükmi şahsiyeti haiz şirket şeklini ihtiyar etmemişse Medenî Kanunun 55 inci maddesine kıyasen hakkında âdi şirket ahkâmı tatbik edilir yani âdi şirket muamelesi görür.

Görülüyor ki Türk Hukukunda şirketleri cemiyetlerden tefrikte kıstas gayenin iktisadî veya gayri iktisadî oluşudur.

Bu netice Cemiyetler Kanununda «kazanç paylaşmak» tabirlerinin «iktisadî faide» şeklinde tefsirini muhik kıldığı gibi iktisadî faideler takip eden topluluklara şirket şeklini tahsis ile de tatbikat için mustakar ve emin bir ölçü elde edilmiş bulunmaktadır.

Cemiyet şeklini intihap eden toplulukların gayesi Medenî Kanuna ve Cemiyetler Kanununa göre ancak gayri iktisadî olabilir. Lâkin cemiyete bu gayeye erişmek için fer'i olmak üzere ticarî şekilde ic-

(7) Oser Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Des Obligationenrecht, s. 205.



rayi sanat hakkı verilmiştir. Ancak burada ticaret gaye değil bir vasıta. Esasen Türk Hukukunda siyasi partilerden başka cemiyetler birden fazla mevzu ile iştigal edemezler. (Cemiyetler Kanununun 15 inci maddesi). 1

## 2. Karteller.

Şirkette şeriklerin vaz edeceği edimler müşterek gayeye müteveccih olmalıdır. Bu esas göz önünde tutularak, Wieland, şirket gayesinin hukuken ehemmiyetli olması şartını koşmaktadır. Bu müellife göre, münhasıran azaların iktisadî hürriyetini tahdit gayesi ile teessüs eden birlikler, bu meyanda karteller, şirket kategorisine ithal edilemez. Bunlara şirket hükümleri tatbik edilse de şirket vasfını haiz değildirler. Gerçi şirket mukavelesi gibi kartel akdi da âkidler arasında bir takım hak ve mükellefiyetler yaratır. Lâkin, şirket, azalarının iktisadî varlıklarını teshil ve inkişaf ettirdiği halde, kartel, bu kaynakları çürütür (Wieland C. I, s. 454).

Umumiyetle şirkette müşterek gaye şeriklerin müsbet edimleri, şirket sermayesinin bir araya getirilmesi, basit olsa da bir organizasyonun mevcudiyeti ile temin olunur ve bundan bilvasıta şerikler lehine kâr payı şeklinde veya diğer suretlerle iktisadî faideler doğar.

Lâkin bir çokluğun birbirine uygun muamele ve fiillerden ictinab suretiyle de ferdî işletmelerinin inkişafına çalışması mümkündür. Bu gaye şirket adına üçüncü şahıslarla münasebete girişilmeksizin, sermayesiz cüz'î bir organizasyonla temin edilebilir. Siegwart'a göre gaye, âza işletmelerine müsait ticarî şartlar temininden ibarete, meşrudur. (Siegwart s.g.e. s. 81). Bu kabil konuları mevzu ittihaz eden teşekkülleri şirket olarak tavsife bir mâni yoktur. Hatta şirket mefhumu meşru karteleri de ihtiva edecek şekilde geniş tutulmalıdır. Bundan başka ferdî işletmelerin inkişafı gayesine şirket vasfını verdiğimiz birçok müesseselerde de tesadüf edilir. Hakikatı halde kartel gayesi yalnız menfi bir durum yani muayyen muamele ve fiillerden ictinab ile iktifa etmez, aza işletmelerden müsbet bir hareket tarzı da bekler. Bu müsbet hareket tarzı pekâlâ iştirak hissesi olarak tavsif edilebilir. Lâkin menfi hareket tarzlarını da iştirak hissesi olarak kabule kanunî bir mâni yoktur.

Bazı müellifler kartellerde hakikî manâsında şirket sermayesi bulunmadığını ileri sürerler. Bu sebep te mukni değildir. Şirket vasfı reddedilmeyen birçok teşekküllerde şirket sermayesine tesadüf

edilemeyeceği gibi organizasyonları da gayet cüz'üdür. (Siegwart s.g. e. s. 81-86).

Kartel gayesi müstehliklerin zararına olmak üzere, mevzu bakımından haksız fiat artırırları ile inhisar tesisini ve bu durumun istismarını istihdaf ediyorsa, hukuka aykırıdır. Lâkin buradaki aykırılık şirket vasfı ile ilgili olmayıp hukuka, ahlâk ve âdaba mugayir mukavelelerde olduğu gibi, butlan sebebinden doğan bir vaziyettir.

### 3. Şirket akdi ve karşılıklı akidler (8).

Şirket akdini cemiyetlerden tefrik ettikten sonra ikinci vazifemiz şirketi iki tarafa mükellefiyet tahmil eden akidlerle karşılaştırmak ve bunlar arasındaki ayrılıkları tesbit etmektir.

a. Ferdî menfaatlerin çarpışabileceği muhit dışında, normal olarak şirkette gaye ve menfaatlerde uygunluk mevcuttur. Şerik kendi menfaatlerini gütmekle diğerlerinin ve diğerlerinin menfaatini gütmekle kendi menfaatini temin etmiş olur. Az çok muvazi olan mezkûr menfaatler şirket akdine âmil olmuş ve gayede iştirak ve birliği yaratmıştır. İki tarafa mükellefiyet tahmil eden âkidlerde ise, akdin saiki zıd ihtiyaçlardır. Gerçi mübadele hedefi göz önünde tutulursa, iki tarafa mükellefiyet tahmil eden akidlerde de sübjektif bakımdan bir nevi uygunluk müşahede edilebilir. Çünkü her iki tarafın hedefi verdiği mal mukabilinde (burada mal tabiri en geniş manâsında kullanılmıştır) karşı tarafın vereceği mala tesahüptür. Lâkin karşılıklı akidlerdeki mezkûr uygunluk münhasıran tarafların ihtiyaç ve menfaatlerini tatmine yarayacak vasıtadadır ve bu uygunluğa rağmen akidler iki cepheye ayrılmıştır, tabir caizse, hedefteki birlik karşılıklıdır. Halbuki şirketlerde gaye etrafındaki birlik birbirine muvazidir. 1

b. «Şirket mefhumu, bizde, edimlerin hususî bir şekilde birleştiği fikrini yaratır». Şirket mukavelesi ile vaadedilen müteaddit edimler müşterek gayenin istihsaline tahsis edilmiştir. Burada edim en geniş manâsında tefsir edilmelidir. Şirket gayesinin tahakkukuna yarayacak her şey ortaksal manâda edim vasfını haizdir. (Wieland C. I, 453; Siegwart s.g.e. 105). Şirketlerde edimin tâli mahiyeti şirket akdini karşılıklı akidlerden tefrikeye yarar. Karşılıklı akidler mübadele gayesini güder ve edimlerin mübadelesine dayanır. Ancak muayyen edimler mübadeleye elverişlidir. Gerçi şir-

(8) «Karşılıklı akid» tabirleriyle «iki tarafa mükellefiyet tahmil eden akidleri» kastediyoruz.



ketlerde de şeriklerin edimleri mevzu bakımından karşılıklı akidlerde tesadüf edilenlerden farklı değildir. Lâkin karşılıklı akidlerde her akit tipi akdin mevzuu ile karakterize edilmişken şirketlerde şeriklerin iştirak hisselerinin nevi mukavelenin mahiyeti üzerine pek az müessirdir (Siegwart s.g.e. s. 37). (Mecellede şirketler sermaye mevzuuna göre birbirinden ayrılır). Meselâ komandit şirketlerde komanditer say ve amelini sermaye itti haz edemez. (T. K. madde 255). Bu hükme rağmen şirkette komanditer olarak gösterilen şahıs sayını sermaye itti haz etmişse şirketi Ticaret Kanununun 252, 253 üncü maddelerine binaen kollektif olarak tavsif gerekir, meğer ki şirkette daha başka komanditerler buluna.

Şirkette gaye ön plândadır, gayenin istihsaline vasıta olmak üzere edimler üzerindeki anlaşma ikinci plândadır. (Siegwart s.g.e. s. 37). Hattâ ortaksal edim şerike bir külfet de tahmil etmiyebilir. Meselâ kollektif şirkete vâki iştirak neticesinde doğan kanunî ve müteselsil mesuliyet iştirak hissesi olarak kâfi görülmektedir (Wieland c. I, s. 454).

c. Karşılıklı akitler yalnız iki taraf arasında hak ve borç yaratır, yalnız iki tarafı ihtiva eden bir mukavele tipidir. Taraflarda iştirak edenlerin sayısı artsa da «iki taraflılık» kaidesi ihlâl edilemez. Gerçi iki şahıstan müteşekkil şirketler de mevcuttur. Lâkin şirket mukavelesinin mümeyyiz vasıflarından biri çok taraflı olabilmesidir.

ç. Karşılıklı akitler müteakabil edim mübadelesine dayanır. Âkidlerden her biri diğer tarafın eda edeceği edimle kendi ediminin karşılığını elde etmiş olur. Bu itibarla edimler arasında objektif muvazene esastır. Şirkette ise edimler müşterek gayenin tahakkukuna tahsis edilmiştir, muhtelif edimler arasında muvazene şart olmadığı gibi, şerik, iştirak hissesinin mübadele veya istimal değerini feda etmediği cihetle, buna lüzum da yoktur. Demek oluyor ki şirkette iştirak hisseleri müsavî olmayabilir ve ekseri hallerde de gayri müsavidir. Çünkü iştirak hissesinin değeri şerikin yalnız kâr nisbeti üzerine müessirdir, elde edilen kâr ise edimlerin muhasalası olup muadili değildir. (Wieland c. I, s. 464).

d. Karşılıklı akitlerde bir taraf edimini diğer tarafa tam olarak devir eder ve diğer taraf ta bu edimi tam olarak alır. Mübadelenin hedefi diğer tarafın edimine tesahüptür. Devir edilen edim üzerinde devreden hak kalmaz. Şerikler ise edimlerini müşterek gayeye vazederler. Hiçbiri edimini tam olarak zayı etmez ve hiç biri diğerinin edimini tam olarak almaz, hepsi müşterek bir gayenin ta-

kibi için birleşirler. (Siegwart s.g.e. s. 35/36). Edimlerin neticeyi istihsal edecek mahiyet ve vüs'atte olması kâfidir. Hattâ Wieland'a göre kâr temini bu şarta bağlı olmadığından iştirak hisselerinin müşterek bir mameleke vaz'ı da zarurî değildir. (Wieland c. I, s. 465). (Bu fikre muhalif müellifler de mevcuttur. Fransız ve İtalyan hukuku, şirketlerde müşterek mamelek esasını şart koşar. C. c. 1832. Borçlar Kanununun 520 nci maddesi şirket akdini tarif ederken, «Müşterek bir gayeye erişmek için say ve sermayelerini birleştirmegi iltizam ederler» tabirlerini kullanır. Gayenin tahakkuku Wieland'ın işaret ettiği veçhile müşterek bir mamelek şartına bağlı değilse, Türk Hukukuna göre de sermayelerin birleştirilmesi zarurî olmayabilir). Bununla beraber, şahsiyeti hükmiyeyi haiz şirketlerde şerikin sermayesini vazettikten sonra iştirak hissesi üzerindeki haklarını, karşılıklı akitlerde olduğu gibi, zayi ettikleri ileri sürülebilir. Filhakika hukukî durum sathî bir tetkikte bu manzarayı arzeder. Lâkin bir bakımdan iştirak hisseleri üzerindeki haklar şirket hükmi şahsiyetine intikal etmekle beraber, ekonomik ve hattâ hukukî bakımdan şirket malları şeriklere aittir. (Wieland c. I, s. 461). Yalnız bu aidiyet şayan olmayıp iştirak halinde mülkiyet şeklindedir. «Her şerikin hakkı şirket emvalinin tamamına saridir». İştirak devam ettiği müddetçe, şayi cüzüde tasarruf caiz değildir. Fakat gaye ortadan kalkınca hükmi şahsiyet kisvesine bürünmüş olan birlik telâkkisinin de manâsı kalmaz, iştirak halinde mülkiyet müşterek mülkiyete münkalib olur. (Hirş s. g. e. c. II, s. 35, 36). Hakikatı halde bir şirkete iştirak ederek sermaye vazeden şerik ekonomik düşünürse, yalnız mallarının yatırımında bir değişiklik yapmıştır. Muayyen hükümlere uymak şartıyla bu mallar üzerinde şerikler daima tasarruf edebilirler.

e. Şirkette her şerik iştirak hisselerinin mukarrer gayeye tahsisini talep hakkını haizdir. Şirket mukavelesinde iştirak hisselerinin tahsis ciheti meşkûk, veyahut şeriklerden birine şirket sermayesini dilediği gibi kullanmak hakkı bahşedilmişse, bu mukavele şirket olarak tavsif edilemez. (Wieland c. I, s. 468-469). Şirkette her şerikin, diğerlerinin edimini ifa etmelerini talebe hakkı olduğu gibi kendi ediminin ifasını ve şirketçe kabulünü de isteyebilir. Diğer bir söyleyişle şirket mukavelesi ile deruhte edilen iştirak hissesi iki vechelidir. Bir yandan şerik aleyhine borç doğurur diğer yandan şerike bu borcu ifa etmek hakkını bahşeder. Gerek kendi gerekse diğer şeriklerin iştirak hisseleri ile temin edilecek netice üzerinde



her şerik hak sahibidir. Kendi ediminin kabulündeki menfaati diğer şeriklerin edimi üzerindeki menfaata muvazidir. Bu itibarla şerik edimini bir borcun ifası şeklinde değil bir hakkın istimali şeklinde eda eder. Karşılıklı akitlerde böyle bir vaziyet yoktur.

f. Karşılıklı akitlerin çoğu muvakkat münasebetler yaratır. Umumiyetle karşılıklı akitler ilgililerin edimlerini ifa etmeleri ile tamam olur. Gerçi hizmet, kira gibi uzun süreli münasebetler yaratan mukaveleler de vardır. Lâkin hiç birinde şirket münasebetinin doğurduğu mahiyet ve ehemmiyette uzun müddetli münasebetler yaratılmış olmaz.

Şerikler arasında şirketin devamı müddetince menfaatlerde tam bir iştirak şuuru, gayeyi müştereken takip azmi ve müteakabil itimat mevcut ise şirket inkişaf edebilir. (Siegwart s.g.e. s. 36).

g. Şirket akdinin maddî kaynağı olan edimler daimî bir tahavvüle tabidir. Şirket kurulduğu sıralarda iştirak hissesi olarak vaz edilen malların çoğu ihtiyaç ve gayeye göre mütemadî değişiklikler geçirir. Meselâ ayın olarak vazedilen iştirak hisseleri nakde, nakit aynen tahvil edilir. Gerçi akitlerde de bir değişme mevcuttur. Lâkin buradaki mübadele ayrı şahıslar arasında vukubulduğu gibi uzun süreli de olsa bir defaya mahsustur, hedef ve mahiyet bakımından da farklıdır.

h. Şirket, şeriklerden birinin, ekseriyetin, veya hepsinin ittihaz edeceği bir kararla o anda mevcut vaziyetlere uyar. (Siegwart s. 36). Gerçi, «clasula rebus sic stantibus» kaidesinin, henüz umumî olmamakla beraber, hususî akitlerde kabulü ile bunlar için de değişik durumlara uyma imkânı yaratılmıştır. Lâkin birinde bu intibak ârızî ve istisnaî, muayyen şartların mevcudiyetine bağlı, diğerinde tabii ve aslidir. Şekil ve mahiyet bakımından da aralarında mühim farklar vardır.

i. Kanunî idare hakkı, ve temsil salâhiyeti, kârın peryodik tevzi, şirketin hitamında tasfiyesi gibi hukuk müesseseleri karşılıklı akitlere yabancı tezahür şekilleridir. (Siegwart s.g.e. s. 37).

j. Nihayet şirket, bilhassa şahsiyeti hükmiyeyi haiz ise, üçüncü şahıslarla münasebet tesis eder, bunlarla hukukî muameleler akdeder. Bu mukavelelerden bir takım mesuliyetler doğar. Bu mesuliyetler şirket malları üzerine şerikler arasındaki münasebetlere tesir icra eder. Karşılıklı akitlerde buna benzer bir şey yoktur. (Siegwart s.g.e. s. 37).

#### 4 Şirket ve ödünç akdi.

Şirket akdi ile karşılıklı akitleri genel olarak karşılaştırdıktan sonra mahiyet bakımından şirkete en çok yaklaşabilen bir iki akit nev'i üzerinde bilhassa durmak lâzımdır. Bunlardan biri ödünç diğeri hizmet akdidir. Ödünç ve hizmet akdini, bilhassa iki kişiden müteşekkil şirketlerden ayırmak müşkülât arzedebilir. Kâr hakkı tanınmışsa bu müşkülât daha da artar. Aşağıdaki izahattan maksadımız, teferrüata girişmeksizin, esaslı mahiyet farklarını tebarüzdür.

##### A. Ödünç akdi.

a. Ödünç verilen para «credendi causa» verilir. Şerik sermayesini «solvendi causa» yani deruhte ettiği borcu eda maksadiyle vazeder. (Sänger, Die Stillegesellschaft, s. 35). Bu itibarla tarafların bu bakımdan, rızalarını aksettiren terimlere bilhassa borcun ifasındaki maksat ve hedefe ehemmiyet verilmelidir. Mukaveledeki muhtelif hükümlerden, veya mukavele ahkâmının geçen müddet zarfındaki tatbikatından (T. K. 676) akidin borcu eda niyetiyle ifa etmediği daha ziyade karşı tarafa bir kredi vermek istediği tebarüz ederse, ödünç lehine aksi takdirde şirket lehine karar verilmelidir.

b. Ödünç akdinin mevzuu nakit veya misli bir şeydir. (T. K. madde 748. B. K. madde 306). Şirkette şirket gayesinin teminine yarayan her şey sermaye ittihaz edilebilir. (Siegwart s.g.e.). Borcun mevzuu sadece para veya misli bir eşya ise ayırma güçlük arzeder. Lâkin para veya misli eşya borçlusu bu borcundan başka say ve amelini vazetmeği taahhüt etmişse şirket lehine karar verilmelidir, meğer ki ödünç akdinden ayrı olarak bir hizmet akdinin de yapıldığı mukaveleden sarahatle anlaşılsın.

c. Ödünç alan aldığı parayı veya misli eşyayı dilediği gibi kullanır. Şirkete vazolunan sermayenin şirket gayesine tahsisi gerekir.

Ödünçte kâra iştirak hakkı tanınmış olsa bile ödünç veren yalnız kâr talep edebilir. Şerik ise edimlerin kâr teminine yarayacak bir tarzda istimalini talep ve bunu kontrol hakkını haizdir. Edimlerin istimali hususunda ödünçte serbesti şirkette bağlılık kaidesi cavidir. Mukavelenin muhtelif hükümlerinden karşı tarafın edimi istimal hususunda serbest kaldığı kanaati galebe çalıyorsa ödünç lehine karar verilmelidir. Buna mukabil para vazeden kimse bu paranın akitle muayyen hususlarda kullanılmasını talep hakkını haizse şirket lehine karar vermek gerekir.



ç. Ödünç alana kâr vaadedilir. Şirkette kâr şerikin en esaslı haklarındanadır.

Kâra iştirak hakkı tanıyan ödünç mukaveleleri de karşılıklı akitler grupuna dahildir. Bu itibarla kâra iştirak eden mukriz sabit faizden vazgeçse de borçlanılan edim ivaz mahiyetini zayi etmez. Ödünçte kâr, verilen sermayenin istimal karşılığıdır. Halbuki şirkette kâr müşterek faaliyetin mahsulüdür. Hizmet akdinde de vaziyet böyledir. Kâra iştirak hakkını tanıyan ödünç ve hizmet mukavelelerinin bariz vasfı bir tarafın işletme gelirine iştirak edebilmesi diğer tarafın taahhüt edilen edimi aynen karşılıklı akitlerde olduğu gibi istiyebilmesidir.

Şirket mukavelesi ile ödünç akdi arasında, bu noktada beliren farkı anlayabilmek için bilhassa kârın sureti tevzi hakkındaki hükümleri incelemek lâzımdır. Kârın mahiyeti, tesbit ve tevzi usulleri bize bir ip ucu verebilir. Meselâ, mukavelede faiz ön plânda, —T. K. 136ncı maddesine göre vazedilen sermaye için de faiz ita edilebileceği gözden kaçırılmamalıdır—, kâr ise talî bir rol oynuyorsa, kâr, para veya misli eşya vazedenden kimseye tanınan munzam bir menfaat olarak düşünölmüşse, akdi, ödünç olarak tavsif, tarafların niyet ve maksatlarına daha uygundur.

d. Ödünç akdinde ödünç alan ister kazansın ister zarar etsin, mukavelelerin hitamında iade edilecek para veya misli eşyanın tutarı değişmez. T. K.nun 749 uncu maddesine göre müstakriz istikraz ettiği şeyin müsavi nevi ve vasıfta olarak mislini muayyen vakitte iadeye mecburdur. Halbuki şirkette şerikin tasfiye payı zararla mütenasiben azalır. Meselâ, mukavelede, verilen para veya misli eşya için muayyen bir vade tesbit edilmiş ve edimin mezkûr vadede aynı tutarda iadesi kabul olunmuşsa, ödünç lehine mühim bir emaredir. Para veya misli eşyanın iadesi zamanı ve mikdarı yapılacak işin seyirine tâbi tutulmuşsa şirket vasfı galiptir.

e. Şirkette şerik diğer şeriklere kusuru ile verdiği zararları zamindir. (T. K. 137. B. K. 528). Şerik ehliyetsiz bir müdürü muayyen şartlar altında azlettirebilir. Ödünçte böyle bir tazmin borcu ve azıl hakkı, hattâ kâr vadedilmiş olsa bile, mevcut değildir.

f. Şerik şirketin tarzı cereyanından bizzat malûmat almak, şirketin evrak ve defterlerini tetkik etmek hakkını haizdir. Bu tetkik hakkı muhtelif şirketlerde şirketin mahiyetine uygun olarak geniş veya dardır. Lâkin mukavelede tasrih edilmiş olmasa da kanunen tanzim edilmiştir. Hattâ hususî şerikler bile 524 üncü maddenin de-

lâletiyle, komanditere tanınan haklardan istifade edebilirler. Halbuki ödünç akdinde ödünç verene kanunen bir tetkik salâhiyeti tanınmış değildir. Tetkik hakkı bakımından ödünç verenle ödünç alan arasındaki münasebet ödünç akdindeki hükümlere dayanır ve bu akdın doğuracağı münasebetlerden ibarettir.

g. Borçlar Kanununun 310 uncu maddesine göre ödünç alan kimse ödünçten sonra borcunu edadan aciz haline girmiş bulunursa, borç veren taahhüt ettiği şeyin tesliminden imtina edebilir.

Ödünç alan kimse akitten evvel borcunu ödemekten aciz halinde bulunup ta ödünç veren akitten sonra bundan haberdar olmuşsa, yine bu salâhiyeti kullanabilir. Şirkette böyle bir salâhiyet bahis mevzuu değildir.

h. Şirkette şeriklerin şahsî alacaklılarına muayyen şartlar altında fesih hakkı verilmiştir (T. K. 203). Bu hak karzda yoktur.

i. Karzda ödünç verenin ödünç alanın işlerine müdahale hakkı yoktur. Müdahale hakkı yalnız şeriklere verilmiş bir haktır. Şerik ise her ne suretle olursa olsun işletme ve idare üzerinde nüfuz sahibi olması gerekir. Diğer yandan idare hakkını haiz kimseler diğer şeriklere hesap vermekle mükelleftirler. Nüfuz sahası her şirkette bir değildir. Tevsi veya tahdit te edilebilir. Ancak hiç bir zaman mutlak olarak selbedilemez.

Ödünçte idareye müdahale hakkı yoktur. Hesap isteme salâhiyeti de mahduttur. Ödünç alan, verilen kârın hakikî kâra tetabuk ettiğini isbat ederse bunu ödünç veren kabule mecburdur. (Wieland c. I, s. 469).

j. Ödünç veren zarara iştirak etmez. Şerikin zarara iştirak borcu şeriklik vasıflarının önemli unsurlarındandır. Ancak sây ve amelini sermaye olarak vazedenden şerik zarardan muaf tutulabilir. (T. K. 142. B. K. 523). Bilhassa bu nokta şirketi ödünç akdinden tefriğe yarar. İç münasebette para veya misli eşya vazedenden kimsenin zarara da iştirak edeceği sureti mahsusada tasrih edilmiş ise şirket lehine kat'î bir emaredir.

II. Yukarıda da işaret edildiği veçhile, ödünç akdinde faiz ile birlikte veya faiz yerine kâr vadedilmişse tefrik bilhassa müşkülât arzeder.

a. Şirket ve ödünç akitlerini ayırmada tarafların mukaveleye verdikleri isme az çok ehemmiyet verilebilir. Lâkin burada da mukaveleye verilen ad kesin bir ölçü mahiyetini taşıyamaz. Akdın tavsifinde kıstas, kullanılan tabirlerden ziyade mukaveledeki hükümlerle-



rin hangi akit unsurlarına uyduğudur. Mukavelede kullanılan tabirler birbirine aykırı ise, mesele bir halde ortaklıktan diğer bir yerde krediden, bir halde sermayeden diğer bir yerde ödünçten bahsedilmişse tabirlerin tavsif bakımından kıymeti daha da azalır.

Mukavele başlığı ve mukavelede istimal edilen tabirler bahis mevzuu olacak akdin unsurlarına uyuyorsa, mesele yoktur. Mukavele hükümleri ile terimler arasında fark varsa, mukavele hükümlerinin uyduğu akit tipi lehine karar vermek lâzımdır. Meselâ ödünç veya ödünce yakın bir terim kullanılmış olmakla beraber mukavelede şirket unsurları hâkim ise mukavele şirket olarak vasıflandırılmak gerekir.

Siegwart'a göre, «mukavelename, paranın tahsis ciheti, idare hakları, bilânço, kâr ve zarar hakkında mufassal ahkâmı muhtevî ise, hattâ şirket için tipik olan bu unsurlardan yalnız bazıları açıkça tebarüz ettirilmişse, şirket mukavelesi kabul edilmelidir. Meselâ, kârın tarzı hesabı ve tevziine dair mufassal hükümler şirkete delâlet eder. Bilâkis kârın tevziinden bahsedilmiyerek mübadele hacmi üzerinden bir yüzde haddi kararlaştırılmışsa, bu kabil hükümler şirketin bulunmadığını gösterir. Lâkin burada da kullanılan tabirlere, terimlere pek itimat edilmemleidir. Faiz vaadi hakikatı halde mahdut ve teminatlı bir kâr talebi olabileceği gibi teminatlı bir kâr hakkı hakikatı halde faiz ve buna ilâveten verilen bir riziko primi mahiyetini taşıyabilir.

Murakabe hakkından sarahaten bahsedilmişse, şirket lehine bir emaredir. Lâkin alelâde sabit faizli ödünçlerde ödünç verene teminat olmak üzere defter ve bilânçoğu tetkik hakkının verilebileceği ve kâra iştirak eden mukrizin, mahdut olsa da, hesap istemeğe hakkı olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Ödünç alanın aynı sermaye ve sây ile iştirak edeceği hususuna bilhassa ehemmiyet verilmişse, bu halde de şirket lehine karar verilebilir.

Kâra iştirak eden mukriz yalnız kâr talep edebilir. Buna mukabil şerik, kâr teminine müsait ihtimamlı bir faaliyet sarfını da istemek hakkını haizdir. Bu hak yani diğer tarafın edimini talep hakkı şirket için ehemmiyetli bir noktadır. **Meselâ ödünç verenin** verdiği paranın gayeye tahsisini talep hakkı bilhassa tebarüz ettirilmişse şirket lehine bir emaredir.

Mukavelenin feshi hakkında mevzu hükümler de bazı ip uçları verebilir. Fesih hakkının mahiyeti şirketlerdeki hükümlere uyu-

yorsa, meselâ, muhik sebeplere binaen fesih hakkından bahsedilmişse, ve diğer fesih şartları da şirketlerdekine yakın ise mukavele şirket olarak tavsif edilmelidir. Bununla beraber bu ölçü de kat'i değildir.

Paranın tam olarak muayyen bir vadede iadesini tesbit eden bir hüküm ödünç için tipiktir.

Yukarıda da tebarüz ettirildiği veçhile bilhassa zarara iştirak keyfiyeti şirketi ödünçten tefrike yarar. Şeriklerden biri yalnız sây ve amelini ortaya koymuşsa veya iştirak hissesinde sây ve amel galip vaziyette ise (Siegwart s.g.e. s. 121), zarardan muaf tutulabilir. Bu itibarla iç münasebette para vazeden kimsenin zarara iştirak edeceği tasrih edilmişse, şirket lehine karar verilmelidir.

Zarara iştiraktan muafiyet ile birlikte paranın tam olarak iadesi ve iadenin kefalet ve rehinle temini ödünçe delâlet eden mühim emarelerdendir.

Sayılan fark ve imkânlar bir netice vermediği takdirde, ilgililerin sosyal durumuna, aralarındaki şahsî münasebetlerin tanzim şekline bakılmalıdır. Aynı sosyal seviyede bulunuş, hısımlık ve dostluk münasebetleri daha ziyade şirket lehine emarelerdendir (Wieland c. I, s. 470).

Gayrı vazih vaziyetlerde muhtelit bir münasebet kabul edilerek ödünç ve şirketler hakkındaki hükümler birlikte tatbik edilebilir. Hattâ iç münasebette ödünç dış münasebette şirket kabul edilebileceği gibi şirketle ödünç akdi birleştirilmiş de olabilir. (Siegwart'tan nakledilmiştir s.g.e. s. 39-41).

### **B. Hizmet akdi.**

Hizmet akdinin mevzuu, bedenî ve fikrî sâydır. (B. K. 353). Şirketlerde de şerik iştirak hissesi olarak sây ve amelini vazedebilir. Müstahdeme kârdan bir hisse verilmesi şart edilmişse benzerlik daha da artar.

Yukarıda gerek iki tarafa mükellefiyet tahmil eden akitlerle gerekse ödünç mukavelelerinde tebarüz ettirilen fark ve ölçüler şirketi hizmet akdinden tefrike yardım etmekle beraber her iki akit tipi için bilhassa ehemmiyetli olan üç prensip üzerinde durmak lâzımdır:

a) Hizmet akdinde müstahdem akde dayanarak hizmetin ifasını talep hakkını haiz değildir, ancak ücretini isteyebilir. Umumiyetle iş sahibi hizmeti kabule mecbur tutulamaz. Esasen müstahdem'in de



ücreti ödendikçe işi görmekte bir menfaati yoktur. Borçlar Kanununun 324 üncü maddesi parça üzerine veya götürü çalışan işçiler hakkındadır. Bu hallerde ücret verime göre hesap edildiğinden kanuncu işçiye kâfi miktarda iş verilmesini istemek hakkını bahşetmiştir. Maddenin gayesi işsizliğin doğurabileceği neticeleri her iki akide tahmildir. (Oser s.g.e. s. 651). Bu istisna dışında, ki mahiyet itibariyle şirketlerle hizmet akitlerinin benzerlik arzedeceği sahalarda pek rol oynamıyacaktır, çünkü burada hizmet zaman üzerinedir, iş sahibine hizmeti kabul mükellefiyeti ancak mukavelede sureti mahsusada tasrih edilmişse, veya artist mukavelelerinde olduğu gibi, halin icabından doğuyorsa, yüklenebilir (Wieland c. I, s. 472).

Şirkette şirket mukavelesi ile veya kanunen idare hakkını haiz olan şerik, uhdesine düşen hizmeti ifa hakkını haizdir. Bu itibarla kendisine gereken faaliyet sahasının ayrılmasını isteyebilir.

Şirkette kâr müşterek faaliyetin bir mahsulü olduğundan, her şerik, bu kârı temin edecek işleri görmekte menfaattardır.

b) Hizmet mukavelesinden ve kanundan doğan haklara hâlel gelmemek üzere, iş sahibi müstahdemi her zaman işten çıkarabilir. Bu hak ticarî mümessil ve ticarî vekiller için Borçlar Kanununun 456 ncı maddesinde açık olarak tasrih edilmiştir. Bundan başka iş sahibi ticarethanesini her zaman kapatabilir. Şerikin şirket mukavelesine binaen haiz olduğu idare haklarının nez'i muhik sebebe kolektif ve komandit şirketlerde hususî merasime bağlıdır. Şirket işletmesi ise, ancak fesih ve tasfiye sebepleri mevcut ise terki faaliyet eder. (Wieland 472).

c) Müstahdemi âmirinin emrine riayete mecburdur. İdare hakkını haiz şerik şahsî takdirine göre hareket eder. Gerçi diğer şeriklere hesap vermekle mükelleftir, lâkin muameleyi onların itiraz ve muhalefetine rağmen icra edebilir (T. K. 160).

İstihdam eden müstahdeme kârdan bir hisse verse dahi, ticarethanenin âmiri kalmak, ticarethaneyi müstakilen idare etmek, ve idare hakkını müstahdemle paylaşmamak arzusundadır. (Wieland c. I, s. 473).

Yukarıda izahına çalışılan esaslar dışında şirket akdi ile hizmet mukavelesi arasında muhtelif mahiyet ve hüküm farkları tesbit edilebilir. Lâkin bunların çoğu tefrikte emin bir kıstas olamaz. Bununla beraber hizmet akdinde âmir hükümlerin çokluğu ödünç akdine nisbetle daha büyük farklar yaratır. (Siegwart s.g.e. s. 42).

Karzda olduğu gibi burada da tarafların mukavelede kullandık-

ları terimlere itimat edilebilir. Hattâ, Siegwart'a göre, akitteki terim birbirine aykırı hükümleri dahi kıymetten düşürebilir.

Şirkette evvelce de arzedildiği gibi kâr ve zararın paylaşma şekli mühim rol oynar. Evveleminde şerik veya müstahdem olarak tavsif edilecek şahsa bu kârın ne suretle tevzi edileceği, mübadele hacminin mi, safî kâr tutarının mı esas alındığı tayin edilmelidir. Safî kâr daha ziyade şirkete delâlet eder. Buna mukabil kâr hissesi mücerret olarak tesbit edilmiş, ve bunun her halde ödeneceği kararlaştırılmışsa, yani kâr adı altında verilen pay ivaz mahiyetini taşıyorsa, hizmet akdi kabul edilebilir.

Bilhassa zarar hakkındaki hükümler, hizmet mukavelelerini şirketten tefrikte mühim ip uçları verebilir. Müstahdem yalnız sây ve amelini vazettiğinden, şerik sıfatiyle de zarardan muaf tutulabilir. Sây ve amelini vazedenden kimse iç münasebette zarara iştiraki dış münasebette mesuliyet deruhte etmişse, akdin şirket olarak tavsifi gerekir. Ancak bazı masraflara iştirak zarara iştirak manâsına geleceği gibi zarardan muafiyet de hizmet akdi lehine kat'î bir emare değildir. Bununla beraber taraflar, mukavelede zarardan bahsetmişler ve diğer tarafın zarara iştirak ettirilmeyeceğini tasrih etmişlerse, niyet ve maksatlarının şirket olduğu kabul olunabilir. Çünkü hizmet akdinde müstahdemın esasen zararla bir ilgisi yoktur. Tarafların bu nokta üzerinde durmuş olmaları şirket lehine bir emare sayılabilir.

Akitlerin haiz olacağı hakların mahiyeti de mukavelenin tavsifi üzerine müessirdir. Bu haklar şirket gayesine tâbi olacaksa, diğer bir söyleyişle gayenin tahakkukuna ehemmiyet verilmiş, kâr hakları ikinci plânda kalmış ve işletmenin verimine tâbi tutulmuşsa, mukavelede şirket vasfı galiptir.

Tarafların gayeyi gerçekleştirmek bakımından vecibeleri üzerinde bilhassa durulmuş ve bunların gayeye olan irtibatı tebarüz ettirilmişse şirket lehine karar verilmelidir.

Şerikin tetkik hakkı müstahdeminkine nisbetle çok geniştir. Gerçi Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre, ücretle birlikte kârdan bir hisse verilmesi mukavele edilmişse, iş sahibi işçiye ve onun yerine iki tarafın veya hâkimin tayin edeceği bigaraz bir kimseye kâr ve zarar hakkında muktazî malûmatı vermeğe ve lüzumlu olan hesap defetirlerinin muayenesine müsaade etmeğe mecburdur. Müstahdemın bu tetkik hakkı mukavele ile tevsi edilebilir. Lâkin tevsi edildiği nisbette akit te şirkete yaklaşır. Tet-



kik hakkının vüs'at ve şümülü âkidin ticarethane üzerindeki menfaatlerini tayinde mühim bir ölçüdür, tetkik hakkı fazla geniş tutulmuşsa bu az çok müdahaleyi de birlikte getirir. Müdahale ise şirketler için tipik bir unsurdur. Müstahdem in idareye müdahale hakkı yoktur. Ticarethaneyi idare eden kimse hatâlı ispekülasyonları ile zarar verse dahi müstahdem bu kabil muamelelere mâni olamaz.

Taraflar arasındaki münasebetin mahiyeti, uzunluğu, kısalığı da tavsif bakımından rol oynayabilir. Mukavelede, her iki âkidin hak ve borçları birbirine az çok müsavi, süre hizmet aktitlerinde mutad olandan uzunsa, şirket; buna mukabil, hak ve borçlar arasında bariz farklar mevcut olup biri diğerine tâbi vaziyette ve mukavele süresi de kısa ise hizmet akdi lehine karar verilmelidir.

Kezalik burada da fesih hakkındaki hükümler bir ip ucu verebilir. Hizmet akdinde de mühik sebebe binaen fesih hakkı tanınmış olmakla beraber, mahiyeti doğum sebepleri, feshi ihbar müddetleri az çok şirketlerden farklıdır. Mukavelede feshin neticelerinden, bilhassa tasfiyeden bahsedilmişse şirket lehine bir emaredir.

Nihayet hizmet ediminden ayrı olarak nakdî veya aynî bir edimin edası kabul edilmişse bu da şirket lehine tavsif için mühim bir unsurdur.

**Halil Arslanlı**