

Adi Ortaklık Payının Devri

Hüseyin Bahadır Çolak

Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Doktora Tezi



KOÇ ÜNİVERSİTESİ

30 Eylül 2025

ADİ ORTAKLIK PAYININ DEVRİ

Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hüseyin Bahadır Çolak

tarafından hazırlanan bu doktora tezinin tarafımda incelendiğini, (varsa) tez jürisi tarafından gerekli görülen değişiklikleri içerdiğini, tüm yönleriyle başarılı ve doktora derecesini elde etmek için yeterli bulunduğunu teyit ederim.

Jüri Üyeleri:

Doç. Dr. Işık Öney (Danışman)

Prof. Dr. Baki İlkey Engin (İkinci Danışman)

Prof. Dr. M. Tufan Öğüz

Prof. Dr. Doruk Gönen

Doç. Dr. Yasin Alperen Karaşahin

Doç. Dr. Özgün Çelebi

Tarih: 30.09.2025

ÖZ

Adi Ortaklık Payının Devri

Hüseyin Bahadır Çolak

Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Doktora Programı

30 Eylül 2025

Türk hukukunda en temel ortaklık türü olarak konumlandırılan adi ortaklık, görece sınırlı yasal düzenlemelere tabidir. Bu özelliklerine rağmen, sunduğu oldukça esnek organizasyonel yapı sayesinde adi ortaklık, basit ortaklık faaliyetlerinden çeşitli alt yapı ve üstyapı yatırımları gibi iktisadi bakımdan büyük önem taşıyan girişimlere kadar geniş bir uygulama alanına sahiptir. Adi ortaklığın kişi yapısındaki değişikliklerden biri olan ortaklık payının devri ise birçok hukuk sisteminde uzun yıllardır tartışmalı bir konudur. Türk hukukunda adi ortaklık payının devrinin ayrıntılı olarak düzenlenmemesi, bu hususta bir kanun boşluğuna ve önemli hukuki belirsizliklere yol açmaktadır. Bu çalışma, adi ortaklığın niteliğinden ve karakteristik özelliklerinden hareketle söz konusu belirsizliklerin, hem kendi içinde tutarlı hem de hukuk sisteminin bütünüyle uyumlu bir şekilde giderilmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede tezde şu temel soruya yanıt aranmaktadır: “Adi ortaklıkta pay devrinin tâbi olduğu hukuki rejim nedir?” Bu soruya yanıt verebilmek amacıyla öncelikle adi ortaklık ile elbirliği ile hak sahipliği arasındaki ilişki incelenmiş ve adi ortaklığın hukuki niteliği açıklanmıştır. Ardından, adi ortaklık payının hukuki niteliği değerlendirilerek bir tasarruf işlemi olarak pay devrinin tâbi olduğu hukuk kuralları tespit edilmiştir. Nihayet, bu tespitler doğrultusunda adi ortaklıkta pay devrinin şartları ve sonuçları ortaya konulmuştur. Bu süreçte yalnızca Türk hukukundan değil, aynı zamanda çalışmanın konusu bakımından pek çok benzerlik taşıyan Alman ve İsviçre hukuk düzenleri ile literatüründen de yararlanılmıştır.

ABSTRACT

Transfer of Simple Partnership Share

Hüseyin Bahadır Çolak

Koç University Graduate School of Social Sciences and Humanities

PhD in Private Law

September 30, 2025

In Turkish law, simple partnership, which is positioned as the fundamental form of partnership, has a relatively limited legal framework. Despite this feature, by virtue of its highly flexible organizational structure, simple partnership has a wide range of applications, extending from basic partnership activities to infrastructure and superstructure investments of significant economic importance. Transfer of partnership shares, which is one of the changes in personal structure of simple partnership, has been a controversial topic in various jurisdictions for years. The lack of detailed regulation regarding transfer of simple partnership shares under Turkish law gives rise to a legal gap and leads to significant legal uncertainties. This study aims to resolve these uncertainties, deriving from the nature and characteristic features of simple partnership, in a manner that is consistent both internally and with the entirety of the legal system. In this context, the thesis seeks to answer the following question: “What is the legal framework governing the transfer of shares in a simple partnership?” To answer this question, first, the relationship between simple partnership and joint entitlement has been examined, and the legal nature of simple partnership has been clarified. Subsequently, the legal nature of simple partnership shares has been evaluated, and the legal rules governing transfer of shares as a dispositive act have been identified. Finally, in line with these findings, the requirements and consequences of transfer of shares in a simple partnership have been set out. In this process, not only Turkish but also German and Swiss legal systems and literature, which bear significant similarities to the subject matter of the study, have been utilized.

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında Prof. Dr. Baki İlkay Engin ve Doç. Dr. Işık Önay'ın danışmanlıklarında doktora tezi olarak hazırlanmış, 30 Eylül 2025 tarihinde Prof. Dr. M. Tufan Ögüz, Prof. Dr. Doruk Gönen, Doç. Dr. Yasin Alperen Karaşahin ve Doç. Dr. Özgün Çelebi'den oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Bu vesile ile jüride bulunup bu çalışmayı değerlendirerek kıymetli görüşlerini benimle paylaşan hocalarıma bir kez daha teşekkür ederim.

Çalışmanın konusunu Türk hukukunda adi ortaklık payının devri işlemi oluşturmaktadır. Bu konunun tercihinde konunun teorik zenginliğinin yanında uygulama açısından da önem taşıması belirleyici olmuştur. Temel ortaklık yapısı olarak düzenlenmiş adi ortaklık bu niteliği ile bağlantılı olarak önemli bir bölümü emredici nitelikte olmayan ve görece sınırlı bir kanuni düzenlemeye sahiptir. Bu durum, çalışmanın konusunu oluşturan ortaklık payının devri konusunda kendini daha ciddi şekilde göstermektedir. Pozitif hukuktaki sınırlı düzenleme ve ortaklık ilişkisinin karşılıklı bir borç ilişkisinden farklı özellikler taşıması adi ortaklıklarda ortaklık yapısında devir yolu ile yaşanacak değişikliklerin nasıl gerçekleşeceği ve ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı konusunda tereddütler yaratmaktadır. Bu konu uzunca bir süre öğretinin odağının dışında kalmış ve nitekim bu konuya özel olarak eğilen ilk eser bu çalışmanın fikri hazırlık aşaması henüz sona ermişken yayınlanmıştır. Çalışmanın konusu bu yanı ile teorik olarak incelenmeye değer görülmüştür. Bunun yanında adi ortaklık yapısının en basit ve temel ortaklık karakterine karşın iktisadi olarak büyük değer taşıyan faaliyetlerde de sıklıkla tercih edildiği görülmektedir. Ortaklık payının devrine ilişkin teorik düzlemdeki belirsizlikler bu devirlerin uygulamada nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda da tereddüt doğurmakta ve ciddi işlem maliyetlerine yol açmaktadır. Bu nedenle çalışmanın konusu uygulamaya da katkı sağlayabileceği düşüncesi ile de incelemeye değer görülmüştür.

Bu çalışma, adi ortaklığın niteliğinden ve karakteristik özelliklerinden hareketle söz konusu belirsizliklerin hem kendi içinde tutarlı hem de hukuk sisteminin bütünüyle

uyumlu bir şekilde giderilmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede tezde şu temel soruya yanıt aranmaktadır: “Adi ortaklıkta pay devri işleminin tâbi olduğu hukuki rejim nedir?” Bu soru ile bağlantılı olarak devrin konusu, şartları ve sonuçları özel olarak ele alınmıştır.

Adi ortaklığın ve buna bağlı olarak elbirliği ile hak sahipliği ilişkisinin İsviçre-Alman hukuku ile olan tarihsel bağlantısından ötürü çalışmada ilgili literatürden de faydalanılmıştır. Özellikle Alman yargı içtihadı ve pozitif hukukunda yaşanan değişiklikler nedeniyle sadece güncel kaynaklara değil, bu değişikliklerden önceki döneme ait kaynaklara da kaçınılmaz olarak başvurulmuştur.

Bu tez, kapsamlı bir çalışmanın ürünü olmakla birlikte başta tez danışmanlarım katkısı olmaksızın bugünkü hali ile tamamlanamayacak bir eserdir. Bu itibarla öncelikle tez danışmanlığımı üstlenen ve bu süreçte desteklerini esirgemeyen hocalarıma teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Tezimin her bir satırını özenle okuyarak değerlendiren, görüşleri ile çalışmaya zenginlik katan ve bu çalışma ile sınırlı olmaksızın medeni hukukun her alanında kendilerinden çok şey öğrendiğim saygıdeğer hocalarım *Prof. Dr. Baki İlkay Engin* ve *Doç. Dr. Işık Önay*’a içten minnet duygularımı sunarım. Danışman hocalarımla yanında lisans eğitimimin başından bugüne kadar bana olan desteğini hiçbir konuda esirgemeyen ve kendime örnek aldığım *Doç. Dr. Yasin Alperen Karaşahin* ile uzun bir süredir birlikte çalışma şansına sahip olduğum *Doç. Dr. Özgün Çelebi*’ye teşekkür ederim. Yurt dışında araştırma yapma imkânım başta olmak üzere fakültemizde görev yaptığım süre boyunca gösterdikleri ilgi ve destek için Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı *Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman* ve bir önceki dekanımız *Prof. Dr. Bertil Emrah Oder*’e de ayrıca teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışmayı hazırlarken çalışmanın konusu bakımından büyük bir öneme sahip İsviçre ve Alman literatürünü incelemek amacıyla 8 ay süreyle Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi’nde misafir araştırmacı olarak bulundum. Bu araştırma için beni davet eden ve araştırma ziyaretimde danışmanlığımı yapan *Prof. Dr. Jan Lieder*’e de teşekkür ederim. Basılı yazınının oldukça baskın olduğu hukuk literatüründe doğrudan ulaşamadığım birçok kaynağı sağlayarak değerlendirmeme imkân tanıyan Koç Üniversitesi Suna Kıraç Kütüphanesi’ne ve doküman sağlama kütüphanecileri *Rana Otur* ve *Aylin Akınalp*’e de özel olarak teşekkür etmek isterim.

Doktora eğitimime ve bu tez çalışmasına 2211-A Yurt İçi Genel Doktora Burs Programı ve 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında

sağladığı destek ile bu araştırmaları mümkün kılan TÜBİTAK’a da ayrıca teşekkür ederim.

Bu çalışmanın tamamlanması bir yana, varlıklarını her daim yanımda hissettiğim ve bugünlere gelmemde en büyük pay sahibi olan sevgili ailem *Emin Çolak, Ümmügül Çolak, Mustafa Alper Çolak* ve *Sultan Aldırmaz Çolak*’a ise ne kadar teşekkür etsem azdır. Sonsuz teşekkürler.

Son olarak ise, tez sürecinin en zorlu dönemlerinde benimle olan, her türlü derdimi sabırla dinleyen, yükümü paylaşan ve bu çalışmanın tamamlanması için büyük fedakarlıklarda bulunan yol arkadaşım Bilge Mirza’ya teşekkür ederim.

İstanbul, Eylül 2025

Hüseyin Bahadır Çolak

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ	1

Birinci Bölüm

Genel Hatları ile Adi Ortaklık

§ 1. Adi Ortaklığın Tanımı, Unsurları ve Tarihsel Gelişimi	3
A. Adi Ortaklığın Tanımı.....	3
B. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları	5
1. Kişi.....	5
2. Katılma Payı - Sermaye.....	6
3. Sözleşme.....	7
4. Müşterek Amaç	9
5. Affectio Societatis	10
C. Adi Ortaklığın Tarihsel Gelişimi	10
§ 2. Çalışmada Esas Alınan Adi Ortaklık Tipi	13
A. Genel Açıklamalar	13
B. Tipik Adi Ortaklıkların Özellikleri	14
1. Dış Ortaklık Şeklinde Yapılanma	14
2. Hak Sahipliğinde Elbirliği Esasının Benimsenmiş Olması.....	18
3. Ortakların Kişisel Özelliklerinin Ön Planda Bulunması ve Ortaklık Yapısındaki Değişikliklerin Zor Olması	19

İkinci Bölüm

Adi Ortaklığın Hukuki Niteliği ve Pay Sahipliği

§ 3. Adi Ortaklığın Hukuki Niteliği	21
A. Eşya Hukuku Sorunu Olarak Elbirliği ve Adi Ortaklık	24
1. Hak Sahipliğinin Konusu Bağlamında Önerilen Çözümler	24
2. Hakkın Öznesi Bağlamında Önerilen Çözümler	26
B. Kişiler Hukuku Sorunu Olarak Elbirliği ve Adi Ortaklık	31
C. Türk Öğretisi ve Yargı Uygulamasında Mevcut Durum	39
1. Genel Olarak	39
2. Hak Sahipliği İlişkisi Bakımından Durum	41
3. Kişiler Hukuku Bakımından.....	45
D. Ara Değerlendirme.....	47
1. Hak Sahipliği İlişkisinin Konusu Bağlamındaki Görüşlerin Yetersizliği	48
2. Hakkın Öznesi Bağlamındaki Çözümler.....	51
3. Türk Hukukunda Niteliği Tartışmalı Yapılar	52
4. Sonuç.....	62
§ 4. Elbirliği ile Hak Sahipliğinde Özel Malvarlığı Kavramı.....	65
A. Özel Malvarlığı Kavramı	65
B. Adi Ortaklık Malvarlığının Özel Malvarlığı Olmasının Özellikleri	68
1. Ortaklık Malvarlığının Yönetiminin Tüm Ortaklarda Olması ve Ortaklık Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tek Başına Tasarrufun Mümkün Olmaması	69
2. Ortaklık Malvarlığındaki Değerler Üzerindeki Payın Ortaklık Payından Ayrı Olarak Devredilememesi.....	70
3. Ortakların Şahsi Alacaklılarının Ortaklık Malvarlığına Başvuramaması	73
4. Ortaklık Alacaklılarının Ortaklık Malvarlığına Başvurma İmkânı	76
5. Ortaklık Malvarlığının Garanti İşlevi?	81
6. Ortaklık Malvarlığında Ayni İkame?	82
§ 5. Adi Ortaklıkta Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı.....	85
A. Adi Ortaklıkta Pay Kavramının Farklı Görünümleri	85
1. Katılım Payı, Sermaye Payı ve Malvarlığı Payı.....	85
2. Kazanç ve Zarara Katılım Payı (Kar ve Zarar Payı)	88
3. Ayrılma Payı ve Tasfiye Payı.....	90
4. Malvarlığı Üzerindeki Pay	91

a. Münferit Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Pay (Dar Anlamda Malvarlığı Üzerindeki Pay).....	93
b. Ortaklık Malvarlığı Üzerindeki Pay (Geniş Anlamda Malvarlığı Üzerindeki Pay).....	93
B. Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı.....	96
1. Kavramsal Olarak Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı.....	97
a. Pay Sahipliği ve Ortaklık Payını Eş Anlamlı Olarak Değerlendiren Yaklaşım	97
b. Ortaklık Payını Pay Sahipliğinden Ayrı Bir Kavram Olarak Açıklayan Yaklaşım	104
2. Türk Hukukunda Durum	104
3. Ara Değerlendirme	106
a. Hukuki İlişki ve Hukuki Konum Arasındaki İlişki Bağlamında Pay Sahipliği	107
b. Pay Sahipliğinin Bir Hak Olarak Kabulü ve Ortaklık Payının Varlığı Sorunu	109
C. Pay Sahipliğinin Tekliği İlkesi.....	115
D. Pay Sahipliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi	120
E. Pay Sahipliğinden Doğan Hak ve Borçlar	121
1. Haklar.....	122
a. Üyelik Hakları	122
b. Malvarlığı Hakları	125
2. Borçlar	126
F. Ortaklık Payının Konu Olabileceği Tasarruf İşlemleri	127

Üçüncü Bölüm

Adi Ortaklık Payının Devri İşlemi

§ 6. Pay Devrinin Konusu ve Uygulanacak Hükümler	133
A. Sözleşmenin Devri	134
B. Miras Payının Devri	136
C. Ticaret Ortaklıklarında Payın Devri.....	137
D. Alacağın Devri	140
E. Ara Değerlendirme.....	142

§ 7. Ortaklık Payının Devri İşlemi.....	148
A. Devrin Hukuki Sebebi.....	148
B. Tasarruf İşlemi	149
1. Devir İşleminin Tarafları.....	149
2. Devir İşleminin İçeriği	150
3. Devir İşleminin Şekli	151
a. Genel Kural	151
b. Ortaklık Malvarlığında Devri Daha Sıkı Şekil Koşullarına Tabi	
Değerlerin Bulunması Halinde Devir İşleminin Şekli	152
i. Genel Olarak.....	152
ii. Tüm Payların Tek Bir Kişiye Devri Halinde Şekil Sorunu	154
iii. Ortaklık Malvarlığının Ana Unsurunun Taşınmazlar Olması ve	
Kanuna Karşı Hile	157
c. Devredenin İfa Edilmemiş Katılma Payı Borcunun Doğumu Şekle Tabi	
Bir Borç Olması	159
4. Tasarruf İşlemi Olarak Devrin Sebebe Bağlılığı Sorunu	160
C. Ortaklık Payının Devrinde Özel Bir Şart Olarak Ortakların Rızası.....	163
1. Rızanın Niteliği	164
2. Devre Rıza Verilme Usulü	167
a. Rızanın Verilme Zamanı	167
b. Rızanın Kapsamı	168
c. Rıza Şartında Oybirliği İlkesinden Sapılması	170
d. Rızanın Şekli	173
3. Rızanın Bulunmamasının Sonuçları.....	173
D. Devrin Ortaklara Bildirimi.....	175
E. Payın Devrinde Özel Durumlar.....	177
1. Payın Ortaklardan Birine Devri (Ortaklık İçi Devir)	177
2. Payın Kısmen Devri	179
3. İç Ortaklık Olarak Yapılanmış Ortaklıklarda Devir.....	180
4. Paylı Hak Sahipliği İlkesinin Benimsendiği Ortaklıklarda Devir	182

Dördüncü Bölüm

Adi Ortaklıkta Pay Devrinin Sonuçları

§ 8. Devrin Sonuçlarını Doğurduğu An.....	185
§ 9. Devrin Ortaklık Üzerindeki Etkisi	189
§ 10. Devrin Pay Sahipliğinden Doğan Hak ve Borçlar Üzerindeki Etkisi.....	190
A. Üyelik Hakları Bakımından	190
B. Malvarlığı Hakları Bakımından	192
1. Ortaklık Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Hak Sahipliğinin Geçişİ	192
2. Diğer Malvarlığı Haklarının Geçişİ.....	194
C. Pay Sahipliğinden Doğan Borçlar Bakımından (İç İlişkideki Borçlar)	198
§ 11. Devrin Ortaklık Borçlarından Doğan Sorumluluğa Etkisi.....	205
A. Sorumluluğu Zamansal Olarak Devir Anına Göre Paylaştıran Görüş.....	205
B. Kollektif Ortaklığa İlişkin Kuralları Kıyasen Uygulayan Görüş	206
C. TBK 202 Hükmünü Kıyasen Uygulayan Görüş	207
D. Ara Değerlendirme.....	207
§ 12. Devrin Ortaklık İlişkisi Çerçevesinde Üçüncü Kişilerle Yapılan Sözleşmelerdeki Taraf Sıfatına Etkisi	215
§ 13. Devrin Usul Hukuku Bakımından Sonuçları.....	218
SONUÇ..	220
KAYNAKÇA.....	226

KISALTMALAR

aBGB	: 2024'te yürürlüğe giren değişiklikler öncesi Alman Medeni Kanunu
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
aHGB	: 2024'te yürürlüğe giren değişiklikler öncesi Alman Ticaret Kanunu
aş.	: aşağıda
b.	: baskı
Bd.	: band
BGB	: Alman Medeni Kanunu (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts Amtliche Sammlung
BGH	: Alman Federal Mahkemesi (<i>Der Bundesgerichtshof</i>)
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
bkz.	: bakınız
BK	: <i>Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht</i>
BSK	: <i>Basler Kommentar</i>
C.	: cilt
çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
Diss.	: dissertation
E.	: esas numarası
FusG	: İsviçre Birleşme Kanunu (221.301 <i>Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung</i>)
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu (RG, 29.04.1926, S. 359)

eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (RG, 04.04.196, S. 339)
GbR	: <i>Gesellschaft bürgerlichen Rechts</i>
GesR	: <i>Gesellschaftsrecht</i>
GmbHG	: Alman Limited Ortaklık Kanunu (<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>)
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Alman Ticaret Kanunu (<i>Handelsgesetzbuch</i>)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG, 04.02.2011, S. 27836)
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (RG, 04.08.1927, S. 622,623,624)
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İİD	: İcra ve İflas Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jher.Jb.	: <i>Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i>
K.	: karar numarası
karş.	: karşılaştırınız
kn.	: kenar numarası
MHdB	: <i>Münchener Handbuch</i>
MoPeG	: Kişi Ortaklıklar Hukukunun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun (<i>Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrecht</i>)
MüKo	: <i>Münchener Kommentar</i>
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OGH	: offene Handelsgesellschaft
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu (220 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuche [Fünfter Teil: Obligationenrecht])
§	: paragraf

RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SPR	: <i>Schweizerisches Privatrecht</i>
SPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG, 30.12.2012, S. 28513)
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG, 16.06.2006, S. 26200)
Syst Teil	: Systematischer Teil
T.	: karar tarihi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 11.01.2011, S. 27836)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG, 22.11.2021, S. 24607)
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG, 13.01.2011, S. 27846)
UmwG	: Alman Tür Değişirme Kanunu (<i>Umwandlungsgesetz</i>)
VDD	: Vergi Dava Dairesi
Vor.	: <i>vorbemerkung</i>
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR	: <i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht</i>
ZGB	: İsviçre Medeni Kanunu (210 <i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i>)
ZK	: <i>Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht</i>
ZPO	: Alman Medeni Usul Kanunu (<i>Zivilprozessordnung</i>)
ZR	: <i>Das Registerzeichen für Revisionsverfahren in Zivilsachen & Berufungsverfahren in Patentnichtigkeitsverfahren</i>

GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Adi ortaklık önemli bir bölümü emredici nitelikte olmayan TBK 620-645 hükümlerinde en temel ortaklık yapısı olarak düzenlenmiştir. Kökleri Roma hukukuna dayanan adi ortaklıklar bu yanıyla hukukumuzdaki kişi birliklerinin de temelinde bulunmaktadır. Adi ortaklık medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarının kesişim noktasında bulunması ve iktisadi olarak görece tali nitelikte görülen bir ortaklık yapısı olması nedeniyle uzun yıllar öğretinin ilgi alanı dışında kalmış ve bu ortaklıkları inceleyen sınırlı sayıda eser ortaya konmuştur. Bu durum mevcut çalışmanın konusunu oluşturan ve adi ortaklık payının devri bağlamında da kendisini göstermiştir. Nitekim özel olarak bu konuya eğilen yegâne eser de bu çalışmanın yazım süreci içinde yayınlanmıştır.¹ Bu çalışmada adi ortaklık payının devri işleminin şartları ve sonuçlarının ortaya konması amaçlanmaktadır.

Bu çalışma bir tasarruf işlemi olarak adi ortaklık payının devri işlemini incelemektedir. Bu bağlamda sadece fiilen bir devir sonucunu doğuran ortaklık payının çift sözleşme ile devri ile ortaklık payının miras yolu ile intikali gibi kazanım yolları çalışmanın kapsamı dışındadır. Ayrıca bu tasarruf işleminin hukuki sebebinin teşkil edebilecek çeşitli işlemler bağlamında devir borcunun ifası, bu borcun ifa edilmemesinin ayıp veya zapttan sorumluluk gibi sonuçları da çalışmanın kapsamı dışında bulunmaktadır.

Adi ortaklıklarda pay kavramı pozitif hukukta farklı bağlamlarda kendisini göstermektedir. Ortaklık payı ve bir ortağın ortaklık ilişkisindeki konumunu bir bütün olarak devretmesini amaçlayan ortaklık payının devri kanunda kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu sınırlı düzenlemenin sonucu ise en başta adi ortaklık payının

¹ **Muhammet Emin Bingöl**, Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri, İstanbul: On İki Levha, 2022. Aynı dönemde adi ortaklıkta çıkma-çıkarılma konusunu yine ilk defa ele alan ve ortaklık yapısındaki değişiklikleri daha geniş bir şekilde inceleyen birer eserle daha karşılaşılmaktadır. Sırasıyla bkz. **Emre Türkmen**, Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020; **Furkan Derdiman**, Adi Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler, İstanbul: On İki Levha, 2022.

hukuken nitelendirilmesi, buna bağlı olarak da devrin tabi olduğu kuralların ve sonuçlarının belirlenmesi bağlamında bir belirsizlik bulunmasıdır.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, çalışma boyunca değinilecek birçok hususa ilişkin kavramsal çerçevenin çizilmesi ve bu ortaklık yapısının gelişiminin gösterilebilmesi amacıyla adi ortaklığın tanımı, unsurları ve tarihsel gelişimi kısaca açıklanmakta (§ 1), ardından adi ortaklığın organizasyonel esnekliği nedeniyle çok farklı yapılarda karşımıza çıkabilmesi nedeniyle çalışmadaki değerlendirmelere esas alınan tipik bir adi ortaklık yapısı belirlenmektedir (§ 2).

İkinci bölümde, adi ortaklık payının nitelendirilebilmesi için öncelikle adi ortaklığın hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmakta, bu bağlamda elbirliği ilkesinin rolü irdelenerek ortaklık payının niteliği ve devri işlemi bağlamında özel bir önemi olan elbirliği ortaklıklarında özel malvarlığı kavramı açıklanmaktadır (§ 3-4). Bu bölümde son olarak adi ortaklık pay sahipliği ve ortaklık payı hukukun nitelendirilmekte ve devir işleminin konusu tespit edilmektedir (§ 5).

Çalışmanın üçüncü bölümünde bütünüyle ortaklık payının devrinin şartları incelenmektedir. İlk olarak devrin konusu bağlamında devir işleminin tabi olduğu kurallar tespit edilmektedir (§ 6). Sonrasında tespit edilen bu kurallar ve adi ortaklık payının kendine özgü özellikleri çerçevesinde devir işleminin şartları incelenmektedir (§ 7).

Çalışmanın son bölümünde ise adi ortaklık payının devrinin sonuçları ortaya konmaktadır. Bu bölüm devrin sonuçlarını doğurduğu an ve ortaklık üzerindeki etkisinin açıklanması ile başlamaktadır (§ 8-9). Sonrasında devrin ortaklığın iç ilişkisi bakımından sonuçları olan pay sahipliğinden doğan hak ve borçlara etkisi açıklanmaktadır (§ 10). Devrin ortaklığın üçüncü kişiler ile olan ilişkisi bağlamında ise taraflar bakımından oldukça önemli olan devrin ortaklık borçlarından sorumluluğa ve sözleşmelerdeki taraf sıfatına etkileri incelenmektedir (§ 11-12). Son olarak devrin usul hukuku bakımından sonuçları kısaca ortaya konmuştur. (§ 13).

Birinci Bölüm

Genel Hatları ile Adi Ortaklık

§ 1. Adi Ortaklığın Tanımı, Unsurları ve Tarihsel Gelişimi

Adi ortaklıkta ortaklık yapısındaki değişikliklerin isabetli bir şekilde değerlendirilebilmesi için öncelikle adi ortaklığın yapısının ve hukuki mahiyetinin anlaşılması gerekir. Bu itibarla bu bölümde adi ortaklık yapısı genel hatları ile ortaya konacaktır ve sırasıyla adi ortaklığın tanımı (A), unsurları (B) ve tarihsel gelişimi (C) kısaca açıklanacaktır.

Bu çalışmanın adi ortaklıklara ilişkin bir genel eser niteliğinde olmaması nedeniyle bu bölümdeki açıklamalar olabildiğince okuyucuya konu hakkında temel bir bilgi sağlaması ve çalışmanın kalanındaki değerlendirmelere dayanak teşkil etmesi amacıyla sınırlı bir kapsamda tutulmuş ve gerekli görüldüğünde ilgili temel eserlere atıfta bulunulmakla yetinilmiştir.

A. Adi Ortaklığın Tanımı

TBK 620 I’de adi ortaklık sözleşmesi “*iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca TBK 620 II kapsamında bir ortaklığın “*kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini*” taşıması halinde adi ortaklık olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Hükmün mülga kanun dönemindeki karşılığı olan eBK 520 incelendiğinde ise TBK’den farklı olarak ortaklık sözleşmesinin değil, ortaklığın tanımlandığı görülmektedir.²

² Nitekim hem eBK 520, hem de TBK 620’nin sadece özel olarak adi ortaklığı değil, genel olarak ortaklık kavramını tanımladığı ifade edilmektedir. Bkz. **Nami Barlas**, *Adi Ortaklık Temeline Dayanan Sözleşme İlişkileri*, 4. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, kn. 21; **Oruç Hami Şener**, *Adi Ortaklık*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 1; **Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca**, *Şirketler Hukuku Cilt I*, İstanbul: On İki Levha, 2021, kn. 15; **Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu**, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, kn. 42.

Kanun koyucunun bu tanımına getirilen en temel eleştirilerden biri bu tanımın adi ortaklığın kişi birliği kuran yapısına yeterli ölçüde atıf yapmaksızın sadece tarafları borç altına sokan bir sözleşmeye yönelik olmasıdır.³ Esasen eBK 520'ye ilişkin olan bu değerlendirmenin, eBK 520 ve TBK 620 arasında dilin sadeleştirilmesi haricinde bir fark olmadığı göz önünde bulundurulduğunda TBK'da yapılan tanım bakımından da geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Bu eleştiriye gerek söz konusu kişi birliğinin tüzel kişiliği haiz olmaması nedeniyle hukuken çok önemli olmadığı gerekse kişi birliğinin adi ortaklığın bir unsuru değil sonucu olduğu ileri sürülerek karşı çıkmıştır.⁴

Kanımca ortakların, sermaye koyma ve ortak amaca ulaşmak için çaba gösterme başta olmak üzere, birbirlerine karşı olan borçları oldukça önemli olsa da oluşan kişi birliğinin adi ortaklığın ayırıcı özelliklerinden biri olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Nitekim bu çalışmada incelenen birçok sorun da adi ortaklık ilişkisinin sözleşmesel karakterinden ziyade oluşan kişi birliğinin özellikleri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu itibarla ortaklar arasındaki birleşme ilişkisi ve oluşan kişi birliğinin de en az ortakların borçları kadar – hatta bu borçlardan daha yoğun bir şekilde – belirleyici olduğu söylenebilir. Bu nedenle adi ortaklığın (yasal) tanımında oluşan kişi birliğine de işaret edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim mehz OR 530 ortaklığı tanımlarken ortakların üstlendikleri borçlardan ziyade “ortak amaca ulaşmak için sözleşmesel bir

³ Ümit Yaşar Doğanay, *Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları - Kurulması - Hükümsüzlüğü)*, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1968, s. 4; Erdoğan Moroğlu, “Adi Şirkete Dair”, *Makaleler*, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 756; Kendigelen/Kırca, *Şirketler I*, kn. 16.

⁴ Barlas, kn. 22, dn. 22.

birliktelik/birleşme ifadesini öne çıkartmaktadır.⁵ İsviçre kanun koyucusunun bu tercihi, tanıtımda kişi birliği unsurunun belirtilmesi bakımından daha isabetlidir.⁶

TBK'daki tanıma yönelik, benzer istikametteki bir diğer eleştiri ise kanunda yapılan bu tanımın birleşmenin içeriği bakımından yanlışlığına ilişkindir. Buna göre kanunun ifadesi adi ortaklığın ortaklarca konulan sermaye paylarının (emek veya malları) birleşmesi yönünde bir anlam çıkarmaya müsaittir, oysa adi ortaklıkta malların değil kişilerin birleşmesi söz konusudur.⁷

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında öğretide *Doğanay* tarafından yapılan tanımın⁸ adi ortaklığın özelliklerini daha isabetli bir şekilde ortaya koyduğu söylenebilir ve bu çalışmada da bu tanım aşağıdaki şekliyle esas alınmıştır:

“Adi ortaklık iki ya da daha çok kişinin ortak bir amaca ulaşmak için mallarını ve/veya emeklerini birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşmesel kişi birliğidir.”⁹

B. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları

1. Kişi

⁵ OR 220 I: “*Gesellschaft ist die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.*”[vurgu yazar tarafından eklenmiştir.]

Kişi birliğinin özellikle son yıllarda artarak daha önemli hale geldiği Alman hukukunda ise TBK'ya benzer şekilde sözleşme ve borç unsurlarının ön planda olduğu görülmekteydi. Bununla birlikte MoPeG reformu (*Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts: Gesetz vom 10.08.2021 – BGBl. I 2021, Nr. 53 vom 17.08.2021, S. 3436*) ile birlikte bu unsurlara ek ortaklar “ortaklık” da tanıma dahil edilerek devamında ortaklığın hak ehliyeti açıkça tanınarak bu kişi birliğinin önemi kabul edilmiştir.

Bkz. BGB § 705: “(1) Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

(2) Die Gesellschaft kann entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft), oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft)”.

Karş. aBGB § 705: “Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.”

⁶ Benzer şekilde bkz. **Moroğlu**, s. 756; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 16.

⁷ **Aynur Yongalık**, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991, s. 4.

⁸ **Doğanay**, s. 5.

⁹ Benzer bir tanım için bkz. **Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser**, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 13. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2023, § 1, kn. 5.

Bir kişi birliği olması itibarıyla adi ortaklığın birincil unsuru bünyesinde en az iki kişinin bulunmasıdır. Tek kişilik anonim ortaklığa benzer tek kişilik bir adi ortaklık düşünülemez. Ortaklığın tam olarak bağımsızlığının kabul edilebileceği bir tüzel kişiliği bulunmaması nedeniyle bu durum kuruluş aşamasında gerekli olduğu kadar ortaklığın devamı boyunca muhafaza edilmelidir. Ortakların gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür ve ortakların ehliyeti bakımından genel kurallar geçerlidir.¹⁰ Kanunun oluşturduğu bu temel ortaklık yapısı – kimi atipik ortaklıklarda aksi görülebilecek olsa da – ortaklar arasında sıkı kişisel ilişkilere dayanmaktadır. Bu anlamıyla adi ortaklık özünde sermayenin bulunduğu “sermaye ortaklığı” değil ortakların kişisel özelliklerinin belirleyici olduğu bir “kişi ortaklığı”dır.¹¹

Adi ortaklıkta kişi unsurunun ve ortakların kişisel niteliklerinin ağırlığı ile ortaklar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu aslında bu çalışmanın eğildiği ortaklık payının devri sorununun da temelinde yatmaktadır. Farklı bağlamlarda daha detaylı olarak birçok kez temas edileceği üzere, adi ortaklık kanun koyucu tarafından tarihsel olarak ortaklık yapısındaki değişikliklere mesafeli bir kişi birliği olarak tasarlanmıştır.¹² Ortaklığa yeni bir ortak kabulünde kural olarak oybirliğinin aranması, ortaklardan birinin ölümü, kısıtlanması, iflası gibi ortağın kişiliğini veya ekonomik durumunu temelden etkileyen bazı hallerin kural olarak çıkma ve sona erme sebepleri olarak öngörülmüş olması bu bakış açısının bir sonucudur.¹³ Ortaklık payının devrinin ve ayrıca sonuçlarının ne TBK ve OR’de ne de yakın zamana kadar BGB’de düzenlenmiş olmasının nedeni de ancak ortak değişiminin adi ortaklığın karakterine aykırı olduğuna ilişkin bu tarihsel düşünce olabilir.

2. Katılma Payı - Sermaye

TBK 621 I kapsamında her ortağın ortaklığa emek veya mal şeklinde bir katılma payı getirmesi zorunludur. Bu bağlamda sermaye payı taahhüdü bulunmayan bir ortaktan bahsedilemez. Ortaklığın kurulabilmesi için bunun fiilen getirilmiş olması gerekli

¹⁰ Şener, Adi Ortaklık, s. 3-7. Tüzel kişiliği bulunmayan birliklerin adi ortaklık ortağı olması sorunu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Barlas, kn. 50 vd.

¹¹ Barlas, kn. 6.

¹² Nitekim öğretide adi ortaklığın bu karakterine “kapalı bir kulüp” benzetmesi ile atıf yapılmıştır. Bkz. Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 591.

¹³ Ortaklığın sona erme sebepleri ile çıkma-çıkarılma hakkında detaylı bilgi için sırasıyla bkz. Efe Can Yıldırım, Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri, İstanbul: On İki Levha, 2023; Türkmen.

olmayıp, salt bir taahhüt yeterli görülmektedir ve bu durum ortaklık sözleşmesinin borç doğurucu bir özellik taşımasıyla da bağdaştırılmaktadır.¹⁴ Anılan hüküm kapsamında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ortakların katılma payı taahhütleri arasında eşitlik söz konusudur.

Katılma payı ile oluşan sermaye ise ortak amaca ulaşılabilmesi için gerekli bir araçtan ibarettir.¹⁵ Bu itibarla katılma payı getirme zorunlu olsa da ortaklığın niteliğini belirleyen başat bir unsur olarak görülmemelidir. Zira adi ortaklıkta esas olan sermayenin değil, kişilerin birleşmesidir.¹⁶

3. Sözleşme

Adi ortaklık sözleşmeye¹⁷ dayanan bir kişi birliğidir. Haliyle mensuplarının bu yöndeki iradelerinin bir sonucudur. Adi ortaklığın günlük yaşamda en sık karşılaşılan elbirliği ortaklığı olan ve özünde kanunun mensuplarına dayattığı bir ortaklık olan miras ortaklığından da en temel farklı budur.¹⁸ Bu yönüyle adi ortaklık sözleşmesi çok taraflı bir birleşme-organizasyon sözleşmesidir¹⁹ ve tarafları arasında sürekli bir hukuki ilişki kurar.²⁰

Ortaklık sözleşmesi ortaklar için çeşitli borç ve yükümlülöklere kaynaklık etmekle birlikte, bir organizasyon sözleşmesi olarak ortaklık sözleşmesinin bu çalışma bağlamındaki en önemli özelliğı ise her şeyden önce bir kişi birliğı kurmasıdır.²¹

¹⁴ **Barlas**, s. 88-89; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 190-192.

¹⁵ Benzer yönde bkz. **Barlas**, s. 91.

¹⁶ Genel olarak katılma payı borcu ve bu borca aykırılık özelinde detaylı bilgi için sırasıyla bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 190 vd.; **Fatih Duran**, Adi Ortaklıkta Katılım Payı Getirme Borcuna Aykırılık, İstanbul: On İki Levha, 2020.

¹⁷ Ortaklık ilişkisini kuran bu işlem günümüzde ekseriyetle bir sözleşme olarak kabul edilmekle birlikte bu husus bugüne kadar önemli tartışmalara konu olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. **Doğanay**, s. 19 vd. Sözleşmeden farklı olarak kullanılan toplu işlem (*Gesamtakt*) veya müşterek hukuki işlem (*gemeinsames Rechtsgeschäft*) kavramları için sırasıyla bkz. **Johannes Emil Kuntze**, “Der Gesamtakt: ein neuer Rechtsbegriff”, *Festgabe der Leipziger Juristischen Fakultät für O. Müller*, Leipzig: Verlag von Veit & Comp, 1892, s. 27-87; **Otto von Gierke**, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1887, s. 486 vd.

¹⁸ Aynı yönde bkz. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 7; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 46.

¹⁹ **Rona Serozan**, Medeni Hukuk, 7. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 359-360.

²⁰ **Carsten Schäfer**, “§§ 705–740”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. b., München: C.H.Beck, 2020, Vor. § 705, kn. 5. Yazar her ne kadar sürekli borç ilişkisi ifadesini kullanmış olsa da ortaklıkta borç ilişkisi tek başına birincil bir ağırlığa sahip değildir, bu nedenle kurulan hukuki ilişkiyi sadece sürekli bir borç ilişkisi değil, sürekli bir hukuki ilişki olarak nitelendirmek daha uygundur.

²¹ Benzer yönde bkz. **Doğanay**, s. 4.

Sözleşmenin kaynaklık ettiği bu borçlar da sinallagmatik bir borç sözleşmesinden farklı olarak karşılıklılık ilişkisi içinde değil ortak amaca yönelik bir birleşme ilişkisi içindedir.²² Ortaklık sözleşmesinin doğurduğu bu birbirinden farklı hukuki sonuçlar mezkûr sözleşmenin niteliği konusunda görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Adi ortaklığa daha Romanist bir çizgiden yaklaşan görüş bunu alelade karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak görürken, kişi birliğinin önemine ağırlık verenler organizasyon sözleşmesi nitelendirmesini yapmaktadırlar. Bu iki görüşü uzlaştıran karma yaklaşım ise ortaklık sözleşmesini hem bir borç sözleşmesi hem de bir organizasyon sözleşmesi olarak kabul etmekle birlikte bunlardan hangisinin daha ağır bastığı konusunda kendi içinde ayrılmaktadır.²³ Türk öğretisinde bu sözleşmenin çifte karakteri büyük ölçüde kabul edilmekle birlikte hangi unsurun ağır bastığı yönünde tam bir uzlaşma olduğu söylenemez. Ortaklık sözleşmesinde organizasyonel niteliğin ikincil olduğu görüşündeki yazarlara göre organizasyonel ve borç doğurucu karakterin eşitliği tüzel kişilerin temelindeki ortaklık sözleşmeleri için kabul edilebilir. Sözleşmenin organizasyonel niteliğine atfedilen anlam Alman hukukunda adi ortaklığa hak ehliyeti tanınmış olmasının bir yansımasıdır ancak hukukumuzda bu gibi bir olgudan bahsedilemez.²⁴ Bu görüşe göre ayrıca, kanun koyucunun bu sözleşmeyi özel borç ilişkileri arasında düzenlemiş olması da sözleşmenin borç doğurucu karakterinin baskınlığının bir göstergesidir.²⁵

Bu hususta ilk olarak adi ortaklığın tüzel kişilerle olan farkı itibarıyla bir değerlendirme yapılmalıdır. Tüzel kişilerde kurucu sözleşmenin organizasyonel vasfının had safhada olmasının nedeni sözleşme ile, taraflarından tamamen ayrı bir kişilik olarak tüzel kişiliğe sahip bir birliğin vücut bulmasıdır. Bu konuda tereddüt yoktur. Tüzel kişiliğin bulunmamasının adi ortaklık sözleşmesinin organizasyonel yanını zayıflattığı bir gerçektir, fakat bu tek başına sözleşmesinin organizasyonel karakterini ikinci plana itmemelidir. Tüzel kişiliği bulunmasa dahi ortaklığın kurulması ile birlikte ortaklar, ortaklık faaliyetinin kapsamına giren hususlarda hukuki sonuç yaratma bağlamında bireysel egemenlik alanlarını önemli ölçüde sınırlamaktadır. Oluşan birliğin akıbeti artık müşterek şekilde oluşturulan bir iradeye teslim edildiği gibi, bu irade birliğin yanında

²² **Theo Guhl/Max Kummer**, “Adi Şirket: Tarif ve Kuruluş”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, çev. Sait Kemal Obut, C. 10, S. 2 (1955), s. 160.

²³ Bu görüşlerin ayrı ayrı kaynakları için birçokları yerine bkz. **Barlas**, kn. 122-128.

²⁴ **Barlas**, kn. 129.

²⁵ **Doğanay**, s. 21.

ortakların kişisel alanlarına da etki edecek hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum özellikle yönetim organizasyonu bakımından yapılanmış olan ortaklıklarda had safhadadır. İrade bağlamındaki bu durum adi ortaklıklarda – kural olarak – mevcut olan elbirliği ilkesi sonucunda malvarlıksal bir anlamda da ortaya çıkmaktadır. Ortakların kendi malvarlıklarından ayrı olan elbirliğine konu ortaklık malvarlığı artık tamamen bu birliğin oluşturduğu iradenin boyunduruğu altına girmektedir. Bu nedenle tüzel kişiliği bulunmasa dahi oluşturulan kişi birliğinin mensuplarından önemli bir derecede bağımsızlaştığının kabulü gerekir.²⁶ Ortaklığın TBK'nın özel borç ilişkilerine ilişkin ikinci kısmı altında düzenlenmiş olması ise aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bu yöndeki bilinçli bir tercihten ziyade tarihsel bir sürecin ürünüdür.²⁷

Bu itibarla borçlandırıcı karakteri reddedilemeyecek olan adi ortaklık sözleşmesinin organizasyonel yanının en az borçlandırıcı karakteri kadar – hatta belki ondan daha fazla – bir ağırlığa sahip olduğu söylenebilir. Ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından benimsenen yaklaşımın bir yansıması olarak bu çalışmada birçok açıklamada adi ortaklık sözleşmesi değil, adi ortaklık ifadesinin kullanıldığı dikkat çekecektir. Bunun altında yatan sebep ortaklığın bir kişi birliği olarak kendisine vücut veren bu sözleşmeden bağımsızlaşmayan ancak ayrılan karmaşık bir hukuki ilişkiler bütünü şeklinde tecessüm eden bir kişi birliği olmasıdır. Pay sahipliği konumu ve ortaklık payı da ortakların bu sözleşmeye taraf olmalarının yanında bu birlik içindeki hukuki konumlarına ilişkindir. Ortaklık sözleşmesi ise bu birliğin kurulmasına neden olan işlem olduğu kadar ilgili kanun hükümleri ile birlikte bu kişi birliği kapsamındaki ilişkileri düzenleyen pozitif bir kaynak, farklı bir ifade ile ortaklığın anayasasıdır.

4. Müşterek Amaç

Adi ortaklığın olmazsa olmaz unsurlarından bir diğeri bir araya gelen ortakların müşterek bir amacı takip etmesidir. Bu amaç maddi-ekonomik bir amaç olabileceği gibi manevi-ideal bir amaç da olabilir.²⁸ Müşterek amaç ve buna bağlı olan *affectio societatis*,

²⁶ Bu konuya ve elbirliği ilkesinin adi ortaklığın niteliğine olan etkileri daha sonra detaylı olarak ele alınacaktır. Bkz. aş. § 3.

²⁷ Bkz. aş. § 1. C.

²⁸ **Barlas**, s. 73; **Tuğrul Ansay**, *Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967, s. 8; **Doğanay**, s. 49. Ortak amacın sadece maddi-ekonomik olabileceği de ileri sürülmüş olsa bu eğilim günümüzde giderek azalmaktadır. Bkz. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 103; **Halil Arslanlı**, “Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefriğe Yarayan Ölçütler”, *İÜHF*, C. 11, S. 3-4 (1945), s. 129; **Kendigelen/Kırca**, *Şirketler I*, kn. 89. Bu tartışma hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. **Ansay**, *Adi Şirket*, s. 37 vd.

organizasyonel karakterinin yanında ve bu karakteri ile ayrılmaz biçimde – ortaklık sözleşmesini karşılıklı borç ilişkilerinden ayıran unsurlardır.

5. Affectio Societatis

Kanunda çok açık bir şekilde ifade edilmeyen *affectio societatis* ortak amaç uğruna birlikte çaba gösterme yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır. Birlikte çaba gösterme yükümlülüğü adi ortaklık ile sinallagmatik sözleşmeleri ayıran temel unsurdur.²⁹ Zira ortaklar sadece katılma payı borçlarını ifa ederek bunun bir karşılığı-ivazı olarak müşterek amaca ulaşılmasını ve bunun için diğer ortakların tek başına çaba göstermesini bekleyemezler.

Bu unsur içeriği itibarıyla ortaklığa sermaye payı ile katkı yapmanın yanında ortak amaç uğruna eşit bir düzlemde iş birliği yapma, tek başına dahi olsa ortaklık menfaatine yönelik faaliyette bulunma ile bu konudaki özenli davranma ve ortak amaca aykırı davranışlardan kaçınma şeklinde somutlaşmaktadır.³⁰ Bu anlamıyla müşterek amaç ve buna bağlı *affectio societatis* ortakların bu ilişkideki temel menfaatlerinin merkezinde olup, bu menfaat aynı zamanda ortakların hak ve yetkilerinin içkin sınırını da teşkil eder.

C. Adi Ortaklığın Tarihsel Gelişimi

Adi ortaklığın ne olduğunu anlamak için bu kurumun tarihsel çıkış noktasını ve zaman içindeki evrimini kısaca da olsa incelemek faydalıdır. Zira bu sürecin bilinmesi başta Alman ve İsviçre hukukuna yapılacak atıfların, bunun yanında yürürlükteki Türk hukukunun bazı hükümleri arasındaki bağlantının doğru bir bağlamda anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bu hususta ilk olarak adi ortaklığa ilişkin TBK 620-645 düzenlemelerinin – Alman hukuku kökenli olan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin TBK 633-637 düzenlemeleri hariç olmak üzere – büyük ölçüde OR'nin ilgili hükümlerinin iktibasından ibaret olduğu hatırlanmalıdır. Bu nedenle Türk medeni hukukunda birçok kurumda olduğu gibi adi ortaklığın tarihsel kökenini de bu patika üzerinden takip etmek kaçınılmazdır.

1911 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan OR, Türk hukukunda olduğu şekliyle adi ortaklığı kural olarak bir elbirliği ortaklığı olarak görmektedir. Bu kanunun ilk tasarıları büyük ölçüde günümüzde yürürlükte olan hükümlerin kaynağı olan 1881

²⁹ Barlas, kn. 83-85.

³⁰ Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 39.

tarihli OR ile benzeşmekle birlikte günümüzdekinden önemli bir fark içermektedir. Bu fark 1881 tarihli OR’de adi ortaklık bağlamında elbirliği ile hak sahipliğine hiçbir şekilde yer verilmemesi, ortaklığın paylı hak sahipliği üzerine kurulmuş olmasıdır. Bu bağlamda adi ortaklık Roma hukukunda *societas* olarak görüldüğü şekliyle saf sözleşmesel bir borç ilişkisi olarak telakki edilmektedir.³¹ 1911 tarihli OR’nin ilk tasarılarında bu şekilde görülen adi ortaklık sonraki tasarılar da Alman hukukunun etkisi ile bir elbirliği ortaklığı olarak düzenlenmiştir.³² Bu değişikliğin (yani elbirliği ilkesinin ortaklığa dahil edilmesinin) kavramsal sonuçları düşünülmezsizin sadece ortaklık malvarlığının korunması gibi pratik nedenlerle yapıldığı ve adi ortaklığı gerçek anlamda bir birlik ilişkisine çevirerek tüzel kişilere yaklaştırdığı ifade edilmektedir.³³ Bu noktada meselenin sadece adi ortaklık ile sınırlı olmadığı da unutulmamalıdır. Elbirliği ilişkisinin sadece paylı hak sahipliğini tanıyan Romanist hukuk sistemlerine yabancı olduğu, bu açıdan elbirliğinin sadece adi ortaklık değil İsviçre Medeni Kanunu’na Cermen kaynaklarının etkisi ile dahil edildiği eleştirel bir şekilde ifade edilmektedir.³⁴

İsviçre hukukundaki bu sürecin kökeninde bulunan Alman hukukunda da benzer bir durumla karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Zira BGB’nin ilk tasarıları da ortaklığı en başta paylı hak sahipliğine dayalı saf bir borç ilişkisi olarak gördüğü halde ilerleyen tasarılar da elbirliği ilkesinin dahil edilerek adi ortaklığın BGB’nin yakın zamana kadar öngördüğü şekliyle organizasyonel bir yapı halini aldığı ifade edilmektedir.³⁵

Elbirliği ilkesi’nin BGB’ye dahil edilmesi en başta *von Gierke*’nin fikirlerinin ürünüdür. Ne olduğu halen kesin bir şekilde ortaya konulamayan bu ilke Cermen geleneği etkisindeki BGB’de ve Alman öğretisine büyük bir etki yaratmıştır. Elbirliği ortaklıklarının hukuki niteliği konusunda yıllardır süregelen tartışmalarda *von Gierke*’nin fikir babası olduğu söylenebilecek olan adi ortaklığın hak ehliyetinin var olduğu fikri 20. yüzyılın sonlarında öğretilde giderek daha baskın bir hale gelmiştir. Bu yaklaşım ileride tekrar temas edeceğimiz üzere yaklaşık 25 yıl önce yargı uygulaması ile de kabul görmüş

³¹ **Walter Fellmann/Karin Müller**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VII: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR: Vor. Art. 530-544 OR, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006, kn. 16 vd., 70.

³² **BK-Fellmann/Müller**, Vor. Art. 530-544 OR, kn. 52-54.

³³ **BK-Fellmann/Müller**, Vor. Art. 530-544 OR, kn. 71-73.

³⁴ **Andreas Bertalan Schwarz**, “Medeni Kanunların Hayati Kuvveti ve Tadili”, *İÜHFM*, çev. Halid Kemal Elbir, C. 18, S. 1-2 (1952), s. 126.

³⁵ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 301; **Werner Flume**, “Gesellschaft und Gesamthand”, *ZHR*, C. 136, S. 2 (1972), s. 177 vd.

ve 2024 yılında yürürlüğe giren MoPeG reformu ile de pozitif hukukta kendine yer bulmuştur.

Bu ilkenin tarihsel olarak yabancı olduğu Türk-İsviçre hukukunda ise elbirliğini adi ortaklık ile birlikte konumlandırmak ve anlamak haliyle daha çetrefilli bir durumdur. Zira adi ortaklık uzun süredir Romanist *societas*'nın kalıntılarından ötürü alelade bir borç ilişkisine benzetilmektedir. Ne olduğunu tam olarak kavrayamadığımız ve bir ölçüde hak ehliyetine kaynaklık ettiği kabul edilen elbirliği ilkesinin ise bu şekilde anlaşılan ortaklık ilişkisi ile bağdaştırılması ziyadesi ile zor olmaktadır. Bu nedenle adi ortaklığa ilişkin çıkarımlarda bulunurken yukarıdaki süreci dikkate almakta, özellikle de adi ortaklık ve elbirliğine ilişkin karşılaştırmalı değerlendirmeler yaparken karşılaşılan ifadeleri ciddi bir süzgeçten geçirmekte fayda vardır.

§ 2. Çalışmada Esas Alınan Adi Ortaklık Tipi

A. Genel Açıklamalar

Adi ortaklığa ilişkin TBK 620 – 645 hükümleri incelendiğinde kanun koyucunun adi ortaklıkları ticaret ortaklıkları gibi sıkı tipik kategorilere sıkıştırmamış olduğu görülmektedir. Bunun nedeni adi ortaklığın en temel ortaklık yapısı olması itibarıyla rahatça şekillendirilebilecek bir yapı, adeta bir şemsiye ortaklık olarak konumlandırılmasıdır. Bu nedenle adi ortaklık uygulamada oldukça farklı organizasyonel yapılar içinde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak kuruluş sürecinin formalitelerden arındırılmış olması bu sonuçta önemli bir etkidir. Ayrıca yönetimi ve işleyişi bakımından ilgili kanuni düzenlemelerin büyük ölçüde tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle sözleşme serbestisi ilkesine bağlı olarak ortaklık düzeninin fiili ihtiyaçlara göre geniş sınırlar içinde düzenlenebilmesi de mümkündür. Bu serbestinin sonucu olan geniş uygulama yelpazesi karşısında adi ortaklıklar çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bu sınıflandırmalara örnek olarak şunlar gösterilebilir: Ortak amacın bazı özelliklerinin belirleyici olduğu geçici – sürekli ortaklık ayrımı³⁶ ile ekonomik amaçlı – ideal amaçlı ortaklık³⁷ ayrımları; ortaklık yapısının belirleyici olduğu sermaye şirketi özellikleri gösteren/sermayenin ön planda olduğu – şahıs şirketi özellikleri gösteren/kişisel öğelerin ön planda olduğu adi ortaklık ayrımı³⁸ ile iç – dış adi ortaklık ayrımı. Bununla birlikte ilgili hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde kanun koyucunun belirli özelliklere sahip bir ortaklığı, diğer bir ifade ile genel hatları ile belirli bir adi ortaklık tipini esas aldığı görülmektedir. Bu nedenle öğretilerde de birçok farklı özellikten yola çıkılarak çeşitli tipik-atipik adi ortaklık ayrımları ortaya koymuştur.³⁹

³⁶ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530, kn. 205 vd.; **MüKoBGB-Schäfer**, Vor. § 705, kn. 91-93; **Christoph Schücking**, “§ 1-4”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019, § 4, kn. 8 vd..

³⁷ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 310 vd.; **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 4, kn. 4-6.

³⁸ Özellikle Alman hukukunda tartışma konusu olan bu ayrım için bkz. **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 2, kn. 24-25; **MüKoBGB-Schäfer**, Vor. § 705, kn. 4.

³⁹ Bu bağlamda farklı farklı niteliklere dayalı bazı örnekler için bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 260 vd.; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 202 vd.; **Lukas Handschin/Reto Vonzun**, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/4a, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. b., Zürich: Schulthess, 2009, Art. 530 OR, kn. 56 vd.; **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 2, kn. 2 vd.; **Werner Flume**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil: Die Personengesellschaft, Berlin & Heidelberg: Springer, 1977, s. 4 vd.

Bu kapsamda somut bir durumda adi ortaklığın varlığının kabulü için söz konusu hukuki ilişkinin adi ortaklığın karakteristik unsurlarını taşıması zorunlu iken, adi ortaklığın mevcut olduğu her durumda kanun koyucunun esas aldığı tipik özelliklerin bulunması zorunlu değildir. Bu tipik özelliklerin ortaklık ilişkisinde bir ölçüde eksik olması her durumda bu hukuki ilişkinin adi ortaklık niteliğini etkilemezken, ilişkiyi kanuni tipten uzaklaştırmakta, atipik bir adi ortaklık haline getirmektedir.⁴⁰ Bu karakteristik unsurlar yukarıda kısaca açıklandığı üzere sözleşmesel bağ, emek veya mal şeklindeki sermaye, kişi, ortak amaç ve *affectio societatis* unsurlarıdır.

Ortaklık yapılanmasındaki atipiklik kanunda öngörülen kuralların ve bu çalışmada kapsamında yapılacak hukuki değerlendirmelerin somut olayda karşılaşılan adi ortaklık ilişkisinde uygulanabilirliği bakımından önem taşır. Örneğin bir iç ortaklıkta üçüncü kişiler ile ilişkilerin bulunmaması nedeniyle temsil ve sorumluluk hükümleri hiç uygulama alanı bulmayacaktır. Yahut paylı hak sahipliği esasının benimsendiği bir ortaklıkta ileride de değinileceği üzere pay sahipliği ile ortaklık malvarlığı arasında sıkı bir ilişki bulunmayacaktır, ki bu durum çalışmanın konusu olan ortaklık payının devrinin şartları ve sonuçlarını da etkiler. Bu bağlamda her türlü ortaklık yapısına birörnek şekilde uygulanabilecek ilkeler tespit etmek zordur ve değerlendirmelerin olağan – diğer bir ifade ile tipik – bir ortaklık yapısı üzerine kurulması daha isabetlidir.

Bu nedenle çalışmanın konusu olan ortaklık payının devri, uygulamada görülen her bir adi ortaklık türü bakımından ayrı ayrı ele alınmamıştır. Bunun yerine aşağıda özellikleri belirtilen tipik bir ortaklık yapısı tespit edilmiş ve çalışmanın kalanında pay devrine ilişkin esaslar bu ortaklık yapısı üzerinden tespit edilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte bu kapsama girmeyen ortaklık yapılarına ilişkin ayrıksı olabilecek değerlendirmelere ilgili kısımlarda ayrıca yer verilmiştir.

B. Tipik Adi Ortaklıkların Özellikleri

1. Dış Ortaklık Şeklinde Yapılanma

Olağan olarak adi ortaklık kapsamında ortaklar arasındaki hak ve borçların oluşturduğu bir ilişkiler bütünü (iç ilişki) ve ortaklık (ortakların tamamı) adına üçüncü kişiler ile girilen hukuki ilişkilerin oluşturduğu bir ilişkiler bütünü (dış ilişki)

⁴⁰ Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 5.

bulunmaktadır.⁴¹ Bu ilişkiler iç ortaklık ve dış ortaklık ayrımının temelini oluşturmaktadır. İç ortaklıklar bunlardan ikincisi olan dış ilişkiden yoksundur ve en geniş şekilde ortaklık kimliği ile hukuki ilişkilere girmeyen adi ortaklıklar olarak tanımlanabilir. Hâkim görüşe göre iç ve dış ortaklığın ayrımı bakımından esas alınacak iki kriter bulunmaktadır. Ayrım iç ortaklığın nitelikleri bakımından ortaya konulacak olursa bu kriterler ortaklığın üçüncü kişiler ile doğrudan hukuki ilişkiye girmemesi ve elbirliği ile hak sahipliğinin esas olduğu bir malvarlığına sahip olmamasıdır.⁴²

Anılan kriterlerden ortaklığın üçüncü kişiler ile doğrudan hukuki ilişkiye girmemesi genel kabul görmüş durumdadır. Buna göre iç adi ortaklıkta üçüncü kişi ile işlem yapan ortak işlemi kendi adına ancak ortaklık (ortakların tamamı) hesabına yapmaktayken, dış ortaklıkta işlem temsil yetkisini haiz bir kişi (ortak veya ortaklık dışı biri) tarafından ortaklık (ortakların tamamı) adına yapılmaktadır.⁴³ Bu nedenle iç ortaklığın mevcut olduğu hallerde ortaklığın dış dünyaya bir kişi birliği olarak aksettirilmesi söz konusu değildir.⁴⁴ Bu bağlamda belirleyici kriter olarak öğretide sıkça ortaklık sözleşmesinde üçüncü kişilerle ortaklık adına işlem yapılmaması yönündeki anlaşma ve buna bağlı olarak temsil yetkisine ilişkin hükümlerin bulunmamasıdır.⁴⁵ Temsil yetkisine ilişkin hükümlerinin bulunmaması ifadesini ortaklık sözleşmesinden açık veya örtülü olarak üçüncü kişilerle doğrudan işlem yapılmayacağını anlaşılmaması olarak anlamak doğru olacaktır.⁴⁶ Zira üçüncü kişilerle doğrudan işlem yapılmasının öngörüldüğü ancak sözleşmede temsil yetkisine dair herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı bir durumda TBK 625 I gereği her ortak yönetim yetkisine sahip olacaktır ve TBK 637 III kapsamında bu ortakların her birinin karine olarak temsil yetkisine sahip

⁴¹ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 93; **Fatih Bilgili**, İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 19, dn. 1; **Werner von Steiger**, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1 - Handelsrecht, Teilband 1, Basel & Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, s. 344.

⁴² **Barlas**, kn. 285; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 283.

⁴³ **Guhl/Kummer**, s. 160-161; **Barlas**, kn. 283; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 287.

⁴⁴ **Barlas**, kn. 284; **Wolfgang Servatius**, “§§ 705–716”, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 62: Gesellschaftsrecht, 5. b., München: C.H.Beck, 2021, BGB § 705, kn. 7.

⁴⁵ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 287; **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 3, kn. 44. **Stefan Habermeyer/Rieter Deuter**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), 13. b., Berlin: Otto Schmidt/De Gruyter, 2003, §705 kn. 58.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Staudinger BGB-Habermeyer/Deuter**, §705, kn. 59.

olduğu kabul edilir.⁴⁷ Bu açıklamalara uygun olarak mevcut bir iç ortaklık yapılanmasına rağmen ortaklardan birinin ortaklık adına üçüncü kişi ile işlem yapması halinde yetkisiz temsil söz konusu olur ve ortaklığın bu niteliğinde de bir değişiklik olmaz.⁴⁸ Ayrıca ortaklığın varlığının üçüncü kişilerce biliniyor olması⁴⁹ veya yönetici ortağın ortaklık hesabına ancak kendi adına işlem yapması da ortaklığın iç ortaklık niteliğini etkilemez.⁵⁰

İkinci kriter olan elbirliği esasına tabi bir ortaklık malvarlığının bulunmaması ise – özellikle de Alman öğretisinde – tartışmalıdır. Hâkim görüş, bu gibi bir malvarlığının bulunmamasını iç ortaklığın mevcudiyeti için bir şart olarak kabul etmektedir.⁵¹ Buna göre ortaklığın üçüncü kişiler ile hukuki ilişkiye girmemesinin doğal sonucu ortakların elbirliği ile hak sahibi olduğu bir malvarlığının ortaya çıkmamasıdır.⁵² Daha önemli bir ihtimal ise ortaklık üçüncü kişilerle doğrudan hukuki ilişkiye girmeyecek olsa bile katılma paylarının elbirliği ile hak sahipliği esası kapsamında ortaklık malvarlığı oluşturacak şekilde ifasıdır. Bu durumda özellikle taşınmazlar üzerindeki bir aynı hakkın konu olduğu sermaye taahhüdünün ifası halinde elbirliği ile hak sahipliğinin kurulabilmesi için tapu kütüğünde tüm ortaklar nezdinde işlem yapılacak olması nedeniyle ortaklığın dış dünyaya aksettirileceği belirtilmektedir.⁵³ Kimi yazarlar ise bu

⁴⁷ TBK 637 III'teki “kendisine yönetim görevi verilen ortak” ifadesi nedeniyle yönetim yetkisinin TBK 625 I gereği kanundan doğduğu hallerde 637 III'teki karinenin uygulanıp uygulanmayacağı İsviçre öğretisinde (OR 543 III kapsamında) tartışılmış olsa da günümüzde hâkim görüş bu halde de karinenin mevcut olduğu yönündedir. Bu konuda bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 543, kn. 196-199; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 543 OR, kn. 37-38.

⁴⁸ **Barlas**, kn. 286.

⁴⁹ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 24. BGH, II ZR 172/59, 23.6.1960 (NJW 1960, 1851). Ortaklığın üçüncü kişilerce biliniyor olması maddi bir olgudan ibarettir. Bu bağlamda ortaklık üçüncü kişilerle herhangi bir işlem yapmıyorsa ancak bu ortaklığın varlığı ve faaliyeti üçüncü kişilerce biliniyorsa bu durum ortaklığın iç ortaklık niteliğini etkilemez.

⁵⁰ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 287.

Bu kriter bakımından dış ortaklık şeklinde yapılanmış bir adi ortaklıkta ortaklardan biri veya bir üçüncü kişinin ortaklık hesabına dolaylı temsil yoluyla işlem yapamayacağı sonucu da çıkmamalıdır. Dış ortaklık mevcut olduğu halde bu gibi bir işlemin yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır ancak iç ortaklıkta tam tersi şekilde doğrudan temsil yolu ile ortaklık adına bir işlem yapılması söz konusu değildir. Aynı yönde bkz. **Barlas**, kn. 143, dn. 378; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 199.

⁵¹ **Staudinger BGB-Habermeier/Deuter**, § 705, kn. 58; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, s. 285 ve dn. 800'de anılan yazarlar.

Elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin hükümlerin iç ortaklığa uygulanamayacak nitelikte olduğu ifadesinden yola çıkılarak aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 285; **v. Steiger**, s. 655; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 96; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 582; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 15, kn. 17 vd.

⁵² **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 3, kn. 53.

⁵³ **Barlas**, kn. 291. Yazar ayrıca aynı yerde iç ortaklığın malvarlığının bulunabileceğinin kabulü halinde dış ortağın ortaklık hesabına yaptığı işlemler sonucunda üçüncü kişi alacaklının ortaklık malvarlığına el atamaması nedeniyle durumunun fazlaca ağırlaşaacağını ve bu sebeple iç ortaklıkta ortak

durumu taşınmazlar ile sınırlı tutmamakta ve elbirliği ile hak sahipliğinin doğduğu anda dış ortaklığın oluşacağını ifade etmektedir. Buna göre her ne kadar üçüncü kişiler ile doğrudan bir hukuki işlem yapılmasa bile elbirliğine konu ortaklık malvarlığındaki bir eşyaya üçüncü kişi tarafından zarar verilmesi halinde ortaklık ile üçüncü kişiler arasında bir hukuki ilişki kurulmuş olacaktır.⁵⁴

Bununla birlikte iç ortaklığın elbirliği ile hak sahipliğine konu malvarlığının bulunabileceği ve bu durumun tek başına ortaklığı bir dış ortaklık haline getirmeyeceği görüşü de giderek yaygınlaşmaktadır.⁵⁵ Bu durum genel olarak ortaklık malvarlığı ile üçüncü kişiler ile işlem yapma arasında doğrudan bir ilişki bulunmaması ile açıklanmaktadır. Ancak yazarların ortaklık malvarlığına ilişkin bu değerlendirmeleri incelendiğinde ikili bir ayırım yapılması zaruridir. Bir grup yazar tarafından ortaklık malvarlığı daha ziyade iktisadi bir kavram olarak algılanmaktadır. Buna göre münhasıran ortakların birinin malvarlığında bulunan ortaklığa özgülenmiş değerler üzerinde diğer ortakların kişisel bir talep hakkının⁵⁶ bulunması halinde veya bir eşyanın ortak kullanımının sermaye olarak getirilmesi halinde de bir ortaklık malvarlığının mevcudiyeti kabul edilmektedir.⁵⁷ Bu gibi bir kullanım teknik anlamıyla bir ortaklık malvarlığını karşılamamaktadır ve iç-dış ortaklık ayırımında malvarlığı şartı bakımından esas alınmamıştır. Gerçek anlamda bir malvarlığının oluşması bakımından ise elbirliğine dayalı bir ortaklık malvarlığının oluşması için ortaklığın üçüncü kişiler ile işlem yapmasının gerekli olmadığı, bu nedenle ortakların sermaye taahhütlerinin konusu üzerinde elbirliği ile hak sahibi olunması halinde de iç ortaklığın mevcut olabileceği ifade edilmektedir.⁵⁸ Bu hususta iç ortaklığın alt katılım ortaklığı, gizli ortaklık gibi çeşitli ortaklık türlerini kapsayan bir çatı kavram olduğu unutulmamalıdır. Nitekim son

malvarlığının bulunmaması gerektiğini de ifade etmektedir. Buna karşın söz konusu sonuç bu ortaklığın bir dış ortaklık olarak kabul edildiği ancak işlemin yine ortaklık hesabına ancak işlemi yapan ortağın kendi adına yapıldığı hallerde de doğacaktır. Nitekim TBK 637 I de bunu açıkça ifade etmektedir.

İç ortaklıkta ortaklık malvarlığının bulunabileceği ancak yukarıda belirtilen gerekçe ile ortaklık malvarlığının konusunun taşınmaz üzerindeki bir ayni hak olması halinde artık iç ortaklığın değil dış ortaklığın söz konusu olacağı yönünde bkz. **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 3, kn. 58.

⁵⁴ **Staudinger BGB-Habermeier/Deuter**, § 705, kn. 61.

⁵⁵ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 288-299; **MHdB GesR-Schücking** (2019), § 3, kn. 56; **Henssler/Strohn/Servatius**, GesR, BGB § 705, kn. 8; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 24.

⁵⁶ Bu talep genel olarak hak sahibinin, borçlar hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü olarak *schuldrechtlicher Verpflichtung* kavramı ile açıklanmaktadır.

⁵⁷ **Henssler/Strohn/Servatius**, GesR, BGB § 705, kn. 8.

⁵⁸ **Henssler/Strohn/Servatius**, GesR, BGB § 705, kn. 8.

görüştaki bazı yazarlar açıkça ortaklık malvarlığının alt katılım ortaklığında mevcut olamayacağını ancak gizli ortaklıklarda olabileceğini ifade etmektedir.⁵⁹ Kimi yazarlarca ortaklık malvarlığının bulunmadığı bu gibi iç ortaklık ilişkileri için “saf iç ortaklık” (*reine Innengesellschaft* veya *echte Innengesellschaft*) terimi de kullanılmaktadır.⁶⁰ Böyle bir ayırım kabul edildiğinde iç ortaklık kavramı bakımından ortaklık malvarlığının bulunmamasını bir menfi şart olarak kabul etmemek mümkündür. Benzer şekilde üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurulmadığı müddetçe ortaklık malvarlığının bulunduğu iç ortaklıklar için “geniş anlamda iç ortaklık”, bulunmadığı iç ortaklıklar için ise “dar anlamda iç ortaklık” ifadelerinin kullanıldığı da görülmektedir.⁶¹

Ortaklık malvarlığına ilişkin bu tartışma kapsamında sorunun büyük ölçüde Alman hukukunda tartışma konusu olması ilerleyen bölümlerde ayrıca incelenecek olan ve dış ortaklığa hak ehliyeti tanıyan BGH içtihadı ve yakın zamanda yürürlüğe giren kanun değişikliği ile doğrudan ilgilidir.⁶² Buna göre dış ortaklığın hak ehliyetinin tanınmasındaki gerekçelerden en önemlisi Alman hukukunda elbirliği ile hak sahipliğinin bulunduğu özel konumdur.

Bu ayırım kapsamında değerlendirildiğinde kanun koyucunun TBK’da adi ortaklığı düzenlerken üçüncü kişiler ile ilişki içindeki dış ortaklıkları esas aldığı görülmektedir.⁶³ Bu kapsamda gerek üçüncü kişiler ile işlem yapılmaması gerekse adi ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkiyi daha sıkı bir hale getiren elbirliği ile hak sahipliğinin esas olduğu bir ortaklık malvarlığının bulunmaması iç ortaklıkları büyük ölçüde borç temelli bir ilişki olarak ortaya çıkartır. Unutulmamalıdır ki bu durum iç ortaklıklarda dahi bir kişi birliğinin varlığını ortadan kaldırmaz.⁶⁴ Bu nedenle halen bir adi ortaklıktan bahsedilebilir.

2. Hak Sahipliğinde Elbirliği Esasının Benimsenmiş Olması

⁵⁹ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 42.

⁶⁰ BK-Fellmann/Müller, Art. 530 OR, kn. 319; Staudinger BGB-Habermeier/Deuter, § 705, kn. 59.

⁶¹ MüKoBGB-Schäfer, § 705, kn. 283 vd.

⁶² Alman öğretisindeki bu tartışmanın adi ortaklığın ehliyeti ile ilgisi bakımından bkz. MüKoBGB-Schäfer, § 705, kn. 288.

⁶³ Aynı yönde bkz. Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 4.

⁶⁴ Benzer yönde bkz. MHdB GesR-Schücking (2019), § 3, kn. 53.

Başta TBK 638 I'de görüleceği üzere kanun koyucu adi ortaklığı hak sahipliği bağlamında elbirliği esasının benimsendiği bir ortaklık olarak düzenlemektedir. Tarihsel nedenleri yukarıda açıklanmış olan bu durum gerek ortaklar arası ilişkiler gerekse ortaklığın üçüncü kişiler ile olan ilişkisinde belirleyici niteliktedir. Bu bağlamda çalışmaya esas tipik bir adi ortaklıkta hak sahipliği yapısının elbirliği esasına dayandığı kabul edilmiştir. Bu durum pay devrinin hak sahipliği ilişkisi bağlamındaki sonuçları elbirliği ilkesinin niteliğine bağlı olarak belirlenmesi itibarıyla önem taşır. Uygulamada karşılaşılan ve özellikle konsorsiyum şeklinde yapılanmış birçok adi ortaklıkta bu özelliğin bulunmadığı görülür. Bu tür ortaklıklar bakımından pay devrinin kimi sonuçlarında yaşanan farklılıklara ilgili yerlerde temas edilmiştir.

3. Ortakların Kişisel Özelliklerinin Ön Planda Bulunması ve Ortaklık Yapısındaki Değişikliklerin Zor Olması

Adi ortaklık, ortakları arasında sıkı kişisel ilişkilerin bulunduğu bir kişi birliğidir. Başta elbirliği ilkesinin getirdiği birlikte hareket etme zorunluluğu, ortakların her birinin kural olarak tüm ortakları temsil yetkisine sahip olması, ortakların fesih hakkının oldukça geniş olması gibi özellikleri, bunlardan daha da önemlisi üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluğun esas olması bu kişisel ilişkileri yoğunlaştıran etkenlerdir. Nitekim kanun koyucu da bu durumu göz önünde bulundurarak katılım ve devir örneklerinde olduğu gibi ortaklık yapısındaki değişiklikleri oybirliği esasına tabi kılmış ve adi ortaklığı kapalı bir ortaklık olarak düzenlemiştir. İleride detaylı olarak inceleneceği üzere sözleşme serbestisi kapsamında bu esastan ayrılmak belirli sınırlar dahilinde mümkündür. Bu bağlamda ortak sayısının sınırsız olduğu ve giriş çıkış serbestisinin bulunduğu halka açık adi ortaklıklar olarak ifade edilen ortaklıkların dahi kurulması imkân dahilinde olsa da kanun koyucunun adi ortaklık bakımından temel aldığı yapının ortakların kişisel özelliklerinin ön planda olduğu bir ortaklık yapısı olduğu kuşkusuzdur.

Tüm bu açıklamalar ışığında çalışmaya esas alınan tipik bir adi ortaklık şu şekilde tanımlanabilir: Üçüncü kişilerle ilişkiye giren (dış ortaklık şeklinde yapılanmış), elbirliği ile hak sahipliğinin esas olduğu, ortakların kişisel özelliklerinin ön planda olduğu ve ortaklık yapısındaki değişikliklerin zor olduğu ortaklıklar tipik adi ortaklıklardır.

İkinci Bölüm

Adi Ortaklığın Hukuki Niteliği ve Pay Sahipliği

Çalışmanın konusu olan adi ortaklıkta ortaklık payının devrinin şartlarının ve sonuçlarının tutarlı bir şekilde incelenebilmesi için öncelikle adi ortaklığın hukuki niteliğinin (§ 3), adi ortaklıklar bakımından özel malvarlığı kavramının (§ 4) ve adi ortaklıkta pay sahipliği ve ortaklık payı kavramlarının (§ 5) doğru bir şekilde izahı gerekmektedir. Örneğin, ortakların ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliğinin sadece elbirliği ilişkisi kapsamında mı olduğu yoksa adi ortaklığın mensubu olmaktan kaynaklanan ve ortaklık konumu ile doğrudan bağlantılı bir ilişki mi olduğu gibi pratik sonuçları olan bazı soruların cevabı bu nitelendirmeye bağlıdır. Bu inceleme sırasında yukarıda tanımlanan tipik adi ortaklıklar esas alınacak olup, gerekli olduğu hallerde atipik ortaklıklara ilişkin özel açıklamalara yer verilecektir.

§ 3. Adi Ortaklığın Hukuki Niteliği

Tarihsel gelişimi göz önünde bulundurulduğunda adi ortaklık bir eşya üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olduğu basit bir yapıdan, günümüzde sıkça karşılaşılan ve geçmişteki köklerinin çok ötesinde yoğun bir organizasyonel yapıya sahip olabilen bir kişi birliğine evrilmiştir.⁶⁵ Bu evrim özellikle İsviçre ve Alman kanun koyucusunun kanun yapımı sürecinde dikkate değer bir biçimde fark edilmektedir. Bu durum geçtiğimiz yirmi yıl içinde özellikle Alman hukukunda oldukça hızlanmıştır. Ortaklık yapılarındaki tarihsel farklılaşma ve kanunlaşma süreçlerinde yaşanan değişiklikler de öğretinin adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin yaklaşımını önemli ölçüde etkilemiştir. Gümünüzde tipik adi ortaklıkların hak ehliyeti Alman hukukunda açık bir şekilde tanınmaktadır.⁶⁶ Ancak adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bu yaklaşım değişikliğinden önce Alman öğretisinde uzun yıllar sürmüş ve İsviçre-Türk öğretisi de bu tartışmaların etkisi altında kalmıştır.⁶⁷ Bu nedenle adi ortaklığın hak ehliyetinin açıkça tanınmadığı dönemde Alman öğretisinde süregelen tartışmalar, halihazırda adi ortaklığa hak ehliyetinin tanınmadığı Türk hukuku ve dolayısıyla bu çalışma bakımından da değerlendirmeye değerdir.

⁶⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. § 1. C.

⁶⁶ Ehliyet konusundaki yaklaşımı değiştiren temel içtihat için bkz. BGH II ZR 331/00, 29.1.2001 (NJW 2001, 1056). Federal Mahkeme bu kararında açıkça önceki içtihadını terk ettiğini ve dış adi ortaklıkların tüzel kişilik teşkil etmeksizin hukuki işlemlere taraf olarak hak ve borçlara ehil olan bir kişi birliği olduğunu kabul etmiştir. Kararda kanun koyucunun adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin olarak açık bir tanım yapmaktan imtina ederek bu hususunun elbirliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak fiili ihtiyaçlara yönelik bir açık kapı bıraktığını ifade ederek adi ortaklığın sınırlı hak ehliyetinin kabulünün makul gözüktüğünü ifade etmektedir. Bu bağlamda adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı sorumluluğu kabul edilmiş, ortakların müteselsil sorumluluğu ise ortaklığın sorumluluğuna bağlı bir sorumluluk olarak açıklanmıştır. Kararda ortaklığın hak ehliyetinin tanınmasının sağlayacağı faydaları arasında ortaklığın kişi yapısındaki değişikliklerin ortaklığın mevcudiyetini etkilememesi ve bu ihtimallerde katılan veya ayrılan ortakların sorumluluğunun daha makul bir şekilde açıklanabilecek olması da sayılmıştır. Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Fatih Bilgili**, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I*, İstanbul: Beta, 2002, s. 197-213.

Bu kararda adi ortaklığın hak ehliyetinin varlığına ilişkin yaklaşım yakın zamanda Alman kanun koyucusu tarafından da benimsenmiştir. İlgili kanun reformu için bkz. MoPeG (*Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts: Gesetz vom 10.08.2021 – BGBl. I 2021, Nr. 53 vom 17.08.2021, S. 3436*)

⁶⁷ Adi ortaklığın İsviçre hukukundaki karşılığı olan *einfache Gesellschaft* ve Alman hukukundaki karşılığı olan *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*’in (*GbR*) dogmatik ve işlevsel olarak karşılaştırılabilir olduğu yönünde bkz. **Reto Vonzun**, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2000, kn. 2. TBK’nın adi ortaklık düzenlemelerinin OR ile ilişkisi ve OR ile BGB arasındaki tarihi bağlantı için bkz. yuk. § 1. C.

Belirtmek gerekir ki bu tartışma adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin salt dogmatik değerlendirmelerin ötesinde bir öneme sahiptir. Zira adi ortaklıkta pay kavramının açıklanması, payın devri halinde ortaklık yapısında yaşanacak değişiklikler ve ortaklığın kimliğinin korunup korunmayacağı ya da ortakların ortaklık malvarlığındaki hak ve borçlar bakımından içinde bulunacakları hukuki durum ancak adi ortaklığın ne olduğunun kavranması ile mümkündür. Bu nedenle çalışmanın kapsamı ile sınırlı olarak adi ortaklığın – ve buna bağlı olarak tipik ortaklıklar bakımından elbirliği ortaklığının – hukuki niteliğine ilişkin öğretilerdeki tartışmaların incelenmesi kaçınılmazdır.

Bu noktada önem arz eden bir husus tipik bir adi ortaklığın bir taraftan sözleşme ile kurulmuş olan ve çoğu zaman göz ardı edilemeyecek düzeyde bir organizasyona sahip olan bir kişi birliği oluşturmasıyken diğer taraftan ortakların malvarlığı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olduğu bir birlik olmasıdır. Ancak özellikle Alman hukukunda elbirliği ortaklığı ve adi ortaklığa ilişkin değerlendirmeler iç içe geçmiş durumdadır. Bu durumun temel sebebi BGB’de TMK’nın aksine elbirliği mülkiyetine ilişkin genel bir hüküm bulunmaması ve bu nedenle elbirliği ile hak sahipliğinin, ilişkili olduğu birincil hukuki kurum olan adi ortaklık üzerinden açıklanmasıdır. Bu nedenle Alman öğretisindeki değerlendirmeler adi ortaklık bakımından salt elbirliği ile hak sahipliği üzerinden ya da elbirliği bakımından adi ortaklık üzerinden yapılmıştır. Bu başlıktaki açıklamaların kavramsal olarak çoğunlukla elbirliği ilkesi ile ilgili olmasının nedeni budur.

Bu bağlamda kişi birliği olması ve malvarlığı üzerinde elbirliği ile hak sahipliği tesis etmesi adi ortaklığın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerin kendi arasında ikiye ayılmasına sebep olmaktadır: Öğretinin bir bölümü bu sorunu bir eşya hukuku meselesi olarak salt birlikte hak sahipliği ilişkisi üzerinden, yani hakkın öznesi (diğer bir ifade ile hak sahibi) ile hak sahipliği ilişkisinin konusu arasındaki bir sorun olarak incelemektedir.⁶⁸ Bu bağlamda hakkın öznesi ile hak sahipliğinin konusu arasındaki ilişki

⁶⁸ Türk hukuku gibi hak ehliyetinin tanınmadığı İsviçre öğretisinde adi ortaklık bir birlikte hak sahipliği (*Rechtsgemeinschaft*) doğurur. Bir tüzel kişinin hakkın tek sahibi olduğu durumlardan farklı olarak, bu durumda birden fazla hak sahipliği ilişkisinin (*mehrfache Rechtszuständigkeit*) söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle öğretinin önemli bir bölümü hukuki nitelik tartışmasına bir hak sahipliği sorunu (*Frage der Rechtszuordnung*) olarak eşya hukuku perspektifinden yaklaşmaktadır. Bu yönde bkz. **Vonzun**, kn. 95-100. *Rechtsgemeinschaft* kavramı, birlikte hak sahipliğinin (paylı hak sahipliği veya elbirliği ile hak sahipliği) yanı sıra bu durumun ortaya çıkardığı kişi topluluğunu ifade etmek amacıyla da kullanılmaktadır. Kavrama ilişkin diğer açıklamalar için bkz. **BK-Graham-Siegenthaler**, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch - Das Sachenrecht - Das Eigentum - Allgemeine Bestimmungen - Art. 641-654a ZGB*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2022, Vor. Art. 646-654a ZGB, kn. 5-14.

açıklanmaya çalışılmaktadır. Yazarların bir diğer kısmı ise hukuki nitelik sorununu eşya hukuku ekseninden çıkartıp bir kişiler hukuku (*personenrechtliche*) ya da şahsın hukuku / organizasyon hukuku (*verbandsrechtlich*) sorunu olarak ele almaktır. Bu perspektiften yaklaşıldığında ise adi ortaklığın hukuki niteliğinde belirleyici olan husus hak sahipliği yapısından ziyade ortaklar arasındaki ilişkilerdir, bir diğer ifade ile elbirliğinin niteliği hakkın öznelere arasındaki ilişkiye dair bir sorundur.

Adi ortaklık ortaklar arasında sıkı bir kişisel ilişki ve organizasyon içermekle birlikte tipik ortaklıklarda buna hizmet eden önemli unsurlardan birisi elbirliği ilkesidir. Elbirliği ilkesi ayrıca bu kişi birliğine ve ortak amaca özgülenmiş bir özel malvarlığı oluşturmaktadır. Bu özelliklerden ilki meselenin kişiler hukuku yönünü yansıtmaktayken, ikincisi ise eşya hukuku yönünü yansıtmaktadır.⁶⁹ Bu nedenle yapılacak hukuki nitelik değerlendirmesinde bu iki özellikten birinin göz ardı edilmesi doğru olmayacaktır. Bu itibarla her iki perspektifin de sunulabilmesi amacıyla aşağıda öncelikle bir eşya hukuku problemi olarak adi ortaklık (A), sonrasında bir kişiler hukuku sorunu olarak adi ortaklık (B) incelenecektir, ardından da Türk öğretisi ve yargı uygulamasının pozisyonu (C) ortaya konacaktır.

Bu açıklamalara geçmeden önce bir hususu ortaya koymak gerekir. Adi ortaklıktaki elbirliği ilişkisi bakımından kişiler hukuku boyutunun, diğer elbirliği ilişkilerine nazaran, özel bir önem taşıdığı söylenebilir. Bu nedenle öğretinin önemli bir bölümünün konuya tamamen bir hak sahipliği (eşya hukuku) sorunu olarak yaklaşan ve adi ortaklığın kişi birliğini göz ardı eden yaklaşımı eleştiriye açıktır. Hemen belirtmek gerekir ki, öğretide meseleye belirli bir açıdan yaklaşan yazarların önemli bir bölümü, meselenin diğer boyutunu tamamen görmezden gelmemektedir. Bu nedenle görüşler arasında kategorik olarak tercih edilmiş bu ayrımlar her zaman keskin farklar içermemektedir. Kimi yazarlar meseleye bir eşya hukuku sorunu olarak yaklaştıkları halde oluşan kişi birliğine de bir önem atfetmekte, kimi yazarlar ise meseleye bir kişiler hukuku sorunu olarak yaklaşmakla birlikte değerlendirmelerini bir taraftan da elbirliği ile hak sahipliği ilkesine yaslayarak meselenin eşya hukuku ile bağlantısını da kabul etmektedirler. Özellikle soruna hak sahipliği ilişkisinin öznesi tarafından yaklaşan yazarların önemli bir bölümü

Rechtszuständigkeit terimi hak ile hakkın öznesi arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Bkz. **BK-Graham-Siegenthaler** Art. 652 OR, kn. 8. Çalışmamızda bu amaçla “hak sahipliği ilişkisi” terimi kullanılmaktadır.

⁶⁹ **Bernd Hennecke**, *Das Sondervermögen der Gesamthand*, Berlin, 1976, s. 11.

elbirliğinin ve dolayısıyla adi ortaklığın kaçınılmaz olarak bir kişi birliği olmasına özel önem atfetmektedir. Dolayısıyla aşağıda yapılan ayrımlar öğretideki görüşleri keskin bir biçimde ayırmaktan ziyade sorunun çözümü bakımından dayandırılan dogmatik temellerin yoğunluğuna göre bir gruplandırmadan ibarettir.

A. Eşya Hukuku Sorunu Olarak Elbirliği ve Adi Ortaklık

İsviçre hukuku ve adi ortaklıklar bakımından İsviçre hukukunun tarihsel bağlantı içinde olduğu Alman hukuku incelendiğinde adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin açıklamaların bir bölümünün soruna bir birlikte hak sahipliği sorunu olarak yaklaştığı görülmektedir. Birlikte hak sahipliğine ilişkin bu yaklaşım çeşitli nedenlerle tereddüt yaratmakla birlikte özellikle elbirliği ilkesinin ortaklar arasındaki kişisel bağı yoğunlaştırması ve tipik ortaklıkların da elbirliği ilkesine tabi olması nedeniyle adi ortaklığın hukuki niteliğinin ortaya konabilmesi için elbirliği ile hak sahipliğinde eşya hukuku bağlamındaki bu tartışmaya temas edilmesi kaçınılmazdır.

Eşya hukuku eksenindeki birlikte hak sahipliği sorunu hukukumuzda da kabul gördüğü üzere adi ortaklığın hak ehliyetinin kabul edilmemesinin sonucu hak ve borçların sahibinin ortaklığın kendisi değil, bireysel olarak ortakların her biri olmasıdır. Bu nedenle birlikte hak sahipliği – ve özel olarak elbirliği ile hak sahipliği – tartışmasının merkezinde şu temel soru bulunmaktadır: Birden fazla kişi aynı malvarlığı değeri üzerinde nasıl birlikte hak sahibi olabilirler?

Öğretide bu soruya cevap arayan teoriler incelendiğinde çözümün hak sahipliği ilişkisinin ya öznesi ya da konusuna ilişkin temellere dayandırıldığı görülmektedir.⁷⁰ Bu bağlamda öncelikle hak sahipliği ilişkisinin konusu bağlamında önerilen çözümler (1), sonrasında ise hakkın öznesi bağlamında önerilen çözümler incelenecektir (2).

1. Hak Sahipliğinin Konusu Bağlamında Önerilen Çözümler

Birlikte hak sahipliğini konusu bağlamında açıklamaya çalışan görüşler temel olarak eşyanın bölünmesine, hakkın bölünmesine, hakkın çoğalmasına ve son olarak malvarlığı birliği kavramına dayanmaktadır.

⁷⁰ Bu konuda İsviçre ve Alman öğretisinde görüşlerin birçoğuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Vonzun**, s. 50 vd.; **Karin Müller**, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft: Ein Diskussionbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft, Zürich: Schulthess, 2003, s. 35 vd.; **Benno Schneider**, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1973, s. 206 vd.

Öğretide bir dönem destek bulmuş olan ilk teori eşyanın farazi biçimde bölünmesine (*die Sachteilungstheorie*) dayanmaktadır. Buna göre birlikte hak sahipliğinin konusu olan eşya fiili olarak değil, ancak farazi olarak parçalara ayrılmış olarak kabul edilmektedir ve her bir birlikte hak sahibi bu farazi parçalar üzerinde tek başına hak sahibidir. Bu sayede hakkın özne tarafındaki çokluk ile konu tarafındaki çokluk eşleşmekte ve tam olarak bir birlikte hak sahipliği sorunu ortaya çıkmamaktadır.⁷¹ Ancak bu görüş günümüzde terk edilmiştir.⁷²

Hakkın konusu tarafında bulunan bir diğer bölünme görüşü ise hakkın bölünmesine dayanan, bölünmüş birlikte hak sahipliği teorisidir (*Die Theorie der geteilten Mitberechtigung*). Bu teoriye göre hakkın konusu olan eşyanın değil, bizzatı hakkın birden fazla parçaya/paya bölünmesi söz konusudur. Her bir kişinin hak sahipliği eşyanın tamamı üzerinde ancak hakkın bir parçası/payı üzerindedir. Söz konusu payların toplamı ise eşya üzerindeki hakkın bütünü oluşturur. Eşyanın farazi bölünmesindekine benzer şekilde burada da hak sahipliği ilişkisi her bir hak sahibinin hakkın bir bölümü üzerinde tek başına hak sahibi olması ile çözülmektedir. Bu teori kapsamında hak sahipliği ilişkisi bakımından paylı hak sahipliği ve elbirliği ile hak sahipliği arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da bölünmüş bir hakka sahiplik söz konusudur ancak elbirliği ile hak sahipliğinde bu hak üzerinde serbestçe tasarruf mümkün değildir.⁷³

Bu konudaki bir başka teori de hakkın çoğalması teorisidir (*die Kollisionstheorie* veya *condominium plurium in solidum* teorisidir). Buna göre hakkın kendisinin veya konusunun bölünmesi söz konusu değildir. Aksine birlikte sahip olunan hakkın farazi şekilde çoğalması söz konusudur. Her bir birlikte hak sahibi eşya üzerinde tam ve birbirinin aynısı birer hakka sahiptir ve bu hakkın sağladığı yetkiler de aynıdır. Her bir hak sahibinin söz konusu eşyayı kullanma, tüketme gibi yetkileri mevcut olmakla birlikte söz konusu yetkiler diğer birlikte hak sahiplerinin yetkileri ile çeliştiği ölçüde

⁷¹ **Otto von Gierke**, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band: Sachenrecht, 2. b., Berlin: Duncker & Humblot, 1905, s. 47. Bu görüşe değinen *von Gierke* de aşağıda görüleceği üzere nihai olarak bu görüşü benimsememiştir.

⁷² **Schneider**, s. 211.

⁷³ **Ernst Joerges**, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart: Die Union Deutsche Verlagsgesellschaft, 1900, s. 34 vd. Nitekim yazar bu nedenle “elbirliği ile mülkiyet” / “*Eigentum zur gesamten Hand*” terimi yerine “bağlı birlikte mülkiyet” / “*gebundenes Miteigentum*” terimini kullanmaktadır. Son hususta bkz. **Joerges**, s. 46. Benzer görüşte bkz. **Julius Binder**, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig: Andr. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1905, s. 27 vd.

sınırlandırılmıştır.⁷⁴ Bu sayede bir taraftan her bir hak sahibinin ilgili hakkın tümüne sahip olması ile çoklu hak sahipliği durumu açıklanmışken diğer taraftan yetkilerin diğer hak sahipleri lehine sınırlandırılması ile sahip olunan bu hakkın içeriğine ilişkin sorun da engellenmektedir.

Son olarak malvarlığı birliğine yönelik teoriler (*Die Theorien der Vermögenseinheit*) bu soruna hakkın konusu bağlamında bir çözüm bulma gayreti içindedir. Buna göre her bir malvarlığı değeri üzerindeki birlikte hak sahipliğinin bölünme veya çoğalma yolu ile açıklanması tatmin edici değildir. Elbirliği ile hak sahipliğinin bulunması halinde artık bir özel malvarlığı (*Sondervermögen*)⁷⁵ söz konusudur.⁷⁶ Bu görüşteki kimi yazarlara göre bu özel malvarlığının parçası olan değerler hakkın konusu olma niteliğini kaybetmektedir ve tek başlarına bir hakkın konusu olmaktan çıkmaktadırlar⁷⁷. Alman hukukunda ortaklık malvarlığının özel malvarlığı teşkil etmesine gerekçe olarak BGB §§ 718-719'da öngörülen elbirliği ilkesi kapsamında ortakların ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamaması ve ortakların bireysel alacaklılarının ortaklık malvarlığındaki değerlere değil ancak ortağın tasfiye payına el atabilmeleri gösterilmektedir.⁷⁸ Türk hukukunda da bu ilkenin yansımaları TBK 638 I-II ile TMK 702 II'de karşımıza çıkmakta ve öğretide de ekseriyetle kabul edilmektedir⁷⁹. Ancak bu kabul malvarlığı birliği teorisi bakımından değil, sadece özel malvarlığı kavramının anlamı ile ilgilidir.

2. Hakkın Öznesi Bağlamında Önerilen Çözümler

Yukarıda incelenenlerden farklı olarak, konu ve özne arasındaki tekillik-çoğulluk sorununun çözümünde bu başlıkta açıklanan görüşler ise soruna yine bir eşya hukuku sorunu olarak ancak hakkın öznesi bağlamında mevcut çokluk/çoğulluk üzerinden yaklaşmaktadır. Alman hukukunda günümüzde yaşanan kanuni değişikliklerin de temelinde bulunan bu görüşler ilk olarak *von Gierke* ve *von Tuhr* tarafından ileri

⁷⁴ **Max Habicht**, Die Formen der Erbschaftsteilung im Schweizerischen Recht, Aarau: Graphische Werkstätten H. R. Sauerländer & Co, 1925, s. 12-19.

⁷⁵ Özel malvarlığı kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aş. § 4.

⁷⁶ **Edgar Lenski**, Das Wesen des Anteils am Vermögen: eine dogmatische Studie, Halle: Eduard Klinz Buchdruck, 1929, s. 56 vd.

⁷⁷ **Lenski**, s. 65.

⁷⁸ **Ulrich Huber**, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg: Carl Winter Universitätverlag, 1970, s. 61-62.

⁷⁹ **Nuşin Ayiter**, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968, s. 162.

sürülmüştür ve bölünmemiş birlikte hak sahipliği teorisi olarak adlandırılmaktadır (*Die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung*).

Soruna hakkın öznesi tarafından yaklaşan *von Gierke*'nin bu tartışma çerçevesindeki en önemli tespiti hak ehliyetine sahip olmanın sadece gerçek ve tüzel kişiler ile sınırlı olup olamayacağına ilişkindir. Yazara göre şahsın hukukuna tabi kimi kişi birliklerinin⁸⁰ tüzel kişiliği tanınmadığı halde, diğer kişi birliklerinden farklı olarak hak ve borçlara ehil olabilirler.⁸¹ Bu kişi birliğinin mensupları arasında kurulan hukuki bağ sadece birden fazla hak sahibi arasında basit bir ilişki kurmaktan öte, kişi birliğinin bütünü bakımından bir hak sahipliği durumu yaratmaktadır. Bu kişisel bağın kurulması ile kişi birliği bir hak öznesi/hak sahibi haline gelmekte, birlik mensuplarının hak sahipliği bakımından bağımsızlığı da ortadan kalkmaktadır. Hak sahipliği bakımından hakkın öznesi ne birliğin mensupları ne de bir tüzel kişi olarak kişi birliğidir; aksine kişi birliğinin mensupları kollektif bir birlik halinde hak sahibidir. Keza, dış dünyaya aksettirilen irade de ne üyelerin bireysel iradesi ne de bir tüzel kişinin üyelerinden bağımsızlaşan iradesidir. Üyelerin iradelerinin birleştiği bir kollektif irade mevcuttur.⁸² Bu noktada tekrar dikkat çekilmelidir ki bu görüşe göre söz konusu kişi birliği, örneğin bir sermaye şirketi gibi, tekil ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip değildir. Aynı şekilde kişi birliğinin hukuki ilişkileri bakımından kişi birliğinin üyelerinin kişilikleri de tek başına belirleyici değildir. Söz konusu olan şey üyelerin birleşerek oluşturduğu bu yapının bu birleşme içinde ve bütünsel bir şekilde hak ve borçlara ehil olmasıdır. Bunun sonucu ise kişi birliğinin bir tüzel kişiliğe sahip olmaması ancak hak ehliyetine sahip bir birlik olmasıdır (*rechtsfähige Einheit*). *Fabricius* da yakın bir değerlendirme ile temelde özne tarafındaki çokluğu bütünüyle reddetmeden hak ehliyetinin göreliliğine dayanmaktadır. Buna göre bir hakkın bölünmesi mümkün olmadığı gibi, bölünemeyen bu hakkın birden fazla kişi tarafından paylaşılması da

⁸⁰ Eserin Almanca metninde bulunan *personenrechtliche Gemeinschaften* terimi şahsın hukukuna tabi kişi birlikleri olarak çevrilmiştir. Terimin orijinal kullanımı için bkz. **Otto von Gierke**, *Deutsches Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, 2. b., Berlin: Duncker & Humblot, 1936, s. 660. Bu ifade Türk öğretisinde ayrıca “şahsın hukukuna dayanan ortaklık” olarak da dilimize çevrilmiştir. Bkz. **Nuşin Ayiter**, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)*, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961, s. 20.

⁸¹ *von Gierke*'nin bu yaklaşımının kişilik kavramına ilişkin *Savigny*'nin fiksiyon teorisinin karşısındaki gerçeklik teorisi olarak konumlandığı hususunda bkz. **Luke Wendt**, *Die Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft im schweizerischen, deutschen und italienischen Recht*, ed. Thomas Sutter-Somm, Zürich: Schulthess, 2020, s. 20 vd.

⁸² **v. Gierke**, DPR I, s. 660-661. Elbirliği ortaklıklarının şahsın hukukuna tabi kişi birliklerinden olduğu tespiti için bkz. **v. Gierke**, DPR I, s. 663 vd.

mümkün değildir.⁸³ Bu itibarla birden fazla kişinin birlikte hak sahipliği değil, söz konusu kişi birliğinin hak sahibi olması söz konusudur. Bu derecede keskin bir gerekçenin doğurduğu kaçınılmaz sonuç ise bir hak üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliğinin düşünebileceği her türlü ihtimalde söz konusu kişi birliğine hak ehliyeti tanınmasıdır. Anılan görüş de nihayetinde bu sonuca varmakla birlikte bir kişi birliğinin hak ehliyetinin bulunmasının bu birliğin tüzel kişiliğinin bulunmasını her zaman gerektirmeyeceğini, bir kişi birliğinin tüzel kişiliğe sahip olmasa bile hak ehliyetine sahip olabileceğini kabul etmektedir⁸⁴. Bu durum ticaret şirketleri, adi ortaklık veya miras ortaklığı gibi farklı kişi birlikleri bakımından hak ehliyetinin kademeli yahut görelî bir şekilde mevcut olduğu gerekçesiyle açıklanmaktadır⁸⁵.

Benzer şekilde *von Tuhr* da elbirliği ile hak sahipliği halinde kişi birliğinin mensuplarının bireysel hak sahipliğinin ortadan kalktığını ifade etmektedir. Özellikle hakkın konusu tarafındaki görüşlerden farklı olarak kişi birliğinin mensupları tek başlarına bölünmüş yahut çoğalmış vb. bir hakkın öznesi konumunda değildir. Aksine kişi birliğinin mensupları birlikte tek bir hakkın öznesi konumundadır. Elbirliğine konu hak birden fazla kişinin sahip olduğu hakların toplamı/bütünü değildir, bilakis tek bir hakkın birden fazla öznesi vardır. Ne var ki bu kişiler tek başına hak sahibi değildir, birlikte hak sahibidir. Bu yapı çerçevesinde *von Tuhr* haklı olarak elbirliği ortaklığı ile tüzel kişilik arasındaki ayrımın silikleştiğini ifade etmektedir. Ancak yazar tüzel kişiler bakımından kanun koyucu tarafından yaratılan ve mensuplarından bağımsız bir hak öznesi mevcutken, elbirliği ortaklığında bunun söz konusu olmadığını ve *von Gierke*'den farklı olarak elbirliği ortaklığının hak ehliyetine sahip olmadığını ifade etmektedir.⁸⁶ Ayrıca yazar birlikte hak sahipliği tartışmasının temelindeki sorun olan birden fazla kişinin tek bir hak üzerinde birlikte hak sahibi olmasının mevcut hukuk düzeni çerçevesinde mantıksal bir sorun yaratmadığını ifade etmektedir. Bir hukuki mesele bakımından tek bir kişinin bireysel iradesi yerine iki kişinin iradesinin birlikte sonuç doğurması veya iki kişinin bir eşya üzerindeki talebi birlikte ileri sürmesi dogmatik olarak

⁸³ **Fritz Fabricius**, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München & Berlin: C.H.Beck, 1963, s. 119.

⁸⁴ **Fabricius**, s. 143.

⁸⁵ **Fabricius**, s. 49 vd. Ayrıca yazar hak ehliyetinin göreliliğinin sadece kişi birlikleri bakımından değil, gerçek kişiler bakımından da mevcut olduğunu ifade etmektedir.

⁸⁶ **Andreas von Tuhr**, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig: Duncker & Humblot, 1910, s. 80-82.

bir sorun teşkil etmemelidir.⁸⁷ Bu dogmatik açıklama doğal olarak söz konusu hakkın kimin malvarlığında bulunduğu sorusunu akıllara getirmektedir. Bu soru genellikle daha önce de değindiğimiz özel malvarlığı (*Sondervermögen*) olarak adlandırılan ve yazar tarafından elbirliği malvarlığı (*Gesamtvermögen*) şeklinde ifade edilen kavram ile cevaplandırılmaktadır. Yazar elbirliğine konu malvarlığını hak sahiplerinin münferit unsurlar üzerinde tek başına hak sahibi oldukları bireysel malvarlığından ayrı olan ve tüm elbirliği ile hak sahiplerinin birlikte sahibi oldukları bir malvarlığı bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁸⁸ Bu özelliği itibarıyla yazarın görüşünü temelde özne tarafında olmakla birlikte hakkın konusu tarafına da temas eden çözümlerden biri olarak değerlendirmek de mümkündür. Özellikle *von Gierke*'nin görüşü bizi kişi birliğini tüzel kişiliğe yaklaştırmaya itse de hak ehliyetine sahip bir kişi birliği ile tüzel kişilik arasındaki en temel fark tüzel kişilerin kişiliğinin üyelerinden bağımsız olmasıyken, hak ehliyetine sahip kişi birliklerinde birliğin üyelerinden bağımsız bir kişiliğin ortaya çıkmamasıdır.⁸⁹

Hak sahipliği ilişkisini hakkın öznesi tarafında değerlendiren ve buraya kadar incelenen yaklaşım, sorunu temel olarak – farklı biçimlerde de olsa – bir hak sahipleri birliği üzerinden çözmeye çabalamaktadır. Bu başlıkta incelenebilecek olan son görüş ise temelde hak sahipliğinin içeriği bakımından bir ayrıma gitmekte ve özne tarafındaki bu birliği bir taraftan kabul ederken diğer taraftan reddetmektedir.⁹⁰ Buna göre elbirliği ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve tüzel kişiliğin (tek başına) hak sahipliğinden farklı olarak, burada birden fazla kişinin hak sahipliğinin söz konusu olduğu bir birlik söz konusudur.⁹¹ Yukarıda değinilen birçok görüş kapsamında dile getirilmiş olan bu argüman bakımından teorinin getirdiği yenilik ise hak sahipliği

⁸⁷ **von Tuhr**, AT I, s. 80, dn. 11.

⁸⁸ **von Tuhr**, AT I, s. 348.

⁸⁹ **Vonzun**, kn. 141. Bu kavramsal farklılık sonuçları itibarıyla da önem taşıyabilir. Örneğin, tüzel kişiler gerçek kişilere özgü olanlar hariç tüm hak ver borçlara sahip olabilecekken, tüzel kişiliği bulunmayan kişi birliklerinde sınırlı şekilde sadece hak ehliyetinin tanındığı sahalarda hak ve borçlara sahip olunabilmesi söz konusudur. Bir diğer fark ise tek kişi ortaklığın tüzel kişiler bakımından mümkün olmasına rağmen hak ehliyetine sahip ancak tüzel kişiliği bulunmayan kişi birliklerinde bu mümkün değildir. Yine iflas bakımından tüzel kişiler iflasa tabiyken, hak ehliyetine sahip ancak tüzel kişiliği bulunmayan kişi birliklerinde birlik değil, bu birliğin mensupları iflasa tabi olur. Bu örneklerde çeşitli bağlamlarda çoğaltılabilir.

⁹⁰ Eserin aslında “*der Zuordnungsdualismus*” olarak adlandırılan bu görüş dilimize ancak “isnat ikiliği/dualizmi teorisi” veya “isnatta ikilik/düalizm teorisi” olarak çevrilebilir ancak bu çevirilerin hiçbirinin görüşün içeriğini yeterli bir düzeyde yansıtmaması nedeniyle bu çeviriler tercih edilmemiş ve metin içinde gerekli olduğu müddetçe kavramın Almanca aslı kullanılmıştır. Bkz. **Romano Kunz**, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1963, s. 31.

⁹¹ **Kunz**, s. 71.

kavramının açıklanışındadır. Yazara göre hak sahipliği kavramı şekli ve maddi hak sahipliği olarak iki farklı anlamı ihtiva etmektedir. Şekli hak sahipliği hakkın verdiği yetkileri kimin kullanabildiğinden bağımsız olarak bizatihi o hakka sahip olmak iken, maddi hak sahipliği ise bu hak bakımından sahip olunan tasarruf yetkisidir. Bu anlamda yazar hakkı kullanma yetkisi kavramını kullanmaktadır.⁹² Bu bağlamda şekli anlamda hak sahipliği ile haktan doğan yetkileri kullanma yetkisi yani maddi anlamda hak sahipliği her zaman aynı kişi veya kişilerde olmak zorunda değildir.⁹³ Yazarın öngördüğü düallite (ikilik) de tam bu noktada karşımıza çıkmakta ve diğer çoklu hak sahipliği görüşlerinden burada ayrılmaktadır. Zira elbirliği ortaklığında çoklu hak sahipliği söz konusudur, hakkın konusu ile öznesi arasındaki ilişki bakımından elbirliği ortaklarından her biri şekli anlamda aynı hakkın ayrı ayrı özneleridir.⁹⁴ Bu itibarla özne tarafındaki birlik şekli hak sahipliği bağlamında reddedilmektedir. Buna karşın maddi anlamda hak sahipliği bağlamında durum farklıdır. Birden fazla kişinin hakkın içeriğinden doğan bir yetkiyi aynı anda ve fakat birbirlerinden bağımsız olarak kullanması mümkün değildir. Bu nedenle ya bu yetkilerin birlikte kullanılması gereklidir ya da yetkilerin kullanımı bakımından zamansal veya fiziki bir düzen bulunması gereklidir.⁹⁵ Yazar her birlikte hak sahipliği türünde farklı şekilde ortaya çıkan bu düzeni “iç düzen”⁹⁶ olarak adlandırmaktadır. Örneğin, paylı mülkiyet ilişkisinde haktan doğan yetkiler bakımından – yoksa hakkın kendisi değil – her bir ortağın bağımsız olarak kullanabileceği bir yetki bulunması itibarıyla daha bireysel bir iç düzen mevcutken⁹⁷, elbirliği halinde mülkiyette tasarruf yetkisinin bireysel olarak ortaklara değil bu birliğin tümüne tanınmış olması itibarıyla kolektivist bir iç düzen mevcuttur.⁹⁸ Elbirliğinde – yazara göre geniş anlamdaki

⁹² Yazar günümüzdeki yaygın kullanımının aksine tasarruf yetkisi (*Verfügungsmacht - Dispositionsfähigkeit*) ve hakkı kullanma yetkisi (*Rechtsausübungsbefugnis*) kavramlarını eş anlamlı olarak görmektedir. Bkz. **Kunz**, s. 24, 41. Oysa günümüzde tasarruf yetkisi kavramı daha dar bir anlamı ihtiva etmektedir.

⁹³ **Kunz**, s. 16-22.

⁹⁴ **Kunz**, s. 70-71. Bu görüşün ilk bakışta bölünmüş birlikte hak sahipliği veya hakkın çoğalması görüşlerine benzediği düşünülebilir. Ancak anılan görüşlerden farklı olarak ortakların malvarlığında bulunan ve tek başlarına hak sahibi oldukları bir pay veya hak mevcut değildir.

⁹⁵ **Kunz**, s. 91.

⁹⁶ İç düzen olarak aktardığımız bu kavram “*die innere Ordnung*” olarak ifade edilmektedir.

⁹⁷ **Kunz**, s. 103 vd.

⁹⁸ **Kunz**, s. 110 vd. Bu teorinin temellerinde *Engländer* tarafından ileri sürülen ve hakkın değil hakkın içeriğinin bölündüğü görüşünün bulunduğu söylenebilir. Her iki yazar da iç düzen kavramını kullanmakla birlikte **Kunz** bu düzeni ortaklığın türüne ilişkin olarak görmekteyken, *Engländer* bunu bu hakkın bir özelliği olarak görmektedir. Bu nüans haricinde her iki yazarın tercihleri arasındaki fark şekli anlamda hak sahipliği bakımından bölünmenin *Engländer* tarafından reddedilmesidir. Bu konuda bkz.

– hakkı kullanma yetkisindeki bu birliktelik ise en başta hakkın öznesi bakımından ifade edilen birliği bize göstermektedir. *Kunz*’un ileri sürdüğü bu görüş İsviçre öğretisinde önemli ölçüde kabul edilmiştir ve elbirliğinin hukuki niteliği bakımından günümüze kadar – çeşitli çekinceler ileri sürülmüş olmakla birlikte – hâkim görüş niteliğini korumuştur.⁹⁹

B. Kişiler Hukuku Sorunu Olarak Elbirliği ve Adi Ortaklık

Elbirliği ortaklığını ve buna bağlı olarak adi ortaklığı bir eşya hukuku problemi olarak hakkın öznesi ile hak sahipliği ilişkisinin konusu arasında ilişkisi içinde açıklamaya çalışan görüşlerin karşısında bu sorunun hak sahipliği yapısı ile açıklanmaması gerektiğini ve elbirliği ortaklığının niteliği bakımından belirleyici olan unsurun bu kişi birliğini oluşturan kişiler arasındaki ilişki olduğunu – diğer bir ifade ile özneler arasındaki ilişki olduğunu – belirtilen fikirler bulunmaktadır. Bu açıklamaların ortak özelliği tartışmayı eşya hukuku bağlamından çıkartmaları ve meseleyi bir kişiler hukuku problemi olarak incelemeleridir. Bu yönde görüş bildiren yazarların bir bölümü elbirliği ortaklıkları bakımından hak sahipliği sorununun varlığının kabul edilebileceğini – diğer bir ifade ile bir hakkın öznesi ile hak sahipliğinin konusu arasındaki ilişki bağlamında bir problemin var olabileceğini – ancak bu problemin öncelikle ortaklığı oluşturan kişiler arasındaki ilişkinin açıklanması ile çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁰ Örneğin, kişi birliğinin mensupları arasındaki bu ilişkinin değerlendirilmesi sonucunda bu birliğin hak ehliyetinin kabul edilmesi, elbirliğindeki birlikte hak sahipliği sorununu da kendiliğinden çözecektir. Bu nedenle yukarıda ifade edildiği üzere meseleyi bir eşya hukuku sorunu olarak ele alan ve özne tarafındaki açıklamalar ile sorunu çözmeye çalışan bazı görüşlerin, kişi birliğinin özelliklerine yaptıkları atıflardan bu başlık altında telakki edilmesi de yanlış olmayacaktır. Ancak bu görüşler sorunu temelde hak sahipliği bağlamında değerlendirdikleri için bu bölüm altında ayrıca değerlendirilmemiştir.

Eşya hukuku temelinde hak sahipliğine ilişkin bu çelişkiyi kişi birliğinin bütünlüğü içinde çözmeyi hedefleyen *Martinek* ve *John* elbirliği sorununun sadece eşya hukukuna

Konrad Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil 1. Grundlegung, Berlin: J. Guttentag, 1914, s. 102 vd., 162 vd.

⁹⁹ Birçokları yine bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Vor. Art. 530-544 OR, kn. 98. ve burada anılan yazarlar.

¹⁰⁰ **Vonzun**, kn. 302-303; **Michael Martinek**, Repräsentantenhaftung, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, s. 98; **Uwe John**, Die organisierte Rechtsperson, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, s. 65-66.

ilişkin olmadığını ifade etmektedir.¹⁰¹ Her tür elbirliği ortaklığı her şeyden önce bir kişi birliğidir ve kişi birliğinin oluşumu birliğin üyelerinin bağımsızlıklarını bir ölçüde sınırlamaktadır. Bu nedenle elbirliğinin ve elbirliği ortaklıklarının niteliği değerlendirilirken kişiler hukuku temeli göz ardı edilmemelidir.¹⁰² Öyle ki hak sahipliğinin konusu ile hakkın öznesi arasındaki ilişki hak sahipliği bağlamında bir sorun doğurmakla birlikte elbirliği ortaklığının hukuki niteliğinin açıklanması hakkın öznesi ile konusu arasındaki ilişkinin çözümlenmesinin bir sonucu değildir, öncelikle bu kişi birliğinin niteliği ortaya konmalıdır ki hak sahipliği yapısı değerlendirilebilsin.¹⁰³ Bu bağlamda kişi birliğinin niteliği belirlenirken de birliğin üyeleri arasındaki ilişkinin çeşitli özellikleri ayrı ayrı değerlendirilmektedir.¹⁰⁴ Özne tarafındaki birlik her zaman hak ehliyetinin mevcut olmasını da gerektirmemektedir. Burada elbirliği ile hak sahiplerinin oluşturduğu organizasyonel/kollektif bir birlik (*verbandliche Einheit*) mevcuttur ve bu birlik hak ehliyetine sahip olmadığı gibi üyelerinden bağımsız da değildir. Mamafih, söz konusu kişi birliği hak ehliyeti olmasa da sosyal olarak işlemlere katılan bir birliktir.¹⁰⁵ Söz konusu kişi birliği nihayetinde birden fazla kişinin bir araya gelmesiyle oluşur ancak hukuk düzeni oluşan bu birliğe elbirliği ilkesi nedeniyle üyelerinin salt birlikteliğinden öte hukuki sonuçlar bağlar.¹⁰⁶ Bu noktada önem taşıyan husus eşya üzerinde halen çoklu hak sahipliğinin bulunmasıdır; hak sahibi bireysel olarak ortaklardır ancak bu hak sahipliği ancak elbirliği bağı içinde mevcut olabilen bir özelliğe sahiptir.¹⁰⁷

Çözümü kişiler hukuku bağlamında inceleyen yaklaşımların en önemlilerinden birisi ise *Flume* tarafından ileri sürülen “grup öğretisi”dir (*die Gruppen Lehre*). Grup öğretisinin ilk olarak 2001 yılında BGH’nin *Weißes Ross* kararı¹⁰⁸ ile başlayan ve bugün

¹⁰¹ **Martinek**, s. 98; **John**, s. 65 vd.

¹⁰² **Martinek**, s. 98.

¹⁰³ **Martinek**, s. 98-99; **John**, s. 221-224.

¹⁰⁴ **John**, s. 65 vd. Yazarın değerlendirmeleri sadece elbirliği ortaklığı ile sınırlı olmayıp, temelde tüzel kişilik kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkindir. Elbirliği ortaklıkları bu bağlamdaki değerlendirmelerin bir bölümünü oluşturmaktadır.

¹⁰⁵ **Martinek**, s. 99.

¹⁰⁶ **Martinek**, s. 100. Bir bütünün kendisini oluşturan parçaların toplamından daha fazlası olduğuna yönelik bu yaklaşım birçok bilim dalında farklı konulardaki açıklamalarda *Gestalt-theorie* olarak adlandırılmaktadır. Elbirliği özelinde bu terimin öncül kullanımı ve açıklamaları için bkz. **Wolfgang Schönemann**, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseck, 1975, s. 164 vd.

¹⁰⁷ **Martinek**, s. 100.

¹⁰⁸ BGH, II ZR 331/00, 29.01.2001 (NJW 2001, 1056), karara ilişkin bilgi için bkz. yuk. dn. 66.

MoPeG reformu ile birlikte kanuni düzenleme ile kabul edilen adi ortaklıkların hak ehliyetinin tanınması sürecinin temelini oluşturduğu söylenebilir. Grup öğretisinin çıkış noktası temelde elbirliği ortaklığının bir hak öznesi olmasıdır. *Beseler* ve *von Gierke* 'nin görüşlerinin üzerine inşa edilen grup öğretisi, o dönem öğretilde hâkim sayılan ve elbirliği ortaklığının niteliğini hak sahipliği üzerinden açıklamaya çalışan görüşlerin karşısına yerleşmiştir. Bu görüş elbirliği ortaklığının elbirliğine konu malvarlığı üzerinden açıklanmaması gerektiği, bundan ziyade kişi birliği olma özelliğinin önem taşıdığı fikrine dayanmaktadır; dolayısı ile bu bir kişiler hukuku sorunudur.¹⁰⁹ Yazara göre aBGB §718'nin son tasarısında ilk tasarıdan farklı olarak özel olarak "ortaklık malvarlığı" ifadesinin kullanılmış olması da tek başına elbirliğine konu malvarlığının, elbirliği ortaklığının hukuki niteliğini belirlemek bakımından karşı argüman olarak bir önemi olduğunu göstermemelidir.¹¹⁰ Öyle ki elbirliği ortaklığını bir arada tutan ve ortaklığın temelinde bulunan unsur – her ne kadar çok önemli olsa da – ortaklık malvarlığının elbirliğine tabi olması değil, oluşturulan kişi birliğidir.¹¹¹ Bu manada elbirliği ortaklığının hukuki niteliği irdelenirken esas alınması gereken unsur ortaklığın ortaklar arasında bir hukuki ilişki kurmasından ibaret olarak da düşünülmemelidir. Zira ortaklar arasındaki ilişki Roma hukukundaki *societas*'ta mevcut olan temel borçlar hukuku ilişkisinden pek de farklı değildir. Ortakların sadakat yükümlülüğünün bulunması gibi olgular bu ilişkinin kişiler hukukuna ait bir ilişki olarak nitelendirilmesine de hizmet etmemektedir.¹¹² Bu nedenledir ki elbirliğinin kişi birliği olması veya kişiler hukukuna ilişkin bir bağ kurmasını salt ortaklar arasındaki ilişkiler üzerinden açıklamak yeterince açık olmadığı gibi anlamsızdır da.¹¹³ Elbirliği ortaklığını *societas*'tan ayıran ve grup öğretisinin elbirliği ortaklığını bir kişiler hukuku kurumu olarak görmesinin gerekçesini oluşturan temel unsur, ortakların oluşturduğu kişi birliğinin ortaklığın temelinde bulunması ve bu kişi birliğinin bir organizasyon sözleşmesi olan ortaklık sözleşmesinden doğmasıdır.¹¹⁴ Elbirliği ortaklığı hukuki işlemlere katılan organizasyonel bir birliktir ve bu nedenle hak ve borçlara ehildir.¹¹⁵ Ortaklık sözleşmesinin ve dolayısı ile elbirliğinin bir kişiler hukuku

¹⁰⁹ Flume, "Gesellschaft", s. 184-185.

¹¹⁰ Flume, Personengesellschaft, s. 74.

¹¹¹ Flume, "Gesellschaft", s. 191.

¹¹² Flume, Personengesellschaft, s. 61.

¹¹³ Flume, "Gesellschaft", s. 190.

¹¹⁴ Flume, Personengesellschaft, s. 61.

¹¹⁵ Flume, "Gesellschaft", s. 190-191.

sorunu olmasının nedeni de sözleşmenin kurulması ile birlikte mensupları arasındaki ilişkinin üzerinde bu şekilde bir birlik oluşturmastır.¹¹⁶ Grup öğretisi her ne kadar elbirliği ortaklığını hukuki işlemlere katılan bir kişi birliği olarak görse ve bu bağlamda ortaklığın hak ehliyetinin mevcudiyetini kabul etse de, bu durum ortaklığı bir tüzel kişi haline de getirmemektedir. Buna göre tüzel kişiler mensuplarından ayrılmış, bağımsız yapılar, elbirliği ortaklığı hak ehliyeti bulunmasına rağmen kendini oluşturan mensuplarından bağımsız değildir. Zira hak sahibi olan grubun kendisi, mensuplarının bütünüdür.¹¹⁷ Sonuç itibarıyla grup öğretisi elbirliği ortaklığını hak ehliyetine sahip ancak tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi birliği olarak açıklamaktadır.

Grup öğretisinin 20. yüzyılın sonlarında Alman öğretilerinde hâkim hale geldiği görülmektedir.¹¹⁸ Öğretilerdeki bu yönelim elbirliği ortaklığının niteliğinin tespitinde kişiler hukuku özellikleri ile birlikte eşya hukuku özelliklerine de benzer ölçüde önem atfedilmeye başlandığını göstermektedir. Yine bu dönemde 1995'te yürürlüğe giren Alman Tür Değiştirme Kanunu (UmwG) kapsamında adi ortaklığın da aralarında bulunduğu kişi ortaklıkları ile tüzel kişiler arasında ortaklığın kimliğinin korunarak tür değiştirme imkânı tanınmıştır.¹¹⁹ Bu değişiklik adi ortaklığa hak ehliyeti tanındığı şeklinde yorumlanmıştır ve adi ortaklık ile ticaret şirketleri arasında nitelik bakımından yapılan sınıflandırmanın silikleştiğine, adi ortaklığın hak ehliyetinin mevcudiyetine yönelik gerekçeler arasında gösterilmiştir.¹²⁰

Alman öğretilerinde ileri sürülen bu görüşlerin – özellikle de grup öğretisinin – İsviçre öğretisinde de oldukça ilgi gördüğü söylenebilir. Özellikle *von Gierke* tarafından ileri sürülen bölünmemiş birlikte hak sahipliği teorisinin 20. yüzyılın ortalarına kadar İsviçre hukukunda da hâkim durumda olduğu ifade edilmektedir.¹²¹ Bu dönemde

¹¹⁶ **Flume**, “Gesellschaft”, s. 190.

¹¹⁷ **Flume**, Personengesellschaft, s. 56.

¹¹⁸ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 307.

¹¹⁹ Örnek bazı hükümler bkz. 1995-1998 arasında yürürlükte bulunan UmwG §190 vd. Bu düzenlemeden önce bir adi ortaklığın tür değiştirme yolu ile bir sermaye ortaklığına dönüşmesine izin verilmemektedir; öncelikle adi ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi, sonrasında ise sermaye ortaklığının yeni bir ortaklık olarak kurulması gerekmektedir.

¹²⁰ Bu yöndeki bazı değerlendirmeler için bkz. **Thomas Raiser**, “Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts”, *AcP*, C. 194, S. 5 (1994), s. 498 vd.; **Wolfram Timm**, “Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung”, *NJW*, C. 49 (1995), s. 3210 vd.

¹²¹ İsviçre öğretinde ZGB'nin kabulünden önceki dönemde başlayan bu süreçte yaşanan değişim hakkında genel bilgi için bkz. **Andrea Taormina**, Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2003, kn. 65 vd.

bölünmüş birlikte hak sahipliği ve hakkın çoğalmasına ilişkin görüşlerin İsviçre pozitif hukuku ile örtüşmediği ifade edilerek, bölünmemiş birlikte hak sahipliği teorisinin savunulduğu görülmektedir¹²².

Öyle ki grup öğretisinin İsviçre hukuku bakımından da aynen kabul edilmesi gerektiğini ifade eden¹²³ *Taormina* elbirliği ile hak sahipliğinin benimsendiği adi ortaklıkların hak ehliyetine sahip olduğunu açıkça dile getirmiştir.¹²⁴ Bu tip adi ortaklıklar mensuplarından bağımsızlaşmış ve özel malvarlığına sahip birer grup olarak görülmektedir.¹²⁵ Yazar bu konuda temel olarak grup öğretisinin gerekçelerini takip etmektedir. Buna karşın yazarın İsviçre öğretisinde grup öğretilerine karşı getirilen en temel argümanlardan hak ehliyetinin kişilere (gerçek ve tüzel) özgü olduğu ve tüzel kişilerin de sınırlı sayıda olduğu eleştirisine cevabı dikkate değerdir. Yazara göre ZGB 11 ve 53 gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyetinin bulunduğunu ifade ederken sınırlı bir sayma yapmamaktadır ve adi ortaklık bakımından kanunun hak ehliyetini açıkça tanımaması bir sorun teşkil etmemelidir. Zira İsviçre hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan kollektif ve komandit ortaklıkların da hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca tüzel kişiliği bulunmayan iflas masası gibi yapıların da usul hukuku bakımından taraf ehliyetinin varlığı da bu duruma örnek olarak gösterilmiştir.¹²⁶

Yine kişi ortaklıklarının – özel olarak da adi ortaklığın – hukuki niteliğini inceleyen *Vonzun* da meseleyi bir kişiler hukuku sorunu olarak ele almış ancak başta grup öğretisi olmak üzere adi ortaklığın hukuki niteliği bakımından elbirliği ilkesini temel alan görüşü reddetmiştir. Yazara göre adi ortaklığın hukuki niteliği gerçekten de hakkın öznesi ile

¹²² **Arthur Meier-Hayoz**, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band IV: Das Sachenrecht, I. Abteilung: Das Eigentum, I. Abschnitt: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 3. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1959, Art. 652 ZGB, kn. 7, 9.

Atıf yapılan yukarıdaki kaynak ile ilgili olarak okuyucunun dikkatine sunulması gereken bir husus mevcuttur. Aynı isimli eserin aynı yazar tarafından kaleme alınmış 1958 ve 1959 tarihli ve her ikisi de 3. baskı olarak nitelendirilmiş iki baskısı bulunmaktadır. Atıf yapılan ZGB 652 hükmüne ilişkin şerh 1958 tarihli basıda mevcut değilken, 1959 tarihli basıda mevcuttur.

Bununla birlikte yazarın sonraki eserlerinde bu görüşten ayrılarak *Kunz* tarafından ileri sürülen ve yukarıda açıklanmış olan (bkz. yuk. s. 29) görüşü benimsediği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Arthur Meier-Hayoz**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band IV: Das Sachenrecht, I. Abteilung: Das Eigentum, I. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654, 5. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1981, Art. 652 ZGB, kn. 4, 13-15.

¹²³ **Taormina**, kn. 63 dn. 58.

¹²⁴ **Taormina**, kn. 61.

¹²⁵ **Taormina**, kn. 63.

¹²⁶ **Taormina**, kn. 96-99.

konusu arasındaki ilişkiye indirgenmemelidir, bu yapılacak nitelendirmenin bir sonucudur ve ortaklığın hukuki niteliğini belirleyen unsur ortaklar arasındaki ilişkiler, yani hakkın öznelere arasındaki ilişkidir.¹²⁷ Yazarın bu noktadaki en temel eleştirisi grup öğretisinin sadece elbirliği ilkesine yaslanmış olması – bu nedenle paylı hak sahipliği esasını benimseyen adi ortaklıkları dışlaması¹²⁸ – ve elbirliği ortaklığına hak ehliyetinin tanınmasının teorik temellerden yoksun olmasıdır.¹²⁹ Yazar ayrıca hak ehliyetinin varlığı konusunda yapılan dereceli ayrımı da reddetmekte ve ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmadığı halde hak ehliyetinin var olduğunu ileri sürmenin kendi içinde çelişkili olduğunu ifade etmektedir.¹³⁰ Bu değerlendirmenin Alman öğretisinin aksine kısmi hak ehliyeti gibi kavramlara mesafeli yaklaşan İsviçre'deki hâkim öğretiyi de isabetli bir şekilde yansıttığı söylenebilir. Grup öğretisi ile ilgili olarak biraz yukarıda aktarılan ve UmwG'de yapılan değişikliğe ilişkin gerekçeleri bakımından ise bu hükümlerin amacının adi ortaklığa hak ehliyeti tanımak olmadığı ve bu yöndeki bir yorumun hükmün amacını aşacağı yazar tarafından ifade edilmiştir.¹³¹ Bu bağlamda, elbirliği veya paylı hak sahipliğine dayalı ortaklık yapıları arasında herhangi bir ayrıma gidilmemelidir ve hukuki niteliğe ilişkin yapılan değerlendirmede hak sahipliği yapısı da dikkate alınmamalıdır. Dolayısı ile hukuki nitelik sorunu kişiler ve eşya hukuku unsurları birlikte ele alınarak değil, salt kişiler hukuku düzleminde çözümlenmelidir.¹³² Bu nedenledir ki her bir kişi birliğinin hukuki niteliği hak sahipliği yapısı üzerinden değil, o kişi birliğine ilişkin kanuni düzenlemeler bağlamında belirlenmelidir.¹³³ Bu bağlamda değerlendirmeye İsviçre öğretisinin bir kısmınca tüzel kişiliği bulunmayan ancak hak ehliyeti bulunan bir ortaklık olarak kabul edilen kolektif ortaklıklardan yola çıkarak¹³⁴ başlayan bu görüş, adi

¹²⁷ **Vonzun**, kn. 355, 374.

¹²⁸ Yazara göre hukuki niteliğe ilişkin bu değerlendirmeler bakımından elbirliği ya da paylı hak sahipliği esasına dayanan adi ortaklıklar arasındaki bir ayrım yapılmamalıdır. Hakkın öznesi ile konusu arasındaki ilişki bakımından varılacak sonuç zaten hukuki nitelendirmenin bir sonucudur, bu iki tür ortaklık yapısı arasında tespit edilebilecek farklar ancak malvarlığı ve ortaklık payı bakımından mevcut olabilir ancak bu farklar yazara göre önemli nitelikte değildir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **Vonzun**, kn. 360-373, 377 vd.

¹²⁹ **Vonzun**, kn. 333-334, 357, 375.

¹³⁰ **Vonzun**, kn. 337.

¹³¹ **Vonzun**, kn. 339-340.

¹³² **Vonzun**, kn. 387-390, 497.

¹³³ **Vonzun**, kn. 397.

¹³⁴ İsviçre hukukunda kolektif ortaklıkların hak ehliyetine ilişkin bu tartışma için bkz. **Lukas Handschin/Han-Lin Chou**, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/4b,

ortaklıklar bakımından da adi ortaklığın üçüncü kişiler ile girmiş olduğu ilişkiler bakımından bir ayırım yapmaktadır. Bu noktada belirleyici kriter ise ticari işletme işletmektir. Örneğin kollektif ortaklıklarda ortaklarının tüzel kişi olamaması nedeniyle, tüzel kişi ortakları bulunan bir adi ortaklığın ticari işletme işletmesi halinde ortaya çıkan – ve doğrudan kollektif ortaklık olarak nitelendirilemeyecek – bu atipik adi ortaklığa kollektif ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir, bu itibarla mezkûr ortaklığın hak ehliyetinin tanınması da gerekmektedir. Bunun dışında kalan tipik adi ortaklıklar bakımından ise hak ehliyetinin mevcudiyetinden bahsedilemez.¹³⁵

İsviçre öğretisinde adi ortaklığın hukuki niteliği bakımından salt eşya hukuku perspektifini büyük ölçüde reddeden ve soruna bir kişiler hukuku sorunu olarak yaklaşan bu yönelimin devam ettiği görülmektedir. Sorunu doğrudan adi ortaklığın hukuki niteliği bağlamında inceleyen *Müller de Vonzun* gibi bu sorunun temelde bir kişiler hukuku meselesi olduğu kanaatindedir.¹³⁶ Yazara göre grup öğretisinin bütünüyle kabulü İsviçre hukuku bakımından isabetli olmayacaktır. Grup öğretisi bir taraftan hak ehliyetini münhasıran dış ortaklıklara tanımaktayken, öte yandan bu sadece elbirliği ilkesi mevcut ise geçerlidir. Haliyle gizli ortaklıklar gibi iç ortaklıklar veya paylı hak sahipliği ilkesinin benimsendiği her türlü ortaklık yapısı bakımından istisna ortaya çıkmaktadır. Gerek bu denli istisnayı barındırması gerekse uygulama şartlarından birinin salt eşya hukuku bağlamında hak sahipliği yapısı olması itibarıyla grup öğretisinin bütünüyle uygulanması uygun olmayacaktır.¹³⁷ Ayrıca adi ortaklık İsviçre uygulamasında Alman hukukuna göre çok daha çeşitli görünümlere sahiptir. Özellikle organizasyonel yapısı çok zayıf ve ortaklar arasındaki bağın gevşek olduğu ortaklık yapılarında bu ortaklığa hak ehliyeti tanımak yerinde olmayacağı gibi tarafların/ortakların iradelerine de aykırı olacaktır.¹³⁸ Ayrıca Alman öğretisinde kimi yazarların dayanak olarak kullandığı UmwG'nin karşılığı olan FusG adi ortaklıkları açık bir biçimde kapsam dışında bırakmıştır.¹³⁹ Bununla

Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552 - 619 OR, 4. b., Zürich: Schulthess, 2009, Art. 553 OR, kn. 45 vd.

¹³⁵ *Vonzun*, kn. 581 vd.

¹³⁶ *Müller*, kn. 73-75. *Müller* de hak sahipliği bakımından hakkın öznesi ile konusu arasındaki ilişki İsviçre'de hâkim olarak kabul edilen çoklu hak sahipliği yapısının ortaklığın hukuki niteliğinin belirlenmesinde bir gerekçe olmadığını, bunun ortaklığın hak ehliyetinin bulunmamasının bir sonucu olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda bkz. *Müller*, kn. 140.

¹³⁷ Yazarın grup öğretisine yönelik eleştirilerinin tamamı için bkz. *BK-Fellmann/Müller*, Vor. Art. 530-544 OR, kn. 153 vd.

¹³⁸ *Müller*, kn. 132.

¹³⁹ *Müller*, kn. 131.

birlikte yazar grup öğretisinin bütünüyle iktisabını reddetmekle birlikte kısmi bir uygulamanın İsviçre hukuku bakımından makul olduğu görüşündedir. Zira adi ortaklığa sadece eşya hukuku bağlamında birden çok kişinin dahil olduğu bir birlikte hak sahipliği yapısı olarak yaklaşılması adi ortaklığı basit bir paylı mülkiyet ilişkisi ile benzer bir hukuki konuma yerleştirecektir. Buna karşın adi ortaklıkta ortakların ortaklık ilişkisindeki hukuki akıbetleri bakımından bireysel iradelerinin yerini ortaklıktaki müşterek irade almaktadır.¹⁴⁰ Buna göre adi ortaklıklar hak ehliyetine sahip olmasa da salt bir borç ilişkisinden veya basit bir şekilde birden fazla kişinin birlikte hak sahipliğinden daha yoğun bir düzeyde sosyal/organizasyonel özellikleri bulunan ve hukuki işlemlere katılan yapılardır.¹⁴¹ Ortaklık hak ehliyetine sahip olmasa da özellikle hak sahipliği, tasarruf, yönetim, temsil gibi birçok husus itibarıyla ortakların şahsından ayrılmakta ve bir derecede bağımsızlaşmaktadır. Bu nitelendirme ortaklığın ayrı bir kişi olarak olmasa bile mensuplarından da ayrı bir yapı olarak hukuki işlemlere girdiği şeklinde yorumlanabilir.

Bu bağlamda yazar adi ortaklıkla ilgili iki hususa özel olarak dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki şaşırtıcı olmayan bir şekilde elbirliği ilkesidir. Adi ortaklığın ilk OR tasarısında paylı hak sahipliği esasına dayalı olarak düzenlenmesine rağmen sonrasında elbirliği ilkesinin kabul edilmesi – her ne kadar bu değişikliğin yaratacağı sonuçlar kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olsa da – ortaklığın ortaklardan belirli ölçüde bağımsızlaşmasına neden olmaktadır.¹⁴² Elbirliği ilkesi temeldeki sözleşmesel ilişkiyi gerçek anlamda bir ortaklık ilişkisine çevirmektedir ve bu ilke sayesinde ortaklık üçüncü kişilere karşı bir kimlik kazandığı gibi, yine ancak elbirliği ilkesi nedeniyle ortakların kişisel malvarlığından ayrı olan ve ortaklığın ortak amacına hizmet eden bir ortaklık malvarlığının oluşması mümkün olmaktadır.¹⁴³

Yazarın dikkat çektiği diğer bir unsur ise ortaklığın sahip olduğu organizasyonel yapıdır. Adi ortaklığın bu şekilde hukuki işlemlere girebilecek bir yapı olarak ortaya çıkabilmesi için belirli bir yoğunlukta organizasyonel yapının bulunması aranmaktadır. Bu organizasyon en başta kanunun adi ortaklığa ilişkin hükümlerinden

¹⁴⁰ Müller, kn. 141. Yazarı özellikle bu hususlarda yukarıda değinilmiş olan *Gierke*’den önemli ölçüde etkilendiği görülmektedir.

¹⁴¹ Müller, kn. 142. Bu özelliği ifade etmek için eserde “*Wirkungseinheit*” terimi kullanılmıştır. Bu terim dilimize “fonksiyonel bir birlik/birim” yahut “etki birliği” gibi çevrilebilecek olsa da bu çeviriler tek başına kavramın anlamını yansıtmada başarılı olmayacaktır.

¹⁴² Müller, kn. 127.

¹⁴³ Müller, kn. 128.

kaynaklanmaktadır. Zira ilgili hükümler incelendiğinde ortaklar arasındaki borçları düzenleyen hükümlerin ötesinde yönetim veya temsil gibi organizasyonel nitelikte hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Bu organizasyonel yapı ayrıca ortaklık sözleşmesi ve ortaklık kararlarından da müteşekkildir. Bu kaynaklardan doğan kuralların tamamı adi ortaklığı sosyal nitelikli bir bütün haline getirmektedir ve kişiler hukukunun kapsamına giren bir ortaklık ortaya çıkartmaktadır.¹⁴⁴ Yazarın değerlendirmeleri bir bütün halinde incelendiğinde elbirliği ilkesine özel olarak dikkat çekildiği görülse de Alman grup öğretisini özellikle hak ehliyetinin varlığı bakımından reddeden bu görüşün hukuki nitelendirmeyi daha ziyade organizasyonel yapı ve buna bağlı olarak ortaklık sözleşmesi üzerinden yaptığı görülmektedir. Nitekim belirli düzeyde organizasyonel yapıya sahip olan ancak paylı hak sahipliği ilkesini benimsemiş adi ortaklıkların da hukuki nitelik bakımından aynı şekilde telakki edilmiş olması¹⁴⁵ bu durumun göstergesidir. Hal bu iken akla gelen ilk soru grup öğretisini reddeden bu görüşün nitelendirmeye ilişkin değerlendirmelerinin pratik öneminin ne olacağıdır. Bu tespitin pratik sonucu özellikle pay devrinin sonuçları gibi ortaklığın organizasyonel yapısına ilişkin hukuki sorunlar bakımından sunulacak çözümlerin eşya hukukuna değil, ortaklıklar/kişiler hukuku temeline yaslanan (*verbandsrechtliche*) bir perspektifte olması gerektiğidir.¹⁴⁶

C. Türk Öğretisi ve Yargı Uygulamasında Mevcut Durum

1. Genel Olarak

Görüldüğü üzere elbirliği ortaklığının ve dolayısı ile tipik adi ortaklıkların niteliği bakımından Alman ve İsviçre öğretisinde uzun yıllara dayanan derin tartışmalar mevcuttur. Elbirliği ilkesinin kaynağı olarak görülebilecek Alman hukukunda grup öğretisinin son yirmi yılda azınlık görüş olmaktan çıkıp hâkim görüş haline geldiği, özellikle MoPeG reformu ile bu durumun normatif bir zemine yerleştiği ve bu çalışmada tipik adi ortaklık olarak tasnif edilen ortaklıklar bakımından hak ehliyetinin tanındığı açıktır. Mehaz İsviçre hukukunda ise gerek TMK kapsamında genel olarak elbirliği ile hak sahipliği gerekse adi ortaklıklar bakımından grup öğretisinin 20. yüzyılın ortalarına kadar önemli bir etkiye sahip olduğu ancak sonraları öğretinin büyük ölçüde birlikte hak sahipliği (*Rechtsgemeinschaft*) kavramına yaslanan ve çoklu hak sahipliğini kabul eden

¹⁴⁴ Müller, kn. 129.

¹⁴⁵ Müller, kn. 143.

¹⁴⁶ Müller, kn. 145.

bir yöne evrildiği görülmektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda son yirmi yılda yaşanan gelişmeler İsviçre öğretisinde de hâkim görüşü sarsabilecek derecede olmasa da büyük etkiler yaratmıştır. Bu bağlamda bir eşya hukuku problemi olarak elbirliği ortaklığı ve adi ortaklığın niteliği bakımından önemli bir değişiklik görülmesi de adi ortaklığın bir kişiler hukuku sorunu olarak da değerlendirilmesi gerektiği İsviçre öğretisinde gittikçe daha çok vurgulanmıştır. İsviçre-Alman öğretisindeki durum yukarıda ortaya konduktan sonra adi ortaklığının niteliğinin ne olduğu sorusu cevaplanmadan önce bu bölümde Türk öğretisinin ve yargı uygulamasının meseleye bakışı kısaca ortaya konacaktır.

Elbirliği ilişkisinin niteliğinin Türk öğretisinde özel olarak sıklıkla üzerinde durulan bir konu olmadığı söylenebilir. Bu konuyu özel olarak inceleyen yegâne eser *Ayiter* tarafından kaleme alınan monografidir.¹⁴⁷ Elbirliği ilişkisi eşya hukuku genel eserlerinde kısaca yer bulmakla birlikte, miras ortaklığının elbirliği esasına dayanması ve de terekede bulunan bir taşınmaz üzerindeki miras payının devrine ilişkin ayrıkası Yargıtay içtihadı nedeniyle miras hukuku eserlerinde de sıklıkla incelenmiştir. Bu değerlendirmelere bakıldığında bazı tespitlerin sıklıkla tekrarlandığı görülmektedir. Bunlardan en önemlileri elbirliği ortaklığında ortakların hukuki sahaları korunmakla beraber ortaklık bakımından bireysel iradenin yerini kollektif iradenin almasıyla ortaklığın üçüncü kişilere karşı bir birlik halinde gözükmesi ve elbirliğinde ancak uyuyan bir paydan bahsedilebilecek olmasıdır.¹⁴⁸ Bununla birlikte bu eserlerin birçoğunda daha detaylı değerlendirmelere yer verilmediği görülmektedir. Benzer şekilde elbirliği halinde devre konu olabilecek bir pay bulunmadığı ancak bunun istisnasının adi ortaklıkta bulunduğu da sıklıkla dile getirilmiştir.¹⁴⁹ Aşağıda daha detaylı olarak incelenecek Yargıtay içtihadı da eklendiğinde Türk öğretisinde elbirliği ortaklığının ve adi ortaklığın niteliğinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda halen açıklanması gereken hususların bulunduğu göze çarpmaktadır.

Öğretide görüş birliğinin bulunduğu en temel husus elbirliği ortaklığının tüzel kişiliğinin ve hak ehliyetinin bulunmadığıdır.¹⁵⁰ Bununla birlikte elbirliği ortaklığının

¹⁴⁷ Bkz. **Ayiter**, Elbirliği.

¹⁴⁸ Örnek olarak bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 534.

¹⁴⁹ Örnek olarak bkz. **Lale Sirmen**, Eşya Hukuku, 11. b., Ankara: Legem Yayınevi, 2023, s. 426; **Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 24. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, kn. 1358.

¹⁵⁰ **Ayiter**, Elbirliği, s. 104; **Doğanay**, s. 32; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 635-636; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, kn. 1334; **Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne**, Eşya

alelade bir kişi birliğinden öte bir organizasyona sahip olduğu ve tüzel kişiliğe yakın bir konumda bulunduğu da kabul edilmektedir.¹⁵¹ Bu bakımdan elbirliği ortaklıkları hak sahipliği ilişkisi bakımından tüzel kişinin sahip olduğu tek kişi mülkiyeti ile alelade bir birlikte hak sahipliği olan paylı mülkiyet arasında bir konuma yerleştirilmektedir¹⁵² ve tüzel kişiliğe oldukça yaklaşmaktadır.¹⁵³ Zira elbirliği ortaklıkları tüzel kişi niteliğinde olmasalar da dış ilişkilerinde üçüncü kişilere karşı tek bir kişi olarak gözükmektedir.¹⁵⁴ Özellikle ortak sayısı bakımından sınır bulunmayan ve teşkilatlanmış adi ortaklık yapıları bakımından ortaklık ortaklardan bir ölçüde bağımsızlaşmaktadır.¹⁵⁵ Ortaklığın üçüncü kişiler ile olan ilişkileri bakımından yapılan bu değerlendirmenin altında ortakların özellikle ortaklık malvarlığında bulunan değerler üzerinde tek başlarına tasarruf edememeleri ve diğer hakların kullanımı bakımından da bu sıkı bağlılığın mevcut olması gösterilebilir.¹⁵⁶ Bağlantılı olarak ortaklık malvarlığının bir özel malvarlığı teşkil ediyor olması ve özel malvarlığının özellikleri de¹⁵⁷ bu değerlendirmeleri destekler niteliktedir.

2. Hak Sahipliği İlişkisi Bakımından Durum

Hukuku, 8. b., İstanbul: On İki Levha, 2020, kn. 775; **Ferit Hakkı Saymen/Halid Kemal Elbir**, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963, s. 236, 256; **Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel**, Türk Eşya Hukuku, 2. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 433; **Fikret Eren**, Mülkiyet Hukuku, 6. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 130; **Oruç Hami Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 119.

Bu husus ekseriyetle kabul görmüş olmakla birlikte öğretide *Ansay* özellikle Alman öğretisinde adi ortaklığın hak ehliyetine ilişkin gelişmelere de değinerek belirli yapıdaki adi ortaklıklara tüzel kişilik tanınmasa dahi en azından bazı işlemler bakımından kısmi hak ehliyeti tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Ansay**, *Adi Şirket*, s. 152-154; **Tuğrul Ansay**, “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, ed. Hayri Domaniç, İstanbul: Beta, 2001, s. 1-11.

¹⁵¹ **Rona Serozan/Baki İlkey Engin**, Miras Hukuku, 9. b., İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2024, § 7, kn. 7; **Şener**, Ortaklıklar, s. 25. Adi ortaklık özelinde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 579. Yazarlar ortaklığın kısmi hak ehliyetine sahip bir hak öznisi olarak bile düşünülebileceğini belirterek adi ortaklığın tüzel kişiliğe oldukça yakın bu konumunu vurgulamaktadır.

¹⁵² **Saymen/Elbir**, s. 236.

¹⁵³ **Rona Serozan**, Eşya Hukuku I, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, kn. 1020; **Serozan/Engin**, § 7, kn. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 636. Adi ortaklık bakımından bu ortaklığın tüzel kişiliğe oldukça yakın olduğu yönünde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 579; **Şener**, Ortaklıklar, s. 25.

¹⁵⁴ **Saymen/Elbir**, s. 236; **Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Eşya Hukuku, 2. b., İstanbul: Beta, 2018, s. 408. Elbirliği ortaklığına bazı açılardan tek bir kişi gibi davranıldığı yönünde bkz. **Nomer/Ergüne**, kn. 775. Adi ortaklık özelinde aynı yönde bkz. **Doğanay**, s. 32.

¹⁵⁵ **Doğanay**, s. 32. Yazar farklı olarak ortaya çıkan bu bağımsızlığın adi ortaklığın bir elbirliği ortaklığı olmasından değil, ortaklığın içeriği ortak amaca ulaşma yönündeki borçtan kaynaklandığını, elbirliği ilişkisinin de kişi birliğinin bağımsızlığına kanunun bağladığı bir sonuç olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Doğanay**, s. 33.

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Şener**, Ortaklıklar, s. 25.

¹⁵⁷ Bkz. aş. § 4.

Elbirliği ortaklıklarının niteliğine ilişkin bu genel kabullerin yanında elbirliği ortaklığında hak sahipliği ilişkisine dair Alman-İsviçre öğretisindeki tartışmalara Türk öğretisinde de sınırlı olarak değinildiği görülmektedir. Elbirliği ortaklıklarında hak sahipliği bakımından günümüzde hâkim olan görüşün, yukarıda *von Gierke* ve *von Tuhr* tarafından ileri sürülen bölünmemiş birlikte hak sahipliği teorisini reddettiği ve her bir ortağın bireysel olarak hak sahibi olarak birden fazla hak sahipliği ilişkisinin var olduğunu kabul ettiği ifade edilmektedir.¹⁵⁸ Buna göre her bir ortağın sahip olduğu bu hak birlikte tasarruf kuralı gereği sınırlandırılmış durumdadır.¹⁵⁹ Nitekim TMK 701 II'nin lafzının bu şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁰ Bu açıklama elbirliği ortaklıklarında malvarlığı üzerinde tasarrufa konu olabilecek bir payın bulunmadığı savı ile uyum içindedir. Fakat bu durum bir payın bulunmaması ile değil, var olan payın tasarrufa elverişli olmaması ile de açıklanabilir.

Ne var ki diğer bazı yazarlar ise bu görüşün günümüzde reddedildiğini ve ortakların bireysel olarak değil ancak bir birlik içinde/halinde hak sahibi olduğunu ifade eden *von Gierke*'nin temellerini attığı görüşün öğretiye hâkim olduğunu, bunun Türk öğretisi tarafından da benimsendiğini ifade etmektedirler.¹⁶¹ Bu nedenle tek bir hak bulunmakla birlikte bu hakkın öznesi bir birlik halinde ortaklardır.¹⁶² Benzer şekilde haktan doğan yetki ve ödevlerin de yine bölünmeksizin ortakların tamamına ait olduğu ifade edilmektedir.¹⁶³ Bir yukarıdaki paragrafta değinilenin aksine yazarlar, TMK 701'de elbirliği mülkiyetine ilişkin olarak yapılan tanımın bizi bu görüşe yaklaştırdığı kanaatindedirler.¹⁶⁴ Güncel Yargıtay içtihadı incelendiğinde bu görüşe meyleden

¹⁵⁸ **Nomer/Ergüne**, kn. 778; **Saymen/Elbir**, s. 256; **Serozan/Engin**, § 7, kn. 7; **İsmet Sungurbey**, “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü”, *Yargıtay Dergisi*, C. 15, S. Özel Sayı (1989), s. 264-265.

¹⁵⁹ **Nomer/Ergüne**, kn. 778; **Saymen/Elbir**, s. 256; **Serozan/Engin**, § 7, kn. 7.

¹⁶⁰ **Nomer/Ergüne**, kn. 778.

¹⁶¹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 409-410; **Eren**, s. 130.

¹⁶² **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 410; **Eren**, s. 130.

¹⁶³ **Eren**, s. 130; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 408. Son yazarlar dikkat çekici bir biçimde aynı yerde “*Tek ve paylara bölünmüş bu mülkiyet hakkının süjesi, birden çok kişidir.*” ifadesini kullanmaktadır, ancak eserin ilerleyen bölümlerinde “*ortakların mal üzerinde hep birlikte sahip bulundukları tek ve bölünmemiş bir mülkiyet hakkı vardır*” şeklinde bir ifadesi mevcuttur. Bkz. s.414. [Metindeki vurgular yazar tarafından eklenmiştir]

¹⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, kn. 1335,1337; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 410. Anılan son yazarlar ayrıca Yargıtay’ın 1962 yılında vermiş olduğu ve ortakların ortaklık malvarlığında belli bir pay üzerinde aynı hakkı bulunmadığına ilişkin kararına atıfta bulunarak bu görüşün yargı uygulamasında da benimsendiğini ifade etmektedirler. İlgili karar için bkz. Yarg. HGK, E. 1962/65 K. 1962/94 T. 26.12.1962. Ancak bu karara konu değerlendirmelerin Yargıtay’ın terekede bulunan taşınmazlara ilişkin 1985 tarihli

ifadelerin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir: “*bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi eşya üzerinde ortaklardan her birinin doğrudan doğruya bir hakkı da yoktur. Mülkiyet bir bütün olarak ortaklardan tümüne aittir. Başka bir anlatımla ortaklık tasfiye oluncaya kadar ortaklardan birinin ayrı mal veya hak sahipliği bulunmayıp, hak sahibi ortaklıktır.*”¹⁶⁵

Elbirliği ortaklıklarında hak sahipliği ilişkisi bakımından bu değerlendirmelerin yanında Yargıtay’ın 1985 yılında terekede bulunan bir taşınmaz üzerindeki miras payının başka bir mirasçıya devrinin mümkün olduğuna ilişkin olarak vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararı¹⁶⁶ da bu tartışma bakımından önemlidir. Kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan eMK¹⁶⁷ 612 yalnızca miras hakkının mirasçılar arasında devrine ilişkin işlemin yazılı şekle tabi olduğunu ve üçüncü kişi ile devre ilişkin yapılan işlemin devralana paylaşmaya katılma hakkını vermeyeceğini düzenlemekteydi. Bu bağlamda içtihadı birleştirme kararına konu olan husus mirasçılardan birinin miras hakkını – bir diğer ifade ile miras payını – devretmeye ilişkin mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin terekenin tümünü kapsamasının gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak terekede bulunan bir taşınmaz üzerindeki miras payının tek başına devre konu olup olamayacağıdır. Yargıtay İBBGK ilk olarak, elbirliği ile hak sahipliği gereği, mirasın paylaşılmasına kadar mirasçıların terekedeki değerler üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamayacakları ve birlikte hareket ilkesinin geçerli olduğuna değinmiştir. Sonrasında anılan eMK 612 düzenlemesinin terekedeki bir taşınmaz üzerindeki miras payının başka bir mirasçıya devrinin geçerli olduğuna ve de aynı etki taşıdığına karar vermiştir. Kararda varılan sonucun gerekçelerinden ilki eMK 612 hükmünün birlikte hareket ilkesi gereği taşınmaz üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayan mirasçıların mali sıkıntı içinde olmaları sorununun çözümünü amaçladığıdır. Diğer gerekçe ise kararda ifade edildiği şekliyle “çoğun içinde azın da bulunduğu” esas gereği mirasçıların miras payının tamamını bir diğer mirasçıya devretmesi mümkünken, belirli bir taşınmazdaki miras

İçtihadı birleştirme kararında reddedildiği, nitekim ilgili kararın karşı oylardan birine esas alındığı görülmektedir.

¹⁶⁵ Yarg. 10. HD, E. 2021/8596 K. 2021/14300 T. 16.11.2021; Yarg. 1. HD, E. 2013/18271 K. 2014/4262 T. 25.2.2014; Yarg. 1. HD, E. 2008/12381 K. 2009/1413 T. 5.2.2009. Bu ifadelerin miras payının devrine ilişkin aşağıda incelenen içtihadı birleştirme kararında elbirliğinin niteliğine ilişkin tespitler ile bağdaşmadığı açıktır. Benzer yönde bkz. **Doruk Gönen**, Mirasın Paylaşılması, İstanbul: On İki Levha, 2023, s. 72.

¹⁶⁶ Yarg. İBBGK, E. 1984/2 K.1985/5 T. 24.05.1985.

¹⁶⁷ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (RG, 04.04.1926, S. 339)

payının da başka bir mirasçıya devrinin mümkün olması gerektiğidir.¹⁶⁸ Çoğunluk oyu ile alınan bu karar İBBGK içinde önemli itirazlar ile karşılaşmıştır. Tahmin edilebileceği üzere bu itirazlar genel olarak terekede bulunan bir değer üzerinde ortaklık payı bulunamadığı, elbirliği mülkiyetinde eMK 630 kapsamında hiçbir ortağın tasarrufa konu olabilecek bir payından veya böyle bir pay üzerindeki aynı hakkından da bahsedilemeyeceği, mirasçıların hakkının terekedeki tek bir değer üzerinde bulunmayıp, terekenin tümü üzerinde olduğu ve çoğun içinde azın bulunduğu şeklindeki yorumun ancak miras payının tamamının değil – yine terekenin tamamını kapsayacak şekilde – bir kısmının devrinin mümkün olduğu şeklinde yapılabileceği yönündedir.¹⁶⁹

Bu karar özelinde değinilmesi gereken ilk tespit elbirliği halinde hak sahipliğinin malvarlığının tamamı üzerinde tek bir hak sahipliği olarak değil, bu malvarlığında mevcut her bir değer üzerinde bir hak sahipliği olarak ortaya çıktığıdır. Nitekim bu duruma öğretide de dikkat çekilmektedir. Hakkın konusu malvarlığının bütünü değil, ayrı ayrı malvarlığı değerleridir.¹⁷⁰ Bu nedenle malvarlığının bütünü üzerinde tek bir mülkiyet hakkından değil, malvarlığına dahil her bir eşya üzerinde ayrı mülkiyet haklarından bahsedilmektedir. Elbirliğine konu bu değerlerin tamamı ise ortakların şahsi malvarlığından ayrı bir malvarlığı kümesi teşkil etmektedir. Bu, her bir değer üzerinde sahip olunan bu hakkın devredilebilip devredilemeyeceği tartışmasından ayrı bir yerdedir.

Karar çerçevesinde değinilecek ikinci tespit ise mirasçıların gerek tereke gerekse terekede bulunan değerler üzerindeki bu hakkının belirli hallerde tasarrufa konu olabileceğidir. Nitekim Yargıtay tarafından kabul edilen bu ilke kanun koyucu tarafından benimsenmiş ve TMK'nın kabulü sırasında TMK 677 I hükmü “terekenin tamamı veya bir kısmı” olarak düzenlenerek terekede bulunan bir değer üzerindeki miras payının devredilebileceği kanuni temele oturtulmuştur.¹⁷¹ Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi

¹⁶⁸ Yarg. İBBGK, E. 1984/2 K.1985/5 T. 24.05.1985.

¹⁶⁹ Bkz. Yarg. İBBGK, E. 1984/2 K.1985/5 T. 24.05.1985 karşı oy yazıları I-VI. Karşı oylarda ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu gibi bir devre imkân tanımadığına da değinilmektedir. İlgili karar için bkz. BGE 100 IB s. 121. İsviçre öğretisinde bugün de bu yorumun kabul edildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Peter C. Schaufelberger/Katrin Keller**, “Art. 634-640”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2015, Art. 635 ZGB, kn. 11.

Karara ve karardaki karşı oylara ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. **Sungurbey**, s. 253-288.

¹⁷⁰ **Ayiter**, Elbirliği, s. 101; **Nomer/Ergüne**, kn. 777; **Sirmen**, s. 425.

¹⁷¹ Madde gerekçesinde de ilgili değişiklik şu şekilde açıklanmıştır: “Böylece öğretide ve yargı kararlarında kabul edilen, payın devrinin terekenin tamamı üzerindeki payı kapsamasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş yasal dayanak bulmuştur.”. Burada dikkat çeken bir husus ilgili içtihadı birleştirme

3042 sayılı Kadastro Kanunu 15 III'de¹⁷² de karşımıza çıkmaktadır. Anılan hükümde açıkça elbirliği mülkiyetine konu bir taşınmazda ortakların bu taşınmazdaki payını diğer bir ortağa devri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin arkasında yatan olası düşünce de yine mirasçılar arasında yapılan bu devirlerin kadastro uygulaması sırasında dikkate alınmasıdır.¹⁷³ Anılan içtihat ve kanun hükümleri bir arada düşünüldüğünde Yargıtay ve kanun koyucunun elbirliği ile hak sahipliği sorunu bakımından miras ortaklığı özelinde bölünmüş hak sahipliği ilkesini – bilinçli olarak veya olmayarak – kabul ettiği söylenebilir.¹⁷⁴ Ne var ki bu kabulün miras ortaklığı özelinde bir istisna teşkil ettiğini söylemek yanlış olmaz. Bu imkânın kabul edilmesi karşısında bu hakkı pay olarak adlandırıp adlandırmamak terminolojik bir tartışmadan ibaret olacaktır.

3. Kişiler Hukuku Bakımından

Türk hukuku bakımından şimdiye kadar değinilen hususlar büyük ölçüde ortaklığın hak sahipliği ilişkisi bakımından yani eşya hukuku bağlamında niteliğine ilişkindi. Alman ve İsviçre hukukunun aksine Türk öğretisinde elbirliği ortaklığının bir kişiler hukuku sorunu olarak detaylı olarak incelenmediği ve ancak kısıtlı belirli tespitlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ilk olarak değinilmesi gereken husus elbirliği ile hak sahipliğinde ortaklar arasındaki kişisel bağ olacaktır.

Elbirliği ilkesi özellikle birlikte hareket ilkesi itibarıyla ortaklar arasında onları üçüncü kişilere karşı tek bir kişiymişçesine gösteren bir kişisel bağlılık

kararının sadece terekede bulunan taşınmazlara ilişkin olmasına karşın, TMK ile getirilen düzenlemenin böyle bir sınır içermemesidir. Kaldı ki miras payının içeriği ve niteliği bakımından içtihadı birleştirme kararına uygun olarak yapılacak bu gibi bir yorum da ancak terekede bulunan değerlerin türü bakımından bir ayrıma gidilmediğinde tutarlı olabilecektir.

¹⁷² Kadastro Kanunu 15 III: “İştirak halinde mülkiyet hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde, iştirakçilerinden biri veya birkaçının belirli bir taşınmaz maldaki hissesinin diğer iştirakçilere devir ve temlik; tapulu taşınmaz mallarda yazılı, tapusuzlarda ise her türlü delille ispat edilebilir”

¹⁷³ Bu düzenlemeler ile miras payının devri hususunda sadece tereke üzerindeki hakkın tamamının devre konu olabileceğini kabul eden Alman ve İsviçre hukukunun bir adım ötesine geçilmiştir. Terekede bulunan bir değer üzerindeki payın devre konu olamayacağı BGB § 2033 (2)'de açıkça düzenlenmektedir. ZGB'de ise bu konuda açık düzenleme olmamakla birlikte öğretilde kabul görmüş olan yönelim bu şekildedir. Bu konuda bkz. **Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer**, Schweizerisches Erbrecht, 2. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2020, kn. 2076-2078.

¹⁷⁴ Kadastro Kanunu 15 III lafzen miras ortaklığı ile sınırlı olmaksızın tüm elbirliği ortaklıklarını kapsamaktadır. Kanaatimce bu hükmü öngörürken kanun koyucunun güttüğü amaç miras ortaklıkları ile sınırlıdır. Bu sınırlı amaç iki ayrı yerde kendini göstermektedir. İlk olarak hükmün madde gerekçesinde düzenlemenin “Yargıtay içtihadı birleştirme kararına uygun olarak” düzenlendiği ifade edilmektedir, ki ilgili karar sadece miras ortaklığındaki devirlere ilişkindir. Buna ek olarak hükmün uygulanmasına ilişkin Taşınmaz Malların Sınırlandırma, Tespit ve Kontrol İşleri Hakkındaki Yönetmelik 11. maddede de “hisselerini devreden mirasının ismi yerine devalan mirasçının ismi tekrar yazılmak suretiyle tespit yapılır.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

barındırmaktadır.¹⁷⁵ Bu yönüyle tüzel kişiliğin bulunmamasına rağmen tek kişinin hak sahipliğine yakınsayan bir görünüm ortaya çıkartmaktadır.¹⁷⁶ Özellikle paylı hak sahipliği ilişkisi ile kıyaslandığında bu kişisel bağlılığın niteliği daha çok göze çarpmaktadır. Zira paylı hak sahipliğinde paydaşlar arasındaki ilişkinin sadece bir şey üzerinde birlikte hak sahibi olma olgusuna dayandığı ve bunun haricinde paydaşlar arasında kişisel bir ilişkinin bulunmadığı ifade edilmektedir.¹⁷⁷ Buna karşın elbirliği ile hak sahipliğinde ortaya çıkan bu birliktelik birlikte hak sahibi olmaktan ziyade bundan önce var olan kişisel ilişkiye dayanmaktadır.¹⁷⁸ Bu nedenle elbirliğinde kişisel ilişkiler ön plandayken birlikte hak sahipliğinin ikinci planda olduğuna dikkat çekilmektedir.¹⁷⁹ Öyle ki elbirliği ile hak sahipliğinin ortaya çıkabilmesi için bu kişisel ilişkinin varlığı şarttır.¹⁸⁰ Bu kişisel ilişki nedeniyle bağlı olan kişilerin bu ortaklık dolayısı ile elde ettiği değerler elbirliği ile hak sahipliğinin konusu haline gelirler.¹⁸¹ Bu durum şekilde de örneklendirilebilir: Paylı maliklerin – örneğin kat maliklerinin – oluşturdukları kişi birliği birlikte mülkiyet olgusundan doğmaktadır, buna karşın miras ortaklığı şeklindeki bir kişi birliği elbirliği şeklindeki birlikte hak sahipliğinden değil, bizatihi birlikte mirasçı olma olgusundan doğmaktadır. Bu itibarla – paylı hak sahipliği ilişkisindekinin aksine – elbirliği ile hak sahipliği bu kişi birliğinin nedeni değil, sonucu durumundadır. Buna bağlı olarak temelinde yatan kişisel ilişki olan ortaklığa son verilmedikçe elbirliği ile hak sahipliğinin de sonra erdirilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁸²

¹⁷⁵ Saymen/Elbir, s. 236. Benzer yönde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 408.

¹⁷⁶ Saymen/Elbir, s. 236.

¹⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 633; Saymen/Elbir, s. 258.

¹⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 631.

¹⁷⁹ Saymen/Elbir, s. 258.

¹⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 631; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 397-398; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 408; Eren, s. 131. Adi ortaklık özelinde bkz. Halil Arslanlı, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960, s. 66. Daha önce de ifade edildiği üzere elbirliğini ortaya çıkartan bu kişisel ilişki ancak kanunda sayılan haller olan miras ortaklığı, evlilik birliğinde mal ortaklığı, aile malları ortaklığı ve adi ortaklık hallerinde mevcut olabilir.

¹⁸¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 409. Adi ortaklık özelinde elbirliği ile mülkiyetin ortaklığın varlığının bir sonucu olduğu yönünde bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 181. Ortaklar arasındaki ilişki ile hak sahipliği yapısı arasındaki bağlantı adi ortaklık özelinde ortaklığın bağımsızlığı ile de açıklanmıştır. Buna göre adi ortaklığın oluşturduğu kişi birliğinin dışı karşı bağımsızlığı elbirliği ile hak sahipliğinden değil, tarafların ortak amaca ulaşmayı borçlanmalarından kaynaklıdır. Elbirliği ile hak sahipliği ise bu bağımsızlığa kanunun bağladığı bir sonuçtur. Bu yönde bkz. Doğanay, s. 33.

¹⁸² Eren, s. 129. Bu ifadeyi elbirliği ile hak sahipliği ilişkisine bütünüyle son vermek olarak anlamlandırmak doğru olacaktır. Zira ortakların elbirliğine konu malvarlığı bünyesinde bulunan herhangi bir değeri alelade bir tasarruf ile elbirliğinin düzeninin dışına çıkartabilmeleri tabi ki mümkün gözükmemektedir. Öyle ki miras ortaklığı bakımından terekenin tamamının yanında sadece terekedeki bazı

Adi ortaklığı mal topluluklarından ayırırken de yine bu kişisel bağlantıya önem atfedilmektedir. Örneğin vakıflarda belirli bir amaca tahsis edilmiş malvarlığı değerleri arasında bir bağlantı varken, adi ortaklıkta ortaklar/kişiler arasında bir bağlantı mevcuttur.¹⁸³ Zira adi ortaklığın birlik niteliğinin kaynağı ortaklar arasındaki bu sıkı kişisel bağlılıktır, öğretide bu durum adi ortaklığın kişisel bütünlüğü ilkesi olarak adlandırılmaktadır.¹⁸⁴

D. Ara Değerlendirme

Görüldüğü üzere elbirliği ilkesi ve elbirliği ortaklıklarının hukuki niteliği konusunda Alman-İsviçre öğretisindeki kadar derin olmasa da Türk öğretisinde de fikir ayrılıkları mevcuttur. Bununla birlikte Türk öğretisinde yapılan değerlendirmelerin önemli bir bölümü elbirliği ortaklıklarında hak sahipliği ilişkisi bakımından olup sadece eşya hukuku bağlamında yapılan bu değerlendirmeler elbirliği ortaklıklarının hukuki niteliği bakımından kapsayıcı bir sonuca varılması için yeterli olmayacaktır. Elbirliği ortaklıklarının tüzel kişiliğe sahip olmasa bile özellikle adi ortaklıklarda belirli bir organizasyonel yapıya sahip olması ve sıklıkla ifade edildiği üzere üçüncü kişiler ile olan ilişkilerinde adeta bağımsız bir hak öznesiymişçesine hareket etmesi karşısında adi ortaklığın hukuki niteliğini belirlerken konuya sadece eşya hukuku perspektifinden yaklaşmamak isabetli olacaktır. Ancak ortaklar arasındaki sıkı ilişkinin ve birlikte hareket ilkesinin temel kaynaklarından biri olan birlikte hak sahipliği de elbirliği ortaklığını açıklamaya çalışırken yadsınamaz bir etkiye sahiptir. Bu itibarla elbirliği ortaklıklarının hukuki niteliği sorununa hem hak sahipliği hem de kişi birliği bakımından birlikte yaklaşılması daha uygun olacaktır. Nitekim elbirliği ortaklıklarında ve özel olarak adi ortaklıkta pay kavramının açıklanması için de bu iki unsura birlikte başvurulması gerekecektir.

Bu bağlamda iki hususun ayrı ayrı ancak birbiriyle bağlantılı olarak ele alınmasında fayda görülmektedir. Bunlardan ilki elbirliği ile hak sahipliğinin nasıl açıklanacağı, ikincisi ise adi ortaklığın bir kişi birliği olarak konumu ve elbirliği ilkesinin bu konuma olan etkisi olacaktır.

değer bakımından elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine yönelik talep TMK 644 ile açıkça düzenlenmiştir. Bu tasarrufun iradi olarak yapılmasının önünde de herhangi bir engel görülmemektedir.

¹⁸³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 43.

¹⁸⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 70a.

1. Hak Sahipliği İlişkisinin Konusu Bağlamındaki Görüşlerin Yetersizliği

Elbirliği ilişkisi hak sahipliği bakımından incelendiğinde ilk olarak eşyanın fiilen veya farazi olarak bölünmesine yönelik görüşlerden bahsedilmiştir. Günümüzde paylı hak sahipliği halinde dahi paydaşların hakkının eşyanın tamamı üzerine yaygın olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁵. Elbirliği ile hak sahipliğinde ise bu durum daha da belirgindir. Nitekim TMK 701 II'de de bu durum ortakların hakkının elbirliğine konu malların tamamına yaygın olduğu şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla eşyanın maddi veya farazi olarak bölünmesi dogmatik olarak isabetli görülmemektedir. Nitekim birlikte hak sahipliği hallerinde eşyanın bölünmesine ilişkin bu görüşler güncel öğretide terk edilmiş bulunmaktadır.

Bölünmüş birlikte hak sahipliği teorisi bakımından ise ilk olarak ortaya konması gereken çekince bu teorinin paylı hak sahipliği ve elbirliği ile hak sahipliğini pay üzerindeki tasarruf edebilme imkânı hariç aynı nitelikte görmesidir. Daha önce belirtildiği üzere paylı hak sahipliği ilişkisi sadece birlikte hak sahipliği olgusunun bir tezahürüyken, elbirliği ile hak sahipliği belirli nitelikteki bir kişi birliğinin sonucu olarak ortaklar arasındaki kişisel ilişkilerin çok daha belirgin olduğu bir yapıda ortaya çıkar. Bu nedenle iki hak sahipliği arasında sadece pay üzerinde tasarruftan ibaret bir farkın bulunduğunu söylemek isabetli görünmemektedir. Buna bağlı olarak elbirliği ile hak sahipliği halinde ortaklığın üçüncü kişilere karşı bir birlik halinde gözükmesi gibi bir durum paylı hak sahipliği halinde – en azından bu ölçüde belirgin bir şekilde – mevcut değildir. Son olarak böyle bir konumlandırma elbirliği ile hak sahipliğinde ortaya çıktığı kabul edilen özel malvarlığı kavramını açıklamak konusunda da sorun yaratacaktır. Elbirliği halinde belirli menfaatleri korumayı amaçlayan özel malvarlığı elbirliği ile hak sahipliğinde bu ilişkinin özel niteliğinin de bir sonucudur. Hak sahipliği ilişkisinin paylı mülkiyette olduğu gibi – tasarruf edilemiyor olsa da – müstakil bir hak olarak paylı mülkiyetteki pay/hak ile eş tutulması, elbirliğine konu malvarlığının ortakların şahsi malvarlığından ayrı bir özel malvarlığı olarak nitelendirilmesini engelleyecektir. Zira bu müstakil hak – tasarruf edilemiyor olsa da – ortakların şahsi malvarlığı içindeki bir değerden ibaret olacaktır. Bölünmüş birlikte hak sahipliği teorisi kanuni düzenleme bakımından TMK ile büyük

¹⁸⁵ TMK 688 I paylı hak sahipliğinde paydaşların maddi olarak bölünmeyen bir malın tamamı üzerinde hak sahibi olduğunu belirtmektedir.

ölçüde paralel olan İsviçre hukukunda pozitif hukuk ile uyumlu olmadığı gerekçesi ile de eleştirilmektedir¹⁸⁶.

Elbirliğine konu malvarlığının bütünlüğüne dayanan malvarlığı birliği teorisi her ne kadar özel malvarlığı konusunda – özellikle bu malvarlığı üzerinde tasarrufun sınırlanması ve üçüncü kişilerin bu malvarlığına el atmasındaki sınırlar bakımından – haklı tespitler içeriyor olsa da malvarlığında bulunan değerlerin bir hakkın konusu olma özelliklerini kaybetmeleri bakımından mevcut hukuk düzeni bakımından tutarsızlık yaratmaktadır. Zira buna göre elbirliği ile hak sahipliğinde hakkın konusu özel malvarlığının tamamıdır ve münferit malvarlığı değerleri hakkın konusu olma özelliğini kaybetmişlerdir. Buna karşın Türk öğretisinde de ekseriyetle kabul edildiği üzere elbirliği ortaklarının hakkı ortaklık malvarlığı değerlerinin her biri üzerinde ayrı ayrı mevcuttur. Her ne kadar elbirliğine konu malvarlığı değerleri arasında bir bağlantı olduğu aşikâr olsa da bu değerler mülkiyet konusu olma bakımından bağımsızlıklarını yitirmiş değillerdir. Aksi bir kabul halinde münferit malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerini de açıklamak da oldukça güç olacaktır. Kaldı ki mezkûr teori ortakların bu özel malvarlığının bütünü üzerinde nasıl birlikte hak sahibi olduklarını da açıklamamaktadır. Bu soruna basite indirgenmiş bir örnekle dikkat çekmek gerekirse elbirliğine konu tek bir malvarlığı değerinin bulunduğu bir ortaklıkta özel malvarlığı sadece bu değerden oluşacaktır. Bu durumda bu değer üzerindeki çoklu hak sahipliği ilişkisi nasıl açıklanacaktır? Bu soruyu yanıtlamak için kaçınılmaz olarak hakkın öznesine veya hak sahipliğinin konusuna ilişkin diğer görüşlerden birine başvurmak zorunludur. Bu nedenle malvarlığı birliği teorisi özel malvarlığını tanımlamak konusunda faydalı olsa da hak sahipliği ilişkisini açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır.

Hakkın bölünmesinden ziyade çoğalmasına dayanan görüşleri ise hukuk sistemimiz çerçevesinde açıklamak güçtür. Öğretide bu görüşlerin TMK 701 II ve 702'in lafzı ile çeliştiği ifade edilmişse¹⁸⁷ de sadece ilgili hükümlerin lafzından bu çıkarımı yapmak kolay gözükmemektedir. Zira TMK 701 II'de ortakların haklarının malların tamamına yaygın olduğu ifade edilmekle birlikte, malvarlığı üzerinde tek bir hakkın mevcut olduğu

¹⁸⁶ **BK-Graham-Siegenthaler**, Art. 652 ZGB, kn. 41. Bu görüşteki kimi yazarların gerekçelerden biri olarak ZGB 646 vd. hükümlerinin üst başlığı olarak *Gemeinschaftliches Eigentum* (TMK 688 vd. bakımından “Birlikte Mülkiyet”) ifadesinin kullanıldığını, bu bağlamda ancak hakkın bölünmemesi halinde birlikte mülkiyetten bahsedilebileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Dieter Zobl**, *Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften*, Zürich: Schulthess, 1973, s. 40.

¹⁸⁷ **Hatice Tolunay Ozanemre Yayla**, *Mirasın Paylaşılması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 27-28.

izlenimini doğuracak şekilde, “her birinin hakkı” ifadesi kullanılmıştır. TMK 702’de bulunan tasarruf sınırlamalarına ilişkin düzenlemeler ise lafzen hakkın bölünmesi veya çoğalması bakımından herhangi bir açıklık içermemektedir. Bu gibi bir yorum hukuk düzenimizin özellikleri düşünüldüğünde de başkaca sorunlara yol açmaktadır. Buradaki temel sorun elbirliği ortaklarının sahip olduğu hakkın içerik bakımından özdeş ve tasarruf edebilme hali hariç tam bir mülkiyet hakkı olduğunun kabulüdür. Bir eşya üzerinde aynı içerikte olan birden fazla mülkiyet hakkının bulunması nasıl mümkün olabilir? Kanun koyucu paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların hakkını belirli paylara bölerek bu sorunu çözmektedir. Benzer bir sorunun akla gelebileceği sınırlı ayni haklar bakımından ise bu hakların niteliği gereği bir eşya üzerinde – aynı içeriğe sahip veya değil – birden fazla sınırlı ayni hakkın bulunabileceği kabul edilmiş ancak bu birliktelik sınırlı ayni haklar arasındaki sıra ilişkisi ile düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı bakımından ise bu gibi bir durum söz konusu değildir. Sınırlı ayni haklardakine benzer bir ilişkinin bu özdeş mülkiyet hakları bakımından tasarruf kabiliyeti bağlamında mevcut olduğu kabul edilse bile bu durum iki açıdan sorun doğurmaktadır. Bunlardan ilki bu mülkiyet haklarının ortakların kişisel malvarlığında bulunmaları olacaktır. Buna mukabil ortakların elbirliğine konu malvarlığı üzerindeki haklarına ortaklık alacaklıları tarafından el atılamamasının veya üçüncü kişinin ortaklıktan olan alacağını bir ortağın borcu ile takas edememesinin en temel gerekçelerinden biri bu değerlerin özel malvarlığı olarak ortakların kişisel malvarlığından ayrılmış olmalarıdır. Ortakların ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki haklarında – söz gelimi mülkiyet haklarında – tasarruf edememeleri anılan görüşteki tasarruf sınırlaması ile açıklanabilecek olsa da bu sınırlama kişisel alacaklılarının bu malvarlığına el atamamalarını açıklamak için yeterli değildir. Benzer şekilde ortaklık alacaklılarının belirli şartlar altında ortaklık borçlarından dolayı elbirliğine konu malvarlığında bulunan değerleri haczettirebildikleri de¹⁸⁸ düşünüldüğünde – ki bu da elbirliğine konu malvarlığının özel malvarlığı niteliğinde olmasının bir sonucudur – söz konusu haczin yöneldiği hak ortakların her birinin ayrı ayrı sahip olduğu bu münferit mülkiyet haklarının bütünü mü olacaktır? Bu açıdan düşünüldüğünde ortakların her birinin ayrı ayrı hak sahibi olması mevcut sistemimiz ile uyumlu gözükmemektedir.

¹⁸⁸ Bkz. aş. § 4. B. 4. Bu yöndeki güncel bazı kararlar için bkz. Yarg. HGK, E. 2018/167 K. 2021/644 T. 1.6.2021; Yarg. HGK, E. 2017/763 K. 2019/344 T. 26.3.2019.

Görüldüğü üzere sadece hak sahipliği ilişkisi bakımından bu ilişkinin konusu tarafında önerilen çözümlerin her biri farklı açıdan mevcut hukuki düzene aykırılıklar taşımaktadır.

2. Hakkın Öznesi Bağlamındaki Çözümler

Hak sahipliği sorununa özne tarafında aranan çözümler incelendiğinde bunların ortak noktasının o ya da bu şekilde hak sahipliğinde bir birliği kabul etmeleri olduğu görülmektedir. Bu birlik ilk olarak bölünmemiş birlikte hak sahipliği bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşe göre birliğin tüzel kişi olmadığı halde hak ehliyetine sahip olduğu ve ortakların kollektif bir birlik içinde bütün olarak hak sahibi olduğu kabul edilmektedir. Sonraları yine bu kollektif birlikteliğe dikkat çekilmekle birlikte birliğin tek başına bir özne olarak hak sahibi olmadığını ancak ayrı ayrı hak sahibi olan ortakların bir birliktelik ya da bağlılık içinde hak sahibi olduğu ifade edilmiştir. Son olarak İsviçre hukukunda hak sahipliği maddi ve şekli olarak ayrılıp şekli anlamda birden çok hak sahibi varken, maddi anlamda hak sahipliği kişi birliğinin tamamına tanınmıştır.

Salt hak sahipliği tartışması bakımından hakkın konusu tarafındaki çözümlerin yaratacağı sorunlar bir üstteki başlıkta ortaya konmuştu. Haliyle bu sorunun çözümünün hakkın konusu bakımından bir birlik üzerinden çözülmeye çalışılması makul bir seçenek olarak görülmektedir. Bu bağlamda ilk olarak *von Gierke* tarafından ileri sürülmüş ve öğretide çokça ilgi görmüş olan bölünmemiş birlikte hak sahipliği teorisi değerlendirildiğinde karşımıza çıkan ilk sorun elbirliği ile hak sahipliği halinde mevcut kişi birliğinin ehliyetine ilişkindir. Hukukumuzda elbirliği ortaklığının tüzel kişiliğinin kabul edilmediği hususuna yukarıda temas edilmişti.¹⁸⁹ Haliyle geriye tüzel kişiliği olmayan bu birliğin hak ehliyetinin bulunup bulunmadığı sorusu kalmaktadır.

Aşağıda daha detaylı olarak incelendiği üzere¹⁹⁰ hukukumuzda elbirliği ortaklıklarına kısmi de olsa hak ehliyetinin tanındığını söylemek güçtür. Gerek maddi hukuk bağlamında gerekse usul hukuku bağlamında bir birlik görünümü içindeki elbirliği ortaklıkları bu görünüme rağmen hak veya taraf ehliyetine sahip görülmemektedir. Bu açıdan akla gelebilecek ilk örnekler Tapu Sicili Tüzüğü¹⁹¹ 28 I b.5 kapsamında elbirliğine konu bir taşınmazda tescilin maliklerin adlarının elbirliğini doğuran neden ile yazılarak

¹⁸⁹ Bkz. yuk. § 3. C.

¹⁹⁰ Bkz. aş. § 3. D. 3.

¹⁹¹ 2013/5150 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü (RG, 19.08.2023, S. 28738)

yapılması veya davada taraf sıfatının ortaklığa değil tüm ortaklara birlikte ait olmasıdır. Bu örneklerden de görüldüğü şekilde elbirliği ortaklığı müstakil bir şekilde hak sahibi veya taraf değildir. Hukukumuzda tüzel kişiliği bulunmadığı halde sınırlı bir şekilde hak ehliyeti tanınan birliklere bakıldığında ise her zaman buna dayanak bir kanun hükmü bulunabilmektedir. Buna karşın elbirliği ortaklıkları için bu gibi bir hüküm tespit edilememiştir.¹⁹² Ayrıca BGH'nin daha önce değinilmiş olan ve dış adi ortaklıkların kısmi hak ehliyetini tanıyan *Weißes Ross* kararı gibi herhangi bir elbirliği ortaklığının hak ehliyetini kısmi de olsa tanıyan bir içtihadımız da mevcut değildir. Bu bağlamda elbirliği ortaklığının müstakil bir hak öznesi olduğunu kabul edebilmek hukuk sistemimizde güç gözükmemektedir.

Bu bağlamda sadece hak sahipliği ilişkisi özelinde kabul edilebilecek en yerinde açıklama elbirliğine konu malvarlığının ortakların kişisel malvarlığından ayrı, özel bir malvarlığı olduğu; bu özel malvarlığının tekil ve bireysel malvarlığı ilişkilerinden farklı olarak bağlı olduğu özne bakımından da bir özellik taşıdığı; bu bağlamda ortakların hak sahipliği ilişkisinde bireyselliklerini yitirdikleri ve tüzel kişiliğe ulaşmamış ancak ona çok yaklaşan kollektif bir birlik ilişkisi içinde hakkın öznesi olduklarıdır. Bu açıklama elbirliği ortaklıklarının tamamı için geçerli görülebilir. Ancak bu özelliği itibarıyla da adi ortaklığın niteliği bağlamında sadece hak sahipliği ilişkisiyle sınırlı bir tespit olup aşağıda açıklanacağı üzere nitelendirme bağlamında bizi genel bir sonuca götürmemektedir.

3. Türk Hukukunda Niteliği Tartışmalı Yapılar

Hak sahipliği ilişkisinde özne tarafında ileri sürülen çözümlerin odağında ya ortaklığın hak ehliyetine sahip olması ya da bu ortakların bir birlik halinde hak sahibi olması bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak pozitif hukukta adi ortaklığa veya diğer elbirliği ortaklıklarına belirli açılardan da olsa hak ehliyetinin tanındığına dayanak teşkil edebilecek bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Pozitif hukuk düzenlemeleri bağlamında adi ortaklığın belirli bir konuyla sınırlı dahi olsa hak ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda adi ortaklığa ilişkin düzenlemelerin yanında karşılaştırılabilir nitelikteki diğer yapılardaki mevcut durum da dikkate alınabilir.

Bu bağlamda adi ortaklığa en yakın duran kollektif ortaklıklar karşılaştırmalı bir fayda sağlamamaktadır. Zira kollektif ortaklıklar Alman ve İsviçre hukukunda tüzel

¹⁹² Bu konudaki açıklamalar için bkz. aş. § 3. D. 3.

kişiliği haiz olmadığı halde hak ehliyetine sahipken¹⁹³ hukukumuzda kollektif ortaklığın tüzel kişiliği TTK 232 kapsamında açıkça tanınmıştır. Haliyle soru, olağan olarak akla gelen tüzel kişiler olan ticaret şirketleri, dernek ve vakıflar haricinde hak ehliyetinin tanınmış olduğu kişi veya mal topluluklarının bulunup bulunmadığıdır.

Pozitif hukukumuz incelendiğinde elbirliği ortaklıklarına – ve özellikle de adi ortaklığa – en yakın şekilde değerlendirilebilecek olan topluluk donatma iştiraki olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁴ Donatma iştirakinin tüzel kişiliği tanınmadığı halde bu topluluğa tüzel kişiliğe ait bazı vasıfların tanındığı görülmektedir. Bu vasıflar söz konusu birliğe çeşitli konularda hak ehliyeti tanındığını göstermektedir.¹⁹⁵ En başta tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştirakine de uygulanacağı yönündeki TTK¹⁹⁶ 17 hükmü ile kanun koyucunun tacir sıfatını donatanlara değil bizzat hak öznesi olmayan iştirake hasrettiği ifade edilmektedir.¹⁹⁷ Benzer şekilde ticaret unvanı üst başlığı altında “tacir sayılan diğer tüzel kişiler ve donatma iştiraki” başlıklı TTK 44 II’de donatma iştirakinin donatanların tamamının adlarını içermesi gerekmeksizin ticaret unvanına sahip olabileceği düzenlenmektedir ve TTK 47 II’de iştirake yeni bir donatanın katılması halinde iştirakin ticaret unvanının değişmeksizin kullanılabileceği öngörülmektedir. Yine tacir sıfatına bağlı olarak TTK 1084 kapsamında donatma iştirakinin iflasa tabi olması söz konusudur.¹⁹⁸ Bunların yanında gemi müdürünün TTK 1070 I kapsamında iştirake ilişkin belirli konularda sahip olduğu temsil yetkisi ve TTK 1070 III kapsamında dava ve takiplerde iştiraki temsile yetkili olmasının düzenlenmesi itibarıyla da bu hususlarda

¹⁹³ İsviçre hukukunda kollektif ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı halde kanun koyucunun bu ortaklığa çeşitli konularda hak ehliyeti tanıdığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. OR 562. Alman hukukunda da kollektif ortaklığın karşılığı sayılabilecek olan *Offene handels-gesellschaft* bakımından MoPeG öncesi dönemde de tüzel kişiliğin bulunmamasına rağmen hak ehliyetinin bulunduğu kabul edilmekteydi. Örnek olarak bkz. aHGB §124.

¹⁹⁴ Niteliği itibarıyla donatma iştirakinin pozitif hukukumuzda en yakın durduğu müessesenin adi ortaklık olduğu yönünde bkz. **Mertol Can**, Deniz Ticareti Hukuku Cilt I, 2. b., Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003, s. 209.

¹⁹⁵ **Ansay**, “Tüzel Kişi”, s. 2-3.

¹⁹⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG, 14.02.2011, S. 27846)

¹⁹⁷ **Can**, s. 211; **İnci Deniz Kaner**, Deniz Ticareti Hukuku II, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 106.

¹⁹⁸ Donatma iştiraki iflasa tabi olduğu halde iflas talebinin iştirake değil donatanların tamamına yöneltilmesi gerektiği ancak donatanların değil iştirakin iflasına karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Cilt: III, 3. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 2624. Taraf sıfatının donatanlara değil, iştirake ait olduğu şeklinde aksi yönde bkz. **Evrin Erişir**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2007, s. 238; **Vildan Peksöz**, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 2. b., İstanbul: On İki Levha, 2022, s. 129-130. Yargı uygulamasında da iştirakin değil münferit olarak donatanların iflasına karar verildiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Yargı. İİD, E. 1968/4961 K.1968/5260 T. 20.5.1968 (**Kuru**, İcra ve İflas III, s. 2624., dn.8’den naklen.).

donatma iştirakinin ehliyetinin tanındığı ifade edilmektedir. Zira ilgili düzenlemelere göre gemi müdürü donatanların tümünü değil iştiraki temsil etmektedir. Bu nedenle iştirakin kendi unvanı altında davada taraf sıfatına sahip olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹⁹ Bu vasıfları itibarıyla donatma iştirakinin bir tüzel kişi olmasa da ara teşekkül olduğu ifade edilmektedir.²⁰⁰

Hukuk düzeninin tüzel kişiliği haiz olmayan bir birliğe kısmi hak ehliyeti tanınması bahsinde değinilmeden geçilemeyecek bir kurum da girişim sermayesi yatırım fonu ile konut ve yatırım finansmanı fonlarıdır. Bu fonlar her ne kadar bir kişi birliği değil, mal topluluğu teşkil etse de hukuk düzeninin kısmi hak ehliyetini tanıyış biçimi bakımından özel bir konumdadır. SPK²⁰¹ 52 I'e göre yatırım fonu, SPK 58'e göre konut finansmanı fonu ile varlık finansmanı fonu, tüzel kişiliği bulunmayan bir malvarlığıdır ve bu malvarlığı kapsamındaki değerler inançlı mülkiyet esasına göre sırasıyla tasarruf sahipleri, ipotège dayalı menkul kıymet sahipleri ve varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına işletilmektedir. SPK 52 V ve 58 VIII'de ise tapu sicili ve ticaret sicili dahil olmak üzere resmi sicillerde yapılacak işlemlerle sınırlı olmak üzere bu fonların tüzel kişiliğinin var olduğu ifade edilmektedir.²⁰² Aynı hükümlerde tapu sicilinde ilgili tescil işlemlerinin fon adına yapılacağı düzenlenmektedir. Yatırım fonları bakımından kanunun ifadesi ile inançlı mülkiyet esasına göre yönetilen malvarlığının fon yöneticisinin mülkiyetinde olması²⁰³ karşısında ilgili düzenlemeler ile fonun bazı haklar bakımından – örneğin tapuda fon lehine tescil yapılması veya fonun bir anonim şirketin pay sahibi olması gibi – hak sahipliğinin tanınmasının ne derece isabetli olduğu tartışmaya açıktır.²⁰⁴ Bununla birlikte bu hükümler ilgili fonlara fiil ehliyetinden yoksun

¹⁹⁹ **Kaner**, s. 106. Bu nedenle donatma iştirakinin taraf ehliyetinin bulunduğu yönünde bkz. **Peksöz**, *Adi Ortaklık*, s. 129-130; **Erişir**, s. 238.

²⁰⁰ **Tahir Çağa/Rayegan Kender**, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 11. b., İstanbul: Beta, 2000, s. 161. Nitekim paylı hak sahipliği ilkesinin egemen olduğu donatma iştiraki bakımından bile bu kişi birliğinin alelade bir birlikte hak sahipliğinden ziyade üçüncü kişilerle ilişkisi bağlamında kişi birliği vasfının daha baskın olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Can**, s. 209. Açıklanan vasıfları nedeniyle donatma iştirakinin adeta bir tüzel kişi gibi işlem gördüğü yönünde bkz. **Oruç Hami Şener**, *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, 2. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 169. Yine donatma iştirakinin özellikle taraf ehliyeti nedeniyle tüzel kişiliğe yaklaştığı yönünde bkz. **Erişir**, s. 238.

²⁰¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG, 30.12.2012, S. 28513)

²⁰² Yatırım fonlarının bu sınırlı tüzel kişiliği 7222 sayılı Kanun 32. maddesi ile 2020 yılında yapılan değişiklikten önce sadece tapu sicilinde yapılacak işlemler için tanınmıştır, konut ve varlık finansmanı fonları bakımından ise aynı Kanun öncesinde bu gibi bir sınırlı tüzel kişilik tanınmadığı görülmektedir.

²⁰³ **Elif Berktaş Yüksel**, *Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler*, İstanbul: On İki Levha, 2022, s. 155.

²⁰⁴ Benzer yönde bir eleştiri için bkz. **Berktaş Yüksel**, s. 159-160.

bir şekilde sınırlı bir tüzel kişilik tanımaktadır.²⁰⁵ Benzer bir durum Türkiye Varlık Fonu ile ilgili olarak 6741 sayılı Kanun'un 5. maddesinde de göze çarpmaktadır. Bu hükme göre Türkiye Varlık Fonu'na devredilen ve tescile tabi olan tüm değerlere ilişkin tescil işlemlerinde fonun tüzel kişiliği bu işlemlerle sınırlı olmak üzere tanınmıştır. Görüldüğü üzere hukukumuzda tüzel kişiliği bulunmayan bir mal topluluğuna belirli konular ile sınırlı olarak kısmi tüzel kişiliğin ve buna bağlı olarak hak ehliyetinin ayrıksı bir şekilde tanınması da söz konusudur. Ancak bu istisnai ve özel durum – hukuk sistemimize ne kadar uygun olduğu tartışılabilir bir şekilde olmakla birlikte – kanun koyucu tarafından açık bir düzenleme ile yaratılmıştır.

Kendine özgü bu iki hale dikkat çekildikten sonra sorulacak soru hukukumuzda elbirliği ortaklıkları bakımından bu gibi sınırlı ve istisnai hallerin mevcut olup olmadığıdır. Türk hukukunda elbirliği ortaklıklarının tüzel kişiliğinin bulunmadığı konusunda görüş birliği olduğu ifade edilmişti. Bu durumda kanun koyucunun elbirliği ortaklıklarına donatma iştirakine veya yukarıda değinilen fonlara benzer bir şekilde belirli konularda sınırlı hak ehliyetini tanımayı amaçlayıp amaçlamadığını incelemekte fayda görülmektedir. Bu bağlamda mal ortaklığına, aile malları ortaklığına ve miras ortaklığına ilişkin hükümleri adi ortaklığa ilişkin hükümlerle mukayese ederek incelemek yerinde olur. TMK 262 ve 263 her eşin belirli koşullarda mal ortaklığı rejimi kapsamında ortaklığı yükümlülük altına sokabileceğini, TMK 378 yöneticinin aile malları ortaklığını yöneteceği ve onu temsil edeceğini, TMK 552 II, 593 II ve 640 II hükümlerinde ise sırası ile vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekeyi resmen yöneten kişi ve tereke temsilcisinin miras ortaklığının temsilcisi olup ortaklığı dava ve takiplerde temsil edeceğini, TBK 637 II ve III ise adi ortaklıkta temsile yetkili ortağın ortaklık veya bütün ortaklar adına üçüncü kişiler ile işlem yapmasını ve yönetici ortağın ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere adi ortaklık haricindeki elbirliği ortaklıklarında kanun koyucu temsil olunan olarak ortakların tamamı yerine ortaklık ifadesini tercih etmiş, adi ortaklıkta ise hem ortaklığı hem de ortakların tamamını temsil olunan olarak ifade etmiştir. Acaba kanun koyucunun bu hükümlerde kullandığı ifadelerden hareketle, donatma iştirakine benzer şekilde, bu ortaklıklara kısmi hak ve/veya taraf ehliyeti tanımayı amaçladığı söylenebilir mi? Bu soruya verilmesi gereken cevap, aşağıda açıklanan gerekçelerle olumsuzdur.

²⁰⁵ Yatırım fonları bakımından bkz. **Berktaş Yüksel**, s. 158-159.

TMK 262 ve 263 kapsamında mal ortaklığı rejiminde ortaklığın temsili bakımından hüküm gerekçeleri incelendiğinde temsil nedeniyle ortaklığın yükümlülük altına sokulabilmesinden ve üstlenilen yüküm nedeniyle ortaklığın sorumlu olacağından bahsedilmektedir. Niteliği itibarıyla iki kişilik bir ortaklık olan bu birlik bakımından ortaklığın temsilinden bahsedilmesinin sebebi ancak temsil sonucunda doğan borçlardan sorumluluğun eşlerin kişisel mallarının yanında ortaklık mallarıyla da sorumluluğu şeklinde doğmasıdır (TMK 268). Yoksa bu ifadenin amacı ortaklığın hak ehliyetinin tanınmasına yönelik gözükmemektedir. Nitekim gerekçede hükmün aynen iktisap edildiği ifade edilen ZGB 227-228 hükümleri incelendiğinde mal ortaklığının tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle bu düzenlemeler bağlamında gerçek anlamda ortaklığın temsilinden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁰⁶

TMK 378 kapsamında aile malları ortaklığında yöneticinin ortaklığı temsil etmesi ile ilgili bir ifade ile karşılaşılmaktaysa da bu ifadenin ortakların tamamı olarak anlaşılması gerekir.²⁰⁷ Nitekim genel yönetim ve temsil yetkisi bağlamında mehz ZGB 340 kapsamında temsil sonucunda ortaklığın değil tüm ortakların sorumluluk altına girdiği ifade edilmiştir.²⁰⁸

Miras ortaklığı bağlamında dava ve takipleri de düzenlemesi itibarıyla daha çarpıcı gözüken TMK 552 II ve 593 II bakımından da benzer bir tereddüt doğmaktadır.²⁰⁹ Ancak, söz konusu düzenlemeler miras ortaklığına bu konu ile sınırlı olarak bir hak ehliyeti tanıdığını söyleyebilmek için tek başlarına yeterli görülmemelidir.²¹⁰ Bununla birlikte Yargıtay'ın TMK 640 kapsamında tereke temsilcisi ve ortaklığın taraf sıfatına ilişkin

²⁰⁶ **Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser**, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band II: Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das Eherecht. 3. Teilband: Das Güterrecht des Ehegatten. 2. Unterteilband: Die Gütergemeinschaft Art. 221-246, Die Gütertrennung Art. 247-251 ZGB, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1996, Art. 227/228 ZGB, kn. 10.

²⁰⁷ Benzer yönde bkz. **Abdullah Furkan Korkmaz**, Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 108-109.

²⁰⁸ **Urs Lehmann**, “Art. 336-348”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2022, Art. 340 ZGB, kn. 10.

²⁰⁹ TMK 552 II ve 640 III hükümlerinin lafzen miras ortaklığının özne olarak kabul edildiğini düşündürebileceği bakımından aynı yönde bkz. **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 134, dn.47.

Miras ortaklığında kanun koyucunun diğer elbirliği ortaklıklarına göre daha koruyucu davrandığı unutulmamalıdır. Zira mal ortaklığı rejimi, aile malları ortaklığı ve adi ortaklıkta görüldüğü şekilde – aksi kararlaştırılmadıkça – olağan işlemler bakımından ortakların tamamının yönetim ve temsil yetkisinin bulunduğu yönünde bir düzenleme miras ortaklığı bakımından mevcut değildir. Mirasçıların – terekenin korunmasına yönelik işlemler gibi durumlar (bkz. TMK 640 IV, 702 IV) hariç olmak üzere – her konuda birlikte hareket etme mecburiyeti söz konusudur.

²¹⁰ Aynı yönde bkz. **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 134, dn.47; **Erişir**, s. 228-230.

dikkat çeken bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. Bu karara göre mirasçılardan birinin terekede bulunan bir eşyaya ilişkin olarak açmış olduğu el atmanın önlenmesi davasına devam edilebilmesi için ilk ihtimal diğer mirasçıların bu davaya ilişkin rızalarının alınmasıdır. Bu elbirliği ortaklıklarındaki birlikte hareket ilkesi ile oldukça uyumludur. Kararda önem arz eden tespit ise TMK 640 kapsamında miras ortaklığına bir temsilci atanması halinde davaya – diğer mirasçıların rızası aranmaksızın – bu temsilci aracılığı ile devam edilebileceğidir.²¹¹ Bu içtihadı birleştirme kararına dayanan yakın tarihli bir kararda ise de şu ifadeler dikkat çekmektedir: “*Bu yolda ortakların tümünün muvafakatı sağlanamazsa 4721 sayılı Kanun'un 640 ıncı maddesi hükmü uyarınca miras bırakanın terekesine, görevli mahkemede temsilci atanması için davacıya süre verilir. Temsilci, davacı dışında biri olursa davacının sıfatı biter, davayı temsilci takip eder.*”²¹² Nitekim bir başka kararda bu durum şu şekilde açıkça ifade edilmiştir: “*Bir başka ifade ile davalının davadaki muhatabı yargılamaya iştirak eden mirasçı olmayıp tereke temsilcisidir, yani davacı taraf tereke ve onu temsil eden tereke mümessilidir.*”²¹³ Yargıtay’ın bu ifadelerinden yola çıkarak tereke temsilcisinin bulunması halinde artık davada taraf olarak mirasçıların tamamının gösterilmeyeceği, temsilcinin bu sıfat ile davada taraf olacağı söylenebilir. Bu yorum gerçekten de donatma iştirakinde gemi müdürüne ilişkin öğretilerde yapılan değerlendirmelere benzer olacak ve tereke temsilcisi atandığı hallerde terekenin taraf ehliyetine sahip bir birlik olarak karşımıza çıkması sonucunu doğurabilir. Bu konuda öncelikle TMK 640 bağlamında atanan temsilcinin konumunu açıklamak uygun olur. Kanun koyucu tarafından da isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere bu hükme göre atanan temsilci terekenin değil, miras ortaklığının temsilcisidir (TMK 640 III). Bunun bir kanuni temsil hali olduğu, temsilcinin mirasçıların tamamını bağlayacak şekilde hukuki işlemler yapabileceği gibi miras ortaklığı adına dava açabileceği ve ortaklık aleyhine açılan davalarda ortaklığı temsil edeceği kabul edilmektedir.²¹⁴ Nitekim temsilcinin işlemleri sonucunda kazanılan haklar ve yüklenilen borçlar ne terekenin ne de ayrı bir kişilik olarak miras ortaklığıdır,

²¹¹ Yarg. İBBGK, E. 1982-3 K. 1982-2 T. 11.10.1982.

²¹² Yarg. 8. HD, E. 2021/4544 K. 2024/1865 T. 19.3.2024. Benzer yönde bkz. Yarg. 1. HD, E. 2013/18214 K. 2014/4102 T. 24.2.2014.

²¹³ Yarg. 1. HD, E. 2012/562 K. 2012/3625 T. 29.3.2012.

²¹⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987, s. 698. Yazar her ne kadar “miras ortaklığını temsil” ifadesini kullanmışsa da temsil sonucunda mirasçıların tamamının hak sahibi olacağı veya borç altına gireceğini şeklindeki ifadesi nedeniyle bu kullanımın ortaklığın kişiliğinin varlığına ilişkin olmadığı açıktır.

aksine mirasçılarının tamamınıdır.²¹⁵ Kanaatimce yakın zamana kadar kanun koyucunun ve öğretinin sıklıkla tereke temsilcisi ifadesini kullanmasının temel nedeni temsilcinin yetkisinin konu bakımından terekedeki malvarlığını yönetmek ile sınırlı olmasıdır. Bununla birlikte bu sınırlama temsilcinin işlemleri sonucunda mirasçılar aleyhine doğacak bir borcun tereke ile sınırlı olması sonucunu doğurmaz, aksine mirasçılarının sorumluluğu bir temsilcinin atanmadığı ihtimalde olduğu gibi müteselsil ve kişisel malvarlıkları ile sorumluluk olarak doğar.

Bu hususla doğrudan ilişkili olan ve yukarıdaki açıklamalara istisna teşkil edebilecek bir diğer değerlendirme takip borçlusunun takip sırasında hayatını kaybetmesi halinde takibin devamına ilişkin İİK 53 II ve 58 II ile ilgilidir.²¹⁶ Bu hükümlerin kapsamına giren hallerde icra takibinin tarafının – miras ortaklığı veya başka bir deyişle mirasçılar değil – tereke olduğu, bu nedenle terekenin bu hallerde pasif taraf ehliyetinin bulunduğu ve mirasçılarının taraf değil, terekenin temsilcisi olarak takibe dahil oldukları ileri sürülmektedir.²¹⁷ Buna karşın ilgili hükümlerdeki tereke ifadesinin kimi yazarlarca miras ortaklığı olarak kabul edildiği de görülmektedir.²¹⁸ Anılan hükümler lafzı itibarıyla terekenin taraf ehliyetinin mevcudiyetine ilişkin bir görünüş ortaya koysa da bu hükümlerin amacı miras ortaklığını ya da terekeyi bu hususta sınırlı bir özne haline getirmek değildir, bu ifadeye rağmen takibin tarafı tereke üzerindeki hak sahiplerinin tamamı, yani mirasçılardır.²¹⁹ Hükümün amacı takip sonucundaki sorumluluğun sınırları dikkate alındığında daha net görülebilecektir. İİK 53 II kapsamında – kanunun ifadesi ile terekeye karşı – devam edilen takip sonucunda ancak tereke kapsamındaki malvarlığı değerlerine başvurulabileceği ve mirasçılarının kişisel malvarlığına el atılamayacağı ifade

²¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 698.

²¹⁶ Bu düzenlemeler kapsamındaki imkân sadece takibin devamı sırasında borçlu miras bırakanın ölümü halinde söz konusudur. Borçlunun ölümü ve mirasın açılmasından sonra başlatılacak takipler bakımından bu düzenlemelere başvurulması mümkün değildir.

²¹⁷ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 134-137; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. b., İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2020, s. 290. Bu görüşe dayanak olarak ayrıca HUMK 11 I b.2’de “Terekenin taksimi katisine kadar tereke aleyhine ikame olunan davalar”ın düzenlenmiş olması gösterilmekteyse de bu hükmün yürürlükteki karşılığının HMK 11 I b.2’deki açıkça “Terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar” şeklindeki düzenleme karşısında bu gerekçeye de dayanmak mümkün gözükmemektedir. Aynı yönde bkz. Peksöz, Adi Ortaklık, s. 136, dn. 53.

²¹⁸ Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku Cilt: I, 3. b., Ankara: Evrim Basım Yayın Dağıtım, 1988, s. 153-155.

²¹⁹ Miras ortaklığı ile ilgili benzer yönde bkz. Erişir, s. 230.

edilmektedir.²²⁰ Aksi şekilde, takibin – kanunun ifadesi ile – terekeye değil mirasçılara karşı devam ettirilmesi halinde ise mirasçıların kişisel malvarlıkları ile sorumluluğu söz konusudur.²²¹ Ancak bu imkâna başvurulabilmesi için İİK 53 I gereği miras tüm mirasçılar tarafından kabul edilmişse 3 günlük, aksi halde ise kural olarak TMK 606 uyarınca 3 aylık erteleme süresinin²²² sona ermesi gerekmektedir.²²³ İşte İİK 53 II ile takip alacaklısına takibe – kanunun ifadesi ile – terekeye karşı devam etme imkânı sunulmasının amacı kanaatimce terekenin takip sonucunda alacağını tatmin etmeye elverişli olduğunu düşünen alacaklısına bu süreleri beklemeksizin takibe devam edebilmesini sağlamaktan ibarettir, yoksa terekeye sınırlı bir pasif takip ehliyeti kazandırmak değildir. Kanun koyucunun takibe terekeye ve mirasçılara karşı devam edilebileceği yönünde iki farklı düzenleme öngörmesi de tamamen sorumluluğa ilişkin bu farklılıktan kaynaklanmalıdır, bu amaçla tereke ifadesinin kullanılmış olması ise talihsiz bir kavram tercihindendir. Kanun koyucunun HUMK²²⁴ 11’de “*Terekenin taksimi katisine kadar tereke aleyhine ikame olunan davalar*” ifadesini HMK²²⁵ 11’de “*Terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar*” şeklinde değiştirmesi de kanun koyucunun bu duruma ilişkin farkındalığını göstermektedir.²²⁶

Temsile ilişkin bu tip bir düzenleme son olarak adi ortaklıklara ilişkin olarak TBK 637 II kapsamında bir ortağa yönetim yetkisi verilmediği hallerde herhangi bir ortağın “*ortaklık veya bütün ortaklar adına*” üçüncü kişi ile işlem yapması, aksi halde ise TBK 637 III kapsamında yönetim yetkisi verilmiş olan ortağın “*ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil yetkisi*”nin bulunmasına ilişkin düzenlemeler karşımıza

²²⁰ Üstündağ, s. 290; Kuru, İcra ve İflas I, s. 154-155. Her iki yazarın da aynı yöndeki tespiti karşısında bu durumun terekenin taraf sıfatının kabulünden veya reddinden bağımsız olduğu görülmektedir.

²²¹ Kuru, İcra ve İflas I, s. 159.

²²² Bu sürenin fiili olarak çok daha uzun olması da ihtimal dahilindedir.

²²³ Kuru, İcra ve İflas I, s. 139-140.

²²⁴ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (RG, 04.08.1927, S. 622,623,624)

²²⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG, 04.02.2011, S. 27836)

²²⁶ HMK 11’in gerekçesi de bu değerlendirmeyi desteklemektedir: “1086 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (2) numaralı bendinde “*terekenin taksimi katısına kadar tereke aleyhine ikâme olunan dâvalar*” ifadesine yer verilmişse de, Tasarıda bu ifade, “*terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar*” şeklinde değiştirilmiştir. Zira bilindiği gibi, terekenin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. O nedenle de, davada taraf ehliyeti yoktur. Buna bağlı olarak tereke aleyhine dava açılmaz. Bu halde de, davanın yine mirasçılara karşı açılması gereklidir. O nedenle, “*tereke aleyhine ikâme olunan davalar*” ifadesinin, “*mirasçılara karşı açılacak tüm davalar*” şeklinde değiştirilmesi uygun görülmüştür.”.

çıkılmaktadır.²²⁷ Yine sorulacak soru bu iki düzenlemede “ortaklık” ifadesinin kullanılması ve ortaklığın temsilinden bahsedilmesinin kanun koyucunun adi ortaklığa bu konuda bir kısmi ehliyet tanımayı amaçlayıp amaçlamadığıdır. Bu sorunun cevabı hemen arkadan gelen ve temsilin sonuçlarını sırasıyla temsil sonucunda elde edilen hakların elbirliği ile bütün ortaklara ait olacağı ve temsilci aracılığı ile üstlenilen borçtan ortakların müteselsilen sorumlu olacakları şeklinde düzenleyen TBK 638 I ve III hükümlerinde açıkça görülmektedir. Bu itibarla adi ortaklıklar açısından çok da şaşırtıcı olmayan bu düzenleme karşısında TBK 637’de “ortaklığın temsili”nden bahsedilmesi sadece ortaklığa kısmi bir ehliyet tanımaktan ziyade ticari hayatta ortaklık için sıklıkla müşterek bir ünvan²²⁸ kullanılmasının bir tezahüründen ibarettir. Nitekim kanunun ortaklık ifadesini kullanması bilinçli bir tercih gibi gözükmemektedir. Zira temsil yolu ile yapılan bir işlemde üçüncü kişinin bir birlik ile işlem yaptığını anlayabilecek herhangi bir ortak ünvanın kullanılabileceği kabul edilmektedir.²²⁹ Adi ortaklığın dava veya takiplerde taraf olması bakımından ise donatma iştirakine ilişkin yukarıda değinilen hükümlere benzer bir düzenleme olmadığı gibi, miras ortaklığı ve tereke nezdindeki tartışmalar adi ortaklık bakımından mevcut değildir. Adi ortaklığın gerek davalarda davacı veya davalı gerekse de takiplerde alacaklı ya da borçlu konumunda müstakil olarak bulunması söz konusu değildir. Benzer şekilde donatma iştirakinin tacir sıfatına ilişkin düzenleme ile iştirakin iflasa tabi olması gibi bir durum da adi ortaklık bakımından mevcut değildir. Ortaklık bir ticari işletme işletiyorsa tacir sıfatı ayrı ayrı ortakların her birine aittir²³⁰ ve ortaklar ayrı ayrı iflasa tabidirler.

²²⁷ İlgili düzenlemelerde sadece yönetim yetkisi verilen ortaklardan bahsedilmekle birlikte ortaklığı temsil yetkisi ortak olmayan bir üçüncü kişiye de verilebilir. Aynı yönde bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 204; **BK-Fellmann/Müller**, Vor. Art. 530-544 OR, kn. 19. Bu durumda da temsil yetkisinin kullanılması bakımından aynı düzenlemelerin uygulanması uygun olacaktır.

²²⁸ Burada bahsedilen ünvan teknik anlamı ile bir ticaret unvanı ile sınırlı değildir. Kaldı ki adi ortaklığın ticaret siciline tescil edilebilecek müşterek bir ticaret unvanı kullanıp kullanamayacağı hususunda tereddütler mevcuttur. Bu konuda bkz. **İsmail Kayar**, “Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I*, İstanbul: Beta, 2002, s. 479-494; **Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, 6. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s. 400-402. Bu konuda ayrıca bkz. Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında (İç Ticaret: 2009/2) Tebliği.

²²⁹ **Alfred Siegwart**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich: Schulthess, 1938, Art. 543 OR, kn. 7.

²³⁰ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 636-637.

Anılan tüm bu düzenlemeler haricinde hukukumuzda adi ortaklıkların kısmi hak ehliyetinin tanınıp tanınmadığı bakımından değerlendirilebilecek son husus vergi hukuku ile ilgili olabilir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 177 ticari defter tutma bakımından tacirler düzenlenirken adi ortaklığın da tacirler gibi defter tutma yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında adi ortaklık ortaklarının bir işletme ile ilgili olarak ayrı ayrı değil, müştereken defter tutacağı kabul edilmektedir.²³¹ Benzer şekilde adi ortaklığın 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu 44 kapsamında katma değer vergisi mükellefi olduğu ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 94 kapsamında ise gelir vergisi tevkifatı açısından vergi sorumlusu olduğu ifade edilmektedir.²³² Ancak katma değer vergisi bakımından durum verginin bütün ortakları kapsayacak şekilde tek bir hesap üzerinden tarh edilmesi olup vergi borcundan sorumluluk yine ortakların şahsı üzerinde doğmaktadır.²³³ Gelir vergisi tevkifatı bakımından da benzer şekilde ortaklık adına vergi mükellefiyeti tesisi mümkün olmayıp, her bir ortağın kar veya zararı kendi ortaklık payı ölçüsünde bireysel olarak beyan etmesi gerekmektedir.²³⁴ Görüldüğü üzere bu hallerde de adi ortaklığa bir ehliyet izafe edilmemekte, ortaklık vergi uygulaması bakımından sadece iktisadi bir birlik olarak telakki edilmektedir.

Şu ana kadar hukukumuzda elbirliği ortaklıklarına ve özel olarak adi ortaklıklara kısmi hak/ taraf ehliyetinin tanınmış olduğu şeklinde yorumlanması, ilk bakışta, mümkün gözükken düzenlemelerimiz incelenmiştir. Bu bağlamda ilgili düzenlemelerin hiçbirinin elbirliği ortaklıklarına kısmi de olsa hak veya taraf ehliyeti tanıdığını söylemek güçtür. Bununla birlikte bu tespit elbirliği ortaklıklarının tüzel kişilere çok yakınsayan ve birçok hususta tek bir kişiymişçesine muamele gördüğü gerçeğini değiştirmemektedir, hatta

²³¹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 637.

²³² Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 637.

²³³ Bu hususa temas eden birçok karar yerine bkz. Gaziantep BİM 2. VDD E. 2017/1714 K. 2018/428 T. 19.4.2018: “3065 sayılı Kanunun 44’üncü maddesi hükmüne göre, katma değer vergisi prensip olarak vergi mükellefi olan gerçek veya tüzel kişiler adına tarh olunacaktır. Ancak bu genel kuralın uygulanmasına imkan görülmeyen istisnai durumlarda katma değer vergisi tarhiyatının muhatabının kimler olacağı anılan maddede iki bent halinde ayrıca gösterilmiştir. Tüzel kişiliği olmayan adi ortaklıklarda mükellefiyet, bütün ortakları kapsayacak şekilde, tek bir hesap üzerinden tesis edilir. Eğer katma değer vergisi mükellefi bir adi ortaklık ise, katma değer vergisinin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere, ortaklardan herhangi biri tarhiyata muhatap olacaktır. Zira, katma değer vergisinde adi ortaklık müstakil bir birim ve mükellef teşkil eder; ancak, ortaklığın ayrı tüzel kişiliği olmadığından, vergi borcuna muhatap olma ve ödeme mükellefiyeti ortaklara düşer. 3065 sayılı Kanunun 44’üncü maddesinde yer alan hükümle, tarhiyata muhatap olarak kimin alınacağı hususunda doğabilecek duraksamaları gidermek bakımından, verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere ortaklardan herhangi birinin tarhiyatın muhatabı olacağı hükmü getirilmiştir.”

²³⁴ Danıştay 4. Dairesi E. 2009/9376 K. 2012/1436 T. 17.4.2012.

yukarıda incelenen düzenlemeler bu fiili muameleyi destekler niteliktedir. Bu durum yukarıda açıklandığı üzere adi ortaklığa içkin durumdaki ortaklar arasındaki sıkı bağlılığın bir yansıması olarak görülebilir.

4. Sonuç

Bütün bu değerlendirmeler ışığında adi ortaklığın hukuki niteliği sorunu ile ilgili olarak varılması gereken temel sonuç bunun sadece bir birlikte hak sahipliği ilişkisi sorunu değil aynı zamanda bir kişiler hukuku sorunu da olduğudur. Ne var ki öğretinin önemli bir bölümü adi ortaklık ve elbirliği ile hak sahipliğini adeta özdeşmişçesine değerlendirmekte ve sorunu elbirliği üzerinden izah etmeye çalışmaktadır. Her şeyden önce elbirliği ilkesi temel olarak sadece birlikte hak sahipliği ilişkisine ilişkin düzeni ortaya koymaktayken, adi ortaklık elbirliği ile hak sahipliği ilişkisine ilişkin özel bir düzenin yanında kanuni ve sözleşmesel düzenlemeler aracılığı ile ortaklar arasında sadece elbirliği ile hak sahipliği ile sınırlı olmayan bir ortaklık ilişkisi kurmaktadır ve ortakları ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki de buna bağlı olarak oluşmaktadır.²³⁵ Bu bağlamda sorun sadece elbirliği ile hak sahipliği üzerinden incelendiğinde gerek ortaklık ilişkisinin hak sahipliği dışındaki özellikleri gerekse farklı elbirliği ortaklıklarının sahip olduğu farklı organizasyonel yapılar göz ardı edilmiş olacaktır. Benzer şekilde paylı hak sahipliğinin kabul edildiği atipik ortaklıklar bakımından elbirliğiyle hak sahipliğinin ortaklığın niteliğini izah etmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte elbirliğinde birlikte hak sahipliğinin nasıl anlaşılacağı tipik ortaklıkların organizasyonel yapısının ve ortaklık payının devrinin sonuçlarının anlaşılabilmesi için yadsınamaz bir etkiye sahiptir.²³⁶

Bu bağlamda adi ortaklık her şeyden önce tüzel kişiliği veya hak ehliyeti bulunmasa bile ortaklarından bir ölçüde bağımsızlaşmış bir kişi birliğidir. Bu bağımsızlığı sağlayan unsur ise ortaklığın sermaye, malvarlığı, yönetim ve temsil gibi hususlarda bireysel iradenin arka planda kaldığı ve asgari sınırlarının kanun koyucu tarafından çizildiği bir organizasyonel yapı içinde olmasıdır. Bu bağımsızlığa uygulamadan bir örnek verilecek olursa, ortaklığın kendi kaşesinin bulunması ve ortaklığı temsile yetkili ortağın bu kaşe

²³⁵ **Hans-Ueli Vogt**, “Art. 543-544”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964I OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024, Art. 544 OR, kn. 9.

²³⁶ Elbirliği ilkesi/düzeni ile adi ortaklık arasındaki bu karşılıklı ilişkinin ortaklığın kuruluşu ve sona ermesi, ortaklığın kişi yapısındaki değişiklikler ve ortaklık malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf konularında özellikle kaçınılmaz olduğu bakımından aynı yönde bkz. **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 9.

altına attığı imza ile ortaklık adına çek keşide ettiği dahi sıklıkla görülmektedir.²³⁷ Bu bağlamda atipik adi ortaklık yapılarında dahi ortaklar ortaklık sözleşmesinin tarafı olarak sıradan bir borç ilişkisi içinde alacaklı veya borçlu olmasının ötesinde iradi olarak bir birliğin mensubu haline gelmektedirler. Bu birlik ortaklar arasında *affectio societatis* ve buna bağlı olarak özen ve sadakat yükümlülüğü gibi örneklerde somutlaşan bir kişisel bağlantı tesis etmektedir. Bu bağlantının sebebi olan organizasyonel yapı ise farklı ortaklık yapılarında ortaklığın bağımsızlığının yoğunluğunu artırabilmekte veya azaltabilmektedir. Ortaklığın herhangi bir malvarlığının bulunmadığı, az sayıda ortaktan oluşan ve kısa vadeli olarak kurulmuş bir iç ortaklıkta ortaklar arasında daha gevşek – ancak yine de belirli bir asgaride – bir birlik ilişkisi ve bağımsızlık varken, ortaklığın bağımsızlığı tipik bir adi ortaklıkta had safhaya çıkmaktadır.²³⁸

Bu noktada elbirliği ile hak sahipliği ancak bu organizasyonel yapının değerlendirilmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ortaklar bu kişi birliğinin malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini – yani bu bağlamda birliğin organizasyonunu – belirlerken elbirliği ilkesinin getirdiği sınırlar içinde kalmaktadırlar. Bu nedenle ortaklar ile malvarlığı arasındaki hak sahipliği ilişkisinin nasıl anlaşılması gerektiği de önem taşımaktadır. Daha önce birkaç defa temas edildiği üzere diğer birlikte hak sahipliği ilişkilerinden farklı olarak elbirliğinde birlikte hak sahipliği mevcut bir kişi birliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ortakların müşterek hak ile olan bağının temelinde de bu kişi birliği bulunmaktadır ve sadece bu özelliği bile, sorunu alelade bir eşya hukuku problemi olmasının ötesine götürmektedir.

Elbirliği ile hak sahipliğinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda ise yukarıda açıklandığı üzere ilişkinin sadece hakkın konusuna yoğunlaşan görüşler ve ortaklığın hak ehliyetinin tanınması mevcut hukuk düzenimiz ile uyum içinde gözükmemektedir. Bu

²³⁷ Örnek bir olay için bkz. Yarg. HGK, E. 2017/763 K. 2019/344 T. 26.3.2019.

²³⁸ Bu durum sadece farklı adi ortaklık yapılarında değil, farklı elbirliği ortaklığı yapılarının kendi arasında da – dolayısı ile tipik adi ortaklık ile diğer elbirliği ortaklıkları arasında da – görülmektedir. Zira aile malları ortaklığı, evlilik birliğinde mal ortaklığı ve tipik adi ortaklıklar bakımından elbirliği rejimine tabi olma ortakların iradesine bağlı iken miras ortaklığında bu tamamen kanunun bir hukuki olaya bağladığı bir sonuçtan ibarettir. Miras ortaklığı mirasçılar arasında mevcut bir kişisel ilişkiye dayanmayan ve kanunun ortaklara dayattığı bir ortaklıktır ((Bkz. **Serozan/Engin**, § 7, kn. 5) ve ortaklar arasındaki kişisel ilişki ikinci plandadır (Bkz. **Eren**, s. 129.). Ancak miras ortaklığında da ortaklığın vücut bulması ile birlikte ortaklar arasında edimden bağımsız bazı davranış yükümlülükleri doğmaktadır. (**Serozan/Engin**, § 7, kn. 6.) Bu yükümlülükler bile miras ortaklığında ortaklar arasında – diğer elbirliği ortaklıklarında olduğu kadar yoğun olmasa da – bir kişisel ilişkinin varlığını kabul etmek için yeterlidir. Kaldı ki – elbirliği ilkesinin en temel sonucu olan – birlikte hareket etme ilkesi diğer elbirliği ortaklıklarına kıyasla miras ortaklığında daha sıkı bir şekilde düzenlenmiştir.

bağlamda ortaklığın mensuplarından bağımsızlığı ile de uyumlu olabilecek tek açıklamayı tekrar etmek gerekirse elbirliğine konu malvarlığı ortakların kişisel malvarlığından ayrı, özel bir malvarlıştır; bu özel malvarlığı tekil ve bireysel malvarlığı ilişkilerinden farklı olarak bağlı olduğu özne bakımından da bir özellik taşır; bu bağlamda ortaklar hak sahipliği ilişkisinde bireyselliklerini yitirmişlerdir ve tüzel kişiliğe ulaşmamış ancak ona çok yaklaşan kollektif bir birlik ilişkisi içinde hakkın öznesi konumundadırlar. Adi ortaklık ortaklarının bu hak sahipliği ilişkisine dahil olması ise kendi malvarlıklarında paylı mülkiyet payı gibi bir bağımsız malvarlığı değeri aracılığı ile değil, ilgili elbirliği ortaklığının mensubu olmaları sayesinde gerçekleşir. Bu bağlantı aşağıda açıklanacağı üzere ortakların bulunduğu pay sahipliği konumu ve ortaklık payı aracılığı ile somutlaşmaktadır.

Ulaşılan bu sonucun çalışmanın bütünü açısından önemi şu şekilde ortaya çıkar: Her adi ortaklık hak sahipliği ilişkisinden bağımsız olarak ortaklarından bir ölçüde bağımsızlaşmış bir kişi birliğidir. Bu bağımsızlık her şeyden önce temeldeki organizasyon sözleşmesinin doğal bir sonucuyken elbirliği ile hak sahipliği bu özelliği perçinlemekte, kişi birliğini konsolide etmektedir. Bu anlamda pay devri bakımından birincil öneme sahip pay sahipliği konumu ve ortaklık payı, ortaklığın elbirliği ile perçinlenmiş bu kişiler hukuku yönüne ilişkin kavramlardır. Bununla birlikte elbirliği ilkesi pay sahipliği konumunun hak sahipliği ilişkisine, yani eşya hukukuna ilişkin yanını da belirler ve payın devrinde malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin nasıl değişeceği elbirliği ile hak sahipliğinin yukarıda açıklandığı anlamına doğrudan bağlıdır.

§ 4. Elbirliği ile Hak Sahipliğinde Özel Malvarlığı Kavramı

Adi ortaklıkta elbirliği ile hak sahipliğinin ortaklar arasındaki ilişkileri perçinlediği ve ortaklığın ortaklarından daha bağımsız bir yapı haline gelmesine yol açtığı biraz önce ifade edilmişti. Elbirliği ilkesinin bizi bu sonuca ulaştıran önemli etkilerinden biri de ortaklık malvarlığı bağlamında ortaya çıkar. Bu nedenle ortaklık malvarlığının elbirliğine konu özel bir malvarlığı olarak sahip olduğu özellikler de incelemeye değerdir. Bu itibarla bu başlıkta bu kavram üzerine eğilenecek ve önce özel malvarlığı kavramı (A) ve sonrasında elbirliği ortaklıklarında – özel olarak adi ortaklıkta – özel malvarlığı bulunmasının özellikleri (B) incelenecektir.

A. Özel Malvarlığı Kavramı

Sadece elbirliği ile hak sahipliği halleri ile sınırlı olarak karşımıza çıkmayan özel malvarlığı (*Sondervermögen*) en basit haliyle “hukuk düzeninin belirli bir amaca özgülenmiş hakların kişinin genel malvarlığından ayrılmasına ve hukuken özel bir düzene tabi tutulmasına izin verdiği, hatta bazı hallerde bunu zorunlu tuttuğu”²³⁹ hallerde doğmaktadır. Bu bağlamda özel malvarlığı halleri sınırlı sayıda olup ancak kanun koyucu tarafından yaratılabilmektedir.²⁴⁰ Ancak özellikle adi ortaklığın malvarlığı veya ölüme bağlı tasarruflar sonucu oluşan kimi özel malvarlıkları düşünüldüğünde bu ifadeyi özel malvarlığı ancak kanun koyucu tarafından veya kanun koyucunun izin verdiği hallerde taraf iradeleri ile oluşturulabilir olarak anlamak uygun olur. Anılan bu özel hukuki düzen genel malvarlığından farklı/ayrı bir yönetim veya sorumluluk rejimi ya da miras yoluyla intikale ilişkin özel düzenleme gibi şekillerde ortaya çıkabilir²⁴¹. Bu noktada ilk olarak özel malvarlığının sadece birlikte hak sahipliğine özgü bir kavram olmadığına dikkat çekmek gerekir. Özel malvarlığı, bir kişinin aynı ve tek hak sahibinin genel malvarlığından ayrı bir malvarlığı olabileceği gibi elbirliği ile hak sahipliği halinde her bir hak sahibinin genel malvarlığından ayrı bir konumda olan malvarlığı da olabilir.²⁴² Bu

²³⁹ **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 641-654 ZGB Syst. Teil, kn. 156.

²⁴⁰ **Karl Larenz/Manfred Wolf**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. b., München: C.H.Beck, 2004, § 21, kn. 31.

²⁴¹ **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 641-654 ZGB Syst. Teil, kn. 157.

²⁴² **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 32-63. Bununla birlikte önceleri bu bakımından bir ayırım *von Tuhr* tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre bir kişinin yine tek başına hak sahibi olduğu ancak farklı bir hukuki düzene tabi değerlerden oluşan malvarlığı *Sondergut* olarak tanımlanmaktadır, ancak elbirliğine konu malvarlığı – *Gesamtermögen* – üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği bulunduğu için bu durum kategorik olarak farklı bir nitelikte görülmektedir. Bkz. **von Tuhr**, AT I, s. 348. Ancak özel malvarlığı kavramı bakımından böyle bir ayırım günümüzde kabul edilmemekte, dahası *Sondervermögen* ve *Sondergut*

bağlamda elbirliğine konu malvarlığının da özel malvarlığının bir görünümü olduğu öğretide önemli bir çoğunlukça kabul edilmektedir.²⁴³

Bu örneklerde de görülebilen ve özel malvarlığının özel bir hukuki düzene tabi kılınmasındaki amaçların tek kişinin hak sahibi olduğu hallerde temel olarak üç başlık altında sınıflandırıldığı görülmektedir. Buna göre özel malvarlığı (i) belirli alacaklılara karşı sorumluluğun kişinin genel malvarlığından ayrı olarak sadece belirli bir malvarlığı ile sınırlanması, (ii) belirli bir malvarlığının kişinin genel malvarlığından ayrı, özel bir yönetim rejimine tabi kılınması ve (iii) miras bırakan tarafından belirli malvarlığı değerlerinin terekenin kalanından ayrılarak belirli bir halef için korunması amacıyla oluşturulabilir.²⁴⁴ Tek başına mirasçı olan bir kişinin, (tereke haricindeki) şahsi malvarlığını miras bırakanın alacaklılarından korumak amacıyla, resmi tasfiyesini istemesi durumunda, normal şartlarda tek mirasçının şahsi malvarlığıyla kaynaşacak olan tereke özel malvarlığı niteliği kazanır. İşte bu durum, yukarıda belirtilen ilk hale örnektir.²⁴⁵ İkinci gruba giren özel malvarlığı için ise terekenin atanmış vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından yönetilmesi veya çocuğun ana ve babanın yönetim hakkı dışında kalan ve üçüncü bir kişi tarafından yönetilen malları örnek gösterilebilir.²⁴⁶ Son olarak fevkalade ikame (art mirasçılık) halinde, tereke değerlerinin art mirasçının menfaati lehine korunması amacıyla ön mirasçıya yönelik getirilen kısıtlamalar da üçüncü ihtimale örnek teşkil eder.²⁴⁷

kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. **BK-Graham-Siegenthaler**, Vor. Art. 646-654a ZGB, kn. 343.

²⁴³ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 53 vd.; **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 641-654 ZGB Syst. Teil, kn. 160; **Christina Stresemann**, “§§ 90–103”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil, 10. b., München: C.H.Beck, 2025, § 90, kn. 45; **Barbara Dauner-Lieb**, Unternehmen in Sondervermögen, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 37; **Barlas**, kn. 173; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 113; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 179; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 585.

²⁴⁴ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 32-40. Yazar ayrıca BGB § 1417 kapsamında mal ortaklığı rejiminde ortaklık malvarlığına devredilmesi mümkün olmayan ancak ortaklık hesabına yönetilmesi gereken malvarlığı değerlerini de amaç bakımından ayrı bir kategori olarak görmektedir (bkz. aynı yerde kn. 41.). Bununla birlikte TMK bağlamında mal ortaklığı rejiminde böyle bir ayırım bulunmadığı ve aynı zamanda bu ihtimalin (ii) numaralı başlık altında değerlendirilebileceği gerekçesi ile bu kategori çalışmaya dahil edilmemiştir.

²⁴⁵ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 33. Bu ihtimalde TMK 632 III uyarınca mirasçılar tereke borçlarından şahsen – şahsi malvarlıkları ile – sorumlu olmamaktadır.

²⁴⁶ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 36-37. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış ise tereke üzerindeki hak sahipliği yine mirasçıda olmakla birlikte bu malvarlığının yönetimi üçüncü bir kişidedir. Bkz. TMK 552-553. Benzer şekilde TMK 357 II ve 358 kapsamında çocuk lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflarda tasarrufa konu malvarlığının yönetimi ana ve baba yerine üçüncü kişiye bırakılabilmektedir.

²⁴⁷ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 40. Ne var ki bu durum örneğin kaynağı olan Alman hukukunda Türk hukukuna kıyasla daha net bir şekilde görülebilir. Zira BGB § 2113-2115 arasında ön mirasçının

Elbirliği ortaklıkları bakımından ise elbirliğine konu malvarlığının özel malvarlığı sayılmasındaki amaç tek başına yukarıdakiler ile örtüşmemektedir. Bu amacın her bir ortaklık türü bakımından farklılaştığı söylenebilir. Örneğin, adi ortaklıkta elbirliğine konu malvarlığının farklı bir hukuki düzene tabi olmasındaki temel amaç ortaklığın üzerine kurulduğu ortak amacın malvarlığının korunması ile garanti altına alınmasıdır. Buna karşın iradi bir birliktelik içinde olmayan mirasçılar arasındaki miras ortaklığında böyle bir amaç birliği olmadığından tereke üzerindeki tasarruf sınırlamaları ile daha ziyade mirasçıların bireysel çıkarları korunmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan özel bir yönetim, kullanım ve tasfiye amacının yanında aynı zamanda terekenin korunarak miras bırakanın alacaklılarının korunması da amaçlanmaktadır.²⁴⁸ Bununla birlikte özel olarak farklı amaçlara sahip olan bu farklı özel malvarlıklarının paylaştığı en temel nitelik her bir elbirliği ortaklığında malvarlığının korunmasının amaçlanmasıdır.

Özel malvarlığı kavramı bu amaca ilişkin niteliğinin yanında hak sahipliği tartışması bakımından da makul bir açıklama sunmaktadır. Başta ifade edildiği üzere paylı mülkiyet halinde paydaşların müstakil birer mülkiyet payından bahsedilmektedir ve bu pay paydaşların malvarlığında tek başına bulunmaktadır. Paylı hak sahipliğinde hakkın kullanımına sınırlamalar ve yasal önalım hakkında olduğu gibi tasarrufa ilişkin bazı sınırlar bu payın müstakil karakterine etki etmemektedir. Bu durum genel bir ilke olarak malvarlığı değerleri üzerinde sadece tek bir kişinin hak sahibi olabileceğiyle de uyumludur. Buna karşın elbirliğinde tüzel kişi mertebesine çıkmasa da bir topluluk halinde hak sahibi olan kişiler bakımından bu gibi bir bağımsızlık bulunmamaktadır.²⁴⁹

Bu noktada akla şu soru gelecektir: Paylı hak sahipliğinde kabul edilen bu yapı neden pay üzerindeki çok daha sıkı bir şekilde tasarruf sınırlaması ile elbirliği ortaklığı bakımından da kabul edilmesin? Haliyle elbirliği mülkiyetinde de paylı mülkiyette

yönetimine yönelik detaylı sınırlamalar öngörülmüşken hukukumuzda sadece TMK 523 kapsamında sınırlı bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte bu sınırlı düzenlemenin fevkalade ikamede özel malvarlığının oluştuğu tespitine engel olmaması gerekir.

Ayrıca – Türk hukukunda yasak olmakla birlikte (bu yasağın kaynağı ve ilgili açıklamalar için bkz. TMK 372 II ve **İpek Sevdâ Söğüt**, “Roma ve Türk Hukuku’nda Aile Fideikomisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı”, *TBB Dergisi*, C. 32, S. 147 (2020), s. 143-181.) – aile fideikomisine konu olanlar gibi malvarlığı değerleri özel malvarlığına örnek olarak gösterilmektedir. Bu konuda bkz. **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 641-654 ZGB Syst. Teil, kn. 156. Bu malvarlığının da fevkalade ikamedekine benzer bir amaç taşıdığı söylenebilir.

²⁴⁸ **Thomas Gergen**, “§§ 2032–2041”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, 9. b., München: C.H.Beck, 2022, § 2032, kn. 11,13.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 585-586.

olduğu gibi ortakların şahsi malvarlığında bir mülkiyet payı olduğu ancak bunun üzerinde tek başlarına tasarruf edemedikleri kabul edilerek malvarlığı üzerinde ancak tek kişinin hak sahibi olabileceği ilkesinin elbirliği ile uyumu neden benzer şekilde açıklanmasın? Bu sorulara verilecek olan yanıt hak sahipliği tartışmasında değinildiği üzere kanun koyucunun elbirliğine olan yaklaşımında yatmaktadır. Paylı mülkiyet ile ortaya çıkan kişi birliği sadece bir mülkiyet payına sahip olma nedeniyle diğer paydaşlar ile birlikte olmaktan ibaretken, elbirliği mülkiyeti en başından bir kişi birliğinden doğmakta ve bu kişi birliğindeki bağlılık, ortaklığı bir tüzel kişi mertebesine çıkartmasa da üçüncü kişilere karşı bütünlük içinde bir görüntü ortaya çıkartmaktadır. Bu bütünlük aynı zamanda hak sahipliği bakımından da doğmakta ve ortaklar – sadece bir paylı mülkiyet payına sahip olmaktan öte – bir birlik halinde hakka sahip olmaktadırlar. Bu nedenle ne ortaklar tek başına ayrı ayrı hakların sahibi ne de ortaklık tüzel kişi gibi bağımsız bir hak sahibidir. Aksine ortakların tümü elbirliği bağı içinde hakkın öznesi konumundadır. İşte bu noktada elbirliğine konu malvarlığı ortakların her birinin şahsi malvarlığı sathından ayrı bir konumda üzerinde birlikte hak sahibi oldukları bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nasıl bir kişinin yine kendisinin hak sahibi olduğu bir malvarlığı grubu farklı bir hukuki rejime tabi olması nedeniyle kişinin genel malvarlığından ayrı bir yerdeyse, elbirliği halinde de elbirliğine konu malvarlığı ortakların genel malvarlığından ayrı bir konumdadır. Bu malvarlığı yine ayrı ve kendine özgü bir hukuki rejime tabi olmakla birlikte diğer örneklerden farklı olarak malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahibi ortakların tümüdür. Malvarlığının ayrı bir konumda bulunması paylı hak sahipliğinden farklı olarak amaçsal bir birliğin bulunması ile de ilgilidir. Gerek ortaklık gerekse ortaklık malvarlığı müşterek amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder. Malvarlığının ayrılığının bir nedeni de bu müşterek amaca uygun olarak müdahalelerden korunmaya çalışılmasıdır. Elbirliğine konu malvarlığının özel malvarlığı olması ve bu birlikte hak sahipliği yapısına ilişkin nitelikleri özellikle adi ortaklıkta ortaklık payının devri sonucunda hak sahipliğindeki değişiklikler bakımından önemli bir rol oynamaktadır. Zira elbirliğine konu özel malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliği, ayrılamaz bir şekilde özel malvarlığının tümü üzerindeki (teknik olmayan anlamı ile) hak sahipliğine, bu ise kişi birliğindeki yani adi ortaklıktaki paya bağlıdır.²⁵⁰

B. Adi Ortaklık Malvarlığının Özel Malvarlığı Olmasının Özellikleri

²⁵⁰ Larenz/Wolf, § 9, kn. 77.

Elbirliği ile hak sahipliğinin söz konusu olduğu tipik adi ortaklıkta ortaklık malvarlığı belirli bir amaca özgülenmiş bir malvarlığıdır. Bu itibarla yukarıda belirtildiği üzere adi ortaklıkta elbirliğine konu malvarlığının özel malvarlığı teşkil etmesinin amacı ortaklık malvarlığının korunması ve bu sayede ortak amaca ulaşılmasının güvence altına alınmasıdır.²⁵¹ Her özel malvarlığı bakımından ayrı ve kendine özgü olan özel hukuki rejim de adi ortaklık bakımından bu amaca uygun bazı nitelikler taşımaktadır. Bu nitelikler ve adi ortaklığın malvarlığının özel malvarlığı olmasının özellikleri aşağıdaki gibi özetlenebilir.

1. Ortaklık Malvarlığının Yönetiminin Tüm Ortaklarda Olması ve Ortaklık Malvarlığı Değerleri Üzerinde Tek Başına Tasarrufun Mümkün Olmaması

Elbirliği mülkiyetinde yönetim ve tasarrufun genel olarak düzenlendiği TMK 702 II hükmünde gerek ortaklığın/malvarlığının yönetimi gerekse malvarlığı değerlerine yönelik tasarruf işlemleri için kural olarak ortakların oybirliği aranmaktadır. Bu kuralın istisnasının kanun veya sözleşmede öngörülebilir. Adi ortaklıklar bağlamında ise TBK 625 I kapsamında her ortağın tek başına yönetim yetkisi tanınmıştır ve aksine bir düzenleme bulunmaması halinde bu yetki ortaklık malvarlığının yönetimini de kapsar.²⁵²

Ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde tasarruf işlemlerine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Ancak TBK 637-638 hükümlerinde ortakların tamamını bağlayacak bir işlemin ancak geçerli bir temsil yetkisinin varlığı halinde tek bir ortak tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Bu hükümler bir arada düşünüldüğünde kural olarak yönetim ve temsil yetkisine sahip her ortağın ortaklık malvarlığı üzerinde tasarruf edilebileceği bir an için düşünülebilir. Ancak ortakların yapacağı bu işlemlerin tüm ortakları temsilen olduğu unutulmamalıdır. Bu anlamda birlikte yönetim ve tasarruf ilkesine tam anlamı ile bir istisna getirildiği söylenemez.²⁵³ Ayrıca bu yetkiler iki açıdan sınırlanmış durumdadır. Bunlardan ilki, yönetim ve temsil yetkisinin sadece olağan işlerle

²⁵¹ Elbirliği rejiminin ortaklığın dağılmadan varlığını devam ettirmeye hizmet ettiği yönünde bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 113. Nitekim bu sebeple adi ortaklıkta paylı hak sahipliği yapısının benimsenmesi halinde ortakların malvarlığı payları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek olmaları ortaklık ilişkisinin devamı bakımından uygun görülmemekte ve bu durum *affectio societatis* unsuru ile bağdaşmaz görülmektedir. Bu konuda bkz. **Barlas**, kn. 198.

²⁵² Yönetim yetkisinin ortaklardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılması halinde ise diğer ortakların yönetim ve buna bağlı temsil yetkisinden bahsedilemez.

²⁵³ TMK'daki birlikte tasarruf ilkesine bir istisna tanınmadığı yönünde bkz. **Barlas**, kn. 194. Ortakların ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayacağına ilişkin olarak bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 182.

sınırlı olması, olağanüstü işlemler için yönetim yetkisi bir ortağa verilmiş olsa dahi oybirliği gerekmesidir. Örneğin, ortaklık malvarlığındaki bir taşınmaz üzerindeki tasarruflar kural olarak halen oybirliğine tabidir. Bunun yanında TBK 625 II uyarında yönetime yetkili her ortağın diğer ortakların işlemlerine itiraz ederek işlemi durdurma yetkisi de mevcuttur. Bu itibarla ortaklık malvarlığında yönetim kural olarak tüm ortaklardadır ve tasarruflar bakımından birlikte hareket ilkesi halen geçerlidir.

Ayrıca aşağıda ayrıca incelendiği üzere aslen ortaklık payının devrine ilişkin olan ancak sonucu itibarıyla ortaklık malvarlığı kapsamındaki değerler üzerindeki hak sahipliğini de etkileyecek olan pay devrine ilişkin TBK 632 hükmünde devrin tüm ortakların rızasına bağlanmış olması da bunun bir göstergesidir.²⁵⁴

Özel malvarlığı olmanın bir sonucu olarak kategorize ettiğimiz ortaklık malvarlığının elbirliğine konu olması nedeniyle malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufa ilişkin bu özel düzen tek başına bile öğretide bu malvarlığının özel malvarlığı teşkil etmesi için yeterli bir gerekçe olarak görülmektedir.²⁵⁵

2. Ortaklık Malvarlığındaki Değerler Üzerindeki Payın Ortaklık Payından Ayrı Olarak Devredilememesi

Bir özel malvarlığı olarak ortaklık malvarlığının bir diğer niteliği ise ortakların elbirliğine konu ortaklık malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğini – bir diğer ifade ile ilgili malvarlığı değerleri üzerindeki payını²⁵⁶ – ortaklık payından ayrı olarak devredememesidir. Bu özelliği elbirliğine konu ortaklık malvarlığını bir özel malvarlığı haline getiren unsurlardan biri olarak değerlendirilmektedir.²⁵⁷ Bu konudaki değerlendirmeler bağlamında birbiriyle doğrudan ilişkili iki hususun her zaman akılda tutulması gerekir. Bunlardan ilki elbirliğine konu malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliği ile elbirliği ortaklığındaki pay arasında ayrılamaz bir bağlantının

²⁵⁴ Bkz. aş. § 4. B. 2.

²⁵⁵ v. Steiger, s. 181.

²⁵⁶ Elbirliği ilkesine bağlı bu nitelik nedeniyle adi ortaklıkta ortakların ortaklık malvarlığı üzerinde doğrudan ve belirli bir payının veya orana tekabül eden aynı bir hakkının olmadığı, ortakların ortaklık malvarlığının üzerindeki haklarının müstakbel tasfiye sonucu üzerindeki talep ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 544 OR, kn. 12. Türk öğretisinde de benzer değerlendirmelerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu hususun elbirliği ortaklığında bir malvarlığı payı bulunmadığı değil, tasarrufa konu bir malvarlığı payı bulunmadığı şeklinde anlaşılması gerektiği daha önce açıklanmıştı. Bu itibarla bu başlıkta da “malvarlığındaki değerler üzerindeki pay” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁵⁷ Huber, s. 61.

bulunduğudur.²⁵⁸ İkincisi ise elbirliği ortaklıklarının yapıları itibarıyla kural olarak ortaklarının kişiliğinin önem arz ettiği kapalı topluluklar olmasıdır.

Daha önce de ifade edildiği üzere olağan bir paylı hak sahipliği halinde bu olgudan doğan kişi birliği paylı hak sahipliği ilişkisinin sonucu konumundadır. Haliyle paylı hak sahipliği hallerinde bağımsız olarak devre konu malvarlığı değeri üzerindeki hakkın sahibi bundan doğan kişi birliğinin de mensubu haline gelecektir. Örneğin, kat mülkiyetine tabi bir taşınmazda kim bağımsız bölüm ve ana taşınmazdaki buna bağlı mülkiyet payının sahibi ise o kişi kat maliklerinden oluşan kişi birliğinin üyesi olacaktır.²⁵⁹ Buna karşın elbirliği ile hak sahipliği hallerinde – ve dolayısı ile elbirliğine dayalı tipik bir adi ortaklıkta – elbirliği ile hak sahipliği mevcut kişi birliğinin nedeni değil sonucudur. Dolayısı ile ortaklık ilişkisi birlikte hak sahipliği olgusundan ön planda olup, belirleyici olan hukuki konum birlikte hak sahipliği değil kişi birliğinin üyesi olmaktır.

Bu nedenledir ki kanun koyucu TMK 702 III kapsamında elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin olarak “Sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece, paylaşma

²⁵⁸ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 2; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 544, kn. 29, 49. Bu ayrılmaz bağlantı nedeniyle ortaklık malvarlığı üzerindeki payın ortaklık payından ayrı olarak tasarrufa konu olmayacağı yönünde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 4.

²⁵⁹ Bu açıklama akla şu soruyu getirebilir: “Hak sahipliği ile kişi birliği üyeliği arasındaki ilişki bu şekilde ise o halde paylı hak sahipliği esasına tabi bir atipik adi ortaklıkta ortaklardan birinin bir ortaklık malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet payını üçüncü bir kişiye devretmesi bu üçüncü kişiyi ortaklığın ortağı haline getirmez mi?”. Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir. Zira bu ihtimalde eşya üzerindeki paylı hak sahipliğinden doğan kişi birliği bizatihi bu atipik adi ortaklık değildir ve ortaklık payı ile malvarlığı değerleri üzerindeki pay arasında elbirliği ortaklığındakine benzer bir bağlantı bulunmamaktadır. Her ne kadar adi ortaklığın devirden önceki ortakları ile malvarlığı değerinin paydaşları aynı olsa da burada iki ayrı kişi birliği mevcuttur. Bunlardan ilki adi ortaklıkken, diğeri paylı mülkiyetten doğan kişi birliğidir. Buna karşın paydaşlar paylı mülkiyete konu malvarlığı değerlerine ilişkin hak ve yetkilerini adi ortaklık sözleşmesi kapsamında düzenlemişlerdir. Mülkiyet payının üçüncü kişiye devri ile devralan ancak paylı mülkiyetten doğan kişi birliğinin üyesi haline gelmektedir, adi ortaklığa katılımı ise söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalde malvarlığı üzerindeki payını diğer ortakların rızası olmaksızın üçüncü kişiye devreden ortak ancak ortaklık sözleşmesine aykırı davranışından ötürü – borca aykırılık nedeniyle – sorumlu olabilir.

Barlas bu gibi atipik ortaklıklarda paylı mülkiyet ve adi ortaklık şeklinde iki ayrı hukuki ilişkinin bulunmadığını ancak paylı mülkiyet nosyonunun adi ortaklık ilişkisinin parçası olduğunu ifade etmektedir. (bkz. **Barlas**, kn. 197.) Bu değerlendirme adi ortaklık ilişkisi olağan bir şekilde devam ettiği – yani mülkiyet payı üçüncü bir kişiye devredilmediği – müddetçe anlamlıdır, ancak yukarıda değerlendirilen ihtimalde kaçınılmaz olarak iki ayrı hukuki ilişkinin var olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla uyumlu olarak ise ortaklığın olağan bir şekilde devam ederken de aynı sonucu kabul etmek fakat yazarın paylı mülkiyet nosyonuna ilişkin değerlendirmesini paylı mülkiyet ilişkisinin içeriğinin adi ortaklıkta düzenlenmiş olması nedeniyle fiilen bu kişi birliğinin herhangi bir hukuki etki yaratmayacağı şeklinde anlamak uygun görülmektedir.

yapılamaz ve bir pay üzerinde tasarrufta bulunulamaz.” düzenlemesini öngörmüştür.²⁶⁰ Bu durum elbirliği ortaklıklarının – ve özel olarak da adi ortaklığın – ortakların kişiliğinin önem arz ettiği kişi birlikleri olması ile uyum içindedir. Ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin üçüncü kişilere devredilmesi engellenerek bir taraftan ortaklık malvarlığının korunması sağlanmış²⁶¹, diğer taraftan da – ortaklık payı ile malvarlığı üzerindeki pay arasındaki bağlantı düşünüldüğünde – böyle bir devir ile ortaklığa üçüncü bir kişinin dahil edilmesi engellenmiş olacaktır.

Söz konusu engel ortaklık malvarlığının bütünü üzerindeki pay (hak sahipliği) için geçerli olduğu gibi ortaklık malvarlığında bulunan her bir malvarlığı değeri üzerindeki pay (hak sahipliği) bakımından da geçerlidir.²⁶²

Bu noktada akla henüz paylaşılmamış ve halen elbirliğine konu terekede bulunan bir taşınmaz üzerindeki miras payının diğer bir mirasçıya devrine – miras payının tamamı devredilmeksizin – imkân tanıyan Yargıtay içtihadı gelmektedir. Sadece fiili bazı ihtiyaçları karşılamak amacıyla oluşturulduğu açıkça ifade edilmiş bu uygulama daha önce açıklandığı üzere elbirliği ortaklıklarının yapısı ile uyumlu değildir.²⁶³ Kaldı ki sadece miras ortaklığı ve bu ortaklığın malvarlığında bulunan taşınmazlar ile ilgili bu içtihadın adi ortaklık başta olmak üzere diğer elbirliği ortaklıkları bakımından uygulanabilirliği bulunmamalıdır. Bununla birlikte Yargıtay’ın bir başka kararında elbirliği ortaklığının türü bakımından bir ayrıma gitmeksizin elbirliği halinde mülkiyette elbirliği maliklerinin birbirlerine pay devri yapmalarının mümkün olduğunu ifade etmesi de dikkat çekicidir.²⁶⁴

²⁶⁰ Bu düzenleme mehz ZGB 653 II’te de benzer içerikteyken, aBGB §719 I’de ise daha da açık bir şekilde “ortaklık malvarlığındaki payın” ve “ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki payın” devredilemeyeceği öngörülmektedir.

²⁶¹ Aynı yönde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 584-585. TMK 701 ile oldukça benzer içerikteki aBGB §719 kapsamında ortaklık malvarlığı üzerindeki paya ilişkin tasarruf yasağı bakımından aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 2.

²⁶² Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 4-11.

Aslında ortaklık malvarlığının tamamı bakımından bu durumun aynı haklara hâkim olan belirlilik ilkesi nedeniyle malvarlığının tamamı üzerinde bütünsel bir hak sahipliğinin bulunmadığı ile de açıklanması düşünülebilir. Buna karşın elbirliği ortaklıklarında ortakların ortaklık malvarlığının bütünü üzerinde “malvarlığı üzerindeki pay” olarak somutlaşan bir hak sahipliğinin bulunduğu ifade edilmektedir. İştirak payı ayrılmaz biçimde ortaklık payının bünyesinde bulunmakta ancak ortakların sadece malvarlığı üzerindeki hak sahipliğini ifade etmesi itibarıyla ortaklık payından daha dar bir anlam ifade etmektedir. Kavram hakkında bkz. aş. § 5. A. 4.

²⁶³ Bkz. yuk. § 3. C. 2 ve dn. 166.

²⁶⁴ Yarg. 8. HD, E. 2021/17239 K. 2024/2930 T. 25.4.2024.

3. Ortakların Şahsi Alacaklılarının Ortaklık Malvarlığına Başvuramaması

Adi ortaklıkta ortaklık malvarlığının özel malvarlığı teşkil etmesinin bir diğer sonucu ise ortakların şahsi alacaklılarının ortaklık malvarlığına el atamamalarıdır. Bu husus TBK 638 II’de açıkça – ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça – ortakların alacaklılarının ancak ortağın tasfiye payına başvurabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Bu, elbirliği ile hak sahipliği sonucunda ortaya çıkan hukuki durum ile uyumludur.²⁶⁵ Zira elbirliğine konu malvarlığı değeri üçüncü kişiye karşı borçlu olan alacaklının tek başına hak sahibi olduğu bir değer değildir. Sadece ilgili değer üzerinde tek başına hak sahibi olmama gerekçesi paylı hak sahipliğinde de benzer bir sonuca varılabileceğini düşündürebilir. Ne var ki paylı hak sahipliğinde durum böyle değildir. Bu farklılığın temelinde, bu çalışmada birkaç defa değinildiği üzere elbirliği ile pay sahipliği ile paylı hak sahipliğinin değişik özellikleri yatmaktadır. Paylı hak sahipliği halinde paydaşın kişisel malvarlığında bulunan – haliyle tek kişinin hak sahipliğine konu olan – ve üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen bir payı bulunmaktadır. Bu nedenle paydaşın alacaklıları bu paya başvurabilmektedir.²⁶⁶ Ancak unutulmamalıdır ki bu ihtimalde bile alacaklılar ancak ilgili paydaşın payına el atabilmekte, bu pay dışında ilgili malvarlığı değerinin – diğer bir ifade ile paylı hakkın konusunun – tamamına başvuramamaktadır.

Elbirliği ile hak sahipliğinde ise paylı hak sahipliğinden farklı nitelikte olmakla birlikte ortakların ortaklık malvarlığı değerler üzerinde bir payı bulunmaktaysa da bu pay ortağın şahsi malvarlığında bağımsız bir hak olarak mevcut değildir. Bağımsız olmama ile kasıt malvarlığı değerleri üzerindeki bu payın ortağın ortaklık payına bağlı ve ondan ayrılamaz bir değer olması ile ortaklık payından ayrı olarak tasarrufa konu edilememesidir. Zira elbirliğine konu değer üzerinde hak sahibi olmak aynı zamanda elbirliği ortaklığının ortağı olmak anlamına gelecektir, bu durum ise bir ortağın şahsi alacaklısının ortaklık malvarlığındaki paya veya tam tersi ortaklık payına el atabilmesi halinde cebri icra sonucunda hak kazanacak üçüncü kişinin ortaklığa dahil olması sonucunu doğurur. Bu ise elbirliği ortaklığının – özel olarak da adi ortaklığın – kapalı ve sıkı kişisel bağlara dayanan yapısı ile ters düşecektir.²⁶⁷ Nitekim İsviçre hukukunda adi

²⁶⁵ Aynı yönde bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 183.

²⁶⁶ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 13.

²⁶⁷ Bununla birlikte öğretide bir ortağın ortaklık payının da diğer tüm ortakların muvafakati ile doğrudan satış yolu ile icra dairesi tarafından paraya çevrilmesinin mümkün olması gerektiği de ifade

ortaklık ilk olarak paylı hak sahipliği ilkesine tabiyken 1911 revizyonu ile birlikte elbirliği ilkesinin kabul edilmesi de bu serbest tasarrufun önlenmesine yönelik pratik ihtiyacı karşılamak içindir. Zira yukarıda değinildiği üzere paylı hak sahipliğine dayalı atipik bir adi ortaklıkta ortağın şahsi alacaklıları ortağın ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki payına el atabiliyorken, elbirliği ortaklığında bu mümkün olmayıp ancak kar veya tasfiye payı gibi bağımsız alacaklara başvurulması mümkündür.²⁶⁸ Bu sayede yine ortaklık malvarlığının dış müdahalelerden uzak bir şekilde korunması sağlanmaktadır.²⁶⁹ Öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere 1911 revizyonu ile getirilen OR 544 II (TBK 638 II) düzenlemesi aynı zamanda pay sahipliği yapısında getirilen değişiklik nedeniyle önemsiz kalmıştır. Söz konusu revizyonda adi ortaklıkta kanuni rejim olarak paylı hak sahipliği yerine elbirliği ilkesi kabul edilmiştir. Elbirliği rejiminin kabulü ile birlikte ortakların şahsi alacaklılarının el atabileceği ‘bağımsız’ bir malvarlığı payından bahsedilememektedir.²⁷⁰ Paylı hak sahipliğinin benimsenmesi halinde anlamı olabilecek bu hükmün elbirliği esasında sağladığı yegâne imkân ortakların alacaklılarının ortaklık malvarlığına başvurabilmesinin ortaklık sözleşmesi ile mümkün kılınabilmesidir.²⁷¹

Bu ilke ile paralel olarak kanun koyucu ortakların şahsi alacaklılarının ortaklık bağlamındaki taleplerini ilgili ortağın tasfiye payı ile sınırlamış ve bunun ötesinde tasfiye payının paraya çevrilmesini TBK 633 ve 639’da bir çıkarma ve sonra erme sebebi olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin arkasındaki düşünce de ortağın alacaklısının ortaklık malvarlığına başvurmak imkânının engellenmesi nedeniyle – ortağın şahsi malvarlığı yetersiz veya elverişsiz ise – tatmin edilmesi imkânını tamamen ortadan kaldırmamak ancak ortaklığın da diğer ortaklar ile devamına imkân tanımak olabilir.

Kanunda sadece tasfiye payından bahsedilmiş olmakla birlikte bunun yanında şahsi alacaklılarının ortağın ortaklığa karşı sahip olduğu, başkaca şahsi alacaklarına da

edilmektedir. Bkz. **Nihat Güman**, Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 322.

²⁶⁸ **Walter Fellmann**, “Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft”, *ZBJV*, C. 133 (1997), s. 288-289.

²⁶⁹ Nitekim TBK 638 II düzenlemesi bağlamında bu amaç Yargıtay tarafından da “adi ortağın şahsi borcunun diğer ortağın da elbirliğiyle malik olduğu adi ortaklık malvarlığından ödenmemesi, ortaklık mallarının korunması” olarak açıklanmıştır. Bkz. Yarg. HGK, E. 2018/167 K. 2021/644 T. 1.6.2021; Yarg. HGK, E. 2017/713 K. 2021/521 T. 27.4.2021; Yarg. HGK, E. 2017/2453 K. 2021/522 T. 27.4.2021. Yine mehaz İsviçre Borçlar Kanunu 544 hükmünün de 1911 revizyonunda elbirliği ilkesi ile birlikte bu amaçla getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 544 OR, kn. 104.

²⁷⁰ Aynı yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 544 OR, kn. 104.

²⁷¹ Aynı yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 544 OR, kn. 104.

başvurması mümkündür. Bunlar ortağın ortaklık işleri için yaptığı giderler nedeniyle olan alacağı (TBK 627 I), ortaklığa avans olarak verilen paranın iadesi ve faizine ilişkin alacağı (TBK 627 II) ve kazanç payı alacağıdır.²⁷² Bu son sayılanlardan kazanç payı haricindekilerin ortaklık sıfatı ve ortaklık payı ile doğrudan bağlantılı olmaması nedeniyle olağandır. Sonuçta söz konusu alacak hakları, ortağın şahsi malvarlığı bünyesinde bulunmaktadır. Kazanç payı hakkı ise aslında geniş anlamıyla bir ana kadar ortaklık payına mündemiç ve ondan ayrılamaz bir haktır. Ancak kazanç payı alacağı dar anlamı ile, kar dağıtımına karar verilmesiyle ortaklık payından ayrılabilir nitelikte ve ortağın şahsi malvarlığında bağımsız bir değer haline gelmektedir.²⁷³ Kazanç payı alacağı bu an itibarıyla yukarıda sayılanlara benzer bir şekilde ortağın şahsi alacaklılarının erişimine açık hale gelmektedir, bu noktada alacağın doğmuş olması yeterli olmalı ve muacceliyet kesbetmesi aranmamalıdır. Gelecek dönemlere ilişkin olup haliyle henüz doğmamış olan dar anlamda kâr payı alacaklarına ise müstakbel alacakların haczine ilişkin ilkelere²⁷⁴ uygun olarak başvurulabilmesi mümkün olmalıdır.²⁷⁵ Zira bu alacaklar da doğduklarında ortaklık sıfatından ayrılabilir nitelikte olup bağımsız birer değer olacaklardır.

Bu bağlamda son olarak ortaklık faaliyeti dışında bir sebeple tüm ortaklara karşı alacaklı olan – bir diğer ifade ile tüm ortakların şahsi alacaklısı olan – bir kişinin ortaklık malvarlığına başvurup başvuramayacağı sorgulanabilir. Öğretide kimi yazarlarca bu

²⁷² v. **Steiger**, s. 448. Yazar ayrıca bu alacakların miktarının belirlenmiş ve muaccel olmasını da aramaktadır. Kâr payı bakımından aynı yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2012/863 K. 2013/432 T. 3.4.2013; Yarg. HGK, E. 2017/763 K. 2019/344 T. 26.3.2019; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 183 vd.; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 125; **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 454.

²⁷³ Bkz. aş. § 5. A.2. Henüz paylaşılmamış kardan borçlu ortağın payına düşen kısmın haczedilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. HGK, E. 2013/1233 K. 2014/1014 T. 10.12.2014.

Öğretide ortağın şahsi alacaklılarının kâr payına başvurusunun TBK 636 II düzenlemesi kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir. Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 102. İlgili düzenleme şu şekildedir: “Ortaklık sıfatı sona eren kişi, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payını; devam eden işler hakkında da gerekli bilgiyi isteyebilir.”

²⁷⁴ Bunlar müstakbel alacağa ilişkin temel hukuki ilişkinin mevcut olması ve müstakbel alacağın cinsi ve borçlusunun belli olmasıdır. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 491; Yarg. HGK, E. 2017/369 K. 2019/130 T. 12.2.2019. İsviçre hukukunda elbirliği ortaklıklarında bu gibi müstakbel alacakların haczi için öngörülen 1 yıllık süre sınırı (bkz. VVAG I) gibi bir sınırlama hukukumuzda mevcut değildir.

²⁷⁵ Müstakbel kâr payının haczi bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus ortaklığın üçüncü kişi nezdindeki alacağının haczinin bu anlama gelmeyeceğidir. Zira bu alacak elbirliğine konu olarak ortaklık malvarlığıdır. Bu yönde birçokları yerine bkz. Yarg. HGK, E. 2012/863 K. 2013/432 T. 3.4.2013.

soruya olumlu yanıt verildiği görülmektedir.²⁷⁶ Buna göre şayet alacaklı bu alacaklı ortakların tamamına başvurma imkânına sahip ise ortaklık malvarlığına başvurabilmelidir.²⁷⁷ Zira ortaklık malvarlığı gerçek anlamıyla ortaklığa değil, ortakların tamamına aittir.²⁷⁸ Kanaatimce bu hususta farklı bir sonuca varmak gereklidir. Ortaklık malvarlığına başvurulmasına yönelik – başta elbirliği ilkesinden kaynaklı – sınırlamaların tamamı ortaklık malvarlığının ortak amaç uğruna korunmasını amaçlar. Bu nedenle, tüm ortaklar sorumlu olsa dahi, ortak faaliyeti ile ilişkili olmayan bir sorumluluk nedeniyle bu koruma amacına sadık kalınması uygun olur.

4. Ortaklık Alacaklılarının Ortaklık Malvarlığına Başvurma İmkânı

Ortakların şahsi alacaklılarının ortaklık malvarlığına başvuramamasına ilişkin bu ilkenin ardından bir husus daha değinilmeye değerdir: TBK 638 II düzenlemesi ışığında ortakların şahsi alacakları bakımından durum yukarıda açıklandığı şekildedeyken ortaklık alacaklılarının doğrudan ortaklık malvarlığına başvurmaları mümkün müdür? Kanaatimce her ne kadar tüm ortaklar adi ortaklık borçlarından müteselsil, birincil, sınırsız olarak ve şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olsa da belirli şartların sağlanması halinde ortaklık alacaklılarının (ortakların şahsi alacaklılarının değil) elbirliğine konu ortaklık malvarlığına başvurmalarının önünde bir engel görülmemelidir. Zira ortaklık malvarlığı ortakların şahsi malvarlığında olmasa da özel malvarlığı olarak halen elbirliğine tabi olarak ortakların birlikte hak sahipliğine konudur.

Bu hususun gerek yargı uygulamamızda gerekse İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde tartışmalı olduğu görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun istikrarlı içtihadı, kanımca da isabetli olarak TBK 638 II düzenlemesinin ortakların şahsi alacaklıları için öngörülmüş olduğu, ortaklık borçları nedeniyle elbirliğine konu ortaklık malvarlığı değerlerine haciz konulabileceği, bu itibarla ortaklık alacaklılarının bu malvarlığına başvurabileceği yönündedir.²⁷⁹ Buna karşın Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin sonrasında bozmaya konu olmuş kimi kararlarında aksi yönde bir sonuca vardığı

²⁷⁶ **Peter Jung**, “Art. 530–551”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Band 6: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft. Art. 530–771 OR, 4. b., Zürich: Schulthess, 2024, kn. 4; **Vildan Peksöz**, “Adi Ortaklıkla İlgili Takiplerde Haciz”, *IÜHFM*, C. 78, S. 1 (2020), s. 10.

²⁷⁷ **Peksöz**, “Haciz”, s. 10.

²⁷⁸ **CHK-Jung**, Art. 544 OR, kn. 4.

²⁷⁹ Bu yönde bazı kararlar için bkz. Yarg. HGK, E. 2017/763 K. 2019/344 T. 26.3.2019; Yarg. HGK, E. 2018/167 K. 2021/644 T. 1.6.2021; Yarg. HGK, E. 2017/713 K. 2021/521 T. 27.4.2021; Yarg. HGK, E. 2017/2453 K. 2021/522 T. 27.4.2021.

görülmektedir.²⁸⁰ Hukuk Genel Kurulunun aksi yöndeki bozma kararlarına karşın 12. Hukuk Dairesi güncel olarak da bu yöndeki kanaatini korumaktadır. Özel daireye göre kanun koyucu adi ortaklığın borcu ile ortaklardan birinin şahsi borcu arasında herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Buna göre, ortakların ortaklık faaliyetinden doğan borçlardan sorumluluğu bakımından müteselsil borçluluğun kabul edilmiş olması karşısında her bir ortağa ayrı ayrı başvurulması, ortaklık malvarlığına başvuru bakımından ise TBK 638 II ve elbirliğine konu malların haczini düzenleyen İİK 94 hükümleri kapsamında ortakların tasfiye payının haczi yoluna gidilmesi gerekmektedir.²⁸¹

Bu husus İsviçre ve Alman öğretilerinde de tartışmalara konu olmuş durumdadır. İsviçre öğretisinde kimi yazarlar ortaklık alacaklılarının ortağın tasfiye payı haricinde ortaklık malvarlığına doğrudan başvurmalarının ancak ortaklık malvarlığının özel malvarlığı olarak kabul edilmesi ve bu imkânın ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmış olması halinde mevcut olduğunu ifade etmektedir.²⁸² Nitekim TBK 638 II hükmünün kaynağı olan ve içerik olarak da özdeş olan OR 544 II düzenlemesinin ortaklık alacaklıları bakımından da uygulanacağı ve bu hüküm bağlamında ortakların şahsi alacaklıları ile aralarında fark bulunmadığı ifade edilmektedir.²⁸³ İsviçre hukukunda bir ortağın alacaklılarının elbirliğine konu malvarlığının tek bir malvarlığı değerinden oluşması halinde dahi ancak tasfiye payını hacze konu edebileceklerinin düzenlenmiş olması²⁸⁴ da bu görüşün gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.²⁸⁵ Aksi görüş belirli şartlarda ortaklık alacaklılarının ortaklık malvarlığına el atabilmesine imkân tanımaktadır. Bu bakımdan ilk olarak OR 544 II (TBK638 II) hükmünün alacaklılar bakımından bir ayrıma gittiği ve hükmün sadece ortakların şahsi alacaklılarına yönelik olduğu fikri hâkimdir.²⁸⁶ Bununla birlikte sadece bir ortağa başvuran ortaklık alacaklısı ise bu hükümden bağımsız olarak ancak o ortağın tasfiye payına el atabilecektir, zira elbirliği ilkesine uygun olarak ortağın

²⁸⁰ Yarg. 12. HD, E. 2015/12014 K. 2015/17209 T. 22.6.2015; Yarg. 12. HD, E. 2014/15236 K. 2014/18150 T. 23.6.2014. Bozma kararları için sırasıyla bkz. Yarg. HGK, E. 2018/167 K. 2021/644 T. 1.6.2021; Yarg. HGK, E. 2017/763 K. 2019/344 T. 26.3.2019.

²⁸¹ Yarg. 12. HD, E. 2023/1912 K. 2024/1092 T. 8.2.2024.

²⁸² v. Steiger, s. 444.

²⁸³ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 105.

²⁸⁴ İlgili düzenleme için bkz. VVAG I (*Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen*).

²⁸⁵ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 110.

²⁸⁶ BSK-Vogt, Art. 544 OR, kn. 42-44.

şahsi malvarlığındaki değer, tasfiye payından ibarettir.²⁸⁷ Fakat ortaklık alacaklısı tüm ortakları takip etmiş ve tüm ortakların tasfiye payının haczi ile paraya çevrilmesi mümkün gözüküyor ise artık icra dairesi ortaklık malvarlığının paraya çevrilmesine karar verebilmelidir.²⁸⁸ Son olarak bu imkâna başvurulabilmesi için ortaklık malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesinin alacaklının tatmini bakımından tüm ortakların tasfiye paylarının paraya çevrilmesinden daha avantajlı olması aranmaktadır.²⁸⁹

Alman hukukunda ise bu sorun benzer tartışmalara yer vermeyecek ölçüde net bir şekilde çözüme kavuşturulmuştu. MoPeG reformu ve hatta adi ortaklığın hak ehliyetinin yargı içtihadıyla tanınmasından önce dahi ZPO § 736 düzenlemesi kapsamında bir adi ortaklığın malvarlığı değerlerinin haczin konusu olması açık bir şekilde ancak tüm ortaklara karşı alınmış bir ilamın mevcudiyetine bağlanmıştı.²⁹⁰

Türk öğretisinde de yönelimin – çoğunlukla sınırlı bir değerlendirmeye konu olmakla birlikte – ortakların tamamının takip edilmesi şartı ile ortaklık malvarlığına başvurulabilmesi yönünde olduğu görülmektedir.²⁹¹

Bu husus ilk olarak TBK 638 II düzenlemesinin kapsamı bakımından değerlendirildiğinde hükmün alacaklıların niteliği bağlamında bir ayrıma gitmediği savı bir anlamıyla doğru ancak eksik gözükmektedir. TBK 638 II kapsamında ortakların

²⁸⁷ **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 44.

²⁸⁸ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 544 OR, kn. 102, 274; **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 63. *Vogt* ayrıca bu imkâna ancak alacaklının tatmini için ortakların şahsi malvarlığında yeterli kaynağın bulunmaması halinde son çare olarak başvurulabileceğini de ifade etmektedir. Bkz. **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 62. Buna karşın bu çekincenin temelinde bulunan VVAG'da (bkz. yuk. dn. 284) düzenlendiği şekilde hacze konu malvarlığı değerleri arasında ortaklık tasfiye payını ortağın diğer şahsi malvarlığı değerlerinden öne koyan bir sıra ilişkisi mevzuatımızda mevcut değildir. Bu itibarla söz konusu çekincenin Türk hukuku bağlamında kabulü uygun olmayacaktır.

²⁸⁹ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 544 OR, kn. 274.

²⁹⁰ MoPeG sonrasında ise bu gibi bir tartışmaya yer kalmamıştır, zira adi ortaklığın hak ehliyetinin tanınması ile borçlu sıfatı bizzat ortaklıkta olduğu gibi ortaklığın borçlardan sorumluluk bakımından tam manası ile kendine ait bir malvarlığı bulunmaktadır. Ortaklık malvarlığına başvuru BGB § 722 (1) kapsamında talebin doğrudan ortaklığa yöneltilmesi ile korunmuş, ortakların şahsi sorumluluğu ise § 721 ise açıkça öngörülerek ortakların şahsi malvarlığına başvurma imkânı BGB § 722 II kapsamında ancak talebin ortaklığa değil ortaklara yöneltilmesine bağlanmıştır.

Alman öğretisinde ortakların şahsi sorumluluğunun kaynağı bakımından çifte sorumluluk (*Doppelverpflichtungstheorie*) ve fer'ilik (*Akzessorietätstheorie*) teorileri sıklıkla tartışılmış olmakla birlikte bu bölümdeki değerlendirmeler bakımından bu teorilerden hangisinin tercih edildiğinin birincil bir etkisi bulunmamaktadır. Zira her iki teori de öncelikle ortaklığın ortaklardan ayrı bir özne olarak sorumluluğunu kabul ederek ortakların şahsi sorumluluğunu bu bağlamda açıklamaya çalışmaktadır. Bu teoriler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 714, kn. 2-6.

²⁹¹ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 125; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 99i; **Peksöz**, “Haciz”, s. 8-11.

ortaklık borçlarından müteselsil olarak ve şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olmalarının sonuçlarından biri ortaklık alacaklısının her bir ortağa ayrı ayrı başvurabilecek olmasıdır. Bu durumda ortaklık borcu nedeniyle kendisine başvurulmuş ortak bakımından TBK 638 II hükmünün uygulanması gerektiği ve alacaklının ancak ortağın tasfiye payına başvurabileceği konusunda tereddüt yoktur.²⁹² Bu anlamı itibarıyla gerçekten de ortaklık alacaklısı ile ortağın şahsi alacaklısı arasında bir fark bulunmamaktadır. Buna karşın ortaklık alacaklısının tüm ortakları başarılı bir şekilde takip ettiği bir ihtimalde dahi ancak tüm ortakların tasfiye payına başvurulabilmesi şeklinde bir sınırlamanın hükmün amacına uygun olduğu söylenemez. Bu bağlamda ya hükmün amacına uygun olarak sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması, ya da bu durumda kanunda örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilerek bu boşluğun doldurulması gerekmektedir. Her iki ihtimalde de varılacak sonuç aynıdır. Hükmün temel amacının ortaklık malvarlığının dış etkilerden korunması olduğu düşünüldüğünde ortakların kişisel alacaklıları bakımından bu gibi bir sınırlama makul gözükmemektedir. Hükmün ortaklık alacaklıları bakımından katı bir şekilde uygulanması halinde şu olası sonuçlar ile karşılaşılacaktır: (i) ortaklardan bir veya birkaçının tasfiye payı haczedildikten sonra borç diğer ortaklar tarafından ortaklık kaynaklarından veya kişisel malvarlıklarından iradi olarak tatmin edilecektir; bu sağlanamaz ise ilgili tasfiye payının paraya çevrilmesi gündeme gelecektir. Bu durumda (ii) ya diğer ortaklar takip borçlusunu ortaklıktan çıkartarak fiktif olarak hesaplanacak tasfiye payını icra dairesine sunacaklar, (iii) ya da son tahlilde ortaklık sona ererek tasfiye olacak ve takip borçlusu ortağın tasfiye payı icra dairesine sunulacaktır. Dahası bu şekilde hala tatmin edilememiş olan alacaklının diğer ortakların kişisel malvarlığına başvurma imkânı da bakidir. Buna karşın takibin tüm ortaklara yöneltilerek ortaklık malvarlığındaki değerlerin hacze konu olması ihtimalinde ise ya (i) alacaklı yine ya ortaklık kaynaklarından veya ortakların kişisel malvarlığından iradi olarak tatmin edilecek, (ii) bu sağlanmaz ise ilgili malvarlığı değeri paraya çevrilecektir. Bu durumda da halen tatmin edilememiş olan alacaklının ortakların kişisel malvarlığına başvurma imkânı mevcut olacaktır. Bu ihtimallerde görüldüğü üzere ortaklık alacaklılarının ortaklık malvarlığına başvurmalarına yönelik bu gibi bir kısıtlama ortaklık malvarlığının korunmasına bir katkıda bulunmadığı gibi ortaklığın sona ermesi sonucunu dahi doğurabilmektedir. Meseleye dogmatik olarak yaklaşıldığında da elbirliğine konu malvarlığı değerleri

²⁹² Zira tasfiye payı her halde ortakların kişisel malvarlığında bulunmaktadır ve ortaklar ortaklık borçlarından şahsi malvarlıkları ile sorumludur. Aynı yönde bkz. **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 43-44.

üzerindeki hak sahipleri ile borçlu sıfatını taşıyan kişiler bu ihtimalde özdeşdir. Bunun yanında söz konusu borç ilişkisi de ortaklık faaliyeti kapsamında doğmuştur. Bu özdeşlik ve nitelik karşısında ortaklık alacaklılarının neden ortaklık malvarlığına başvuramayacağını açıklamak da zor gözükmemektedir.

Bu konuda en sık karşılaşılan ifadelerden biri adi ortaklığın tüzel kişiliğinin ve buna bağlı olarak ortaklığa ait bir malvarlığının olmaması, bu nedenle ortaklık alacaklılarının alacaklarını elde etmek için paraya çevirme bakımından onlara özgülenmiş birincil sorumluluğa konu bir malvarlığı kümesinin (*Haftungsfond*) bulunmadığıdır.²⁹³ Ancak bu ifadenin temelinde İsviçre hukukunda adi ortaklıklar ile kıyaslanan ve tüzel kişiliği bulunmayan kollektif ve komandit ortaklıklarda ortaklık alacaklılarının ortaklık malvarlığına başvurabileceğine ancak ortakların şahsi alacaklılarının bu imkândan yoksun olduğuna ilişkin OR 570, 572, 613 ve 616 düzenlemeleri yatmaktadır. Bu nedenle kollektif ve komandit ortaklık ile adi ortaklığın malvarlığı arasında bariz bir fark bulunmakla birlikte benzer düzenlemelerin adi ortaklık bakımından mevcut olmaması adi ortaklık alacaklılarının ortaklık malvarlığına başvurmasına engel olmamalıdır. Zira bu hükümlerden ortakların şahsi alacaklıları ile ilgili olan OR 572 ve 616 adi ortaklıkta olduğu gibi şahsi alacaklıların sadece borçlu ortağın tasfiye ve kâr payı gibi ortaklık malvarlığından bağımsız haklarına başvurabileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda ortakların şahsi alacaklıları ile ortaklık alacaklılarının özellikle tasfiye payına başvurmaları bakımından ilk bakışta bir önemli bir fark ve öncelik ilişkisi görülmemektedir. Buna karşın ortaklık alacaklılarına ilişkin OR 570 ve 616 düzenlemeleri ise kollektif ve komandit ortaklığın iflası ihtimalinde ortaklık alacaklılarının alacaklarını ortaklık malvarlığından elde etme imkânını düzenlemektedir.

Adi ortaklık ise gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda iflasa tabi değildir. Bununla birlikte adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin TBK 643 ve mehz OR 549 düzenlemelerinde ortaklık borçları (ve hükümde sayılan diğer bazı kalemler) ödendikten sonra artı bakiye kalması halinde ortaklara tasfiye payı ödeneceği düzenlenmektedir. TBK 638 II ve 643 düzenlemeleri birlikte düşünüldüğünde ortaklık malvarlığının (her ne kadar İsviçre hukukundaki kollektif ve komandit ortaklık kadar olmasa da) ortaklık alacaklıları için

²⁹³ V. Steiger, s. 381; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 48; BK-Fellmann/Müller, Art. 544 OR, kn. 21, 259; BSK-Vogt, Art. 544 OR, kn. 15, 48. Ticaret şirketlerinden farklı olarak tüzel kişiliğin bulunmamasından ötürü malvarlığının ortaklığın değil ortakların olması, ortaklık alacaklıların ortaklık malvarlığına doğrudan başvuramamaları ve bu sebeple ortaklık malvarlığının alacaklılar için bir güvence oluşturmadığından hareketle aynı yönde bkz. Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 124.

ayrılmış olmasa bile öncelenmiş bir malvarlığı olduğunu söylemek daha isabetli gözükmektedir. Nitekim bu durum da öğretide ortaklık alacaklılarının ortakların şahsi alacaklılarına kıyasla *de facto* olarak öncelenmiş olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.²⁹⁴ Bu fiili önceleme veya avantajın varlığı kimi yazarlarca sadece ortaklık alacaklılarının tatmini ile ortakların müşterek menfaatinin örtüşmesine dayandırılmaktadır. Zira alacağını elde edemeyen ortaklık alacaklısı ortaklıkların şahsi malvarlığına başvurma riski bulunduğu için ortaklığın alacaklılar tatmin edilmeksizin kar dağıtımını yapması ortakların menfaati ile örtüşmemektedir. Bu nedenle ortakların ortaklık malvarlığının öncelikle ortaklık alacaklıların tatmini için sarf edilmesini isteyecek olmaları ortaklık alacaklılarını ortakların şahsi alacaklılarına göre fiilen avantajlı bir konuma getirmektedir.²⁹⁵ Bu itibarla tüzel kişiliği bulunan ortaklık yapılarındaki gibi ortakların şahsi alacaklılarının erişiminden büyük ölçüde korunmuş bir malvarlığı olmasa bile, adi ortaklık malvarlığının özel malvarlığı niteliğinde olmasının sonuçlarından biri de bu malvarlığının bir ölçüde ortaklık alacaklılarının tatmini için korunan bir malvarlığı olmasıdır.

5. Ortaklık Malvarlığının Garanti İşlevi?

Yukarıda farklı bağlamlarda değinilmiş olmakla birlikte ortaklık malvarlığının özel malvarlığı olmasının sonuçlarından veya özelliklerinden biri olarak da garanti işlevine kısaca değinilebilir. Bu işlev temelde ortaklık malvarlığı üzerindeki tasarruflara ve ortaklık malvarlığına başvuruya ilişkin kuralların bir sonucudur. Tipik adi ortaklıklarda söz konusu olan elbirliği ilkesi nedeniyle ortaklık malvarlığının üç farklı bağlamda garanti işlevine sahip olduğu söylenebilir.

Bunlardan ilki ortaklık malvarlığının ortakların bireysel müdahalelerinden uzak tutularak ortak amacın güvence altına alınmasıdır.²⁹⁶ Bu güvence, elbirliği kapsamında ortaklık malvarlığına ilişkin kararlar ve tasarruflarda elbirliği ile hareket edilmesi ilkesi ile sağlanmaktadır.²⁹⁷ Bu sayede ortaklık malvarlığı ancak ortak amaca uygun olarak kullanılabilir. Nitekim bu niteliği itibarıyla elbirliği ortaklıkları ile tüzel kişiler oldukça yakın bir şekilde konumlandırılmaktadır. Zira farklı şekillerde de olsa her iki

²⁹⁴ Huber, s. 58.

²⁹⁵ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 544 OR, kn. 105.

²⁹⁶ BK-Fellmann/Müller, Art. 544 OR, kn. 33.

²⁹⁷ Huber, s. 61-62, 103.

yapıda da malvarlığının ortak amaca hizmet etmesi güvence altına alınmaktadır. Bu, tüzel kişiler bakımından malvarlığının öznesinin ayrı bir kişilik olmasıyla sağlanırken, elbirliği ortaklıklarında – ve dolayısı ile tipik adi ortaklıklarda – malvarlığının elbirliği ile tasarruf sınırlandırılmasına tabi bir özel malvarlığı olması ile sağlanmaktadır.²⁹⁸

Ortaklık malvarlığının özel malvarlığı olarak sağladığı ikinci garantinin ise ortakların ortaklık sözleşmesi kapsamındaki maddi menfaatlerinin güvence altına alınması olduğu ifade edilmektedir. Zira ortaklar bu özel malvarlığı üzerinde birlikte hak sahibi olmaları ve bu malvarlığının ortakların kişisel malvarlığından ayrı olması münasebetiyle bu malvarlığından kaynaklı olan gelirler üzerinde de hak iddia edebileceklerdir.²⁹⁹

Bu bağlamda son olarak ortaklık malvarlığının ortaklık alacaklıları için bir garanti işlevi taşıyıp taşımadığı değerlendirilebilir. Bu bağlamda, ortaklık malvarlığının – tüzel kişilerden farklı olarak – ortaklık alacaklıları için özgülenmiş bir malvarlığı olup olmadığı tartışmasını tekrar etmeye gerek görülmemektedir.³⁰⁰ Her ne kadar ortaklık alacaklıları ortaklık malvarlığının korunmasına yönelik doğrudan bir talep hakkına sahip olmasalar da, ortaklık malvarlığına başvurabilme imkânları ve tasfiyedeki önceliklerine ilişkin olarak yukarıda ulaşılan sonuçlar ile bu malvarlığının ortakların bireysel müdahalelerine karşı da korunmasına ilişkin bu başlıkta açıklanan ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, ortaklık malvarlığının bir özel malvarlığı olarak ortaklık alacaklılarının alacaklarını elde edebilmeleri bakımından da dolaylı olarak bir güvence sağladığı sonucuna varılabilir. Bu yaniyla, ortaklık malvarlığının tabi olduğu bu özel düzen ikincil olarak ortaklık alacaklıları bakımından da bir garanti işlevi taşımaktadır.

6. Ortaklık Malvarlığında Ayni İkame?

Bir özel malvarlığı olması nedeniyle akla gelecek sorulardan biri de ortaklık malvarlığındaki değerlerin kamulaştırmaya konu olması gibi hallerde bunların yerine geçen değerlerin yine ortaklık malvarlığında olup olmayacağıdır.³⁰¹ Elbirliği ortaklıklarında ortaklık malvarlığının bir özel malvarlığı olması nedeniyle ortaklık malvarlığında ayni ikamenin uygulama alanı bulacağı Türk öğretisinde sıklıkla dile

²⁹⁸ Huber, s. 104.

²⁹⁹ Huber, s. 152-153.

³⁰⁰ Bkz. yuk. § 4. B. 4

³⁰¹ Bunun tartışmalı olduğu hususunda bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 586.

getirildiği gibi³⁰² benzer ifadelere Alman ve İsviçre öğretisinde de rastlamak mümkündür.³⁰³ Bu konuda Türk öğretisinde daha önceleri aynı ikame nedeniyle ortaklık malvarlığındaki değerlerin yerini alan kaim değerlerin ve semerelerin de ortaklık malvarlığına dahil olacağı, bunun yanında BGB'nin aksine mevzuatımızda hüküm bulunmasa dahi ortaklık malvarlığındaki değerler ile elde edilen değerlerin doğrudan ortaklık malvarlığına dahil olacağı ifade edilmiştir.³⁰⁴

Bununla birlikte adi ortaklık malvarlığında aynı ikamenin uygulama alanı bulmasından kastın ne olduğunu net bir şekilde ortaya koymak gerekir.³⁰⁵ Bu bağlamda öğretilerde aynı ikame bakımından üç ihtimal değerlendirilmiştir. Bunlardan ilki ortaklık malvarlığındaki eşyanın zarar görmesi sonucu doğan tazminat alacağı veya kamulaştırma sonucu doğan kamulaştırma bedeli alacağı gibi kaim değer hukuki işlem yolu dışı bir şekilde ortaya çıkmasıdır. İkinci ihtimal bir ortaklık malvarlığı değerinin sarfi ile elde edilen değer ortakların veya yetkili temsilcinin ortaklık “adına” yaptığı bir işlem ile ortaya çıkmasıdır.³⁰⁶ Üçüncü ihtimal ise kaim değer ortaklık malvarlığında bulunan bir değer üzerinde tek başına tasarruf yetkisi bulunmayan bir kişi (ortaklardan biri veya üçüncü bir kişi) tarafından kendi ad ve hesabına yaptığı bir işlem ile tasarrufu sonucunda işlemin karşı tarafının iyiniyetinin korunduğu hallerde elde edilen ivaz olarak ortaya çıkmasıdır.³⁰⁷ Anılan ilk iki ihtimalde kaim değer ortaklık malvarlığına dahil olacağı konusunda şüphe olmamalıdır.³⁰⁸ Kaldı ki bu sonuca varılması için ayrı ve özel bir düzenlemeye de ihtiyaç yoktur.

Buna karşın anılan son ihtimalde bu sonucu öngören BGB § 2019 gibi bir düzenleme bulunmadığı müddetçe kaim değer doğrudan ortaklık malvarlığına dahil

³⁰² **Ayiter**, Elbirliği, s. 103; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, kn. 1349; **Sirmen**, s. 425; **Serozan/Engin**, § 1, kn. 122-123. *Ayiter* sonraki bir eserinde ortaklık malvarlığını bir özel malvarlığı değil “müstakil” malvarlığı olarak nitelendirmektedir. Yazar özel malvarlığı kavramını bir kişinin farklı hukuki kurallara tabi tutulan ancak halen kendi şahsi sathında bulunan malvarlığı kümeleri ile sınırlı olarak benimsemektedir. Bkz. **Ayiter**, Mamelek, s. 32-34.

³⁰³ **Larenz/Wolf**, § 21, kn. 63.

³⁰⁴ **Ayiter**, Elbirliği, s. 103. Yazarın Alman hukuku bağlamında değindiği düzenlemeler BGB § 2019 ve § 2041 olabilir. Bu hükümlerde aynı ikamenin sırası ile hukuki işlem yolu ile ikame (*Rechtsgeschäftliche Surrogation* veya *Mittelsurrogation*) ve yasal / hukuki işlem dışı ikame (*Gesetzliche Surrogation*) halleri düzenlenmektedir.

³⁰⁵ Aynı ikame ve benzer kavramlar ile ilişkisi bakımından genel olarak bkz. **Işık Önay**, Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, İstanbul: On İki Levha, 2022.

³⁰⁶ **Önay**, s. 84.

³⁰⁷ **Önay**, s. 85-86.

³⁰⁸ **Önay**, s. 84-85.

olacağını söylemek güçtür.³⁰⁹ Adi ortaklık malvarlığının bir özel malvarlığı olmasının yarattığı menfaatler dengesinin de genel ilkelerden ayrılarak bu sonuca varılmasını haklı gösterir bir yanı görülmemektedir.³¹⁰

Bu itibarla adi ortaklık malvarlığı bir özel malvarlığı olmakla birlikte ortaklık malvarlığında aynı ikame bakımından aynı ikame kavramına atfedilen anlama göre şu sonuçlara varılabilir: Hukuki işlem dışı müdahaleler sonucunda ortaklık malvarlığının yerine geçen kaim değer ve ortaklık adına yapılan bir hukuki işlem ile sarf edilen ortaklık malvarlığının yerine geçen ivaz olarak ortaya çıkan kaim değerin doğrudan ortaklık malvarlığına dahil olması şeklinde anlaşıldığı müddetçe aynı ikame adi ortaklık malvarlığı bakımından da uygulanır. Bu ortaklık malvarlığının ortakların kişisel malvarlığından ayrı ve özel bir malvarlığı teşkil etmesinin bir sonucudur. Buna karşın yukarıda açıklandığı şekli ile hukuki işlem yolu ile aynı ikame adi ortaklık malvarlığı bakımından uygulama alanı bulmayacaktır ve bu anlamıyla aynı ikame de ortaklık malvarlığının bir özel malvarlığı olmasının bir sonucu değildir.

³⁰⁹ Önay, s. 86.

³¹⁰ Benzer yönde bkz. Önay, s. 86-88.

§ 5. Adi Ortaklıkta Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı

Bir kişi birliği olarak adi ortaklığın hukuki niteliği ve elbirliği ilkesi kapsamında ortaklık malvarlığının özellikleri incelendikten sonra adi ortaklıkta devir yoluyla ortak değişiminin niteliğinin ortaya konabilmesi için ortakların hukuki statüsünün ve ortaklık ilişkisi kapsamında sahip oldukları ortaklık payının kavramsal olarak açıklanması gerekmektedir. Bu değerlendirme özünde devir yoluyla ortak değişiminde devrin konusunun ne olduğu ve buna bağlı olarak devrin sonuçlarının ne olacağı sorularının cevaplanmasına hizmet etmektedir.

Bu itibarla, bu bölümde sırasıyla adi ortaklıkta pay kavramının farklı görünüşleri (A) ve adi ortaklıkta pay sahipliği ve ortaklık payı kavramları (B) değerlendirilecektir.

A. Adi Ortaklıkta Pay Kavramının Farklı Görünüşleri

Adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler incelendiğinde kanun koyucunun birçok farklı bağlamda pay kavramını kullandığı ve öğretinin de bu kavrama çeşitli şekillerde yaklaştığı görülmektedir. Bu nedenle ortaklık payının devri bağlamında kavramsal bir uyum ve tutarlılık sağlanabilmesi için adi ortaklıkta pay kavramının farklı görünüşlerinin çok kısa bir şekilde açıklanmasında fayda görülmektedir. Bu bağlamda çalışma için birincil önem arz eden “ortaklık payı” ise takip eden ayrı bir başlıkta değerlendirilecektir.

1. Katılım Payı, Sermaye Payı ve Malvarlığı Payı

Adi ortaklıkta pay kavramına başvurulacak durumların başında daha ziyade ortakların kuruluş aşamasındaki katkıları ile bağlantılı olarak katılım payı ve ortaklığın finansal durumu bakımından ortakların konumu ile bağlantılı olarak sermaye payı ve malvarlığı payı gelmektedir. Bu bağlamda anılan üç kavram aşağıda kısaca açıklanmaktadır.

TBK 621 kapsamında her ortağın ortaklığa bir mal veya emek şeklinde katılım payı koymakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Ortakların yaptığı bu katkı için Türk

öğretisinde “sermaye payı”³¹¹, “ortaklık payı”³¹² veya “iştirak payı”³¹³ gibi kavramlar kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte kanunun ifadesi ile uyumlu olarak “katılma payı”³¹⁴ ve “katılım payı”³¹⁵ kavramları ile daha sık karşılaşılmaktadır. Bu çalışmada da ortakların ortaklık sermayesine yapmayı üstlendikleri bu katkı bağlamında “katılım payı” kavramı tercih edilmiştir.³¹⁶

Mevzuatta adi ortaklık bağlamında doğrudan atıf yapılmamış olan sermaye payı kavramı ise katılım payı ile sıkı bir ilişki içindedir. Sermaye payı kavramı diğer ortaklık yapılarına ilişkin çeşitli hükümlerde³¹⁷ kendine yer bulsa da ortaklığın bilanço hazırlaması halinde adi ortaklıklar bakımından da kaçınılmaz olarak kullanılması gereken bir kavram olarak kabul edilmektedir.³¹⁸ Sermaye payının katılım payından ayrı olarak tanımlanmasındaki temel neden kuruluş aşamasında sadece ortakların katılım paylarının toplamından oluşan ortaklık sermayesinin zaman içinde oluşan kar veya zarara göre bilanço bağlamında değişmesidir.³¹⁹ Buna bağlı olarak da ortakların bu sermaye üzerindeki payları da oransal olarak değil ancak değer olarak değişmektedir.³²⁰ İşte bu

³¹¹ Şener, Adi Ortaklık, s. 189 vd.; Yongalık, Sermaye Payı, s. 28 vd. Bu kullanımın mevcut düzenlemenin karşılığı olan eBK 521’in başlığının “sermaye” olmasından ve hükümde “sermaye koyma” yükümlülüğünden bahsedilmesinden kaynaklanması olasıdır. Yongalık ortakların kuruluştaki katkıları için sermaye payı kavramını tercih etmekle birlikte katılma payı kavramını sermaye payı dahil ortaklık haklarının tamamını kapsayan daha geniş bir kavram olarak görmektedir. Yazar ayrıca ilerleyen bölümlerde detaylı olarak inceleyeceğini üzere adi ortaklıkta pay devrini ise kendi ifadesi ile sermaye payının devri üzerinden açıklamaktadır. Bkz. Yongalık, Sermaye Payı, s. 30-31, 89 vd.

³¹² Necip Bilge, Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 445.

³¹³ Ansay, Adi Şirket, s. 139; Arslanlı, “Şirket Mukavelesi”, s. 134 vd.

³¹⁴ Barlas, s. 43; Doğanay, s. 34; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 587; Fahiman Tekil, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul: Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1991, s. 120.

³¹⁵ Kendigelen/Kırca, Şirketler I, s. 95 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 81; Duran, s. 11-13.

³¹⁶ Katılım payı kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yongalık, Sermaye Payı; Duran.

³¹⁷ Örneğin kollektif ortaklığa ilişkin olarak OR 558-560.

³¹⁸ v. Steiger, s. 385-386; Hans Gummert, “§§ 23-34”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 6. b., München: C.H.Beck, 2024, § 24, kn. 20.

³¹⁹ v. Steiger, s. 385; Huber, s. 176.

³²⁰ Bu katılımın oran olarak da değişmesi diğer ortakların rızası dahilinde mümkün görülmektedir. Örneğin, ortaklardan birinin dağıtılan kâr payını fiilen almak yerine bu tutarın sermayesine eklenmesini talep etmesi ve bunun diğer ortaklarca da kabul görmesi halinde ilgili ortağın sermaye payı değeri diğerlerinden farklı olarak artacağı için sermaye payları arasında oransal bir değişim de söz konusu olabilecektir. Ortakların tahakkuk eden sermaye payını nakden almayıp sermaye payı ekletebilecekleri yönünde bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku 2 - Şirketler Hukuku, 2. b., Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s. 140; BK-Fellmann/Müller, Art. 533, kn. 150.

değişim sonucunda kuruluştaki sabit katılma payından farklı olarak sermaye payı ortaya çıkmaktadır.³²¹ Bu yönüyle sermaye payı sadece ortakların ortaklık sermayesine katılımlarına ilişkin güncel finansal durum gösteren değişken bir muhasebe değerinden ibaret olup ortaklık malvarlığı değerleri üzerinde hak sahipliği gibi hususlarda bir önem arz etmemektedir.³²²

Kavramsal olarak bu şekilde açıklanabilecek olan katılım payı ve sermaye payı kavramlarının önemi ise ortaklık sözleşmesinde kimi ortaklık haklarının katılım payı veya sermaye payına endeksli olarak belirlenebilmesi bağlamında görünür durumdadır.³²³ Örneğin, TBK 623 kapsamında ortakların kazanç ve zarardaki payları kural olarak katılım paylarından bağımsız olarak eşit olarak düzenlenmiş olmakla birlikte ortaklık sözleşmesinde aksinin öngörülmesi mümkündür. Ortaklık borçlarından müteselsil sorumluluk kapsamında iç ilişkideki rücu ilişkisi de keza bu şekilde belirlenebilecektir. Yine ortakların oy hakkı bakımından oyda eşitlik yerine katılım veya sermaye payına dayalı bir belirleme yapılması mümkündür.³²⁴

Son olarak malvarlığı payı kavramı ise ortakların ortaklığın net malvarlığı³²⁵ değeri üzerindeki payını ifade etmektedir.³²⁶ Sermaye payı gibi malvarlığı payı da ortakların malvarlığı üzerindeki hak sahipliğine ilişkin olmayıp, ortaklık malvarlığının belirli bir andaki değerine ilişkin farazi bir paydan ibarettir.³²⁷ Malvarlığı payını sermaye payından

³²¹ Bu değişimin finansal tablolarda nasıl gerçekleştiğine ilişkin örnekler için bkz. **ZK-Handschin/Chou**, Art. 558 OR, kn. 44 vd.

³²² Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019, kn. 20, § 24.

³²³ **v. Steiger**, s. 386. Öyle ki Alman ve İsviçre öğretisinde uzun yıllardır kabul görmüş bu durum reforma dahil edilerek oy hakkı ile kazanç ve zarara katılma payının, ortakların pay sahipliği oranlarına (*Beteiligungsverhältnisse*) veya katılma paylarına biçilen değere endekslenmesi BGB § 709 (3) kapsamında açıkça düzenlenmiştir.

³²⁴ Oy hakkı bakımından bu tartışmalar için bkz. aş. § 5. E. 1 .a. Ayrıca **BK-Fellmann/Müller**, Art. 534, kn. 53-56; **MHdB GesR-Gummert** (2024) , § 24, kn. 21-26.

³²⁵ Net malvarlığı, malvarlığındaki aktiflerin değeri ile pasiflerin değeri arasındaki farkı ifade etmektedir. Bkz. **Huber**, s. 141.

³²⁶ **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 16; **v. Steiger**, s. 385; **Huber**, s. 145. Bu bağlamda ancak ortaklık malvarlığının aktiflerinin pasiflerinden fazla olması halinde bir malvarlığı payından bahsedilebileceği ifade edilmektedir.

Öğretide malvarlığı payı kavramının farklı bir bağlamda, ortağın ortaklık malvarlığından karşılanacak ve bağımsız malvarlıksal taleplerinin (kazanç ve zarara katılma, masraflar ve tasfiye alacağı gibi) tamamını ifade edecek şekilde kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. **Raymond Bisang**, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Zürich: Schulthess, 1978, s. 25-34.

³²⁷ **Huber**, s. 141.

ayıran ilk unsur sermaye payının belirlenmesinde ortaklık bilançosundaki defter değerleri esas alınırken ve bu çoğu zaman ortaklık malvarlığının gerçek değerini göstermiyorken³²⁸, malvarlığı payının belirlenmesinde malvarlığı değerlerinin güncel/reel değerlerinin esas alınmasıdır.³²⁹ Malvarlığı payının pratik önemi ise ortaklığın tasfiyesinde ve bir ortağı ortaklıktan ayrılmasında sırasıyla tasfiye payı ve ayrılma payının temelde malvarlığı payı esas alınarak belirlenecek olmasıdır.³³⁰

Yapılan bu terminolojik ayırımın yanında, bu kavramların ortaklık payının devri bakımından önemi ise katılım, sermaye ve malvarlığı payının ortaklık payı ile ayrılamaz biçimde bağlı bulunması, bu itibarla sortaklık payının devri sonucunda katılan ortağın anılan bağlamlarda içinde olacağı konumun belirlenmesinde kullanılmasıdır. Bunun yanında özellikle ortaklık içi yapılan devirler ve kısmi devirlerde ortakların hukuki konumundaki bu bağlamlarda yaşanan değişiklikler de bu kavramlar aracılığı ile izah edilebilecektir.

2. Kazanç ve Zarara Katılım Payı (Kar ve Zarar Payı)

Adi ortaklıkta kazanç ve zarar en genel anlamı ile ortaklık malvarlığındaki aktiflerin, pasifler ve sermaye toplamını aşması veya tam tersi olarak tanımlanabilir.³³¹ Bu anlamıyla kazanç ve zarar ortaklık bilançosu temelinde belirlenebilir.³³² Ortakların kazanç ve zarara katılım payı ise TBK 623'te açıkça düzenlenmiş ve aksi öngörülmediği müddetçe katılım payının değerinden ve niteliğinden bağımsız olarak eşit olarak öngörülmüştür. Ortakların sözleşme ile kazanç ve zarara katılım payındaki eşitlik ilkesinden ayrılarak kazanç ve zarara katılmayı ayrı esaslara tabi tutmaları, bunları katılım payının değeri,³³³ bundan bağımsız olarak belirlenmiş pay sahipliği oranları, hatta sadece

³²⁸ MHdB GesR-Gummert (2024), § 24, kn. 24.

³²⁹ v. Steiger, s. 385.

³³⁰ v. Steiger, s. 385. Ancak tasfiye payı ile malvarlığı payı aynı olmayacaktır zira tasfiye payının hesabında öncelikle katılım payının iadesi söz konusudur. Bkz. aş. § 5. A.3.

³³¹ Hüküm kapsamında kazanç ve zararın anlamı konusunda detaylı açıklamalar için bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 15 vd.; **Gökçe Canarşlan**, Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirlerine Karşı İç İlişkideki Borçları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 199 vd.

³³² **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 18; **Karayalçın**, s. 139.

³³³ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 22; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 235.

bu paylaşımaya özgü belirli sabit oranlar³³⁴ gibi değerlere endekslemeleri mümkündür.³³⁵ Hüküm kapsamında kazanç ve zarara katılım payına ilişkin sözleşme serbestisi bu konudaki genel sınırlamalar (hukuka ve ahlaka aykırılık vb.)³³⁶ ve özel olarak TBK 623 III kapsamında sermaye olarak sadece emeğini koyan ortaklar saklı olmak üzere sadece kâra katılmanın kararlaştırılamaması kuralı ile sınırlıdır.³³⁷

Bu çalışma bağlamında önem taşıyan husus söz konusu payın ortaklık payı ile olan ilişkisidir. Zira ortaklık payının devri halinde devreden ve devralanın ortaklığın kazancı üzerindeki talepleri bu ilişkiye göre ayrılacaktır. Kazanç payı ortaklık payının ayrılamaz içeriğindedir ve ortakların ortaklığın olası kazancı üzerindeki soyut bir talebini ifade eder. Bu anlamıyla kazanç payı tek başına tasarrufa konu edilemez.³³⁸ Buna karşın ortaklar lehine nispi emredici nitelikteki TBK 630 III kazanç payının yılda en az bir defa dağıtılmasını öngörmektedir.³³⁹ Ortaklık bilançosunun onaylanması³⁴⁰ ve ilgili dönem kârının belirlenmesi ile birlikte bu soyut nitelikteki kazanç payı hakkından kaynaklı olarak münferit bir kazanç payı alacağı doğar.³⁴¹ Söz konusu kazanç payı alacağı bu an

³³⁴ Bunun sıklıkla karşılaşılan bir uygulama olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Hans Gummert**, “§§ 13-22”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019, § 15, kn. 19.

³³⁵ Farklı ihtimaller için bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 31-44; **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 15, kn. 19-35. Öğretide kabul edilen bu imkân MoPeG ile birlikte ters yönde bir karine olarak kabul edilmiştir. BGB § 709’a göre kazanç ve zarara katılma payı varsa kararlaştırılmış pay sahipliği oranlarına, bu yok ise katılma payının belirlenmiş değerlerine, bu da yoksa eşitlik ilkesine göre belirlenmektedir.

³³⁶ **Şener**, Adi Ortaklık, s. 237.

³³⁷ Hükümün kapsamında ilişkin tartışmalar için bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 45-76; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 240 vd.; **Canarslan**, s. 213 vd.

³³⁸ Kazanç payı ve kazanç payı alacağı arasındaki ilişki bakımından benzer yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 721, kn. 4. Ortaklık ilişkisinden kaynaklı malvarlığı haklarının tasarrufa konu edilebileceğinden hareketle kazanç payının diğer ortakların rızası aranmaksızın devredilebileceği bakımından aksi yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 156.

³³⁹ TBK 623 III ve aBGB 712 (2)’nin aksine, OR 540’ta bu gibi bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle İsviçre öğretisinde kazanç payının aksine bir anlaşma olmadıkça ancak ortaklığın tasfiyesinde dağıtılacağı, ne var ki bunun düzenli faaliyeti olan süresiz ortaklıklar bakımından uygun olmaması nedeniyle kollektif ortaklıklara ilişkin OR 558 hükmünün kıyasen uygulanması ile benzer bir sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 147-148. Bu hususta olmasa da Yargıtay’ın da zararın ortakların sermayesinden indirilmesi konusunda kollektif ortaklık hükümlerinden faydalandığı düşünülmektedir. Bu değerlendirme ve ilgili karar için bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 243.

³⁴⁰ TBK’da bu konuda bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte kar dağıtımı için finansal tabloların ortaklar kurulunca onaylanması bakımından kollektif ortaklıklara ilişkin TTK 227 I düzenlemesine başvurulduğu görülmektedir. Bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 241.

³⁴¹ Aynı yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, s. 149; **MüKoBGB-Schäfer**, § 721, kn. 4, 8.

itibarıyla ortaklık payının bünyesinden ayrılarak ortağın kişisel malvarlığındaki bir değer olarak ortaya çıkmaktadır.³⁴² Bu bağlamda ortakların kazanç payını üçüncü kişilere devretmesi kök niteliğindeki kazanç payının devri olarak değil, doğmuş kazanç payı alacağının devri veya gelecekteki kazanç payı alacaklarının (müstakbel alacağın) devri olarak mümkündür.³⁴³

Son olarak kazanç payı alacağı kural olarak doğumuyla – yani bilançonun ortaklarca onaylanması ile – muaccel olur.³⁴⁴ Bununla birlikte ortakların kazanç payı alacağının ödenmesi hususunda bir vade belirlemeleri de mümkündür.³⁴⁵

3. Ayrılma Payı ve Tasfiye Payı

Pay kavramının mevzuatta doğrudan atıf yapılmış olan son görünümü ise ayrılma payı ve tasfiye payıdır. (bkz. TBK 632 II, 633, 634 II-III ve 644 III) Temelde kazanç payının bir yansıması olan bu kavramlar sadece bağlı oldukları olgu bakımından farklılaşmaktadır. Tasfiye payı ortaklığın sona ermesinin ardından ortaklık malvarlığının tasfiyesi sonucunda ortaklara düşmesi muhtemel tasfiye bakiyesidir. Ayrılma payı ise ortaklardan birinin ortaklıktan – çıkma veya çıkarılma sonucunda – ayrılması halinde ortaklık malvarlığının varsayımsal bir tasfiyeye tabi tutulması sonucunda³⁴⁶ ayrılan ortağa düşen payıdır.³⁴⁷

Tasfiye payı ortaklığın tasfiyesinde TBK 643 gereği önce (i) ortaklık borçları ve ortakların ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklar için yaptığı giderler ödendikten, sonrasında (ii) katılma payları (TBK 642 gereği değer olarak) iade edildikten sonra kalan

³⁴² Aynı yönde bkz. **Hayri Domaniç**, *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965, s. 25.

³⁴³ Müstakbel kazanç payı alacağının ancak alacağın doğduğu anda ortaklık payının üçüncü bir kişiye devredilmemiş olması halinde hüküm ifade edeceği yönünde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 721, kn. 14. Kazanç payı alacağının rehni bakımından aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 717, kn. 31 ve § 719 kn. 51.

³⁴⁴ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 533 OR, kn. 72.

³⁴⁵ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 533 OR, kn. 153.

³⁴⁶ Bu TBK 634 II'nin lafzından da anlaşılabilir.

³⁴⁷ Benzer yönde bkz. **Yongalık**, *Sermaye Payı*, s. 103; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, *Ortaklıklar I*, s. 98j. Öğretide bu varsayımsal tasfiyeye esas finansal tablo “geçici tasfiye bilançosu” olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 394-395.

eBK’da ortaklıktan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümlerin (TBK 633-637) bulunmaması nedeniyle bu dönemde sıklıkla kollektif ortaklığa ilişkin ilgili düzenlemelere başvurulmaktaydı, bu nedenle birçok eserde bu düzenlemelere sıklıkla yapılan atıflar ile karşılaştırılması muhtemeldir.

bakiye üzerinden hesaplanır.³⁴⁸ Görüldüğü üzere bu pay sona erme halinde ortakların talep edeceği kalemlerden sadece biridir ve örneğin katılma payını³⁴⁹ içermez. Bu itibarla tasfiye payının aslında ortakların kazanç payının ortaklığın sona ermesi halindeki görünümü olduğu söylenebilir.³⁵⁰ Ayrılma payı da varsayımsal bir tasfiye sonucunda aynı usulle hesaplanacaktır.

Kazanç payında olduğu gibi ayrılma ve tasfiye payı aslında bir kaynak/kök hak olarak görülebilir. Zira her iki kavram bakımından da henüz bir alacak hakkı yoktur, ancak belirli bir olgunun (sırasıyla çıkma-çıkarılma veya sona erme) gerçekleşmesi halinde bir ayrılma payı alacağı veya tasfiye payı alacağı doğacaktır.³⁵¹ Tasfiye ve ayrılma payının muacceliyeti ortaklık payının devri bakımından bir önem taşımamaktadır. Bu nedenle sadece bu muacceliyet hususun öğretide tartışmalı olduğu bilgisi verilmekle yetinilmiştir.³⁵²

Bu anlamda ayrılma veya tasfiye payı üzerinde devir veya başka bir tasarruf bakımından şu husus unutulmamalıdır. Tasarrufa konu olan şey soyut nitelikteki kök hak olan ayrılma veya tasfiye payı alma hakkı değildir. Ortak ancak bu haktan kaynaklı gelecekte doğması muhtemel somut bir alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Bu ortaklık payının devri öncesinde bu alacaklar üzerindeki tasarrufların ortaklık payının devri sonrasında akıbetinin belirlenmesi için önem arz eden bir husustur.

4. Malvarlığı Üzerindeki Pay

Pay kavramının yine mevzuatımızda doğrudan atıf yapılmamakla birlikte öğretide değinilen bir görünümü de ortaklık malvarlığı üzerindeki paydır. Elbirliği mülkiyetine ilişkin TMK 702 III’de bir topluluk devam ettiği müddetçe bir “pay” üzerinde tasarrufta

³⁴⁸ Bu hesaplama ile ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ZK-Handschoin/Vonzun**, Art. 551 OR, kn. 86-196.

³⁴⁹ Benzer yönde bkz. **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 16.

³⁵⁰ Gerek kazanç payı gerekse tasfiye payı bağlamında çoğunlukla bir artı bakiyenin varlığı ve buna bağlı olarak bir alacak üzerinden açıklamalar yapılmış olsa da tasfiye sonucunda ortaklık malvarlığı ortaklık borçlarının ve/veya katılma paylarının iadesi için yeterli değil ise eksi bir bakiye de oluşabilir. Bu durumda TBK 642 II kapsamında tasfiye payı bir borç olarak ortaya çıkacaktır.

Bu, özellikle ortakların kazanç ve zarara katılma payının, katılma paylarından farklı bir oranda belirlendiği hallerde önem taşır. Zira bu oranlar aynı ise sermaye payının iadesinde tüm ortaklar aynı tutarda alacaklı ve borçlu olacaklarken, bu oranlar farklı ise örneğin katılma payı görece fazla ancak zarara katılma payı görece az olan bir ortak net değer itibarıyla diğer ortaklardan alacaklı olacaktır. Daha genel bir ifade ile benzer yönde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 117.

³⁵¹ Ayrılma payı bakımından aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 738, kn. 19; **Türkmen**, s. 271.

³⁵² İlgili tartışmalar için bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 738, kn. 20; **Türkmen**, s. 292 vd.; **Derdiman**, s. 252.

bulunulamaz ifadesi ile aBGB 719 (1) bu kavramın farklı bağlamlarda kullanılmış olması elbirliğine konu malvarlığı üzerinde payın ne olduğu sorusunu akla getirmektedir.³⁵³

Elbirliği ilkesine daha klasik bir açıdan bakıldığında en sık karşılaşılan ifadelerden birisi elbirliği halinde ortakların müşterek malvarlığı ve malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufa konu edebilecekleri bir farazi/fiktif bir payının olmadığı, ortakların bu konudaki hakkının sadece ortaklığın tasfiyesine katılmaya yönelik bir beklenen haktan ibaret olduğudur.³⁵⁴ Bu ifade ortakların paylı mülkiyetine benzer şekilde oransal bir hakka sahip olmadığı veya ortakların hak sahipliğini tek başlarına devredemeyecekleri bağlamında makuldür. Buna karşın gerek pay kavramından ne anlaşılması gerektiği gerekse elbirliğiyle hak sahipliğinin nasıl açıklanması gerektiğine ilişkin görüşlerden³⁵⁵ hangisinin tercih edildiğine göre malvarlığı üzerinde herhangi bir payın var olmadığı savı tartışma konusudur. Örneğin Alman hukukundaki güncel kabul dışı adi ortaklığın hak ehliyetinin kabul edilmesi yönünde olduğu için ortakların malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahibi ortaklığın kendisidir, ortakların bu değerler üzerinde doğrudan bir hakkı bulunmamaktadır³⁵⁶; bölünmüş birlikte hak sahipliği teorisinin³⁵⁷ kabulü halinde ise ortakların konumu pay üzerinde tasarruf imkânı hariç olmak üzere paylı hak sahipliği ile özdeş olduğundan malvarlığı üzerindeki pay da özdeştir.

Ortakların malvarlığı üzerindeki payı iki farklı görünüme sahip olabilir. Bunlardan ilki ortakların münferit malvarlığı değerleri üzerindeki payı (dar anlamda malvarlığı üzerindeki pay) (a), ikincisi ise ortakların malvarlığının bütünü üzerindeki payıdır (geniş anlamda malvarlığı üzerindeki pay) (b).³⁵⁸ Yukarıda açıklandığı üzere bu çalışmada adi ortaklığın hak ehliyetinin bulunmadığı, tipik bir adi ortaklıkta ortaklık malvarlığının ortakların kişisel malvarlığından ayrı ve elbirliği ile hak sahibi oldukları bir malvarlığı

³⁵³ Benzer şekilde mehaz OR 653 III'te eşyadaki pay üzerinde tasarruf (*die Verfügung über einen Bruchteil der Sache*), elbirliğine ilişkin genel bir düzenlemeye sahip olmayan Alman hukukunda ise mal ortaklığı için BGB § 1419 (1), miras ortaklığı için BGB § 2033 ve adi ortaklık için aBGB § 719 (1)'de ise daha açık bir şekilde ortaklık malvarlığı üzerindeki pay ve bu malvarlığındaki münferit değerler üzerindeki paya ayrı ayrı atıf yapılarak miras ortaklığında malvarlığı üzerindeki pay hariç tasarrufların yasaklandığı görülmektedir.

³⁵⁴ Birçokları yerine bkz. **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 652 ZGB, kn. 3; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 544 OR, kn. 27; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 584.

³⁵⁵ Bkz. yuk. § 3. D. 4.

³⁵⁶ **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 16, kn. 10-11; **Matthias Kilian**, “§§ 717–740”, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 62: Gesellschaftsrecht, 5. b., München: C.H.Beck, 2021, BGB § 719, kn. 6.

³⁵⁷ Bkz. yuk. § 3. A. 1.

³⁵⁸ **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 18a; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 4-11.

olduğu ve ortakların bu malvarlığındaki değerler üzerindeki bireysel olarak değil ancak bir birlik halinde hak sahibi olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda her iki kavram da paylı hak sahipliğinden farklı olarak üzerinde tasarrufa elverişli bağımsız bir hakkı ifade etmemektedir.

a. Münferit Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Pay (Dar Anlamda Malvarlığı Üzerindeki Pay)

Ortakların münferit malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğinin ancak ortaklık ilişkisinin bir sonucu olduğu ve ortaklığın da hak ehliyetinin bulunmadığı düşünüldüğünde bir ortağın münferit malvarlığı değerleri üzerindeki payı ancak ortaklık ilişkisinin sonucu olarak münferit değerler üzerinde hak sahipliği ilişkisine katılımını ifade edebilir.³⁵⁹ Gerçekten de bu pay sıklıkla ifade edildiği şekilde üzerinde tasarruf edilebilir bir değer değil ancak hak sahipliği ilişkisinin bir parçası olmaktan ibarettir. Bu yanı sıra, sadece parasal ya da oransal bir değerden ibaret olan sermaye payı ve malvarlığı payından farklı olarak ortaklar ile ortaklığın malvarlığındaki değerler arasındaki aynı ilişkiyi temsil eder ve ortakların münferit malvarlığı değerleri üzerindeki yetkilerinin kaynağını teşkil eder.³⁶⁰ Bu yetkiler ve kapsamı ise ilgili elbirliği ortaklığının düzenine (ilgili kanuni düzenlemeler ve sözleşme hükümlerine) göre belirlenmektedir.³⁶¹ Örneğin, TMK 702 III kapsamında elbirliğinde genel kural olarak ortaklığın devamı süresince paylaşma yapılamaz. Haliyle münferit bir malvarlığı değeri ancak ortakların oybirliği ile ortaklık malvarlığının dışına çıkarılabilir ve söz gelimi ortakların paylı mülkiyetine tabi kılınabilir. Buna karşın TMK 644'e göre ise mirasçılardan her biri terekenin tamamının veya münferit bir değer için ortaklık malvarlığından çıkarılarak paylı mülkiyete tabi kılınmasını hâkimden talep etme yetkisine sahiptir.

b. Ortaklık Malvarlığı Üzerindeki Pay (Geniş Anlamda Malvarlığı Üzerindeki Pay)

³⁵⁹ *Kunz ve Engländer*'in maddi anlamda hak sahipliğinde çokluğa ancak tasarrufta birliğe ilişkin görüşlerinden hareket eden hâkim İsviçre öğretisinde bu payın "her bir müşterek hak üzerindeki sahiplik" olarak tanımlandığı da görülmektedir. Bkz. **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 18a.

³⁶⁰ Malvarlığı değerleri üzerindeki payın bu şekilde tanımlanması Yargıtay'ın terekedeki bir taşınmaz üzerindeki payın devrine ilişkin içtihadı (bkz. yuk. dn. 166) ve TMK 677 I kapsamında kısmi devrin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda da bir tereddüt yaratabilir. Fiili ihtiyaçlar nedeniyle kabul edildiği açıkça ifade edilen bu durumun istisnai nitelikte olduğu ve elbirliği ile hak sahipliğinin temel özellikleri ile bağdaşmadığı açıktır.

³⁶¹ **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 18a.

Adi ortaklıkta pay kavramının aBGB § 719 (1)'de açıkça zikredilen bir görünümü ise “ortaklık malvarlığı üzerindeki pay”dır. Bu kavrama atfedilen anlam ise yine elbirliğine yönelik farklı yaklaşımlara göre değişiklik göstermektedir.

İsviçre öğretisinde “malvarlığı üzerinde pay kavramı” ortakların – paylı hak sahipliğinden farklı olarak – tasarrufa elverişli bir “mülkiyet” payı bulunmadığı ve OR 542 II'de açıkça bir payın diğer ortakların rızası bulunmaksızın devrinden bahsedildiği için hükümde geçen pay ifadesi söz konusu devir imkânı ile birlikte anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre ortaklık malvarlığı üzerindeki pay öğretide ortakların ortaklık malvarlığı üzerindeki tasarrufa elverişli malvarlığı haklarının (*vermögensrechtlichen Ansprüche*) bütününü ifade etmektedir.³⁶² Yukarıda açıklanan kar ve zarara katılım payı ile tasfiye payı, bunun yanında verilen avansların iadesi ve bunun faizine ilişkin alacaklar gibi hakların tamamı ortaklık malvarlığı üzerindeki payı oluşturmaktadır. Bu bağlamda hükmün lafzına paralel şekilde söz konusu payın devri devralana ancak alt katılım bağlamında bir alacak hakkı kazandırmakta olup ortaklık malvarlığı üzerinde herhangi bir hak sahipliği ve ortaklık ilişkisine katılım sağlamamaktadır.³⁶³ Bu yanıyla malvarlığı üzerindeki pay başta hak sahipliği ilişkiden bağımsız olması ve üyelik haklarını içermemesi gibi özellikleri ile “ortaklık payı” kavramından çok daha dar bir kapsama sahiptir.

Alman öğretisinde ise bu kavram ortakların malvarlığı bağlamında değersel/finansal katılımlarından ya da durumlarından ziyade ortaklık konumlarına/sıfatlarına dayalı olarak, ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğini ifade edecek şekilde açıklanmaktaydı. aBGB § 719 (1) kapsamındaki yasak da ortaklık konumu/sıfatı ile hak sahipliği arasındaki ayrılmaz bağlılık sebebi bu hak sahipliğinin ortaklık sıfatından ayrı olarak devredilemezliği şeklinde anlaşılmaktaydı.³⁶⁴ Buna karşın adi ortaklığın hak ehliyetinin kabul edilmesi ile birlikte ortaklık malvarlığı üzerindeki tek hak sahibinin ortaklığın kendisi olduğu ve bu nedenle hükümde geçen ortaklık malvarlığı

³⁶² **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 18b. Elbirliği ortaklıkları bakımından genel olarak bkz. **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 653 ZGB, kn. 17. Kavramın benzer ancak daha geniş anlamda bir kullanımı için karş. **v. Steiger**, s. 384 vd.

“Malvarlığı payı” (*Vermögensanteil*) kavramının bazı yazarlar tarafından bu defa burada açıklanan anlamıyla “malvarlığı üzerindeki payı” ifade etmek için kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. **Zobl**, s. 49.

³⁶³ **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 653 ZGB, kn. 17.

³⁶⁴ **Huber**, s. 360; **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 16, kn. 10; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 4; **Herbert Wiedemann**, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München & Berlin: C.H.Beck, 1965, s. 31-32.

üzerindeki pay kavramının anlamsız hale geldiği ifade edilmekteydi.³⁶⁵ Nitekim MoPeG reformu ile bu kavram adi ortaklıklar bağlamında BGB'den çıkarılmıştır.

Alman öğretisinde MoPeG öncesinde kabul gören bu anlayış büyük ölçüde hukuki niteliği bakımından elbirliği ortaklıklarına verilen anlamla ilgilidir. Bu bağlamda kavramı ortakların sadece malvarlıksal hakları ile sınırlı olarak ve mevcut özel malvarlığı ile olan ilişkisine değinmeksizin açıklayan İsviçre öğretisinin aksine Alman öğretisi, bu kavrama ortakların ortaklık sıfatı ile özel malvarlığı arasındaki ilişkide bir köprü vazifesi atfetmektedir. Bu açıklama tarzı akla derhal hak sahipliğinin hemen yukarıdaki başlıkta açıklandığı şekilde ancak münferit malvarlığı değerleri üzerinde olabileceği itirazı ile karşılaşabilir, ki bu makul bir tereddüttür. Bu çalışmada geniş anlamda malvarlığı üzerindeki pay kavramının tercih edilmiş olmasının temel gerekçelerinden biri budur. Zira ortaklık malvarlığı üzerindeki pay belirlilik ilkesinin bir gereği olarak münferit malvarlığı değerleri üzerindeki paydan farklı olarak hak sahipliği ilişkisine katılımla doğrudan değil ancak dolaylı ilişki içindedir.

Bu anlamıyla ortakların geniş anlamda malvarlığı üzerindeki payı “ortaklık sıfatının (veya ortaklık payının) ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliği ilişkisinin münferit değerler değil ancak bu ilişkinin bütünü bağlamındaki yansıması” olarak açıklanabilir. Ortakların, ortaklık payından dolayı malvarlığı üzerindeki hak sahipliği ilişkisine katılımları geniş anlamda malvarlığı üzerindeki payları olarak açıklanabilir. Ortakların hak sahipliğinin bir birlik halinde olması ve hak sahipliğinin bu birliğe üye olmaya bağlı olması karşısında ortaklık payından ayrı olarak bu kavrama başvurulmasının gerekliliği de ayrıca sorgulanabilir. Mamafih ortaklık payı üyelik hakları başta olmak üzere birçok farklı yetkiyi bünyesinde barındırmaktayken malvarlığı üzerindeki pay sadece bunun hak sahipliğine ilişkin bir bölümünden ibarettir.

Bu açıklama özellikle ortaklık payının devrinin ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliğine etkisi bakımından önem taşınmaktadır. Zira bir taraftan ortaklık payı ile malvarlığı üzerindeki pay yani hak sahipliği ayrılamaz bir şekilde bağlıdır, diğer taraftan ise devir ile aslında ortaklığın malvarlığı üzerinde hak sahibi olan bu birlik bizzatihi değişmemekte sadece bu birliğin kişi yapısında bir değişiklik

³⁶⁵ **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 16, kn. 10.

yaşanmaktadır. Bu nedenle aslında hakkın öznesinde gerçek anlamda bir değişiklik de yaşanmamaktadır.³⁶⁶

Son olarak geniş anlamda malvarlığı üzerindeki payın devredilebilirliği konusunda bir hususu tekrar hatırlatmak gerekir. Özellikle Alman öğretisinde kimi zaman bu payın devredilebilirliğine ilişkin ifadelerle karşılaşılabilir olsa da bunun sebebi çoğu zaman ortaklık konumu ile malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin eş görülmesi olabilir, bu çalışmada da söz konusu devir ancak aşağıda ele alınacak olan ortaklık payının devri ile açıklanmıştır.

B. Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı

Adi ortaklıkta pay kavramının çeşitli görünümüleri açıklandıktan sonra cevap verilmesi gereken temel soru ortakların yukarıda açıklanan münferit pay türlerinden farklı olarak bir “ortaklık payı” şeklinde ifade edilen bir kavramın bulunup bulunmadığı ve ortaklık payı ile pay sahipliği arasındaki ilişkidir.³⁶⁷

Bu hususta her şeyden önce elbirliği ortaklıklarının ve özellikle adi ortaklığın sadece birlikte hak sahipliği ilişkisinin ötesinde bir kişi birliği olduğu ve ortakların bu kişi birliğinin mensubu olmaları nedeniyle birçok hak ve borca sahip olduğu hatırlanmalıdır. Bu nedenle ortakların bu ilişki içindeki konumları sadece ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin ötesindedir. Pay kavramının yukarıda açıklanan farklı görünümlerinden daha geniş bir biçimde ortaklık payı olarak açıklanma çabası da bu durumdan kaynaklanmaktadır. Nitekim böyle bir nitelendirme özellikle malvarlığı bulunmayan iç ortaklık şeklinde yapılmış atipik ortaklıklar bakımından da önem taşımaktadır, zira bu ortaklıklarda ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahipliğinden de bahsedilemez.³⁶⁸

³⁶⁶ Detaylı açıklamalar için bkz. aş. § 10. B. 1.

³⁶⁷ Öğretide pay sahipliği kavramı çoğunlukla sermaye ortaklıklarına özgü olarak kullanılmakta, kişi ortaklıkları bakımından ise “üyelik” veya “ortak sıfatı” gibi kavramların kullanıldığı, adi ortaklıklar bakımından İsviçre-Alman öğretisinde de yine dilimize üyelik olarak çevrilebilecek “Mitgliedschaft” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada ortaklık payı kavramının varlığına ilişkin müspet yaklaşım ile uyumlu olarak ortakların hukuki konumları için pay sahipliği ifadesi tercih edilmiştir. Bunun yanında üyelik veya bu çalışmadaki kullanımı ile pay sahipliği sermaye ve kişi ortaklıkları bakımından nitelikleri itibarıyla değil, sadece içerdikleri yetkiler bakımından farklılık göstermektedir. (Aynı yönde bkz. **Karsten Schmidt**, Gesellschaftsrecht, 4. b., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymans Verlag AG, 2002, s. 550., karş. v. **Gierke**, Genossenschaftstheorie, s. 240 vd., 353 vd.) Bu itibarla bu kavramların birbirleri yerine kullanılmasında sakınca görülmemiştir.

³⁶⁸ Öğretide bu gibi ortaklıkların bir birlikten ziyade saf bir sözleşme ilişkisinden ibaret olduğu, bu nedenle bu ortaklıklarda pay sahipliği veya ortaklık payından bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Schmidt**, s. 1310. Buna karşın adi ortaklıkların hukuki niteliği bağlamında ifade edildiği üzere gerek bir malvarlığına sahip olma gerekse üçüncü kişiler ile hukuki ilişki kurma adi ortaklığın niteliğini belirleyen unsurlardan olmakla birlikte kanaatimce bu unsurların bulunmaması bu ortaklık ilişkisini tamamen bir

1. Kavramsal Olarak Pay Sahipliği ve Ortaklık Payı

Pay sahipliği veya üyelik, kanun ve ortaklık sözleşmesi kapsamında ortakların sahip olduğu ve ortağı ortaklık ile diğer ortaklara bağlayan hak ve borçların bütünü olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁹ Bu hak ve borçlar temelde yönetsel haklar ve borçlar ile malvarlıksal hak ve borçlar olarak ayrılabilir. Bu bağlamda ortakların ortaklık ile üçüncü kişi konumunda olduğu ve ortaklık ilişkisinin dışında girdiği ilişkilerden doğan hak ve borçlar bu kapsamın dışındadır.³⁷⁰ Pay sahipliğinin en önemli özelliği ise sadece sözleşmenin tarafı olmaktan fazlasını ifade etmesidir.³⁷¹ Bu anlamıyla pay sahipliğinden ayrı bir ortaklık payının bulunup bulunmadığı ise öğretide tartışma konusudur. Tartışmanın bu çalışma bakımından önemi ise varılacak sonucu devir yoluyla gerçekleşen ortak değişiminin konusunu ve bu işlemin niteliğini belirlemede doğrudan etkili olmasıdır.³⁷² Bu tartışma kapsamındaki yönelimler aşağıda değerlendirilmektedir.

a. Pay Sahipliği ve Ortaklık Payını Eş Anamlı Olarak Değerlendiren Yaklaşım

Pay sahipliği ve ortaklık payı kavramlarının verilen tanıma uygun bir şekilde sıklıkla eş anlamlı olarak kullanıldığı sıklıkla görülmektedir.³⁷³ Bu eş kullanım bakımından pay sahipliğinin niteliği konusu ise öğretide uzun bir süre fikir birliği bulunmadığı görülmektedir. Bu fikir ayrılığı pay sahipliğinin bir hukuki ilişki mi (*Rechtsverhältnis*), yoksa bu hukuki ilişki bağlamında bir hukuki durum/konum/statü mu (*Rechtsstellung*) yoksa bir hak mı (*subjektives Recht*) olduğu hakkındadır.

İlk görüşe göre pay sahipliği iki veya daha fazla kişi arasında irade serbestisi kapsamında kurulan bir hukuki ilişkiden ibarettir. Bu ilişki bir ortaklık sözleşmesi gibi

borçlar hukuku ilişkisi haline getirmemelidir. Bu gibi bir ortaklıkta kişi birliğinin yoğunluğu tipik bir ortaklığa göre ciddi ölçüde zayıflamıştır denebilse de ortaklar arasındaki ilişki halen olağan bir karşılıklı borç sözleşmesinden farklı olarak bir birleşme ilişkisi şeklindedir. Bu birleşme sermaye bakımından sadece emekle sınırlı olsa da halen mevcuttur. Bunun yanında malvarlığı veya üçüncü kişiler ile doğrudan ilişki bağlamında olmasa bile halen ortakların müşterek iradesini yansıtan ortaklar kurulu veya yönetim kararları mevcuttur.

³⁶⁹ v. Steiger, s. 406-407; Flume, Personengesellschaft, s. 125; Jens Koch, Gesellschaftsrecht, 12. b., München: C.H.Beck, 2021, kn. 1, § 8.

³⁷⁰ v. Steiger, s. 406-407.

³⁷¹ Schmidt, s. 1309.

³⁷² Aynı yönde bkz. Mathias Habersack, Die Mitgliedschaft - subjektives und "sonstiges" Recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, s. 63-64.

³⁷³ Bu şekildeki bazı örnek kullanımlar için bkz. MüKoBGB-Schäfer, § 705, kn. 185; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 530 OR, kn. 175; Bisang, ss. 22-23; Schmidt, s. 1309-1310.

bir kurucu organizasyonel sözleşme veya yeni bir pay sahibinin katılımı bakımından bir katılım sözleşmesinden doğmaktadır. Bu ilişki tüzel kişiliği bulunan ortaklıklarda ortakların kendi arasında ve ortaklar ile ortaklık arasındayken, tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklarda sadece ortaklar arasındadır.³⁷⁴

Meseleye hukuki ilişki kavramından yola çıkarak daha farklı bir şekilde yaklaşan bir diğer fikre göre ise pay sahipliği yukarıda açıklanan ilişkisinin bizatihi kendisi değil, bu ilişkinin tarafı olmaktır, zira hukuki ilişki ortakların haklarının kaynağını teşkil etmektedir. Örneğin, bir satış sözleşmesinde satıcı ve alıcının hak ve borçlarının kaynağı aralarındaki bu hukuki ilişkidir, ancak satıcının veya alıcının hukuki konumu söz konusu ilişkinin kendisi ile açıklanamaz. Bu anlamıyla pay sahipliği de hukuki ilişkideki (ortaklık ilişkisindeki) konumu ifade etmektedir.³⁷⁵ Belirlilik ilkesine yaslanan bu yaklaşıma göre tasarruf işlemleri ancak belirli tekil bir hakkı konu alabilir.³⁷⁶ Ayrıca bir hak başka bir hakka ve kesinlikle borca kaynaklık edemez.³⁷⁷ Ancak pay sahipliği bir hukuki ilişkinin tarafı konumunda olmak itibarıyla birçok hak ve borcu içermektedir, bu konumun da içerdiği tüm hak ve borçlar ile birlikte tasarruf işlemine konu olması belirlilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle pay sahipliği bir hak olarak kabul edilemeyeceği gibi bir hukuki ilişkideki konumu ifade etmesinden ötürü devri de ancak sözleşmenin devri vasıtasıyla mümkün olabilir.³⁷⁸ Bu görüşteki yazarların ifadelerinden de çıkarılabileceği üzere bu görüşün tüzel kişiliği bulunmayan kişi birliklerinde üyeler arasındaki ilişkiyi alelade bir borç ilişkisine büyük ölçüde yakınlaştırdığı söyleyebilir.

³⁷⁴ **Lutter**, “Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts”, *AcP*, C. 180, S. 1 (1980), s. 97-98. Pay sahipliğinin temelde bir hukuki ilişki olduğu ancak devir gibi kimi durumlarda bir hak olarak muamele edildiği yönünde bkz. **Bisang**, s. 50. Benzer bir şekilde pay sahipliğine özünde bir hukuki ilişkiler bütünü olarak yaklaşan **Flume** de bu ilişkinin devrinin mümkün olduğu hallerde pay sahipliğinin eşya hukuku ve kişiler hukuku bağlamında çifte karakterli bir hak olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Flume**, *Personengesellschaft*, s. 125-128.

³⁷⁵ **Walther Hadding**, “Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte”, *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin & New York: Walter de Gruyter, 1990, s.31-44, s. 36-37; **Walther Hadding/Erik Kießling**, “§§ 705 -740”, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 11/1: BGB Schuldrecht 9/1: §§ 705-758 BGB*, 13. b., Stuttgart: W. Kohlhammer, 2011, § 705, kn. 67a. Yazarın diğer bazı kişi ortaklıkları özelindeki benzer değerlendirmeleri için bkz. **Walther Hadding**, “Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personengesellschaften - ein subjektives Recht?”, *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 1972, s. 249-262, s. 249 vd. Elbirliği ortaklıklarında üyeliğin bir hak değil, hukuki konum olduğu ancak tasarrufa konu olabileceği bakımından benzer yönde bkz. **Zobl**, s. 136-137.

³⁷⁶ **Hadding**, “Mitgliedschaftsrechte”, s. 35.

³⁷⁷ **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 705, kn. 67a.

³⁷⁸ **Hadding**, “Mitgliedschaftsrechte”, s. 35-36.

Son olarak öğretide pay sahipliğinin direkt bir şekilde hak olarak nitelendirilmemesi gerektiği, ancak pay sahipliğinin kimi durumlarda bir hak gibi muamele görebileceğini ileri süren bir görüşe de rastlanılmaktadır. Buna göre pay sahipliği kavramını doğrudan hak olarak sınıflandırırken dikkatli olmak gerekir. Buradaki çekincenin temel sebebi klasik anlamda bir hakkın içerik bakımından yetkilerin baskın olduğu bir kavram olmasına karşın pay sahipliğinde ortaklık borçlarının kimi zaman daha baskın olmasıdır. Bu bağlamda pay sahipliğini bir hak olarak nitelendirmek hak ve hukuki ilişki kavramları arasındaki genel kabul gören ilişkide belirsiz bir zeminin oluşturulmasına sebep olacaktır. Bu bağlamda pay sahipliği genel anlamıyla bir hak olarak nitelendirilmemeliyse de bir malvarlığı değeri/konusu (*Vermögensgegenstand*) teşkil etmesi nedeniyle çeşitli açılardan hak gibi muamele görmektedir.³⁷⁹

Günümüzde hâkim bir şekilde kabul edilen eğilim pay sahipliği ve ortaklık payı kavramlarının birbirlerini ikame eder şekilde kullanılmasıdır. Ancak özdeş bu kavramlar kullanıldıkları bağlama göre farklı iki anlam taşır. Pay sahipliği bir anlamı ile ortaklık ilişkisine katılımı itibarıyla bir hukuki konumu ifade ederken, diğer anlamı ile ortakların hak sahibi olduğu ve tasarrufa konu olabilir bir haktır.³⁸⁰ Pay sahipliğini kavramsal olarak sadece sözleşmenin tarafı olmaktan ayıran niteliği de bu çift karakterdir. Kişi birliklerinde mevcut hukuki ilişki bir hak olarak nitelendirilebilecek bir konumken, olağan borç sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları bu konumları bağlamında sadece sözleşmenin karşı tarafı ile sadece sınırlı bir hukuki ilişki içindedir ancak tasarrufu kabil pay veya üyelik olarak ifade edilebilecek bir hakka sahip değillerdir. Bu yönüyle pay sahipliği kimi maddi haklar sağlamakla birlikte münferit parçalara ayrılamayan ve malvarlığına, yönetime ve hukuki korumaya yönelik hakların tamamını içeren yekpare bir haklar bütünü/ kompleksini ifade etmektedir, bu bütün ise müstakil bir hak teşkil etmektedir.³⁸¹ Alman öğretisinde pay sahipliğinin bir hak olarak kabulünün özellikle adi ortaklığın hak ehliyetinin

³⁷⁹ **Philipp Lamprecht**, Die Zulässigkeit der mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, s. 125-126.

³⁸⁰ Birçokları yerine bkz. **Habersack**, s. 98; **Schmidt**, s. 1309-1310; **Flume**, Personengesellschaft, s. 126-127; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 186 ve burada dn.535'te anılan yazarlar.

Bu görüşteki *Lutter* bu hakkın tipik hak kategorileri olan ayni haklar, alacak hakları ve yenilik doğuran haklardan birinin altına tam olarak sokulamayacağı, bu nedenle pay sahipliğinin bunlardan bir birliktteki (*verband*) hak olarak yeni ve ayrı bir kategori altında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Lutter**, s. 101-102.

³⁸¹ **Habersack**, s. 92-93.

tanınması ile bağlantılı olduğuna yönelik ifadelerle karşılaşılsa da³⁸² ortaklığın hak ehliyetinin tanınmadığı İsviçre hukukunda da pay sahipliğinin tasarrufu kabil bir hak olduğu kimi yazarca kabul görmektedir.³⁸³ Bu noktada ortaklığa hak ehliyeti tanıyıp tanımamanın pay sahipliğinin mezkûr niteliği bakımından bir önemi olmamalıdır.³⁸⁴

Yazarların gerekçeleri incelendiğinde özellikle hukuk düzeninin bu kavrama olan yaklaşımından hareket edilmesi dikkat çekmektedir. Bu yaklaşımı benimseyen *Flume*'ye göre bir şeyin hak olarak nitelendirilmesinde belirleyici unsurlardan biri hukuk düzeni tarafından bu şey üzerinde tasarrufun mümkün olup olmadığıdır. *Flume* pay sahipliği bakımından bu imkânı devredilebilirlik üzerinden değerlendirmektedir. Buna göre pay sahipliği anonim ve limited ortaklıklar ile kooperatifler bakımından pay kavramı ile somutlaştırılmış durumdadır. Adi ortaklık bakımından ise kanun koyucunun bu gibi bir tercihi bulunmamaktadır. Buna karşın adi ortaklıkta pay sahipliğinin devrinin mümkün olduğunun yargı içtihadı ile kabulü³⁸⁵ ile bu hukuki konum (pay sahipliği), hukuk düzenince bir hak olarak kabul edilmiş olmaktadır.³⁸⁶

Bu konuda pek fazlaca değerlendirme bulunmayan Türk öğretisinin yanında İsviçre-Alman hukukunda da pay sahipliğinin bir hak olduğunun kabul edildiği genel bir şekilde ifade edilirken bu hususta sürekli olarak atıf yapılan ve bu tespiti detaylı olarak ele alan başlıca yazar *Habersack*'tır. Yazarın bu bağlamda başvurduğu ilk kriter ise şu şekildedir: Bir hukuki konumun hak olarak kabul edilmesindeki ölçüt bu hukuki konumun parçası olan borç ve sorumlulukların bu konumun özüne kıyasla tali nitelikte olmasıdır.³⁸⁷ Bu kriter bağlamında çeşitli haklar değerlendirilirken öncelikle bir hakkın pay sahipliği gibi bir bütünlük içinde yetkilerin yanında borç ve yükümlülükler içerebilmesinden hareket edilmiştir. Değerlendirmenin başlangıç noktası hak sahibi ile

³⁸² **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 186. Bu eğilimin temeli sayılabilecek pay sahipliği ile tüzel kişilik arasındaki ilişki bakımından detaylı bilgi için bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 125 vd. Daha önce ifade edildiği üzere benzer bir yaklaşım malvarlığı bulunmayan saf iç ortaklıklarda pay sahipliğinden bahsedilemeyeceğine yönelik olarak da görülmektedir. Bkz. yuk. dn. 368.

³⁸³ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 175.

³⁸⁴ Benzer yönde bkz. **Wendt**, s. 54. Benzer yönde detaylı açıklamalar için bkz. **Habersack**, s. 62 vd.

³⁸⁵ Bu süreç içinde Alman yargı uygulamasındaki değişim hakkında detaylı bilgi için bkz. **Lamprecht**, s. 85 vd.; **Kai Söring**, Die Zulässigkeit der Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997, s. 3-13.

³⁸⁶ **Flume**, Personengesellschaft, s. 125-26.

³⁸⁷ **Karl Larenz**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. b., München: C.H.Beck, 1989, s. 207. Yazarın hukuki konum bağlamındaki bu tespiti *Habersack* tarafından büyük ölçüde hukuki ilişki bağlamında kullanılmaktadır.

üçüncü kişiler arasında henüz bir ihlal gerçekleşmemişken soyut nitelikte olan ve üçüncü kişilere ancak yine soyut bir ihlal etmeme yükümlülüğü yükleyen mülkiyet hakkıdır. Bu soyut halindeyken bile bir yükümlülük içeren bu ilişki hakkın ihlali ile birlikte somutlaşarak hak sahibi ile hakkı ihlal eden kişi arasında hak ve borçları içerecek şekilde bir ilişkiye evrilmiştir.³⁸⁸ Bu bağlamda hukuki konum ile hakkın kendisinin özdeş olduğu temel örnek olarak mülkiyet hakkı gösterilmektedir.³⁸⁹ Meselenin görece daha net olduğu mülkiyet hakkına kıyasla daha kompleks hukuki ilişkiler bakımından da benzer bir ilişki kurulmuştur. Örneğin, aynı eşya üzerinde sınırlı ayni hak sahibi ile mülkiyet hakkı sahibi arasındaki ilişki bakımından intifa hakkı sahibinin malın korunması için bakım ve yenilemeleri yapma borcu ile bakım ve işletme giderlerinde sorumluluğu, taşınır rehni sahibinin rehin korusunu koruma yükümlülüğü ve iade etme borcu gibi borç ve yükümlülükler mevcuttur.³⁹⁰ Yine veli ile küçük arasındaki belirli ilişkileri bütünüyle bünyesinde bulunduran velayet hakkı gibi aile hukukundan kaynaklı haklar bakımından da benzer bir durum mevcuttur.³⁹¹

Bu örneklerin, özünde iki amacı vurgulamaya hizmet ettiği söylenebilir. Bunlardan ilki bir hakkın bünyesinde kompleks bir şekilde yetkilerin yanında, borç ve yükümlülük de barındırabileceği ve bunun bir bütünlük içinde olabileceğidir. İkincisi ise bu şekilde bir bütünlüğün hukuki ilişkiden ayrılarak hak olmasının başta verilen kritere uygun olarak ancak bünyesindeki borç ve yükümlülüklerin tali nitelikte olması halinde mümkün olabileceğidir. Genel çerçeveye bu şekilde ortaya konulduktan sonra değerlendirme ortaklık payına yoğunlaştırıldığında ise pay sahipliğinin kendine özgü karakterinden yola çıkarak pay sahipliğinin – ilk kriterde belirtildiği şekliyle – özünün açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Sonrasında ise pay sahipliğinin bölünmezliği ilkesi dikkate alınarak bünyesindeki borç ve yükümlülüklerin hakkın belirlenen özü olan ilişkisi değerlendirilmektedir.

Buna göre ortaklık sözleşmesinin temelinde organizasyonel bir amaç yatar. Bir taraftan kişi birliğini kurar, diğer taraftan da ortakların yetki ve sorumluluklarını belirler.

³⁸⁸ **Habersack**, s. 68-70. Benzer değerlendirmeler için bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 195, 197.

³⁸⁹ Bu yönde ayrıca bkz. **Larenz**, s. 207.

³⁹⁰ **Habersack**, s. 71.

³⁹¹ **Habersack**, s. 73. Velayete ana babanın – kural olarak – çocuk ve çocuğun malları üzerinde sahip olduğu görev, yetki ve hakların bütünü ifade eden bir hakka olduğuna ilişkin Türk öğretisinde yapılan atıflara bir örnek olarak bkz. **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku, 16. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, kn. 1686 vd.

Mamafih etkisi karşılıklı hak ve borçlar doğurmakla sınırlı değildir, ortaklara müşterek amaç temelinde ortakların bireysel egemenlik alanlarının dışına çıkmış bu kişi birliğinin iradesinin oluşumunu etkileyerek ortaklığın kaderini belirleme bakımından geniş bir katılım yetkisi sağlar. Ortaklık sözleşmesi bu yanılla olağan borç sözleşmesinden büyük ölçüde ayrılmaktadır.³⁹² Bu tespitin temel amacının yapılacak kıyaslama bakımından pay sahipliğinin özünü açıklamak olduğu söylenebilir.

Pay sahipliği ilişkisini olağan bir borç ilişkisinden ayıran önemli bir özelliği ise bölünme yasağıdır (*Abspaltungsverbot*). Olağan bir borç ilişkisinde bu ilişki kapsamındaki münferit unsurların bu ilişkiden ayrılması mümkünken, pay sahipliği ilişkisinde bundan kaynaklı katılım hakları ve koruyucu haklar ile malvarlıksal haklar bu ilişkiden ayrılamaz niteliktedir. Bölünme yasağı olarak anılan bu ilke pay sahipliğinin olağan bir borç ilişkisine kıyasla bir bütünlük içinde olmasını sağlar.³⁹³ Bölünme yasağı nedeniyle hak ve borçların bölünmez şekilde bütünlük içinde bulunması, pay sahipliğini başta verilen münferit unsurlar taşıyan ancak hak niteliğinde kabul edilen – sınırlı aynı hak, velayet hakkı gibi – örneklere olan benzerliğini göstermektedir.

Bu benzerlik ortaya konduktan sonra pay sahipliği kapsamındaki borç ve yükümlülüklerin ağırlığı incelenmektedir. Ortaklık ilişkisinde karşılaşılabilecek ve pay sahipliğinin hak olarak nitelendirilmesine engel teşkil edebilecek borç ve yükümlülükler ortaklığın borçları, özen ve sadakat yükümlülükleri, katılma payı getirme borcu ve ortak amaç uğruna çaba sarf etme yükümlülüğüdür.

İlk olarak ortaklığın üçüncü kişilere olan borçlarının pay sahipliği ilişkisinin dışında olduğu ve bu nedenle değerlendirmeyi etkilemeyeceği ifade edilmektedir.³⁹⁴ Ortakların özen ve sadakat yükümlülükleri ise ortakların ortaklık ilişkisindeki yetkilerinin diğer ortakların menfaati ve ortak amaç ile uyumlu olarak sınırlanmayı amaçlaması nedeniyle pay sahipliğinin özüne göre tali niteliktedir. Son olarak katılma payı getirme ve ortak amaç uğruna çaba sarf etme borcunun da bizatihi ortak amaca ulaşılmasına yönelik oldukları ve olağan bir borç ilişkisinden farklı olarak karşılıklılık değil, birleşme ilişkisi

³⁹² **Habersack**, s. 77-78. Aynı görüşte bkz. **Bingöl**, s. 134. Yazar bu yanılla pay sahipliğinin mülkiyet ve fikri mülkiyet hakları ile benzerlik taşıdığını ifade etse bu benzerliklerin ne şekilde ortaya çıktığını somut bir şekilde dile getirmemektedir.

³⁹³ **Habersack**, s. 77-78. Aynı görüşte bkz. **Bingöl**, s. 134-135.

³⁹⁴ **Habersack**, s. 93-94. Aynı görüşte bkz. **Bingöl**, s. 138.

içinde oldukları için tali nitelikte görülmektedir.³⁹⁵ Anılan kriter kapsamında pay sahipliğinden doğan yükümlülükler bu özellikleri itibarıyla pay sahipliğinin hak olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Habersack'a göre bu bütünlük ve pay sahipliğine bağlı yükümlülüklerin olağan bir borç sözleşmesindekinden farklı şekilde pay sahipliği konumuna göre tali olması nedeniyle pay sahipliği, bir taraftan sahibine ortaklık ilişkisinin tarafı olmak şeklinde bir hak sağlayan pay sahipliği, sıradan hak sınıflandırmalarına dahil edilemeyen *sui generis* bir haktır. Pay sahipliği içerdiği katılım hakları ve koruyucu haklar ile şahıs varlığı sathında özellikler taşıırken, sahibine katılma payının iadesi ve kazançta katılmaya yönelik sağladığı yetkilerle de malvarlıksal bir özelliğe de sahiptir.³⁹⁶

Pay sahipliğinin niteliğini hakka yaklaştıırken temel olarak ortaklık ilişkisinin olağan bir borç ilişkisinden olan (yukarıda açıklanan) farklılıkları ile pay sahipliğinden doğan hak ve yetkilerin, borç ve yükümlülüklerle ağır bastığına ek olarak kimi başka gerekçeler de ileri sürülmüştür. Buna göre hakkın sahibine tasarrufa konu olabilmesi bağlamında bir normatif fayda sağlama imkânı verdiği, pay sahipliğinin de – ortaklık payı olarak somutlaşmış şekliyle – satış veya bağışlama sözleşmesi gibi işlemlere dayanarak devredilebilmesi ile benzer bir normatif fayda sağlaması itibarıyla hak olarak nitelendirilmeye elverişli olduğu ileri sürülmektedir.³⁹⁷ Bu açıdan adi ortaklık ile payın bir hak olarak kabul edildiği limited ortaklık arasındaki benzerliklerden de faydalanılmaya çalışılmıştır. Buna göre ortaklık payının devrinde tarafların odağındaki menfaatler limited ortaklıkta olduğu gibi tasfiye payı veya bu payın değeri değil, bizatihi ortaklık sıfatının kendisi ve bunun değerine göre belirlenen bedeldir.³⁹⁸ Adi ortaklıkta diğer ortakların rızası karşısında limited ortaklıkta genel kurul onayının aranması da devir bakımından diğer ortakların korunan menfaatlerindeki benzerliği gösterir.³⁹⁹ Bu benzerliğe ortakların sermaye taahhütlerinden başka borçlarının bulunması bağlamında da işaret edilerek, bu durumun limited ortaklık payının bir hak olarak sınıflandırılmasına

³⁹⁵ **Habersack**, s. 95-96. Aynı görüşte bkz. **Bingöl**, s. 138-139.

³⁹⁶ **Habersack**, s. 98-100. Aynı görüşte bkz. **Bingöl**, s. 144.

³⁹⁷ **Bingöl**, s. 135-136.

³⁹⁸ **Bingöl**, s. 139.

³⁹⁹ **Bingöl**, s. 139-140.

engel olmadığı da ifade edilmektedir.⁴⁰⁰ Bu bağlamda tüzel kişiliğin bulunup bulunmamasının da nitelendirmede bir etkisi olmayacaktır.⁴⁰¹

b. Ortaklık Payını Pay Sahipliğinden Ayrı Bir Kavram Olarak Açıklayan Yaklaşım

Pay sahipliği ve ortaklık payının eş anlamlı olarak kullanılmasının karşısında bu kavramların dogmatik olarak ayrılması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁴⁰² Bu iki kavram aslında farklı olgulara ilişkin olmayıp, aynı olgunun farklı düzlemlerdeki görünümelerini ifade etmektedir.⁴⁰³ Bu bağlamda, pay sahipliği ortakların ilgili kişi birliğinin parçası olma anlamındaki konumlarını ifade etmektedir.⁴⁰⁴ Ortaklık payı ise bu konumun maddi ifadesi/yansıması⁴⁰⁵ olarak iç ilişki bağlamında ortaklıktan kaynaklı üyelik hakları ile malvarlığı haklarının tamamını içeren bir bütündür.⁴⁰⁶ Ortaklık payı ortakların sahip olduğu ortaklık hak ve borçlarının ortaklar arasındaki iç ilişkideki çerçevesini de belirler.⁴⁰⁷ Bu yanı sıra ortaklık sıfatının devri bakımından tasarruf işleminin konusu hâkim öğretinin kabul ettiğinin aksine pay sahipliği değil ortaklık payıdır.⁴⁰⁸ Bu kavramsal ayrım ortaklık payı ile pay sahipliğinin ayrılabilir nitelikte olduğu anlamına gelmez. Bir kişinin ortaklık payına sahip olduğu halde pay sahibi – ortaklığın üyesi – sıfatını taşıması mümkün olmadığı gibi, pay sahibi olduğu halde ortaklık payından kaynaklı hak ve borçlardan tümüyle mahrum olması mümkün değildir. Bu itibarla ortaklık payının devri kaçınılmaz olarak pay sahipliğinin de devri sonucunu doğurur.⁴⁰⁹

2. Türk Hukukunda Durum

⁴⁰⁰ Bingöl, s. 136.

⁴⁰¹ Bingöl, s. 140-141.

⁴⁰² Müller, kn. 266.

⁴⁰³ Müller, kn. 266.

⁴⁰⁴ Birgit Elsa Bippus, “Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft”, *AcP*, C. 195, S. 1 (1995), s. 23.

⁴⁰⁵ Bippus, s. 23; Schmidt, s. 1309-1310. Yazar esasında bir önceki başlıkta açıklandığı şekilde pay sahipliği ve ortaklık payı kavramlarını birbirlerinin yerine kullanılabilir olarak görse de ortaklık payını pay sahipliğinin maddi yansıması olarak değerlendirmektedir.

⁴⁰⁶ Bippus, s. 22.

⁴⁰⁷ Bippus, s. 23.

⁴⁰⁸ Müller, kn. 266. Ortaklık konumunun kül halindeki içeriği – pay sahipliği kapsamındaki hak ve borçlarını bütünü – olarak ortaklık payının bağımsız şekilde bir hakkın konusu olduğu şeklinde aynı yönde bkz. BSK-Vogt, Art. 544 OR, kn. 18c.

⁴⁰⁹ Müller, kn. 272.

Adi ortaklık bağlamında pay sahipliği ve ortaklık payı kavramlarının Türk öğretisinde pek fazla ilgi görmediği dikkat çekmektedir. Bu kapsamda Alman ve İsviçre öğretilerindekine benzer şekilde pay sahipliği, ortaklık payı, ortak sıfatı, ortaklık konumu, üyelik gibi kavramların hukuki nitelikleri konusunda detaylı bir değerlendirme yapılmaksızın birbirlerini ikame edecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Yine pay kavramına kendi bağlamları içinde yukarıda açıklandığı şekilde kâr payı, tasfiye payı ve malvarlığı üzerindeki payı karşılayacak şekilde başvurulması söz konusudur. Yargı uygulamamızda da bu konuda bir tutarlılıktan söz edilememektedir.⁴¹⁰ Benzer bir durum ortaklık payının devri bakımından da dikkat çekmektedir. Bu bağlamda da üyeliğin toptan devri, ortaklık sıfatının devri, ortaklık payının devri, ortak sıfatından doğan hak ve borçların bir bütün olarak devri gibi ifadeler ile karşılaşılmaktadır.⁴¹¹

Bu konuya sınırlı olmakla birlikte doğrudan temas eden sayılı yazarlardan *Türkmen* ve *Derdiman* ortaklık payı ile pay sahipliğinin kavramsal olarak ayrılması gerektiği yönündeki görüşü benimsemiştir. Yukarıdaki açıklamaları bütünüyle tekrar etmek yerine yazarların kabulünü özetlemek gerekirse ortaklık payı, ortak sıfatının – yani ortaklık hukuki ilişkisindeki konumun – varlık nedenidir.⁴¹² Bu anlamıyla ortaklık sıfatı birliğin üyesi olma konumunu, ortaklık payı ortaklık hak ve yükümlülüklerinin somutlaşmış bir biçimde bütününe ifade eder.⁴¹³

Türk öğretisinde bu konuya özel olarak eğilmiş olan *Bingöl*'e göre ise ortaklık payı ortak ile ortaklar ve ortaklık arasındaki ilişkiyi somutlaştıran bir hukuki ilişkidir ve ortak sıfatını somutlaştırmaktadır. Bu sıfattan kaynaklanan hak ve yükümlülükler de bu sayede hukuki işleme konu olabilmektedir.⁴¹⁴ Yazar bu ilişkinin hak olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda ise birçok kritere başvurmuştur. İlk olarak hukuki konum içinde yer alan sorumluluğun, yükümlülüklerin ve borçların bu hukuki konumun özüne göre ikincil nitelikte olup olmaması belirleyicidir. Buna göre ortaklık sözleşmesinin

⁴¹⁰ “Ortaklıktaki pay”ın veya “ortaklık payı”nın devri: Yarg. 13. HD E. 1975/3003 K. 1975/7812 T. 10.12.1975, Yarg. 13. HD E. 1974/833 K. 1974/1144 T. 11.5.1974 (**Macit Yalman/Erbay Taylan**, Adi Ortaklık, Ankara: Olgaç Matbaacılık, 1976, s. 164-165.’den naklen).

⁴¹¹ Bu örnekler için bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591-192; **Bilge**, s. 452 vd.; **Şener**, Ticari İşletme, s. 373; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 304.

⁴¹² **Türkmen**, s. 255; **Derdiman**, s. 21.

⁴¹³ **Türkmen**, s. 256; **Derdiman**,.

⁴¹⁴ **Bingöl**, s. 133. Şirketler hukuku bağlamında üyeliği hem bir hukuki ilişki hem de bir hak olduğu ve bu hakkın tasarruflara konu olabileceği bağlamında benzer yönde bkz. **Aynur Yongalık**, Şahıs Şirketlerin Ortak Davası (Actio Pro Socio), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, s. 7.

organizasyonel yönünden kaynaklı olarak ortakların ortaklığın kaderini belirlemeye yönelik yetkilerinin varlığı, ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yetkilerin bu bağlamdaki borç ve yükümlülükler göre baskın olması nedeniyle ortaklık payı mülkiyet ve fikri mülkiyet haklarına yaklaşmaktadır. Sermaye şirketlerinde dahi pay sahiplerinin sermaye taahhüdünü ifa ettikten sonra ortaklık payına bağlı çeşitli borçlarının bulunması da göz önünde bulundurulduğunda, ortakların haklarının yanında borçlarının bulunması tek başına bu değerlendirmeye engel değildir.⁴¹⁵ Bunun yanında olağan bir borç ilişkisinin bünyesindeki münferit unsurların bu ilişkiden ayrı olarak devredilebilmesi nedeniyle bu ilişkinin bir bütün şeklinde hak olarak nitelendirilmesine gerek yokken, ortaklık payının bünyesinde bulunan katılım hakları ve koruyucu hakların bu paydan ayrı devredilemiyor olması nedeniyle bu ilişkinin bir bütün hak olarak kabul edilmesi gerekeceği ileri sürülmektedir.⁴¹⁶ Bu çerçevede yazara göre ortaklık payı hem şahıs hem de malvarlığına ilişkin kendine özgü ve bağımsız bir haktır.⁴¹⁷

3. Ara Değerlendirme

Öğretideki tartışmalar kapsamında hukuki ilişki (*Rechtsverhältnis*), hukuki konum/statü/durum (*Rechtstellung*) ve ortaklık payı kavramları değerlendirilirken bu kavramları tekil olarak irdelemeden önce bütün bu dogmatik kargaşadan uzaklaşarak adi ortaklık sözleşmesi ile vücut bulan organizasyonel yapı ve bu yapı kapsamında ortaklar arasındaki ilişkilerin ortaya konması, bu sayede kavramların bu yapı çerçevesinde konumlandırılması faydalı olacaktır. Bu şekilde bu üç kavramı süregelen şekilde kabul edilen anlamlarına da fazla müdahale etmeden ve birbirlerini dışlamayacak bir uyum içinde açıklamak mümkün gözükmektedir. Bunu yaparken, meselenin daha kolay ortaya konabilmesi için hukuk öğreniminde bu gibi temel kavramların açıklanmasında en basit örnek olarak kullanılan ve birçok okuyucunun aşına olduğu satış sözleşmesine sıklıkla atıf yapılacaktır.

Bu kapsamda ilk olarak hatırlanması gereken husus adi ortaklık sözleşmesinin çift karakterli bir sözleşme olduğudur. Zira adi ortaklık sözleşmesi bir taraftan ortaklar arasında en başta ortak amaca erişmeye yönelik birtakım borçlar yaratması itibarıyla bir borç sözleşmesi özelliğini taşır. Buna mukabil aynı sözleşme taraflarının mensubu olduğu

⁴¹⁵ Bingöl, s. 134, 136-137, 141.

⁴¹⁶ Bingöl, s. 134-35.

⁴¹⁷ Bingöl, s. 144.

ve mensuplarından bir ölçüde bağımsızlaşan bir kişi birliği oluşturması itibarıyla kişiler hukuku zemininde bir organizasyon sözleşmesi özelliği de barındırır. Haliyle adi ortaklık bağlamında anılan kavramlar değerlendirilirken bu ilişkinin satış sözleşmesi gibi tipik bir karşılıklı borç sözleşmesinden farklı olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır.

a. Hukuki İlişki ve Hukuki Konum Arasındaki İlişki Bağlamında Pay Sahipliği

Hukuki ilişki en genel tanımını ile hakkın özneleri veya hak sahipleri arasındaki veya hakkın öznesi ile nesneler arasındaki hak, borç ve yetkileri içeren hukuken düzenlenmiş ilişkileri ifade etmektedir.⁴¹⁸ Satış sözleşmesi örneğine bakıldığında buradaki hukuki ilişki bu sözleşmeden doğan hak ve borçları kapsayan, alıcı ile satıcı arasında mevcut olan “satış ilişkisi”dir. Adi ortaklıkta ise hakkın özneleri yani ortaklar arasında böyle bir tekil ilişkiden bahsedilemez. Ortaklıkta her ortağın birbiri arasında ve her bir ortak ile de bir grup olarak ortaklar⁴¹⁹ arasındaki ilişkilerden bahsedilebilir. Bu yanılla ortaklık bağlamında “hukuki ilişki” teorik düzlemde satış sözleşmesinde alıcı ile satıcı arasındaki hukuki ilişkiden farklı değildir. Farklı olan şey en başta doğal olarak bu ilişkinin içeriği, yani ortaklık ilişkisine özgü olarak hak ve borçlardır. Bunun yanında satış sözleşmesi tekil bir ilişkiden ibaretken, ortaklık birden çok sayıdaki girift bir ilişkiler bütünü içerir. Ayrıca birden fazla ortak arasında kural olarak özdeş hukuki ilişkiler bulunurken ortaklar ile birlik arasında ayrıca bir ilişki mevcuttur. Aşağıdaki görseller bu durumu daha net bir şekilde göstermektedir.

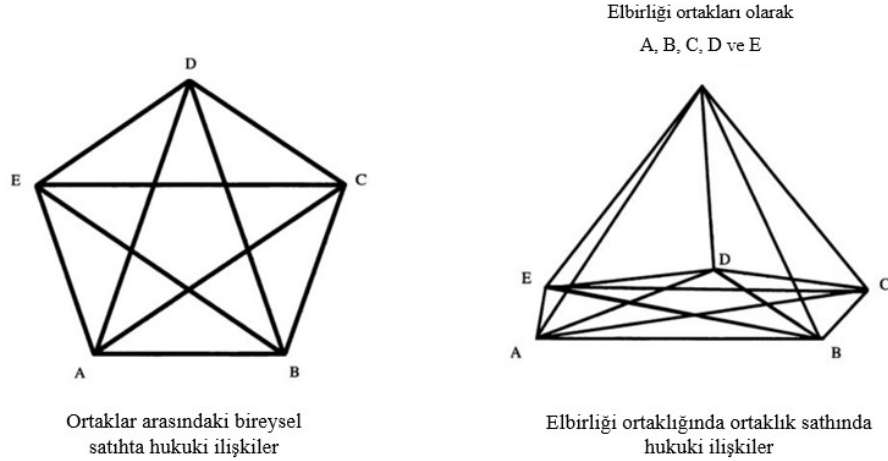
Satış sözleşmesinden kaynaklı hukuki ilişki:

A ————— B

⁴¹⁸ Buna göre hakkın özneleri arasında borç ilişkilerinde olduğu şekilde belirli iki veya daha fazla kişi arasında somut bir hukuki ilişki olabileceği gibi, mutlak haklarda olduğu şekilde hakkın sahibi ile koruma sağladığı sınırsız bir çevrede hak sahibi dışındaki tüm kişiler arasında henüz somutlaşmamış ancak bir ihlal haline belirli hale gelecek şekilde olabilir. **Larenz**, s. 207; **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 195. Öğretide hukuki ilişkinin özneler ile nesneler arasında olamayacağı da ileri sürülmekle birlikte bu tartışma mevcut bağlamda herhangi bir fark yaratmamaktadır. Bu yönde bkz. **Jörg Neuer**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. b., München: C.H.Beck, 2023, § 19, kn. 6.

⁴¹⁹ Ortaklar ile ortaklık arasındaki ilişki tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketleri bakımından tereddütsüz şekilde kabul edilir. Adi ortaklık bağlamında ise tüzel kişiliğin bulunmaması nedeniyle böyle bir ilişkinin var olmadığı ileri sürülebilecek olsa da daha önce ifade edildiği üzere tipik bir adi ortaklık bir kişi birliği olarak tüzel kişilerdeki kadar olmasa da belirli bir ölçüde ortaklarından bağımsızlaşmaktadır. Bu bağlamda bireysel olarak ortaklar ile bir grup/birlik halinde ortakların tamamının arasında bir ilişkinin bulunduğu söylenebilir. Hukuki ilişkinin özneler arasında var olduğu ifade edildikten sonra bu ifade tereddüt yaratabilir. Bu bağlamda bu kişi birliğini henüz tam manası ile bir özne olmasa da bağımsızlığı itibarıyla ona çok yakındır ve ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahipliğinde olduğu gibi burada da ortaklıktan kaynaklı hukuki ilişkinin bir parçası olarak görmek uygundur.

Adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklı hukuk ilişkiler:⁴²⁰



Hukuki konum ise bir hukuki ilişkinin taraflarından biri için bu ilişkiden kaynaklı hak, borç, beklenti gibi hukuki sonuçların bütünüdür.⁴²¹ Bu anlamıyla hukuki konumu bir ilişkiye taraf olmanın hukuki sonuçlarının bütünü olarak özetleyebiliriz. Temel örneğimiz olan satış sözleşmesinde alıcının hukuki konumu bu sıfatından kaynaklanan hukuki sonuçların tamamıdır. Bu açıklama bağlamında hukuki konum ortaklık yapısı içinde iki farklı şekilde değerlendirilebilir. Bunlardan ilki aynı satış sözleşmesindeki gibi adi ortaklık sözleşmesinin tarafı olmak bağlamında bir hukuki konumdur. Her bir ortak doğal olarak ortaklık sözleşmesinin tarafıdır ve bu da bir hukuki konum olarak değerlendirilebilir. Adi ortaklık sözleşmesi sadece bir borç sözleşmesi olsaydı, ortakların hukuki konumundan bahsederken sadece sözleşmesel bağlamdaki bu taraf sıfatına değinilebilirdi. Buna karşın ortaklık sözleşmesinin kurulması ile bir kişi birliğinin vücut bulması, sadece bir sözleşmeye taraf olmaktan öte, bu kişi birliğinin mensubu olmak şeklindeki bir hukuki konumun/statünün de doğmasına neden olmaktadır. Bu statü yukarıda açıklanan hukuki ilişkiler bağlamında her bir ilişkinin tarafı olmaktadır.⁴²² Ortaklıkta bu iki konum içi içe geçmiş durumdadır ve her bir ortak kaçınılmaz bir şekilde bu hukuki konumda bulunmaktadır.

⁴²⁰ Görsellerin kaynağı için bkz. **Lamprecht**, s. 84.

⁴²¹ **Larenz**, s. 207.

⁴²² Hemen yukarıda açıklandığı üzere ortaklar sözleşmesel düzlemde ayrı olarak artık bir bütünlük içindeki kişi birliği ile bir hukuki ilişki içindedir. Kişi birliğinin mensubu olmaktan kaynaklı hukuki konum bu yönüyle de sadece sözleşmenin tarafı olmaktan ayrılmaktadır.

Bu itibarla “pay sahipliği”ni⁴²³ bizatihi yukarıda değinilen hukuki ilişkilerden biri veya tamamı olarak değil de, ortaklık zemininde izah edildiği şekliyle ortakların bulunduğu “hukuki konum” olarak açıklamak isabetli olacaktır.⁴²⁴ Aşağıda detaylı olarak açıklanacak olan pay sahipliğinin tekliği ilkesi de her bir ortağın bu anlamda sadece bir konuma/statüye sahip olabilmesi anlamına gelmektedir.⁴²⁵ Bu tespite bağlı kalarak aradaki hukuki ilişkileri “pay sahipliği ilişkisi” olarak nitelemekte ise beis görülmemelidir, ancak bunun pay sahipliğinin burada kabul edildiği şekilde anlamını karşılamayacağı unutulmamalıdır.

b. Pay Sahipliğinin Bir Hak Olarak Kabulü ve Ortaklık Payının Varlığı Sorunu

Pay sahipliğini yukarıda açıklandığı üzere ortakların hukuki konumu olarak tanımladıktan sonra ardıl soru bu hukuki konumun tasarrufa elverişli bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya pay sahipliği konumundan ayrı şekilde ortaklık payı olarak adlandırılabilir bir hakkın kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu soruların cevabı ortak sıfatının ne şekilde devredileceğinin yanında rehin ve intifa gibi sınırlı ayni haklara konu olup olmayacağı bakımından da belirleyicidir.⁴²⁶ Bu bağlamda mesele dogmatik temellerinin yanı sıra verilecek cevabın pratik hukuki yansımaları veya yapılacak nitelendirmenin bu bağlamda sağlayacağı faydalar bağlamında da değerlendirilmelidir.

⁴²³ Bu çalışmada pay sahipliği kavramı tercih edilmişse de aynı anlama geldiği müddetçe öğretide karşılaşıldığı üzere üyelik, ortaklık sıfatı veya ortaklık konumu gibi kavramlarının kullanılması bu noktada terminolojik bir tercihten ibarettir.

⁴²⁴ Aksi yönde bkz. **Bingöl**, s. 133.

Bu çıkarımın sadece adi ortaklık için değil başta tüzel kişiliği bulunanlar olmak üzere mensuplarından belirli ölçüde bağımsızlaşan her türlü kişi birliği için geçerli olduğu söylenebilir. Ticaret ortaklıkları ile sınırlı olmamak üzere üyelik şeklindeki hukuki konumun niteliği itibarıyla her türlü birlikte mevcut olacağı, farkın hukuki nitelik değil içerik bağlamında olacağı bakımından benzer yönde bkz. **Schmidt**, s. 548. Örneğin, miras payının mirasçılar arasında aynı etkili olarak devrinde de devrin konusu benzer bir içerikteki “mirasçılık konumu”dur. Bkz. **Serozan/Engin**, § 7, kn. 18.

Limited ortaklıkta ortak sıfatı bakımından benzer yönde bkz. **Ertan Demirkapı**, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, Ankara: Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 20. Bu bakımında dernek üyeliği özelinde farklı görüşler ile üyeliğin bir konum değil hukuki ilişki olduğu şeklinde aksi yönde bkz. **Baki İlkay Engin**, Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul: Alfa Basım Yayın, 1995, s. 22-23; **Ergun Özsunay**, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 4. b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 228-229. Ancak **Özsunay** üyeliği önce bir ilişki dedikten sonra hukuki durum ifadesini de kullanmaktadır.

⁴²⁵ Bkz. aş. § 5. C.

⁴²⁶ Aynı yönde bkz. **Habersack**, s. 65-66.

Pay sahipliği kavramının hak olarak nitelendirilmesine ilişkin açıklamalar teorik düzlemde değerlendirilmeden önce bir hususu öncelikli olarak ortaya koymak gerekir. Bu nitelendirmeye karşı bir hakkın bünyesinde başkaca hakların ve özellikle de borçların bulunamayacağı şeklinde ileri sürülen en temel argüman, yukarıda sınırlı aynı haklar ve velayet hakkına ilişkin verilen örnekler düşünüldüğünde isabetli gözükmemektedir. Bununla bağlantılı olarak tasarruf işlemlerinin sadece tekil bir hakkı konu alabileceği de hukuk düzeninin doğrudan düzenlediği bazı tasarruf işlemleri göz önünde bulundurulduğunda haklı görülemez.⁴²⁷ Zira başta sözleşmenin devri bir konumu ona bağlı tüm hak, yetki, borç ve yükümlülüklerle birlikte devretmektedir. Buna ek olarak ticari işletmenin devri de özel ve görece istisnai nitelikte de olsa işletmenin bünyesindeki aktif ve pasiflerin tamamıyla birlikte devrine olanak sağlayan bir tasarruf işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴²⁸ Haliyle ortaklık payının benzer bir içerikte olması da tasarrufa konu olmasına tek başına engel teşkil etmez.

Hak ile hukuki konum – ya da kimi yazarların tercihi ile hukuki ilişki – arasındaki sınırın yukarıda açıklandığı şekilde çizilmesi aslında hak kavramının özünde bulunan “irade” kavramına yapılan dolaylı bir atıf gibi gözükmektedir. Her hak sahibine o veya bu şekilde irade erki tanır⁴²⁹. Sıklıkla kullandığımız şekilde hakkın tanıdığı “yetki” aslında bu irade erkidir. Kişilerin hukuk sathında iradi olarak bir etki doğurabilmesinin hakkın kendisine sağladığı yetkiden kaynakladığı söylenebilir. Bu anlamıyla sahibine bu şekilde müspet anlamda bir yetkiden daha ağır veya onunla eş ölçüde bir külfet yükleyen bir haktan bahsedilemeyecektir. Pay sahipliğinin bir hak olarak değerlendirilmesinde başvuru ve *Larenz*’in hukuki konum ile hak arasında hak ile hukuki konumun kimi durumlarda üst üste gelmesi olarak özetlenebilecek şekilde kurduğu bağlantı bu yönüyle hakkın sahibi perspektifinden yetkiler ile külfetler arasındaki denge bağlamında uygun gözükmektedir. Bu itibarla pay sahipliği konumunun özü olarak da bu konumun sağladığı temel yetkinin esas alınması, hakka bağlı olarak doğan yükümlülük ve yetkilerin buna

⁴²⁷ Elbirliği ortaklıklarında üyeliğin bir hak değil, hukuki konum olduğu kabul edildiği halde tasarruf işlemlerinin konusunu sadece hakların teşkil etmeyeceği, anonim ve limited ortaklıkta da pay sahipliğinin benzer olduğu halde tasarrufa konu edilebileceği yönünde bkz. **Zobl**, s. 136-137. Yazar bu tespiti ile uyumlu olarak – kendi ifadesi ile geniş anlamda pay olan – adi ortaklık payının devrini alacağın devri hükümlerine tabi görmektedir. (bkz. s. 159 vd.)

⁴²⁸ Bu bağlamda tasarruf işleminin devir sözleşmesi mi yoksa devrin tescili mi olduğu tartışması önem taşımamaktadır. Zira her halde tasarruf işleminin konusu burada belirtildiği şekildedir. Bu tartışma için bkz. **Kerem Çelikboya**, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 114-17.

⁴²⁹ Kavrama ilişkin bazı açıklamalar için bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 192 vd.

nazaran tali kaldığı durumlarda söz konusu hukuki konumun bir hak niteliğinde görülmesi isabetlidir.

Pay sahipliği konumunun birçok katılım hakkını/yetkisini ve malvarlıksal hakları/yetkileri içerdiği göz önünde bulundurulduğunda sorgulanması gereken şey bu hak ve yetkilerin pay sahipliğinin özü olarak nitelendirilebilecek bir müşterek paydada buluşup buluşmadığı olabilir. Ortaklık sözleşmesinin olağan bir borç ilişkisinden ayrıldığı noktanın ortakların bireysel egemenlik alanlarının dışına çıkmış bu kişi birliğinin iradesinin oluşumunu etkileyerek ortaklığın kaderini belirleme yetkisi olduğu ifade edilmişti. Bu yanıyla ortakların oy hakkı, veto hakkı, bilgi alma hakkı, yönetim ve denetim yetkisi gibi katılım haklarının tamamı yukarıda açıklandığı şekilde ortaklığın kaderini belirlemeye hizmet eder. Malvarlıksal hak ve yetkiler için ise bu sonuca doğrudan varmak kolay gözükmemektedir. Ortakların elbirliğine konu malvarlığı üzerindeki yetkileri bakımından pek bir sorun gözükmediği söylenebilir, zira ortaklığın niteliği bahsinde tespit edildiği üzere elbirliği ile hak sahipliğinin mevcudiyeti ortaklar arasındaki kişisel ilişkiyi ve birliği azami düzeyde pekiştirmektedir. Zira elbirliği ile hak sahipliği, pay sahipliğinin özünde bulunan birliğin iradesini belirleme/etkileme yetkisinin malvarlıksal bir satıhtaki en uç görünümüdür. Elbirliği ilkesinin kabulü bir taraftan da bu malvarlığı üzerindeki hâkimiyetin tüm ortaklar lehine sınırlanmasını sağlar. Buna karşın kazanç payı alma hakkı bakımından benzer bir değerlendirme yapmak güç gözükmemektedir. Ne var ki kâr payına ilişkin bu farklılığın diğer yetkilerin yoğunluğu karşısında değerlendirmeyi etkileyecek düzeyde görülmemesi normaldir. Kaldı ki tarafların alelade bir gelir paylaşımli borç sözleşmesi düzenleyerek sıradan bir alacaklı olmak yerine bir ortaklık ilişkisi içine girip pay sahipliği konumunda bulunmayı tercih etmeleri bu katılım hak ve yetkilerinin ağırlığından kaynaklanmaktadır.

Sorun borç ve yükümlülükler yani konumun menfî boyutu bakımından değerlendirildiğinde ilk olarak ortaklığın üçüncü kişilere olan borçlarının zaten pay sahipliği konumunun değil, ortaklığın üçüncü kişi ile olan ilişkisindeki bağımsız konumundan doğması nedeniyle bu borçların nitelendirmeye etki etmeyeceği tartışmasızdır. Özen ve sadakat yükümlülüğü ortakların katılım yetkileri bakımından içkin bir sınır olarak bundan ayrı ve karakteristik bir yükümlülük teşkil etmemesi itibarıyla tali nitelikte görülmelidir. Buna karşın daha dikkat çekici olan katılma payı ve ortak amaca ulaşmak için çaba sarfetme borcunun bu konum bakımından ağırlığı tereddüt yaratmaktadır. Zira bu borçların her ikisi de ortaklık sözleşmesinin niteliğini belirleyen

asli edim yükümlülüklerindendir. Adi ortaklıkta emeğiyle dahi olsa katılma payı getirmeyen bir ortaktan bahsedilemez. Ortak amaç için çaba sarf etme borcu ise ortaklık ilişkisinin en temel ayırt edici unsuru olan *affectio societatis*'in bir uzantısıdır. Bu bağlamda sözleşmenin organizasyonel karakterinin ağır basması ve bu borçların ortak amaç bağlamında karşılık değil birleşme ilişkisi içinde olmalarının bunları tek başına pay sahipliği konumunun özüne yani bundan kaynaklı yetkilere kıyasla tali kılıp kılmayacağı tereddüt yaratmaktadır.

Hukuki konumun bir bütün olarak hak mertebesine yükselmesinde dikkate alındığı görülen başat neden bu konumun içerdiği unsurlar arasındaki bağlantının sıklığıdır. Bu bağlamda yukarıdaki aslilik-talilik ilişkisi bir yana bırakıldığında, bölünme yasağı gerçekten de aranan sıkı bağlantıyı sağlamaya yeterli görülmelidir. Bölünme yasağı pay sahipliğinden doğan hak ve borçların kural olarak pay sahipliğinden ayrı olarak devredilememesi anlamına gelir. Pay sahipliğinden kaynaklı yetkilerin bağımsız olarak devredilemezliği bu hukuki konumu, ortağın tekil iradesi bir yana, diğer ortakların rızası ile dahi değiştirilemez bir bütünlük haline getirmektedir. Bu bütünlük pay sahipliği konumunu bir hakka en çok yaklaştıran neden olarak gösterilebilir.

Hakkın sahibine normatif fayda sağlaması bakımından pay sahipliğinin devir bağlamında bu konumun parasal değeri olarak karşılık görmesi de hak nitelendirmesine elverişliliği bir ölçüde ortaya koysa da bu nitelendirmeyi zorunlu kılmaz. Zira aynı fayda pay sahipliğinin hak nitelemesi yapmaksızın bedel karşılığında sözleşmenin devri ile devredilmesinde de karşımıza çıkar.

Bununla birlikte devir bağlamında adi ortaklık ile limited ortaklık arasında dikkat çeken benzerliklerin hak değerlendirmesini destekler nitelikte olduğu aşıkardır. Zira özellikle 6762 sayılı TTK döneminde limited ortaklıklar, bir taraftan sermayenin ve sınırlı sorumluluğun ön planda olduğu anonim ortaklıkların diğer taraftan da ortakların kişiliğinin ve sınırsız sorumluluğun ön planda olduğu kişi ortaklıklarının birçok özelliğini içinde taşıyan melez bir yapı olarak değerlendirilmekteydi.⁴³⁰ Limited ortaklıkta da ortağın kişiden soyut bir pay sahipliği konumuna sahip olması nedeniyle değil, kişisel bir

⁴³⁰ **Turgut Öz**, “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, *İÜHF*, C. 52, S. 1-4 (1987), s. 345. TTK ile birlikte limited ortaklıklar birçok açıdan anonim ortaklıklar ile benzer özellik taşınmakla birlikte yapılan karşılaştırma bakımından kişi ortaklığı niteliklerinin önemli bir bölümünü halen muhafaza etmektedir. Bu ilk husus bakımından bkz. **Ersin Çamoğlu**, *Limited Ortaklık Hukukunun Temel İlkeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, kn. 5.

ilişki ile ortaklığa bağlı olduğu kabul edilir.⁴³¹ Bu yaniyla limited ortaklıkta da sermaye taahhüdünün ve başka borçların bulunmasının hak nitelendirilmesine engel olmadığı doğrudur.

Netice itibarıyla mantıksal çerçevede yaklaşıldığında hukuki konum ile hak arasındaki ilişki bakımından münferit olarak bu kriter bağlamında pay sahipliğinin hak olarak kabul edilmesi tutarlı bir sonuç gibi gözükmemektedir. Ancak katılma payı getirme borcunun bu değerlendirmede yarattığı tereddüt de unutulmamalıdır. Bunun yanında pay sahipliği ile karşılaştırılması bakımından verilen sınırlı ayni haklar, velayet hakkı veya limited ortaklık payı gibi örneklerde kanun koyucunun bu konudaki müspet tavrını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Pozitif hukukta bu gibi benzer bir dayanak tespit edilememiş olan adi ortaklık pay sahipliğinin bu şekilde bir argümantasyon çerçevesinde hak olarak kabul edilmesi hak kavramının sınırlarını çok da belirli olmayan bir şekilde genişletmek anlamına gelebilir.

Bu nedenle meseleye bir de hak nitelendirmenin sağlayacağı faydalar açısından yaklaşmak isabetli olur.

Bu bakımdan hak nitelendirmesinin bize sağlayacağı en temel fayda pay sahipliğinin rehin ve intifa haklarına konu edilebilmesidir. Zira bir hak olarak nitelendirilemeyen bir hukuki konumun bütünüyle rehin veya intifaya konu olması kural olarak beklenemez.⁴³² Tarihsel süreçte adi ortaklığa olan bakış açısından kaynaklı olarak, bir hak ya da hukuki konum olarak kabul edilmesinden bağımsız şekilde, devrine imkân verilmeyen pay sahipliğinin sonraları tedavüle elverişli kılınmasındaki amaç ancak pay sahipliği konumunun ekonomik değerinden faydalanılabilmesini sağlamak olabilir. Hak nitelendirmesi devir özelinde bu manada bir avantaj sağlamaz, zira hak demesek de pay sahipliğinin ekonomik değerinden sözleşmenin devri ile faydalanmak mümkündür. Buna karşın bu faydalanma devir ile mümkünken pay sahipliğinin rehin veya intifa hakkı konusu yapılarak benzer bir ekonomik fayda sağlanmasını neden engellenmelidir? Devir ile – kural olarak diğer ortakların rızasının aranması gibi – benzer şartlara bağlandığı

⁴³¹ Öz, “Pay Kavramı”, s. 350.

⁴³² Öğretide pay sahipliği bir hak değil hukuki ilişki olarak nitelendirilse buna bağlı malvarlığı hakları üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulabileceğinden hareketle bu faydanın kimi zaman arka planda telakki edildiği görülmüştür. (Derdiman, s. 106.) Ancak, ileride açıklanacağı üzere, ortaklık payının rehni ile tasfiye payının rehni farklı şartlara ve sonuçlara tabidir. Bkz. aş § 5. F. Ayrıca ortaklık payı üzerinde kurulacak rehin hakkının sağladığı yönetime katılma ve oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılması gibi üyelik yetkileri pay sahipliğinden kaynaklanan malvarlığı hakları üzerinde intifa hakkı ile elde edilemez. Bu nedenle sağlanan menfaat göz ardı edilebilecek seviyede görülmemelidir.

müddetçe diğer ortakların pay sahipliğinin bu haklara konu olmasına engel teşkil edecek bir menfaati mevcut değildir. Bu rıza mevcut olduğu sürece pay sahipliğinin intifaya konu olması ortaklıktaki sıkı kişisel ilişkileri devirden daha ağır bir şekilde etkilemeyecektir. Benzer şekilde rehlin paraya çevrilmesine ortağın kişisel alacaklısında olduğu gibi ancak tasfiye payının satışı şeklinde bir sonuç bağlandığında bu bakımdan da diğer ortaklar bakımından zedelenen bir menfaat olmayacaktır. Nitekim hak nitelenmesine dayanması bir kenara, İsviçre ve Alman hukukunda pay sahipliğinin rehin ve intifaya konu olabileceği kabul edilmiş ve diğer ortakların menfaati bakımından buna bir engel görülmemiştir.

Hak olarak kabul edilmesi bir yana kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanarak tedavül kabiliyeti had safhaya çıkarılmış olan anonim ortaklık payı bir kenara bırakılsa bile daha yukarıda ortakların kişiliğinin önemi bağlamında adi ortaklıkla benzerliklerine işaret edilmiş olan limited ortaklık payı da ortaklık sözleşmesinde yasaklanmadığı müddetçe rehin ve intifaya konu olabilmektedir. Bu bağlamda birçok örnekte ekonomik değeri oldukça yüksek görülebilecek adi ortaklık payı bakımından da aksi bir sonuca varılmasını gerektir bir neden görülememektedir.

Bu itibarla pay sahipliğinin dogmatik olarak bir hak olarak kabul edilmesi tereddütsüz bir şekilde kabul edilebilecek olmasa da bu kabulün en azından sonuçları itibarıyla ekonomik gerçekliğe uygun olduğu ve menfaatler dengesi bağlamında bir zarar doğurmayacağı söylenebilir. Haliyle pay sahipliğine bir hak denmese bile en azından yukarıda belirtilen devir ile rehin ve intifa tesisi gibi tasarruf işlemleri bakımından bir hak gibi muamele görmesi gerektiği söylenebilir. Bu sonuç cismani varlığı olmayan kimi değerlerin – temelde ekonomik saiklerle – bir eşya gibi hukuki muameleye tutulmasına da benzetilebilir.

Ulaşılan bu sonucun adi ortaklığı kişisel özelliklerin ağır bastığı bir kişi ortaklığından ticaret şirketlerine yaklaştıracığı gibi bir eleştiriye konu olması ihtimal dahilinde gözükmemektedir. Ancak bu nitelendirme ne ortakların sınırsız ve müteselsil sorumluluğunu, ne de ortaklık ilişkisi içinde ortaklar arasındaki sıkı kişisel bağlılığı etkilememektedir. Aksine bu anlayışın günümüz ekonomik gerçekliği ile uyumlu olduğu görülmektedir. Alman hukukunda ortaklık yapısında MoPeG reformu ile yapılan kimi değişiklikler adi ortaklıkları ticaret şirketlerine yaklaştırmaktadır.

Bu aşamadan sonra ortaklık payının pay sahipliğinden ayrı bir şekilde tanımlanıp tanımlanması gerektiği ise tamamen terminolojik bir tercih olacaktır. Zira ortaklık payı iki durumda da pay sahipliğinin bir yansıması, tecessümü olarak ondan ayrılamaz bir nitelikte olacaktır. Bu anlamda pay sahipliğini bir hak gibi muamele göreceği tasarruf işlemleri bağlamında ortaklık payı olarak ifade etmekte bir sakınca olmadığı gibi pay kavramlarının diğer görünüşleri ile de uyum içinde olacaktır.

C. Pay Sahipliğinin Tekliği İlkesi

Adi ortaklığa katılımın tek bir ortaklık payı üzerinden olabileceği kabul edilmektedir; pay sahipliğinin tekliği olarak ifade edilen ve uzun yıllardır kabul edilen bu ilke ortakların birden fazla paya sahip olamayacağı, dolayısı ile bir kişiye ait payın yine bu kişide kalacak şekilde iki ya da daha fazla parçaya ayrılamayacağı anlamına gelir.⁴³³ Bu durum ortaklıktaki pay sahipliği konumu ile ortakların ortaklık sözleşmesinin tarafı olma konumu arasındaki doğrudan bağlantı ile de desteklenmektedir.⁴³⁴ Bu, ortakların katılma payının değerinden de bağımsızdır. Farklı ortaklar farklı değerlerde katılma payı getirmiş olsalar bile tek bir paya sahiptir.⁴³⁵ Pay sahipliğinin tekliği aslen adi ortaklığa özgü olmayıp tüm kişi ortaklıkları için de geçerli bir ilkedir. Örneğin, kollektif ortaklıkta da benzer bir durum görülür. Nitekim mülga 6762 sayılı TTK'da melez bir yapıya sahip olduğu ifade edilen limited ortaklıkta da durum benzerdi.⁴³⁶ Sermayenin pay sahiplerinin sayısından ve kişiliğinden bağımsız olarak soyut paylara bölündüğü anonim ortaklığın aksine limited ortaklıkta bölünen yine sermaye olmakla birlikte bölünme paylar değil ortaklar esas alınarak gerçekleşmektedir.⁴³⁷ Bununla birlikte pay sahipliğinin tekliği ortakların sahip olduğu payın içerik olarak özdeş olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Ortaklar, sözleşme serbestisinin genel sınırları ve – zarara katılmadan muafiyetin sadece emeğini koyan ortağa tanınabilmesi gibi – adi ortaklığa özgü sınırları

⁴³³ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 175; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 564; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, s. 187.

⁴³⁴ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 187.

⁴³⁵ **Schmidt**, s. 1312.

⁴³⁶ TTK 583 III ile limited ortaklıklarda artık bu ilkeden vazgeçildiği açıkça görülmektedir. Nitekim TTK ile birlikte limited ortaklığın bu melez karakterini kaybettiği ve anonim ortaklığa benzediği yönünde bkz. **Çamoğlu**, kn. 5. Bu değişimin kaynağı da Alman hukukunda 2008'de yapılan değişikliktir. (bkz. GmbHG § 5 (2))

⁴³⁷ Aynı yönde bkz. **Demirkapı**, s. 24.

içinde kalarak her bir ortağın iç ilişkideki hak ve yetkilerini, bir diğer ifadesi ile ortaklık payının içeriğini, serbestçe belirleyebilirler.⁴³⁸

Kural olarak ortaklığın tekliği kabul edilse de bazı hukuki olaylar neticesinde bir kişinin birden fazla paya sahip olması söz konusu olabilmektedir. Bu durum ortaklığın tekliği ilkesinin sorgulanmasına neden olmuştur.⁴³⁹ Bu çoklu katılım bir ortağın başka bir ortağın payını devralması, ortaklık dışındaki üçüncü bir kişinin iki farklı ortağın payını devralması ya da bu sonuçların külli halefiyet sonucunda doğması gibi örneklerde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda sorunu basitleştirmek için aşağıda ortaklardan birinin diğer bir ortağın payını devralması ihtimali esas alınacaktır.

Bir ortağın uhdesinde toplanan payların farklılığı iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilki bu payların içeriği – yani iç ilişkide içerdiği hak ve borçlar – itibarıyla farklı olmalarıdır, örneğin kazanç payında veya oy hakkında farklılık gibi. Bu ihtimallerde sorun aşağıda açıklanacağı üzere pay sahipliğinin tekliği ilkesini esnetmeksizin çözülebilir gibi görülmektedir. İkincisi ise paylardan birinin eşya veya miras hukuku bağlamında bazı sınırlamalara tabi olmasıdır, örneğin devralınan payın intifa veya rehinle yüklü olması ya da art mirasçılığa konu olması gibi.⁴⁴⁰ Sorun, bu farklı iki payın pay sahipliğinin tekliği ilkesi bağlamında bir ortağın şahsında nasıl birleşeceğidir.⁴⁴¹ Örneğin, A, B ve C’den oluşan bir ortaklıkta C’nin payının intifa hakkına konu olduğu bir ihtimalden hareket edilecek olursak, B, C’nin payını devraldığında B’nin halihazırda sahip olduğu payın ve intifa hakkının akıbeti ne olacaktır, ya da özellikle oyda eşitliğin olduğu bir durumda oy hakkı kime ve nasıl tanınacaktır? Bu sorun mevcut çalışma bağlamında özellikle ortaklık içi devir ve kısmi devrin sonuçları bakımından önem taşıdığı gibi, iki ortaklı bir ortaklıkta bir ortağın diğerinin payını alması halinde şirketin sona erip ermeyeceği de buna bağlıdır.

⁴³⁸ Ortaklar arasındaki bu farklılaşmanın sebebi özünde ortakların farklı sayıda ortaklık payına sahip olması değil, her bir müstakil payın içerdiği yetkilerin farklı belirlenmiş olmasıdır. Bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 175.

⁴³⁹ Bu konuyu detayları ile ele alan kapsamlı bir çalışma ve bunun eleştirisi için sırasıyla bkz. **Lamprecht; Peter Ulmer**, “Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft -- ein überholtes Dogma?”, *ZHR*, C. 167 (2003), s. 103-116.

⁴⁴⁰ **Bippus**, s. 15; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 566 vd.

⁴⁴¹ Benzer bir sorun komandit ortaklıkta sınırlı sorumlu komanditer ortağın payı ile sınırsız sorumlu komanditer ortağın payının bir kişide buluşması halinde sorumluluk bağlamında da çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, s. 567. Buna karşın adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişiye karşı sorumluluğu bakımından bu gibi bir farklılık söz konusu olmayacağı için sorumluluk özelinde bir sorun ortaya çıkmamaktadır.

Bu konuda öğretide iki farklı görüş mevcuttur. Hâkim fikre göre ortakların sözleşme özgürlüğü bağlamında payların içeriğini serbestçe düzenlemeleri mümkündür ancak ortaklıklar hukukunun sınırları ile bağlıdırlar, bu bağlamda sadece bu gerekçe ile bu ilkedен sapılamayacaktır. Biraz aşağıda açıklanacağı üzere, değinilen ilk ihtimal – yani payların içeriğinin farklı olması – bakımından kavramsal olarak açıklanamayacak bir sorun bulunmamaktadır.⁴⁴² Buna karşın ikinci ihtimalde – yani paylardan birinin eşya veya miras hukuku kaynaklı sınırlamalara konu olması halinde – pay sahipliğinin tekliği ilkesel olarak reddedilmeksizin her bir somut olay özelinde bir değerlendirme yapılmalı, ancak istisnai olarak bu ilkedен sapılabilmelidir.⁴⁴³ Azınlık konumundaki diğer görüş ise özetle pay sahipliğinin tekliğinin tümünden reddedilmesi gerektiğini ileri sürmekte ve ortaklık payının içeriğinin yanında sayısal olarak bölünebilirliğinin ortakların sözleşme özgürlüğünün kapsamında görmektedir.⁴⁴⁴ Bu kabul, en başında pay sahipliği ile ortaklık payının ayrılmasına dayanmaktadır. Bunlardan pay sahipliği bölünemez nitelikteyken, ortaklık payının bölünebilmesi mümkündür.⁴⁴⁵ Özellikle payın devri halinde devralan ortağın amacının devredilen paya bağlı kazanca katılma gibi menfaatleri de devralmak olduğu, ancak ortaklık payının bölünmezliğinin kabulünün bunu engelleyeceği ve bu amacı taşıyan bir devri anlamsız kılacağı da bir başka gerekçedir.⁴⁴⁶

Öncelikle ilk gruba giren – payların içeriğinin farklı olduğu – hallere bakıldığında çözüm zorunlu olarak pay sahipliği ilkesinin terkinden geçmemektedir. Zira nasıl ortakların paylarının içeriği farklı bir şekilde belirlenebiliyorsa, bu gibi bir devir halinde pay sahipliğinden kaynaklı iç ilişkideki hak ve yetkilerin bir pay sahipliğinde birleşmesi söz konusu olacaktır.⁴⁴⁷ Her şeyden önce devre rıza gösteren ortak bu rızasını devrin oy hakkı gibi payın içeriğine ilişkin sonuçları belirli olacak şekilde verebilir. Ancak devir sözleşmesinde veya devre gösterilen rızada açıklık yok ise veya rıza baştan – örneğin ortaklık sözleşmesinde genel olarak – verilmişse sorun güncelliğini korur. Bu

⁴⁴² **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 189-190.

⁴⁴³ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 188.

⁴⁴⁴ **Lamprecht**, s. 36 vd.

⁴⁴⁵ **Lamprecht**, s. 92 vd. Yazar bu çalışmada ifade edildiği şekliyle pay sahipliğini geniş anlamda pay sahipliği, ortaklık payını ise dar anlamda pay sahipliği olarak tanımlamaktadır. Türk öğretisinde de sözleşme özgürlüğüne yaslanan benzer bir kabul dikkat çekmektedir. Bkz. **Bingöl**, s. 32 vd. Yazar terminolojik olarak “ortak sıfatı” ve “ortaklık payı” ifadelerini tercih etmektedir.

⁴⁴⁶ **Bingöl**, s. 32.

⁴⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Ulmer**, s. 115 vd.; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 189; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 571.

ihtimallerde de hak, yetkiler ve dahi borçların yığılarak birleşeceğini kabul etmek gerekir. Zira devralanın bu işlemdeki amacı devreden tüm ortaklık haklarına halef olmaktır. Somut bir örnek vermek gerekirse; A, B ve C’den oluşan bir ortaklıkta kazanç payları ve oy hakları sırası ile 1/6, 2/6 ve 3/6 olarak belirlenmiş ise B’nin C’nin payını devralması halinde A ve B’nin yeni durumdaki hakları 1/6 ve 5/6 olacaktır.⁴⁴⁸ Buna karşın eşitlik ilkesinin kabul edildiği bir ihtimalde tereddüt daha büyüktür. Örneğin, aynı ortaklıkta tüm ortakların kazanç payları eşit veya bazı kararların “ortakların sayıca çoğunluğu ile” alınması öngörülmüş ise ne olacaktır? Bu ihtimalde de hem kazanç payı hem de oy hakkı bakımından yığılmanın kabul edilmesi makuldür. Kazanç payı ve sayıca çoğunluğa ilişkin ortaklık sözleşmesi ortak sayısının üç olduğu bir anda yapılmış, eşitlik ilkesi yine bu şartlarda kabul edilmiş ve aslında her ortağa kazanç ve oyda zımnen 1/3 oranında bir yetki tanınmıştır. Oyda eşitliğin devralmalardan etkilenmeyeceği ortaklık sözleşmesinde, devir sözleşmesinde veya devre verilen rızadan anlaşılmıyorsa ortakların varsayılan iradelerinin bu olduğunu kabul etmek gerekir. Zira ortaklar devre rıza gösterirken ortaklık sözleşmesindeki düzenlemelerin farkındadırlar ve sessiz kalmaları bu düzenlemeleri devir sonrasında da muhafaza etmek istedikleri şeklinde yorumlanabilir. Aksi bir yorum ortakların başta öngördükleri ortaklık düzeni ile uyumlu bir sonuç doğurmaz. Bu itibarla payın içeriği bakımından yetkilerin yığılarak birleşmesi şeklindeki bir açıklama pay sahipliğinin tekliğine dokunmaksızın soruya tatmin edici bir cevap vermektedir. İçeriği farklı olan paylar bakımından pay sahipliğinin tekliği ilkesine sadık kalarak ulaşılan pratik sonuçlar, aynı kişinin birden fazla paya sahip olmasına müsaade edilseydi doğacak sonuçlara göre farklılık arz etmemektedir.⁴⁴⁹

İkinci gruba giren ihtimaller ise pay sahipliğinin tekliği ilkesi kaçınılmaz bir çatışma içindedir. Aynı örnek ortaklıkta C’nin Ü lehine intifa hakkına konu payını B’nin devralması halinde bu paylar B’nin uhdesinde olacak ve tek bir pay sahipliği sıfatına bağlı

⁴⁴⁸ Doğal olarak oy hakkına ilişkin sorun oybirliği aranmadığı haller bakımından önemlidir, zira oybirliğinin arandığı hallerde bu farklılaşmanın ve oranların fiili bir önemi yoktur.

⁴⁴⁹ Aksi yönde bkz. **Bingöl**, s. 32-33. Yazar pay sahipliğinin tekliği ilkesinin terkedilmesi lehine iki gerekçe ileri sürmektedir. Bunlardan ilki payın bedel karşılığı devri halinde devralan ortağın satış bedeli ödemesi karşısında sözleşmesel konumunda bir değişiklik yaşanmayarak halen tek paya sahip olmasının hakkaniyete aykırı olduğudur. Ne var ki, devralanan paydan kaynaklı birçok yetkinin yığılarak devralanın payında birleşmesi sonucunda devralanın hak ve yetkilerinde bir artış meydana gelmektedir. Bu artış satış bedelinin karşılığını oluşturur. Bu ilkenin terki devralana ayrıca bir avantaj sağlamaz. Yazar ayrıca bu ilkenin terkinin muhtemel devirlerde mevcut ortakların payı devralma isteğini artıracaklarını, bunun da ortaklığın kişi çevresindeki yabancılaşma olasılığını azaltacağını ileri sürmektedir. Pay devri ile birlikte payın içeriğindeki değişiklikler yukarıdaki şekilde açıklandığında bu gibi bir etkinin ayrıca doğması da söz konusu olmayacaktır.

olacaklardır. Bu payların devirle birlikte birleştiği kabul edilirse ortakların oybirliğinin arandığı bir karar bakımından sadece pay sahipliği konumu esas alınarak B'nin oyu mu esas alınacak ve devirden önce oy hakkını da içeren intifa hakkı sahibi Ü'nün bu hakkı yok mu sayılacaktır? Bu gibi bir sonucun menfaatler dengesine uygun olmadığı açıktır.

Devredilen pay üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişinin menfaatlerini korumak amacıyla aynı ikame kuralından faydalanılması düşünülebilir. Yine intifa örneğinden hareket edilecek olursa payın ivazlı olarak devredildiği bir ihtimalde Ü'nün intifa hakkının payın yerine geçen ivaz üzerinde devam edecek olur ise Ü'nün menfaatinin devirden etkilenmeyeceği ileri sürülebilir. Buna karşın pay üzerinde intifa hakkına sahipken yönetime katılma gibi bazı hakları kullanarak ortaklığın geleceği, dolayısı ile de payın değeri üzerinde söz hakkı olan intifa hakkı sahibi bu imkândan mahrum kalacaktır. Yine intifa hakkı pay üzerindeyken kazanç payı üzerinde hak sahibi olacak intifa hakkı sahibi, hakkın ivaz üzerinde devamı halinde çok daha kısıtlı bir dönemsel gelir ile yetinmek zorunda kalır.⁴⁵⁰ Son olarak ivaz payın değerinden düşük de olabilir. Bu nedenle ikame yolu ile ulaşılan çözüm pay üzerinde hak sahibi üçüncü kişinin menfaatlerini yeteri kadar korumayacaktır.

Bu sorunu çözmek amacıyla ortaklık payını pay sahipliğinden ayırarak sözleşme serbestisi kapsamında bölünebilirliğini sınırsız olarak kabul etmek de adi ortaklığın temel özellikleri ile de bağdaşır gözükmemektedir. Adi ortaklıkta ortakların sözleşme serbestisi ticaret ortaklıkları gibi diğer yapılara kıyasla oldukça geniş olsa da – ki bu temel ortaklık niteliğinin bir sonucudur – bu serbesti kanun koyucunun adi ortaklığı bir şahıs ortaklığı olarak konumlandığı yerden dışarı çıkartabilecek kadar geniş yorumlanmamalıdır. Bölünebilirliğin sınırsız olarak kabul edilmesi ortaklığı şahıs ortaklığı niteliğinden uzaklaştırarak adeta anonim ortaklığa yaklaştıracak ve ortaklığın eksenini pay sahipliğinden ortaklık payına yaklaştıracaktır. Ancak payın içeriğine ilişkin ihtimallerin rahatlıkla çözülebilmesi de özellikle ikinci kategori altında ele alınan sorunların da reddi anlamına gelmemelidir.

Bu gibi fiili ihtiyaçları pay sahipliğinin tekliği ilkesinin kökten bir şekilde reddi ile değil somut menfaatler dengesine dayalı istisnalar yaratarak karşılamak daha uygundur. Rehin ve intifa örneklerinde olduğu üzere bir ortağın uhdesinde içerik itibarıyla değil ancak üçüncü kişilerin menfaatleri itibarıyla farklı nitelikteki payları birleşmeden

⁴⁵⁰ Pay üzerinde intifa hakkı sahibinin yetkileri bakımından bkz. a.ş. § 5. F.

muhafaza etmesi ancak istisnai olarak kabul edilmelidir.⁴⁵¹ Bu durumda istisnaya sebep olan olgunun ortadan kalkması ile – örneğin intifa hakkının sona ermesi ile – bu birden fazla payın olması gerektiği gibi kendiliğinden birleşmesi söz konusu olacaktır. Bu ilke ve tanınan istisna hukuk düzenine tamamen yabancı da değildir. Paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlar arasındaki devirlerde de benzer bir durumla karşılaşılır. Paylı mülkiyette de tüm payların tek bir paydaşa intikali kural olarak paylı mülkiyetin sona ermesine ve tek kişi mülkiyetinin doğmasına neden olur. Buna karşın intikal eden paylardan birinin rehinle yüklü olması ihtimalinde yukarıdaki sonuca benzer şekilde tek kişinin birden fazla paya sahip olmasına izin verilebilmektedir.⁴⁵²

D. Pay Sahipliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi

Pay sahipliği ve ortaklık payına ilişkin bu açıklamalardan sonra pay sahipliğinin kazanılması ve kaybedilmesinin nasıl gerçekleşebileceğinin çok kısa bir şekilde açıklanması faydalı görülmektedir.

Adi ortaklıkta pay sahipliğinin ya da ortak sıfatının kazanılması en başta ortaklık sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ile gerçekleşir. Sözleşmenin kurulması ile birlikte sözleşmenin tarafları kurulan kişi birliğinin birer üyesi olarak pay sahipliği konumuna yerleşirler. Bu bir aslen kazanma halidir. Adi ortaklık her ne kadar görece kapalı bir ortaklık türü de olsa ortaklığın kişi yapısında kuruluştan sonra değişiklik olması mümkündür.⁴⁵³

Bu değişikliklerden ilki TBK 632’de düzenlenen yeni ortak alımıdır. Yeni ortak alımı ortaklar ile üçüncü kişi arasındaki bir katılım sözleşmesi ile gerçekleşir. Bu ihtimalde de bir aslen kazanmadan bahsetmek gerekir.

Ortaklığa katılımın ve pay sahipliğinin kazanılmasının bir diğer yolu ise bu çalışmanın da konusunu oluşturan ortaklık payının devridir. Ortaklık payının devrinin kavramsal olarak reddedildiği yıllarda şekli anlamda pay devri öncelikle bir ortağın ortaklıktan çıkması ve bunu takiben üçüncü kişinin yeni ortak alımında olduğu gibi çıkan ortak ile aynı şartlarda bir pay sahipliği konumuna katılım sözleşmesi ile yerleşmesi ile gerçekleştirilmekteydi. Ancak bu ihtimalde maddi anlamda bir devirden bahsedilemez;

⁴⁵¹ Aynı yönde bkz. **Schmidt**, s. 1312-1314.

⁴⁵² **Turgut Öz**, “Bazı Medeni Hukuk Paradoksları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1 (2018), s. 8-11.

⁴⁵³ Ortaklığın kişi yapısındaki değişiklikleri bütünüyle ele alan bir eser için bkz. **Derdiman**.

pay sahipliğinin eşzamanlı olarak gerçekleşen mutlak bir kaybı ile aslen kazanımı söz konusudur. Günümüzde ekseriyetle kabul edildiği üzere ortaklık payının devri için çift sözleşme kurgusu tek seçenek değildir ve ortaklık payının tek bir hukuki işlem ile devri mümkündür. Bu devirle birlikte devreden ortak pay sahipliği konumu kaybedecek, devralan ise bu konuma yerleşerek pay sahipliğini kazanacaktır. Bu nedenle devreden bakımından ancak pay sahipliğinin nispi bir kaybından söz edilebilir.⁴⁵⁴ Üçüncü kişi bakımından ise bir devren kazanma söz konusudur. Bu işlem sonuçları ile birlikte aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

Pay sahipliğinin kazanılması son olarak külli halefiyet yoluyla da gerçekleşebilir. Bu, şirket birleşme veya devralmalarında ya da miras yolu ile intikal ile karşımıza çıkabilir. Miras yolu ile kazanım TBK 633, 639 ve 641’de açıkça düzenlenmiştir.

Pay sahipliğinin mutlak kaybı ise ortaklığın devamı süresince TBK 633-636 kapsamında düzenlenen çıkma-çıkarılma halleridir. Ortağın çıkması veya çıkarılması halinde pay sahipliği konumu kaybedilir ve ortaklık diğer ortaklar ile mevcudiyetini korur.

Pay sahipliğinin mutlak kaybı son olarak ortaklığın sona ermesi ile gerçekleşebilir. TBK 639-640 kapsamındaki sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ile ortaklık son bulur ve pay sahipliği kesin olarak kaybedilir. Bu aşamadan sonra ortakların tasfiyeye yönelik talepleri artık bir adi ortaklık pay sahibi olarak değil, tasfiyenin tarafı olarak kişisel talepler olarak ileri sürülür.

E. Pay Sahipliğinden Doğan Hak ve Borçlar

Bu çalışmanın ana konusu olan ortaklık payının devrinin en temel sonuçları pay sahipliğinden doğan hak ve borçlar üzerindedir. Bu itibarla bu hak ve borçların devrin sonuçlarının inceleneceği bölümlere temel olması amacıyla, ancak sınırlı bir şekilde, açıklanmasında fayda vardır.⁴⁵⁵

Bu aşamada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Ortaklığın üçüncü kişiler ile girdiği ilişkilerden doğan borçlar bizatihi ortaklık ilişkisi ve pay sahipliğinin doğrudan bir sonucu değildir. Bu borçlar üçüncü kişi ile olan somut hukuki ilişkiden kaynaklanmaktadır, pay sahipliğinin dolaylı bir sonucudur. Bunun yanında ortakların

⁴⁵⁴ Aynı yönde bkz. **Zobl**, s. 129.

⁴⁵⁵ Bu konuda detaylı bilgi içeren bazı kaynaklar için bkz. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 189-370; **Ahmet Ayar**, *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 77-174; **Canarslan**.

ortaklıkla bu sıfatları haricinde girdiği ilişkilerden (örneğin, ortaklık ile ortak arasındaki kira sözleşmesi gibi) doğan hak ve borçlar da pay sahipliğinden doğan borçların kapsamı dışında kalmaktadır.⁴⁵⁶

1. Haklar

Pay sahipliği ilişkisinden doğan haklar iki kategori altında değerlendirilebilir. Bunlar üyelik hakları ve malvarlığı haklarıdır.

a. Üyelik Hakları

Ortakların üyelik hakları kendi içinde yönetim hakkı ve temsili yetkisi, itiraz hakkı, bilgi alma ve denetim hakkı, oy hakkı, ortaklığın feshini talep etme hakkı ve ortaklığın sona ermesi halinde tasfiyeye katılım hakkıdır. Bu haklar nitelikleri itibarıyla pay sahipliğinden ayrılamaz niteliktedir ve tek başlarına tasarrufa konu edilemezler.⁴⁵⁷

Ortakların ortaklığı yönetim hakkı TBK 625 kapsamında kural olarak tüm ortaklara verilen bir haktır, ancak ortaklık sözleşmesi ile bu hakkın ortaklardan birine, birkaçına ya da üçüncü kişilere bırakılması mümkündür⁴⁵⁸. Bu anlamıyla yönetim hakkı ortaklığın iç ilişkilerine yönelik olup özü itibarıyla ortaklığın iradesinin oluşumu ile ilgilidir. Yönetim hakkının doğal bir sonucu ise TBK 637 III kapsamında ortaklığı temsil yetkisidir. Ortaklığı yönetim hakkı bulunan kişilerin önemli tasarruf işlemleri⁴⁵⁹ hariç olmak üzere temsil yetkisi de mevcuttur. Bu itibarla temsil yetkisi karar alma ve iradenin oluşumundan ziyade bu iradenin dış dünyaya, üçüncü kişilere karşı kullanılması ile ilgilidir. Bu ayrıma bağlı olarak iç ilişkiye yönelik yetki dar anlamda yönetim, bununla birlikte temsil yetkisi ise geniş anlamda yönetim olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁶⁰

TBK 625 II kapsamında itiraz hakkı ise ortakların yönetim yetkisinin bir uzantısıdır. Buna göre yönetime yetkili her ortak diğer bir yöneticinin işlemlerine tamamlanmadan önce itiraz ederek bu işlemi engelleyebilir. Hükümdeki “tamamlanma”

⁴⁵⁶ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 193.

⁴⁵⁷ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 194, 201.

⁴⁵⁸ Bu ihtimalde yönetimin bırakıldığı kişinin yetkisinin olağan işlemlerle sınırlı olduğu kabul edilir. Olağan-olağanüstü iş ayrımı bağlamında bu yönde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 87a.

⁴⁵⁹ Hükümde önemli tasarruf işlemleri ifadesi kullanılmakla birlikte bu dar ve teknik anlamda tasarruf işlemleri olarak anlaşılmamalıdır. Söz konusu kısıtlama tasarruf işlemi teşkil etmeyen her türlü olağan dışı işlemi kapsar. Bkz. **Ayar**, İç ve Dış İlişkiler, s. 222-223. OR 543 III’te açıkça benzer bir sınırlama bulunmasa da bu hüküm kapsamındaki yetkinin ortaklığın olağan işleri ile sınırlı olduğu kabul edilir. Bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 543 OR, kn. 89.

⁴⁶⁰ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 87-87c.

ifadesi nedeniyle itiraz hakkının kapsamına temsil aşamasının da girdiği kabul edilir.⁴⁶¹ Organizasyonel yapısı normatif sınırlara tabi olan sermaye ortaklıkları ya da dernekler gibi birliklerden farklı olarak, kanunun adi ortaklığın yönetimine ilişkin olarak sağladığı bu serbesti, yönetim bakımından geniş bir esneklik sağlar. Bu sayede yönetim yetkisi fiili ihtiyaçlara uygun olarak kanunda yer almayan yönetim kurulu gibi birimlere tanınır, bu birimlerdeki toplantı ve karar nisapları serbestçe belirlenebilir. Bu serbesti tabii olarak kişilik haklarına riayet edilmesi gibi genel sınırların yanında, TBK 625 II veya 637 III gibi adi ortaklığa özgü emredici kurallar ile sınırlıdır.

Bilgi alma ve denetim hakkı ise yönetim hakkından farklı olarak TBK 631 II kapsamında ortakların vazgeçilemez ve sınırlanamaz nitelikteki üyelik haklarındandır. Bu hak yönetici ortaklara karşı kullanılır.⁴⁶²

Üyelik haklarının belki de en önemlisi ortakların oy hakkıdır. Oy hakkı ortaklığın kararları bağlamında kendisini gösterir. Karar bir kişi birliğinin tümünü ilgilendiren bir konuda müşterek bir merkeze yönelmiş irade beyanlarından oluşan bir hukuki işlemdir.⁴⁶³ Yönetimde olduğu gibi karar da ortaklığın iç ilişkisi ile ilgilidir ve birliğin karara konu olgu bağlamındaki iradesini ortaya çıkartır. Karar şeklindeki hukuki işlemlerde nisap kanunda veya ilgili kişi birliğinin statüsünde aksi öngörülmediği müddetçe kural oy çoğunluğudur.⁴⁶⁴ Adi ortaklığın karakteri ise TBK 624 gereği kural olarak oybirliği esasını gerektirir, ancak ortaklık sözleşmesi ile birçok konuda bu ilkeden ayrılmak mümkündür. TBK 624 II sözleşme ile oy çoğunluğunun kabul edildiği hallerde ise çoğunluğun ortak sayısına göre belirleneceğini düzenlemiştir.⁴⁶⁵ İlk bakışta sınırları çok net gözüken bu kural emredici nitelikte değildir. Ortaklık sözleşmesinde belirli kararlar için belirli nisaplar öngörüldükten sonra bu nisap bakımından her bir ortağın oy hakkının sayıca farklı bir şekilde belirlenmesi mümkündür. Örneğin, daha önce de temas edildiği üzere, ortakların katılma payı gibi değerlere dayalı bir belirleme yapılabilir.⁴⁶⁶ Mamafih

⁴⁶¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 88.

⁴⁶² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 94.

⁴⁶³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 113.

⁴⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 113 ve dn. 65.

⁴⁶⁵ Ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesinin veya bu anlama gelebilecek bir kararın oy birliğinden başka bir nisap ile alınmasının ortaklık sözleşmesinde öngörülmesi oldukça sorunlu bir konudur. Oybirliği esastan sapılması bağlamında sözleşme özgürlüğünün sınırları için bkz. BK-Fellmann/Müller, Art. 534 OR, kn. 155 vd.

⁴⁶⁶ v. Steiger, s. 396.

bu sınırsız bir serbesti değildir. Yönetim yetkisinin ortakların tamamında bulunmadığı hususlarda yönetici olmayan ortağın oy hakkının bulunmaması olağandır. Ancak TBK 625 III de göz önünde bulundurulduğunda önemli işlemler bağlamında her ortağa asgari bir oranda oy hakkı tanınmalıdır, bu hakkın önemli işlemleri kapsayacak şekilde bütünüyle kaldırılması ancak menfaat çatışmasının bulunduğu konulardaki kararlar gibi somut bazı hallerde istisnai olarak mümkündür.⁴⁶⁷

Ortakların ortaklığın feshini talep etme hakkı ise TBK 639 ve 640'ta belirli ve belirsiz süreli ortaklıklar bakımından farklı şekillerde düzenlenmektedir. Fesih hakkı ilk olarak belirsiz süreli veya ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulan ortaklıklarda kural olarak 6 aylık bildirim süresine bağlı şekilde ve belirli-belirsiz süreli ayrımı olmaksızın ortaklık sözleşmesinde fesih hakkının saklı tutulmuş olduğu hallerde ilgili sözleşme hükmüne uygun olarak kendini gösterir. Hiçbir gerekçe gösterilmesi aranmayan bu yenilik doğuran fesih hakkı, bu anlamı ile olağan fesih hakkı olarak adlandırılır. Buna ek olarak belirli-belirsiz süre ayrımı olmaksızın haklı sebeplerin varlığı halinde başka bir koşul aranmaksızın fesih bildiriminde bulunulabilir, ancak bu halde ortaklığın sona ermesi bir mahkeme kararına bağlıdır. Bu şekilde kullanılacak olan fesih hakkı ise olağanüstü fesih hakkıdır.⁴⁶⁸ Üyelik haklarından olan bu hak da pay sahipliğinden ayrılabilir nitelikte değildir ve yönetim yetkisinden bağımsız olarak tüm ortaklara tanınmıştır. Bununla birlikte özellikle olağan fesih hakkının ortaklık sözleşmesi ile kaldırılması ve sınırlanması tartışmalıdır.⁴⁶⁹

Ortakların üyelik haklarından biri de tasfiyeye katılma hakkıdır ve geniş anlamıyla üyelik haklarının kapsamındadır. Bu hakka ayrıca temas edilmesinin sebebi ortaklığın devamı süresince belirlenmiş yönetim düzeninin sona erme ile birlikte ortadan kalkması ve tasfiyenin TBK 644 I kapsamında elbirliği ile yapılmasının esas olmasıdır.⁴⁷⁰

Üyelik hakları bağlamında son olarak ortak davasından (*actio pro socio*) bahsedilebilir. Kökeni Roma hukukuna dayanan ortak davası, bir ortağın ortaklık ilişkisinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmeyen ortağa karşı kendi adına açtığı ancak ifanın ortaklığa – diğer bir ifade ile tüm ortaklara – karşı yapılmasını talep ettiği

⁴⁶⁷ BK-Fellmann/Müller, Art. 543 OR, kn. 55-56, 74 vd.; v. Steiger, s. 396.

⁴⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 256 vd., 309 vd.

⁴⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 258-260, 369-78.

⁴⁷⁰ Benzer yönde bkz. MüKoBGB-Schäfer, § 705, s. 199, § 730, kn. 40.

bir davadır.⁴⁷¹ Türk öğretisinde de ortak davası katılma payı taahhüdünün ifası ve özen yükümlülüğünün ihlali bağlamında kabul görmektedir.⁴⁷² Bu anlamıyla ortak davasını açma hakkı da pay sahipliğinden kaynaklı bir hak olarak sınıflandırılabilir.⁴⁷³

b. Malvarlığı Hakları

Pay sahipliğinden doğan malvarlığı hakları ise kazanç payı ve bunun yansıması olan tasfiye payı; katılma payının iadesi; ücret, faiz, avans ve masrafları isteme hakkı ile ortaklık malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğidir.

Kazanç payı ve tasfiye payı ile katılma payının iadesi pay kavramının farklı görünüşleri izah edilirken açıklandığı için burada ek bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁴⁷⁴

Ücret, faiz ile masrafları ve zararları isteme hakkı TBK 627’de düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrası kapsamında ortakların ortaklık işleri için yaptığı giderler ve üstlendiği borçlardan sorumluluk ile yönetim işlerinden doğrudan doğan zarar ve yönetimden kaynaklı tehlikelerden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Bu sorumluluk kapsamındaki tüm talepler – yerindeliği tartışmalı olsa da – çoğunlukla genel bir ifade ile masrafları/giderleri isteme hakkı olarak adlandırılmaktadır. Hükmün ikinci fıkrası ortaklığa verilen avanslardan faiz isteme hakkını açıkça düzenlemektedir. Son olarak ücret bakımından ise eBK 527 II ve mehz OR 537 II’de ortakların kişisel emeği için bir ücret talep edemeyeceği düzenlenmişti, buna bağlı olarak emeğin karşılığının kazanç payı ile sağlanacağı kabul edilmekteydi.⁴⁷⁵ Buna karşın TBK 627 III’de yönetim yetkisi (ve haliyle yükümlülüğü) bulunmayan ortakların ortaklık işleri için sarf ettikleri emek karşılığında uygun bir ücret talep edebileceği açıkça düzenlemektedir.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 210. Ortak davası hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yongalık**, Ortak Davası.

⁴⁷² **Şener**, Adi Ortaklık, s. 214, 309; **Barlas**, kn. 112, 131; **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 216 vd. Ortak davasının ortaklık ilişkisinin niteliğinden kaynaklı olarak bu ilişkiye içkin olarak var oluşu söylenebilir. Bununla birlikte Türk öğretisinde, TBK’da hüküm bulunmayan hallerde TTK düzenlemelerinin adi ortaklığa kıyasen uygulanabilirliğinden hareketle, ortak davasının dayanağı olarak TTK 128 VII gösterilmektedir. Bkz. **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 216-217. İsviçre hukukunda hakkında da açık bir düzenleme bulunmayan ortak davası Alman hukukunda MoPeG ile birlikte BGB §715b’de açıkça tanınmıştır.

⁴⁷³ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 213. Ortak davasında davacının kendi hakkını mı yoksa ortaklarla ile birlikte sahip olduğu hakkı mı ileri sürdüğü hususu ise tartışmalıdır. Bu konuda bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 213-215; **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 219-221; **Yongalık**, Ortak Davası, s. 33 vd.

⁴⁷⁴ Bkz. yuk. § 3. § 5. A. 2. & 3.

⁴⁷⁵ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 583.

⁴⁷⁶ Talebin dayanağına ilişkin farklı görüşler için bkz. **Ayar**, İç ve Dış İlişkiler, s. 143.

Kazanç payı ile birlikte ortakların malvarlığı haklarının belki de en önemlisi ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğidir. Ortaklığın hukuki niteliği bağlamında detaylı olarak değerlendirildiği üzere ortaklar elbirliğine konu olan ve kişisel malvarlıklarından ayrılmış olan ortaklık malvarlığı üzerinde bir birlik halinde hak sahibidirler. Bu nedenle ortakların bu malvarlığı değerleri üzerinde doğrudan bir hakkı bulunmamaktadır, ancak adi ortaklığın bir ortağı olmaları – diğer bir ifade ile pay sahipliği konumunda bulunmaları – nedeniyle dolaylı olarak ve diğer ortaklar ile birlikte hak sahibidir.⁴⁷⁷ Bu bağlamda tipik bir adi ortaklıkta ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği ortakların pay sahipliğinden bağımsız nitelikte olmayan ve ayrılamaz bir malvarlığı hakkı olarak tanımlanabilir. Bu nitelikler bir taraftan bir ortağın malvarlığı üzerindeki hak sahipliği üzerinde pay sahipliği ilişkisinden ayrı bir şekilde tasarrufta bulunamaması, diğer taraftan da ortaklardan birinin ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahibi olmayacağı gibi bir anlaşmanın bulunamaması anlamına gelmektedir.

2. Borçlar

Pay sahipliğinden doğan borçlar ise katılma payı getirme borcu, zarara katılma borcu, özen, sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğü olarak sayılabilir. Niteliği itibarıyla malvarlıksal yönü ağır basan katılma payı getirme borcu ve zarara katılma borcuna daha önce temas edilmişti.⁴⁷⁸ Bunların yanında ortaklığın yönetiminin bir hak olduğu kadar borç olduğu da belirtilmelidir.⁴⁷⁹

Özen, sadakat ve rekabet etmeme yükümlülükleri ise kanunda adi ortaklığa ilişkin özel bir düzenleme olmasa da dürüstlük kuralının ortaklık ilişkisindeki yansımasıdır.⁴⁸⁰ Bu yükümlülükler özünde ortaklar arasındaki yoğun kişisel ilişkiden ve *affectio societatis*'ten kaynaklı belirli davranış yükümlülükleridir. Zira *affectio societatis* ortak amaca ulaşmak için birlikte çaba sarf etme şeklinde olumlu bir edimin yanında ortak amaca ulaşılmasını engelleyecek veya zorlaştıracak davranışlardan kaçınma şeklinde olumsuz bir edimi de kapsar. Aslında bu, bütün kişi birliklerinde mevcut olduğu söylenebilecek bir yükümlülük olmakla birlikte, anonim ortaklık gibi kişiselliğin önemsiz

⁴⁷⁷ Bkz. yuk. § 3. D. 4.

⁴⁷⁸ Bkz. yuk. § 5. A. 1. & 2.

⁴⁷⁹ v. Steiger, s. 398.

⁴⁸⁰ Benzer yönde bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 149-150.

olduğu ortaklıklarda çok zayıfken, ortaklar arasındaki kişisel bağın çok yoğun olduğu tipik adi ortaklıklarda azami düzeydedir.

F. Ortaklık Payının Konu Olabileceği Tasarruf İşlemleri

Ortaklık payına belirli işlemler bakımından bir hak gibi muamele edilmesinin doğal sonucu payın çeşitli tasarruflara konu edilebilmesidir. Bu çalışmanın da konusu olan devir bu tasarrufların başında gelmekte olup devir işlemi çalışmanın kalanında detaylı olarak incelenecektir. Devir haricinde payın intifa hakkına ve rehin hakkına konu edilmesi de mümkündür. Bu bağlamda bu iki durum hakkında kısaca bilgi verilecektir.⁴⁸¹

Anonim ve limited ortaklık paylarının aksine (TTK 432, 600) adi ortaklık payının intifaya konu olması kanunda açıkça düzenlenmemektedir, ancak ortaklık payının intifaya konu olabilmesi genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁸² Bu kabul kanun koyucunun intifa hakkına ilişkin yaklaşımının bir sonucudur. Zira intifa hakkının özü mülkiyet kapsamındaki yararlanma yetkisinin bağımsızlaştırılarak mülkiyetten ayrılması ve başkasına tahsis edilmesidir. Bu nedenle yararlanmaya elverişli ve devredilebilir her hak üzerinde intifa hakkı kurulabilir.⁴⁸³ Haliyle ortaklık payı da intifa hakkına konu olabilir.⁴⁸⁴ İntifa hakkının kuruluşu diğer ortakların rızası bakımından payın devri ile aynı şartlara tabidir.⁴⁸⁵ Ortaklık sözleşmesinde payların serbestçe devrine izin verilmiş olsa dahi intifa hakkına ilişkin özel bir düzenleme yoksa ortakların rızası aranmaya devam eder.⁴⁸⁶ İntifa hakkı sahibine paydan kaynaklanan üyelik ve malvarlığı haklarının önemli bir bölümünü sağlar. Bu bağlamda ortaklık yönetimine katılma ve buna bağlı olarak oy hakkı gibi üyelik hakları intifa hakkı sahibindedir. Ancak bu hak ve yetkiler, intifaya konu payın sahibi olan ortağın konumunun özünü etkileyecek – ortaklık sözleşmesinin tadili gibi – temel kararları kapsamamaktadır.⁴⁸⁷ İntifa hakkı sahibi malvarlığı hakları bakımından temel olarak kazanç payını talep etme hakkına sahiptir. Ortaklığın tasfiyesi

⁴⁸¹ Ortaklık ilişkisinden doğan münferit alacakların rehin ve intifa konusu yapılması bunun dışında bir meseledir. Zira mevcut veya müstakbel kar payı alacağı gibi alacaklar ortağın kişisel malvarlığında bulunan ve ortaklık payından ayrı alacak haklarıdır.

⁴⁸² **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 50.

⁴⁸³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, kn. 3034-3044.

⁴⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 152.

⁴⁸⁵ Bkz. aş. § 7. B.

⁴⁸⁶ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 530 OR, kn. 252; **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 98.

⁴⁸⁷ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 100-103.

halinde ise intifa hakkı varlığını tasfiye bakiyesi üzerinde devam ettirir.⁴⁸⁸ Zira intifa hakkının kapsamında olan kazanç payının tasfiyedeki görünümü katılma payının iadesinden ayrı ve bunun iadesinden sonra belirlenen bir değer olan tasfiye payıdır.⁴⁸⁹

Benzer gerekçelerle ortaklık payı üzerinde rehin hakkı da kurulabilir. Rehnin kurulması için ortaklık sözleşmesinde açıkça izin verilmediği müddetçe diğer ortakların rızası gereklidir.⁴⁹⁰ TMK 959 gereği ortaklık payından kaynaklı, rehnin kurulması anında henüz muaccel olmamış kazanç payı gibi ödemelerin aksi kararlaştırılmamışsa rehnin kapsamına gireceği konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte rehinli alacaklının genel olarak herhangi bir üyelik yetkisini kullanması söz konusu değildir.⁴⁹¹ Rehnin paraya çevrilmesi bağlamında ise İİK 150/g atfı ile elbirliği mülkiyetine ilişkin İİK 121 düzenlemesi kıyasen uygulanır. Paraya çevirmenin konusu bizatihi ortaklık payıdır.⁴⁹² İİK 121 kapsamında paraya çevirmenin şekli konusunda ise icra dairesinin (ve mahkemesinin) geniş bir takdir alanı vardır.⁴⁹³ Bu itibarla icra kanalı ile satış sonucu payı devralan üçüncü kişinin ortak sıfatını kazanması söz konusu olmalıdır. Bu durum ortaklık payının devrinin sınırlı olması ve ortakların kişiliğinin önem arz etmesi ile çelişki yaratmaz, zira en başta rehnin kurulması için rıza gösteren diğer ortaklar bu olası sonucu göz önünde bulundurarak iradelerini açıklamışlardır. İİK 121 II’de yer bulan “gerekli diğer tedbirleri alma” yetkisi kapsamında takip alacaklısı veya icra memuruna ortaklığı sona erdirmeye yetkisi verebilir. Sona erme ile tasfiye bakiyesinin icra dairesine yatırılır ve

⁴⁸⁸ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 104-106.

⁴⁸⁹ Bkz. yuk. § 5. A. 3.

⁴⁹⁰ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 52. Pay sahipliğinden kaynaklı münferit alacakların rehne konu olabileceği ancak pay sahipliğinin bütünüyle rehne konu olamayacağı yönünde bkz. **Karl Oftinger/Rolf Bär**, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, IV/2c, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. b., Zürich: Schulthess, 1981, Art. 899 ZGB, kn. 45-46.

⁴⁹¹ Alman hukukunda istisnai olarak BGB § 1258 (1) kapsamında rehinli alacaklının rehin konusu olan payın korunmasına yönelik olarak yönetim ve bilgi alma gibi haklarının var olduğu kabul edilir. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 55. Türk öğretisinde aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 149. Türk hukukunda bu ancak TMK 961’e dayandırılabilir olsa da hükmün sağladığı yetkiler bu denli geniş olmayacaktır.

⁴⁹² **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 57.

⁴⁹³ Paraya çevirmenin şekli bağlamında açık artırmanın yanında pazarlık sureti ile satış (İİK 119) da mümkün gözükmektedir. İİK 121 kapsamında açık artırma ile payın satılabileceği yönünde bkz. **Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi C.2 (İİK. 83-170), Ankara: Bilge Yayınevi, 2014, s. 2189. Yazarlar bu sonuca haciz bağlamında varmış olmakla birlikte kanaatimce haciz sonucunda doğrudan bu sonuca varılamaz zira diğer ortakların üçüncü kişinin ortaklığa katılımı bakımından rızası yoktur. TBK 638-639 da bu sonucu destekler niteliktedir.

alacaklının tatmini sağlanır.⁴⁹⁴ TMK 648 ile bağlantılı olarak miras ortaklığı özelinde yapılan bu son değerlendirmenin paraya çevirme usulü yine İİK 121'e tabi olan adi ortaklık payının rehni bakımından da uygulanmasında bir sakınca gözükmemektedir.⁴⁹⁵



⁴⁹⁴ **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 2178. Miras ortaklığı özelinde İİK 121 uygulamasını destekleyen bir hüküm de miras payının haczi halinde paylaşmaya mirasçı yerine kayyımın katılmasını sağlayan TMK 648'dir.

⁴⁹⁵ Farklı gerekçelerle benzer yönde bkz. **Bingöl**, s. 148-149. Alman hukukunda bu yetki aBGB 725'ye dayanmaktadır. Hüküm kapsamında bir ortağın alacaklısının ortaklık payını haczetmesi halinde ortaklığı fesih yetkisi tanımıştır. Bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 52, 57-58.

Üçüncü Bölüm

Adi Ortaklık Payının Devri İşlemi

Adi ortaklık geleneksel olarak ortaklar arasındaki yakın kişisel ilişki nedeniyle kapalı bir kişi topluluğu olarak görülmüş ve kişi çevresi bağlamında ortaklık yapısındaki değişikliklere de bu yaklaşımın bir sonucu olarak mesafeli yaklaşılmıştır.⁴⁹⁶ Bu nedenle sermaye ortaklıklarının aksine tüzel kişiliği bulunmayan kişi ortaklıklarında ortaklık yapısında değişiklik halinde ortaklığın varlığını sürdürmesi istisnai niteliktedir.⁴⁹⁷ Öyle ki ortaklardan birinin ölümü halinde dahi kural ortaklığın mirasçılar ile devam etmesi değil, ortaklığın sona ermesidir. (TBK 639) Ortaklık yapısına ilişkin bu koruyucu yaklaşım pay sahipliğinin devredilmesi bakımından da kendini göstermiştir. Bu nedenle mehz OR ve yakın zamana kadar BGB’de de pay sahipliğinin devri detaylı olarak düzenlenmemiştir.⁴⁹⁸ Kanun koyucunun bu yaklaşımı öğreti ve yargı uygulamasına da yansımıştır. Bu nedenle adi ortaklık payının bir hukuki işlem ile devredilemeyeceği uzun yıllar kabul görmüş, bu durum pay sahipliğinin devrinin ancak çift sözleşme olarak adlandırılan ve iki ayrı işlem ile gerçekleşen bir kurguda gerçekleştirilebilmesine neden olmuştur.⁴⁹⁹ Çift sözleşme ile devirde, eş zamanlı olarak bir ortağın ortaklıktan çıkması, üçüncü kişinin ise diğer ortaklarla bir katılım sözleşmesi yaparak, çıkan ortak ile aynı yetkilere sahip olacağı şekilde ortaklığa katılması söz konusudur. Ancak özellikle Alman yargı uygulamasının adi ortaklık payının tek bir hukuki işlem ile devredilebileceği yönündeki değişimi⁵⁰⁰ ile birlikte bu devrin nasıl gerçekleştirileceği ve sonuçlarının ne olacağı öğretiyi uzun yıllardır meşgul etmiştir.

⁴⁹⁶ Benzer yönde bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 12, kn. 127.

⁴⁹⁷ Aynı yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 2.

⁴⁹⁸ MoPeG reformu ile ortaklık payının devri BGB § 711 kapsamında açık bir kanuni dayanağa kavuşmuştur.

⁴⁹⁹ Birçokları yerine bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 93 vd.

⁵⁰⁰ Bu sürecin Alman hukukundaki gelişimi ve ilgili kararlar için bkz. **Schmidt**, s. 1321 vd.

Bu çerçevede TBK hükümleri incelendiğinde ortaklığın kişi yapısındaki değişikliklerin sadece yeni ortak alımı (TBK 632 I)⁵⁰¹, ortağın çıkması ve çıkarılması (TBK 633-636) ve çıkma-çıkarılma ile sona erme bağlamında pay sahipliğinin miras ile intikali (TBK 633 I, 639 I b.2) ile sınırlı bir şekilde açık düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir. Buna karşın ortaklık payının bir hukuki işlem ile devrinin en başta mümkün olup olmadığı, mümkün ise şartları ve sonuçları açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda payın devrine ilişkin olarak değerlendirilebilecek tek düzenleme aşağıdaki TBK 632 II hükmüdür:

“VIII. Ortaklar arasındaki ve ortaklık yapısındaki değişiklikler

1. Yeni ortak alımı ve alt katılım

MADDE 632- Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır.

Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz.”⁵⁰²

Öğretide hükmün ikinci fıkrasının temel olarak alt katılımı ve münferit ortaklık haklarının – yoksa ortaklık payının değil – devrini düzenlediği ileri sürülmüştür.⁵⁰³ Bu görüşe göre kanundaki boşluk nedeniyle ortaklık payının devri işleminin hukuki nitelendirmesi genel ilkeler ve adi ortaklığın yapısal özellikleri ve niteliği çerçevesinde yapılmak zorundadır.⁵⁰⁴

Buna karşın özellikle payın “tek taraflı olarak” devrine “ortak sıfatını kazanmama” sonucunun bağlanmış olmasından hareketle ve birinci fıkra ile uyumlu olarak hükmün zıt anlamından diğer ortakların rızası ile ortaklık payının devrinin düzenlendiği kolaylıkla söylenebilir.⁵⁰⁵ Kaldı ki münferit ortaklık hakları hükmün öngördüğü menfi şartın aksine

⁵⁰¹ Hükümde sadece yeni ortak alımı düzenlendiği halde ortaklık payının devrinin de birinci fıkra kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. v. **Steiger**, s. 408.

⁵⁰² Mehaz OR 542’in Almanca metni de oldukça benzer bir içerikte olup hükümdeki ilk fark “ortak sıfatını kazanamaz” yerine “diğerleri ile birlikte ortak olmaz” (*so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen*), diğer bir fark ise devralan üçüncü kişinin ortaklık işleri ile ilgili bilgi alma hakkına sahip olmayacağının (*erhält insbesondere nicht das Recht, von den Gesellschaftsangelegenheiten Einsicht zu nehmen*) açıkça belirtilmiş olmasıdır. Hükmün Fransızca metninde ise TBK’ya benzer şekilde “ortak sıfatını kazanmaz” ifadesi kullanılmıştır ancak bilgi alma hakkı bakımından benzer içeriktedir (*ce tiers n’a pas la qualité d’associé et il n’acquiert pas, notamment, le droit de se renseigner sur les affaires de la société*).

⁵⁰³ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 7; **Christhof Truniger/Lukas Handschin**, “Art. 530-542”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-9641 OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024, Art. 542 OR, kn. 6; BGE 134 III 597, kn. 3.3.2.

⁵⁰⁴ Aynı yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 3.

⁵⁰⁵ Genel hatları ile benzer yönde bkz. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 89-90; **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 752; **Bingöl**, s. 191 vd. Özellikle devredilebilirlik ve ortakların rızası hususu özelinde bkz. **Abuzer Kendigelen**, “Adi Şirket, Ticaret

diğer ortakların onayı ile devredilseler de devralana ortak sıfatını kazandırmazlar. Bu itibarla hükümde sadece münferit haklarının devredilmesinin düzenlendiği kabul edilirse “tek taraflı” devre özel olarak atıfta bulunulması da anlamsızdır ve kanun koyucunun amacı bu olsa bile en azından hükmün lafzının ruhu ile uyum içinde olmadığı açıktır. Ancak bu uyumsuzluğun bilgi alma hakkının bulunmadığına ilişkin bir ifade içeren OR 542’de ve eBK 532’de daha az olduğu söylenebilir. Zira bu ifade mevcutken diğer ortakların rızası ile münferit hakları devralan kişinin ortak sıfatını kazanmasa da ortaklık işleri ile ilgili bilgi alma hakkına sahip olacağı şeklinde bir sonuca lafzen de olsa ulaşılabilmesi mümkün olup, bu hükmün yapısını daha anlamlı bir hale getirmektedir. Ne var ki TBK 632’nin madde gerekçesinde bilgi alma hakkına ilişkin ifadenin alt katılım halinde alt katılanın ortak sıfatını kazamayacak olmasından ötürü gereksiz görülmesi nedeniyle metinden çıkarıldığı açıkça ifade edilmiştir.⁵⁰⁶ Bu bağlamda kanun koyucunun hükmün ikinci fıkrası ile münferit hakların devrini düzenlemeyi amaçlamadığı da görülmektedir.

Bu çalışmada benimsendiği üzere hükmün zıt anlamı ile ortaklık payının devrini de düzenlemeyi amaçladığı kabul edildiğinde dahi bu düzenleme sadece ortaklık payının devredilebilirliğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğinin ve bunun için diğer ortakların rızasını aradığını tespit etmeye hizmet eder. Devrin bunun haricindeki şartları ve sonuçları hakkında halen bir kural bulunmamaktadır. Çalışmanın bu bölümünde yukarıdaki tespitler ışığında ilk olarak pay devrinin konusu ve devre uygulanacak hükümler tespit edilecek (§ 6), sonrasında payın hukuki işlem ile devri işlemi ve bu işlemin geçerlilik şartları (§ 7) değerlendirilecektir.

Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, C. 16, S. 182/1 (1997), s. 15-16, 22.

⁵⁰⁶ TBK 632 Madde Gerekçesi.

§ 6. Pay Devrinin Konusu ve Uygulanacak Hükümler

Görüldüğü üzere kanunda adi ortaklık payının devredilebilirliğinin kabulü ve diğer ortakların rızası şartı haricinde devre uygulanacak kurallar, bu bağlamda devrin şartları ve sonuçlarının bütünüyle düzenlediği doğrudan uygulanabilir bir hüküm bulunmamaktadır ve bu hususta bir kanun boşluğu mevcuttur. Bu boşluğun doldurulması ve uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından belirleyici ilk unsur bu çalışmada tasarruflar bakımından ortaklık payı olarak ifade ettiğimiz pay sahipliğinin hukuki niteliğidir. Hukuki ilişki-hukuki konum ve hak şeklindeki nitelendirme ayrılığına⁵⁰⁷ bağlı olarak payın devrine uygulanacak hükümler hakkında öğretide sözleşmenin devri ve alacağın devrine ilişkin kuralların esas alınması yönünde iki görüş çatışma halindedir.⁵⁰⁸ Yukarıda açıklandığı üzere pay sahipliği bir hukuki konumu ifade ederken, bu konunun bazı tasarruflar bakımından bir hak olarak muamele görmesi söz konusudur.⁵⁰⁹ Ne var ki ortaklık payının hak olarak muamele görmesi devir işleminin hangi kurallara tabi olacağı konusunda doğrudan bir sonuca varmak için tek başına yeterli değildir.

BGB § 413'te kanunda aksi öngörülmediği müddetçe alacak dışındaki diğer hakların devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür. Bu nedenle ortaklık payını bir hak olarak nitelendiren hâkim Alman öğretisi bakımından devre uygulanacak hükümler nezdinde – nitelendirme temelli farklılık haricinde – derin fikir ayrılıkları bulunmamaktadır. Buna karşın benzer bir düzenlemenin Türk ve İsviçre hukukunda bulunmaması sebebiyle mevcut kanun boşluğunun nasıl doldurulması gerektiği tartışma konusudur. Zira BGB § 413 gibi bir hükmün eksikliği nedeniyle yapılacak değerlendirmede öncelikle kıyas yolu ile bu boşluğun doldurulmasının mümkün olup olmadığı göz önünde bulundurulur. Bu faaliyette ise alacağın devri de dahil olmak üzere ortaklık payının devri tasarrufu ile benzerlik kurulabilecek tasarruflar arasından – var ise – en uygununun seçilmesi gerekir. Bu noktada payın devrinin mümkün

⁵⁰⁷ Ortaklık payının devrini katılma payının/katılma payının mülkiyetinin devri kavramı altında açıklayan istisnai bir örnek için bkz. **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 3. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, kn. 74-75, § 3; **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, kn. 32, § 3.

⁵⁰⁸ **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 12.

⁵⁰⁹ Bkz. yuk. § 5. B.3.

olduğu diğer ortaklık tipleri olan ticaret ortaklıkları ile sınırlı bir pay devrine imkân tanınan bir elbirliği ortaklığı olarak miras ortaklığı gelir.

Bu itibarla öğretinin önemli bir bölümü tarafından kabul edilmesi nedeniyle öncelikle sözleşmenin devri (A), sonrasında payın devri bakımından kıyasen uygulanması düşünülebilecek özel düzenlemeler olan miras payının devri (B), ticaret ortaklığı paylarının devri (C) ve son olarak alacağın devri kurumu (D) incelenecektir.

A. Sözleşmenin Devri

Ortaklık payının devrinde sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanması gerektiği öğretide çokça taraftarı olan bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵¹⁰ Pay sahipliğinin belirli tasarruf işlemleri bakımından bir hak olarak muamele görmesi kabul edildikten sonra sözleşmenin devri hükümlerine başvurmak olanaklı görülmemektedir. Bununla birlikte yukarıda açıklanan pay sahipliğinin nitelendirilmesi tartışması dışında öğretide bu görüş lehine dile getirilen bazı diğer gerekçeler de incelenmeye değerdir.

Bunlardan ilki kavramsal olarak diğer ortakların rızasının niteliğine ilişkindir. Alman öğretisinde ileri sürülen bu görüş, temelde BGB’de payın devri için diğer ortakların rızasının aranmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasından hareket etmektedir. Bu eksiklik karşısında diğer ortakların rızasının – BGB § 182-184 bağlamında⁵¹¹ –aranmasının tek sebebi ortaklık ilişkisinin yoğun kişisel niteliği olarak görülebilir. Ancak bu durum tüm adi ortaklık yapıları için geçerli değildir. Zira ortaklık sözleşmesinin içeriğinin ve ortak sayısının fazlalığının bu niteliği zayıflatması mümkündür. Bu nedenle ortakların rızasının aranmasına ilişkin olarak ortaklığın tipik özelliklerinden ve kişisel ilişkiden bağımsız bir gerekçe bulunmalıdır.⁵¹² Ne var ki diğer ortakların rızasının aranması bakımından Türk hukukunda bir normatif dayanak bulmak

⁵¹⁰ Örnekler için bkz. **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 14; **CHK-Jung**, Art. 542 OR, kn. 7; **Derdiman**, s. 104-108; **Türkmen**, s. 59-62; **Christoph Bauer**, *Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang*, Zürich: Dike Verlag, 2010, kn. 195-196. Sözleşmenin devrini açıkça zikretmese de bu işlemi “üç köşeli, üç yanlı bir devir anlaşması” olarak açıklaması itibarıyla benzer yönde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591; **Fikret Eren/Ünsal Dönmez**, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V* (m. 393-646), Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, kn. 11.

⁵¹¹ Bu hükümler bir hukuki işlemin geçerliliği için üçüncü kişinin rızasının arandığı hallerde uygulanacak kuralları içermektedir.

⁵¹² **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 13.

mümkündür, bu şart TBK 632'den çıkartılabilir. Bu bağlamda Alman öğretisindeki bu eleştirisi Türk hukuku bağlamında geçerli değildir.⁵¹³

Ayrıca nitelendirme sorunundakine benzer bir şekilde ortaklık ilişkilerinin diğer sözleşmesel ilişkilere nazaran karşılıklı borç ilişkisi olmaması nedeniyle özel bir niteliği haiz olmasına rağmen bir sözleşme ilişkisi olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu nedenle borçlar hukuku bağlamındaki bu ilişkide pay sahipliğinin devrine sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmasının daha uygun olduğu ileri sürülmektedir.⁵¹⁴ Özellikle bu yanıyla sözleşmenin devri görüşü adi ortaklığın sözleşmesel yönüne daha çok önem vermektedir.⁵¹⁵ Bu görüşün devrin konusu bakımından bir kişi birliğine üyelikten ziyade bir sözleşmeye taraf olmayı esas aldığı açıktır. Bu noktada adi ortaklığın sözleşmesel yönü hiçbir şekilde yadsınamayacak olmakla birlikte bu ilişkiyi salt bir sözleşme ilişkisi olarak görmemek gerektiği tekrar hatırlanmalıdır. Ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen ortaklarından ve ortaklık sözleşmesinden bir ölçüde bağımsızlaşan bir kişi birliği olduğunu unutmamak gerekir. Bu bağımsızlığın belirgin olduğu ticaret ortaklıklarının temelinde de bir sözleşme ilişkisi bulunmakta ve ortaklık payını devralanlar bu sözleşme hükümleri ile bağlı olmaktadır. Buna karşın ticaret ortaklıklarında pay devirleri bakımından sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmadığı görülür. Özellikle anonim ortaklıklar bakımından bunun bir sebebi payın kanunen bağımsız bir hak olarak tanınması olmakla birlikte genel bir diğer sebebi de ortaklık ilişkisinin ortakların sözleşme ilişkisinden ayrılan bir konuma yerleşmesi olabilir. Bu nedenle ortaklık ilişkisini sadece bir sözleşme ilişkisi olarak görerek bir sonuca varmak isabetli değildir, devredilen sadece ortaklık sözleşmesine taraf olmaktan öte bu kişi birliğine üyeliştir. Bu görüşe dayanak vakıalardan biri olan ortaklık sözleşmesinin kanunun özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmiş olması hususuna ise daha önce değinilmişti.⁵¹⁶

⁵¹³ Benzer yönde bkz. **Bingöl**, s. 221-222. Alman hukukunda MoPeG ile diğer ortakların rızası şartının güncel olarak normatif bir dayanağa kavuştuğu da unutulmamalıdır. Bkz. BGB § 711.

⁵¹⁴ **Helmut Pieper**, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln & Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s. 67. Adi ortaklığın kanunun özel borç ilişkileri bölümünde düzenlenmesi ve ortaklıkta pay sahipliği konumunun bir borcun alacaklısı olmaktan çok bir borç sözleşmesinin tarafı olmaya benzemesinden hareketle benzer bir yönde bkz. **Bauer**, kn. 195-196. Adi ortaklık sözleşmesinin borç sözleşmesi niteliğinin ağır bastığından hareketle benzer yönde bkz. **Derdiman**, s. 105-106.

⁵¹⁵ Aynı yönde bkz. **Zobl**, s. 135.

⁵¹⁶ Bkz. yuk. § 1. C.

B. Miras Payının Devri

Tipik adi ortaklığın bir elbirliği ortaklığı olması nedeniyle karşılaştırmaya konu olarak akla ilk gelen kurumlar yine diğer elbirliği ortaklıkları olacaktır. Bu ortaklıklardan mal ortaklığı rejimi bakımından herhangi bir değerlendirme yapılması mümkün değildir, zira bu ortaklık niteliği itibarıyla sadece eşlerden oluşabileceği için ortaklık payının devri gibi bir müessese kabul edilemez. Adi ortaklıkla büyük ölçüde benzeştiği söylenebilecek diğer bir elbirliği ortaklığı olan aile malları ortaklığı bakımından⁵¹⁷ da kanun koyucu ortaklık payının devrine ilişkin herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir.⁵¹⁸ Geriye kalan son elbirliği ortaklığı olan miras ortaklığında ise miras ortaklığı kurulduktan – yani miras açıldıktan sonra⁵¹⁹ – miras payının devri özel olarak TMK 677’de düzenlenmiştir. Haliyle açılmış miras payının devrine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanmasının değerlendirilmesi makul gözükmemektedir.⁵²⁰

TMK 677 ortaklığa katılmayı sağlayacak şekilde miras payının devrine ancak mirasçılar arasında yapılan devirler bakımından imkân tanımaktadır.⁵²¹ Mirasçılar arasında yapılan devirler aynı etkiye sahip olup, devir sonucunda devreden mirasçı miras ortaklığından ve elbirliği ile hak sahipliği ilişkisinden ayrılmış olur.⁵²² Üçüncü kişiye yapılan devirlerde ise – diğer mirasçıların bu devre rızası olsa dahi⁵²³ – devralan ancak tasfiye bakiyesi üzerinde bir talep ileri sürebilmektedir.⁵²⁴ Bu düzenleme karşısında tüm

⁵¹⁷ Bu benzerlik özellikle aile malları ortaklığının da sözleşmeye dayalı bir adi ortaklık olmasından ancak eşler arasındaki mal ortaklığının aksine sadece kişi yapısının iki ortak ile sınırlı olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu ilk husus için bkz. **Haluk Nami Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. b., İstanbul: Beta, 2024, kn. 18.4.

⁵¹⁸ Ancak üzerinde görüş birliği olmasa da aile malları ortaklığında da ortaklık payı üzerinde tasarrufta bulunulabilmektedir. Bkz. **BSK-Lehmann**, Art. 340 ZGB, kn. 1. Karş. **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 653 ZGB, kn. 18-19.

⁵¹⁹ TBK 678 kapsamında açılmamış miras payının devredilmesine ilişkin bir düzenleme mevcutsa da bu aynı etkili değildir. Bu sözleşme murisin rızası olmaksızın geçersizdir. Muris sözleşmeye bir taraf olarak katılır ise bu bir miras sözleşmesi niteliği taşır, sözleşmenin tarafı olmaksızın sadece miras payının önceden devrine rıza gösterir ise de bu sadece taraflar arasında borçlandırıcı bir etki yaratır. Bkz. **Arzu Genç Arıdemir**, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul: On İki Levha, 2012, s. 112 vd. Bu nedenle ilgili hükmün bu incelemede yeri yoktur.

⁵²⁰ Benzer yönde bkz. **Müller**, kn. 321.

⁵²¹ Durum İsviçre hukukunda da benzerdir (OR 635), ancak Alman hukukunda önalım hakkı ile sınırlanmış olsa da üçüncü kişiye yapılan devirler de bu etkiye sahiptir (BGB § 2033). Bkz. **Serozan/Engin**, § 7, kn. 18.

⁵²² **Gönen**, s. 70-71. Aynı etkiyi doğma nedeninin miras ortaklığında istisnai olarak izin verilen bir ortaklık payının devri mi olduğu yoksa bunun öncelenmiş bir subjektif miras paylaşımı mı olduğu tartışmalıdır. Bkz. **Serozan/Engin**, § 7, kn. 18; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 549 vd.

⁵²³ **Genç Arıdemir**, s. 111.

⁵²⁴ **Serozan/Engin**, § 7, kn. 18-22; **Gönen**, s. 74.

mirasçılarının rızasının olduğu bir ihtimalde üçüncü kişinin aynı etkili bir devir ile ortaklığa katılmasına neden izin verilmedi sorgulanabilir. Bu ayrımın sebebi miras ortaklığında kişi çevresinin bizzat kanun koyucu tarafından adi ortaklığa nazaran sınırlanmış olmasıdır. Zira miras ortaklığında ortak sıfatı mirasçıların iradesinden ayrı olarak miras bırakanının iradesi ve kanun hükümlerine dayanır.⁵²⁵ Miras ortaklığı bu sınırlı kişi çevresi ile temel amacı tasfiyeye yönelmiş geçici bir ortaklıktır. Ne var ki bu sınırlama fiilen önemli bir sorun teşkil etmez. Zira mirasçılar ortaklığa üçüncü bir kişi ile devam etmek istiyorlar ise miras ortaklığını anlaşma ile adi ortaklık kuracak bir şekilde tasfiye ederek üçüncü kişiyi bu ortaklığa dahil etmelerinin önünde bir engel yoktur. Nitekim adi ortaklık niteliği itibarıyla bu ihtimal bakımından daha uygun bir ortaklık olacaktır.

Aynı etkinin sadece mirasçılar arası devir halinde tanınması itibarıyla miras payının devri ancak adi ortaklar arasındaki pay devri bakımından karşılaştırılabilir bir müessesedir.⁵²⁶ Bu konuda akla ilk olarak işlemin şekli gelir. Mirasçılar arasındaki pay devri sözleşmesi TMK 677’de yazılı şekle tabidir. Ne var ki, kanun koyucunun bu tercihi paylaşma sözleşmesinin yazılı şekle tabi olması ve miras payının devrinin de bir paylaşma sözleşmesi olması nedeniyle aynı şekle tabi olmasındandır.⁵²⁷ Bu yanıyla da miras sözleşmesine ilişkin kuralların adi ortaklık sözleşmesinin devri işleminin şartları bakımından tümüyle kıyasa konu edilmesi uygun olmaz.⁵²⁸ Bununla birlikte miras payının devrine ilişkin kimi kurallar bakımından menfaatler dengesinin adi ortaklık payının devri bakımından da benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu itibarla mirasçılar arasındaki devir sözleşmesinin geçerli olması için diğer mirasçıların rızasının aranmaması adi ortaklıkta ortaklar arası pay devrinin şartları bakımından, ayrıca ortaya çıkan aynı etki ise ortaklık payının devrinin sonuçları bakımından yol gösterici olabilir. Son olarak üçüncü kişiye yapılan devrin sadece tasfiye bakiyesi üzerinde bir yetki tanınması da adi ortaklıkta diğer ortakların rızası olmaksızın yapılan devirler ve alt katılım ortaklığı ile benzerlik taşımaktadır.

C. Ticaret Ortaklıklarında Payın Devri

⁵²⁵ Genç Arıdemir, s. 111.

⁵²⁶ Aynı yönde bkz. Müller, s. 322.

⁵²⁷ Serozan/Engin, § 7, kn. 18.

⁵²⁸ Bu farklılıkların şekil bakımından kıyasen uygulamaya engel olmayacağı, ancak kıyasa daha uygun bir düzenlemenin bulunması nedeniyle bu hükme başvurulmayacağı gerekçesi ile benzer yönde bkz. Müller, kn. 324.

Elbirliği ilkesi bir yana bırakıldığında adi ortaklığın özünde bir kişi birliği olması nedeniyle payın devrine imkân tanınan kişi birlikleri olan ticaret ortaklarına ilişkin düzenlemelerden de devir bağlamında faydalanılması düşünülebilir.⁵²⁹ Bununla birlikte ticaret ortaklıklarına ilişkin düzenlemeler ve öğretideki değerlendirmeler bakımından bu ortaklıkların zaman içinde normatif düzlemde yaşadığı değişiklikler de dikkate alınmalıdır. Örneğin, limited ortaklıklar uzunca bir süre kişi ortaklıkları ile sermaye ortaklıkları arasında ve bu karakterlerinin eşit ağırlıkta görüldüğü melez bir yapı olarak görülürken TTK ile birlikte kişisel özellikler de taşıyan bir sermaye ortaklığı olarak anonim ortaklığa daha yakın bir konuma yerleşmiştir.⁵³⁰

Bu bağlamda adi ortaklığa en çok benzeyen ticaret ortaklığı kollektif ortaklıktır. Kollektif ortaklıklarda pay sahipliğinin devri ise kanunda açıkça düzenlenmemektedir ve devredilebilirlik TTK 126 atfıyla adi ortaklıkta payın devredilebilirliği nedeniyle kabul edilmektedir.⁵³¹ Kollektif ortaklık payının devrinde kanuni bir düzenleme bulunmasa da diğer ortakların rızası aranmaktadır. Diğer ortaklar devir işleminin tarafı olmamakta ve sadece devre yönelik rızaları aranmakla birlikte rıza şartının nedeni olarak ortaklardaki değişiklik nedeniyle ortaklık sözleşmesinin tadil edilmesi gerekliliği gösterilir.⁵³² Devir sözleşmesi ile ortakların onayı ise ortaklık sözleşmesinin yazılı şekle tabi olması nedeniyle yazılı olmalıdır. İmzaların noter onayı sadece ticaret sicilinde açıklayıcı tescil için aranmaktadır.⁵³³ Kollektif ortaklıkta payın devredilebilirliğinin gerekçesi olarak adi ortaklık hükümlerine atıf yapıldığı düşünüldüğünde adi ortaklık payının devrini açıklamak için kollektif ortaklık kurallarına başvurmak makul gözükmemektedir. Bununla birlikte işlemin şartları ile ortaklık sözleşmesi arasında kurulan bağlantıdan adi ortaklık bağlamında da faydalanılabilir.

Anonim ortaklıklar ise her şeyden önce sınırlı sorumluluğun mevcut olduğu bir sermaye ortaklığı olması nedeniyle adi ortaklıktaki sınırsız sorumluluğun esas olduğu ve ortakların kişiliğinin önemli olduğu yapı ile uyumlu değildir. Anonim ortaklığın

⁵²⁹ Bu hususta akla ilk olarak adi ortaklığa daha yakın olduğu düşünülebilecek dernekler de gelebilir. Buna karşın dernek üyeliğinin sıkı bir şekilde kişiye bağlı olması nedeniyle üyeliğin devri derneklere yabancı bir kurumdur. Bkz. **Özsunay**, s. 229.

⁵³⁰ **Çamoğlu**, kn. 5; **Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca**, Şirketler Hukuku Cilt III, İstanbul: On İki Levha, 2022, kn. 29-31.

⁵³¹ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 625. Benzer bir ortaklık olan komandit ortaklık bakımından da TTK 328 atfıyla kollektif ortaklık hükümlerinin uygulanması nedeniyle aynı sonuca ulaşılabacaktır.

⁵³² **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 626; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 315.

⁵³³ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 626; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 315.

merkezinde adi ortaklığın aksine pay sahipliği sıfatı değil, sermayenin bölünmüş ve bağımsızlaşmış parçaları olan paylar bulunur.⁵³⁴ Payların senede bağlanabilmesinin yanında, senede bağlanmamış çıplak payın da serbestçe tedavülü tipik bir adi ortaklığa yabancısıdır. Bu itibarla anonim ortaklık hükümlerinden de tümüyle kıyasen faydalanmak uygun olmayacaktır. Bununla birlikte çıplak payın devrinin alacağın devri hükümlerine tabi olması⁵³⁵, adi ortaklıkta pay devri bakımından da yol gösterici olabilir.

Son olarak limited ortaklıklar incelendiğinde, her ne kadar TTK ile sermaye ortaklığı niteliği çok baskın hale gelmiş olsa da limited ortaklıklar bazı kişi ortaklığı niteliklerini halen barındırmaktadır.⁵³⁶ Bu nedenle ticaret ortaklıkları arasında adi ortaklık ile görece daha rahat benzerlik kurulabilir durumdaki ortaklıktır. Bu benzerlikler daha çok çıkma ve çıkarılma, pay devrinin kanunen daha sınırlı olması, rekabet yasağı gibi konularda görülmektedir.⁵³⁷ Limited şirkette kuruluş aşamasında ortaklık sözleşmesinin sicil personelinin huzurunda imzalanması şarttır (TTK 575), pay devrinde ise hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi noterde onaylanma şeklindeki resmi şekle tabidir (TBK 595). Devrin geçerliliği için ortaklar genel kurulunun onayı da şarttır ve devrin ortaklık sözleşmesi ile yasaklanması mümkündür. (TTK 596) Buna karşın devir işlemini etkileyecek bir özellik de sermaye paylarının ispat aracından öte nama yazılı senetlere bağlanabilmesidir (TBK 593). Özellikle noterde onaylama şeklinde resmi şekil şartı başta olmak üzere bu özellikler devre ilişkin düzenlemelerin limited ortaklığın özel yapısı dikkate alınarak kaleme alındığını göstermektedir. Kuruluş ve devir aşamalarındaki özel şekil şartları genel olarak şekil serbestisinin benimsendiği adi ortaklığa yabancısıdır. Bu nedenle limited ortaklık payının devrine ilişkin düzenlemelerin de adi ortaklık payının devri işlemine kıyasen uygulanması uygun görülmemektedir.⁵³⁸ Ancak limited ortaklıkta da noterde yapılan devir sözleşmesinin devreden ile devralan arasında yapılan ve ortaklığın taraf olmadığı bir işlem olması⁵³⁹ da adi ortaklık payının devri bakımından yine yol göstericidir.

⁵³⁴ **İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 97-98.

⁵³⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 767a.

⁵³⁶ Başta sorumluluğun sınırlanması ve tek pay ilkesinin terk edilmesi gibi değişiklikler için bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler III, kn. 30.

⁵³⁷ Diğer bazı benzerlikler için bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler III, kn. 31.

⁵³⁸ **Zobl**, s. 156; **Müller**, kn. 318 vd. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 218-219.

⁵³⁹ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler III, kn. 349; **Çamoğlu**, kn. 50-51; **Halil Arslanlı**, Ticaret Kanunu Şerhi İkinci Kitap - Yedinci Fasıl: Limited Şirketler, Birinci Kısım, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962, s.

D. Alacağın Devri

Ortaklık payının devir ilişkisi bakımından bir hak olarak muamele görmesi gerektiği ancak aksi öngörülmedikçe diğer hakların devrinde alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin BGB § 413 gibi bir hükmün mevzuatımızda bulunmadığı daha önce ifade edilmişti.⁵⁴⁰ Bu nedenle yapılacak boşluk doldurma faaliyetinde alacağın devri hükümlerinden kıyasen faydalanılması akla gelen bir diğer seçenektir. TBK 194 bazı hakların devrine ilişkin kanunda öngörülen özel hükümlerin saklı tutulduğunu öngörmektedir. Nitekim öğretide de diğer hakların devri bakımından ilgili özel hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁴¹ Ne var ki bu tespit devrin şartlarının hiç düzenlenmediği bir hak bakımından geçerli olmamalıdır. Kanun koyucu alacağın devri hükümlerini geleneksel anlamda alacak hakları için öngörmüş ve BGB gibi bir kıyasen uygulama düzenlemesini açıkça öngörmemiştir. Ancak bu durum, kıyasen uygulama hususunda bir yasak koyulması amacını taşımamaktadır. Bu itibarla, ilk olarak alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulamaya uygun olup olmadığı, bu hususta olumlu bir sonuca varılır ise kıyasen uygulamanın ne şekilde olacağı değerlendirilmelidir.⁵⁴² Bu durum alacağın devrine ilişkin hemen yukarıda belirttiğimiz geleneksel anlayışın aksine hukuk düzenimize yabancı da değildir. Bir hak olduğu büyük ölçüde kabul edilen senede bağlanmamış anonim ortaklık payının – çıplak payın – devrinde alacağın devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağı hukukumuzda da ekseriyetle kabul edilmektedir.⁵⁴³ Yine bir alacak hakkı olmayan bazı yenilik doğuran hakların

166-167. Ortaklığın onayının tasarruf işleminin bir parçası olduğu kabulü ile aksi yönde bkz. **Öz**, “Pay Kavramı”, s. 364 vd.

⁵⁴⁰ İsviçre hukukunda da benzer bir hüküm bulunmadığı halde öğretide alacak dışındaki devredilebilir haklar bakımından kural olarak alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003, kn. 84.225, 84.230.

⁵⁴¹ Nitekim diğer hakların kural olarak alacağın devri ile devri mümkün olmadığı halde ortaklık payının devri de dahil olmak üzere bu hükümlerin birçok hakkın devrinde kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Daniel Girsberger/Johannes Lukas Hermann**, “Art. 164-174”, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2020, Art. 164, kn. 5.

⁵⁴² **Bruno von Büren**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich: Schulthess, 1964, s. 320; **Hermann Becker**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945, Vor. 164-174 OR, kn. 18. *Becker* bu tespitinden sonra diğer haklar bakımından ZGB kaynaklı alacak haklarını göstermiş olsa da benzer bir gerekçe ortaklık payı için de geçerlidir.

⁵⁴³ Birçokları yerine bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, s. 767a-b. Yarg. 11. HD, E. 2013/13711 K. 2014/4140 T. 5.3.2014. İsviçre hukukunda aynı yönde bir değerlendirme için bkz. **Zobl**, s. 157.

devrinde de alacağın devri hükümlerine kıyasen başvurulması mümkün görülmektedir.⁵⁴⁴ Adi ortaklık payının bir alacak hakkı olmaması da tek başına kıyas değerlendirmesini engellememelidir.⁵⁴⁵

Alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanabilirliğini destekleyen ilk gerekçe ortaklar arasındaki kişisel ilişki ile bağlantılıdır. Kanun koyucu ortaklar arasındaki bu ilişkiyi olabildiğince korumayı amaçlamaktadır ve bu sebeple ortaklık payı serbestçe devredilemediği gibi senetlere de bağlanamaz. Bu bağlamda pay devrinin şekil serbestisinden ziyade yazılı şekle tabi olması bu koruma amacına daha uygundur.⁵⁴⁶ Devrin şekilden bağımsız olması bu yanıyla kanunun ruhuna aykırıdır.⁵⁴⁷ Alacağın devrinde borçluyu koruma amacı taşıyan devir engellerinde borçlunun onayı ile payın devrinde ortaklığın kişi yapısındaki değişikliklere karşı diğer ortakların menfaatini koruyan ortakların rızası da benzerlik taşır.

Alacağın devrinde öngörülen bildirim külfeti de bir geçerlilik şartı olmasa da diğer ortakların ortaklığa giren kişinin kimliğini ve devir tarihini öğrenmeleri bakımından fayda sağlamaktadır. Ortakların bu bilgilere sahip olması özellikle kazanç payının dağıtımı ve sorumluluk gibi konularda muhataplarının bilinmesi açısından önemlidir.⁵⁴⁸

Devir sözleşmesinin yazılı olması ayrıca devralanın ortak sıfatını ve bundan kaynaklanan haklarını diğer ortaklara karşı ileri sürmesi bakımından da bir ispat aracı olarak hizmet eder. Alacağın devrinin sebepten soyut kabul edilmesi de bu faydayı destekleyici niteliktedir. Zira devir, söz konusu devrin altında yatan borçlandırıcı işlemdeki olası sakatlıklardan bağımsız olarak diğer ortaklara karşı ileri sürülebilecek ve muhatap ortakların bu konuda bir araştırma yapmasına olan ihtiyacı ortadan kaldıracaktır.⁵⁴⁹

Son olarak ortaklık payının bünyesinde bulunan devredilebilir ortaklık haklarının devri bile alacağın devri kapsamında yazılı şekil şartına tabi olarak devredilebilmesi karşısında bu hakların tamamını içeren ortaklık payının şekle bağlı olmadan

⁵⁴⁴ **BSK-Girsberger/Hermann**, Art. 164 OR, kn. 5a; **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 1099.

⁵⁴⁵ Benzer yönde bkz. **Müller**, kn. 326-238.

⁵⁴⁶ **Müller**, s. 330; **Zobl**, s. 157.

⁵⁴⁷ **Zobl**, s. 158.

⁵⁴⁸ **Müller**, s. 330; **Zobl**, s. 158.

⁵⁴⁹ **Müller**, s. 332; **Zobl**, s. 158.

devredilebilmesi de makul değildir.⁵⁵⁰ Alacağın devrinde yazılı şekil şartının aranmasının sebeplerinden birisi de devir için borçlunun rızasının aranmıyor oluşu nedeniyle borçlunun yazılı şekil sayesinde kendinden bağımsız gerçekleşen bu devri güvenilebilir bir şekilde öğrenme imkanının sağlanmasıdır. Bu bağlamda ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızasının aranması nedeniyle şeklin amacına ilişkin bu menfaatin bulunmadığı ileri sürülebilir. Buna karşın ortaklık payının devri ile birlikte diğer ortaklara karşı olan alacaklarının yanında ortaklık malvarlığında bulunan ve üçüncü kişilere karşı ortaklık faaliyetinden doğan alacakların da devredilmesi söz konusudur. Bu bağlamda iç ilişkide devredene borçlu olan diğer ortakların devre yönelik rızası sağlanmış olsa da dış ilişkide devreden ve diğer ortaklara borçlu olan üçüncü kişilerin rızası bulunmayacaktır. Bu bağlamda alacağın devrinde yazılı şekil şartı kapsamında korunması amaçlanan borçlunun devri güvenilir bir şekilde öğrenebilmesine yönelik menfaat ortaklık payının devri bakımından varlığını sürdürmektedir. Bu itibarla yazılı şekil şartı işlem güvenliğine ilişkin anılan amacı itibarıyla da ortaklık payının devri için uygundur.

E. Ara Değerlendirme

Uygulanması gündeme gelebilecek düzenlemelerde ayrı ayrı değinilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde bir hak olarak muamele görecektir ortaklık payının devri bakımından en uygun kurallar alacağın devrine aittir. Bu kuralların hepsi ortaklık payının devri bakımından doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilir durumdadır. Bu bağlamda akla ilk olarak alacağın devrinde kural olarak borçlunun rızası aranmıyorken, ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızasının aranmasıdır. Ne var ki ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere alacağın devrinin borçlunun rızasına bağlı olduğu durumlar söz konusudur ve bu durumlar ortaklık payının devri ile önemli benzerlikler taşımaktadır.⁵⁵¹ Kıyas faaliyetinde ise çıkış noktası ilgili kurumların kanun boşluğunun doldurulmaya çalışıldığı adi ortaklık ile benzerlikleri, paylaştıkları ve farklılaştıkları noktalardır. Bununla bağlantılı olarak devir işleminden etkilenen kişilerin menfaatleri ve bunlar arasında kurulacak denge önem taşır. Son tahlilde kıyas, benzer menfaatler dengesinin mevcut olduğu durumlara benzer kuralların uygulanmasından ibarettir.

Sözleşmenin devri bağlamında adi ortaklığın ve pay sahipliğinin niteliğine ilişkin tespitler bu kuruma başvurulmasının önündeki temel engeldir. Zira ortaklık payının

⁵⁵⁰ Müller, s. 334; Zobl, s. 158; Kendigelen, “Şekil”, s. 24.

⁵⁵¹ Bkz. aş. § 7. C. 1.

tasarruf işlemleri bakımından bir hak gibi muamele görmesi sözleşmenin devri hükümlerini ilke olarak dışlar. Bu hususları detaylı olarak tekrar etmeye gerek olmasa da bir meseleyi hatırlamakta da fayda vardır. Öğretinin bir bölümünü sözleşmenin devri kurallarına meyletmeye iten en temel sebep ortaklığın tüzel kişiler gibi bağımsız bir kişi birliği olmaması nedeniyle ortaklık ilişkisinde kişi birliğine değil temeldeki sözleşmesel ilişkiye atfedilen önemdir. Bu gerekçeye dayanılması özellikle güncel Alman öğretisinde ortaklık ve ortaklık payının nitelendirilmesinde dış adi ortaklığın hak ehliyetinin tanınmasına sıklıkla yapılan atıflar nedeniyle makul gözükebilir. Tüzel kişiliğin bulunması kişi birliğinin bağımsızlığının ulaştığı en üst mertebedir, fakat sadece tüzel kişiliğin veya hak ehliyetinin bulunmaması bu kişi birliğinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşmesel ilişkiden ibaret olduğunu göstermez. Adi ortaklık tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen müşterek iradenin merkeze alınması ile üyelerinden belirli ölçüde bağımsızlaşır. Öyle ki elbirliği ilkesi yerine paylı hak sahipliğinin esas olduğu atipik ortaklıklarda dahi bu bağımsızlık daha zayıf olmakla birlikte mevcuttur. Haliyle payın devrine ilişkin yapılan bu değerlendirmede ortaklığa büyük ölçüde bir borç sözleşmesi gibi yaklaşmak uygun olmaz. Nitekim ortaklığın hak ehliyetinin tanınmadığı İsviçre hukukunda da benzer bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Miras payının devri müessesesi ise elbirliği yönünden taşıdığı benzerlik nedeniyle çekici bir seçenek olarak gözükmektedir. Ancak hâkim öğretinin miras payının devrini bir tür öncelenmiş paylaşma sözleşmesi olarak görmesi karşısında bu benzerlik ikincil planda kalmaktadır. Ortaklık payının devrinin bir hukuki konumun devri olarak kabul edilmesi halinde dahi kıyaslanabilir olan devrin mirasçılar arasında sınırlı olması adi ortaklıkta kurulmak istenen devir yapısı ile örtüşmemektedir. Her şeyden önce miras ortaklığı mirasın paylaşılması ile tasfiyeyi amaçlayan geçici ve kanunun dikte ettiği bir ortaklıktır. Miras payının devrine ilişkin düzenlemeler miras ortaklığının bu kendine özgü nitelikleri ile de paraleldir. Adi ortaklık ise iradi olarak kurulan, ortakların ve ortak amacın bu müşterek irade ile belirlendiği bir ortaklıktır. Bu nedenle bu ortaklıklar kıyasen uygulama bakımından ikna edici bir benzerlik taşımamaktadır. Ancak iç devirde diğer mirasçıların rızasının aranmaması ve bir ölçüde devrin doğurduğu aynı etki bakımından ilerideki değerlendirmelere ışık tutabilir.

Bir kişi birliği teşkil etmeleri açısından adi ortaklık ile en rahat benzerlik kurulabilecek ticaret ortaklıklarında ise kollektif ortaklık dışında kalan anonim ve limited ortaklıklara ilişkin düzenlemeler bu ortaklıkların kendi özellikleri dikkate alınarak

kaleme alınmıştır. Anonim ortaklıkta serbestçe devredilebilirlik ilkesi payın azami tedavül kabiliyetinin bir sonucudur ki bu adi ortaklığa uymayan bir durumdur.⁵⁵² Adi ortaklıkta kişi çevresinin değişmezliği yıkılamaz bir duvar değildir, ancak bu ismiyle müsemma anonim ortaklıktaki kadar da kolay olmamalıdır. Bu noktada sadece çıplak payın alacağın devri hükümlerine kıyasen devredilebilmesi değerlendirmemiz için oldukça kıymetlidir. Limited ortaklıkta devir süreci ise görece sıkı şekil koşullarını içerir. Bu koşullar aslında limited ortaklığın kuruluşunda aranan koşulların bir yansımasıdır. Zira 6762 sayılı TTK 505 kapsamında noterde onaylama şeklindeki resmi şekil kuruluş aşamasında kabul edilmişti ve pay devrinin şekli de buna paraleldir. TTK'nın ilk halinde ise kuruluş şekil bakımından bu resmi şeklin yanında ek bir imkân tanınarak kolaylaştırılmış, devir de o dönemde kuruluş için halen mevcut bulunan resmi şekle paralel olarak düzenlenmiş gözükmemektedir. TTK'nın yürürlükteki haliyle kuruluş ve devir bakımından farklı şekil koşullarının uygulanması ise bilinçli bir tercih gibi gözükmemektedir.⁵⁵³ Her halde bu kurallar bir bütün olarak limited ortaklık göz önünde bulundurularak kaleme alınmış özel hükümler olarak kuruluşu dahi şekle tabi olmayan adi ortaklığın nitelikleri bakımından uyumsuz gözükmemektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra alacağın devri hükümleri ilgili başlıkta belirtilen özellikleri ile birlikte kıyasen uygulamaya en müsait kurallar olarak gözükmemektedir. Alacağın devri her şeyden önce adi ortaklık ve ortaklık payının nitelendirilmesine ilişkin önceki tespitler ile uyum içindedir. Yukarıda da açıklandığı üzere ortaklık payının bir alacak hakkı olmaması bu hükümlerin kıyasen uygulanması bakımından tek başına bir engel değildir. Alacağın devri hükümlerinden faydalanılması bir taraftan miras payının devrindeki kişi sınırını aşar, diğer taraftan da limited ortaklıktaki ölçüsüz olarak ağır gözüken şekil şartına nazaran daha makul bir seçenek sunar.

Alacağın devrine ilişkin açıklamalar incelendiğinde ise ilk olarak şeklin amacı bakımından bir uyum gözükür. Adi ortaklık sözleşmesi kural olarak şekle bağlı olmadığı halde ortaklık payının devrinin şekle tabi kılınması, alacağın devri ile amaç itibarıyla örtüşmektedir. Zira şekle bağlı olmayan bir hukuki ilişkiden doğan alacakların devri dahi yazılı şekle tabidir. Bu şekil şartının amacı ise açıklığın, belirliliğin ve devrin üçüncü

⁵⁵² Tartışmalı olmakla birlikte ortaklık sözleşmesi ile payın serbestçe devrinin öngörüldüğü – hatta kimi zaman halka açık adi ortaklık şeklinde adlandırılan – atipik ortaklık yapıları için doğal olarak aksi iddia edilebilir. Ancak istisnai nitelikteki bu yapılar adi ortaklıklara ilişkin genel değerlendirme bakımından esas alınmamalıdır.

⁵⁵³ Bu farklılıkla ilgili bazı eleştiriler için bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler III, kn. 351.

kişiler tarafından bilinebilirliğinin sağlanması ile işlem güvenliğinin sağlanmasıdır. Birincil amaç devredenin değil, devralan ve üçüncü kişilerin korunmasıdır.⁵⁵⁴ Alacağın devri başlığında belirtildiği üzere ortaklık payının devrinde de devralanın ve diğer ortakların devrin varlığı, geçerliliği, içeriği ve zamanının bilinebilirliği ve ispatı bağlamında korunmaya değer bir menfaati vardır. Diğer ortaklara karşı devrin ileri sürülebilirliğinin korunmasının yanında, devreden ortağın – tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz de olsa – payını devrettikten sonra aynı payı üçüncü kişilere devretmesi veya bu pay üzerinde bir sınırlı ayni hak kurması halinde de ilk devralan meşru ortağın bunu üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi de yazılı şekil sayesinde daha kolay olacaktır. Buna mukabil payın devrine sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmasının olağan sonucu devrin TBK 205 III kapsamında şekilden bağımsız olarak yapılabilmesidir.

Taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devrinde olduğu gibi, daha ağır bir şekil kuralına tabi temel ilişkiden doğan alacaklar adi yazılı şekilde devredilebilmektedir. Bu kuralın kuruluşu daha ağır şekil şartına tabi bir ortaklığın payının devrinde uygulanması uygun olur. Ortaklığa sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin devredildiği hallerde ortaklık sözleşmesinin en azından ilgili bölümü taşınmaz satış vadinin şekline tabidir. Ancak aşağıda izah edileceği üzere⁵⁵⁵ ortaklık payının devri ilgili taşınmaz üzerinde gerçek anlamda bir mülkiyet devri teşkil etmeyeceği için bu devir kural olarak resmi şekle tabi değildir. Bu anlamda sebepleri itibarıyla olmasa da sonuçları alacağın devri hükümlerinin uygulanması pay devrinin sonuçları ile de uyumlu olacaktır.

Son olarak alacağın devrinde borçluya bildirimin korumayı amaçladığı menfaat ile ortaklık payının devrinde diğer ortakların korunması gereken menfaatleri arasındaki benzerlik de açıktır. Alacağın devrinde bir geçerlilik şartı olmadığı halde bildirimin yapılmaması nedeniyle iyiniyetli borçlunun eski borçluya ifa ile borcundan kurtulması söz konusudur. Özellikle devre yönelik rızanın genel ya da özel olarak önceden verildiği⁵⁵⁶ pay devirlerinde, diğer ortakların da korunması gereken benzer bir menfaati vardır. Bu, kazanç payı başta olmak üzere pay sahipliğinden kaynaklı malvarlığı haklarının kullanımı bakımından önem taşır.

⁵⁵⁴ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 165 OR, kn. 1.

⁵⁵⁵ Bkz. aş. § 7. B .3.

⁵⁵⁶ Bkz. aş. § 7. C, E.

Ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızasının aranmasının alacağın devrindeki serbesti ile bağdaşmadığı ve hukuki ilişkinin niteliğinin bu şart için yeterli bir gerekçe teşkil etmediği eleştirisi ise makul gözükmemektedir. Her şeyin başında bu tereddüdün başlıca sebebi BGB’de yakın zamana kadar payın devrinde diğer ortakların rızası şartının dolaylı da olsa dayandırılabilceği TBK 632 gibi bir düzenlemenin bulunmaması olabilir. Bu normatif eksiklik gerçekten de rıza şartının kaynağını sorgulamaya neden olabilir. Mamafih rıza şartının ortaklık ilişkisinin kişiselliğine dayandırmanın tüm adi ortaklık yapıları bakımından – özellikle de devrin serbest kılındığı ortaklık yapıları bakımından – uygulanabilir olmaması ise bir çelişki yaratmaz. Öncelikle bu istisnai bir ortaklık yapısıdır. Hukuki ilişkinin niteliğini ve buna bağlı olarak bir devir yasağının varlığını belirleyen unsur ilgili kanuni düzenlemelerin yanında bu ilişkinin dayandığı işlem olan ortaklık sözleşmesidir. Haliyle tipik bir adi ortaklık bakımından ortaklık ilişkisinin özellikleri diğer ortakların rızasının aranması için bir gerekçe olabilir. Anılan şekliyle bir atipik ortaklıkta ise kanunen ve olağan olarak aranması beklenen bu şart iradi olarak ortaklık sözleşmesi ile kaldırılmış olur. Kaldı ki alacağın devri veya diğer bir tasarruf işleminin geçerliliğinin işlemin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin rızasına tabi olması tasarruf işlemi kavramına da alacağın devri kavramına da yabancı değildir. Örneğin, bu durum sınırlı ehliyetsizlerinin tasarruflarında ehliyet bağlamında ya da tasarruf yetkisinin kısıtlı olduğu hallerde eşlerden birinin tasarruflarında tasarruf yetkisi bağlamında karşımıza çıkabilir. Bu durumda da üçüncü kişinin rızası devir engelini bertaraf etmektedir. İleride detaylı olarak açıklanacağı üzere diğer ortakların rızası şartının verilen örneklere benzer şekilde alacağın devri ile bağdaştırılması mümkün gözükmektedir.⁵⁵⁷ Ortaklık sözleşmesi ile bu şartın zayıflatılması ya da kaldırılmasının ortaklığın tipik karakterine uymadığı muhakkaktır, ancak bu kavramsal bir problem teşkil etmez. Ortakların sözleşme serbestisi kapsamında birçok açıdan farklılaşmış atipik ortaklık yapıları yaratması mümkündür. Tipik olarak ortakların tasarruf yetkisinin sınırlı olduğu ortaklık payının serbestçe devredilebilirliğinin sözleşmede öngörülmesi bu sınırlamayı baştan ortadan kaldırmaktır. Bunun ilkesel olarak reddedilmesini gerektirecek emredici nitelikte normatif bir dayanak bulunmadığı gibi, bu engel ile korunması gereken bir menfaat de mevcut değildir.

Nihayetinde ortaklık payının devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması kavramsal olarak kendi içinde en tutarlı seçenek olarak gözükmektedir.

⁵⁵⁷ Diğer ortaklığın rızasının niteliği ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. aş. § 7. C. 1.

Bunun yanında bu değerlendirme, yargı uygulamamız ile hâkim öğretide detaylı bir açıklamaya dayanmaksızın pay devrine alacağın devri hükümlerinin uygulanması gerektiğini yönündeki kabul⁵⁵⁸ ile uyumlu olacak, ayrıca bu kabullere teorik bir temel de sunmuş olacaktır.



⁵⁵⁸ Birkaç örnek için bkz. Yarg. HGK, E. 2020/696 K. 2022/1385 T. 25.10.2022; HGK, E. 2022/725 K. 2023/868 T. 27.9.2023; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 374 vd.; **Bilge**, s. 452; Şirketler I, kn. 304; **Kendigelen**, “Şekil”, s. 24.

§ 7. Ortaklık Payının Devri İşlemi

Ortaklık payının devrinde alacağın devri kurallarının kıyasen uygulanacağı tespit edildikten sonra bu uygulamanın devir süreci bağlamında nasıl olacağı ortaya konmalıdır. Bu değerlendirmede her şeyin başında alacağın devrine ilişkin ilkeleri kıyasen uygularken ortaklık ilişkisinin bu ilkelerden sapılmasını gerektirir bir özelliği bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Bu itibarla aşağıda sırasıyla devrin hukuki sebebi (A), bir tasarruf işlemi olarak alacağın devri işleminin şartları (B), ortaklık payının devrinde ayrıksı bir şart olarak diğer ortakların rızası (C), devrin diğer ortaklara bildirilmesi (D) ile son olarak pay devrinde özel durumlar (E) incelenecektir.

A. Devrin Hukuki Sebebi

Ortaklık payının devrinin hukuki sebebi devir borcunu doğuran bir sağlararası işlem olabileceği gibi ölüme bağlı tasarruf da olabilir. Örneğin, devir taahhüdü akla ilk geldiği şekliyle karşılıklı borç yükleyen bir satış sözleşmesine ya da tek tarafa borç yükleyen bağışlama sözü verme şeklinde bir sözleşmeye konu olabilir. Bunun yanında miras sözleşmesinde sağlararası edim borcu şeklinde de doğabilir. Bir ölüme bağlı tasarruf olarak vasiyetnamede veya miras sözleşmesinde belirli mal bırakma şeklinde ortağın müstakbel mirasçılarının borcu olarak da ortaya çıkabilir. Bu itibarla sağlararası bir borçlandırıcı işlemin tarafları olağan olarak devreden ortak ile devralan üçüncü kişi veya bir iç devir halinde başka bir ortak olacaktır. Devir taahhüdünün sadece taraflar arasında borçlandırıcı bir etkisi olması nedeniyle işlemin geçerliliği için diğer ortakların rızasının da aranmasına gerek yoktur.

Devir taahhüdünü içeren bu işlem borçlandırıcı bir işlem olduğu için işlemin geçerliliği için devreden tasarruf yetkisi aranmaz. Geçerlilik şartları bakımından hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin genel kurallar uygulanır. Bu bağlamda devir taahhüdünün konusunu ortaklık payının oluşturması bir özellik taşımaz. Bu bağlamda işlemin şekli için bir parantez açmakta fayda vardır. TBK 184 II uyarınca alacağın devri sözü vermenin şekle tabi olmamasından hareketle kural olarak herhangi bir şekil şartı bulunmaz. Buna karşın bu taahhüt özel şekil şartlarına tabi bir işlem ile verildiyse borçlandırıcı işlem doğal olarak bu şekle tabi olacaktır. Devir taahhüdünün bağışlama sözü verme veya miras sözleşmesi kapsamında yapılması buna örnektir. Şekle ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus ortaklık malvarlığında devir taahhüdü şekle bağlı taşınmaz gibi bir değer

bulunması halinde dahi borçlandırıcı işlemin sadece bu sebeple şekle tabi olmayacağıdır. Zira payın devri ile birlikte ilgili malvarlığı değerleri – örneğin taşınmaz – halen aynı malvarlığında (elbirliğine tabi ortaklık malvarlığında) kalmaya devam edeceği için gerçek anlamda bir mülkiyet devri olmayacaktır.⁵⁵⁹ Uygulamada sıklıkla görülebileceği üzere alacağın devrinde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin, yani pay devri taahhüdü ile pay devri tek bir metin içinde bulunması olasıdır. Satış sözleşmesinde olduğu gibi devrin ivazlı olması halinde karşı edim de aynı metin içinde mevcut olacaktır. Bu bağlamda görünürde tek bir işlem var gibi gözükse de maddi anlamda iki ayrı işlem mevcuttur.⁵⁶⁰ Buna karşın istisnai olarak tasarruf işleminin resmi şekle tabi olduğu özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri ile bağlantılı aşağıda açıklanan pay devirleri⁵⁶¹ bakımından borçlandırıcı işlemin de ilgili özel hükümler kapsamında resmi şekle tabi olması söz konusu olabilir.

Çalışmanın kapsamı itibarıyla devrin hukuki sebebine ilişkin yukarıdaki genel açıklamalar haricinde hukuki sebebe ilişkin irade sakatlıkları, devir borcunun ifa edilmemesi ve bunun sonuçları gibi hususlara değinilmeyecektir.

B. Tasarruf İşlemi

Konumuzun ortaklık payının tek bir hukuki işlem ile devri olması itibarıyla ortaklık payının devri de bir tasarruf işlemi olup TBK 183 hükmüne kıyasen yazılı bir devir sözleşmesidir.

1. Devir İşleminin Tarafları

Ortaklık payının devrine sözleşmenin devri değil, alacağın devri hükümlerinin uygulanmasının doğal sonucu devir işleminin taraflarının devreden ortak ve devralan üçüncü kişi veya iç devirlerde başka bir ortak olmasıdır. Bu bağlamda diğer ortakların işlemin tarafı sıfatı ile devre katılması aranmaz. Bunun bir tasarruf işlemi olması nedeniyle devredenin ortaklık payı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir.⁵⁶²

Devir işleminin tarafları bakımından tarafların ehliyeti özellik arz eden bir durum oluşturabilir. Zira ayırt etme gücüne sahip küçüklerin adi ortaklık sözleşmesine taraf

⁵⁵⁹ **Zobl**, s. 162; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 33. Bkz. aş. § 7. B.3.b ve § 10. B.1.

⁵⁶⁰ Benzer yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 117; **BSK-Girsberger/Hermann**, Art. 164 OR, kn. 16.

⁵⁶¹ Bkz. aş. § 7. B. 3.

⁵⁶² Detaylı olarak bkz. aş. § 7. C.1.

olması TMK 16 kapsamında kanuni temsilcilerinin rızasına tabidir.⁵⁶³ Bunun gerekçesi ortaklık sıfatının katılma payı, zarara katılım gibi ortaklık borçlarını beraberinde getirmesinin yanında üçüncü kişilere karşı kişisel sorumluluğa sebep olmasıdır. Nitekim benzer bir gerekçe ile vesayet altındaki kişileri ortaklık sözleşmesine taraf olması da TMK 643 I b.3 kapsamında vesayet ve denetim makamının iznine tabidir. Normal şartlarda sınırlı ehliyetsizlerin kendilerine yapılacak bağışlamayı serbestçe kabul etmesi mümkündür.⁵⁶⁴ Fakat temelinde ivazsız bir borçlandırıcı işlem bulunan devir işleminin kendisi bizzat bir yükümlülük doğurmasa bile işleminin doğurduğu sonuç sınırlı ehliyetsizin perspektifinden kuruluş aşamasında ortaklık sözleşmesine taraf olarak ortak olmak ile büyük ölçüde aynıdır.⁵⁶⁵ Zira devralan sınırlı ehliyetsiz devir ile birlikte doğrudan pay sahipliğine bağlı olan borçlar ile kendiliğinden yükümlü hale gelir. Bu nedenle ortaklık payının devralınmasında da aynı sınırlamanın uygulanması gerekir. Bununla uyumlu olarak diğer ortaklardan birinin payı devralacak ayırt etme gücüne sahip küçüğün anne veya babası olması halinde de TBK 345 gereği devir işleminin geçerliliği bir kayyımın atanmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Vesayet altındaki kişinin vasiinin ortağı olduğu bir ortaklığın payını devralması halinde de bu defa TMK 463 I b.3 gereği vesayet ve denetim makamının onayı gerekir.⁵⁶⁶

2. Devir İşleminin İçeriği

Devrin konusunun ortaklık payı olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte daha önce ifade edildiği üzere ortakların ortak sıfatlarından ayrı olarak devredebilecekleri tasfiye

⁵⁶³ Aynı yönde bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 6. Ortaklık ilişkisinin karmaşık, önemli ve riskli konularda hareket etmeyi gerektirmesi nedeniyle ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde yüksek bir eşik uygulanması gerektiği hususunda ayrıca bkz. **ZK-Siegmart**, Art. 530 OR, kn. 4.

⁵⁶⁴ Her ne kadar ivazsız kazandırmalarda edim konusunu elde etmeye yönelik tasarruf işleminin serbestçe yapılması ayrıca tartışmalı da olsa çalışma kapsamında bu tartışmanın detaylarına girilmemiştir. Bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 440-441.

⁵⁶⁵ Karşılıksız kazandırmalarda işlemin sınırlı ehliyetsize sonradan vergi, bakım masrafı gibi bazı yükümler getirmesinin işlemin niteliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. (Bkz. **Mustafa Dural/Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 20. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, kn. 472.) Buna karşın ortaklık payının devralınması ile iç ve dış ilişkideki mevcut bazı borçlar da devralınmış olacaktır. Buna ek olarak devir anında dış ilişkiden kaynaklanan mevcut bir borç bulunmasa bile devirden sonra doğacak borçlar da sınırlı ehliyetsiz ortağın sorumluluğunu doğuracaktır. Bu borçlardan sorumluluk bağışlama konusunun idamesi için yapılan veya onun aynından kaynaklanan masraflardan öte bir sorumluluktur.

⁵⁶⁶ Ortaklığın kuruluş aşamasında aynı yönde bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 6. Farklı kurallara tabi olmakla birlikte Alman hukukunda genel hatları ile benzer yönde bkz. **Norbert Schulte/Johannes Hushahn**, “§ 10 Eintritt und Ausscheiden eines Gesellschafters zu Lebzeiten”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019, kn. 121-122.

payı ve kâr payı gibi münferit hakları mevcuttur. Bu nedenle devir sözleşmesinde işlemin konusunun bu münferit haklar ile karışıklığa mahal vermeyecek şekilde belirtilmesinde fayda vardır.

3. Devir İşleminin Şekli

a. Genel Kural

Alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanmasının sonucu devir işleminin TBK 184 I uyarınca adi yazılı şekle tabi olmasıdır. Devre uygulanabilecek olası hükümler değerlendirilirken açıklandığı üzere alacağın devri hükümlerinin şekil şartı özelinde kabul edilmesi payın devrinde korunması gereken menfaatlere uygun gözükmemektedir. Devrin konusunun adi ortaklık payı olması şekil bağlamında TBK 184 I kuralından ayrılmayı gerektirir bir özellik göstermemektedir. Bu itibarla alacağın devrinde olduğu gibi ortaklık payının devrinde de sadece devredenin iradesinin yazılı şeklin kapsamında bulunması yeterlidir, devralanın kabul beyanı ise herhangi bir şekle tabi değildir.⁵⁶⁷

İşlemin tüm esaslı unsurlarının yazılı şeklin kapsamında bulunması gerekir. Alacağın devrinde devrin konusunun en azından belirlenebilir olmasından hareketle payın devrinde de devrin konusunun nitelik ve nicelik olarak belirlenebilir olması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁶⁸ Bu, ortaklık payının içeriğinin, yani ortaklığa ve diğer ortaklara karşı sahip olunan hak ve borçların belirlenebilir olması anlamına gelir. Bu bağlamda içeriğin ortaklık sözleşmesinden çıkarılabilir olması yeterli görülmektedir.⁵⁶⁹ Ayrıca ortaklıktaki diğer ortakların da aynı şekilde açıkça veya ortaklık sözleşmesi aracılığı ile belirlenebilir olması aranmaktadır.⁵⁷⁰ Belirlenebilirliğin bu şekilde sağlanması payın tümüyle devri halinde pek bir sorun teşkil etmez. Zira devre konu payın içeriği ortaklık sözleşmesinden rahatlıkla anlaşılabilir durumdadır. Buna karşın kısmi devir halinde payın devredilen bölümünün net bir biçimde ifade edilmesi gerekir. Bu halde bile devre konu payın içerdiği hak ve borçların tek tek yazılmasına gerek olmamalıdır.

⁵⁶⁷ **Zobl**, s. 163-164. Alacağın devri bakımından bkz. **Kadir Berk Kapancı**, Alacağın Devri (TBK m.183-194) - Şerh, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022, TBK m.184, kn. 3. Bu konuda Alman hukukundaki kaynaklar değerlendirilirken dikkatli olunmalıdır. Zira Alman hukukunda da ortaklık payının devrine alacağın devri kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilirken, alacağın devri kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

⁵⁶⁸ **Zobl**, s. 163 ve burada dn. 12.

⁵⁶⁹ **Müller**, kn. 356 ve burada dn. 967.

⁵⁷⁰ **Zobl**, s. 163; **Müller**, s. 365.

b. Ortaklık Malvarlığında Devri Daha Sıkı Şekil Koşullarına Tabi Değerlerin Bulunması Halinde Devir İşleminin Şekli

i. Genel Olarak

Devir işleminin adi yazılı şekle tabi olması, doğal olarak ortaklık malvarlığında devri daha sıkı şekil şartlarına tabi malvarlığı değerlerinin bulunduğu ihtimalleri akla getirir. Bu soru ilk olarak kuruluş aşamasında ortaya çıkmaktadır. Zira ortaklık sözleşmesi kural olarak şekle bağlı bir sözleşme değildir. Bu bağlamda en sık karşılaşılan örnek kuruluş aşamasında katılma payı olarak taşınmaz mülkiyetinin taahhüt edilmesidir. Bu ihtimalde devir sözleşmesinin en azından bu bölümünün TMK 706 kapsamında resmi şekle uygun olması gerekmektedir.⁵⁷¹ Ortaklık payının devri aynı zamanda bu malvarlığı değerinin – taşınmaz mülkiyetinin – devri anlamına geliyor ise devrin şekle tabi olması gerektiği kuşkusuzdur.⁵⁷² O halde soru pay devrinin tek başına bu anlama gelip gelmeyeceğidir.

Hâkim öğreti ortaklık malvarlığında taşınmaz gibi bu nitelikte bir değer bulunması halinde dahi pay devrinin adi yazılı şekle tabi olacağını kabul etmektedir. Zira bu durumda bizatihi ortaklık malvarlığındaki hak sahipliği değil, bu hak sahipliği ilişkisinin bağlı olduğu ortaklık ilişkisindeki pay sahipliği devredilmektedir.⁵⁷³ Benzer şekilde pay devri taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlem de taşınmaz mülkiyetinin devrine değil bu pay sahipliği konumunun devrine yöneliktir. Bu nedenle borçlandırıcı işlem de resmi şekle tabi değildir.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Genel olarak resmi şekle tabi olma bakımından bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 12, kn. 48; **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 63. Sadece taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdü ve bununla doğrudan bağlantılı olabilecek diğer sözleşme hükümlerinin (diğer ortakların kimlikleri ve katılma payları, taşınmazın değeri vd.) resmi şeklin kapsamında olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. **ZK-Siegmart**, Art. 530 OR, kn. 73-74; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 530 OR, kn. 539.

Aynı sonuca varmakla birlikte, katılma payı getiren ortağın taşınmaz üzerinde mülkiyeti kaybedecek şekilde tam anlamı ile devretmediği; bu nedenle mülkiyetin devrinin değil, diğer ortakların kendi mülkiyetine katılmasını sağlamayı taahhüt ettiği, bu nedenle TMK 706 hükmünün lafzına uygun olmasa bile amacı itibarıyla resmi şeklin aranması gerektiği yönünde bkz. **Doğanay**, s. 72-73. Karş. **ZK-Siegmart**, Art. 530 OR, kn. 63-64. Konu ilgili detaylı bilgi ve yargı uygulamasından örnekler için bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 25 vd.

⁵⁷² Benzer yönde bkz. **Kendigelen**, “Şekil”, s. 24, dn. 37.

⁵⁷³ **v. Steiger**, s. 408; **ZK-Siegmart**, Art. 542 OR, kn. 7; **Müller**, kn. 211 vd.; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 374; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 306. Aksi yönde bkz. **Pascal Simonius/Thomas Sutter**, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel & Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1995, kn. 64, 66, § 16.

⁵⁷⁴ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 33. Alman hukukunda bu durumda resmi şekil aranmamakla birlikte devrin kural olarak şekle tabi olmadığı da unutulmamalıdır.

Bu durum elbirliği ile hak sahipliğinin teorik olarak nasıl anlaşıldığı ile doğrudan bağlantılıdır. Yukarıda açıklandığı üzere elbirliği ile hak sahipliği halinde bu malvarlığı değeri üzerindeki hak sahibi ne bireysel olarak elbirliği ortaklarının kendisi, ne de ortaklardan ayrılmış bir tüzel kişidir. Aksine hak sahibi ortaklar dahil oldukları kişi birliği ilişkisi içinde kollektif olarak hak sahibidirler. Bu malvarlığı değerleri de ortakların her birinin kişisel malvarlığından ayrı bir malvarlığının unsurlarıdır. Bu özel malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliği ise mezkûr elbirliği ortaklığının – bu çalışma özelinde adi ortaklığın – ortağı olmanın bir sonucudur. Elbirliği ilkesi nedeniyle ortaklığın mensubu olmak ile hak sahipliği ilişkisi ayrılamaz biçimde bağlantılıdır.⁵⁷⁵ Bu nedenle ortakların malvarlığı değerleri ile olan ilişkisi doğrudan ve bireysel olarak değil, dolaylı ve ortaklık aracılığıyla. Ortaklık payının devri halinde ise devreden ortak ortaklıktaki konumunu devrederken, devralan ortak aynı hak ve borçlar ile bu konuma yerleşmektedir. Bu değişiklik sonucunda ilgili taşınmaz herhangi bir ortağın malvarlığından çıkmamakta veya devralanın malvarlığına girmemektedir, taşınmaz hala ortakların kişisel alanından soyutlanmış bu ayrı malvarlığında bulunmaya devam etmektedir. Değişen tek şey kollektif olarak hak sahibi olan bu birliğin kişi kompozisyonudur.⁵⁷⁶ Aslında bu şekilde bir değişiklik hukuk düzenimize bütünüyle de yabancı değildir. TMK 677 kapsamında terekede taşınmaz bulunsu dahi miras payının devrine ilişkin sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Her ne kadar sadece mirasçılar arasında yapılan devir aynı etkili olsa da devreden hak sahipliği ilişkisinden çıkması ile sadece miras ortaklığının kompozisyonu değişmektedir.⁵⁷⁷ Bu halde de tapu sicilinde sadece açıklayıcı tescil yapılmaktadır.⁵⁷⁸ Bu sonuç bağlamında akla sicil dışı kazanımın ancak kanunun öngördüğü hallerde gerçekleşebileceğine ilişkin TMK 705 II sınırlaması gelebilir. Ne var

⁵⁷⁵ Bkz. yuk. § 3. D. 4. ve § 5. A. 4.

⁵⁷⁶ Ortaklığın kuruluşu sırasında sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin getirilmesinin aksine malvarlığında taşınmaz bulunan bir ortaklığa yeni ortak alımında işlemin taraflarının korunması gereken menfaatleri farklı görülmektedir. Son ihtimalde halihazırda faaliyetleri incelenebilir bir ortaklığa katılınması sebebiyle tarafları aceleci kararlara karşı daha az korunmaya ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle katılma amaçsal olarak TMK 706'nın kapsamına girmemektedir. Aynı gerekçe ortaklık payının devri bakımından da ileri sürülmektedir. Bkz. **ZK-Siegmart**, Art. 542 OR, kn. 7, 12.

⁵⁷⁷ Miras payının üçüncü kişiye devrinde aynı etkinin doğmaması elbirliği ile hak sahipliğine yönelik açıklamalarımız ile de uyumludur. Zira devralan üçüncü kişi ortaklığın mensubu haline gelmediğine göre, bu sıfat ile hak sahipliği ilişkisinin parçası halinde de gelemmez.

⁵⁷⁸ **Genç Arıdemir**, s. 181-183. Terekede taşınmaz bulunan hallerde miras payının devri sözleşmesinin benzer gerekçelerle mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerden olmadığı yönünde bkz. aynı yerde s. 149-150.

ki ortaklık payının devrinde gerçek anlamda bir mülkiyet devri olmadığına göre söz konusu işlem bu sınıra da takılmayacaktır.⁵⁷⁹

Son olarak bu sonucun işlem güvenliği bakımından bir sorun teşkil edebileceği akla gelecek olsa da TMK 1023'ün iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı koruma üçüncü kişilerin menfaati bakımından yeterli olacaktır. Zira ortaklık payının devri sonrasında tapuda açıklayıcı tescil yapılmadan önce devreden ortaklardan biri olarak gözüktüğü tescile güvenerek taşınmaz üzerinde iyiniyetle aynı hak sahibi olan üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır. Adi ortaklığın malvarlığında bulunan elbirliğine konu taşınmaz bakımından tescilin nasıl yapılacağı Tapu Sicili Tüzüğü 28 V'te düzenlenmiştir. Buna göre tescilde ortakların adları yazıldıktan sonra parantez içinde elbirliğini doğuran neden olarak “adi ortaklık” belirtilecektir. Payın devri halinde açıklayıcı tescilden önce devreden ortak malikler arasında gözükecektir. Bu dönemde tescilin gerçek hak sahipliği durumunu doğru olarak göstermemesi nedeniyle bu tescile güvenilerek gerçekleşen kazanımlar TMK 1023 kapsamına girer. Bu bağlamda hak sahipliği ilişkisi bakımından sicil dışında gerçekleşecek bu değişiklik iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından bir işlem güvenliği riski yaratmaz.

ii. Tüm Payların Tek Bir Kişiye Devri Halinde Şekil Sorunu

Yukarıda değerlendirmenin çıkış noktası başka ihtimallerde özel olarak incelenebilir: Tüm ortaklık paylarının tek bir kişiye devri halinde “ortaklık payının devri aynı zamanda bu malvarlığı değerinin – taşınmaz mülkiyetinin – devri anlamına” gelebilir mi? Bu durum ortakların tamamının paylarını tek bir kişiye devretmesi veya iki ortaklı bir ortaklıkta ortaklardan birinin payını diğerine devretmesi halinde ortaya çıkabilir. Bu ihtimallerde ortaklık kuralı olarak herhangi bir işleme gerek olmaksızın ve kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda ortaklığın tasfiye sürecine girmesi de söz konusu olmaz. Öğretide ortaklık malvarlığının herhangi bir tasfiyeye gerek olmaksızın devralanın kişisel malvarlığı kapsamına gireceği kabul edilmektedir.⁵⁸⁰ Buna göre bu halde de devrin

⁵⁷⁹ Nitekim adi ortaklık lehine kurulan intifa hakkı bakımından da payın devrinin benzer gerekçelerle intifa hakkının devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği, bu bağlamda devralanın kendiliğinden intifa hakkı üzerinde hak sahibi olacağı kabul edilir. Bkz. **Burak Özen**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 31-32 ve burada dn. 68-69.

⁵⁸⁰ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 723, kn. 9. Tartışmalı olmakla birlikte, adi ortaklığın tek kişilik ortaklık olarak varlığını sürdürmesinin ortaklığın niteliğine aykırı olduğu ve ancak pay sahipliğinin tekliği için kabul edilen istisnaların (bkz. yuk. § 5. C.) bulunduğu bazı hallerde tek ortaklığın varlığını koruyabileceğine ilişkin olarak bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 61-65.

amacının mülkiyetin devri olmadığı gerekçesi ile resmi şekil aranmayacaktır.⁵⁸¹ Buna karşın işlemin amacı tek başına mülkiyetin devri olmasa bile yukarıda incelediğimiz olağan bir pay devrinden farklı bir durum söz konusudur. Malvarlığı değerleri bir malvarlığından (ortaklığın özel malvarlığından), devralanın kişisel malvarlığına geçmektedir. Bu nedenle bu devrin farklı şekilde değerlendirilmesi gerekir.

Bu devir sadece resmi şeklin amacı bakımından incelenirse⁵⁸² ortaklık payının – ortaklık sona ermeyecek bir biçimde – üçüncü kişiye devredilmesi ile bu ihtimal arasında herhangi bir fark yok gibi gelebilir. Gerçekten de tüm payların devralınması halinde işlemin taraflarının olağan bir devirden farklı olarak korunması gereken farklı ve yeni bir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşın hukuki güvenlik bakımından olağan bir devirde ortaklık mevcudiyetini devam ettirmektedir ancak tüm payların devrinde ortaklık artık varlığını yitirir ve mülkiyet gerçek anlamda el değiştirir. Bu ihtimalde hukuki güvenliğin korunmasına daha çok önem atfedilmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca olağan bir pay devrinin resmi şekle tabi olmamasının gerekçesi özel malvarlığı korunarak gerçek anlamda bir mülkiyet devri olmaması ise sorunun hak sahipliğindeki değişiklik bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında tüm payların tek bir kişiye devrini, ortaklık devam ederken sadece bir taşınmazın mülkiyetinin ortaklık malvarlığından çıkarılarak bir kişiye devredilmesi ile kıyaslayabiliriz. Bu açıdan yaklaşıldığında iki durum arasında ekonomik olarak veya hak sahipliği ilişkisi bakımından herhangi bir fark yoktur. Her iki ihtimalde de – olağan bir pay devrinden farklı olarak – taşınmaz devralanın malvarlığına girmekte ve gerçek anlamda bir hak sahipliği değişikliği olmaktadır.

⁵⁸¹ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 33; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 124; **Sebastian Ruhwinkel**, “§ 311b, 311c”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 9. b., München: C.H.Beck, 2022, § 311b, kn. 15. *Ruhwinkel* ayrıca bu ihtimalde hukuki güvenliğin şeklin koruma amacına üstün tutulması nedeniyle resmi şeklin aranmaması şeklinde şeklin amacı bakımından çelişkili görülebilecek bir gerekçe de ileri sürmektedir.

Bir ortaklığın aktif ve pasiflerinin tümüyle bir ortak tarafından devralınması şeklinde aynı yönde bkz. **Arthur Meier-Hayoz**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum, Art. 655-679 ZGB, 3. b., Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1965, Art. 657 ZGB, kn. 66. Dahası yazar ortaklık malvarlığındaki bir taşınmazın aynı ortaklardan müteşekkil bir başka ortaklık tarafından devralınması halinde de resmi şekil aranmayacağını ifade etmektedir. Bkz. aynı yerde kn. 67.

⁵⁸² Bir işlemin şekle tabi olması genel olarak hem işlem güvenliğini tesis etme, hem de işlemin taraflarını düşüncesizce yapılacak işlemlerden koruma amacını taşır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 271-272.

Bu devrin resmi şekle tabi tutulmasında daha önemli olarak görülebilecek bir gerekçe ise böyle bir pay devrinin tasfiyesiz bir sona erme hali sonucunu doğurmasıdır. Ortaklığın – ya da ortaklık malvarlığının – tasfiyesi TBK 642 vd. kapsamında elbirliği ile yapılır. Tasfiye, tarafların anlaşması ile veya mahkeme tarafından gerçekleştirilir. Her iki halde de kural malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi ve – varsa – artı bakiyenin paylaştırılmasıdır. Buna karşın ortakların bir tasfiye anlaşması yaparak malvarlığı değerlerinin aynen paylaşılması konusunda anlaşmaları da mümkündür. Konumuzu ilgilendiren ihtimal de tam olarak böyle bir anlaşmanın varlığı halidir. Bu gibi bir tasfiye anlaşması özü itibarıyla bir taahhüt işlemidir⁵⁸³ ve sadece diğer ortaklara karşı ileri sürülebilecek alacak hakkı sağlar.⁵⁸⁴ Bu nedenle taşınmaz gibi devir taahhüdü şekle tabi bir değer tasfiye anlaşmasına konu olması halinde anlaşmanın en azından ilgili bölümlerinin ilgili şekle uygun olması gerekmektedir.⁵⁸⁵ Tasfiye anlaşmasının ortaklık paylarının tümünün bir ortak veya üçüncü kişi tarafından devralınması şeklinde yapılabileceği de kabul edilmektedir. Bu ihtimalde de intikal cüz’i halefiyet çerçevesinde gerçekleşir, malvarlığında bir taşınmaz var ise sözleşmenin ilgili bölümünün resmi şekle uygun olarak yapılması ve sonrasında tapu kütüğünde kurucu tescil yapılması gerekir.⁵⁸⁶ Görüldüğü üzere ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi halinde ortaklık malvarlığındaki bir taşınmazın mülkiyetinin ortaklardan birine bırakılmak istenmesi, hatta bunun ortaklık malvarlığının tamamının bir ortağa bırakılması kapsamında olması halinde bunun resmi şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir. Payların – çoğunlukla bir ivaz karşılığında – tek bir ortağa devredilmesinin açıklanan bu durumdan sonuçları itibarıyla bir farkı yoktur. Bu itibarla benzer tasfiye sürecinde aranan şekil koşulunun aynı amaca hizmet eden pay devri bakımından da uygulanması uygun olur.

⁵⁸³ Şener, Adi Ortaklık, s. 523.

⁵⁸⁴ ZK-Handschin/Vonzun, Art. 551 OR, kn. 174; ZK-Sieggart, Art. 548/549/550 OR, kn. 37.

⁵⁸⁵ Şener, Adi Ortaklık, s. 523; Daniel Staehelin, “Art. 545-551”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-9641 OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024, Art. 548/549 OR, kn. 15.

Yargıtay’ın bu konudaki içtihadı ise tam bir istikrar göstermemektedir. Daha eski kararlarında taşınmazları konu alan tasfiye sözleşmelerinin resmi şekle tabi olacağı yönünde bir eğilim gözükmemektedir. Örnek için bkz. 3. HD, E. 2019/5846 K. 2021/472 T. 26.1.2021; 3. HD, E. 2015/6676 K. 2016/1299 T. 9.2.2016. Buna karşın eski kararlarda karşı oyda karşılaşılan ve bu içerikteki tasfiye sözleşmelerinin de resmi şekle tabi olmayacağı görüşü son yıllardaki Yargıtay uygulamasında baskın hale gelmiştir. Örnek olarak bkz. Yarg. 3. HD, E. 2021/3721 K. 2022/3480 T. 12.4.2022; Yarg. 7. HD, E. 2021/2211 K. 2022/7859 T. 20.12.2022; Yarg. 3. HD, E. 2022/2560 K. 2022/9201 T. 6.12.2022; Yarg. 3. HD., E. 2024/937 K. 2024/1951 T. 12.6.2024.

⁵⁸⁶ BSK-Staehelin, Art. 548/549 OR, kn. 16; ZK-Sieggart, Art. 548/549/550 OR, kn. 46.

Bu açıklamalardan sonra soruna geri dönecek olursak, söz konusu pay devrinde – özellikle de bu devir ortaklardan birine yapılıyor ise – ortaklığın anlaşma yolu ile tasfiyesine oldukça benzer bir durumla karşılaşılacaktır. Zira ortakların amacı nihai olarak ortaklığı sona erdirmektir. Bu durumda ortakların normalde cüz'i halefiyet çerçevesinde ve resmi şekle uygun olarak yapmaları gereken bu işlemi yine ortaklığı sona erdirecek böyle bir devir ile şekilden ari olarak yapmalarını haklı kılacak bir menfaatten bahsetmek zor gözükmektedir. Olağan bir devirden ayrı olarak farklı malvarlıkları arasında bir geçiş de söz konusudur. Unutulmamalıdır ki olağan bir devirde resmi şekil kuralına getirilen istisna ortaklık yapısındaki değişikliklere rağmen ortaklığın devamlılığının daha kolay sağlanmasını amaçlar. Buna karşın ortaklığı sona erdirecek bu gibi bir devirde böyle bir amaçtan da bahsedilemez. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, ortaklık malvarlığında devri şekle tabi değerlerin bulunduğu bir ortaklıkta ortaklık paylarının ortaklığı sona erdirecek bir şekilde bir kişiye devri halinde bu devri genel kuraldan ayırmak gerekir. Bunun sonucu ise devrin ilgili münferit değerlerin devrinin tabi olduğu şekle tabi tutulmasıdır.

iii. Ortaklık Malvarlığının Ana Unsurunun Taşınmazlar Olması ve Kanuna Karşı Hile

Pay devrinde resmi şekle ilişkin olarak kabul edilen bu istisnanın uygulanmaması gereken bir ihtimal de ortaklık malvarlığının tek unsurunun ya da önemli derecedeki ana unsurunun taşınmazlar olması ve kanunun taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin kurallarının dolanılmaya çalışılmasıdır. Tarafların ortaklığı kurmadaki ve ortaklık payını devirdeki amacı taşınmaz mülkiyetinin devrini kanunun öngördüğü modalitelerden kurtularak daha kolay bir şekilde yapmak ise bu durumda resmi şekil koşulunun uygulanacağı hususunda tereddüt etmemek gerekir.⁵⁸⁷

Sorun tarafların bu şartları dolanmak gibi bir kastı olmadığı halde ortaklığın temel amacının taşınmaz edinimi, muhafazası veya devrinin olduğu hallerde şekil şartlarının uygulanıp uygulanmayacağıdır.⁵⁸⁸ Bu durum özellikle ortaklığın tek bir taşınmazı

⁵⁸⁷ Benzer yönde bkz. **MüKoBGB-Ruhwinkel** (2022), § 311b, kn. 15; **Staudinger BGB-Habermeier/Deuter**, § 719, kn. 13.

⁵⁸⁸ Özellikle resmi işlem ücretleri ve vergilerden kaçınmak amacıyla bu gibi bir yöntemin sıklıkla tercih edildiği yönünde bkz. **Schmidt**, s. 1717. Benzer bir sorun önalım hakkına konu bir taşınmazın maliki olan şirketin çoğunluk hissesinin devredilmesi halinde de karşımıza çıkmaktadır. Burada da gerçek anlamda bir mülkiyet devri olmadığı halde ekonomik olarak buna eşdeğer bir işlem olması nedeniyle önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. **Nagehan Kırkbeşoğlu**, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 2. b., İstanbul: On İki Levha, 2023, s. 109-111.

devralmak amacıyla kurulması ve üçüncü kişilerle başkaca önemli bir hukuki ilişkiye girmemesi halinde daha da belirgin haldedir. Keza tüm payların tek bir kişiye devrindeki sorun bu gibi bir ortaklıkta tüm payların tek bir kişiye devrinde daha da belirgin hale gelir.

Bu sorun ilk olarak ortaklık payının devrinde resmi şeklin uygulanmamasına ilişkin yukarıdaki genel tespitler ile uyumlu olarak düşünülebilir. Bu ihtimalde de şekli anlamda bir mülkiyet devri olmamasına ve devrin konusunun taşınmaz mülkiyeti değil, ortaklık payı olmasına dayalı olarak – tüm payların tek bir kişiye devri ihtimali bir yana – ortaklık payının devrinin resmi şekle tabi olmayacağı söylenebilir.⁵⁸⁹

Buna karşın devir işlemine iktisadi amacı bağlamında yaklaşılacak olursa, payı devralan kişinin bu işlem ile güttüğü temel amacın söz konusu belirli taşınmaz üzerinde hâkimiyet sağlamak olduğu açıktır. Keza bu durum, tarafların kanuna karşı hile kastına sahip olup olmamasından da bağımsızdır. Bu değerlendirme sonucunda da devir işleminin doğrudan TMK 706 kapsamına girmediği söylenebilir. Buna karşın hükmün kıyasen uygulanması için yeterli bir olgunun varlığı nedeniyle pay devrinin resmi şekle uygun biçimde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Bu iktisadi değerlendirme şeklin amacı bakımından da önem taşır. Zira taşınmaz mülkiyetinin devrinde ağır şekil şartının amacı bir taraftan da işlemin taraflarını bu devrin konusunun niteliği gereği daha ciddi bir şekilde düşünmeye sevk etmektir. Bu durumda iktisadi olarak salt belirli bir taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelmiş pay devrinde de aynı koruma amacının muhafaza edilmesi gerekir.⁵⁹⁰

Dogmatik gerekçeleri bir yana, bu iki farklı yaklaşım arasındaki yapılacak tercih, adi ortaklık ilişkisinin niteliği gereği taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin şekil koşullarından nereye kadar feragat edilmesi gerektiğine ilişkin de bir tercihtir. Olağan bir ortaklık yapısında hem devrin amacının münhasıran belirli bir taşınmaz mülkiyetine yönelik olmaması, hem de gerçek anlamda bir devir gerçekleşmediği gerekçeleri ile resmi sekilden feragat etmek kabul edilebilir. Buna karşın burada değerlendirilen ihtimalde mezkûr gerekçeler tam manasıyla uygulanabilir olmadığı gibi ortaklık ilişkisine ait üstün

⁵⁸⁹ Alman yargı uygulamasının payların tek bir kişiye devri ihtimali de dahil olmak üzere genel olarak bu yönde olduğu görülmektedir. Bkz. **MüKoBGB-Ruhwinkel** (2022), § 311b, kn. 42 ve burada dn. 143'te anılan kararlar. Konu ile doğrudan ilgili bir örnek için bkz. BGH, III ZR 131/81, 27.1.1983 (NJW 1983, 1110)

⁵⁹⁰ Benzer yönde bkz. **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 125; **MüKoBGB-Ruhwinkel** (2022), § 311b, kn. 16, 42; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 35-37.

tutulması gereken bir menfaatten de bahsetmek kolay gözükmemektedir. Zira ortaklığın tek amacı sadece belirli bir taşınmazın edinimi veya devridir.⁵⁹¹

Bu bağlamda şu sonuca varmak isabetli gözükmemektedir: Ortaklığın temel amacı münhasıran belirli bir taşınmaz edinimi, devri veya bu taşınmaz üzerindeki hak sahipliğinin muhafaza edilmesi ise ortaklık payının devri adi yazılı şekle değil, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin resmi şekle tabi olmalıdır.⁵⁹² Buna karşın ortaklığın faaliyet amacı belirli bir taşınmaz üzerindeki mülkiyete ilişkin olmayıp belirsiz bir çerçevede taşınmaz alım-satımı yapmak ise bu durumda genel kuraldan sapmaya gerek görülmemelidir.⁵⁹³ Bu sonuç ile uyumlu olarak devrin resmi şekle tabi olduğu ihtimallerde pay devri taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlem de taşınmaz satış vadeine benzer şekilde resmi şekle tabi olmalıdır. Bu amaç ise ancak somut olayda ortaklığın amacının objektif olarak değerlendirilmesi sonucu tespit edilebilir. Ortaklığın malvarlığında tek bir taşınmaz olması ise tek başına ortaklığın amacının bu olduğunu göstermez, ancak bu değerlendirmede önemli belirleyici bir etken olabilir.⁵⁹⁴

c. Devredenin İfa Edilmemiş Katılma Payı Borcunun Doğumu Şekle Tabi Bir Borç Olması

Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere ortaklık payının devri ile henüz ifa edilmemiş katılma payı borcunun devralana intikali pay devrine eklemlenen bir borcun nakli ile gerçekleşir.⁵⁹⁵ Borcun nakli, diğer bir ifade ile borcun dış üstlenilmesi, borcu doğuran hukuki işlem şekle tabi olsa dahi, şekilden bağımsız bir işlemdir.⁵⁹⁶ Buna karşın taşınmaz mülkiyetini devir borcunun üstlenilmesi ihtimalinde istisnai olarak borcun dış

⁵⁹¹ Özellikle bu amaçla kurulmuş ortaklıklar bakımından ortaklık payının devrindeki serbestinin aynı hakların ve ilgili hukuki işlemlerin kamuya açıklığını tehlikeye attığı gerekçesi ile bu gibi sınırlı amaçlı bir ortaklığa izin verilmesi gerektiği ancak devirler bakımından ilgili şekil koşullarına uyulması gerektiği yönünde bkz. **Schmidt**, s. 1718-1720.

⁵⁹² Payın devrinin halihazırda adi yazılı şekle tabi olması ve bunun ortaklar bakımından gerekli korumayı sağlıyor olması nedeniyle bu ihtimalde de resmi şeklin aranmayacağı bakımından aksi yönde bkz. **Bingöl**, s. 237.

⁵⁹³ Ortaklığın kuruluşu aşamasında ortaklık sözleşmesinin şekli bakımından yapılan benzer bir ayırım için bkz. BGH, XI ZR 239/94, 13.02.1996 (NJW 1996, 1279); **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 10.

⁵⁹⁴ Son husus bakımından aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 36.

⁵⁹⁵ Bkz. aş. § 10. C.

⁵⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, kn. 1860. Öğretide tartışmalı olan bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Didem Özcan**, *Borcun Üstlenilmesi*, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 85 vd.

üstlenilmesinin ilgili resmi şekle tabi olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹⁷ Bu görüşün kabul edilmesi sonucunda devredenin ortaklık payı ile birlikte henüz ifa etmemiş olduğu taşınmaz mülkiyetinin devri şeklindeki katılma payı borcunu da devretmesi durumda devir sözleşmesinin en azından katılma payı borcunun devrine ilişkin kısmının resmi şekilde yapılması gerekecektir. Katılma payı borcu ifa edilmiş ise bu tartışmaya yer yoktur zira borç sona ermiştir ve devralana intikali mümkün değildir.

4. Tasarruf İşlemi Olarak Devrin Sebebe Bağlılığı Sorunu

Ortaklık payının devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanmasının doğurduğu bir diğer sorun ise bir tasarruf işlemi olarak payın devrinin sebebe bağlı mı yoksa sebepten soyut mu olduğudur. Alacağın devrinde olduğu gibi ortaklık payının devrinde de borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi çoğu zaman görünürdeki tek bir belgede yapılabilir. Bu durumda borçlandırıcı işleminin geçerliliğini etkileyecek olan sakatlık çoğu zaman tasarruf işlemine de sirayet edeceği için sebebe bağlılık veya sebepten soyutluğun pratik bir önemi bulunmaz. Buna karşın iki işlemin farklı zamanlarda yapıldığı hallerde sorun güncelliğini korumaktadır. Devir işlemine alacağın devri hükümleri kıyasen uygulanıyor ise ilk olarak öğretilde oldukça tartışmalı olan alacağın devrinde sebebe bağlılık sorununa değinilmeli, buna bağlı olarak alacağın devrine ilişkin ilkenin ortaklık payının devrine uygulanmasının uygun olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Hukukumuzda alacağın devrinin sebebe bağlılığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır, bu nedenle mesele uzun süredir öğretilde tartışılmaktadır. Sebepten soyutluk yönündeki görüş genel hatları ile şu gerekçelere dayanmaktadır: Tasarruf işlemleri kural olarak sebepten soyuttur, aksi bir kabul ya kanuni bir düzenlemeye ya da tarafların anlaşmasına dayalı olarak mümkündür. Soyutluğun kabul edilmesindeki temel amaç alacak haklarının devri bakımından işlem güvenliğinin sağlanmasıdır. Alacağın devrinde sonraki devirlerde üçüncü kişilerin iyiniyetini koruyan TMK 988 veya 1023 gibi bir düzenlemenin bulunmaması⁵⁹⁸ da bu amacı daha önemli hale getirmektedir. Son olarak soyutluk borçluyu da korumayı amaçlar, zira bu ilkenin kabulü ile devralana borcunu ifa edecek olan borçlu sadece tasarruf işleminin geçerliliğini denetleyecek, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine ilişkin bir denetim külfeti kendisinden

⁵⁹⁷ Oğuzman/Öz, kn. 1860, Özcan, s. 87.

⁵⁹⁸ Bu hususta hemen akla gelen TBK 186 sadece borçlunun iyiniyetli ifasına ilişkin olup üçüncü kişilerin kazanımı bakımından benzer bir koruma sağlamamaktadır.

beklenmeyecektir. Diğer taraftan alacağı devrinin sebebe bağlı olduğu yönündeki görüşün gerekçeleri ise şu şekildedir: Tasarruf işlemleri ile temelindeki borçlandırıcı işlemler arasında organik bir bağ bulunmaktadır ve bu işlemler arasında yapay bir ayırım yapılmamalıdır. Bu bağlamda sadece alacağın devri için değil tüm tasarruf işlemleri için⁵⁹⁹ kural olarak sebebe bağlılığın kabul edilmesi gereklidir. Ayrıca bu kabul taraf iradelerine de uygundur, zira kimse geçersiz bir borçlandırıcı işlemin ifası için tasarruf işlemi yapmayacaktır. O halde alacağı devreden, borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu inancı ile bu işlemi yapmaktadır.⁶⁰⁰ Yargıtay'ın eğilimi ise halen alacağın devrinin genel olarak sebepten soyut olduğu yönündedir.⁶⁰¹

Bu gerekçeler bağlamında sebebe bağlılık özünde devredeni korumayı amaçlarken⁶⁰², sebepten soyutluk devralan ve üçüncü kişileri, dolayısı ile işlem güvenliğini korumayı amaçlar. Sebebe bağlılığın kabul edildiği hallerde bu iki menfaat arasındaki denge çoğunlukla üçüncü kişinin iyiniyetini koruyan hükümler aracılığı ile sağlanır. Nitekim bu nedenle uygulama alanı bulunan hallerde TMK 988 ve 1023 ile sebepten soyutluğun fonksiyonel olarak örtüştüğü, haliyle soyutluğun işlem güvenliğine yönelik gerekçelerinin büyük ölçüde değer kaydettiği kabul edilir.⁶⁰³ Buna karşın alacağın temlik bakımından benzer bir düzenlemenin bulunmaması bizi tartışmanın başına geri getirmektedir. Zira iyiniyetin tasarruf yetkisini giderici şekilde korunması istisnai niteliktedir ve sadece kanunun açıkça bu sonucu öngördüğü hallerde söz konusu olabilir. Bu nedenle TMK 988 veya 1023'ün alacağın veya ortaklık payının devrine kıyasen uygulanması da mümkün değildir.⁶⁰⁴ O halde sorun, hala devreden ortak ve alacaklılarının mı; yoksa devralan, diğer ortaklar ve üçüncü kişilerin mi korunması gerektiğidir.

⁵⁹⁹ Türk öğretisinde bu görüşte bkz. **Gülşah Vardar Hamamcıoğlu**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 300 vd.

⁶⁰⁰ Bu gerekçeler bakımından birçokları yerine bkz. **Kapancı**, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, kn. 14, ve burada anılan yazarlar. Taşınır mülkiyetinin devri bağlamında benzer tartışma için bkz. **Turgut Öz**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul: Kazancı, 1990, s. 181 vd.

⁶⁰¹ **Kapancı**, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, kn. 16.

⁶⁰² Zira soyutluğun kabulü halinde devredenin iade talebi ancak sebepsiz zenginleşmeye dayalı olacaktır. Sebebe bağlılığın kabulü halinde ise alacak devreden malvarlığına hiç girmeyecek ve özellikle devralanın iflası halinde devreden alacağı iflas masasından ayırabilecektir.

⁶⁰³ **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 166.

⁶⁰⁴ Benzer yönde bkz. **Zobl**, s. 149-150.

Taşınmaz ve taşınır devirleri bakımından üçüncü kişinin iyiniyetini koruyan hükümler menfaatler arasında sağladığı denge itibarıyla sebebe bağlılığı kabul etmek için ikna edicidir. Alacağın devrinde sonraki devralan üçüncü kişiler bakımından bu gibi bir düzenleme bulunmasa da TBK 186 en azından önceki alacaklıya iyiniyetle ifada bulunan borçluyu sınırlı olarak korumaktadır. Devralan ile diğer ortaklar veya ortaklığa karşı borçlu olan üçüncü kişiler arasındaki ilişkide TBK 186'nın sağladığı korumanın da kıyasen uygulanabileceği borçlardan bahsedilebilir. Örneğin, ortaklık payının devrine önceden genel olarak rıza gösterilmiş ve ortaklardan biri payını devretmiş olup da diğer ortaklara bildirim yapmamış ise, devir kendilerine bildirilmemiş olan ortakların kâr payı alacağını devredene iyiniyetle ödemesi hali bunlardan biridir.

Bu bağlamda ancak TBK 187'nin sağladığı tevdi imkânı akla gelebilir. Ancak ortaklık ilişkisi dar anlamda bir borç ilişkisine kıyasla çok daha karmaşık birçok ilişkiden oluşur ve TBK 187 bu ilişkilerin hepsine uygulanabilir durumda değildir. Zira devir ile birlikte sadece bir borçlunun muhatabı değil, bir kişi birliğinin üyesi değişmiştir. Soruna ortaklık ilişkisine özgü bir örnek üzerinden yaklaşılsın ise bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkar. Geçerli olmayan bir borçlandırıcı işleme dayalı olarak (A)'nın payını devralmış olan (Ü) ortaklık ilişkilerine, örneğin ortaklık kararlarının oluşumuna dahil olacaktır. Ortaklık payının devri sebebe bağlı olarak kabul edilirse (Ü)'nün oluşumuna katıldığı bu kararların akıbeti tartışma konusu olur. (Ü)'nün toplantı ve/veya karar nisabının sağlanmasına doğrudan etki ettiği kararlarda bu sorun daha da çarpıcı bir hal alır. Bu, ortaklığın iç ilişkilerine yönelik olabileceği gibi üçüncü kişiler ile yapılacak bir işleme yönelik de olabilir. Bu durumda sadece ortaklık kararı değil, bu karara dayalı olarak yapılacak işlemlerin de akıbeti hakkında da tereddüt doğar. Örneğimizi bir adım öteye götürecek olursak devralan (Ü)'nün ortaklığı tek başına yönetmeye yetkili olması da söz konusu olabilir. Bu ihtimalde de (Ü)'nün alacağı yönetim kararlarının akıbeti de yine sorgulanacaktır. Bu durumun faaliyet alanı kısıtlı küçük bir ortaklık bakımından önemsiz olabileceği düşünülebilir. Buna karşın birçok defa değinildiği üzere adi ortaklığın çok geniş ve kapsamlı bir faaliyet içinde çok sayıda kişi ile işlem yapması söz konusu olabilir. Bu gibi bir ortaklıkta verilen örneklerdeki gibi bir tereddüt ortaklık faaliyetinin durma noktasına gelmesine sebep olabilir.⁶⁰⁵ İşte bu ihtimallerde TBK 186-187'nin öngördüğü iyiniyetle ifa veya tevdi gibi imkânlar yeterli bir çözüm

⁶⁰⁵ Payın devrinde sebebe bağlılığın kabulünün işlemleri fazlasıyla sekteye uğratacağı şeklinde benzer yönde bkz. **Bingöl**, s. 239.

sunmamaktadır. Bu durumda söz konusu risklerin önlenbilmesi ancak diğer ortakların, hatta ortaklıkla ilişki içindeki üçüncü kişilerin devrin sebebi borçlandırıcı işlemin geçerliliğini araştırması ile mümkündür. Nitekim TBK 186-187 düzenlemeleri kapsamında borçlunun zaten bir araştırma külfeti olduğu gerekçesi ile sebebe bağlılığın borçlunun durumunu ağırlaştırmayacağı da ileri sürülmektedir.⁶⁰⁶ Ancak her şeyden önce yukarıda açıklandığı üzere bu hükümler ortaklık payının devrinde yeterli bir koruma sağlamaz. Ayrıca diğer ortaklara böyle bir külfet yüklemek makul gözükmediği gibi özellikle devrin kapsamlı bir borçlandırıcı işleme dayandığı hallerde çoğu zaman mümkün de olmayabilir.

Bu örneklerde görüldüğü üzere ortaklık ilişkisinin doğası alelade bir mülkiyet veya alacak devrinden daha ciddi işlem güvenliği riskleri barındırmaktadır. Bu risklerin üçüncü kişiler bağlamında olanları bakımından TMK 988 veya 1023 gibi bir koruma mevcut değildir. Diğer ortaklar ve ortaklık ilişkisi bakımından ise TBK 186-187 yetersiz kalmaktadır. Bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda temel sorumuza geri dönülecek olur ise varılacak sonuç şudur: Alacağın devrinin sebepten soyut bir işlem olarak kabul edilmesi gerekir ve bu hükümlerin kıyasen uygulandığı ortaklık payının devri işleminin de benzer – ve hatta daha yoğun – riskler taşıması nedeniyle aynı şekilde sebepten soyut bir işlem olduğu sonucuna varılmalıdır.⁶⁰⁷

C. Ortaklık Payının Devrinde Özel Bir Şart Olarak Ortakların Rızası

Ortaklık payının geçerli olarak devredilebilmesinin bir şartı da diğer ortakların devre rıza göstermeleridir. Bu şart özünde ortaklık ilişkisinde ortakların kişisel özelliklerinin ağır basmasından kaynaklanır.⁶⁰⁸ Bu anlamda rıza şartı ortakların bu gibi bir ortaklık ilişkisine bir üçüncü kişinin serbestçe katılamamasına yönelik farazi iradelerinin yansımasıdır.⁶⁰⁹ Daha önce değinildiği üzere tartışmalı olmakla birlikte hukukumuzda ortaklık payının devrine yönelik olabilecek ve bu şartın normatif kaynağı olarak gösterilebilecek tek kanuni düzenleme ise TBK 632'dir.⁶¹⁰ Hatırlanacağı üzere

⁶⁰⁶ Vardar Hamamcıoğlu, s. 301.

⁶⁰⁷ Kıyasen uygulama sonucunda aynı yönde bkz. Zobl, s. 152; Müller, kn. 367; ZK-Handschoin/Vonzun, Art. 542 OR, kn. 30.

⁶⁰⁸ MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 27. Bu durumun bizatihi ortaklığın niteliğinden kaynaklı olmadığı, daha ziyade diğer ortakların menfaati ile ilgili olduğu yönünde bkz. Huber, s. 338.

⁶⁰⁹ Huber, s. 338.

⁶¹⁰ Bkz. yuk. dn. 503. Alman öğretisinde ise bu şartın kaynağı olarak önceleri ortaklık malvarlığındaki pay üzerinde tasarrufu yasaklayan aBGB § 719 gösterilmekteydi, ancak günümüzde bu görüş terk edilmiş olup rıza şartının ortaklığın yoğun kişisel özelliğinden kaynakladığı kabul edilmektedir.

hükümün lafzından yola çıkılarak ancak ortaklık payının devredilebilirliğinin normatif olarak kabul edildiği ve bunun için diğer ortakların rızasının arandığı söylenebilir.⁶¹¹ Bununla birlikte rızanın niteliği (1), verilme usulü (2), bulunmamasının sonuçları (3) düzenlenmemiştir. Bu hususlar sırası ile aşağıda değerlendirilecektir.

1. Rızanın Niteliği

Ortaklık payının devrinin bir sözleşmenin devri işlemi olduğu kabul edilseydi diğer ortakların rızasının bu sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade beyanı (kabul) olduğu ve işlemin kurucu unsuru olduğu sonucuna varılırdı.⁶¹² Buna karşın bu çalışmada kabul edilen görüş uyarınca devre alacağın devri hükümlerinin uygulanması nedeniyle diğer ortaklar devir sözleşmesinin tarafı değildirler. Bu bağlamda diğer ortakların rızası tasarruf işlemi bakımından bir tamamlayıcı unsur/olgu olarak değerlendirilmelidir. Tamamlayıcı unsur ise işlemin sonuç doğurması için gerekli farklı nitelikteki olguları kapsayan daha geniş bir üst kavramdır. Örneğin, sınırlı ehliyetsizin borçlandırıcı işlem yaparken yasal temsilcisinin rızasının aranması fiil ehliyetine ilişkin bir tamamlayıcı unsurken, hâkim görüşe göre taşınmaz mülkiyetinin devrinde tescil resmi fiil şeklinde ortaya çıkan bir tamamlayıcı unsurdur.⁶¹³ Haliyle tamamlayıcı unsur olan rızanın niteliği veya işlemdeki hangi eksikliği giderdiği halen soru işareti doğurmaktadır ve akla farklı ihtimaller getirmektedir.⁶¹⁴

Pay devrinin bir tasarruf işlemi olmasından hareketle rıza şartı işlemin geçerliliği bakımından devreden ortağın tasarruf yetkisi ile ilişkilendirilebilir. Devreden pay üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması için öncelikle ortak sıfatına sahip olması şarttır.⁶¹⁵ Ancak ortaklık payının devri bakımından bu tek başına yeterli değildir. Bu bağlamda diğer ortakların rızası devreden ortağın pay üzerindeki tasarruf yetkisi

Bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 27. MoPeG ile birlikte ise BGB § 711’de bu şart açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca sadece yeni ortak alımını düzenlemekle birlikte OR 542 I’in (TBK 632 I) payın devrinde rıza şartının kaynağı olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. **v. Steiger**, s. 408; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 12, kn. 136.

⁶¹¹ Bkz. yuk. § 6.

⁶¹² Aynı yönde bkz. **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 14.

⁶¹³ Tamamlayıcı unsur/olgu kavramı ile ilgili olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, kn. 9-11, § 10; **Şebnem Akipek**, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, *AÜHFD*, C. 44, S. 1 (1995), s. 269-291.

⁶¹⁴ Bu noktada bir hususu daha hatırlamak gerekir. Diğer ortakların rızası sadece tasarruf işlemine ilişkin bir şart olup borçlandırıcı işlem bakımından aranmaz. Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 27.

⁶¹⁵ Aynı yönde bkz. **Zobl**, s. 164.

eksikliğini giderir.⁶¹⁶ Bu yorum tarzı pay devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması nedeniyle alacak hakları bakımından devir yasaklarını akla getirir. Alacaklar kural olarak devredilebilir olduğu halde kanundan, hukuki ilişkinin niteliğinden veya tarafların anlaşmasından kaynaklı devir engelleri söz konusu olabilir.⁶¹⁷ Kanuni bir devir engeli mutlak bir engel olabileceği gibi devri belirli ölçüde sınırlayan şekilde de ortaya çıkabilir. Bunlardan biri de devrin üçüncü kişinin rızasına tabi olmasıdır.⁶¹⁸ Özellikle TMK 879 ve TBK 322 II örneklerinde görüldüğü üzere devrin üçüncü kişinin rızasına tabi tutulması çoğunlukla bu üçüncü kişinin korunması amacıyla. Bunun yanında devir yasağına ilişkin açık bir sözleşme ya da kanun hükmü bulunmasa dahi hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan devir engelleri de kabul edilmektedir. Bu hallerde yoğun kişisel ilişkiden ve alacaklının kişiliğine olan bağlantıdan kaynaklı olarak alacağın devrinin kural olarak mümkün olmadığı kabul edilir. Öyle ki alacağın devri alacağın özünü etkiler ve/veya amacını boşa çıkartır. Alacaklının kişiliğinin önem taşıdığı bu hallerde borçlunun konumu da devirden olumsuz etkilenir.⁶¹⁹ Örneğin, derneğin üyeleri ile olan üyelik ilişkisinden doğan hakların⁶²⁰ veya vekalet verenin iş görme ediminin ifasına yönelik alacağının⁶²¹ niteliği gereği devri mümkün değildir. Tartışmalı olmakla birlikte kaynağından bağımsız olarak devir engellerinin alacaklı yönünden genel olarak kabul edilen etkisi ise alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanmasıdır.⁶²² Devrin üçüncü kişinin onayına tabi olduğu devir engelleri bakımından da bu sınırlama üçüncü kişinin

⁶¹⁶ Müller, kn. 343; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 542 OR, kn. 36; BK-Fellmann/Müller, Art. 542 OR, kn. 116.

⁶¹⁷ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164 OR, kn. 27.

⁶¹⁸ Kapancı, TBK m. 183, kn. 18; Gümüş, Genel Hükümler, s. 1097-1098. Gümüş buna örnek olarak TMK 25 IV kapsamında manevi tazminat alacağının devredilebilirliği için borçlu tarafından kabul edilmiş olması ile TMK 879 kapsamında taşınmaz rehninde sigorta tazminatının rehinli alacaklıların rızası olmaksızın devredilememesini göstermektedir. Yine TBK 322 II kapsamında konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının hakkını kiraya verenin rızası olmaksızın üçüncü kişiye devretmesi mümkün değildir. Bu nispi yasak münferit bir devre yönelik rıza ile kaldırılabileceği gibi baştan sözleşme ile genel olarak da bertaraf edilebilir. Bu ve benzeri diğer örnekler için bkz. Kapancı, TBK m. 183, kn. 12.

⁶¹⁹ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164 OR, kn. 33.

⁶²⁰ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 13. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, kn. 1723.

⁶²¹ Kapancı, TBK m.183, kn. 37 ve burada dn. 724'te anılan yazarlar.

⁶²² Kapancı, TBK m.183, kn. 39. Daha tartışmalı görülebilecek sözleşmesel devir engelleri özelinde aynı yönde bkz. Burcu Erbayraktar, Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi, İstanbul: On İki Levha, 2021, kn. 588 vd. Kanundan ve işin niteliğinden kaynaklanan engeller bakımından bu yöndeki hâkim görüş için ve sözleşmesel devir engelleri bakımından aksi yönde bkz. Gümüş, Genel Hükümler, s. 1097-1103.

rızası ile ortadan kalkabilir.⁶²³ Bu devir engellerinin üçüncü kişinin rızası ile kalkıp kalkamayacağı bakımından ayırım engelin kaynağına göre yapılmamalıdır. Örneğin kanundan kaynaklı bir devir engelinde bu mümkünken (TBK 322 II), yine kanundan kaynaklı başka bir devir engelinde (SSGSSK 93) aksi söz konusu olabilir.⁶²⁴ Bu nedenle devir engelinin amacı bakımından bir değerlendirme yapılması gerekir. Ancak bu değerlendirme sonucunda söz konusu devir engeli mutlak veya nispi bir engel olarak nitelendirilebilir.

Ortaklık payının devri bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirilecek olur ise iki hususu en başta hatırlamak gerekir. Bunlardan ilki ortaklık payının mutlak olarak devredilemez nitelikte olmadığıdır. Diğer ise devrin diğer ortakların rızasına tabi tutulmasının ortaklık ilişkisinin yoğun kişisel niteliğinden kaynaklandığıdır. Zira tipik bir adi ortaklık belirli kişiler arasındaki sözleşmeden doğan bir kişi birliğidir.⁶²⁵ Bu itibarla söz konusu engelin sebebi ortaklık payının bizzat kendi niteliği değil, diğer ortakların devrin engellenmesinden kaynaklı menfaatleridir.⁶²⁶ Ortaklığın kişi yapısı ve ortaklık ilişkisinin kiminle devam edeceği tipik bir adi ortaklıkta ortakların korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu en önemli hususlardan biridir. Nitekim devirden bağımsız olarak TBK 632 I'de yeni ortak alımının tüm ortakların rızasına bağlı olması da bunun bir sonucudur. Bu açıdan bakıldığında rıza şartı kişisel özelliklerin ağır basması ve diğer ortakların menfaatlerini koruma amacı itibarıyla alacağın devrindeki devir engelleri ile önemli benzerlikler taşır. Bu benzerlik hem hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklı devir engelleri ile hem de borçlunun veya üçüncü kişinin menfaati nedeniyle devrin bu kişilerin rızasına bağlandığı kanuni devir engellerinde göze çarpar.

Bu bağlamda ortaklık payının devrinde rıza şartını özü itibarıyla hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan ve TBK 632 II ile kanunen de tanınmış bir devir engeli olarak nitelendirmek uygun olur.⁶²⁷ Bu nitelendirmenin sonucu ise mezkûr engelin ortakların

⁶²³ Benzer yönde bkz. **Kapanıcı**, TBK m.183, kn. 39. Bunun tarafların anlaşmasından kaynaklı devir engelleri bakımından uygulanabilir olduğu yönünde bkz. **Nomer**, Borçlar Hukuku, kn. 242. *Nomer* eserinin daha önceki basılarında hem tarafların anlaşması hem de hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan engeller bakımından bu yönde görüş bildirmiştir.

⁶²⁴ Aynı yönde bkz. **Gümüş**, Genel Hükümler, s. 1097-1098.

⁶²⁵ **v. Steiger**, s. 408.

⁶²⁶ **Huber**, s. 338. Diğer ortakların rızasının devredilebilirliği bakımından ortaklık payının niteliği ile ilgili olmadığı yönünde bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 352.

⁶²⁷ Hangi fıkra kapsamında olduğu belirtilmeksizin bunun OR 542 kapsamında bir kanuni devir engeli olduğu bakımından aynı yönde bkz. **BK-Becker**, Art. 164 OR, kn. 26.

payları üzerindeki tasarruf yetkilerinin diğer ortaklar lehine sınırlandırılmış olduğudur. Bu, ortaklık payının hukuki işlemlere konu olabilecek ve devredilebilir bir hak olarak telakki edilmesi ve alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması ile de uyumludur. Ayrıca bu durum hukukumuzda tasarruf yetkisinin üçüncü bir kişi lehine sınırlandığı ve sınırlamanın bu kişinin rızası ile bertaraf edildiği durumlar⁶²⁸ ile de benzerlik gösterir.

2. Devre Rıza Verilme Usulü

Kanun diğer ortakların rızasının aranacağını düzenledikten sonra bu rızanın nasıl verileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle rızanın verilme usulü hakkında soru işaretleri doğmaktadır. Bunun ötesinde hâkim öğretiyeye göre ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızasının aranmasına ilişkin kural emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.⁶²⁹ Emrediciliğe ilişkin bu değerlendirmeyi rızanın sonradan alınmasına veya somut bir devre yönelik olmasına ilişkin emrediciliğin bulunmadığı şeklinde anlamak uygun olur. Zira ortaklık sözleşmesinde soyut ve genel nitelikte bir rıza verilmiş olsa dahi bu ihtimalde halen bir rızanın varlığı söz konusu olacaktır. Bu nedenle öncelikle adi ortaklıkta sözleşme serbestisinin sınırları içinde ortaklık sözleşmesinde pay devri ve onay usulünün düzenlenip düzenlenmediğine bakılmalıdır. Bu bağlamda ortaklık sözleşmesinde yapılabilecek olası düzenlemeler ve herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde devre ilişkin rızanın verilme usulü aşağıda değerlendirilmektedir.

a. Rızanın Verilme Zamanı

Diğer ortakların rızası tasarruf yetkisini sınırlayan bir devir engeli ise rızanın sadece somut devir işleminden önce verilmesinin mümkün olup olmadığı, buna bağlı olarak devre sonradan icazetin mümkün olup olmadığı sorgulanabilir.

Öğretide rıza şartına ilişkin olarak sınırlı diğer bazı tespitler de göze çarpmaktadır. Örneğin, bu şartın kaynağı olarak devrin ortaklık sözleşmesinin tadilini gerektirmesi gösterilmiştir ve rıza şartının işlemin geçerliliği değil devrin ortaklığa ileri sürülebilmesi için gerekli olduğu ileri sürülmüştür. (bkz. **Kendigelen**, “Şekil”, s. 16, 22 dn. 32.) Ayrıca rıza şartının bir geciktirici koşul olduğu da ifade edilmektedir. (bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 304.; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 381-382, 384. Rıza şartı TBK 632’den kaynaklı olduğu için geciktirici koşul ifadesini bir kanuni koşul olarak anlamak uygun olur. Tamamlayıcı unsur kavramında verilen örneklerde olduğu gibi sınırlı ehliyetliler bakımından yasal temsilcinin rızası da aslında bir kanuni koşuldur. Bkz. **Akipek**, s. 282. Benzer şekilde limited ortaklık payının devrinde ortaklığın devre onay vermesi de kimi yazarlarca geciktirici kanuni koşul olan bir tamamlayıcı unsur olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Demirkapı**, s. 308-313.

⁶²⁸ Bazı örnekler için bkz. **Vardar Hamamcioğlu**, s. 358 vd.

⁶²⁹ **Müller**, kn. 175; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 12, kn. 64; **Bilge**, s. 452; **Karayalçın**, s. 151. Aksi yönde bkz. **Kendigelen**, “Şekil”, s. 22, dn. 32 ve kolektif ortaklıklar özelinde s. 25-26, 40. Bununla birlikte *Kendigelen*’in yazarlarından olduğu güncel bir eserde anılan son eserdekine aksine bu kuralın emredici olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 305.

Bu bağlamda üçüncü kişinin tasarruf yetkisi eksikliğini giderici nitelikteki onayının kural olarak tasarruf işleminden sonra verilmesinin de mümkün olduğu kabul edilir. Evlilik birliğinin korunması amacıyla tasarruf yetkisinin sınırlanması halinde (TMK 199) veya hâkim öğretinin bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak gördüğü aile konutuna yönelik işlemlerde (TMK 194) diğer eşin rızasının icazet şeklinde işleminden sonra verilebilmesi buna örnektir.⁶³⁰ Her ne kadar tasarruf yetkisi eksikliğine ilişkin olmasa da TBK 584 I'deki gibi üçüncü kişinin rızasının en geç işlem anına kadar verilmesi gerektiği şeklinde payın devrinde kıyasen uygulanması düşünülebilecek benzer bir hüküm de mevcut değildir. Aksine daha önce de belirli ölçüde karşılaştırmaya konu edilmiş olan limited ortaklık payının devri bakımından TTK 595 kapsamında genel kurulun devirden sonra onay vermesi düzenlenmiştir. Ortaklık payının devrinin niteliği gereği devre icazetin mümkün olmadığı sonucuna varılmasını gerektirir bir durum da görülmemektedir.

Bu bağlamda ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızası devir işleminden önce verilebileceği (izin) gibi işleminden sonra da (icazet) verilebilir.⁶³¹

b. Rızanın Kapsamı

Bir diğer sorun ise diğer ortakların rızasının somut bir devir işlemine özel olarak verilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Diğer bir ifade soru şudur: Ortaklar belirli şartlarla sınırlanmış ancak halen soyut nitelikte bir rızayı önceden verebilir mi, yahut daha da ileri giderek ortaklık sözleşmesinde payın devredilebilirliği sınırsız olarak kabul edebilir mi? Bu noktada genel rızanın belirli şartlarla sınırlanması ile kasıt sadece belirli nitelikleri taşıyan bir üçüncü kişiye yapılan devirlere önceden izin verildiği hallerdir.

Bu bağlamda ortaklık sözleşmesinde payın serbestçe devrine belirli sınırlar içinde genel bir izin verilebilir.⁶³² Örneğin, ortaklık sözleşmesinde sadece ismen belirlenmiş belirli kişilere yapılacak devirlere önceden izin verilmiş olabilir.⁶³³ Ayrıca devralanın belirli niteliklere sahip olması şartına bağlı olarak genel bir izin de öngörülebilir.⁶³⁴ Devralanın belirli bir meslek kolunda olması veya belirli vatandaşlığa sahip olmasına

⁶³⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, kn. 893, 984.

⁶³¹ Aynı yönde bkz. Henssler/Strohn/Kilian, GesR, BGB § 719, kn. 15; Bingöl, s. 258.

⁶³² Şener, Adi Ortaklık, s. 377-378; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 96a; MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 117; v. Steiger, s. 408.

⁶³³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, kn. 96a; ZK-Siegmart, Art. 542 OR, kn. 8.

⁶³⁴ ZK-Siegmart, Art. 542 OR, kn. 8.

bağlı⁶³⁵ ya da ortakların eşine veya altsoyuna yapacağı devirler ile sınırlı⁶³⁶ genel bir izin de buna örnek olabilir.

Ortaklık sözleşmesinde payın herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe devredilebilirliği de öngörülebilir. Her ne kadar tipik bir ortaklıkta ortakların kişilikleri önem taşısa da ortaklık ilişkisinin aksi şekilde üçüncü kişilerin rahatlıklar katılabileceği bir şekilde kurulması mümkündür. Sözleşme serbestisi kapsamında bu şekilde kurulabilen bir ortaklıkta yine aynı ilke uyarınca pay devrinin ortakların rızasından bağımsız olarak düzenlemesine de imkân tanınmalıdır. Netice itibarıyla tasarruf yetkisi sınırlaması olarak nitelendirilen rıza şartı devrin tarafları dışındaki ortakların menfaatini korumaktadır. Ortaklık sözleşmesinin tüm ortakların katılımı ile kurulması veya değiştirilebilmesi karşısında devir bakımından ortakların pay üzerindeki tasarruf yetkisinin baştan sağlanması yine tüm ortakların katılımı ile mümkün olmalıdır.⁶³⁷ Bununla birlikte ortaklık sözleşmesinde payın serbest devredilebilirliği kabul edildiği halde devreden ortağın bu yetkisini ortaklık ilişkisinden kaynaklanan sadakat yükümlülüğüne uygun olarak kullanması gerektiği kabul edilir.⁶³⁸ Payın diğer ortaklar bakımından ortaklık ilişkisine katılımı kabul edilemeyecek nitelikteki bir kişiye devri halinde söz konusu devrin ortaklık sözleşmesinde verilen genel rızanın dışında kalacaktır.⁶³⁹ Ancak böyle bir değerlendirmede oldukça dikkatli olmak gerekir ve bu sonuca varılabilmesi için diğer ortaklık menfaati ile ciddi bir çatışma bulunması aranmalıdır. Örneğin, payın faaliyet alanında ortaklığa doğrudan rakip olan bir kişiye devredilmesi halinde bu gibi bir çatışmanın varlığından bahsedilebilir. Bu hallerde devreden ortağın ilgili ortaklık menfaati hakkında bilgi sahibi olduğu aşıkardır.

Bu noktada ortaklık sözleşmesi ile devrin tamamen yasaklanma ihtimali de akla gelebilir. Kavramsal olarak ortaklık sözleşmesinde bu gibi bir düzenlemeye yer verilmesinde bir engel yoktur. Bu mevcut devir engelini tekrarından ibaret olur. Buna karşın devrin geçerliliği için zaten tüm ortakların rızasının aranması karşısında ortakların

⁶³⁵ v. Steiger, s. 408.

⁶³⁶ MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 117.

⁶³⁷ Sözleşme serbestisi bağlamında aynı yönde bkz. Müller, kn. 178; v. Steiger, s. 409. Ulaşılan sonuç bakımından aynı yönde bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 378; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 27; Larenz/Wolf, § 9, kn. 38; Henssler/Strohn/Kilian, GesR, BGB § 719, kn. 19. Ortakların kişiliğinin önemli olmadığı ortaklıklarda payın serbestçe devredilebilirliğinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. ZK-Siegmart, Art. 542 OR, kn. 8.

⁶³⁸ Müller, kn. 178; v. Steiger, s. 409.

⁶³⁹ Müller, kn. 178.

aksi yöndeki iradesini sonradan ortaya koyan devre ilişkin rızanın varlığı halinde söz konusu sözleşme hükmü devre engel olmayacaktır.

c. Rıza Şartında Oybirliği İlkesinden Sapılması

TBK 632 kapsamında devrin geçerliliği için tüm ortakların rızası aranmakla birlikte ortaklık sözleşmesi ile veya alınacak bir karar ile mevcut veya müstakbel bir devrin ortakların oybirliği yerine belirli bir çoğunluk ile alınmasına karar verilebilir. Buna ek olarak bu yetki yönetici ortak veya ortaklara da verilebilir.⁶⁴⁰ Sözleşme serbestisi çerçevesinde payın serbestçe devredilebilirliğinin kabulü karşısında ortakların menfaatlerini korumaya daha elverişli bu yetkilendirmede bir sakınca yoktur. Öğretide ortak olmayan bir üçüncü kişinin bu konuda oybirliği ile yetkilendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.⁶⁴¹ Buna karşın ortaklık sözleşmesi ile payın serbestçe devredilebilirliğinin öngörülebilmesi karşısında bu konuda üçüncü kişinin yetkilendirilmesine de izin verilebilir. Zira payın serbestçe devredilebilmesi bu yetkilendirmeye kıyasla ortaklar bakımından daha ağır riskler barındırır. Söz konusu yetkilendirmenin yine oybirliği ile her zaman geri alınması da mümkündür.

Oybirliği ilkesinden sapılması bağlamında ilk olarak ortaklık sözleşmesindeki ortaklık kararlarının belirli bir çoğunluk ile alınmasına ilişkin genel nitelikli bir düzenlemenin payın devrine yönelik rıza bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelir. Özellikle Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadını değiştiren bir karardan⁶⁴² sonra bir görüş, pay devrine onay verilmesine ilişkin kararın ortaklık sözleşmesinde ortaklık kararlarında oyçokluğu aranmasına ilişkin genel düzenlemenin kapsamına girdiği yönündedir.⁶⁴³ Pay devrinin ortaklık sözleşmesinin tadili sonucunu

⁶⁴⁰ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 96a; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591; **Bilge**, s. 452; **ZK-Sieghart**, Art. 542 OR, kn. 8; v. **Steiger**, s. 408; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 12, kn. 64; **Henssler/Strohn/Kilian**, GesR, BGB § 719, kn. 14; **Bingöl**, s. 261.

Oybirliği ilkesinden sapılamayacağı yönünde bkz. **Kendigelen**, “Şekil”, s. 22, dn. 32. Yine oybirliği ilkesinden kural olarak sapılamayacağı; ancak devralan konumunda olacak kişilerin isimlerinin ortaklık sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olması ya da en azından bu kişi çevresinin objektif olarak belirlenebilecek sınırlama ile (belirli bir görevde bulunan kişiler, ortakların akrabaları vb). ortaklık sözleşmesinde belirtilmiş olması halinde payın bu kişilere devri bakımından oyçokluğu ile karar alınabilmesinin mümkün olduğu şeklinde bir görüş daha mevcuttur. Bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 8, 37.

⁶⁴¹ **Herbert Wiedemann**, Gesellschaftsrecht Band II: Recht der Personengesellschaften, München: C.H.Beck, 2004, s. 428. Bu yasağın gerekçesi olarak devre onay verilmesinin ortakların devredilemez nitelikteki oy hakkının kapsamında olması gösterilmektedir. Bkz. **Bingöl**, s. 245.

⁶⁴² BGH II ZR 84/13, 21.10.2014 (NJW 2015, 859). Karara konu olay bir komandit ortaklığa ilişkindir, bununla birlikte aynı sonuçlar öğretide adi ortaklık için de kabul edilmiştir. Bkz. aş. dn. 644

⁶⁴³ Mahkemenin vardığı bu sonuç sadece kararın şeklen geçerliliği yani ortaklık sözleşmesindeki bu düzenlemenin pay devrine ilişkin karar bakımından uygulanabilirliği yönündendir. Bununla birlikte ilgili

doğurmaması, bu görüşün temel gerekçelerinden biridir.⁶⁴⁴ Karara konu olayda ortaklık sözleşmesinde genel kurul kararlarına ilişkin düzenlemede sözleşme veya kanunda aksi öngörülmedikçe kararların basit çoğunluk ile alınacağı ve ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararların oybirliğine tabi olduğu düzenlenmektedir. Sözleşmede ayrıca ortaklık payının devrinin genel kurulun onayına tabi olduğu öngörülmüştür. Bu konudaki tereddüdü tamamen gidermemekle birlikte bu gibi bir ortaklık sözleşmesindeki hükümler birlikte yorumlandığında oyçokluğuna ilişkin düzenlemenin – devrin ortaklık sözleşmesini değiştirmedeği kabulü ile birlikte – dolaylı olarak pay devrini de kapsadığı sonucuna varmak görece daha kolaydır. Zira ortaklık sözleşmesi değişikliğini özel olarak düzenleyen ortakların iradelerinin bunun dışındaki önemli ortaklık kararlarını da genel oy çokluğu ilkesine tabi kılmak yönünde olduğu ileri sürülebilir. Kanaatimce devre ilişkin karar nisabının açıkça düzenlenmediği hallerde ortaklık sözleşmesinin yorum yolu ile bu sonuca ulaşılmasına elverişli düzenlemeleri içermesi mümkündür; ancak bu yorum yapılırken de oldukça dikkatli olunması gerekir. Zira pay devrinin ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi sonucunu doğurmadığı kabul edilse dahi ortaklığın kişi yapısındaki değişiklikler ortaklık ilişkisinin temeline ilişkindir. Bu gibi temel konularda kanun koyucu açık denebilecek bir tercihte bulunmuştur. TBK 624 II’de ortaklık kararlarının oybirliği yerine oy çokluğuna tabi kılınmasına açıkça imkân tanınmaktadır. Buna karşın TBK 625 III’te örnek kabilinden sayılan olağan dışı yönetim işleri bakımından açıkça oybirliği aranmıştır. Benzer şekilde TBK 637 III uyarınca önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetki verilmesi bakımından yetkilendirmenin açıkça ve oybirliği ile yapılması aranmaktadır. Bir yönetim kararı veya yetkilendirme işlemi olmasa dahi ortaklık payının devrine ilişkin onay da bunlarla kıyaslanabilecek ölçüde olağan dışı veya önemli bir karardır. TBK 624 II hükmünün diğer olağan dışı veya önemli işlemlere ilişkin düzenlemelere uygun olarak amaca uygun bir şekilde sınırlandırılması gerekir. Bu itibarla ulaşılması gereken sonuç, sözleşmede kararların oy çokluğu ile alınacağına ilişkin genel bir düzenleme bulunsa bile, ortaklık ilişkisinin temeline ilişkin olağan dışı veya önemli

kararın azınlık haklarının korunması ve sadakat yükümlülüğüne uygunluğu maddi anlamda geçerlilik bağlamında ayrı bir değerlendirmenin konusudur. Konumuz bağlamında sorun sadece şekli anlamda geçerliliğe ilişkindir. Bu karar ile kabul edilen iki aşamalı denetim hakkında detaylı bilgi için bkz. **Frauke Möhrle**, “§ 5 Entstehung der BGB-Gesellschaft”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019, kn. 72.

⁶⁴⁴ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 28.

kararlar bakımından özel bir düzenleme olmadıkça bu kararların oybirliği ile alınması gerektirir.⁶⁴⁵

Yukarıdaki tartışmadan bağımsız olarak oybirliği ilkesinden sapılmasının yaratacağı ikinci tereddüt ise belirli bir çoğunluk ile alınacak onay kararına devreden ortağın katılıp katılamayacağıdır. Bu, temelinde ortaklık sözleşmesindeki ilgili hükmün yorumuna ilişkin bir meseledir. Ortaklık sözleşmesinde devre ilişkin oy çokluğu düzenlemesi açıkça “diğer ortakların çoğunluğu” gibi bir ifade içeriyorsa tereddüt yaşanmaz. Böyle bir ifade bulunmasa bile üç ortaklı bir ortaklıkta sadece “ortakların çoğunluğu” ile şeklinde bir düzenleme varsa devreden ortağın oyunun da dikkate alınacağı yorumu yapılabilecektir. Yorumu elverişli bu gibi bir olgunun bulunmaması halinde sadece “ortakların çoğunluğu” şeklinde bir sözleşme hükmü ise kuşkusuz belirsizlik içerir. Öğretide bu ihtimalde devreden ilgili karara katılabileceği ileri sürülmektedir.⁶⁴⁶

Adi ortaklık özelinde kısıtlı değerlendirme olan bu ihtimal bakımından diğer ortaklık türlerindeki değerlendirmelerden faydalanılması düşünülebilir ve akla ilk olarak TTK 595 II gelir. Hüküm kapsamında limited ortaklık payının devri genel kurul onayına tabidir. Ancak TTK 619 III’te sadece şirketin kendi paylarını devralması halinde devreden ortağın oydan yoksunluğunu düzenlenmektedir. Hükümün dışlayıcılığından hareketle limited ortaklıkta payı devreden ortağın ilgili karara katılması mümkündür.⁶⁴⁷ Bu bağlamda adi ortaklık bakımından limited ortaklığa ilişkin ilkeler takip edilecek olursa adi ortaklıkta devreden ortağın ilgili karara katılacağı sonucuna varılacaktır. Sorun ayrıca devreden ortağın devre rıza gösteren ortaklardan biri olarak kendisi ile işlem yapması bağlamında da değerlendirilebilir. Bu konuda da öğretide limited ortaklık payının devri ile bir benzerlik kurulmaktadır. Buna görüşe göre limited ortaklık payının devrinde genel kurul onayının devir işleminden ayrı ve bağımsız olmasına benzer şekilde adi ortaklıkta diğer ortakların rızası da tasarruf işleminin bizzat parçası değildir.⁶⁴⁸ Ayrı bir işlem olan onay kararı bakımından devreden ortak aynı zamanda kendisi ile işlem yapar bir konumda

⁶⁴⁵ Sonuç bakımından aynı yönde bkz. **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 118; **Henssler/Strohn/Kilian**, GesR, BGB § 719, kn. 14.

⁶⁴⁶ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 28; **Müller**, kn. 346-348.

⁶⁴⁷ **Kendigelen/Kırca**, Şirketler III, kn. 356. Sonuç özelinde aynı yönde bkz. **Öz**, “Pay Kavramı”, s. 375; **Arslanlı**, Limited Şirketler, s. 173; **Demirkapı**, s. 327-328. İsviçre hukukunda limited ortaklık payının devri bakımından aynı yönde bkz. **Müller**, kn. 346.

⁶⁴⁸ **Müller**, kn. 347-348.

da görülmemektedir. Bu nedenle ortaklık sözleşmesinde aksine bir açıklık bulunmadığı müddetçe devreden ortağın ilgili karara katılmasının mümkün olması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu nitelendirmeye rağmen söz konusu karar bakımından devreden ortağın bir menfaat çatışması içinde olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Menfaat çatışmasının bulunduğu bu hallerde oydan yoksunluk olağan bir sonuç olarak görülür. Örneğin, dernekten ihraç edilecek üye TMK 82 uyarınca ilgili karar bakımından oydan yoksundur.⁶⁴⁹

Sonuç itibarıyla bu meselenin ortaklık sözleşmesinin yorumu ile ilgili olduğu unutulmamalı ve somut olayın şartlarına göre bir sonuca varılmalıdır. Somut olayın şartlarından menfî ya da müspet bir yorum yapılamaması halinde ise mevcut menfaat çatışmasının devreden karara katılımına engel olmalıdır.

d. Rızanın Şekli

Ortaklık sözleşmesinde rızanın belirli bir şekilde – örneğin yazılı olarak – verilmesi kararlaştırılabilir. Bu gibi bir düzenleme bulunmadığı takdirde ortakların devre rıza göstermeleri herhangi bir şekle tabi değildir.⁶⁵⁰ Bu durum payın devri işlemine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması ile de uyumludur, zira diğer ortaklar tasarruf işleminin tarafı değildir. Bu nedenle işleme rıza göstermeleri devrin tabi olduğu şekle tabi olmak zorunda değildir. Öyle ki devre yönelik rızanın açık olarak verilmesinin ötesinde zımnen verilmesi de mümkündür.⁶⁵¹ Örneğin, kazanç payının devralana ödenmesi halinde devre zımnen rıza gösterildiği kabul edilebilir.⁶⁵²

Kural olarak ortakların devre ilişkin rızalarını birlikte, diğer bir ifade ile bir müşterek bir karar ile vermelerine de gerek yoktur. Her bir ortağın münferit irade beyanını ayrı ayrı iletmiş olması da yeterlidir.⁶⁵³ Bu hususta ortaklık sözleşmesinde aksine bir düzenlemenin öngörülebileceğini unutmamak gerekir.

3. Rızanın Bulunmamasının Sonuçları

⁶⁴⁹ Engin, s. 140-141.

⁶⁵⁰ Aynı yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 37; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 179; **v. Steiger**, s. 408.

⁶⁵¹ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 37; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 378.

⁶⁵² Yarg. HGK., E. 2020/696 K. 2022/1385 T. 25.10.2022. Bu ihtimalde kar dağıtımına kalan ortakların tamamının iştirak etmiş olması aranmalıdır.

⁶⁵³ **Müller**, s. 179.

Yukarıda açıklandığı üzere ortaklık payının devrinde diğer ortakların rızası devreden ortağın tasarruf yetkisini gideren bir tamamlayıcı unsurdur. Bu bağlamda diğer ortakların rızasının alındığı ana kadar geçen dönemde işlemin noksan/askıda hükümsüzdür. Askıda hükümsüz bir işleme ilişkin tamamlayıcı unsurun sağlanamaması ise hükümsüzlüğün kesinleşmesine neden olacaktır.⁶⁵⁴ Yargıtay'ın bir kararında diğer ortakların rızasının bulunmadığı bir pay devrinin iptal edilmesi talebini kabul ettiği görülmektedir.⁶⁵⁵ Bu kararda devrin iptal edilmesi olsa olsa devrin hükümsüzlüğünün talisiz bir ifadesi olarak görülebilir, yoksa hükümsüzlüğün türünün iptal edilebilirlik olduğunu kabul etmek mümkün gözükmemektedir.⁶⁵⁶

Bu sonucun payın devri bakımından doğacağı kuşkusuzdur, buna karşın devrin tarafları arasında payın devrinden bağımsız bir sonuç doğurup doğurmayacağı hususunda tereddüt yaşanabilir. Zira TBK 632 II hükmünün madde başlığı ve gerekçesi itibarıyla ilk olarak alt katılımı düzenlediği düşünülmekle birlikte hükümde açıkça tek taraflı olarak paya ortak etme veya devretme ihtimallerinden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki alt katılımken, ikinci ihtimalin yani tek taraflı devrin alt katılımdan farklı olarak sadece münferit alacakların devri sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.⁶⁵⁷ Bu hüküm karşısında ortaklık payının devrine diğer ortakların rıza göstermemesinin taraflar arasında böyle bir devir ilişkisi doğurup doğurmayacağı sorgulanabilir. Nitekim öğretide diğer ortakların devre rıza göstermemesi halinde devralanın en azından serbestçe devredilebilir ortaklık haklarını (örneğin kâr payını) iktisap ettiği ve bunları ortaklıktan talep edebileceği ifade edilmektedir. Bu durumda bir alt katılım ortaklığı oluşmaz ve sadece münferit hakların devrinden bahsedilir.⁶⁵⁸ Haliyle devir kural olarak sadece devreden ve devralan arasında hüküm ifade eder ancak devir sözleşmesinde ortakların belirli bir süre

⁶⁵⁴ Tamamlayıcı unsur ve noksanlık yaptırımı hakkında genel olarak bkz. **Nomer**, Borçlar Hukuku, kn. 36 vd. Tasarruf yetkisini gideren icazet bakımından noksanlık özelinde bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 357-358; **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 20. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, kn. 719.

⁶⁵⁵ Yarg. 13. HD., E. 1985/4078 K. 1985/4827 T. 09.07.1985.

⁶⁵⁶ Karara yönelik başka bir eleştiri için bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 384.

⁶⁵⁷ Aynı yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, s. 193-194, 218-21. Yazar hükmü bu şekilde açıkladıktan sonra payın tek taraflı devri özelindeki açıklamaları incelendiğinde kimi zaman payın bütün halinde tek taraflı devre konu olmasından, kimi zaman ise münferit hakların özel olarak devrinden bahsettiği görülmektedir. Bkz. kn. 244 vd.

⁶⁵⁸ **ZK-Siegmart**, Art. 542 OR, kn. 4, 8; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 381-382. Bu yönde bir karar için bkz. Yarg. 13. HD., E. 1986/2015 K. 1986/2240 T. 14.04.1986.

içinde rızalarını açıklamaması veya bu süre içinde rıza vermeyeceklerini açıklamaları bu iç etkiyi bertaraf edecek şekilde bir bozucu şart olarak öngörülebilir.⁶⁵⁹

Kanaatimce bu sonuca varılabilmesi için devir sözleşmesinde tarafların iradesinin rızanın elde edilememesi halinde işlemin münferit malvarlığı haklarının devri olarak ayakta tutulması olduğuna yönelik bir dayanak bulunması gerekir. Haliyle tarafların bu yöndeki iradesi açık olmasa bile en azından yorum yolu ile tespit edilebilmelidir.⁶⁶⁰ Zira tarafların bu işlem ile güttükleri amaç münferit malvarlığı haklarından öte payın ortaklık hakları da dahil olmak üzere bütünüyle devridir. Buna karşın tarafların aksi yöndeki iradeleri tespit edilemediği halde hükümsüz olan işlemi münferit alacakların devrine tahvil etmek için ya açık bir kanuni düzenleme ya da bu iki işlem arasında tarafların menfaatlerinin örtüştüğü bir benzerlik bulunması gerekir. Kanuni düzenlemeye bakıldığında TBK 632 II'nin bu sonucu öngördüğünü söylemek güç gözükmemektedir. Bunun yanında şekle aykırı taşınmaz satış sözleşmesinin şartlarını taşıması halinde taşınmaz satış vaadi olarak ayakta tutulmasındaki gibi benzerlik bu ihtimalde mevcut değildir. Zira taşınmaz satışı örneğinde aynı hakkı sağlamasa dahi ayakta tutulan işlem devralana günün sonunda taşınmaz mülkiyetini elde etmesini sağlayacak bir hak sağlamaktadır. Bu nedenle geçersizliği bilmeleri halinde tarafların varsayılan iradesinin bu yönde olacağını söylemek makuldür. Oysa ortaklık payının devrine devralanın rızanın elde edilemeyeceğini bilmesi halinde münferit malvarlığı değerlerinin devri ile yetinmek isteyeceğini söylemek bu kadar kolay gözükmemektedir. Aynı sonuca payını devredip ortaklık ilişkisinden ayrılmak isteyen devreden için de varılabilir.

Sonuç olarak, devre diğer ortakların rıza göstermemesi halinde – devir sözleşmesinden aksi anlaşılmadığı müddetçe – devir hükümsüz olmalı ve taraflar arasında münferit malvarlığı haklarının devri şeklinde bir sonuç doğurmamalıdır.⁶⁶¹

D. Devrin Ortaklara Bildirimi

⁶⁵⁹ Şener, Adi Ortaklık, s. 381-382.

⁶⁶⁰ Bu durumda somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gerektiği şeklinde benzer yönde bkz. **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 38. Yine tarafların bu sonucu öngörebilecekleri ancak meselenin sözleşmenin yorumu ile ilgili olduğu yönünde bkz. **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 304.

⁶⁶¹ Payın devrine alacağın devri hükümlerinin uygulanması ve alacağın devrinde üçüncü kişinin iyiniyetle iktisabını koruyan bir düzenleme bulunmaması ile uyumlu olarak devralanın tasarruf yetkisi eksikliği bağlamında iyiniyetli olması halinde dahi hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Benzer yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 123; **Zobl**, s. 168.

Payın devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması TBK 186 kapsamında devrin diğer ortaklara bildirimini de gündeme getirir. Bu hüküm devirden habersiz olan borçlunun istisnai olarak aslında alacaklı olmayan devredene yaptığı ifa ile borcundan kurtulması imkânını tanır. Burada amaç alacağın serbestçe devrine izin verilirken devir sonucunda borçlunun durumunun ağırlaşmasını engellemektir.⁶⁶²

Ortaklık payının devrinin ise diğer ortakların rızasına tabi olması nedeniyle bir anlığına bu bildirimin getirdiği bir faydanın bulunmadığı düşünülebilir. Gerçekten de devre yönelik rızanın özellikle devir işleminden sonra birlikte bir karar alınarak verilmesi gibi ihtimallerde bildirimin önemi görece azalır. Zira devir sonuçlarını bu rıza ile doğuracaktır ve tüm ortaklar durumdan haberdardır. Buna karşın özellikle devrin ortaklık sözleşmesi ile serbest bırakıldığı veya ortakların birbirlerinden ayrı olarak devre rıza gösterdiği ihtimallerde bildirim önemini korur.⁶⁶³ Zira bu ihtimallerde payın geçerli olarak devredilip devredilmediği veya devrin ne zaman gerçekleştiği konusunda ortaklar nezdindeki belirsizlik halen mevcuttur. Ortakların içinde bulundukları bu belirsizliğin konusu alacağın devrindeki kurgu ile özellikle kâr payı, faiz gibi doğrudan ortaklara ifa edilecek borçlar bakımından benzerdir. Bunun yanında ortaklar arasında üçüncü kişilere karşı müteselsil borçluluğun esas olması gibi nedenlerle ortakların devirden haberdar olmalarında menfaati vardır. Bu itibarla alacağın devrine ilişkin TBK 186 hükmünün ortaklık payının devri bakımından da uygulama alanı bulması gerekir. Bu bağlamda ortaklara yapılacak bildirim devrin sonuç doğurması için gerekli değildir. Bildirimin etkisi alacağın devrine olduğu gibi paydan kaynaklı borçları devredene ifa edilmesini sağlamak ve ortakların devredene iyiniyetle gerçekleştirecekleri ifa ile borçtan kurtulmalarını engellemektir.⁶⁶⁴

Ortaklara yapılacak bildirim herhangi bir şekle tabi değildir. Öğretide bildirimin tüm ortaklara yapılmasının gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁶⁵ Bu ifadeyi ortaklardan birine yapılan bildirimin diğer ortakların iyiniyetini bertaraf etmeyeceği şeklinde anlamak uygun olur. Zira bildirim, diğer ortakların iyiniyetinin korunmasına engel olur, ancak devrin geçerliliği için gerekli değildir. Bu sonuç yönetim ve dolayısı ile temsil yetkisine sahip ortağa yapılacak bildirimin diğer ortakların iyiniyetini kaldırma bakımından yeterli

⁶⁶² BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167 OR, kn. 1.

⁶⁶³ Aynı yönde bkz. Müller, kn. 359.

⁶⁶⁴ Aynı yönde bkz. Müller, kn. 359; Zobl, s. 165; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 38.

⁶⁶⁵ Müller, kn. 361; Zobl, s. 165.

olup olmadığının sorgulanmasına neden olur. Zira temsil yetkisi aynı zamanda pasif temsili de içerir. Sadece yönetici ortağa yapılan bildirimin kâr payı gibi yönetici ortak tarafından ifa edilecek borçlar düşünüldüğünde birçok sorunun önüne geçeceği kuşkusuzdur. Zira bu borçlar bakımından diğer ortakların ifaya katılımı söz konusu değildir. Buna karşın ortağın temsil yetkisi olağan ortaklık işleri ile sınırlıdır ve bu pasif temsil yetkisinin sınırlarını da belirler. Ortaklık payının devri ve bu işleme onay verilmesi açıkça yetkilendirilmediği müddetçe olağanüstü bir işlem olarak yönetici ortağın yetkisinin dışında kalır. Buna bağlı olarak, bu konudaki bildirimin diğer ortaklar adına alınması ve bu şekilde diğer ortakların da iyiniyetinin bertaraf edilebilmesi tutarlı olmaz. Kaldı ki yönetimin belirli kişilere verilmediği hallerde tüm ortaklar yönetim ve temsile yetkilidir, bu daha da ciddi bir durumu ortaya çıkartır. Bunlara ek olarak ortaklık ilişkisinin birçok hak ve borcu içerdiği ve özellikle müteselsil sorumluluğun esas olduğu düşünüldüğünde devrin yönetici ortak dışındaki tüm ortaklara bildirilmesinde de fiili bir fayda vardır. Ortakların somut bir devre özel olarak onay verdiği hallerde devreden bu onaya yönelik talebinin zımnen bildirimi de içerdiği ileri sürülebilir.⁶⁶⁶ Biraz yukarıda örneklendirildiği üzere bu sonuç ancak tüm ortakların devre işleminden sonra birlikte onay vermeleri halinde makul görülebilir. Bunun dışındaki çoğu ihtimalde devrin geçerliliği ve zamanı konusundaki belirsizlik sürmektedir, haliyle ayrı bir bildirimde bulunulmasındaki menfaat bakidir.

Son olarak devrin diğer ortakların yanında ortaklık borçlularına bildirilmesinde de fayda vardır. Zira devreden ortağın ortaklık alacaklarını kabul etmeye yetkili olduğu bir ortaklıkta üçüncü kişi borçlu da TBK 186'nın getirdiği korumadan faydalanacaktır ve ortaklık borcu devredene yapılacak iyiniyetli ifa ile sona erecektir.⁶⁶⁷

E. Payın Devrinde Özel Durumlar

Ortaklık payının devrinde yukarıda açıklanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt yaşanabilecek bazı ihtimaller mevcuttur. Bunlar payın ortaklardan birine devri (1), payın kısmen devri (2), paylı hak sahipliği ilkesinin benimsendiği ortaklıklarda devir (3) ve iç ortaklık şeklinde yapılmış ortaklıklarda devirdir (4). Aşağıda bu ihtimaller kısaca değerlendirilecektir.

1. Payın Ortaklardan Birine Devri (Ortaklık İçi Devir)

⁶⁶⁶ Müller, kn. 360.

⁶⁶⁷ Aynı yönde bkz. ZK-Handschein/Vonzun, Art. 542 OR, kn. 35.

Ortaklık payının ortaklardan birine, diğer bir ifade ile ortaklık içi devrinde ortaklığa yeni bir ortak katılmamaktadır. Bu durum özellikle diğer ortakların rızasına ilişkin şartın iç devirlerde uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirir. Zira daha önce de açıklandığı üzere, pay devrinde diğer ortakların rızasının aranmasının temel sebebi ortakların kişiliğinin diğer ortaklar bakımından önem taşımasıdır. Acaba payın mevcut bir ortağa devredildiği (dolayısı ile yeni bir kişinin dahil olmadığı) bu durumda yine de diğer ortakların rızası aranmalı mıdır? Ortaklar arasındaki devirlerde yeni bir ortak katılımı olmasa dahi devrin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki devreden ortağın devir ile birlikte ortaklıktan ayrılması, ikincisi ise devralan ortağın ortaklık haklarında genişleme yaşanmasıdır.

Her iki sonuç da ortaklık payının devrinin ortaklığın kişi yapısında değişiklik yaşanmasına neden olur. Bu sonuçlar diğer ortakların menfaatini özellikle iki açıdan ciddi ölçüde etkiler. Devredenin ortaklıktan ayrılması ile mevcut ortaklık borçları bakımından sorumluluğu sınırlanır ve devirden sonra doğacak ortaklık borçlarından ise sorumlu olmaz.⁶⁶⁸ Devralan ortağın haklarındaki genişleme ise diğer ortakların haklarını doğrudan etkilemeyecek olsa da özellikle oy hakkındaki genişleme ya da artış⁶⁶⁹ diğer ortakların menfaatini etkiler. Bu etkileri bağlamında ortaklardan birine yapılacak devir ile üçüncü kişiye yapılacak devir arasında bir ayırım yapılmaması gerekir.⁶⁷⁰ Bu değerlendirmede akla miras payının diğer mirasçıların rızası aranmaksızın bir diğer mirasçıya ayni etkili devrine izin veren TMK 677 düzenlemesi gelebilir. Miras payının devrine ilişkin kuralların bütünüyle ortaklık payının devrine kıyasen uygulanmaması gerektiği daha önce ifade edilmişti.⁶⁷¹ Benzer şekilde diğer mirasçıların rızasının aranmamasına ilişkin bu düzenlemenin de adi ortaklıklardaki iç devirler bakımından da uygulanmaması gerekir. Zira miras ortaklığı adi ortaklığın aksine mirasçıların iradi olarak içinde bulundukları bir ortaklık değildir. Ayrıca miras ortaklığı çoğu adi ortaklıktan farklı olarak geçici nitelikte ve amacı bir an önce mirasın paylaştırılarak tasfiyeyi amaçlayan bir ortaklıktır. Bu özellikleri itibarıyla kanun koyucu bu devirlerde diğer mirasçıların rızasını aramayarak kanun gereği bu ortaklıkta bulunan mirasçıların ortaklıktan ayrılmalarını

⁶⁶⁸ Bkz. aş. § 11. D.

⁶⁶⁹ Bkz. aş. § 10. A.

⁶⁷⁰ Benzer yönde bkz. **Kendigelen**, “Şekil”, s. 21. Yazar isabetli olarak bu iki devirdeki temel farkın diğer ortakların devre onay vermemelerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi bağlamında yapılacak değerlendirmeye ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Bkz. aynı yerde dn. 29.

⁶⁷¹ Bkz. yuk. § 6. B. & E.

kolaylaştırmaktadır. Bunun yanında diğer mirasçıların da devreden mirasçının ortaklıkta kalması veya ayrılmasında benzer bir menfaati olduğu söylenemez. Özellikle ortaklığının yönetiminin daha keskin bir şekilde oybirliği esasına dayanması da oy hakkına ilişkin çekinceleri ortadan kaldırır. Açıklanan nedenlerle ortaklık içinde yaşanacak devirlerde de diğer ortakların rızasının bulunması gerekir.⁶⁷²

Bu bağlamda ortaklık sözleşmesinde payın devredilebilirliğine ilişkin önceden verilen rızanın iç devirleri özel olarak düzenlemesinin gerekip gerekmediği sorgulanabilir. Payın ortaklık içinde devrinin üçüncü kişiye devrinden daha ağır olarak değerlendirilebilecek bir sonucu olmaması karşısında ortaklık sözleşmesinde devre ilişkin olarak verilen genel bir iznin açıkça belirtilmese dahi ortaklık içi devirleri de kapsadığı kabul edilmelidir.

2. Payın Kısmen Devri

Ortaklık içi devirlere benzer bir sorun payın kısmen devri halinde de ortaya çıkar. Daha önce değinildiği üzere pay sahipliğinin tekliği ilkesi ortaklık payının kısmen devrine engel değildir.⁶⁷³ Bu durumda da özel olarak değerlendirilmesi gereken tek husus yine diğer ortakların rızasıdır.

Payın üçüncü kişiye kısmen devri halinde diğer ortakların rızasının aranacağı kuşkusuzdur.⁶⁷⁴ Payın devrinde diğer ortakların rızasına aranmasına ilişkin genel gerekçeler bir yana kısmi devir payın tamamen devrinden farklı bir sonuç daha doğurur. Kısmi devir halinde devreden ortaklıktan ayrılmaz ve devralan da bütünüyle devredenin yerini almaz. Bu ihtimalde ortada bir devir işlemi bulunduğu halde devredenin ortaklıktan ayrılmaması nedeniyle bu devre eklemlenen yeni bir ortak alımı söz konusudur. Zira ortak sayısında bir artış meydana gelir ve kısmi devir yeni ortaklık haklarının doğmasına neden olur. Özellikle kâr payı gibi malvarlığı hakları veya paya isabet eden oy hakkının bir orana göre belirlenerek oy çokluğunun arandığı ihtimallerde oy hakkı bakımından bunun bir önemi olmayacağı düşünülebilir. Zira bu haklar bakımından mevcut hakların devreden ve devralan arasında paylaşılması söz konusu olacaktır. Buna karşın bu ihtimallerde dahi

⁶⁷² Sonuç ile sınırlı olarak aynı yönde bkz. **ZK-Siegmart**, Art. 542 OR, kn. 8. Kişi yapısındaki değişikliklerin ortaklık sözleşmesinin değişikliğini gerektirdiği gerekçesi ile aynı yönde bkz. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 94-95. Yargıtay'ın da ortaklık içi devirlerde rıza şartını aradığı görülmektedir. Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2022/7267 K. 2023/2173 T. 17.7.2023.

⁶⁷³ Bkz. yuk. § 5. C.

⁶⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 375; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 48; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 21; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 114, 117.

oy birliğinin arandığı kararlar bakımından karar alma sürecine yeni bir ortağın katılması söz konusudur. Bunun dışında devralanın hangi oranda bir pay devraldığından bağımsız olarak fesih hakkına sahip olması bile başlı başına bir önemli bir sonuçtur.⁶⁷⁵ Görüldüğü üzere payın kısmi devri de ortaklık yapısında önemli değişiklikler yaratır. Dahası bu değişikliklerin bazıları payın bütünüyle devrinden daha ağırdır. Bu nedenle ortaklık payının devrine özellikle ortaklık sözleşmesinde bir hükümle önceden verilen genel nitelikli rıza kısmi devirleri kendiliğinden kapsamaz ve payın kısmen devrinde özel olarak rıza gösterilmesi gerekir.⁶⁷⁶

Payın ortaklık içi kısmen devri de mümkündür ve bu ihtimalde üçüncü kişinin ortaklığa katılması söz konusu değildir. Payın ortaklardan birine tümüyle devri halinde diğer ortakların rızası aranırken kısmi devir halinde aksi bir sonuca varılmasını gerektirir bir farklılık gözükmemektedir.⁶⁷⁷ Bu itibarla payın ortaklık içi kısmen devrinde de diğer ortakların rızası aranır. Bu rızanın ortaklık sözleşmesinde önceden verildiği ihtimallerde de ortaklık içi devirlerin özel olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Buna karşın payın devredilebilirliğine ilişkin genel nitelikli rıza kısmi devirleri kendiliğinden kapsamıyorken, payın ortaklık içi kısmen devrinde bu sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir sebep gözükmemektedir. Bu itibarla ortaklık sözleşmesindeki bu rızanın ortaklık içi devirlere ilişkin olmasa dahi kısmi devirlere özel olarak yönelmiş olması gerekir ve kısmi devre ilişkin genel olarak verilmiş rıza ortaklık içi kısmi devirleri de kapsar.

3. İç Ortaklık Olarak Yapılanmış Ortaklıklarda Devir

Çalışmada şu ana kadar dış ortaklık şeklinde yapılanmış tipik adi ortaklıklar üzerinden bir inceleme yapılmış olması iç ortaklık şeklindeki atipik adi ortaklıklarda pay devrinin tabi olduğu kurallar bakımından bir fark olup olmadığını sorgulatabilir. Hatırlanacağı üzere iç ortaklıklar üçüncü kişilerle doğrudan herhangi bir hukuki ilişkinin kurulmadığı, bu nedenle ortaklığın temsiline söz konusu olmadığı ve buna ek olarak elbirliğine konu herhangi bir malvarlığının da bulunmadığı ortaklıklardır.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Bkz. aş. § 10. A.

⁶⁷⁶ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 48; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 114,117; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 21.

⁶⁷⁷ **Tekil**, s. 93, dn.21; **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 375; **Ahmet Ayar**, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortaklar Arasındaki ve Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler”, *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, C. 2, s. 1027; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 21.

⁶⁷⁸ Bkz. yuk. § 2. B. 1.

Alman hukukunda adi ortaklığın – özellikle de hak ehliyeti bakımından – hukuki niteliğinin belirlenmesinde elbirliğine konu malvarlığının bulunması ve ortaklığın dış ortaklık şeklinde yapılanması en temel belirleyici kriterdir.⁶⁷⁹ Bu nedenle Alman öğretisinde iç ortaklık yapıları genellikle organizasyonel karakterin bulunmadığı saf bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmekte ve iç ortaklıklarda şimdiye kadar açıklandığı şekliyle bir üyeliğin varlığı reddedilmektedir.⁶⁸⁰ Buna göre hukuki nitelendirme bağlamında önem atfedilen ve üyelik hakları olarak sınıflandırdığımız bilgi edinme ve yönetime ilişkin haklar merkezi bir konumda görülmez ve sadece ortakların birbirlerine karşı olan asli borçlarına bağlı niteliktedir. Haliyle bu görüşe göre iç ortaklıklarda bir hak olarak nitelendirilen ortaklık payından bahsedilmeyeceği kabul edilir.⁶⁸¹

Ne var ki, elbirliği ilkesine bütünüyle yaslanan Alman öğretisindeki bu görüşe dikkatle yaklaşmak gerekir. İç ortaklıkların sahip olduğu bu özelliklerin ortaklar arasındaki kişisel bağın tipik bir ortaklıktakine kıyasla daha zayıf olması sonucunu doğurduğu doğrudur. Buna karşın mezkûr sonuç iç ortaklıkları bir ortaklık ilişkisinden ziyade sinallagmatik bir borç sözleşmesi olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Zira bir ortaklık malvarlığı bulunmasa da veya ortakların iradesi temsil yoluyla üçüncü kişilere aksettirilmese dahi ortaklık kararları ortaklar bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurur. Bu durum özellikle oybirliği ilkesinden ayrılmış ortaklıklarda daha da belirgin hale gelir. Bunun yanında ortak amaç ve *affectio societatis* unsurları da mevcudiyetini korur. Bu özellikleri itibarıyla Alman öğretisinde ileri sürüldüğünün aksine halen bir kişi birliğinin varlığı kabul edilmelidir ve bu kişi birliğindeki üyelikten – ya da bu çalışmada kullanıldığı ifadesi ile pay sahipliğinden – bahsetmek mümkündür. Pay sahipliğinin devri ise özellikle hak sahipliği ve sorumluluk bakımından eksik sonuçlar doğuracak olsa da devrin tabi olduğu kurallar ve devrin şartları bakımından yukarıda açıklanan kurallardan sapılmasını gerektirir bir özellik taşımamalıdır.

Bu sonuç Alman öğretisinde yapılan ayrımın tamamen reddi anlamına da gelmemelidir. Zira bir hukuki ilişki özellikle *affectio societatis* unsurundan ari olarak kurulduysa, bu ilişkiye artık terminolojik olarak ortaklık ilişkisi denemez. Bu gibi bir

⁶⁷⁹ Bkz. yuk. § 3. B.

⁶⁸⁰ **MüKoBGB-Schäfer**, § 705, kn. 283-284. Bu nitelendirmeye rağmen yazar aynı eserde iç ortaklıklarda da ortaklık payının tipik bir ortaklıktaki gibi diğer ortakların rızası ile devre konu olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. § 719, kn. 32.

⁶⁸¹ **Huber**, s. 102-103.

durumda iç ortaklık ve iç ortaklıkta payın devri de zaten söz konusu olamaz, haliyle yukarıda açıklanan kurallar da uygulama alanı bulmaz. Ancak adi ortaklığın sermaye hariç tüm unsurlarını barındıran bir ilişkiye sinallagmatik bir sözleşme demek de terminolojik olarak tutarlı gözükmemektedir. Bu itibarla iç ortaklıklarda da payın devredilebilirliği ve kıyasen alacağın devri kurallarına tabi olduğu yukarıda açıklandığı şekilde kabul edilmelidir.⁶⁸²

4. Paylı Hak Sahipliği İlkesinin Benimsendiği Ortaklıklarda Devir

Payın devrinde son olarak paylı hak sahipliği ilkesinin benimsendiği ortaklıklar değerlendirilmelidir. Bu şekilde yapılanmış ortaklıkların temel özelliği ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde hak sahipliği ile pay sahipliğinin bölünmez bir bağlantıya sahip olmamasıdır. Bunun haricindeki hususlarda tipik bir adi ortaklık ile olan benzerliklerinden ötürü pay devrinin şartları bakımından genel olarak farklı bir sonuca varmaya gerek yoktur.

Buna karşın hak sahipliği yapısı devrin sonuçları bakımından yarattığı farklardan ötürü bir hususta özel bir değerlendirmeyi gerektirir. Paylı hak sahipliğinin benimsendiği ortaklıklarda payın devri kendiliğinden malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğinin de devri anlamına gelmeyecektir.⁶⁸³ Bu durum kural olarak adi yazılı şekle tabi olan payın devrinde şekil bağlamında kabul edilen istisnaların⁶⁸⁴ bu özelliği taşıyan ortaklıklardaki devirlerde uygulama alanı bulmamasına neden olur. Zira ortaklık payı devredildiği halde ortaklık malvarlığı değerleri üzerindeki payın ayrıca devri gerekeceği için ortaklık payının devrinin taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçladığı gibi bir sonuca varılması her zaman mümkün olmaz. Buna karşın paylı hak sahipliğinin benimsendiği bir ortaklıkta tarafların iradesi çoğu zaman ortaklık payı ile birlikte malvarlığı değerleri üzerindeki paylı hak sahipliğinin de devri olacaktır. Bu devir ortaklık payına doğrudan bağlı olmayacağı için aynı metinde dahi olsa ayrı bir tasarruf işlemi olarak kendini gösterir. Dolayısı ile ortaklık malvarlığında devri veya devir taahhüdü adi yazılı şekilden daha ağır bir şekle tabi değerler bulunması halinde işlemin bu bölümünün ilgili şekle tabi olarak yapılması zorunludur. Bu durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse, ortaklık malvarlığında bulunan taşınmaz bakımından ortaklık payının yanında taşınmazdaki

⁶⁸² Sonuç itibarıyla aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 32.

⁶⁸³ Bkz. aş. § 10. B. 1.

⁶⁸⁴ Bkz. yuk. § 7. B. 3 .ii. & iii.

mülkiyet payının da ayrıca devri gerekir. Bu ihtimalde devrin tarafları ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmede bu mülkiyet payının devrini de açıkça amaçlıyorlarsa bu işlem tarafların iradesine göre ya taşınmaz mülkiyetini devir borcu ya da en azından taşınmaz satış vaadi kapsamında bir taahhüt içerir. Bu içeriği nedeniyle işlemin en azından taşınmaz mülkiyetine ilişkin bu bölümün resmi şekilde yapılması gerekir. Dolayısı ile ortaklık payının devri ile birlikte taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının devri de gerçekleştirilecek ise, buna ilişkin borçlandırııcı işlem de doğal olarak resmi şekle tabi olacaktır. Bu durum bizatihi ortaklık payının devrinin şekli bakımından ise bir değişiklik yaratmaz.



Dördüncü Bölüm

Adi Ortaklıkta Pay Devrinin Sonuçları

Ortaklık payının devrine ilişkin hukuki işlemlerin tabi olduğu kurallar açıklandıktan sonra çalışmanın son bölümünde devrin sonuçları incelenecektir. Pay devrinin şartlarında olduğu gibi devrin sonuçları bakımından da özel olarak bu konuyu düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Bu bağlamda devrin sonuçları bakımından sırasıyla devrin sonuçlarını doğurduğu an (§ 8), ortaklık üzerindeki etkisi (§ 9), iç ilişkide pay sahipliğinden doğan hak ve borçlar üzerindeki etkisi (§ 10), dış ilişkide ortaklık borçlarından doğan sorumluluğa etkisi (§ 11), ortaklık ilişkisi çerçevesinde üçüncü kişilerle kurulan sözleşmelerdeki taraf sıfatına etkisi (§ 12) ve son olarak usul hukuku bakımından sonuçları (§ 13) değerlendirilecektir.

§ 8. Devrin Sonuçlarını Doğurduğu An

Diğer ortakların rızasının devir işleminden önce verilmiş olması halinde geçerli şekle uygun olarak yapılan devir sözleşmesi kurulması ile sonuç doğuracaktır. Buna karşın diğer ortakların rızasının devir sözleşmesinin kurulmasından sonra alınması halinde devrin hangi andan itibaren sonuç doğuracağı konusunda tereddüt yaşanabilir. Bu tereddüt devrin son ortağın rızasının alınması anından itibaren ileriye etkili olarak mı yoksa yine son ortağın rızasının alınması ile birlikte sözleşmesinin kurulmasından itibaren geçmişe etkili olarak mı sonuç doğuracağı konusundadır.⁶⁸⁵ Bu tespit özellikle devir sözleşmesi ile rızanın verilmesi arasında gerçekleşen ortaklık faaliyetinden doğan sonuçların devreden veya devralandan hangisine yükleneceği konusunda belirleyicidir.

Bu bağlamda ilk olarak devir sözleşmesinin içeriğinin incelenmesi gerekir. Devir sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme mevcut ise ve diğer ortaklar da bu sözleşme hükmünün bilincinde olarak devre rıza göstermişlerse bir nevi geçmişe etkiden bahsedilebilir. Sözleşme ile kabul edilen geçmişe etki sadece taraflara işlem sonuçlarını anlaşılan anda doğurmuşçasına hareket etme borcu yükler ve işlemin gerçek anlamda geçmişe etkili sonuç doğurmasına sebep olmaz.⁶⁸⁶ Ancak ortaklık payının devri bağlamında bu gibi bir borçlandırıcı etki gerçek anlamda geçmişe etki ile ulaşılması amaçlanan faydayı büyük ölçüde sağlar. Buna mukabil anılan bu iki şarttan birinin mevcut olmaması halinde sorun güncelliğini korumaktadır.

Özellikle Alman öğretisinde hâkim görüş BGB § 184'e uygun olarak devrin son ortağın onayı ile birlikte devir sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren gerçek anlamda geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı yönündedir.⁶⁸⁷ Anılan hüküm hukuki işlemin türü bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın işlemin geçerliliği için sonradan onay

⁶⁸⁵ Payın devrine sözleşmenin devri ile alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması arasındaki farklardan biri de bu konudur. Zira sözleşmenin devrinde diğer ortakların katılımı bir kurucu unsur teşkil edeceği için işlem son ortağın irade beyanından itibaren sonuç doğurur. Alacağın devri hükümleri bağlamında ise aşağıda tartışılacağı üzere farklı bir sonuca varmak mümkündür.

⁶⁸⁶ **Andreas von Tuhr**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München & Leipzig: Duncker & Humblot, 1914, s. 28.

⁶⁸⁷ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 38; **Henssler/Strohn/Kilian**, GesR, BGB § 719, kn. 17; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 116; **Staudinger BGB-Habermeier/Deuter**, § 719, kn. 10. Aksi yönde bkz. **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 14. Belirtmelidir ki *Hadding*'in payın devrini sözleşmenin devri hükümlerine tabi tutması nedeniyle işlemin son ortağın irade beyanı ile ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını kabul etmesi doğaldır.

(icazet) verilmesi halinde işlemin – aksi öngörülmediği müddetçe – geçmişe etkili olarak geçerli olacağını düzenlenmektedir. Buna karşın Türk ve İsviçre hukukunda icazetin geçmişe etki doğuracağına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle her bir durum bakımından geçmişe etkinin özel olarak değerlendirilmesi gerekir.

Diğer ortakların rızasının tasarruf yetkisi eksikliğini giderici nitelikte olması geçmişe etki değerlendirmesini de etkilemektedir. Zira geciktirici şarta bağlı işlemler TBK 170 II uyarınca şartın gerçekleşmesi ile ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Kanuni şarta bağlı işlemlerde ise tarafların iradesi işlemin kurulma anında hüküm doğurmasıyken kanuni şart nedeniyle bu sonuç henüz ortaya çıkmamaktadır. Bu nedenle, aksi açıkça öngörülmedikçe veya işlemin niteliğine aykırılık olmadığı müddetçe, kanuni şarta bağlı işlemler şartın gerçekleşmesi ile birlikte geçmişe etkili olarak sonuç doğurur.⁶⁸⁸ Onaya bağlı işlemlerde de genel olarak onayın verilmesi ile birlikte işlemin geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı kabul edilir.⁶⁸⁹ Tamamlayıcı unsur bağlamında onaya bağlı işlemlerde sıklıkla karşılaşılan örnekler ise sınırlı ehliyetsizin veya yetkisiz temsilcinin yaptığı tasarrufa kanuni temsilcinin icazeti veya temsil olunanın icazeti halleridir.⁶⁹⁰ Aynı sonuç tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan işlemler bakımından da kabul edilmektedir.⁶⁹¹ Ancak bu son durumda bir ayrım önem taşır. Geçmişe etki, tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan işleme tasarrufa yetkili hak sahibinin onayı halinde doğar. Buna karşın işlemi yapan sonradan hakkı iktisap ederek tasarruf yetkisini kazanırsa bu durumda tasarruf ancak o andan itibaren sonuç doğurur.⁶⁹² İşlemin tarafının hakkın sahibi olduğu halde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olduğu kimi hallerde de onayın işlemi geçmişe etkili olarak geçerli kıldığı görülmektedir. Örnek olarak evlilik birliğinde eşlerin TMK 194 I, 199 I ve 223 II kapsamında yaptığı tasarruflarda diğer eşin rızasının aranması

⁶⁸⁸ **Haluk Nami Nomer**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul: Beta, 2002, s. 97.

⁶⁸⁹ **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 102 vd. Kanuni şartta olduğu gibi onaya bağlı hukuki işlemlerde de tarafların iradesinin işlemin baştan itibaren sonuç doğurması olduğu gerekçesi ile onayın kural olarak geçmişe etki doğuracağı yönünde bkz. **Andreas von Tuhr/Hans Peter**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. b., Zürich: Schulthess, 1979, s. 153 ve burada dn. 71; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 92, dn.14.

⁶⁹⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 594; **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 102-103.

⁶⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 594; **Nomer**, Borçlar Hukuku, kn. 36.7; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 378-379.

⁶⁹² **Nomer**, Borçlar Hukuku, kn. 36.7; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 378-384. *Nomer* bu ihtimalde onayı bir kanuni şart olarak değerlendirmektedir. Benzer bir ayrım icazeti tasarruf işlemlerinde özelinde düzenleyen BGB § 185 bağlamında da kabul edilmektedir. Bkz. **Neuer**, § 54, kn. 24-40.

gösterilebilir.⁶⁹³ Görüldüğü üzere genel olarak onaya tabi işlemlerden ve konumuzla yakından ilgili olan tasarruf yetkisi sınırlı kişinin yaptığı onaya tabi işlemlere kadar geçmişe etkinin kabul edildiği görülmektedir. Bu sonuç genel olarak onaya tabi işlemlerde taraflar işlemi başta ne şekilde yaptıysa onayın içeriğinin de ancak buna uygun olabilmesi, haliyle işlemin yapıldığı andan itibaren sonuç doğurması gerektiği düşüncesi ile uygundur.⁶⁹⁴

Meseleyi payın devrinin tabi olduğu alacağın devri hükümleri özelinde de incelemekte fayda vardır. Alacağın devrinde hak sahibinin alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan ve borçlunun menfaatleri gözetilerek getirilen kanuni devir engelleri bakımından borçlunun onayı alacağın devrinin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmasını sağlar.⁶⁹⁵ Yine borçlunun rızası ile bertaraf edilebilecek olan ve hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan devir engelleri bakımından da aynı kural söz konusudur.⁶⁹⁶

Bu aşamada ortaklık payının devrinin yukarıda onaya tabi tasarruf işlemleri ve alacağın devri bakımından varılan sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir özelliğinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Payın devrini sözleşmenin devri hükümlerine tabi kılan yazarlar bir yana bırakıldığında geçmişe etki öğretide sınırlı olarak reddedilmektedir. Bu görüşe göre payın devri dar anlamda üçüncü kişinin rızasının arandığı bir işlem değildir. Burada üçüncü bir kişinin yaptığı tasarrufa onay vermekten ziyade kişisel özelliklerin ağır basmasından dolayı ortakların ortaklığın kişi yapısının değişmesine yönelik irade uyuşması aranmaktadır.⁶⁹⁷ Ortakların rızası tasarruf yetkisi eksikliğini gidermekle birlikte tasarruf işleminin bir parçası değildir, aksine ortaklığın iç ilişkisindeki bir karardır.⁶⁹⁸ Bu gibi bir yorum ortakların rızasını tasarruf işleminin tamamlayıcı unsuru olmadığı sonucunu doğurur. Tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesi ise ancak iç ilişkide alınan bir karar ile birlikte ilgili payın somut devir özelinde

⁶⁹³ **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, kn. 719; **Dural/Öğüz/Gümüş**, kn. 895, 985.

⁶⁹⁴ Bkz. yuk. dn. 689.

⁶⁹⁵ **Kapancı**, TBK m.183, kn. 41. Yazar bu durumu genel olarak düzenleyen bir hüküm bulunmaması karşısında yukarıda örneği verilen yetkisiz temsile ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanmakta ve örnek olarak TBK 322 II, 366 I ve 380 II düzenlemelerini göstermektedir.

⁶⁹⁶ **Kapancı**, TBK m.183, kn. 53.

⁶⁹⁷ **Müller**, kn. 340. Türk hukukunda benzer gerekçeler ile geçmişe etkinin reddi bakımından bkz. **Bingöl**, s. 259-260, 279-280.

⁶⁹⁸ **Müller**, kn. 342-343.

devredilebilir bir niteliğe kavuşturulması ile açıklanabilir.⁶⁹⁹ Bu kendi içinde tutarlı bir çıkarım olacaktır. Buna karşın alacağın devrinde borçlunun onayı ile bertaraf edilebilen kanundan veya ilişkinin niteliğinden kaynaklı devir engellerinde görülen borçlunun korunması amacına benzer şekilde burada da borçluya benzer konumdaki diğer ortakların menfaatleri korunmaktadır. Özellikle ilişkinin niteliğinden kaynaklanan engellerde borçlunun olağanüstü durum değişikliklerinden korunması ile ortakların kişi yapısındaki değişikliklerden korunmasındaki menfaat örtüşmektedir. Bunun ortaklığın iç ilişkisindeki bir karar ile sağlanması ise değerlendirmeyi etkilememelidir, zira amaç halen ortakların bu konudaki şahsi menfaatlerinin korunmasına ilişkin iradelerini ortaya koymalarıdır. Kaldı ki rızanın bir ortaklık kararı ile verilmesi de zorunlu değildir, her bir ortağın ayrı ayrı iletmiş müspet irade beyanı yeterlidir.

Sonuç olarak rıza şartının kanundan veya hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklandığının kabulünden bağımsız olarak aynı sonuca varılacaktır. Daha önce açıklandığı üzere payın devrinde rıza şartı diğer ortakların menfaatlerini korumayı amaçlayan ve ortağın payı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayan bir devir engelidir. Gerek onaya tabi tasarruf işlemleri gerekse alacağın devri bağlamında varılan sonuçla uyumlu olarak devrin ortakların rızası ile birlikte geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağını kabul etmek gerekir. Bu sonucun olağan şartlarda tarafların iradesi ile de uyumlu gözüktüğü söylenebilir. Onaya tabi işlemler özelinde değinildiği üzere devrin tarafları olağan olarak işlemin yapıldığı şekliyle ve bu an itibarıyla etki doğurması istenci içindedirler, diğer ortaklar ise bu şartlardaki somut işleme rıza göstermektedirler. Aksini amaçlayan tarafların bunu açık bir geciktirici şart olarak düzenlemeleri ve devre ileriye etki tanımları da pek tabii mümkündür.

Devir işlemini geçmişe etkili olarak ayakta tutmak devrin sonuçları bağlamında bazı hak ve borçların devralana hangi anda intikal edeceğinin belirlenmesi bakımından önem taşır. Bu sonuçlar aşağıda ayrıca incelenecektir.

⁶⁹⁹ Diğer ortakların rızasının devredilebilirliği bakımından payın içeriğine ilişkin olmaması bakımından aksi yönde bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 352.

§ 9. Devrin Ortaklık Üzerindeki Etkisi

Normal şartlarda yoğun kişisel ilişkiye dayanan adi ortaklık ilişkisinde ortaklık yapısındaki değişikliklerin ortaklığın sona ermesine yol açması beklenir. Nitekim katı olarak belirli kişilerin ortak olabileceği elbirliği ortaklıklarında durum bu şekildedir. Örneğin sadece eşlerden oluşabilecek evlilik birliğinde mal ortaklığında ortaklık yapısında değişiklik mümkün değildir.⁷⁰⁰ Adi ortaklık da kural olarak bu değişikliklere kapalı bir kişi birliği olmakla birlikte, diğer ortakların rızası çerçevesinde ortaklık sona ermeksizin ortaklık yapısında değişiklik mümkündür. Örneğin ortaklardan birinin ölümü veya tasfiye payının paraya çevrilmesi bir sona erme sebebiyken kalan ortakların iradesine bağlı olarak ortaklığın devamı sağlanabilir. (bkz. TBK 633 & 639) Bu ilke ortaklık payının devrinde de geçerlidir.

Payın devri de dahil olmak üzere ortaklık yapısındaki bu değişiklikler ortaklığın sona erip yeniden kurulmasını gerektirmediği gibi ortaklığın ayniyetini/kimliğini de etkilemediği kabul edilir.⁷⁰¹ Bu durum adi ortaklığın hak ehliyetinin açıkça tanındığı Alman hukuku bakımından oldukça normaldir. Bu ilke Türk-İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir. Bu, adi ortaklığın ortaklarından belirli ölçüde bağımsızlaşmış bir kişi birliği olduğunun göstergelerinden biridir.⁷⁰²

⁷⁰⁰ **Larenz/Wolf**, § 9, kn. 34.

⁷⁰¹ **Şener**, Adi Ortaklık, s. 380; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 306; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591; **v. Steiger**, s. 407; **Zobl**, s. 167; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 24 vd.; **Müller**, kn. 203 vd.; **Larenz/Wolf**, § 9, kn. 34; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 133.

⁷⁰² Benzer yönde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591.

§ 10. Devrin Pay Sahipliğinden Doğan Hak ve Borçlar Üzerindeki Etkisi

Devrin pay sahipliğinden doğan hak ve borçlara etkisi bağlamında içeriği itibarıyla iki farklı pay devri ile karşılaşılır. Kural olarak devralan, payın devri ile birlikte, ortaklık ilişkisinde tüm hak ve borçlar bakımından devreden ortağın yerini alır.⁷⁰³ Bu ihtimalde iç ilişi bağlamında payın olduğu gibi/aynen (*translativ*) devri söz konusudur ve pay sahipliğine bağlı hak ve borçlarda herhangi bir değişiklik yaşanmaz. Diğer ihtimal ise payın değiştirici/kurucu (*konstitutiv*) devridir. Bu ihtimalde ise devralana devreden ortağın sahip olduğu haklardan farklı nitelik veya nicelikte haklar tanınması söz konusudur. Görece istisnai olarak nitelendirilebilecek bu devir için ortakların sadece payın devrine yönelik rızasından öte payın içeriğindeki değişikliklere özel olarak rıza göstermeleri gerekir.⁷⁰⁴ Ortaklık sözleşmesinde payı devralacak üçüncü kişilerin sahip olacağı haklar bakımından bazı sınırlamalar öngörülmesi de devre değiştirici nitelik kazandırır.⁷⁰⁵

A. Üyelik Hakları Bakımından

Payın devri ile birlikte devreden, üyelik haklarının tamamını kaybederken devralan devreden sahip olduğu oy hakkı, bilgi alma hakkı, yönetim hakkı ve temsil yetkisi gibi üyelik haklarının tamamını kural olarak kazanır.⁷⁰⁶ Zira bu haklar ortaklık payından ayrılabilir nitelikte değildir ve kaderleri payın kaderine bağlıdır.⁷⁰⁷ Bununla birlikte diğer ortakların temsil veya yönetim yetkisi gibi belirli üyelik haklarından arı olacak şekilde devre şartlı bir onay vermeleri mümkündür.⁷⁰⁸ Payın devri halinde ortakların yönetim ve temsil bakımından yeni bir karar almaları veya devre bu doğrultuda rıza göstermeleri uygulamada karşılaşılabilecek bir durumdur. Ancak doğal olarak yukarıda değiştirici/kurucu devir olarak nitelendirilen bu devirde devralanın vazgeçilemez

⁷⁰³ v. Steiger, s. 409; Zobl, s. 168; BK-Fellmann/Müller, Art. 542 OR, kn. 127; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 39.

⁷⁰⁴ Flume, Personengesellschaft, s. 352. Bu, devralan ortağın bazı ortaklık haklarında kısıtlamaları gidilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Bkz. v. Steiger, s. 409, dn. 165.

⁷⁰⁵ Zobl, s. 168.

⁷⁰⁶ Şener, Adi Ortaklık, s. 380; Ayar, “Ortaklık Yapısı”, s. 1028; Müller, kn. 384; BK-Fellmann/Müller, Art. 542 OR, kn. 132, 140; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 542 OR, s. 42, 49; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 40; MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 137.

⁷⁰⁷ BK-Fellmann/Müller, Art. 542 OR, kn. 130, 145; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 40; MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 137.

⁷⁰⁸ Müller, s. 385.

nitelikteki üyelik haklarından mahrum bırakılması söz konusu olamaz. Örneğin, devralanın bilgi alma hakkından veya ortaklığın feshini talep etme hakkından mutlak olarak mahrum bırakılması mümkün değildir.

Üyelik hakları bakımından önem arz eden bir diğer durum devredenin münhasıran kişisel özellikleri nedeniyle kendisine tanınmış olan hakların akıbetidir. Öğretide genel olarak bu gibi hakların devir ile birlikte son bulacağı ve devralana geçmeyeceği kabul edilmektedir. Devreden ortağın mesleği gibi kişisel özellikleri nedeniyle yönetim ve temsil yetkisinin kendisine verilmesi, daha yüksek bir oy hakkına sahip olması bunlara örnektir.⁷⁰⁹ Bu noktada mezkûr üyelik hakkının bu nitelikte olup olmadığı bir yorum meselesidir.⁷¹⁰ Zira üyelik haklarındaki her farklılaşma ilgili ortağın kişiliğinden kaynaklanmak zorunda değildir ve bu değerlendirmede dikkatli olunmalıdır.

Örneğin, yönetim ve temsil yetkisinin kanundan kaynaklı olarak tüm ortaklarda olduğu bir ortaklıkta devralanın da bu yetkiye sahip olacağından şüphe yoktur. Devreden de içinde bulunduğu belirli ortakların yönetim ve temsil yetkisine sahip olması da her zaman bu yetkinin ortağın kişiliğinden kaynaklandığını göstermez. Bu durum çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin, belirli özellikleri nedeniyle sadece bu ortakların yetkili kılınması amaçlandıysa artık devredene özgü bir haktan bahsedilebilir. Buna karşın tüm ortaklar yetkili kılınmak istendiği halde belirli ortakların özel sebeplerle bu yetkiden mahrum bırakılması amaçlandıysa artık devreden bu hakkı kişiliğine özgü olarak nitelendirilemez. Benzer bir durum tüm ortakların yönetime yetkili olduğu ancak devreden sadece kendisine ilişkin kişisel sebeplerle bu yetkiden mahrum bırakıldığı bir ihtimalde de ortaya çıkar. Bu durumda da devir sözleşmesinde özel bir düzenleme olmasa dahi devreden yetkili olmadığı halde devralan bu üyelik hakkına sahip olacaktır.⁷¹¹ Yine sıklıkla karşılaşılabilecek bir diğer örnek de ortaklardan birinin sermaye payının diğer ortaklara kıyasla daha yüksek değerde olması nedeniyle daha fazla sayıda oya sahip olmasıdır. Bu ihtimalde de ilgili üyelik hakkının doğrudan ortağın kişiliğinden kaynaklandığını söylemek kolay olmaz. Tereddüt doğurabilecek hallerde devreden

⁷⁰⁹ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 151-152; **Müller**, kn. 385; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 49; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 41; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 137.

⁷¹⁰ **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, s. 151; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 41; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 137.

⁷¹¹ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 41.

hangi üyelik haklarına ne ölçüde sahip olacağının devir sözleşmesinde açıkça yazılması ve diğer ortakların rızasının buna uygun olarak alınmasında fayda vardır.

Son olarak üyelik haklarının ortağın kişiliğinden kaynaklanması hallerinde dahi bunların tümüyle devredilemez nitelikte olmadığı unutulmamalıdır. Daha önce başvurduğumuz örnekte olduğu gibi devreden sadece kişisel özellikleri nedeniyle diğer ortaklara nazaran daha yüksek bir oy hakkına sahip olması ve devir sözleşmesinde bu konuda bir hüküm olmaması halinde devralanın bu yüksek oy hakkına sahip olmayacaktır. Ne var ki, devir sözleşmesinde kişisel nitelikteki üyelik haklarının da devredilmiş olduğu öngörülebilir ve diğer ortakların bu konudaki açık rızası ile böyle bir devir geçerli olur. Bu rıza sadece payın devrine değil, ayrıca kişisel nitelikteki üyelik haklarının da geçişine yönelik olmalıdır.⁷¹² Bu itibarla verilen örnekte, devralan mezkur yüksek oy hakkına sahip olur.

B. Malvarlığı Hakları Bakımından

Payın devrinin malvarlığı hakları bakımından sonuçlarını iki ayrı grupta incelemekte fayda vardır. Bunlar (1) ortaklık malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğinin ve (2) diğer malvarlığı haklarının geçişidir.

1. Ortaklık Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Hak Sahipliğinin Geçişi

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere adi ortaklıkta kural olarak elbirliği ilkesi geçerlidir. Elbirliği ilkesinin bir sonucu olarak bu malvarlığı ortakların kişisel malvarlıklarından ayrı bir özel malvarlığı teşkil eder ve ortakların bu malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliği paylı hak sahipliğindeki gibi birbirinden ayrı paylar üzerinden sağlanmaz. Aksine, ortaklar bir birlik olarak elbirliği ilişkisi içinde hak sahibidirler ve ortakların bu değerler ile aralarındaki hak sahipliği ilişkisi ortaklıktaki pay sahipliği üzerinden sağlanır. Her kim ortaklığın mensubu ise diğer ortaklar ile birlikte ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde hak sahibidir.⁷¹³

Bu hak sahipliği yapısı özellikle ortaklığa katılma ve ortaklıktan ayrılma hallerinde hak sahipliğindeki değişikliği açıklamak için önemlidir. Zira kişi yapısındaki bu değişikliklerde malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğinde paylı mülkiyet payının

⁷¹² Aynı yönde bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 352.

⁷¹³ Bkz. yuk. § 3. D. 4 ve § 5. A. 4.

devri gibi bir değişiklik yaşanmaz.⁷¹⁴ Aksine katılan ortağın diğer ortaklar ile birlikte elbirliği ilişkisine dahil olması – diğer bir ifade ile hak sahibi olan kişi birliğine katılması – ayrılan ortağın ise bu ilişkiden çıkması söz konusudur. Bu hallerde diğer ortakların geniş anlamı ile malvarlığı payı ile buna bağlı hak ve yetkilerinde – örneğin tasfiye payında – daralma veya genişleme yaşanır. Bu değişiklik Alman-İsviçre hukukunda genişleme (*Akkreszenz/Anwachsung*) ve daralma (*Dekreszenz/Abwachsung*) ilkesi olarak ifade edilmektedir.⁷¹⁵ Bu ilke Türk öğretisinde de kabul görmüştür.⁷¹⁶ Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması halinde yaşanan bu değişikliklerde tescilin açıklayıcı nitelikte olması da elbirliğindeki bu ilkedен kaynaklanır.⁷¹⁷

Elbirliği ile hak sahipliğine yönelik bu açıklama pay devrinde de önem taşır. Zira elbirliği halinde hak sahipliği pay sahipliği ile ve dolayısı ile ortaklık payı ile ayrılamaz bir bağlantıya sahiptir.⁷¹⁸ Bu nedenle ortaklık payını iktisap eden devralan başkaca bir tasarruf işlemine gerek olmaksızın ortaklık malvarlığı değerleri üzerinde diğer ortaklar ile birlikte hak sahibi haline gelir.⁷¹⁹ Yukarıda açıklandığı üzere bu gerçek anlamda bir mülkiyet veya hak sahipliği devri değildir ve kural olarak sadece hak sahibi olan birliğin kişi yapısında bir değişiklik meydana getirir.⁷²⁰ Bu nedenle ortaklık malvarlığında bir taşınmaz bulunması halinde bu değişikliğin tapu sicilinde gösterilmesi amacıyla açıklayıcı tescil yapılması yeterlidir.⁷²¹ Benzer bir durum ortaklık malvarlığında bulunan

⁷¹⁴ Paylı mülkiyette her paydaşın kişisel malvarlığında müstakil bir hak teşkil eden birer mülkiyet payı bulunur. Bu nedenle mülkiyet payının üçüncü kişiye devri bir malvarlığı değeri üzerinde tasarruf teşkil eder. Elbirliği ile hak sahipliğinde ise ortakların kişisel malvarlığında devri kabil müstakil bir haktan bahsedilemez.

⁷¹⁵ **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 652 ZGB, kn. 9-12, 69-70; **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 11; **Huber**, s. 62 vd.; **MüKoBGB-Schäfer**, § 718, kn. 6-9.

⁷¹⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, ss. 636-37; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, kn. 1359; **Nomer/Ergüne**, kn. 785-786; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 587; **Eren**, s. 132-133. Miras payının devri bağlamında benzer yönde bkz. **Sungurbey**, s. 274.

⁷¹⁷ **BK-Meier-Hayoz** (1981), Art. 652 ZGB, kn. 70; **BSK-Vogt**, Art. 544 OR, kn. 11; **MüKoBGB-Schäfer**, § 718, kn. 9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 637; **Nomer/Ergüne**, kn. 785; **Eren**, s. 132.

⁷¹⁸ **Müller**, kn. 368-369; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 130; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 41; **Henssler/Strohn/Kilian**, GesR, BGB § 719, kn. 5.

⁷¹⁹ **Şener**, Adi Ortaklık, s. 380; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, kn. 96a; **Müller**, s. 368-369; **Bingöl**, s. 373; **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 130; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 41; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 39; **Henssler/Strohn/Kilian**, GesR, BGB § 719, kn. 5.

⁷²⁰ Bkz. yuk. § 7. B. 3. b.

⁷²¹ **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 591; **Kendigelen/Kırca**, Şirketler I, kn. 306; **Zobl**, s. 169; **Müller**, kn. 382; **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 31, 13; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 133. Aksi yönde bkz. **Wendt**, s. 55-56; **Simonius/Sutter**, § 16, kn. 64, 66.

intifa hakkı bakımından da söz konusudur. Ortakların kişiliği göz önünde bulundurulmaksızın ortaklık menfaatine kurulmuş olması nedeniyle intifa hakkı, payın devri gibi ortaklığın kişi çevresindeki değişikliklerden etkilenmeyecektir. Bu bağlamda payın devri ve hak sahipliğindeki değişiklik intifa hakkının devredilmezliği ile çelişki yaratmaz.⁷²²

Ortaklık payının tümüyle devri halinde hemen yukarıda açıklanan genişleme ve daralma durumu söz konusu olmaz. Zira payı devralan üçüncü kişi devreden ortağın tüm haklarına halef olur ve diğer ortakların hak sahipliğinde herhangi bir daralma veya genişleme yaşanmaz. Buna karşın söz konusu ilke payın kısmen devrinde uygulama alanı bulur. Payını kısmen devreden ortağın hak sahipliği bu devir sonucunda daralırken, devralan ortak bu daralma ölçüsünde hak sahipliği ilişkisine dahil olur. Bununla birlikte diğer ortakların hak sahipliği ilişkisindeki konumunda yine bir değişiklik olmaz.

Bu hususta son olarak paylı hak sahipliğinin benimsendiği ortaklıklara değinmek gerekir. Bu ortaklıklarda pay sahipliği ile ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği arasında elbirliği ile hak sahipliğinde olduğu gibi ayrılamaz bir bağlantı bulunmamaktadır. Ortaklar malvarlığı değerlerindeki paylarında serbestçe tasarruf edebildikleri gibi ortaklık payının devri malvarlığı değerleri üzerindeki payın devri sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Bu nedenle, bu sonuç isteniyorsa, ortaklık payını devreden ortağın bu değerler üzerindeki payını ayrıca devretmesi gerekir.⁷²³ Daha önce de değinildiği üzere tarafların iradesi çoğu zaman ortaklık payının devrinin yanında malvarlığı değerleri üzerindeki payın da devri olacaktır. Ancak bu devir aynı metinde olsa dahi ayrı bir tasarruf işlemi teşkil eder.⁷²⁴

2. Diğer Malvarlığı Haklarının Geçişİ

Ortakların malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliği dışındaki diğer malvarlığı hakları; kazanç payı, tasfiye payı, katılma payının iadesi ve ücret, faiz, avans ve masrafları isteme hakkıdır.⁷²⁵ Ortaklık payının devrinin doğal sonucu bu hakların da başka bir işleme

⁷²² Özen, İntifa Hakkı, s. 31-32 vd burada dn. 68-69.

⁷²³ Aynı yönde bkz. Bingöl, s. 373-374; Müller, s. 383; BK-Fellmann/Müller, Art. 542 OR, kn. 131,144. Paylı hak sahipliğini benimsemiş ortaklıklarda da ortaklık yapının devrinin kendiliğinden malvarlığı değerleri üzerindeki payın devri sonucunu doğuracağı şeklinde aksi yönde bkz. ZK-Handschin/Vonzun, Art. 542 OR, kn. 41.

⁷²⁴ Bkz. yuk. § 7. E. 4.

⁷²⁵ Bkz. yuk. § 5. E. 1. b.

gerek kalmaksızın devralana geçmesidir. Bu haklar bakımından önemli olan husus kimi malvarlığı haklarının ortaklık payından ayrılabilir nitelikte olması ve doğumu ile birlikte serbestçe tasarrufa konu olabilmesidir. Bu nedenle bu malvarlığı haklarının ileride doğacak olanları müstakbel alacakların devri şeklinde tasarrufa da konu edilebilir. Doğmuş veya müstakbel kazanç payı alacağının veya müstakbel tasfiye payı alacağının devri bu konuda akla gelen ilk örneklerdir.

Malvarlığı haklarının bu niteliği özellikle devir anında mevcut olan hakların devralana geçip geçmeyeceği sorununu akla getirir. Kazanç payı üzerinden örneklendirilecek olur ise kazanç payı, bilançonun onaylanması ile ortağın kişisel malvarlığında bir alacak hakkı olarak doğmaktadır. Doğmuş olan kazanç payının dağıtılmasının ileriye bırakılması, diğer bir ifade ile muacceliyetinin ertelenmesi de mümkündür.⁷²⁶ Bu ihtimaller akla şu üç soruyu getirir: Devir anında doğmuş ve muaccel olmuş ancak henüz ödenmemiş kazanç payı devralanın malvarlığına geçecek midir? Devir anında doğmuş ancak muaccel olmamış kazanç payı devralanın malvarlığına geçecek midir? Devir anında içinde bulunulan mali yıl içinde devre kadar gerçekleşmiş faaliyet bakımından ilgili bilanço henüz düzenlenmemiş ve onaylanmamış olduğu için bu faaliyete ilişkin doğmamış kazanç payının akıbeti ne olacaktır?

Bu konuda ilk olarak hatırlanması gereken husus söz konusu kazanç payı alacağının ortaklık payından ayrı devredilebilirliğinden hareketle devir anlaşmasında bu konuda serbestçe düzenleme yapılabileceğidir. Devreden ve devralan özellikle doğmuş kazanç payı başta olmak üzere devir anlaşmasında açık veya örtülü olarak bu alacağın kimin uhdesinde kalacağını kararlaştırabilir. Bu bakımdan diğer ortakların rızası aranmaz.⁷²⁷ Çözüm aranan sorun devir sözleşmesinde bu gibi bir düzenleme bulunmaması halinde ne olacaktır.

Öğretideki hâkim görüş, taraflarca aksi öngörülmediği müddetçe müstakbel malvarlığı haklarının yanında halihazırda doğmuş ancak ödenmemiş olanların da payın devri ile birlikte devralana geçeceği yönündedir.⁷²⁸ Belirleyici olgu ise ilgili alacağın

⁷²⁶ Bkz. yuk. § 5. A. 2.

⁷²⁷ Aynı yönde bkz. **Müller**, s. 388, 340; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 43; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 18; **Flume**, Personengesellschaft, s. 353.

⁷²⁸ **Müller**, s. 388; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 43; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 11; **Harm Peter Westermann**, “§§ 705-740”, Erman-Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG, 15. b., Köln: Otto Schmidt, 2017, § 719, kn. 14.

ortaklık bilançosuna yansıtılmış ve devreden lehine ortaklık borcu olarak kaydedilmiş olmasıdır.⁷²⁹ Devredenin ortaklığa karşı ortak sıfatından kaynaklanmayan alacakları doğal olarak bu kapsamın dışındadır. Azınlıktaki diğer görüşe göre ise devir anında doğmuş olan alacaklar özel olarak öngörülmedikçe devir ile birlikte kendiliğinden devralana geçmez. Bu alacaklar devredenin ortak sıfatından bağımsız olan alacakları ile aynı akıbeti paylaşır.⁷³⁰

Soruna sadece kavramsal olarak yaklaşıldığında ikinci görüş ilgili alacağın doğumu ile birlikte paydan ayrılabilir bir nitelikte olması ve devredenin malvarlığında bağımsız bir değer oluşturması ile daha uyumlu gözükmektedir. Zira bu bağımsızlık devir bağlamında ortaklık payının akıbetine tabi olmamada da kendini göstermelidir ve bu alacakların devri için taraflar arasında en azından örtülü bir anlaşmanın bulunduğu ortaya konmalıdır. Kanaatimce öğretideki hâkim görüşün esas aldığı olgu olan ortaklık bilançosu bu anlamda önem taşır. Kazanç payı çoğu zaman ortaklık payının ekonomik değerinin belirlenmesinde – örneğin satış bedelinin tespitinde – dikkate alınan bir unsurdur. Ortaklığın bilançosu ise bu değerlemede esas alınan temel kaynaklardandır. Bu bağlamda muaccel dahi olsa halen ortaklık bilançosunda bulunan ve devre konu paya isabet eden kazanç payı alacağının değerlemede dikkate alınması olağan şartlarda normal gözükür.

Bu itibarla kazanç payı alacağı gibi serbestçe devredilebilir malvarlığı hakları bakımından kavramsal olarak ortaklık payı ile kendiliğinden devredilmiş sayılmaları sonucuna varılamayacak olsa da olağan bir devirde tarafların örtülü iradelerinin bu malvarlığı haklarının da ortaklık payı ile birlikte devralana intikal etmesi yönünde olduğu söylenmelidir. Aksi yönde bir sonucu arzu eden taraflar ise devir sözleşmesinde bunu açıkça kararlaştırabilirler.

Sonuç olarak bu bölümün başında sorulan üç soruya geri dönecek olur ise şu sonuca varılmalıdır: İlgili faaliyet yılı içinde elde edilmiş kazançla ilişkin henüz tespit edilmemiş ve dolayısı ile doğmamış kazanç payı üzerinde devralan hak sahibidir. Zira bu alacak kazanç payı doğumu anına kadar ortaklık sıfatına bağlıdır ve doğumu anında kim pay sahibi ise onun malvarlığında doğacaktır. Bu ihtimalde devir tarihine kadar olan ve henüz tespit edilmemiş kârın devredende kalması isteniyorsa bir ara bilanço düzenlenerek

⁷²⁹ Müller, kn. 388; MüKoBGB-Schäfer, § 719, kn. 43; MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 138.

⁷³⁰ Flume, Personengesellschaft, s. 353.

ilgili kazanç payının belirlenmesi ve devir sözleşmesi ile devralanda kalması da sağlanabilir. Muaccel olsun ya da olmasın devirden önce doğmuş olan kazanç payı ise devreden malvarlığında ortaya çıkmaktadır. Buna karşın payın devri halinde tarafların iradesinin yorumundan çıkan sonucun kural olarak bu alacağın da devredilmesi yönünde olacağı ve pay devrine ayrıca eklenen bir alacağın devri sonucunda bu alacak da devralana ait kabul edilmelidir.⁷³¹ Tarafların devir sözleşmesindeki aksi yöndeki iradelerinin tespit edilmesi halinde bu sonuç doğmayacaktır. Kazanç payı üzerinden varılan bu sonuç serbestçe devredilebilen diğer malvarlığı hakları olan ücret, faiz, avans ve masrafları isteme hakkı bakımından da uygulanabilir. Tasfiye payı alacağı ile katılma payının iadesine yönelik alacak ortaklık sona ermeden doğmayacağı için bu gibi bir sorun ile karşılaşılmaz. Zira bu alacaklar ortaklığın sona ermesi halinde o anda pay sahibi olan ortakların malvarlığında doğar.

Şu ana kadar genel olarak bu hakların akıbeti açıklanmıştı. Bu açıklamalar ile bağlantılı bir mesele de söz konusu malvarlığı haklarında devirden önce üçüncü kişi lehine bir tasarrufta bulunulmuş olması halinde bunların payın devrinden nasıl etkileneceğidir. Örneğin devreden kazanç payını daha önce üçüncü kişiye devretmiş olabilir veya bunun üzerinde rehin ya da intifa hakkı tanıma gibi tasarruflarda bulunmuş olabilir. Burada mevcut ve müstakbel alacaklar bağlamında ikili bir ayrıma gitmek mecburidir.

Payın devrinden önce doğmuş olan bir alacak, devirden önce üçüncü bir kişiye devredilmiş ise alacak artık devreden malvarlığında bulunmayacaktır ve devralanın iyiniyetini koruyan bir düzenleme bulunmadığı için ortaklık payını devralanın bu alacağı kazanması mümkün olmayacaktır. Bu alacağın benzer şekilde devirden önce rehin veya intifaya konu olması halinde de iyiniyetin korunmamasından ötürü devralan bu alacakları yüklü olarak kazanacaktır.

Buna karşın devir anında henüz doğmamış olan müstakbel alacaklar bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Meseleye müstakbel bir alacak üzerinde farklı zamanlarda yapılan iki devir ihtimaline benzer şekilde yaklaşılsaydı zamansal öncelik ilkesi gereği alacağı ilk olarak devralan üçüncü kişinin kazanımının korunacağı ve payın

⁷³¹ Bu ihtimallerde devre sonradan verilen rızasının geçmişe etki doğuracağı unutulmamalıdır. Haliyle devrin askıda olduğu dönemdeki kazanç payı alacağı devre onay verilmesi ile birlikte devralana aittir. Bu dönemde devredende yapılan ödemeler ise devralan lehine sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Limited ortaklıkta benzer yönde bkz. **Demirkapı**, s. 417.

bu haklardan arı olarak devredileceği sonucuna varılabilirdi.⁷³² Buna karşın payın devri ile birlikte ona bağlı olarak kazanılan müstakbel alacaklar ayrı bir tasarrufun konusu olarak devredilmemektedir, aksine payın devri ile birlikte bu alacakların kaynağı olan hukuki ilişki devredilmektedir. Bu haklar artık devralanın tarafı olduğu bu ilişkiden doğacaktır. Bu noktada önem arz eden husus müstakbel bir alacağın devrinin geçerli olması için devreden alacağın doğumu anında bu alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmesidir.⁷³³ Bu bağlamda müstakbel alacağa kaynaklık eden hukuki ilişkinin de sonradan bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde alacağın devrinin hükümsüz olacağı, zira devreden alacağın doğumu anında alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayacağı kabul edilir.⁷³⁴ Ortaklık payının devrinde de aynı gerekçe ile bu hakların payı devralan ortağın malvarlığında olacağı kabul edilmelidir.⁷³⁵

Diğer malvarlığı haklarının geçişi bakımından son olarak payın kısmen devrine değinilebilir. Oy hakkındaki bazı örneklerdekine benzer şekilde malvarlığı haklarının oransal olarak bölünebilir olmasından ötürü bu hakların devreden ve devralan arasında devir anlaşmasında belirlenen orana göre paylaştırılması gerekir.⁷³⁶ Kuşkusuz, taraflar bu konuda farklı bir düzenleme yapabilir.

C. Pay Sahipliğinden Doğan Borçlar Bakımından (İç İlişkideki Borçlar)

Pay sahipliğinden doğan haklarda olduğu gibi borçlar bakımından da diğer ortakların rızası çerçevesinde tarafların bu konuda da serbestçe belirleme yapabilecekleri kabul edilmelidir. Tarafların herhangi bir anlaşmasının bulunmadığı ihtimallerdeki sonuçları değerlendirmeden önce bir hususu ortaya koymak gerekir. Pay devri kural

⁷³² Alacağın iki farklı kişiye devri bakımından bkz. **Kapancı**, TBK m.183-194'e Genel Giriş, kn. 100-101.

⁷³³ **Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 11. b., Zürich: Schulthess, 2020, kn. 3438.

⁷³⁴ **Eugen Spirig**, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/1k/1, Das Obligationenrecht: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR: Art. 164 OR, 3. b., Zürich: Schulthess, 1993, s. 41.

⁷³⁵ **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 43, § 717 kn. 35.; **Flume**, Personengesellschaft, s. 354; **Müller**, s. 391. Limited ortaklıklarda sonuç bakımından aynı yönde bkz. **Demirkapı**, s. 420-421.

⁷³⁶ Aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 49; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 142. Bununla birlikte *Schulte ve Hushahn* payın bütünüyle devrinde doğmuş malvarlığı haklarının da devralana geçeceğine ilişkin kabulün payın kısmen devrinde sorgulanması gerektiğini ifade etmektedir. Zira payın bütünüyle devrinden farklı olarak kısmen devirde devreden ortaklıkta kalmaya devam etmektedir ve yazarlara göre bu ihtimalde devreden ortak mevcut alacaklarını kısmen dahi devretmek istemeyecektir.

olarak devralana herhangi bir yeni katılma payı getirme borcu yüklemeyiz.⁷³⁷ Zira devralan devreden ortağın konumuna yerleşmiştir ve ifa edilmiş olsun ya da olmasın esas olan devreden hali hazırda mevcut olan katılma payı getirme borcudur.⁷³⁸ Bununla birlikte yukarıda kurucu devir olarak adlandırılan hallerde tüm tarafların anlaşmasına uygun olarak devralana yeni katılma payı borcu yüklenmesinin önünde bir engel yoktur. Örneğin, diğer ortakların devralanın ortaklığa belirli bir sermaye getirmesi koşulu ile devre onay vermesi halinde durum bu şekildedir.

Payın devrinde devralanın konumu özen, sadakat ve rekabet etmeme yükümlülükleri bakımından herhangi bir özellik taşımaz. Bu borçlar ayrılamaz bir biçimde ortaklık payının bünyesinde ve devralan diğer ortaklar gibi bu yükümlülüklere tabi olur. Devreden ise sadece mevcut pay sahiplerinin yükümlü olacağı sadakat yükümlülüğü veya yönetim borcu gibi borçlardan kurtulacağından şüphe yoktur.⁷³⁹ Ancak genel olarak sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eden ettiği kabul edilen bağımsız koruma yükümlülüklerinin ortaklık ilişkisi bakımından devreden ortaklıktan ayrılmasından sonra da devam edeceği kabul edilmelidir. Örneğin, sır saklama yükümlülüğü devre rağmen bakidir.

Buna karşın özellikle maddi nitelikli borçlar bakımından devreden sorumluluğu öğretide tartışmalıdır. Katılma payı getirme borcu ve zarara katılma borcu maddi nitelikteki bu borçlara örnek gösterilebilir. Özellikle henüz ifası tamamlanmamış katılma payı borcu bakımından durum özel olarak incelemeye değerdir.

Alman öğretisinde hâkim görüş devralanın devir ile birlikte devirden önceki maddi nitelikteki borçlara halef olacağı, ancak devreden ortağın da bu borçlar bakımından kural olarak müteselsil sorumluluğunun devam edeceği yönündedir. Bir başka deyişle devralan bu borçlara katılmış olacaktır. Bu görüşün temel gerekçesi borçtan kurtulmanın ancak alacaklının rızası ile mümkün olabileceğidir. Diğer ortakların devre ilişkin verdikleri rıza ise özel olarak devreden bu borçlardan kurtulmasına yönelik olmadığı müddetçe – devreden bakımından – borcun sona ermesi sonucunu doğurmaz. Taraflar devir

⁷³⁷ Aynı yönde bkz. **BK-Fellmann/Müller**, Art. 542 OR, kn. 127; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 39.

⁷³⁸ Bu, ortaklık payının devrinin çift sözleşme ilse devirden teorik olarak ayrıldığı özelliklerden birisidir. Çift sözleşme ile devirde her ne kadar çoğu zaman alacaklar arasında bir takas ilişkisi kurulacak olsa da devralan ortaklığa yeni bir ortak olarak katılımından kaynaklı bir katılma payı getirme borcu altındadır.

⁷³⁹ Aynı yönde bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 353.

sözleşmesinde devredenın veya devralanın devirden önceki pay sahipliği borçlarından sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşmaya varmış olsalar dahi bu anlaşma diğer ortakların açık rızası bulunmadığı müddetçe sadece devreden ve devralan arasında sonuç doğurur.⁷⁴⁰ Örneğin ortaklık sözleşmesinde devre yönelik olarak verilmiş genel nitelikli bir rıza diğer ortakların bu içerikteki bir anlaşmaya rıza gösterdikleri sonucuna varmak için yeterli değildir.⁷⁴¹ Alman Federal Mahkemesi malvarlığı haklarına benzer şekilde devralanın bu borçlardan sorumluluğunu sadece ortaklığın finansal tablolarından anlaşılabilir olanlarla sınırlamaktadır.⁷⁴²

Buna karşın İsviçre öğretisinde devredenın müteselsil sorumluluğunun reddedildiği görülmektedir. Öncelikle devredenın sorumluluktan kurtulması pay devrinin pay sahipliğinden kaynaklı bütün hak ve borçlara halef olunmasının bir sonucudur. Bunun yanında devredenın müteselsil sorumluluğunun doğmasına neden olacak bir kanuni dayanak da bulunmamaktadır. Pratik sonuçları bakımından ise müteselsil sorumluluk her ne kadar diğer ortakların menfaatlerini korumayı amaçlasa da sorumluluğun devamı özellikle önemli miktarda borca sahip olan bir ortağın payını devretmekten imtina etmesi sonucunu doğurur.⁷⁴³ Bu durum payın tedavül kabiliyetini oldukça kısıtlar. Devirle birlikte devredenın sorumluluğu sona erer ve devreden söz konusu borçlardan tek başına sorumlu olur.⁷⁴⁴ Bu sonuçla karşılaşmak istemeyen diğer ortakların devre onay vermemeleri veya bir güvence talep etmeleri gibi seçenekleri mevcuttur.⁷⁴⁵ Hatta bu

⁷⁴⁰ Kanaatimce bu görüşün kabulü halinde dahi diğer ortakların borcun üstlenilmesine ilişkin rızasının varlığını kabul etmek için bunun ortaklarca açıkça ifade edilmesine gerek olmamalıdır. Diğer ortaklar bu içerikteki devir sözleşmesini gördükten sonra borcun üstlenilmesine ilişkin açık bir irade beyanında bulunmasalar dahi örtülü olarak bu sonucu kabul etmiş sayılmalıdır.

⁷⁴¹ **Flume**, Personengesellschaft, s. 353; **MüKoBGB-Schäfer**, § 719, kn. 43-45; **SoergelBGB-Hadding/Kießling**, § 719, kn. 19; **ErmanBGB-Westermann**, § 719, kn. 12; **MHdB GesR-Schulte/Hushahn** (2019), § 10, kn. 139; **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 18, kn. 59. Alman Federal Mahkemesi bir kararında ortaklık sözleşmesinde payın devredilebilirliğine ilişkin hükümde bulunan “devralan devredenın tüm hak ve borçlarına sahip olur” gibi bir ifadeyi devredenın sorumluluğunun sona ermesi bakımından yeterli görmüştür. Bkz. BGH II ZR 231/07, 09.02.2009 (NJW-RR 2009, 753)

⁷⁴² BGH II ZR 120/64, 25.04.1996 (NJW 1966, 1307) Karar konu ortaklık bir kolektif ortaklık (OHG) olmakla birlikte bu karar ulaşılan sonuçlar bakımından öğretide adi ortaklık için de kaynak gösterilmektedir. Devralanın sorumluluğunu bu şekilde sınırlandırılması gerektiği yönünde bkz. **Flume**, Personengesellschaft, s. 353.

⁷⁴³ **Müller**, kn. 373-374.

⁷⁴⁴ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 42, 50; **v. Steiger**, s. 409. Nitekim devir yolu ile değil ancak yeni ortak alımı ile ortaklığa katılan ortağın bu tarihten önceki borçlardan sorumluluğu için borcun üstlenilmesi aranırken, payın devir halinde halefiyet nedeniyle bu işleme gerek duyulmamaktadır. Bkz. **BSK-Vogt**, Art. 542 OR, kn. 3.

⁷⁴⁵ **ZK-Handschin/Vonzun**, Art. 542 OR, kn. 43.

güvencenin, devredenin bu borçlara katılması suretiyle sağlanması ve böylece diğer görüş uyarınca kendiliğinden doğacağı savunulan sonuca ulaşılması mümkündür.

Ortaklık payının devrinin genel sonucunun devralanın pay sahipliğine ilişkin tüm hak ve borçlara halef olması karşısında bu borçlar bağlamından da farklı bir sonuca varılmaması uygun gözükmektedir. TBK 196 II kapsamında borcun dış üstlenilmesine ilişkin alacaklının rızasının örtülü olarak verilmesi mümkündür. Bu bağlamda borcun üstlenilmesi bakımından diğer alacaklının – yani diğer ortakların – rızasının aranması makul bir gerekçe olmakla birlikte, katılma payı borcunun nakli zaten pay devrinin içkin şartlarından biridir ve ortakların pay devrine yönelik rızası kural olarak borcun dış üstlenilmesine ilişkin örtülü bir rızayı da kapsar. Ortakların ortaklık sözleşmesinde devre yönelik olarak verdikleri genel rıza veya somut devre ilişkin icazetleri bu sonucun doğması için yeterli görülmelidir. Bu kabul ilk olarak devreden ve devralan arasındaki menfaatler dengesine uygundur. Payın devri ile birlikte kazanç payı, tasfiye payı gibi ortaklığın karına ilişkin menfaatlere ya da katılma payının iadesine yönelik alacağa tek başına sahip olan devralanın bunun karşısında bulunan zarara katılma veya ifa edilmemiş katılma payından da tek başına sorumlu olması gerekir. Buna ek olarak ulaşılan bu sonuç devrin tarafları ile diğer ortaklar arasındaki menfaatler dengesi bağlamında kabul edilebilir. İlk olarak somut bir pay devrine rıza gösteren ortakların devralanın kişiliği veya ödeme gücü gibi konularda bilgi sahibi olması olağandır. Bu özellikleri dikkate alarak verilen rıza karşısında diğer ortakların korunmaya mazhar bir menfaatinin bulunduğunu söylemek güçtür. Bu gerekçe karşısında akla ilk olarak payın devredilebilirliğine ortaklık sözleşmesinde izin verilen haller gelir. Bu ihtimalde dahi farklı bir sonuca varmamak gerekir. Zira ortaklığın kişi yapısındaki önemli bir değişikliğe ilişkin rızayı baştan sağlayarak payın devrini serbest kılan ortakların buna bağlı olan bu riski de üstlendiklerini söylemekte bir sakınca yoktur. Kaldı ki yukarıda değinildiği üzere bu risklerle karşılaşmak istemeyen ortakların devir halinde devreden devir anına kadar iç ilişkiden doğan sorumluluğunun devam edeceğini ortaklık sözleşmesinde öngörmelerine veya somut bir devre bu şart ile onay vermelerine de engel yoktur.⁷⁴⁶

Nitekim devreden müteselsil sorumluluğunun dayandırılabilmesi bir kanuni dayanak da bulmak güç gözükmektedir.⁷⁴⁷ Adi ortaklığa ilişkin düzenlemelerde devrin

⁷⁴⁶ Benzer yönde bkz. **Bingöl**, s. 359.

⁷⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 358.

sorumluluğa etkisine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kıyasen uygulanması düşünülebilecek olan kollektif ortaklığa ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise pay devrine uygulanabilir gözüken tek düzenleme TTK 236 II'dir. Bu hüküm ise sadece ortaklığın üçüncü kişilere olan sorumluluğunu düzenlemekte olup – devir yolu ile katılımı açıkça zikretmemekle birlikte – ortaklığa yeni katılan ortağın mevcut borçlardan diğer ortaklar ile birlikte müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. Burada değerlendirmeye konu sorumluluk bakımından ise kanun koyucu sessiz kalmıştır. Ayrılan ortağın iç ilişkideki borçlardan sorumluluğu bakımından limited ortaklıklarda özel bir düzenleme mevcuttur. TTK 585 aftıyla uygulama alanı bulan TTK 483 kapsamında pay bedelini ödemedede temerrüt sonucunda payı satılan pay sahibinin müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Ek ödemeler bakımından da TTK 604'te devirden sonraki iki yıl içinde ortaklığın iflası halinde devreden ortağın sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme Kooperatifler Kanunu 36'da da mevcuttur. Buna karşın özellikle TTK 604'ün gerekçesinin ortağın kolayca ortaklıktan ayrılmasına karşısında ortaklık malvarlığının ve dolayısı ile alacaklıların korunması olduğu görülmektedir. Adi ortaklıkta üçüncü kişilere karşı şahsi sorumluluğun bulunması ve devreden ortağın ortaklık alacaklılarına karşı müteselsil sorumluluğunun iki yıl süre ile devam etmesi⁷⁴⁸ karşısında bu düzenlemenin adi ortaklıklara kıyasen uygulanmasına da gerek yoktur.

Pay sahipliğinden doğan maddi nitelikte borçlar bakımından genel sonuç yukarıda açıklandığı şekilde ortaklık payının devrine eklemlenmiş bir borcun devri olduğu için bu konudaki bazı ihtimaller özel bir değerlendirmeyi gerektirir. Buradaki sorun ifa edilmemiş katılma payı borcunun, ifasında borçlunun şahsının önem taşıdığı bir borç olması veya devreden malvarlığındaki belirli bir taşınmaz mülkiyetinin devri gibi sadece devreden ifa edebileceği bir parça borcu olması halinde bu borcun da devralana intikal edip etmeyeceği, intikal edecekse bunun sonuçlarının ne olacağıdır. Bu bağlamda iki farklı değerlendirme yapılabilir. Bunlardan ilki bu gibi borçlar bakımından tarafların borcun nakline yönelik örtülü bir irade beyanının varlığının kabul edilmeyeceği, bu nedenle bu nitelikteki borçların devralana geçmeyeceğidir. Bununla birlikte bu sonuç devrin amacı ile pek örtüşür gözükmemektedir. Zira devreden ortağın pay devrindeki saiki ortaklık ilişkisinden ayrılmaktadır, devreden bu borçlardan halen sorumlu tutulması devreden devirden beklediği sonuç ile çelişir. Diğer değerlendirme ise münhasıran şahsi nitelikte olmayan ancak parça borcu teşkil eden borçların da devralana

⁷⁴⁸ Bkz. aş. § 11. D.

intikal edeceğidir. Ne var ki bu ihtimalde devralan devredenin borç konusu eşyanının mülkiyetini devretmesini iradi olarak sağlayamadığı müddetçe ifa imkansızlığı sonucu doğacaktır. Devredenin malvarlığındaki belirli bir taşınmazın mülkiyetini devretme borcu buna örnek olarak gösterilebilir.

Kanaatimce bu nitelikteki borçlar bakımından kapsayıcı bir genel sonuca varmak mümkün değildir. Her ne kadar şahsen ifasında alacaklının menfaati bulunan borçların da alacaklının rızası ile üstlenilebileceği kabul edilse de⁷⁴⁹ bu ihtimallerde diğer ortakların örtülü rızasının bulunup bulunmadığı nihayetinde bu bir yorum meselesidir ve somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Mesele benzer nitelikteki birkaç borç üzerinden örneklendirilebilir. Tamamı tiyatro oyuncusu olan ortakların hep birlikte bir eser sergilediği ve ortakların katılma payı borcunun bu eserde bizzat rol alarak emek sarf etmek olduğu bir ortaklık örnek olarak düşünülebilir. Bu ortaklıkta devralan üçüncü kişi de yine bir tiyatro oyuncusu ise tarafların iradesinin şahsi nitelikteki bu katılma payı borcunun da devralana intikal etmesi yönünde olduğu söylenebilir. Benzer bir yorum müteahhit olan ortakların ortaklık kapsamında yaptıkları bir inşaata yönelik bizzat ifa edecekleri katılma payı borçları bakımından da yapılabilir. Ne var ki bu son örnekte ortaklar borçlarını bir yüklenici aracılığı ile ifa edebileceklerse bu ihtimalde artık borçlunun şahsının önemi kalmayacağı için bu tartışmaya gerek olmaz. Katılma payının borcunun devredenin malvarlığında bulunan eşyanın mülkiyetine ilişkin bir parça borcu olması halinde ise borcun devralana intikal edeceğini kabul etmek devrin amacına uygun olur. Ancak bu durumda borcu ifa edemeyecek olan devralan üçüncü kişi ifa imkansızlığına göre sorumlu tutulabilecektir. Diğer ortakların bu devre hiç rıza göstermemeleri veya bu borcun akıbetini özel olarak öngörerek şarta bağlı bir rıza göstermeleri mümkündür. Ortaklık sözleşmesinde verilen genel rıza bakımından ise devre sadece katılma payı borcunu ifa etmiş ortaklar bakımından izin verilmesi gibi bir sınırlama öngörülmesi de mümkündür. Haliyle varılan bu sonucun diğer ortaklar bakımından olumsuz bir durum yarattığı şeklinde bir itiraz akla gelebilecekse de diğer ortakların anılan imkânları karşısında katılma payı borcu henüz ifa edilmemişken devre izin vermeleri karşısında şartları varsa ifa imkansızlığından doğan tazminatla yetinmeleri menfaatler dengesi bakımından orantısız bir sonuç değildir

⁷⁴⁹ Oğuzman/Öz, kn. 1858.

Yukarıda varılan bu sonuçlar kısmi devir halinde de uygulanabilir. Bölünebilir malvarlığı haklarında olduğu gibi ortaklık payı ile birlikte devredildiği kabul edilen pay sahipliğinden doğan borçlar da oransal olarak devreden ve devralan arasında paylaştırılır. Payın üçüncü kişiye değil ortaklardan birine tümüyle devredilmesi halinde de benzer sonuca varılır ve devreden sorumluluktan kurtulurken, devralan ortağın halihazırda mevcut sorumluluğu devraldığı pay oranında artar.⁷⁵⁰



⁷⁵⁰ Bu, ortaklık içi devirlerde bu sonuç payın üçüncü kişiye devri halinde müteselsil sorumluluğu kabul eden Alman öğretisinde dahi kabul edilmektedir. Bkz. **MHdB GesR-Gummert** (2019), § 18, kn. 71.

§ 11. Devrin Ortaklık Borçlarından Doğan Sorumluluğa Etkisi

Adi ortaklık payının devrinden sonra doğan ortaklık borçlarından sadece devralanın sorumlu olacağı hususunda tereddüt yoktur.⁷⁵¹ Buna karşın devirden önce doğmuş olan borçlardan sorumluluk pay devri bağlamında geniş tartışmalara konu olmuş bir sorundur. Bu konudaki görüşler öğretide iki açıdan farklılaşmaktadır. Bunlardan ilki devralanın devirden önceki dönemde doğmuş ortaklık borçlarından sorumlu olup olmadığı, ikincisi ise devreden ortağın bu borçlardan sorumluluğunun devam edip etmeyeceği ya da devam eden sorumluluğun süresidir. Bu bağlamda öğretide ileri sürülmüş olan görüşler aşağıda ayrı ayrı açıklanmıştır.⁷⁵²

A. Sorumluluğu Zamansal Olarak Devir Anına Göre Paylaştıran Görüş

Bu görüşe göre payın devrinin sorumluluk bakımından kendine özgü bir sonucu yoktur. Buna göre devreden ve devralanın sorumluluğu bakımından ortaklığa katılan (yeni ortak alımı) ve ortaklıktan ayrılan (çıkma-çıkarılma) ortağın sorumluluğuna ilişkin ilkeler geçerlidir.⁷⁵³ Bu nedenle sorumluluk zamansal olarak devir anına göre belirlenir.

TBK 637 II kapsamında devralan sadece devir tarihinden sonra doğan borçlardan sorumludur, devirden önceki borçlardan sorumluluk ise ancak borcun özel olarak üstlenilmesi halinde söz konusu olabilir.⁷⁵⁴ Kollektif ortaklıkta katılan ortağın sorumluluğuna ilişkin bir sonraki başlıkta değinilecek hükümlerin kıyasen uygulanmamasının nedeni ise burada bir bilinçli boşluk bulunmasıdır. Adi ortaklıkta kollektif ortaklık hükümlerine yönelik genel bir atıf bulunmamaktadır ve kanun koyucu

⁷⁵¹ Aynı yönde bkz. Şener, *Adi Ortaklık*, s. 380. Payın devrinden sonra cari hesap sözleşmesinden kaynaklanan bir borç bakımından devreden sorumlu olmadığına ilişkin bir karar için bkz. Yarg. 3. HD., E. 2017/440 K. 2018/11223 T. 8.11.2018.

⁷⁵² Alman Federal Mahkemesi'nin 2001 yılında dış adi ortaklıkların hak ehliyetini tanınması ile Alman hukukunda ortaklık borçlarından ortaklığın da sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda BGB'de ortakların müteselsil sorumluluğunu öngören TBK 638 gibi bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle ortakların müteselsil sorumluluğu çifte sorumluluk ve ikincil sorumluluk teorileri bağlamında açıklanmaya çalışılmıştır. Bu tartışma Türk hukuku bağlamında mevcut değerlendirmeyi doğrudan etkilememektedir. Bununla birlikte ilgili kaynaklara başvurmak isteyen okuyucuların bu farklılığı göz önünde bulundurmalarında fayda vardır. Alman hukukundaki bu tartışmalar hakkında genel bilgi için bkz. *MHdB GesR-Gummert* (2019), § 18, kn. 4-12.

⁷⁵³ *Zobl*, s. 196; *Müller*, kn. 395-396; *SoergelBGB-Hadding/Kießling*, § 714, kn. 50. Devreden sorumlu olduğu bakımından aynı yönde bkz. *Türkmen*, s. 428.

⁷⁵⁴ *Zobl*, s. 80-81; *SoergelBGB-Hadding/Kießling*, § 714, kn. 46; *Müller*, kn. 395-396. *Müller* bu ihtimalde borcun üstlenilmesine ilişkin taraflar arasındaki anlaşmanın ve diğer ortakların bu anlaşma özelindeki rızasının TBK 202 hükmünün uygulama alanı bulmasına sebep olacağını ifade etmektedir. (bkz. kn. 376 vd.)

kollektif ortaklığa ilişkin düzenlemelerin farkında olmasına rağmen adi ortaklıkta benzer bir düzenlemeye gitmemiştir. Bu durum kanun koyucunun bu hususta kollektif ortaklığa kıyasla aksi iradede olduğunu gösterir.⁷⁵⁵

Devreden ise devir tarihine kadar doğmuş borçlardan sorumlu olmaya devam eder. Payın devri halinde devredenın veya çıkma-çıkarılma hallerinde ayrılan ortağın sorumluluğunun sona ereceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁵⁶ Devir için rızası aranmayan üçüncü kişi ortaklık alacaklısının durumunun ortakların iradesine bağlı olarak kötüleşmemesi de gerekir.⁷⁵⁷

Bu görüş ortakların sorumluluğunun doğmasına ilişkin genel kuralı esas alır gözükmektedir. Zira ortakların sorumluluğu ortakların üçüncü kişi ile olan işleme bizzat veya temsil yolu ile katılmaları sonucunda doğabilir.⁷⁵⁸ Devirden önce doğan borçlar bakımından devreden temsil edilerek borç altına girilmiştir, devirden sonra ise aksi bir durum söz konusudur.

B. Kollektif Ortaklığa İlişkin Kuralları Kıyasen Uygulayan Görüş

BGH'nin *Weißes Ross* kararında⁷⁵⁹ kollektif ortaklıklara ilişkin aHGB § 128 vd. hükümlerinin kıyasen adi ortaklığa da uygulanacağını ve sonraki bir kararında⁷⁶⁰ aHGB § 130'un⁷⁶¹ adi ortaklıkta devralanın sorumluluğu bakımından uygulanabilir olduğunu kabul etmesi ile birlikte Alman öğretisinde önemli bir değişim yaşanmıştır. Bu karardan önce bir önceki başlıkta açıklanan görüş öğretide hâkimken⁷⁶² bu karar ile birlikte kollektif ortaklık kurallarının uygulanması öğretinin önemli bir bölümünce kabul

⁷⁵⁵ SoergelBGB-Hadding/Kießling, § 714, kn. 46.

⁷⁵⁶ SoergelBGB-Hadding/Kießling, § 714, kn. 47; MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 131; MHdB GesR-Gummert (2019), § 18, kn. 51-57. Burada Alman hukukundaki özel bir düzenlemeye de temas etmekte fayda vardır. aBGB 736 II'ye ayrılan ortağın sorumluluğunda zamanaşımı bakımından ticaret hukuku bağlamında şahıs ortaklıklarına atıf yapmaktadır ve aHGB § 160 gereği ayrılan ortağın sorumluluğu 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

⁷⁵⁷ Zobl, s. 111-112; Müller, kn. 380-381.

⁷⁵⁸ Benzer yönde bkz. Müller, kn. 376.

⁷⁵⁹ BGH, II ZR 331/00, 29.01.2001 (NJW 2001, 1056), karara ilişkin bilgi için bkz. yuk. dn. 66.

⁷⁶⁰ BGH, II ZR 56/02, 7.4.2003 (NJW 2003, 1803). Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. Aynur Yongalık, "Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi'nin 7.4.2003 Tarihli Kararı - Bir Metodoloji Sorunu -", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 525-542.

⁷⁶¹ aHGB 130 ortaklığa sonradan katılan ortakların bu tarihten önceki borçlardan diğer ortaklar ile birlikte ve onlarla aynı şekilde sorumlu olacağını öngörmektedir.

⁷⁶² MHdB GesR-Gummert (2019), § 18, kn. 62.

görmüştür. Bu görüşe göre de devreden ve devralanın sorumluluğu katılan ve ayrılan sorumluluğu ile eş değerdir. Buna karşın devralan ortağın sorumluluğu bakımından kollektif ortaklıkta katılan ortağın sorumluluğuna ilişkin TTK 236 II (aHGB § 130) düzenlemesi kıyasen uygulama alanı bulur. Bu bağlamda devralan devir tarihinden önceki borçlardan da devreden ve diğer ortaklar ile birlikte sorumludur. Devir sözleşmesinde aksi yöndeki hükümler ise üçüncü kişiler bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz.⁷⁶³ Devreden ise benzer şekilde TTK 259 IV kapsamında devir tarihine kadar olan borçlardan sorumludur.⁷⁶⁴

C. TBK 202 Hükümünü Kıyasen Uygulayan Görüş

Bugün İsviçre öğretisinde hâkim görüş ortaklık payının devri halinde devreden ve devralanın sorumluluğu bakımından ticari işletmenin devrine ilişkin TBK 202 hükmünün kıyasen uygulanacağıdır. Buna göre devralan devirden önce doğmuş borçlardan sınırsız olarak sorumludur. Devreden ise devrin alacaklılara bildirimi veya ilan tarihine kadar doğan borçlardan iki yıl süre ile müteselsilen sorumludur.⁷⁶⁵ Bu görüş Türk öğretisinde de taraftar bulmuştur.⁷⁶⁶

D. Ara Değerlendirme

Payın devrinde sorumluluğun belirlenmesinde değerlendirmenin çıkış noktası olarak katılan ortağın ve ayrılan ortağın sorumluluğunun esas alınması makul

⁷⁶³ Şener, Adi Ortaklık, s. 380-381; ErmanBGB-Westermann, § 719, kn. 11; MüKoBGB-Schäfer, § 714, kn. 73-76. Bu sonuçlara çekinceli yaklaşmakla birlikte aynı yönde bkz. MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 131. BGH kararı kapsamında kıyasen uygulamanın sadece kollektif ortaklıklar gibi ticari işletme işleten ve benzeri adi ortaklıklar bakımından kabul edilebilir olduğu yönünde bkz. Schmidt, s. 1797. Türk hukukunda kıyasen uygulamaya değinmeksizin sadece sonuç itibarıyla aynı yönde bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, kn. 32, § 3.

⁷⁶⁴ Şener, Adi Ortaklık, s. 381. Schäfer devralan ortağın sorumluluğu bakımından aHGB 130 hükmünden kıyasen faydalanmakla birlikte devreden ortak bakımından herhangi bir kıyasen uygulama olmaksızın bu sonuca varılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. MüKoBGB-Schäfer, § 714, kn. 71. Alman hukukunda devreden ortağın sorumluluğu 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve kollektif ortaklıklarda bu süre tescil ve ilan ile başlar. Buna karşın adi ortaklıklarda devrin tescili mümkün olmayacağı için zamanaşımı süresinin alacaklının devirden haberdar olması ile başlayacağı kabul edilir. Bkz. MHdB GesR-Schulte/Hushahn (2019), § 10, kn. 131.

MoPeG ile birlikte HGB ile uyumlu olarak BGB § 721a ve § 728b kapsamında katılan ortağın mevcut borçlarının tamamından sorumlu olacağı ve ayrılan ortağın ayrılma tarihine kadar olan borçlardan 5 yıl boyunca sorumlu kalmaya devam edeceği açıkça düzenlenmiştir. BGB halen payın devrinde sorumluluğa özgü bir düzenleme içermese de anılan hükümler artık adi ortaklıkta devreden ve devralanın sorumluluğuna doğrudan uygulanabilir hükümler olarak kabul edilebilir.

⁷⁶⁵ v. Steiger, s. 410; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12, kn. 137; ZK-Siegwart, Art. 542 OR, kn. 9; Handschin/Vonzun, Art. 542 OR; CHK-Jung, Art. 542 OR, kn. 8.

⁷⁶⁶ Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 307; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 519; Bilge, s. 452; Bingöl, s. 367 vd.

gözükmektedir. Zira bu görüşteki yazarların isabetle ifade ettiği üzere adi ortaklıkta ortakların sorumluluğunun doğması ya işleme doğrudan katılmış olmaları ya da işlemin ortaklık adına yapılması – diğer bir ifade ile ortakları temsilen yapılması – ile mümkündür. Bunun doğal sonucu ise devralanın devirden önceki borçlar bakımından sorumluluğun genişletilmesi veya devreden bu borçlardan sorumluluğunun sınırlandırılması/kaldırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunamadığı müddetçe sorumluluğun zamansal olarak paylaştırılmasıdır.

Kanun koyucunun bu konudaki sessizliği bilinçli bir boşluk olarak değerlendirilirse, devreden ve devralan ile katılan ve ayrılan arasında bir ayrım yapılmadığı sonucuna varılır. Bu ihtimalde devreden mevcut borçlardan sorumluluğu bakımından ayrıca bir düzenleme aranmaz, zira ne çıkma/çıkarılma ne de sona erme ortağın üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu kendiliğinden sona erdirir. (Bkz. TBK 637 & 645) Katılan ortağın sorumluluğu bakımından ise adi ortaklık hükümlerinde bir düzenleme yoktur, bu nedenle kollektif ortaklığa ilişkin TTK 236 II hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca düşünülmelidir. Ne var ki bilinçli boşluğun kabulü kanaatimce bu hükmün uygulanmasını da engeller. Buna karşın kanunda bilinçli bir boşluk olmadığı sonucuna varılırsa kollektif ortaklıkta katılan ve ayrılan ortağa ilişkin hükümlerden önce payın devri ile daha çok benzeşen ve özel olarak bir devir durumunu ilgilendiren kıyasen uygulanabilir bir hüküm olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Burada akla gelen hüküm ise TBK 202'dir. Devrin sorumluluğa etkisi kollektif ortaklıklarda da özel olarak düzenlenmediği için ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması ancak TBK 202'nin uygulanmayacağı sonucuna varılır ise değerlendirilmelidir.

İlk olarak kanun boşluğu değerlendirilecek olursa bunun bir bilinçli boşluk olmadığını kabul etmek gerekir. Her şeyden önce pay devrinin normatif kaynağı olarak kabul ettiğimiz ve sadece diğer ortakların rızası şartının çıkarılabildiği TBK 632 haricinde kanunda pay devrine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁶⁷ Bu sadece payın devrinin sorumluluğa ilişkin sonuçları ile sınırlı da değildir. Bu çalışmada şimdiye kadar incelenmiş olan hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde de kanun koyucunun adi ortaklık hükümlerinde payın devri ihtimalini özel olarak göz önünde bulundurmadığı görülür. Nitekim tarihsel olarak Alman ve İsviçre hukukunda payın devredilebilirliğinin

⁷⁶⁷ Yukarıda değinildiği üzere bu hükmün payın devrini düzenleyip düzenlemediği dahi öğretilde tartışmalıdır. Bkz. yuk dn. 501 vd.

kabulü, şartları ve sonuçları da yargı içtihadı ile şekillenmiştir. Kaldı ki adi ortaklıkta hüküm bulunmayan hallerde ticaret ortaklıklarına veya özel olarak kollektif ortaklığa atıf yapan bir düzenleme de mevcut değildir. Bu bağlamda kanun koyucunun bu hususta bilinçli olarak sustuğunu ve meseleyi salt zamansal bir ayrıma bağlı olarak çözmeyi amaçladığını söylemek güçtür.

Bu bakımdan gerçek bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edildiğine göre kollektif ortaklıkta katılan veya ayrılan ortağın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerden önce bir devir halini doğrudan düzenleyen TBK 202'nin ortaklık payının devri bakımından uygulanabilir olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bu iki alternatif arasındaki öncelik pay devrinin niteliğinden kaynaklanır. Zira katılma veya ayrılmanın aksine devrin amacı kural olarak ortak sıfatı ile bağlantılı tüm hak ve borçların intikalidir. Çift sözleşme ile devirden farklı olarak ise payın hukuki işlemle devrinde ortak sıfatının nispi kaybı ve devren kazanımı söz konusudur. Bu bağlamda bir ticari işletmenin veya malvarlığının devrinde sorumluluğu düzenleyen TBK 202 genel kavramsal bağlamı itibarıyla öncelikle uygulanması düşünülebilecek bir düzenlemedir. Buna ek olarak kollektif ortaklıklarda ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunması nedeniyle ortakların sorumluluğu ortaklığın sorumluluğundan ayrı ve tali niteliktedir (TTK 237). Kollektif ortaklıkta katılan ve ayrılan ortağın sorumluluğunun özel olarak düzenlenmiş olmasının bir nedeni de sorumluluğun bu tali niteliğidir. Adi ortaklık ise her ne kadar tüzel kişiliğe çok yaklaşmış bir kişi topluluğu olsa da yürürlükteki hukukumuz bakımından ortaklığın sorumluluğundan bahsedilememektedir. Ortakların sorumluluğu birincil niteliktedir. Alman hukukunda kollektif ortaklık hükümleri ile kurulan bağlantının önemli bir sebebi adi ortaklığın ehliyetinin ve sorumluluğunun kabulü nedeniyle sorumluluk rejiminin kollektif ortaklık ile önemli ölçüde benzeşmesidir.

TBK 202 bir malvarlığının veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrini düzenlemektedir. Hükmün, bu devirlerde sadece devreden ve devralanın sorumluluğuna ilişkin olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda payın devrinin şartları ve paya bağlı aktiflerin intikali bakımından bir önemi yoktur.⁷⁶⁸ Haliyle TBK 202'nin uygulanması payın devrine ilişkin daha önceki açıklamalar ile bir çelişki yaratmaz.⁷⁶⁹ Hükmün amacı

⁷⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Rudolf Tschäni/Robert Gaberthüel**, "Art. 175-183", Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2020, Art. 181 OR, kn. 1.

⁷⁶⁹ Nitekim ticari işletmenin devrinin şartları bakımından da TTK 11 III uygulanır.

bu devirler bakımından borcun naklinin belirli sınırlamalar ile birlikte alacaklının rızası aranmaksızın sağlanmasıdır.⁷⁷⁰

Değerlendirmemiz özelinde öncelikle tespit edilmesi gereken husus TBK 202'nin uygulama alanı bağlamında malvarlığı kavramının anlamıdır. Hüküm kapsamında sadece bir kişinin tüm malvarlığının devrinin düzenlendiği düşünülemez. Zira çoğu zaman emredici hükümlere aykırılık taşıyacak bu durum hükmün uygulama alanını önemli ölçüde sınırlar.⁷⁷¹ Bu bağlamda kişinin malvarlığının tamamını oluşturmaya da devrin konusunun “kendi içinde bütünlük arz eden parasal değere sahip hak ve borçlar toplamı” olması yeterlidir.⁷⁷² Devredilen bu değerler bir özel malvarlığı teşkil etmeseler bile bu nitelikte olabilirler.⁷⁷³ Ortaklık malvarlığının belirli bir amaca özgülenmiş ve kendi içinde bir bütünlük arz eden bir özel malvarlığı olarak evleviyetle bu kapsama girdiği söylenebilir.⁷⁷⁴ Bu durumda akla pay devrinin kapsamı ve amacına yönelik bir itiraz gelebilir. Zira devrin konusu ortaklık payıdır ve doğrudan ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin devrini amaçlamaz.⁷⁷⁵ Ortaklık payı ile birlikte pay sahipliğine bağlı olarak bu malvarlığında bulunmayan ve pay sahipliğinden doğan üyelik ve malvarlığı hakları da devredilmiş olur. Bu tereddüt iki şekilde aşılabılır. İlk olarak ortaklık malvarlığının yanında diğer ortaklık hakları da devralana geçiyor olsa da ortaklık borçlarının bağlantılı olduğu değerler ortaklık malvarlığıdır. Bu malvarlığının yanında diğer hakların da intikal ediyor olması TBK 202 bağlamında belirleyici olan ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin değiştiği gerçeğini etkilemez.⁷⁷⁶ Kaldı ki ortaklık payının devri kapsamında ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği ile diğer ortaklık

⁷⁷⁰ BSK-Tschäni/Gaberthüel, Art. 181 OR, kn. 2-3.

⁷⁷¹ Çelikboya, s. 68-69.

⁷⁷² BSK-Tschäni/Gaberthüel, Art. 181 OR, kn. 11; Çelikboya, s. 68-69.

⁷⁷³ Çelikboya, s. 68-69. Örneğin, öğretide miras payı bu şekilde bir bütünlük olarak kabul edilmektedir. Bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2005, s. 51.

⁷⁷⁴ Benzer yönde bkz. Kendigelen/Kırca, Şirketler I, kn. 307.

⁷⁷⁵ Benzer bir eleştiri için bkz. Müller, kn. 378. Müller TBK 202'nin uygulanmamasına ilişkin gerekçelerden biri olarak bunu ileri sürdüğü halde tarafların ve diğer ortakların borçların da üstlenilmesi yönünde anlaşmaları halinde hükmün uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. (bkz. kn. 381) Bu sonuç kendi içinde çelişkili gözükmemektedir, zira hükmün uygulanmasına engel olan olgu bu kavramsal sınır ise tarafların anlaşması ile bunun aşılması mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte Müller de Alman hukukunun aksine hâkim İsviçre öğretisinin kabul ettiği şekilde malvarlığı üzerindeki hak sahibinin ortaklık değil bireysel olarak ortaklar olması halinde OR 181'in en azından kıyasen uygulanmasının ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. (bkz. kn. 379)

⁷⁷⁶ Nitekim OR 542 kapsamında ortaklığa katılım, hükmün öngördüğü devralma yollarından biri olarak örnek gösterilmektedir. Bkz. ZK-Spirig, Art. 181 OR, kn. 25.

hakları da ayrıca bir ekonomik bütünlük içindedir. Bu itibarla ortaklık payının devrinin TBK 202 bağlamında malvarlığının devri kapsamına doğrudan girmiyor olsa dahi devrin kapsamının hükmün kıyasen uygulanması için yeterli bir benzerlik taşıdığı sonucuna varılmalıdır.

TBK 202'nin uygulama alanı bulması ile ilgili diğer şart ise yukarıda açıklandığı şekilde bir malvarlığının aktifleri ve pasifleri ile birlikte devredilmesidir. Haliyle sadece aktiflerin devrinin amaçlandığı bir işlem hükmün kapsamına girmemektedir.⁷⁷⁷ Bu şartın ortaklık payı bağlamında yarattığı tereddüt pay devri sözleşmesinde borçların üstlenildiğinin açıkça belirtilmesinin gerekip gerekmediği ve bu konuda ortakların rızasının özel olarak aranıp aranmayacağıdır. Öğretide sadece *Müller* bu konuda müspet bir açıklamada bulunmakta ve TBK 202'nin uygulanması için her iki olgunun da varlığını aramaktadır. Diğer ortakların rızasının özel olarak aranmasının sebebi devredenin sorumluluğunun iki yıl ile sınırlanması ile birlikte üçüncü kişiye karşı diğer ortakların sorumluluğunun ağırlaşmasıdır.⁷⁷⁸ Tarafların iradesi bakımından olağan koşullarda devreden ve devralanın pay sahipliğinden doğan borçlarda olduğu gibi ortaklık borçları bakımından da paya bağlı hakların yanında ortaklık borçlarının devrini de amaçladıkları söylenebilir. Nitekim pay devrinin özünde devralanın ortaklık ilişkisinde devredenin yerini alması, dolayısı ile pay sahipliği konumunun tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devri bulunmaktadır. Bu bağlamda payın devri halinde tarafların karineten ortaklık borçlarını da devretmeyi amaçladıkları kabul edilmelidir. Aksi bir sonuca ancak tarafların borçların devredilmeyeceğine ilişkin açık anlaşması ile varılması mümkün olabilir. Benzer bir durum diğer ortakların rızası bakımından da mevcuttur. Yine pay sahipliğinden doğan borçlarda olduğu gibi diğer ortaklar devredenin ortaklık borçlarından sorumluluğunun süre ile sınırlanması arzusunda değillerse devre bu bakımdan bir güvence sağlanması şartıyla rıza gösterme imkânına sahiptirler.⁷⁷⁹

TBK 202 hükmü sonuçları itibarıyla da makul bir menfaat dengesi sağlamaktadır. Hükmün sağladığı temel kolaylık borcun üstlenilmesinin alacaklının rızası olmaksızın sağlanmasıdır. Bu sayede ortaklık faaliyetinden doğan borçların her bir alacaklının rızası aranarak ayrı ayrı üstlenilmesine gerek kalmaz. Bu durum özellikle faaliyet alanı geniş ve üçüncü kişiler ile çok sayıda ilişki içinde olan ortaklıklarda payın devrinin önündeki

⁷⁷⁷ BSK-Tschäni/Gaberthüel, Art. 181 OR, kn. 12.

⁷⁷⁸ Müller, s. 380-381, 395-396.

⁷⁷⁹ Benzer yönde bkz. ZK-Handschin/Vonzun, Art. 542 OR, kn. 46.

en büyük fiili engellerden birini kaldırmaktadır. Buna karşın borçlunun alacaklının iradesinden bağımsız olarak değişmesinin alacaklının konumunda önemli bir kötüleşme riski doğurduğu da kuşkusuzdur. Zira alacaklı ilgili hukuki ilişkiye devredenın parçası olduğu ve kişisel sorumluluğunun bulunduğu şartları göz önünde bulundurarak girmiştir. Hükmün devreden bakımından öngördüğü 2 yıllık müteselsil sorumluluk bu konuda makul bir güvence sağlamaktadır. Dahası mevcut müteselsil sorumlulara devralanı da eklemleyerek alacaklının konumunda görece bir iyileşmeye de yol açmaktadır. Alacaklı bu süre içinde devredene, devralana ve diğer ortaklara başvurmakta serbesttir. Bu itibarla TBK 202'nin payın devrinde kıyasen uygulanması devirdeki menfaatler dengesine uygun gözükmemektedir.

Bu konuda bir hususa daha dikkat çekmekte fayda vardır. Ortaklık alacaklısının ortaklık malvarlığına başvurusunun tek yolu ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahibi olan ve müteselsilen borçlu olan ortakların tamamı aleyhine takipte bulunabilmesidir.⁷⁸⁰ Ancak devralanın devirden önceki borçlardan sorumluluğunun kabul edilmemesi halinde devirden önce doğmuş bir borç bakımından alacaklının ortaklık malvarlığına başvurma imkânını açıklamak güçtür. A, B ve C'den müteşekkil bir ortaklıkta C'nin payını D'ye devretmesi halinde ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişiler A, B ve D olacaktır ve ortaklık malvarlığına başvurmak isteyen bir alacaklının takibini A, B ve D'ye yöneltmesi gerekir. Devralan D'nin devirden önceki borçlardan sorumluluğu bulunmaz ise takibin D'ye yöneltilmesi, dolayısı ile de ortaklık malvarlığına başvurulması mümkün değildir. Bu sorunun nedeni ortakların sorumluluğunun kollektif ortaklıkta olduğu gibi ortaklığın sorumluluğuna ek bir tali sorumluluk değil, tek ve birincil bir sorumluluk olmasıdır. Görüldüğü üzere TBK 202 vasıtasıyla devralanın devirden önceki borçlardan sorumluluğunun sağlanması bu bağlamda da makul bir çözüm sağlamaktadır.

Sonuç itibarıyla ortaklık payının devrinde devreden ve devralanın ortaklık borçlarından sorumluluğu bakımından TBK 202 düzenlemesi kıyasen uygulanabilir. Bu bağlamda devralan devir öncesindeki borçlardan diğer ortaklar gibi sorumludur. Devreden ise bu borçlardan 2 yıl boyunca devralan dahil olmak üzere diğer ortaklarla birlikte müteselsil sorumlu olmaya devam edecektir. Devredenın sorumluluğu devralan ve diğer ortakların yanında 2 yıl süre ile gerçekleşen bir kanuni borca katılmadır.⁷⁸¹ Bu 2

⁷⁸⁰ Bkz. yuk. § 4. B. 4.

⁷⁸¹ Oğuzman/Öz, kn. 1890.

yıllık süre, devir tarihinde muaccel olan borçlar bakımından devrin alacaklılara bildirimi veya Türkiye genelinde yayınlanan gazetelerden birinde yapılan ilanla birlikte, müeccel borçlar bakımından ise muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. (TBK 202 II)

Bu sonuç bağlamında pay devrinde özel durumlar olarak nitelendirilebilecek olan payın kısmen devri, ortaklardan birine devri ve paylı hak sahipliğini benimseyen ortaklıklarda devir hallerinin özel olarak incelenmesi gerekir.

Payın kısmen ortaklardan birine devri halinde devreden ve devralan ortak sıfatını koruyacağı için dış ilişkideki sorumlulukta herhangi bir değişiklik yaşanmaz, bu devir ancak iç ilişkideki rücu oranını etkiler. Payın kısmen bir üçüncü kişiye devri halinde devreden ortak sıfatını koruyacağı için TBK 202'deki iki yıllık süre sınırlaması olmaksızın müteselsil sorumlu olarak kalmaya devam eder. Devralan bakımından ise bu özünde yeni bir ortak alımı olarak kabul edilecek olur ise katılan ortağın sorumluluğu esas olacaktır. Kanaatimce fiilen yeni bir ortak alımına benziyor olsa da kısmen devir halinde de devralan halen bir bütün halindeki değerleri devralmaktadır. Bu devralan TBK 202'ye kıyasen devirden önceki borçlardan da sorumlu olmalıdır. Devreden sorumluluğunun sınırlanmaması ise halen ortak sıfatını korumasından kaynaklanır.

Payın tümüyle ortaklardan birine devri halinde devralan ortak halihazırda üçüncü kişiye karşı müteselsil sorumlulardan biridir. Bu nedenle devralanın sorumluluğu bakımından dış ilişkide herhangi bir değişiklik olmaz, sadece iç ilişkideki rücu oranı değişir. Sorun devreden ortak bakımından TBK 202 uygulanarak sorumluluğun süre bakımından sınırlanıp sınırlanmayacağıdır. Ortaklık içi devirlerde ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği ilişkisinde devredenine yerine üçüncü bir kişinin dahil olması söz konusu değildir, sadece mevcut ortaklardan birinin hak sahipliğinde bir genişleme yaşanır. Benzer şekilde ortağın pay sahipliği haklarında da bir yığılma söz konusu olur. Bu nedenle öğretide hak sahipliğinde yaşanan bu değişikliğin TBK 202 kapsamında malvarlığı devri teşkil etmeyeceği ve bu nedenle devreden sorumluluğunun sınırlanmaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁸² Kanaatimce hak sahipliğindeki değişikliğe ilişkin bu tespit haklı olmakla birlikte sonuç bakımından yeterli değildir. Zira payın üçüncü kişiye devrinde de hak sahipliğinde gerçek anlamda bir değişiklik olmaz. Ortaklık içi devirlerde devreden bakımından TBK 202'nin kıyasen uygulanmaması daha ziyade

⁷⁸² Benzer yönde bkz. **Bingöl**, s. 370-371.

TBK 202'nin esas aldığı yapıda alacaklının menfaati ile ilgilidir. Hükmün uygulama alanına giren hallerde alacaklının muhatabı olan borçlu rızası dışında değişmektedir, ancak karşısına yeni bir borçlu yerleşmektedir. Devreden ise alacaklının rızasının aranmaması nedeniyle sınırlı bir süre ile borçlu tutularak alacaklının menfaati korunmaktadır. Ortaklık içi devirlerde ise alacaklının başvurabileceği borçlular bakımından yeni bir borçludan bahsedilemez. Örneğin; A, B ve C'den oluşan bir ortaklıkta C'nin payını B'ye devretmesi halinde alacaklının halihazırdaki borçlu olan A ve B'ye yine başvurabilecektir. Bu durumda C'nin sorumluluğu süre ile sınırlanır ise bunun karşılığında TBK 202'nin esas aldığı şekilde sorumluluğu doğacak bir üçüncü kişiden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle ortaklık içi devirlerin amacı itibarıyla TBK 202'nin kapsamına girmediği söylenmelidir. Bu nedenle devreden TBK 202'nin getirdiği imkândan faydalanmamalı ve ayrılan ortağın sorumluluğunda olduğu gibi devir anına kadarki borçlardan özel bir sınırlama olmaksızın müteselsil sorumlu olmaya devam etmelidir.

Son olarak paylı hak sahipliğini benimsemiş ortaklıklarda payın devri ortaklık malvarlığı değerlerindeki payın devri sonucunu doğurmayacağı için bu durumda kural olarak TBK 202'nin uygulama alanının dışına çıkıldığı sonucuna varılması uygun olur.⁷⁸³ Bu ihtimalde devralan ve devreden sorumluluğu katılan ve ayrılan ortağın sorumluluğu esaslarına göre belirlenmelidir. Bununla birlikte ortaklık payının yanında ortaklık malvarlığı üzerindeki payın da devredilmesi halinde devrin hükmün kapsamına girdiği söylenmelidir.⁷⁸⁴

⁷⁸³ Paylı hak sahipliği bakımından aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 371-372, 395.

⁷⁸⁴ **Bingöl**, s. 370.

§ 12. Devrin Ortaklık İlişkisi Çerçevesinde Üçüncü Kişilerle Yapılan Sözleşmelerdeki Taraf Sıfatına Etkisi

Görüldüğü üzere ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerinden doğan haklar elbirliği ile hak sahipliğinin niteliği gereği, borçlar ise TBK 202'nin kıyasen uygulanması suretiyle devralana geçmektedir. Hak ve borçların bütünüyle intikali ortaklık ilişkisi çerçevesinde üçüncü kişiler ile yapılan sözleşmelerdeki taraf sıfatının devirden nasıl etkileneceği sorusunu gündeme getirir. Adi ortaklığın hak ehliyetinin kabulü halinde bu sorunla karşılaşılmaz zira taraf sıfatı ortaklıktadır ve bu, pay devrinden etkilenmez. Buna karşın hak ehliyetinin reddi halinde sözleşmelerdeki taraf sıfatının pay devrinden etkilenip etkilenmeyeceği belirsizliğini korur. Öğretide ve yargı uygulamasında bu belirsizliğe ilişkin bir değerlendirme tespit edilebilmiş değildir.

Bu hususta ilk olarak adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı bir birlik halinde gözükmesi ve ortaklığın kimliğinin pay devrinden etkilenmemesinden yola çıkılabilir. Payın devri ile birlikte devralan kendiliğinden diğer ortaklar ile birlikte devredenine yerine sözleşmenin tarafı haline gelecektir. Bu şekilde bir açıklama ile adi ortaklığın adeta bir tüzel kişi mertebesine yükseltilmiş olacağı şüphesizdir. Sözleşmelerdeki taraf sıfatı bakımından bu sonuç ilk bakışta rahatsız edici gelebilir. Buna karşın benzer bir durum mensuplarından bağımsızlığı çok daha az gözüken paylı mülkiyet ilişkisinde dahi görülmektedir. Paylı mülkiyet halinde paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye devretmesi halinde devralan yararlanma, kullanım ve yönetime ilişkin devirden önceki kararlar ile bağlıdır. (TMK 695 I) Bu bağlılık paylı mülkiyetteki kişi birliğini ve paydaşlığı tüzel kişiye ve bu tüzel kişiliğe üyeliğe yakınlaştırmaktadır.⁷⁸⁵ Buradan hareketle bu kararlara istinaden yapılan sözleşmeler ile bağlılık sonucu doğduğu kabul edilmektedir.⁷⁸⁶ Paylı mülkiyet ilişkisinde kişi birliğinin devamlılığının sağlanması

⁷⁸⁵ BK-Meier-Hayoz (1981), Art. 649a, kn. 12.

⁷⁸⁶ Kira sözleşmesi özelinde TBK 310'dan bağımsız olarak bu yönde bkz. **Burak Özen**, "Kira Konusunun Devri", *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 1-2 (2010), s. 158. Bu kabule göre aynı kira sözleşmesi ile sınırlı olmaksızın ortaya çıkacağı yönünde bkz. **Baki İlkey Engin/Işık Önay/Tülay Aydın Ünver**, *Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları*, 2. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024, s. 110-111.

bakımından önem atfedilen⁷⁸⁷ bu sonucun daha yoğun bir birlik ilişkisi içeren adi ortaklık bakımından evleviyetle kabul edilmesi uygun olur.

Alternatif olarak devralanın mevcut sözleşmelere taraf olması TBK 202 kapsamında malvarlığı devrinin ilgili sözleşmelerin de devri sonucunu doğurduğu ile açıklanabilir. Bu hüküm öğretide genel olarak ticari işletmenin devri özelinde incelense de ilgili değerlendirmeler malvarlığının devri bakımından da uygulanabilir. Adi ortaklık payının devrinde olduğu gibi bir ticari işletmenin devri halinde de işletme kapsamındaki tüm hak ve borçların devralana intikali söz konusudur. Üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerden doğan hak ve borçlar da bu kapsamdadır. Bu durum söz konusu hak ve borçlarının devredilmiş olmasının kendiliğinden sözleşmedeki taraf sıfatının da devredilip devredilmediği sorusunu beraberinde getirir.⁷⁸⁸ Tartışmalı olan bu konuda öğretilde ileri sürülen birlik teorisinin kabul edilmesi halinde sözleşmeden doğan tüm alacak ve borçlar bir kişiye devredilse dahi, sözleşmedeki taraf sıfatı kendiliğinden bu kişiye devredilmeyecektir. Haliyle sözleşmedeki taraf sıfatından kaynaklı yenilik doğuran haklar gibi bazı haklar devredende kalır. Taraf sıfatındaki değişiklik için ayrıca bir sözleşmenin devri gereklidir. Bu konudaki diğer görüş olan kombinasyon teorisi ise aksi bir sonucu kabul etmektedir. Bir kişi sözleşmenin bir tarafının tüm hak ve borçlarını devralıyor ise o sözleşmedeki taraf sıfatını da kazanır ve fesih beyanında bulunma gibi yenilik doğuran hakları da elde eder. Sözleşmeye taraf olmaya bağlı olan bu hakları devredende bırakmakta korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır.⁷⁸⁹

Görüldüğü üzere sözleşmedeki taraf sıfatına ilişkin soruya verilecek olan yanıt sözleşmenin devrine ilişkin bu teorilerden hangisinin tercih edileceğine göre değişiklik gösterecektir. Daha önce açıklandığı üzere devralan üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerden doğan hakları devrin elbirliği ile hak sahipliğine etkisi sonucunda kazanır, borçları ise TBK 202 hükmüne kıyasen üstlenir. Bu itibarla mesele ortaklık payının devri özelinde düşünüldüğünde sözleşme ilişkisinden doğan tüm alacak ve

⁷⁸⁷ **Christoph Brunner/Jürg Wichtermann**, “Art. 646-651a”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2023, Art. 649a, kn. 1.

⁷⁸⁸ **Çelikboya**, s. 365-368.

⁷⁸⁹ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Hasan Ayrancı**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 39 vd. Ticari işletmenin devrinde sözleşmedeki taraf sıfatının devri bakımından bu görüşte bkz. **Çelikboya**, s. 379 vd.; **Fatih Arıcı**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 130-131; **Kevork Acemoğlu**, Borçlar Kanunu’nun 179.Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971, s. 79.

borçlara sahip olan devralanın diğer ortaklar ile birlikte sözleşmenin tarafı haline gelmesi en azından sonuçları bakımından makul gözükmektedir. Kombinasyon teorisi bağlamında isabetle ifade edildiği üzere bu ihtimalde taraf sıfatının devredende kalması ile korunacak bir menfaat de bulunmamaktadır.

Ortaklık içi devirlerde ve iç ortaklık şeklinde yapılanmış adi ortaklıktaki devirlerde kıyasen uygulamaya elverişlilik bulunmaması nedeniyle bu sonuca ulaşılamaz. Zira ortaklık içi devirlerde devralan halihazırda diğer ortaklar ile birlikte ilgili sözleşmelerin tarafı konumundadır. İç ortaklıklarda ise üçüncü kişiler ile ortaklık adına yapılan bir sözleşmeden söz edilemez.



§ 13. Devrin Usul Hukuku Bakımından Sonuçları

Ortaklığın üçüncü kişilerle olan sözleşmelerindeki taraf değişikliği bahsinde olduğu gibi pay devrinin usul hukuku bakımından sonuçları bağlamında da ortaklığın ehliyeti belirleyici bir olgudur. Alman hukukunda olduğu gibi ortaklığın hak ve buna bağlı olarak taraf ehliyetinin kabulü pay devrinin usul hukuku açısından önemli bir etki doğurmasını engeller.⁷⁹⁰ Buna karşın Türk hukukunda adi ortaklıkla ilgili dava ve takiplerde taraf sıfatının ortaklıkta değil ortaklarda olması pay devrinin usul hukuku bağlamında çeşitli sonuçlar doğurmasına neden olur. Bu sonuçlar özü itibarıyla bu çalışmada pay devrinin şu ana kadar maddi hukuk bağlamında açıklanan sonuçlarının usul hukukundaki yansımalarıdır. Öğretide detaylı olarak incelenmiş bu sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

Dava öncesinde gerçekleşen devirler bakımından dava veya takiplerin tarafı hak sahipliği veya borçlu sıfatına göre belirlenir. Devir ile birlikte devralan, ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahibi olur ve devreden malvarlığı üzerindeki hak sahipliği sona erer. Bu bağlamda dış ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda malvarlığındaki bir hakkın ileri sürülmesi bakımından taraf sıfatı dava veya takip tarihindeki hak sahiplerine göre belirlenir, haliyle devralan diğer ortaklar ile birlikte taraf teşkil eder. Dış ilişkideki sorumluluk bakımından ise benzer bir sonuca devreden müteselsil sorumluluğunun devam edip etmediği göz önünde bulundurularak varılır. Bu noktada alacaklının müteselsil sorumlulara ayrı ayrı başvurabileceği unutulmamalıdır.⁷⁹¹ Bu aşamada iç ilişkideki uyuşmazlıklar bakımından da belirleyici olgu yine iç ilişkideki hak ve borçların devredilmiş olup olmadığıdır. Örneğin, devrin kapsamı dışında kalan bir kazanç payı alacağı için devreden dava açması mümkündür. Ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde devralanın diğer ortaklar ile birlikte bulunması gerekir.⁷⁹²

Dava derdestken gerçekleşen pay devirlerinde ise ayrı bir değerlendirme gerekir. Bu ihtimalde dava doğru taraflarca veya taraflara karşı açılmıştır ancak yargılama devam ederken maddi hukuk bağlamında değişiklikler ortaya çıkmıştır. Bu nedenle usul hukuku

⁷⁹⁰ **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 278-279.

⁷⁹¹ Ortaklığa katılma ve ortaklıktan çıkmayı esas alan bazı örnekler için bkz. **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 280-282.

⁷⁹² Benzer yönde bkz. **Peksöz**, Adi Ortaklık, s. 282-283.

bakımından dava konusunun devri veya kanuni taraf değişikliğine ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olabilir.⁷⁹³ Bu durum üç başlık altında ele alınmaktadır: Ortaklık ilişkisinden yani iç ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda devreden davacı konumunda ise ve uyuşmazlık konusu – örneğin kazanç payı alacağı – ortaklık payı ile devredilmişse dava konusunun devrine ilişkin HMK 125 II uygulanır, aksi ihtimalde ise dava olduğu gibi devam eder.⁷⁹⁴ Ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkisinden yani dış ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda devreden davacı konumunda ise ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliğinin değişmesinden ötürü yine dava konusunun devrine ilişkin HMK 125 II uygulanır ve devralan diğer ortaklar ile birlikte davacı tarafta bulunur.⁷⁹⁵ Devreden davalı tarafta bulunduğu uyuşmazlıklarda ise ortaklar mecburi dava arkadaşı ise devralan devreden yerine diğer ortakların yanında taraf olarak davaya katılır. Bu daha sonra ilamın icra edilebilmesi için de için de gereklidir. Aynı kural ortaklığın feshi davası bakımından da uygulanır.⁷⁹⁶ Ortakların müteselsil sorumlu olduğu hallerde devralan HMK 125 I kapsamında davaya devam edebilir. Müteselsil borçlulara ayrı ayrı başvurulabilmesi nedeniyle birbirinden ayrı davalar mevcuttur ve davacının davayı devredene karşı devam ettirmesi de mümkündür.⁷⁹⁷

Devrin hüküm kesinleştikten sonra gerçekleşmesi halinde HMK 303 IV gereğince devralan bakımından da kesin hüküm etkisi kabul edilir. Devreden müteselsil sorumluluğunun devam ettiği hallerde de devredene karşı kesin hüküm etkisi korunur. Buna karşın ortaklık malvarlığındaki değerler ile ifası gereken bir ilam bakımından artık bu değer üzerinde hak sahipliğini yitiren devredene karşı bir talepte bulunulamayacaktır.⁷⁹⁸

⁷⁹³ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 285.

⁷⁹⁴ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 290-291.

⁷⁹⁵ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 292.

⁷⁹⁶ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 292-293.

⁷⁹⁷ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 293.

⁷⁹⁸ Peksöz, Adi Ortaklık, s. 302.

SONUÇ

Adi ortaklık kökleri Roma hukukundaki *societas*'a uzanan ve hukuk sistemimizdeki ortaklık yapılarının temel görünümü olan bir kişi birliğidir. Adi ortaklıkların temel ortaklık yapısı teşkil etmesinden hareketle kanun koyucu adi ortaklıkları önemli bir bölümü emredici nitelikte olmayan kurallardan oluşan ve sınırlı bir kanuni çerçevede düzenlemiştir. Bu sınırlı düzenleme bütünüyle incelendiğinde kanun koyucunun üçüncü kişilerle ilişki içinde bulunan dış ortaklık şeklinde yapılanmış, elbirliği ile hak sahipliği esasını benimseyen, ortaklar arasında yoğun bir kişisel ilişkinin bulunduğu, bu nedenle ortaklarının kişiliklerinin önem taşıdığı ve ortaklık yapısındaki değişikliklerin zor olduğu tipik bir adi ortaklık yapısını esas aldığı görülmektedir. Nitekim öğretide adi ortaklığa ilişkin açıklamalar büyük ölçüde bu özelliklere sahip bir ortaklık üzerinden yapılmıştır. Bu çalışmada da adi ortaklık payının devri bu tipik ortaklık yapısı bağlamında açıklanmıştır.

Bu özellikleri itibariyle kapalı bir ortaklık olarak konumlandırılan adi ortaklıkta ortaklık yapısındaki değişiklikler de bu sınırlı normatif tercihin bir sonucu olarak oldukça az sayıda düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden adi ortaklık payının devrine ise sadece TBK 632 II kapsamında çok genel bir ifade atıfta bulunulduğu görülmektedir. Pay devrinin bu hükmün kapsamından çıkarılabilecek tek özelliği devrin tüm ortakların rızasına tabi olduğudur. Bu nedenle, diğer ortakların rızası haricindeki şartları ve sonuçlarının normatif bir düzenlemeye sahip olmadığı adi ortaklık payının devri işlemi kavramsal bir bütünlük içinde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durum kaçınılmaz olarak adi ortaklık payının hukuken sınıflandırılmasını, bu sınıflandırma ise adi ortaklığın niteliğinin anlaşılmasını gerektirmektedir.

Adi ortaklığın hukuken nitelendirilmesinde en dikkat çeken durum öğretinin büyük bölümünün meseleyi elbirliği ortaklıkları üzerinden açıklama çabasıdır. Roma *societas*'larında bulunmayan ve yukarıda kanun koyucunun esas aldığı tipik özelliklerden biri olarak saydığımız elbirliği ilkesi, tarihsel olarak Cermen geleneğine ait olup adi

ortaklıklarda önce İsviçre hukukuna sonra da onun vasıtasıyla Türk hukukuna Alman hukukunun etkisi ile dahil olmuştur. Elbirliği ilkesi Alman öğretisinin de etkisi ile adi ortaklığın hukuki niteliğinin belirlenmesinde uzun süre boyunca merkezi bir konumda yer almıştır. Bu ilkenin temel olarak birlikte hak sahipliğinin bir görünümü olması nedeniyle adi ortaklığa ilişkin nitelendirme çabaları da sıklıkla elbirliği ile hak sahipliğinin bir eşya hukuku sorunu olarak açıklanması üzerine inşa edilmiştir. Bu durum, çoğu zaman adi ortaklığın bir kişi birliği doğuran bir sözleşmesel ilişki olduğunun göz ardı edilmesine sebep olmuştur. Ne var ki, adi ortaklık elbirliğinin konusu olan ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği bir yana ortaklar arasında ve ortaklık ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerin temelinde bulunan bir kişi birliğidir. Bu nedenle ortaklığın hukuki niteliğini sadece hak sahipliği penceresinden değerlendirmemek gerekir.

Bu bağlamda adi ortaklık hak ehliyeti bulunmasa bile malvarlığı, yönetim ve temsil gibi hususlarda ortakların bireysel iradesinin ikinci planda kaldığı ve bu iradenin yerini ortakların kollektif iradesinin aldığı bir organizasyonel bütündür. Bu özellikleri nedeniyle adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmasa bile ortaklarından belirli ölçüde bağımsızlaşan bir hukuki ilişkiler yumağı oluşturur. Ortaklık payının sınıflandırılmasında ortaklığın bağımsızlığı ve tüzel kişilere yakınlaşan konumu dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ortaklık payı elbirliği ile hak sahipliğinde taşıdığı anlamın yanında bu ilişkiler bütünü bağlamında ortakların konumu ile ilişkilidir.

Bu durum, birlikte elbirliği ile hak sahipliğinin bu çalışmadaki değerlendirmeler açısından önemsiz olduğu anlamına da gelmez. Elbirliği ilkesi bir taraftan ortaklık arasındaki sıkı bağılılığı perçinleyen ve ortaklığın ortaklarından bağımsızlığını azami seviyeye çıkartan bir niteliktedir. Elbirliği ile hak sahipliğinin malvarlığı değerleri üzerinde ortak amaç çerçevesinde getirdiği sınırlamalar ortaklar arasındaki ilişkileri kaçınılmaz olarak sıkılaştırır. Diğer yandan elbirliği ile hak sahipliği, kavramsal açıklaması itibarıyla ortaklık payının devrinin ortaklık malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliği bağlamındaki sonuçlarının açıklanmasında belirleyicidir.

Elbirliği ile hak sahipliği paylı hak sahipliğinden farklı olarak kişi birliğinden kaynaklı bir birlikte hak sahipliği hali olarak karşımıza çıkar. Hak sahipliği ile kişi birliği arasındaki bu bağlantı paylı hak sahipliğinden ayrılan temel özelliklerinden biridir. Bu çerçevede elbirliği ile hak sahipliğinde ortaklık malvarlığındaki değerler ortakların şahsi malvarlığından ayrı bir özel malvarlığının parçasıdır. Bu ayrı ve özel malvarlığı ortakların yine tek başlarına hak sahibi oldukları ancak genel nitelikli şahsi malvarlıklarından ayrı

bulunan ve sadece farklı bir hukuki düzene tabi bir malvarlığı kümesi değildir. Aksine bu malvarlığı ortakların her birinin şahsi malvarlığından ayrı ve değerler üzerinde tüm ortakların birlikte hak sahibi olduğu bir malvarlığı kümesidir. Elbirliğine konu ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipleri bireysel olarak ortaklar olmadığı gibi ayrı ve bağımsız bir hak öznesi olarak ortaklık da değildir. Ortaklar bir birlik halinde bu değerler üzerinde hak sahibidir ve bu birlikteliğin kaynağı ilişkinin temelinde yatan kişi birliğidir. Bu nedenle malvarlığındaki değerler üzerinde ortakların şahsi malvarlığında bulunan ve sadece hak sahipliğine yönelik payından da bahsedilemez. Aksine ortakların hak sahipliği ilişkisine katılımları ayrılamaz bir biçimde kişi birliğindeki üyeliklerine, yani ortaklık payına bağlıdır.

Adi ortaklığın tüzel kişiliğe bu denli yakınsayan niteliği göz önünde bulundurulduğunda pay sahipliği ve ortaklık payının nitelendirilmesi ise oldukça problemlidir. Bu çalışma kapsamında varılan sonuca göre pay sahipliği bir hukuki ilişkiyi değil, ortakların bu hukuki ilişkiler yumağındaki hukuki konumlarını ifade eder. Ortaklık payının devri ile ortakların bütün bu ilişkilerdeki konumlarının devri amaçlanır. Sermaye ortaklıkları gibi diğer kişi birliklerinde pozitif hukukta açıkça düzenlenen ve bu konumun tasarruf işlemlerinin konusu olma bağlamında karşılığını teşkil eden ortaklık payının adi ortaklıklarda nitelendirilmesi ise oldukça çetrefillidir. Adi ortaklık payı İsviçre ve Alman öğretisinin büyük bölümünde ve yargı içtihadında tasarrufa elverişli bir hak olarak nitelendirilmektedir. Ne var ki bu sonuca ulaşmak için başvuru kavramsal açıklamalar birçok açıdan tutarlı olsa da adi ortaklık payının tereddütsüz bir şekilde hak olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Buna karşın iktisadi önemi, menfaatler dengesi ve benzer ortaklık yapıları ile uyumlu bir sonuç olması itibarıyla adi ortaklık payının tasarruf işlemlerine konu edilmesi bağlamında bir hak olarak kabul edilmesi uygundur. Bu çerçevede ortaklık payı bir hukuki konum olan pay sahipliğinin tasarruf işlemlerindeki görünümünü teşkil eder. Adi ortaklıklarda kural olarak pay sahipliğinin tekliği ilkesi geçerlidir. Öğretide anonim ortaklıklardakine benzer şekilde bu ilkenin terk edilmesi gerektiği ileri sürülse de adi ortaklık özelinde kural olarak pay sahipliğinin tekliği ilkesinden ayrılmayı gerektirir bir sebep bulunmamaktadır. Bu tespitin adi ortaklığın bir kişi ortaklığı olması ile de uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu tespitler ışığında adi ortaklık payının devri işlemi incelendiğinde ortaklık payının devri işlemi bir hak devri niteliğinde bir tasarruf işlemidir. Kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiş bu işlemin karakterine en uygun bulunan düzenleme ise alacağın

devridir. Bu itibarla, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, adi ortaklık payının devrinin şartları bakımından alacağın devri hükümleri kıyasen uygulanır. Devrin hukuki devir borcu doğuran bir sağlararası borçlandırıcı işlem olabileceği gibi bir ölüme bağlı tasarruf da olabilir.

Bir tasarruf işlemi olarak devir sözleşmesi devreden ortak ile devralan ortak veya üçüncü kişi arasındaki iki taraflı bir işlemdir. Bu işleme rıza gösteren diğer ortaklar işlemin tarafı değillerdir. Ortakların rızası kanundan (TBK 632 II) kaynaklı bir devir engeli olarak devreden ortağın ortaklık payı üzerindeki tasarruf yetkisi eksikliğini giderir. Bu itibarla devre onay somut bir devir özelinde işlem den önce veya sona verilebileceği gibi soyut ve genel olarak ortaklık sözleşmesinde de bulunabilir. Ortaklık sözleşmesinde öngörölen rıza kural olarak ortaklık payının ortaklardan birine veya üçüncü kişiye tümöyle devrini kapsar, ancak üçüncü kişiye yapılacak kısmi devirler bu rızanın kapsamına kendiliğinden girmez. Diğer ortakların işlem den sonra verdikleri rıza kanundan kaynaklanan tasarruf yetkisi eksikliğini gidermesi nedeniyle devri geğmişe etkili olarak geçerli hale getirir.

Devir işleminin geğerliliği alacağın devri hükömlerine kıyasen adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Adi yazılı şekil, kural olarak, ortaklık malvarlığında devri şekle tabi taşınmaz gibi malvarlığı değerinin bulunması halinde de uygulanır. Bunun sebebi ortaklık payının devri ile birlikte ortaklık malvarlığı değerleri üzerinde teknik anlamda devrin yaşanmamasıdır. Mezkûr malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahibi yukarıda açıklandığı üzere bir birlik halinde ortaklardır ve payın devri ile birlikte sadece bu birliğin kompozisyonu değişmekte, ilgili malvarlığı değerı aynı özel malvarlığında varlığını sürdürmektedir. Bu kuralın istisnası ortaklık payının ilgili malvarlığı değerlerinin devrine ilişkin şekil kurallarından kurtulmak amacıyla devri ile tüm ortaklık paylarının tek bir kişiye devri sonucunda ortaklığın tasfiyesiz olarak sona ermesidir. Adi ortaklık payının devri işlemi alacağın devrinde olduğu gibi sebepten soyut bir işlemdir ve temelinde yatan hukuki sebebin geğersizliğinden etkilenmez.

Payın geçerli olarak devrinin sonuçları ise üç ana eksen de kendini gösterir. Bunlar devrin ortaklık nezdindeki sonuçları, devrin ortaklar arasındaki iç ilişki nezdindeki sonuçları ve devrin üçüncü ortaklık ve üçüncü kişiler arasındaki dış ilişki nezdindeki sonuçlarıdır.

Adi ortaklığın ortaklarından belirli ölçüde bağımsızlaşmış bir kişi birliği olmasının sonucu ortaklığın ayniyetinin ortaklık payının devrinden etkilenmemesidir. Payın devri ortaklık ilişkisinin çözülüp yeniden kurulmasını gerektirmez. Ortaklık varlığını devam ettirirken sadece kişi yapısında bir değişiklik meydana gelir. Devralan ortak ortaklık ilişkisinde devredenin yerini alır.

Ortaklık payının devri, kural olarak, paya bağlı tüm hak ve borçların devralana geçmesi sonucunu doğurur. Bu bağlamda devrin ortaklar arasındaki iç ilişkiler bakımından sonuçları da bu ilişkide paya bağlı olan hak ve borçlar bağlamında kendisini gösterir. Ortakların vazgeçilmez nitelikteki oy hakları gibi haklar dışında pay sahipliğinden doğan diğer hak ve borçlar bakımından sözleşme serbestisi hâkimdir. Devralan, aksi öngörülmediği müddetçe, kişisel özelliklerinden kaynaklananlar hariç olmak üzere devredenın sahip olduğu üyelik haklarının tamamını kazanır. Benzer bir durum paya bağlı malvarlıksal haklar bakımından da geçerlidir. Paydan ayrılamaz nitelikteki kazanç payı gibi malvarlıksal haklar payın devri ile birlikte devralana geçer. Doğumu ile birlikte paydan ayrılan ve ortakların kişisel malvarlığında müstakil bir değer teşkil eden somut kazanç payı gibi malvarlığı hakları ise farklı bir değerlendirmeye tabidir. Bu çerçevede tarafların örtülü iradesinin muaccel olup olmadığından bağımsız olarak doğmuş kazanç payının da devredilmesi yönünde olduğu kabul edilir. Benzer bir sonuç ortaklık payına bağlı borçlar bakımından da geçerlidir. Ortaklık payının devri ile birlikte devredenın ortaklık payına bağlı olan iç ilişkideki borçlardan sorumluluğu, kural olarak, sona erer ve devralan bu borçlardan sorumlu olur.

Devrin taraflarının durumu ortaklık payına bağlı en önemli haklardan biri olan ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahipliği bakımından da benzerdir. Payın devri ile birlikte devreden, ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde diğer ortaklar ile birlikte dahil olduğu elbirliği ilişkisinden ayrılır ve onun yerini devralan alır. Bu teknik anlamı ile ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde bir devir teşkil etmez, değişen sadece bu değerler üzerinde birlikte hak sahibi olan kişi birliğinin kompozisyonudur. Bu nedenle payın devrinin malvarlığı değerleri üzerinde etki doğurması için taşınırılar bakımından teslim, taşınmazlar bakımından ise tescile gerek yoktur. Tapu sicilinde yapılacak tescil kişi birliğinin yapısındaki değişikliğin sicile yansıtılmasından ibaret olup açıklayıcı niteliktedir.

Ortaklık payının devri son olarak ortaklığın üçüncü kişiler ile olan ilişkileri bağlamında sonuç doğurur. Bu sonuçlar ortaklığın devir anında mevcut borçlarından

sorumluluk ve ortaklığın taraf olduğu sözleşmelerdeki taraf sıfatı bakımından kendini gösterir. Bu iki hususta da payın devrine doğrudan uygulanabilir bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortaklık borçlarından sorumluluk bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da payın devrinin bir bütün olarak yarattığı hukuki durum TBK 202 kapsamında bir malvarlığının devri ile örtüşmektedir. Bu itibarla devrin taraflarının devir anında mevcut ortaklık borçlarından sorumluluğunun tespitinde TBK 202 hükmünün kıyasen uygulanması uygun gözükmemektedir. Sonuç olarak payın devri ile birlikte devralan mevcut borçlar bakımından – ortaklık alacaklısının rızası aranmaksızın – müteselsil sorumlu olan devreden ve diğer ortakların yanında borca katılır. Devreden ise devir anında muaccel borçlardan devrin bildirimi, henüz muaccel olmamış borçlardan ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süre ile sorumlu olmaya devam eder. Bu kural kıyasen uygulamaya elverişli olmadığı için ortaklık içi devirlerde uygulama alanı bulmaz. Üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerden doğan hakları devrin elbirliği ile hak sahipliğine etkisi sonucunda kazanan, borçları ise TBK 202 hükmüne kıyasen üstlenen devralan diğer ortaklar ile birlikte bu sözleşmelerin tarafı haline gelir.

Son olarak devrin yukarıda maddi hukuk bağlamında yarattığı etkiler usul hukuku bağlamında da yansımaları sahiptir. Bu yansımalar dava konusunun devri ve taraf değişikliğine ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilir. Bu değerlendirmede ayırım mevcut ve müstakbel dava ve takipler ile bu dava veya takiplerin konusunun devirden maddi hukuk bağlamında nasıl etkilendiğine göre farklılık göstermektedir.

Görüldüğü üzere adi ortaklık payının devri şartları ve sonuçları itibariyle normatif dayanaktan yoksun bir tasarruf işlemidir. Bu eksiklik özellikle geniş bir faaliyet kapsamına sahip olan ve üçüncü kişilerle yoğun ilişki içindeki adi ortaklıklarda payın devri bakımından ekonomik riskleri yüksek belirsizlikler barındırmaktadır. Bu itibarla adi ortaklık payının devrinin Alman hukukunda kısmen gerçekleştirildiği gibi kanun koyucu tarafından açık bir kanuni düzenlemeye bağlanması, bu işlemin geçerlilik şartlarının ve hukuki sonuçlarının net bir şekilde düzenlenmesinde önemli bir fayda vardır. Söz konusu düzenlemenin bu çalışmada varılan sonuçlar ile uyumlu bir içerikte olması hukuki güvenliğin artırılmasının yanında ortaklık payının devrinin dogmatik olarak tutarlı olduğu kadar diğer ortaklık yapılarındaki devirlerle de uyumlu bir kanuni çerçeveye oturtulmasına fayda sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork : Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya : Eşya Hukuku, 2. b., İstanbul: Beta, 2018.
- AKİPEK, Şebnem : “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, *AÜHFD*, C. 44, S. 1 (1995), s. 269-291.
- ANSAY, Tuğrul : “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, ed. Hayri Domaniç, 2. b., İstanbul: Beta, 2001, s. 1-11. (Anılış: Adi Şirket)
- : Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967. (Anılış: Tüzel Kişi)
- ARICI, Fatih : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- ARSLANLI, Halil : Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960. (Anılış: Kollektif)
- : “Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrike Yarayan Ölçütler”, *İÜHFM*, C. 11, S. 3-4 (1945), s. 128-144. (Anılış: Şirket Mukavelesi)
- : Ticaret Kanunu Şerhi İkinci Kitap - Yedinci Fasıl: Limited Şirketler, Birinci Kısım, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962. (Anılış: Limited Şirketler)
- AYAN, Mehmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2005.

- AYAR, Ahmet : “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortaklar Arasındaki ve Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler”, *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, 2 cilt, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, C. 2 , s. 1023-1036. (Anılış: İç ve Dış İlişkiler)
- : Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019. (Anılış: Adi Ortaklık)
- AYİTER, Nuşin : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968. (Anılış: Mamelek)
- : Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961. (Anılış: Elbirliği)
- AYRANCI, Hasan : Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- BARLAS, Nami : Adi Ortaklık Temeline Dayanan Sözleşme İlişkileri, 4. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- BAUER, Christoph : Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Zürich: Dike Verlag, 2010.
- BECKER, Hermann : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945. (Anılış: BK-Becker)
- BERKTAŞ YÜKSEL, Elif : Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- BİLGİLİ, Fatih : İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.(Anılış: Gizli Ortaklık)

——— : “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, İstanbul: Beta, 2002, s. 197-213.

BINDER, Julius : Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig: Andr. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung, 1905.

BİNGÖL, Muhammet Emin : Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri, İstanbul: On İki Levha, 2022.

BIPPUS, Birgit Elsa : “Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft”, *AcP*, C. 195, S. 1 (1995), s. 14-34.

BISANG, Raymond : Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Zürich: Schulthess, 1978.

BRUNNER, Christoph/WICHTERMANN, Jürg : “Art. 646-651a”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2023. (Anılsı: BSK-Brunner/Wichtermann)

BUZ, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.

v. BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich: Schulthess, 1964.

CAN, Mertol : Deniz Ticareti Hukuku Cilt I, 2. b., Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003.

CANARSLAN, Gökçe : Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirlerine Karşı İç İlişkideki Borçları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan : Deniz Ticareti Hukuku I, 11. b., İstanbul: Beta, 2000.

ÇAMOĞLU, Ersin : Limited Ortaklık Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

- ÇELİKBOYA, Kerem : Ticari İşletmenin Devri, İstanbul: On İki Levha, 2017.
- DAUNER-LIEB, Barbara : Unternehmen in Sondervermögen, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- DEMİRKAPI, Ertan : Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, Ankara: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- DERDİMAN, Furkan : Adi Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- DOĞANAY, Ümit Yaşar : Adi Şirket Akdi (Akdi Unsurları - Kurulması - Hükümsüzlüğü), İstanbul: İÜHF Yayınları, 1968.
- DOMANIÇ, Hayri : Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan : Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 20. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku, 16. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- DURAN, Fatih : Adi Ortaklıkta Katılım Payı Getirme Borcuna Aykırılık, İstanbul: On İki Levha, 2020.
- ENGİN, Baki İlkey : Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul: Alfa Basım Yayın, 1995.
- ENGİN, Baki İlkey/ÖNAY, Işık/AYDIN ÜNVER, Tülay : Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 2. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- ENGLÄNDER, Konrad : Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil 1. Grundlegung, Berlin: J. Guttentag, 1914.
- ERBAYRAKTAR, Burcu : Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi, İstanbul: On İki Levha, 2021.
- EREN, Fikret : Mülkiyet Hukuku, 6. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal : Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V (m. 393-646), Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- ERİŞİR, Evrim : Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2007.
- FABRICIUS, Fritz : Relativität der Rechtsfähigkeit, München & Berlin: C.H.Beck, 1963.
- FELLMANN, Walter : “Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft”, *ZBJV*, C. 133 (1997), s. 285-316.
- FELLMANN, Walter/MÜLLER, Karin : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VII: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2006. (Anılış: BK-Fellmann/Müller)
- FLUME, Werner : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil: Die Personengesellschaft, Berlin & Heidelberg: Springer, 1977. (Anılış: Personengesellschaft)
- : “Gesellschaft und Gesamthand”, *ZHR*, C. 136, S. 2 (1972), s. 177-207. (Anılış: Gesellschaft)
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan. : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 11. b., Zürich: Schulthess, 2020.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu : Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul: On İki Levha, 2012.
- GERGEN, Thomas : “§§ 2032–2041”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, 9. b., München: C.H.Beck, 2022.
- v. GIERKE, Otto : Deutsches Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 2. b., Berlin: Duncker & Humblot, 1936. (Anılış: DPR I)
- : Deutsches Privatrecht, Zweiter Band: Sachenrecht, 2. b., Berlin: Duncker & Humblot, 1905. (Anılış: DPR II)

- : Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1887. (Anılış: Genossenschaftstheorie)
- GIRSBERGER, Daniel/HERMANN, Johannes Lukas : “Art. 164-174”, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2020. (Anılış: BSK-Girsberger/Hermann)
- GÖNEN, Doruk : Mirasın Paylaşılması, İstanbul: On İki Levha, 2023.
- GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch - Das Sachenrecht - Das Eigentum - Allgemeine Bestimmungen - Art. 641-654a ZGB, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2022. (Anılış: BK-Graham-Siegenthaler)
- GUHL, Theo/KUMMER, Max : “Adi Şirket: Tarif ve Kuruluş”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, çev. Sait Kemal Obut, C. 10, S. 2 (1955), s. 159-70.
- GUMMERT, Hans : “§§ 13-22”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019. (Anılış: MHdB GesR-Gummert (2019))
- : “§§ 23-34”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 6. b., München: C.H.Beck, 2024. (Anılış: MHdB GesR-Gummert (2024))
- GÜMAN, Nihat : Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, 2. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- HABERMEIER, Stefan/DEUTER, Rieter : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der

- Schuldverhältnisse: §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), 13. b., Berlin: Otto Schmidt/De Gruyter, 2003. (Anlış: Staudinger BGB-Habermeier/Deuter)
- HABERSACK, Mathias : Die Mitgliedschaft - subjektives und “sonstiges” Recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- HABICHT, Max : Die Formen der Erbschaftsteilung im Schweizerischen Recht, Aarau: Graphische Werkstätten H. R. Sauerländer & Co, 1925.
- HADDING, Walther : “Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personengesellschaften - ein subjektives Recht?”, *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 1972, s. 249-262. (Anlış: Mitgliedschaft)
- : “Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte”, *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin & New York: Walter de Gruyter, 1990, s. 31-44. (Anlış: Mitgliedschaftsrechte)
- HADDING, Walther/KIEßLING, Erik : “§§ 705 -740”, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 11/1: BGB Schuldrecht 9/1: §§ 705-758 BGB, 13. b., Stuttgart: W. Kohlhammer, 2011. (Anlış: SoergelBGB-Hadding/Kießling)
- HANDSCHIN, Lukas/CHOU, Han-Lin : Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/4b, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552 - 619 OR, 4. b., Zürich: Schulthess, 2009. (Anlış: ZK-Handschin/Chou)
- HANDSCHIN, Lukas/VONZUN, Reto : Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/4a, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. b., Zürich: Schulthess, 2009. (Anlış: ZK-Handschin/Vonzun)
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas : Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band II: Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das

Eherecht. 3. Teilband: Das Güterrecht des Ehegatten. 2. Unterteilband: Die Gütergemeinschaft Art. 221-246, Die Gütertrennung Art. 247-251 ZGB, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1996. (Anılış: BK-Hauseheer/Reusser/Geiser)

HENNECKE, Bernd : Das Sondervermögen der Gesamthand, Berlin, 1976.

HUBER, Ulrich : Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg: Carl Winter Universitätverlag, 1970.

JOERGES, Ernst : Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart: Die Union Deutsche Verlagsgesellschaft, 1900.

JOHN, Uwe : Die organisierte Rechtsperson, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

JUNG, Peter : “Art. 530–551 ”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Band 6: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft. Art. 530-771, 4. b., Zürich: Schultess, 2024. (Anılış: CHK-Jung)

KANER, İnci Deniz : Deniz Ticareti Hukuku II, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

KAPANCI, Kadir Berk : Alacağın Devri (TBK m.183-194) - Şerh, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.

KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku 2 - Şirketler Hukuku, 2. b., Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

KAYAR, İsmail : “Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I*, İstanbul: Beta, 2002, s. 479-494.

KENDİGELEN, Abuzer : “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, C. 16, S. 182/1 (1997), s. 15-38.

KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail : Şirketler Hukuku Cilt I, İstanbul: On İki Levha, 2021. (Anılış: Şirketler I)

——— : Şirketler Hukuku Cilt III, İstanbul: On İki Levha, 2022. (Anılış: Şirketler III)

- KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- KILIAN, Matthias : §§ 717–740, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 62: Gesellschaftsrecht, 5. b., München: C.H.Beck, 2021. (Anılış: Henssler/Strohn/Kilian, GesR)
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALI ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar : Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 2. b., İstanbul: On İki Levha, 2023.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014. (Anılış: Borçlar Hukuku)
- : Miras Hukuku, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987. (Anılış: Miras Hukuku)
- KOCH, Jens : Gesellschaftsrecht, 12. b., München: C.H.Beck, 2021.
- KOLLER, Alfred : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003.
- KORKMAZ, Abdullah Furkan : Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, İstanbul: On İki Levha, 2021.
- KUNTZE, Johannes Emil : “Der Gesamttakt: ein neuer Rechtsbegriff”, *Festgabe der Leipziger Juristischen Fakultät für O. Müller*, Leipzig: Verlag von Veit & Comp, 1892, s. 27-87.
- KUNZ, Romano : Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1963.
- KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku Cilt: I, 3. b., Ankara: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1988. (Anılış: İcra ve İflas I)
- : İcra ve İflas Hukuku Cilt: III, 3. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993. (Anılış: İcra ve İflas III)

- : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. (Anılış: El Kitabı)
- LAMPRECHT, Philipp : Die Zulässigkeit der mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- LARENZ, Karl : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. b., München: C.H.Beck, 1989.
- LARENZ, Karl/WOLF, Manfred : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. b., München: C.H.Beck, 2004.
- LEHMANN, Urs : “Art. 336-348”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Art. 340, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2022.
- LENSKI, Edgar : Das Wesen des Anteils am Vermögen: eine dogmatische Studie, Halle: Eduard Klinz Buchdruck, 1929.
- LUTTER, Marcus : “Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts”, *AcP*, C. 180, S. 1 (1980), s. 84-159.
- MARTINEK, Michael : Repräsentantenhaftung, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.
- MEIER-HAYOZ, Arthur : Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band IV: Das Sachenrecht, I. Abteilung: Das Eigentum, I. Abschnitt: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 3. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1959. (Anılış: BK-Meier-Hayoz (1959))
- : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum, Art. 655-679 ZGB. Art. 657 ZGB, 3. b., Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1965. (Anılış: BK-Meier-Hayoz (1965))
- : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 1981. (Anılış: BK-Meier-Hayoz (1981))

- MEIER-HAYOZ, Arthur/FORSTMOSER, Peter : Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2023.
- MOROĞLU, Erdoğan : “Adi Şirkete Dair”, *Makaleler*, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 753-763.
- MÖHRLE, Frauke : “§ 5 Entstehung der BGB-Gesellschaft”, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei*, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019.
- MÜLLER, Karin : Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft: Ein Diskussionbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft, Zürich: Schulthess, 2003.
- NEUER, Jörg : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. b., München: C.H.Beck, 2023.
- NOMER, Haluk Nami : Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul: Beta, 2002. (Anılış: Beklenen Haklar)
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. b., İstanbul: Beta, 2024. (Anılış: Borçlar Hukuku)
- NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan : Eşya Hukuku, 8. b., İstanbul: On İki Levha, 2020.
- OFTINGER, Karl/BÄR, Rolf : Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, IV/2c, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. b., Zürich: Schulthess, 1981. (Anılış: ZK-Oftinger/Bär)
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami : Medeni Hukuk, 20. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 13. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

- OĞUZMAN, Kemal/SELIÇI, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, 24. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay : Mirasın Paylaşılması, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- ÖNAY, Işık : Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- ÖZ, Turgut : “Bazı Medeni Hukuk Paradoksları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1 (2018), s. 7-26. (Anılış: Paradokslar)
- : “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, *İÜHFM*, C. 52, S. 1-4 (1987), s. 345-386. (Anılış: Pay Kavramı)
- : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul: Kazancı, 1990. (Anılış: Zenginleşme)
- ÖZCAN, Didem : Borcun Üstlenilmesi, İstanbul: On İki Levha, 2017.
- ÖZEN, Burak : “Kira Konusunun Devri”, *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 1-2 (2010), s. 137-179. (Anılış: Kira Konusu)
- : Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. (Anılış: İntifa Hakkı)
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 4. b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- PEKSÖZ, Vildan : “Adi Ortaklıkla İlgili Takiplerde Haciz”, *İÜHFM*, C. 78, S. 1 (2020), s. 1-19. (Anılış: Haciz)
- : Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 2. b., İstanbul: On İki Levha, 2022. (Anılış: Adi Ortaklık)
- PIEPER, Helmut : Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln & Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1963.

- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar Hukuku I, 14. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- PULAŞLI, Hasan : Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2022. (Anılış: Genel Esaslar)
- : Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 3. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2018. (Anılış: Şerh I)
- RAISER, Thomas : “Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts”, *AcP*, C. 194, S. 5 (1994), s. 495-512.
- RUHWINKEL, Sebastian : “§ 311b, 311c”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 9. b., München: C.H.Beck, 2022.
- SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963.
- SCHÄFER, Carsten : “§§ 705–740”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz: § 705 BGB, 8. b., München: C.H.Beck, 2020. (Anılış: MükoBGB-Schäfer)
- SCHAUFELBERGER, Peter C./KELLER, Katrin : “Art. 634-640”, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2015.
- SCHMIDT, Karsten : Gesellschaftsrecht, 4. b., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymans Verlag AG, 2002.
- SCHNEIDER, Benno : Das schweizerische Miteigentumsrecht, Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1973.
- SCHULTE, Norbert/HUSHAHN, Johannes : “§ 10 Eintritt und Ausscheiden eines Gesellschafters zu Lebzeiten”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene

- Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019. (Anılış: MHdB GesR-Schulte/Hushahn)
- SCHÜCKING, Christoph : “§§ 1-4”, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. b., München: C.H.Beck, 2019. (Anılış: MHdB GesR-Schücking)
- SCHÜNEMANN, Wolfgang : Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesekeing, 1975.
- SCHWARZ, Andreas Bertalan : “Medeni Kanunların Hayati Kuvveti ve Tadili”, *İÜHFM*, çev. Halid Kemal Elbir, C. 18, S. 1-2 (1952), s. 109-128.
- SEROZAN, Rona : Eşya Hukuku I, 3. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014. (Anılış: Eşya I)
- : Medeni Hukuk, 7. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (Anılış: Medeni Hukuk)
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay : Miras Hukuku, 9. b., İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- SERVATIUS, Wolfgang : “§§ 705–716”, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 62: Gesellschaftsrecht, 5. b., München: C.H.Beck, 2021. (Anılış: Henssler/Strohn/Servatius, GesR)
- SIEGWART, Alfred : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich: Schulthess, 1938. (Anılış: ZK-Siegwart)
- SIMONIUS, Pascal/SUTTER, Thomas : Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel & Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1995.
- SİRMEN, Lale : Eşya Hukuku, 11. b., Ankara: Legem Yayınevi, 2023.

- SÖĞÜT, İpek Sevda : “Roma ve Türk Hukuku’nda Aile Fideikomisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı”, *TBB Dergisi*, C. 32, S. 147 (2020), s. 143-181.
- SÖRING, Kai : Die Zulässigkeit der Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.
- SPIRIG, Eugen : Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V/1k/1, Das Obligationenrecht: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. b., Zürich: Schulthess, 1993. (Anılış: ZK-Spirig)
- STAEHELIN, Daniel : “Art. 545-551”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964l OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024. (Anılış: BSK-Staehelin)
- v. STEIGER, Werner : Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1 - Handelsrecht, Teilband 1, Basel & Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976.
- STRESEMANN, Christina : “§§ 90–103”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil, 10. b., München: C.H.Beck, 2025. (MukoBGB-Stressmann)
- SUNGURBEY, İsmet : “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü”, *Yargıtay Dergisi*, C. 15, S. Özel Sayı (1989), s. 253-288.
- ŞENER, Oruç Hami : Adi Ortaklık, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008. (Anılış: Adi Ortaklık)
- : Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (Anılış: Ortaklıklar)
- : Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020. (Anılış: Ticari İşletme)
- TAORMINA, Andrea : Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2003.

- TEKİL, Fahiman : Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul: Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1991.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilâ . : Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- TIMM, Wolfram : “Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung”, *NJW*, C. 49 (1995), s. 3209-3272.
- TRUNIGER, Christhof/HANDSCHIN, Lukas : “Art. 530-542”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964l OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024. (Anılış: BSK-Truniger/Handschin)
- TSCHÄNI, Rudolf/GABERTHÜEL, Robert : “Art. 175-183”, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2020. (Anılış: BSK-Tschäni/Gaberthüel)
- v. TUHR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig: Duncker & Humblot, 1910. (Anılış: AT I)
- : Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München & Leipzig: Duncker & Humblot, 1914. (Anılış:AT II/1)
- v. TUHR, Andreas/PETER, Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. b., Zürich: Schulthess, 1979.
- TÜRKMEN, Emre : Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ULMER, Peter : “Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft -- ein überholtes Dogma?”, *ZHR*, C. 167 (2003), s. 103-116.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt : İcra ve İflas Kanunu Şerhi C.2 (İİK. 83-170), Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.

- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün : Ticari İşletme Hukuku, 6. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, 7. b., İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2020.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah : Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul: On İki Levha, 2014.
- VOGT, Hans-Ueli : “Art. 543-544”, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964I OR, 6. b., Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2024. (Anılış: BSK-Vogt)
- VONZUN, Reto : Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2000.
- WENDT, Luke : Die Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft im schweizerischen, deutschen und italienischen Recht, ed. Thomas Sutter-Somm, Zürich: Schulthess, 2020.
- WESTERMANN, Harm Peter : “§§ 705-740”, Erman-Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 15. b., Köln: Otto Schmidt, 2017. (Anılış: ErmanBGB-Westermann)
- WIEDEMANN, Herbert : Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München & Berlin: C.H.Beck, 1965. (Anılış: Übertragung)
- : Gesellschaftsrecht Band II: Recht der Personengesellschaften, München: C.H.Beck, 2004. (Anılış: Gesellschaft II)
- WOLF, Stephan/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie : Schweizerisches Erbrecht, 2. b., Bern: Stämpfli Verlag AG, 2020.
- YALMAN, Macit/TAYLAN, Erbay : Adi Ortaklık, Ankara: Olgaç Matbaacılık, 1976.

YILDIRIR, Efe Can : Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri, İstanbul: On İki Levha, 2023.

YONGALIK, Aynur : “Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi’nin 7.4.2003 Tarihli Kararı - Bir Metodoloji Sorunu -”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 525-542. (Anılış: Sorumluluk)

——— : Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991. (Anılış: Sermaye Payı)

——— : Şahıs Şirketlerin Ortak Davası (Actio Pro Socio), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010. (Anılış: Ortak Davası)

ZOBL, Dieter : Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Zürich: Schulthess, 1973.