

## HUSUSİ ŞİRKETLERİN MAHİYETİ

Doçent Dr. Halil Arslanlı

I. Hususî şirketlerin menşei orta çağa kadar uzanır. Bu tarihlerde, bilhassa Fransa ve İtalyanın sahil şehirlerinde «accomandita» veya «simplicita» yahut «société anonyme», «compte à demi», «compte en participation» terimleri altında bugün hususî şirket olarak tanınan hukuk müesseselerine çok yaklaşan şirket tiplerine tesadüf etmek mümkündür. (Pic, Des Sociétés Commerciales, III, s. 602, G. Poulle, Associations Commerciales en Participation, s. 5).

Hususî şirket orta çağdanberi, Fransız ticaret hayatında geniş bir tatbik sahası bulmuş olmasına rağmen, 1673 tarihli «Ordonnance» a girmemiştir. (Poulle, z. g. e. s. 3). Fransız Ticaret Kanununun meriyete vaz'ından önce hususî şirketlerin mümeyyiz vasıflarını şöyle telhis edebiliriz: 1. Hususî şirketler geçici, muvakkat muamelelere mahsus bir müessesedir. 2. Üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmez. 3. Yalnız âkidler arasında hüküm ifade eder. 4. Şirket sermayesi üzerindeki mülkiyet müşterek olmayıp, şerikler sadece âkid şerike karşı bir alacak hakkını haizdirler. 5. Yalnız âkid şerik üçüncü şahıslarla muameleye girişir ve üçüncü şahıslarca tanınır. (Poulle, s. g. e. s. 15).

Fransız Ticaret Kanunu bu doktrini değiştirmeden kabul etmiş ve dört kısa madde ile hususî şirketleri tanzime çalışmıştır. (Article 47 : Indépendamment des trois espèces des sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation. Article 48 : Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. Articles 49 : Les associations en participations peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le Tribunal, juge qu'elle peut être admise. Article 50 : Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.). Mülga Ticareti Berriye Kanunnamesinin 36, 37, 38 ve 39. uncu

maddelerine bu hükümler mehzaz teşkil eder. (Madde 36 : «Bâlâda muhar-rer üç nevi şirketlerden başka hissedarlık veçhile ticaret şirketleri dahi hasbelkanun muteber ve makbuldür». Madde 37: «İşbu şirketler bir veya-hut müteaddit ve mütenevvi ef'ali ticarete dair olup mebnialeyyha olan eşya ve emval ve gerek sureti terkipleri ve beher şerikin hissel şayiası hisse-darlar beyninde münakit şurut ve mukavelâtı mahsusalarına mevkuftur.» Madde 38: «Berveçhi hissedarlık şirketlerin isbatı ticaret defterleri ve mektuplarının ibrazı ile olmak lâzımdır». Madde 39: Berveçhi hissedarlık olan şirketler sair şirketler hakkında mer'iyülicra olan tekellüfat ve ka-vaiddi resmiyeye muhtaç değildirler».

Demek oluyor ki hususî şirkette anonim ve kollektif gibi Türk Hu-kukuna hariçten girmiştir. Bu meyanda, Mecellede, bahis mevzuu muh-telif şirket şekillerinin mahiyet itibariyle hususî şirketten pek farklı ol-madıkları gözden kaçırılmamalıdır. Hususî şirket yabancı bir ülke mah-sulü olmasına rağmen Türk Ticaret hayatında da geniş bir rağbete maz-har olmuştur. Bununla beraber tanzim şekli çok muhtasar olduğu gibi eski müelliflerin bu müesseseye tahsis ettikleri ilmi alâka da pek geniş değildir.

Eski hukuk, hususî şirketleri şöyle tarif eder: «Bir veya birkaç mah-dut veya muayyen muamelei ticariyeyi icra etmek maksadiyle iki veya daha ziyade eşhasın beyninde aktolunan şirkete» «şirketi hususiye» veya «şirketi muvakkate» kanunî tâbir veçhile «berveçhi hissedarlık şirket» denilir.

Hususî şirketleri diğer şirketlerden tefrik için iki usul mevcuttu.

Birinci usul: Hissedarlık veçhile şirket bir veya müteaddit ticarî muamele icra etmek üzere teşekkül eder. Kollektif ve komandit şirketin maksadı aleliltlak icrayı ticaret iken hissedarlık veçhile şirkette bir veya birkaç ticarî muamele icrası deruhte edilmiştir. Bu usulü terviç edenler mesnet olarak kanunun 37 nci maddesini ileri sürerler. Tefrikte başlıca kıstas şirketin mevzuudur. Bu mevzu icrayı ticaret kastolunmaksızın bir veya müteaddit ticarî muameleye münhasır ise şirket hususîdir. İcrayı ticaret kasdı varsa, şirket kollektif veya komandittir. Bu müelliflere göre hususî şirket ticarî muameleleri sanatı mutade halinde icra edemez. 1921 tarihli tadilâttan önce bazı eski fransız müellifleri de, hususî şirketleri di-ğer şirketlerden tefrikte aynı ölçüye başvurmuşlardır.

İkinci usul: «Hissedarlık veçhile ticaret şirketini diğer şirketlerden tefrik eden hususî şirketi mezburenin bir veya müteaddit muamelei tica-riyede bulunması olmayıp muamelâtı vakıanın şahsı vahit namile icra olunmasıdır. Buna binaen şürekânın esamisi halka ilân edildiği halde şir-ket kollektif, ve münasebat şürekâ beyninde takarrür ederse, hissedarlık

veçhile şirket olur. Maazalik bu şirketi ahirede de muamelât alelûmum muayyen ve mahdut olmak şarttır.» (Nazret Hilmi, Teşrihi Kanunu Ticaret, s. 106). Bu telâkkinin menşeiini de fransız doktrininde aramak lâzımdır. Modern fransız müelliflerinin çoğu hususî şirketlerin mümeyyiz vasıflarını gizli kalmak hususunda görürler.

Nazret Hilmi izahatına diğer bir müelliften naklen şöyle devam eder: «Bu şirketin ismi olmadığından anonim şirket tesmiye edilmiştir. Halka göre hiç bir ehemmiyeti olmadığından bunda eşhas tayin etmez. Şöyle ki, gerek iştirak gerek fûruht esnasında hukuku akd doğrudan doğruya şürekâdan âkid bulunan zata aittir, yani mali müşteranın semenini müşteri olan şerik eda ve müşteriden semeni mebiî bayi olan şerik kabzeder. Her ikisi birlikte şahsı salise karşı bir gûna taahhüde bulunmazlar. Yalnız icrayı muamele eden kimse iltizam etmiş olur. Umuru şirketten dolayı şürekâ yalnız yekdiğerine karşı taahhüdatı mütekabilede bulunurlar.»

Kezalik aynı eserde yine naklen şöyle denilmektedir: «Hissedarlığın esasını teşkil ettiği şey icrayı muamele eden şerikin yalnız kendi itibariyle iş görmesidir». «Bu nevi şirketlerde diğer şirketler gibi ilân vesair merasimin icra olunmaması doğrudan doğruya icrayı muamele eden şerikin gayri şerik veya şürekânın eşhası salise ile bir gûna münasebeti olmadığına ve olamayacağına delili kavidir. (Nazret Hilmi, z. g. e. s. 107).»

Eski hukuka göre hukukî durum hülâsaten bu merkezde olup her bakımdan mehaz memleket doktrini ile müşabebet arzeder.

Meriyete girmemiş olan yeni Ticaret Kanunnamesi lâyihasındaki tarifin daha ziyade alman doktrinine yaklaştığı görülmektedir. Bu lâyihaya göre hususî şirket bir tacirin yahut bir şirketi ticariyenin bir ve daha ziyade eşhasa veya bir veya müteaddit şirketlere bir veya müteaddit muamelâtta veyahut bilcümle ticarete vukubulacak temettü ve ziyandan hisse çıkarmasına şirketi zimniye tâbir olunur. (Mehmet Celâlettin, zikri geçen eser, s. 294). Bu tarife göre âkid şerik ancak bir tüccar veya ticaret şirketi olabilir. Diğer yandan hususî şerik tüccar veya şirkete ait işletmenin bütün muamelelerine iştirak edebileceği gibi bir veya müteaddit muameleye de ortak olabilir. Halbuki Kanunnamei Ticarete göre hususî şirketin mevzuu ancak muayyen ve mahdut ticarî muameleler olabiliyordu. Yeni lâyihadaki tarifte hususî şirket daha ziyade bir şahsın diğer bir şahsa ait ticarethaneye üçüncü şahıslara kendini tanıtmaksızın iştiraki şeklinde vasıflandırmak gerekir. Filhakika Alman Ticaret Kanunu da hususî şirketi bir şahsın bir ticarethanenin kâr ve zararına iştiraki şeklinde tarif etmektedir (A. Ticaret K. madde 335).

Bu lâyihada diğer bir yenilik zimnî yani hususî şirketlerin ticaret şirketleri için mevzu usul ve merasime tâbi olmamakla beraber, inkâr halinde mutlaka yazılı beyyine ile isbat edilmek lâzım geleceğidir.

Ticaret Kanunnamesi lâyihasında bahis mevzuu hükümler meriyete girmemiştir. Mer'î olan Ticaret Kanunundaki hükümler gözden geçirilirse, halihazır durum ile eski hukuk arasında büyük bir fark bulunmadığı göze çarpar. Yalnız şirket mevzuu tevsi edilmiş gibi görünmektedir.

II. Türk kanun vaznı, hususî şirketlere ayrı bir fasıl tahsis etmekle beraber, bunları ticaret şirketlerinden sonra tanzim etmesi, hususî şirketlere de şirket vasfını tanıdığına delâlet eder. Nitekim alman hukukunda da müellifler aynı mülâhaza ile hususî şirketlerin şirket vasfını kabul etmektedirler (Saenger, Die stille Gesellschaft, s. 28. Wieland, Handelsrecht, I., s. 775. Fransız hukuku da hususî şirketlere şirket vasfını tanıır. Bu husus 1921 tarihli tadilâttan önce az çok münakaşalı idi (Pic, Des Sociétés Commerciales, II. s. 633). (Hususî şirketlerde mukavelenin şekli hakkında Baro mecmuasında çıkan makaleme bakınız).

Ticaret şirketleri Ticaret Kanununun 121 inci maddesinde, kollektif, komandit, limited, anonim ve kooperatif olmak üzere tahdidî bir tarzda tadat edilmiştir. Hususî şirketlerden bu maddede bahis yoktur. Demek oluyor ki hususî şirket, Türk Ticaret Kanununa göre «ticaret» şirketi vasfını haiz değildir. Eski Kanunnamei Ticaret, 10 uncu maddesinde, ticaret şirketlerini kollektif, komandit, anonim olmak üzere üç nev'e tefrik ettikten sonra, 36 ncı maddesinde «mezkûr şirketlerden başka, hissedarlık veçhile ticaret şirketlerinin dahi hasbelkanun muteber olacağını tasrih etmekle» hususî şirketleri de ticaret şirketleri grubuna ithal etmiştir. (Mehmet Celâlettin, z. g. e. s. 116).Hususî şirketi ticaret şirketi olarak tavsif veya ademi tavsifin mukavele boşluklarında tatbik edilecek hükümleri tayinde mühim tesiri vardır. Hususî şirket ticaret şirketi olarak tavsif edilebiliyorsa evvelemirde Ticaret Kanunu hükümlerinin tatbiki lâzımgelir. Halbuki diğer şıkta önceden mahiyeten en uygun gelen âdi şirketlere müracaat gerekir.

Ticaret Kanunumuz hususî şirketleri 518 inci maddesinde tarif eder. Bu maddeye göre «iki ve daha ziyade kimse arasında, bir veya müteaddit, muayyen ve muvakkat veya mütevali muamelâtı ticariyeyi içlerinden biri kendi ismi veya unvanı ile icra ederek, şürekâsına hesabını ita ve onlara mukarrer şerait dairesinde kâr ve zararlarını taksim eylemek üzere akdi mukavele olunmasına şirketi hususiye» itlâk olunur.

Kanunun diğer maddelerinde, hususî şirketler hakkında vazeylediği hükümleri gözönünde tutarak bu şirket tipinin fârik vasıflarını şöylece tayin edebiliriz:

a. *Hususî şirket, iki veya daha ziyade kimseler arasında aktedilir.* Kollektif, komandit ve âdi şirketlerde de vaziyet böyledir.

Alman hukukuna göre hususî şirketler yalnız iki şahıs arasında akte-  
dilebilir. İki'den ziyade kimseler şirket akdetmişlerse, müteaddit hususî  
şirket mukaveleleri mevcuttur. Ancak bu müteaddit kimseler kendi ara-  
larında bir birlik kurarak, âkid şerike karşı tek bir cephe almış olabilir-  
ler. Diğer bir ifade ile hususî şeriklerin adedi birden fazla ise, herbirini  
âkid şerike bağlayan hukukî bağ ayrı olabileceği gibi, bütün hususî şerik-  
lerin birleşerek, meselâ kendi aralarında âdi bir şirket tesis ederek, âkid  
şerikle mukavele yapmaları da mümkündür. Demek oluyor ki alman hu-  
kukunda hususî şirket mahiyet itibariyle iki tarafı ihtiva eden bir akiddir.  
Hususî şirketlerin adedi fazla ise adetleri nisbetinde hususî şirket akdi  
vardır. Hattâ bu yüzden hususî şirketlerin şirket vasfı dahi münakaşa  
edilmiştir. (Saenger, z. g. e. s. 32. Wieland, z. e. g. s. 777. Müller-Erzbach,  
Deutsches Handelsrecht, s. 355. Wespi, Die stille Gesellschaft im schwei-  
zerischen Recht, s. 17-18).

Fransız hukukunda hususî şirket diğer şirketler gibi çok taraflı bir  
akiddir. (Pic, z. g. e. s. 609, 611, 627, 633. Poulle, z. g. e. s. 27, 45, 46).  
Hususî şerik adedinin artışı müteaddit şirket mukavelelerinin akdini istil-  
zam etmez. Bir tek hukukî bağ bütün şerikleri bir araya toplar. Bu şe-  
riklerden yalnız birinin üçüncü şahıslarla münasebete girişmesi mukave-  
lenin bu şerikle diğer şerikler arasında yapıldığına delâlet etmez. Şerik-  
lerden her biri bu hakkı haiz olabilir.

İsviçre hukuku hakkında Siegwart (Das Obligationenrecht, Die Per-  
sonengesellschaften, s. 8) şu izahatı verir: «Tatbikatta, hususî şirket ola-  
rak tesmiye edilen hukuk müessesesi, tipik şekli ile bir şirket, daha doğ-  
rusu âdi bir şirkettir. Bu kabil şirketlerde, tâbirin de işaret ettiği veçhile  
bir veya hiçbir şerikin kendilerini üçüncü şahıslara tanıtmamaları, ala-  
caklılara karşı mesulyet deruhte etmemeleri karakteristiktir. Mezkûr  
iç-şirket vaziyeti, gayesi ne olursa olsun, her âdi şirkette mevcuttur. Lâ-  
kin kâideten şirket gayesi yalnız icrayı ticaret olan iç şirketler hususî şir-  
ket olarak vasıflandırılmaktadır.» Diğer bir yerde devamla «Hususî şe-  
riklerin adedi birden fazla ise, herbirini dış şerike bağlayan hukukî mü-  
nasebet ayrı olabileceği gibi, bütün şerikleri tek bir bağın ihata etmesi  
de mümkündür. Ancak son halde, hususî şerikler, müsavi ve hususî vazî-  
yetleri icabı âkid şerike karşı bir nevi vahdet arzedebilecektir.»

Türk hukukuna gelince, Ticaret Kanununun 518 inci maddesindeki  
açık hükme ve bu hükmün âdi şirketleri tarif eden Borçlar Kanununun  
520 nci maddesine aynen tekabül etmesine binaen, (B. K. madde 520. Şir-  
ket bir akittir ki, onunla iki veya daha ziyade kimseler...) Fransız ve İs-  
viçre hukukunda olduğu gibi, bizde de hususî şirketi iki taraflı değil çok  
taraflı bir şirket mukavelesi olarak tavsif etmek gerekir. Hususî şerik-  
lerin adedi taaddüt etse de âkid şerikle bunlar arasındaki münasebet tek

bir hukukî bağ ile tanzim edilebilecektir. Yani hususî şirket mukavelesi de tam bir şirket mukavelesidir. Şerikler şirket kurmak hususundaki iradelerini diğer şirketlerde olduğu gibi izhar ederler, bu beyanlar yalnız âkid şerike müteveccih olmadığı gibi iki taraflı da değildir. Alelâde akidleri şirketlerden ayıran en mühim unsur alelâde akidlerde iki taraflılık prensibinin hâkim oluşu şirketlerde ise mukavelenin çok taraflı da olabileceğidir. Kanaatımızca bu çok taraflı olabilme vasfı hususî şirket mukavelelerinde de mevcuttur. Mukavele âkid şerikle hususî şerikler arasında aktedilmiş bir mukavele olmayıp, üçüncü şahıslarla olan muamelelerde idare hakkına bakılmaksızın, hepsini cami bir şirket mukavelesidir. Şerikler üçüncü şahıslarla kendi namına ticarî muameleleri ifa etmek üzere içlerinden birini tavsif etmiş olabilirler. Kezalik bu salâhiyet şeriklerden bir kaçına veya cümlesine verilmiş olabilir, hattâ fikrimizce mukavelede âkid şerik tayin edilmemişse, her şerik kendi namına üçüncü şahıslarla muameleye girişmek hakkını haizdir. Daha da ileri giderek diyebiliriz ki iki kişiden müteşekkil bir şirkette her iki şerikin de âkid şerik sıfatını haiz olması mümkündür. Bu halde yapılan muamelede şeriklerin sıfatları değişebilecektir. Meselâ A. nın Ü. ile yaptığı işde B. hususî şerik vaziyetinde olacak ve B.nin Ü. ile yaptığı bir işde A. hususî şerik vasfını iktisap edecektir. (Pic cild III. s. 635). (Hirş de aynı kanaattedir. Ticaret Hukuku adlı eserine bakınız).

Ancak, hususî şirket tacir olan ve olmıyan şeriklerden müteşekkil ise, Ticaret Kanununun 519 uncu maddesinin son cümlesine binaen, ticarî muamelelerinin ifası hakkı tacir olan şerike aittir. Fikrimizce, kanunun bu hükmü âmir mahiyette telâkki edilmemelidir. Gayrı tacir ile münakit hususî şirkette tacir olan şerikin hususî şerik olması mukavelenin mahiyetini değiştirmez. Kanunun vazettiği hüküm bir karineden ibarettir. Hîlâfına şirket mukavelesinde sarahat yoksa, üçüncü şahıslarla muamele ifasına tacir olan şerik yetkilidir. Lâkin taraflar bu salâhiyeti gayrı tacir olan şerike de vermiş olabilirler. Kanuncu mutad olan şekli halden hareket etmiştir. Bu hükme tarafların menfaati icabı âmir bir mahiyet izafe edilemez. Alman hukukunda vaziyet böyle değildir. Mezkûr hukuk çevresinde hususî şirket, bir şahsın, tacir veya küçük tüccarın ticarethanesine iştiraki şeklinde tavsif edilir (Alman T. K. madde 335). Bu itibarla âkid şerik ticarethanenin sahibi yani tüccar olan taraf olabilir, (Wieland, z. g. e. C. I. s. 774), tüccar olmıyan tarafın âkid şerik olmasına imkân yoktur. Bizde ise hukukî durum anlattığım şekilde takdir edilmelidir. Esasen menfaatler vaziyeti de buna mâni değildir. Hususî şirket gizli bir şirkettir. İşbu şirket gizli kaldıkça, âkid şerikin sıfatını tayine ve yapılan muameleleri iptale imkân olmadığı gibi, herhangi bir sebeple ortaya çık-

tığı hallerde de, bu kabil şirket mukavelelerinin iptalini mucip olacak muhik bir menfaat ve müeyyide de yoktur.

Yalnız, şirket mevzuu bir veya müteaddit muamele ticariye olmayıp mütevali ticarî muamelelerse, tacir olmıyan şerik de Ticaret Kanununun 9 uncu maddesi icabı tacir sıfatını iktisap eder.

Hususî şirketlerde âkid ve hususî şerik sıfatını hükmi şahıslar da alabilirler (Siegwart, z. g. e. s. 74. Wieland, c. I. s. 777). Ticaret Kanununun 518 inci maddesindeki «kimseler» tâbiri hakikî şahıslara muzaf olarak tefsir edilebilirse de, aynı tâbir Borçlar Kanununda da kullanılmıştır. (B. K. madde 520). Âdi şirketlerde her türlü hükmi şahısların, hattâ kollektif ve komandit şirketlerin âza olabileceği kabul edildiğine göre hususî şirketlerde aynı esasın tecvizine kanunî bir mâni olmasa gerektir.

*b. Hususî şirket bir veya müteaddit, muayyen ve muvakkat, veya mütevalî ticarî muameleler için akdolunur.*

Yukarıda hususî şirketlerin tarihçesinde işaret edildiği veçhile, eski Türk Hukukunda hususî şirketlerin mevzuu bir veya bir kaç mahdut ve muayyen ticarî muamelelere hasredilmişti. (Cemalettin, z. g. e. s. 291/161, Nazret Hilmi, z. g. e. s. 103). Ticarî muamelelerin bir şube veya bir kısmı müstemirren icra edilmek üzere akdolunan şirket hususî şirket değildir. (Kanunnamei Ticaret, madde 37): Buna mukabil kollektif ve komandit şirketlerin mevzuu icrayı ticaret olarak kabul edilmişti. Mevzu bakımından her iki şirket tipi arasındaki mezkûr fark bunları tefrik işini de az çok kolaylaştırıyordu.

Kanunnamei Ticaretin 37 nci maddesine mehz teşkil eden Fransız Ticaret Kanununun eski 48 inci maddesi de hususî şirketlerin mevzuunu bir veya müteaddit ticarî muamelelerle tahdit etmişti. Fransız Ticaret Kanununun hususî şirketleri tarif etmiyerek yalnız mevzudan bahsetmesi ve mevzuu da muayyen muamelelere hasretmesi bir kısım müellifleri, hususî şirketlerde mümeyyiz vasıf olarak mevzuu esas ittihaz etmeğe sevk etmişti. (Pouille, z. g. e. s. 17, Pic, C. III. z. g. e. s. 606). Modern Fransız Doktrini ve Ticaret Kanununun muaddel hükmü bu telâkkiyi terketmiştir. (Madde 48: Les associations en participation ont lieu, pour les objets, dans les formes ou proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties). Halihazır duruma göre hususî şirketler her türlü ticarî muameleleri mevzu ittihaz edebilirler. Ekseri hallerde hususî şirketlerin mahdut muameleler için teşkil olunacağı beyan edilmekle beraber, ticarî muamelelerin mutad sanat halinde icra edilmesine kanunî bir engel bulunmadığı da ilâve olunmaktadır. Hususî şirketin mevzuu herhangi bir ticarî veya sınaî branşın bütününe şamil olabilir. Meselâ gazetecilik gibi uzun süreli bir teşebbüs de mevzu ittihaz edilebilir (Pic, C. III, z. g. e. s. 610).

İsviçre Hukukunda da hususî şirketlerin mevzuu tahdit edilmemiştir. Bilâkis yalnız iç münasebeti ihtiva eden âdi şirketlerden hususî şirketleri tefrik için kıstas hususî şirketlerde mevzuun icrayı ticaret olmasıdır. İsviçre hukukunda hususî şirketler için ayrı ahkâm mevcut değildir. Âdi şirketler hakkındaki hükümlerle idare olunabileceki kanaati hâkimdir. Âdi şirketlerde münhasıran şerikler arasındaki münasebetlere şamil olmak ve üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmemek üzere teşekkül edebileceklerine göre bu kabil iç şirketleri hususî şirketlerden tefrik için mevzua bakılmaktadır. Siegwart'a göre tatbikatta hususî şirket olarak adlandırılan hukuk müessesesi tipik şekli ile bir şirket daha doğrusu âdi şirkettir. Kaideten mevzuu yalnız icrayı ticaret olan iç şirketler hususî şirket olarak vasıflandırılmaktadır.» (Siegwart, z. g. e. s. 6/7, Wespi, z. g. e. s. 25).

Alman hukukunda hususî şerik âkid şerikin ticarethanesine iştirak eder, bir veya müteaddit ticarî muameleye iştirak kâfi değildir. Son halde Wieland'a göre ya müteaddit muameleler için bir hususî iştirak veya âdi bir şirket mevcut addolunur (z. g. e. s. 774, atıf No. 8).

Türk Hukukuna gelince, Ticaret Kanununun 518 inci maddesinde, hususî şirketin mevzuu hakkında vazedilen hüküm pek vazih değildir. Bu hükmü iki muhtelif mânada tefsir etmek mümkündür:

1. Hususî şirketin mevzuu bir veya müteaddit ticarî muamele olabilir. Bir veya müteaddit ticarî muamele «muayyen ve muvakkat» veya «mütevali» dir. Bu tefsir tarzına göre, hususî şirketlere mevzu olabilecek ticarî muameleler iki kısma ayrılmış ve bu iki kısım iki muhtelif nev'e tefrik edilmiştir, yani «muayyen ve muvakkat» ve «mütevali» tâbirleri bir veya müteaddit ticarî muamelelere muzaaftır, mevzu ittihaz edilen bir muameleyi ticariye ya muayyen ve muvakkattır veya mütevalidir, keza lik mevzu ittihaz edilen müteaddit ticarî muamele de ya muayyen ve muvakkattır veya mütevalidir.

Bu tefsir şekli şöyle bir mantıkî mülâhaza ile müdafaa edilebilir. Kanuncu, «mütevali» muameleleri ayrı bir kategori olarak düşünmüş olsaydı, bunu «bir veya müteaddit» muamelelerden sonra zikretmesi icap ederdi. «Muayyen ve muvakkat» tâbirleri bir veya müteaddit ticarî muameleye muzaaf olduğu gibi «mütevali» tâbiri de «bir veya müteaddit» muamele kategorilerine müteferri bir vasıftır. Nitekim Menasse de mezkûr maddeyi yukarıki mânada tercüme etmiştir. (Menasse, Code de Commerce, s. 129.) «...faire une ou plusieurs opérations déterminées, transitoires ou successives»...).

Menasse'nin mehaaz olarak gösterdiği kanunlarda mütevali tâbiri yoktur. Arjantin Kanununun 395 inci maddesi bir veya müteaddit muayyen



ve muvakkat muamelelerden bahistir. Belçika Kanununun 108 inci, Chile Kanununun 507 nci maddeleri aynı mealdedir (Buna mukabil Portugal Kanununun 224 ve İtalyan Kanununun 233 üncü maddeleri daimî muamelelere ve bir ticarethaneye iştirake de cevaz verirler).

Nihayet, eski Türk Hukukunda da hususî şirketlerin mevzuu bir veya müteaddit muayyen ve mahdut muamelelere hasredilmişti.

Gerek eski Türk Hukukunda gerekse mehz kanunlarının çoğunda, hususî şirketin mevzu bakımından tahdide tutulmuş olması, 518 inci maddede «mütevali» tâbirinin yukarıki mânada tefsirini az çok muhik gösterebilir. Diğer yandan hususî şirketlerde, mevzuu bir veya müteaddit muamelelere hasretmekle, bunları kollektif ve komandit şirketlerden tefrikte mühim bir ölçü elde etmiş oluyoruz. Ticaret Kanunumuza göre kollektif ve komandit şirketlerin mevzuu icrayı ticaret olmak lâzımdır. Eski hukukta da durum böyledir. Türk kanuncusu 120 nci maddede «ticaret şirketleri, bir veya müteaddit ticarî muameleyi icra maksadı ile teşekkül eder» dedikten sonra, bu hududu 121 inci maddenin 1 inci ve ikinci fıkralarında kollektif ve komandit şirketler için tevsi etmiştir. Bir veya müteaddit ticarî muamele kollektif ve komandit şirket teşkili için kâfi değildir. Kollektif ve komandit şirket icrayı ticarete mahsus bir hukuk müessesesidir. Bunların tesisi için ticarî muameleler sanatı mutade ittihaz edilmelidir.

Bu bakımdan gayrı vazih hallerde mevzu bize mühim bir ipucu verebilir. Şirket mevzuu bir veya müteaddit ticarî muamele ise mukavele ya hususî veya âdi şirket mukavelesidir. Muvakkat ve mahdut muameleler için kollektif ve komandit şirket şekli intihap edilemez. Kollektif ve komandit şirketlerin mevzuu tam organizasyonlu ticaret branşları olabilir. (Wieland, z. g. e. s. 519).

Bu tefsir tarzında sakat olan cihet mütevali muamelelerin mahiyet ve şumulünü tayindir. Bundan başka tatbikatta da mütevali muameleleri sanatı mutade vasfını haiz muamelelerden tefrik az çok müşkülâtı mucip olacaktır. Denilebilir ki mütevali muamele bir veya müteaddit ticarî muamelelerin ifasını temin eden muamelelerdir. Meselâ A. B. C. Anonim Şirketine ait hisse senetlerini satın almak maksadile birleşmişlerdir. Bu hisse senetleri bir defada alınabileceği gibi iştirak mütevali muamelelere de lüzum gösterebilir. Şirketin gayesi bir tek ticarî muameledir, ancak bunun tekemmülü mütevali muamelelerin icrasına vabestedir. Lâkin bu kabil misalleri çoğaltmak mümkün olmadığı gibi bir çok hallerde mütevali muameleyi mutad muameleden tefrik bu kadar basit olmayacaktır.

2. Diğer tefsir tarzında mütevali muamele mefhumu ayrı bir kategori teşkil eder. Hususî şirketlerin mevzuu muayyen ve muvakkat olmak üze-

re bir veya müteaddit ticarî muamele olabileceği gibi mütevali ticarî muameleler de olabilir. Mütevali muameleler bir veya müteaddit ticarî muamelelere muzaaf değildir, müstakil bir kategori olarak düşünölmelidir. Bu halde virgölü muayyen ve muvakkat tâbirlerinden sonra koymak lâzımdır.

Burada bir sual hatıra gelebilir. «Mütevali muamele» mefhumu ile kanuncu hangi muameleleri kasetmiştir? Mütevali muamele ile mutad sanat halinde icra edilen muameleler arasında bir fark var mıdır? Diğer bir söyleyişle mütevali muamele aynı neviden ve aynı hedefe matuf olmak üzere birbirini takip eden ve mahiyet itibariyle bir silsile arzeden muameleler midir?

Mütevali muamele mefhumu ister birbiriyle irtibatı bulunan aynı nevi muamelelere hasredilsin ister daha geniş bir tefsire tâbi tutulsun, bu kabil muamelelerde sanatı mutade unsurunun bulunduğu inkâr edilemez. Demek oluyor ki mütevali muamelede mahiyeti icabı sanatı mutade vasfı mündemiçtir. Bu halde ise kollektif ve komandit şirketlerle hususî şirketler arasında birinci tefsire göre müşahede edilen ayrılık da kendiliğinden zail olacaktır.

İkinci tefsir tarzının ticarî ihtiyaçlara daha uygun düştüğü ileri sürülebilir. Hususî şirketlerin mevzuunu bir veya müteaddit ticarî muamele ile tahditte hukukî ve iktisadî bir faide olmadığı gibi bu tahdidi hukuk bakımından temin de son derece müşküldür. Bir şahsın diğer bir şahsın icra ettiği ticarî sanata gizli olarak iştirak etmesine mâni olabilecek bir müeyyide halihazır hukukumuzda mevcut değildir. Lâkin mevzuu icrayı ticaret olan bir şirketin ancak kollektif veya komandit olabileceği ve kollektif veya komandit vasfının izafesi ile şeriklerin, üçüncü şahıslara karşı mesuliyeti kabul etmeleri icap ettiği de (pek mukni olmamakla beraber) iddia edilebilir.

Hususî şirket dış münasebette kollektif veya komandit sıfatını takınmış, yani şerikler üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde kollektif veya komandit şerik gibi hareket etmişlerse, tavsif değişir (T.K. 151). Bu kabil vaziyetlerde mahdut mesuliyetli şerik dahi, üçüncü şahıslar bunun komanditer olduğunda müsbet olarak vakıf değilseler, komandite gibi mesul olur. Lâkin böyle bir hareket tarzı mevcut değilken, mücerred mukaveledeki mevzua dayanılarak hususî şerike mesuliyet hükümlerini hodbehod tatbik munsif olmaz. Üçüncü şahıslara karşı mesuliyeti doğuran muhtelif hükümler tetkik edilirse, kanunun mesuliyetin doğumunu muayyen bir hareket tarzına tâbi kıldığı müşahede edilir. Bu hareket tarzı kollektif ve komandit şirketlerde müşterek unvan altında üçüncü şahıslarla icrayı ticarettir. Demek oluyor ki yukarıki müeyyide de muayyen bir şartın ta-

hakkukuna bağlıdır. Bu şart tahakkuk etmedikçe hususî şirketi kolektif veya komandit olarak tavsife imkân yoktur.

Gerçi, ilk ölçüyü terketmekle gayrı vazih vaziyetlerde, kolektif ve komandit şirketleri hususî şirketlerden tefrik için mühim bir kıstası elden çıkarmış oluyoruz, lâkin bu teknik mülâhaza, mevzuu icrayı ticaret olan bir hususî şirketi kolektif veya komandit olarak tavsife kâfi gelmediği gibi hususî şirket gizli kaldıkça bu kabil iştirakleri men'e de yetmez.

*c. Hususî şirketlerin unvanı yoktur. (T. K. m. 520).*

Hususî şirket, kanunun aynı maddesi hükmüne tevfikan, şahsiyeti hükmiyeyi haiz bulunmadığından, şeriklerin adlarından ayrı veya şerikleri kül halinde ihtiva eden bir unvana da malik değildir. Bununla beraber, şerikler kendi aralarında hüküm ifade etmek şartıyla hususî şirkete bir isim vermiş olabilirler.

Türk Hukukunda, hususî şirketlerden maada bütün şirketler bir unvan veya isme sahiptirler. (Ticaret Kanununun 121 inci maddesinin 1-4 numaralı bendleri, 478 inci maddesi, âdi şirketlerde de bir unvanı ticaret mevcut olmayıp bunlar bir isim ile tavsif edilirler. Siegwart, z. g. e. s. 89).

Unvanı ticaret dış münasebette bir tanıtma vasıtasıdır. Şirket alacaklılarına karşı herhangi bir şekilde mesul olanlar unvanda görünürler. Komandit şirketleri hususî şirketlerden tefrik eden mühim bir unsur da unvanın tarzı terkiibinde aranmalıdır. Komanditer şerik bir ilâve ile de olsa, unvanda üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet eder. Halbuki hususî şirkette hususî şerik, iç münasebette geniş bir mesuliyet deruhte etmiş olsa dahi, üçüncü şahıslara karşı gözükmaz. Unvan daha ziyade üçüncü şahıslarla olan münasebetlerde ehemmiyetlidir. Hususî şirketlerin başlıca vasfı üçüncü şahıslara izharı mevcudiyet etmemeleri, gizli kalmalarıdır. Bu itibarla, şeriklerce şirkete verilen isim gizli kaldıkça, hukukî bir netice doğurmaz. Hattâ üçüncü şahıslar böyle bir ismin mevcudiyetine vakıf olsalar da, bundan lehlerine bir vaziyet çıkaramazlar. Ancak şeriklerden biri üçüncü şahıslarla bu isim altında muameleye girişmiş ve bu suretle şirket üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmişse, şirket mukavelesi, hususî şirketlerin diğer vasıflarını cami olsa da, hususî şirket vasfını zayi eder.

*ç. Hususî şirketlerin ikametgâhı yoktur. (T. K. m. 520).*

Hususî şirket üçüncü şahıslar nazarında hukukî bir varlığa malik olmadığından, ikametgâhının bulunmaması, bu prensibin mantıkî ve hukukî bir ifadesidir. Kanunumuzun bu hükmünü kezalik dış münasebet bakımından mütalâa etmek gerekir. Üçüncü şahıslar nazarında şahsiyeti bulun-

myan hususî şirketin hakikî ve hükmi şahıslara has bir ikametgâh sahibi de olamayacağı bedihîdir. Ancak unvanda olduğu gibi, iç münasebette, şerikler, aralarında, hususî şirket muamelelerini tedvir maksadile bir merkez tayin etmiş olabilirler. Bu merkez şerikler arasındaki münasebette herhangi bir şirket merkezi gibi tesir icra eder. Bu itibarla Usul M. Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası hususî şirket şeriklerinin birbirlerine karşı açacakları davalar hakkında da caridir. Gerçi mezkûr maddedeki şirket tâbiri daha ziyade şahsiyet sahibi teşekküllere mahsus ise de, bu hüküm bilhassa iç münasebata şamil olduğundan ve hususî şirketler de iç münasebette tam bir şirket manzarası arzedebileceğinden, bunlara da teşmil edilmek gerekir. Demek oluyor ki, hususî şirket şerikleri şirket muameleleri için kendi ikametgâhlarından ayrı bir mahalli merkez ittihaz etmişlerse, aralarında zuhur edecek ihtilâflar için bu merkez mahkemesi salâhiyettardır. Fransız hukuku, aynı neticeye, şirket merkezini müntehap mahkeme mahalli addederek varmakta, lâkin bu esasın kabulü için mukavelede sarîh bir hükmün mevcudiyetine ihtiyaç göstermektedir. (Pic, z. g. e. s. 615, Poulle, z. g. e. s. 36/127). Muayyen hallerde taraflar salâhiyettar mahkemeyi tayinde muhtar olduklarına göre, mukaveledeki sarîh bir hükme riayet zarurîdir. Bu itibarla neticede bir hususiyet yoktur.

*d. Hususî şirketler şahsiyeti hükmiyeyi haiz değildirler. Bunlarda şirket sermayesi bulunmaz. (T. K. 520).*

Bir şirketin şahsiyeti hükmiyeyi haiz bulunması muayyen neticeler doğurur. Şirket sermayesi şeriklere değil şirkete aittir. Üçüncü şahıslarla yapılan muamelelerden mütevellit ihtilâflarda pasif ve aktif dava ehliyeti şeriklerde değil şirkettedir. Şirket mamelekenden evveleminde şirket alacaklıları istifayı matlûp ederler. Şeriklerin şirket unvanı altında yaptıkları muamelelerden şirket hak kazanır ve mülzem olur. Bütün bunlar şahsiyeti hükmiyenin kabulü ile kaimdir. (Poulle, z. g. e. s. 36).

Hususî şirketlerin «şahsiyeti hükmiyeyi gayri haiz oldukları» bugün Ticaret Kanununda bulunan açık bir hükümle tayin edilmiştir. Eskiden durum bu kadar sarîh değildi. Bir zamanlar bilhassa Fransız hukukunda hususî şirketlere şahsiyet tanımak isteyenler de olmuştu. (Pardessus, Droit Com. IV. n. 1045, 1066, 1089. Poulle, z. g. e. s. 39 da zikredilmiştir). (Poulle, z. g. e. s. 87-89-90). Bunlara göre hususî şirketin şahsiyeti şerikler arasındaki münasebette mevcuttur. Bütün şeriklerce malûm olan şirket mukavelesi şeriklerin üstünde, bunlardan ayrı bir şahsiyet ve mameleke sahip bir varlık yaratır. Pic bu fikri şöyle tenkit eder: «Bir hükmi şahıs muayyen kimseler hakkında mevcut olup diğerleri için gayri mevcut addedilemez. Şahsiyeti hükmiye mevcutsa bunun varlığı umumîdir.

(Pic, z. g. e. s. 616). Şahsiyeti hükmiye bakımından bu telâkki isabetlidir. Hususî şirket farık vasfı itibariyle gizli bir şirket olduğundan, muamelelerinde şahsiyet sahibi olması kendini bir varlık olarak üçüncü şahıslara tanıtması demektir. Hükmi şahsiyet müessesesi bilhassa dış münasebet için ihdas edilmiştir. İç münasebette şahsiyeti haiz kollektif ve komandit şirketlerde de şerikler arasındaki münasebetler âdi şirketlerdekinden pek farklı değildir.

Acaba sermaye hakkında da aynı netice müdafaa edilebilir mi?

Ticaret Kanununun 524 üncü maddesine göre, hususî şirket fashında yazılı hükümler ihlâl edilmemek şartıyla, şerikler hususî şirketin şekil ve şartlarını diledikleri gibi tayin edebilirler. İç münasebette, şeriklere bilûmum şirketlerde geniş bir serbestî tanınmıştır. Hattâ Prof. Hırş'e göre, şerikler arasında hüküm ifade etmek üzere, bir kollektif şirketi anonim şirket gibi ve bir anonim şirketi kollektif şirket gibi düzenlemek mümkündür. (Hırş, Ticaret Hukuku D. II. s. 15). Bu itibarla 524 üncü maddede ifadesini bulan hükmün şümulü, menfaatler vaziyeti ve hususî şirketin gizlilik vasfı gözönünde tutularak tayin edilmeli ve soracağımız sual şu olmalıdır: Şerikler hususî şirkete muayyen bir sermaye tahsis etmişlerse, mukavele hususî şirket vasfını zayi eder mi? Diğer bir söyleyişle gizlilik vasfı vazih olan bir şirkette ayrı mamelekin neticeleri nelerdir?

Yabancı müelliflerce de kabul edildiği veçhile, hususî şirketlerde temel vasıf, bunların gizli olması, üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmemeleridir. Binaenaleyh bu vasıf muhafaza edildikçe, hususî şirketi üçüncü şahıslar nazarındaki mevcudiyet sahibi bir şirket olarak tavsife mahal yoktur.

Sermayenin ademi mevcudiyeti mümeyyiz vasıf telâkki edilerek, şirkete hususî şirket vasfının tanınmayacağı da mülâhaza edilebilir. Bu halde Borçlar Kanununun 520 nci maddesi delâletiyle mezkûr şirketi bir âdi şirket olarak vasıflandırmak icap eder. Kanaatimizce bu netice hukukî durum üzerine pek müessir olamaz. Yukarıda işaret edildiği veçhile, İsviçre hukukunda hususî şirket, mevzuu icrayı ticaret olan bir iç âdi şirketten başka bir şey değildir. İç âdi şirket dış münasebeti ihtiva etmiyen bir şirket tipidir.

Ancak burada ayrı bir mameleke sahip olan hususî şirketin kollektif veya komandit şirket şeklinde tavsifi de düşünülebilir. Kollektif ve komandit şirketler dış münasebeti ihtiva eden şirketlerdir. Bu şirket tiplerinden birinin doğumu için dış münasebeti ihtiva etmesi yani müşterek unvan altında icrayı ticaret şarttır. (Siegwart, sge. s. 49). Bu unsur ise üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmiyen şirketlerde noksandır. Şerikler arasındaki münasebette de mameleke sahip hususî şirketi kol-

lektif veya komandit şirket olarak tavsife imkân yoktur, meğer ki gizlilik vasfı müstesna, bu şirketler hakkındaki hükümler şüpheye mahal bırakmayacak bir şekilde kabul edilmiş olsun. Lâkin bu halde de hukukî durum büyük bir tebeddüle maruz kalmaz. İsviçre Borçlar Kanununun maddel 557 nci maddesi kollektif şirketlerin iç münasebeti hakkında doğrudan doğruya âdi şirketlere bir atıf yapar, kollektif şirketlerde, bir iki hüküm müstesna, iç münasebet âdi şirketlerde olduğu gibidir. Türk hukukunda da iç münasebet bakımından âdi şirketlerle kollektif şirketler arasında büyük bir fark yoktur.

Demek oluyor ki hususî şirkette de şerikler şirkete bir sermaye tahsis etmiş olabilirler. Tahsisin hukukî neticesi Ticaret Kanununun 520 nci maddesindeki hükme verilen mânaya göre değişir. Bu hükmü iç ve dış münasebete müessir âmir bir vasıf olarak telâkki edersek hususî şirket olarak kararlaştırılan mukavele iç âdi şirket olarak tavsif edilmelidir. Bu hüküm yalnız dış münasebete müessir olduğundan, iç münasebette Ticaret Kanununun 524 üncü maddesine binaen şeriklerin tamamen serbest olduklarını kabul edersek şirketin hususîlik vasfı değişmez. Şirket Ticaret Kanunu ahkâmına tâbi hususî bir şirkettir. Bununla beraber iç âdi şirketlerle hususî şirketler arasında büyük bir fark bulunmadığından, birinci veya ikinci şıkkın kabulü, şerikler arasındaki münasebetlerde büyük bir tebeddül yaratmaz.

Ancak hususî şirkete ayrı bir sermayenin tahsisi halinde diğer bir müşkülle karşılaşmış olmaktadır. Tahsis keyfiyeti şeriklerin vazedecekleri sermayeler üzerinde ne gibi tesirler icra eder, diğer bir ifade ile bu sermaye üzerindeki hakların mahiyeti ne olacaktır?

Bu sorunun halline gitmeden muhtelif hukuk çevrelerindeki durumun tetkiki faideli olur.

Fransız hukukunda hususî şirkette ortaksal bir «fond» yoktur, şirkete vazedilen sermayelerle müşterek bir mamelek yaratılamaz. (Poullé zge. s. 31). Hususî şirket şeriklerce vazedilen sermayeleri birleştiremeyeceği gibi, taraflar ortaksal bir sermaye teşkilî için de iştirak etmiş değildir. Şerikler muayyen bir gaye etrafında birleşmekle beraber, sermayeleri üzerindeki mülkiyeti muhafaza ederler. Hususî şirket şeriklere ancak kâr ve zararı hesaplamak hakkını verir. Bu hesaplaşmadan önce menfaatlerde birleşme olmadığı gibi, ortaksal bir idare de doğmamıştır. Mülkiyet, sanat, her şey ferdidir. İşte bunlar hususî şirketlerin karakteristik ve mümeyyiz vasıflarıdır. Hattâ bu bakımdan hususî şirkete tam bir şirket nazarı ile de bakılamaz.

«Hakikati halde şeriklerin hakları ticarî muamele tekemmül ettikten sonra başlar. Şirket sadece kâr ve zararın taksimi için kurulmuştur. Bu itibarla, taksimin icrasındadır ki hususî şirket hüküm ifade eder ve mev-

cu diyet kazanır. Alelâde bir şirket müşterek mülkiyet olmadıkça, var sayılamaz. Bundan başka şirketlerin mamelekinden ayrı bir mamelekin tesisi de zarurîdir. Bilâkis hususî şirkette, ortaklık sermaye yoktur, iş, idare, âkid şirketin malıdır. Ancak bahis mevzuu muameleler bittikten sonra, âkid şirket sair şirketlere kâr ve zararın hesabını vermekle mükelleftir. (M. Alauzet, Soc. civ. et comm. I. s. 381. Poulle, zge. s. 32).

«Hususî şirketlerde mukavelenin hedefi, mevzu ittihaz edilen ticari muamele veya muameleler ikmal edildikten sonra, doğan kâr ve zararın taksiminden ibarettir. Mukavelede teşriki mesai şart kılınmış olsa da zarurî değildir ve müştereken hareket edilmez. Sanat, sermaye, mallar daima ayrı ayrıdır. Halbuki diğer ticaret şirketlerinde vaziyet berakistir. Şirketler kendi sermayeleriyle kendi namlarına muamele yapmazlar, her muamelede şirket sermayesini ve neticede bütün şirketleri ilzam ederler. Şirket kendi namına değil, şirket namına hareket eder. Esasen bu sebeptendir ki kanuncu hususî şirketi ticaret şirketleri meyanında zikretmemiştir. Dördüncü nevi bir şirket olarak telâkki edilmeyişinin diğer bir sebebi de Fransız Ticaret Kanununun 5 inci maddesinde sayılan şirketlerin mütevali muameleler için teşkili, hususî şirketin ise muvakkat işler için kurulmuş olmasıdır. Diğer şirketlerde daimîlik vasfı şirketler arasında müşterek menfaatlerde iştirak yaratır, hususî şirket aynı mesnetler üzerine dayanmadığı için aynı neticeyi doğurmaz.

Demek oluyor ki, prensip itibariyle, hususî şirketlerde, bu şirket vasfının bir neticesi olmak üzere müşterek mülkiyet yoktur. Lâkin Fransız müelliflerinin de kabul ettiği veçhile, sermayede müşterek mülkiyet kararlaştırılmış (co-propriété) olabilir. (Pic, zge. s. 618). Hususî şirketlerin şirketin iç hükümlerini tanzimde serbest olduklarından şirket mukavelesi ile vazedilen sermayelerde de iştiraki kabul etmiş olabilirler. Fakat bu suretle sarîh bir mukavele hükmü ile husule getirilen müşterek mülkiyet (propriété commune) ortaklık bir fond tesis etmez. Her şirket mülkiyeti müşterek olan bir şeyin hukukan maliki sayılır (Poulle zge. s. 35). Müşterek mülkiyet şahsan şirketlere ait olan ve bunların mamelekinde muhafaza edilen gayri münkasem hakların birleşmesinden ibarettir. (Pic, zge. s. 618). Binaenaleyh hususî şirkette müşterek mülkiyet lehine bir karine de yoktur. Müşterek mülkiyetin doğumu için şirketlerin hususî olarak anlaşmaları lâzımdır.

Alman hukukunda hususî şirket tarafından vazedilecek sermayenin âkid şirketin mamelekine intikal etmesi şarttır. Bu esasa binaen hususî şirketin mevzuunu teşkil eden ticarî sanat her şirket hesabına lâkin münhasıran âkid şirket namına icra edilir. Yalnız âkid şirketin ticarethanesi hak süjesidir ve ticarethanenin borçlarından mesuldür. Hususî şirket mallarda iştirak doğurmaz. Hususî şirketle âkid şirket arasında sadece bir ala-

caklılık ve borçluluk vaziyeti mevcuttur. Âkid şerik ticarethanenin ve ticarethane mallarının yegâne hâkimidir. Ticarethaneyi akden teffiz edilen idare veya temsil salâhiyetine müsteniden değil şahsan haiz olduğu haklara dayanarak idare eder. Hususî şirketin teşekkülü için hususî şeriklerin mülkiyetine intikal etmesi gerekir. Vazedilen sermaye şeriklerin iştirak halinde mülkiyetinde değildir. Hususî şirkette münhasıran şirket borçlarına muhasses, şirket alacaklılarına karşı mesul bir mamelek yoktur. Bununla beraber, hususî şerikin sermayesi müşterek mülkiyet tesisî maksadı ile vazedilmiş olabilir. (Wieland, zge. s. 774. Atıf No. 10). Hususî şerik sermayesini «quod dominium» vazetmeli, sermaye âkid şerikin in-tifama geçmelidir. Bir şahsın kâra iştirak mukabilinde, sermaye olarak emek veya bir mal üzerindeki istimal hakkını vazetmesi caiz değildir. Bu kabil edimlerde ancak ücret karşılığı sermaye olarak kaydedilebilir. Bu esaslara dayanarak bir kısım müellifler hususî şirketi kollektif ve komandit şirketlerden tefrike çalışırlar. Kollektif, komandit ve âdi şirketlerde mevzu mallar iştirak halinde mülkiyettedir, hususî şirkette ise âkid şerikin mülkiyetine intikal eder. (Sänger, Die Stille Gesellschaft, s. 3/29).

İsviçre hukukunda hukukî durum münakaşalıdır. Bir yandan yalnız âkid şerikin mülkiyet hakkından bahsedilirken, (Siegwart, zge. s. 8., Conrad Wespi von Winterthur, Die stille Gesellschaft im schweizerischen Recht, s. 44, 57, 66), diğer yandan hususî şirketlerde de karinenin, hususî şerikler de dahil olmak üzere, bütün şeriklerin iştirak halinde mülkiyeti lehine olduğu kabul olunmaktadır. Siegwart'a göre, bu ihtilâfın halli için, leh veya aleyhteki telâkkilerin doğuracağı mütemmim neticeler tetkik edilmelidir:

«İç münasebette, mukavelenin akdi sırasında bir fark müşahede edilebilir: Hususî şerik iştirak halinde malik olmuyorsa, bu halde âkid şerikin gayrimenkul vazettiği bir şirkette bu şirketin doğumu için resmî şekle lüzum yoktur. Aynı fark şirketin hitamında da mevcuttur. Şirket devam ettiği müddetçe bahis mevzuu fark o kadar ehemmiyetli değildir. Çünkü âkid şerikin mülkiyet hakkı da «fiduciaire» olup, iştirak halinde mülkiyette olduğu gibi şirket gayesi dairesinde bir tasarruf hakkı bahşeder. Fesihte farklar daha ziyade tebarüz eder, meselâ, hususî şerikin tasfiye bakiyesi üzerindeki talep hakkının nev'i, şirket sermayesinde hasıl olacak ziyadelerin kime ait olacağı bakımından.

Dış münasebette problem çok daha ehemmiyetlidir. Çünkü dış münasebette hasıl olacak neticeler iç münasebete de tesir icra edebilir. Malik sıfatiyle âkid şerikin tasarruf hakkı gayri mahduttur. Bu hal tarzı üçüncü şahıslar için faideli ise de hususî şerik için mahzurludur. Siegwart'a göre «her iki telâkki izam edilmemelidir. Çünkü iştirak halinde malik sıfatiyle de âkid şerike en az kollektif şerikin haiz olduğu tasarruf salâhiyeti



tanınmalıdır, bunun dışında, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar, aynı tasarruflarda, aynı haklara mütedair hükümlerle de himaye edilmiş olacaktırlar. Bu itibarla, hususî şerike iştirak halinde mülkiyet hakkının tanınması ile verilen teminat da nisbeten ehemmiyetini kaybetmiş olur.

«Her iki telâkkiye göre, mesuliyet durumu da farklı bir şekilde tecessül edecektir. Âkid şerikin ticarethane ve şahsî borçlarının ticarethane veya şahsî mallarından fazla veya eksik olmasına göre, hususî şerikin de vaziyeti değişecektir. Hususî şerik iştirak halinde malik ise, cebri icra halinde şirketin tasfiye edilmesi lâzımdır. (B. K. m. 534, c. 2.). Bu takdirde evvelâ şirket alacaklıları, bunlardan sonra hususî şerik, iştirak hissesinin zarara dahil olmayan kısmı nisbetinde hakkını istifa eder, bakiye alacağını, şahsî alacaklılarla birlikte, âkid şerikin şahsî emvali hakkında açılacak iflâsta dermeyan edebilir.

Hususî şerik iştirak halinde malik değilse, alacağı, ticarethane ve şahsî alacaklılarla bir sırada olup, ticarethane malları ile şahsî mallardan tereküp eden külden istifa edilir.»

Her iki telâkkinin faide ve mahzurları vardır. Lâkin işin tuhafı İsviçre hukukunun bu sahada müsbet bir neticeye varamamış olmasıdır. İştirak halinde veya münferit mülkiyetin kabul edilip edilmediği anlaşmanın muhtelif hükümlerinden istidlâl edilmek lâzımdır. Meselâ gayrimenkul vazedilmekle beraber, resmî şekil ihtiyar edilmemişse, veya iştirak hissesi pek cüz'î mahiyette ise, bir miktar paradan ibaret bulunuyorsa hususî şerikin ticarethane üzerinde mühim bir nüfuzu yoksa, zarara mahdud surette iştiraki kabul edilmişse, taraf iradelerinin iştirak halinde mülkyete aykırı olduğu neticesine varılmaktadır.

Türk hukukuna gelince, bizde de sarıh bir hüküm bulunmadığından muhtelif ihtimallere göre fikir yürütmek gerekmektedir.

Şirket mukavelesi mülkiyet münasebetleri bakımından sakitse, Ticaret Kanununun 520 nci maddesindeki açık hükme binaen, şirketlerin Fransız hukukunda olduğu gibi, sermayeleri üzerindeki mülkiyet haklarını muhafaza ettikleri neticesine varılabilir. Ekseriyetle bu vaziyet hususî şirketin bir veya müteaddit ve mahdud muameleler için kurulduğu hallerde bahis mevzuu olacaktır. Bununla beraber misli mallarda, Medeni Kanunun 197 nci maddesine kıyasen, mülkiyetin âkid şerike intikal ettiği karinesi caridir. Mal birliğinde malûm olduğu veçhile, karı kocadan her biri mal birliğine giren malların mülkiyetini muhafaza ederler, yani bu mallar üzerindeki mülkiyet ayrı ve müstakildir. Bu böyle olmakla beraber, kanuncu, 197 nci maddesinin son fıkrasında, para, misliyatın olan diğer mallarla hâmile muharrer senetlerin kocanın mülkiyetine geçtiğini ve kocanın bunların kıymeti nisbetinde borçlu olacağını kabul etmiştir. Aynı kaide intifa hakkının terkedildiği misli eşyada da caridir. (M. K.

m, 744). Usulsüz tevdiide de durum pek farklı değildir. Aynı hukuki hükümler menfaatler vaziyeti birbirine müşabih olduğundan kanaatimizce hususi şirketlere de teşmil edilebilir.

Dış münasebette hüsnüniyet sahibi müktesebin mülkiyet hakkı aynı haklara mütedair umumî hükümler dairesinde korunur.

Hususi şirketin mevzuu mütevali ticarî muamelelerse, bu kabil vaziyetlerde, muayyen bir gaye etrafında birleşme az çok zarurî olduğundan, Medenî Kanununun 627 ve Borçlar Kanununun 520 nci maddesi delâletiyle karinenin iştirak halinde mülkiyet lehine olduğu müdafaa edilebilir. Bu takdirde İsviçre hukuku hakkında derpiş edilen neticeler bizde de cari olmak lâzımdır. Mütevali muamelelerde iştirak bağları çok daha kuvvetli olduğundan sermayede hasıl olan artışlardan yalnız âkid şeriki müstefit kılmak munsif olamayacağı gibi, kıymet düşüşlerinden doğacak zararları yalnız bu şerike yüklemek de doğru değildir.

Şirket mukavelesinde sarahat varsa mevzu hükümlerin mahiyetine göre mülkiyet şekli tayin edilmelidir. Şariklerin hususi şirkette de şirkete ayrı bir sermaye tahsis edebilecekleri umumen kabul edildiği gibi tatbikatta da müteamil bir usuldür. Bu kabil vaziyetlerde Ticaret Kanununun 520 nci maddesine verilen mânaya göre tavsif tarzı değişebilir. Sermaye hakkında 520 nci maddedeki hükmü hususi şirketler için âmir bir vasıf telâkki edersek, şirket, Borçlar Kanununun 520 nci maddesine binaen mevzuu icrayı ticaret olan âdi bir iç şirkettir, mülkiyet de iştirak halindedir. Ticaret Kanununun 524 üncü maddesine tebaan, mukavelenin hususi şirket vasfı müdafaa edildiği halde, tahsis keyfiyetinin doğuracağı hukukî vaziyetten mülhem olarak iştirak halinde mülkiyet prensibinin cari olduğu neticesine varılmalıdır. Bilhassa Medenî Kanunun 629 uncu maddesindeki şartlar tahakkuk ediyor ve tahsis keyfiyeti de bariz ise, karine iştirak halinde mülkiyet lehinedir.

Diğer yandan şerikler sermaye üzerindeki mülkiyet haklarını da sarahaten muhafaza etmiş olabilirler. Böyle bir hükmün mânası, sermaye üzerinde mülkiyetin değil, istimal veya intifa hakkının terkidir. Sermaye olarak misli malların vazedildiği hallerde muhafaza edilen hakkı mülkiyetin şümulü hâdiseden hâdiseye değişir. Burada da hüsnüniyet sahibi müktesip himaye görecektir. Cebri icra yolu ile zilyed şerike müracaat halinde diğer şerikin istihkak hakkı umumî hükümler dairesinde mütalâa edilmelidir. Teslim edilen malların durumu müsait ise, Borçlar Kanununun 530 uncu maddesinin delâletiyle, 393 üncü maddenin mefhumu muhalifinden hususi şerike misli mallarda da bir istihkak hakkı tanınabilir.

e. «Hususî şirketler üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmezler.»

Hususî şirketler arasında hüküm ifade etmek üzere, hususî şirketlerin de bir sermayeye, bir isme ve bir muamele merkezine malik olabileceklerine yukarıda işaret ettik. Lâkin bu unsurlar dış münasebeti ihtiva eden diğer şirketlerde de mevcuttur. Gerçi diğer şirketler hakkında mukavelelenin tanzim şekline mütedair hükümler mühim farklar yaratabilirse de, hususî şirketler de aynı şekilde tanzim edilmiş olabilir. Bu halde ise hususî şirketleri kollektif ve komandit şirketlerden tefrik hayli müşkülât arzeder. Biz izahatımızda, mukavele şeklinin uygunluğuna ve kollektif ve komandit şirketlere müşabih hükümlerin mevcudiyetine rağmen, ortaklığı, gizli kaldığı müddetçe hususî veya diğer telâkki kabul edildiği takdirde, bir iç âdi şirket olarak tavsif etmek gerektiğini müdafaa ettik. İmdi bu telâkki karşısında hangi hallerde şirketin gizli kaldığı ve hangi hallerde bu gizliliğin zail olduğu tetkik edilmelidir.

Fransız müelliflerinden Pic, hususî şirketi şöyle tarif eder: «Üçüncü şahıslar nazarında mevcudiyeti olmıyan bir iştirak hali, bir veya müteaddit muameleyi yalnız başına fakat sair şirketlerin hesabına icraya mezun bir şahısla müteaddit şahıslar arasında, kâr ve zararın taksimi ve hesaplaşma münasebetlerine irca olunabiliyor ve bu iştirak bünyesi itibarıyla gizli veya gizli kalacaksa, hususî bir şirket karşısındayız.» (Pic, zge. s. 611).

Fransız hukukunda hususî şirketlerin tarifi sahasında üç muhtelif sistem göze çarpmaktadır. En eski sistemde hususî şirketleri diğer şirketlerden tefrik için sadece mevzu ve müddete bakılır. Bu sistemde hususî şirket mukavelesi şirket mevzuu ile mukayyet mahdut müddetli bir ortaklıktır. Diğer bir söyleyişle hususî şirket hakikati halde muvakkat bir şirkettir. İkinci sistem, hususî şirkette mevzu ve müddeti mahdut olarak kabul etmekle beraber, buna gizlilik vasfını da ilâve eder. Bu sistem muhtelit bir sistemdir. Bu sistemi kabul eden mahkemeler hem mevzua, hem de şirketin dış münasebettteki tezahür tarzına bakmaktadırlar. Mevzu mahdut olmakla beraber bahis mevzuu muamele müşterek bir unvan altında aktedilmişse ortaklık hususî bir şirkettir. Üçüncü sistem de, ki bunun Fransız Ticaret Kanununun tadilinden önce de doktrin ve mahkemeler kabul etmişti, yegâne şart ortaklığın gizli kalmasıdır, (Pouille, zge. s. 27). Şirket şirketlerin rızalarına binaen gizli olup, bunlarca resmen veya istenilerek üçüncü şahıslara ifşa edilmemişse, hususî bir şirkettir. Demek oluyor ki bu sistemde temel unsur, gizlilik vasfıdır. Esasen bu unsura dayanarak, eski Fransız müellifleri, bir zamanlar, hususî şirketi anonim şirket tesmiye etmişlerdir. 1921 tarihinde tadil edilen Fransız Ticaret

Kanunu da bu sistemi terviç etmiştir. Muaddel 49 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre, «hususî şirketler, mevcudiyetleri üçüncü şahıslara ifşa ve izhar edilmeyen ortaklıklardır.» (Pic, zge. s. 609). Mevzu haizi ehemmiyet değildir. Meselâ bir temyiz kararında, mevzuun gayri mahdut olabileceği, ancak şeriklerin şirket unvanı ile değil kendi namları altında hareket etmeleri gerektiği belirtilmiştir. (D. 61, 1.302. Cass. 4.12.1860). Diğer bir kararda da hususî şirket bir unvanı ticaret altında üçüncü şahıslara ifşa edilmediği ve ilân merasimi ile izharı mevcudiyet etmediği, âkid şerikin üçüncü şahıslarla, muamele münhasıran kendine aitmiş gibi, akdi mukavelât eylediği bütün hallerde hususî bir şirket kabul edilmiştir. Yine bir kararda, üçüncü şahıslar hususî şirketin mevcudiyetine ve âzalarına vakıf olsalar da şirket mahiyetini zayi etmez denmiştir. Gizlilik vasfı, şerikler, şirketi hükmi bir şahıs gibi ve üçüncü şahıslarla yapılan akidlerde bu akidleri kendilerinden gayri bir şahıs namına yapılmış gibi göstermedikçe, mevcuttur. Bütün şeriklerin bir mukaveleyi birlikte imza etmeleri de hususî şirket vasfını ortadan kaldırmaz. Mukavele her şerik tarafından kendi namına imza edildiği ve şirketin mevcudiyeti de izhar edilmediği takdirde şirket hususilik vasfını muhafaza eder.

Fransız müelliflerinden Poulle'e göre, şerikler şirkete resmî bir aleniyet vermemişlerse, bu şirket üçüncü şahıslar nazarında mevcut değildir. Yegâne ehemmiyetli nokta âkid şerikin kendi namına hareket etmesi ve kendi itibarından istifade etmesidir, ve gayrimeşru hareketlerle şirketin mahiyeti hususunda üçüncü şahısları aldatmamasıdır, (Poulle zge. s. 29). Kezalik Alman müelliflerinden Saenger'e göre de (zge. s. 22), hususî şirket demek mahrem gizli bir şirket demektir. Ticaret şirketlerinin tescil ve ilân edilmeleri lâzım iken, Sicilli Ticaret kapıları hususî şirkete kapalıdır, hattâ hususî şirketin ticaret siciline tescili memnudur. Bununla beraber, tescilden üçüncü şahıslar lehine bir netice istihraç için tescilin mahiyetine ehemmiyet vermek gerekir. Muayyen şartlar tahakkuk edebiliyorsa, bir kollektif veya komandit şirketin mevcut olduğu kabul olunabilir. Tescil neticesinde komandit veya kollektif şirket lehine doğacak karineyi şerikler arasındaki mukavele hükümleri bertaraf edemez, veya bu karineyi bertaraf etmek müşkülât arzedebilir. Saenger'in fikirleri şöyle hülâsa edilebilir: Sicilli ticaret müessesesinden şahsiyeti hükmiyeyi haiz şirketler istifade eder. Hususî şirketin tescil ve ilânı bu şirketin hususî bir şirket olmadığı karinesini yaratır. Kanunun sarîh bir hükmüne aykırı olarak hususî şirketi resmî bir yolla ilân etmiş olanlar açıklamanın neticelerine de katlanmalıdırlar.

Bununla beraber hususî şirketin gizli ve aleniyetten mahrum bir şirket olması şeriklere mevcudiyetini gizli tutmak mükellefiyetini tahmil etmez. Hususî şirkette gizlilik vasfı, ticaret şirketleri ile üçüncü şahıslar

arasındaki münasebetleri tevsik eden ve bu münasebetler üzerine müessir olan sicil makamından hususî şirketin istifade edememesinde mündemiçtir. Gerek âkid şerik gerekse hususî şerik üçüncü şahısları hususî şirketin mevcudiyetinden haberdar etmiş veya üçüncü şahıslar böyle bir mukavelelenin mevcudiyetine vukuf kesbetmiş olabilirler. Üçüncü şahısların hususî şirket mukavelesinden iki suretle haberdar olmaları mümkündür. Bunlara mukavelelenin mevcudiyeti söz gelışı anlatılmış veya muayyen bir hedef takip edilerek bildirilmiş olur, meselâ âkid şerikin itibarını arttırmak, malî vaziyetini ihsas etmek, üçüncü şahsı mukaveleyi akde sevketmek için.

Âkid şerikin ihbarı hakikate uyduğu takdirde hukukî bir netice yaratmaz, lâkin hilâfı hakikat beyanda bulunmuş ve hile unsuru da mevcutsa, yapılan muamelenin feshi cihetine gidilebilir. Âkid şerik yapılan muameleden esasen gayri mahdut surette mesuldür. Bu itibarla bizatihi ihbar mesuliyetin vüsatını değiştirmez. Tatbikatta müteamil olmamakla beraber, bu ihbar bir sirküler vasıtasıyla yapılmışsa, yine hususî şerikin üçüncü şahıslara karşı mesuliyeti bahis mevzuu olamaz. (Saenger, zge. s. 120). Bu bakımdan Saenger tescil yolu ile ve sirküler vasıtasıyla yapılan ilân arasında bir fark gözetmektedir. Sirküler hususî bir tanıtma vasıtasıdır. Esasen sicil memuru bu kabîl vaziyetlerde hususî şirketin ilânı cihetine gitmeyecektir. Lâkin hususî şerikin muvafakati ile âkid şerik ortaklığın ticaret sicilli vasıtasıyla ilânına kadar gitmişse, ya şirkete verilen ad yerinde değildir, yahut da taraflar hususî şirket kurmak arzusu ile birleşmemişlerdir. Nihayet bu ihbar hususî şerik tarafından yapılmışsa aynı sonuçlara varılmak gerekir. Hususî şirketi ihbar Borçlar Kanununun 111 inci maddesi mânasında başkasının fiilini taahhüt veya 400 üncü madde mânasında itibar emri şeklinde tefsir edilemez, meğer ki, bu müesseselerin hukukî unsurları kat'î bir şekilde tebarüz etsin ve bahis mevzuu muamele muayyen eşhas ile yapılmış olsun. Demek oluyor ki umumiyetle ihbar keyfiyeti hususî şerikin mesuliyeti üzerinde bir değişiklik yapmamaktadır.

Ekseri kanunlar hususî şirketin gizlilik vasfını tanzimden kaçınmışlardır. Yalnız Umumî Alman Ticaret Kanununun 260 inci maddesi şöyle bir hüküm sevketmiştir:

«Hususî şerik tarafından veya onun rızası ile hususî şirketin mevcudiyeti izhar edildiği takdirde, üçüncü şahıslar lehine doğabilecek hukukî neticeler ve bu neticelerin mahiyeti umumî hükümlere göre takdir edilir.» (Aynen tercüme: Üçüncü şahıslar lehine hukukî neticeler doğup doğmayacağı ve bu neticelerin mahiyeti...). (Sänger, zge. s. 25). Bu kaide Sänger'e göre halihazır Alman hukukunda da caridir. Mücerred ihbar keyfiyeti mesuliyet yaratmaz. Çünkü ihbar eden ihbarı ile şahsî mesuliyeti bulunmayan bir müesseseye olan iştirakini izhar etmiştir. İhbar muayyen

akid tiplerinin hukukî şartlarını tahakkuk ettirebiliyorsa, bunlardan biri veya diğeri mevcut addedilebilir.

Fikrimizce, Türk Hukukunu da aynı zaviyeden mütalâa etmek gerekir.

a. Üçüncü şahısların hususî şirketin mevcudiyetine vukuf kesbetmeleri veya şeriklerin bu şirketin mevcudiyetini üçüncü şahıslara bildirmiş olmaları, şeriklere mesuliyet tahmil etmez, meğer ki ihbar Türk hukuk nizamının muayyen akid tiplerinden birine irca suretiyle, ayrı bir taahhüdü birlikte getirsin, veya hususî şirketin mahiyeti hususunda şüpheyi davet edecek surette resmî ilân yolları ile yapılmış olsun.

b. Ticaret Kanununun 520 nci maddesinde «Hususî şirketler üçüncü şahıslara karşı izharı mevcudiyet etmezler» şeklinde ifadesini bulan hüküm, hususî şirketlerin, üçüncü şahısların nazarında varlık sahibi bir şirket gibi tezahür edemeyeceği mânasında anlaşılmalıdır. Binaenaleyh hususî şirket namına müştereken muameleye girişilmediği, bu şirkete kabili izafe müşterek bir unvan altında ve hususî şirketin açık muzaheretini ile mukavele akte edilmediği müddetçe, hususî şirket mevcut sayılır.

c. Ticaret Kanununun 151 inci maddesine göre üçüncü şahıslar bir kollektif veya komandit şirketin mevcudiyetini her türlü delâil ile ispat edebilirler. Hususî şirketin üçüncü şahıslara karşı mesul bir şirket haline inkılâp edebilmesi için tescil ve ilân edilmeyen bir kollektif veya komandit şirketin mevcudiyetini ispat için ne gibi anasır aranıyorsa burada da aynı unsurlar bulunmalıdır.

ç. Bu esaslar dışında hususî şerik ancak taahhüt altına girmek maksadı ile bağlanmışsa, veya ihbar veya izhar keyfiyeti bizatihi hukukî neticeler yaratabiliyorsa, mesul olur. (Sänger, zge. s. 120 ye de bakınız).

#### f. Şerikler arasındaki münasebetler.

Ticaret Kanununun 524 üncü maddesine göre «hususî şirket faslında yazılı hükümleri ihlâl etmemek şartıyla, şerikler hususî şirketin mevzuunu ve şekil ve şeraitini ve hisselerin nisbetini mukaveleli mahsusa ile diledikleri gibi tayin ederler.

Ticaret Kanununun 522 nci maddesine göre de, hususî şirketlerin inikadı mukavelenin tadili infisah ve tasfiyeleri defatiri ticariye ile isbat olunur. Bunlar bulunmadığı veya gayrı kâfi olduğu halde beyyineî şahsiye ile kabili isbattır.

1. Bu iki madde ahkâmına tevfikân, hususî şerikler şirketin mevzuunu ticarî muameleler çerçevesi içinde kalmak şartıyla, yani 518 inci maddede çizilen hudut dahilinde diledikleri gibi tayin edebilirler. Bununla be-

raber mukavelede muteber olması için evvelâ âkidler hakkındaki unsurların, saniyen şirket anasının tamam olması gerekir.

Ticaret Kanununun 253 üncü maddesinde ifadesini bulan hükmü geniş mânada tefsir ederek diyebiliriz ki, hususî şirketlerde de şirket mukavelesine verilen ismin bir kıymeti yoktur. (Sänger, zge. s. 14. Siegwart, zge. s. 7). Tarafların verdiği isimler bir anlaşmanın hakikî mahiyetini değiştiremeyeceği gibi maddî hâdiselerin üstüne de çıkamaz. Mahkeme şirkete hakikî mahiyetini izafede her zaman serbesttir. (Pic, zge. s. 612). Tarafların mukaveleye hususî şirket adını vermiş olmaları hâkimi bağlamaz. Mukaveledeki esaslı unsurlar şirketin mahiyetini tebdil edebileceği gibi, kollektif veya komandit olarak adlandırılan bir şirket de hususî şirket olarak tavsif edilebilir, yeter ki hâdisede şu veya bu şirket için aranan unsurlar mevcut olsun. (Wespl, zge. s. 40). Lâkin bir mukaveleyi hususî şirket olarak vasıflandırmak için asgarî şart şunlardır:

- a. akid «animus contrahendae societatis» unsurunu muhtevi olmalıdır.
- b. akid hususî yani bir iç şirket vasfını haiz olmalı, mukavele hükümlerinden şeriklerin ancak kendi namlarına, kendi isim veya unvanları altında üçüncü şahıslarla mukavele akdine mezun oldukları, mukaveleden şirketin üçüncü şahıslara karşı mevcudiyet sahibi bir şirket olarak tezahür etmeyeceği anlaşılmalıdır.
- c. şerikler arasındaki iştirakin gizli kalacağı hususî şerikler için üçüncü şahıslara karşı herhangi bir mesuliyetin bahis mevzuu olmayacağı tebarüz etmelidir.

2. Hususî şirket mukaveleleri bir şekle bağlı değildir. Bununla beraber vazedilen sermayenin nev'i kanunen muayyen bir şekli istilzam ediyorsa, hususî şirket mukavelesi de bu şekil dairesinde tanzim edilmek gerekir.

Hususî şirket mukavelesi gerek şerikler arasında gerekse üçüncü şahıslara karşı her türlü beyyine ile isbat olunabilir. (Pic, zge. s. 629). Bununla beraber, kanunumuzun 522 nci maddesinin beyyine bakımından vazeylediği silsile gözden kaçırılmamalıdır. Kanunumuza göre hususî şirket evveleminde defatiri ticariye ve tarafların mektupları ile isbat olunur. Beyyineî şahsiye ile isbat bunların gayri kâfi geldiği veya bulunmadığı şartıyla mukayyettir. Bu hükmün takdiri hâkime aittir. Taraflardan biri hususî şirketi ticarî defterlerle isbat edebildiği takdirde, defterlerin sübut kuvveti Ticaret Kanununda mevzu hükümlere göre takdir edilir. Bununla beraber ikinci fıkra şarta muallâk bir hükmü ihtiva eder. Bu şart tahakkuk ettiği takdirde şahit istimalına karar verilebilir. (522 nci madde,

81 inci maddenin bir istisnası olmak gerektir. Kanuncunun bu kaideyi münhasıran tüccarlardan müteşekkil hususî şirketler için vazeylediği ihtimali uzaktır.)

Hususî şirket Ticaret Kanununda yazılı vasıfları ihtiva etmediği halde bir «iç âdi şirket» olarak tavsifinin imkân dahilinde bulunduğunu söylemiştik. İmdi, bu telâkkiye uyulduğu takdirde, mevzuu bir veya müteaddit yahut mütevali ticarî muameleler teşkil eden iç âdi şirketlere de tesadüf edilebilecektir. Filhakika âdi şirket mukavelelerinin akdi, isbat bakımından Usulün 288 inci madde hükmü mahfuz olmak üzere bir şekle bağlı değildir. Fakat şirket mevzuunun değeri 5000 kuruşu aşıyorsa bu maddeye binaen taraflar haklarını ancak senetle isbat edebilirler. Fikrimizce mevzuu ticarî olan âdi şirketlere bu kaide kabili tatbik değildir. Ticaret Kanununun 680 ve Usulün 291 inci maddeleri mevzuu ticarî olan mukaveleleri, ki buna şirket akdi de dahildir, isbat bakımından 288 inci maddedeki takyitlerden vareste kılmaktadır.

3. Hususî şirket yukarıda da izah edildiği gibi, şerikler arasında tam bir şirket manzarası arzeder. (Pic, zge. s. 633). Umumiyetle şirket akdinin doğurduğu neticeler hususî şirketlerde de şerikler arasında doğar, meğer ki hilâfı mukavelede tasrih edilmiş olsun. Ancak şirket vasfına aykırı şartların mukavele mahiyetini tebdil edebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Bu mevzuda evveleminde mukavele boşluklarının hangi hükümlerle itmam edileceği tetkik edilmek gerekir.

Ticaret Kanununun 523 üncü maddesine göre, hususî şirkette şeriklerin birbirlerine karşı haiz oldukları haklar ve borçlar işbu şirketin hususî mahiyeti ile kabili telif olmıyanlar müstesna olmak üzere «sair ticaret şirketleri şürekâsı» arasındaki hakların ve borçların aynıdır.

Bu maddede ifadesini bulan atfın hedefi hangi hükümlerdir, şümul sahası nedir?

Alman hukukunda hususî şirket ticaret şirketleri meyanında zikredilmemiştir. Bu esasa binaen ticaret şirketleri hakkındaki ahkâm ancak üçüncü derecede kabili tatbik olup mukavele boşlukları evveleminde âdi şirket hakkındaki hükümlerle tamamlanır. (Müller - Erzbach, Handelsrecht, s. 336. Wespi, zge. s. 13). İsviçrede hususî şirket mevzuu icrayı ticaret olan bir âdi şirkettir. Bu itibarla âdi şirket hükümlerinin tatbiki bilâtereddüt kabul edilmek gerekir. Fransız hukukunda da, Medenî Kanununun 1873 üncü maddesi mahfuz olmak üzere, aynı esas caridir. (Pic, zge. s. 604, Wespi, zge. s. 12).

Bizde kanuncu, hususî şirketleri, mülga Kanunnamei Ticaret hükümleri hilâfına ticaret şirketi olarak tavsif etmemiştir. Hususî şirketin tica-



ret şirketi sayılmamış olmasına rağmen, 523 üncü maddede âdi şirketlere değil ticaret şirketlerine atıf yapılmıştır. Demek oluyor ki Türk Hukukunda, âdi şirketler hakkındaki hüküm yabancı çevrelerdeki usulün ter-sine olarak, ancak üçüncü derecede bahis mevzuu olabilecektir.

Lâkin kanunun yaptığı atıfla hangi hükümleri kastedtiği de açık de-ğildir. Bu atfın sair ticaret şirketleri hakkındaki umumî hükümlere ma-tuf olabileceği de müdafaa edilebilir. Kanaatimizce kanuni ibare bu telâk-kiye mânidir. Kanuncu, «sair ticaret şirketleri şerikleri arasındaki hak ve borçları tanzim eden hükümler» cümlesi ile ancak şerikler arasındaki münasebetleri tanzim eden hükümleri yani, Ticaret Kanununun 155-169 ve 256-265 inci maddelerini istihdaf etmiş olabilir. Ticaret şirketlerine mütedair umumî hükümler faslında mevzu kaidelerin mühim kısmı şah-siyeti hükmiyeyi haiz şirketlere uygundur. Kalanlar ise şerikler arasın-daki münasebetleri tanzim etmekle beraber daha ziyade umumî mahiyet-tedir. Bundan başka atıf şüpheye mahal bırakmıyacak derecede açıktır. Sair ticaret şirketlerinin hak ve borçları umumî hükümlerde değil, hu-susî fasıllarda tanzim edilmiştir. Bu itibarla önceden bu fasıllara müracaat zarurîdir. Ancak bunlardaki boşluklar âdi şirketlere gidilmeden umumî hükümlerle doldurulabilir. Umumî hükümler Ticaret Kanununun 2 nci maddesi delâletiyle esasen tatbik edileceğinden kanunun sarih bir atıfla bunları kasetmiş olması fikri bizce reddedilmelidir. O halde boşlukları itmamda takip edilecek silsile şu olmalıdır: Başta âmir ahkâm ve muka-vele hükümleri olmak üzere, Ticaret Kanununun hususî şirketlere müte-dair kaideleri, sair ticaret şirketleri şürekâsı arasındaki münasebetleri tanzim eden Ticaret Kanunu hükümleri, Umumî hükümler faslında mündemiç ahkâm, âdi şirketler hakkındaki hükümler.

Bu sualin hallinden sonra tetkiki gereken diğer bir mesele, şirket-lerden hangisine atıf yapıldığıdır. Anonim, Limited ve Kooperatif şirket-lerin bahis mevzuu olamayacağı bedihîdir.

Hususî şirketin menşei umumiyetle kabul edildiği veçhile komandit şirketinin de menşei teşkil eden «comenda» dır. (Sänger, zge. s. 32. Poulle, zge. s. 11). Gerek komandit gerekse hususî şirket aynı kökten doğ-muş ve birbirine benzer menfaatler vaziyeti yaratmıştır. (Siegwart, zge. e. 7. Wieland, zge. s. 391). Bu itibarla benzerlik mevcut olduğu nisbette her iki şirket tipinin aynı muameleye tâbi tutulması makuldür. (Siegwart, zge. s. 7). Umumiyetle iç münasebette hususî şerik de komanditer gibi tâli ve nüfuzsuz vaziyettedir. Binaenaleyh atfın hususî şerik bakımından ev-velemirde komandit şirketlerde, şerikler arasındaki münasebetleri tanzim eden hükümlere müteveccih olduğu kabul edilebilir. Varılan bu son ne-ticeye göre atıf silsilesinin başına komandit şirketlerde şerikler arasın-daki münasebetleri tanzim eden hükümler yani 256-265 inci maddeler ge-

cecek, bu hükümlerden sonra, uymak şartıyla, kollektif şerikler arasındaki münasebetleri tanzim eden kaideler yer alacaktır.

Yukarıda arzedilen diğer fikir terviç edildiği takdirde evvelâ umumî hükümlere bilâhare hususilere müracaat icap eder.

4. İdare hakkı, iç münasebete taallûk eden bir müesses olduğundan, şerikler tarafından hususî şirkette de istenildiği gibi tanzim olunabilir. Diğer bir söyleyişle hususî şirketlerde de hususî şerike idare hakkının tanınmasına kanunî bir engel yoktur. (Wieland, zge. s. 780. Siegwart, zge. s. 8). Hattâ hususî şerike iç münasebette idare hakkından daha da geniş bir müdahale hakkı bahşedilmiş olabilir. Umumiyetle idare hakkı âkid şeriktedir. Fransız müelliflerinden Pic'e göre şerik olmıyan üçüncü bir şahsa da teffiz edilmiş olabilir. Türk hukukunda üçüncü şahıs vekil vasfını iktisap etmişse 525 inci maddeye binaen yaptığı muamelelerden şerikler müteselsilen mesul olur. (Pic, zge. s. 635).

İdare hakkını tek bir şerikin haiz olması şart değildir. Bu sıfat bir kaç şerike hattâ bütün şeriklere verilmiş olabilir. Şirket mukavelesinde sarahat yoksa, karine idare hakkının bütün şeriklerde bulunduğudur. Bununla beraber, idare hakkı tayin edilmeksizin, şeriklerin hukukî durumu, âkid ve hususî olmak üzere, tanzim edilmişse, idare hakkı âkid şerike ait olmak gerekir. Bu halde, hususî şerikin şirket işlerine müdahale hakkı, Ticaret Kanununun 523 üncü maddesi delâletiyle yukarıki tefsire binaen, komanditer şerikler hakkındaki hükümlere kıyasen tayin edilir.

İdare hakkının hududu, şirket mukavelesinde sarahat yoksa, kezaik komandite ve komanditer şeriklerin haiz olabileceği hakların hududu ile muayyendir.

İdare haklarının tarzı istimali, idare hakkını haiz şerikin ihtimam derecesi, şeriklerin itiraz hakları, idare hakkının nez veya tahdidi, idare hakkını haiz şerikin azli, 523 üncü maddedeki atıf delâletiyle, mahiyeten en uygun gelen ticaret şirketindeki hükümlere göre düzenlenilmek lâzımdır.

Hususî şirket, hususî şerikin âkid şerike ait ticarethaneye iştiraki şeklinde tecelli ediyorsa, idare haklarına aykırı hareket ancak mukavele- nin feshini istilzam edebilir.

5. Murakabe hakkı da, şirket mukavelesi ile arzu edilen vüsatte tanzim edilebilir. Hilâfına şirket mukavelesinde sarahat yoksa, şeriklerin durumuna göre tayin edilmek gerekir. Mukavelede bütün şerikler idare hakkını haiz iseler, murakabe hakkı, 251 inci maddenin delâletiyle, kollektif şirketlerdeki hükümlere göre tanzim edilir. İdare hakkından bahsedilmiyerek, yalnız âkidlik sıfatı tayin edilmişse, hususî şerikin murakabe ve tetkik hakkı komanditer şerikin murakabe ve tetkik hakkının aynıdır.

6. Rekabet memnuiyetini de şeriklerin sıfatına göre ayırmak lâzımdır. Âkid şerike terettüp eden memnuiyet hükümleri Ticaret Kanununun 523 ve 251 inci maddelerinin delâletiyile 168 ve 169 uncu maddeler daire-sinde mülâhaza edilmelidir, şu farkla ki, âkid şerik dış münasebette bahis mevzuu muameleleri esasen kendi namına icra edeceğinden, 168 ve 169 uncu maddedeki hükümler hususî şirketlerin mahiyetine uygun bir tarzda tefsir ve tatbik edilmek gerekir. Meselâ hususî şirkette âkid şerik aynı nevi ticarî muamelelerle meşgul bir şirkete âza olamaz. Buna mukabil, şirket mevzuuna giren muameleleri kendi nam ve hesabına yapmışsa, sair şerikler mukaveledeki hükümler dairesinde yalnız kâr hisselerini istiyebilirler. Âkid şerikin aynı mevzu ile meşgul diğer bir hususî şirkete hususî şerik sıfatıyla iştirak edebilip edemeyeceği cayı sualdir. 168 inci madde kollektif şerikin diğer bir şirkete şahsan mesul âza sıfatıyla iştirakini menetmiştir. Bu hükme binaen, hilâfı şirket mukavelenamesinde tanzim edilmemişse, âkid şerikin de hususî bir şirkete hususî şerik sıfatıyla iştirak edebileceği kabul edilmelidir.

Hususî şerikin durumuna gelince hâdise Ticaret Kanununun 259 uncu maddesine kıyasen mülâhaza edilmelidir. Hususî şeriklerin aynı mevzu ile meşgul diğer bir hususî şirkete iştiraklerine menfaatleri vaziyeti bakımından bir engel yoktur.

7. Hususî şirkette âkid şerikin salâhiyetleri: Âkid şerik, şirket sermayesini akde uygun bir şekilde tahsis ve istimal ile mükelleftir. Âkid şerik üçüncü şahıslarla olan münasebetlerde, hususî şerikin vekili sıfatıyla hareket etmeyip, mukaveleyi kendi namına yapar ve mukaveleden doğan hak ve borçlar münhasıran bu şerike racidir. Âkid şerik tüccar sıfatını haiz ise, muamele ticaret unvanı altında, gayri tacirse, öz ve soyadı altında yapmalıdır. Demek oluyor ki, âkid şerik, üçüncü şahıslarla hususî şirket mukavelesini izhar etmeksizin kendi namına muameleye girişir. Hususî şirket mukavelesi ile salâhiyetleri tahdide uğramışsa, takyidat üçüncü şahıslara hiçbir veçhile müessir değildir, ancak iç münasebette âkid şerikle hususî şerik arasında hüküm ifade eder. (Pic, zge. s. 635 aynı kanaattedir).

Dış münasebette âkid şerikin haiz olabileceği geniş salâhiyetler tahdit edilemez. Kollektif ve komandit şirketlerde temsil salâhiyetini haiz şerikin bu salâhiyeti şirket mevzuu ile mahdut iken hususî şirketlerde hiçbir tahdit yoktur. Tacir veya gayri tacir hakikî ve hükmi şahısların umumî hükümlere binaen salâhiyet hududu ne ise âkid şerikin salâhiyet hududu da odur.

## 8. Malî unsurlar.

a. Sermaye vaz'ı mükellefiyeti: Hususî şirkette de şerikler bir sermaye vazetmekle mükelleftirler. Alman hukukunda bu sermaye âkid şerikin mülkiyetine intikal etmek gerekir. Bu esasa dayanılarak hususî şerikin bir hakkın istimalini veya sayüamelini sermaye itti haz edemeyeceği kabul edilmiştir, ancak bunların ücret tutarları nakdî olan sermaye borcuna mahsup edilebilir. İsviçre hukukunda hususî şerik her cinsten sermaye vaz edebilir, (Siegwart, zge. s. 8).

Türk hukukunda, hukukî durum iki şekilde mütalâa edilmelidir.

Ticaret Kanununun 524 üncü maddesi şeriklere geniş bir serbestî tanıdığından, bu esasa binaen her türlü sermaye vaz'ı caizdir.

Buna mukabil 523 üncü maddedeki atfa dayanılarak, hususî şerikin mahiyet itibariyle komanditere benzediği, ve komanditerlerin vaz edebilecekleri sermayeler hakkındaki hükümlerin hususî şirketlere de şamil olduğu ileri sürülebilir. Malûm olduğu veçhile, komandit şirketlerde komanditer sâ-y ve amelini, itibarını, sanatını sermaye itti haz edemez. Atfa uyu-larak hususî şeriklerin de bu kabîl kıymetleri sermaye itti haz edemeyeceği sonucuna varılabilir. Nitekim İtalyan hukuku da, hususî şerikin sayü amelini sermaye itti haz etmesine cevaz vermemiştir. (Wespi, zge. s. 11. Vivante, No. 832).

Türk hukuku tatbikatında sayü amelini sermaye itti haz edildiği hususî şirket mukaveleleri az değildir. Bu kabîl vaziyetlerde hususî şirketçe ifa edilecek hizmetlerin mahiyeti de rol oynıyabilir. Hususî şerikin yalnız iç hizmetlerde çalıştırıldığı hallerde, üçüncü şahıslarla doğrudan doğruya bir teması olmadığından, hukukî durum daha emin bir şekilde takdir edilebilir. Lâkin hususî şerike üçüncü şahıslarla münasebete girişmek hakkı tanınmışsa, üçüncü şahıslar nazarında mezkûr durum, ancak âkid şerikle hususî şerik arasındaki münasebetin bir hizmet veya vekâlet akdine irca suretiyle gerçekleştirilebilir.

Hususî şirkette sermaye tarafların rızası ile tenkis edilebileceği gibi iade de edilebilir. Alman hukuku üçüncü şahıslara hususî bir itiraz hakkı tanımıştır. Alman Ticaret Kanununun 342 nci maddesine göre, iflâsın açıldığı tarihten bir sene önce, ticarethane sahibi ile hususî şerik arasında yapılan anlaşmaya binaen hususî şerike sermayesi kısmen veya tamamen iade veya doğan zarara olan iştiraki borcu kısmen veya tamamen ibra edilmişse, iade veya ibraya iflâs idaresi itiraz edebilir... Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanununun muayyen hükümleri ile amel edilmek gerekir.

b. Kâr ve zarar: Ticaret Kanununun 518 inci maddesine göre hususî şirketlerin diğer bir vasfı bunların kâr ve zararın taksim edilmek üzere

akdi mukavele olunmalarıdır. Bu itibarla kâr ve zarar hakkındaki hükümler de tavsif bakımından rol oynayabilir.

İtalyan hukukunda hususî şerikin zarardan muaf tutulması bu şirketin mahiyeti ile kabili telif görülmemiştir. (Wespi, zge. s. 11. Vivante, No. 830). Hususî şeriklerin bir kazanç şirketi olması, şeriklerin kâra iştirakini mecburî kılar. Kâra iştirak hakkını tanımayan veya şeriklere herhangi bir müsbet kazanç bahşetmeyen bir mukaveleyi hususî şirket mukavelesi olarak tavsife mahal yoktur. Bununla beraber hususî şerikin kâr hissesi sabit bir faiz şeklinde gösterilmiş olabilir. Ancak faiz olarak gösterilen meblâğ sabit kâr vasıflarını ihtiva etmelidir. Aksi takdirde mukavele şirket vasfını zayi eder.

İtalyan hukukuna aykırı olarak Alman hukuku hususî şerikin zarardan muafiyetini tecviz etmiştir. Halbuki Umumî Alman Ticaret Kanununun 250 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre hususî şerikin zarara iştiraki âmîr bir hüküm mahiyetindedir. İsviçre hukukunda, Borçlar Kanununun 523 üncü maddesinin delâletiyle ancak sayü amelini vazeden hususî şerik zarardan muaf tutulabilir.

Bizde sarîh bir hüküm mevcut değildir. Sermayede olduğu gibi kâr ve zarar bahsinde de iki yol takip olunabilir.

Kollektif, komandit ve âdi şirketlerde cari olan temel kaideye dayanılarak, ancak sayü amelini koyan hususî şerikin zarardan muaf tutulabileceği ileri sürülebilir. Lâkin sermayenin komandit şirketlerde olduğu gibi nakdî olması tezini müdafaa edersek, mezkûr prensibin bir neticesi olmak üzere, hususî şerikin zarardan muafiyetini müstelzim şartları batıl addetmemiz icap eder. Demek oluyor ki bu fikre göre hususî şerik zarardan muaf tutulamaz. Muafiyeti temin eden mukavele hükmü batıldır, meğer ki mukavele şirket mukavelesi olarak tavsif edilemeye.

İkinci yol Ticaret Kanununun 524 üncü maddesine dayanılarak bu halde de şeriklere mutlak bir serbestî tanımaktır.

Tatbikatta sermayenin nev'ine bakılmaksızın hususî şerikin zarardan muaf tutulduğu görülmektedir. Hususî şerikin sarîh arzusu zarardan muaf tutulmak ise, kanaatimizce mukavele hususî şirketten gayri bir mukavele şeklinde inşa edilmelidir.

Hususî şerikin zarar borcu ve borcun nisbeti şirket mukavelesi ile tayin edilmemişse, vaz'ını müteahhit olduğu sermayeyi aşamaz. (Wieland, zge. s. 780). Wieland'a göre, hususî şerikin sermaye vaz mükellefiyeti sermayenin müsmir bir şekilde nemalandırmak imkânının zeval bulduğu anda nihayet bulur. Binaenaleyh, âkid şerikin iflâsında hususî şerik ancak iptidar edilmiş muameleleri ikmal için sermaye itasına mecbur olup bunlar da bitmişse sermaye borcunun kalan kısmını iadeye mecbur tutulamaz.

Buna mukabil âkid şerik hususî şerike terettüp eden zarar payının tediyesini isteyebilir. (Wieland, zge. s. 778/9).

c. İştirak payı: Vazedilen sermayeler üzerindeki hakların mahiyetine göre iştirak paylarının da mahiyetleri değişebilir. Aynı problem âkid şerik tarafından iktisap edilecek mallar hakkında da caridir. Âkid şerik iç münasebette şirket için iktisap ettiği malları dış münasebette kendi namına iktisap eder. Hakkı mülkiyet kaideten âkid şeriktedir. Bu malların iktisabı için şeriklere ait sermayenin kullanılmış olması rol oynamaz. Ancak şirket mukavelesindeki hükümlerden şeriklerin iştirak halinde mülkiyet prensibini kabul ettikleri istidlâl edilebiliyorsa, iktisap edilen mallar üzerindeki mülkiyetin nevi âdi şirketler hakkındaki hükümler dairesinde mütalâa edilmelidir.

ç. Mesuliyet: Ticaret Kanununun 525 inci maddesine göre, üçüncü şahıslarla vukubulan akidlerden doğan hak ve borçlar âkid şerike racidir. Bu itibarla üçüncü şahıslara ancak âkid şerikin mameleki mesuldür. Yine aynı maddenin diğer bir hükmüne tevfiikan şahsan mukavele akdetmedikleri sair şeriklere karşı üçüncü şahısların hakkı davaları yoktur.

Bu kaidenin üç istisnası vardır:

- a. Mukavele bütün şerikler tarafından yapılmışsa,
- b. Mukavele bütün şerikler namına vekili müsterekleri tarafından yapılmışsa,
- c. Mukavele haiz olduğu vekâlete istinaden âkid şerik tarafından kendi ve sair şerikler adına yapılmışsa,

Bu üç halde şeriklerin herbiri üçüncü şahıslara karşı müteselsilen mesul olur. Lâkin şerikler hal ve hareketleri ile üçüncü şahısları şirketin mahiyeti hususunda şüpheye sevkemişlerse ve Ticaret Kanununun 151 inci maddesinde aradığı anasır tahakkuk edebiliyorsa, bu halde de müteselsilen mesul olurlar. Pic, aynı neticeye, Türk hukukunda 267 nci maddede tekabül eden Fransız Ticaret Kanununun 27 ve 28 inci maddelerinin delâletiyle varmaktadır. (Pic, zge. s. 644).

### 9. Hususî şirketin feshi.

Umumiyetle sair ticaret şirketleri hakkındaki fesih sebepleri hususî şirketlere de tatbik olunur. Hususî şirket mahiyet itibariyle daha ziyade komandit ve âdi şirketlere benzediğinden fesih sebeplerinin şümul ve uygunluğu tayin edilirken bu şirket tiplerinin gözönünde tutulması gerekir.

Hususî şirketlerde âkid şerikin vefatı behemehal şirketin infisahını muciptir. Şirket mukavelesinde hilâfına sarahat olsa bile, âkid şerikin vefatı üzerine, bu şerikin kendi namına yaptığı muameleler veresesi

ile tasfiye edilmek gerektiğinden, hususî şirketin şerikler arasından in-tihap edilecek diğer bir âkid şerikle devamı yeni bir şirketin doğumu ma-hiyetinde telâkki edilmelidir.

Ticaret Kanununun 189 uncu maddesinin zımnî hükmüne binaen şir-ket münfesh olmayacağı neticesine varılabilirse de kanaatimizce Borçlar Kanununun 535 inci maddesinin 2 nci fıkrası hususî şirketlerde âkid şeri-kin hukukî durumuna ve menfaatler vaziyetine daha uygundur. Buna mu-kabil hususî şeriklerden birinin vefatı, Ticaret Kanununun 265 inci mad-desine kıyasen şirketin infisahını mucip değildir. (Pic. zge. s. 647 ye de bakınız).

Şeriklerin iflâsı, mallarının haczı ve mahcuriyeti de aynı mülâhazalar altında mütalâa edilmelidir.

Hususî veya âkid şerikin alacaklısı, hususî şirketin feshini isteyebilir mi? Âkid şerikte alacakları olan şahısların şirketin feshini talebe ihti-yaçları yoktur. Âkid şerikin mülkiyetinde bulunan bütün mallar alacak-larına karşılık teşkil eder. Hususî şirketin feshi daha ziyade hususî şeri-kin alacaklısı için bahis mevzuu olabilir. Alman hukuku hususî şirketler hakkında 339 uncu maddede 133, 134, 135 inci maddelere yaptığı açık atıfla meseleyi kökünden halletmiştir. Alman Ticaret Kanununun 135 inci maddesi bizde Ticaret Kanununun 203 üncü maddesine tekabül eder. Gerçi Ticaret Kanununun 523 üncü maddesi sair ticaret şirketlerine yalnız şeriklerin hak ve borçları bakımından atıfta bulunmuş ve 525 inci madde de hususî şeriklere hakkı müracaatı kabul etmemişse de buradaki hukukî durum az çok farklıdır. Alacaklının hakkı âkid şerikin yaptığı bir mua-meleden doğmuş değildir. Alacaklılarının borçlunun bütün mallarına mü-racaat hakları kabul edilmiş olduğundan bu hak hususî şerikin şirket mu-kavelesi ile haiz olacağı haklara da şamildir. Bu itibarla 203 üncü madde-nin hususî şirketlere teşmili menfaatler vaziyetine her bakımdan uygundur.

Hususî şirket, hususî şerikin âkid şerikin ticarethanesine iştirak şek-linde akdedilmişse, âkid şerikin ticarethaneyi üçüncü bir şahsa devret-mesi, Wieland'a göre bir fesih sebebi değildir, hususî şerike yalnız tasfiye ve tazminat hakkı bahşeder. (Wieland, zge. s. 784). Staub aksi kanaat-tedir. (Staub, 339. 10). Bizce bu vaziyet Ticaret Kanununun 185 inci mad-desinin 1 inci bendi ile 5 inci bendinin 2 nci fıkrasına giren muhik bir fe-sih sebebidir.

10. Tasfiye ve hesaplaşma: Âkid şerikin Ticaret Kanununun 518 inci maddesinde ifadesini bulan hesap verme mükellefiyeti şirket mevzuuna göre değişir. Hususî şirketin mevzuu bir veya müteaddit ticarî muamele-lerden tereküp ediyorsa, hususî şirket işbu muamelelerin ikmalî ile ken-diliğinden münfesh olacağından âkid şerikin her muamelenin ikmalinde

şeriklerine hesap vermesi, tâbir caizse, bu muameleden mütevellit hakları tasfiye etmesi gerekir. Şirket mütevali ticarî muameleleri mevzu ittihaz etmişse, hesap verme aynı zamanda şirketin tasfiyesini birlikte getirmez. Bu kabîl hallerde «hesap verme» borcu diğer ticaret şirketlerine kıyasen takdir edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, uzun müddetli hususî şirketlerde âkid şerikin hesap vermesi demek peryodik bilânço tanzim edilerek kâr ve zararın tesbiti demektir. Hakikî tasfiye şirketin hitamında vukubulacaktır.

11. Tasfiye: Ticaret Kanununun 526 ncı maddesine göre, hususî şirketin hitamında, onu idare eden şerik yani âkid şerik veya şerikler evrakı şübutiyeye müsteniden sair şeriklere hesap vermeğe ve tasfiyeye mecburdur. Bu hüküm ile kanuncu tasfiye memurluğunu sadece bir borç olarak değil aynı zamanda bir hak olarak âkid şerike tevdi etmiştir.

Kollektif ve komandit şirketlerde tasfiye memuru tayin edilmemişse bütün şerikler tasfiye memuru addolunur. Bununla beraber Mahkemeye müracaatla üçüncü bir şahsın tasfiye memuru olarak tayinini isteyebilirler. (T. K. 212 - 213).

Aynı hüküm hususî şirketlere de tatbik edilebilir mi? Fransız hukukunda Pic, âkid şerikin zimnen tasfiye memuru olduğunu, şerikler arasında nifak veya âkid şerikin vefatı veya sadakatsizliği gibi sebepler bulunmadıkça tarafların rıza veya mahkeme kararı ile üçüncü bir şahsın tasfiye memuru tayin edilemeyeceğini beyan eder. (Pic, zge. s. 651). Alman hukukunda da tasfiyenin âkid şerik tarafından icra edileceği ileri sürülmektedir. (Wieland, zge. s. 785). Bizde de Ticaret Kanununun 526 ncı maddesinin delâletiyle aynı neticeye varılmak lâzımdır. Tasfiye sırasında zuhur edebilecek ihtilâflar için mahkemece bir murakıp tayin edilebilir. Hususî şerik bir çok vaziyetlerde komanditer şerikten de daha nüfuzsuz bir vaziyette bulunduğundan, bu kabîl şirket mukavelelerinin feshinde, tasfiyenin yabancı bir şahıs tarafından icrası âkid şerikin hak ve menfaatlerini ciddi bir tehlikeye koyabilir. Hususî şerik tasfiyenin icra tarzından emin değilse âkid şeriki hesap itasına icbar edebilir. (Wieland, zge. s. 785).

Bununla beraber şirketin mahiyeti sair şeriklere tasfiyeye iştirak hakkı bahşedebileceği gibi muayyen şartlar mevcutsa üçüncü bir şahsın tasfiye memuru olarak tayini de muhik görülebilir.

**Halil Arslanlı**