

**KOLLEKTİF ŞİRKET İDARECİ ORTAGININ ACELE
İŞLERDE MONFERİT İDARE YETKİSİ VE SORUMLULUGUNUN
SINIRLARI (TTK.m. 163/II)**

Y. Doç. Dr. Ahmet BATTAL (*)

G I R İ Ş

Bu makalede inceleyeceğimiz konuları, okuyucunun yorulmadan hazmedebilmesini kolaylaştırmak amacıyla, bir farazi örnek çerçevesinde takdim etmeyi uygun bulduk. Ancak, amacımızın bir olayla sınırlı çözüm üretmek olmadığını, başarabilirsek, elde ettiğimiz çözümün genel nitelik taşımamasını arzu ettiğimizi başta belirtmek isteriz.

FARAZI OLAY

A, B ve C'nin ortak olduğu, turistik geziler düzenlemek amacıyla kurulmuş olan bir kollektif şirkette idare ve temsi yetkisi, birlikte hareket etmeleri şartıyla ortaklardan B ve C'ye verilmiştir.

Bir gün işyerinde yalnız olarak oturan C'ye bir reklamcı başvurur ve sonraki gün televizyonda yayınlanacak bir spor programının reklam yayını kuşagında gösterilmek üzere şirketin reklam vermesini teklif eder. Teklif edilen şartların, daha önce yaptıkları reklam sözleşmelerine kıyasla çok daha cazip olduğunu gören C, hemen cevabını bildirmesi gerektiği için, B'yi bulup rızasını almadan reklamcı ile sözleşme imzalar. Buna göre;

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

önceden hazırlanmış olup şirketin elinde bulunan 10 saniyelik reklam filmi, en geç programdan iki saat önce reklamcıya teslim edilecek ve spor programında yayınlanması halinde her tekrar için 10 milyon ücret ödenecektir.

Unutkan ve dalgın bin insan olduğu herkesçe bilinen C, reklam filminin saklandığı banka kiralık kasasının anahtarını bütün aramalarına rağmen bula- ve filmi zamanında teslim edemez. Reklam yayınlanmaz. Ancak reklamcı, yayınlanmama halinin, kendi borcunu yerine getirmeyen şirketten kaynaklandığını belirterek reklam ücretinin tamamını şirketten ister.

Olaydan bu talep üzerine haberdar olan B, C'nin şirketi tek başına idare ve temsil yetkisinin olmadığını ileri sürerek borcu ödemekten kaçınır. C ise, ödeme için tek başına yetkili olmadığını, B'nin itirazı nedeniyle ödemede bulunamayacağını, ayrıca şirketin bir kusuru olmaksızın reklam filminin tesliminde geciktğini, bu nedenle reklamcının da kendi borcunu ifa etmediğini, yayınlamadığı reklamın bedelini isteyemeyeceğini beyan eder.

ÇÖZÜLMESİ GEREKEN MESELELER

- 1- Bu kollektif şirketin idare ve temsil yetkisi kimlerdedir?
- 2- Acele işlerde münferit yetkinin ölçüsü nedir?
- 3- C'nin şirketi temsilen reklamcı ile yaptığı sözleşme geçerli midir?
- 4- Bu sözleşme ile ilgili olarak şirketin sorumluluğunun ölçüsü nedir?
- 5- C'nin idare ve temsil yetkisini yalnız kullanması nedeniyle, şirkete veya ortaklarına karşı olan sorumluluğunun ölçüsü nedir?

1- KOLLEKTİF ŞİRKETİN İDARE VE TEMSİL YETKİSİ

İncelediğimiz konu ile ilgili olarak sınırlandırmak suretiyle, kollektif şirketin idare ve temsiline bakacak olursak, iki temel hükümlerle karşılaşırız.

Birincisi, kollektif şirketin idare işlerinin kime ait olduğunu düzenleyen hükümler arasındaki TTK.163/II maddedir.

"Şirketi işlerinin idaresi kendilerine verilmiş ortakların birlikte hareket etmesi şirket mukavelesinde yazılı ise, ortakların gecikmede tehlike görülen haller müstesna olmak üzere her işte anlaşmaları gerekir. Anlaşamadıkları takdirde keyfiyet ortaklar umumi heyetine tevdi ve heyetçe verilecek karara göre hareket edilir."

İkincisi ise, şirketin ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerini ilgilendiren hükümler arasında yer alan ve temsil yetkisinin kime ait olduğunu düzenleyen TTK. 175. madde hükmüdür.

"Şirketi ortaklara ve üçüncü şahıslara karşı temsil yetkisi ve vazifesi, tescil ve ilan edilen mukavelede aksi hüküm olmadıkça 160. madde gereğince şirket işlerini idare hak ve vazifesini haiz olanlara aittir"

Bu maddenin atıf yaptığı 160. madde, başlıkları ile birlikte şöyledir.

"B) ŞİRKETİN İDARESİ

1- İdare işlerinin kime ait olduğu

1- Umumi olarak

"Ortaklardan herbiri ayrı ayrı idare hak ve vazifesini haizdir.Şu kadar ki, şirket mukavelesiyle veya ortakların ekseriyetiyle idare işleri ortaklardan birine veya birkaçına yahut hepsine verilebilir.

"Ticari mümessiller ve diğer ticari vekiller hakkındaki hükümler mahfuzdur."

Bu hükümlerden çıkarılacak sonuç şudur. Olayımızdaki kollektif şirketin temsil ve idare yetkisinin, birlikte kullanılmak kaydıyla ortaklardan B ve C'ye verilmesi kanuna uygundur. Kural olarak, şirket adına üçüncü kişilerle yapılan bir işlemin şirketi bağlayabilmesi için, B ve C'nin birlikte imzaları bulunmalıdır. Şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı ile birlikte bu husus da ilan edilmiş olduğundan, üçüncü kişilerin bu sınırlamayı bildikleri fazolunur. (TTK.176/II)

2- GECİKMESİNDE TEHLİKE GÖRÜLEN HALLERDE (ACELE İŞLERDE) MÜNFERİT YETKİNİN KAPSAMI

İdareci ortakların birlikte hareket etmeleri kuralının istisnası niteliğinde olan 163/II maddedeki acele işlerde münferit yetki hükmü, şirket idaresini düzenleyen kurallar arasındadır. Buna göre, iç ilişkiyi ilgilendiren idare faaliyeti sırasında, acele işlerin sözkonusu olması halinde, karar verme yetkisi, bu işten öncelikle haberdar olan ve çözmesi diğer ortaklar tarafından beklenen ortaga aittir. Ancak genellikle kabul edilen görüşe göre bu istisna, temsil yetkisinin birlikte kullanılması halinde sirayet ettirilmelidir. Bu fikrin iki dayanağı vardır.

Birincisi, temsil yetkisini düzenlerken 160. maddeye atıfta bulunan 175. maddenin, idare yetkisi ile ilgili diğer maddelere da zımnen atıfta bulunduğu kabul edilebilir.

İkincisi ve daha önemlisi, alınan kararın dış ilişkide icrası yani şirketin temsili safhasında münferit hareket etme yetkisinin var olduğu kabul edilmediği takdirde, idareci ortaga geniş yetki tanınmasının pratik bir faydası olmayacaktır. Bu durum, idareci ve temsilcilerin aynı kişiler olması halinde daha da belirgin hale gelmektedir. (Bu nedendir ki, bir kısım ders kitaplarında 163/II. madde, temsil yetkisi konusu içerisinde ele alınmaktadır.) (1).

Bu nedenlerle biz de, konuyu idare ve temsil olarak ikiye ayırmadan inceliyoruz.

Hangi işler acele işlerdir?

Baştan belirtilmelidir ki, her somut olayda bu olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıp karar verilecektir. Ancak yine de bir kriter tesbit etmek gereklidir. Kanaatimizce, gecikmesi halinde kârdan mahrum kalmaya sebep olacak yani aktifte artış yada pasifte azlama meydana getirecek işlemler için acele iş demek mümkün değildir. Buna karşılık, fiili zarara sebep olacak yani aktifte bir azalma ya da pasifte bir çoğalma meydana getirebilecek olayları önlemeye yönelik işleri acele iş olarak kabul etmek uygundur.

Fiili zararı önlemeye yönelik işlerin, vekaletsiz iş idaresi hükümleri gereğince herkes tarafından yapılabileceği de bu ölçünün yerinde olduğunu göstermektedir(2). Zira vekaletsiz iş idaresinde işi yapan kimsenin mesuliyetini düzenleyen BK. 411. maddeye göre, "Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mesuldür./Şu kadar ki, o kimse, iş sahibinin MARUZ BULUNDUĞU ZARARI BERTARAF ETMEK İÇİN YAPMIŞ İSE mesuliyeti tahfif olunur.

Gerçi vekaletsiz iş idaresi sadece dar ya da geniş anlamda zararın giderilmesini değil, genel olarak başkası hesabına her türlü tasarrufun vekaletsiz olarak yapılmasını kapsamaktadır. Ancak bu hükümden de anlaşılmaktadır ki vekaletsiz iş gören, dar anlamda vekaletsiz iş görmüş yani iş sahibinin bulunduğu zararı bertaraf etmek için bir işe girişmiş ise(3) subjektif ölçüye göre sorumludur. (Vekaletsiz iş idaresinin bu sonucunu kolektif şirketlere uyulamak mümkün değildir. Çünkü burada, ticari işletme ya da tacir gibi, ağırlaştırılmış sorumluluk halini öngören kavramlar sözkonusu değildir.) Ayrıca, maddede öngörülen, "maruz kalınan zararın bertaraf edilmesi"nden kasıt, "iş sahibinin veya yakınlarının şahsi veya mameleki varlıklarını tehdit

eden bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için acilen hareket edilmesi gereken haller"dir(4). Bu hallerde sorumluluğun ölçüsü daha da hafiflemektedir.

Netice olarak, teklif ettiğimiz bu kıstas, kanunun, acele iş ve zarar kavramlarına ilişkin mantık kurgusuna da uygundur.

Acele işlerin belirlenmesinde, olağan iş, olağanüstü iş ayrımı da bir ölçü olarak kullanılabilir. Yargıtay da bazı kararlarında, tasnif niteliğinde olmamak ve sorumuzun cevabını bulmakta bir ipucu oluşturmamakla birlikte, acele işler deyimi yerine, olağanüstü haller deyimini tercih etmektedir(5). Ancak olağan işler ve olağanüstü işler ayrımı, özellikle idareci ortakların genel olarak idare yetkilerinin sınırı ve kapsamının belirlenmesinde hem TTK. 165 madde (mutad iş ve muameleler) hem de doktrin tarafından bir kıstas olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, kavram kargaşasına yol açmamak için, bu konuda "olağanüstü işler" teriminin hem isim hem de kıstas olarak, kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Olaya bu bilgiler ışığında bakacak olursak, ortada, gecikmesinde tehlike bulunan bir iş yoktur. Zira C'nin B'nin rızasını almakta gecikmesi ve bu nedenle sözleşmenin kurulmaması halinde şirket için, bir fiili zarar doğmuş olmayacak, sadece muhtemel kârdan mahrumiyet ya da halk diliyle kârdan zarar konusu olacaktır. Bu nedenle ortak C, sözleşmeyi kurabilmek için önce şirketin iç iradesini oluşturmalı yani birlikte idareci olduğu B'nin rızasını almalı ve sonra yine birlikte sözleşmeyi imzalamalıydı.

3- ACELE OLDUĞU GEREKÇESİYLE YETKİ AŞILARAK YAPILAN İŞLERİN GEÇERLİLİĞİ

Yukarıda belirtildiği gibi, öngördüğümüz ölçüye göre, reklamcı ile yapılan sözleşme şirket yönünden kanuni temelden mahrumdur. Çünkü, gecikmesinden tehlike görülen bir iş niteliğinde olmamasına rağmen,

idareciler birlikte karar verip icra etmiş değillerdir. Diğer ifadeyle, temsil yetkisine ilişkin usüle aykırı davranışın genel sonucu, TTK. 176/II gereğince, işlemin şirketi bağlamamasıdır(6).

Şimdi meseleye bir de şu yönden bakalım.

Makalemizi okuyan hukukçuların bir kısmı dahi, ilk bakışta, muhtemeldir ki C'nin yaptığı reklam sözleşmesinin acele işlerden sayılacağını düşünmüşlerdir. Biz bu kanaati paylaşmıyoruz. Ancak, bu durum şunu göstermektedir ki, hangi işlemin acele olduğu tartışmalı bir konudur. Bu doktrin tartışmasının hangi tarafında yer alırlarsa alsınlar, kolektif şirket idarecilerinin kendilerine göre haklı oldukları ortadadır. Acaba kendisine göre haklı olan C'yi, biz hangi ölçüye göre haksız sayacağız? Kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünü de, basiretli tacir gibi davranmak mükellefiyeti ölçüsünü de kullanacak, C'yi net bir biçimde yargılamak mümkün değildir. Zira, bu kapıyı bir kere TTK. 163/II.madde açmış ve sınır da koymamıştır.

Ote yandan, reklamcı eğer tacir sıfatını haiz değilse, kendisine basiretli bir tacir gibi hareket etmek yükünü de yükleyemeyiz. Onun subjektif kanaatlerine göre C doğrusunu yapmışsa, hem C hem de reklamcı bilmeden de olsa TTK. 163/II. maddeden istifade etmek istemişlerdir. O halde denilebilir ki; acele iş sayılarak, yetkiyi tevavüz etmek suretiyle yapılan bir sözleşmeyi, TTK.176/II. maddenin kısıcına alıp geçersiz saymak, taraflardan biri aleyhine olacağından adalet duygularını zedeleyebilir(7). Zira bu açıdan, 163/II. madde, 176/II. maddenin istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnanın da çapı belirsizdir.

Kanunun, ticaret siciline itimat ve sicilin olumlu etkisi kavramları ile de ilgisi vardır. Şahıs şirketi niteliğinde bulunan kolektif şirketlerle iş yapan herkesin (özellikle tacir olmayanların), sicili kontrol ederek, istisnai nitelik taşıyan birlikte yetki halinin var olup olmadığını araştırmasını is-

temek, bugünkü Ticaret Sicili Teşkilatı ve Ticaret Sicili Gazetesinin işleyiş sistemi de nazara alındığında, hiç te adalete uygun değildir.

Hukuki görünüş ilkesi denilen ve her geçen gün doktrinde daha çok kabul gören görüşün bu olaya uygulanabileceğini düşünüyoruz(8).

Buna göre, olayda öngörülen ve benzeri durumlarda, karşı tarafça açıklanan iradenin hukuki temelden mahrum olabileceğini gözönüne almayan (ve bu olgu subjektif veya objektif ölçüye göre kendisinden beklenmeyecek olan) âkit taraf kadar ve hatta ondan fazla, açıklanan iradenin temelden yoksun olmadığını telkin eden görüntünün gerçekleşmesine yardımcı olan taraf sorumlu olmalıdır.(Bu fikrimiz, sicilin fonksiyonlarının bertaraf edilmesi gerektiği anlamında yorumlanmamalıdır.)

Böylece, olayımızda görünüşe güvenen reklamcının, idareci ortak C'nin tek başına şirketin ticari işletmesinin başında oturup, münferiden üçüncü kişilerle muhatap olmasını önlememek suretiyle hukuki bir görünüş meydana getiren şirket ile yaptığı reklam sözleşmesinin, tarafları ve özellikle şirketi bağlaması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Böyle bir sonuç, görünüşe güvenen reklamcının, güveninin karşılığını almasını sağlayacaktır.

Bu bilgilerimiz ve kanaatimiz, yetkili idareci veya idareciler tarafından oluşturulmuş olmakla, şirket iradesi niteliğine bürünmüş olsun veya olmasın, şirket işlerinin icrası yani şirketin temsili aşamasında da geçerlidir. Tek başına temsil yetkisi bulunmayan C'nin, münferit idare yani karar alma yetkisi bulunmuş olsaydı dahi, yetkisini aşarak yaptığı sözleşme, aynı gerekçeyle yine şirketi bağlayacaktı.

4- ACELE İŞLERDE ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN ÖLÇÜSÜ

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldı ki, şirketi temsilen hareket ettikten ve şirketin maksat ve mevzuunun dışına çıkmadıktan sonra, üçüncü

kişilerle yapılan sözleşmeler şirketi bağlamalıdır. İşin gerçekten acele olup olmaması bu açıdan önemli değildir. En azından üçüncü kişiyi ilgilendirmez.

Olayımızda da böyle bir sözleşme yapılmıştır. C şirketi temsilen hareket ettiğinden, kurulan sözleşmenin tarafları reklamcı ve şirkettir. Her hukuki ilişkide olduğu gibi, burada da tarafların, bu ilişkiden kaynaklanan bir kısım sorumlulukları vardır. Bu sorumlulukların tesbitinde sırasıyla, emredici hükümler, sözleşme hükümleri ve bu sözleşmeye uygulanabilecek nitelikte bulunan diğer boşluk doldurucu hükümler kullanılacaktır. (Burada yapılan sözleşmenin tipi üzerinde duramaycağız. Zira, ister yayın sözleşmesi, ister atipik sözleşme atipik icatya da karma sözleşme denilsin, tarafların sorumlulukları ile ilgilenmiyoruz. Biz burada sadece sorumlulukların tesbitinde kullanılacak ölçüleri bulmaya çalışıyoruz.)

Şirketler hukuku yönünden cevabını vermemiz gereken soru şudur. Acaba bu sözleşme gereğince şirketin, basiretli bir tacir gibi davranmak yükümlülüğü var mıdır?

TTK: 20/II. madde, "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi lazımdır" hükmüyle, tacire bir özen borcu yüklemiştir.

Eski TK.nun 644. maddesinde de yer almış olan bu hüküm, ticari bir faaliyetin ifası sırasında basiretli bir tacir gibi hareket mükellefiyetini yüklüyordu. Halen yürürlükteki TTK. 20/II. madde ise, bu külfetin kapsamını genişletmiş olup, tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde bu ölçünün kullanılması istemektedir.

Doktrinde genel kabul gören kanaate göre, bu madde objektif bir ölçüyü içermektedir(9). Tacir, ticaretinin özelliğine göre, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirden beklenilecek ölçüde basiretli davranmalıdır. Mesela bir müteahhidin, gerekli malzemeyi vaktinde depo etmemiş

olması bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Karayalçın, mücbir sebep ve beklenilmeyen hal olgusunun tesbitinde, bu ölçünün önemli olduğunu belirtmektedir(10). Poroy'a göre ise, bu hüküm, edimin iflasında bir ihtimam derecesi ölçüsü vererek, tacire ilave sorumluluk yükleme sonucunu doğuran, boşluk doldurucu bir hüküm niteliğindedir. Bu nedenle mücbir sebep gibi kavramların tesbitinde, kanundan kaynaklanan diğer objektif ölçüler kullanılmalıdır(11).

Kollektif şirket, TTK. 18/II. madde gereğince tacir olduğuna göre, tacire yüklenmiş olan yukarıdaki mükellefiyete de tabi olacaktır.

Eğer C, ticaretle ilgilenmeyen alelade bir insan olarak, kendi adına reklamcı ile sözleşme yapmış olsaydı, bu sözleşmeden doğan borç ve mükellefiyetlerin takdirinde (özellikle iradelerin yorumlanmasında ve sorumlulukların belirlenmesinde) subjektif bir ölçü kullanılacaktı. Buna göre reklamcı, C'nin kendisince bilinen vasıf ve şartlarını değerlendirerek, sözleşmeye ne anlam verecek idiyse, dürüstlük kuralı gereği(12) C, bununla sorumlu olacaktı. Oysa tacir olan kollektif şirket, objektif ölçüye göre basiretli davranmak zorundadır.

Reklam sözleşmesine göre, kollektif şirketin borçlarından biri de, (BK.372. maddeye kıyasen) reklam filmini zamanında reklamcıya teslim etmektir. Yüklendiği bu borcu zamanında ifa etmeyerek, reklamcının borcunu ifa etmesine engel olması, C'nin unutkanlığından kaynaklanan ve objektif ölçüye göre basiretli bir tacirden beklenemeyecek bir davranış mahiyetindedir. TTK. 20/II. madde emredici bir hüküm de olsa, boşluk doldurucu bir mahiyette de kabul edilse, olayımızda her halukarda uygulanacaktır. Zira, taraflar arasındaki akde aykırılık teşkil eden adem-i ifa ya da kötü bir ifanın bulunup bulunmadığı belirlenmelidir ki, sözleşme buna göre tasfiye edilebilsin.

O halde, şirketin, sözleşmenin kendisini bağlamadığı şeklindeki savunması muteber sayılamayacağı gibi, geçerli olması halinde; kendi borcunun ifasında kusurlu olmadığı, bu nedenle, C'nin subjektif nitelik taşıyan unutkanlığından kaynaklanan ifa imkansızlığının, kendisi aleyhine yayın bedeli borcunun doğmasını önleyeceği şeklindeki savunması da geçerli olmamalıdır. Çünkü, basiretli bir tacir, yaptığı bir sözleşmede üstlendiği edimleri ifa edip edemeyeceğini iyi hesaplamalıdır. Unutkanlık dolayısıyla ifada bulunmamış olmak, sorumluluktan kurtulmak için yeterli sebep değildir. Oysa, basiretli tacir gibi davranmak ölçüsü kullanılmamış olsaydı, şirketin sorumluluktan kurtulması için, subjektif ölçüye göre, C'nin diğer işlerinde gösterdiği ihtimamı göstermesini yeterli görmek gerekcekti. Zira unutkanlık C'nin bir vasfı olup, sorumluluğunun sınırının tesbitinde nazara alınacaktı. Kusursuz imkansızlığın ya da BK. 117. maddenin ifadesiyle "borçluya isnad olunamayan" bir halin var olup olmadığı tartışılmaya başlanacaktı.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, temsilci C'nin subjektif vasıfları nazara alınmayacak, kolektif şirket yaptığı sözleşmeden dolayı objektif olarak basiretli bir tacirin ihtimamı ölçüsünde sorumlu tutulacaktır. Bu ölçüye göre muhtemelen, reklamcının müsbet zararının tamamını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

5- İDARECİ ORTAGIN ŞİRKETE KARŞI SORUMLUGUNUN ÖLÇÜSÜ

B ile birlikte idare ve temsil yetkisine sahip olan C'nin, acele işlerde, 163/II. madde gereğince tek başına idare ve temsil yetkisine sahip olduğunu belirttik. Bu yetkiyi kullanırken hangi ölçüler içinde hareket etmelidir?

Bu sorunun iki yönü vardır.

Birincisi; C, bir olayın ya da durumun gecikmesinde tehlike bulunan hallerden olup olmadığına karar verirken hangi ölçüde özen göstermelidir?

İkincisi; acele olduğuna karar verdiği bir işin icrası sırasındaki davranışlarının sonuçlarının, şirket ve diğer ortaklar açısından değerlendirilmesinde hangi ölçü kullanılacaktır?

Biz aşağıda her iki soruyu birlikte değerlendirip sonuca ulaşmaya çalışacağız.

C'nin, işin acele olup olmadığına karar verirken, aciliyetine karar verdiği işi icra ederken, isabetli davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları, objektif veya subjektif ölçünün kullanılmasına göre değişecektir.

Objektif ölçüye göre basiretli bir tacir gibi davranmak mükellefiyetini C'ye yüklemek mümkün müdür? Her ne kadar tacir sıfatı kolektif şirkete ait ve ortakların böyle bir sıfatı yok ise de, tacirin temsil organına bu yönden tacir sıfatının sonuçlarını izafe etmek mümkün olmalıdır. (Böylece temsilcinin daha dikkatli ve basiretli hareketi sağlanmış olur.) Zira kanun koyucu da TTK. 180. ve 182. maddelerinde, şirketin borçlarından dolayı ortakların iflas edebilmesini kabul ederek, tacir olmayan ortağa sirayet ettirmektedir. Öte yandan, kolektif şirketler ancak bir ticari işletme işletmek üzere kurulabileceklerine göre, ortada bir kolektif şirket olmasaydı da, bir adi ortaklık bulunsaydı, C tacir olacaktır.

Ancak, basiretli tacir mükellefiyetinin boşluk dolurucu bir hüküm olduğu kabul edilirse, bu ölçünün doğrudan uygulanması mümkün görülemez. Zira şimdi inceleyeceğimiz bir başka ölçüyü, BK.528. maddeyi kullanma imkanı vardır. Bu ölçü TTK. 138. madde gereğince, uygulanacak hükümler sıralamasında önde gelmektedir. Bu nedenle de önceliği sözkonusudur.

Kolektif şirketi düzenleyen hükümler arasında, ortakların birbirleri ile olan ilişkilerinde özen borçlarının ölçüsü niteliğini taşıyan bir kural bulunmadığına göre; adi şirket akdinde ihtimam dere-

cesi ile ilgili BK. 528. maddenin birinci ya da ikinci fıkrası duruma göre uygulanabilir.

"Şeriklerden herbiri, şirket işlerinde mutad vechile gösterdiği ikdam ve ihtimamı sarfetmeye mecburdur. Diğer şeriklere karşı kendi kusuriyle sebebiyet verdiği zararları, şirkete diğer işlerde temin ettiği menfaatler ile mahsup ettirmeye hakkı olmaksızın tazmin ile mükelleftir.

"Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur."

Bu madde, subjektif bir kıstas koyarak, faaliyetin bedeli niteliğinde bir ücret almaksızın şirketi idare eden ortağa, kendi işlerinde mutad olarak gösterdiği ihtimamı gösterme borcunu yüklemektedir.

Bu ölçünün uygulanacağını kabul edilmesi halinde; C şirketten ücret almıyorsa, unutkanlığını ve kasa anahtarını kaybetmesinin kendisinden beklenebilecek bir hal olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Böylece reklamcı ile yapılan sözleşme nedeniyle zarara uğrayan şirket, bu zararını rücu yoluyla C'den isteyemeyecektir. Sonuç olarak, C'nin verdiği zarar, şirketin üzerinde kalacaktır.

C şirketten ücret alıyorsa, BK. 528 maddenin atıfta bulunduğu BK. 390. maddenin, işçinin ihtimam mecburiyetini düzenleyen BK. 321. maddeye yaptığı yöllama nedeniyle objektif ölçüye göre sorumlu olacaktır.

321. madde şöyledir. "İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

"Kast veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zararlardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidatı ve evsafı gözetilir."

Bu maddede öngörülen ihtimamın objektif bir temele dayandırıldığı, ancak bununla birlikte, iş sahibinin bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şartına bağlı olarak işçinin bazı hallerinin de nazara alınacağı yani subjektif bir ölçüye doğru yaklaşıldığı kabul edilmektedir(13).

Buraya kadar verdiğimiz bilgileri örnek üzerinde toparlayacak olursak; mevcut hükümlere göre, ücret almayan C'nin ihtimam derecesinin tesbitinde, hem objektif hem de subjektif ölçü kullanılabilir. Ancak öncelikli hüküm olduğu için, BK. 528 maddede yer alan subjektif ölçüye göre sorumlu olması kanaatimizce daha mantıklıdır. Objektif ölçüyü öngören basiretli tacir mükellefiyetinin uygulanması herşeyden önce, C'nin tacir olmaması nedeniyle mümkün değildir.

İşte bu noktada, makalemizin yazılmasına sebep olan çelişki ortaya çıkmaktadır.

Reklamcı ile yapılan sözleşmenin şirketi bağladığının kabul edilmesi halinde, şirket reklamcıya karşı, akittten dolayı, basiretli tacir ölçüsüne göre objektif sorumluluk gereğince sorumlu olacak, ancak, bu ilişkide şirket adına hareket eden C'ye, subjektif kıstasa göre sorumlu olması sebebiyle aynı ölçüde ve kapsamda rücu edilemeyecektir. Hatta C kusursuz olduğunu isbat edebilirse, diğer ortaklara ve şirkete karşı hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır.

Bu çözüm tarzında ilk bakışta hakkaniyete aykırı bir durum görünmeyebilir. Zira, bir sözleşme nedeniyle aynı anda iki ayrı kıstasın uygulanması genel bir kural olup, sadece acele işlere münhasır değildir. Diğer işlerde dahi, ücret almayan ortak, şirkete karşı subjektif ölçü ile sorumlu olurken, aynı işten dolayı şirket, üçüncü kişilere karşı, basiretli tacir mükellefiyeti nedeniyle objektif ölçüye göre sorumlu olmakta ve bunun sonucunda burada da rücu mekanizması tam olarak işlememektedir.

Bu çelişkinin bir başka görüntüsü de şudur. Aynı faaliyete katılan iki idareci ortaktan biri ücret alıyor, diğeri almıyorsa, BK. 528. madde gereği iç ilişkide şirkete karşı, yine biri objektif, diğeri subjektif ölçüye göre sorumlu olmaktadır. Ancak tekbaşına iç ilişkide yaşanan bu çelişki göze fazla batmamaktadır.

Bu çelişkilerin sebebi, kollektif şirketlerde iç ilişkide özen borcunun BK. 528. maddeye göre belirlenmesidir.

Acaba anonim şirketler için böyle bir çelişki var mıdır?

TTK. 320. maddenin içeriği ile ilgili olarak doktrinde yer alan tartışmalar, bu soruya verilecek cevabı netleştirmekten uzaktır.

TTK. 320. maddeye göre, "İdare meclisi azalarının şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında, Borçlar Kanununun 528. maddesinin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunur."

Birinci görüşe göre(14), bu atıf sonucu; anonim şirket yönetim kurulu üyesi ücret alıyorsa objektif, almıyorsa subjektif özen borcu altındadır.

Diğer görüşe göre ise(15), yukarıdaki çözümün kabul edilebilmesi için atfın, daha yukarıda naklettigimiz bu maddenin tamamına yapılmış olması gerekirdi. Oysa sadece ikinci fıkraya atıf yapılmıştır. Bu fıkra, ücret alanların objektif özen borcunu hedef tutan bir atıf zincirini başlatmaktadır. O halde kanun koyucunun amacı, ücret alsın ya da almasın yönetim kurulu üyesinin özen borcunun, ücret alan bir vekilin özen borcu gibi olduğunu belirtmektir. Yani kanun, bu fıkranın tesbit ettiği sonuca atıf yapmaktadır.

Biz, makalemizde incelediğimiz meselenin çözümüne yardımcı olacağını da düşünerek, ikinci görüşe tabi olmak suretiyle, anonim şirketler için, kollek-

tif şirketlerdekine benzer bir çelişkinin sözkonusu olmadığını kabul ediyoruz.

Bu sonuç ile birlikte olmak kaydıyla, anonim ortaklık yöneticisinin özen borcu acaba kıyasen kolektif ortaklığa uygulanabilir mi?

Çamoglu bu konuda şöyle yazmaktadır."Subjektif özen ölçüsü, itimada dayanan müteselsil ve sınırsız sorumluluk esasının cari olduğu şahıs ortaklıkları için TECVİZ OLUNABİLİRSE DE.... anonim ortaklık idarecileri için sözkonusu olmalıdır"(16).

Hemen belirtelim, İmregün kolektif şirketler için bu konuyu incelerken, "Özen Gösterme Borcu (BK. 528)" başlığı altında, ortakların özen borcunun subjektif (özel) olduğunu belirtmekte, gerekçe olarak, tüm malvarlıklarını ortaklık borç ve yükümleri için ortaya koyan ortakların, karşılıklı olarak birbirlerinin yetenek ve bilgi seviyeleri hakkında bilgi sahibi olmaları gerektiğini, bu nedenle de, ortaklardan, bu yetenek ve bilgi seviyeleri üstünde dikkatli ve basiretli davranmalarının istenemeyeceğini ifade etmektedir(17). Böylece Yazar, 528. maddenin ikinci fıkrasındaki objektif özen borcunun, kolektif şirketler için uygulanamayacağını kabul etmektedir.

Bu noktada tartışılması gereken şudur. İtimada dayanan, müteselsil ve sınırsız sorumluluk esasının geçerli olduğu kolektif şirketlerde, bu niteliğin, idareci olmak suretiyle fiilen bir ticari işletme işleten ortanın sorumluluğunu, unutkanlık gibi subjektif bir halinin sırf diğer ortaklarca bilindiği gerekçesiyle daraltması hakkaniyete uygun mudur? Zarara bilerek razı olana merhamet edilmeyeceği doğrudur. Ancak tartıştığımız konuda, diğer ortaklar, idareci ortanın objektif ölçüye göre basiretsizliği nedeniyle verdiği zarara önceden razı olmuş değillerdir. Aksine, bir ticari işletme kurup, tacirin ortayı ve en önemlisi idarecisi olmakla, en azından birbirlerine karşı tacir haline gelmişlerdir.

O halde, "ortada bir tüzel kişilik vardır, o tacirdir, tüzel kişi objektif özen borcu ile sorumlu olsun, ortakların birbirlerinde hakları kalsa da olur" demek, tüzel kişilik kavramına gereğinden fazla önem vermek demektir.

Bu düşünceyle tüzel kişiliğin sözkonusu olmadığı adi ortaklığa bakıldığında; kanaatimizce, adi ortaklık bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulmuşsa, tacir sıfatını kazanan ortakların, -üçüncü kişilere karşı olan özen borçlarında olduğu gibi- birbirleri arasındaki özen borcuna da objektif bir kıstas getirilmelidir.

Bu konudaki fikrimizi şöylece netleştirebiliriz. Bir ticari işletme işleten tüzel kişinin ortakları, birbirleri ile olan ilişkilerinde de, ücret alıp almadıklarına bakılmaksızın, tacir gibi objektif özen borcuna tabi olmalıdırlar. Ancak, diğer ortaklarca bilinen veya bilinmesi gereken subjektif özellikleri yine de nazara alınmalı, işçinin özen borcunu düzenleyen BK. 321. maddede olduğu gibi subjektif bir unsura da yer verilmelidir. Bu çözüm tarzı, İmregün'ün yukarıda naklettığımız görüşünün gerekçesine de uygundur(18).

Böylece, değerli ve önemli bir ölçü olduğu herkesçe kabul edilen basiretli bir tacir gibi davranma mükellefiyeti, ticaret hukukunun ve ticari hayatın her noktasına sirayet ettirilmiş olacaktır. Bu çözümün, ticari işletme kavramını temel olarak kabul eden TTK. sistemine de uygun olacağı kanaatindeyiz.

S O N U Ç

Örnek olay etrafında yaptığımız incelemeden çıkan birinci sonuç; birlikte hareket etmesi gereken kollektif şirket idareci/temsilcilerinin acele işlerde münferit hareket etme haklarının sınırının belirsiz olduğudur. Bunun sonucu olarak, işin acele olduğu gerekçesiyle diğer idarecilerin rızasını almadan şirketi idare ve temsil eden ortanın bu

fiilinin kollektif şirketi bağlayıp bağlamayacağı belirsizdir.

İkinci olarak; acele iş niteliğinde bulunsun ya da bulunmasın, kollektif şirket idarecileri, kendi vasıflarının kullanılacağı subjektif ölçüye göre şirket ve diğer ortaklara karşı sorumlu olmakta, oysa aynı iş nedeniyle şirket üçüncü şahıslara karşı basiretli bir tacir gibi hareket mecburiyeti sonucu objektif ölçüye göre sorumlu olmaktadır. Bunun sonucunda da, kollektif şirket tüzel kişisi üçüncü kişilere karşı üstlendiği mükellefiyetler ve borçlar nedeniyle idareci/temsilci ortaklara tamamen rücu edememektedir. Bu adaletsizliğin sebebi, aynı ticari faaliyette dolayı iç ilişkide başka, dış ilişkide başka ölçü kullanılmasıdır.

Birinci problemi çözebilmek için, acele iş kavramının kanunkoyucu tarafından tanımı yapılmalı ve bu sınırın dışında kalan işlerin kollektif şirkete bağlamayacağı kabul edilmelidir. Ancak, idareci ortanın, işin acele olup olmadığını belirlerken isabetli davranıp davranmadığı da yine basiretli tacir ölçüsüne göre değerlendirilmelidir.

İkinci problemi ortadan kaldırmanın yolu ise, ortada bir ticari işletme bulunduğu gözönüne alınarak, iç ilişki-dış ilişki ayrımı yapmaksızın, hem idarecilerin şirkete ve ortaklara karşı, hem de şirketin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna, objektif bir kıstas getirilmesidir. Ancak bu ölçünün subjektif bazı verilerle yumuşatılması gereklidir.

Böylece, basiretli bir tacir gibi davranmak mükellefiyeti ticari işletmenin her noktasına uygulanacak ve bu ölçü teklifi sayesinde, kollektif şirket ortaklarının zarar görmesi önenebilecektir.

D İ P N O T L A R

- (1) **İMREGÜN** Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul-1991, s.200, **TEKİL** Fahiman, **Şirketler Hukuku**, I.Cilt, İstanbul-1976, s.186'da Yazar, konuyu Yönetim ve Temsil Hakkı başlığı altında incelemektedir. **MOROĞLU** Erdoğan/Nazan, **Notlu-İç-tihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul-1991, s.138'de Yazarlar, bu konudaki Yargıtay kararlarını, temsili ilgilendiren 175. maddenin altına not düşmüşlerdir. Yargıtay Ticaret Dairesi de, 26.11.1969 tarihli ve E.1967 /2058 K.1968/6301 sayılı kararında, 163/II. maddedeki istisnayı "müşterek temsil kaydı aranmaksızın" şeklinde ifade ve izah etmektedir. Bkz. **DOMANIÇ** Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I, İstanbul-1988, s.600.
- (2) **KARAYALÇIN** Yaşar, **Şirketler Hukuku**, Ankara-1965, s.91'de Yazar, idareci olmayan adi şirket ortağının yetkisiz olarak şirket işlerini görmesi halinde, yetkisiz işgörme hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.
- (3) **HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdulkadir, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul-1992, s.494.
- (4) **TANDOĞAN** Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II. Ankara-1989, s.682.
- (5) Yargıtay Ticaret Dairesinin 26.2.1968 günlü ve E. 2058 K. 6301 sayılı kararı için bkz. **MOROĞLU**, s.138.
- (6) **ÇAMOĞLU** Ersin/**POROY** Reha/**TEKİNALP** Unal, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul-1988, s.132, **TEOMAN** Ömer, **Yaşayan Ticaret Hukuku C.I**, Kitap 1, s.231, 151 ve buradaki atıf.
- (7) **DOMANIÇ** Hayri, **Şirketler Hukuku**, C.I, İstanbul-1968, s.117'de Yazar, temsil yetkisinin sınırlandırılması konusunda, hukuk sistemlerini üç gruba ayırmaktadır. Birincisi, üçüncü kişilerin menfaatini üstün tutan sistemler, ikincisi; ortaklığın ve ortakların menfaatini üstün tutan sistemler, üçüncüsü de; karşılıklı menfaatleri denkleştirmeye çalışan karma sistemler. Yazara göre TTK. karma sistemi benimsemiştir.

- (8) TEKINAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOGLU Haluk/
ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,**
Istanbul-1993, s.207.
- (9) POROY Reha, **Ticari İşletme Hukuku,** Istanbul-
1991, s.112.
- (10) KARAYALÇIN Yaşar, **Ticari İşletme Hukuku Dersle-**
ri, Ankara-1988, s.218.
- (11) POROY, s.112-113.
- (12) TEKINAY/AKMAN/BURCUOGLU/ALTOP, s.73.
- (13). DOMANIÇ, TTK. Şerhi, s.406, HATEMİ/SEROZAN/
ARPACI, s.589.
- (14) KARAYALÇIN, **Şirketler H.** s.176.
- (15) IMREN, s.353-354, ÇAMOGLU/POROY/TEKINALP, s.274.
- (16) ÇAMOGLU/POROY/TEKINALP, s.273.
- (17) IMREGUN s.188.
- (18) IMREGUN s.188.