

ADİ ORTAKLIĞIN TÜZEL KİŞİLİĞİNİN BULUNMAMASININ ARABULUCULUK BAKIMINDAN SONUÇLARI

*The Legal Consequences of Lack of Legal Entity of Ordinary Partnership in
terms of Mediation*

Arş. Gör. Ömer Ali GİRGIN*

Özet: Çalışmanın amacı, adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk faaliyetinin özelliklerini tespit etmektir. Diğer şirket türlerinin temeli olarak kabul edilen adi ortaklık, tüzel kişiliği haiz olmaması başta olmak üzere çeşitli yönleriyle ticaret şirketlerinden ayrılmaktadır. Bu sebeple adi ortaklık, özellikle ortakların iç ilişkileri, medeni hukuk ve usul hukuku yönünden ortaklığın ehliyetleri, ortaklığın dışa karşı temsili ve ortakların ortaklık borçlarından sorumlulukları bakımından özel bir konumdadır. Diğer yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarından biri olan arabuluculuk Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2013 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana uygulanmaktadır. Yakın tarihte yürürlüğe giren düzenlemelerle bazı iş ve ticari uyuşmazlıklar için arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesiyle arabuluculuk müessesesinin önemi ve uygulaması artmıştır. Uygulamada adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk faaliyetiyle ilgili tereddütler olduğu gözlemlenmektedir. Bu çerçevede çalışmada adi ortaklığın arabuluculukta taraf olarak bulunmasının sonuçları mevzuat, öğretisi ve içtihatlar ışığında incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Adi ortaklık, adi ortaklıkta temsil, arabuluculuk, dava arkadaşlığı, müteselsil sorumluluk

Abstract: The aim of this study is to determine specialities of the mediation process which simple partnership is involved as a party. Simple partnership which is accepted to be foundation of other partnership types, differs from commercial partnerships in various aspects, not having legal entity in particular. For this reason, simple partnership holds a special position in terms of internal and external relations of partners, legal capacities of partnership in both civil and procedural law and liability of partners for obligations of the partnership. On the other hand, mediation which is one of the alternative dispute resolution methods, is being applied in Turkey since the Code of Mediation in Legal Disputes, No.6325 took effect in 2013. The importance and application of the mediation increased due to recent amendments that regulated mandatory mediation for labor and commercial disputes. It is observed that there are some ambiguities about the mediation process which includes simple partnerships. In this context, the consequences of simple partnership as a party to mediation have been examined in the light of legislation, doctrine and case law.

Key words: Simple partnership, representation in simple partnership, mediation, joinder of parties, joint liability

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
omer.aligirgin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7469-9174
Makale Geliş Tarihi: 28/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 10/06/2020

GİRİŞ

Türk hukukunda arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu sistematik olarak düzenleyen temel mevzuat olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) göre arabuluculuk sürecinin başlatılması ihtiyari arabuluculukta ve dava şartı arabuluculukta farklı biçimde düzenlenmiştir. İhtiyari arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında başlatılabilir (HUAK m. 13/1). Her iki zamanda gerçekleştirilecek arabuluculuk türü için, sürecin başlatılması arabuluculuğa hâkim ilkelerden iradilik ilkesi (HUAK m. 3/1) gereği, bütünüyle tarafların iradelerine bağlıdır. Bu kapsamda dava açılmadan önce arabuluculuk süreci, taraflardan birinin diğerine arabulucuya gitmeyi teklif etmesi ve diğer tarafın bunu kabul etmesiyle başlar. Teklif doğrudan taraflar arası iletişimle iletilebileceği gibi, süreci başlatmak isteyen tarafın önce arabulucuya başvurması sonrasında, arabulucu tarafından karşı tarafla iletişime geçilerek de iletilebilir. İçinde bulunduğu bir hukuk uyuşmazlığını ihtiyari arabuluculuk yoluyla gidermek isteyen adi ortaklık bakımından da bu hususlar geçerlidir. Ancak adi ortaklık tüzel kişiliği haiz olmadığı için başvuruyu kimin yapması gerektiği, ilgili adi ortaklığın taraf teşkil edebilmesi ve dolayısıyla arabuluculuk sürecinin sıhhatli yürüyebilmesi bakımından büyük önem arz eder. Şöyle ki; arabuluculuğa başvurmak niyetinde olan taraf gerçek veya tüzel kişi ise başvuruyu kimin yapması gerektiği yönünden herhangi bir şüpheye yer yoktur. Zira başvuru gerçek kişi ise, bizzat, varsa kanuni temsilcisi aracılığıyla veya özel yetkili vekili aracılığıyla başvurulabilir. Başvurucu tüzel kişi ise, yetkili organı veya temsilcisi aracılığıyla başvurulabilir. Buna karşılık başvuru adi ortaklık ise, durum biraz daha yakından incelenmelidir.

I. ADİ ORTAKLIĞIN TÜZEL KİŞİLİĞİNİN BULUNMAMASININ ORTAKLIĞIN TARAF OLDUĞU HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Adi ortaklık gerçek kişi ya da tüzel kişi değildir¹. Türk hukukunda bu tür ortaklıklar, bağımsız bir hak öznesi de değildir². Adi ortaklığın

1 Özenli, S., *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı, Ankara, 1988, s. 6; Pulaşlı, H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet, Ankara, 2015, s. 32; Barlas, N., *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat, İstanbul, 2012, s. 82; Şener, O. H., *Adi Ortaklık*, Yetkin, Ankara, 2008, s. 155, 397; Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E., *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2014, s. 45; Doğanay, Y. Ü., *Adi Şirket Akdi*, Kutulmuş, İstanbul, 1963, s. 31; Bilgili, F./Demirkapı, E., *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013, s. 19, 28; Ansay, T., *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Başnur, Ankara, 1967, s. 34; Yalman, M./Taylan, E., *Adi Ortaklık*, Olgaç, Ankara, 1976, s. 20; Girgin, Ö. A., *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 2. Baskı, s. 35.

² Adi ortaklıklara aktif ve pasif dava ehliyeti ile fiil ehliyeti tanıyan Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. 29.01.2001 tarihli, II ZR 331/00 sayılı "ARGE Weiß es Ross"

taraf, dava ve takip ehliyeti yoktur³. Bu sebeple tüzel kişilerde olduğu gibi ortaklık adına karar alarak bunu uygulayabilecek bir organı da yoktur. Bilindiği gibi tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanır. Adi ortaklıkta organlar olmadığı için ortaklığın işlerinin yürütülmesinde farklı bir rejim benimsenmiştir. Buna göre, adi ortaklığın üçüncü kişilerle gireceği hukuki ilişkilerde ya ortakların tümünün birlikte hareket ederek işleme katılması ya da ortakların tümünün temsil edilmesi gerekir. Yöneticilerin temsil yetkisi kanun gereği vardır (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 637/III). Ayrıca iradi temsil kullanılarak, ortaklardan başka bir kişiye de temsil yetkisi verilebilir (TBK 638/III). Bu nedenle öncelikle kanun gereği kendiliğinden temsil yetkisine sahip olan yöneticilerin kimler olduğu tespit edilmelidir.

Adi ortaklıkta ortaklığı yönetme yetkisi, sözleşme veya ortaklık kararıyla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklara aittir (TBK m. 625/I). Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır (TBK m. 637/II). Dolayısıyla bir adi ortaklıkta her ortak aynı zamanda yönetici ve temsilci olabilir; ortaklardan biri veya birkaçı yönetici ve temsilci olabilir; tamamen ortaklık dışından bir kişi yönetici ve temsilci olabilir. Her durumda, yönetim yetkisi olağan işleri kapsar. Olağan dışı işlerin yapılması ve ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması için ise ortakların oybirliği gerekir (TBK m. 625/III). Aynı husus ortaklığın dışı karşı temsil edilmesi bakımından TBK m. 637/III'te "*Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.*" ifadesiyle tekrar edilmiştir. Hükümdeki "önemli tasarruf işlemleri" ibaresinin "olağan dışı iş" olarak anlaşılması gerekir⁴.

kararı, BGHZ, 146, 341 = NJW, 2001, 1056 – 1061. Kararın Türkçesi için bkz. Narbay, Ş./Deliduman, S. "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Birinci Cilt., Beta, İstanbul, 2002, s. 577 – 594. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgili, F., "Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Birinci Cilt, Beta, 2002, İstanbul, s. 207 vd.; Uzun, P./Uğur, A. "Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 1, s. 91.

³ Şener, s. 20; Girgin, s. 36.

⁴ Ayar, A., *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 226.

II. ADİ ORTAKLIK ADINA ARABULUCUYA BAŞVURU

A. Arabulucuya Başvurunun Olağan İş – Olağan Dışı İş Ayırımı Bakımından Değerlendirilmesi

Adi ortaklık adına arabuluculuk yoluna nasıl başvurulması gerektiğini tespit için önemli olan olgu, olağan iş – olağan dışı iş ayrımıdır⁵. Zira arabulucuya başvuru olağan işlerden sayılırsa, ortak olsun veya olmasın, yönetici kendi kararıyla, ortaklara danışmadan arabulucuya başvurabilir. Fakat olağan dışı işlerden sayılırsa yönetici arabulucuya ancak ortaklık sözleşmesinde açık hüküm veya oybirliğiyle alınmış bir ortaklık kararı bulunması halinde başvurabilir. Aksi takdirde tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın arabulucuya başvurabilmesi için, ortakların tümünün birlikte hareket ederek işleme katılması gerekir. Konuyla ilgili ayrıntılara girmeden önce, hangi durumda arabulucuya başvuruda tereddüt bulunmadığını belirlemekte fayda vardır. Adi ortaklık ortaklarının tümünün birlikte hareket ederek arabulucuya başvurmaları durumunda, olağan iş de sayılsa olağan dışı iş de sayılsa adi ortaklık adına geçerli ve bağlayıcı bir başvuru yapılmış olur. Ortaklar işleme şahsen katılabileceği gibi temsilci vasıtasıyla da katılabilir. Bu yönden ortaklardan bazılarının veya tümünün usulüne uygun verilmiş ve kapsamında arabulucuya başvuruyu engelleyen bir sınırlama bulunmayan temsil yetkisine sahip temsilcilerinin işleme katılması, temsil olunan ortağın şahsen katılmasıyla aynı sonucu doğurur. Dikkat edilirse burada ortaklığın yönetimi değil, ayrı ayrı ortakların bireysel temsilinden söz edilmektedir. Dolayısıyla ortaklardan bazılarının şahsen katıldığı bir işleme kalan ortaklar temsilciyle katılabilir. Tüm ortakların temsilcileriyle katılması da mümkündür. Bu usulde kuşkuyla yer yoktur. İncelenmesi gereken mesele, tüm ortakların ortaklığın işleri için yetkilendirdiği temsilcinin veya ortaklık yöneticisinin bu işlemi tek başına yapabiliyor yapamayacağıdır. Bu meselenin çözümü ise arabulucuya başvurunun, adi ortaklık kapsamında olağan iş mi yoksa olağan dışı iş mi olduğuna göre şekillenecektir.

Kanunda adi ortaklık yönetimi bakımından nelerin olağan, nelerin olağan dışı iş olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Konuyla ilişkili düzenlemeler, “...ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir.” (TBK m. 625/III) ve “...temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.” (TBK m. 637/III) hükümleridir. Bahsi geçen ayrımı netleştirebilmek için ortaya atılan görüşlerden ilki, vekâlet sözleşmesini düzenleyen hükümlerden TBK m. 504/III’te sayılan işlerin adi ortaklık yönetimi bakımından olağan dışı iş sayılmasıdır⁶. “Vekâletin

⁵ Olağan – olağan dışı iş ayrımı için bkz. Ayar, s. 225 vd.; Aşkan, C., *Adi Şirketin Yönetimi*, Adil, Ankara, 2003, s. 55 vd.

⁶ Özenli, s. 90-92; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 52.

kapsamı” başlıklı hükme göre, “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.*” Görüşün dayanağı, ortaklarla yönetici arasındaki ilişkiye aksi kanunda veya sözleşmede belirtilmedikçe vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen TBK m. 630/I hükmüdür. Diğer bir görüş ise kollektif şirketin yönetimi kapsamındaki hususları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 223’te ortaya koyulan olağan iş – olağan dışı iş kıstasının adi ortaklığa da tatbik edilmesinin daha isabetli olacağını savunmaktadır⁷. Zira mezkûr maddede, yönetim yetkisinin, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işleri kapsadığı, yöneticilerin şirketin menfaatlerine uygun görmeleri ve olağan işlerle sınırlı olması kaydıyla sulh, kabul ve feragate de yetkili oldukları düzenlenmiştir. Olağan dışı işlerle ilgili ise TBK m. 504/III’teki gibi tahdidi bir sayma yoluna gidilmemiş; bazı olağan dışı iş örnekleri verilerek bunlar gibi işlemlerin yapılmasının ortakların oybirliğine bağlı olduğu ifade edilmiştir. Hükümde tadadi olarak sayılan olağan dışı işler, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek ve ticari işletme rehni kurmaktır. Görüşe göre olağan iş – olağan dışı iş ayrımı bakımından TTK m. 223, adi ortaklık gibi yine bir şirket türü olan kollektif şirketle ilgili olması ve getirmiş olduğu ölçütün ticari hayatın gerçeklerine daha yakın olması gerekçeleriyle adi ortaklığın bünyesine TBK m. 504/III’ten daha uygun düşmektedir⁸. Örneğin kambiyo taahhüdünde bulunmak TBK m. 504/III’te özel yetki gerektiren hallerden sayılmışken, TTK m. 223’te bu işlemi doğrudan yasaklayıcı bir ibareye yer verilmemiştir. Kambiyo taahhüdünde bulunmak ticari yaşamda sık karşılaşılan bir işlem olması yönüyle adi ortaklık gibi ticari yaşamın içinde olan bir yapılanma için daha uygundur⁹. Bu gerekçelere, maddenin, TBK m. 504/III gibi sınırlı bir sayma yoluyla değil, örneksene yoluyla ulaşılan bir ölçüt getirmesi sayesinde, bir işlemin olağan dışı iş olup olmadığı tespit edilirken her somut olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirilerek sonuca gidilmesine imkân tanınması da eklenebilir. Son olarak başka bir görüşe göre ise duran varlıklara ilişkin işlemler olağan dışı; bunların dışındaki işlemler ise olağan sayılmalıdır. Bu kapsamda sulh, feragat, kabul, tahkim, bağışlama ve ortaklığa genel vekil atama olağan dışı iş kabul edilmelidir¹⁰. Görüşler mercek altına alındığında, TTK m. 223’teki esnek

⁷ Şener, a.g.e., s. 296; Ayar, s. 165; Karayalçın, Y., *Ticaret Hukuku Cilt 2: Şirketler Hukuku*, Ankara, 1973, s. 143; Yalman/Taylan, s. 107; Karahan, S./Akın, M., *Şirketler Hukuku*, Konya, 2012, s. 66.

⁸ Şener, s. 296.

⁹ Şener, s. 296.

¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 69.

ölçütün adi ortaklık bakımından daha verimli sonuçlar doğurabileceği kabul edilse bile, olan hukuk bakımından bu ölçütün uygulanması imkânı şüphelidir. Çünkü ortaklar arasındaki ilişkilere aksi kanunda belirtilmedikçe veya ortaklarca kararlaştırılmadıkça vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı hükmü açıktır. Aynı saptama, duran varlıklarla ilgili işlemleri olağan dışı sayan görüş bakımından da geçerlidir. Ancak ideal hukuk bakımından, TTK m. 223 hükmündeki esnek kıstasın kabul edilmesinin, adi ortaklık nezdinde pratik ihtiyaçlara daha etkili biçimde cevap verebileceğine hak vermek gerekir.

Uygulama ise konuyu, anılan görüşlerden ilki doğrultusunda, yani vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirmektedir¹¹. Gerçekten, müstakar Yargıtay uygulamasında sorun çoğunlukla adi ortaklık adına dava açılması yönüyle incelenmiş ve dava açmanın olağan dışı işlerden olduğu tespiti, TBK m. 504/III (BK m. 388/III) hükmüyle gerekçelendirilmiştir. Buradan, Yargıtay'ın adi ortaklıkta olağan iş – olağan dışı iş ayrımı için TBK m. 504/III'ü kıstas aldığı anlaşılmaktadır.

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹². Çözümünde arabuluculuğa müracaat edilebilecek, yani arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar kanunda “ *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” olarak tarif edilmiştir (HUAK m. 1/2). “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri” ibaresi aynı zamanda sulh sözleşmesi için de kullanıldığından (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 313/2), arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespitinde sulh sözleşmesi de ölçüt olarak alınmakta ve kısaca “sulhe elverişli uyuşmazlıklar” ifadesi kullanılmaktadır¹³. Sulh ile arabuluculuk arasındaki tek benzerlik bunlara

¹¹ “...diğer bir deyimle idare hakkının olağan işleri kapsadığı, dava açmanın olağan işlerden olup olmadığı hususuna gelince, 818 Sayılı BK'nın 530. maddesi hükmü gereğince idareci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilerin, vekalet hükümlerine tabi olduğu, oysa BK'nın 388/3. maddesine göre özel yetki olmadıkça vekilin dava açamayacağı, 818 Sayılı BK'nın 388/3. maddesinde yazılı işler için ortaklık kararı gerektiği,” Yarg. 23.HD., 2014/5516 E., 2014/7774 K., 02.12.2014 T.; “Yönetici ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerden olup, bu konuda kendisine sözleşmeyle ya da ortaklar kurulu kararıyla özel yetki verilmiş olması gerekir.” Yarg. 15. HD., 2015/4018 E., 2016/2756 K., 16.5.2016 T.; “Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ve elbirliği mülkiyeti kurallarına tabi olduğundan davanın tüm ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir (4721 Sayılı MK.md.702, 818 Sayılı BK.md.388, 530, 534). Ortaklar davada mecburi dava arkadaşı durumundadır. Yönetici ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerden olup,” Yarg. 15. HD., 2013/3751 E., 2014/2653 K., 16.4.2014 T.

¹² Tanrıver, S., “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S. 64, 2006, s. 152; Baştürk, Ş./Yıldız Bağdoğan, S./Kılıç, İ., “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği Üzerine Bir Analiz”, Sosyal Güvenlik Dergisi, S. 1, 2018, s. 34; Büyükay, F., *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara, Adalet, 2018, s. 29; Azaklı Arslan, B., *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, Ankara, 2018, s. 25.

¹³ Yeşilirmak, A., “Arabulucu Kimdir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s. 31.

konu olabilecek uyuşmazlıklardan ibaret değildir¹⁴. Diğer bir benzerlik, her ikisinin de karşılıklı tavizlere dayanan, iradi ve barışçıl bir mantalitenin ürünü olmasıdır¹⁵. Arabuluculuk bir yargılama değildir; arabulucu da hakem ya da hâkim değildir. Arabuluculuk sürecinde taraflar iddia ve savunma yapmazlar, iddialarını ispata girişmezler¹⁶. Arabuluculuk sürecinde kimin gerçekten haklı veya haksız olduğu değil, tarafların serbestçe menfaatlerinin temin edilebileceği ortak bir çözüme ulaşmaya çalışmaları söz konusudur¹⁷. Arabuluculuğun bu özelliği, menfaat odaklı ve sınırsız sayıda çözüm alternatifi sağlamasının yanında, onu aynı zamanda basiretsiz veya zor durumdaki tarafların süreçte farkında olarak veya olmayarak, menfaatlerine aykırı anlaşmalara onay vermesi tehlikesine karşı açık hale getirmektedir¹⁸. Öte yandan arabulucu görüşmeleri neticesinde eğer taraflarca anlaşmaya varılırsa, ihtiyari veya dava şartı olması fark etmeksizin, aynı konuda artık dava açılmamaktadır (HUAK m. 18/5).

Adi ortaklıktaki olağan iş – olağan dışı iş ayırımına ilişkin ölçüt alınması ileri sürülen kanun hükümlerinde, arabulucuya başvuru açısından bir belirleme bulunmamaktadır. Ne Yargıtay destekli ilk görüş çerçevesinde TBK m. 504’te ne de TTK m. 223’te böyle bir düzenleme mevcuttur. Gerçi TBK m. 504’te dava açmak ve sulh olmak özel yetki gerektiren işlerden sayılmış; TTK m. 223’te ise şirket menfaatine uygun görülen işlerde ve olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat kabul ile tahkim olağan işlerden sayılmıştır. Burada arabuluculuk mantalitesine yakınlığını nedeniyle sulh üzerinden bir değerlendirme yapıldığında da net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Nitekim görüldüğü gibi sulh, vekalet sözleşmesi düzenlemesine göre olağan dışı; kollektif şirket düzenlemesine göre ise olağan işlerdir. O halde soruna adi ortaklığın özellikleri ve arabuluculuk yöntemine hâkim olan ilkeler ışığında çözüm aramak gerekir.

Kanaatimizce arabuluculuğun niteliği ve sonuçları göz önüne alındığında, adi ortaklık adına arabulucuya başvurmanın olağan dışı iş olarak kabul edilmesi gerekir. Zira ortaklık yöneticisi veya temsilcisinin tek başına arabuluculuğa başvurabileceğinin kabulü, adi ortaklıkta olağan işlerin, günlük, sık yapılan, verilen kararların ortaklığın kaderini derinden etkilemeyecek ve faaliyet alanına giren işler olduğu gerçeği¹⁹ karşısında mümkün değildir. Nitekim arabuluculuk yoluna başvuru,

¹⁴ Bora, Ö., Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 25.

¹⁵ Bora, s. 26.

¹⁶ Yazıcı Tıktık, Ç., “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s. 52.

¹⁷ Goodman, A., *Effective Mediation Advocacy*, Birleşik Krallık, Mediation Publishing, 2016, s. 28.

¹⁸ Goodman, s. 10 vd.

¹⁹ Ayar, s. 161 – 162.

tasvir edilen biçimde, ortaklığın yürütülmesi için gerekli günlük işlerden değildir. Ayrıca yerleşmiş uygulamaya göre adi ortaklık adına dava açmak olağan dışı iş kabul edildiği için ortakların oybirliği olmadan dava açılmazken, duruma göre davadan daha ağır sonuçlara yol açma ihtimali olan arabuluculuk sürecine başvuru kararını yöneticinin ortaklara danışmadan alabileceği ve uygulayabileceğini kabul etmek, çelişki teşkil eder. Özellikle anlaşmayla sonuçlanan arabuluculuk sürecinden sonra aynı konuda dava açılmaması, önemli sonuçlardan biridir. Belirli şartlar altında dava yolunu dahi kapatabilen etkiye sahip bir sürecin, olağan işlerden olduğundan bahisle yönetici tarafından başlatılabileceği ve sürdürülebileceği iddiası sakıncalı sonuçlara yol açabilir.

Görüşün temellendirilmesi için gösterilebilecek diğer bir dayanak ise arabuluculukta iradilik ilkesinin yansıması olan çözüm serbestisi sayesinde, ortaklık yöneticisinin veya temsilcisinin süreçteki kötü niyetli veya en azından basiretsiz kararlarına karşı ortaklığın savunmasız kalacağıdır. Gerçekten, adi ortaklık küçük çaplı, gündelik ve basit ortaklıklardan, dev şirketlerin çok yüksek hacimdeki işleri gerçekleştirmek için bir araya gelmesiyle kurdukları ortaklıklara kadar geniş bir yelpazede uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca arabuluculuğa da hem parasal talepler içeren uyuşmazlıklar için hem de parayla ölçülemeyen talepler içeren uyuşmazlıklar için başvurulabilir. Parasal talepler içeren uyuşmazlıklar bakımından bir sınır da yoktur. Herhangi bir meblağdaki uyuşmazlıklar için arabuluculuk süreci yürütmek mümkündür. Bu sebeple arabulucuya başvuru durumunda kaybedilebilecek menfaatlerin oranı, uyuşmazlığın türüne ve adi ortaklığın büyüklüğüne göre değişebilir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın türüne göre değişen ortaklık menfaatleri, arabuluculuk sürecine başvuran ve süreci yürüten ortaklık yöneticisi veya temsilcisinin tek başına alacağı kararlara bağlıdır. Bu durum, kanunun, güven ilişkisine dayalı bir müessese olan adi ortaklık çerçevesinde “olağan iş” ile kastettiği anlamla uyuşmamaktadır. İlâveten, adi ortaklıkta ortaklar, ortaklık borçlarından birinci dereceden, kişisel, sınırsız ve en önemlisi müteselsilen sorumludur (TBK m. 638/III). Arabuluculuk sürecinin başlatılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması kararları, ortaklığın gidişatını ve finansal dengelerini etkileyebilecek potansiyelde kararlar olabilmektedir. Ortakları kişisel malvarlıklarıyla, sınırsız olarak ve müteselsilen borç altında sokabilecek anlaşmaların yapılabileceği arabuluculuk süreci kararının, her gün sıkça karşılaşılan, gündelik ve olağan bir iş olmadığı da açıktır.

Son olarak, adi ortaklıkta hangi işlerin olağan ve olağan dışı iş olduğuna ilişkin Yargıtay’ın da TBK m. 630/I atfı sebebiyle kabul ettiği ölçüt olan TBK m. 504/III’te, arabuluculuğa fikrî açıdan en yakın müessese olan sulhün olağan dışı işlerden sayılmış olması, arabuluculuğa başvurunun da olağan dışı iş kabul edilmesini desteklemektedir.

B. Arabulucuya Başvurunun Olağan Dışı İş Olmasının Sonuçları

Arabulucuya başvurunun olağan dışı iş olduğu kabulüne göre, başvuru; ya ortakların tümü tarafından ya da ortakların oybirliğinin olduğu ortaklık kararıyla verilen başvuru yetkisine ve yetkinin açıkça belirtilmiş olduğu yazılı yetki belgesine sahip yönetici tarafından yapılmalıdır²⁰. Bu hususta istisna teşkil eden TBK m. 625/III hükmü de hatırdan çıkarılmamalıdır. Zira maddede, yönetici ortağın, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde olağan dışı işleri de tek başına yapabileceği düzenlenmiştir.

Ortaklar yöneticiyi veya temsilciyi olağan dışı bir iş olan arabulucuya başvuru için özel yetkiyle yetkilendirmek istiyor; ancak bu yetkinin her türlü arabuluculuk süreci için geçerli olmasının tehlikelerinden çekiniyorlarsa temsil yetkisini sınırlandırma yolunu tercih edebilirler. Örneğin binlerce işçinin çalıştığı büyük ölçekli bir adi ortaklıkta sık sık iş hukuku uyuşmazlıkları yaşanıyor ve arabuluculuk gündeme geliyor olabilir. Benzer şekilde ticari hayatta sıkça rastlanan küçük meblağda alacak talepli uyuşmazlıklar için arabulucuya gidiliyor olabilir. İşte böyle sıkça taraf olunan, görece küçük ve önemsiz uyuşmazlıklar göz önünde bulundurularak verilecek özel yetki, aynı zamanda ortaklığın boyutuna göre önemli kabul edilebilecek, örneğin büyük meblağdaki parasal uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olacağından, ortakları tereddüde sevk edebilir. Bu tarz durumlar için temsil yetkisinin sınırlandırılması çözüm olarak önerilebilir. Temsil yetkisi, zaman, konu, yer, miktar, kişi ve işlem türü gibi yönlerden sınırlandırılabilir²¹. Arabuluculuğa başvuru için düşünülecek olunursa, “50.000 TL’ye kadar olan uyuşmazlıklar için arabulucuya gidilebilir” veya “yalnızca iş uyuşmazlıkları için arabulucuya gidilebilir” biçiminde yapılacak bir sınırlama, temsilcinin yetkisinin sınırlarını belirleyerek, ortakları arzu etmedikleri anlaşmalarla bağlı olmaktan kurtarır.

Öte yandan, meseleye arabulucu gözünden yaklaşılacak olunursa, önüne adi ortaklık tarafından yapılmış bir başvuru gelen arabulucunun, öncelikle başvuran kişinin adi ortaklık ortaklarının tümü tarafından arabulucuya başvurma hususunda usulüne uygun verilmiş özel yetkiye sahip olup olmadığını denetlemesi gerekir. Bu husus, sürece katılma ve anlaşmaya varma yetkisine ve ehliyetine sahip olmayan kişilerce

²⁰ Bu durum, “mecburi arabuluculuk arkadaşlığı” olarak nitelendirilebilir. Mecburi ve ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Demir, Ş., “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2013, s. 291 vd.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, N./ Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme)*, İstanbul, 2014, s. 655; Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat, İstanbul, 2014, s. 232; Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Fakülteler, İstanbul, 1976, s. 412 vd.; Girgin, s. 90; Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 177; von Tuhr, A., *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev.: Cevat Edege, Olgaç, Ankara, 1983, s. 325; Belgesay, M. R., *Hukuki Muamelelerde Temsil*, Rıza Koşkun, İstanbul, 1941, s. 57 vd.

arabuluculuk yürütülemeyeceğinden, arabulucunun görevlerindedir²². Ayrıca tarafların doğru teşekkül etmesi, arabuluculuk sürecinin sıhhati açısından da önemlidir. Örneğin karşı tarafın adi ortaklıkla işlem yaptığı zannıyla hareket ederken, gerçekte yalnız görüşmeye katılan kişiyle işlem yapmış olması, bu tarafın mağduriyetine yol açabilir²³. Adi ortaklığın imkânlarına ve iktisadi gücüne güvenerek bir anlaşmayı kabul eden karşı taraf, anlaşmayı adi ortaklıkla değil, ortaklığı arabuluculukta temsile yetkisiz kişinin kendisiyle yapmış olur (TBK m. 637/1). Öyleyse arabulucu, adi ortaklık adına yapılan bir başvuruda, adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından, her şeyden önce başvurucunun ortakların tümünü arabuluculukta temsil etmeye yetkili olduğunu teyit etmelidir. Arabuluculuk sürecine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilir (HUAK m. 15/6). Bu kapsamda, başvuru eğer adi ortaklık yöneticisiyse, ortakların oybirliğiyle verilmiş ve özel yetkinin açıkça belirtilmiş olduğu yetki belgesi ibrazı; başvuru avukat ise ortakların tümü tarafından verilmiş ve arabulucuya başvuru hususunda özel yetki içeren vekaletname (HMK m. 74) ibrazı gerekir. Vekâletnamesinde özel yetki bulunmayan avukat, diğer tarafın da rızası ile ilgili tarafın danışmanı olarak sürece katılabilir²⁴. Son olarak arabulucuya başvuru hususunda özel yetki sahibi yönetici de başvuruyu avukat aracılığıyla yapabilir. Bu durumda önce avukatı vekil eden yöneticinin özel yetki sahibi olup olmadığı, ardından başvuruyu yapan avukatın vekaletnamesi denetlenmelidir. Adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından, tıpkı diğer yargısal süreçlerde olduğu gibi bu başvuru da “adi ortaklık adına” değil; “ortakların adına” yapılır²⁵. “Adi ortaklık adına” ibaresinin hukuken hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Yapılacak işlemlerde her bir ortağın adının açıkça ve ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Öneme binaen tekrar vurgulamak gerekir ki, her durumda, ortakların hepsinin adının ayrı ayrı belirtilmesi, mutlak bir zorunluluktur. Arabulucu, katılımcıların gerekli yetkiye ve ehliyete sahip olmadığını tespit etmesi hâlinde, eksiklik giderilinceye kadar sürece ara verebilir.

²² Demir, Ş., “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara 2019, s. 118.

²³ Bu durumda ortakların yetkisiz temsili söz konusu olur. Adi ortaklıkta yetkisiz temsil ve sonuçları ile ilgili bilgi için bkz. Girgin, s. 103 vd.

²⁴ Demir, 2019, s. 118.

²⁵ Adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculukta ortakların arasında mecburi arabuluculuk arkadaşlığı olduğuna dair: “Arabuluculuğun taraflarının bir hak ve borca elbirliği ile ortak olmaları nedeniyle birlikte hareket etmek zorunda oldukları durumlarda, mecburi arabuluculuk arkadaşlığı söz konusudur. Örneğin bir taşınır elbirliği ile malik olan kişiler, bu mal nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı arabuluculuk sürecinde, mecburi arabuluculuk arkadaşısıdır. Aynı şekilde adi ortaklık ile yaşanan bir uyuşmazlıkta ortakların tamamı, miras şirketiyle ilgili uyuşmazlıklarda bütün mirasçılar mecburi arabuluculuk arkadaşısıdır.” Bkz. Demir, 2013, s. 299.

Eksiklik giderilemiyor ve katılanlar yetkili veya ehliyetli değilse süreç sona erdirilir²⁶.

III. ADİ ORTAKLIĞA KARŞI ARABULUCUYA BAŞVURULMASI

Adi ortaklığın arabuluculuk sürecine müracaat etmesi bakımından hâl böyleyken, adi ortaklığa karşı başlatılacak arabuluculuk süreçlerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir adi ortaklıkla yaşadığı uyuşmazlığı arabulucu önüne götürecek tarafın, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için, kural olarak başvurunun karşı tarafında tüm ortakların adını saymak suretiyle göstermesi gerekir. Ancak bu noktada ikili bir ayrım yapmak gerekir. Adi ortaklıkta ortaklar arasında müteselsil borçluluk esas olduğu için²⁷, eğer ortaklık alacaklısının arabulucu önüne taşıyacağı alacağı bölünebilir bir edim içermekte ise bunu ortakların tümünü taraf göstererek istemek zorunda değildir. Zira müteselsil borçluların alacaklısı, edimi borçlulardan istediği birinden, birkaçından veya tümünden talep edebilir (TBK m. 163). Böyle bir durumda dava bakımından ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı²⁸; takip bakımından da ihtiyari takip arkadaşlığı vardır²⁹. Bu sebeple adi ortaklıktan alacaklı olsa dahi, bölünebilir edim talebini ortakların yalnız birinden istediği bir arabuluculuk süreci başlatabilir. Buna karşılık başvuru talebi bölünemeyen ve ortakların ancak birlikte hareket ederek ifa edebilecekleri bir edimse ana kural geçerlidir; arabuluculuk talebi ortakların tümüne yöneltilmelidir. Böyle bir durumda ise ortaklar arasında dava bakımından mecburi dava arkadaşlığı³⁰; takip bakımından da mecburi takip arkadaşlığı vardır³¹.

Söz konusu durum arabulucu açısından değerlendirildiğinde yapılacak ilk iş, arabuluculuk talebinin yöneltildiği tarafın adi ortaklık

²⁶ Demir, 2019, s. 118.

²⁷ “Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” TBK m. 638/III.

²⁸ Arabuluculuk bakımından da ortaklar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı vardır. Bkz. Demir, 2013, s. 297.

²⁹ Şener, s. 20; Girgin, s. 36. “Konusu para alacağı olan eldeki davada, ortaklığın tarafları olan tüzel kişiliği haiz şirketler arasında, müteselsil sorumluluk ilişkisi vardır. Bu halde, her iki şirkete karşı dava açılması ya da şirketlerden sadece birine karşı dava açılması mümkündür. Müteselsil sorumlular arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmayıp, ihtiyari dava arkadaşlığı vardır.” Yarg. 22. HD., 2017/15224 E., 2017/29121 K., 19.12.2017 T.; “Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esas geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir...” Yarg. 7. HD., 2013/22630 E., 2014/5569 K., 10.3.2014 T.

³⁰ Demir, 2013., s. 299.

³¹ Şener, s. 20; Girgin, s. 37; Ayrıca bkz. Yarg. 7. HD., 2013/13988 E., 2013/11045 K., 12.6.2013 T.; Yarg. 7. HD., 2013/22630 E., 2014/5569 K., 10.3.2014 T. ve bir önceki dipnotta anılan kararlar.

olduğu anlaşılmakta ise uyuşmazlığın içerdiği edimin bölünebilir olup olmadığına göre karşı tarafın doğru teşekkül ettirilmesidir. Bu kapsamda bölünebilir edim için ortaklardan yalnızca birine veya birkaçına karşı başlatılmış olunan arabuluculuk süreci yürütülebilir nitelikteyken, bölünemeyen edimler içeren bir uyuşmazlık için ortakların tümünün taraf gösterilmesi gerekecektir. Arabulucunun, taraflarla iletişime geçmesi ve davet mektubu göndermesi gibi işlemleri usulüne uygun gerçekleştirdiğinden bahsedilebilmesi için de ortakların tümünü gözeterek hareket etmiş olması, yani ortakların hepsine ayrı ayrı ulaşılmış olması elzendir (HUAK m.15/1, 18/A/2). Aksi takdirde tarafların doğru biçimde teşkili sağlanamaz. Ancak bu husus her zaman mutlak olarak uygulanmamaktadır. Yargıtay, meseleyi dava açılması bakımından değerlendirirken, ortakların tümüne yöneltilmesi gereken davanın ortaklardan birine veya birkaçına karşı yöneltilmiş olmasına veya herhangi bir davanın ortaklara yöneltilmesi yerine davalı olarak “adi ortaklık” gösterilmiş olmasına rağmen, eğer ortakların tümü davaya cevap vermişse usul ekonomisi ilkesi gereği usulden ret yerine, sonradan da olsa taraf teşkilinin doğru biçimde sağlanmış olması gerekçesiyle davaya devam edilmesini içtihat etmektedir³². Bu içtihadın arabuluculuk sürecine uyarlanması da mümkündür. Gerçekten, başvuru karşı taraf olarak “adi ortaklık” ibaresini kullanarak ortakların adını belirtmemiş olsa bile arabulucu taraf teşkilinin sağlanması adına ortakların tümüne ulaşır ve ortaklar da arabuluculuk sürecini kabul ederse, artık başvurunun reddedilmemesi, sürece devam edilmesi doğru olur.

IV. ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASINDAN SONRAKİ DURUM

A. Görüşmelere Katılma ve Tutanaklar ile Belgelerin İmzalanması

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin ve bununla bağlantılı olarak taraf ehliyetinin bulunmaması, sadece arabulucuya başvuru aşamasında değil, aynı zamanda arabuluculuk görüşmelerine katılma (HUAK m. 15/6) ve süreç sonunda tutulacak son tutanağa (HUAK m. 17/2) ve eğer süreç anlaşma ile sonuçlanırsa tanzim edilecek anlaşma belgesine (HUAK m. 18/1) imza atma ile ilgili de özel sonuçlar doğurur. Bu işlemlerin hepsinde adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı, dışa karşı “kişi” veya “birlik” olarak görünemeyeceği ve işlemlere taraf olamayacağı hususları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda eğer ortakların tümü birlikte hareket etmiyorsa, görüşmelere katılmaya ve tutanakları imzalamaya ancak TBK m. 637/III’teki usule göre yetkilendirilmiş, ortakların hepsinin adının ayrı ayrı belirtilmesi kaydıyla düzenlenmiş yetki belgesi sahibi yönetici ortak veya yine ortakların tümünden veya

³² Şener, s. 168; Barlas s. 92; Girgin, s. 37.

arabuluculuk sürecine katılmaya yetkili yönetici tarafından vekil edilmiş, vekaletnamesinde özel yetki bulunan avukat yetkilidir³³.

Arabuluculukta iradilik ilkesi esas olduğundan³⁴, tarafların anlaşması zorunlu değildir. Taraflar anlaşıp anlaşmamakta tamamen serbesttir³⁵. Ancak eğer anlaşılırsa, anlaşma şartlarını ve ayrıntılarını yazılı bir belgeyle kayıt altına almak isteyebilirler. İşte bu şekilde arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmanın yazıldığı belgeye “anlaşma belgesi” denilmektedir³⁶. Bu belgenin gereklerinin devlet zoruyla yerine getirilmesinin sağlanabilmesi adına kanun, yalnızca icra edilebilir edimler içeren anlaşma belgeleri için “icra edilebilirlik şerhi”³⁷ alınması imkânı tanımıştır (HUAK m. 18/2). Buna göre, icra edilebilirlik şerhi alınan veya arabulucu, taraflar ve tarafların yanında aynı zamanda tarafların avukatlarının da imzaladığı anlaşma belgeleri İcra İflas Kanunu m. 38 kapsamında ilam niteliğinde belge sayılır³⁸ (HUAK m. 28/2). Bu şartları sağlamayan anlaşma belgeleri ise borçlar hukuku anlamında, doğrudan icra kabiliyeti olmayan sözleşme niteliğindedir. Anlaşma belgesinin niteliği konusunda Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın yayını olan Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı’nda şu satırlara yer verilmiştir: *“Tıpkı diğerleri gibi arabuluculuk sonucunda yapılan sözleşme de, bir sözleşmede bulunması gereken temellerden birinin eksik olması hâlinde uygulanabilirliğini yitirir. Borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgari koşullar, arabuluculuk sonucu imzalanan sözleşmede sağlanmış olmalıdır. Diğer sözleşmelere karşı ileri sürülebilen hata, hile, tehdit gibi iddialar bu sözleşme için de geçerlidir, yani sözleşmeler hukuku uygulanır. Taraflardan birisi yapılan anlaşmanın kanuna aykırı olduğunu düşünürse, anlaşmanın geçersiz olduğu iddiası ile mahkemeye başvurabilir.”*³⁹ Mahiyeti kısaca açıklanan anlaşma belgesine imzaya yetkili kimseler konusunda kanunda *“...anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.”* hükmü yer almaktadır (HUAK m. 18/1). Görüldüğü gibi kanunda herhangi özel bir usule yer verilmemiştir. Belge, taraflarca imzalanır. Anlaşma belgesi maddi hukuk sözleşmeleriyle aynı rejime tabi olduğuna göre, adi ortaklığın taraf olduğu bir arabuluculuk sürecinin sonunda

³³ Demir, 2013, s. 301.

³⁴ Atış, İ., “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, Sakarya İktisat Dergisi, C. 8, S. 1, 2019, s. 77.

³⁵ Atış, a.g.m., s. 77; Azaklı Arslan, s. 130.

³⁶ Kıyak, E., “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, TAAD, Y. 6, S. 21, 2015, s. 526; Bora, s. 55.

³⁷ “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” HUAK m. 18/3)

³⁸ Azaklı Arslan, s. 131; Bora, s. 55.

³⁹ Yeşilirmak, A., “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur), Ankara 2019, s. 182.

tanzim edilen anlaşma belgesine imza atabileceklerin de buna göre belirlenmesi gerekir. Kanunda kullanılan “tarafklar” ibaresinin gereğinin sağlanabilmesi için, adi ortaklığın tüzel kişiliği ve fiil ehliyeti bulunmadığı da dikkate alınarak, anlaşma belgesine ya ortakların tümü tarafından ya da ortakların hiçbirini dışarıda kalmayacak şekilde temsil olunmaları suretiyle temsilcileri tarafından imza atılmalıdır⁴⁰. Bu noktada, bölünebilir edimler için ortakların birinin veya birkaçının taraf olduğu arabuluculuk süreci yürütülmesinin mümkün olduğu hususu bir istisna teşkil eder. Ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esas olduğundan, böyle bir durumda alacağın kimden talep edildiğinin bir önemi yoktur. Alacaklı bir kere tatmin edildikten sonra, müteselsil borçluluk esaslarına göre, ortaklar kendi içlerinde rücu ilişkisiyle hesaplaşacaktır⁴¹. Böyle uyumsuzluklar için anlaşma belgesine de yalnızca bir veya birkaç ortağın imza atması yeterlidir.

B. Gizli Ortaklıklar

Gizli ortaklıklar, dışı karşı bir ortaklık görüntüsü vermek istemeyen ortakların aktif ve pasif ortak olarak ayrıldığı; ortaklığın gizli olduğu adi ortaklıklardır⁴². Böyle ortaklıklarda aktif ortak dışarı görünür ve işlem yaparak hak ve borçlardan sorumlu olur, gizli ortağın sorumluluğu bulunmaz. Alman hukukunda gizli ortaklık HGB § 230 – 236 arasında düzenlenmiştir. Türk pozitif hukukunda gizli ortaklık ile ilgili hüküm yoktur. Alman hukukunda gizli ortaklıktan söz edebilmek için adi ortaklığın beş unsurunun⁴³ yanı sıra gizli ortağın ticari işletmeye katılıyor olması gerekir. Türk hukukunda bu şart aranmaz⁴⁴. Gizli ortaklıklarda, görünür olan aktif ortak işlemlere taraf olduğu için arabuluculukta da onun tek başına taraf olması doğaldır. Dolayısıyla adi ortaklığın arabuluculukta pozisyonuyla ilgili yapılan açıklamalar bu tür ortaklıklar için geçerli değildir.

⁴⁰ Demir, 2013, s. 301.

⁴¹ Şahin Caner, A., *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 254; Girgin, s. 141; Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Filiz, İstanbul, 2013, s. 474; Akıntürk, T., *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971, s. 207; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 314; Canyürek, M., *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2003, s. 108.

⁴² Cankat, R., “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 675; Bilgili, F., *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 95.

⁴³ Adi ortaklığın beş unsuru kişi, katılım payı, sözleşme, amaç ve amaç uğrunda birlikte çabadır. Bkz. Barlas, s. 24 vd.

⁴⁴ Cankat, s. 674.

C. Arabuluculuk Ücreti ve Makbuz

Arabulucunun adi ortaklık söz konusu olduğunda gözetmesi gereken hususlardan diğer bir tanesi de arabuluculuk ücretinin tahsili ve bu ücrete ilişkin kesilecek serbest meslek makbuzuyla ilgilidir. Öncelikle, arabuluculuk sonunda arabulucunun hak kazandığı ücret, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit biçimde ödenir. Tarafların anlaşmasına göre arabulucunun ücretinin ödenmesine taraflar farklı oranda katılabilecekleri gibi, ücreti taraflardan yalnız birinin ödemesi de kararlaştırılabilir. Böylece kararlaştırılan arabuluculuk ücretini ödeme borcundan da adi ortaklık ortakları yine müteselsilen sorumlu olurlar. Böylece arabulucu, ücret borcunun tamamının ya da bir kısmının ifasını, ortakların birinden, birkaçından veya tümünden talep edebilir. Öte yandan, arabulucunun tahsil etmiş olduğu ücrete ilişkin keseceği serbest meslek makbuzunu, adi ortaklık ortaklarının tek bir taraf teşkil ettiğini gözeterek düzenlemesi gerekir⁴⁵.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmamasına rağmen vergi hukuku uygulaması bakımından kolaylık sağlaması için ortaklık adına vergi kimlik numarası verilir. “Ortaklık numarası” verilen adi ortaklık için, ortakların basit usulde ticari kazançta sahip olması durumu haricinde, gelir stopaj, katma değer vergisi ve diğer vergi türleri için mükellefiyet kurulur. Bunun yanında ortaklardan her birinin kendi adlarına bağımsız vergi kimlik numarası verilir ve ortaklar için gelir vergisi ve gelir geçici vergi yönünden mükellefiyet tesis edilir⁴⁶. Görüldüğü gibi vergilendirmede kolaylık sağlanması için adi ortaklığa tüzel kişiliği olmamasına rağmen vergi kimlik numarası tahsis edilmektedir. Bu sebeple, arabulucunun düzenleyeceği serbest meslek makbuzunda ücreti ödeyen adi ortaklığın vergi numarasını belirtmesi yeterli olup; hizmeti alanın bilgilerinin bulunduğu kısma ortakların adının ayrı ayrı yazılmasına lüzum bulunmadığı söylenebilir.

⁴⁵ Koçyiğit, İ./Bulur, A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, 2019, s. 61.

⁴⁶ Kumkale, R. “Adi Ortaklığın Vergilendirilmesi ve Belge Düzeni”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 134, 2017, s. 102; Çetin, R. “Adi Şirketlerin Genel Özellikleri ve Bu Şirketlerin Vergilendirilmesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 26, 2016, s. 179.

SONUÇ

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasının çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu durum zaman zaman uygulamada kafa karışıklıklarına yol açabilmektedir. Arabuluculuk süreci bakımından da sürecin nasıl hukuka uygun biçimde ve tarafların menfaatlerini koruyarak yürütülebileceğine ilişkin problemler tebarüz edebilmektedir. Tüzel kişiliği bulunmamasından dolayı böyle özel bir statüde olan adi ortaklığın, Türk hukukuna 2013 yılında girmiş olmasına rağmen, 2018 ve 2019 yıllarındaki değişikliklerle uygulaması bir anda artan arabuluculuk yöntemi özelinde değerlendirildiği bu çalışmada ulaşılan başlıca sonuçlar şunlardır:

Adi ortaklık, kişi olmadığı için maddi hukuk ve usul hukukundaki ehliyetlere sahip değildir. Adi ortaklık herhangi bir işleme taraf olamaz; onun yerine adi ortaklığı oluşturan ortaklar taraf olur. Bu husus arabuluculuk bakımından da geçerlidir.

Arabulucuya başvuru işlemi, adi ortaklığın iç ilişkilerini düzenleyen hükümler ve adi ortaklık ile arabuluculuk yolunun nitelikleri ışığında, olağan dışı iş olarak kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak başvuruda adi ortaklıkta olağan dışı işler için gerekli usulün yerine getirilmesi şarttır.

Arabulucuya başvuru, müzakerelerin yürütülmesi ve tutanaklar ile anlaşma belgesine imza atılması işlemlerinde, arabulucu önünde ortaklığın taraf teşkilinin sağlanması, bunun için ya ortakların tümünün katılması veya temsil yoluna müracaat edilecekse, yetkinin usulünce verilmiş olması gerekir. Gizli adi ortaklıklar bu açıklamaların istisnasıdır.

Adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk süreçleri bakımından arabulucunun da sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kapsamda arabulucu, sürecin her aşamasında taraf teşkilinin doğru biçimde sağlanmasına çaba göstermelidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T., *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971.
- Ansay, T., *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Başnur, Ankara, 1967.
- Aşkan, C., *Adi Şirketin Yönetimi*, Adil, Ankara, 2003.
- Atış, İ., “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, *Sakarya İktisat Dergisi*, C. 8, S. 1, 2019.
- Ayar, A., *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Azaklı Arslan, B., *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, Ankara, 2018.
- Barlas, N., *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat, İstanbul, 2012.
- Baştürk, Ş./Yıldız Bağdoğan, S./Kılış, İ., “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği Üzerine Bir Analiz”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, S. 1, 2018.
- Belgesay, M. R., *Hukuki Muamelelerde Temsil*, Rıza Koşkun, İstanbul, 1941.
- Bilgili, F., “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt*, Beta, İstanbul, 2002.
- Bilgili, F., *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Bilgili, F./Demirkapı, E., *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013.
- Bora, Ö., *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- Büyükcay, F., *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Adalet, Ankara, 2018.
- Cankat, R., “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016.
- Canyürek, M., *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2003.
- Çetin, R. “Adi Şirketlerin Genel Özellikleri ve Bu Şirketlerin Vergilendirilmesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 26, 2016.
- Demir, Ş., “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.
- Demir, Ş., “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2013, ss. 291-314
- Doğanay, Y. Ü., *Adi Şirket Akdi*, Kutulmuş, İstanbul, 1963.

Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Fakülteler, İstanbul, 1976.

Girgin, Ö. A., *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 2. Baskı.

Goodman, A., *Effective Mediation Advocacy*, Birleşik Krallık, Mediation Publishing, 2016.

Karahan, S./Akın, M., *Şirketler Hukuku*, Konya, 2012.

Karayalçın, Y., *Ticaret Hukuku Cilt 2: Şirketler Hukuku*, Ankara, 1978.

Kıyak, E., "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", TAAD, Y. 6, S. 21, 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme)*, İstanbul, 2014.

Koçyiğit, İ./Bulur, A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, 2019, s. 61.

Kumkale, R., "Adi Ortaklığın Vergilendirilmesi ve Belge Düzeni", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 134, 2017.

Narbay, Ş./Deliduman, S., "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt*, İstanbul, Beta, 2002.

Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat, İstanbul, 2014.

Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Filiz, İstanbul, 2013.

Özenli, S., *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı, Ankara, 1988.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E., *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2014.

Pulaşlı, H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet, Ankara, 2015.

Şahin Caner, A., *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Şener, O. H., *Adi Ortaklık*, Yetkin, Ankara, 2008.

Tanrıver, S., "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD, S. 64, 2006.

Tekinay S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993.

Uzun, P./Uğur, A., "Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 1.

von Tuhr, A., *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev.: Cevat Edege, Olgaç, Ankara, 1983.

Yalman, M./ Taylan, E., *Adi Ortaklık*, Olgaç, Ankara, 1976.

Yazıcı Tıktık, Ç., “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.

Yeşilirmak, A., “Arabulucu Kimdir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara 2019.

A. Yeşilirmak, “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.

www.kazanci.com (E.T.: 20.04.2020)