T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİ ORTAKLIK YAPISINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

FURKAN DERDİMAN
2501181376

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

İSTANBUL - 2021

ÖZ

ADİ ORTAKLIK YAPISINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

FURKAN DERDİMAN

Tüzel kişiliği bulunmadığından adi ortaklığın yapısı, doğrudan ortakların şahsına dayanmakta olup, ortaklık statüsündeki değişiklikler ortaklıktaki hak ve borç düzeninin de değişmesine neden olmaktadır. Bu bakış açısıyla, bu çalışmada yeni ortak alımı, ortaklık sıfatının devri, ortaklıktan çıkma ve çıkarma şeklinde meydana gelebilen adi ortaklık yapısındaki değişiklikler incelenmiştir. Böylelikle, sözü edilen değişikliklerin şartları, hukuki nitelikleri, iç ve dış ilişkideki sonuçlarının tespit edilmesi amaçlanmıştır. Bu hususta meselelerin çözümünde Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki akademik çalışmalardan ve mahkeme kararlarından yararlanılmıştır. Çalışmamızın birinci bölümünde, adi ortaklık, ortaklık sözleşmesi ve ortaklık sıfatı ile pay kavramları hakkında genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde, yeni ortak alımı için yapılması gereken ortaklığa kabul sözleşmesi üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise, ortaklık sıfatının devredilebilirliği sorunu irdelendikten sonra, devir sözleşmesi ve sonuçları açıklanmıştır. Dördüncü bölümde, ortaklıktan çıkma ve çıkarmanın şartları izah edilmiş akabinde TBK m.633'te öngörülen çıkma/çıkarma sebepleri değerlendirilmiş ve nihayetinde ortaklıktan ayrılmanın sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adi Ortaklık Sözleşmesi, Ortaklık Sıfatı, Pay, Yeni Ortak Alımı, Ortaklık Sıfatının Devri, Çıkma, Çıkarma.

ABSTRACT

CHANGES IN ORDINARY PARTNERSHIP STRUCTURE

FURKAN DERDİMAN

Due to lack of legal personality, ordinary partnership is based on personality of members and therefore changes in the membership status also lead to changes in the order of right and obligation in the partnership. From this perspective, in this study, changes in ordinary partnership structure which can be occured as admission of a new member, transfer of membership, withdrawal and expulsion from partnership have been examined. Thus, it is aimed to determine requirements, legal nature, results in internal and external relationship of aforementioned changes. In resolving these issues, academic studies and court decisions in German, Swiss and Turkish law have been utilized. In the first section of our study, general information about ordinary partnership, partnership contract and terms of membership and share has been expressed. In the second section, admission contract which is required for admission of a new member has been discoursed. In the third section, after membership's transferability problem has been examined, transfer contract and its results have been explained. In the fourth section, prerequisites for withdrawal/expulsion from partnership and subsequently withdrawal/expulsion reasons specified in TCO Art.633 have been evaluated. Ultimately, results of leaving partnership have been discussed.

Keywords: Ordinary Partnership Contract, Membership, Share, Admission of New Member, Transfer of Membership, Withdrawal, Expulsion.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada adi ortaklık yapısındaki değişiklikler ele alınmıştır. Adi ortaklık yapısında yani ortaklıktaki hak ve borç düzeninde yeni ortak alımı, ortaklık sıfatının devri, ortaklıktan çıkma ve çıkarılma şeklinde değişikliklerin meydana gelebilmesi mümkündür. Bu değişiklikler, uygulamada sıklıkla görülebildiği gibi, Alman ve İsviçre hukukunda da çok sayıda çalışmaya konu olmuştur. TBK m.632-636 arasındaki hükümlere rağmen, meseleye ilişkin pek çok hukuki sorun cevapsız kalmaktadır. Bu itibarla çalışmamızın konusu, adi ortaklık yapısındaki değişiklikler ve bunların şartları, hukuki nitelikleri, iç ve dış ilişkideki sonuçlarının incelenmesinden oluşmaktadır.

Adi ortaklığın sözleşme temeline dayalı tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi birliği olması ve elbirliği ortaklığı ya da paylı ortaklık şeklinde yapılanması, çalışmamızda birçok farklı alanı göz önüne almayı gerektirmiştir. Bu bakımdan, özellikle borçlar, ortaklıklar ve eşya hukukuna ilişkin eserlerden istifade edilmiştir. Konunun pratik yönüne de temas edilebilmesi amacıyla Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki mahkeme kararlarına çalışmada yer verilmiştir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki lisans eğitimi yıllarımdan beri, kendisinden ders alarak bilgi ve birikiminden istifade etme şansına eriştiğim kıymetli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir'e bilhassa tez konumun seçimi ve tezin yazılması sürecindeki büyük emek ve katkıları dolayısıyla teşekkürlerimi sunarım.

Bursa, 2021

Furkan Derdiman

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **ii**

ABSTRACT ..... **iii**

ÖNSÖZ ..... **iv**

KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK, ADİ ORTAKLIKTA "ORTAKLIK SIFATI" VE "PAY" KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK **3**

A. Adi Ortaklığın Temel Özellikleri 3

B. Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliği Bulunmamasına Bağlı Bazı Sonuçlar 8

C. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği 11

II. ADİ ORTAKLIKTA "ORTAKLIK SIFATI" KAVRAMI **16**

III. ADİ ORTAKLIKTA "PAY" KAVRAMI **20**

A. Mevcut Yasal Düzenlemelere Bakış 20

B. Adi Ortaklıkta Elbirliğiyle Hak Sahipliğinin Benimsenmiş Olması 21

C. Adi Ortaklıkta Paylı Hak Sahipliğinin Benimsenmiş Olması 28

İKİNCİ BÖLÜM

YENİ ORTAK ALIMI

I. GENEL OLARAK **29**

II. YENİ ORTAK ALIMINA TÜM ORTAKLARIN RIZA GÖSTERMESİ ŞARTI **29**

III. YENİ ORTAK ALIM İŞLEMİ: ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİ ... 32

A. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Tarafları ... 32

B. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin İçeriği ... 35

C. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ... 36

1. Genel Olarak ... 36

2. Benzer İşlemlerden Ayrılması ... 37

a. Yeni Bir Ortaklık Kurulmasından Farkı ... 37

b. "Sözleşmeye Katılma"dan Farkı ... 37

D. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Şekli ... 40

IV. ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI ... 45

A. İç İlişkideki Sonuçlar ... 45

1. Mevcut Ortakların Hakimiyetinde Daralma (Abwachsung/ Dekreszenz) ... 45

2. Yeni Ortağın "Ortaklık Sıfatı"nı Kazanması ve Buna Bağlı Sonuçlar ... 47

a. Genel Olarak ... 47

b. Ortaklık Sıfatını Kazanımın Hukuki Niteliği ... 47

c. Ortaklık Malvarlığı Üzerinde Hak Sahipliğinin Kazanımı ... 49

(1) Elbirliği Ortaklığında ... 49

(2) Paylı Ortaklıkta ... 50

d. Yeni Ortağın Malvarlıksal Hak ve Borçları Kazanımı ... 51

e. Yeni Ortağın Yönetsel Hak ve Borçları Kazanımı ... 52

f. Yeni Ortağın Katılım Payı Getirme Borcu ... 53

g. Yeni Ortağın Ortaklığa Karşı Sadakat Borcu ... 54

B. Dış İlişkideki Sonuçlar ... 54

V. ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZ OLMASININ SONUÇLARI 58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIK SIFATININ DEVRİ

I. GENEL OLARAK 62

II. BENZER İŞLEMLERDEN AYRILMASI 64

A. Payın Tek Taraflı Devri 64

B. Alt Katılım Ortaklığı 66

III. ORTAKLIK SIFATININ DEVREDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU VE GELİŞTİRİLEN TEORİLER 67

A. Çift Sözleşme Yoluyla Devir Teorisi 72

B. Tasarruf İşlemiyle (Hukuki İşlemle) Devir Teorisi 75

C. Sözleşmenin Devri Teorisi 78

D. "Sözleşmenin Devri" Teorisine Yöneltilen Eleştiriler ve Bunlara Karşı Geliştirilen Argümanlar 80

E. Ara Değerlendirme 84

IV. ORTAKLIK SIFATININ DEVRİ İŞLEMİ 87

A. Devir İşleminin Konusu 87

B. Devir İşlemine Uygulanacak Hükümler 88

1. Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Durum 88

2. Türk Hukukundaki Durum 91

C. Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi 93

1. Borçlandırıcı İşlem: Ortaklık Sıfatını Devir Vaadi 93

2. Tasarruf İşlemi: Ortaklık Sıfatının Devri Sözleşmesi 98

a. Devir Sözleşmesinin Konstrüksiyonu 98
b. Devir Sözleşmesinin Şekli 99
c. Diğer Ortakların Rızası 102
(1) Genel Olarak 102
(2) Rıza Şartının Hukuki Niteliği 107
(3) Rıza Gösterilmemesinin Sonuçları 111
d. Devrin Diğer Ortaklara Bildirilmesi 115
V. ORTAKLIK SIFATI DEVRİNİN SONUÇLARI 116
A. Devredenin Hukuki Durumu 117
1. Devredenin İç İlişkideki Hukuki Durumu 117
2. Devredenin Dış İlişkideki Hukuki Durumu 120
B. Devralanın Hukuki Durumu 123
1. Devralanın İç İlişkideki Hukuki Durumu 123
a. Malvarlıksal Hak ve Borçların Akıbeti 126
b. Yönetsel Hak ve Borçların Akıbeti 127
c. Özel Hakların (Sonderrechte) Akıbeti 128
2. Devralanın Dış İlişkideki Hukuki Durumu 129

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARMA

I. ORTAKLIKTAN "ÇIKMA", "ÇIKARMA" VE "AYRILMA" KAVRAMLARI 130
II. ORTAKLIKTAN AYRILMA KURUMUNUN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER 132

III. KAYNAK BGB § 736 VE 737 İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TBK M.633 HÜKMÜNÜN İNCELENMESİ 134

A. Genel Olarak 134

B. TBK m.633 Hükmünün İşlevi 137

IV. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARMA ŞARTLARI 138

A. Ortaklığın Devam Edeceğinin Kararlaştırılmış Olması 138

1. Ortaklık Sözleşmesinde "Devam Kaydı" Bulunması 138

2. Ortakların Sonradan "Devam Kararı" Alması 140

3. Özellik Arz Eden Durumlar 142

a. İki Ortaklı Ortaklıklar 142

b. Devam Kaydının Tasfiye Aşamasında Uygulanabilirliği 143

c. Bir Ortağın İrade Beyanında İptal Edilebilirlik Sebebi Bulunması 144

B. Çıkma veya Çıkarma Sebebinin Gerçekleşmesi 146

1. Çıkma/Çıkarma İmkanına İlişkin Düzenleme Modelleri ve Bu Yönüyle TBK m.633 Hükmü 146

2. Çıkma/Çıkarma Sebebi Kararlaştırılmamış Olması veya Sebebin Gerçekleşmemesi 150

a. Ortaklıktan Çıkma Sözleşmesi 150

b. Adi Ortaklıkta "Haklı Sebeple Çıkarma" veya "Haklı Sebeple Çıkma" Hakkının Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu 152

(1) Haklı Sebeple Çıkarma Hakkına İlişkin Değerlendirme 152

(2) Haklı Sebeple Çıkma Hakkına İlişkin Değerlendirme 158

V. TBK M.633 HÜKMÜNE GÖRE ÇIKMA VE ÇIKARMA SEBEBİ OLARAK KARARLAŞTIRILABİLECEK BAZI OLGULAR 162

A. Fesih Bildirimi 162
B. Ortağın Tasfiyedeki Payının Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi 168
C. Ortağın Kısıtlanması 174
D. Ortağın İflası 177
E. Ortağın Ölümü 180
1. Sözleşmede Devam Kaydının Bulunmaması 182
a. Ortaklığın İnfisah Etmesi 182
b. Ortakların Sonradan Devam Kararı Alması 184
2. Sözleşmede Ortaklığın "Diğer Ortaklarla" Devam Edeceği Yönünde Bir Kayıt Bulunması 186
3. Ortaklığın Ölen Ortak Yerine Mirasçılarla veya Üçüncü Bir Kişiyle Devam Edeceğine İlişkin Kayıtlar 189
a. Basit ve Nitelikli Halefiyet Kayıtları 189
(1) Basit Halefiyet Kaydı 190
(2) Nitelikli Halefiyet Kaydı 193
b. Ortaklığa Giriş Kaydı 196
4. Mirasçıların Ortaklıktan Çıkma Hakkı 196
VI. ORTAKLIKTAN AYRILMANIN SONUÇLARI 200
A. Ortaklıktan Çıkma veya Çıkarmanın Hüküm Doğurduğu An 200
B. İç İlişkideki Sonuçlar 202
1. Genel Olarak 202
2. Ortaklık Sıfatının Kaybı ve Buna Bağlı Genel Sonuçlar 203
3. Ayrılma Payı Alacağı 207

a. Ayrılma Payının Temel Özellikleri 207

b. Ayrılma Payının Doğumu ve Muacceliyeti 207

c. Ayrılma Payının Hesaplanması 208

d. Ayrılma Payı Kayıtları (Klozları) 210

e. Ayrılma Payı İçerisindeki Münferit Alacakların Bağımsız Olarak İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu 212

4. Ayrılan Ortağın Tamamlanmamış İşlerin Mali Sonuçlarına Katılması 213

5. Ayrılan Ortağın Borçtan Kurtarılmayı İsteme Hakkı 214

6. Ayrılan Ortağın Diğer Ortaklara Rücu Talebi 216

C. Dış İlişkideki Sonuçlar 217

VII. HAKSIZ ÇIKMA VEYA ÇIKARMANIN SONUÇLARI 223

SONUÇ 226

KAYNAKÇA 235

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis (Almanya)
Art.	: Artikel
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
aş.	: Aşağıda
b.	: Bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜSBE	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör/Editörler
EİTİAD	: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Haz.	: Yayına Hazırlayan/Hazırlayanlar
Hrsg.	: Herausgeber
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar Numarası
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜSBE	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vorbem.	: Vorbemerkung
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	: Yukarıda
YÜSBE	: Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

ZBGR : Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (İsviçre)

ZBJV : Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (İsviçre)

ZGB : Zivilgesetzbuch

Ziff. : Ziffer (Bent)

ZR : Zivilrecht

GİRİŞ

Hukuk düzenimiz gerçek ve tüzel kişi olarak iki tür hak sahibini (hak süjesini) tanımaktadır. Tüzel kişiliği olmayan kişi birliklerinin, üyelerinden tam anlamıyla bağımsız bir varlık olarak görülüp görülemeyeceği ise halen tam manasıyla açıklığa kavuşmuş değildir. Bu soruya verilen cevap, kişi birliğine ilişkin hukuki sorunların çözümünde belirleyici olmaktadır. Zira kişi birliğine ilişkin hukuki sorunlar, kimi zaman sadece iç ilişkiyi (üyeler arasındaki ilişkiyi) veya dış ilişkiyi (üçüncü kişilerle ilişkileri); kimi zaman ise her iki alanı ilgilendirmektedir. Kişi birliğinin varlığını sürdürürken dahi iç ve dış ilişkilerinin düzenlenmesi hukukun en çetrefilli alanlarından birisiyken; kişi birliğindeki üyelerin değişmesi, üzerinde çalışılmaya değer ayrı bir konu olarak durmaktadır. İşte bu nedenle bu çalışmada; yeni ortak alımı, ortaklık sıfatının devri, ortaklıktan çıkma ve çıkarma şeklinde ortaklık yapısındaki değişiklikler ve bunların şartları, hukuki nitelikleri, iç ve dış ilişkideki sonuçları incelenmiştir. Bunlar, ortaklıktaki hak ve borç düzeninin değişmesine yol açacağından -geniş anlamda- "ortaklık yapısında değişiklik"ten söz etmek yerinde olur. Nitekim TBK 632-636 maddelerini kapsayan kenar başlık, *"Ortaklar arasındaki ve ortaklık yapısındaki değişiklikler"* şeklindedir. Böylelikle çalışmamızda, kanundaki terminolojiyle de uyum sağlanmıştır. TBK m.632/2'de anılan pay devrinin ve alt katılım ortaklığının ise, ortaklık yapısında değişiklik yaratmadığı anlaşıldığından bunlar, ortaklık sıfatının devrinden farkları noktasında ele alınmıştır.

Sözleşme serbesti çerçevesinde adi ortaklık, atipik formlarda ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle adi ortaklığa ilişkin meselelerde, tüm adi ortaklık tipleri için geçerli kurallar koymak mümkün değildir. Çalışmamızda, elbirliğiyle hak sahipliği esasının hâkim olduğu klasik dış ortaklık[1] esas alınmış olup, iç ortaklıklarda[2] konumuz bakımından özellik arz eden hususlara yeri geldiğince değinilmiştir.

[1] Dış ortaklık (Außengesellschaft), üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde ortaklığın yani tüm ortakların temsil edildiği adi ortaklık tipidir. Dış ortaklıkta bağımsız bir ortaklık malvarlığı oluşturulması halinde, ortaklar bu malvarlığındaki değerlerde kural olarak elbirliğiyle hak sahibi olurlar (Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, N.300 vd.)

[2] İç ortaklık (Innengesellschaft), ortaklığın üçüncü kişiler nezdinde bir ortaklık olarak ortaya çıkmadığı bir başka anlatımla, üçüncü kişilerle işlemlerin esasen ortaklardan biri tarafından kendi adına fakat iç ilişkide tüm ortaklar hesabına (dolaylı temsil yoluyla) yapıldığı adi ortaklık tipidir. Bu yapısı dolayısıyla

Çalışmamızın birinci bölümünde, konuya ilişkin gerekli önbilgiyi vermek amacıyla adi ortaklığın temel özellikleri, ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği ve "ortaklık sıfatı" kavramı ana hatlarıyla açıklanmıştır. Devamında ise, elbirliği ortaklığı ve paylı ortaklıkta "pay" kavramından ne anlaşılması gerektiği izah edilmiştir.

İkinci bölümde, adi ortaklığa yeni ortak alımı konusu ele alınmıştır. Bu çerçevede yeni ortak alımı için gerekli şartlar ve yeni ortak alım işlemi (ortaklığa kabul sözleşmesi) açıklanmış, bu işlemin hukuki niteliği irdelenmiştir. Sonrasında ise yeni ortak alımının ortaklar arasındaki ve üçüncü kişilere karşı sonuçları ortaya konmuştur.

Ortaklık sıfatının devrini konu alan üçüncü bölümde, öncelikle bu işlemin benzer işlemlerden farkı ele alınmıştır. Akabinde, ortaklık sıfatının devredilebilirliği sorunu ve devir işlemi için geliştirilen teoriler irdelenmiştir. Bunlardan özellikle, "tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir" ve "sözleşmenin devri" teorileri arasındaki çekişme üzerinde durulmuştur. Sonrasında, Alman ve İsviçre hukukuyla karşılaştırmalı olarak Türk hukukunda ortaklık sıfatının devri işlemi ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Bu açıklamalarda tercih ettiğimiz yaklaşımla uyumlu olan hususlarda "tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir" teorisinden yararlanılmış ve ayrıldığımız noktalarda ortaya çıkan farklılıklar ifade edilmiştir. Nihayetinde ortaklık sıfatı devri işleminin, iç ve dış ilişkideki sonuçlarına yer verilmiştir.

Dördüncü bölümde, ortaklıktan çıkma ve çıkarılma konuları ele alınmıştır. Öncelikle, ortaklıktan çıkma, çıkarma ve ayrılma kavramları açıklanmış, ortaklıktan ayrılmayla korunan menfaatler değerlendirilmiştir. Akabinde kaynak BGB §736-737 ile mukayeseli olarak TBK m.633 hükmü ve bu hükmün fonksiyonu tespit edilmiştir. Bu çerçevede, ortaklıktan çıkma/çıkarma şartları ve sözleşmede kararlaştırılabilecek farklı usuller ayrıntılı olarak izah edilmiştir. TBK m.633'te çıkma/çıkarma sebebi olarak belirtilen olgular ayrı ayrı incelenmiş ve nihayetinde ortaklıktan ayrılmanın iç ve dış ilişkideki sonuçları açıklanmıştır.

Çalışmada ulaşılan tespitlere sonuç bölümünde yer verilmiştir.

---

iç ortaklıklarda, ortakların elbirliğiyle hak sahipliğine tabi değerlerden oluşan bir ortaklık malvarlığının bulunması mümkün görülmemektedir. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.283 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK, ADİ ORTAKLIKTA "ORTAKLIK SIFATI" VE "PAY" KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK

A. Adi Ortaklığın Temel Özellikleri

Adi ortaklık, emeklerini ve/veya mallarını birleştirmek suretiyle müşterek bir amaca erişmek için çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı borçlanan gerçek ve/veya tüzel kişilerin oluşturduğu, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi birliğidir[1]. Ancak vurgulamak gerekir ki, adi ortalığa ilişkin meselelerin çözümünde, adi ortaklığın bir kişi birliği olduğu kadar sözleşmesel taahhütlerden oluştuğu da göz önünde tutulmalıdır. Bu itibarla, sözleşmesel kişi birliği niteliğinde olan[2] adi ortaklık, tüm

[1] Adi ortaklığa ilişkin doktrinde yapılan benzer tanımlamalar için bkz. Alfred Siegwart, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 4. Teil: Personengesellschaften (Art. 530-619)**, Unveränderter Nachdruck 1978 der Auflage 1938, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1978, Vorb. zu Art.530-551, N.1; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, 10. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2007, §12, N.3; Lukas Handschin/Reto Vonzun, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR**, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2009, Art.530, N.2; Walter Fellmann/Karin Müller, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/8: Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR**, Hrsg. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Bern, Stämpfli Verlag, 2006, Vorbem. Art.530, N.13. Y. Ümit Doğanay, **Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü)**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1968, s.5; Barlas, **a.g.e.**, N.39; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N.70b.

[2] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Vorbem. Art.530-551, N.8; **BSK**/Lukas Handschin, **Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-1186 OR**, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, Art.530, N.2; Bilgehan Çetiner "Austritt und Ausscluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfacehen Gesellschaft im Neuen Turkischen Obligationengesetz Unter Berucksichtigung Der Deutschen BGB- Gesellschaft", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Volume 47, No.64, 2015, s.24; BGer 2A.269/2006, 20.06.2008 (www.swisslex.ch, E.T.28.06.2020).

ortaklıkların[3] temel tipini teşkil eder[4]. Nitekim adi ortaklık sözleşmesine ilişkin TBK m.620[5] (OR Art.530; BGB §705) hükmünde, sadece adi ortaklığın[6] değil, geniş anlamda "ortaklık" kavramının tanımlandığı kabul edilmektedir[7]. Zira bu hükümdeki tanım, her türlü ortaklığın asgari unsurlarını içermektedir[8]. Dolayısıyla, adi ortaklık, diğer ortaklık tiplerinden TBK m.620'nin ikinci fıkrasındaki olumsuz unsur (menfi şart) ile ayrılmaktadır[9]. Buna göre, adi ortaklık kanunda özel olarak düzenlenmiş bir ortaklığın ayırt edici unsurlarını taşımayan birleşmelerdir[10]. Hal böyle olunca, adi

[3] Esasen bir ortaklık ilişkisi ayırt edici üç özelliğe sahiptir, bunlar; kişi birliği, üyeleri arasında sözleşme ilişkisi ve müşterek bir amacın takip edilmesidir (Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §1, N.3; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.132). Geniş anlamda ortaklık kavramı, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan, şahıs ya da sermaye ortaklıklarının tümünü içine alır (Hans Theodor Soergel/Walther Hadding/Erik Kiessling, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/1, Schuldrecht 9/1, §§ 705-758**, 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kolhammer, 2012, vor §705, N.1).

[4] Werner von Steiger, **Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil Die Personengesellschaften**, **in: Schweizerisches Privatrecht,** Band VIII/1, Basel und Stuttgart, 1976, s.324; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Vorbem. Art.530-551, N.11, Art.530, N.12; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.4; **BSK**/Handschin, Art.530, N.1; Reto Vonzun, **Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften**, Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000, N. 513; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.34; Doğanay, **a.g.e.**, s.2; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.42.

[5] TBK m.620/1: *"Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir."*

[6] Adi ortaklık için İsviçre hukukunda *"einfach Gesellschaft"*; Alman hukukunda ise *"Gesellschaft bürgerlichen Rechts"* (medeni hukuk ortaklığı), *"BGB-Gesellschaft"* veya kısaca *"GbR"* kavramları kullanılmaktadır. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.15-16. Alman hukuku için bkz. Julius von Staudingers/Stefan Habermeier, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht)**, 13. Bearbeitung, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2003, Vorbem zu §705-740, N.3.

[7] Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s.443; Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s.125; Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s.35-36; ; Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, Yeniden Gözden Geçirilmiş İlaveli 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, s.154 vd.; Aynur Yongalık, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991, s.2; Barlas, **a.g.e.**, N.21; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014, s.1474; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2019, s.15. Kaynak İsviçre hukukunda da aynı yöndeki görüş için bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.324; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.9.

[8] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Vorbem. Art.530-551, N.7. Aynı yönde bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1476. YİBK, E.1944/8 K.1945/14 T.07.11.1945: *"Her ticari şirkette adi şirketin mevcut vasıf ve gayeleri vardır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 21.01.2020).

[9] von Steiger, **a.g.e**., s.324; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.10; Vonzun, **a.g.e.**, N. 513; Bilge, **a.g.e.**, s.443; Karayalçın, **a.g.e.**, s.127.

[10] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.34. Herhangi bir hukuki sakatlık (örneğin dernek tüzüğündeki sakatlık) nedeniyle dernek tüzel kişiliği kazanılamamışsa ya da derneğin henüz kurulmadığı aşamada, iktisadi olmayan bir amaç için bir araya gelen bu kişiler de bir adi ortaklık teşkil edecektir. Bu durum, özellikle dış ilişki bakımından böyledir. Ancak iç ilişkide (örneğin çoğunluk ilkesi, yönetim yetkisinin bir kurula devri, ortaklıktan çıkma ve çıkarma gibi konularda), adi ortaklığa

ortaklık sözleşmesine ilişkin yasal hükümlerin geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kuşkusuzdur[11]. İktisadi veya ideal her türlü amaç için adi ortaklık kurulabilir[12]. Şu kadar ki, müşterek amaç imkânsız[13] veya kanuna ya da ahlaka aykırı olmamalı, yani TBK m.27 (OR Art.20) hükmüne uygun olmalıdır[14]. Kuşkusuz bu durum, adi ortaklığın bir sözleşmesel ilişki olmasının doğal sonucudur.

ilişkin kanundaki yedek hükümler yerine dernekler hukuku kurallarının uygulanabileceği de savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.146-147.

[11] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.12,17; Barlas, **a.g.e.**, N.206; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70a. Adi ortaklık; küçük işletmelerden, avukatlar gibi serbest meslek mensuplarının oluşturduğu birliklere, elde edilecek menfaatlerden yararlanmak üzere müştereken bir şeyi iktisap etmek ya da bir faaliyeti icra etmek (örneğin birlikte şans oyunu oynamak) amaçlı birlikteliklere, pay sahipleri sözleşmelerine (shareholders agreement), kartel anlaşmalarına veya konsorsiyum, joint venture (ortak girişim), konzern gibi büyük ölçekli projelerin iş birliğiyle yürütülmesine kadar çok geniş bir yelpazede uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Bu hususta bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.206 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70a.

[12] von Steiger, **a.g.e**., s.324; Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.29; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.3; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.17; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.28,33; Bilge, **a.g.e.**, s.446. İdeal amaçlı adi ortaklık kurulabileceği hususunda bkz. BGH, 2.6.1997 - II ZR 81/96 (www.beck-online.beck.de, E.T.06.04.2020). Türk hukukunda hâkim görüşe göre adi ortaklık ticari işletme işletmek amacıyla da kurulabilir (Barlas, **a.g.e.**, N.77; İsmail Kayar, "Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.479-481). İsviçre hukukunda ise tartışmalı olmakla birlikte bugünkü hâkim görüşe göre, adi ortaklık ticari işletme işletmek amacını taşıyamaz. Bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.512; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.2, bu ihtimalde eğer ortaklık sadece gerçek kişilerden oluşuyorsa kollektif şirket sayılmakta; ayrıca bir tüzel kişi de ortak olarak bulunmaktaysa bu durumda adi ortaklığın varlığı kabul edilmektedir.

[13] Bir işletmenin işletilmesi veya işin yapılması gibi ortaklığın faaliyet konusu anlamındaki "ortaklık amacı" (Gesellschaftszweck) (müşterek amaç) ile genellikle kazanç elde etmek olan "nihai amaç" (Endzweck) arasında bir ayrım yapılmalıdır. Bu ayrım özellikle, amacın imkânsızlığı ve buna bağlanan sonuç açısından önemlidir (Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.30). Ortaklık amacı, ortaklık sözleşmesinin objektif esaslı noktalarından olduğu için, başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde TBK m.27/2 (OR Art.20 II) kapsamında değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralları uygulanamaz ve sözleşme tümüyle hükümsüz olur (Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.48; Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.32). Kar elde edememek (Unrentabilität) nihai amacının ise, başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlığı kural olarak ortaklığın sona ermesine yol açmaz fakat TBK m.639/7 uyarınca ortaklığın sona ermesini talep için haklı sebep olabilir (Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.49; Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.32). Örneğin bkz. Yarg. 3. HD., E.2016/13998 K.2018/3311 T.02.04.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

[14] von Steiger, **a.g.e**., s.324; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.17; Bilge, **a.g.e.**, s.445; Barlas, **a.g.e.**, N.72.

Doktrinde ve yargı kararlarında belirtildiği üzere; kişi, sözleşme[15], sermaye (katılım payı), müşterek amaç ve müşterek amaca ulaşma yolunda çaba gösterme yükümlülüğü (affectio societatis)[16] adi ortaklığın temel unsurlarıdır[17].

Bir sözleşme ilişkisine dayanmayan topluluklar (örneğin miras ortaklığı, kat malikleri birliği) adi ortaklık niteliğinde değildirler[18]. Yine adi ortaklık, müşterek amaç unsuru aracılığıyla da basit menfaat birliklerinden[19], karşılıklı borç sözleşmelerinden[20] ve özellikle de sonuca katılmalı hukuki ilişkilerden[21] ayrılır[22]. Dolayısıyla, bu hususta belirleyici ölçüt, adi ortaklıktaki müşterek amaç uğruna

---

[15] Ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği, konumuz açısından önem arz ettiğinden aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Bkz. aş. Birinci Bölüm, I, C.

[16] Roma hukuku kökenli bu kavram, ortaklığın haklı sebeple feshi, haklı sebeple ortaklıktan çıkarma (TTK m.255), rekabet yasağı, mutlak bir hak olarak ortaklık işlerini inceleme hakkı gibi pek çok temel ilkenin dayanağını oluşturmaktadır. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.60; Oruç Hami Şener, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.711, dn.35.

[17] Doğanay, **a.g.e.**, s.5; Barlas, **a.g.e.**, N.40 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.42; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.15; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1474-1475; Yarg. 3. HD., E.2018/2115 K.2018/10683 T.30.10.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.26.08.2019); Yarg. 3. HD., E.2016/19699 K.2018/5859 T.28.05.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.03.09.2019); Yarg. HGK., E.2018/16 K.2018/1315 T.04.07.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).

[18] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.2-5; Siegwart, **a.g.e.**, Vorb. zu Art.530-551, N.1; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §1, N.17; von Steiger, **a.g.e**., s.330; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.37 vd., 130 vd.; Doğanay, **a.g.e.**, s.54-55; Barlas, **a.g.e.**, N.117. Paylı mülkiyetin hukuki işleme dayandığı hallerde ise, kişiler arasında sadece bir paylı mülkiyet ilişkisi mi yoksa ayrıca bir adi ortaklık ilişkisinin mi olduğu "affectio societatis" (müşterek amaç) unsuruna göre belirlenecektir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.47; Doğanay, **a.g.e.**, s.55; Arslanlı, **a.g.e.**, s.63).

[19] Haluk N. Nomer, **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008, s.12, yazarın belirttiği üzere; "basit menfaat birlikleri"nden maksat, müşterek bir amacın bulunmadığı ve sadece belirli bir malvarlığı değerine sahip olma, ondan yararlanma ve onu idare etme amaçlı birlikteliklerdir. Bunlara örnek olarak; kat mülkiyeti, mal rejimi ya da mirastan kaynaklı birliktelikler sayılabilir.
İsviçre doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre de sadece bir malvarlığı değerine birlikte sahip olmak, onu idare etmek ve ondan yararlanmak amaçlı bir topluluk adi ortaklık niteliğinde değildir. Örneğin bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §1, N.18; von Steiger, **a.g.e**., s.330. Ancak, Alman hukukundan esinlenerek bunun mümkün olduğu görüşünde karş. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.507 vd.

[20] Karsten Schmidt, **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2002, s.1735; Doğanay, **a.g.e.**, s.46; Arslanlı, **a.g.e.**, s.43; Bilge, **a.g.e.**, s.445.

[21] von Steiger, **a.g.e**., s.324-325, yazar adi ortaklık sözleşmesinin amaç birlikteliği (Zweckgemeinschaft) kurucu niteliğine işaret etmektedir; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.22. Bu iki ilişki tipini ayırmada diğer bir ölçüt ise, "zarara katılma (Verlustbeteiligung)" olup, tarafların zarara katılacakları öngörülmüşse bunun bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu kabul edilecektir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.85).

[22] Ortaklık sözleşmesiyle, ortakların müşterek amacı takip etmeyi borçlandığına dair bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.63; Vonzun, **a.g.e.**, N.12; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.7.

birlikte çaba gösterme borcudur (affectio societatis)[23]. Tüm ortakların üstlenmesi gereken bu borç, adi ortaklığa karakterini veren unsurdur[24] ve ortaklık kurma iradesini (animus societatis) gösterir[25].

İsviçre ve Türk hukukunda adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklık, hak ve fiil ehliyetine (davada taraf olma ve dava ehliyetine); bu itibarla ortaklardan bağımsız şekilde hak sahibi olma vasfına sahip değildir[26]. Alman hukukunda ise, -önceden hâkim olan görüşün aksine- bugün adi ortaklığın hak süjeliği (Rechtssubjektivität) vasfına sahip olduğu, yani hak ehliyeti bulunduğu kabul edilmektedir[27]. Alman Federal Mahkemesinin 29.01.2001 tarihli kararıyla[28]

---

[23] Doğanay, **a.g.e.**, s.58; Barlas, **a.g.e.**, N.85; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, §2, N.10.

[24] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.65; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.27.

[25] von Steiger, **a.g.e**., s.325; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.64,66.

[26] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.15; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Vorbem. Art.530, N.14; Vonzun, **a.g.e.**, N.549; Doğanay, **a.g.e.**, s. 31; Turgut S. Erem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.II Ticaret Şirketleri, 2. Baskı, İstanbul, Yörük Matbaası, 1965, s.24; Suad Bertan, **Ayni Haklar: Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler), M.K. 618-702**, C.1, Ankara, Balkanoğlu Matbaa, 1976, s.426; Karayalçın, **a.g.e.**, s.133; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.74; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.154-155; Barlas, **a.g.e.**, N.155-156; Pulaşlı, **a.g.e.**, §2, N.8; Çetiner, **a.g.m.**, s.23. Bkz. Yarg. 3. HD., E.2013/14849 K.2013/18409 T.24.12.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.27.09.2019); Yarg. 22. HD., E.2019/7584 K.2019/19835 T.24.10.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.06.02.2020); Yarg. 15. HD., E.2019/534 K.2019/4285 T.01.11.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.27.09.2019); Yarg. 3. HD., E.2018/7693 K.2019/1225 T.18.02.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.27.09.2019); Yarg. HGK., E.2018/16 K.2018/1315 T.04.07.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).
Ayrıca karş. Vildan Peksöz, **Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s.162-163, yazar, kanunda öngörülen bazı hallerde adi ortaklığın (4857 sayılı İş Kanunu m.2 anlamında "işveren" olan adi ortaklıklar, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.2'ye göre vergi mükellefi olan "iş ortaklıkları" ve süje olarak yer alabildiği hukuki ilişkiler açısından "okul aile birlikleri") hak ve taraf ehliyeti olabileceğini savunmaktadır. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., E.2009/8285 K.2009/10650 T.14.04.2009: *"4857 Sayılı iş Yasasının 2. maddesinde işveren, işçi çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme ile çok kapsamsal bir işveren tanımı ihdas edilmiş böylece uygulamada karşılaşılan bir kısım hukuksal sorunlar aşılmıştır.* ***Dolayısıyla, anılan yasal düzenleme uyarınca aslında tek başına her bir adi şirket ortağı işveren sayılması gerekirken tüzel kişiliği olmayan adi şirket işveren sayılmıştır. Aynı sonuç işverenin ölümünden sonra oluşan miras ortaklığı tarafından idare edilen işyeri açısından da geçerlidir. Dairemizin 1475 sayılı yasa dönemindeki uygulamalarına göre de tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.Hukuk. Dairesi 24.02.1997 T.ve 1996/20053-E, 1997/2863-K.)"*** (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 21.01.2020).

[27] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.20. Yine Alman hukukunda, tüzel kişiliği bulunmamakla beraber HGB §124 uyarınca hak ve borçlara sahip olabilen kollektif şirketin (die offene Handelsgesellschaft), bir *"geçiş formu"* (Übergangsform) olarak kabul edildiğine dair bkz. Heinrich Weber-Grellet, "Die Gesamthand - ein Mysterienspiel?", **AcP**, Band 182, Heft 4, 1982, s.328.

[28] BGH, 29.01.2001 - II ZR 331/00 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.30.09.2019). Kararın tercümesi için bkz. Şafak Narbay/Seyithan Deliduman, "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", **Prof. Dr. Ömer**

elbirliğiyle hak sahipliğine tabi ortaklık malvarlığının bulunduğu dış ortaklığa (Aussengesellschaft) hak ve taraf ehliyeti tanınmıştır[29]. Ortaklık malvarlığındaki unsurlar üzerinde ortaklık tek başına hak sahibidir[30].

B. Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliği Bulunmamasına Bağlı Bazı Sonuçlar

Hukukumuzda, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamasına bağlı bazı sonuçlara burada yer vermek, sonraki açıklamalarımızın anlaşılır olması açısından faydalı olacaktır.

Ortakların ortaklık malvarlığında bağımsız tasarruf edebilecekleri hakları bulunmamakta olup, adi ortaklıktaki hak sahipliği "birlikte hak sahipliği" olarak vasıflandırılmaktadır[31]. Alman ve İsviçre hukukunda *"Rechtsgemeinschaft"* kavramıyla[32] ifade edilen "birlikte hak sahipliği", kendi başına bağımsız bir topluluk formu olan "tüzel kişilik" olgusundan ayrım yapılabilmesi amacıyla geliştirilmiştir[33]. Şöyle ki, İsviçre ve Türk hukukunda bugünkü hâkim görüşe göre, paylı veya elbirliğiyle hak sahipliğine dayanan ortaklıklar arasında "hak sahipliği"

Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.577 vd.

[29] Barlas, **a.g.e.**, N.161 vd. Bu hususta ayrıca bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.16; Çetiner, **a.g.m.**, s.23; Pulaşlı, **a.g.e.**, §2, N.8; Peksöz, **a.g.e.**, s.85 vd.

[30] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §718, N.3.

[31] Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht**, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1910, s.78; Vonzun, **a.g.e.**, N.291,393; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.22; Karin Müller, **Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft: Ein Diskussionbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien, 2003, N.3,12,25; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.102; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.3.

[32] *"Rechtsgemeinschaft"* kavramının doktrinde; *"hak birlikleri"* (Tuğrul Ansay, **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967, s.89), *"hak topluluğu"* (Peksöz, **a.g.e.**, s.13, dn.52) ya da *"hukuki topluluk"* (Pulaşlı, **a.g.e.**, §2, N.8) gibi farklı şekillerde tercüme edildiği görülmektedir.

[33] Romano Kunz, **Über Die Rechtsnatur Der Gemeinschaft Zur Gesamten Hand: Versuch einer dogmatischen Konstruktion**, Bern, Verlag Stämpfli, 1963, s.166; Müller, **Mitgliedschaft**, N.20. İsviçre hukukunda kollektif ve komandit şirketlerin de tüzel kişiliği bulunmadığından, *"Rechtsgemeinschaft"* olarak vasıflandırıldığına dair bkz. Vonzun, **a.g.e.**, N.291; Müller, **Mitgliedschaft**, N.1. Aynı hakkın, birden fazla kişiye ait olduğu hallerde, "birlikte hak sahipliği"nden söz edilir (Müller, **Mitgliedschaft**, N.23).

(Rechtszuständigkeit) yönünden[34] bir farklılık yoktur[35]. Zira her ikisinde de "birlikte hak sahipliği" (Rechtsgemeinschaft) söz konusudur. Yani her ikisinde de bir hak üzerinde birden fazla kişi hak sahibidir[36]. Hakkın sahibi ortaklık değil, ortaklardır[37]. İşte bu durum, "çoklu hak sahipliği" (mehrfache Zuständigkeit/Zugehörigkeit) olarak izah edilmektedir[38].

Ortaklar ile üçüncü kişiler arasındaki hukuki işlemlerin tarafı, ortaklık değil ortakların tümüdür[39]. Bu bakımdan, hukuki işleme tüm ortaklar bizzat katılmalı ya da temsile ilişkin hükümlere göre temsil olunmalıdırlar[40] (TBK m.637; OR Art.543). Ayrıca, TBK m.637/3 hükmündeki temsil karinesine göre, kendisine yönetim yetkisi verilen her ortak olağan işler bakımından ortaklığı temsile yetkili sayılır[41]. TBK m.638/3 uyarınca ortaklar, birlikte veya temsil yoluyla üstlendikleri ortaklık borçlarından aksi kararlaştırılmadıkça birinci derecede, şahsen, sınırsız ve

---

[34] Bu itibarla elbirliği mülkiyetini, paylı mülkiyetten ayıran özellik; "hak sahipliği" açısından değil, "hakkın kullanımı" (tasarruf yetkisi) açısından olup, elbirliği mülkiyetine konu unsur (değer) üzerinde her ortağın bağımsız olarak tasarruf edebilecekleri payları yoktur. Elbirliği mülkiyetinde esasen, ortaklar hak üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabilirler. Bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.26; Kunz, **a.g.e.**, s.166. Aynı yönde bkz. Ansay, **a.g.e.**, s.89. Öte yandan, elbirliği ortaklığında "pay"dan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. aş. Birinci Bölüm, III, B.

[35] Kunz, **a.g.e.**, s.166; Arthur Meier-Hayoz, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654**, 4. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1966, Art.652, N.3a; **CHK-ZGB**/Barbara Graham-Siegenthaler, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB**, Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 2016, Art.652, N.8; Müller, **Mitgliedschaft**, N.12,24.

[36] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.3a; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.8; Müller, **Mitgliedschaft**, N.12 vd., 23 vd.; Vonzun, **a.g.e.**, N.291; von Steiger, **a.g.e**., s.332; Feyzi N. Feyzioğlu/Ümit Doğanay/Aydın Aybay, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1968, s.88; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, N.1215; Ansay, **a.g.e.**, s.89; Peksöz, **a.g.e.**, s.13, dn.52.

[37] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.9; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.9; Müller, **Mitgliedschaft**, N.12,23; Peksöz, **a.g.e.**, s.13, dn.52; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku: Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet,** C.I, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.635.

[38] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.3a; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.9; Müller, **Mitgliedschaft**, N.15,23; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.104. Ayrıca bkz. aş. Birinci Bölüm, III, B.

[39] Barlas, **a.g.e.**, N.172; Şener, **Adi Ortaklık**, s.397.

[40] von Steiger, **a.g.e**., s.326; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.12; Erem, **a.g.e.**, s.24; Barlas, **a.g.e.**, N.172; Şener, **Adi Ortaklık**, s.397; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.99, tüzel kişiliği haiz olmadığından adi ortaklıkta "organsal temsil"den bahsedilemez.

[41] Üçüncü kişi iyi niyetli olsa dahi temsil karinesinin çürütülebileceği, fakat ticari işletme işleten adi ortaklıklar bakımından temsil karinesinin çürütülebilmesi için üçüncü kişinin kötü niyetli olması gerektiği kanaatinde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.12.

müteselsilen sorumludurlar[42]. Buna karşılık, (yönetici veya temsilci ortak olmasına bakılmaksızın) herhangi bir ortağın üçüncü kişilere karşı haksız fiillerinden ortaklık (yani tüm ortaklar) sorumlu olmaz[43].

TBK m.638/1'e göre ortaklar kural olarak ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde elbirliğiyle (iştirak halinde) hak sahibi olurlar. Fakat bunun yerine paylı (müşterek) hak sahipliği esasının geçerli olacağı kararlaştırılabilir[44]. Elbirliğiyle hak sahipliği esasının geçerli olduğu adi ortaklıklarda, taşınmazların tapu siciline tescili ortaklık adına değil, aralarındaki adi ortaklık ilişkisi de belirtilmek suretiyle tüm ortaklar adına yapılır[45].

Bu noktada belirtmek gerekir ki, ortaklar sadece taşınır ve taşınmaz eşyalara değil, haklara da elbirliğiyle sahip olurlar. Bir başka ifadeyle, sadece mülkiyet hakkı değil, ortaklık malvarlığına dahil diğer değerler de (örneğin alacak hakkı) elbirliğiyle tasarruf esasına tabidir[46]. Hukuken eşya niteliğinde olmayan malvarlığı hakları için de

---

[42] Nuşin Ayiter, **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961, s.156; Barlas, **a.g.e.**, N.175; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.100; Şener, **Roma Hukuku**, s.734-735; Peksöz, **a.g.e.**, s.33. Doğrudan doğruya kanundan doğan borçlar bakımından da aynı esas geçerlidir (Barlas, **a.g.e.**, N.203).
Ortakların müteselsil sorumluluğunu kaldıran iç ilişkideki anlaşmanın ise, dış ilişkide güven ilkesi gereği bunu bilen veya bilebilecek durumda olan kişiler bakımından hüküm ifade edeceği fikrinde bkz. **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.22; Hermann Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde:184-551**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993, s.1220; Barlas, **a.g.e.**, N.205. "Müspet vukuf" halinde üçüncü kişiye bunun ileri sürülebileceği görüşünde karş. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.100e.

[43] Becker, **Şerh**, s.1217; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.13; Barlas, **a.g.e.**, N.176; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.100b. Ticari işletme işleten ortaklıklar bakımından ise OR Art.567/3 (TTK m.234/2) hükmünün kıyasen uygulanarak bir ortağın ortaklık işlerini yerine getirirken işlediği haksız fiillerden ortaklığın sorumlu olacağı fikrinde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.13.

[44] Becker, **Şerh**, s.1218; von Steiger, **a.g.e**., s.382; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.17-18; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.10; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.23; Ayiter, **a.g.e.**, s.90,91; Karayalçın, **a.g.e.**, s.136-137; Arslanlı, **a.g.e.**, s.60-61; Doğanay, **a.g.e**., s.38; Barlas, **a.g.e.**, N.196; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.583-585; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.82; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.66,67; Şener, **Adi Ortaklık**, s.181,182. Somut olayda tereddüt halinde, elbirliğiyle hak sahipliğinin geçerli olduğu kabul edilir (Doğanay, **a.g.e**., s.38; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.67).

[45] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.531, N.150; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.21; Doğanay, **a.g.e.**, s.39; Karayalçın, **a.g.e.**, s.133-134; Barlas, **a.g.e.**, N.174; Ansay, **a.g.e.**, s.142; Şener, **Adi Ortaklık**, s.174; Peksöz, **a.g.e.**, s.61, yazar, ortaklık toplu bir isim kullanıyorsa bu isme tescil işleminde yer verilebileceğini lakin bunun ortaklık adına tescil manasına gelmeyeceğini belirtmektedir.

[46] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.634; Haluk Nami Nomer/Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, N.796.

elbirliği mülkiyeti hükümleri kıyasen uygulanır[47]. Bu bakımdan, elbirliğiyle hak sahipliği veya borçluluk, genel bir hukuki prensip olup[48], salt mülkiyet hakkına özgü olarak anlaşılmamalıdır. Elbirliğiyle hak sahipliği, bir amaç için tahsis edilmiş malvarlığı ile ortaklar arasındaki ilişkinin bütünü iken; elbirliğiyle mülkiyet, elbirliğiyle alacaklılık veya borçluluk gibi kavramlar ise ortaklık malvarlığına dahil münferit unsurlar üzerindeki hukuki durumu gösterir[49].

Ortaklık tarafından bir ticari işletme işletilmekteyse tacir sıfatı, ortaklığa değil -idareci ortak olup olmadığına bakılmaksızın- tüm ortaklara aittir[50] (TTK m.12). Adi ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi mümkün değildir[51].

C. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tüm sözleşmeler gibi adi ortaklık sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yani öneri ve kabulü üzerine kurulur[52]. İkiden fazla ortaklı ortaklık sözleşmesi de her bir ortağın irade beyanını diğer tüm ortaklara yöneltmesi ve son ortağın kabul beyanıyla kurulmuş olur[53]. Adi ortaklık sözleşmesinde objektif esaslı noktalar; müşterek amaç (ortaklık amacı), ortakların şahsı, taahhüt edilen katılım paylarının türü olup, sözleşmenin kurulması için ortakların bu noktalar üzerinde uyuşmaları gerekir[54].

---

[47] Müller, **Mitgliedschaft**, N.42.
[48] Aynı yönde bkz. Weber-Grellet, **a.g.m.**, s.320 vd.
[49] Ayiter, **a.g.e.**, s.101.
[50] Hayri Domaniç, **Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler**, 4. Bası, İstanbul, Eskin Matbaası, 1988, s.74; Ansay, **a.g.e.**, s.167-168; Şener, **Adi Ortaklık**, s.174; Kayar, **a.g.m.**, s.482; Peksöz, **a.g.e.**, s.42-43.
[51] Erem, **a.g.e.**, s.24; Şener, **Adi Ortaklık**, s.174; Peksöz, **a.g.e.**, s.43.
[52] Arslanlı, **a.g.e.**, s.36; İmregün, **a.g.e.**, s.154; Barlas, **a.g.e.**, N.136; Şener, **Adi Ortaklık**, s.9.
[53] Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 175-176, dn.2; Barlas, **a.g.e.**, N.136; Şener, **Adi Ortaklık**, s.9; Arslanlı, **a.g.e.**, s.36-37. Uygun katılım iradelerinin (entsprechenden Beitrittserklärungen) tüm ortaklara ulaşmasıyla sözleşmenin kurulacağına ilişkin bkz. **MüKo**/Carsten Schäfer, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz**, Hrsg. Mathias Habersack, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2017, §705, N.20; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.4. Tarafların irade beyanlarını aynı anda açıklamış olması gerekmez (**MüKo**/Schäfer, §705, N.20; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.4).
[54] Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.48, çok ortaklı korporatif yapılarda olduğu gibi, ortakların şahsının önemli bir rol oynamadığı ortaklıklarda ise ortakların şahsı esaslı nokta değildir; Doğanay, **a.g.e.**, s.69; Şener, **Adi Ortaklık**, s.11. Bununla birlikte, zikredilen her üç yazar da ortaklık amacından tarafların hak ve borçları tespit edilebiliyorsa, müşterek amaç ve ortakların şahsı üzerinde uyuşmanın sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını belirtmektedir.

Adi ortaklık sözleşmesi, kural olarak, özel bir şekle tabi olmayıp örtülü irade beyanlarıyla veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla kurulabilir[55] ve sürekli borç ilişkisi doğurur[56].

Sözleşmenin kuruluşu gibi, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi de tüm tarafların bu yöndeki anlaşmasına bağlıdır[57]. Örtülü irade beyanlarıyla sözleşme değişikliği mümkündür[58]. Ayrıca, ortaklık sözleşmesinde açıkça öngörülmesi durumunda çoğunluk kararıyla sözleşmede değişiklik yapılabilir[59].

Bir birlik kurucu vasfı bulunması sebebiyle adi ortaklık sözleşmesinin saf bir borç sözleşmesi (reines Schuldvertrag) olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. İsviçre ve Türk hukukunda, adi ortaklık sözleşmesinin kanunun özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmekte olmasının, bu sözleşmeye saf bir borç sözleşmesi karakteri vermeyeceği savunulmaktadır[60]. Bu nedenle günümüzde yaygın kanaat, adi ortaklık sözleşmesinin hem borç sözleşmesi hem de birlik hukuku (ortaklıklar hukuku; organisationsrechtliche Elemente) bileşenlerini bir arada taşıdığı yönündedir[61].

Müşterek amacın ve bu amacı gerçekleştirmek için hangi konularda iş birliği yapılacağının yeterli derecede belirli olması gerektiğine dair bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s.60. Adi ortaklık sözleşmesinin kurulması için, tarafların belirledikleri müşterek amaca erişme yolunda birlikte çaba gösterme hususunda anlaşmalarının yeterli olduğu yönünde bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.75; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.47.

[55] Becker, **Şerh**, s.1167; von Steiger, **a.g.e**., s.358; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.77; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.5; Barlas, **a.g.e.**, N.142.

[56] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.16; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976, s.31.

[57] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.16; **MüKo**/Schäfer, §705, N.55.

[58] Farklı uygulamanın birkaç kez veya geçici olarak gerçekleştiği hallerde tarafların değişiklik iradesi taşıdığı, durumun özelliğinden anlaşılabilmeli ya da farklı uygulama uzun bir zaman sürmüş olmalıdır (**MüKo**/Schäfer, §705, N.56).

[59] **MüKo**/Schäfer, §705, N.55, Alman yargı uygulamasında artık, çoğunluk kararıyla değiştirilebilecek konuların sözleşmede tek tek belirtilmesi gerekli görülmemektedir. Ne var ki, sözleşme değişikliği için çoğunluk kararını yeterli gören genel bir kayda dayanarak dahi ortakların temel haklar alanına (Kernbereich) müdahale edilemeyeceği -haklı olarak- ifade edilmektedir.

[60] Şener, **Adi Ortaklık**, s.119; Peksöz, **a.g.e.**, s.22. Adi ortaklık sözleşmesinin, "kişi birliği" kurucu vasfı ve kanundaki yeri itibariyle Ticaret Kanunu'yla köprü oluşturulduğuna dair bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.1,2. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu sistematiğinde ortaklık sözleşmesinin düzenlendiği yerin, tarihsel sebeplere dayandığına dair bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.1.

[61] İsviçre hukuku için bkz. von Steiger, **a.g.e**., s.272; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Vorbem. Art.530-551, N.9; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.8. Alman hukuku için bkz. Alfred Hueck/Götz Hueck, **Gesellschaftsrecht: Ein Studienbuch**, 17. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlag, 1975, s.27; Ulrich Huber, **Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts**, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1970, s.6; Peter Ulmer, **Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Systematischer Kommentar**, **Sonderausgabe aus Band 5 (Schuldrecht-Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1997, §705, N.125; Mathias Habersack, **Die**

Nitekim doktrinde ortaklık sözleşmeleri, *"birlik kurucu sözleşme"* (gemeinschaftsbegründender Vertrag)[62] veya *"organizasyon (örgütlenme) sözleşmesi"*[63] olarak da vasıflandırılmaktadır[64].

Meseleye daha yakından bakılırsa; ortaklık sözleşmesiyle sadece ortaklar arasında bir borç ilişkisi kurulmamakta, ayrıca bir "kişi birliği"[65] doğmakta ve bu birlik, hukuki işlemlerde ortaklar tarafından temsil edilmektedir[66]. Ortaklar, sadece birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu değil, aynı zamanda ortaya çıkan "sosyal hukuksal birlik" (sozialrechtlichen Gemeinschaft)[67] üyeleri durumundadırlar[68]. Ayrıca, ortaklar ortaklık borçlarından kural olarak müteselsilen sorumludurlar[69] (TBK m.638/3). Adi ortaklık sözleşmesiyle kural olarak bir elbirliği ortaklığının kurulması ve buna bağlı organizasyon yapısı, saf bir borç sözleşmesiyle açıklanamamaktadır[70]. Gerçekten de ortaklık sözleşmesiyle ortaklığın organizasyonu[71] ve üyelerin (ortakların) bu

---

Mitgliedschaft - subjektives und "sonstiges" Recht, Tübingen, Mohr, 1996, s.76-77; Helmut Pieper, **Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis**, Köln-Berlin, G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s.67; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.24. Türk hukuku için bkz. İrfan Baştuğ, "Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti", **İzmir Barosu Dergisi**, S.4, Ekim 1964, s.8; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.578; Barlas, **a.g.e.**, N.129; Şener, **Adi Ortaklık**, s.119; Aynur Yongalık, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, s.17; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı**, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.10; Sami Karahan/Murat Yusuf Akın, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2012, s.30; Peksöz, **a.g.e.**, s.22.

[62] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.27; Baştuğ, **a.g.m.**, s.8.

[63] Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.578.

[64] Bunlara ve benzer nitelendirmelere ilişkin bkz. von Steiger, **a.g.e**., s.272.

[65] Kişi birliğinin (Personenverband), gerçek kişi ile tüzel kişi arasında ara bir form olduğuna ilişkin bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.130; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.579, yazarlara göre bir elbirliği ortaklığı olarak adi ortaklığı "bölümsel hak ehliyetine sahip bir hak öznesi saymak" dahi düşünülebilir. Ortaklığın dışarıya karşı bağımsızlaşması ve bir bütün (Einheit) olarak görülmesinin sonucu; ortaklardan biri, ortaklıkla üçüncü kişi gibi hukuki işlemlerde (Drittgeschäfte) bulunabilir. Bkz. BGer 2A.269/2006, 20.06.2008 (www.swisslex.ch, E.T.28.06.2020).

[66] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.125. Ortaklık sözleşmesinin kişi birliği kurucu yönü için bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 31.

[67] Alman hukuku kaynaklı *"sosyal hukuksal birlik"* kavramındaki *"sosyal hukuk"* ile anlatılmak istenenin, tarafların müşterek amaç ve menfaatlerini hedefleyen kişi birliği sözleşmelerini (örneğin dernek, şirket sözleşmelerini) inceleyen hukuk dalı olduğuna ilişkin bkz. Baştuğ, **a.g.m.**, s.8, dn.11a.

[68] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.27; Baştuğ, **a.g.m.**, s.8; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.578. Aynı yönde bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.31; Şener, **Adi Ortaklık**, s.119; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.9,10.

[69] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.8; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.18.

[70] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.15. Alman hukukunda *Otto von Gierke*'nin öncülüğünü yaptığı bir fikre göre elbirliği ortaklıkları, ortaklar arasında şahsi bağ meydana getirmesi yönüyle kişiler hukukuna ilişkin bir karaktere de sahiptir. Bu hususdaki açıklama için bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s.20 vd.

[71] Ortaklığın yönetimi, temsili, ortaklık iradesinin oluşumu, oy hakkı, veto hakkı gibi kurumlar (karar, yönetim ve denetim mekanizmaları), ortaklığın teşkilatlanmasına yani organizasyon yönüne ilişkindir

organizasyon içindeki hukuki statüleri de belirlenmiş olmaktadır[72]. Bunun yanı sıra, adi ortaklıktaki müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme borcu, "kişilik" unsurunu öne çıkarmakta ve ortaklara sadakat borcu (müşterek amaca uygun davranma ve ortak menfaatlere aykırı davranışlardan kaçınma borcu) yüklemektedir[73].

Ortaklık sözleşmesinde, borç sözleşmesi veya birlik hukuku (ortaklıklar hukuku) bileşenlerinden hangisinin daha ön planda olduğu ise doktrinde tartışmalıdır[74]. Bu bileşenlerin ağırlığı, (gizli ortaklık[75] veya ticari işletme işleten bir ortaklık gibi) adi ortaklığın uygulamadaki farklı görünüm biçimlerine göre değişiklik gösterebilmekle birlikte[76], genel itibariyle adi ortaklık sözleşmesinin birlik kurucu niteliği ikincil bir unsur olarak görülmelidir[77]. Gerçekten de ortaklık sözleşmelerinin birlik kurucu sözleşme niteliği (Gemeinschaftsbegründeter Vertrag), ortaklık

(Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.24; Şener, **Adi Ortaklık**, s.119; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.10; Peksöz, **a.g.e.**, s.23).

[72] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.30; Ernst E. Hirş, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1948, N.215, yazar, şirket sözleşmesinin *"şirketin anayasası"* derecesinde olduğunu belirtmiştir; Şener, **Adi Ortaklık**, s.119-120. Ortak sözleşmesiyle sadece ortaklar arasında bir borç ilişkisi kurulmadığını, ayrıca "ortaklık" ile her bir "ortak" arasında hukuki ilişki kurulduğunu belirterek aynı yönde bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.23.

[73] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.8. Aynı yönde bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.31-32; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.18-19. Eklemek gerekir ki, bu özellik yani sözleşmeci tarafların kişiliklerinin önem taşıması, aralarında bir güven ilişkisi bulunması ve birbirlerine karşı doğruluk/sadakat borcu altında olmaları yerine göre karşılıklı sözleşmeler için de geçerli olabilir.

[74] Bu tartışmalar için bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.128-130. Baskın görüşe göre, ortaklık sözleşmesinin, borç sözleşmesi ve birlik hukuku (ortaklıklar hukuku; sosyal hukuk) bileşenlerinden oluşan ikili yapıda (Doppelstruktur/Doppelnatur), çok taraflı ve sui generis bir sözleşme olduğuna dair bkz. Yongalık, **Ortak Davası**, s.17. *"Çift yapılı, kendine özgü özellikleri olan bir sözleşme"* olduğu görüşünde örneğin bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.10.

[75] Gizli ortaklık (die stille Gesellschaft); bir işletmeci (aktif ortak) ile yatırımcı (gizli ortak) arasındaki ortaklık sözleşmesine dayanır ve bir iç ortaklık niteliğindedir. Buna göre, taraflar arasında iç ilişkide bir ortaklık ilişkisi kurulur fakat dışa karşı sadece işletme sahibi hak kazanır ve borç altına girer. İşletme sahibi, faaliyetlerini yine kendi adına yürütür. Yatırımcı ise, dış ilişkide ortak sıfatıyla ortaya çıkmaz. Yatırımcı katılım payını işletme sahibine ifa eder, iç ilişkide işletmenin kar ve zararına katılır. Gizli ortaklık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.392 vd.
Bu yönüyle, gizli ortaklığın sadece bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edildiği yönünde bkz. Yongalık, **Ortak Davası**, s.18.

[76] Yongalık, **Ortak Davası**, s.17-18.

[77] Birlik kurucu yönünün (organizasyon sözleşmesi karakterinin) bağımsız bir nitelik değil, ancak ikincil bir özellik olarak görülmesi gerektiğini belirtilerek aynı fikirde bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.129,130. Bu anlamda bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 31. Yarg. HGK., E.2017/12-763 K.2019/344 T.26.03.2019: *"Ortaklık, katılanların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur ve bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Ancak bu sözleşme ile tüzel kişiliği olmayan bir kişi birliği oluşmaktadır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020); Yarg. HGK., E.2018/16 K.2018/1315 T.04.07.2018: *"Bu sözleşmeler tarafları için borç doğurucu niteliği, şahıs birliği olma yönündeki kurucu unsurundan daha ağır bastığı için borç doğuran sözleşmelerden sayılmakla birlikte, "karşılıklı borç doğuran sözleşme" olarak değerlendirilemez."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).

sözleşmelerine borçlar hukuku normlarının uygulanmasına engel olmaz[78]. Nitekim, TMK m.5 gereği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Aslına bakılırsa, Alman hukukunda -tüzel kişiliği haiz olmamakla beraber- adi ortaklığa hak ve fiil ehliyeti tanınmakta olup[79], ortaklık sözleşmesinin birlik kurucu niteliği de bu amaçla vurgulanmaktadır[80].

Bir başka açıdan ortaklık sözleşmeleri değerlendirildiğinde; bu sözleşmelerde edimler arasında karşılıklılık ilişkisi (edim değişimi) bulunmaz. Zira karşılıklı sözleşmelerden farklı olarak, ortaklık sözleşmesiyle her ortağın yaptığı kazandırmanın sebebi karşı taraftan bir alacak hakkı kazanmak (causa credendi) değil, müşterek amacın gerçekleştirilmesi için edimleri birleştirmektedir (causa societatis)[81]. Bu yönüyle, ortaklık sözleşmeleri, karşılıklı sözleşmelerden (mübadele sözleşmesi) değildir[82] ve doktrinde "birleşme akdi" olarak vasıflandırılmaktadır[83]. Bu özellik sebebiyle, TBK'nın karşılıklı sözleşmeler göz önüne alınarak düzenlenmiş olan genel hükümlerinin, hakkında özel bir hüküm bulunmadığı taktirde ve ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık sözleşmesine uygulanacağı kabul edilmektedir[84].

---

[78] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.27,28; Baştuğ, **a.g.m.**, s.8. Ayrıca bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1474.

[79] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, A.

[80] Barlas, **a.g.e.**, N.129; Peksöz, **a.g.e.**, s.23.

[81] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.70; Doğanay, **a.g.e.**, s. 25; Barlas, **a.g.e.**, N.131; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.577; Fahiman Tekil, **Şirketler Hukuku**, İstanbul, Otağ Matbaacılık, 1981, s.26; Peksöz, **a.g.e.**, s.22. Tarafların menfaatinin zıt (karşılıklı) değil aynı yönde olduğunu belirterek bu anlamda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.50.
Keza, "kâr payı" veya "ortaklık sıfatı" da ortakların getirdikleri katılım paylarının (Beiträge) karşı edimi (Gegenleistung) niteliğinde değildir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.70).

[82] Ayiter, **a.g.e.**, s.94; Seliçi, **a.g.e.**, s.31, dn.106; Doğanay, **a.g.e.**, s. 22; Bilge, **a.g.e.**, s.445; Barlas, **a.g.e.**, N.132; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.50; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.4; Peksöz, **a.g.e.**, s.22. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.31, dn.106.

[83] Tekil, **a.g.e.**, s.35; Karayalçın, **a.g.e.**, s.41; Barlas, **a.g.e.**, N.131,135; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.577.

[84] Barlas, **a.g.e.**, N.245; Karayalçın, **a.g.e.**, s.41,64; Bilge, **a.g.e.**, s.445; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.50; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.4; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.20. Adi ortaklığa TBK'nın genel hükümlerinin ne ölçüde uygulanabilir olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.247 vd.; Doğanay, **a.g.e.**, s. 27 vd. Örneğin bkz. Yarg. 3. HD., E.2018/7194 K.2019/6457 T.10.09.2019: *"**Ortaklık sözleşmesinde, karşılıklı borç yükleyen (satış veya kira gibi) sözleşmelerde olduğu gibi BK'nın 81 inci (TBK'nın 97 nci) maddesi uyarınca, bir akidin borcunu yerine getirmemesi halinde öbürünün de borcunu yerine getirmekten kaçınması söz konusu edilemez.** Bir tarafın katılım payı koyma borcunu yerine getirmekten kaçınması diğer tarafa ancak, BK'nın 535 inci maddesinin yedinci fıkrası (TBK'nın 639 uncu maddesinin yedinci fıkrası) uyarınca ortaklığın haklı sebeple feshini isteme hakkını verir ve ortaklık mahkeme kararı ile ortadan kalkar."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.23.03.2021).

II. ADİ ORTAKLIKTA "ORTAKLIK SIFATI" KAVRAMI

Ortaklık sözleşmesi, bu sözleşmeye taraf olanların sahip olduğu "ortaklık sıfatı"nın (üyelik; Mitgliedschaft) hukuki temelini oluşturur[85]. Ortaklık sözleşmesiyle her ortağın hem ortaklıkla hem de diğer ortaklarla arasında bir hukuki ilişki doğar[86].

Doktrinde ortaklık sıfatı, ortaklık ilişkisinde taraf olarak yer almaları sebebiyle ortakların içinde bulunduğu hukuki statü (Rechtsstellung)[87] veya ortaklığa katılım dolayısıyla her ortağa ait hak ve borçların bütünü[88] şeklinde tanımlanmaktadır[89]. Yine ortaklık sıfatı, bir kişi birliğinin üyesi olmak sebebiyle doğan hukuki ilişki olarak addedilmektedir[90].

Bununla birlikte, bugün Alman ve İsviçre doktrininde çoğunlukla savunulan görüşe[91] göre, ortaklık sıfatı, hem ortaklık ilişkisine katılımdan doğan statü (hukuki

---

[85] Müller, **Mitgliedschaft**, N.407; Ayiter, **a.g.e.**, s.111.

[86] Werner Flume, **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft**, Band I/I, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 1977, s.125. Aynı yönde bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, vor §705, N.23; Habersack, **a.g.e.**, s.62, yazar, bir tüzel kişiliğin doğduğu birleşmelerde de sadece üyeler ile tüzel kişi arasında değil ayrıca üyeler arasında da hukuki ilişkinin bulunduğunu belirtmektedir; von Steiger, **a.g.e.**, s.406-407.

[87] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.67a, §719, N.14; Flume, **a.g.e.**, s.125; Annette Buck, "Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch Minderjährige", Inaugural-Dissertation, Aalen, 2012, s.77; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.90, dn.280. Hem şahıs ortaklıkları hem korporatif yapılar (Körperschaft) bakımından benzer yönde bkz. Habersack, **a.g.e.**, s.62.

[88] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.151; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.67a; Pieper, **a.g.e.**, s.178; Hans Bollmann, **Das Ausscheiden aus Personengesellschaften**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971, s.60; von Steiger, **a.g.e**., s.406-407; Dieter Zobl, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV/2/5/2: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB**, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1996, Art.899, N.136; Hirş, **a.g.e.**, N.217; Ayiter, **a.g.e.**, s.112-113; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.76; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.584; Abuzer Kendigelen, "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil", **Makalelerim Cilt I: 1986-2001**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s.220. Üyeliğin hak ve borçları içerdiği yönünde bkz. Becker, **Şerh**, s.1211.

[89] Marcus Lutter, "Theorie der Mitgliedschaft - Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts -", **AcP**, Band 180, Heft 1/2, April 1980, s.86, yazar bu klasik tanımlamaların doğru olduğunu fakat "ortaklık sıfatı" kavramına ilişkin fazla bilgi vermediğini belirtmektedir; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.28; Dieter Zobl, **Änderung im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Zürich, Schulthess, 1973, s.47,51, yazar "ortaklık sıfatı" kavramı yerine "geniş anlamda hak payı" (Rechtsanteil i.w.S.) kavramını da kullanmıştır.

[90] Huber, **a.g.e.**, s.1. *Eren* de ortaklık sıfatının şekli anlamda, *"adi ortaklık ile ortağı birbirine bağlayan hukuki bağ ve ilişkiyi";* maddi anlamda ise, *"ortakların ortaklıktan doğan hak ve borçlarını"* ifade ettiğini belirtmiştir. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, N.2897.

[91] Flume, **a.g.e.**, s.125,127; Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.151a; Huber, **a.g.e.**, s.164; Lutter, **a.g.e.**, s.101-102; Habersack, **a.g.e.**, s.98. İsviçre hukuku için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.275; Stephan Wolf, "Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter", **Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht**, Hrsg. Stephan Wolf, Bern, Stämpfli

ilişki) hem de bir "sübjektif hak" anlamına gelir. Bu durum bilhassa, aşağıda açıkladığımız ortaklık sıfatının devri bakımından önem arz etmektedir[92].

Ayrıca, ortaklık sıfatı yerine, ortaklık statüsü (Gesellschafterstellung) veya ortaklık payı (Gesellschaftsanteil) kavramları da literatürde kullanılmaktadır[93]. Bu noktada, "ortaklık payı" kavramının "ortaklık sıfatı"ndan farklı bir anlam taşıyıp taşımadığı sorusu akla gelebilir. Bazı yazarlarca bu iki kavram arasında bir farklılık olmadığı savunulmakta[94]; hatta bu kavramlar genellikle aynı anlamda ve birbiri yerine kullanılabilmektedir[95]. Ancak bu hususta *Bippus*'un yaptığı ayrımın teorik açından daha isabetli olduğu anlaşılmaktadır. Yazara göre, "ortaklık sıfatı", hukuken organize olmuş bir birliğe üye olmaktan doğan statü[96]; "ortaklık payı" ise bu statünün sonucu, yani iç ilişkide ortağın hak ve yükümlülüklerinin toplamı ve somutlaşmış halidir. Bu bakımdan ortaklık payı, ortaklık sıfatının maddi ifadesidir (materieller Ausdruck)[97]. Ortaklık sıfatı, iç ilişkide soyuttur çünkü ortaklıktaki hak ve borçların hukuki sebebini teşkil eder; dış ilişkide ise bir kişi birliğinin üyesi olmak şeklinde somutlaşır[98].

Ortaklık sıfatından doğan hak, borç ve yetkiler esasen; (oy hakkı, itiraz/veto hakkı, ortaklığın yönetimi/idaresi, temsili, ortaklık işlerinin incelenmesi, feshi gibi) yönetsel[99] ve (katılım payı, kara/zara katılma, masrafları/zararları tazmin talebi,

---

Verlag, 2005, s.57,59. Ortaklık payının "sübjektif hak" olduğu kanaatinde karş. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.563.

[92] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, D.

[93] Bu hususta; "ortaklık hakkı", "pay sahipliği", "sermaye payı", "katılma payı" gibi çeşitli kavramların da kullandığına ilişkin bkz. Kendigelen, **a.g.m.**, s.220. Örneğin "ortaklık hakkı" kavramının kullanımı için bkz. Bertan, **a.g.e.**, s.424.

[94] Bu fikirde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.28. Aksi görüşte bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.563, yazarlara göre, ortaklık sıfatı bir "statü", ortaklık payı ise "sübjektif hak" niteliğindedir. Bu hususstaki açıklama için ayrıca bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, A.

[95] Bu durumun Alman, İsviçre ve Türk hukuku için geçerli olduğu görülmektedir. Bu hususstaki açıklama için bkz. Birgit Elsa Bippus, "Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft", **AcP**, Band 195, Heft 1, 1995, s.23; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.58, dn.29; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.563; Emre Türkmen, "Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir, 2019, s.190. Alman hukukunda bu şekildeki kullanım için örneğin bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.151.

[96] Aynı yönde bkz. Lutter, **a.g.m.**, s.88-89.

[97] İsviçre hukukunda bu yöndeki görüş için bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.105.

[98] Tüm bu hususlarda bkz. Bippus, **a.g.m.**, s.22,23,25. Aynı kanaatte bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.190.

[99] Doktrinde "yönetsel haklar" ve "katılım hakları" (Verwaltungs- und Mitwirkungsrechte) şeklinde bir ayrım da yapılmaktadır. Buna göre; ortaklığın yönetimi (TBK m.625; OR Art.535) ve buna bağlı temsil yetkisi karinesi (TBK m.637/3; OR Art.543 III), veto/itiraz hakkı (TBK m.625/2; OR Art.535 II), bilgi alma ve inceleme hakkı (TBK m.631; OR Art.541) "yönetsel haklar"dandır. Oy hakkı, yönetim yetkisinin kaldırılmasını isteme hakkı (TBK m.629/2; OR Art.539 II), ortaklığın feshini bildirme, haklı nedenle fesih davası açma (TBK m.639; OR Art.539) ve tasfiye katılma, "katılım hakları"ndandır

ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği, tasfiye payı gibi) malvarlıksal olarak ikiye ayrılmaktadır[100]. Ayrıca doktrinde, ortaklar kuruluna çağrılma, çıkma, çıkarma, denetleme hakkı gibi bazı hakların "koruyucu haklar" (Schutzrechte) olarak vasıflandırıldığı da görülmektedir[101]. Bunun konumuzu ilgilendiren pratik sonucu, çıkan ortağa ödenecek ayrılma payını azaltan sözleşmesel kayıtlarla çıkma hakkının dolaylı olarak sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu konu, aşağıda, ayrılma payı kayıtlarına (klozlarına) ilişkin açıklamalarımızda ele alınmıştır[102]. Burada yalnızca, adi ortaklıktan çıkma hakkının koruyucu bir hak olduğu gerekçesiyle doğrudan ya da dolaylı şekilde sınırlandırılamayacağı yönündeki fikre[103] katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz.

Ortaklık yapısındaki değişiklikler açısından ortaklık sıfatının taşıdığı anlama da değinmek gerekir. Bilindiği üzere, adi ortaklık -kollektif ve komandit şirketler gibi- bir şahıs ortaklığı (Personengesellschaften) niteliğindedir[104]. Sermaye ortaklıklarına nazaran şahıs ortaklıkları, genellikle daha az üye ile kurulur ve sıkı bir kişisel güven ilişkisine (Vertrauensverhältnis) dayanır[105]. Bu bakımdan adi ortaklık; kişisel öğelerin ağır bastığı, kişisel bağlılık ve karşılıklı güvene dayalı sözleşmesel bir kişi birliğidir[106].

(Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.575-579). Bundan sonraki anlatımlarımızda aksi belirtilmedikçe, "yönetsel hak" kavramı her ikisini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır.

[100] von Steiger, **a.g.e.**, s.407; Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.34. Aynı yönde bkz. Bippus, **a.g.m.**, s.22; Lutter, **a.g.m.**, s.86; Huber, **a.g.e.**, s.6-7, yazar, ortaklık sıfatının bünyesinde, kişiler hukuku (birlik hukuku) ve malvarlığı hukuku olmak üzere iki bileşenin bulunduğunu belirtmektedir; Türkmen, **a.g.e.**, s.30.

[101] Türkmen, **a.g.e.**, s.30-32 ve s.179, "koruyucu haklar"ın, diğer hakların işlevsel şekilde kullanılabilmesini sağladığı (örneğin oy hakkının şekli olmaması ve gerçek bir anlam ifade edebilmesi için ortaklık işlerini denetleme hakkının tanınması gerektiği) belirtilmektedir. Ayrıca bkz. Lutter, **a.g.m.**, s.86, yazar, BGB'deki dernekler hükümlerine atıfla ortaklar kuruluna çağrı ve çıkma hakkını, "koruyucu haklar"a örnek vermiştir.

[102] Bkz. aş. Dördüncü Bölüm, VI, B, 3, d.

[103] Türkmen, **a.g.e.**, s.53.

[104] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41; Müller, **Mitgliedschaft**, N.1; Vonzun, **a.g.e.**, N.80,393; Tekil, **a.g.e.**, s.63; Şener, **Adi Ortaklık**, s.148; Çetiner, **a.g.m.**, s.24.

[105] Siegwart, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.530-551, N.17. Aynı yönde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.2; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.22-23; Tekil, **a.g.e.**, s.63; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Tekinalp), **a.g.e.**, N.513.

[106] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70a; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.578,591; Erem, **a.g.e.**, s.23; Şener, **Adi Ortaklık**, s.148. Yarg. 3. HD., E.2016/2476 K.2017/1712 T.21.02.2017: *"Niteliği gereği, adi ortaklıklar kişi ortaklıklarına dahildir, ortakların şahsı belirleyicidir. Adi ortaklık sözleşmesi iç ilişkide karşılıklı güvene ve iyiniyete dayanmaktadır. Ortaklar öteki sözleşmelerden tamamen farklı olarak, emeklerini ve sermayelerini ortak bir amaç için birleştirdiklerinden, aralarında sıkı bir işbirliği kurulmakta ve güvene dayanan bu işbirliği ilişkisi nedeniyle ortaklar birbirlerinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenle hareket etme, ortakları zarara uğratmamakla yükümlü tutulmuşlardır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.05.03.2020).

Her ortağın prensip itibariyle yönetim ve temsil yetkisi, ortaklık işlerini inceleme (denetleme) hakkı ve ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü bulunurken[107]; ortaklık borçlarından da aksi kararlaştırılmadıkça şahsen ve müteselsilen sorumluluğu söz konusudur[108]. Ortakların katılım payı değil, kişiliği ön plandadır[109]. Ortaklar, kural olarak, katılım payına bakılmaksızın eşit hak ve borçlara sahiptirler[110] (TBK m.623; OR Art.533).

Tüm bunlara göre, doktrinde de ifade edildiği gibi şahıs ortaklıkları, "kapalı bir topluluk" (geschlossenen Gesellschaft) mahiyetindedir[111]. Nitekim kaynak İsviçre hukukunda adi ortaklık *"belirli kişiler arasındaki ortaklık"* tipi olarak düzenlemiştir[112]. Alman hukukunda da ortaklığın devamı kural olarak, şahıs bileşiminde değişiklik yaşanmamasına bağlıdır[113]. Aynı hususlar Türk hukuku için de geçerlidir.

Adi ortaklığın ortakların kişiliği üzerine kurulu bu yapısı nedeniyle kanun koyucu, ortaklık sıfatına prensip itibariyle (kural olarak tüm ortakların rızası bulunmadıkça) devredilemez[114] ve mirasçılara intikal edemez bir nitelik tanımıştır[115]. Yine aynı düşünceyle kanunkoyucu bir ortağın ölmesini, kural olarak ortaklığın sona ermesi sebebi olarak kabul etmiştir[116]. Zira bir ortağın ortaklık sıfatını sona erdiren bir

---

[107] Tekil, **a.g.e.**, s.63.
[108] Ayiter, **a.g.e.**, s.156; Barlas, **a.g.e.**, N.175; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.100; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.18; Peksöz, **a.g.e.**, s.33.
[109] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.10; Müller, **Mitgliedschaft**, N.5; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.20; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70b; Çetiner, **a.g.m.**, s.24.
[110] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.11; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.21.
[111] Bollmann, **a.g.e.**, s.21; von Steiger, **a.g.e**., s.407; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591.
[112] von Steiger, **a.g.e**., s.305,407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.170. Zikredilen iki eserde bu husus *"bestimmte Personen bezogenen Gesellschaft"* şeklinde ifade edilmiştir. Roma hukukunda da ortaklığın *"belirli şahıslar arasındaki güven ilişkisi"* anlamına geldiği ve ortaklarda herhangi bir değişikliğin ortaklığın derhal sona ermesine neden olduğu hususunda bkz. Şener, **Roma Hukuku**, s.747.
[113] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41.
[114] Ortakların kişiliğinin (Persönlichkeit der Mitglieder) taşıdığı önem sebebiyle, genel olarak şahıs ortaklıkları bakımından bu yönde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.530-551, N.17; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.18. Ayrıca bkz. aş. İkinci Bölüm, II.
[115] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.12; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.21; Şener, **Adi Ortaklık**, s.148. Elbirliği ortaklıkları bakımından bu yönde bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s.111.
[116] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.21.

durum ortaya çıkarsa, şahıs ortaklığının sona ermesi veya yeni duruma göre düzenlenmesi gerekir[117].

İşte tüm bu sebeplerle, adi ortaklığa girme[118] ve ortaklık sıfatının devri[119] işlemine ilişkin tamamlayıcı hükümler kanunda öngörülmemiştir. Ortaklığa girme, ortaklık sıfatının devri veya ortaklıktan ayrılma, ortaklık sözleşmesinde taraf değişikliğine sebep olduğundan, bu işlemler kural olarak tüm ortakların rızasına bağlıdır[120]. Bu sonuç, adi ortaklığa hâkim olan *"ortaklığın kişisel bütünlüğü ilkesi"*ne de (yani adi ortaklığın kişisel güvene ve bağlılığa dayalı bir birlik olması) dayandırılmaktadır[121].

Sonuç olarak, ortaklık ilişkisinin, tüm ortaklar arasında bir sözleşme ilişkisi olması ve yoğun güven duygusuna dayanması nedeniyle, ortaklık devam ederken ortakların şahsında değişik yaşanması "olağanüstü" bir durum teşkil eder[122]. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan bu olağanüstü durumlar (yani ortaklık yapısındaki değişiklikler); "yeni ortak alımı", "ortaklık sıfatının devri" ve "ortaklıktan çıkma ve çıkarılma" şeklinde üç bölüm halinde incelenmiştir.

III. ADİ ORTAKLIKTA "PAY" KAVRAMI

A. Mevcut Yasal Düzenlemelere Bakış

Adi ortaklığa ilişkin olarak "pay" kavramı kanunda açıkça tanımlanmış değildir. Ayrıca bu kavram; kar ve zarar payı (TBK m.623; OR Art.533), ortağın

---

[117] Siegwart, **a.g.e.**, Vorbem zu Art.530-551, N.17. Ayrıca bkz. Tekil, **a.g.e.**, s.63.

[118] Bu nedenle, İsviçre hukukunda ortaklığa girme (Eintritt) ve ortaklıktan ayrılma (Austritt) hususunda kanunda tamamlayıcı hükümlere yer verilmediğine dair bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.170; Bollmann, **a.g.e.**, s.21.
Bununla birlikte, Türk hukukunda TBK m.633-636 arasında adi ortaklıktan ayrılmaya ilişkin bir kısım tamamlayıcı hükümler getirilmişse de bu hükümler yasal çıkma/çıkarma hakkı tanımamaktadır. TBK m.633 hükmünün fonksiyonuna ilişkin bkz. aş. Dördüncü Bölüm, III, B.

[119] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.170.

[120] Şener, **Adi Ortaklık**, s.371; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.42. Şahıs ortaklıkları bakımından bu yönde bkz. Tekil, **a.g.e.**, s.63, yazar, kural olarak, haklı bir sebebin varlığı halinde mahkeme kararıyla da bunun mümkün olabileceği kanaatindedir.

[121] Bollmann, **a.g.e.**, s.21; von Steiger, **a.g.e**., s.407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.376-377; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.70a. Aynı yönde Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591. Yabancı literatürde bu ilke, *"Grundsatz der personellen Geschlossenheit der Gesellschaft"* şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.21; von Steiger, **a.g.e**., s.407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.376-377.

[122] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.2. Bu anlamda bkz. Soysal Özenli, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s.104.

payına üçüncü bir kişiyi ortak etmesi veya payını üçüncü kişiye devretmesi (TBK m.632/2; OR Art.542 II), tasfiye payı (TBK m.638/2; OR Art.544 II), katılım payı (TBK m.621 ve 642) gibi çeşitli hükümlerinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır[123].

Hukuk düzenimizde birlikte hak sahipliğinin esasen, elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet olmak üzere iki tipi vardır[124]. Bu nedenle, pay kavramının incelenmesi için elbirliği ortaklıkları ile paylı ortaklar arasında bir ayrım yapılmalıdır.

B. Adi Ortaklıkta Elbirliğiyle Hak Sahipliğinin Benimsenmiş Olması

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ortaklar, paylı hak sahipliğinin geçerli olacağını kararlaştırmamışlarsa ortaklık malvarlığına dahil değerler üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar[125] (TBK m.638/1). Kökeni Cermen hukukuna dayanan elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet; Gesamthandseigentum), kişiler arasında kanunda öngörülen belirli bir ortaklık ilişkisi bulunması sebebiyle bu kişilerin bir şeye birlikte malik olmalarıdır[126].

Elbirliği mülkiyetinin ortaya çıkabilmesi için öncesinde kanunun elbirliği ortaklığı olarak öngördüğü[127] kişisel bir ilişkisinin bulunması gerekir[128]. Ortaklık

---

[123] Müller, **Mitgliedschaft**, N.153-154.

[124] Nomer, **a.g.e.**, s.11-12, buna ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu'nda öngörülen kat mülkiyeti de eklenmektedir.

[125] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, B.

[126] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1333; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.631; Kemal Tahir Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s.431; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2018, s.408; Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, N.1013. Bu yönüyle elbirliği mülkiyeti, bir toplu (kollektif) mülkiyet tipidir (Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.431). Elbirliği ortaklığında kollektivist bir yapının esas olduğuna dair bkz. Kunz, **a.g.e.**, s.110; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.15.

[127] Elbirliği ortaklıkları bakımından sınırlı sayım (numerus clausus) ilkesi geçerlidir (Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1015; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.633; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.779). Hukukumuzda, miras ortaklığı (TMK m.640), eşler arası mal ortaklığı (TMK m.257-258), aile malları ortaklığı (TMK m.373) ve adi ortaklık (TBK m.620 vd.) elbirliği ortaklığı olarak öngörülmüştür (Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1341 vd.; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1016).

[128] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.1,12; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.2; Müller, **Mitgliedschaft**, N.43; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.431,433; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.631,633; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1333-1336; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408,410; Arslanlı, **a.g.e.**, s.65; Seliçi, **a.g.e.**, s.49. Yarg. HGK., E.2017/12-763 K.2019/344 T.26.03.2019: *"Elbirliği (İştirak) hâlinde mülkiyet, yasa veya yasada belirtilen sözleşmeler uyarınca aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020). Elbirliği

malvarlığındaki değerler üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği, bu ortaklık ilişkisine bağlı bir sonuçtur[129]. Ortakların elbirliğiyle hak sahipliğine tabi değerler (taşınırlar, taşınmazlar, haklar vb.), "ortaklık malvarlığı" denilen ortakların şahsi malvarlığından bağımsız[130] ve özel[131] bir malvarlığı (Sondervermögen) teşkil eder[132]. Hemen belirtelim ki, adi ortaklıkta ortaklık malvarlığının bulunması zorunlu bir unsur değildir[133].

Elbirliği ortaklığı, ortaklar arasındaki özel bir hukuki ilişkiye dayanan kişi birliği (persönliche Verbindung; Personenvereinigung) niteliğinde olduğundan[134],

---

mülkiyetinin aksine paylı mülkiyet için öncesinde "şahsi bir ortaklık ilişkisinin" (persönliches Gemeinschaftsverhältnis) bulunması gerekmez (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.42).

[129] Ayiter, **a.g.e.**, s.69; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, **a.g.e.**, s.89; Arslanlı, **a.g.e.**, s.64.

[130] Ortağa ait iki ayrı malvarlığı sahasının bulunduğunu kabul eden bu bağımsızlık esası, bazı sonuçlar da doğurmaktadır. Buna göre, takas için gereken karşılıklılık şartı sağlanamadığından, örneğin ortağın, üçüncü kişi A'ya olan kişisel borcu ile A'nın ortaklığa borcu takas edilemez (Becker, **Şerh**, s.1218; Ansay, **a.g.e.**, s.150; Ayiter, **a.g.e.**, s.102). Nitekim Alman hukukunda BGB §719 II ile bu husus yasal hükme bağlanmıştır (Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.1). Bir diğer sonucu ise, "ayni ikame" (surrogation), yani ortaklık malvarlığı ile iktisap edilen bir malın, yine ortaklık malvarlığına dahil olmasıdır (Ayiter, **a.g.e.**, s.103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1349; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.782; Ansay, **a.g.e.**, s.140-141; Barlas, **a.g.e.**, N.173). Ayni ikame kuralına da BGB §718'de yer verilmiştir (Barlas, **a.g.e.**, N.91, dn.119). Doktrinde, bu bağımsız malvarlığı niteliğinin, elbirliği ortaklıklarını tüzel kişiye yaklaştırdığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe, Alman ve İsviçre hukukunda tüzel kişiliği olmamasına rağmen hak ve fiil ehliyeti özellikleri kabul edilen kollektif ve komandit şirketler dayanak gösterilmektedir (Ayiter, **a.g.e.**, s.103-104).

[131] Buradaki "özel malvarlığı", ortaklık malvarlığının bir "gayeye tahsis edilmiş" olmasına da işaret eder (Ayiter, **a.g.e.**, s.102). Nitekim elbirliğiyle hak sahipliğinin geçerli olduğu tüm hukuki ilişkilerin, bir "amaç" unsuru barındırdığı görülmektedir (Ayiter, **a.g.e.**, s.93). Bu ilişkinin niteliği gereği, münferit değerler üzerinde her bir ortağın bağımsız tasarrufunun engellemesi ve bu sayede malvarlığının tahsis edildiği amacın tehlikeye düşürülmemesini temin etme ihtiyacı, birçok hukuk düzeninde çeşitli ortaklık tipleri için elbirliğiyle hak sahipliği esasının bir "hukuki prensip" olarak kanunla öngörülmesini gerekli kılmıştır (Ayiter, **a.g.e.**, s.25). Elbirliği prensibinin ayırt edici özelliğinin, ortaklık malvarlığındaki unsurlar üzerinde ortakların bireysel tasarruf imkanının engellenmesi olduğunu ve BGB'de düzenlenen elbirliği ortaklıklarının tümünde bu özelliğin bulunduğunu belirterek aynı yönde bkz. Weber-Grellet, **a.g.m.**, s.325,326.

[132] Becker, **Şerh**, s.1218; Ayiter, **a.g.e.**, s.104; Barlas, **a.g.e.**, N.173; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1349; Yongalık, **Sermaye Payı,** s.41; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.585; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.777. Yarg. HGK., E.2017/12-763 K.2019/344 T.26.03.2019: *"... anılan Kanunun 638. maddesinin 1. fıkrasına göre de ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.* ***Dikkat edilirse bu durumda ortakların kendi mal varlıklarından bağımsız, elbirliğiyle malik oldukları özel bir mamelek olarak ortaklık mameleki ile karşılaşıyoruz.*** *Kaldı ki 818 sayılı BK'nın 534 c. 2. (6098 sayılı TBK'nın 638/1. m.) gereğince, ortağın şahsi alacaklısının ortaklık mal varlığına değil de, ortağın ancak tasfiye payına yönelebilmesi de ortaklığın aslında bir malvarlığı olduğunu göstermektedir. Yine böyle bir ortaklık mamelekinin mevcut olduğu 818 sayılı BK'nın 538 vd. (6098 sayılı TBK'nın 642 vd) düzenlenen tasfiyeye ilişkin ilkelerden de açıkça ortaya çıkmaktadır (Şener, O.H.: Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 179)."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).

[133] Müller, **Mitgliedschaft**, N.38; Barlas, **a.g.e.**, N.89,91.

[134] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.130; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.775; BGE 199 II 199, s.124 (www.relevancy.bger.ch, E.T.18.09.2020).

dışarıdan bir bütün olarak yani adeta tek bir kişi gibi görünür[135]. İhtiyaçlara ve amaca göre elbirliği ortaklığı, hem çokluk (Vielheit) hem de teklik (Einheit) özelliklerini taşır[136]. Bu bakımdan elbirliği ortaklığı, gerçek kişi ile tüzel kişi arasında kalan ara bir formdur[137]. Hukuk düzeni, bir kişi topluluğuna tüzel kişilik tanımamış olsa da kimi zaman bu topluluğa ortak amaç ya da menfaat konusu ilişkileri yönünden adeta tek bir kişi gibi muamele edebilmektedir[138].

Elbirliği mülkiyetine tabi şeyin tamamı üzerinde tek bir mülkiyet hakkı fakat birden fazla hak sahibi (süjesi) bulunur[139]. TMK m.701'de ifade edildiği gibi ortakların her birinin hakkı, eşyanın tamamına yaygın durumdadır[140]. Ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle hak, ortaklığa değil ortaklara aittir[141]. Diğer bir anlatımla, hakkın tamamı, tüzel kişiliği olmayan ancak aralarında şahsi bir bağ (ortaklık ilişkisi)

---

[135] Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/1: Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB**, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland 1909, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977, Vorbem. zu Art.646-654 (Gemeinschaftliches Eigentum), N.12; Ferit Hakkı Saymen/Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963, s.256; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.635; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.775.
Bir karşılaştırma yapılacak olursa; İsviçre hukukunda kollektif ve komandit şirketlere dış ilişkide daha yoğun ve belirgin bir bağımsızlık tanındığı, bu nedenle de tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen belirli alanlarda tüzel kişi gibi muamele gördüğüne dair bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.25. Alman ve İsviçre hukukunda üç tür hak sahipliğinin bulunduğu, bunların; gerçek kişiler, tüzel kişiler ve elbirliği ortaklığı olan kişi toplulukları (kollektif ve komandit şirketler) olduğu yönünde bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s.37.

[136] Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.646-654, N.12.

[137] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.130; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.26; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.585. Tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi birlikleri bakımından bu yönde bkz. Nomer, **a.g.e.**, s.12. Ortakların ortaklık malvarlığında bireysel olarak tasarrufta bulunma imkanlarının olmaması ancak elde edilen menfaatlere ve tasfiye payına katılma haklarının bulunması nedeniyle elbirliği ortaklığının, tüzel kişilik formuna yaklaştığına dair bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.16.

[138] Nomer, **a.g.e.**, s.11,12.

[139] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.3a, 3b, paylı mülkiyette de aynı durum söz konusudur; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408,410; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1335,1337; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.788.

[140] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.432; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1337; **BSK-ZGB**/Jürg Wichtermann, **Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB,** Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel, Helbing & Linchtenhahn Verlag, 2007, Art.652, N.12.

[141] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1335; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.432-433; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.635; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.408-410; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1020; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.127; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.778. Yarg. HGK., E.2017/12-763 K.2019/344 T.26.03.2019: *"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 701-703. maddelerinde düzenlenen elbirliği mülkiyetinin (ortaklığının) tüzel kişiliği olmadığı gibi ortaklardan her birinin doğrudan doğruya bir hakkı da bulunmamaktadır. Mülkiyet, bir bütün olarak ortakların hepsine aittir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).

bulunan kişi topluluğuna dahil üyelere birlikte aittir[142]. İşte bu yönüyle doktrinde uzun süre tartışmalara konu olmuş asıl soru, aynı hakkın aynı anda birden fazla kişiye ait olmasının nasıl açıklanacağıdır[143]. Bugün İsviçre ve Türk hukukundaki hâkim görüşe göre eşya üzerindeki hak sahipliği, -birlik halinde- her bir ortağa aittir ancak bireysel tasarruf yetkisi diğer tüm ortakların katılımı şartıyla sınırlandırılmıştır (mehrfache Zuständigkeit/Zugehörigkeit)[144].

Paylı mülkiyetten bir diğer farklı yönü ise; elbirliği ortaklıklarında, ortaklık malvarlığına dahil münferit unsurlarda[145] her ortağın serbestçe tasarruf edebileceği fiziki (fiili) veya varsayımsal (fikri) anlamda "pay"ları bulunmaz[146]. Paylı ortaklıkta kullanılan anlamda "pay" ve "paydaş" kavramları, elbirliği ortaklığına aslında yabancıdır[147]. Bu nedenle elbirliği ortaklıklarında, "paydaş" yerine "ortak" kavramı kullanılır[148].

---

[142] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.431; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s.143; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.410; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, **a.g.e.**, s.98; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.12; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.143.

[143] **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.12.

[144] Kunz, **a.g.e.**, s.71; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.3a; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.12; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.8-9; Vonzun, **a.g.e.**, N.496; Nomer/Ergüne, N.778; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1020. Bu görüşün doktrinde hâkim durumda olduğuna dair bkz. Arzu Genç Arıdemir, **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s.9, dn.6, yazarın *"birden fazla hak sahipliği teorisi"* olarak adlandırdığı bu teori, hak sahipliği ile hakkın kullanılmasını (hak üzerinde tasarrufu) birbirinden ayrı değerlendirmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, B.
Bu hususstaki farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.646-654, N.12; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.9, dn.6; Eren, **Mülkiyet**, s.127. Örneğin, "birden fazla kişinin bölünmemiş birlikte hak sahipliği"nin söz konusu olduğu görüşünde bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.585-586. Her ortağın diğerininki ile sınırlandırılmış mülkiyet hakkı bulunduğunu fikrinde bkz. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.256.

[145] Ayrıca şu hususa da dikkat edilmelidir ki; eşya hukukundaki belirlilik ilkesi gereği, elbirliği mülkiyetinin konusu bir bütün olarak ortaklık malvarlığı değil ayrı ayrı her bir eşyadır (**BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.31; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.777).

[146] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1337,1350; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.634-635; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.410; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.432; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.143; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1017; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.789; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.2; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.646-654, N.4; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.4; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.14, bu bakımdan, elbirliği ortaklığında ortakların bağımsız bir hukuki pozisyonu yoktur; Ansay, **a.g.e.**, s.89.

[147] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.634; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.143.

[148] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.433. Yarg. HGK., E.2017/12-763 K.2019/344 T.26.03.2019: *"Elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyet türünde malikler, mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaktır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.01.2020).

Bununla birlikte, elbirliği ortaklıklarında da "pay" kavramının bu ortaklığa özgü bir anlamı vardır[149]. Şöyle ki; ortaklık malvarlığından elde edilen ürünlerin veya ortaklığın sona ermesi üzerine her bir ortağa düşecek tasfiye payının belirlenmesi için elbirliği ortaklığında da "pay" kavramına ihtiyaç duyulur[150]. Gerçekten de oransal bir belirleme olmaksızın bir hakkın birden fazla kişiye ait olabileceğini düşünmek mümkün olamayacağından "pay" kavramı, çoklu hak sahipliğinin zorunlu bir sonucudur[151]. Elbirliği ortaklığında "pay", hakka konu obje üzerinde değil ortaklık ilişkisi üzerindedir[152]. Örneğin miras ortaklığında kullanılan "miras payı" kavramı, terekede bulunan münferit eşya üzerindeki bir paya değil, terekenin tümü üzerinde bir kül şeklinde sahip olunan miras hakkına ilişkindir[153]. Bunlara göre, "pay (katılma payı)", "ortaklık payı" ve "katılım (sermaye) payı" kavramlarına bakılacak olursa;

1. Elbirliği ortaklığında "pay" kavramından anlaşılan, ortaklık malvarlığından her bir ortağa düşen malvarlıksal hakların bütünüdür[154] ve ortakların sadece bunlar üzerinde serbestçe tasarruf hakları vardır[155]. Diğer bir ifadeyle, "pay" veya "katılma payı" kavramıyla, ortaklık malvarlığındaki menfaatlere (kâr payı vb.) ve özellikle

---

[149] Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.143.

[150] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636; Ayiter, **a.g.e.**, s.111-112.

[151] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.43; Müller, **Mitgliedschaft**, N.159.

[152] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636. *Akipek/Akıntürk/Ateş* (**a.g.e.**, s.410) bu durumu, *"...ortakların ortaklık malvarlığı ve dolayısıyla da mülkiyet hakkı üzerinde bölünmüş payları yoktur; sadece ortaklığı yaratan kişisel ilişkiden doğan hakları vardır."* şeklinde ifade etmiştir.

[153] Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.789. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636.

[154] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.2; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.21; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.653, N.10; Müller, **Mitgliedschaft**, N.160,164; von Steiger, **a.g.e**., s.384; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1017; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.411; Gökçen Topuz, "Hisse Haczi ve Satışı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2008, s.43, yazar, "pay"ın (hissenin) diğer bir anlamının ise, *"hak ve yükümlülüklerin toplamını ifade eden ortaklık (üyelik)"* olduğunu belirtmektedir. Elbirliği ortaklığında "pay"ın, -ortaklık malvarlığındaki malvarlıksal haklara katılma dışında- bir anlamının da ortağın ortaklık içerisindeki bütün olarak hukuki "statü"sü olduğu; şahsi bir içerik de taşıdığından bunun üzerinde tasarruf veya buna alacaklıların müdahalesi söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.21.
Çalışmamızda, ortağın ortaklıktaki hukuki statüsü "ortaklık sıfatı"; bundan kaynaklı sahip olduğu hak ve borçlarının tümü de "ortaklık payı" kavramıyla ifade edilmiştir. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[155] Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.646-654, N.4 ve Art.652-654, N.21; Yongalık, **Sermaye Payı,** s.93; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.149; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.411. Elbirliği ortaklığında "pay"ın, ortağın kendi başına tasarruf edebildiği hakların toplamı anlamına geldiğine dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.160.
Dolayısıyla bu anlamdaki "pay" üzerinde tasarruf, haklar üzerinde tasarrufa ilişkin ilgili hükümlere (alacağın devri, hak rehni gibi) göre mümkündür (Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.21; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.653, N.11).

ortaklığın sona ermesi üzerine tasfiye sonucunda çıkan değere (beklenen hak olarak "tasfiye payı") katılma hakkı kastedilmektedir[156]. Doktrinde bu durum, elbirliği ortaklıklarında ancak ortaklığın sona ermesi üzerine ortaya çıkacak *"uyuyan, gizli ve beklenilen bir pay"*ın bulunduğu fikriyle açıklanmıştır[157]. Sözü konusu katılma payının miktarı ise, ortaklık ilişkisine (kanundaki veya sözleşmedeki orana) göre belirlenir[158].

TBK m.632/2'deki "pay" (Anteil) kavramı[159] da işte bu anlamda, yani diğer ortakların rızası gerekmeden her ortağın tasarruf edebileceği malvarlıksal haklar manasında kullanılmaktadır[160]. Nitekim TBK m.632/2'ye göre; diğer ortakların rızası olmadan bir ortak "pay"ını (yani kâr payı, tasfiye payı gibi ortaklık malvarlığındaki değerlere katılma hakkını) üçüncü bir kişiye devreder veya üçüncü bir kişiyi "pay"ına ortak ederse bu kişi, ortaklığa veya ortağa karşı sadece borçlar hukuku anlamında bir talep hakkı kazanır fakat ortaklık sıfatını kazanmış olmaz[161]. Bu yönüyle "pay"ın

---

[156] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.2; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.14; Müller, **Mitgliedschaft**, N.159-160; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.16; von Steiger, **a.g.e**., s.385; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.631,636; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.143-144; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.411, yazarlar *"katılım hakkı"* tabirini kullanmışlardır; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.10; Ansay, **a.g.e.**, s.89-90. Aynı yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1350; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1017; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.789.

[157] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.2; Ayiter, **a.g.e.**, s.112; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636; Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1017; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.585; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.10; Ansay, **a.g.e.**, s.90.

[158] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1350.

[159] Bu, *"ortaklık malvarlığındaki pay"* (Anteil am Gesellschaftsvermögen) olarak adlandırılmaktadır. Bu kavram; "ortaklık payı" (Gesellschaftsanteil), "malvarlığı payı" (Vermögensanteil), "sermaye payı" (Kapitalanteil) kavramlarından ayrılır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.155 vd. ve özellikle N.160; von Steiger, **a.g.e**., s.384 vd.
Alman hukukunda ise *"ortaklık malvarlığındaki pay"*dan, her bir ortağın malvarlığındaki "elbirliğiyle hak sahipliği" (Gesamthandsberechtigung) anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bunun üzerinde ortaklık sıfatından (Mitgliedschaft) bağımsız olarak tasarruf edilemez. (Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.3; Müller, **Mitgliedschaft**, N.162; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.52). Türk hukukunda da benzer bir yaklaşıma *Ayiter*'in elbirliği ortaklıklarına ilişkin monografik eserinde rastlanmaktadır. *Ayiter*, ortağın ortaklık malvarlığı üzerindeki hakkını *"iştirak hissesi"* olarak isimlendirmekte ve bunun, ortaklık sıfatından ayrı olarak devredilemeyeceğini belirtmektedir (Ayiter, **a.g.e.**, s.112).

[160] Müller, **Mitgliedschaft**, N.161; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.51; von Steiger, **a.g.e**., s.386; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Eren, **Özel Hükümler**, N.2903; BGE 134 III 597, s.603 (www.relevancy.bger.ch, E.T.06.07.2020).
Sözü edilen kanun hükmündeki "pay" (hisse) kavramının hem serbestçe devredebilen malvarlıksal haklar hem de ortaklık sıfatı (Topuz, **a.g.e.**, s.43); şirkete katılım sonucu elde edilen ortaklık hakları (Yongalık, **Sermaye Payı**, s.91); ortağın hak ve yükümlülükleri toplamı (Ertan Demirkapı, "Limited Ortaklık Payının Devri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir, 2008) anlamında kullandığı gibi farklı görüşler de ileri sürülmektedir.

[161] Müller, **Mitgliedschaft**, N.161.

(malvarlıksal değerlere katılma hakkının) devri, bir hakkın devri olup; devralan, ayni hak ya da ortaklıklar hukukuna ilişkin bir hak değil, sadece bir alacak hakkı kazanır[162]. TBK m.632/2'de anılan pay devrinin veya paya üçüncü bir kişiyi ortak etmenin (alt katılım ortaklığının) hüküm ve sonuçlarını bu şekilde tespit ettiğimizden, bunların ortaklık sıfatının devrinden farklarına aşağıda değinilmiştir[163].

Burada altı çizilmesi gereken husus, elbirliği ortaklıklarında payın (katılma payının) devri[164], "ortaklık sıfatının devri" anlamına gelmez[165]. Bununla birlikte, adi ortaklıkta TBK m.632 hükmüne göre, diğer ortakların rıza göstermesi halinde ortaklık sıfatının devri mümkündür[166].

2. Yukarıda değindiğimiz üzere, adi ortaklıktaki "ortaklık payı" (Gesellschaftsanteil) kavramı ise, iç ilişkide ortaklık sıfatından doğan -malvarlıksal nitelik taşıyan ve taşımayan- hak ve yükümlülüklerinin toplamıdır[167].

3. Bundan başka, ortakların müşterek amacı gerçekleştirmeye yönelik ortaklığa getirdikleri değerler için "katılım payı" veya "sermaye payı"[168] (Beitrag) kavramı kullanılmaktadır[169] (TBK m.621). Katılım payı, ortağın ortaklığa getirdiği unsurun nominal değeri kadardır[170]. Katılım payının başlıca işlevi, eğer sözleşmede

---

[162] Müller, **Mitgliedschaft**, N.161; Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.35; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.653, N.11.
[163] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II.
[164] Katılma payının devrinin, alacağın devri veya malvarlığının devri niteliğinde olabileceği doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434. Alacağın devri olduğu görüşünde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.411.
[165] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.434; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.411; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1358; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.149, bu hususta, TMK m.677/2 (eMK m.612) örnek gösterilmektedir.
[166] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1358; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.149.
[167] Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.
[168] Yongalık, **Sermaye Payı,** s.29; Karayalçın, **a.g.e.**, s.135; Şener, **Adi Ortaklık**, s.286.
[169] Bu hususta, "katılma payı" (Barlas, **a.g.e.**, N.87) veya "iştirak hissesi" (Bilge, **a.g.e.**, s.445,450) kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. *Yongalık* ise "iştirak hissesi veya katılma payı" kavramlarını, *"ortağın şirkete katılması sonucu elde edeceği hakların tümünü"* ifade etmek üzere daha geniş kapsamlı manada kullanmıştır. Bkz. Yongalık, **Sermaye Payı,** s.30. Bu bakımdan, literatürde bir kavram karışıklığının olduğu göze çarpmaktadır.
[170] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.76.

kararlaştırılmışsa, her ortağın kar ve zarar payının (TBK m.623/1), tasfiye payının veya oy hakkının[171] katılım payına göre belirlenebilecek olmasıdır[172].

C. Adi Ortaklıkta Paylı Hak Sahipliğinin Benimsenmiş Olması

Adi ortaklıkta paylı hak sahipliği esasının kararlaştırılmış olması halinde (paylı ortaklık; Bruchteilsgemeinschaft) her ortak, ortaklık malvarlığına dahil değerlerdeki[173] payı üzerinde payın devri veya rehni gibi tasarruflarda bulanabilir ve bu tasarruf ayni etki doğurur[174]. Ortağın payı üzerindeki tasarrufunun ortaklık sözleşmesine ve özellikle müşterek amaca aykırılık teşkil etmesi durumunda, tasarrufta bulunan ortak, ortaklığın zararını gidermekle yükümlü olur[175]. Ayrıca, paylı ortaklıkta her ortağın şahsi alacaklıları, ortağın payını haczettirebilirler[176].

Şu hale göre, paylı ortaklıkta, gerçek manada bir ortaklık malvarlığı oluşmaz[177]. Nitekim eşya hukukundaki belirlilik ilkesi (Spezialitätsprinzip) gereği bir malvarlığı üzerinde değil, ancak her bir unsur üzerinde paylı hak sahipliği mümkündür. Bu nedenle her bir unsur sayısınca ayrı paylı hak sahipliği ilişkisinden bahsedilmesi gerekir[178].

---

[171] Şener, **Adi Ortaklık**, s.286.

[172] Siegwart, **a.g.e.**, Art.531, N.39. Örneğin, limited şirkette "sermaye payı"nın kural olarak, "ortaklık payı"nı belirleyeceğine dair bkz. M. Turgut Öz, "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İÜHFM**, C.52, S.1-4, 1987, s.348.

[173] Hukuken "eşya" niteliğinde olmayan malvarlığı değerleri (alacak hakkı veya rehin gibi fer'i haklar) üzerinde birden fazla kişinin paylı hak sahipliği olabileceği ve bu durumda kanundaki paylı mülkiyet hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.358-359; Müller, **Mitgliedschaft**, N.52.

[174] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.18; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.360,361; Müller, **Mitgliedschaft**, N.53.

[175] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.18; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.361; Müller, **Mitgliedschaft**, N.54. Paylı ortaklıkta, ortağın kendi payı üzerinde tasarruf etmesi eşya hukuku kurallarına göre mümkündür fakat bu, ortaklık sözleşmesinden doğan borç ilişkisiyle sınırlandırılmıştır (Siegwart, **a.g.e.**, Art.531, N.7). Bu anlamda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.65.

[176] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.362.

[177] Siegwart, **a.g.e.**, Art.544, N.8; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.365.

[178] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.362.

İKİNCİ BÖLÜM

YENİ ORTAK ALIMI

I. GENEL OLARAK

Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinde veya her ikisinde birden fazla kişi bulunsa bile yalnızca iki ayrı sözleşmeci "taraf" statüsü bulunur[1]. Taraflarda değişikliğe ilişkin işlemler de bu iki "taraf" statüsü üzerinde yapılabilir. Buna karşılık, ortaklık sözleşmeleri, yeni ortak almak suretiyle müstakil ve yeni bir "taraf" statüsünün sonradan yaratılmasına müsait bir yapıya sahiptir. Gerçi ortaklık sözleşmesi de iki kişiden oluşabilir fakat bu sözleşmenin ayırt edici özelliklerinden birisi, çok taraflı olabilmesidir[2].

Bu yönüyle, yeni ortak alımı veya diğer bir ifadeyle ortaklığa girme, ortaklıkta yeni bir hukuki statünün yaratılması anlamına gelir[3].

II. YENİ ORTAK ALIMINA TÜM ORTAKLARIN RIZA GÖSTERMESİ ŞARTI

Adi ortaklığa yeni ortak alımı kural olarak mevcut tüm ortakların rızası ile mümkün olup[4], bu husus İsviçre (OR Art.542 I) ve Türk hukukunda (TBK m.632/1; eBK m.532) yasal hükme bağlanmıştır[5]. Aslında, adi ortaklığın ortaklar arası güven

---

[1] Arslanlı, **a.g.e.**, s.43; Bilge, **a.g.e.**, s.442.
[2] Arslanlı, **a.g.e.**, s.43.
[3] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.67.
[4] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; Theo Guhl/Alfred Koller/Anthon K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, (Guhl/Druey), **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000, §62, N.1; **BSK**/Handschin, Art.542, N.1; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.55; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.6; Özenli, **a.g.e.**, s.104; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Domaniç, **a.g.e.**, s.105; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372.
Keza gizli ortaklığa da gizli ortağın rızası olmadan aktif ortak tarafından yeni bir ortak alınamaz. Fakat gizli ortağın hakları ihlal edilmediği müddetçe aktif ortak, başka bir kişiyi kendi payına ortak etmek suretiyle yeni bir iç ortaklık kurabilir (Karayalçın, **a.g.e.**, s.178).
[5] Aynı şekilde Alman hukukunda, yeni ortak alımına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kural olarak tüm ortakların rızasıyla bu mümkün görülmektedir (Hans Theodor Soergel/Walther Hadding, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4, Schuldrecht III, §§ 705-853**, 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Verlag W. Kolhammer, 1985, §736, N.8; Barbara Grunewald, **Gesellschaftsrecht**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, s.61).

temeline dayalı karakteri[6] ve daha da önemlisi yeni ortak alımının, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelmesi[7] doğal olarak bu kuralı gerekli kılmaktadır. Zira adi ortaklık, bir sözleşme ilişkisine dayandığına göre, yeni ortak alımının ancak sözleşme taraflarının tümünün (yani tüm ortakların) rızasıyla gerçekleşebileceği mantıki bir sonuç olup[8], kanunda bu hususun öngörülmüş olmasının bile gerekmediği doktrinde de ifade edilmiştir[9].

TBK m.632/2'de (OR Art.542 II) ise payın tek taraflı devri (einseitige Abtretung des Anteils) veya alt katılım (Unterbeteiligung) neticesinde ortaklık sıfatının kazanılamayacağı düzenlenmiştir[10]. Ortaklık sıfatının devrini sağlamayan bu sözleşmelerin yapılabilmesi, sözleşme serbestisine dayanır. Çünkü, konusu ve kapsamı üçüncü kişi ile ortak arasındaki anlaşmaya göre belirlenecek olan bu sözleşmeler, sadece tarafları arasında borç ilişkisi doğurur. Dolayısıyla, sözü edilen fıkranın asıl fonksiyonu, atipik sözleşmelerle ortaklığa müdahale edilmesini engellemektir[11].

Yeni ortak alımı için tüm ortakların rızasının gerektiğine ilişkin TBK m.632 (OR Art. 542) hükmü, ortakların korunması amacına hizmet eder[12]. Böylece her ortağın, bu yönde bir iradesi bulunmaksızın ortak değişimi yaşanmayacağı konusundaki güveni korunur[13].

---

[6] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; Erem, **a.g.e.**, s.23. Adi ortaklığın "kapalı bir sözleşmesel topluluk" olduğunu belirterek bu yönde bkz. von Steiger, **a.g.e**., s.412. Adi ortaklığın sözleşme ilişkisini dayanmasını ve kişisel bütünlük (personellen Geschlossenheit) ilkesini gerekçe göstererek aynı yönde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.14; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.6.

[7] Özenli, **a.g.e.**, s.104; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9.Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013, s.36. Kollektif şirket bakımından aynı şekilde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.408.

[8] TBK m.632 (OR Art.542) hükmünün ilk fıkrası, ortaklık ilişkisinin ve ortaklığın sözleşmesel bağlılık (vertragliche Verbindung) karakterinin tabii neticesidir (Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.1; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.10).

[9] Becker, **Şerh**, s.1211. *Yongalık*'ın *"adi şirkette üyeliğin tek taraflı devredilemezliği"* şeklinde ifade ettiği bu durum, yazara göre de adi ortaklık sözleşmesinin niteliğinden çıkan bir sonuçtur (Yongalık, **Sermaye Payı**, s.89 dn.275).

[10] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.7. Yine bu fıkra da ortaklığa egemen olan kişisel bağlılık karakterinin bir yansımasıdır (Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.1; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.10; H. Cumhur Özakman, **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s.41).

[11] Özakman, **a.g.e.**, s.41.

[12] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.68; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.55; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.89, dn.275.

[13] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.14; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.6.

Şu hâlde, söz konusu yasal hüküm, ortakların korunması amacına hizmet ettiğinden ve iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden[14] tamamlayıcı bir hukuk kuralı olup, ortaklar bu konuda farklı yönde bir anlaşma yapabilirler[15]. Bu bakımdan, yeni ortak alım kararı için çoğunluk ilkesi (Mehrheitsprinzip) geçerli kabul edilebilir[16] veyahut herhangi bir ortağa (örneğin idareci ortağa) yeni ortak alma yetkisi verilebilir[17]. Yine söz gelimi, (ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığın devam edeceği şeklinde) kategorik olarak belirli kişiler için ortaklık sözleşmesinde önceden rıza gösterilebilir[18]. Ortaklık sözleşmesinde tanınan yetkiye göre alınabilecek yeni ortak hakkında belirli bir yakınlık, yaş, meslek, eğitim veya sermaye gibi kriterler üzerinden sınırlama yapılabilmesi de mümkündür[19].

Handschin/Vonzun'un savunduğu azınlıkta kalan fikre[20] göre, ortaklık sözleşmesinde genel olarak veya açıkça yeni ortak alımına ilişkin "çoğunluk kararı" yeterli görülmüş olsa bile, yeni ortak alımı için yine de oybirliğiyle karar alınmalıdır. Zira yazarlara göre bu hususta çoğunluk kararının yeterli olabilmesi için "karar konusu" (Beschlussgegenstand) önceden belirli olmalıdır. Bu şart ise iki şekilde sağlanabilir. Birinci ihtimalde, çoğunluk kararıyla ortaklığa alınabilecek kişiler, ortaklık sözleşmesinde açıkça belirlenmiş olabilir. İkinci ihtimalde ise, ortaklık sözleşmesinde (örneğin bir derneğin üyeleri gibi) çevresi sınırlandırılmak suretiyle ya

---

[14] von Steiger, **a.g.e.**, s.408, dn.159.
[15] Becker, **Şerh**, s.1211; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.68; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.55; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.6; **BSK**/Handschin, Art.542, N.1; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Özenli, **a.g.e.**, s.104; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.89.
[16] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.11; **BSK**/Handschin, Art.542, N.1; **CHK-OR**/Peter Jung, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR - VegüV**, Hrsg. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2016, Art.542, N.2; Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.8; Grunewald, **a.g.e.**, s.61; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Bilge, **a.g.e.**, s.452; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372.
[17] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41; Grunewald, **a.g.e.**, s.61; Othmar Jauerning/Rolf Stürner, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, Hrsg. Othmar Jauernig, 17. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2018, §737, N.10; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70; von Steiger, **a.g.e**., s.422, yazar ayrıca başka gerekliliklerin de öngörülebileceğini eklemektedir; Becker, **Şerh**, s.1211; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.55.
[18] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; **BSK**/Handschin, Art.542, N.1; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.8; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a.
[19] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.56.
[20] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.8.

da diğer hal ve şartlara göre objektif olarak ilgili kişiler "belirli" ya da "belirlenebilir" durumda olabilir.

Ortaklık sözleşmesinde genel olarak yeni ortak alımının mümkün olduğu belirtilmiş ise bu kayıt, üçüncü kişilere ortaklığa kabul edilme hususunda sübjektif bir hak vermez[21]. Bununla birlikte, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde bir kayıtla, belirli bir kişiye ortaklığa girme hakkı (Eintrittsrecht) tanınabilir[22]. Böyle bir durumda, lehine girme hakkı tanınan kişinin doğrudan bir talep hakkının olup olmayacağı, tarafların amacına veya örf ve adete göre belirlenir[23] (TBK m.129/2; OR Art.121 II). Eğer bu sözleşmenin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu anlaşılmaktaysa, lehine girme hakkı tanınan kişinin talebi üzerine ortaklığa alınması, borcun ifası anlamına gelir ve idareci ortak bu işlemi yapmaya yetkilidir[24].

III. YENİ ORTAK ALIM İŞLEMİ: ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİ

A. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Tarafları

Yeni ortak alımı, mevcut ortaklar[25] ile ortaklığa girecek kişi arasında yapılacak "ortaklığa kabul sözleşmesi"[26] (Aufnahmevertrag) üzerine gerçekleşir[27]. Yeni ortak alım kararı için oyçokluğunun yeterli kabul edilmiş olması, ortaklığa kabul sözleşmesinde tüm ortakların taraf olmayacağı manasına gelmez[28]. Zira adi ortaklıkta,

---

[21] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.11.

[22] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.9; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.11; Becker, **Şerh**, s.1167; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.8; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.10.

[23] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.9.

[24] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.10.

[25] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70; Müller, **Mitgliedschaft**, N.483, 484.

[26] Bu kavramın kullanımı için bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2899, yazar, aynı yerde, *"ortaklığa katılma sözleşmesi"* tabirini de kullanmıştır. *Yongalık* da bu sözleşmeyi, *"şirkete kabul sözleşmesi"* olarak adlandırmıştır (Yongalık, **Sermaye Payı**, s.95). *Şener* ise, *"katılma sözleşmesi"* tabirini kullanmıştır (Şener, **Adi Ortaklık**, s.372). TBK m.206'daki sözleşmeye katılma ile karıştırılmaya müsait olduğu için çalışmamızda "katılma sözleşmesi" kavramı tercih edilmemiştir.

[27] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.69; von Steiger, **a.g.e**., s.412; Stephan Wolf, "Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften", **ZBGR**, 81. Jahrgang, Heft 1, Januar/Februar 2000, s.7; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.69; Müller, **Mitgliedschaft**, N.483; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.58; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.11; Alfred Hueck, **Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt**, 4. neubearbeitete Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1971, s.389; Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.8; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.95; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372; Eren, **Özel Hükümler**, N.2900.

[28] Aksi yönde bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.372.

iç ve dış ilişki arasındaki ayrım bunların farklı değerlendirilmesini gerektirir[29]. Belirli bir kişinin yeni ortak olarak ortaklığa alınabilmesi için ortaklığın iç ilişkisinde öngörülen şartlar sağlanmasına rağmen, ortaklığa kabul sözleşmesinin kurulmasına katılım sağlamayan ortağın/ortakların gerekirse dava yoluyla zorlanabileceği[30] ya da haklı sebeple ortaklıktan çıkarılabileceği belirtilmektedir[31]. Kanımızca böyle bir durumda, alınacak mahkeme kararı sözleşmeye katılım sağlamayan ortakların irade beyanı yerine geçerek ortaklığa kabul sözleşmesi kurulmuş olur.

Ortakların bu sözleşmenin yapılması için herhangi bir kişiye (örneğin idareci ortağa) temsil yetkisi vermesi kuşkusuz mümkündür[32]. Ortaklık sözleşmesinin ve ortaklığın kişi yapısının değiştirilmesini gerekli kılan yeni ortak alımı, ortaklığın yönetimi (Geschäftsführung) kapsamında kalan işlerden değildir[33]. Dolayısıyla, ortaklığa kabul sözleşmesinin yapılabilmesi için ortaklığın yönetimine ilişkin genel temsil yetkisi yeterli olmadığından[34], temsilciye bu hususta özel yetki verilmelidir[35] (TBK m.637/3). Bu yetki, her bir olay için ayrı olarak veya ortaklık sözleşmesinde önceden verilebilir[36].

İç ilişkide verilen yeni ortak alım yetkisi, şüphe halinde, ortaklığa kabul sözleşmesini yapma konusunda temsil yetkisinin de verildiği anlamına gelir[37]. Yeni

---

[29] Nitekim kollektif şirketlerde de yeni ortak alınmasının çoğunluk kararına bırakıldığı hallere ilişkin olarak *Arslanlı*, bunun sadece iç ilişkide alınacak ortaklık kararının oluşumunda etkili olacağını fakat yeni ortak ile yapılacak ortaklığa kabul sözleşmesinde yine tüm ortakların taraf olarak yer almaları gerektiğini açıklıkla ifade etmiştir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.410-411). Tüm ortakların sözleşmede taraf olarak yer alması gerekliliği, yeni ortak alımının; ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi sonucunu doğuracak olmasıyla (Müller, **a.g.e.**, N.483) ve ortakların menfaatlerini önemli ölçüde ilgilendiriyor olmasıyla (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.69-70) da açıklanabilir.

[30] Müller, **Mitgliedschaft**, N.483.

[31] Nitekim kollektif şirketler bakımından da iç ilişkinde öngörülen şartlar sağlanmasına rağmen şirkete kabul sözleşmesini kurmaktan kaçınan ortaklar zorlanabilecek veya bu durum şirketten çıkarma için haklı neden teşkil edebilecektir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.411).

[32] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.59; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; von Steiger, **a.g.e**., s.412; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.11; Eren, **Özel Hükümler**, N.2900. Kollektif şirketler bakımından aynı doğrultuda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.411.

[33] Zobl **Gesamthandschaften**, s.70; Müller, **Mitgliedschaft**, N.484.

[34] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.1.

[35] Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.41; Müller, **Mitgliedschaft**, N.484; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.59.

[36] Müller, **Mitgliedschaft**, N.484; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.59, bu yetki herhangi bir ortağa verilebilir. Ortak olmayan bir kişinin de ortaklığa kabul sözleşmesi yapmak hususunda yetkilendirilebileceğine dair bkz. Jauerning/Stürner, **a.g.e.**, § 737, N.10.

[37] Müller, **Mitgliedschaft**, N.484; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.59; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70. Şirket sözleşmesinde çoğunluk kararıyla yeni ortak alınabileceği öngörülmüşse, bu durumda kural olarak, olumlu oy kullanan ortaklara temsil yetkisi verildiğinin söylenemeyeceği kanaatinde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.411.

ortak alımına yetkili bu kişi, ortaklığa kabul sözleşmesini kendi adına değil temsil yetkisine dayanarak tüm ortaklar adına yapmış olur[38].

Ortaklığa alınacak kişi, gerçek veya tüzel kişi olabilir[39]. Tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının, adi ortaklıkta ortak sıfatıyla yer alabileceği Alman[40] ve İsviçre[41] hukukunda çoğunlukla kabul edilirken, Türk[42] hukukunda tartışmalıdır[43]. Bu soruya olumlu yanıt verilirse[44], tüzel kişilik taşımayan bir topluluğun adi ortaklığa katılacak olması halinde, ne bu topluluğa dahil fertler birbirinden bağımsız olarak ne de topluluğun kendisi ortaklık sıfatını kazanır[45]. Kural olarak, ortaklık sıfatına bağlı hakların kullanımı ve borçların ifasında, bu topluluğa hâkim olan rejim (temsil,

---

[38] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70. Şahıs ortaklıklarında yeni ortak alımı için kural olarak tüm ortakların katıldığı bir sözleşmenin kurulması gerektiğine ilişkin bkz. BGH, 14.11.1977 – II ZR 95/76 (www.beck-online.beck.de, E.T.14.02.2020).

[39] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.69.

[40] Alman hukukunda bir adi ortaklığın, diğer bir adi ortaklığa ortak olabileceği görüşünün hâkim olduğuna dair bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §718, N.6. Ancak, yine Alman hukukunda miras ortaklığının, paylı mülkiyet birliğinin ve eşler arası mal ortaklığının, adi ortaklık ortağı olmasının kabul edilmediği belirtilmektedir. Bkz. Barlas, **Adi Ortaklık**, N.52.

[41] İsviçre hukukunda *von Steiger*, tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğun adi ortaklık ortağı olup olamayacağı açısından yapılan değerlendirmede, topluluğun "dışarıya karşı birlik görünümü" (*nach aussen als Einheiten auftreten*) olup olmadığının esas alınacağını belirtmiştir (von Steiger, **a.g.e**., s.355). Buna göre "dışarıya karşı bağımsız bir elbirliği ortaklığı görünümü" olan, yani kendine ait bir isim altında hak ve borç sahibi olabilen kollektif ve komandit şirket, -İsviçre hukukunda tüzel kişiliği bulunmasa da- adi ortaklık ortağı olabilmektedir (Théo Guhl/Max Kummer, "Adi Şirket, Tarif ve Kuruluş", Çev. Sait Kemal Obut, **AÜSBFD**, C.10, S.2, 1955, (çevrimiçi), www.dergipark.org.tr, E.T.11.11.2019, s.163; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.406). Kat malikleri topluluğunun (Stockwerkeigentümergemeinschaft), adi ortaklık ortağı olabilecekleri fikrinde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.19. Keza, adi ortaklığın (veya miras ortaklığının), başka bir adi ortaklığa ortak olabileceği görüşü yaygın şekilde benimsenmektedir. Bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.14; Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.1-2; von Steiger, **a.g.e**., s.355; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.407. Fakat dışa karşı tam bir birlik görünümünü haiz olmayan adi ortaklığın elbirliği halindeki ortaklık malvarlığı yapısından ve ortaklığın karar alma sürecinden kaynaklı pratiğe ilişkin problemlerin yaşanabileceği de belirtilmektedir. Bu nedenle, adi ortaklığa ortak olacak diğer adi ortaklığın nasıl temsil edileceğinin durum ve koşullara uygun olarak net bir şekilde düzenlemesi gerekli görülmektedir (von Steiger, **a.g.e**., s.355; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.407).
Buna karşın, adi ortaklık gibi hukuken kişiliği (Rechtspersönlichkeit) bulunmayan bir topluluğun, başka bir adi ortaklığa ortak olamayacağı görüşüyle aksi yönde bkz. Vonzun, **a.g.e.**, N. 505; **BSK**/Handschin, Art.530, N.3.

[42] Bunu kabul eden yazarlar için bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.46; Doğanay, **a.g.e.**, s.10; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.75b; Şener, **Adi Ortaklık**, s.5. Aksi görüşte bkz. Barlas, **Adi Ortaklık**, N.54,57; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.6, dn.19; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.26.

[43] Bu hususta ayrıca bkz. Barlas, **Adi Ortaklık**, N.51 vd.

[44] Örneğin, ölen ortağın yerine mirasçılarının ortaklığa gireceği ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse, mirasçıların elbirliğiyle (yani miras ortaklığı olarak) ortaklık sıfatını kazanacağına dair açıklama için bkz. aş. Dördüncü Bölüm, V, E, 3, a, (1).

[45] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.69, yazar, topluluk üyelerinin elbirliğiyle ortaklık sıfatını kazanacağı kanaatindedir.

sorumluluk, sona erme gibi konularda) ile adi ortaklıktaki düzen birlikte dikkate alınır[46].

B. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin İçeriği

Taraflar ortaklığa kabul sözleşmesinin içeriğini kanuni sınırlamalar (TBK m.27; TMK m.23) çerçevesinde serbestçe düzenleyebilirler[47].

Ortaklığa kabul sözleşmesi, ortaklıklar hukukuna ilişkin emredici hükümlere ve temel ilkelere aykırı olmamalıdır[48]. Söz gelimi, yeni ortağın ortaklık işlerini inceleme (TBK m. 631/2; OR Art.541 II) yetkisinin kısıtlı olacağı kararlaştırılamaz[49]. Yeni ortağa tanınacak ortaklık statüsünün diğer ortaklardan farklı olacağı kararlaştırılabilir ise de her ortağın sahip olması gereken asgari söz hakkı sağlanmış olmalıdır[50]. Ortaklık sıfatına bağlı vazgeçilemez çekirdek haklar[51] ihlal edilmemelidir[52]. Bu yönden, yeni ortağa karşı ciddi manada eşitsiz muamele sonucunu doğuracak sözleşme hükümleri geçerli olmayacaktır[53].

---

[46] Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.1. *Arslanlı* bu hususta, *"Azalığa ait hak ve borçlar birliğin tabi olduğu nizama göre birliği teşkil eden şahıslara terettüp eder. Zira şirkette mukavele tadil edilmedikçe, azalık parçalanamaz. … Azalık müteaddit şahıslara iştirak halinde ait bulunuyorsa, azalığa ait hak ve borçlar bir vahdet teşkil eder ve iştirake dahil şahıslar tarafından müştereken kullanılır."* demiştir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.46).

[47] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.78. Nitekim ortaklık sözleşmesinin de tüm sözleşmeler bakımından söz konusu olan emredici hukuk kuralları, ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları (TMK m.23) ve imkânsızlık gibi sınırlamalara tabi olduğuna dair bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.76,77. Sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Sözleşme Özgürlüğü", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu (Madde 1-82)**, Ed. Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.369 vd. İsimsiz sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin bilgi için bkz. Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", **İÜHFM**, C.55, 1996, s.268 vd.; Saibe Oktay Özdemir, "İsimsiz Sözleşmeler", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu (Madde 1-82)**, Ed. Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.2545 vd.

[48] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487, dn.1295; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.61.

[49] Müller, **a.g.e.**, N.487, dn.1295.

[50] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.61, bu hususta *"minimales Mitspracherechte"* kavramı kullanılmaktadır.
Nitekim adi ortaklığın yönetim düzeninin belirlenmesine ilişkin serbesti, ortaklıklar hukuku ve genel hükümler (ZGB Art.27; TMK m.23) ile sınırlıdır. Olağanüstü işler (TBK m.625/3; OR Art.535 III) bakımından her ortağın belirli bir söz hakkı bulunması gerekir. (Siegwart, **a.g.e.**, Art.535, N.23). Ortaklık ilişkisinin doğası gereği ortakların oy hakkından sözleşmeyle yoksun bırakılamayacağına, karar almaya ilişkin asgari hakların sağlanması gerektiğine dair bkz. von Steiger, **a.g.e**., s.396.

[51] Bu kavram (unverzichtbarer Kernbereich der Mitgliedschaft) hakkında ve bunun ahlaka aykırılık (BGB § 138) kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bkz. Ulmer, **a.g.e.**, § 705, N.101.

[52] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487, dn.1295.

[53] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487, dn.1295.

Bu sözleşme, şarta veya vadeye bağlı olarak da yapılabilir[54]. Bununla birlikte, ortaklığa kabul sözleşmesinde yeni ortağın, geçmişe etkili olarak ortaklık sıfatını kazanmasına ilişkin bir anlaşma, ortaklar arasında yalnızca borçlar hukuku alanında kalan bir etki gösterir[55].

C. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Ortaklığa kabul sözleşmesi bünyesinde, borçlar hukuku ve ortaklıklar hukuku (sozialrechtlich) özelliklerini bir arada taşır. Dolayısıyla bu sözleşmenin, bir birlik kurucu karaktere (gemeinschaftsbegründenden Charakter) de sahip olduğu söylenmelidir[56].

Yeni ortağın ortaklığa katılımı bir bakıma, ortaklığın kuruluşuna benzer[57]. Ortaklığa kabul sözleşmesi ile birlikte, yeni bir hukuki statü (ortaklık statüsü/pozisyonu) ihdas edilmiş olur[58] ve ortaklığa katılmanın birlik hukukuna ilişkin sonuçları bu sözleşmede düzenlenir[59].

Şu hale göre, ortaklığa kabul sözleşmesi de bir ortaklık sözleşmesi niteliğindedir. Nitekim *Hirş*, kollektif şirkete girme sözleşmesinin, bir ortaklık sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve buna ortaklık sözleşmesine ilişkin esasların uygulanacağını -isabetle- belirtmiştir[60].

---

[54] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487, dn.1295; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.61.

[55] Müller, **Mitgliedschaft**, N.487. Gerçekten de hukuki işlemin geçmişe etkili olmasını sağlayacak bir olgu (örneğin sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemi sonradan "yasal temsilcinin onaması"nda olduğu gibi) ancak "kanun"un bu gücü tanıması ile mümkün olup, tarafların iradesi (Willen der Parteien) ile bu etki sağlanamaz. Bu nedenle taraflar sadece işlem daha önceki bir tarihte hüküm doğurmuş olsaydı elde edilebilecek menfaatlerin devrini borçlanabilirler ki böylece işlemin yürürlük tarihini değil içeriğini değiştirmiş olurlar. Bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.144-145; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, (Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı), 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, §10, N.9, dn.14.

[56] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70. Nitekim ortaklık sözleşmelerinin bünyesindeki bu özellik hakkında bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.

[57] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.14. Bu yönüyle, ortaklığın kuruluşunda olduğu gibi yeni ortağın da elbirliğiyle hak sahipliğini kazanacağına dair bkz. **BSK**/Handschin, Art.542, N.2. Yeni ortak alımına genellikle, ortaklık malvarlığının arttırılması amacıyla başvurulduğu yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2899.

[58] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.67.

[59] **MüKo**/Schäfer, §719, N.20.

[60] Hirş, **a.g.e.**, N.243.

2. Benzer İşlemlerden Ayrılması

a. Yeni Bir Ortaklık Kurulmasından Farkı

Yeni ortak alımı, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir[61]. Örneğin A ve B'nin ortak olduğu bir adi ortaklığa C'nin katılacak olması halinde, C'nin ortaklığa girmesine ilişkin bir ek anlaşma (Zusatzvereinbarung) yapılmış olur[62]. Bu bakımdan ortaklığa kabul sözleşmesi, ortaklık sözleşmesinin bir parçasını teşkil eder[63]. Ortaklık sözleşmesinin esaslı unsurları (essentialia negotii) ortaklar tarafından ayrıca değiştirilmediği müddetçe ortaklık sözleşmesinden doğan borç ilişkisinde bir değişiklik olmaz ve bu sözleşme, ortaklığın kuruluşunda olduğu gibi varlığını sürdürür[64]. Bu itibarla, yeni ortak alımı, ortaklığın ayniyetinde (özdeşliğinde) bir değişiklik doğurmaz[65].

Şu hâlde, yeni ortak alımıyla birlikte yeni bir ortaklık kurulduğu (Neugründung) söylenemez[66]. Öte yandan, ortaklığa yeni ortak almak yerine, önceki ortaklık sona erdirilerek bu kişinin de katılımıyla yeni bir ortaklık kurulması da pekâlâ mümkündür[67].

b. "Sözleşmeye Katılma"dan Farkı

Ortaklığa kabul sözleşmesiyle izlenen amaç, ortaklığa katılmak isteyen üçüncü kişinin, mevcut ortaklık sözleşmesinde "ortak sıfatı" kazanmasıdır. Bu yönüyle,

---

[61] Kunz, **a.g.e.**, s.149; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.70; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.69; Müller, **a.g.e.**, N.483; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.58,60; Kollektif şirkete katılım sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Hueck, **a.g.e.**, s.390; Hirş, **a.g.e.**, N.243.

[62] Kunz, **a.g.e.**, s.149.

[63] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.71. Ortaklığa kabul sözleşmesi, ortaklık ilişkisinin temeli bakımından belirleyici olacağından, mümkün olduğunca açık ve tartışmaya yol açmayacak şekilde kaleme alınmalıdır (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.60).

[64] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.71, yazarın da belirttiği gibi mevcut ortakların birbirlerine karşı ortaklık sözleşmesinden doğan hak ve borçları varlığını korur.

[65] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.82; von Steiger, **a.g.e**., s.412; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.10; Ansay, **a.g.e.**, s.153; Hirş, **a.g.e.**, N.243.

[66] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.71; Hirş, **a.g.e.**, N.243; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.117. Buna karşılık, ortaklığın, ortakların şahsı ile ayırt edildiği, şahıs durumundaki değişiklikle (Veränderungen im Personenbestand) yeni bir ortaklık kurulduğu yönünde bkz. ve karş. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.1. Alman hukukunda ise önceleri uygulamada, yeni ortak alımının, mevcut tüm ortaklarla bir ortaklık sözleşmesi yapılması olarak değerlendirildiği ancak artık isabetli olarak bunun mevcut bir ortaklığa katılma (sözleşmeye katılma; Vertragsbeitritt) olarak görüldüğüne dair bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s.1738-1739.

[67] Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.117.

ortaklığa kabul sözleşmesinin, TBK m.206 anlamında sözleşmeye katılmadan ayrımı yapılmalıdır.

Sözleşmeye katılma (Vertragsbeitritt), mevcut bir sözleşme ilişkisine sonradan taraflardan birinin yanında yer almak üzere -onunla aynı hak ve borçlara, itiraz ve def'ilere, yenilik doğuran haklara[68] sahip olacak şekilde- üçüncü bir kişinin dahil olmasıdır[69]. Sözleşmeye katılma, doğal olarak sözleşmenin karşı tarafının da rızasını gerektirir[70]. TBK m.206/2 gereği, aksine bir anlaşma yoksa sözleşmeye katılan ile yanında katıldığı kişi, diğer tarafa karşı müteselsil borçlu[71] ve alacaklı[72] olur.

---

[68] Sözleşmeye taraf olmaya bağlı -yani sözleşmeyi değiştiren veya sona erdiren- yenilik doğuran hakların (örneğin iptal hakkı), katılan ile yanında katıldığı kişi tarafından birlikte kullanılacağı yönünde bkz. Bucher, **a.g.e.**, s.593; Eugen Spirig, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Band V/1k/2: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183 OR**, Hrsg. Peter Gauch, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, Vorbem. zu Art.175-183, N.240. Müşterek hukuki işlemlerde (sözleşmenin feshini bildirmek gibi) yenilik doğuran hakların sözleşmedeki bir tarafı oluşturan tüm kişilerce birlikte veya tümüne karşı kullanılması gerektiği yönünde bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.785.
Doktrinde *Oğuzman/Öz*'ün savunduğu fikre göre ise, yenilik doğuran hakları, sözleşmeye katılan ile yanında katıldığı kişinin birlikte mi yoksa tek başına mı kullanabilecekleri konusunda, paylı mülkiyette paydaşların yönetim ve tasarrufuna ilişkin TMK m.689-692 hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, temerrüt ihtarı gibi mutlak koruyucu işlemleri (TBK m.690'a kıyasen) her biri yapabilmeli; temerrüt sonucunda doğan haklardan birini seçme gibi önemli işlemler (TBK m.691'a kıyasen) kişilerin çoğunluğuyla yapılabilmeli; sözleşmeyi değiştirme veya yenileme gibi olağanüstü işlemleri ise (TBK m.692'ye kıyasen) tarafı oluşturan bu kişiler hep birlikte yapabilmelidir (M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.623).

[69] Eugen Spirig, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Band V/1k/1: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR**, Hrsg. Peter Gauch, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, Vorbem. zu Art.164-174, N.212; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, s.593; Hasan Ayrancı, "Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1999, s.70; Zafer Kahraman, "Borcun Üstlenilmesi", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu, Genel Hükümler,** Ed. Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.1432.
İsviçre hukukunda kanunda düzenlenmemiş olan bu imkân, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmektedir (Bucher, **a.g.e.**, s.593; Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.238).

[70] Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.212; Bucher, **a.g.e.**, s.593; Ayrancı, **a.g.e.**, s.71; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1432.

[71] İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.241; Bucher, **a.g.e.**, s.593.

[72] İsviçre hukukunda ise, buradaki birlikte alacaklılık tipinin, "katılma sözleşmesine" ve "borçlanılan edime" göre belirleneceği belirtilmekle birlikte, kısmi alacaklılığın değil müteselsil ya da elbirliğiyle alacaklılığın sözleşmeye katılmaya uygun düştüğü kanaatinde bkz. Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.242. Birlikte alacaklılığın bu sayılan her üç tipinin mümkün olduğu görüşünde karş. Bucher, **a.g.e.**, s.593.

Doktrinde bazı yazarlarca, şahıs ortaklıklarına yeni ortak alımının, (TBK m.206 anlamında) sözleşmeye katılma olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır[73].

Adi ortaklığa kural olarak hâkim olan elbirliği prensibi dolayısıyla, ortaklığa katılan kişi, bir yandan ortaklık malvarlığında kendiliğinden hak sahibi olur; diğer yandan ise duruma göre ortaklığı yönetim ve temsil yetkilerini kazanabilir[74]. Bu nedenle bir görüşe göre, ortaklığa kabul sözleşmesi kendine has bir karaktere sahiptir ve klasik "sözleşmeye katılma" işleminden ayrılan özellikler gösterir[75]. Doktrinde bu ayrıma da işaret etmek amacıyla "sözleşmeye katılma" (Vertragsbeitritt) yerine "ortaklığa katılma" (Gesellschaftsbeitritt) kavramı kullanılmaktadır[76]. Şu hâlde, sözleşmeye katılmaya ilişkin kurallar, ortaklığa katılma işlemine (ortaklığa kabul sözleşmesine) ancak kıyasen uygulanabilir[77]. Kanaatimizce, sözleşmeye katılmadan farklı olarak yeni ortak alımının, sözleşmede bağımsız bir taraf statüsü kazanılması anlamına geldiği dikkate alınarak bu sonuca ulaşılması daha isabetli olur.

Nitekim sözleşmeye katılma (TBK m.206), adi ortaklık sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulabilecek bir müessesedir. Ancak yeni ortak alımından farklı olarak, bir ortağın yanında sözleşmeye katılan (TBK m.206), bağımsız bir statüye sahip değildir. Şöyle ki; sözleşmeye katılmayla, katılan kişi ortaklığa yeni ve bağımsız bir ortak statüsünde değil, aksine ortaklardan birinin yanında yer almak üzere dahil olur. Bu nedenle, ortaklık sıfatı ve buna bağlı haklar, sözleşmeye katılan kişi ile yanında katıldığı ortağa birlikte ait olur. Sözleşmeye katılma halinde iç ilişkide oluşan duruma bakılırsa; sözleşmeye katılan ile yanında katıldığı ortak, aksi kararlaştırılmadıkça, TBK m.206/2 gereği diğer ortaklara karşı müteselsil alacaklı ve borçlu olurlar. Oy hakkını birlikte kullanmaları; yenilik doğuran hakların kullanılması bakımından ise paylı mülkiyete ilişkin kanun hükümlerinin (TMK m.689-692) kıyasen

---

[73] Bu görüşte olduğu anlaşılan yazarlar için bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.785, dn.5; Rolf Funke, "Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt", Inaugural-Dissertation, Hagen-Boele, 1936, s.25; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984, s.623; Ayrancı, **a.g.e.**, s.70. Ayrıca bkz. Zafer Kahraman, **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.120-121.
[74] Pieper, **a.g.e.**, s.82.
[75] Pieper, **a.g.e.**, s.82.
[76] Pieper, **a.g.e.**, s.82. *Schmidt* ise bu hususta "sözleşmeye katılma" (Vertragsbeitritt) kavramını kullanmıştır. Bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s.1739.
[77] Pieper, **a.g.e.**, s.82.

uygulanması[78] menfaatler durumuna uygun düşecektir. Buna karşılık, dış ilişkide ise her ikisi de ortak olarak muamele görür. Bu ilişki, alt katılım ortaklığıyla[79] da karıştırılmamalıdır. Çünkü alt katılım ortaklığından farklı olarak burada, diğer ortakların rızasıyla üçüncü kişi, ortaklardan birinin yanında sözleşmeye katılmış olur. Bu nedenle sözleşmeye katılan ile sadece yanında katıldığı ortak arasında değil, tüm ortaklar arasında sözleşme ilişkisi (ortaklık ilişkisi) kurulmuş olur.

D. Ortaklığa Kabul Sözleşmesinin Şekli

Ortaklığına kabul sözleşmesinin şekli, ilgili elbirliği ortaklığının iç düzenine ait bir meseledir. Ne var ki, adi ortaklık sözleşmesine ilişkin yasal hükümlerde, ortaklığa kabul sözleşmesi açıkça düzenlenmiş değildir. Bu nedenle, ortaklık sözleşmesinde bir düzenleme yapılmamışsa, ortaklığa kabul sözleşmesi TBK m.13 (OR Art.12) hükmüne kıyasen ortaklık sözleşmesinin şekline uygun yapılmalıdır[80]. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni ortak alımına TBK m.206 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla da yine aynı sonuca varılır.

Şu hâlde, adi ortaklık sözleşmesi şekle bağlı olmadığından[81], ortaklığa kabul sözleşmesi de kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir[82]. Hatta iradeyi ortaya koyan davranışlarla (konkludentes Handeln) bu sözleşme kurulabilir[83].

---

[78] Sözleşmeye katılma halinde, yenilik doğuran hakların kullanımı açısından bu görüşte bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.623.

[79] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B.

[80] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.71.

[81] Adi ortaklık sözleşmesinin özel bir şekle tabi olmadığına dair bkz. Becker, **Şerh**, s.1167; Domaniç, **a.g.e.**, s.72; Ayiter, **a.g.e.**, s.92; Doğanay, **a.g.e.**, s.70, Yongalık, **Sermaye Payı**, s.7; Şener, **Adi Ortaklık**, s.21; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.75a; Barlas, **a.g.e.**, N.142; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1477. Ancak taraflarca iradi bir şekil şartı kararlaştırılabilir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.75a; Barlas, **a.g.e.**, N.144; Şener, **Adi Ortaklık**, s.23). Taraflarca kararlaştırılan iradi şekil, karine olarak geçerlilik şartıdır. İradi şeklin, "ispat şartı" olduğunu iddia eden, bunu kanıtlamakla yükümlüdür [Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.135-136; Barlas, **a.g.e.**, N.144; Şener, **Adi Ortaklık**, s.23; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.75a; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.8].

[82] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; von Steiger, **a.g.e**., s.412; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.72; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.69; Müller, **Mitgliedschaft**, N.488; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.62; **BSK**/Handschin, Art.542, N.2; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Eren, **Özel Hükümler**, N.2900; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372.

[83] Müller, **Mitgliedschaft**, N.488; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.62. Örtülü irade beyanı ile yeni ortağın ortaklığa kabul edilebileceğine dair bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2900. Nitekim adi ortaklık

Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde yeni ortak alımına[84] veya genel olarak ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin bir şekil şartı öngörülmüş ise, ortaklığa kabul sözleşmesi de bu şekle tabi olur[85]. Alman hukukunda savunulan bir fikre göre ise, sözleşmenin birlik kurucu yapısı (ortaklıklar hukuku bileşenleri taşıması; organisationsrechtliche Gestaltung)[86] sebebiyle ortaklık sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin şekil şartı, doğrudan ortaklığa kabul sözleşmesi için geçerli sayılmamalıdır[87]. Fakat ileri sürülen bu gerekçenin, ikna edici olmadığı görülmektedir. Nihayetinde yeni ortak alımı, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir.

Ortaklık sözleşmesinin taraf iradeleriyle şekle tabi kılınması (örneğin yazılı olarak yapılmış olması), ortaklığa kabul sözleşmesinin bu şekle bağlı yapılmasını gerektirmez[88]. Çünkü TBK m.13 uyarınca sözleşmedeki esaslı değişikliğin, değiştirilecek sözleşmenin şekline uygun yapılması zorunluluğu, sadece kanuni şekil şartı için olup, iradi şekil şartı bakımından uygulanamaz[89].

Bundan başka, ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunsa da ortaklığa kabul sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasının gerekmeyeceği doktrinde yaygın şekilde benimsenmektedir[90]. Zira bu durum, TMK m.706 (ZGB Art.657) anlamında bir

---

sözleşmesi de örtülü irade beyanlarıyla (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.582) veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla (factum concludens / konkludentes Verhalten) kurulabilir (Becker, **Şerh**, s.1167; Bilge, **a.g.e.**, s.450; Karayalçın, **a.g.e.**, s.68; Barlas, **a.g.e.**, N.142). Ortakların aralarından birine veya üçüncü bir kişiye ortaklık işlemleri için vekalet vermiş olmasının, adi ortaklığın kurulduğuna delalet ettiği yönünde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.73.

[84] Ortaklığa kabul sözleşmesinin, ortaklık sözleşmesinde özel bir şekle tabi kılınabileceğine dair bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.71; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7.

[85] Müller, **Mitgliedschaft**, N.488; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.62.

[86] Ortaklık sözleşmesinin bu özelliği hakkında bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.

[87] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.20.

[88] Müller, **Mitgliedschaft**, N.490; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.62. Ortaklık sıfatının devri sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Kendigelen, **a.g.m.**, s.224-225. Bu sebeple, ortaklık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmış olması halinde, ortaklığa kabul sözleşmesinin yazılı şekle bağlı olacağını yönündeki görüşe [Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e**, N.96a] katılamamaktayız.

[89] Christoph Müller, **Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, 1. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, Art.12, N.11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s.136; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.163; Seliçi, **a.g.e.**, s.108, dn.24.

[90] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.74; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; Müller, **Mitgliedschaft**, N.489; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.63; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.69; **BSK**/Handschin, Art.542, N.2; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.15; Pieper, **a.g.e.**, s.69; Doğanay, **a.g.e.**, s.73; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e**,

mülkiyetin devri niteliğinde değildir[91]. Ayrıca, şekil serbesti ilkesinden ayrılan (yani şekil şartı getiren) hükümlerin dar yorumlanacağı kabul edilmektedir[92]. Dolayısıyla, şekil serbestisi ilkesi ve yeni ortak alımını kolaylaştırmaya yönelik uygulamadaki ihtiyaçlar, ortaklık malvarlığında bir taşınmaz bulunsa da yeni ortak alımı işleminin resmi şekle bağlı olmamasını haklı kılmaktadır[93]. Daha derinlemesine bakıldığında da TMK m.706'nın (ZGB Art.657) hakkın devren kazanımına (derivativer Erwerb) ilişkinken, yeni ortağın ortaklık malvarlığında hak kazanımı ise -tartışmalı olmakla birlikte[94]- bir görüşe göre aslen kazanım (originär Erwerb) niteliğindedir[95]. Bunun yanı sıra, ortaklığın kuruluşuna nazaran yeni ortak alımında tarafların korunma ihtiyacının daha az olduğu savunulmaktadır[96]. Zira tapu sicili hukuku açısından bir taşınmazın ortaklığa getirilmesi, sonradan ortaklığın şahıs bileşimindeki değişikliğe kıyasla daha önemli bir işlem olarak görülmektedir[97].

Buna karşılık, yeni ortağın taahhüt ettiği katılım payının devrine yönelik borçlandırıcı işlem kanunen şekle bağlıysa (taşınmaz üzerindeki ayni hak devri gibi) durum farklıdır, katılım payı taahhüdü bu şekle uygun yapılmalıdır[98]. Ortaklar, yeni ortağın ortaklığa getirmeyi taahhüt ettiği taşınmaz üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliğini ancak tapuda tescil ile kazanırlar. Bu tescil kurucu niteliktedir[99].

N.96a; Eren, **Özel Hükümler**, N.2900; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372. Bu hususta ayrıca bkz. aş. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b ve IV, A, 2, c, (1). Ne var ki, müşterek amacın taşınmaz mallara sahip olma ve bunları idare etme olduğu ortaklıklar bakımından ise, bu durumun sorgulanmaya açık olduğuna ilişkin bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.14.

[91] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Müller, **Mitgliedschaft**, N.489; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.63; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.36.

[92] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.14.

[93] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.15.

[94] Buna ilişkin bkz. aş. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b.

[95] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.74. Aslen kazanım fikri savunulmamakla beraber, yeni ortağın ortaklık malvarlığında elbirliğiyle hak sahipliğini ortaklığa girmekle eş zamanlı (uno actu) ve kendiliğinden (ipso iure) kazanacağına dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.489; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.63.

[96] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.75-76. Farklı görüşte bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.14.

[97] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.76.

[98] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; von Steiger, **a.g.e**., s.412; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.72; Müller, **Mitgliedschaft**, N.491; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.62; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.69; **BSK**/Handschin, Art.542, N.2; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e**, N.96a; Eren, **Özel Hükümler**, N.2900; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372.

[99] Müller, **Mitgliedschaft**, N.492; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.65; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7.

Gerçi yeni ortağın ortaklığa katılım payı olarak taşınmaz mülkiyeti getirmeyi borçlanması, TMK m.706 (ZGB Art.657) anlamında bir mülkiyetin devri taahhüdü değildir[100]. Zira mülkiyetin devrinin aksine yeni ortak bu hakkı kaybetmemekte fakat artık diğer ortaklarla birlikte elbirliğiyle malik olmaktadır[101]. "Mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşme" kavramının geniş yorumlanması yoluyla da ortaklık sözleşmelerinin bu kapsama sokulamayacağı belirtilmiştir[102]. Aksi taktirde, resmi şekil şartı aranmadan, ortaklık malvarlığındaki taşınmaz üzerinde yeni ortağın hak sahibi olması veya ayrılan ortağın haklarının diğer ortaklara geçmesi açıklanamaz[103].

Buna rağmen hukuki güvenlik sebebiyle, yeni ortak ortaklığa taşınmaz mülkiyeti getirilmeyi borçlanacaksa ortaklığa kabul sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği doktrinde ittifakla kabul edilmektedir[104]. Bu sözleşmenin ifası neticesinde mülkiyet hakkının tüm ortaklara birlikte ait olacağı ve mülkiyet hakkına ait yetkileri yeni ortağın ancak diğer ortaklarla birlikte kullanabileceği nazara alındığında; şekil şartıyla amaçlanan düşünmeye sevk etme ve koruma ihtiyacının bu sözleşme bakımından da geçerli olduğu anlaşılmaktadır[105].

Bu noktada, şu soru da cevaplandırılmalıdır: Ortaklığa kabul sözleşmesinin tamamı mı yoksa sadece katılım payı taahhüdü mü şeklin kapsamında olmalıdır?

Mesele, adi ortaklık sözleşmesi bakımından tartışmalıdır. Bir görüşe[106] göre, ortaklık sözleşmesinin tümü kanunda öngörülen şekle tabidir. Bizim de katıldığımız

---

[100] Müller, **Mitgliedschaft**, N.491; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.64. Ortaklık sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.72.

[101] Müller, **Mitgliedschaft**, N.491; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.64. Ortaklık sözleşmesi bakımından da aynı yaklaşım geçerlidir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.72. Ortaklık sözleşmesindeki katılım payı taahhüdünün ifasıyla sonuçta hak kaybedilmez fakat hakkın kapsamı değişir (Ayiter, **a.g.e.**, s.109).

[102] Doğanay, **a.g.e.**, s.73.

[103] Doğanay, **a.g.e.**, s.73.

[104] Bu hususta bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.491; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.64. Ortaklık sözleşmesiyle taahhüt edilen taşınmaz mülkiyeti açısından da resmi şeklin ve tapuya tescilin üçüncü kişiler bakımından güvenlik ve açıklık sağladığı ifade edilmektedir (Doğanay, **a.g.e.**, s.72-73).

[105] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.73. TMK m.706 (eMK m. 634) hükmünün konulmasındaki *"ratio legis"*in, ortaklık sözleşmeleri için de söz konusu olduğu kabul edilmektedir (Ayiter, **a.g.e.**, s.109; Doğanay, **a.g.e.**, s.72).

[106] Becker, **Şerh**, s.1167; Ayiter, **a.g.e.**, s.92; Bilge, **a.g.e.**, s.449; Karayalçın, **a.g.e.**, s.69; Barlas, **a.g.e.**, N.145 vd.; Pulaşlı, **a.g.e.**, § 2, N.16; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1477. Bu anlamda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e**, N.75a. Bu yönde anlaşılabilen bir karar için bkz. Yarg. 13. HD., E.1985/7196 K.1986/84 T.13.01.1986 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021); Yarg. 13. HD. E.1987/4442 K.1987/5609 T.17.11.1987, anılan karar için bkz. Şener **Adi Ortaklık**,

ikinci görüşe[107] göre ise ortaklık sözleşmesindeki katılım payı taahhüdüne ilişkin kısmın kanundaki şekle uygun yapılması yeterlidir.

Anılan ikinci görüşün ortaklığa kabul sözleşmesi bakımından da geçerli olduğu söylenmelidir[108]. Bu itibarla, ortaklığa kabul sözleşmesinin tamamı değil, yalnızca taşınmaz üzerindeki ayni hakkın ortaklığa getirilmesi taahhüdü ile buna doğrudan bağlı olgulara ve süreye ilişkin kayıtların resmi şekle tabi yapılması yeterli görülmelidir[109].

Sözü edilen bu kısmın resmi şekle tabi yapılmamış olması, ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi[110], kural olarak ortaklığa kabul sözleşmesinde de kısmi

---

s.26. Alman hukukunda bu görüşte bkz. Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.27, buna, sözleşmenin bir bütün teşkil ettiği gerekçe gösterilmiştir.

[107] Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.73; Müller, **Mitgliedschaft**, N.493; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.539; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.154; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.582; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.8; Şener **Adi Ortaklık**, s.25; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.32; Esra Hamamcıoğlu/Argun Karamanlıoğlu, "Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil", **MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan**, C.22, S.3, 2016, s.1319; Doğanay, **a.g.e.**, s.74, fakat *Doğanay* bir başka yerde (**a.g.e.**, s.71-72) ortağın katılım payı olarak üçüncü bir kişideki alacak hakkını ortaklığa devretmeyi taahhüt edecek olması halinde, alacağın devrine ilişkin yazılı şekil şartının (eBK m.163/1; TBK m.184/1) ortaklık sözleşmesini "saracağını" belirtmiştir.

Bu görüşe dayanak olarak, karşılıklı sözleşmelere (mübadele sözleşmelerine) nazaran ortaklık sözleşmelerinde tarafların korunması ihtiyacının daha az olması ve pratik ihtiyaçlar gösterilmektedir (Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.73; Doğanay, **a.g.e.**, s.74). Yalnızca katılım payına ilişkin kısmın şekle tabi olmasının, şekil şartıyla hedeflenen korunmayı sağlamada yeterli olacağını, aksi halin gereksiz masraf ve zaman kaybına yol açacağını belirterek aynı yönde bkz. Şener **Adi Ortaklık**, s.25. Adi ortaklık sözleşmesini düzenlemenin, tapu memurunun görev ve yetkilerini aşacağına ve diğer gerekçelere dair ayrıca bkz. Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu, **a.g.m.**, s.1319 vd. Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD. E.1981/696 K.1981/2220 T.30.03.1981, anılan karar için bkz. Şener **Adi Ortaklık**, s.25-26.

[108] Bu görüşte bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.493; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.66; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.64. Alman hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.20.

[109] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.66; Müller, **a.g.e.**, N.493. Bu yaklaşıma göre; ortaklığa getirilecek taşınmaz, taşınmazı getirmeyi borçlanan yeni ortak ile mevcut ortakların isimleri, ortaklığın amacı ve (karşı edim niteliğinde bulunmasa da) ortaklık payı gibi taşınmaz mülkiyetini ortaklığa getirme borcuyla yakından ilgili kısımların şeklin kapsamında olması yeterlidir. Bunun dışında, ortaklığın yönetimine ve işleyişine dair kayıtlar, şeklin kapsamında değildir (Müller, **a.g.e.**, N.493). Nitekim, adi ortaklık sözleşmesi için de aynı çözümün benimsendiği görülmektedir. Bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.74; Müller, **Mitgliedschaft**, N.493; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.539; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.154; Doğanay, **a.g.e.**, s.74. Ortaklığın karar almasında oy hakkını kuvvetlendiren kayıtların da bu şekle tabi olacağı görüşünde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.154.

[110] Bu durumun kural olarak objektif kısmi hükümsüzlüğe yola açacağı görüşünde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.539; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.163; Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu, **a.g.m.**, s.1327. Objektif kısmi hükümsüzlük halinde, geçersiz olan kısım haricinde sözleşme geriye kalan hükümleriyle tüm ortaklar bakımından varlığını korur (Barlas, **a.g.e.**, N.139).

Buna karşılık, *Doğanay*'ın ise farklı bir görüşte olduğu, bu durumda "objektif kısmi hükümsüzlüğü" değil de "sübjektif kısmi hükümsüzlüğü" savunduğu anlaşılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle *Doğanay*,

hükümsüzlüğe (Teilnichtigkeit) yol açar[111]. TBK m.27/2 (OR Art.20 II) gereği, somut olayda taşınmaz mülkiyetini geçirme borcuna ilişkin kısım olmasaydı ortaklığa kabul sözleşmesinin yapılmayacağı söylenebiliyorsa ortaklığa kabul sözleşmesi tümüyle geçersiz olur[112].

IV. ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. İç İlişkideki Sonuçlar

1. Mevcut Ortakların Hakimiyetinde Daralma (Abwachsung/ Dekreszenz)

Elbirliği ortaklığında ortak sayısının çoğalıp azalması, ortaklık malvarlığındaki eşyanın mülkiyetinde bir değişiklik değil, ortakların katılma payının[113] azalıp artması sonucunu doğurur[114].

Yeni ortağın katılımı, hukuki ilişkinin süjelerinde bir artış meydana getireceğinden ortaklığın iç düzeni buna göre tekrar belirlenir[115]. Bu çerçevede, yeni ortağın ortaklığa girmesiyle, diğer ortakların hukuki durumlarında (Rechtsstellung)

-ilk görüşten farklı olarak- şekle aykırı biçimde katılım payı taahhüdünde bulunan ortağın ortaklık sıfatını kazanamayacağını ancak ortaklık sözleşmesinin diğer ortaklar arasında kurulmuş olacağını ileri sürmektedir. Zira yazara göre, kanunen şekle bağlı taahhüdün bu şekil şartına uyulmadan yapılmış olması durumunda, eğer diğer ortakların taahhütleriyle ortaklık amacına ulaşılması mümkünse, sözleşme diğer ortaklar arasında geçerli olurken, sadece taahhüdü hükümsüz olan ortak bakımından geçersizdir. Yazar şu hususu da eklemektedir; taahhüdü şekle aykırı olan ortak başkaca edimler de taahhüt etmiş ve hükümsüz olan taahhüdü esaslı nitelikte değilse bu ortak da ortaklığa katılmış olur (Doğanay, **a.g.e.**, s.93-94).

[111] Müller, **Mitgliedschaft**, N.493; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.66. Anılan her iki eserde de bu durumu ifade etmek için *"Nichtigkeit der Illationsklausel"* tabiri kullanılmıştır. Bu hususta kısaca bir açıklama yapmak gerekirse; bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, ortaklığa getirilmek üzere ortaklık sözleşmesinde taahhüt edilmesi ve bu suretle taşınmazdaki mülkiyet durumunun ferdi mülkiyetten birlikte (elbirliğiyle) mülkiyet rejimine çevrilmesine ilişkin işlemin hukuki sebebi (causa), yabancı literatürde *"Illationsvertrag"* ismi verilen bir sözleşmeye dayandırılmaktadır (Kunz, **a.g.e.**, s.123; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.72,73). Bu sözleşmenin konusu, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin birlikte kazanılması olduğundan, teknik anlamda mülkiyetin devrinin aksine önceki malik de mülkiyet hakkını diğer ortaklarla birlikte sürdürür (Kunz, **a.g.e.**, s.123).

[112] Müller, **Mitgliedschaft**, N.493; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.66.

[113] Elbirliği ortaklığındaki "pay (katılma payı)" kavramı için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B.

[114] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1359; Eren, **Mülkiyet**, s.130. Aynı yönde bkz. Becker, **Şerh**, s.1218.

[115] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.65.

kendiliğinden bir sınırlanma (zayıflama) meydana gelir[116]. Bu hal, mülkiyet hakkının kaybı değil[117], hakların (yetkilerin) kullanımı açısından diğer ortakların hukuki durumlarında zayıflama olarak açıklanır[118]. Zira artık hakların kullanımına ilişkin işlemler için yeni ortağın da katılımı (rızası) gerekir[119]. Bundan böyle diğer ortaklar, ancak yeni ortakla birlikte tasarruf yetkisine sahip olurlar[120]. Diğer ortaklar bakımından yaşanan bu yetki kaybı (Machteinbusse)[121], "hakların dağılması" (Rechtsdekonsolidation) olarak nitelendirilir[122]. İsviçre ve Alman literatüründe bu durumu ifade etmek için *"Abwachsung"* ya da *"Dekreszenz"* kavramları kullanılmaktadır[123]. Bu kavramların Türk hukukunda da kullanıldığı görülmekte olup, aynı yaklaşım Türk hukuku bakımından da geçerlidir[124].

---

[116] Müller, **Mitgliedschaft**, N.494; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.65.

[117] Kunz, **a.g.e.**, s.147; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32,36.

[118] Kunz, **a.g.e.**, s.147; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32; Müller, **Mitgliedschaft**, N.494; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.636; Eren, **Mülkiyet**, s.129. *"Ortak sayısının azalıp çoğalması, ortakların hukuki pozisyonlarının zayıflamasına veya güçlenmesine yol açar"* şeklinde belirterek aynı yönde bkz. Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.786. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Herbert Buchner, "Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, **AcP**, Band 169, Heft 5/6, 1969, s.491.

[119] Kunz, **a.g.e.**, s.148; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.65-66; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32; Müller, **Mitgliedschaft**, N.494; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67; Buchner, **a.g.m.**, s.491; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Eren, **Mülkiyet**, s.129-130.

[120] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.66.

[121] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.20; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67. "Tasarruf yetkisinin azalması" (Verminderung der Verfügungsmacht) kavramını kullanarak aynı yönde bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.66.

[122] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32.

[123] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.66; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.32; Wolf, **Subjektswechsel**, s.9; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.20; **CHK-OR**/Jung, Art. 542, N.2; Buchner, **a.g.m.**, s.491; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §718, N.8, fakat yazarlar bu kavramın uygun olmadığı kanaatindedir.

[124] *Ayiter*, bu durumu şöyle ifade etmiştir: *"Ortak mamelekinde iştirak hissesi olmak ortak olmayı, ortak olmak, iştirak hissesi sahibi olmayı ifade eder. Ortak münasebetten ayrılınca hissesinin diğerlerininkine ilave olması (Anwachsung – accroissance) ve şirkete yeni bir ortak dahil olduğu anda otomatikman hisse sahibi olması (Zuwachsung – decroissance) bu söylediğimizin tabii bir neticesidir."* (Ayiter, **a.g.e.**, s.112). *Serozan* da bu hususu aynı şekilde izah etmiştir: *"Yeni ortağın katılımıyla öteki elbirliği ortaklarının gizil ve gizli tasfiye payları otomatik olarak düşer (Dekreszens); buna karşılık, mevcut ortağın ayrılmasıyla öteki ortakların tasfiye payları otomatik olarak artar. (Akkreszens)"* (Serozan, **Eşya Hukuku**, N.1022). Aynı yönde bkz. Bertan, **a.g.e.**, s.425.

2. Yeni Ortağın "Ortaklık Sıfatı"nı Kazanması ve Buna Bağlı Sonuçlar

a. Genel Olarak

Ortaklığa katılan kişi (yeni ortak), tüm hak, borç ve yetkileriyle birlikte ortaklık sıfatını kazanır[125]. Yeni ortağın bunları kazanımı, ortaklığa kabul sözleşmesiyle eş zamanlı (uno actu) ve kendiliğinden (ipso iure) gerçekleşir[126]. Diğer bir anlatımla, yeni ortak bir yandan, ortaklık sıfatından doğan malvarlıksal ve yönetsel hakları kazanırken; diğer yandan, her ortak gibi ortaklık sözleşmesinden doğan yükümlülükleri (ortaklığın yönetimi, zarara katılma vs.) üstlenir[127].

Yeni ortağa tanınacak hak ve borçlar ortaklığa kabul sözleşmesinde açıkça düzenlenebilir[128]. Eğer böyle bir belirleme yapılmamışsa, yeni ortak esasen, diğer ortaklarla aynı hak ve borçlara sahip olur[129].

b. Ortaklık Sıfatını Kazanımın Hukuki Niteliği

Yeni ortağın ortaklık sıfatını kazanımının hukuki niteliği, İsviçre doktrininde tartışma konusu olmuştur[130]. Bu tartışma, yeni ortağın, ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde kendiliğinden (ayrıca tasarruf işlemleri gerekmeksizin) hak sahibi

---

[125] Müller, **Mitgliedschaft**, N.495; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.69; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.101; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.20; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; **SHK**/Jürg G. Schütz, **Stämpflis Handkommentar: Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)**, Hrsg. Jürg G. Schütz, Bern, Stämpfli Verlag, 2015, Art.542, N.15; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902. Usul hukuku bakımından, yeni ortak alımının, ortaklığın taraf olduğu derdest davalar üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s.288-289.

[126] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.70; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.76-77; von Steiger, **a.g.e.**, s.412; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.20; **SHK**/Schütz, Art.542, N.15; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7. *Wolf* bir başka yerde ise, yeni ortak alımıyla, bir sübjektif hak olarak yeni ortağın ortaklık pozisyonu (statüsü) ihdas edileceği ve diğer ortakların haklarında değişiklik olacağı gerekçesiyle ayrıca bir tasarruf işleminin gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, bu tasarruf işleminin (bir ortaklık pozisyonu kurulması anlamına geldiğinden) şekle tabi olmadığının veyahut alacağın devri hükümlerine kıyasen yazılı şekle bağlı olduğunun savunulabileceğini belirtmiştir. Bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.70. Komandit şirket bakımından ortaklığa kabul sözleşmesinin kurulmasıyla doğrudan (unmittelbar), ortaklık sıfatının kazanılmış olacağına dair bkz. BGH, 14.11.1977 – II ZR 95/76 (www.beck-online.beck.de, E.T.06.03.2020).

[127] von Steiger, **a.g.e.**, s.412-413; Müller, **Mitgliedschaft**, N.495; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.69; Şener **Adi Ortaklık**, s.372.

[128] Müller, **Mitgliedschaft**, N.509; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.78.

[129] Müller, **Mitgliedschaft**, N.509; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.78; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.21. Bu anlamda bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.412-413; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902.

[130] Müller, **Mitgliedschaft**, N.496; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.71.

olmasının teorik alt yapısını açıklamaya yönelik farklı görüşlerden kaynaklanmakta olup, sonuç itibariyle pratik bir farklılığa yol açmamaktadır.

Bir görüşe göre, yeni ortağın ortaklık malvarlığında hak kazanımı, hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung/Akkreszenz) yoluyla gerçekleşir[131]. Bu görüş, hakimiyetin genişlemesinin ancak önceden ortaklık malvarlığında hak sahibi olan kişiler lehine gerçekleşebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir[132]. Bu nedenle yeni ortak bakımından hakimiyetin genişlemesi yoluyla hak kazanımından söz edilemez[133]. Gerçekten de hakimiyetin genişlemesi veya daralması, yeni ortak veya ayrılan ortak bakımından gerçekleşmez[134]. Aksine, bir ortağın ortaklıktan ayrılması halinde "kalan ortaklar" bakımından hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung/Akkreszenz); yeni ortak alımı halinde ise "diğer ortaklar" bakımından hakimiyetin daralması (Abwachsung/Dekreszenz) meydana gelir[135].

İkinci bir görüşe[136] göre, yeni ortağın ortaklık sıfatını kazanması, "aslen kazanım" (originären Rechtserwerb) niteliği taşır. Ortaklık sıfatına bağlı hak ve borçlar bir başkasından devralınmamakta aksine bağımsız olarak doğmaktadır[137]. Fakat bu görüş de eleştiriye uğramıştır. Çünkü, yeni ortağın hukuki pozisyonu, mevcut ortaklar tarafından ihdas edilmekte ve yeni ortak alımı için bu kişiyle bir hukuki işlemin yapılması gerekmektedir. Bu durumun aslen kazanımın niteliğiyle bağdaşmayacağı belirtilmektedir[138].

---

[131] von Steiger, **a.g.e.**, s.412; Alman hukukunda bu yönde bkz. Huber, **a.g.e.**, s.65; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.17. Türk hukukunda bu anlamda bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s.112.
[132] Bu görüşte bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.66. Aynı yönde bkz. Kunz, **a.g.e.**, s.158; Müller, **Mitgliedschaft**, N.417.
[133] Müller, **Mitgliedschaft**, N.417.
[134] Kunz, **a.g.e.**, s.158; Müller, **Mitgliedschaft**, N.417.
[135] Kunz, **a.g.e.**, s.158. Aynı yönde bkz. von Tuhr, **AT**, s.361; Müller, **Mitgliedschaft**, N.417.
[136] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.66,77; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.101.
[137] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.66; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.73.
[138] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.68.

Üçüncü görüşe[139] göre, yeni ortak külli halef (Gesamtrechtsnachfolge) olup, ortaklık sıfatının kazanımı "külli halefiyet" (Universalsukzession) niteliğindedir. Türk hukukunda da bazı yazarların[140], bu kanaatte olduğu görülmektedir.

Son zamanlarda İsviçre hukukunda savunulan -ve daha isabetli görünen- fikre göre ise, yeni ortağın ortaklık sıfatını kazanımı hem aslen hem de devren kazanım özelliklerini taşıyan ara bir türdür[141]. Yeni ortak alımıyla diğer ortakların hukuki durumları zayıfladığından haklarında daralma (Abwachsung) meydana gelir ki; işte açılan bu pozisyona yeni ortak girer[142].

c. Ortaklık Malvarlığı Üzerinde Hak Sahipliğinin Kazanımı

(1) Elbirliği Ortaklığında

Yukarıda belirtildiği üzere, yeni ortak alımı, mevcut ortakların hakimiyetinde daralmaya (Abwachsung/Dekreszenz) yani elbirliği halindeki haklarında azalmaya yol açar[143]. Diğer taraftan ise, yeni ortak, elbirliğiyle hak sahipliğini (Gesamthandsberechtigung) ortaklığa girmekle birlikte kendiliğinden kazanır[144]. Bu durum, elbirliği ortaklığında "ortaklık sıfatı" ile "ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği" arasında ayrılmaz bir bağ bulunmasına dayanır[145]. Bu nedenle İsviçre ve Türk hukukunda, ortaklık malvarlığına dahil unsurlarda (değerlerde) yeni ortağın

---

[139] Kunz, **a.g.e.**, s.150; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6a,45; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Karl Larenz/Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 8. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, §14, N.42.

[140] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Eren, **Mülkiyet**, s.130.

[141] Müller, **Mitgliedschaft**, N.502; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.74.

[142] Müller, **Mitgliedschaft**, N.502.

[143] Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.13. Bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, A, 1.

[144] Kunz, **a.g.e.**, s.145; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.12; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.6a; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.7; Wolf, **Subjektswechsel**, s.7-9; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.70,75,76; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.13; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; Müller, **Mitgliedschaft**, N.503; Buchner, **a.g.m.**, s.492; Ayiter, **a.g.e.**, s.112; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.785; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96b; Peksöz, **a.g.e.**, s.272. Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b.

[145] Kunz, **a.g.e.**, s.145; Müller, **Mitgliedschaft**, N.503; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.75; Ayiter, **a.g.e.**, s.112; Peksöz, **a.g.e.**, s.273. Bir ortağın "ortaklıktaki hukuki statüsü (pozisyonu)" ile "ortaklık malvarlığı üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği" arasında ayrılmaz bir bağ bulunur (Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Barlas, **a.g.e.**, N.194).

elbirliğiyle hak sahibi olması için her bir unsura ilişkin ayrıca tasarruf işlemlerinin (zilyetliğin devri, tapu siciline tescil veya alacağın devri gibi) yapılması gerekmez[146].

Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunmaktaysa yeni ortağın ismi de elbirliğiyle malik olarak tapuya tescil edilecektir[147]. Yeni ortak, ortaklık malvarlığında bulunan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sicil dışı kazanacağından[148] yapılacak bu tescil açıklayıcı niteliktedir[149]. Yeni ortağın diğer ortaklarla birlikte elbirliğiyle hak sahipliği ortaklık malvarlığına dahil unsurların tümüne yaygındır[150].

(2) Paylı Ortaklıkta

Ortaklıkta paylı hak sahipliği (Bruchteilsberechtigung) esası kararlaştırılmış ise, yeni ortak alımıyla diğer ortaklar bakımından hakimiyetin daralması (Dekreszenz) söz konusu olmaz[151]. Zira elbirliği ortaklığının aksine paylı ortaklık olarak yapılanmış bir adi ortaklıkta, "ortaklık sıfatı" ile "ayni hak" arasında ayrılmaz bir bağ

---

[146] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.14; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.7; von Steiger, **a.g.e.**, s.412; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.77; Wolf, **Subjektswechsel**, s.8-9; Müller, **Mitgliedschaft**, N.504; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.67,76; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.637; Eren, **Mülkiyet**, s.130; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902. *Ayiter*, elbirliği ortaklıklarındaki bu durumu *"Ortak sıfatını ihraz eden şahıs otomatikman ortaklık mameleki üzerinde hak sahibi olur."* şeklinde ifade etmiştir (Ayiter, **a.g.e.**, s.112).

[147] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96b. Bu anlamda bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s.273.

[148] Müller, **Mitgliedschaft**, N.504; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.76; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40. Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, III, D.
İsviçre hukukunda *Simonius/Sutter* tarafından savunulan bir görüşe göre ise, ortaklığa girme ve ortaklıktan ayrılma için birlikte mülkiyet (gemeinschaftlichen Eigentums) kurulmasına ilişkin hükümler kıyasen dikkate alınmalıdır. Bu nedenle resmi şekil şartı ve tapu siciline yapılacak kurucu tescil, burada kıyas yoluyla uygulanmalıdır (Wolf, **Subjektswechsel**, s.10, dn.64'te anılan yazarlar).
Simonius/Sutter tarafından ileri sürülen bu fikre karşı çıkan *Wolf*, bu fikrin ancak tüm ortakların değişmesi yoluyla artık ortaklığın devamlılığının (Kontinuität) bozulduğu gibi çok istisnai bir durumda dikkate alınabileceğine işaret etmektedir. Çünkü yeni ortak alımı, ortaklara ait bir malvarlığı değerinde değil, hakkın öznesinde (Subjektswechsel) yani ortaklarda bir değişikliktir. Yeni ortak alımıyla kural olarak ortaklığın devamlılığı ve malvarlığının özdeşliği etkilenmemektedir. Nitekim, ortaklığa kabul sözleşmesinin (ve ortaklık sıfatının devri sözleşmesinin) konusu taşınmaz değil, bir "hukuki statü"nün devridir. Ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılması gerektiği fikri benimsenirse şöyle bir sorun da ortaya çıkmaktadır: Ortaklık malvarlığındaki her bir unsurun devrine ilişkin tasarruf işlemleri aynı anda yapılmaz ise, bir ortağın ortaklık malvarlığındaki tüm unsurlarda hak sahibi olmaması (yani devri yapılanlarda hak sahibiyken, devri henüz yapılmayan unsurlarda hak sahibi olmaması); dolayısıyla da farklı unsurlarda farklı kişilerin hak sahibi olması gibi bir hak sahipliği problemiyle karşılaşılır ki bu durum elbirliği prensibiyle bağdaşmaz (Wolf, **Subjektswechsel**, s.10, dn.64).

[149] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.14; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.77; **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.7; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.13. Tapu sicilinde bu hususstaki değişikliğin, TMK m.1013/2 (ZGB Art.963 II) hükmüne dayanılarak yapılabileceğine dair bkz. **CHK-ZGB**/Graham-Siegenthaler, Art.652, N.7.

[150] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.435; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.637; Eren, **Mülkiyet**, s.130.

[151] Müller, **Mitgliedschaft**, N.507; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.77.

bulunmaz[152]. Bu nedenle, ayrıca devir işlemlerinin yapılması gerekeceğinden diğer ortakların her biri, ortak malvarlığına dahil değerler üzerindeki uygun miktarda payı yeni ortağa devretmelidir[153]. Bu pay devirlerinin şekli, devredilecek malvarlığı değeri için geçerli olan kurallara göre belirlenir[154]. Dolayısıyla taşınır bir eşya üzerindeki payın devri için kural olarak özel bir şekil şartı bulunmazken, taşınmaz payının devri resmi şekilde yapılmalı ve tapu siciline tescil ettirilmelidir[155].

d. Yeni Ortağın Malvarlıksal Hak ve Borçları Kazanımı

Yeni ortak ortaklığa girmesiyle birlikte diğer ortaklar gibi malvarlıksal hak ve borçları kazanır[156]. Burada özellikle, kâra ve zarara katılma konusu üzerinde durmak gerekir. Aksi kararlaştırılmadıkça katılım payının niteliğine ve değerine bakılmaksızın (TBK m.623/1; OR Art.533 I) yeni ortak da diğer ortaklarla eşit şekilde kâra ve zarara katılma payına sahip olur[157]. Bu hususta ayrıca bir anlaşma yapılmamışsa, yeni ortağın, doğmuş fakat henüz ödenmemiş kâra ve zarara katılıp katılmayacağı ise tartışmalıdır.

Bir görüşe[158] göre, başka türlü kararlaştırılmadıkça yeni ortak, ancak ortaklığa girdiği tarihten sonra doğan kâra ve zarara katılır.

İsviçre doktrininde çoğunlukla savunulan -bizim de katıldığımız- diğer görüşe[159] göre ise, aksine bir anlaşma bulunmadıkça yeni ortak iç ilişkide, ortaklığa katılımından önce doğmuş veya önceki bir hukuki sebebe dayanan kâra ve zarara da katılır. Çünkü, yeni ortak mevcut ortaklık malvarlığında elbirliğiyle hak sahipliğini

---

[152] Müller, **Mitgliedschaft**, N.506; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.77.
[153] Müller, **Mitgliedschaft**, N.507; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.77. Elbirliği ortaklığı ile paylı ortaklık arasında bu hususta bir ayrım yapılamayacağını, paylı ortaklıklarda da yeni ortağın ortaklık malvarlığında kendiliğinden hak sahibi olacağını belirterek aksi görüşte bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.18,20.
[154] Müller, **Mitgliedschaft**, N.507.
[155] Müller, **Mitgliedschaft**, N.507.
[156] Müller, **Mitgliedschaft**, N.513-514; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.82-83.
[157] Müller, **Mitgliedschaft**, N.513-514; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.82-83.
[158] **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902.
[159] von Steiger, **a.g.e.**, s.413; Müller, **Mitgliedschaft**, N.515; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.84; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.22; **OFK**/Karin Müller, **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch): Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar**, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016, Art.542, N.3; **SHK**/Schütz, Art.542, N.18.

ortaklığa girmesiyle kendiliğinden kazanır[160]. Ortaklık malvarlığı aktifleri ve pasifleri kapsar[161]. Kural olarak, yeni ortak nasıl ki ortaklık malvarlığındaki hakları (aktifleri) kendiliğinden kazanıyorsa, iç ilişkideki zarara da (pasiflere) katılır[162].

e. Yeni Ortağın Yönetsel Hak ve Borçları Kazanımı

TBK m.625 gereği adi ortaklıkta aksi kararlaştırılmadıkça tüm ortaklar yönetim yetkisine sahiptir. TBK m.637/3 (OR Art.543 III) uyarınca, yönetim yetkisini haiz ortakların (idareci ortakların) temsil yetkisi de var sayılır. Şu hale göre, eğer tüm ortaklar yönetim ve temsil yetkisine sahipse, prensip itibariyle yeni ortak da bu yetkileri kazanır[163]. Yeni ortağın kural olarak kazandığı yönetsel[164] hak, borç ve yetkilere; yönetim (idare) ve temsil yetkileri, ortaklar kuruluna katılma hakkı, oy hakkı, ortaklık işleri hakkında bilgi alma ve inceleme hakkı örnek olarak verilebilir[165]. Yönetim yetkisi, aynı zamanda bir borç olduğundan bu yetkiyi kazanan yeni ortak, müşterek amaca ulaşmak için gerekli işlemleri yapmakla da yükümlü olur[166].

Ortaklık sözleşmesiyle veya kararla yönetim yetkisinin ortaklardan bazılarına veya üçüncü bir kişiye bırakılmış olması ihtimalinde, ortaklığa kabul sözleşmesinde başka türlü kararlaştırılmamışsa yeni ortak kural olarak yönetim ve temsil yetkisini kazanamaz. Ancak somut olayda, yönetim ve temsil yetkisinin bazı ortaklara bırakılmasının sebebi, özellikle bu ortakların yeterliliği (ehil görülmeleri) değil de

---

[160] Müller, **Mitgliedschaft**, N.515; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.84.

[161] Müller, **Mitgliedschaft**, N.515; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.84. Ortaklık malvarlığının, ortakların getirdikleri katılım payları ile ortaklık faaliyetleri neticesinde kazanılan hakları, ikame değerleri ve borçları içerdiğine dair bkz. Ansay, **a.g.e.**, s.137. Adi ortaklıkta "katılma payı", "sermaye" ve "ortaklık malvarlığı" arasındaki kavramsal farklara ilişkin ayrıca bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.91.

[162] von Steiger, **a.g.e.**, s.413; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96b. Ayrıca karş. Tekil, **a.g.e.**, s.141, yazarın ifadesinden dış veya iç ilişkideki borçlardan hangisinin kastedildiği tam olarak anlaşılamamakla birlikte; sözleşmede açıklık yoksa, yeni ortağın girdiği topluluğa ait -önceki borçlar dahil- tüm sorumlulukları diğer ortaklarla paylaşmayı örtülü olarak kabul etmiş olacağı savunulmaktadır.

[163] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.80. Yeni ortağın, kanundan kaynaklı olarak yönetim yetkisini kazanacağını belirterek aynı doğrultuda bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.78.

[164] Yönetsel haklar hakkında açıklama için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[165] Müller, **Mitgliedschaft**, N.510; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.79. Yönetim yetkisinin bir sonucu olarak, yeni ortağın TBK m.625 (OR Art.535 II) gereği diğer idareci (yönetici) ortakların yönetim işlemlerine işlem tamamlanmadan önce itiraz hakkına da sahip olacağına dair bkz. Müller **Mitgliedschaft**, N.511. Alman hukukunda da yeni ortağın yönetsel hak ve borçları (itiraz hakkı, denetleme hakkı, ortaklığın idaresine katılma gibi) kazanacağı yönünde bkz. Weber-Grellet, **a.g.m.**, s.332.

[166] Müller, **Mitgliedschaft**, N.516; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.85.

diğer ortakların şahsındaki belirli bir engel olabilir. Bu durumda kural olarak yeni ortak yönetim ve temsil yetkisine sahip olur, meğerki (yönetim ve temsil yetkisine engel olan) aynı durum yeni ortağın şahsında da bulunsun[167].

f. Yeni Ortağın Katılım Payı Getirme Borcu

Yeni ortak, ortaklığa katılım payı (Beitrag) getirmeyi (TBK m.621; OR Art.531) borçlanır[168]. Bu katılım payının içeriği ve kapsamı öncelikle ortaklığa kabul sözleşmesinde belirlenmiş olabilir[169]. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, bu husus ortaklık sözleşmesindeki kayıtlara göre tayin olunur[170]. Bu şekilde de bir sonuca varılamıyorsa, yeni ortağın katılım payı borcu TBK m.621/2 (OR Art.531 II) hükmü esas alınarak tespit edilir[171]. TBK m.621/2 uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, ortakların getirecekleri katılım payları, birbirine eşit ve ortaklık amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olmalıdır[172]. Buradaki eşitlik ilkesi, katılım paylarının türü değil miktarı (değeri) açısından geçerlidir[173]. Eğer katılım payının türü, sözleşmede açıkça belirlenmemiş ve dürüstlük kuralı çerçevesinde ortaklığın amacı ile somut olaydaki şartlardan da yeterli şekilde belirlenebilir nitelikte değilse, objektif olarak esaslı bir noktada uyuşma bulunmadığından sözleşme kurulmamış olur[174].

---

[167] Müller, **Mitgliedschaft**, N.512; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.80,81.

[168] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.79; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.21; Şener, **Adi Ortaklık**, s.372; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a. Yeni ortağın ortaklık malvarlığında hak sahibi olmasının karşı edimi (Gegenleistung) olarak, katılım payı getirmeyi borçlandığı yönünde bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.517; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.86.

[169] Müller, **Mitgliedschaft**, N.517; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.86.

[170] Müller, **Mitgliedschaft**, N.517; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.86.

[171] Müller, **Mitgliedschaft**, N.517; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.86; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.79.

[172] Doktrinde, bu hükmün başarılı bir biçimde kaleme alınmamış olduğu belirtilmektedir. Çünkü bu hükümden, katılım payının *"ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olması"* şartının da aksinin kararlaştırılabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysaki, aksi kararlaştırılabilecek olan husus sadece, katılım payının değerinin ve miktarının eşit olmasıdır (eşitlik ilkesi). Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu da (OR Art.531 II) bu şekilde anlaşılmaktadır. Yani, eşitlik ilkesinin aksinin kararlaştırılabileceği belirtilirken, katılım paylarının ortaklık amacına uygun olması gerekliliği saklı tutulmuştur. Kaldı ki, katılım paylarının ortaklık amacına uygun olması gerekliliği, TBK m.620'deki tanımdan da çıkan zorunlu bir sonuçtur. Dolayısıyla, katılım paylarının ortaklık amacına uygun olması gerekliliği, aksi kararlaştırılabilen bir husus değildir. Tüm bunlara ilişkin bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.29-30; Barlas, **a.g.e.**, N.97, dn.130; Zekeriya Kurşat, "Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İÜHFM**, C.70, S.1, 2012, s.304-305.

[173] von Steiger, **a.g.e.**, s.371; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.71; Barlas, **a.g.e.**, N.96; Kurşat, **a.g.m.**, s.304; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.28.

[174] Barlas, **a.g.e.**, N.96.

g. Yeni Ortağın Ortaklığa Karşı Sadakat Borcu

Adi ortaklığın ortaklar arası sıkı şahsi ilişkilere dayanan yapısı, sadakat borcunun (Treuepflicht) varlığını gerekli kılmaktadır[175] ve ortaklığa girmesiyle birlikte yeni ortak açısından da ortaklığa karşı bu sadakat borcu doğar[176]. Her ne kadar sadakat borcu, kanunda açıkça düzenlenmemişse de kanunun çeşitli hükümlerinde (örneğin, TBK m.622, m.626, m.631) buna işaret edilmektedir[177]. Bu sebeple, yeni ortak, ortaklığın menfaatlerini en iyi şekilde gözetmekle ve müşterek amaca erişmeyi engelleyecek hareketlerden kaçınmakla yükümlüdür[178]. Örneğin, yeni ortak da TBK m.626 (OR Art.536) hükmündeki rekabet yasağına tabidir[179].

B. Dış İlişkideki Sonuçlar

Yeni ortağın ortaklığa girdiği tarihten sonra doğan ortaklık borçlarından sorumlu olacağı kuşkusuzdur[180]. Buna karşılık, ortaklığa girmesinden önce doğmuş borçlardan yeni ortağın sorumlu olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, yeni ortak, ortaklığa girmesinden önce doğmuş borçlardan da sorumludur[181]. Zira kollektif şirketler için öngörülmüş olan ve şirketin önceki borçlarından yeni ortağın da sorumlu olacağı yönündeki TTK m.236/2 (eTK m.178/2) hükmü adi ortaklığa da uygulanmalıdır[182].

Bu görüş, birkaç yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; TTK m.236/2, hem sorumluluğa ilişkin olması (hukuki durumu ağırlaştırıcı bir içerik taşıması) hem de adi ortaklığa nazaran kollektif şirket gibi daha özel bir alanı

---

[175] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.80; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.61; Müller, **Mitgliedschaft**, N.519.
[176] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.80; Müller, **Mitgliedschaft**, N.519; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.87.
[177] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.61; Müller, **Mitgliedschaft**, N.519.
[178] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.80; Müller, **Mitgliedschaft**, N.519; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.87.
[179] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.80; Müller, **Mitgliedschaft**, N.519; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.87; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.21.
[180] Müller, **Mitgliedschaft**, N.520; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.88.
[181] Şener **Adi Ortaklık**, s.373.
[182] Şener **Adi Ortaklık**, s.373.

düzenlemesi nedeniyle istisnai bir hükümdür[183]. Kanun koyucunun, bu hususu kişi birliklerinin temeli sayılan adi ortaklığa ilişkin hükümlerde düzenlemek yerine, daha özel bir alana yani kollektif şirketlere ilişkin hükümler içerisinde düzenlemiş olması bilinçli bir tercih olarak görülmelidir[184]. Nitekim kaynak İsviçre hukukunda da kollektif şirketin önceki borçlarından yeni ortağın tüm malvarlığıyla ve diğer ortaklarla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı yönündeki OR Art.569 gibi bir hükme adi ortaklığa ilişkin yasal hükümlerde yer verilmemiştir. Bu nedenle de adi ortaklığa giren yeni ortağın önceki ortaklık borçlarından sorumlu olamayacağı belirtilmektedir[185]. Kaldı ki, ortaklık alacaklılarının doğmuş borçlar için yeni ortağın şahsi malvarlığına başvuramayacak olması, alacaklıların hukuki durumlarında bir değişiklik doğurmadığına göre onların menfaatlerini zedeleyen bir sonuca yol açmaz.

Açıklanan nedenlerle bizim de daha isabetli bulduğumuz, İsviçre ve Türk hukukundaki hâkim görüşe[186] göre, yeni ortak yalnızca ortaklığa girişinden sonra doğan ortaklık borçlarından şahsen sorumlu tutulur. Zira TBK m.638/3 ve 637/2 (OR Art.544 III ve Art.543 II) hükmüne göre, ortaklık borçlarından müteselsil sorumluluk için ortakların "birlikte" veya "temsil yoluyla" borç altına girmeleri gerekmektedir.

---

[183] Anılan hükmün istisnai bir nitelik taşıdığını ve kıyasen uygulanamayacağını belirterek aynı yönde bkz. Ahmet Ayar, "Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, YÜSBE, İstanbul, 2015, s.180. eTK'daki ticaret şirketlerine ilişkin özel hükümlerin, adi ortaklığa uygulanamayacağı; aksi halde böyle bir uygulamanın, "geriye doğru uygulama" anlamına geleceğine ve özel hüküm-genel hüküm ilişkisine aykırı düşeceğine dair bkz. Halil Akkanat, "Adi Ortaklıkta 'Haklı Sebeple İhraç' Mümkün Müdür?", **İÜHFM**, C.62, S.1-2, 2004, s.347; Karayalçın, **a.g.e.**, s.136. TTK m. 124-133 (eTK m.136-152) arasındaki ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerin ise, ancak bünyesine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığa da uygulanabileceği hususunda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.71; Barlas, **a.g.e.**, N.256; Akkanat, **Haklı Sebeple İhraç**, s.347. Buna karşılık, adi ortaklık sözleşmesine, münhasıran TBK m.620 vd. ile yine TBK'daki sözleşmelerin yorumlanmasına dair genel hükümlerin uygulanabileceğine dair aksi yöndeki görüş için bkz. Pulaşlı, **a.g.e.**, §1, N.32.

[184] Kanun koyucunun, ticaret şirketlerine özgü hükümleri düzenlerken bu ilişkilerin özelliğini dikkate aldığına dair bkz. Akkanat, **Haklı Sebeple İhraç**, s.347.

[185] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.195; **SHK**/Schütz, Art.542, N.18, yazar adi ortaklıkta benzer bir hükmün bulunmamasını, adi ortaklığın kişiliğe (Rechtspersönlichkeit) sahip olmamasına dayandırmaktadır.

[186] von Steiger, **a.g.e**., s.413; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.80-81; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.101; Müller, **Mitgliedschaft**, N.520; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.138, Art.542, N.88, Art.544, N.195; **BSK**/Handschin, Art.542, N.2; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.23; **SHK**/Schütz, Art.542, N.18; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2, Art.544, N.7; Peter Jung, "Haftung der Personengesellschafter für gesellschaftsbezogene Schulden", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht IX**, Hrsg. Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 124; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96c; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591, yazarlar, temsil veya tüzel kişi kavramlarıyla sorumluluk yaratılamayacağını belirtmiştir; Peksöz, **a.g.e.**, s.273.

Bu gereklilik sağlanmamış olacağından yeni ortağın, katılımından önceki ortaklık borçlarından kural olarak şahsi sorumluluğu (şahsi malvarlığı ile sorumluluğu) söz konusu olmaz[187]. Diğer bir anlatımla, yeni ortak ortaklığa girmekle ne şahsen ne de temsil yoluyla ortaklığın mevcut alacaklılarına karşı borç altına girmiştir[188]. Ayrıca, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmaması sebebiyle de yeni ortağın önceki ortaklık borçlarından sorumlu olmayacağı neticesine ulaşılır[189].

Şu hâlde, yeni ortağın, ortaklığa girişinden önceki tarihteki bir hukuki sebebe dayanan borçlardan kişisel olarak sorumlu olması, ayrıca borcu üstlenmeye veya borca katılmaya ilişkin gerekli işlemleri yapmasına bağlıdır[190].

Ortaklığın tarafı olduğu sürekli borç ilişkilerinde zaman içerisinde doğan yeni borçlardan da ortaklık alacaklılarına karşı yeni ortağın sorumluluğu söz konusu olmaz[191]. Şu kadar ki, sözleşmenin karşı tarafına ortaklığa yeni ortak alındığının bildirilmesi ve bu sözleşme ilişkisinin aynı şekilde sürdürülmesi sebebiyle, yeni ortağın örtülü olarak sözleşmeye katılmış olacağı söylenebilir[192].

Bununla birlikte; yeni ortak ortaklığa girmesiyle birlikte ortaklık malvarlığı üzerinde kendiliğinden hak sahibi olacağı için mevcut (doğmuş) ortaklık borçlarından "ortaklık malvarlığıyla" sorumlu olur[193]. Aksi halde, ortaklar, yeni bir ortak almak suretiyle alacaklıların ortaklık malvarlığına uzanmalarını engelleyebileceklerdir ki[194]; bu durum iradeleri olmaksızın alacaklıların hukuki durumunun kötüleşmesine yol açan haksız bir sonuç olur. Dolayısıyla ortaklık alacakları, yeni ortak alımı öncesinde doğmuş ortaklık borçları için yeni ortağın şahsi malvarlığına değil fakat ortaklık

[187] von Steiger, **a.g.e**., s.413; Müller, **Mitgliedschaft**, N.520; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.23; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.195; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.81; Jung, **Haftung**, 124; Peksöz, **a.g.e.**, s.273.
[188] Müller, **Mitgliedschaft**, N.520; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.88; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.23.
[189] **SHK**/Schütz, Art.542, N.18; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96c.
[190] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.81; **BSK**/Handschin, Art.542, N.2; **SHK**/Schütz, Art.542, N.18; Jung, **Haftung**, 124; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.2, Art.544, N.7, yazar ayrıca OR Art.181 çerçevesinde malvarlığının devri neticesinde de yeni ortağın önceki borçlardan sorumlu olacağından bahsetmektedir; Eren, **Özel Hükümler**, N.2902; Peksöz, **a.g.e.**, s.273, dn.224.
[191] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.23; **SHK**/Schütz, Art.542, N.18.
[192] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.23.
[193] Ansay, **a.g.e.**, s.144; Peksöz, **a.g.e.**, s.274. Yeni ortağın ortaklık malvarlığındaki payıyla (Anteil am Gesellschaftsvermögen) sorumlu olacağı yönünde karş. **CHK-OR**/Jung, Art.544, N.7; Jung, **Haftung**, 124-125.
[194] **CHK-OR**/Jung, Art.544, N.7.

malvarlığına uzanabilirler. Burada önemli olan nokta, yeni ortağın katılmasından önceki ile sonraki durum arasında, ortaklık alacaklıları aleyhine bir sonucun yaratılmamasıdır.

Alman hukukunda günümüzde geçerli olan yaklaşım ise daha farklıdır. Yeni ortağın, önceki ortaklık borçlarından sorumlu olacağı kabul edilmektedir[195].

Meseleye biraz daha yakından bakılacak olursa; Alman hukukunda ortaklık borçlarından dolayı ortakların şahsi sorumluluğunun teorik alt yapısını açıklamaya yönelik olarak "çifte yükümlülük teorisi" (Theorie der Doppelverpflichtung) ve "fer'ilik teorisi" (Akzessorietätstheorie) şeklinde iki teoriye rastlanmaktadır[196]. Eskiden hâkim durumda olan[197] çifte yükümlülük teorisine göre, tüm ortaklar adına üçüncü kişilerle yapılan işlemler sadece ortaklığın değil, aynı zamanda ortakların şahsi sorumluluğunu doğurur[198]. Bu nedenle aynı işlem sonucunda ortaklar, bir yandan ortaklık malvarlığıyla diğer yandan ise kişisel malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumlu olurlar[199]. Buna karşılık, fer'ilik teorisine göre ise, ortaklık adına yapılan işlemlerle ortaklık borç altına girerken, zorunlu bağımlılık sebebiyle ortakların da şahsi sorumluluğu doğar[200]. Fer'ilik teorisi, özellikle Alman Federal Mahkemesinin adi ortaklığı bir hak süjesi olarak kabul ettiği 29.01.2001 tarihli kararından[201] sonra adi ortaklık bakımından benimsenmeye başlamıştır[202].

---

[195] Bkz. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, Vorbem zu §705-740, N.41 vd.; Ansay, **a.g.e.**, s.153; Türkmen, **a.g.e.**, s.120. Alman hukukundaki duruma ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Aynur Yongalık, "Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesini'nin 7.4.2003 Tarihli Kararı", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ed. Sabih Arkan/Aynur Yongalık/Başak Şit, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.525 vd.

[196] Ulmer, **a.g.e.**, §714, N.26; Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31; Peksöz, **a.g.e.**, s.75.

[197] Bu hususta bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §714, N.26; Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31; Şener, **Adi Ortaklık**, s.417; Türkmen, **a.g.e.**, s.120. Önceden Alman Federal Mahkemesi'nin bu görüşü esas aldığına ilişkin bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §714, N.10; Ulmer, **a.g.e.**, §714, N.26.

[198] Ulmer, **a.g.e.**, §714, N.26; Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Şener, **Adi Ortaklık**, s.417; Peksöz, **a.g.e.**, s.75.

[199] Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31; Şener, **Adi Ortaklık**, s.417; Peksöz, **a.g.e.**, s.75.

[200] Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Peksöz, **a.g.e.**, s.75-76. Ayrıca bkz. Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31; Şener, **Adi Ortaklık**, s.417-418.

[201] BGH, 29.01.2001 - II ZR 331/00 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.30.09.2019).

[202] Şener, **Adi Ortaklık**, s.417; Barlas, **a.g.e.**, N.175, dn.240; Yongalık, **Karar**, s.531; Türkmen, **a.g.e.**, s.120.

Çifte yükümlülük teorisi esas alındığında, yeni ortağın önceki ortaklık borçlarından şahsen sorumlu olmayacağı savunulmaktadır[203]. Zira ortaklık borcunu doğuran işleme yeni ortak katılmamıştır[204]. Fer'ilik teorisine göre ise, yeni ortak önceki ortaklık borçlarından sorumlu olur[205].

Alman Federal Mahkemesi eski kararlarında[206], yeni ortağın, ortaklığa girdiği tarihten önceki ortaklık borçlarından sorumlu olmadığını; ancak alacaklılarla ayrıca bir anlaşma yapması halinde bu borçlardan sorumlu olacağını kabul etmekteydi[207]. Fakat Federal Mahkeme 2003 tarihli kararıyla[208], önceki içtihatlarından dönmüş ve (fer'i sorumluluk ilkesinin bir sonucu olarak ve HGB § 130'u kıyasen uygulayarak) yeni ortağın, ortaklığa katılımından önceki ortaklık borçlarından da şahsen sorumlu olduğuna hükmetmiştir[209]. Ancak anılan karardan önceki yerleşik içtihatlarla oluşan güvenin korunması amacıyla bu yeni kuralın (yeni ortağın önceki borçlardan şahsen sorumlu olması kuralının) ileriye etkili yani kararın yayınlanmasından sonra ortaklığa gireceklere uygulanacağı anlaşılmaktadır[210].

V. ORTAKLIĞA KABUL SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZ OLMASININ SONUÇLARI

Şekle aykırılık, irade sakatlıkları gibi nedenlerle ortaklığa kabul sözleşmesinde bir kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik sebebi bulunabilir. Bu durum literatürde, "sakat katılım" (Fehlerhafter Beitritt) olarak adlandırılmaktadır[211].

---

[203] Bu hususta bkz. Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31; Peksöz, **a.g.e.**, s.76, dn.413. Nitekim (eskiden) baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Flume, **a.g.e.**, s.344. Yeni ortağın eski borçlardan sorumlu olmayacağı görüşündeki yazarlar için bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §714, N.65; Grunewald, **a.g.e.**, s.62; Buchner, **a.g.m.**, s.491,492, yazar, hakimiyetin genişlemesi veya daralmasının (Anwachsung/Abwachsung), ortaklık malvarlığındaki hak sahipliğiyle (Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen) ilgili olduğunu, ortaklık borçlarından sorumlulukla alakası bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca, BGB §718'e göre ortaklık malvarlığının sadece aktiflerden oluştuğunu ifade etmiştir. Nitekim bunun, "malvarlığı" kavramına (Vermögensbegriff) ilişkin Alman hukukundaki anlayışla da uyumlu olduğunu, yani "malvarlığı" kavramından Alman hukukunda sadece aktiflerin anlaşıldığını belirtmiştir.
[204] Yongalık, **Karar**, s.531, dn.31.
[205] Yongalık, **Karar**, s.531; Peksöz, **a.g.e.**, s.76, dn.413.
[206] BGH, 30.4.1979 - II ZR 137/78 (www.beck-online.beck.de, E.T.22.10.2019).
[207] Yongalık, **Karar**, s.534.
[208] BGH, 7.4.2003 - II ZR 56/02 (www.beck-online.beck.de, E.T.25.10.2019).
[209] Yongalık, **Karar**, s.526,531; Türkmen, **a.g.e.**, s.120.
[210] Yongalık, **Karar**, s.527, dn.13.
[211] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.282-283; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.366.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin kesin hükümsüzlüğü veya iptali halinde, sözleşme kural olarak (aşağıda açıklanan bazı istisnalar dışında) yapıldığı andan itibaren değil, ileriye etkili olarak (yani geçersizliğin ileri sürüldüğü ya da duruma göre mahkemece tespit edildiği andan itibaren) geçersiz sayılır[212]. Bu durum, sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin sonuçlarına ilişkin olarak (örtülü) bir "kanun boşluğu" bulunduğu fikriyle açıklanmaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde geçersiz sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenirken esasen ani edimli borç ilişkileri göz önüne alınmıştır. Sürekli borç ilişkisinde ise, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması ve sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiye edilmeye çalışılması sürekli borç ilişkisinin bünyesine uygun düşmez[213].

Bu itibarla, ortaklık sözleşmesinin kuruluşundaki bir sakatlık nedeniyle sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğu bazı hallerde, sözleşme hükümlerini uygulamaya başlamak suretiyle ortaklık (özellikle dışa karşı) icra safhasına geçmiş ise geçersizlik, iç ve dış ilişkide ileriye etkili sonuç doğurur. Bir başka ifadeyle, kural olarak geçersiz ortaklık sözleşmesine dayanan adi ortaklığın (özellikle dışa karşı) faaliyete geçmesiyle birlikte geçersizlik ileriye etkili olarak uygulanır[214]. Hukuksal

---

[212] Seliçi, **a.g.e.**, s.57-60; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §8, N.13 ve §43, N.32; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.168 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.188-189.

[213] Seliçi, **a.g.e.**, s.56-57. Aynı kanaatte bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.169. Ayrıca bkz. ve krş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §43, N.32, yazar, bunu "esnek hükümsüzlük" teorisine dayandırmakta ve bu teorinin, hükümsüzlüğün başlangıç anını değiştirici rol oynayabileceğine işaret etmektedir; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.189, dn.506, yazarlar, sürekli borç ilişkilerinde iptalin ileriye etkili olması kuralının, dürüstlük kuralı yardımıyla kanuni düzenlemeden sapma olduğunu, bu nedenle dürüstlük kuralının gerektirmediği hallerde geçersizliğin geçmişe etkili olmasına ilişkin kanuni düzenlemelere dönüleceğini belirtmektedirler.
İlk defa Alman hukukunda ortaya atılan diğer bir görüşe göre ise bu durum, karşılıklı irade beyanları (sözleşme) olmaksızın "fiili davranış"lara da normatif etki tanıyan "fiili sözleşme ilişkisi" teorisine dayandırılmıştır. Böylece sadece fiili davranışlarla (ifaya başlama davranışıyla) taraflar arasında bir fiili sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğu ileri sürülmüştür. Bu hususta bilgi için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.40 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §8, N.9. *Barlas* da "fiili sözleşme ilişkisi"nin ortaklıklar hukukundaki görünümü olan "fiili şirket" fikrine (yani sözleşme bağı olmadan "ortakların birlikte faaliyeti olgusuna") dayanılarak bir adi ortaklıktan söz edilemeyeceğini ve adi ortaklığın doğumu için bir ortaklık sözleşmesinin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.118-119.

[214] "Sakat (eksik) ortaklık ilkesi" (Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft) olarak adlandırılan bu kurala ilişkin bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.118, dn.165 ve N.141; Şener, **Adi Ortaklık**, s.96 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.583. İcra edilmeye başlanmış bir adi ortaklık sözleşmesindeki geçersizliğin, baştan itibaren hükümsüzlüğe yol açacağı kabul edilirse gerek iç ilişki gerekse dış ilişki bakımından içinden çıkılamaz problemler doğacağı kuşkusuzdur. Bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.48-49,55.

görünüşün korunması ilkesi de bunu gerektirir. Ancak, (ortaklık amacının kanuna veya ahlaka aykırı olması, ehliyetsizlik gibi) kamu düzeni veya korunmaya layık daha üstün bir menfaat sözleşmeye değer tanımayı engelliyorsa bu kural uygulanmaz[215].

İcrasına başlanmış geçersiz ortaklık sözleşmesine esasen uygulanan bu kural, geçersiz fakat icrasına başlanmış ortaklığa kabul sözleşmesine de uygulanır[216]. Ortaklığa kabul sözleşmesi geçersiz olduğu halde icra aşamasına[217] geçilmişse, geçersizlik kural olarak iç ve dış ilişkide ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurur yani sözleşmenin icra edildiği süre bakımından sözleşme geçerliymiş gibi sonuç doğurur[218]. Yeni ortak geçersizliği ileri sürerek ortaklık ile olan ilişkisini sona erdirebilir[219], ayrılma payı talep edebilir[220] ve o ana kadar ortak muamelesi görür[221].

Öte yandan, diğer ortaklar da geçersizliği ileri sürerek yeni ortağın ortaklıkla ilişkisini sona erdirebilir ki, bu durum bir bakıma ortaklıktan çıkarma anlamına gelir[222].

---

[215] Barlas, **a.g.e.**, N.118, dn.165 ve N.141.

[216] Hueck, **a.g.e.**, s.99; Jauerning/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.10; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.366; **MüKo-HGB**/Karsten Schmidt, **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 2, Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt, Offene Handelsgesellschaft §§105-160**, Redakteur: Karsten Schmidt, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2016, §105, N.248; **BeckOK-BGB**/Schöne, **Beck'scher Online-Kommentar BGB**, Hrsg. Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, (§705, 719) 54. Edition, (§736, 737, 738, 739, 740) 55. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 2020, § 705, N.94.

[217] Örneğin, katılım payının ifa edilmesi veya yeni ortağın ortaklığın idaresine ilişkin işlemlere katılması durumunda, ortaklığa kabul sözleşmesinin icra aşamasına geçtiği kanaatinde bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.283; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 705, N.94.

[218] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.368, yazar, hukuki işlem ehliyeti olmayanların korunmasının saklı olduğunu belirtmektedir; **BeckOK-BGB**/Schöne, §705, N.94.

[219] Hueck, **a.g.e.**, s.99. Yeni ortağın geçersizliği kural olarak, olağanüstü (süresiz) fesih yoluyla ileri sürebileceği yönünde karş. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.368; Jauerning/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.10. Benzer şekilde, yeni ortağın, olağanüstü fesih veya çıkma beyanında bulunmak suretiyle katılımını ileriye etkili olarak sona erdireceği fikrinde karş. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 705, N.94. Bu durumda ortaklık sıfatının ileriye etkili şekilde, ortaklıktan çıkma veya (duruma göre) çıkarma yoluyla sona erdirileceği kanaatinde bkz. **MüKo-HGB**/Schmidt, **a.g.e.**, §105, N.248.

[220] Jauerning/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.10, bu nedenle genel hükümlere göre iade talebi ancak istisnai hallerde söz konusu olabilir.

[221] Hueck, **a.g.e.**, s.99. Yani bu ortak kural olarak iç ve dış ilişkide ortaklık sıfatına bağlı hak ve borçlara sahip olur (**BeckOK-BGB**/Schöne, § 705, N.94).

[222] Hueck, **a.g.e.**, s.99; **MüKo-HGB**/Schmidt, **a.g.e.**, §105, N.248. Ortaklığa kabul sözleşmesindeki geçersizliğin meydana gelmesinde yeni ortak etkili olmuşsa, diğer ortakların, olağanüstü fesih (BGB § 723 I) veya çıkarma (BGB § 737) beyanında bulunabileceği kanaatinde karş. **BeckOK-BGB**/Schöne, §705, N.94. Aynı yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.368.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, (hukuka veya ahlaka aykırılık gibi) kamu yararı veya (ehliyetsizlik gibi) zayıf durumdaki kişinin korunması[223] söz konusuysa, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz sayılır[224]. Zira bu tip hallerde korunan menfaat, sürekli borç ilişkisinin varlığını koruma menfaatinden üstün tutulur[225]. Bundan başka, mevcut tüm ortaklar ortaklığa kabul sözleşmesinde yer almamış ise sözleşme kurulmamış sayılacağından geçersizliğinin ileriye etkili sonuç doğurması söz konusu olmaz[226].

Son olarak, ortaklık sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen icra aşamasına geçmiş ortaklığa (sakat ortaklığa), geçerli şekilde yeni ortak alımının nasıl sonuç doğuracağı sorusu akla gelebilir. Böyle bir ihtimalde ise yeni ortak, sakat ortaklıkta ortak sıfatını kazanmış olur[227]. Dolayısıyla, buradaki geçersizlik (yeni ortak da dahil) tüm ortaklar açısından iç ve dış ilişkide kural olarak ileriye etkili olarak uygulanır.

[223] Sakat katılım, hukuki işlem ehliyetinin bulunmamasından kaynaklanmaktaysa, geçersizliğin ileriye değil geçmişe etkili olacağı anlamında bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.368.
[224] Seliçi, **a.g.e.**, s.61, yazarın haklı olarak belirttiği üzere, ancak somut olaydaki menfaatler dengesine göre bu değerlendirmenin yapılması gerekeceğinden buna ilişkin genel bir kural koymak isabetli olmaz; Barlas, **a.g.e.**, N.141, dn195. *Schmidt*'in, geçersizlik açıkça belirgin ise ortaklığa katılımı geçersiz olan bu kişinin, ortaklık sıfatını kazandığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı yönündeki açıklaması (**MüKo-HGB**/Schmidt, §105, N.248) bu çerçevede değerlendirilebilir.
[225] Seliçi, **a.g.e.**, s.61.
[226] Yani, sakat (eksik) ortaklık ilkesi uygulanmaz. Bkz. **MüKo-HGB**/Schmidt, **a.g.e.**, §105, N.248; **BeckOK-BGB**/Schöne, §705, N.94. Mevcut ortakların bir kısmının ortaklığa kabul sözleşmesine katılmamış olmakla birlikte, sözleşme icraya başlanmış ise, "sakat (eksik) ortaklık ilkesi"nin uygulanabileceği yönünde karş. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.366.
[227] Hueck, **a.g.e.**, s.99.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIK SIFATININ DEVRİ

I. GENEL OLARAK

Ortaklık sıfatının devri, *"ayrılan ortağın hukuki pozisyonun eşzamanlı olarak yeni bir kişi tarafından kazanılması"* anlamına gelir[1]. Böylece mevcut ortaklardan birinin pozisyonuna (statüsüne), yeni bir kişi geçmiş olur[2].

Ortaklık sıfatının devri, ortaklık pozisyonu (statüsü) ortadan kalkmaksızın ortağın şahsının değişmesidir[3]. Bu itibarla ortaklık sıfatının devri, bu hukuki statünün sadece nisbi olarak sona ermesine neden olur. Yani ortaklık sıfatı, ortaklıktan çıkmada olduğu gibi mutlak şekilde sona ermez[4]. Devir işlemi neticesinde ortaklık sıfatı, devreden açısından sona erse de devralan tarafından kazanılmış olur[5]. Bu durum, hak sahipliğinin değişmesinden başka bir şey olmadığı için "tipik bir süje değişikliği" (Subjektswechsel)[6] niteliğindedir[7]. Bu hususun pratik önemi, devir işlemine bağlanan halefiyet sonucu açıklanırken daha iyi görülebilecektir[8].

Bu bölümünde, ortaklık sıfatının üçüncü bir kişiye devri esas alınmış olup; ortaklar arası devirler, kısmi devirler ya da paylı ortaklıklardaki durum gibi özellik arz eden hususlara ise yeri geldikçe ve ayrık yönleriyle değinilmiştir. Çalışmamızda,

---

[1] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24. Aynı yönde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.6; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.90; Müller, **Mitgliedschaft**, N.182; **SHK**/Schütz, Art.542, N.23,29.
[2] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.90; Müller, **Mitgliedschaft**, N.182.
[3] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404.
[4] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128.
[5] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12.
[6] *"Süje değişikliği"*, sözleşme taraflarından birinin ayrılması ve ona ait taraf statüsünün yeni bir kişi tarafından kazanılarak sürdürülmesi anlamına gelir (Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger, "Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags", **ZBJV**, Redaktoren: Jörg Schmid/Sibylle Hofer, Band 154, Heft 3, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, s.182).
[7] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128. Bu bakımdan, ortaklık sıfatının devri, teknik anlamda "ortaklıktan çıkma" değildir (Wolf, **Subjektswechsel**, s.12).
[8] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, V, B, 1.

"ortaklık payının devri" kavramı da ortaklık sıfatının devrini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır[9].

Burada "kısmi devirler" ve "ortaklar arasındaki devirler" hakkında genel bir bilgi vererek hem konumuzu sınırlandırmakta hem de ayrımı ortaya koymakta fayda vardır.

İsviçre literatüründe ortaklar arası devirler için de "ortaklık sıfatının devri" (Übertragung der Mitgliedschaft) kavramının kullanıldığı görülmektedir[10]. Yine doktrininde, ortaklık payının kısmi devrine ilişkin olarak "ortaklık sıfatının kısmi devri" (Teilübertragung der Mitgliedschaft) kavramına rastlanılmaktadır[11]. Halbuki söz konusu ihtimallerde, teknik anlamda "ortaklık sıfatı"nın devredildiğini söylemek isabetli görünmemektedir.

Arslanlı'ya göre, kısmi devir, teknik anlamda ortaklık sıfatının (azalığın/üyeliğin) devri değildir[12]. Zira kısmi devir halinde devralan, ortaklık sıfatı kazanırken; devreden de halen ortaklık sıfatını koruduğuna göre, burada devrin konusunun ortaklık sıfatı olduğu söylenemez[13]. Gerçekten de ortaklık sıfatı, sözleşmeye taraf olmaya bağlı bir statünün ifadesidir[14] ve kısmen devrinden bahsedilemez. Tam devirden farklı olarak kısmi devir halinde ortak değişikliği meydana gelmez fakat ortak sayısındaki artışla ortaklıkta yeni bir katılım hakkı doğmuş olur (Entstehung zusätzlicher Mitwirkungsrechte)[15]. Şu hâlde, kısmi devir aslında, ortaklığa yeni bir ortak alımı ve devredilebilir nitelikteki hakların bu ortağa devredilmesi anlamına gelir[16]. İdare veya temsil yetkisi gibi devredilemez nitelikteki

---

[9] Nitekim doktrinde, adi ortaklıkta "ortaklık payının (hissesinin) devri" veya buna yakın kavramların kullanımı için bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.373; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Kendigelen, **a.g.m.**, s.223; Domaniç, **a.g.e.**, s.104; Tekil, **a.g.e.**, s.141; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.117 vd. Ayrıca, "ortaklık hakkının devri" kavramının kullanımı için bkz. Tekil, **a.g.e.**, s.140.

[10] Bu şekildeki kullanım için bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.90; Müller, **Mitgliedschaft**, N.182; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[11] Örneğin bkz. Flume, **a.g.e.**, s.352; Müller, **Mitgliedschaft**, N.365.

[12] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.23.

[13] Nitekim *Arslanlı*'nın yerinde ifadesiyle, *"Devreden şirketten ayrılmaksızın azalığın devri tasavvur edilemez"* (Arslanlı, **a.g.e.**, s.404).

[14] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[15] Müller, **Mitgliedschaft**, N.365.

[16] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.23. *Yongalık* da kısmi devir işlemini *"Yapılan devir ölçüsünde devreden ortağın adi şirketteki sermaye payı eksilmiş olur"* şeklinde açıklamıştır (Yongalık, **Sermaye Payı**, s.96).

haklar, kısmen devredilen pay sebebiyle değil, ortaklık sözleşmesinin bu yönde değiştirilmesi sebebiyle doğar[17]. Diğer bir ifadeyle, yönetsel haklar kendiliğinden devralana geçmez, tüm ortakların kabul etmesi şartıyla devralanın şahsında yeniden doğar[18]. Bununla beraber istisnaen, ortaklık sözleşmesinde örneğin oy sayısının katılım payı miktarına göre belirleneceği öngörülmüşse devredilen pay kadar oy hakkı da devralana geçer[19].

Benzer gerekçeyle, payın kısmen (veya tümüyle) "diğer bir ortağa" devri halinde de ortaklık sıfatı değil, aslında ortaklık sıfatına bağlı malvarlıksal hak ve borçlar devredilmiş olur[20].

II. BENZER İŞLEMLERDEN AYRILMASI

A. Payın Tek Taraflı Devri

Ortaklardan biri, ortaklık sıfatına bağlı doğmuş veya ileride doğacak devredilebilir[21] malvarlıksal haklarının tamamını (yani payını)[22] veya münferit olarak bir kısmını (örneğin sadece kâr payını) üçüncü bir kişiye devredebilir[23]. Fakat bu devrin ortaklık sözleşmesiyle yasaklanmamış olması[24] veya ortaklık amacına aykırı düşmemesi[25] gerekir.

Bu devir işlemine, TBK m.632/2 (OR Art. 542 II) hükmünde işaret edilmekte olup, İsviçre literatüründe *"payın tek taraflı devri"* (einseitige Abtretung des

[17] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404.
[18] Türkmen, **a.g.e.**, s.23.
[19] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404.
[20] Arslanlı, **a.g.e.**, s.404.
[21] Devredilebilir nitelikteki haklar, ortaklık malvarlığından karşılanacak tüm bireysel taleplerdir. Kâr payı, ücret, tasfiye payı, masraf tazmini talepleri bunlara örnek olarak verilebilir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.249 vd.; Becker, **Şerh**, s.1212; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.91).
[22] Hatırlatmak gerekirse; elbirliği ortaklığında "pay"dan (katılma payı) maksat, ortaklık malvarlığındaki menfaatlere ve ortaklığın sona ermesi üzerine ortaya çıkacak değere katılma hakkıdır. Bu hususta bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B.
[23] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.4; von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.90; Domaniç, **a.g.e.**, s.105. Kollektif şirket için aynı şekilde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.406-407.
[24] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.102; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.249.
[25] Becker, **Şerh**, s.1212.

Anteils)[26] veya *"ortaklık haklarının tek taraflı devri"* (einseitige Abtretung von Gesellschafterrechten)[27] kavramları kullanılmaktadır.

Söz konusu devir işlemine esasen, alacağın devri hükümleri uygulanır[28]. Bu nedenle, devir sözleşmesi TBK m.184/1 (OR Art.165 I) uyarınca yazılı şekle tabidir[29]. Bu devir işleminin ortaklığa karşı hüküm ifade etmesi için TBK m.186 (OR Art.167) gereği diğer ortaklara bildirimde bulunulması gerekir[30].

Bu itibarla, ortaklardan biri, tek taraflı olarak yani diğer ortakların rızası aranmadan payını (yani kâr payı, tasfiye payı gibi ortaklık malvarlığındaki değerlere katılma hakkını) üçüncü bir kişiye devreder ise bu kişi (devralan), ortaklık sıfatını değil sadece ortaklık sözleşmesinden doğan alacak haklarını kazanır[31]. Bu yönüyle söz konusu işlem, ortaklık sıfatının devri işleminden ayrılır[32]. Devralan, mali hakların kendisine ödenmesini doğrudan ortaklıktan talep edebilir[33] fakat ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı haklara (özellikle yönetsel haklara) sahip olmadığından ortaklık işleri hakkında bilgi almak için devredene başvurabilir[34]. Devredenin ise ortaklık sıfatı süreceğinden, devredilen mali haklar dışındaki tüm hak (örneğin yönetim yetkisi, ortaklık işleri inceleme yetkisi, fesih hakkı gibi ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı hakları) ve yükümlülükleri aynı şekilde devam eder[35]. Keza devredenin üçüncü kişilere karşı ortaklık borçlarından sorumluluğunda da bir değişiklik olmaz[36].

---

[26] von Steiger, **a.g.e.**, s.410; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.244 vd.
[27] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.4; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.90.
[28] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.4; von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.102, yazarlar, alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtmektedirler; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.259; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.92.
[29] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.102; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.259; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.92.
[30] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.92; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.260, bu bildirim bir geçerlilik şekline tabi değildir.
[31] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.244; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.102; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.90; Domaniç, **a.g.e.**, s.105; Arslanlı, **a.g.e.**, s.406-407. Devralan, ortaklık işlerini inceleme hakkına sahip olmaz (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.244).
[32] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.247.
[33] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.102; Arslanlı, **a.g.e.**, s.407.
[34] Becker, **Şerh**, s.1213, bununla birlikte yazar, ortaklığın bu durumu kötüye kullandığına dair belirtilerin bulunması halinde, devralanın da bilgi alma hakkı olabileceğini ve bunu ortaklıktan talep edebileceğini -isabetle- belirtmektedir.
[35] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.5; von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.245.
[36] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.245.

Şu hususu da eklemek gerekir ki; devreden ile devralan arasındaki ilişki bakımından, sınırlı kapsamda ve kıyasen adi ortaklık hükümleri de dikkate alınmalıdır[37]. Çünkü bu işlem neticesinde devreden ile devralan arasında yeni bir ortaklık kurulmuş olmasa da[38]; devreden, ortaklığa ve devralana karşı menfaat çatışmasına yol açabilecek ikili bir pozisyonuna girmiş olur[39]. Devreden, ortaklığa karşı adi ortaklık sözleşmesi; devralan üçüncü kişiye karşı ise devir sözleşmesi sebebiyle borç altındadır. Bu nedenle, devreden, ortaklık sıfatına bağlı haklarını kullanırken -devredilmiş- mali hakların azalmasına yol açacak davranışlardan kaçınmalı[40] ve devralanın talimatlarına uygun hareket etmelidir[41]. Devreden ortak, devralanın menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak korumak zorundadır[42]. Devredenin ortaklık menfaatlerini koruması nihayetinde, devralanın menfaatlerine de hizmet etmiş olur[43].

B. Alt Katılım Ortaklığı

Alt katılım (Unterbeteiligung), ortaklardan birinin, üçüncü bir kişiyle bir sözleşme yaparak ortaklık payına (Gesellschaftsanteil) bu kişinin de katılmasını sağlayan borç ilişkisidir[44]. Böylece, ortaklardan biri ile bu kişi arasında, asıl ortaklıktaki ortaklık sıfatının müştereken kullanması amacını taşıyan yeni bir adi ortaklık kurulmuş olur[45]. Asıl ortaklıktaki ortaklık payının sahibi "asıl ortak/katılan" (Hauptgesellschafter/Hauptbeteiligte); bu ortaklık payına katılan üçüncü kişi "alt katılan" (Unterbeteiligter); aralarındaki ilişki de "alt katılım ortaklığı" şeklinde adlandırılmaktadır[46].

---

[37] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.4.
[38] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.90.
[39] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.246; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.90.
[40] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.5; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.246.
[41] Arslanlı, **a.g.e.**, s.406.
[42] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.246.
[43] von Steiger, **a.g.e.**, s.411; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.246.
[44] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.195; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, Vorbem zu § 705-740, N.64; Barlas, **a.g.e.**, N.356.
[45] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.2; von Steiger, **a.g.e.**, s.348; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.200; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.62; Şener, **Adi Ortaklık**, s.384.
[46] Barlas, **a.g.e.**, N.357; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.195,230.

Alt katılım ortaklığı, asıl ortak ile alt katılan arasındaki bir iç ortaklık niteliğinde olup[47], bu ortaklıkta bir ortaklık malvarlığı bulunmaz[48]. Alt katılan, sadece asıl ortağa karşı ileri sürebileceği borçlar hukuku anlamında bir talep hakkına sahiptir[49]. Alt katılan ile asıl ortaklığın ortakları arasında ise kural olarak, doğrudan bir hukuki ilişki bulunmaz[50]. Bu yönlerden alt katılım, ortaklık sıfatının devrinden ayrılır[51].

Alt katılan, asıl ortaklıktaki ortaklık payının tüm sonuçlarına[52] yani ortaklık payına ait hem kara hem de zarara katılır[53]. Bu nedenle, asıl ortak, zarar payı için alt katılana başvurabilir[54].

III. ORTAKLIK SIFATININ DEVREDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU VE GELİŞTİRİLEN TEORİLER

İsviçre ve Türk hukukunda, ortaklık sıfatının devri işlemine ve sonuçlarına dair kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır[55]. Keza Alman hukukunda da bu hususlar kanunda düzenlenmiş değildir[56]. Fakat bu durum, adi ortaklıktaki ortaklık sıfatının devredilemeyeceği anlamına gelmez[57].

---

[47] Becker, **Şerh**, s.1213; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.200; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, Vorbem zu § 705-740, N.64; Barlas, **a.g.e.**, N.373; Şener, **Adi Ortaklık**, s.385.

[48] Becker, **Şerh**, s.1213; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.198; Şener, **Adi Ortaklık**, s.385.

[49] Becker, **Şerh**, s.1213; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.196; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.60; Barlas, **a.g.e.**, N.376; Şener, **Adi Ortaklık**, s.385.

[50] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.3; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.197; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.61; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, Vorbem zu § 705-740, N.64; Şener, **Adi Ortaklık**, s.385.

[51] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.60; Barlas, **a.g.e.**, N.376.

[52] Barlas, **a.g.e.**, N.356.

[53] Becker, **Şerh**, s.1213; Şener, **Adi Ortaklık**, s.384.

[54] Becker, **Şerh**, s.1213.

[55] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128,130; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.91; Müller, **Mitgliedschaft**, N.183; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24; Özakman, **a.g.e.**, s.41; Eren, **Özel Hükümler**, N.2903,2904.

[56] Huber, **a.g.e.**, s.349; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.24; Martin Henssler/Lutz Strohn/Matthias Kilian, **Gesellschaftsrecht: Beck'sche Kurz-Kommentare**, Hrsg. Martin Henssler/Lutz Strohn, Band 62, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019, § 719, N.13.

[57] Eren, **Özel Hükümler**, N.2904. Benzer şekilde, "sözleşmenin devri" kurumunun düzenlenmediği eBK döneminde de irade özerkliğine uygun olarak bu işlemin yapılabileceği kabul edilmekteydi (Ayrancı, **a.g.e.**, s.2).
Nitekim borç ilişkisinde taraf sıfatı (Parteistellungen) kural olarak hukuki işlemle devredilebilir niteliği haizdir. Hatta, tek taraflı bağlamaz durumdaki bir sözleşme de devredilebilir, yeter ki sözleşme en azından edimlerin iade yükümlülüğü gibi hukuken bir etki taşımaya devam etsin (Christoph Bauer, "Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes", Diss., Zürich-St. Gallen, 2010, N.414).

Ortakların rıza göstermesi halinde ortaklık sıfatının bir bütün (Einheit) olarak hukuki işlemle devredilebilir olup olmadığı doktrinde uzun süre tartışmalara konu olmuştur[58]. Bu tartışmaların daha çok Alman hukukunda yaşandığı görülmektedir. *Flume*, BGB ve HGB'yi hazırlayan Alman kanunkoyucusunun, şahıs ortaklığındaki "üyelik" durumunu bir "hak konusu" (Rechtsgegenstand) olarak görmediğini belirtmektedir[59].

Doktrinde eskiden hâkim olan anlayışa göre, şahıs ortaklıklarında ortak değişikliği ancak ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi yoluyla mümkün görülmekteydi[60]. Üçüncü bir kişinin, ortaklık sıfatını -ancak mevcut ortaklarla yapacağı bir "ortaklığa kabul sözleşmesi" neticesinde- yalnızca aslen kazanabileceği kabul edilmekteydi[61]. Bu anlayışa göre, ortaklarda değişiklik; ortaklık sıfatının devren kazanımı yoluyla değil ancak ortaklıktan çıkma ile ortaklığa girme sözleşmelerinin birleştirilmesiyle (çift sözleşme yoluyla) gerçekleşebilirdi[62].

Günümüzde ise Alman hukukunda, diğer ortakların rızası bulunması halinde devreden ile devralanın anlaşması suretiyle ortaklık sıfatının devredilebileceği hususunda tartışma kalmamıştır[63]. Önceleri ortaklık sıfatının devredilemeyeceğine

---

[58] Pieper, **a.g.e.**, s.69-71; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.99; Müller, **Mitgliedschaft**, N.250; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.30; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.58. Ortaklık sıfatının devredilemezliği tezinin başlıca gerekçesi, şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatının ortağın "kişiliği"ne bağlı olması ve sermaye ortaklığının aksine "objektif" bir nitelik taşımamasıydı. Bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.70. Bundan başka, bir "hukuki ilişki" üzerinde değil sadece "hak" üzerinde tasarrufta bulunabileceği yönündeki eski anlayış nedeniyle, önceleri ortaklık sıfatının tasarrufa konu olabilecek bir nitelikte olmadığı savunulmuştur. Bu hususta bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.137.

[59] Flume, **a.g.e.**, 126. Bu anlamda bkz. Huber, **a.g.e.**, s.349. İsviçre hukuku için bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.130. Nitekim eskiden, şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatının devren kazanımını (Derivativer Erwerb) BGB'nin tanımadığı, bu nedenle de ortaklık sıfatının devredilemez olduğu kabul edilmekteydi (Müller, **Mitgliedschaft**, N.407). Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1944 yılındaki bir kararıyla (DNotZ 1944, 195) şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatının "devredilebilir" olduğunun kabul edilmesiyle birlikte bu anlayış değişmiş ve ortaklık sıfatı bir "hak konusu" olarak görülmeye başlanmıştır (Flume, **a.g.e.**, 126; Huber, **a.g.e.**, s.358).

[60] Buna dair açıklama için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.93.

[61] Bu hususta bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.93.

[62] Bu hususta bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.71; Müller, **Mitgliedschaft**, N.407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.93; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11. Böylece ortaklığa girecek kişi için içeriği çıkan ortağınkiyle benzer yeni bir ortaklık statüsü (pozisyonu) yaratılmış olur (Pieper, **a.g.e.**, s.69-70). Örneğin *Hirş* de kollektif şirketlerde üyeliğin (azalığın) kural olarak devredilemeyeceğini, bu nedenle ortaklarda değişikliğin sadece yeni bir ortağın ortaklığa girmesi veya bir ortağın ayrılması şeklinde meydana gelebileceğini belirtmiştir (Hirş, **a.g.e.**, N.243).

[63] Nitekim bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.21; Huber, **a.g.e.**, s.358; Schmidt, **a.g.e.**, s.1740; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.4; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.13; Buck, **a.g.e.**, s.77. BGHZ 81, 82:

dair gerekçeler arasında gösterilen BGB § 717 ve § 719 hükümlerinin[64], aslında devre engel olmadığı fikri artık kabul edilmektedir. Zira § 717 ortaklık ilişkisindeki sadece bir kısım "talepler"in, § 719 ise ortaklık malvarlığında "elbirliğiyle hak sahibi olma durumu"nun (Gesamthänderstellung), "ortaklık sıfatı"ndan ayrılamayacağını göstermekte; fakat bu hükümler, "ortaklık sıfatı"nın devredilemeyeceği anlamına gelmemektedir[65].

Ortaklık sıfatının devredilebilir olmasını, artık ortaklık sıfatının bir "sübjektif hak" (subjektive Recht) olarak da görüldüğüyle açıklayan yazarlar[66] olduğu gibi; bir hukuki ilişkinin tümden devredilebileceğine ilişkin sözleşme serbestisine dayandıran yazarlar[67] da bulunmaktadır. Bu durum, ortaklık sıfatının hukuki niteliği üzerine doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Önceden

---

"Bir şahıs ortaklığındaki ortak, ortaklık payını (ortaklık sıfatını) diğer ortakların rızasıyla ortaklardan birine veya üçüncü kişiye bir tasarruf işlemiyle devredebilir. Bunun sonucunda, aksine bir düzenleme olmadıkça, devralan kişi, doğrudan doğruya, devreden ortağın içinde bulunduğu hukuki pozisyona girer." (www.beck-online.beck.de, E.T.04.05.2020). Aynı yönde bkz. BGHZ 44 229 (www.beck-online.beck.de, E.T. 04.05.2020); BGH, 18.11.1974 - II ZR 70/73 (Hamm) (www.beck-online.beck.de, E.T. 04.05.2020). Şahıs ortaklıklarındaki pay devrinin, halefiyet sonucu doğuracağını Alman Federal Mahkemesinin de kabul ettiğine dair bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.73, dn.57.

[64] Eskiden, ortaklık haklarının kural olarak devredilemeyeceğine dair BGB § 717 ve ortaklık malvarlığında tasarruf edilebilecek payların bulunmadığına dair § 719 gerekçe gösterilerek şahıs ortaklıklarındaki ortaklık pozisyonunun devredilemeyeceğinin savunulduğuna ilişkin bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11.

[65] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Buck, **a.g.e.**, s.77-78, ortaklık sıfatının (payının) devri (Anteilsübertragung), § 719 I uyarınca ortaklık malvarlığında devredilebilir bir "pay"ın bulunmamasından başka bir şeydir. Ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılarak veya sonradan diğer ortakların rızasıyla ortaklık payının devrinin mümkün olduğu yönünde ayrıca bkz. von Tuhr, **AT**, s.360-361.

[66] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.151a; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.57-58; Müller, **Mitgliedschaft**, N.274-276. *Habersack*, bir kişi birliğindeki "üyelik" (Verbandsmitgliedschaft) durumunun, "sübjektif bir hak" olarak vasıflandırılmasının sonucu olarak bunun, tasarruf işlemine konu edilebileceğini belirtmiştir. Fakat devamında yazar, "üyelik" durumunun (yani ortaklık sıfatının), salt bir sübjektif hak değil hukuki ilişkide (ortaklık ilişkisinde) "taraf" statüsü anlamına geldiğini de reddetmemiştir. Peki acaba "üyelik" sübjektif bir hak olarak vasıflandırılmasına rağmen, sadece bu hakkın devriyle nasıl "bütün olarak hukuki ilişki" devredilmiş olur? İşte bu hususu *Habersack*, sübjektif bir hak üzerindeki tasarrufun aynı zamanda bu hakka bağlı hukuki ilişkiye de etki edeceği fikriyle açıklamıştır. Bkz. Habersack, **a.g.e.**, s.104-105. *Huber*'e göre de ortaklık payı, alacağın devri (Zession) yoluyla devredilebilir. Ortaklık payının devri, devreden ortağın ortaklıktaki tüm hukuki durumunun (sözleşmedeki taraf konumunun) devralana intikal etmesi sonucunu doğurur. Yazar bu yaklaşımın, kıyasen limited şirketteki hak durumuyla meşru görülebileceğini savunmuştur (Huber, **a.g.e.**, s.387).
İsviçre hukukunda, "ortaklık payı"nın "sübjektif hak" niteliğinde olduğunu ve devir işleminin konusunu oluşturduğunu belirterek benzer görüşte bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.308; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106.

[67] von Tuhr, **AT**, s.360,361; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14. "Sözleşmenin devri" teorisi taraftarlarının, ortaklık sıfatının devrini bu şekilde açıkladığına dair bkz. Huber, **a.g.e.**, s.365-366.

değindiğimiz gibi[68]; bir görüşe[69] göre şahıs ortaklıklarında ortaklık sıfatı, ortaklık sözleşmesine katılımdan doğan ve ortağın sahip olduğu hak ve borçların tümünü içeren bir "hukuki statü"yü (Rechtsposition/Stellung) ifade eder. Bu yönden, ortaklık sıfatı, salt sübjektif bir hak niteliğinde görülemez[70]. Bugün Alman ve İsviçre doktrininde çoğunlukla savunulan diğer görüşe[71] göre ise, ortaklığın ortaklardan bağımsız olduğu fikrinden hareketle ortaklık sıfatı, hem ortaklık ilişkisine katılımdan doğan statü (hukuki ilişki) hem de bir "sübjektif hak" anlamına gelir.

Alman hukukuna nispeten bu ölçüde bir tartışmanın yaşanmadığı İsviçre[72] ve Türk[73] hukuklarında da diğer ortakların rızasıyla bir ortağın ortaklık sıfatını üçüncü bir kişiye veya ortaklardan birine devredebileceği görüşü ittifakla kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 88 II 234) OR Art.545 I Ziff.2 uyarınca ölen ortağın yerine mirasçılar geçebildiğine göre, üçüncü bir kişi için de bunun geçerli olabileceği gerekçesiyle ortaklık sıfatının devredilebilir olduğu sonucuna varmıştır[74].

Özetle, doktrinde ve uygulamayla birlikte ortaklık sıfatının devrini açıklamak için üç farklı teori geliştirilmiştir[75]. Bunlar aşağıda izah edilecek olan; (1) bir ortağın çıkması ile yeni bir ortağın girmesi işlemlerinden oluşan "çift sözleşme"

---

[68] Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[69] İsviçre hukukunda bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.136-137; Bauer, **a.g.e.**, N.196. Alman hukukunda bkz. von Tuhr, **AT**, s.360; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §705, N.46, 67a, §719, N.12; Buck, **a.g.e.**, s.77, yazar ortaklık sıfatının, sözleşmedeki taraf statüsüyle aynı şey olduğundan bahsetmektedir. Türk hukukunda bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2897,2905; Arslanlı, **a.g.e.**, s.401; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.90; Kendigelen, **a.g.m.**, s.220-221; Demirkapı, **a.g.e.**, s.9; Ayiter, **a.g.e.**, s.112-113, yazar, elbirliği ortaklıklarındaki ortaklık sıfatı bakımından bu fikirdedir.

[70] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.43. Aynı yönde bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.196.

[71] Flume, **a.g.e.**, s.125,127; Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.151a; Huber, **a.g.e.**, s.164; Lutter, **a.g.e.**, s.101-102; Habersack, **a.g.e.**, s.98; İsviçre hukuku için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.275; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.57,59.

[72] Guhl/Kummer, **a.g.e.**, s.163; Becker, **Şerh**, s.1211; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.136; Wolf, **Subjektswechsel**, s.11; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.58;**OFK**/Müller, Art.542, N.8; Müller, **Mitgliedschaft**, N.185,408; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.94,99; **BSK**/Handschin, Art.542, N.3; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.28; Bauer, **a.g.e.**, N.194; Jutzi/Eisenberger, **a.g.m.**, s.190; BGE 134 III 597, s.603 (www.relevancy.bger.ch, E.T.06.07.2020). Uygulamada ve doktrinde ortaklık sıfatının, cüz'i halefiyet yoluyla devrinin kabul edildiğine dair bkz. Zobl, **BK**, Art.899, N.136.

[73] Domaniç, **a.g.e.**, s.104; Tekil, **a.g.e.**, s.141; Kendigelen, **a.g.m.**, s.223; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.93 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, N.2904; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Şener, **Adi Ortaklık**, s.373 vd.; Ayiter, **a.g.e.**, s.113; Barlas, **a.g.e.**, N.194; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.117.

[74] Bu hususta bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.12.

[75] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.130; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.91; Müller, **Mitgliedschaft**, N.183.

(Doppelvertrag), (2) "sözleşmenin devri" (Vertragsübernahme) ve (3) "tasarruf işlemiyle devir" (einfachen Verfügungsgeschäftes) teorileridir[76]. Hemen aşağıda bu teoriler ayrı ayrı açıklanmış ve akabinde değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

Bu noktada şu soru da akla gelmektedir: Ortakların taşıdığı özel bir niteliğin müşterek amaç bakımından belirleyici olduğu ortaklıklarda, -ortaklık sıfatının devrine sözleşmede cevaz verilmişse- bu niteliği taşınmayan bir kişiye ortaklık sıfatının devri nasıl bir sonuç doğurur? Örneğin, mesleki faaliyetlerini birlikte icra etmek amacıyla avukatların, mimarların ya da hekimlerin oluşturduğu veya madem arama ruhsatı gibi kamu hukuku kaynaklı bir ruhsata/izne dayalı faaliyet gösteren gerçek/tüzel kişilerden oluşan bir adi ortaklık bu anlamda zikredilebilir. Bu tip ortaklıkların bünyesinden çıkan sonuç gereği ortaklık sıfatının devredilebilirliği, devralacak kişiler yönünden sınırlandırılmış olur. Dolayısıyla, -ortaklık sıfatının devrine önceden sözleşmede izin verilmişse- ortaklardan biri ile bu özel nitelikleri haiz olmayan (örneğimizde avukat, mimar veya hekim olmayan) kişi arasındaki devir sözleşmesi, imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olur[77]. Kaldı ki, örneğin avukatlar veya hekimlerden oluşan ortaklığın müvekkilleri veya hastalarıyla yaptıkları vekalet sözleşmelerinin, bu niteliği taşımayan bir kimseye (avukat ya da hekim olmayan kimseye) devri de mümkün olmayıp, imkânsızlık veya emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür[78].

---

[76] Huber, **a.g.e.**, s.354-358; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.130-136; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.91; Müller, **Mitgliedschaft**, N.183; **SHK**/Schütz, Art.542, N.24-41. Bu teoriler arasında, gerekli unsurlar (Voraussetzungen) ve teorik sınıflandırma açısından bazı farklılıklar olsa da hukuki sonuçlar bakımından önemli bir fark bulunmadığı belirtmektedir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.92,101; Müller, **Mitgliedschaft**, N.183). Ancak aşağıda yapacağımız açıklamalardan görüleceği üzere, "çift sözleşme" yoluyla devir işleminin kendine özgü hukuki sonuçlar taşıdığı söylenmelidir.

[77] Sözleşmenin devri bakımından aynı yönde bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, N.1858; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.619. Şahsa bağlı alacak ve borçlardan oluşan sözleşmelerin devredilemeyeceğine dair bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.98.

[78] Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, N.1858; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.619, yazarların buradaki hükümsüzlüğü, imkânsızlık sebebine dayandırdığı anlaşılmaktadır; Zafer Kahraman, "Sözleşmenin Devri", **Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan**, Ed. Saibe Oktay Özdemir/Azra Arkan Serim/Atilla Altop, C.II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s.1084. Ancak sözleşmedeki edimi ifa edebilecek nitelikleri (şartları) taşıyan kişiyle (örneğin başka bir avukatla ya da hekimle) yapılan devir sözleşmeleri geçerlidir (Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1428).

Bundan başka, belirli bir işin üstlenilmesi için kurulan iş ortaklığı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede ortaklık sıfatının devri yasaklanmış olabilir[79]. Sözleşmedeki bu yasağa rağmen, ortaklık sıfatını devreden ortak ile buna rıza gösteren diğer ortaklar, sözleşmeye aykırı davranmış olurlar ve karşı tarafın bu nedenle doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olurlar. Ayrıca, bu sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle karşı taraf, sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirebilir. Karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirmemesi halinde de kural olarak zararların tazminini isteme hakkı yine saklıdır.

A. Çift Sözleşme Yoluyla Devir Teorisi

Bu teoriye göre ortaklık sıfatı, bir ortağın çıkması işlemi ile yeni bir kişinin ortaklığa girmesi işleminin birleştirilmesinden oluşan "çift sözleşme" (Doppelvertrag)[80] yoluyla devredilebilir[81]. Uygulamada nadiren karşılaşılabilecek olsa da çifte sözleşme yoluyla ortak değişikliği mümkündür[82].

Adından da anlaşılabileceği gibi çift sözleşme yoluyla devirde, eş zamanlı ya da birbiri ardına iki ayrı sözleşme yapılmış olur[83]. Bunlar; ortaklıktan çıkan ortak ile kalan ortaklar arasında yapılan "ortaklıktan çıkma sözleşmesi" ve ortaklığa girecek

---

[79] Örneğin bkz. İstanbul BAM 3. Hukuk Dairesi E.2018/3121 K.2019/438 T.20.03.2019: *"Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacı ve davalı şirket arasında davalı Karayolları 10. Bölge Müdürlüğü, Trabzon-Bayburt Yolunun yapımına yönelik noterde düzenlenen sözleşme bulunduğunu, davacının bu sözleşmedeki hissesini pay devir sözleşmesi ile diğer davalı ...'ye devrettiğini, devire diğer davalının muvafakat ettiği, pay devri karşılığı olarak takibe konu çeklerin de arasında olduğu başka çeklerin davacıya verildiğini, ... ileri sürerek itirazın iptali ile ihtiyati haciz mahiyetinde ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep ve dava etmiştir. ...* ***devir sözleşmesi eki belgelerde Karayolları Bölge Müdürlüğünün 26/09/2017 tarihli yazısıyla davacının yüklendiği işe dair, iş ortaklıklarında davacının herhangi bir sözleşme devrinde taraf olamayacağının da belirtilmesi göz önünde tutularak****, pay devrinin tamamlanmasına ilişkin davada, bu aşamada yaklaşık ispat verileri bulunmadığı, İİK 257 ve 258 maddeleri koşullarının oluşmadığı kanaatine varılmıştır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.11.2019).

[80] Sözü edilen kavramın*"çift sözleşme"* olarak çevirisi için bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.25. Bu hususta, "*Gesellschafterwechsel durch Doppelvertrag"* veya *"Subjektswechsel durch Doppelvertrag"* kavramları da literatürde kullanılmaktadır. Bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.184, 407; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.155.

[81] Huber, **a.g.e.**, s.354; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.17; **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.8; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Bollmann, **a.g.e.**, s.12; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.130; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.155; Müller, **Mitgliedschaft**, N.184; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.23; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.6.

[82] Müller, **Mitgliedschaft**, N.254,408; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.97; **BSK**/Handschin, Art.542, N.3; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.26; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.6; Bauer, **a.g.e.**, N.194. Bu hususta bkz. BGH, 18. 11. 1974 - II ZR 70/73 (www.beck-online.beck.de, E.T.28.11.2020).

[83] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.17; Müller, **Mitgliedschaft**, N.410. Ayrıca bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.155; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.26; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

kişi ile yine kalan ortaklar arasında yapılan "ortaklığa kabul sözleşmesi"dir[84]. Dolayısıyla burada, hukuken iki ayrı sözleşme mevcuttur[85] ve bu sözleşmelerin, tek bir metin ya da belge içerisinde yer alıp almasının da bir önemi yoktur[86].

Çıkan ortak, ayrılma payı (Abfindungsanspruch) talebini ortaklığa (yani tüm ortaklara) karşı yöneltir[87]. Çıkan ortak ile ortaklığa giren kişi (yeni ortak) arasında kural olarak sözleşmesel bir ilişki bulunmaz[88]. Bununla birlikte, bu kişiler arasında ortaklık statüsündeki değişime bağlı sonuçlara ilişkin borçlar hukuku alanında kalan bir anlaşmanın ayrıca yapılabilmesi mümkündür[89]. Örneğin, çıkan ortak, ayrılma payını yeni ortağa alacağın devri hükümlerine göre devredebilir[90] veya ortaklıktan ayrılma payı almayacağına dair yeni ortağa taahhütte bulunabilir.

İki kişilik ortaklıkta (Zweipersonengesellschaft) çift sözleşme yoluyla ortak değişikliği, -en azından mantıksal olarak- bir an için geride tek ortağın kalmasına ve bu nedenle ortaklığın sona ermesine yol açar[91]. Bu durumda ortaklığın yeniden kurulması gerekecektir[92].

---

[84] Huber, **a.g.e.**, s.354; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.131,132; Müller, **Mitgliedschaft**, N.184; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.93,155; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.52; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.24; Türkmen, **a.g.e.**, s.25. Zira her iki işlem de kalan ortakların rızasına bağlıdır fakat bu hususta oyçokluğu gibi farklı bir nisap kararlaştırılabilir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.17). Bundan başka, ortağa yerine geçecek bir kişi bulması şartına bağlı olarak kullanılabilecek çıkma hakkı (Austrittsrecht) ortaklık sözleşmesinde tanınabilir. Böyle bir halde, çıkan ortak kural olarak yeni girecek ortak ile ortaklığa kabul sözleşmesi yapmaya da yetkili sayılır. Bu yetkinin örneğin çevresi belirlenmiş kişiler için geçerli olacağı şeklinde sınırlandırılması da mümkündür (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.131).

[85] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.6. Bu sözleşmelerin birlik arz ettiği yönünde karş. Huber, **a.g.e.**, s.354.

[86] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.17; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.156.

[87] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.18.

[88] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.52; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.24. Çıkan ortak ile yeni giren ortak arasında, ortaklıklar hukuku (gesellschaftsrechtlichen Beziehungen) anlamında bir ilişki bulunmadığına ilişkin bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.18; Müller, **Mitgliedschaft**, N.184,526; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.157.

[89] Müller, **Mitgliedschaft**, N.184; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.158. Bu anlamda bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.52; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[90] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.131-132; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.158; Türkmen, **a.g.e.**, s.25. Her üç yazarın da belirttiği gibi, bu ihtimalde ayrıca şartları oluşmuşsa yeni ortak, "devraldığı bu ayrılma payı alacağı" ile ortaklığa getirmeyi üstlendiği "katılım payı borcunu" takas edebilir.

[91] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.19, bu olasılıkta elbirliği mülkiyeti de kalan ortağa ait tek kişi mülkiyetine dönüşecektir.

[92] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.19, bu sonucu engellemek için, ortaklık sıfatının hukuki işlemle devri tercih edilmekte veyahut ortaklardan biri çıkmadan önce ortaklığa girecek kişinin katılımı sağlanmaktadır.

Çift sözleşme yoluyla ortaklığa giren kişi esasen, çıkan ortağın hak ve borçlarını, yani çıkan ortağın hukuki statüsünü kazanmış olmaz[93]. Zira ortaklık sıfatının hukuki işlemle devrinden farklı olarak, çift sözleşme yoluyla gerçekleşen ortak değişikliğinde, ortaklığa giren kişi ayrılan ortağın halefi değildir[94]. Ortaklığa bu şekilde giren kişi, ortaklık sıfatını bir görüşe göre aslen kazanır[95]. Görüldüğü üzere buradaki hukuki durum, daha ziyade -ikinci bölümde açıkladığımız- yeni ortak alımına benzer[96]. Nitekim genellikle, ortaklığa girecek kişi ile ortaklar arasındaki sözleşmede bu kişinin hukuki statüsü, çıkan ortağınkinden farklı bir içerikte şekillendirilebilmektedir[97]. Bununla birlikte, tereddüt halinde iç ilişkide yeni ortağın, çıkan ortağa ait hakları kazandığı ve borçları üstlendiği kabul edilmelidir[98].

Hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, çift sözleşme yoluyla ortaklığa giren kişinin hukuki durumu, -ikinci bölümde açıkladığımız- yeni ortağınkiyle benzer olduğu için dış ilişkide ortaklık borçlarından sorumluluğu da esasen bu çerçevede ele alınmalıdır[99].

Çift sözleşme yoluyla ortaklığa yeni bir ortak girmesiyle, diğer ortakların hakimiyetinde daralma (Abwachsung) meydana gelir[100]. Taşınmaz mülkiyeti gibi

---

[93] Müller, **Mitgliedschaft**, N.409; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.159; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.26. Nitekim uygulamada genellikle, çıkan ortağınkinden daha farklı bir hukuki statüde yeni ortak alımı yapılmak istendiğinde çift sözleşme yoluna başvurulduğuna dair bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.53.

[94] Müller, **Mitgliedschaft**, N.409; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.159; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.53.

[95] Bu görüşte bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.132. Yeni ortağın, ortaklık sıfatını kazanımının hukuki niteliğine dair açıklama için bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b.

[96] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.26. Burada da "yeni ortak alımı"nda olduğu gibi, ortaklıkta "yeni bir ortaklık sıfatı"nın yaratıldığını belirterek aynı anlamda bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.20.

[97] Müller, **Mitgliedschaft**, N.409; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.159; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.53. Alman hukukunda da bu yolla ortaklığa girecek kişiye, çıkan ortağınkinden farklı bir hukuki statü tanıyan anlaşmaların sıklıkla yapıldığı belirtilmektedir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.25).

[98] Huber, **a.g.e.**, s.354; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.131. Bu anlamda ayrıca bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.70.

[99] Bu anlamda bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.26. Yeni ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğu hakkında bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, B.
Yeni ortağın önceki ortaklık borçlarından sorumlu tutulduğu (Müller, **Mitgliedschaft**, N.520; Jutzi/Eisenberger, **a.g.m.**, s.191) Alman hukukunda, çift sözleşme yoluyla ortaklığa giren kişinin HGB § 130 kıyasen uygulanarak önceki borçlardan da sorumlu olacağı belirtilmektedir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.18).

[100] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.17, yazar, yeni ortağın elbirliğiyle hak sahipliğini (gesamthänderischen Berechtigung), hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung) yoluyla kazanacağı kanaatindedir.

devri kanunen şekle bağlı bir katılım payı borçlanmış ise, katılım payı taahhüdü bu şekle tabi olur[101].

Çifte sözleşme yoluyla ortak değişiminde, ortaklığın ekonomik yönden dezavantajlı durumda olduğu söylenebilir. Çünkü ortaklık, hem çıkan ortağa bir ayrılma payı ödemeyi borçlanmış olmakta hem de ortaklığa girecek kişinin katılım payı borcuna aykırı davranma rizikosunu üzerinde taşımaktadır[102].

B. Tasarruf İşlemiyle (Hukuki İşlemle) Devir Teorisi

Tasarruf işlemi teorisine (Theorie des einfachen Verfügungsgeschäftes) göre, diğer ortakların rıza göstermesi halinde ortaklık sıfatı bir bütün olarak, ortaklardan birine veya üçüncü bir kişiye hukuki işlemle "devredilebilir" niteliği haizdir[103]. Diğer bir anlatımla ortaklık sıfatı, tasarruf işlemine konu edilebilen ve cüzi halefiyet yoluyla bir bütün olarak "devredilebilir" bir mahiyettedir[104]. Alman[105] ve İsviçre[106] literatüründe, ortaklık sıfatının bu yolla devri için -sözleşmenin devri yolundan farklı olarak- *"ortaklık sıfatının hukuki işlemle devri"* kavramı kullanılmaktadır. Bu işlem, *"devren pay iktisabı"* (derivativer Anteilserwerb) olarak da adlandırılmaktadır[107].

Çift sözleşme yolundan farklı olarak, ortaklık sıfatının hukuki işlemle devrinde hukuki ilişki doğrudan doğruya devreden ortak (çıkan ortak) ile devralan kişi (ortaklığa girecek kişi) arasındadır[108].

---

[101] Karş. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.20, bu durumda ortaklığa kabul sözleşmesinin (Aufnahmevertrag) şekle tabi olacağı belirtilmektedir.
[102] **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.6.
[103] Bu hususta bkz. Huber, **a.g.e.**, s.358 vd.; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.133.
[104] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.133. Alman hukukunda, ortaklık sıfatının, kendi başına bir tasarruf konusu (Verfügungsgegenstand) olduğu kanaatinde örneğin bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8.
[105] Örneğin bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.13. "Pay devri" manasında *"Anteilsübertragung"* (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 719, N.21; Buck, **a.g.e.**, s.77) kavramına da rastlanılmaktadır.
[106] Örneğin bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.91,99; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27. *"Rechtsgeschäftlicher Mitgliederwechsel"* şeklinde benzer kullanım için bkz. **SHK**/Schütz, Art.542, N.28.
[107] Buck, **a.g.e.**, s.77.
[108] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.25; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106; Müller, **Mitgliedschaft**, N.309; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.161; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27.

Bu teoriden hareketle, günümüzde Alman ve İsviçre hukukunda çoğunlukla, ortaklık sıfatının devri, sözleşmenin devri mahiyetinde görülmemekte[109] ve bu işleme "alacağın devri" hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir[110]. Ortaklık sıfatının devredilebilirliği, ortaklığın ortaklardan bağımsız olduğu ve artık ortaklık sıfatının bir "sübjektif hak" olarak da görüldüğü düşüncesine dayandırılmaktadır[111].

Türk hukukunda da ortaklık sıfatının devrine alacağın devri hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşün[112], sonuç itibariyle bu teoriyle uyumlu olduğu anlaşılmaktadır.

Ortaklık sıfatının devri bakımından ortaklığın elbirliğiyle hak sahibi olduğu ortaklık malvarlığının bulunup bulunmamasının bir önemi bulunmaz[113]. Keza, iç ortaklıktaki ortaklık payı da devredilebilir[114]. Bununla birlikte, iç ortaklıktaki ortaklık payı devri, tam manasıyla sözleşmenin devri niteliğinde görülmektedir[115].

Bu teorinin dayanakları şöyle sıralanabilir:

1. Ortaklık sıfatının devredilebilir olması, *"ortaklığın, ortaklardan bağımsız olduğu"* yönündeki doktrinde hâkim olan görüşle uyum içerisindedir[116]. Yine ortaklık sıfatının hukuki işlemle devredilebilir olduğunu kabul etmek, ortaklık sıfatının bir bütün (Einheit) teşkil ettiğine[117] dair bugün doktrindeki baskın görüşe uygun düşer[118].

---

[109] Alman hukuku için bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.22; Lutter, **a.g.m.**, s.98-99. İsviçre hukuku için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.190; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96. Nitekim İsviçre hukukunda bu fikrin baskın olduğuna ilişkin bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.195.
[110] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, B, 1.
[111] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III.
[112] Türk hukukundaki görüşler için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, B, 2.
[113] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.32.
[114] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.32.
[115] Schmidt, **a.g.e.**, s.1740.
[116] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16; **MüKo**/Schäfer, a.g.e., §719, N.26; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.101; Müller, **Mitgliedschaft**, N.254. Bu görüşün bugün doktrinde hakim olduğuna ilişkin bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.195. Şahıs ortaklıklarında ortaklık sözleşmesinin ortaklardan bağımsız olduğunu belirterek aynı yönde bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.46, dn.155.
[117] Şahıs ortaklığına katılım bir bütün teşkil eder ve bu kural, "ortaklık sıfatının bütünlüğü ilkesi" (Prinzip der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft) olarak adlandırılır (Buck, **a.g.e.**, s.77). Bu bakımdan örneğin, şahsi sorumluluğu olan ortak aynı zamanda komanditer ortak olamaz. Çünkü şahıs ortaklarında her ortağa ait pay bir bütün teşkil etmek zorundadır. Bir ortağa ait pay bölünemez veya farklı hukuki içerikler taşıyamaz. Bkz. OLG Jena, 31.08.2011 - 6W 188/11 (www.openjur.de, E.T.22.03.2021).
[118] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27.

2. Bu yaklaşım, pratik ihtiyaçları da karşılamaktadır[119]. Zira ortaklık sıfatının hukuki işlemle devri ile çift sözleşme yoluyla devri arasında, yalnızca teorik değil pratik sonuçları açısından farklılıklar bulunmaktadır[120]. Böylece ortaklardaki değişikliğe rağmen ortaklığın ve ortaklık malvarlığının özdeşliği (Identität) korunmuş olur[121]. Dolayısıyla, ortaklığın özdeşliği değişmeden tüm ortakların dahi değişmesi mümkündür[122]. Bir taşınmaza sahip olma ve taşınmazın idaresi amaçlı ortaklıkta ise (kuşkusuz öncelikle bu amaçla bir adi ortaklık kurulabileceği görüşü kabul edildiğinde)[123], tüm ortakların bu yolla değişmesi, "ekonomik anlamda" ortaklık sıfatının devrinden ziyade taşınmaz mülkiyetinin devri anlamına gelecektir. Buna rağmen doktrinde bu tür bir işlem için de taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin şekil şartı gerekli görülmemekte ve bunun bir hukuk politikası problemi olduğu belirtilmektedir[124].

3. Yine bu imkân, tüm ortakların ortaklık paylarını tek bir kişiye aynı anda devredebilmesinin de hukuki alt yapısını açıklayabilmektedir. Böyle bir durumda,

---

[119] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27.

[120] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.17.

[121] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.20; Pieper, **a.g.e.**, s.68; von Steiger, **a.g.e.**, s.407; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167; Müller, **Mitgliedschaft**, N.254; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.101; Ortaklık sıfatının devrinin, ortaklığın devamına engel olmayacağını belirterek bu anlamda bkz. Guhl/Kummer, **a.g.e.**, s.163. Ortaklığın artık, sadece bir kişi topluluğuna ait özel malvarlığının ötesinde, ortaklar arası sosyal hukuk bağlarına dayanan bir birlik (Wirkungseinheit) olarak görüldüğüne dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.311.

[122] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.17; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.6; Hueck, **a.g.e.**, s.46; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.101. Çift sözleşme yoluyla tüm ortakların aynı anda değişmesinin, bir anlık da olsa ortaklıkta hiçbir ortağın bulunmayacağı ve dolayısıyla ortaklığın sona ermesi gibi bir sonuca götürebileceğine dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.254; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.101. Nitekim böyle bir durumun, çift sözleşme yoluyla izah edilemeyeceğine ilişkin bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.17. Ayrıca bkz. BGH, 8. 11. 1965 - II ZR 223/64 (www.beck-online.beck.de, E.T.30.12.2019).

[123] Bu hususta tartışma için Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.507 vd. Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, A.

[124] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.103. Ancak belirtmek gerekir ki; bir isimli sözleşmeye ilişkin kanunda öngörülen şekil zorunluluğu gibi bazı sınırlamalardan kurtulmak için aynı amaca yönelik olarak yapılan isimsiz sözleşmeler yine bu sınırlamalara (örneğin şekil zorunluluğuna) tabidir. Böyle sözleşmeler aynı ekonomik amacı taşıdıklarından aksi tutum, kanuna karşı hile teşkil eder (Oktay, **a.g.m.**, s.270-271; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.2547-2548). Dolayısıyla, hal ve koşullardan ortaklık sıfatının devri kisvesi altında taşınmaz mülkiyeti devrinin yapılmak istendiği açıkça anlaşılabiliyorsa, burada işlemin gerçekteki ekonomik amacı ile sonuçları esas alınmalıdır. Bu nedenle taşınmaz mülkiyeti devrine ilişkin kanun hükümleri devreye girmeli, yani kanuna karşı hile yoluyla uygulanmasından kaçınılmış olan emredici hükümler uygulanmalıdır.

ortaklık payları tek kişide toplanacağı için ortaklık, tasfiyesiz olarak sona erer[125] ve elbirliği mülkiyeti, tek kişi mülkiyetine dönüşür[126].

4. Ayrıca, ortaklık payının (sıfatının) devredilebilir olması, uygun düştüğü ölçüde ortaklık payı üzerinde intifa[127] veya rehin[128] hakkı kurulmasına da imkân verir[129].

C. Sözleşmenin Devri Teorisi

Sözleşmenin devri (Vertragsübernahme/Vertragsübertragung)[130], bir tarafın geniş anlamda borç ilişkisindeki bu sıfatını anlaşarak başka bir kişiye devretmesi anlamına gelir[131]. Bu nedenle sözleşmenin içeriği (özdeşliği)[132] korunarak "taraf" sıfatı, buna bağlı tüm hak ve borçlarla[133] (bunların fer'ileri ve yenilik doğuran haklar

---

[125] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8.

[126] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; **MüKo**/Schäfer, a.g.e., §719, N.26; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.102.

[127] Bu hususta bkz. Flume, **a.g.e.**, s.359 vd; Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.82; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.12, intifa hakkı sahibinin, yönetsel haklara ne ölçüde sahip olacağının Alman hukukunda tartışmalı olduğu belirtilmektedir. Oy hakkının, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı fikrinde bkz. Flume, **a.g.e.**, s.221, yazara göre bu durum, ortaklık sıfatından doğan hakların, ortağın şahsına bağlı olması kuralına aykırı değildir. Zira böyle bir ihtimalde ortaklık haklarının, "ortak"tan değil "intifa hakkı sahibi"nden ayrılamayacağı kabul edilmektedir.

[128] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.42 vd.

[129] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.17; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.12.

[130] Sözleşmenin devri, İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmektedir (Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.228; Bucher, **a.g.e.**, s.592). Sözleşmede taraf sıfatının (Vertragposition) devrine ilişkin açık bir düzenleme bulunmayan Alman hukukunda da sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılabildiği gibi, borç ilişkisinin tümden devredilebileceği kabul edilmektedir (Huber, **a.g.e.**, s.365-366; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14).

[131] Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.212; Bucher, **a.g.e.**, s.592; Ayrancı, **a.g.e.**, s.11; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.616; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1425. Sözleşmenin devri, sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği (Parteiwechsel) sonucu doğurur (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.135; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1075).

[132] Sözleşmenin "özdeşliği", asıl doğuş sebebi (ursprüngliche Entstehungsgrund) yani ilişkiyi kuran hukuki işlem olup, bu hususta bkz. Peter Früh, **Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer, 1945, s.4 vd.; Ayrancı, **a.g.e.**, s.45 vd.

[133] Önceleri, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yanında sui generis bir işlem (negotium sui generis) olarak "sözleşmenin devri" kurumunun gerekli olmadığını savunmuştur. Bkz. Hermann Becker, **Berner Kommentar, Band IV/1: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR**, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1945, Vorbem. zu Art.164-174, N.6. Ne var ki, sözleşmenin devrini, alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden ibaret gören "bölünme teorisi" (Zerlegungstheorie) bugün artık terk edilmiştir (Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.231; Bucher, **a.g.e.**, s.592; Bauer, **a.g.e.**, N.412; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1426; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1077). Günümüzde kabul edilen "birlik teorisi"ne (Einheitstheorie) göre alacak ve borçların yanında sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların da devrini sağlayan sözleşmenin devri, alacağın devri ve borcun üstlenilmesinin bileşiminden daha kapsamlı bir mahiyete sahiptir (Bucher, **a.g.e.**, s.592; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.135; Ayrancı, **a.g.e.**, s.32 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar**

dahil) yeni bir kişiye intikal eder[134]. Sözleşmenin devri, kuşkusuz sözleşmede kalan tarafın rızasına bağlıdır[135].

Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan, devreden ve devralan kişi arasında üç taraflı sui generis bir sözleşme [dreiseitigen (tripartiten) Vertrag] şeklinde yapılabileceği gibi; belirtilen taraflardan ikisi arasında yapılan iki taraflı devir sözleşmesine diğer tarafın önceden izin veya sonradan onay vermesi suretiyle de yapılabilir[136].

Ortaklık sıfatı, ortaklık sözleşmesinden doğan hak ve borçları içeren hukuki ilişki bütünü (einheitlich) olarak kabul edilirse, ortaklarda değişikliğin sözleşmenin devri yoluyla gerçekleşeceği söylenecektir[137]. Sözleşmenin devri kurumuna müracaat edilmesi, ortaklık sıfatının (payının) devriyle bir "hakkın" değil, "hukuki ilişkinin" devredilmekte olmasından kaynaklanır ki[138], bu sayede ortaklık sıfatının (payının) devredilebilir niteliği de izah edilebilir[139]. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında[140], şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatının devrini, borç ilişkisinin bütünüyle devri (sözleşmenin devri) olarak açıklamıştır[141].

Hukuku II, s.616-617; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1426). Bölünme teorisi, "külfetler"in ve "yenilik doğuran haklara muhatap olma yetkisi"nin intikali de açıklayamamaktaydı (Ayrancı, **a.g.e.**, s.29-30). Her iki teoriye ilişkin detaylı bilgi için bkz. Früh, **a.g.e.**, s.40-44; Ayrancı, **a.g.e.**, s.19-36.

[134] Ayrancı, **a.g.e.**, s.33,47,53; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, N.1862; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1425; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1074,1076. Sözleşmenin devrinin, bütün olarak borç ilişkisi ve bu nedenle sözleşmedeki "taraf" statüsü üzerinde tasarruf anlamına geldiğine dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.186.

[135] Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.212.

[136] Bucher, **a.g.e.**, s.592-593; Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.229; Ayrancı, **a.g.e.**, s.104-105,110; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.618; Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1427-1428; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1081. İsviçre hukukunda, yalnızca "üç taraflı sözleşme" modelinden yana bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.225,226. Örneğin franchise sözleşmesinin devrine ilişkin bir karar için bkz. Yarg. HGK, E.2017/60 K.2019/579 T.16.05.2019: *"... franchise sözleşmesi imzalanmış ve bu sözleşme davacı şirketin de onayı ile Fatma Didem Bilbay tarafından 29.01.2010 tarihli sözleşme ile davalı şirkete devredilmiştir. ... Bu nedenle dava konusu franchise sözleşmesi davalı şirket açısından geçerli ve bağlayıcıdır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.12.12.2020).

[137] Bu hususiaki açıklama için bkz. Huber, **a.g.e.**, s.364,365; Habersack, **Mitgliedschaft**, s.63-64; Früh, **a.g.e.**, s.150. Klasik anlayışın bu yönde olduğuna dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.191. Bu teoriye ilişkin ayrıca bkz. Huber, **a.g.e.**, s.363 vd.; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.135 vd.

[138] Huber, **a.g.e.**, s.365.

[139] Huber, **a.g.e.**, s.364. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III.

[140] BGH, 8.11.1965 - II ZR 223/64 (www.prinz.law, E.T.08.11.2020).

[141] Huber, **a.g.e.**, s.363.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin devri teorisi, ortaklığın "sözleşmesel karakterini" esas alır[142]. Sözleşmenin devri teorisine göre ortaklık sıfatının; devreden ortak, devralan ve diğer ortakların katıldığı üç taraflı bir devir sözleşmesiyle devredilebileceği belirtilmektedir[143].

Şahıs ortaklıklarında ortaklık sıfatı devrinin, sözleşmenin devri niteliğinde olduğu görüşü birçok yazar tarafından halen savunulmaktadır[144]. Bununla birlikte, ortaklık sıfatının devri işlemine, sözleşmenin devrine ilişkin kuralların uygulanmasını savunan yazarlar arasında tam bir birlik bulunmamaktadır. Bu kuralların doğrudan veya kıyasen uygulanması gerektiğine dair farklı görüşler ileri sürülmüştür[145].

D. "Sözleşmenin Devri" Teorisine Yöneltilen Eleştiriler ve Bunlara Karşı Geliştirilen Argümanlar

Alman ve İsviçre hukukunda bugün ortaklık sıfatı devrinin "sözleşmenin devri" ile açıklanmasına gerek duyulmadığı görüşü çoğunlukla savunulmaktadır[146]. Buna ilişkin ileri sürülen gerekçeler şunlardır:

1. Bu görüşteki yazarlar[147], eskiden ortaklık sıfatının "sözleşmenin devri" yoluyla devredilebilir görülmesinin sebebinin, ortaklık sıfatının niteliği konusundaki eski anlayıştan kaynaklandığını belirtmektedirler. Zira bu eski anlayışa göre ortaklık sıfatı, tasarruf işlemine "konu" olabilecek bir nitelik taşımadığından tasarruf işlemiyle devredilemezdi[148]. Ne var ki artık hukuki işlemle ortaklık sıfatının "devredilebilir"

---

[142] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.135.
[143] Huber, **a.g.e.**, s.364; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.95.
[144] Alman hukuku için bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.67,82,83; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §740, N.10; Buck, **a.g.e.**, s.77-78; Weber-Grellet, **a.g.m.**, s.332. İsviçre hukuku için bkz. Früh, **a.g.e.**, s.150; Bauer, **a.g.e.**, N.196; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.7. Türk hukuku için bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2907; Ayrancı, **a.g.e.**, s.12; Türkmen, **a.g.e.**, s.27. *Funke* de ortağın sözleşmedeki durumunu (Vertragsstellung) devretmesini sözleşmenin devri örnekleri arasında saymış ve böylelikle "tüm sözleşme pozisyonu"nun (ganze Vertragsposition) devredileceğini belirtmiştir (Funke, **a.g.e.**, s.16).
[145] Bauer, **a.g.e.**, N.194. ayrıca, alacağın devri hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen uygulanması yönünde farklı görüşler de bulunmaktadır.
[146] Alman hukuku için bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.22. İsviçre hukukunda baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.195. Çift sözleşme ya da sözleşmenin devri teorisinin ortaklık sıfatının devrini açıklamak için uygun olmadığı kanaatinde bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.136.
[147] Müller, **Mitgliedschaft**, N.190; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96.
[148] Bu hususta bkz. Pieper, **a.g.e.**, s.73; Müller, **Mitgliedschaft**, N.190; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96.

olduğu kabul edildiğine göre sözleşmenin devri müessesesine de müracaat etmeye ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır[149].

2. Ayrıca, sözleşmenin devri teorisi, ancak ortaklık sözleşmesinin birlik kurucu (organizasyon) unsurları da taşıyan bir borç sözleşmesi olduğu yönündeki klasik anlayışa uygun düşer[150]. Fakat bugünkü yaygın kanaate göre, *"ortaklık, ortaklardan bağımsızdır"* ve bu nedenle sözleşmenin devri müessesesi, şahıs ortaklıklarının yapısıyla bağdaşmaz[151].

3. Bunun yanı sıra, ortaklık sıfatı, salt sözleşmedeki "taraf statüsü"nden farklıdır[152] ve artık "sübjektif bir hak" olarak görüldüğünden bağımsız bir tasarruf konusu haline gelmiştir[153]. Şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatı (payı), limited şirketteki "pay" mantığına yaklaşmıştır[154].

4. Ortaklık sıfatı devrinin, sözleşmenin devrine dayandırılamayacağını savunan *Lutter* de bu sayede, sadece kâr payı gibi ortaklığa karşı sahip olunan münferit alacaklar üzerinde değil, "ortaklık sıfatı" üzerinde de intifa[155] gibi sınırlı ayni haklar kurulabileceğini belirtmektedir[156].

---

[149] Müller, **Mitgliedschaft**, N.190; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96; **SHK**/Schütz, Art.542, N.41.
[150] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16; Müller, **Mitgliedschaft**, N.191; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96.
[151] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16; Müller, **Mitgliedschaft**, N.191; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.96; Bauer, **a.g.e.**, N.195, dn.498'de anılan yazarlar. Aynı şekilde, ortaklık sıfatının hukuki işlemle devredilebilir olmasının, ortaklık sıfatının "bütünlüğüne" ve "ortaklığın, ortaklardan bağımsız yapısına" uygun düştüğüne dair bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.27.
[152] Müller, **Mitgliedschaft**, N.191. Bu hususta ayrıca bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.196.
[153] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16; Müller, **Mitgliedschaft**, N.191. "Ortaklık sıfatı"nın doğrudan kendisinin "tasarruf konusu" olduğu yönünde ayrıca bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8; Lutter, **a.g.e.**, s.98,99.
[154] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.16.
[155] Alman hukukunda, ortaklık payı üzerinde intifa hakkı tesisi işlemine, haklar üzerinde intifa hakkına ilişkin hükümler uygulanır ve diğer ortakların rızası gerekir (Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.82a).
[156] Lutter, **a.g.m.**, s.101.
Öte yandan İsviçre hukukunda *Zobl*, ortaklık sıfatını malvarlıksal olan ve olmayan hak ve borçların tümü olarak kabul ettiği halde, ortaklık sıfatının devredilebilir olması durumunda (yani diğer ortaklar devre önceden sözleşmede izin vermişlerse veya sonradan rıza göstermişlerse) bunun üzerinde rehin hakkı tesisinin de mümkün olduğunu savunmaktadır (Zobl, **BK**, Art.899, N.136,137). Yazara göre, taraflarca sözleşmenin devredilebilir olduğu kararlaştırılmışsa, sözleşme ilişkisi üzerinde rehin kurulmasına (der Verpfändung eines Vertragsverhältnisses) da kural olarak bir engel yoktur (Zobl, **BK**, Art.899, N.9).
Fakat *Oftinger/Bär*'in savunduğu ve Türk hukuku bakımından da daha isabetli olan fikre göre, ortaklık sıfatının bu mahiyeti dolayısıyla, üzerinde rehin kurulması mümkün değildir. Yalnızca kâr payı, tasfiye payı, ayrılma payı, ücret, avans, masraf tazmin talebi gibi alacaklar üzerinde rehin kurulabilir (Karl Oftinger/Rolf Bär, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2c: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918**

5. Sözleşmenin devri teorisi, sadece sözleşmeye dayanan elbirliği ortaklıklarına uygun olduğu ve bu nedenle sözleşmeden değil de kanundan doğan elbirliği ortaklıklarındaki ortaklık sıfatı devrini izah etmekte yetersiz kalacağı yönünden de eleştirilmiştir[157].

Bunlara karşılık, sözleşmenin devri teorisi taraftarlarının dayanaklarına bakılırsa;

1. *Bauer*, hukuki işlemle (tasarruf işlemiyle) devir taraftarlarının "ortaklık statüsü" (Gesellschafterstellung) ile borç sözleşmelerindeki "taraf statüsü" (Parteistellung) arasında yaptıkları ayrımı eleştirmiştir[158]. Böyle bir ayrım, ortaklık statüsüne halefiyet bakımından sözleşmenin devri kurallarının doğrudan uygulamasını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Yazara göre, devrin konusu olan (hak ve borçlar bütünü niteliğindeki) "ortaklık statüsü", borç sözleşmelerindeki "alacaklı staüsü"nden ziyade "taraf statüsü"ne benzer[159]. *Zobl* da, sözleşme temeline dayanan elbirliği ortaklıklarında ortaklık sıfatının devrinin aynı zamanda "sözleşmenin devri" anlamına geleceğini reddetmemiştir[160].

2. Ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği açısından ileri sürülen argümana karşı verilen cevaplar da şöyledir:

2.a. Ortaklık sözleşmesinin, saf bir borç sözleşmesi (Schuldvertrag) değil, birlik kurucu sözleşme (organizasyon sözleşmesi; Organizationsvertrag) karakteri de taşıdığı kabul edilmektedir[161]. Zira ortaklık sözleşmesiyle sadece ortaklar arasında bir borç ilişkisi kurulmamakta; ayrıca bir "kişi birliği" (Personenverband)[162]

ZGB, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981, Art.889, N.45,46. Aynı yönde bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.21). Nitekim taşınır rehni sözleşmesinin konusunun taşınır eşya veya hak olabileceği yönünde bkz. Aslı Makaracı Başak, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s.32. Ortaklık sıfatı ise bir hukuki statü/ilişki mahiyetindedir. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II. Elbirliği mülkiyetinde tasfiye payının rehninin, alacak rehni niteliğinde olduğuna dair ayrıca bkz. Makaracı Başak, **a.g.e.** s.51.

[157] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.136.

[158] Bauer, **a.g.e.**, N.196.

[159] Bauer, **a.g.e.**, N.196. Şahıs ortaklığındaki ortaklık sıfatıyla birçok farklı tip borç devredilmiş olacağından ortaklık sıfatının devri, sadece alacağın devrinden değil sermaye ortaklığındaki payın devrinden de ayrılır (Bauer, **a.g.e.**, N.196, dn.501).

[160] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.168.

[161] Bu hususta bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.

[162] Kişi birliğinin, gerçek kişi ile tüzel kişi arasında ara bir form olduğuna ilişkin bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.130.

doğmaktadır[163]. *Pieper* de ortaklık sözleşmesinin, bu özelliği (Gemeinschaftscharakter) sebebiyle diğer sözleşmelerden ayrıldığını ve "karşılıklı sözleşme" (Austauschvertrag) niteliğinde olmadığını belirtmiştir. Fakat yazara göre bu durum, ortaklık ilişkisinin, bir sözleşme (borç) ilişkisine dayandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla borçlar hukuku normları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve şekilde ortaklık sözleşmelerine de uygulanır[164]. Bu husus, ortaklık sıfatının üçüncü bir kişi tarafından kazanılması açısından da geçerlidir[165].

2.b. Ayrıca, elbirliği ortaklığının ortaklardan bağımsız olmasının, "ortaklık sıfatı"nı kendi başına bir tasarruf konusu haline getirmeyeceği savunulmaktadır[166].

3. Yine doktrinde "ortaklık sıfatı"nın hukuki niteliği baz alınarak, sözleşmenin devri teorisi lehine bir kısım argümanlar da geliştirilmiştir. Şöyle ki;

3.a. Ortaklık sıfatı sadece bir "sübjektif hak" ve bunun devri "alacağın devri" olarak kabul edilirse, bu işlemde diğer ortakların rızasının gerekli olması açıklanamaz[167]. Her ne kadar bu gereklilik, *"kişi ortaklığı şeklindeki birleşmelerin sıkı sıkıya şahsa bağlı bir karakter"* taşımasına dayandırılmakta[168] ise de bu, her ortaklık tipi bakımından tutarlı bir gerekçe olamayacağı için buna bağlı bir hukuki nitelendirme yapılamaz[169]. Zira ortaklık sözleşmesinin içeriği, ortakların sayısı veya diğer koşullar, somut olaydaki ortaklığın yoğun kişisel unsurlar taşımadığını da pekâlâ gösterebilir[170].

3.b. Ortaklık sıfatı, bu sıfattan ayrılamaz bir kısım hak ve borçları da içermekte olması nedeniyle, sadece bir "hak" olarak nitelendirilemez[171]. Nitekim ortaklık sıfatını devralanın önceki ortağın borçlarını da üstlenmiş olacağı nazara alınırsa, bu işlemin

---

[163] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.125.
[164] Pieper, **a.g.e.**, s.67. Aynı fikirde bkz. Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.27,28; Baştuğ, **a.g.m.**, s.8. Sınırlı bir ölçüde ve özellikle şahıs ortaklıklarında uygulanabileceğini belirten benzer görüş için karş. Früh, **a.g.e.**, s.150.
[165] Pieper, **a.g.e.**, s.67.
[166] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14.
[167] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.13. Diğer yandan *Huber* ise, durumu, limited şirket sözleşmesinde pay devrinin ortakların rızasına bağlı tutulmuş olmasına benzetmektedir (Huber, **a.g.e.**, s.389).
[168] Örneğin bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27; Huber, **a.g.e.**, s.388.
[169] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.13.
[170] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.13.
[171] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.13. Bu anlamda bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.196.

"borcun üstlenilmesi" yerine "alacağın devri" olarak neden ve nasıl vasıflandırıldığı sorusuna tatmin edici bir cevap bulunamamaktadır[172].

3.c. Ortaklık sıfatı, ortaklık ilişkisine katılımdan doğan "hukuki statü" (hak ve borç bütünü) olarak tanımlandığında, bunun "hukuki işlemle" devrini savunmak, tasarruf işlemlerindeki belirlilik ilkesine (Spezialitätsgrundsatz) aykırı düşer. Dolayısıyla sözleşmedeki taraf durumunda, hukuki işleme dayalı halefiyet ancak "sözleşmenin devri" ile mümkündür. Bu husus, tarafların sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapma özgürlüğü alanında kalan bir meseledir[173].

Tüm bunlara göre bakıldığında denilebilir ki; ortaklık sıfatının devrini açıklamak için geliştirilen "tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir" teorisi ile "sözleşmenin devri" teorisi arasındaki çekişme sona ermiş değildir. Ortaklık sıfatı devrinin, bir "sübjektif hak"kın devri mi yoksa bir "hukuki ilişki"nin devri mi olduğu ve buna bağlı olarak, "alacağın devri" kurallarının mı yoksa "sözleşmenin devri" kurallarının mı uygulanması gerektiği konusundaki fikrimize hemen aşağıdaki ara değerlendirmede yer verilmiştir.

E. Ara Değerlendirme

Farklı bir konstrüksiyona sahip olan çift sözleşme yoluyla devir teorisi bir kenara bırakılacak olursa, ortaklık sıfatının tek bir hukuki işlemle devrine ilişkin "sözleşmenin devri" ve "tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir" olmak üzere iki teorinin bulunduğu görülmektedir.

İki teori arasındaki en önemli fark; ortaklık sıfatına (payına) ilişkin hukuki nitelendirmede (sözleşmedeki "taraf" sıfatı veya aynı zamanda bir "sübjektif hak" olup olmadığı) ve buna bağlı olarak da devir işlemine "sözleşmenin devri" mi yoksa "alacağın devri" hükümlerinin mi uygulanması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Meseleyi bu bağlamda ele alarak incelemek uygun olacaktır.

[172] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.13. Buna karşın, sübjektif bir hak üzerindeki tasarrufun aynı zamanda bu hakka bağlı hukuki ilişkiye de etki edeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşte bkz. Habersack, **a.g.e.**, s.104-105.
[173] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14.

Bilindiği üzere, bir borç ilişkisinin tümüyle devri (yani sözleşmedeki "taraf" sıfatının devri) için alacağın devri yeterli görülemez[174]. Alacağın devrinin konusu, geniş anlamda borç ilişkisi[175] değil alacak haklarıdır[176]. Halbuki, daha önce de belirttiğimiz gibi[177], ortaklık sıfatı bir hukuki statü/ilişki olup, buna bağlı farklı pek çok hak, borç, yetki vs. bulunur. Malvarlıksal hak ve borçların yanı sıra; sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar[178], ortaklığın yönetimine ilişkin haklar[179], temsil yetkisi[180] gibi farklı içerikte hak, borç[181] ve yetkiler bu anlamda zikredilebilir.

Buna rağmen, Alman ve İsviçre hukukunda ortaklık sıfatının devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması yönündeki baskın görüşün[182] bunu, "ortaklık sözleşmesi"nin ve "ortaklık sıfatı"nın hukuki niteliğine ilişkin farklı yaklaşımlarıyla açıklamaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

Ne var ki, ortaklık sözleşmesinin bünyesindeki birlik kurucu karakter, bu sözleşmelerin "borç sözleşmesi" mahiyetini ortadan kaldırmamakta, bilakis ikincil bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin devri taraftarlarının da belirttiği gibi, borç sözleşmelerine ilişkin esaslar ortaklık sözleşmelerine de uygulanabilir[183].

Ortaklık sıfatının hukuki niteliği açısından ileri sürülen argümana bakılacak olursa; ortaklık sıfatının (veya ortaklık payının) bir "sübjektif hak" ve bu nedenle bağımsız bir tasarruf konusu olduğu fikri de ikna edici görünmemektedir. Bu

---

[174] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.546.

[175] Kompleks bir yapı olan geniş anlamda borç ilişkisi, taraflar arasındaki çeşitli borçların kaynağı anlamındaki hukuki ilişki olup; bundan, dar anlamda borçlar [asli (birincil), tali (ikincil), yan edim yükümlülükleri], davranış (koruma) yükümlülükleri, sözleşme sonrası yükümlülükler (tasfiye yükümlülükleri), fer'i haklar, yenilik doğuran haklar, defiler, külfetler, yetkiler vs. doğabilir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §2, N.4-18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s.5-7; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.3-6; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.22 vd.; Seliçi, **a.g.e.**, s.1-3.

[176] von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.839.

[177] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[178] Sözleşmenin feshi veya uyarlanması talebi ya da ortaklıktan ayrılma gibi haklar bu türdendir.

[179] Bu bağlamda; oy hakkı (TBK m.624), itiraz/veto hakkı (TBK m.625/2), ortaklık işlerini inceleme ve bilgi alma hakkı (TBK m.631), idareci ortağın yönetim yetkisinin kaldırılması (TBK m.629/2), tasfiyeye katılma hakkı (TBK m.644) gibi haklar sayılabilir.

[180] Bu hususta, TBK m.637/3'te öngörülen temsil karinesinden veya ortaklardan birine temsil yetkisi verilmesinden bahsedilebilir.

[181] Bunlar için; katılım payı getirme, zarara katılma, rekabet etmeme, özen borcu (TBK m.628), ortaklığın yönetimi, affectio societatis gibi borçlar örnek olarak verilebilir.

[182] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, B, 1.

[183] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.

yaklaşımın, ortaklık sıfatını sadece haklardan oluşan bir unsur olarak gördüğü, borçlardan sorumluluğu ise dolaylı bir sonuç olarak geri planda tuttuğu anlaşılmaktadır[184]. Ayrıca bu durumda, ortaklık sıfatına bağlı yenilik doğuran haklar, def'iler, yetkiler vs. de yeterli düzeyde dikkate alınmamaktadır. Halbuki, ortaklık sıfatı, sözleşmede taraf olarak yer almaktan kaynaklanan bir "hukuki statü/ilişki" (taraf statüsü) olup, sözleşmeden doğan hak, borç ve yetkileri içerir[185]. Dolayısıyla ortaklık sıfatının devri, bir hukuki ilişkinin devri anlamına gelir.

Bunlardan başka, benimsediğimiz bu fikir çerçevesinde, ortaklık sıfatına bağlı malvarlıksal haklar (kâr payı, ücret, ayrılma payı, tasfiye payı vs.) üzerinde intifa hakkı veya rehin[186] hakkı kurulması mümkündür.

Açıklanan nedenlerle, ortaklık sıfatının devrine kıyasen alacağın devri hükümlerini uygulamak isabetli bir yaklaşım olmaz. Kanaatimizce adi ortaklıktaki ortaklık sıfatının devrine, bünyesine uygun düştüğü ölçüde sözleşmenin devri kuralları

---

[184] Nitekim sözleşmenin devrinde de sözleşmenin *"adeta eşyalaşarak bir kişiden diğerine devredilmesi"*nin söz konusu olmadığı, sözleşme tarafının (öznesinin) değiştiği belirtilmektedir. Bkz. Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1075. Bu bakımdan, ortaklık sözleşmesinde taraf statüsü anlamına gelen ortaklık sıfatının da salt bir "hak" olarak değerlendirilmesi ya da "eşyalaştırılması" isabetli olmaz.

[185] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[186] Oftinger/Bär, **a.g.e.**, Art.889, N.45,46. Bu rehin hakkı, ortaklığa (yani ortaklara elbirliğiyle) ait malvarlığı değerlerini kayıtlamaz, bir başka ifadeyle bu malvarlığı değerleri teminat yükünün kapsamına girmez (Oftinger/Bär, **a.g.e.**, Art.899, N.45; Zobl, **BK**, Art.899, N.134). Alacaklar üzerinde rehin hakkı tesisine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Makaracı Başak, **a.g.e.** s.361 vd.
Taşınır rehninden (ZGB Art.884 II; TBK m.939/2) farklı olarak, kıymetli evraka bağlanmamış alacak ve diğer hakların rehni (ZGB Art.900; TBK m.955) bakımından, rehin hakkının kazanılmasında kural olarak (TBK m.19/2 ve m.183/2 hükümleri saklı olarak) iyi niyet korunmaz (Oftinger/Bär, **a.g.e.**, Art.900, N.103,104). Burada "kimse hakkından fazlasını devredemez" ilkesi geçerlidir (Lale Sirmen, **Alacak Rehni**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.22; Mehmet Serkan Ergüne, "Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", **İÜHFM**, C.74, S.2, 2016, s.745).
Rehnedilmiş adi alacağın devri halinde kural olarak, devralan bu alacağı rehin hakkıyla kayıtlı olarak kazanır (Sirmen, **a.g.e.**, s.104). Nitekim alacağın devrinde, iyi niyetle hak kazanımı mümkün değildir (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.168; Müller, **Mitgliedschaft**, N.367; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.129). Şu hâlde, adi ortaklıkta bir ortak bazı malvarlıksal hakları üzerinde üçüncü bir kişi lehine rehin hakkı tesis etmiş ve sonrasında ortaklık sıfatını bir başkasına devretmişse, ortaklık sıfatını devralan, rehin hakkından haberdar olmasa dahi ortaklık sıfatını bu rehin hakkıyla kayıtlı olarak kazanmış olur.
Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki bir kararı için bkz. BGH, 20.05.2016 - V ZB 142/15 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.24.04.2021). Bu karara göre, Alman hukukunda (dış) adi ortaklığa hak ehliyeti tanındığından ortaklık payının rehni, ortaklığın sahip olduğu taşınmaza ilişkin tapu siciline tescil edilemez. Ortaklık payının rehni, ortaklık adına tescil edilmiş taşınmaz üzerinde bir hak sağlamaz veya -hak sahibi olarak- ortaklığın tasarruf yetkisini sınırlamaz. Bu bakımdan, üçüncü kişilerin iyi niyetli (rehin yükü olmadan) kazanımını engellemek için bu rehnin tapu siciline tescil edilmesi söz konusu olamaz. Ortaklık payının rehni, ortağın hukuki durumunu etkilemez ve rehinli alacaklıyı ortağın hukuki durumuna (Rechtsstellung) sokmaz. Bu rehin, rehinli alacaklıya ortaklık payının -cebri icra hukuku hükümlerine göre- paraya çevrilmesi suretiyle alacağına erişme hakkı verir. Aynı yönde bkz. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.18,19.

uygulanmalıdır[187]. Ancak eklemek gerekir ki; sözleşmenin devri ve tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir teorisi arasında, teorik sınıflandırmaya ve devir işleminin gereklerine nazaran hukuki sonuçlar bakımından ciddi bir farklılık bulunmamaktadır[188]. Gerçekten de "tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir" ve "sözleşmenin devri" teorileri, -alacağın devri veya sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanacak olması sebebiyle özellikle şekil şartı dışında- genel olarak benzer sonuçları kabul etmektedir.

Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarımızda, bugün Alman ve İsviçre hukukunda çoğunlukla kabul edilen tasarruf işlemiyle (hukuki işlemle) devir teorisinden de faydalanılmıştır. Sözleşmenin devri kurallarının uygulanmasının getireceği farklılıklar da böylelikle daha net görülmüş olacaktır.

IV. ORTAKLIK SIFATININ DEVRİ İŞLEMİ

Ortaklık sıfatının devri işlemi, kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu durum, devir işleminin konusu, ne şekilde gerçekleşeceği ve hangi hükümlere tabi olacağı gibi pek çok sorunu beraberinde getirmektedir[189]. Bu sorunların çözümünde, kuşkusuz, adi ortaklığın niteliği ve bünyesi dikkate alınmalıdır[190].

A. Devir İşleminin Konusu

Ortaklık sıfatının devri işleminin konusu, İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Bu durum, "ortaklık sıfatı" ile "ortaklık payı" kavramları arasında bir farkın bulunup bulunmadığı hususundaki görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır[191].

---

[187] *Bauer* de ortaklık sıfatının devrinde, alacağın devri hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanması yerine sözleşmenin devri kurallarının doğrudan ya da kıyasen uygulanmasının daha isabetli olacağı kanaatindedir. Bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.199. Ortaklık payının (sıfatının) devri sözleşmesinin, sözleşmenin devri ile büyük bir benzerlik gösterdiği kanaatinde bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.12. Keza, şahıs ortaklıklarıyla da yakın özellikler taşıyan limited şirketteki payın devri, *"hak ve yükümlülükleriyle bir bütün oluşturan hukuksal bir ilişkin devri"* (Öz, **a.g.m.**, s.356) anlamına gelir.

[188] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.92.

[189] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.59; Müller, **Mitgliedschaft**, N.250; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.100.

[190] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[191] Müller, **Mitgliedschaft**, N.307-308; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.105; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.28.

Azınlıkta kalan bir görüşe[192] göre, ortaklık sıfatı, "hukuki bir statü"[193] iken; ortaklık payı ise, bu statünün "maddi ifadesi"dir (materiellem Ausdruck). Bu bakımdan ortaklık payı, sübjektif bir hak niteliğindedir ve ortaklık sıfatının devri işleminin konusunu oluşturur. Böylece, devralan tarafından "ortaklık sıfatı" da kazanılmış olur. Bu nedenle, bu görüş yanlısı yazarlar, burada "ortaklık sıfatının devri" kavramının kullanılmasını hatalı görmemektedirler.

Baskın görüşe[194] göre ise, devir işleminin konusu, "ortaklık sıfatı"nın (ortaklık statüsü) kendisidir. Zira "ortaklık sıfatı" ile "ortaklık payı" arasında mantıki veya hukuki yönden ayrımı gerektiren bir farklılık yoktur[195].

Kanaatimizce de devir işleminin konusu, bir hukuki statü/ilişki mahiyetindeki ortaklık sıfatıdır. Ortaklık sıfatı ile ortaklık payı arasındaki teorik farkı ise daha önce izah ettiğimizden[196], burada tekrardan kaçınmak için o kısma atıf vermekle yetiniyoruz.

B. Devir İşlemine Uygulanacak Hükümler

1. Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Durum

Alman hukukunda şahıs ortaklıklarında ortaklık payının devrine ilişkin olarak, alacağın devri hükümlerinin (BGB § 398) uygulanması görüşü benimsenmekte; buna dayanak olarak da BGB § 413 hükmü gösterilmektedir[197]. BGB § 413 hükmüne göre, kanunda aksi öngörülmedikçe alacağın devrine ilişkin hükümler, diğer hakların devri bakımından da niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

---

[192] Müller, **Mitgliedschaft**, N.308; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.104-105. Bu hususta ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[193] Ortaklığa üye olmanın, bu statüyü sağlayacağına dair bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.308.

[194] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.28; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.133; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.59; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12. Alman hukukunda aynı yönde bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8.

[195] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.28. *Schütz* de "ortaklık sıfatı" ile bu sıfata bağlı "hak ve borçları" birbirinden ayırmanın, bu hukuki müessesinin doğasına aykırı olacağını savunmuştur. Bkz. **SHK**/Schütz, Art.542, N.30.

[196] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[197] Huber, **a.g.e.**, s.387; Habersack, **a.g.e.**, s.104; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33; Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.26; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.12. Bu hususta açıklama için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.325. Ortaklık sıfatının, sübjektif bir hak olduğu ve devir işleminin konusunu oluşturduğu kabul edildiğinde, bu sonuca varılacağı yönünde bkz. Habersack, **Mitgliedschaft**, s.64.

İsviçre hukukunda ise şahıs ortaklıklarındaki ortaklık payının devrine ve bunun hangi hükümlere tabi tutulacağına ilişkin özel bir kanuni düzenleme bulunmaması, doktrinde *"gerçek boşluk"* (echte Lücke) olarak değerlendirilmekte ve bu boşluğun doldurulmasında, öncelikle kıyas yoluna başvurulması gerektiği belirtilmektedir[198].

Bu çerçevede, limited şirket payının devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması fikri, şahıs ortaklıklarında esas itibariyle şekil serbestisi prensibinin hâkim olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir[199].

Bununla birlikte, ortaklık payının devrinde tam bir şekil serbestisinin ise, şahıs ortaklıklarına ilişkin düzenlemelere yansıyan kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayacağı savunulmaktadır. Zira kanun koyucu, şahıs ortaklıklarını ortaklar arasında sıkı bir bağ bulunduğu düşüncesi üzerine inşa etmiş ve bu nedenle ortaklık sıfatının devredilmemesini esas tutmuştur[200]. Hal böyleyken, şekil serbestisi, kanun koyucunun şahıs ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerine ve ortakların korunmasına yönelik amacına ters düşer[201].

Miras payının devri hakkındaki hükümlerin kıyasen uygulanması düşüncesine karşılık olarak ise, mirasçılar dışında üçüncü bir kişiye yapılan devir ile adi ortaklık payı devrinin kıyasa müsait olmadığı belirtilmektedir. Bilindiği üzere, miras payının üçüncü kişiye devri neticesinde bu kişi yalnızca tasfiye sonunda bir alacak hakkına sahip olur fakat ortaklık (mirasçı) sıfatını kazanamaz[202].

Sonuç olarak, İsviçre doktrininde ve uygulamasında adi ortaklıktaki ortaklık sıfatının (payının) devri işlemine alacağın devri (Zessionsrechts/Abtretungsrechts)

---

[198] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.142; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.112.

[199] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.115; Müller, **Mitgliedschaft**, N.319; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.156; aynı yönde: Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61. Ayrıca eklemek gerekirse; yapılan değişiklikle (OR Art.785/1) İsviçre hukukunda limited şirket payının devri için resmi şekil şartının kaldırıldığına dair bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.115.

[200] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.157; Müller, **Mitgliedschaft**, N.330. Her iki yazar, ortaklık payının kıymetli evraka bağlanma imkanının bulunmamasını da bu görüşe dayanak olarak göstermişlerdir.

[201] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.157-158.

[202] Müller, **Mitgliedschaft**, N.322-323. Miras payının devrine ilişkin ZGB Art.635 (TBK m.677) hükmünün, şahıs ortaklıkları için düzenlenmemiş olduğu gerekçesiyle burada uygulanamayacağı fikrinde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.115. Aynı yönde bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61.

hükümlerinin (OR Art.164) kıyasen uygulanacağı ittifakla kabul edilmektedir[203]. Nitekim alacağın devrine ilişkin yazılı şekil şartının ortaklık sıfatının devri işlemine uygulanması fikri, birçok gerekçeye dayandırılmıştır.

Bunlardan ilki, şekil serbestisine nazaran adi yazılı şekil şartı ile birlikte ortaklık sıfatının devri güçleşeceği için bu durum, kanun koyucunun amaçladığı şahıs ortaklıkları yapısına ve ortakların korunması hedefine uygun düşer[204]. Aslında *Müller*, kanunda açıkça öngörülmediği müddetçe özel bir geçerlilik şeklinin yaratılamayacağını da kabul etmektedir[205]. Fakat yazara göre, kâr payı, tasfiye payı gibi ortaklık sıfatından ayrılabilen münferit alacakların alacağın devri hükümlerine göre devredildiği nazara alınırsa, "ortaklıksal hak ve borçlar bütünü" olan "ortaklık payı"nın da bu şekilde devredilebileceğini düşünmek mantıklıdır[206].

Bir diğer gerekçe ise, yazılı şekil şartı ve devrin bildirimi sayesinde, ortaklık payının devrine ilişkin ispat problemlerinde ve özellikle kâr payının kime ödeneceği, ortaklık haklarını kimin kullanacağı ya da sorumluluk gibi konularda yaşanabilecek belirsizlikler engellenebilecek, böylece işlem güvenliği ve hukuki güvenlik sağlanacaktır[207]. Ayrıca bu sayede soyutluk ilkesi (Abstraktionsprinzip) geçerli

---

[203] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.6-7; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.160; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.60-61; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; **OFK**/Müller, Art.542, N.8; Müller, **Mitgliedschaft**, N.325; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.113; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31; **SHK**/Schütz, **a.g.e.**, Art.542, N.31; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.7; BGE 134 III 597 (www.swisslex.ch, E.T. 02.11.2020). *Zobl*, ilmühaberin (Interimsscheine) devri işlemine OR Art.688/2, nama yazılı kıymetli evrakların devri işlemine ise OR Art.967/2 gereği, alacağın devri hükümlerinin uygulandığını örnek göstererek, üyeliğin (ortaklık sıfatının), alacağın devrine konu olabilmesinin İsviçre hukukuna yabancı olmadığını savunmuştur. Bu itibarla yazara göre, kanunkoyucunun iradesi, "en azından dolaylı olarak" ortaklık sıfatının devrine de alacağın devri hükümlerinin uygulanması yönündedir. Bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.157. Aynı yönde bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.327-328.

[204] Müller, **Mitgliedschaft**, N.330.

[205] Müller, **Mitgliedschaft**, N.333.

[206] Müller, **Mitgliedschaft**, N.334. Aynı yönde bkz. Kendigelen, **a.g.m.**, s.225. Aksi görüşte bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2905. *Müller*'in savunduğu bu fikri, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle isabetli bulmadığımızı tekrar belirtmek isteriz. Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, E.

[207] Müller, **Mitgliedschaft**, N.330-332. Alacağın devrinde devralanın en azından "belirlenebilir" olması gerektiği; bu gerekliliğin, devredenin korunmasından ziyade alacağın kime ait olduğunun üçüncü kişiler özellikle de borçlu açısından bilinebilir olmasını sağlanarak hukuki güvenliğin korunmasına hizmet edeceğine dair bkz. BGE 82 II 48, s.52 (www.swisslex.ch, E.T. 18.09.2020).

olacağından borçlandırıcı işlemdeki bir sakatlık, ortaklık sıfatının kazanılmasını engellemeyecek[208] ve bu konuda yaşanabilecek bir belirsizlik önlenmiş olacaktır[209].

2. Türk Hukukundaki Durum

818 sayılı eBK gibi[210], yürürlükteki 6098 sayılı TBK'da da adi ortaklıktaki ortaklık sıfatının devri işlemine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır[211].

Bazı yazarlara göre -Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi- ortaklık sıfatının devri işlemine, alacağın devri hükümleri uygulanmalıdır[212]. Bu nedenle, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği; devir vaadinin ise şekle tabi olmadığı savunulmuştur[213]. Ortaklık malvarlığında bir taşınmaz bulunması halinde de devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması yeterli görülmektedir[214].

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle[215] üstün tuttuğumuz diğer görüşe[216] göre ise ortaklık sıfatının (payının) devri, sözleşmenin devri mahiyetindedir ve alacağın devri olarak değerlendirilemez. Çünkü devralan, devrenin ortaklığa karşı olan borçlarını üstlenmekte ve yenilik doğuran haklar, temsil hakları, def'iler, rüçhan hakları gibi alacak hakkı dışındaki hakları da kazanmaktadır[217]. Bu itibarla, ortaklık sıfatının devri sözleşmesi, kanunen herhangi bir şekle tabi değildir[218].

Burada ayrıca belirtmek gerekirse; Türk hukukunda rastlanılan bir görüşe[219] göre, ortaklık payının devri, TBK m.202 anlamında malvarlığının devri niteliğindedir. Ne var ki, bu devir işleminin konusu, malvarlığı veya ticari işletme değil, ortaklık sıfatı

---

[208] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.30.
[209] Müller, **Mitgliedschaft**, N.331; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61 ve dn.55.
[210] Kendigelen, **a.g.m.**, s.224; Demirkapı, **a.g.e.**, s.10.
[211] Eren, **Özel Hükümler**, N.2903.
[212] Bilge, **a.g.e.**, s.452; Şener, **Adi Ortaklık**, s.374; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.67; Şener, **Roma Hukuku**, s.747, dn.192; Kendigelen, **a.g.m.**, s.225; Demirkapı, **a.g.e.**, s.10. *Arslanlı*, kollektif şirkette ortaklık sıfatının devri işlemini, *"ortakların muvafakatına bağlı temlik vasfında bir tasarruftur"* şeklinde nitelendirmiştir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.403).
[213] Kendigelen, **a.g.m.**, s.224-225. Aynı yönde bkz. Şener, **Roma Hukuku**, s.747, dn.192.
[214] Bilge, **a.g.e.**, s.452; Şener, **Adi Ortaklık**, s.374; Şener, **Roma Hukuku**, s.747, dn.192, yazar buna gerekçe olarak bu işlemle taşınmaz mülkiyeti değil ortaklığa üyelikten doğan elbirliğiyle hak sahipliğinin devredildiğini belirtmektedir. Aksi fikirde bkz. Kendigelen, **a.g.m.**, s.225, dn.37.
[215] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, E.
[216] Eren, **Özel Hükümler**, N.2905; Ayrancı, **a.g.e.**, s.12; Türkmen, **a.g.e.**, s.27,361.
[217] Eren, **Özel Hükümler**, N.2905. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.27.
[218] Eren, **Özel Hükümler**, N.2908; Türkmen, **a.g.e.**, s.27-28.
[219] Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.118.

olduğuna göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim kanun koyucunun, ortaklık sıfatının devri bakımından malvarlığı ya da işletmenin devri hükümlerine (TBK m.202) atıf yapmak yerine, diğer ortakların "rızası"nı şart koşması (TBK m.632), ortaklık sıfatını bir "malvarlığı" değil sözleşmedeki "taraf sıfatı" olarak görüldüğüyle açıklanabilir. Kaldı ki, TBK m.202'deki malvarlığı ya da işletmenin devri sözleşmesi, bir borçlandırıcı işlemken[220]; ortaklık sıfatının devri sözleşmesi ise, bir tasarruf işlemidir[221]. Keza, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki farklar da bu görüşün kabul edilebilmesine imkân vermemektedir[222]. Malvarlığı veya işletmenin devri sözleşmesi borçlandırıcı işlem olduğundan bu sözleşme sonrasında, her bir münferit hakkın devri için gerekli tasarruf işlemleri (zilyetliğin devri, tapu siciline tescil, alacağın devri gibi) yapılmalıdır[223]. Ayrıca, içerisinde bir taşınmaz bulunması halinde malvarlığı veya işletmenin devri sözleşmesi, resmi şekilde yapılmalıdır[224]. Buna karşılık -elbirliği ortaklıklarında- ortaklık sıfatının devriyle birlikte devralan, ortaklık sıfatına bağlı tüm hak ve borçları ayrıca tasarruf işlerinin yapılması gerekmeksizin kazanır[225].

---

[220] Bucher, **a.g.e.**, s.589; Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971, s.44.

[221] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C, 2, a.

[222] Bu hususdaki farkların bir kısmına değinilecek olursa; (1) Aynı konuda farklı zamanlarda yapılan borçlandırıcı işlemlerde öncelik-sonralık sırasına bakılmazken; tasarruf işlemlerinde ise öncelik ilkesi geçerlidir. (2) Tasarruf işleminin konusunun belirli olması gerekir. (3) Tasarruf işleminin geçerliliği tasarruf anında tasarruf yetkisinin bulunmasına bağlıdır. Tüm bu farklara ilişkin bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.190,210; Eren, **Genel Hükümler**, s.186 vd.
Bundan başka, ortaklık sıfatının devri, tasarruf işlemi olması nedeniyle bu devir işlemi sonrasında devreden, ikinci bir devir işlemi yapamaz. Sözleşmenin devri bakımından aynı yönde bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.60.

[223] Bucher, **a.g.e.**, s.590; Acemoğlu, **a.g.e.**, s.69; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.611, bununla birlikte, bir ticari işletmenin devri halinde ise, TTK m.11/3 uyarınca adi yazılı şekilde yapılacak devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilanı ile -ayni haklar dahil- tüm haklar ve sözleşmeler devralana intikal eder.

[224] Bucher, **a.g.e.**, s.590, dn.67; Acemoğlu, **a.g.e.**, s.51; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.611.

[225] von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.48; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12.

C. Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi

1. Borçlandırıcı İşlem: Ortaklık Sıfatını Devir Vaadi

Ortaklık sıfatının devrine ilişkin tasarruf işlemi kural olarak, devreden ortak ile devralan kişi arasında yapılacak bir borçlandırıcı işleme dayanır[226]. Bu borçlandırıcı işlem, örneğin bir satış, bağışlama veya mal değişimi sözleşmesi olabilir[227] ve devir işleminin hukuki sebebini teşkil eder[228]. Her ne kadar kimi zaman borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aynı anda gerçekleşse de bunları ayrı olarak değerlendirmek gerekir[229].

Burada sözü edilen borçlandırıcı işlem, "ortaklık sıfatını devir vaadi" olarak adlandırılabilir[230]. Böylece ortak, devralana karşı belirli şartlar altında ortaklık sıfatını devretmeyi borçlanır[231]. Bu sözleşme sadece tarafları arasında bir borç ilişkisi doğuracağından, ortak sıfatı taşımayan bir kişi de bu sözleşmeyi yapabilir[232]. Bu sözleşmede, diğer ortaklar taraf olmadığı gibi[233]; onların rıza açıklamasında bulunması da aranmaz[234]. Devreden ortak ile devralan kişi, sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde diledikleri gibi bir düzenleme yapabilirler[235].

Ortaklık sıfatını devralacak kişi, devreden ortağa karşı kural olarak, bir bedel ödeme yükümlülüğü altına girer[236]. Devir vaadi sözleşmesi ivazsız olarak yapılmamış fakat sözleşmede bedel belirlenmemiş ise kıyasen, ortaklıktan ayrılma halinde ayrılan

---

[226] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Müller, **Mitgliedschaft**, N.351; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.117,118; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Kendigelen, **a.g.m.**, s.221-222.

[227] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Müller, **Mitgliedschaft**, N.351; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Kendigelen, **a.g.m.**, s.222.

[228] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.118.

[229] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.117.

[230] Nitekim, taraf sıfatını devreden bakımından bir tasarruf işlemi olan sözleşmenin devri (TBK m.205) öncesinde de borçlandırıcı işlem mahiyetinde bir "devir vaadi" bulunur (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.617-620).

[231] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Müller, **Mitgliedschaft**, N.351; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.118.

[232] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.161.

[233] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[234] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15. Bilindiği gibi, "sözleşmenin devri vaadi"nin geçerliliği de sözleşmede kalacak tarafın izin ya da onayına bağlı değildir (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.619).

[235] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Müller, **Mitgliedschaft**, N.351. Sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında bilgi için bkz. Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s.369 vd.

[236] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.40.

ortağa ödenen "ayrılma payı" (Abfindungsanspruch) miktarı üzerinden sözleşme kurulmuş sayılır[237].

İsviçre hukukunda ortaklık sıfatının devrine alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması görüşü hâkim olduğundan, ortaklık sıfatını devir vaadine de alacağın devri sözü vermeye ilişkin hükmün (OR Art.165/2; TBK m.184/1) kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir[238]. Bu nedenle İsviçre hukukunda, ortaklık sıfatının devrine ilişkin borçlandırıcı işlem, kural olarak özel bir şekle tabi değildir[239]. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunsa dahi yine şekil serbestisi geçerlidir[240]. Çünkü ortaklık sıfatının devri, bir mülkiyet devri değil ortaklığın kişi yapısında değişim anlamına gelir[241]. Gerçekten de ortaklık sıfatını devir vaadi ile; ortaklık malvarlığına dahil bir şeyin devri değil, içerdiği tüm hak ve borçlarıyla "ortaklık sıfatı"nın devri borçlanılmış olur[242]. Ortaklık malvarlığında bulunan şeyler üzerindeki ayni hak sahipliğinin kendiliğinden değişmesi ise, ortaklık sıfatının devrinin bir sonucudur[243]. Öte yandan, yine İsviçre doktrininde savunulan bir fikre göre, ortaklık sıfatını devir vaadinde şekil serbestisinin geçerli olması açısından ortaklıkta elbirliğiyle ya da paylı hak sahipliğinin kabul edilmiş olmasının bir etkisi yoktur[244].

Alman hukukunda ise alacağın devri yazılı şekle tabi olmadığından, ortaklık sıfatının devrine ilişkin hem borçlandırıcı[245] işlemin hem de tasarruf işleminin şekle

---

[237] Müller, **Mitgliedschaft**, N.375; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.136; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.40.

[238] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61-62; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.120.

[239] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Müller, **Mitgliedschaft**, N.353; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.120; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61-62;

[240] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.120; Müller, **Mitgliedschaft**, N.353; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29.

[241] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.120; Müller, **Mitgliedschaft**, N.353; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; **BSK-ZGB**/Wichtermann, Art.652, N.36. Bu anlamda bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40; Arslanlı, **a.g.e.**, s.65.

[242] Müller, **Mitgliedschaft**, N.352; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.119; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.61.

[243] Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.119; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33.

[244] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29.

[245] Bununla birlikte, bağışlama vaadi (BGB §518) gibi işlemin niteliği gereği belirli bir şekil şartı söz konusu olabilir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.34).

tabi olmadığı kabul edilmektedir[246]. Ortaklık malvarlığında devri şekle tabi bir unsurun bulunması da bunu değiştirmez[247]. Çünkü, devir işleminin konusu, ortaklık malvarlığındaki bir unsur değil ortaklık sıfatıdır[248].

Türk hukukundaki duruma bakıldığında; burada sözleşmenin devri kuralları uygulanacağından mesele bu çerçevede değerlendirilmelidir. Doktrinde *Oğuzman/Öz*, sözleşmenin devri vaadinin, bir ön sözleşme olduğunu belirtmektedir. Çünkü sözleşmenin devri, devralanın, sözleşmede kalan tarafa karşı borç altına girmesine sebep olacaktır[249]. Bu nedenle devir vaadi, TBK m.29 gereği asıl sözleşmenin şekline tabidir[250]. Şu hâlde, adi ortaklık sözleşmesi kanunen bir şekle tabi olmadığı için ortaklık sıfatını devir vaadi sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir.

Devir vaadinin taraflarca belirli bir şekle tabi yapılması kararlaştırılmış ise, bunun karine olarak geçerlilik şartı olduğu kabul edilir[251]. Bunun haricinde, örneğin bağışlama sözü verme (TBK m.288/1; OR Art.243 I) gibi işlemin kendi mahiyeti nedeniyle, ortaklık sıfatını devir vaadi belirli bir şekle bağlı olabilir[252].

Ortaklık sıfatını devir vaadindeki herhangi bir geçersizlik, devir işlemiyle birlikte ortaklık sıfatının devralan tarafından kazanılmasını engellemeyecektir[253]. Çünkü burada kıyasen uygulanacağını belirttiğimiz sözleşmenin devrinde soyutluk ilkesi geçerlidir[254]. Yani, devir vaadindeki sakatlık kural olarak devir işlemini

---

[246] Huber, **a.g.e.**, s.387; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Schmidt, **a.g.e.**, s.1740; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33; Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.26; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.12; **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.9; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.16. Bu yöndeki açıklama için ayrıca bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.325 ve N.356, dn.963; Şener, **Adi Ortaklık**, s.374, dn.741.

[247] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.13; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.9; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.16; Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.26; OLG Frankfurt am Main, 04.10.2006 - 4 U 32/06 (www.openjur.de, E.T.12.09.2020).

[248] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.9.

[249] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.619.

[250] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.619.

[251] Müller, **Mitgliedschaft**, N.354; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.162; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.121; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29.

[252] Müller, **Mitgliedschaft**, N.354; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.34. Aynı yönde bkz. Kendigelen, **a.g.m.**, s.222.

[253] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.37.

[254] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, N.1861. Ortaklık sıfatının devrine kıyasen alacağın devri hükümlerinin uygulanacağını savunan görüşe göre de, alacağın devrinde soyutluk ilkesinin hakim olduğu belirtilerek aynı yönde bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**,

etkilemez. Dolayısıyla, geçersiz borçlandırıcı işleme dayanılarak yapılan devir sonucunda ortaklık sıfatını kazanan bu kişiye "ortak" olarak muamele edilmesi ve borçların ifası (kâr payı, ücret, masraf ödemesi vs.) ortaklığın borçtan kurtulmasını sağlar[255]. Böylece hem iç ilişkide (örneğin oy hakkı, kâr payı talebi gibi ortaklık haklarının kime ait olduğu hususunda) hem de dış ilişkide (ortaklık alacaklıları bakımından gerçekte ortağın kim olduğu hususunda) belirsiz bir durum yaşanmaz[256].

Bununla birlikte, borçlandırıcı işlem sakat olmasına rağmen tasarruf işlemiyle kazanılan ortaklık sıfatı, kural olarak sebepsiz zenginleşmeye yol açacaktır[257]. Devreden ortağın, tekrar ortaklık sıfatını kazanması için kendisine devir (geriye devir; Rückübertragung) yapılmasını devralandan talep etmesi gerekir[258]. Fakat devreden ortağın sebepsiz zenginleşmeye dayanarak "aynen ifayı" (yani, geriye devir yapılmasını) talep edebilmesi, bu işlemin niteliği gereği diğer ortaklar buna rıza göstermesi halinde mümkündür. Bir başka anlatımla, ancak diğer ortaklar rıza gösterirse yeniden bir devir yapılarak devreden ortak, tekrar ortaklık sıfatını kazanabilir. Diğer ortaklar bu hususta rıza göstermez ise, devreden ortağın, devralandan ortaklık sıfatının "değer" olarak karşılığını istemekten başka çaresi yoktur[259].

Öte yandan, doğrudan tasarruf işleminin (devir sözleşmesinin) kesin hükümsüzlüğü veya iptali durumunda ortaklık sıfatı hiç devredilmemiş olur ve duruma göre olumsuz zararı isteme hakkı saklıdır[260]. Bununla birlikte, eğer geçersiz devir

---

s.61, dn.55; Müller, **Mitgliedschaft**, N.331,367; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.129; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.30.

[255] Müller, **Mitgliedschaft**, N.331.

[256] Müller, **Mitgliedschaft**, N.331.

[257] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.37. Örneğin, kimi hallerde, şekle aykırılığı ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanımı (TMK m.2/2) niteliğinde sayılacağı ve işlemin geçerli olarak kabul edileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §30, N.4 vd. ve N.20. Alman hukukunda, bağışlama vaadi ile birlikte pay devri işlemi de yapılmışsa, bağışlama vaadi yerine getirilmiş olacağından BGB §518 II gereği şekle aykırılığa bağlı sakatlığın iyileşeceği yönünde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.34. Türk hukukunda da TBK m.288/3 hükmünün, taşınmazlara ilişkin olmayan bağışlama vaatleri için uygulanacağına ve nitekim, bu hükmün yollamada bulunduğu 289. maddede öngörülen elden bağışlamaya, taşınmazlar dışındaki hukuki değerlerin konu olabileceğine dair bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.345,346. İsviçre hukukunda, borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın devirle birlikte iyileşeceği fikrinde karş. **SHK**/Schütz, Art.542, N.33.

[258] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.37; Müller, **Mitgliedschaft**, N.331, dn.902.

[259] Sözleşmenin devri bakımından bu görüşte bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620.

[260] Sözleşmenin devri bakımından aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620. Ayrıca bkz. Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1088-1089.

sözleşmesi icra safhasına geçmişse buradaki geçersizlik kural olarak (özellikle kanuna, ahlaka aykırılık veya ehliyetsizlik gibi durumlar yoksa) ileriye etkili sonuç doğurur[261].

Ayrıca incelenmesi gereken bir başka sorun ise acaba, ortaklık sıfatının devri gerçekleşmişse devralanın borçlandırıcı işlemden (devir vaadi sözleşmesinden) doğan yükümlülüklerine (örneğin, devir bedelini ödeme borcuna) aykırı davranması sebebiyle, devreden bu sözleşmeden "tasarrufi bir etki" ile dönerek ortaklık sıfatını tekrar kazanabilir mi[262]? Devir vaadi sözleşmesi ivazlı olarak yapılmışsa, bir tarafın temerrüde düşmesi nedeniyle şartları oluştuğunda diğer taraf, TBK m.125'teki seçimlik haklardan birini kullanabilir ve bu yolla sözleşmeden dönebilir[263].

Ancak bu ihtimalde, dönme sebebinin oluşmasında etkileri olmadığından diğer ortakların menfaatlerinin gözetilmesi gerekir[264]. Bu nedenle, sözü edilen dönme işlemi, tekrar ortak sıfatını kazandıracak mahiyette bir tasarrufi güç ve etki taşımaz. Sözleşmeden dönen, sadece muhatabına karşı ortaklık sıfatının (kendisine tekrar) devri için bir talep hakkına sahip olur. Bu durumda, ancak diğer ortakların rızasının

---

[261] Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.290. Daha fazla bilgi için bkz. yuk. İkinci Bölüm, V. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi'nin ortaklık sıfatının devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde sözleşme icraya başlanmışsa sakat ortaklık ilkesinin uygulanacağına dair kararı için bkz. BGH, 20.07.2010 - XI ZR 465/07 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.18.02.2020). Bu hususlaki tartışmalar için ayrıca bkz. **MüKo-HGB**/Schmidt, **a.g.e.**, §105, N.256.

[262] Burada kısaca bilgi vermek gerekirse, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından doktrinde genel olarak üç teori bulunmaktadır. Bunlardan *"klasik dönme"* teorisine göre, dönme beyanı sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren yani geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Bu nedenle, artık ifa talebinde bulunulamaz ve tarafların ifa etmiş oldukları edimler de hukuki sebepten yoksun hale gelir. Bu teoriyi temsil eden yazarlar arasında bir birlik bulunmamakta olup; bir kısım yazar, vaktiyle yapılan kazandırmalardan "sebebe bağlı" (illi) tasarrufların geçmişe etkili olarak hükümsüz hale geleceğini ve bunların iadesinde ayni hakka dayanılacağını savunmaktadır ("ayni etkili dönme" teorisi). Bazı yazarlar ise, "sebebe bağlı" (illi) bir tasarruf işlemiyle yapılan kazandırmaların dahi dönmeden etkilenmeyeceğini ve iade talebinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılabileceğini kabul etmektedirler. İkinci teori olan *"yasal borç ilişkisi"* teorisine göre, dönme, borç ilişkisini ortadan kaldırsa da bu durum, ifa edilen edimlerin sebepten yoksun kalmasına neden olmaz. Tarafların ifa ettikleri edimleri iade yükümlülüğü, sebepsiz zenginleşmeye değil, TBK m.125/3 hükmüne dayalı olarak taraflar arasında doğduğu kabul edilen tasfiyeye yönelik bir yasal borç ilişkisine dayanır. Böylelikle, iade talepleri bakımından, TBK m.146'daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır. Üçüncü teori olan *"yeni dönme"* veya *"dönüşüm"* teorisine göre ise, dönme beyanı, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez fakat sözleşme, içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Sözleşmeye dayanan bu tasfiye ilişkisinde, sözleşmeden doğan borçlar yerine iade yükümlülükleri geçer. Tüm bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.528 vd.; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskından Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.118 vd.

[263] Sözleşmenin devri bakımından bu görüşte bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620.

[264] Üç taraflı olarak yapılan sözleşmenin devri bakımından bu yönde bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.160.

sağlanması kaydıyla tekrar yapılacak bir devir işlemi neticesinde ortaklık sıfatı yeniden devredene geçmiş olur[265]. Bu yaklaşım, devir işleminin çok taraflı niteliğine ve menfaatler dengesine uygun düşer[266]. Tekrar yapılacak bu devre diğer ortakların rıza göstermesine rağmen, devreden devir işlemini yapmaktan kaçınırsa, hâkim aynen ifaya (yani, ortak sıfatının tekrar devredene geçirilmesine) yönelik bir karar verebilmelidir. Fakat diğer ortakların bu hususta rızası sağlanamadığı taktirde ise, devreden, devralandan ortaklık sıfatının değer olarak karşılığı talep edilebilir[267].

2. Tasarruf İşlemi: Ortaklık Sıfatının Devri Sözleşmesi

a. Devir Sözleşmesinin Konstrüksiyonu

Ortaklık sıfatının devri sözleşmesi -sözleşmede kalan, sözleşmeyi devreden ve devralan açısından farklı etkileri bulunmakla birlikte, devreden ve kalan bakımından- tasarruf işlemidir[268] ve bu tasarruf işleminin (devir sözleşmesinin) yapılmasıyla borçlandırıcı işlemden doğan devir borcu ifa edilmiş olur[269].

Bir görüşe göre bu işlemin tarafları, ortaklık sıfatını devreden ortak ve devralan kişidir[270]. Diğer ortaklar ise, bu sözleşmenin tarafı değildir[271] ancak devrin hüküm ifade etmesi için diğer ortakların rıza açıklamasında bulunması gereklidir[272]. Buna

---

[265] Sözleşmenin devri açısından aynı yönde bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.160,161; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620.

[266] Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.161.

[267] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620.

[268] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.29. Sözleşmenin devri bakımından aynı şekilde bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.56-58; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1078. Sözleşmenin devrinin, devreden ve kalan taraf açısından tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.57,58; Sezer Çabri, "Borcun Üstlenilmesi-Sözleşmenin Devri-Sözleşmeye Katılma-Borca Katılma", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s.163, yazar, devredenin kurtulduğu borçlar bakımından ise kazandırıcı işlem olduğunu belirtmektedir. Sözleşmeyi devreden açısından tasarruf işlemi, sözleşmede kalan bakımından ise değiştirici yenilik doğuran bir sözleşme olduğu fikrinde karş. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.617.
Öte yandan, sözleşmenin devri, devralanın edindiği haklar açısından kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar açısından ise borçlandırıcı işlemdir (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.617). Bu anlamda bkz. Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1079, bu bakımdan yazar, sözleşmenin devrinin hem tasarrufi hem de borçlandırıcı etkisi bulunduğunu ("çifte etkili" olduğunu) haklı olarak belirtmektedir.

[269] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.122; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62.

[270] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.21; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.161; Müller, **Mitgliedschaft**, N.188,337; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.94,108; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[271] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.24.

[272] Müller, **Mitgliedschaft**, N.188,337; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.94,108.

göre, ortaklık sıfatının devri sözleşmesi, kural olarak "iki taraflı bir hukuki işlem" (zweiseitiges Rechtsgeschäft) olarak nitelendirilmekte; diğer ortakların rızası ise, işlemin hüküm ifade etmesi için gerekli "tamamlayıcı unsur" (Wirksamkeitsvoraussetzung)[273] olarak görülmektedir[274].

Diğer bir görüşe[275] göre ise, devreden ortak, devralan kişi ve diğer ortakların irade açıklamalarıyla yapılacak bu işlem, "çok taraflı bir hukuki işlem"dir.

Kanımızca burada TBK m.205/2 kıyasen uygulanacağından her iki imkân da kabul edilebilir. Bu nedenle ortaklık sıfatının devri sözleşmesi; devreden ortak, devralan kişi ve diğer ortakların katıldığı "üç taraflı bir sözleşme (tripartiter Vertrag)" şeklinde veyahut yalnızca devreden ortak ile devralan kişi arasındaki iki taraflı sözleşmeye diğer ortakların önceden izin ya da sonradan onay vermesi suretiyle yapılabilecektir[276].

b. Devir Sözleşmesinin Şekli

Alman hukukunda bu işlem bakımından uygulanması gerektiği kabul edilen alacağın devri özel bir şekle tabi olmadığından, ortaklık sıfatını devir sözleşmesinin de şekle tabi bulunmadığı kabul edilmektedir[277].

İsviçre hukukunda da ittifakla kabul edilen görüş, alacağın devrine ilişkin adi yazılı şekil şartının (OR Art.165/1; TBK m.184/1) kıyasen bu işlem bakımından da

---

[273] *Eren*, bu hususu ifade etmek için *"etkinlik unsuru"* kavramını kullanmaktadır. Bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s.127.

[274] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27; Müller, **Mitgliedschaft**, N.337; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.108. Diğer ortakların vereceği rızanın hukuki niteliğini "tek taraflı rıza açıklaması" (einseitige Zustimmung) olarak vasıflandırarak aynı yönde bkz. Huber, **a.g.e.**, s.389.

[275] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Müller, **Mitgliedschaft**, N.337, dn.918'de anılan yazarlar.

[276] Bu görüşte bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2907. Bu devrin, üç taraflı sözleşmeyle yapılabileceğine dair ayrıca bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591.

[277] Huber, **a.g.e.**, s.387; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Schmidt, **a.g.e.**, s.1740; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.33; Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.26; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.12; **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.9; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.16. Bu yöndeki açıklama için ayrıca bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.325 ve N.356, dn.963; Şener, **Adi Ortaklık**, s.374, dn.741.

uygulanması gerektiği yönündedir[278]. Bu bakımdan, iç ilişkideki borçlardan[279] sorumluluk için ayrıca borcun üstlenilmesi (Schuldübernahme) işlemi gerekli görülmemektedir[280]. Zira ortaklık sıfatı (payı), bütünlük içerisinde bir sübjektif hak olarak kabul edildiğinden[281], ortaklık haklarının yanında (iç ilişkideki) borçlar da kendiliğinden devralana geçer. Ortaklık payı, ortaklık sıfatından doğan borçları da kapsar[282].

Yazılı şekil, objektif ve sübjektif tüm esaslı noktaları kapsamalıdır[283]. Bu nedenle, bilhassa ortaklık sıfatının içeriği (yani ortaklığa karşı hak ve borçlar) yeterli derecede belirli veya belirlenebilir olmalıdır[284]. Yine baskın görüşe göre, borç altına girenin imzasının yeterli olacağını belirten OR Art. 13 (TBK m.14/1) kıyasen uygulanmalı ve yazılı şekil açısından devreden ortağın imzası yeterli görülmelidir[285].

Türk hukukunda ise ortaklık sıfatının devrine kıyasen sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanması gerektiğini daha önce belirtmiştik[286]. Sözleşmenin devri,

---

[278] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.7; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.163; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Müller, **Mitgliedschaft**, N.355; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.122; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.33; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.7.

[279] İsviçre literatüründe iç ilişkideki yani ortaklık sıfatı sebebiyle doğan borçları ifade etmek amacıyla *"gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen"* (ortaklık hukukuna ilişkin yükümlülükler) veya *"mitgliedschaftlichen Pflichten"* (üyeliğe ilişkin borçlar) gibi kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.114,153; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31.

[280] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.114; Müller, **Mitgliedschaft**, N.336; **BSK**/Handschin, Art.542, N.3; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31. Aksi görüşte bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.409.
Bu nedenle, devir işlemi için mevcut ortakların verdiği rızayı, "OR Art.176/3 (TBK m.196/3) anlamında örtülü kabul" olarak değerlendirmeye ihtiyaç yoktur (Müller, **Mitgliedschaft**, N.336, dn.914).

[281] Fakat biz, "ortaklık sıfatı"nın yapısına ilişkin bu fikre katılmadığımızı daha evvel ifade etmiştik. Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, E.

[282] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.114; Müller, **Mitgliedschaft**, N.336. Aynı yönde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31.

[283] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.163; Müller, **Mitgliedschaft**, N.356; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.123; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.33.

[284] Müller, **Mitgliedschaft**, N.356; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.123; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.163; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.33. Örneğin, hak ve borçlar, devir sözleşmesinin bağlı olduğu ortaklık sözleşmesinden anlaşılabiliyorsa, içerik "belirlenebilir" haldedir (Müller, **Mitgliedschaft**, N.356, dn.967; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.123). Ayrıca, devir sözleşmenin bağlı olduğu ortaklık sözleşmesindeki tüm ortaklar da belirli olmalıdır (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.163; Müller, **Mitgliedschaft**, N.356; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.123).

[285] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.163-164; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Müller, **Mitgliedschaft**, N.355; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.122.

[286] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, IV, B, 2.

TBK m.205/3 uyarınca devredilen sözleşmenin şekline tabi yapılmalıdır[287]. Buna göre, adi ortaklık sözleşmesi kanunen bir şekle tabi olmadığı için ortaklık sıfatının devri sözleşmesi de kanunen bir geçerlilik şekline tabi değildir[288]. Devre önceden izin veya sonradan onay vermek suretiyle devir sözleşmesi yapıldığı durumda da diğer ortakların vereceği izin ya da onay kanunen bir geçerlilik şekline tabi değildir[289]. Nitekim Yargıtay, ortaklık payı devrinin yapılmış olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta ispat bakımından devredenin imzasının bulunduğu bir belge aramış fakat geçerlilik şartı olarak bir şekil şartından bahsetmemiştir[290].

Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması halinde de resmi şekil şartı gerekmez[291] ve sicil dışı kazanım olacağından tapu siciline tescil kurucu değil açıklayıcıdır[292]. Zira bu işlemle taşınmaz mülkiyeti değil elbirliğiyle hak sahipliği yani ortaklık sıfatı devredilir[293]. Malvarlığındaki bir unsurun devri ile malvarlığının süjelerindeki değişiklik farklı şeylerdir[294]. Bu nedenle, devren kazanıma ilişkin kurallar uygulanmaz[295]. Şu hâlde, devralan, TMK m.1013/2 (ZGB Art.963 II)

---

[287] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.617; Eren, **Özel Hükümler**, N.2908. İsviçre hukukunda da bu yöndeki görüş için bkz. Spirig, **ZK**, Vorbem. zu Art.175-183, N.236; Bucher, **a.g.e.**, s.593; Bauer, **a.g.e.**, N.418. Fakat bu husus İsviçre doktrininde tartışmalı olup Federal Mahkeme'nin içtihatlarında da bu konuda bir yeknesaklık bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Müller, **BK**, Art.12, N.21.

[288] Aynı kanaatte bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2908. Değişik gerekçeyle sonuçta aynı fikirde karş. Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.118,120.

[289] Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C, 2, c, (1).

[290] Yarg. 3. HD., E.2013/18744 K.2014/3818 T.12.03.2014: *"Taraflar arasında yapılan 06.04.2005 tarihli adi ortaklık sözleşmesine göre, ortaklığın sermayesinin 10.000 TL olup, Y.. Ç..'ın %50, B.. Y..'ın %25, davacı M.. O..'un %25 hisseye göre ortaklıkları sözleşmenin 5.maddesi gereği belirlenmiş, 6.maddeye göre münferit yetkili bulundukları hisseye göre kârın yıl sonu itibariyle bölüşüleceği 7.madde ile, hisse devrinin ise 10.madde ile hüküm altına alındığı gösterilmektedir. Davalılar davacının hisse devrinin Ö.. Ç.. adındaki kişiye yapıldığını, daha sonra da B.. Y..'ın hissesini adı geçen kişiye yaptığını savunmuş ise de adi ortaklığın devrine ilişkin* ***davacının imzasından sadır olan bir belgenin bulunmadığı*** *görülmüştür.* ***Davalıların hisse devrine ilişkin savunmalarını TMK'nun 6.madde hükmü gereğince ispat edemedikleri****, …"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 23.03.2021).

[291] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.7; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.33. İsviçre hukukunda azınlıkta kalan eski bir görüşe göre ise, ortaklık malvarlığındaki taşınmaz üzerinde ayni hakkın (elbirliğiyle hak sahipliğinin) kazanılması için resmi şekilde yapılmış sözleşme ve tapu siciline kurucu nitelikte tescil gerekir (Wolf, **Subjektswechsel**, s.13, dn.81'de anılan yazarlar).

[292] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.9; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.169; Wolf, **Subjektswechsel**, s.13; Müller, **Mitgliedschaft**, N.382; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.31. Fakat ortaklık sıfatını devralan kişinin sicil dışı kazanımının korunması ve tasarruf yetkisine sahip olması için bu açıklayıcı tescilin vakit geçirmeden yaptırılması tavsiye edilmektedir (Wolf, **Subjektswechsel**, s.13).

[293] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.7; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12. Aynı yönde bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40.

[294] von Tuhr, **AT**, s.361.

[295] von Tuhr, **AT**, s.361.

hükmüne dayanarak doğrudan tescil talebinde bulunabilir. Tescil için hukuki sebep, devir sözleşmesi ile belgelendirilir. Ayrıca, ortaklık sözleşmesi veya diğer tüm ortakların beyanı sunularak ortaklık sıfatının devredilebilir olduğu ispatlanmalıdır[296].

Ortaklık bir ticari işletmekte ise, ortak değişikliğinin ticaret siciline tescil edilmesi gerekli olup, bu tescil açıklayıcı niteliktedir[297].

c. Diğer Ortakların Rızası

(1) Genel Olarak

Ortaklık, sözleşmesel bir temele ve ortaklar arası şahsi ilişkilere dayandığından ortaklık sıfatının devri işleminin hüküm ifade etmesi için diğer ortakların rızasına ihtiyaç vardır[298]. Kısmi devirler[299] veya ortaklar arasındaki devirler[300] için de yine rıza şartı aranır.

Şu hâlde, diğer ortakların rızasının bulunmaması halinde devir işlemi, ortaklık sıfatını kazandırıcı bir etki göstermez[301]. Ortaklık sıfatı, bu sıfata sıkı sıkıya bağlı hak ve borçlar (ortaklık işlerini inceleme, ortaklığın yönetimi, oy[302] hakkı vs.) diğer

---

[296] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.169; Wolf, **Subjektswechsel**, s.13.
[297] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.169.
[298] Tekil, **a.g.e.**, s.140-141; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Domaniç, **a.g.e.**, s.105. İsviçre hukuku için bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8; von Steiger, **a.g.e.**, s.408; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.99; Müller, **Mitgliedschaft**, N.338; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.109; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.36; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.59; Wolf, **Subjektswechsel**, s.11-12. Alman hukuku için bkz. Flume, **a.g.e.**, s.352; Huber, **a.g.e.**, s.388; von Tuhr, **AT**, s.360-361; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8.
[299] Müller, **Mitgliedschaft**, N.365; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.94. Ortaklık sözleşmesinde ortaklık payının devredilebilir olduğunu öngörülen genel bir rıza, kısmi devri kapsamaz ve kısmi devir için ayrıca diğer ortakların rızası gerekir (**BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10; Müller, **Mitgliedschaft**, N.365).
[300] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8; Tekil, **a.g.e.**, s.141, dn.51; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.94; Özakman, **a.g.e.**, s.41; Arslanlı, **a.g.e.**, s.404.
[301] Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.217; von Steiger, **a.g.e.**, s.410; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.36; Tekil, **a.g.e.**, s.141; Domaniç, **a.g.e.**, s.105; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.98.
[302] Oy hakkı, ortağın "şahsına bağlı" bir üyelik hakkıdır ve bu sebeple devredilemez. Aynı gerekçeyle oy hakkı kural olarak temsil yoluyla da kullanılamaz. Temsil yetkisinin ortaklardan birine verilmesi mümkün görülmektedir (Şener, **Adi Ortaklık**, s.288). Ayrıca, ortaklık sözleşmesinde bu imkân tanınmış veya diğer tüm ortaklar rıza göstermişse ya da oy hakkını kullanılamaz kılan haklı bir sebep mevcutsa, üçüncü bir kişiye temsil yetkisi verilebilir. Belirtilen son ihtimal, ortaklar arası sadakat yükümlülüğüne de dayandırılmaktadır. Fakat bu durumda temsilcinin, diğer ortaklarca kabul edilebilir bir kişi olması gerekir (Grunewald, **a.g.e.**, s.35-36).

ortakların rızası olmadan devredilemez[303]. Bu husus, sermaye ortaklıklarından ayrılan önemli bir özelliktir[304]. Nitekim Yargıtay da bu konuya ilişkin çeşitli kararlarında, diğer ortakların rızası olmadan ivazlı veya ivazsız[305] pay devrinin geçersiz olduğuna[306]; diğer ortakların rızası olmadan yapılan devrin, sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceğinden ortaklığın feshinin istenebileceğine[307] hükmetmiştir. Hemen belirtelim ki; salt diğer ortakların rızası olmadan yapılan devir işleminin, her halükârda sözleşme ihlali olduğunu söylemek, rıza şartının amacını aşan bir sonuç olur. Daha

---

[303] Bu anlamda bkz. Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.217; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152.

[304] Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.164-174, N.217.

[305] Yarg. 13. HD., E.1986/4471 K.1986/5704 T.21.11.1986: "*Ne var ki (H.Y.) 4.1.1978 günlü hibe senediyle un fabrikasındaki hissesini mülkiyet ve işletme haklarıyla birlikte* ***(Y.Y.)'a hibe etmiştir. Davalının ortak (H.Y.)'ın ortaklık hissesini (Y.Y.)'a devrine muvafakatı olmadığı anlaşılmaktadır.*** *O halde üçüncü şahıs durumunda olan (Y.Y.), adi ortaklığa şerik sıfatını ibraz edemez ve hususiyle şirket işleri hakkında malumat isteyemez ve ortaklığa dayanarak böyle bir dava da açamaz (BK. md. 532 ve 531).*" (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021).

[306] Yarg. 13. HD., E.1985/5010 K.1985/7841 T.24.12.1985: *"Davacı, satış sözleşmesi ile satıcı Fehmi'nin adi ortaklıktaki haklarını devraladığını ileri sürmekte ve davalı ortaklığa girdiğini iddia etmektedir.* ***Ne varki davacıya devirde diğer ortakların rızası bulunmadığı için, burada davacının davalılara karşı ortaklar sıfatını kazandığını ve durakta sıra hakkı bulunduğunu kabule olanak yoktur****."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021); Yarg. 13. HD., E.1986/2015 K.1986/2240 T.14.04.1986 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021); Yarg. 13. HD., E.1985/4078 K.1985/4827 T.09.07.1985: "*Davacılar, dava dışı Ahmet ve Mehmet ile ortak ekmek fabrikası işlettiklerini,* ***idareci ortak Mehmet'in 100/200 hissesinin 80/200 hissesini kendilerinin muvafakatları alınmaksızın, habersizce davalıya Bursa Yedinci Noterliği'nce tanzim edilen 17.2.1984 gün ve 6238 sayılı satış senedi ile sattığını*** *ileri sürerek, satış senedinin iptali ile bedeli kendilerince ödenmek suretiyle satışı yapılmak istenilen 80/200 hissenin 40/200'er hisse olarak adlarına tescili ile satılmasına karar verilmesini talep etmişlerdir. ... BK.nun 532. maddesi gereğince ortaklardan hiçbiri diğerlerinin rızası olmadıkça, şirkete üçüncü şahıs alamaz. Ortak kendi payını kısmen ve tamamen diğer ortakların rızası olmaksızın, ortak sıfatını ihraz etmesi kaydıyla üçüncü bir kişiye de devredemez.* ***Dava konusu hisse satışı senedinden alıcı davalı Erdoğan'ın işyerinde ortak sıfatı alması öngörülmüştür.*** *Böyle bir anlaşma yukarıda anılan yasa hükümlerine aykırıdır. Davacı ortaklar böyle bir devri iptal ettirebilirler ve tanımak zorunda değildirler.* ***Bu nedenle mahkemenin fırın hissesi satış sözleşmesinin davacılar yönünden iptaline karar vermesi yerindedir. Ancak mahkemenin bu iptal ile yetinecek yerde, satış bedeli karşılığı devir konusu hissenin davacılar adına tesciline karar vermesinin yasal dayanağı yoktur.****"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021). Bu son kararda, diğer ortakların rızası göstermemesi nedeniyle devir işleminin zaten geçersiz olacağı nazara alınmadan, devrin diğer ortaklarca iptal edilebileceğinden bahsedilmesi isabetsiz olup doktrinde de eleştirilmiştir. Bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.100; Şener, **Adi Ortaklık**, s.384; Barlas, **a.g.e.**, N.194, dn.275.

[307] Yarg. 13. HD., E.1987/2586 K.1987/3019 T.20.05.1987: *"****Ne varki davalı Mümin bu ortaklıktaki payını davacının rıza ve muvafakatını almadan ortaklık dışındaki diğer davalılardan Yılmaz ve Şaban'a noter senediyle devir etmiştir.*** *Davacı bu devire rızası olmadığından ortaklığın fesih ve tasfiyesini istemiştir. Borçlar Kanununun 532. maddesine göre ortakların muvafakatı olmadan dışardan bir ortak alınması veya ortaklık payının devir edilmesi* ***geçersizdir****.* ***Ancak davalı Mümin'in bu davranışı ortaklığın ihlali niteliğindedir. Bu nedenle davacı ortaklığın fesih ve tasfiyesini isteyebilir.*** *Bu durumda mahkemece davacıya ortaklığın devamına zorlamak sözleşmenin amacına aykırıdır. Kaldı ki davalı da davacı ile ortaklığı sürdürmek istediğini bildirmemiştir. Öyleyse ortaklığın fesih ve tasfiyesine karar verilmeli ve …"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021). Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.97.

ziyade, bu davranışın somut olayda bilhassa sadakat veya sır saklama borcunu ihlal edip etmediğine bakılmalıdır[308].

Diğer ortakların rızası, sadece tasarruf işlemi için aranır, borçlandırıcı işlem için böyle bir gereklilik yoktur[309]. Yine kâr payı, tasfiye payı gibi ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı olmayan haklar (yani malvarlıksal haklar) üzerindeki tasarrufun[310], ortaklık sıfatı üzerindeki tasarruftan ayrıldığı burada hatırlatılmalıdır[311]. Bunların devri için diğer ortakların rızası gerekmez[312].

Devre verilecek rıza, kural olarak oybirliğiyle alınan ortaklık kararını gerektirir[313]. Bununla birlikte, ortaklık sıfatının devrine önceden ortaklık sözleşmesinde genel olarak[314] veya devralabilecek kişilerin çevresi belirlenmiş şekilde izin verilmesi mümkündür[315]. Aksi taktirde, her bir somut olay için bu rızanın verilmesi gerekir[316]. Bu durumda rıza, işlemin öncesinde izin (Einwilligung) veya sonrasında onay (Genehmigung) şeklinde verilebilir[317]. Bu izin veya onay beyanı, herhangi bir şekle tabi değildir ve hatta (kâr payının ödenmesi gibi) örtülü olarak da

---

[308] Yongalık, **Sermaye Payı**, s.99-100.

[309] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.21; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.10; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.36. Fakat diğer ortakların rızası şartı sağlanamadığında tasarruf eksikliği sebebiyle borçlandırıcı işlem ifa edilemeyecektir (Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.36).

[310] Bilge, **a.g.e.**, s.452, bu hakları devralan kişi, ortaklıkta yönetim yetkisi, oy hakkı, ortaklık işlerini inceleme hakkı, ortaklığın feshini isteyebilme gibi hakları kazanmış olmaz.

[311] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, A.

[312] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.7; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591.

[313] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10.

[314] İlk bakışta adi ortaklığın bünyesine ters görünse de ortaklık sıfatının daha az kişisel özellikler taşıdığı bir adi ortaklıkta ortaklık sıfatının serbestçe devredilebileceği sözleşmede kararlaştırılabilir. Fakat bunun sözleşmede açıkça öngörülmesi şarttır (von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8).

[315] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8; Pieper, **a.g.e.**, s.69, dn.32. Önceden ortaklık sözleşmesinde rıza verilebileceğini belirterek aynı yönde bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.10. Ortaklık sözleşmesinde verilen rızanın haklı sebeple geri alınması hakkı da saklı tutulabilir (Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.29).

[316] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.29; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10; Pieper, **a.g.e.**, s.69, dn.32; Müller, **Mitgliedschaft**, N.338; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.109; Zobl, **BK**, Art.899, N.136.

[317] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10; Müller, **Mitgliedschaft**, N.339. Aynı esas, sözleşmenin devri işlemi açısından da geçerlidir (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.618)

verilebilir[318]. Fakat önceden diğer ortaklarca verilen izin, henüz devir işlemi yapılmadan geri alınmış ise devir geçerli olmaz[319].

Ortaklık sözleşmesiyle veya ortaklık kararıyla yetki verilmişse idareci ortağın/ortakların rızası bu hususta yeterli olur[320]. Keza, sözleşmede çoğunluk kararıyla da bu rızanın verilebileceği öngörülebilir[321]. İsviçre hukukunda *Handschin/Vonzun*'a göre, çoğunluk kararıyla verilecek rızanın geçerliliği için önceden ortada belirli bir "karar konusu" olmalı yani, çoğunluk kararıyla ortaklığa alınabilecek kişiler, belirli veya objektif olarak belirlenebilir olmalıdır[322]. Alman hukukunda ise çoğunluk kayıtları bakımından kural olarak, devralabilecek kişi çevresinde sınırlandırma yapılmasının gerekmediği kabul edilmektedir[323]. Bu yaklaşımın Türk hukuku bakımından da geçerli olması gerektiği söylenmelidir.

Bundan başka, Alman hukukunda eskiden kabul edilen görüşe göre, sözleşmede genel olarak yer alan bir çoğunluk kaydının (Mehrheitsklauseln), ortaklık sıfatının devrine verilecek rıza bakımından da uygulanabilmesi için bu hususun

---

[318] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.29; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.9; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.37. Nitekim İsviçre hukukunda sözleşmenin devri müessesesi açısından da benzer bir yaklaşım geçerlidir. Sözleşmede kalan taraf, devralacak üçüncü kişiye karşı sözleşmenin tarafı gibi muamelede bulunursa (örneğin; ihtar, fesih ihbarı ya da seçim hakkı gibi yenilik doğuran hakların kullanılması), sözleşmenin örtülü olarak devredildiği sonucu çıkarılabilmektedir (Becker, **BK**, Vorbem. zu Art.164-174, N.7; Spirig, **a.g.e.**, Vorbem. zu Art.175-183, N.237).
Türk hukukunda ise sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği iznin veya sonradan vereceği onayın, TBK m.205/3 uyarınca devredilecek sözleşmenin şekline tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu izin ya da onayın, devredilecek sözleşmenin şekline tabi olmadığı fikrinde bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.618. Aksi görüşte bkz. Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1428; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1083. Fakat adi ortaklık sözleşmesi kanunen şekle tabi olmadığından, burada bu tartışma söz konusu olmaz. Dolayısıyla, diğer ortakların devir için verecekleri izin ya da onay kanunen bir geçerlilik şekline tabi değildir.

[319] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.30; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.10.

[320] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.29; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10.

[321] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8; Müller, **Mitgliedschaft**, N.345. Aynı şekilde Alman hukuku için bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.28; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8; Grunewald, **a.g.e.**, s.68. Aksi kararlaştırılmamışsa çoğunluk, "kişi sayısı"na göre belirlenir (Kopfstimmprinzip). Fakat çoğunluk hesabı için örneğin, katılım (sermaye) payı miktarı gibi başka bir ölçütün de kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.534, N.8; von Steiger, **a.g.e.**, s.396; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.49; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art.184-551)**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1972, s.251; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.30; **BSK**/Handschin, Art.534, N.4; Müller, **Mitgliedschaft**, N.345, dn.937; Şener, **Adi Ortaklık**, s.286.

[322] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.37.

[323] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.21; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.28.

sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması gerekirdi[324]. Örneğin Alman Federal Mahkemesi 1960 tarihli bir kararında[325], ortaklık sözleşmesinde çoğunluk ilkesinin geçerli olacağı kararlaştırılmışsa bunun prensip olarak, sadece ortaklığın yönetimiyle ilgili olduğunu, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi açısından ise uygulanmayacağını belirtmiştir. Federal Mahkeme bu nedenle sözleşmede bulunan çoğunluk kaydına rağmen ortaklık sıfatının devri için tüm ortakların rızasının gerektiğine hükmetmiştir.

Fakat yine Alman Federal Mahkemesi'nin 2014 tarihli bir kararıyla[326] birlikte artık, özellikle ortaklık payının devrine özgü bir çoğunluk kaydının sözleşmede olması gerekli görülmemektedir[327]. Federal Mahkeme bu kararında, sözleşmedeki çoğunluk kaydının kapsamının, -önceden egemen olan- "belirlilik ilkesi"ne (Bestimmtheitsgrundsatz) göre değil, -genel yorum ilkeleri çerçevesinde- ortaklık sözleşmesinin yorumlanmasına göre tespit edileceğine hükmetmiştir. Eskiden, sözleşmedeki genel mahiyetteki "çoğunluk kayıtları"nın (allgemeine Mehrheitsklauseln) dar yorumlanacağı veya "olağan işlemler"le sınırlı olduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla da bu kayıtların, "olağan dışı işlemler" ile "ortaklığın temelini ilgilendiren işleri" kapsamadığı yönündeki "belirlilik ilkesi", eskiden bir yorum kuralı olarak görülmekteydi. Ne var ki Federal Mahkeme'ye göre bunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılması gereken; somut olayda ortaklık sözleşmesi yorumlanmak[328] suretiyle ortaklık sıfatının devri için gerekli rızanın, tarafların iradesine göre çoğunluk kararına tabi konulardan olup olmadığını belirlemektedir[329]. Taraf iradelerini esas alan bu çözüm tarzı, Türk hukuku açısından da kabul edilmelidir.

---

[324] Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.21.
[325] BGH, 14.11.1960 - II ZR 55/59 (www.prinz.law, E.T.22.08.2020)
[326] BGHZ 203, 77 (www.openjur.de, E.T.28.08.2020).
[327] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.28.
[328] Burada ortaklık sözleşmelerinin yorumlanmasına ilişkin genel bir bilgi vermek gerekirse; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1969 tarihli bir kararına (BGE 95 II 547, s.553) göre, irade beyanlarının güven teorisi (Vertrauensprinzips) çerçevesinde yorumlanacağına dair temel ilke, şahıs ortaklıklarının esas sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Federal Mahkeme, sözleşmenin içeriği yorumlanırken ortaklığın karakteri [örneğin geçim sağlamayı amaçlayan bir aile işletmesi (Familienunternehmen) olması] gibi sözleşme metni veya tescil dışında kalan harici unsurları da nazara almıştır (Holger Fleischer, "Die Auslegung von Gesellschaftsstatuten: Rechtsstand in der Schweiz und rechtsvergleichende Perspektiven", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**, Heft 4, Zürich, 2013, s.509).
Keza doktrindeki hâkim görüşe göre, sözleşmesel yorum ilkeleri, şahıs ortaklıklarının esas sözleşmeleri açısından da uygulanır (Fleischer, **a.g.m.**, s.510; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.169).
[329] BGHZ 203, 77, N.18. (www.openjur.de, E.T.28.08.2020).

Değinilebilecek bir başka konu, ortaklıklar hukukuna ilişkin kuralların ve bu bağlamda sadakat yükümlülüğünün de nazara alınması gerektiğidir[330]. Alman hukukunda savunulan fikre göre, diğer ortakların kabul etmesi beklenemeyecek bir kişiye (örneğin ortaklığa rakip olan bir kişiye) yapılan ortaklık sıfatı devri geçerli olmaz[331]. Zira bu durum, kural olarak devralanın ortaklıktan çıkarılması için (BGB § 737) haklı sebep teşkil eder[332] ve ortaklıktan çıkarmayı haklı kılan bir durum, devrin baştan itibaren geçersiz sayılmasını gerektirir[333].

Diğer taraftan, kimi hallerde ortaklık sözleşmesine veya sadakat yükümlülüğüne dayanılarak devreden ortağın, devre rıza verilmesini diğer ortaklardan talep edebileceği savunulmaktadır[334]. Bu durumda, devreden ortağın buna yönelik açacağı dava sonucundaki mahkeme kararı, diğer ortakların rıza beyanı yerine geçer ve bu şart sağlanmış olur.

(2) Rıza Şartının Hukuki Niteliği

Alman hukukunda eskiden hâkim olan görüş, devrin hüküm ifade etmesi için diğer ortakların rızası aranmasını, BGB §719 I hükmündeki tasarruf yasağına dayandırmaktaydı. Fakat artık bu gereklilik, *"kişi ortaklıklarının sıkı sıkıya şahsa bağlı karakter taşıyan birleşmeler"* olarak görülmesiyle açıklanmaktadır[335]. Böylece ortaklar, iradelerine aykırı olarak istemedikleri bir kişiyle ortak olmaya zorlanamazlar[336].

Yine Alman hukukunda rızanın hukuki niteliği ve bu bağlamda geriye etkili sonuç doğurup doğurmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Huber*, ortakların rızasının, BGB §145 anlamında "sözleşme beyanı" (Vertragserklärung)

---

330 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.30; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10.
331 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.30.
332 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.30; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.8.
333 Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.15.
334 **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10. Aynı yönde bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.166. Aksi kanaatte bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.38.
335 Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.21; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27. Şahıs ortaklıklarının; az kişiden oluşan, "kişisel birliğe", "kişisel güvene" ve "birlikte çalışmaya" dayanan topluluklar olduklarını belirterek aynı yönde bkz. Huber, **a.g.e.**, s.388.
336 **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.8. Esasen ortakların yabancı bir kişiyle ortak olmak istemeyecekleri; hem tarafların farazi iradelerinden (sübjektif olarak) hem de şahıs ortaklarının mahiyetinden (objektif olarak) çıkacak doğal sonuçtur (Huber, **a.g.e.**, s.388).

değil, §182 anlamında "tek taraflı rıza açıklaması" (einseitige Zustimmung) olduğunu savunmaktadır[337]. Yazara göre bu durum, limited şirket sözleşmesinde pay devrinin ortakların rızasına bağlı tutulmuş olması haline benzer[338]. Ortakların rızası, "sözleşme beyanı" değil de devrin hüküm ifade etmesi için bir "tamamlayıcı unsur" olarak görülür[339] ise, rızanın geriye etkili (ex tunc) sonuç doğuracağı söylenecektir[340]. Dolayısıyla, diğer ortakların rızası şartının sağlanmadığı süreçte işlem, askıda hükümsüz (schwebend unwirksam) durumdadır[341].

Bir başka görüşe[342] göre ise, diğer ortakların rızası, "sözleşme beyanı" niteliğindedir. Çünkü ortaklık sıfatının devri, "sözleşmenin devri" mahiyetindedir ve bu işlem de BGB §311 I kapsamında tüm tarafların iradesiyle "hukuki ilişkide (sözleşmenin içeriğinde) değişiklik yapılması" anlamına gelir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ortaklık sözleşmesinde ortaklık sıfatının devredilebilir olduğu kararlaştırılmamış ise, BGB §311 I uyarınca tüm ortakların bu sözleşme değişikliğine yönelik §145 anlamında "sözleşme beyanı" gerekir. Hal böyle olunca, ortakların rızasının aranmasını*, "ortaklığın sıkı sıkıya şahsa bağlı karakter taşıdığı"* gerekçesiyle açıklamaya da ihtiyaç duyulmaz[343]. Bu şekilde meseleye bakılırsa, ancak son ortağın rızasını içeren beyanın ulaşması ile devir gerçekleşeceğinden, ortakların rızası geriye etkili bir sonuç doğurmaz[344].

---

[337] Huber, **a.g.e.**, s.389. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.337.

[338] Huber, **a.g.e.**, s.389. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki; Türk hukukundan farklı olarak, Alman Limited Şirketler Kanunu § 15 V uyarınca, şirket ana sözleşmesinde ortakların onayı gibi başkaca bir gereklilik öngörülmediği müddetçe limited şirket payı serbestçe devredilebilir. Bu hususta bkz. Demirkapı, **a.g.e.**, s.297.

[339] Bu görüşte bkz. Huber, **a.g.e.**, s.389; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.27; Müller, **Mitgliedschaft**, N.337; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.108. Alman hukukunda çoğunlukla, ortakların vereceği rızanın, BGB §182 anlamında izin veya onay olarak görüldüğüne dair ayrıca bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10; Müller, **Mitgliedschaft**, N.339.

[340] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.38; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 719, N.10; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.16. Şüphe halinde BGB § 184 I gereği onamanın geriye etkili olacağını belirterek aynı yönde bkz. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.10.

[341] Ulmer, **a.g.e.**, §719, N.22; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.10; **BeckOK-BGB**/Schöne, N.10; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, § 719, N.17; Müller, **Mitgliedschaft**, N.339, dn.922'de anılan yazarlar.

[342] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14.

[343] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14. Ayrıca karş. Früh, **a.g.e.**, s.150, yazar, ortaklık sıfatının devrini, "sözleşmenin devri" olarak nitelendirmesine rağmen, devir için diğer ortakların rızasının aranmasını, ortaklığın, ortakların kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmasına dayandırmıştır.

[344] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.14, açıkça ya da örtülü olarak rıza verdiği yönünde bağlayıcı beyanda bulunan ortaklar, son ortağın bu hususdaki iradesini açıklamasına kadar bu beyanlarıyla bağlı olacaklardır.

İsviçre hukukunda ise, genellikle diğer ortakların rızası bir "tamamlayıcı unsur" olarak görülmesine rağmen, bu rızanın geriye etkili olmadığı kabul edilmektedir[345]. *Müller* bu duruma, İsviçre doktrininde kabul edilen "onamanın geriye etkili olması" prensibinin[346], şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatı devri işleminin niteliğiyle bağdaşmayacağını gerekçe göstermiştir[347]. Çünkü yazara göre, buradaki durum, üçüncü bir kişinin kendisine yabancı bir işleme onay vermesi değil, "ortaklık içi iradenin oluşum süreci" (gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess) mahiyetindedir[348]. Dolayısıyla, ortaklığa ait "iradenin oluşum süreci" (Willensbildungsprozess)[349] ile "tasarruf işlemi olgusu"nun (Verfügungstatbestand) birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir[350]. Devir işleminin hüküm ifade etmesi, birbirinden bağımsız bu iki unsurun gerçekleşmesine bağlı olduğundan, ancak son rıza açıklamasının ulaşmasından itibaren devir işlemi hüküm ve sonuç doğurur[351]. Keza bu husus, başka pratik sonuçları da bünyesinde barındırır. Şöyle ki; devir işlemine rıza için oyçokluğuyla karar alınacağı kararlaştırılmışsa, payını devredecek ortağın bu kararın alınmasına katılıp katılamayacağı sorunu ortaya çıkacaktır[352]. *Müller*'e göre, eğer rızanın, Alman hukukunda olduğu gibi tasarruf işlemiyle birlikte "tek bir hukuki işlem" (einheitlichen Rechtsakt) oluşturduğu kabul edilirse, devredecek ortağın oy hakkı bulunmadığı söylenecektir[353]. Zira aynı kişinin bir hukuki işlemde hem "sözleşme tarafı" hem de "rıza vermeye yetkili kişi" (zustimmungsbefugte Person)

[345] Müller, **Mitgliedschaft**, N.343; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.110; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.36.
[346] Alman hukukunda bu husus, BGB §184 ile açıkça yasal hükme bağlanmıştır (Müller, **Mitgliedschaft**, N.342, dn.927).
[347] Müller, **Mitgliedschaft**, N.342.
[348] Müller, **Mitgliedschaft**, N.342. Fakat benzer bir durum, sözleşmenin devri açısından da söz konusu olmasına rağmen, kanunkoyucu, TBK m.205/2 hükmüyle sözleşmede kalan tarafın "izin" veya "onay" vermek suretiyle devir sözleşmesinin yapılabileceğini kabul etmiştir.
[349] Devir için onay verilmesine ilişkin bu irade, ortaklık sıfatının devredilebilir olmasını ve devreden ortağın tasarruf yetkisi kazanmasını sağlar (Müller, **Mitgliedschaft**, N.343).
[350] Müller, **Mitgliedschaft**, N.343, buna karşın, Alman hukukunda "rıza" ve "tasarruf işlemi"nin tek bir hukuki işlemde birleştiğinin kabul edildiği belirtilmektedir.
[351] Müller, **Mitgliedschaft**, N.343. Bu durum limited şirkette pay devrinin kural olarak ortakların onayı ile hüküm doğurmasına benzer (Müller, **Mitgliedschaft**, N.344).
[352] Müller, **Mitgliedschaft**, N.345. Limited şirkette payı devredecek ortağa bu hususta oy hakkı tanınacağının kabul edildiği ve bunun şahıs ortaklıklarına da uygulanabileceği belirtilmektedir. Ayrıca bu durum bir "menfaat çatışması" olarak değil "pay devrinin sınırlandırılması" ile ilgili görülmektedir. Bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.346.
[353] Müller, **Mitgliedschaft**, N.348.

olması isabetli değildir[354]. Diğer taraftan, "ortaklık iradesinin oluşumu" ile "tasarruf işlemi olgusu" ayrı kabul edilirse, limited şirkette de olduğu gibi, devredecek ortak rıza için alınacak kararda oy hakkına sahiptir[355].

Benzer şekilde, sözleşmenin devrinde de sözleşmede kalan tarafın rıza beyanının, devir sözleşmesi bakımından "kurucu" mu yoksa sadece "onay" niteliğinde mi olduğu ve buna göre, devir işleminin hangi anda hüküm ifade edeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur[356]. *Ayrancı*'nın söz konusu rıza beyanının esasen, geçmişe etkili sonuç doğurmaması gerektiğini savunduğu anlaşılmaktadır[357]. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde sözleşmede kalan tarafın rızasının geçmişe etkili olması, amaca ve tarafların iradesine uygun olmaz[358]. Her ne kadar TBK m.205/2'de sözleşmede kalan tarafın onaylaması suretiyle sözleşmenin devredilebileceğinden bahsedilse de buradan -duruma göre- sözleşmede kalan tarafın beyanının devir sözleşmesinde "kurucu" değil "tamamlayıcı" nitelikte de olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu ihtimalde onayın geçmiş etkili olup olmayacağı hakkında bu hükümde bir açıklık bulunmamaktadır.

Özetle, ortaklık sıfatının devri sözleşmesine diğer ortakların taraf olarak katılabileceğini veyahut önceden izin ya da sonradan onay verebileceklerini yukarıda belirtmiştik[359]. Diğer ortakların onay vermek suretiyle devrin gerçekleştiği durumda bu onay, geçmişe etkili sonuç doğurmaz. Bu durum, *Müller*'in yukarıda aktardığımız gerekçelerine dayandırılabileceği gibi, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayının esasen geçmişe etkili olmayacağıyla da izah edilebilir. Diğer ortakların

---

[354] Müller, **Mitgliedschaft**, N.348. Fakat *Schäfer,* Alman hukukunda baskın görüşün, payını devretmek isteyen ortağın da devre verilecek rızaya ilişkin ortaklık kararına (Zustimmungsbeschluss) katılabileceği yönünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.28.

[355] Müller, **Mitgliedschaft**, N.348, burada "menfaat çatışması" gerekçesiyle payını devredecek ortağın oydan yoksun bırakılmamasının nedeni ise; ortaklık sıfatının devredilebilirliğinin, ortakların özel alanıyla değil ortaklık hukukuyla ilgili bir konu olmasına dayandırılmaktadır.

[356] "Sözleşme teorisi"ne göre, kalan ortağın rıza beyanı, sadece bir onay değil kurucu niteliktedir. Dolayısıyla bu teoriye göre sözleşmenin devri üç taraflı bir sözleşme ile mümkün olup, sözleşmenin devri ancak üç tarafın bu hususta anlaştığı anda hüküm doğurur. Buna karşılık, "tasarruf teorisi"ne göre, sözleşmenin devri, iki taraf arasında bu hususta yapılacak sözleşmeye diğer tarafın onay vermesiyle gerçekleşir. Hal böyle olunca, sözü edilen teori çerçevesinde diğer tarafın verdiği onay, geçmişe etkili olur ve iki taraf arasında yapılan devir sözleşmesi anında sözleşmenin devri hüküm doğurur. Tüm bunlara ilişkin bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s.104 vd., 172 vd.

[357] Ayrancı, **a.g.e.**, s.172-173 ve aynı yer dn.191.

[358] Ayrancı, **a.g.e.**, s.172-173.

[359] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, IV, C, 2, a.

verecekleri onayın geçmişe etkili olması, ortaklığın iç ve dış ilişkideki işlemleri bakımından karışıklığa yol açabileceğinden hukuki güvenlikle de bağdaşmaz.

Devreden ortağın henüz ortaklık sıfatı devam ettiğine göre, devre onay verilmesi konusundaki ortaklık iradesinin oluşumuna katılacağı yani oy hakkının bulunduğu söylenmelidir[360]. Bununla birlikte, devreden ortak bu konuda olumsuz oy kullanırsa devir sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranmış olur[361].

Ayrıca, devralan ortaklardan biri ise, bu ortak da devre onay verilmesine ilişkin ortaklık kararının alınmasında oy hakkına sahiptir[362].

(3) Rıza Gösterilmemesinin Sonuçları

Diğer ortaklar rıza vermeyi reddederse ortaklık sıfatının devri işleminin nasıl bir sonuç doğuracağı konusuna da ayrıca değinmek gerekir. Fakat öncelikle burada bir ayrım yapılmalıdır. Taraflar, "ortaklık sıfatının devrini" değil de ortaklık sıfatından doğan devredilebilir nitelikteki hakların (malvarlıksal hakların) tümünün veya bir kısmının devrini kararlaştırmış olabilirler. Sözü edilen işlem, payın tek taraflı devri işlemi olup, buna uygulanacak kurallara daha önce değinmiştik[363]. Burada cevap aradığımız soru ise; taraflar, diğer ortakların rıza göstereceği düşüncesiyle "ortaklık sıfatının devri" işlemini yapmış fakat rıza şartı sağlanamamışsa bu işlemin akıbetinin ne olacağıdır.

Bir görüşe göre, böyle bir olasılıkta (yani ortaklık sıfatının devrine rıza gösterilmemişse) yazılı olarak yapılmış devir sözleşmesi, alacağın devri (TBK m. 183) hüküm ve sonuçlarını doğurur[364]. Dolayısıyla, devralan kişi, ortaklık payına bağlı malvarlıksal hakların (örneğin kâr payı) kendisine ödenmesini doğrudan ortaklıktan talep edebilecektir[365]. Bu yönüyle, diğer ortaklara rıza gösterip göstermeyeceklerinin sorulması amacıyla devrin bildirilmesi, alacağın devrine ilişkin bildirim (TBK m.186)

---

[360] Limited şirket payının devri bakımından bu yönde bkz. Öz, **a.g.m.**, s.375; Demirkapı, **a.g.e.**, s.319,320, yazar doktrindeki baskın görüşün de bu şekilde olduğunu ifade etmektedir.
[361] Öz, **a.g.m.**, s.375.
[362] Limited şirket payının devri açısından baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Demirkapı, **a.g.e.**, s.319.
[363] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, A.
[364] Şener, **Adi Ortaklık**, s.381-382. Paya bağlı malvarlıksal hakların devralana intikal edeceği kanaatiyle aynı anlamda bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.194; Peksöz, **a.g.e.**, s.275.
[365] Şener, **Adi Ortaklık**, s.382.

işlevi de taşır ve artık diğer ortaklar, devralan kişi yerine devreden ortağa (kâr payı gibi) malvarlıksal hakları ödemekle borçtan kurtulamazlar[366]. Buna rağmen ortaklık, devreden ortağa ödeme yapmışsa, devralan kişinin önünde iki seçenek bulunur. Devralan, ortaklıktan veyahut kâr payı kendisine ödenmiş olan devreden ortaktan bunu talep edebilir[367].

İkinci bir görüşe göre, devreden ile devralan arasında bir iç ortaklık ilişkisi (alt katılım ortaklığı) meydana gelir ve bu nedenle, devralan kişi ortaklığa karşı değil, sadece devredene karşı talep hakkına sahip olur[368]. Nitekim Yargıtay bir kararında, diğer ortakların devre rıza göstermemesi nedeniyle devredenin ortaklık sıfatı devam ettiğine ve bu bakımdan bu ortağın (devredenin) kâr payı isteminde bulunabileceğine hükmetmiştir[369]. Bu karardan devir işleminin diğer ortakların rızası bulunmaması nedeniyle, alacağın devrine çevrilmediği anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararına göre, diğer ortakların devre rıza vermemesi halinde, bu işlem devreden ile devralan arasında bağlayıcı olup, devreden kendisine yapılan kâr payı ödemelerini devralana ödemekle yükümlüdür[370]. Yargıtay bir diğer kararında, taraflar arasında devir bedelinin tüm taksitlerinin ödenmesinden sonra ortaklık payının devredileceği kararlaştırılmış fakat bu süreçte ortaklık sona ermişse, devir sözleşmesinin geçersiz

---

[366] Şener, **Adi Ortaklık**, s.382-383.

[367] Şener, **Adi Ortaklık**, s.383, devralan kişiye ikinci kez ödemede yapmak durumunda kalan ortaklık, devreden ortağa bunu rücu edebilir.

[368] Anlaşıldığı kadarıyla bu görüşte olan yazarlar için bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.98; Tamer Bozkurt, **Şirketler Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2019, s.87. Devredenin, ortaklıktan elde edilen menfaatlerin kendisine verilmesini devralandan isteyebileceği kanaatiyle aynı yönde bkz. Pulaşlı, **a.g.e.**, §3, N.75; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s.37. Benzer şekilde *Siegwart*'a göre, devralan, en azından devredilebilir nitelikteki hakların (frei abtretbaren Rechte) kendine devredilmesini isteyebilir fakat bu durumda, devredenin devam eden ortaklık sıfatından doğan borçlarını devredene ödemekle yükümlü olur (Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.8).

[369] Yarg. 13. HD., E.1986/3778 K.1986/4542 T.29.09.1986: *"Davacının ortaklık hissesini bu maddede* (yani BK m.532'de) *anılan kurallara uygun olarak Döndü'ye devretmediği* ***ve diğer ortakların rızasını almadığı, bu nedenle davacının şirketteki ortaklığının devam ettiği kabul edilmelidir.*** *Esasen davalılar vekili de, devir işlemini sonradan öğrendiklerini ve yasaya uygun olmadığını öne sürmüştür.* ***Bu devre rağmen davacının ortaklığı devam ettiğinden talep edilen 31.12.1983 tarihine kadar hesap edilen kar payının hüküm altına alınması gerekir****."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021).

[370] Yarg. 13. HD., E.1986/2015 K.1986/2240 T.14.04.1986: *"Ayrıca adi ortaklığın diğer ortakları da devre ve davacıların da ortaklığa dahil olmalarına muvafakat etmemişlerdir.* ***Bu durumda davacılar kiremit ve tuğla fabrikasının mal varlığına göre murislerine devir edilen bir payın karşılığını teşkil eden para tutarını davalıdan*** (yani devredenden) ***isteyebilirler.****"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.03.2021). Bu karara konu olayda, diğer ortaklar kar payını ödemesini devredene yapmış, devralan da bu ödemenin kendisine verilmesini devredenden istemiştir. Fakat kararda, devreden ile devralan arasındaki ilişkiye alacağın devri mi yoksa iç ortaklık kuralları mı uygulanacağını konusu açık bırakılmıştır.

hale geleceğine hükmetmiştir[371]. Bu karardan da ortaklık payı (sıfatı) devri sözleşmesinin, tasfiye ortaklığındaki ortaklık sıfatının devrine veya tasfiye payının devrine çevrilmek suretiyle ayakta tutulmadığı anlaşılmaktadır.

Karma şekilde bir uygulamadan yana olduğu anlaşılabilen üçüncü görüşe[372] göre ise, burada alacağın devri ile adi ortaklık hükümleri bir arada uygulanır.

Kanaatimizce meseleye diğer ortakların "rıza"sı şartının, ortaklık sıfatının devri işlemindeki etkisi yönünden bakılmalıdır. Şöyle ki, her tasarruf işlemi gibi ortaklık sıfatı devrinin geçerliliği için de devreden ortağın tasarruf yetkisi bulunmalıdır[373]. Buradaki tasarruf yetkisi, ortak sıfatına sahip olmaya ve diğer ortakların devir işlemine rıza göstermelerine bağlıdır[374]. Dolayısıyla bunlardan birinin

---

[371] Yarg. 11. HD., E.2015/14745 K.2017/2416 T.25.04.2017: *"**Dava, adi ortaklık payının satışına ilişkin bakiye devir bedelinin tahsili için yapılan icra takibine vaki itirazın iptali davası olup, mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.** Ancak taraflar arasında düzenlenen "Ticari Ortaklık Payı Devir Sözleşmesidir." başlıklı sözleşmeyle davacı ... ... Madencilik San. A.Ş. ile yapmış olduğu adi ortaklıktaki ortaklık payını 200.000 TL bedel mukabilinde davalıya devretmiş ve devredilen ortaklık payı bedelinin 4 eşit taksitle ödenmesi ve **ödemeden sonra ortaklıktaki tüm hak ve borçların devralana devir ve temlik edileceği kararlaştırılmıştır.** ... **Ne var ki davadışı diğer adi ortak ... Madencilik San. A.Ş. tarafından adi ortaklık 19.03.2013 tarihinde davacı ...'nun adi ortaklık payı bedelini sözleşmeye uygun olarak ödememesi nedeniyle feshedilmiştir.** Davacı, bu fesih nedeniyle dava açtığını, feshe karşı çıktığınıda iddia etmemektedir. Fesih tarihine kadar davalı, davacının beyanına göre ilk taksitten 37.712,32 TL ödemiş, 2., 3. ve 4. taksitleri ise ödememiştir. **Bu durumda, adi ortaklık payının devir borcunun doğmasından önce adi ortaklık feshedilip davacının devredebileceği bir payda kalmadığından davacının devir bedelinin tahsilini istemesi mümkün bulunmamaktadır.** Davalının, ... Madencilik San. A.Ş'nin yönetim kurulu başkanı olması, ... Madencilik San. A.Ş. ile davacı arasındaki adi ortaklık sözleşmesinin davacının 300.000 USD olan pay bedelini ödememesi nedeniyle sözleşmenin feshine etkili bulunmadığı gibi bu davaya da etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının ... Madencilik San. A.Ş'ne ödemesi gereken ortaklık payını ödememesi nedeniyle aralarındaki **adi ortaklık sözleşmesinin feshedildiği ve bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin 3/b maddesi gereğince ödemelerin yapılmasından sonra davalıya devredilecek ortaklık payının da bulunmadığı gözetildiğinde davanın reddine karar verilmesi gerekmekle** mahkemece verilen kararın bozulması gerekmiştir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.19.02.2020). Bu karardaki karşı oy yazısında ise, pay devralan davalının, aynı zamanda (dava dışı) diğer ortak olan şirketin yönetim kurulu başkanı ve hâkim ortağı olduğuna dikkat çekilmiş ve davalının, (dava dışı diğer ortak) şirketin *"fesih iradesini biçimlendirmiş olduğu"* ifade edilmiştir. Bu nedenle, davalının, pay bedellerini ödemede temerrüde düşmesinden sonra (dava dışı diğer ortak) şirketin ortaklığı feshettiğini ve yine bu şirketin devre onay vermediğini ileri süremeyeceği çünkü böylelikle davalının şartın gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olduğu belirtilmiştir. Fakat anılan karara karşı başvurulan karar düzeltme talebi reddedilmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD., E.2017/3712 K.2019/5905 T.27.09.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.19.02.2020).

[372] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.97, yazarlar, işlemin gizli olarak yapılmış olması halinde ise iç ortaklık kurallarının uygulanacağını savunmaktadırlar.

[373] Ortaklık sıfatının devri sözleşmesinin, tasarruf işlemi vasfını da taşıdığına dair bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, IV, C, 2, a.

[374] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.161; Müller, **Mitgliedschaft**, N.349; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.116; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.32.

eksikliği halinde, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle devir işlemi esasen geçersiz olacaktır[375]. Ayrıca burada iyi niyetin, tasarruf yetkisi eksikliğini giderici bir etkisi yoktur[376]. Nitekim alacağın devrinde de bu hususta devralanın iyi niyeti korunmaz[377].

Hal böyle olunca, diğer ortakların rıza göstermediği durumda tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle ortaklık sıfatının devri sözleşmesi, kural olarak geçersiz kabul edilmelidir. Bu işlemin her hâlükârda alacağın devri veyahut iç ortaklığa çevrilmesi suretiyle devreden ile devralan arasında geçerliliğini koruyacağı söylenemez[378]. Böyle bir yaklaşım tarafların iradelerine de aykırı olabilecektir.

Ancak istisnaen, ortaklık sıfatını devralamamış olan bu kişi, malvarlıksal hakların kendisine verilmesini "devreden ortak"tan talep edebilir. Bunun için, tarafların, diğer ortaklarca rıza verilmeyeceğini bilselerdi böylesine sınırlı kapsamdaki bir devri istemiş olacakları söylenebilmelidir[379]. Çevirme (tahvil) müessesesini anımsatan bu çözüm tarzına, söz konusu işlem açısından biraz daha ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Çünkü çevirmenin bir şartı da tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilmemesidir[380]. Oysaki taraflar, diğer ortakların rıza vermemesi suretiyle işlemin geçersiz olabileceğini bilebilecek veya en azından öngörebilecek durumda olabilirler. Bununla birlikte, -doktrinde tartışmalı olsa da- askıda hükümsüz işlemler bakımından çevirme yolu tümüyle kapalı tutulamaz. *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da belirttiği gibi, eğer taraflar işlemi yaptıkları sırada eksikliğin ileride düzeleceği (konumuz açısından, diğer ortaklarca devre onay verileceği) hususunda *"hal ve*

---

[375] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.32; Müller, **Mitgliedschaft**, N.349; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.116.

[376] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.168; Müller, **Mitgliedschaft**, N.367; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.129; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.32; **SHK**/Schütz, Art.542, N.32.

[377] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.168; Müller, **Mitgliedschaft**, N.367; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.129.

[378] Kollektif şirketler bakımından sonuç itibariyle aynı görüşte bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.406. Yargıtay, maden ocağının işletilmesi hususunda kurulan adi ortaklıktaki ortaklık payının devredildiği, devredenin devralana karşı pay bedelini ödemediği iddiasıyla başlattığı icra takibine vaki itirazın iptali davasında, pay devri sözleşmesinin geçersizliğine ve devredenin pay bedelini talep edemeyeceğine hükmederken (devir henüz gerçekleşmeden önce ortaklığın feshedilmiş olmasının yanı sıra) diğer ortağın rızasının bulunmadığını belirtmiştir: *"… 31.12.2012 tarihli adi ortaklık payı devri sözleşmesine dava dışı ortağın muvafakatının bulunmaması nedeniyle **hisse devrinin geçersiz olmasına** … karar düzeltme isteğinin reddi gerekir."* Bkz. Yarg. 11. HD., E.2017/3712 K.2019/5905 T.27.09.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.19.02.2020).

[379] Karş. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.38, yazarlar bu değerlendirmeyi sadece devreden ortağın farazi iradesini esas alarak yapmaktadırlar.

[380] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §44, N.34.

şartların haklı gösterdiği güçlü bir kanaat sahibi olmuş iseler" çevirme imkânı mevcuttur[381]. Somut olayda çevirmenin mümkün olmadığı anlaşılıyorsa, diğer ortakların onay vermeyeceklerini bilen ya da hal ve koşullara göre öngörmesi gereken kusurlu ortaktan (yani devredenden) devir vaadine aykırılık nedeniyle doğan zararın giderilmesi (TBK m.112) istenebilir[382].

d. Devrin Diğer Ortaklara Bildirilmesi

Devir için diğer ortakların rıza göstermeleri gerekli olduğundan, devrin diğer ortaklara bildirimi gibi bir zorunluluktan çoğu zaman söz etmeye zaten ihtiyaç duyulmaz[383]. Fakat, ortaklık sözleşmesinde genel veya belirli durumlara özgü olarak diğer ortaklıklar önceden devre rıza göstermişse bu bildirim bir anlam taşır[384].

Bu durumda, -TBK m.186 (OR Art.167) hükmü kıyasen uygulanarak- ortaklık sıfatının devredildiği diğer ortaklara bildirilmelidir[385]. Yapılacak bu bildirim, ortak değişikliğini yani son duruma göre ortağın kim olduğunu içermelidir[386].

Bildirimin yapılmamış olması, devir işleminin geçerliliğini ve hüküm doğurmasını etkilemez[387]. Ne var ki bildirim yapılmamış ise, devir işlemine rağmen

---

[381] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §44, N.35.

[382] Sözleşmenin devri bakımından bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.620. Bu ihtimalde, diğer ortaklarca onayın verilmeyeceğini bilen kötüniyetli devredenin iradesine bakılmaksızın sadece iyi niyetli devralanın farazi iradesi esas alınarak çevirme yoluna başvurulabileceği de savunulabilir. Fakat bu durumun, iyi niyetli devralan aleyhine bir sonuç doğurmaması gerekir. Genel olarak bu görüşte bkz. ve karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §44, N.35.

[383] Müller, **Mitgliedschaft**, N.360; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.125; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.34.

[384] Müller, **Mitgliedschaft**, N.359; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.125; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.34.

[385] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.164; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Müller, **Mitgliedschaft**, N.358; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.124; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.34. Nitekim sözleşmenin devri yönünden de asıl sözleşmede devir için önceden izin verilmiş olabilir. Böyle hallerde, sözleşmede kalan taraf devirden haber olmadığı için dezavantajlı bir duruma düşürülmemeli, bu nedenle TBK m.186 ve 187 (OR Art.167 ve 168) hükümlerinin burada da uygulanabilmesi gerekir. Aynı kanaatte bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.254.

[386] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.164; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Müller, **Mitgliedschaft**, N.358; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.124.

[387] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.165; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.34. Keza sözleşmenin devri yönünden, asıl sözleşmede devir için önceden izin verilmiş olduğu hallerde bildirimin geçerlilik şartı olmadığı yönünde bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.253.

eski ortağa, ortak muamelesi yapılması (örneğin eski ortağa yapılacak kâr payı ödemesi) ortaklığı borçtan kurtarıcı bir etkiyi haizdir[388].

Bildirim, eski veya yeni ortak tarafından yapılabilir[389] ve özel bir şekle tabi değildir[390]. Hüküm ifade etmesi için bildirimin diğer tüm ortaklara ulaşmış olması gerekir[391]. Diğer ortaklar, bu bildirimin doğruluğunun şüpheli olduğu gerekçesiyle ortaklık ilişkisinden doğan herhangi bir edimi devralana ifadan kaçınamazlar. Ancak ortaklar devrin ispat edilmesini isterlerse, (örneğin devir sözleşmesi sunularak) bu husus ispatlanana kadar edim yükümlülüğü askıdadır. Dolayısıyla bu süreçte devralanın, örneğin ortaklık işlerini inceleme veya ortaklar kuruluna katılma talepleri reddedilebilir[392].

V. ORTAKLIK SIFATI DEVRİNİN SONUÇLARI

Ortaklık sıfatının devri, sadece ortağın şahsında bir değişiklik olup ortaklığın özdeşliğini (özellikle ortaklık malvarlığını ve sözleşmesini) etkilemez[393].

Ayrıca belirtmek gerekirse; Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre adi ortaklık payının devri, iş sözleşmeleri yönünden işyeri devri niteliğindedir[394]. Adi ortaklığın işveren olması halinde, ortakların durumundaki değişikliğin iş sözleşmelerini etkilemeyeceği doktrinde de belirtilmektedir[395].

---

[388] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.164-165; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.34; Müller, **Mitgliedschaft**, N.358; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.124.

[389] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.165; Müller, **Mitgliedschaft**, N.361; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.126.

[390] Müller, **Mitgliedschaft**, N.361; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.126.

[391] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.165; Müller, **Mitgliedschaft**, N.361; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.126. İsviçre hukukunda tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte "dış ilişkide birlik olarak muamele gören" kollektif ve komandit ortaklıklar bakımında da bu kural geçerlidir (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.165, dn.16).

[392] Müller, **Mitgliedschaft**, N.361; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.126.

[393] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167; Müller, **Mitgliedschaft**, N.363. Kollektif şirket bakımından aynı şekilde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.404; İmregün, **a.g.e.**, s.204. Ortaklık sıfatı devrinin, derdest davalar üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s.289 vd.

[394] Yarg. 9. HD., E.2018/4791 K.2018/20322 T.12.11.2018: *"Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.24.02.2020). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., E.2017/8911 K.2018/17879 T.09.10.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.24.02.2020); Yarg. 9. HD., E.2016/34544 K.2020/19456 T.21.12.2020 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.24.02.2020).

[395] Peksöz, **a.g.e.**, s.158.

Devir işleminin, devreden ve devralan yönünden iç (Innenverhältnis) ve dış (Aussenverhältnis) ilişkideki sonuçları ayrı ayrı aşağıda incelenecektir.

A. Devredenin Hukuki Durumu

1. Devredenin İç İlişkideki Hukuki Durumu

Devir işlemiyle birlikte ortaklık sıfatını devreden ortak, ortaklıktan çıkar ve kural olarak devredenin ortaklık sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları sona erer[396].

Ortaklık malvarlığındaki elbirliğiyle hak sahipliği de doğrudan devralana geçer[397]. Bu durum -önceden de belirttiğimiz gibi- elbirliği ortaklığında "ortaklık statüsü" ile ortaklık malvarlığındaki "elbirliğiyle hak sahipliği" arasında ayrılmaz bir bağ bulunmasından kaynaklanır[398]. Buna karşılık, ortaklıkta paylı hak sahipliği (Bruchteilsberechtigung) esası hakimse, ortaklık sıfatının devri, kendiliğinden ayni hak sahipliğinin de değişmesini sağlamaz[399]. Zira paylı hak sahipliğine dayanan ortaklıklarda "ortaklık statüsü" ile "ayni hak" arasında çözülmez bir bağ yoktur[400].

Devreden ile devralan arasındaki anlaşmaya göre, doğmuş kâr payı veya masraf tazmini talepleri gibi devredilebilir malvarlığı haklarının devredende kalacağı kararlaştırılabilir ve diğer ortakların bu hususta ayrıca rızası gerekmez[401].

---

[396] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.130; Müller, **Mitgliedschaft**, N.368; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.41; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167; Eren, **Özel Hükümler**, N.2906. Yarg. 13. HD., E.2010/4623 K.2010/5649 T.22.04.2010: *"Mahkemenin de kabulünde olduğu ve 13. 05. 2007 tarihli yazılı belgeden de anlaşıldığı üzere;* ***davacı, % 33lük hissesini davalı ortak İsmail Gürkana devrederek, karşılığını 5 adet Sivas burması bilezik olarak almış ve ortaklıktan ayrılmıştır. Ortaklık davacının, artık adi ortaklığın feshi ve tasfiyesini istemekte hukuki yararı bulunmamaktadır."*** (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.15.03.2021).

[397] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.130; Müller, **Mitgliedschaft**, N.368; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Buchner, **a.g.m.**, s.493. Bu anlamda bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167.

[398] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.130; Müller, **Mitgliedschaft**, N.368.

[399] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.131; Müller, **Mitgliedschaft**, N.369; BGE 134 III 597 (www.swisslex.ch, E.T.02.11.2020). Ortaklık sıfatının devriyle birlikte ortaklık malvarlığında yer alan unsurlar üzerindeki hakkın kendiliğinden devralana geçmesi bakımından, ortaklıkta elbirliğiyle veya paylı hak sahipliği esasının kararlaştırılmış olmasının bir önemi olmadığını belirterek aksi görüşte bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.41.

[400] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.131; Müller, **Mitgliedschaft**, N.369.

[401] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.133,149; Müller, **Mitgliedschaft**, N.371,390.

Alman hukukunda, bir kısım istisnalar[402] haricinde, devredenin, ortaklığa karşı ortaklık sözleşmesine dayanan henüz ifa edilmemiş borçlarından *("sosyal talepler"*den)[403] devreden ve devralanın müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmektedir[404]. Örneğin, devreden ortağın henüz ifa etmediği katılım payı borcundan veya hesap dönemi sonunda ortaklığın zarar ettiği tespit edilmişse zarara katılma borcundan devreden ve devralan, ortaklığa karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Öte yandan, devreden ortağın, ortaklığa karşı değil de ortakların şahsına karşı olan borçları (örneğin diğer bir ortağın rücu talebine dayanan borcu)[405] devralana geçmez[406].

Bununla birlikte, -devreden ve devralanın müteselsilen sorumlu olduğunu belirttiğimiz- *"sosyal talepler"*e ilişkin olarak devreden ile devralan arasındaki anlaşmalar, diğer ortakların rızası bulunmadığı müddetçe sadece tarafları arasında sonuç doğurur. Ödemede bulunan taraf, diğerinden rücu talebinde bulunabilir[407]. Fakat

---

[402] Alman hukukunda, sadakat yükümlüğünün (örneğin rekabet etmeme borcuna aykırılık) ya da ortaklığın idaresi görevinin ihlali nedeniyle meydana gelen zararların tazmini gibi doğrudan "ortaklık pozisyonu"ndan doğmayan borçlardan kural olarak devralanın sorumluluğu yoktur (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.45).
Bu ayrımın eleştiriye açık olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü bir ortağın örneğin sadakat veya rekabet yükümlüğüne aykırılık gibi sebeplerle ortaya çıkan tazminat borçları, "doğrudan ortaklık pozisyonundan doğmadığı" gibi bir gerekçeyle, "ortağın içinde bulunduğu hukuki durum"dan ayrı düşünülemez. Ortaklık sözleşmesinden doğan borçlar nasıl "ortaklık statüsü"ne bağlıysa, bu borçlara aykırı davranmakla doğan tazminat yükümlülükleri de "ortaklık statüsü"ne bağlıdır. Nitekim herhangi bir borca aykırılık sebebiyle doğan tazminat borcu, yine borç ilişkisindeki "ikincil edim yükümlülükleri"ndendir (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §2, N.7). Kaldı ki, "sözleşmenin devri"yle birlikte, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat yükümlülükleri de devralana geçer (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku II**, s.621).

[403] Özellikle Alman literatüründe yerleşmiş olan *"sosyal talepler"* (Sozialansprüche) kavramı, ortaklığın (Gesamthand) ortaklardan her birinin şahsına karşı, ortaklık sözleşmesinden doğan haklarını ifade eder. Bunların başında; ortakların katılım payı borcu, ortaklığı idare borcu, sadakat yükümlüğü vb. gelir. Buna karşılık, ortakların, ortaklığa karşı sahip olduğu ortaklık ilişkisinden doğan haklar ise ortaklığın *"sosyal borçlar"*ını (Sozialverbindlichkeiten) oluşturur. Bu itibarla ortaklığın sosyal borçları, ortakların (kâr payı, tasfiye payı, masraf tazmin talepleri, yönetici ortağın ücret hakkı gibi) malvarlıksal haklarına (Vermögensrechte) ve (idare hakkı, oy hakkı, ortaklık işlerini inceleme ve denetleme hakkı vb.) yönetsel haklarına (Verwaltungsrechte) karşılık gelir. Görüldüğü üzere, "sosyal talepler" ve "sosyal borçlar"ın özelliği, ortakların kendi aralarındaki değil, bireysel olarak her bir "ortak" ile "ortaklık" arasındaki ilişkileri ifade etmesidir. Bu hususlarda bkz. Ulmer, **a.g.e.**, §705, N.162-166.

[404] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.45; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.16; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.19. Ayrıca bkz. BGH, 20.10.1980 - II ZR 257/79 (Köln) (www.beck-online.beck.de, E.T.01.09.2020).

[405] Devredenin ortaklardan birine karşı doğmuş olan rücu borcundan kurtulması için rücu talebine yetkili olan ortak, bu borcun devralan tarafından üstlenilmesine rıza göstermelidir. Bu şekilde borcun üstlenilmesi yapılmadan, devralan, rücu borcundan ilgili ortağa karşı sorumlu olmaz. Zira rücu alacağı "ortaklık sıfatı"ndan doğan ve bu sebeple devralanın şahsına yöneltilebilecek bir sosyal talep değildir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.46).

[406] Bu hususta izahat için bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.372, dn.995.

[407] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.45; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.19.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında[408], ortaklık sıfatının devrine önceden bir çekince konulmadan izin verilmişse devreden ile devralanın sosyal taleplerden sorumluluğun kapsamına ilişkin serbestçe anlaşma yapabileceklerine hükmetmiştir. Bu karar doktrinde ciddi manada eleştirilmiştir[409]. Zira doktrinde savunulan fikre göre, ortaklık sözleşmesiyle ortaklık sıfatının devrine genel olarak rıza verilmiş olsa dahi, devredenin iç ilişkideki borçlardan (ortaklığın sosyal taleplerinden) kurtulması için borcun üstlenilmesi (BGB §415) anlamında bir onayın diğer ortaklar tarafından verilmesi gerekir[410]. Diğer ortaklar, devir sözleşmesinin içeriğini bilerek rıza vermişlerse, ancak bu taktirde devreden ortak bu borçlardan kurtulabilecektir[411].

İsviçre hukukundaki yaygın kanaat ise; ortaklık sıfatının devri halefiyet sonucu doğurduğuna göre, devreden ortağın ortaklığa karşı doğmuş olan borçlarının da devralana intikal edeceği ve devredenin bu borçlardan kurtulacağı yönündedir[412]. Alman hukukunda ortaklığın haklarını daha iyi korumak gayesiyle kabul edilen mütelselsil sorumluluk fikri, kanuni bir dayanağı bulunmadığı gibi, hakkaniyetle ve sistemle uyumlu olmadığı gerekçeleriyle İsviçre doktrininde reddedilmiştir[413].

Türk hukukunda da İsviçre hukukundaki yaklaşım esas alınmalıdır. Ortaklık sıfatının devri, halefiyet sonucu doğurur[414]. İstisnai nitelikte olan müteselsil sorumluluk esasının burada uygulanacağına dair bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Şu hâlde, devreden ortağın iç ilişkideki borçlardan kurtulduğu ve bu borçların devralana geçtiği söylenmelidir[415]. Nitekim diğer ortaklar, devralanın ödeme gücünden şüphe duymaları gibi herhangi bir sebeple devredenin iç ilişkideki borçlardan kurtulmasını istemiyorlarsa, devre hiç rıza göstermeyebilir ya da devir işlemine verecekleri rızayı bu koşula bağlı tutabilirler[416]. Ayrıca, devreden tarafından

---

[408] BGH, 25.04.1966 - II ZR 120/64 (www.prinz.law, E.T.30.08.2020).
[409] Örneğin bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.44.
[410] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.44; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.19.
[411] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.44.
[412] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.135; Müller, **Mitgliedschaft**, N.374; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.42.
[413] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.135; Müller, **Mitgliedschaft**, N.374.
[414] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a.
[415] Sonuç olarak aynı fikirde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2906. Kollektif şirket bakımından aynı şekilde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.405. Rekabet etmeme borcu da kural olarak ortaklık sıfatının kaybıyla sona erer. Bununla beraber, ayrılan ortakla ayrıca bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir (Akar Öçal, "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı", **EİTİAD**, C.XVIII, S.2, 1981, s.434).
[416] Kollektif şirket bakımından bu anlamda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.405, dn.79.

(garanti, kefalet vb.) bir kişisel teminat gösterilmesi koşuluna bağlı rıza da verilebilir[417].

2. Devredenin Dış İlişkideki Hukuki Durumu

Ortakların birlikte veya temsil yoluyla yapmış olduğu hukuki işlemler sebebiyle devir anında ortaklığın dış ilişkide üçüncü kişilere (ortaklık alacaklılarına) karşı doğmuş ortaklık borçları bulunabilir. Her şeyden önce ifade edelim ki; bir ortağın ortaklık sıfatını devretmek suretiyle dış ilişkideki borçlardan kurtulması elbette haklı görülemez[418]. Yargıtay'ın da bir kararında[419] belirttiği üzere; devir, devreden ortağın üçüncü kişilere karşı sorumluluğunda bir değişikliğe yol açmaz. Devreden kural olarak, devir anında mevcut ortaklık borçlarından ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu olmaya devam eder[420]. Bu durumda akla gelen soru, acaba devreden ortağın sorumluluğu özel bir süreyle sınırlı mıdır yoksa bu hususta devreden ortağın tek savunma imkânı alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi midir?

İsviçre hukukunda baskın olan ve kanaatimizce Türk hukukunda da kabul edilmesi gereken görüşe göre, dış ilişkideki sonuçlar bakımından TBK m.202 (OR Art.181) hükmü kıyasen uygulanmalıdır[421]. Şu hâlde, devreden ortak, muaccel borçlar bakımından devrin ortaklık alacaklılarına bildirim veya duyuru tarihinden itibaren;

---

[417] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.43.
[418] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.45; Şener, **a.g.e.**, s.381.
[419] Yarg. 13. HD., E.2011/9502 K.2011/9462 T.14.06.2011: *"Hemen belirtmek gerekir ki; adi ortaklığı oluşturan ortaklar arasındaki hissenin diğer ortağa devrine dair bu müracaat ortakların kendi aralarındaki iç ilişkilerine ait olup, sadece kendi aralarında sonuç doğurucu mahiyettedir. Bir başka deyişle,* ***bir ortağın hissesine diğer ortağa devretmesi kendi iç ilişkileri ve birbirlerine karşı sorumluluklarına ilişkin olduğu için adi ortaklığın dışarıya karşı olan sorumluluğunu etkilemez****."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.09.08.2020). Aynı sonuç, ortaklar dışındaki bir kişiye yapılan devir bakımından da geçerlidir.
[420] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.9; von Steiger, **a.g.e.**, s.409-410; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.64; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.44; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.137; Müller, **Mitgliedschaft**, N.376; **SHK**/Schütz, Art.542, N.37; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.169,112; Eren, **Özel Hükümler**, N.2906; Şener, **a.g.e.**, s.381; Bilge, **a.g.e.**, s.452.
[421] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.9; von Steiger, **a.g.e.**, s.410; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.64; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.44-46; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.8. Türk hukukunda bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Bilge, **a.g.e.**, s.452; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.118.

daha sonra muaccel olacak borçlar bakımından ise muacceliyet tarihlerinden itibaren iki[422] yıl süresince devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır[423].

Fellmann/Müller, ortaklık borçlarının devralana geçeceği hususunda devreden ortak ile devralanın açıkça anlaşmadığı ve diğer ortaklar da bunu kabul etmediği müddetçe OR Art.181 hükmünün uygulanması fikrine karşı çıkmaktadır. Yazarların buna ilişkin ileri sürdüğü gerekçelerden birisi; şahıs ortaklıklarındaki ortaklık sıfatının devredilebilir olduğunun kabul edilmesiyle birlikte son yıllardaki eğilime göre, şahıs ortaklığındaki "pay" kavramı sermaye şirketlerindeki pay kavramına yaklaşmıştır. Bu nedenle OR Art.181 (TBK m.202) hükmü uygulanamaz[424]. Nitekim pay satışı (Aktienkauf), işletmenin değil paya bağlı hakların devriyle ilgili olduğundan, bu durumda OR Art.181 uygulanmaz[425]. Yazarlara göre şahıs ortaklığındaki payın devrine, sermaye ortaklıklarındaki durumdan farklı bir muamelede bulunulmamalıdır[426].

Bu gerekçeyi -haklı olarak- eleştiren *Handschin/Vonzun*, ortaklık sıfatının devri konusunda adi ortaklık ile sermaye şirketleri arasında esaslı farklar olduğunu belirtmektedir. Sermaye şirketlerindeki pay devrinden farklı olarak, şahıs ortaklığındaki payın devri halinde sadece devreden ile ortaklık arasındaki değil, ayrıca devreden ile üçüncü kişiler arasındaki ilişki de etkilenir. Çünkü ortaklar doğrudan üçüncü kişilere karşı alacaklı ve borçludurlar. Dolayısıyla *Fellmann/Müller*'in söz konusu gerekçesi, ancak adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması halinde kabul edilebilir[427].

Üstelik, *Fellmann/Müller*'in şahıs ortaklıklarındaki pay devrinin sermaye şirketlerindeki pay devrine yaklaştığı tezini savunmak, payını devreden ortağın üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulacağını söylemekten başka çare bırakmaz. Oysaki

---

[422] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde yapılan değişiklikle bu süre üç yıla çıkarılmıştır.
[423] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.44; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.138.
[424] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.139. Ayrıca, İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz) hükümlerinin de bu hususta uygulanabileceğine dair İsviçre doktrinindeki görüşlerin eleştirisi için bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.141-142. Aynı yönde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.47; **SHK**/Schütz, Art.542, N.40.
[425] Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N.47; Müller, **Mitgliedschaft**, N.378; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.139. Aynı yönde bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s.70,71.
[426] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.139.
[427] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.45.

tam aksine, devir işlemine katılmayan ortaklık alacaklarının menfaatleri ve devreden ortağın sorumluluğunun devam edeceğine dair haklı güvenleri şüphesiz korunmaya layıktır[428].

Fellmann/Müller'in daha dikkate değer olan ikinci gerekçesi ise, devreden ortağın sorumluluğunun OR Art.181'deki süreyle sınırlanacak olmasının, ortaklar arasındaki müteselsil sorumluluk düzeninde değişikliğe yol açacağıdır[429]. Yazarlara göre gerek bu durum gerekse de OR Art.551[430] nazara alındığında, OR Art.181 sadece bir karineye[431] dayanarak değil, ancak diğer ortakların bunu "açıkça" kabul etmesi halinde uygulanabilir[432]. Diğer ortakların salt ortaklık sıfatının devrine yönelik verdikleri rıza bu hususta yeterli sayılamaz[433]. Şu hâlde, bu fikre göre, ancak devreden ortak ile devralanın açıkça anlaşması ve diğer ortakların da bunu açıkça kabul etmesi halinde OR Art.181 uygulanabilir[434]. Aksi halde, OR Art.551 (TBK m.645) hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle ortaklık sıfatını devrederek çıkan ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğu devam eder[435]. Buradaki tek sınır ise, kanunda farklı yönde bir hüküm bulunmadıkça her alacağın tabi olduğu on yıllık zamanaşımı süresidir[436].

---

[428] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.46.
[429] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.140.
[430] *Müller*'e göre, ortaklık sona ermesine rağmen ortakların üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun devam edeceğine dair OR Art.551 (TBK m.645) hükmünün *ratio legis*'i, ortaklık payının devri için de geçerlidir. Bu nedenle yazara göre, ortaklık alacaklıların rızası olmaksızın yapılan bir pay devri neticesinde devreden ortağın sorumluluğunun OR Art.181'deki süreyle sınırlanması, OR Art.551 (TBK m.645) hükmünden çıkarılabilecek olan kanun koyucunun amacıyla çelişir (Müller, **Mitgliedschaft**, N.380).
[431] Bahsedilen karineden maksat; çoğu zaman tarafların iradesi, ortaklık borçlarının da devralana geçmesi yönündedir. Bu sebeple doktrinde OR Art.181'in uygulanmasının savunulduğu belirtilmektedir. Bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.138; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.64.
[432] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.140.
[433] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.140.
[434] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.140. Aynı şekilde bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.381. Bu fikrin doğru bir temele dayandığı kanaatinde bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.64, dn.76. Halbuki, *Fellmann/Müller*'in bu gerekçesi ile yukarıda aktardığımız ilk gerekçesi (şahıs ortaklıklarındaki pay devrinin, sermaye şirketlerindeki pay devrine yaklaştığı ve bu nedenle, OR Art.181'in burada uygulanamaz olduğu) uyumlu gözükmemektedir.
[435] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.199-203. Aynı yönde bkz. Guhl/Kummer, **a.g.e.**, s.163; Türkmen, **a.g.e.**, s.342. *Şener* de (ayrılan ortağın önceki borçlardan sorumlu kalacağına ilişkin) eTK m.201/4 hükmünün kıyasen uygulanacağını savunmuştur (Şener, **Adi Ortaklık**, s.381). Ayrıca, eTK döneminde kollektif şirket bakımından aynı doğrultuda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.406. Kollektif şirket bakımından eBK 179'un (TBK m.202) uygulanabileceğini belirterek aksi görüşte bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s.33, dn.36.
[436] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.203.

Kanaatimizce bu gerekçenin de kabul edilmesi mümkün değildir. Ortaklık sıfatının devriyle ortaklıktaki hukuki statü devrilmiş olur[437] ve bu nedenle devralan, ortaklık borçlarından sorumlu olur[438]. Diğer ortaklar ortaklık sıfatı devrine verecekleri rızayla ortaklar arasındaki müteselsil sorumluluk düzeninin değişmesini de kabul etmiş olurlar. Kaldı ki, bunu istemeyen diğer ortaklar, devre rıza vermeyebilirler veya örneğin devreden ortağın bir kişisel teminat vermesi şartıyla da devre rıza verebilirler.

Bununla birlikte, *Fellmann/Müller* -meseleye farklı bir açıdan bakarak- ortaklık payının "*bir kişinin malvarlıksal hak ve borçlar bütünü*"[439] anlamında bir "malvarlığı" olduğu kabul edilirse, pay devrine en azından kıyasen OR Art.181'in uygulanması gerekeceğini belirtmişlerdir[440].

B. Devralanın Hukuki Durumu

1. Devralanın İç İlişkideki Hukuki Durumu

Ortaklık sıfatının devriyle birlikte, devralan kişi "ortak" sıfatını kazanır[441]. Ortaklık sıfatının devriyle devreden iç ilişkideki doğmuş borçlardan kurtulurken, devralan bu borçları üstlenmiş olur[442].

Bu bakımdan, ortaklık sıfatını devralan kişi, kural olarak devreden ortağın halefi olarak onun hukuki statüsüne girer ve devreden ortağa ait tüm hak ve borçları

[437] Şener, **Adi Ortaklık**, s.380.
[438] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.51.
[439] Becker, **BK**, Art.181, N.7.
[440] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.140. *Acemoğlu* ise, esasen özel malvarlıklarının devrine TBK m.202'nin (eBK m.179) uygulanamayacağı kanaatindedir. Bununla birlikte yazar, anılan kanun hükmünde "işletme"den özellikle bahsedildiği için ticari işletmenin devrine bu hükmün uygulanacağında tereddüt etmemektedir (Acemoğlu, **a.g.e.**, s.28).
[441] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.11; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.48.
[442] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.153; Müller, **Mitgliedschaft**, N.394; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.50.

kazanmış olur[443]. Öte yandan, devralan ile diğer ortakların anlaşması halinde münferit hak veya borçların içeriğinde değişiklik yapılabilir[444].

Şu hâlde, ortaklık sıfatının (payının) devri, esasen ortaklık payının içeriğinde bir değişikliğe yol açmaz ya da ortaklıkta hakimiyetin genişlemesi (Akkreszens) veya daralması (Dekreszens) sonucu doğurmaz[445]. Zira ortaklık sıfatının kazanımı, hakkın devren kazanımı niteliğindedir[446] ve devreden ile devralan arasında halefiyet ilişkisi bulunur[447]. Devralan, devreden ortağa ait elbirliğiyle hak sahipliğini kendiliğinden kazanır[448]. Ortaklık sıfatına bağlı münferit haklar ve borçlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın (yani ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılması gerekmeden)[449] devralana intikal eder[450]. Daha öncesinde belirttiğimiz gibi, ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması halinde dahi ortaklık sıfatının devri sözleşmesi resmi şekle tabi değildir ve

---

[443] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167; Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.9; Müller, **Mitgliedschaft**, N.362; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.127,143; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.39; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.62; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.8; **SHK**/Schütz, Art.542, N.34-35; Alman hukukunda bu yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.39,40,42; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §719, N.14; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.16; **BeckOK-BGB**/Schöne, §719, N.11; Grunewald, **a.g.e.**, s.68; Buchner, **a.g.m.**, s.493. Türk hukukunda aynı şekilde bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.96; Ayiter, **a.g.e.**, s.113; Eren, **Özel Hükümler**, N.2906; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96b; Şener, **Adi Ortaklık**, s.380; Peksöz, **a.g.e.**, s.276. Kollektif şirket bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.404-405, örneğin, devralan, devredenin henüz ödenmemiş katılma payı borcunu ifa etmekle yükümlüdür.

[444] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.39. Bu şekilde yapılan devri "kurucu devir" (konstitutive Übertragung) olarak adlandırarak aynı yönde bkz. Flume, **a.g.e.**, s.352; Müller, **Mitgliedschaft**, N.364; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.128, devralan, devrenin tüm hak ve borçlarına sahip olacaksa bu da *"translative Übertragung"* olarak adlandırılmaktadır.

[445] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.25,40; Buck, **a.g.e.**, s.77; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106; Müller, **Mitgliedschaft**, N.309. Bununla birlikte, şahıs ortaklığında ortaklık payları bir "bütün" teşkil ettiği için önceden pay sahibi olan bir kişinin (yani mevcut ortağın), başka bir ortağın paylarını devralması halinde bu durum, onun haklarında genişleme (Anwachsung) sonucu doğurur (Flume, **a.g.e.**, s.371; Buck, **a.g.e.**, s.77).

[446] Flume, **a.g.e.**, 351; Buck, **a.g.e.**, s.77; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128,167; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106; Müller, **Mitgliedschaft**, N.309.

[447] von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.128,141; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.59-60; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96a.

[448] Müller, **Mitgliedschaft**, N.382; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.96b; Şener, **Adi Ortaklık**, s.380.

[449] von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.100; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.48; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12. Kollektif şirket bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.405.

[450] Siegwart, **a.g.e.**, Art.542, N.9; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.106,114; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.63.

tapu siciline yapılacak tescil kurucu nitelik taşımaz. Zira devralanın ortaklık malvarlığında elbirliğiyle hak sahipliğini kazanması devrin otomatik sonucudur[451].

İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre[452] ise, ortaklık sıfatını (payını) devralan "külli halef" olur. Ağırlıklı görüşe[453] göre ise, ortaklık sıfatının devri, "cüz'i halefiyet" niteliğindedir. Ancak bu, farklı gerekçelere dayandırılabilmektedir. Bazı yazarlara göre, ortaklık sıfatı (payı) bütünlük içerisinde bir sübjektif hak (einheitliches subjektives Recht) olarak kabul edildiğinde[454] "cüz'i halefiyet" sonucuna varılması doğaldır[455]. Dolayısıyla, ortaklık sıfatının devriyle birlikte buna bağlı hakların ve borçların kendiliğinden devralan kişiye geçmesi de bu yaklaşıma ters düşmez[456]. Buna karşılık bazı yazarlara göre, ortaklık sıfatı devrinin cüz'i halefiyet sonucu doğurmasının sebebi, ortaklık sıfatının bir "hukuki statü" olmasına dayanır[457].

---

[451] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.143. İstanbul BAM 3. HD., E.2020/1476 K.2020/1540 T.19.11.2020: *"**Uyuşmazlık, davalı şirketin dava dışı adi ortaklıktaki hisselerinin noter yoluyla devralındığı, dava konusu taşınmazların bu hisse devir sözleşmesi ile davacıya geçtiği halde tapuda davalı adına kayıtlı olduğu iddiasıyla açılan tapu iptal ve tescil istemli davada talep edilen ihtiyati tedbir kararına ilişkindir.** ... Dava, davalıların noterden, davacıya devrettikleri şirket hisseleri ve şirketler adına tescilli hisse haklarını devraldıkları projelerden dava konusu taşınmazların da bağlı olduğu şirket hisselerinin, aradaki protokole rağmen davacı yana iade edilmemesinden kaynaklanmaktadır. ... **Adı geçen projeler, şirket hisse devri ile beraber, davalı şirkete geçen şirketin hak ve varlıkları olup, bunların iade edilmemesi uyuşmazlığın temeli olup, protokol de bu iddianın sözleşme kısmıdır. O halde, hisse devri ve bağlı haklardan kaynaklanan uyuşmazlık bulunduğu değerlendirilmiş olup**, ..."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 19.03.2021). Bu görevsizlik kararı üzerine bu kez İstanbul BAM 43. HD., E.2020/2153 K.2020/403 T.08.12.2020 kararında şu gerekçelerle görevsizlik kararı vermiştir: *"Taraflar arasında davacının dava dışı ... İŞ ortaklığındaki davalı hissesini devraldığı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. **Somut olayda uyuşmazlık taraflar arasında ihtilafsız olan adi ortaklık payı devri uyarınca dava konusu 1380 ada 3 parsel sayılı taşınmazın; davalı tarafından devredilen adi ortaklık hissesi kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmakta olup bu durumda uyuşmazlığın çözümü için öncelikle adi ortaklığın aktifleri tespit edilerek davaya konu taşınmazın davalının adi ortaklık hissesi ne dahil olup olmadığının tespiti gerekli olup** bu haliyle eldeki davada verilecek karar adi ortaklığın haklarını da etikleyecek mahiyette olacaktır. Şirket hisse devirlerinden kaynaklanan davalarda işbölümü gereğince dairemiz görevli ise de bu haliyle uyuşmazlığın ticari şirket hisse devrinden kaynaklandığı söylenemeyecektir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 19.03.2021).

[452] von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12.

[453] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.133,141; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.60; Müller, **Mitgliedschaft**, N.310; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.107; Bauer, **a.g.e.**, N.194.

[454] Bu hususstaki tartışmalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II ve Üçüncü Bölüm, III.

[455] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.60; Müller, **Mitgliedschaft**, N.310; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.107.

[456] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.60; Müller, **Mitgliedschaft**, N.310; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.107.

[457] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.141. Sözleşmenin devrinde "cüz'i halefiyet" söz konusu olduğuna dair bkz. Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1075.

Fakat netice itibariyle, zikredilen tüm bu görüşler arasında pratik sonuçları yönünden ciddi bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü belirtilen görüşlerin tümü, ortaklık sıfatının devri neticesinde buna bağlı hak ve borçların, ayrıca tasarruf işlemleri yapılması gerekmeden devralana geçeceğini kabul etmektedir[458].

Ortaklıkta paylı hak sahipliği rejimi benimsenmiş ise, her bir malvarlığı değerinin devri, ayrıca bunlara ilişkin gerekli tasarruf işlemlerinin yapılmasına bağlıdır[459]. Zira -daha önce de belirttiğimiz gibi- paylı ortaklıklarda, ortaklık sıfatı ile ayni hak sahipliği ayrılmaz bir bağlılık içerisinde değildir[460].

a. Malvarlıksal Hak ve Borçların Akıbeti

Ortaklık sıfatının devri neticesinde devreden ortağa ait malvarlıksal hak ve borçlar devralana geçer[461]. Açıkça veya örtülü olarak aksi anlaşılmadıkça, sadece "gelecekte doğacak" haklar değil, henüz sona ermemiş olan "doğmuş (mevcut)" haklar da (örneğin, doğmuş fakat henüz ödenmemiş kâr payı) bu çerçevede devralana geçmiş olur[462]. Zira bu haklar, kural olarak ortaklık payının kaderine tabidir ve burada da aksi kararlaştırılmadıkça ortaklık payından ayrılacağını söylemek için makul bir sebep yoktur[463].

---

[458] Bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.409; Wolf, **Subjektswechsel**, s.12; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.60; Müller, **Mitgliedschaft**, N.310; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.107; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.141,167.

[459] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.144; Müller, **Mitgliedschaft**, N.383. Aksi görüşte bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.48.

[460] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.144; Müller, **Mitgliedschaft**, N.383.

[461] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.148; Müller, **Mitgliedschaft**, N.388.

[462] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.43; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.18; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.148; Müller, **Mitgliedschaft**, N.388. Doğmuş hakların aksi kararlaştırılmamışsa devralanda kalacağını belirterek farklı görüşte bkz. Flume, **a.g.e.**, 353; von Tuhr, **AT**, s.221.
Devredene ait doğmuş fakat henüz sona ermemiş hak ve borçların, ortaklık sıfatını devralana geçeceğini daha evvel de belirtmiştik. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, V, A, 1. Bu bakımdan devralan, ortaklıktaki mevcut zarara (bestehende Verluste) da katılmakla yükümlüdür (Müller, **Mitgliedschaft**, N.388).
Şu halde, "ortaklık sıfatının devri" ile "sözleşmenin devri" arasında bu yönden bir farkın olduğu söylenebilir. Çünkü sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmenin devri halinde aksi kararlaştırılmadıkça devir anından önce doğmuş ve henüz sona ermemiş hak ve borçlar devralana geçmez. Bkz. Bauer, **a.g.e.**, N.338; Ayrancı, **a.g.e.**, s.174-175; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, N.1863. Devir öncesi doğmuş borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça devralanın sorumlu olmayacağını belirterek aynı yönde bkz. Kahraman, **Borcun Üstlenilmesi**, s.1429; Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1089-1090, yazara göre, sözleşmenin alacaklı tarafında değişiklik olmuşsa, devir öncesinde doğmuş ve halen ifa edilmemiş borçların ifasını, sözleşmeyi devralan talep edebilir.

[463] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.43. Nitekim, yeni ortağın da ortaklık malvarlığındaki unsurlar üzerinde elbirliğiyle hak sahipliğini kazanacak olması sebebiyle, ortaklığa girmesinden önce doğmuş

Devreden ortak, "doğmuş" alacakları üzerinde başka türlü bir tasarrufta bulunmuş ise bu tasarruflar devralana karşı da etkilidir[464]. Gelecekte doğacak haklar (künftige Ansprüche) ise, devirden önce üçüncü bir kişiye devredilmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın, her halükârda ortaklık sıfatını devralana aittir[465], meğerki ortaklık sıfatını devir işleminde aksi kararlaştırılmış olsun[466].

b. Yönetsel Hak ve Borçların Akıbeti

Ortaklık sıfatının devriyle, ortaklıktaki yönetsel hak, borç ve yetkiler de devralana kendiliğinden intikal eder[467]. Ortaklık sıfatından ayrılması mümkün olmayan bu haklar devir kapsamı dışında tutulamaz[468].

Bununla birlikte, devralanın hukuki statüsünün devredenden farklı olacağı kararlaştırılabilir. Kuşkusuz bunun için diğer ortakların rızası olmalı ya da ortaklık sözleşmesinde buna önceden izin verilmiş olmalıdır. Bu çerçevede örneğin, -ortaklık

ve henüz ödenmemiş kara ve zarara katılacağını belirtmiştik. Bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, A, 2, d. Burada da bu yaklaşım aynı gerekçeyle geçerli olmalıdır.

464 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.43; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.150; Müller, **Mitgliedschaft**, N.391. Sözleşmenin devri bakımından aynı şekilde bkz. Kahraman, **Sözleşmenin Devri**, s.1087.

465 von Tuhr, **AT**, s.221; Flume, **a.g.e.**, 354; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.43; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.150; Müller, **Mitgliedschaft**, N.391. Sözleşmenin devrinde sonuç itibariyle aynı şekilde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, N.1864. Tasfiye payı alacağının devri bakımından aynı görüşte bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.125. Bu durumun gerekçesini açıklamak gerekirse; bir "beklenen hakkı" (Anwartschaft) devralan kişinin, buna bağlı gelecekte doğacak alacak hakkını (künftige Forderung) kazanması; devredenin, alacak hakkının doğacağı hukuki ilişki içerisinde kalmasına bağlıdır. Diğer bir anlatımla, devralanın gelecekte doğacak alacak hakkını kazanması için, eğer devir yapılmasıydı bu alacağın devreden üzerinde doğmuş olacağı söylenebilmelidir (von Tuhr, **AT**, s.221; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.214-215; Flume, **a.g.e.**, 354; Ayrancı, **a.g.e.**, s.137, yazar burada tasarruf işlemlerinde geçerli olan "öncelik ilkesi"nin uygulanmayacağını belirtmektedir). Bu itibarla, devredilen "gelecekte doğacak alacak hakkı"nın (bu hakkı devralan kişi tarafından) kazanılması şarta bağlıdır. Bu şart, devreden ortağın ortaklıkta kalmasıdır. Ortaklık sıfatı devredilirse, bu şart gerçekleşmemiş olur.
Ayrıca bu durum, ortaklık sıfatını devralanın, "devredenin sahip olduğundan fazlasını kazanması" anlamına da gelmez. Çünkü devralınan şey, "ortaklık sıfatı"dır ve gelecekte doğacak haklar henüz mevcut değildir. Gelecekte doğacak hakların devri (Vorausabtretung), sadece bu devri yapan kişiyi bağlar (Flume, **a.g.e.**, 354, dn.36).

466 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.43.

467 Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.145; Müller, **Mitgliedschaft**, N.384; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.49. Yönetsel haklar hakkında açıklama için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

468 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.40; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §719, N.17; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.145.

işlerini inceleme hakkı gibi vazgeçilemez nitelikte olmayan- belirli yönetsel hakların sınırlandırılması ya da kaldırılması mümkündür[469].

Açıkça ya da örtülü bir anlaşmanın bulunmadığı kimi hallerde, devredenin yönetim ve temsil yetkileri olmasa dahi devralanın bu yetkilere sahip olacağı söylenebilir. Şöyle ki; yaş gibi özel kişisel durumları sebebiyle devredene bu yetkilerin tanınmamış olduğu tarafların amacından anlaşılıyorsa, devralan yönetim ve temsil yetkilerine hak kazanabilir[470]. Çünkü esas olan, ortakların bu yetkilere sahip olmasıdır[471] (TBK m.625, m.637/3; OR Art.535, Art.543 III).

c. Özel Hakların (Sonderrechte) Akıbeti

Ortaklardan birine veya birkaçına kişisel özellikleri, yeterlilikleri gibi sebeplerle "özel haklar" (Sonderrechte) tanınmış yani bazı haklar özgülenmiş olabilir[472]. Bunlar örneğin; birden fazla oy hakkı veya ortaklığa getirdiği katılım payı oranını aşan kâr payı hakkı olabilir[473]. Somut olayda ortağa tanınan hakkın, bu manada bir "özel hak" niteliğinde olup olmadığı ortaklık sözleşmesinin yorumlanmasıyla belirlenecektir[474]. Özel olarak devreden ortağın kişiliği veya yetenekleri gözetilerek tanınmış olan bu hakların devralana geçeceği ya da sona ereceği ortaklık sözleşmesinde öngörülebilir[475].

Fakat kural olarak "özel haklar" devralana geçmez ve ortaklık sıfatının devri neticesinde kendiliğinden sona ererler[476]. Diğer ortaklar devir sözleşmesine verecekleri rızada bu hakların devralana geçmesini de kabul edebilirler[477].

---

[469] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.128,146; Müller, **Mitgliedschaft**, N.385. Diğer ortakların devre verecekleri rızayı (örneğin, devralanın idare yetkisinin olmaması gibi) belirli şartlara bağlı tutabileceklerini belirterek bu anlamda bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.409, dn.165.
[470] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.41; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.147.
[471] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.41; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.147.
[472] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.151; Müller, **Mitgliedschaft**, N.392. Alman hukukunda ise bunu ifade etmek için *"höchstpersönliche Rechte des Veräußerers"* kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.41. Bu kavram, devreden ortağa özgülenmiş haklar olarak anlaşılabilir.
[473] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.41; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.151; Müller, **Mitgliedschaft**, N.392.
[474] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.151; Müller, **Mitgliedschaft**, N.392.
[475] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.167.
[476] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §719, N.41; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.152; Müller, **Mitgliedschaft**, N.393; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.49.
[477] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.152; Müller, **Mitgliedschaft**, N.393.

2. Devralanın Dış İlişkideki Hukuki Durumu

Ortaklık sıfatının devrine kıyasen uygulanması gerektiğini yukarıda da belirttiğimiz[478] TBK m.202 (OR Art.181) uyarınca; ortaklık sıfatını devralan, devrin ortaklık alacaklılarına bildirilmesi veya duyurulmasıyla birlikte önceki ortaklık borçlarından sorumlu olur[479]. Devralanın, şahsen ya da temsil yoluyla üçüncü kişilere (yani ortaklık alacaklılarına) borçlanmamış olması[480], buna karşı çıkılması için bir gerekçe olamaz. Çünkü devralanın bu borçlardan sorumluluğu, doğrudan üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerden değil, ortağın "hukuki statüsü"nü devralmış olmaktan doğmaktadır[481]. Dolayısıyla burada TBK m.202 (OR Art.181) hükmünün uygulanmasıyla ilgili asıl mesele, devralan kişinin önceki ortaklık borçlarından sorumlu olup olmayacağı değil, devreden ortağın bu borçlardan ne zaman kurtulacağını belirlemektir[482] ki buna ilişkin açıklamaya yukarıda yer vermiş bulunuyoruz[483]. Kısaca tekrar ifade etmek gerekirse, devreden ortak, muaccel borçlar bakımından devrin ortaklık alacaklılarına bildirim veya duyuru tarihinden itibaren; daha sonra muaccel olacak borçlar bakımından ise muacceliyet tarihlerinden itibaren iki yıl boyunca devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumludur.

---

[478] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, V, A, 2.

[479] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.51.
Yeni ortağın katılımından önceki borçlardan sorumlu olacağına ilişkin TTK m.236/2 (eTK m.178) hükmünün adi ortaklığa da uygulanacağı kanaatinde bkz. ve karş. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.67; Şener, **Adi Ortaklık**, s.380-381, hatta yazar, bu kuralın uygulanmasını engelleyen ortaklık sözleşmesindeki kayıtların eTK m.178/3 uyarınca geçersiz olacağını belirtmiştir.
Alman hukukundaki baskın görüş, HGB §130'un kıyasen uygulanmak suretiyle devralanın eski borçlardan sorumlu tutulacağı yönündedir. Bkz. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, Vorbem zu §705-740, N.42. Aksi görüşte bkz. Buchner, **a.g.m.**, s.493.

[480] Bu gerekçeyle devralanın ortaklık borçlarından sorumlu olmaması gerektiği fikrinde bkz. Müller, **Mitgliedschaft**, N.395; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.154.

[481] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.51.

[482] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.542, N.51.

[483] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, V, A, 2.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARMA

I. ORTAKLIKTAN "ÇIKMA", "ÇIKARMA" VE "AYRILMA" KAVRAMLARI

Karşılıklı sözleşmelerden farklı olarak çok taraflı sözleşmelerde, sözleşmenin fesih yoluyla sona erdirilmesi bakımından özellikle şu soru akla gelmektedir: Acaba sözleşmenin feshi (Kündigung) dışında, yalnızca taraflardan biri bakımından çözülebilmesi (yani kısmi fesih) mümkün müdür[1]? Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, bunun şartlarının belirlenmesi gerekmektedir[2].

Bu çerçevede konuya bakılacak olursa; adi ortaklık, kural olarak tüm ortakların rızası olmadan değiştirilemeyen ve belirli kişiler arasındaki bir sözleşme ilişkisine dayanır[3]. Ortakların şahsı, ortaklığın temelini oluşturur[4]. Diğer bir anlatımla, şahsi bir yapı arz eden adi ortaklığın devamı, ortaklarda değişiklik yaşanmaması esası üzerine kurulmuştur[5]. Kanun koyucu, örneğin bir ortağın ölmesi sebebiyle (TBK m.639 b.2) bile ortaklıktan ayrılmış olmasını, esasen ortaklığın sona erme sebebi olarak düzenlemiştir[6]. Şu hâlde, ortak durumundaki değişiklik (Änderung im

---

[1] Michael Zwanzger, **Der mehrseitige Vertrag: Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s.355. Adi ortaklık sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.308.

[2] Zwanzger, **a.g.e.**, s.355.

[3] Müller, **Mitgliedschaft**, N.419; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.74. Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, II.

[4] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.1; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484; Kerem Çelikboya, "Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları", **GÜHFD**, S.2, 2015, (çevrimiçi), dosya.gsu.edu.tr, E.T.08.01.2020, s.204.

[5] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2.

[6] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.92; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.530, N.376; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.74; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.593; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484; Çetiner, **a.g.m.**, s.24; Serdar Hızır, "6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu'nun 633'ncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C.3, Ed. Süleyman Başterzi, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2011, s.2825. Tasfiyenin kural olarak, bir ortağa özgü değil bütün ortaklık için yapılması gerekliliğinin (tasfiyenin bütünlüğü ilkesi; Einheit der Liquidation) bu sonucu getirdiğine dair bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.92. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, adi ortaklığın tasfiyesinin kural olarak tasfiyenin bütünlüğü ilkesine uygun yapılacağı ve bu ilkenin tasfiyede gerekli tüm ilişkileri kapsadığı yönündeki bir kararı için bkz. BGE II 387, s.391 (www.bger.ch, E.T.09.01.2020).

Mitgliederbestand) kural olarak, ortaklığın kendiliğinden (ipso iure) sona ermesini gerektirir[7].

Bununla birlikte, adi ortalığın kişi birliği karakterinden kaynaklanan bu esas, iç ilişkiyle ilgili olduğundan zorunlu bir sonuç değildir[8]. Ortaklar, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü çerçevesinde bu esastan ayrılabilirler[9]. Dolayısıyla, bir ortağın ölmesi, fesih bildiriminde bulunması gibi sebeplerle ortaklıktan ayrılması halinde ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği yönünde bir "devam kaydı" (Forsetzungsklausel) ortaklık sözleşmesinde öngörülebilir[10].

Bir ortağın ortaklık sıfatını kendi isteğiyle sona erdirmesi "çıkma"; ortaklık sıfatının rızası olmaksızın sona erdirilmesi ise, "çıkarma" olarak adlandırılmakta[11] ve her ikisini ifade etmek için ortaklıktan "ayrılma" kavramı kullanılmaktadır[12].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'yla, adi ortaklıktan çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümler (TBK m.633-636) getirilmiştir. Öte yandan, eBK'da ortaklıktan çıkma veya çıkarmaya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen sözleşme serbestisi

---

[7] **BeckOK-BGB**/Schöne, §736, N.1; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2; Çelikboya, **a.g.m.**, s.204. Şahıs ortaklıkları bakımından bu yönde bkz. Peter Jung, "Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaftern", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht XI**, Hrsg. Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, s.198.
Buna karşılık, 1998 yılında yapılan değişiklikle Alman Ticaret Kanunu'nun §131 hükmüne göre, kollektif şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse; bir ortağın fesih bildirinde bulunması, ölmesi, malvarlığı üzerinde iflasın açılması, ortağın şahsi alacaklıların fesih bildiriminde bulunması, sözleşmede öngörülen diğer sebepler, ortakların karar alması, bir çıkma sebebidir (Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.5). Kanun koyucunun bu hükmü, Alman medeni hukuk ortaklığının çok değişiklik formlarda ortaya çıkabileceğini gözeterek BGB'ye almadığı belirtilmektedir (Zwanzger, **a.g.e.**, s.372). Ayrıca bu hususta bir kanun boşluğu bulunmadığından HGB §131'in kıyasen medeni hukuk ortaklığına uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.1; Zwanzger, **a.g.e.**, s.372. Ticari işletme işleten ortaklıklar bakımından farklı yönde karş. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5.

[8] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2; Hızır, **a.g.m.**, s.2827. İsviçre hukukunda da emredici nitelikte olmadığından kanunda öngörülen sona erme sebeplerinin (Auflösungsgründe) taraflarca kararlaştırılması halinde ayrılma sebebi (Ausscheidensgründe) olabileceği kabul edilmektedir (Bollmann, **a.g.e.**, s.37). Türk hukukunda eBK döneminde aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104.

[9] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2; von Steiger, **a.g.e.**, s.413.

[10] Çetiner, **a.g.m.**, s.24; Çelikboya, **a.g.m.**, s.204.

[11] Bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.19; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.98; Şener, **Adi Ortaklık**, s.387-388; Arslanlı, **a.g.e.**, s.375; Domaniç, **a.g.e.**, s.103-104; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.69; Hızır, **a.g.m.**, s.2819; Kurşat, **a.g.m.**, s.308; Türkmen, **a.g.e.**, s.48,65.

[12] Bkz. Özenli, **a.g.e.**, s.105; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.101; Hızır, **a.g.m.**, s.2818; Çelikboya, **a.g.m.**, s.197.

çerçevesinde -ortaklık sözleşmesiyle veya sonradan oybirliğiyle alınacak ortaklık kararıyla[13]- çıkma veya çıkarma imkanının kararlaştırılabileceği kabul edilmekteydi[14].

II. ORTAKLIKTAN AYRILMA KURUMUNUN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER

TBK m.633'ün gerekçesinden[15] ve doktrindeki görüşlerden[16], ortaklıktan ayrılma kurumunun *ratio legis*'inin, ortaklığın devamlılığını korumak olduğu anlaşılmaktadır. Zira böylelikle, mevcut ortaklığın tasfiye edilerek diğer ortaklar arasında yeni bir ortaklık kurulması gibi zahmetli ve iktisadi açıdan da külfetli bir süreç engellenmektedir. Ancak bu yaklaşım, sadece "ayrılan ortak" ile "diğer ortaklar" arasındaki menfaat çatışması perspektifinden meseleye bakıldığında doğrudur. Fakat ayrılma kurumunun amacı ve koruduğu menfaatler bununla sınırlı görülürse hatalı sonuçlara ulaşılabilir.

Şöyle ki; ortaklıktan ayrılmak, doğal olarak, kalan ortaklar arasında ortaklığın devam edecek olmasını gerekli kılar. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, ortaklığı devam ettirmek hususunda kalan ortakların zorlanabilmesi yani "sözleşmesel bir yükümlülük" altında bulunmalarıdır[17]. Öyle ki, ortağın sözleşmedeki hakkına dayanarak ortaklıktan ayrılmış olması, kalan ortaklar açısından bir fesih sebebi olamaz[18]. Dolayısıyla, ortaklıktan ayrılma kurumunun, ortaklığa devam etmek

---

[13] Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591.

[14] Tekil, **a.g.e.**, s.141; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.591; Özenli, **a.g.e.**, s.105; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.101; Şener, **Adi Ortaklık**, 387-388; Hızır, **a.g.m.**, s.2819.

[15] *"Böylece, âdi ortaklıktan çıkma ve çıkarılma konusundaki önemli bir ihtiyacın giderilmesine yönelik çağdaş bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve* ***bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemektir.*** *Ayrıca bu düzenleme, ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları, ortaklığı tasfiye edip* ***yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtaracaktır****.*
Maddenin düzenlenmesinde, Alman Medenî Kanununun (BGB) 736 ve 737 nci maddeleri göz önünde tutulmuştur." (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem:23, Yasama Yılı:3; Sıra Sayısı:321, 2008, s.255, (Çevrimiçi), www.tbmm.gov.tr, E.T.05.02.2021, s.24).

[16] Bu anlamda bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.71-72; Çelikboya, **a.g.m.**, s.196-197; Türkmen, **a.g.e.**, s.43-44. Böylece, ortaklığı devam ettirmek isteyen diğer ortakların menfaatlerinin korunduğu yönünde bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2825.

[17] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.39.

[18] Domaniç, **a.g.e.**, s.104. Bu yönüyle, ortaklıktan ayrılma kurumu, adi ortaklığa egemen olan "ortakların şahsına bağlılık ilkesi"ne bir istisna teşkil eder (Çetiner, **a.g.m.**, s.24).

"isteyen" ortaklar ile "istemeyen" ortaklar arasındaki menfaat çatışmasını da çözmeye hizmet ettiği gözden kaçırılmamalıdır[19]. Çünkü taraflar arasında açık bir anlaşma yoksa, sadece bir taraf bakımından sözleşmenin feshedilebilmesi[20], sözleşmeyle bağlı kalacak olan diğer tarafların "negatif sözleşme özgürlüğüne" (negative Vertragsfreiheit)[21] ağır bir müdahale teşkil eder[22]. Kaldı ki, devam etmek istemeyen ortakları ortaklığı sürdürmeye zorlamanın, ortaklığın devamlılığını koruyacağı pratik açıdan da iddia edilemez.

Hal böyle olunca; sözleşmedeki devam kaydının varlığı ve kapsamı hususundaki belirsizlikler giderilirken, tüm durum ve koşullar gözetilerek, kalan ortakları ortaklığa devam etmeye zorlamanın müşterek iradeye uygun düşüp düşmediğine bakılmalıdır. Tereddüt halinde, "ortaklığın devamlılığı"ndan değil, "ortakların sözleşme özgürlüğünün korunması"ndan yana tavır alınmalıdır. Bu nedenle de ayrılma hakkından ziyade ortaklığın feshinden yana çözüme gidilmelidir[23]. Nitekim *"kanuna uygun yorum ilkesi"*ne göre, kanunun tamamlayıcı hükümlerinden (burada kural olarak ortaklığın sona ereceğini öngören TBK m.639 b.2,3,6) ayrılan anlaşmalar dar yorumlanır ve tereddüt halinde tamamlayıcı hükme uyan yorum esas alınır[24].

Hatta, somut olaydaki özel durumlar, ortaklığın devamını engelliyorsa çıkma ve çıkarma hükümleri uygulanamaz ve ortaklığın sona ermesinden başka bir çare kalmaz[25]. Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararına göre, sözleşmede ortağın iflasına ilişkin bir devam kaydı bulunmasına rağmen somut olayda özel şartlar

[19] Ortaklıktan ayrılmanın, kalan ortaklar arasındaki ortaklık bağının sürdürülmesi amacına hizmet ettiğine dair bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.25.
[20] Bu, *"sübjektif kısmi fesih"* (subjektiven Teilkündigung) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.361.
[21] Negatif (olumsuz) sözleşme özgürlüğü, *"sözleşmeyi, önceden belirlenmiş bir kişiyle, önceden belirlenmiş bir içerikle kurmama özgürlüğü"* anlamına gelmektedir (Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s.350).
[22] Zwanzger, **a.g.e.**, s.362,363.
[23] Diğer ortaklarla devam iradesinin ortaklık sözleşmesinden açıkça anlaşılabilmesi gerektiği hususunda bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.205. Aynı yönde bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.370.
[24] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §32, N.13.
[25] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.6.

bulunmaktaysa, ortağın iflası yine de diğer ortaklar açısından ortaklığın feshi için haklı sebep teşkil eder[26].

Son olarak değinmek gerekirse; ideal amaçlı adi ortaklığa, adi ortaklık sözleşmesine ilişkin kanundaki tamamlayıcı hükümlerinin ne ölçüde uygulanacağı ortaklık amacı da göz önüne alınarak belirlenmelidir[27]. Örneğin ortaklığın amacı, bir ceza davasını bir arada yürütmek ise, TMK m.23 (ZGB Art.27) gereği her zaman bu ortaklıktan çıkmak veya ortaklığı sona erdirmek mümkündür ve dolayısıyla sözleşmede buna engelleyen nitelikte bir ceza koşulu geçersizdir[28].

III. KAYNAK BGB § 736 VE 737 İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TBK M.633 HÜKMÜNÜN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda ortaklıktan çıkma/çıkarma (TBK m.633) ile ortaklığın sona ermesine (TBK m.639) ilişkin sebepler paralel olarak düzenlenmiştir[29]. Buradaki maksat, sona erme sebebi şahsında gerçekleşen ortağın ayrılması ve ortaklığın sona ermek yerine devam edebilmesidir[30].

Gerçekten de ortaklığı sona erdiren sebepler, (ortaklık amacının imkansızlaşması, amaca ulaşılmış olması, süreli bir ortaklıkta sürenin sona ermesi, tüm ortakların anlaşması gibi) her zaman objektif sebeplerden ibaret olmayıp; doğrudan veya dolaylı olarak bir ortağın şahsında gerçekleşen türden sebepler de olabilir[31]. Böyle hallerde, hem şahsında sona erme sebebi doğan ortağın (veya

---

[26] BGH, 22.5.2012 − II ZR 2/11 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.05.02.2021).
[27] Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.29; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.35.
[28] Siegwart, **a.g.e.**, Art.530, N.29; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.530, N.35. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 48 II 442 (www.entscheide.weblaw.ch, E.T.07.06.2020).
[29] Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.69; Bozkurt, **a.g.e.**, s.90; Türkmen, **a.g.e.**, s.37; Hızır, **a.g.m.**, s.2827.
[30] Aynı yönde bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.69; Bozkurt, **a.g.e.**, s.90; Çetiner, **a.g.m.**, s.33. Nitekim eBK döneminde de doktrinde ortaklıktan ayrılmaya ilişkin açıklamalar, (bir ortağın kısıtlanması, iflası, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi, fesih bildirimde bulunması, ortaklığın feshi için haklı bir sebebe yol açması gibi) ortağın şahsında gerçekleşen sona erme sebepleri üzerinden yapılmaktaydı. Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152.
[31] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.38; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.181; Lukas Handschin, "Die Auflösung der einfachen Gesellschaft", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014**, Hrsg. Hans-Ueli Vogt/Holger Fleischer/Susanne Kalss, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, (çevrimiçi), www.edoc.unibas.ch, E.T.08.04.2020, s.246; Bilge, **a.g.e.**, s.469. Ortaklığı sona erdiren objektif sebeplerin ise, devam kaydı ile bertaraf edilemeyeceği yönünde bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.6; Türkmen, **a.g.e.**, s.44. Diğer taraftan, amacın

mirasçılarının ya da alacaklarının) hem de diğer ortakların menfaatleri, ortaklığın sona ermesi yerine ilgili ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması yoluyla da karşılanabilecektir[32]. Bu bakımdan, ortaklar sözleşmeyle veya sonradan kural olarak oybirliğiyle alacakları ortaklık kararıyla, ortaklıktan ayrılma sebepleri kararlaştırabilirler[33].

TBK m.633'e göre, sözleşmede devam kaydı kararlaştırılmışsa çıkma ve çıkarma sebepleri; (1) bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, (2) kısıtlanması, (3) iflası, (4) tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi ve (5) ölmesidir. Görüldüğü üzere çıkma ve çıkarma sebepleri hem aynı maddede hem de ortak bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna karşılık, TBK'daki çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümler için esas alınan Alman Medeni Kanunu'nda ise §736 hükmünde çıkma, §737 hükmünde çıkarma kurumu ayrı ayrı düzenlenmiştir.

TBK m.633'e göre diğer bir farklılık, BGB'de çıkma ve çıkarma sebeplerinin ortak olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Yani, BGB §737 hükmüne göre, bir ortağın fesih bildiriminde bulunması halinde ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceği sözleşmede kararlaştırılmışsa, diğer ortakları haklı sebeple fesih bildiriminde bulunmaya yetkili kılacak bir olgu şahsında gerçekleşen ortak ortaklıktan çıkarılabilir. BGB §736 hükmüne göre çıkma sebepleri ise; -sözleşmede bu hususlarda devam kaydı bulunmaktaysa- ortağın fesih bildiriminde bulunması, ölmesi veya malvarlığı üzerinde iflasın açılmasıdır[34].

BGB §736 hükmündeki çıkma sebeplerinin, sınırlı bir sayım niteliğinde olmadığı ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde başkaca sebeplerin tayin edilebileceği kabul edilmektedir[35]. Dolayısıyla ahlaka aykırı olmaması kaydıyla, belirli bir yaşa

---

gerçekleşmesi veya imkansızlaşması sebebiyle sona eren bir ortaklık, ancak tüm ortakların anlaşması halinde yeni bir ortaklık amacının belirlenmesi ve bunu istemeyen ortakların ise ayrılması suretiyle devam ettirilebilir. Bu şekilde bir amaç değişikliği (Zweckänderung) ile ortaklığın devamı için ayrılacak ortağın da onayı gerektiği kanaatinde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.38.

[32] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.181; Handschin, **a.g.m.**, s.246.

[33] von Steiger, **a.g.e.**, s.413.

[34] Grunewald, **a.g.e.**, s.62; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2; Hızır, **a.g.m.**, s.2828; Çetiner, **a.g.m.**, s.24-25; Kurşat, **a.g.m.**, s.310.

[35] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.15; Grunewald, **a.g.e.**, s.62; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.9; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.2; **BeckOK-BGB**/Schöne, §736, N.6.

ulaşma, ortaklık sıfatı için öngörülen belirli kişisel şartları veya yetenekleri kaybetme gibi sözleşmesel çıkma sebeplerinin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir[36].

Aynı şekilde, TBK m.633 hükmünde belirtilen çıkma ve çıkarma sebepleri de sınırlı bir sayım niteliğinde değildir. Taraflarca sözleşme serbestisi kapsamında başkaca sebepler kararlaştırılabilir[37].

Keza İsviçre hukukunda da ortaklık sözleşmesinde, ortaklıktan çıkma (ortağın taşınması veya mesleki yeterliliklerini kaybetmesi gibi) veya çıkarma (örneğin, sözleşmeye aykırı davranış ya da genel olarak haklı sebep) için sözleşmesel sebeplerin tayin edilebileceği belirtilmektedir[38]. Sözleşmesel fesih sebeplerine ilişkin serbesti, sözleşmesel çıkma sebepleri açısından da geçeli görülmektedir[39].

Çıkarma açısından meseleye yakından bakılacak olursa; ortaklık sözleşmesinde çıkarma sebepleri özel olarak belirlenebileceği gibi (örneğin, rekabet etmeme borcunun veya sözleşmenin ihlali), şahsında haklı sebep doğan ortağın ortaklıktan çıkarılabileceği şeklinde genel mahiyette bir düzenleme de yapılabilir[40]. Bu son halde, bir ortağın şahsında haklı sebebin oluşup oluşmadığı belirlenirken, tüm durum ve koşullar nazara alınarak bu ortak ile ortaklığın sürdürülmesinin diğer ortaklar açısından çekilmez hale gelip gelmediğine bakılacaktır[41]. Sözleşmede kararlaştırılmış olan çıkarma sebebinin geçerli olup olmadığı, çıkarılacak ortağa ödenecek ayrılma payının miktarı da dikkate alınarak belirlenmelidir. Düşük miktardaki ayrılma payı için geçersiz olabilecek bir çıkarma sebebi, daha yüksek bir miktarda ayrılma payı ödenecek olması halinde geçerli kabul edilebilecektir. Bunun

---

[36] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.15; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.9; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2.

[37] Hızır, **a.g.m.**, s.2829,2836; Şener, **Adi Ortaklık**, 387,388; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, 2017, s.70; Çelikboya, **a.g.m.**, s.209; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.70-71; Bozkurt, **a.g.e.**, s.89; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.43-44; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98f; Türkmen, **a.g.e.**, s.69; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.121-122.

[38] von Steiger, **a.g.e.**, s.413,414.

[39] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.184; Handschin, **a.g.m.**, s.247.

[40] von Steiger, **a.g.e.**, s.414. Ortaklıktan çıkma bakımından aynı yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98g.

[41] von Steiger, **a.g.e.**, s.414; Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.44; Hızır, **a.g.m.**, s.2830. Objektif olarak değil ortakların üzerinde birleştikleri değerler ve standartlar ölçü alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği fikrinde bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.187; Handschin, **a.g.m.**, s.247-248. Haklı sebebin "ortaklığın özel durumuna" göre belirleneceği fikrinde bkz. Becker, **Şerh**, s.1229. Bu durumda, haklı sebebi belirleme yetkisinin mahkemeye tanınmış olacağı fikrinde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98g.

yanı sıra, çıkarılan ortağı iktisadi olarak önemli ölçüde dezavantajlı duruma sokacak ise, çıkarma işlemi TMK m.23/2 (ZGB Art.27 II) hükmünü ihlal edecektir[42].

B. TBK m.633 Hükmünün İşlevi

TBK m.633 hükmünden de anlaşılacağı üzere, salt TBK m.633'te öngörülen durumlardan birinin gerçekleşmesi, çıkma veya çıkarma hakkının doğmasını sağlamaz. Bu hükme göre ortaklıktan çıkma veya çıkarmadan söz edilebilmesi için, sözleşmede bir devam kaydının (TBK m.633'teki durumlardan birinin gerçekleşmesi üzerine ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin anlaşmanın) bulunması şarttır. Şu hâlde, TBK m.633 hükmünün yasal çıkma veya çıkarma sebepleri öngörmek gibi bir işlevi yoktur, çünkü ancak sözleşmede açıkça düzenlenmişse çıkma ve çıkarma hakkından bahsedilebilir[43].

TBK m.633 hükmünün işlevi, taraflara çıkma veya çıkarmaya ilişkin düzenleme yapabilme yetkisi bahşetmek de değildir. Zira bu husus zaten sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur[44]. Nitekim önceden de belirttiğimiz[45] gibi, çıkma ve çıkarmaya dair yasal bir düzenlemenin yer almadığı eBK döneminde de sözleşmede veya sonradan alınacak ortaklık kararıyla ortaklıktan çıkma/çıkarma imkanının kararlaştırılabileceğinde tereddüt bulunmamaktaydı. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da adi ortaklıktan yasal "çıkma hakkı", "çıkarma hakkı" veya belirli bir durumun meydana gelmesi üzerine "kendiliğinden çıkma" düzenlenmemiş olmakla birlikte[46]; ortaklıktan ayrılmanın şartları ve sonuçları hukukun genel ilkeleriyle açıklanmaktadır[47]. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ortağın çıkması ya da

---

[42] Bu hususlarda bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.190; Handschin, **a.g.m.**, s.248.

[43] Eren, **Özel Hükümler**, N.2910. Bu nedenle, *Türkmen*'in TBK m.633'ten bahisle adi ortaklıkta "kanuni çıkma hakkı"nın açıkça düzenlendiği yönündeki açıklamasına (Türkmen, **a.g.e.**, s.51) katılmak mümkün değildir.

[44] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.71; Çetiner, **a.g.m.**, s.34. Kaynak BGB § 736 bakımından bu yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.6.

[45] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, I.

[46] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.74; Becker, **a.g.e.**, s.1230; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.5; von Steiger, **a.g.e.**, s.413,414; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.183; Handschin, **a.g.m.**, s.247; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.3. Adi ortaklıkta yasal çıkma hakkının (gesetzlichen Austrittsrechten) bulunmadığına dair bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.114, dn.52. Bu nedenle, kanuni veya sözleşmesel bir sona erme sebebinin meydana gelmesi halinde, ortaklık sona erer ve buna kusurlu davranışıyla yol açan ortaktan/ortaklardan zararın tazmini istenebilir (von Steiger, **a.g.e.**, s.414).

[47] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.73.

çıkarılması yoluyla ortaklığın devam edeceğinin (devam kaydı; Fortführungsklauseln) ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir[48].

Şu hâlde, TBK m.633 hükmünün -TBK m.639'daki sona erme sebepleriyle kurduğu bağlantı da dikkate alınırsa- bazı sona erme sebeplerine karşı başlangıçta önlem alabilme hususunda taraflara hatırlatmada bulunma ve bir sözleşmesel düzenleme modeli önerme işlevi taşıdığı söylenmelidir[49].

IV. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARMA ŞARTLARI

A. Ortaklığın Devam Edeceğinin Kararlaştırılmış Olması

1. Ortaklık Sözleşmesinde "Devam Kaydı" Bulunması

Bir ortağın ayrılması ve ortaklığın devamı için, belirli bir duruma ilişkin "devam kaydı" (Fortsetzungsklausel) sözleşmede öngörülmüş olmalı[50] veya sonradan devam kararı alınmalıdır[51]. Bu bakımdan, ortağın şahsında gerçekleşebilecek yasal sona erme sebeplerine (TBK m.639 b.2,3,6) ilişkin bir devam kaydı sözleşmede bulunmuyorsa (veya sonradan devam kararı da alınmamışsa) ortaklık sona erer[52].

Devam kaydı, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir[53]. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması da bunu değiştirmez[54]. Örtülü irade beyanlarıyla veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla da devam kaydı kararlaştırılabilir[55].

---

[48] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.183; Handschin, **a.g.m.**, s.247; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.5. Ayrıca, oybirliğiyle alınacak kararla da bu imkânın öngörülebileceğine dair bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.413; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.3. Tasfiye bitimine kadar bu hususta ortakların anlaşabileceği yönünde bkz. Becker, **Şerh**, s.1230.

[49] Bu anlamda bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.71; Çetiner, **a.g.m.**, s.34. BGB § 736 bakımından aynı yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.6.

[50] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.2; Hızır, **a.g.m.**, s.2848; Çelikboya, **a.g.m.**, s.204.

[51] Devam kararı hakkında açıklama için bkz. aş. Dördüncü Bölüm, IV, A, 2.

[52] Çetiner, **a.g.m.**, s.24; Çelikboya, **a.g.m.**, s.204.

[53] Bollmann, **a.g.e.**, s.28; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5; Hızır, **a.g.m.**, s.2849; Çelikboya, **a.g.m.**, s.205; Türkmen, **a.g.e.**, s.45. Taraflar ortaklık sözleşmesini belirli bir şekle bağlı yapmış olsalar da OR Art.115'e göre (TBK m.132) devam kaydının şekle tabi olmayacağı görüşünde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.28.

[54] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5; Çelikboya, **a.g.m.**, s.205.

[55] Bollmann, **a.g.e.**, s.28; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26.

Devam kaydı farklı görünümlerde ortaya çıkabilir. Ortaklık sözleşmesinde örneğin; şahsında sona erme sebebi doğan ortak olmaksızın ortaklığın devam edeceği veya genel olarak çıkma/çıkarmanın mümkün olduğu kararlaştırılabilir. Keza, belirli bir durumun çıkma/çıkarma sebebi olacağı öngörülebilir ya da ortaklıktan ayrılmanın şartları/sonuçları hakkında bir düzenleme de yapılabilir. Tüm bu tip kayıtlar, "devam kaydı"nın varlığına delalet eder[56]. Önemli olan, ayrılma sebebinin oluşması ve ortağın ayrılması durumunda ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği yönündeki müşterek iradenin ortaklık sözleşmesinden açıkça anlaşılabilmesidir[57].

Dikkat edilmesi gereken; devam kaydının, ancak bu kayda karşılık öngörülmüş olan çıkma veya çıkarma sebebi (örneğin; ortağın fesih bildirimi, ölümü ya da iflası) bakımından hüküm ifade edecek olmasıdır[58]. Peki acaba, özel olarak bir sebep belirtilmeksizin "bir ortağın çıkması yahut çıkarılmasının ortaklığı sona erdirmeyeceği" yönünde sadece genel bir sözleşmesel kayıt hangi sebepleri kapsamalıdır? Kanaatimizce böyle bir durumda öncelikle sözleşmenin tümünün yorumlanması yoluyla çıkma ya da çıkarma sebepleri belirlenmeye çalışılmalıdır. Buna rağmen bir sonuca ulaşılamıyorsa, devam kaydının, yedek hüküm niteliğindeki TBK m.633'te belirtilen tüm çıkma ve çıkarılma sebeplerini kapsadığı kabul edilmelidir[59] meğerki somut olayda farklı bir sonuca varmayı haklı kılacak koşullar bulunsun.

Son olarak, doktrinde rastlanılan, devam kaydının ortaklık sözleşmesi içerisinde yer alması gerektiği[60] veya gerekmediği[61] hususundaki tartışma isabetli görünmemektedir. Zira, devam kaydı, başlangıçta ya da sonradan başka bir metin içerisinde veya sözlü olarak kararlaştırılmış olsa dahi hukuken ayrı bir sözleşme değil, zaten ortaklık sözleşmesinin bir parçası olur[62]. Nitekim bu yaklaşım, önemli bir pratik

---

[56] Bu anlamda bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.205.
[57] Çelikboya, **a.g.m.**, s.205. Aynı yönde bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.370.
[58] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.8; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.5.
[59] Devam kaydının, sözleşmenin yorumu yoluna başvurulmadan doğrudan TBK m.633'te sayılan çıkma ve çıkarma sebeplerinin tümünü kapsayacağını fikrinde karş. Hızır, **a.g.m.**, s.2831; Sarp Şahankaya, "Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeplerle Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2021, s.163.
[60] Hızır, **a.g.m.**, s.2849.
[61] Çelikboya, **a.g.m.**, s.205-206.
[62] Nitekim devam kaydının her zaman ortaklık sözleşmesinin bir parçası (Teil des Gesellschaftsvertrag) niteliğinde olacağına ilişkin bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.28. Aynı fikirde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.45.

sonucu da beraberinde getirmektedir. Ortaklık sözleşmesiyle öngörülen devam kaydı geçersizse ve bu olmasaydı tarafların sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılabiliyorsa, TBK m.27/2 gereği ortaklık sözleşmesinin tümü hükümsüz olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, devam kaydı, ortaklık sözleşmesinin bir parçası olduğu için devam kaydının geçersizliği halinde, ortaklık sözleşmesine kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağına bakılmalıdır.

2. Ortakların Sonradan "Devam Kararı" Alması

Ortaklık sözleşmesinde devam kaydı öngörülmemişse, sonradan bir devam kararı alınması ortaklık sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelir[63]. Dolayısıyla bu hususta sözleşmede çoğunluk kararı yeterli görülmemişse ancak oybirliğine dayanan bir ortaklık kararı alınmalıdır[64].

Bu durumda, en geç ne zamana kadar devam kararı alınabilir sorusu akla gelecektir. Bir sona erme sebebi ortaya çıktığında kural olarak, elbirliği ortaklığı doğrudan sona ermez fakat ortaklık amacında değişiklik meydana gelir[65]. Böylece ortakların müşterek amaç uğrunda gayret gösterme borcunun yerini ortaklığın tasfiyesi borcu alır[66].

Şu hâlde, TBK m.633'te belirtilen sebepler bir ortağın şahsında gerçekleştiği için ortaklık tasfiye aşamasına girdikten sonra -en geç tasfiye bitimine kadar[67]- diğer ortaklar oybirliğiyle, ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılması ve ortaklığın kendi aralarında devam etmesi yönünde bir karar (devam kararı; Fortsetzungsbeschluss)

---

[63] Eren, **Özel Hükümler**, N.2910; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.70; Çelikboya, **a.g.m.**, s.206; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.121.

[64] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.2; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.4; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.3; Eren, **Özel Hükümler**, N.2910; Hızır, **a.g.m.**, s.2849; Çelikboya, **a.g.m.**, s.206,207. İsviçre hukukunda aynı şekilde bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.413; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.3.

[65] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.82; Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.37; von Steiger, **a.g.e.**, s.461; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.2; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.1; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §723, N.6. Bu hususta bkz. BGE 119 II 119, s.124 (www.relevancy.bger.ch, E.T.04.02.2020). Bir ortağın ortaklık malvarlığını aktif ve pasifiyle devralmasında olduğu gibi ortaklığın tasfiyesiz sona erme halleri de istisnai olarak mümkündür (Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.82,90).

[66] Seliçi, **a.g.e.**, s.124. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD., E.2013/3554 K.2013/6981 T.29.04.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020); Yarg. 3. HD., E.2018/2295 K.2018/10609 T.25.10.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

[67] Tasfiye bitimine kadar ortaklığın devamı yönünde karar alınabileceği hususunda bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.4; Becker, **Şerh**, s.1230, N.27; Hızır, **a.g.m.**, s.2849; Çelikboya, **a.g.m.**, s.208. Tasfiye bitiminden sonra ise, bu sonucu sağlamaya yönelik geçmişse etkili bir hukuki işlem yapılamaz ve yeni bir ortaklık kurmaktan başka bir çare yoktur (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.4).

alabilirler[68]. Çünkü sırf bir ortağın şahsında sona erme sebebi gerçekleşmesi, diğer ortakların tümünün istemelerine rağmen ortaklığı devam ettirmelerini engellememelidir, yeter ki ayrılma payı tümüyle ödenmiş[69] veya en azından gösterilen güvence ilgili ortak (veya mirasçıları, kanuni temsilcisi, şahsi alacaklısı vs.) tarafından kabul edilmiş olsun. Bu bakımdan, diğer ortakların devam kararı almaları; ortaklık tasfiye edilseydi ilgili ortağın (veya mirasçılarının vs.) elde edeceği menfaatlere erişmesini geciktirici veya güçleştirici şekilde dezavantajlı bir durum oluşturmamaları şartıyla mümkün olmalıdır[70].

Böylece, tasfiye ortaklığı, tekrar aktif bir ortaklığa dönüşür[71]. Ortaklığın devamına yönelik bu karar, özel bir şekle tabi değildir ve iradeyi ortaya koyan davranışlarla dahi alınabilir[72]. Fakat TBK m.633 kıyasen uygulanarak, ilgili ortağa (mirasçılarına vs.) çıkarma bildirimin yazılı şekilde yapılması gerektiği söylenmelidir.

---

[68] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98c,98i. eBK döneminde aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104. Diğer ortakların, mahkemeden ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılmasını talep edebileceği yönündeki benzer görüş için bkz. ve karş. Karayalçın, **a.g.e.**, s.152. Keza, ortağın iflas etmesi gibi bazı durumlarda devam kararı alınırken çıkarılacak ortağın oy hakkından yoksun bırakılması gerektiği fikrinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.47.
Başka bir görüşe göre ise, devam kararı alınması için ilgili ortağın (mirasçılarının ya da iflas idaresinin) da onayı gerekir. Bu görüşte bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.4; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.3; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.3-4, ayrıca § 725'e göre ortağın tasfiye payını haczettirerek ortaklığın feshi bildiriminde bulunan alacaklıların (kündigenden Pfandgläubigers) onayı gerektiği belirtilmektedir; Hızır, **a.g.m.**, s.2850; Çelikboya, **a.g.e.**, s.207.

[69] Bu yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104.

[70] Benzer bir görüş için bkz. ve karş. Şahankaya, **a.g.e.**, s.146-147. Limited şirkette, ortaklıktan ayrılma imkânı bulunan ortağın ayrılma payının elde edememesi ihtimali dışında, ortaklığın sona erdirilmesinde hukuki yarar bulunmadığına dair bkz. Bünyamin Gürpınar, "Limited Şirkete Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.20, S.2, 2016, s.89.

[71] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.3. Bu durumda tasfiye amacının yerini tekrar ortaklığın eski amacı alır (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.4; Çelikboya, **a.g.m.**, s.208). Ancak, devam kararıyla birlikte oybirliğinin sağlanması halinde ortaklıkta öncekinden farklı bir amaç da belirlenebilir (Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.3). Tasfiye ortaklığından tekrar aktif ortaklığa dönme kararı sonrasında ortaklığa konu malvarlığı unsurlarına ilişkin ayrıca devir işlemleri (Rückübertragung) yapılması gerekmez. Zira henüz paylaşılmamış malvarlığı unsurları tasfiye ortaklığı süresince de ortakların elbirliğiyle hak sahipliğindedir (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.4). Tasfiye ortaklığında da elbirliğiyle hak sahipliğinin devam edeceğine dair ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.647-648.

[72] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.4.

3. Özellik Arz Eden Durumlar

a. İki Ortaklı Ortaklıklar

Adi ortaklıkta, ortak sayısının tek kişiye düşmesi kural olarak, ortaklığın kendiliğinden sona ermesini ve tasfiyesinin yapılmasını zorunlu kılar[73]. Bununla birlikte, sona erme sebebi meydana gelmesi üzerine taraflarca, ortaklığın tüm aktif ve pasifleriyle ortaklardan birine bırakılması yönünde bir anlaşma yapılabilir[74].

İki ortaktan oluşan ortaklıkta devam kaydı, somut olayda özel bir durum yoksa veya ayrılma sebebinin niteliği aksini göstermiyorsa[75] "devralma kaydı" (Übernahmeklausel) olarak yorumlanır[76]. Bu durumda hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung) prensibi (TBK m.634/1) uygulama alanı bulur ve devir için ayrıca tasarruf işlemleri yapılmadan ortaklık malvarlığı, kalan ortağın şahsi malvarlığıyla kaynaşarak tek kişi mülkiyetine (Alleineigentum) dönüşür[77]. Devralan ortak, diğer ortağa bir ayrılma payı ödemekle yükümlü olur[78].

Ortaklık sözleşmesinde öngörülen bir devralma kaydı, şüphe halinde, kendiliğinden sonuç doğuran bir nitelikte değil, yenilik doğuran hak olarak kabul edilmelidir[79]. Şu hâlde, ortağın şahsında bir sona erme sebebi gerçekleşmiş ve bu

---

[73] Schmidt, **a.g.e.**, s.1726; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.5; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.5; Şener, **Adi Ortaklık**, s.390; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.75b; Çelikboya, **a.g.m.**, s.206.

[74] Taraflar arasında bir anlaşma bulunup bulunmadığı anlaşılmamakla birlikte, sonucu itibariyle bu yöndeki örnek bir olay için bkz. Yarg. 11. HD., E.2016/5064 K.2017/3987 T.22.06.2017: *"Davacı vekili, müvekkili ile davalının ... Sanayi adi ortaklığının ortakları iken müvekkilinin adi ortaklığın tasfiyesi ve ayrılma payının tahsili için 13.02.2006 tarihinde ... 3.ATM'nin 2012/6 E. sayılı dosyası ile dava açtığını,* ***mahkemece 12.03.2013 tarihinde ... Sanayi Adi Ortaklığı'nın davacı ...'in tasfiye payı olarak belirlenen 532.316,53 TL'nin davalı ...'ten alınarak davacı ...'e verilmesi ve adi ortaklığa ait taşınır ve taşınmaz tüm mallar ile aktif ve pasiflerin davalı ... üzerinde bırakılması suretiyle tasfiyesine*** *karar verildiğini…"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.20.03.2021).

[75] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.9.

[76] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.9; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.10; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.5; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72; Çelikboya, **a.g.m.**, s.206; Türkmen, **a.g.e.**, s.48; TTK m.257'nin geçerlilik kazanacağı ve diğer ortak lehine "devralma hakkı" doğacağına dair bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98.

[77] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.97, bu bakımdan, ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunsa da resmi şekilde yapılmış bir sözleşmenin gerekmeyeceği de vurgulanmıştır; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.9; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.10; Türkmen, **a.g.e.**, s.48.

[78] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72; Çelikboya, **a.g.m.**, s.206, dn.51.

[79] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.9; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.10; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.5. Ortaklık sözleşmesinde sadece devralmaya ilişkin bir hak öngörülmüş ise bu hakkın, yenilik doğuran hak olduğu ve ancak açık bir beyanla kullanılacağı yönünde bkz. OLG Stuttgart, 5. 5. 2004 - 14 U 54/03 (www.lrbw.juris.de, E.T.10.01.2021).

durumu kapsayan bir devralma kaydı sözleşmede yer almaktaysa, diğer ortak yenilik doğuran bir beyanla devralma hakkını kullandığı bildirmezse ortaklık tasfiyeye[80] girecektir.

Bunlardan başka, doktrinde, TTK m.257-258 (eTK m.199-200) hükümlerinin adi ortaklığın bünyesine uygun düştüğü ölçüde -özellikle ticari işletme işleten adi ortaklıklara kıyas yoluyla- uygulanabileceği fikri de savunulmaktadır[81].

b. Devam Kaydının Tasfiye Aşamasında Uygulanabilirliği

Alman hukukundaki hâkim görüşe göre, devam kaydı, ortaklığın sona ermesinden (yani tasfiye aşamasına geçmesinden) sonra meydana gelen bir çıkma sebebi bakımından da uygulanır[82]. Diğer bir görüşe[83] göre, sözleşmede bu şekilde kararlaştırılabilirse de şüphe halinde, devam kaydının aktif ortaklık bakımından öngörülmüş olduğu kabul edilir. Çünkü devam kaydı, aktif ortaklıktaki taraf menfaatlerinin korunması açısından daha büyük bir anlam taşır. Dolayısıyla sözleşmedeki devam kaydına dayanarak tasfiye ortaklığından çıkmak istisnai bir durum olarak görülmelidir.

Tasfiye aşamasındaki ortaklıkta da rahatsızlık yaratan ortakla tasfiye işlemlerine devam etmek çekilmez hale gelmişse bu ortağın çıkartılabileceği kabul edilmektedir[84].

---

[80] Yarg. 3. HD., E.2018/7295 K.2019/7630 T.08.10.2019: *"Adi ortaklığın tasfiyesi, ortaklığın bütün mal varlığının belirlenip, ortakların birbiri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerin kesilmesi yoluyla ortaklığın sonlandırılması, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.10.01.2021).

[81] Şener, **Adi Ortaklık**, s.390-391, yazar, bunun için sözleşmede devam kaydı bulması gerektiği gibi bir zorunluluktan bahsetmemektedir.

[82] Bu hususta bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 736, N.16; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.5.

[83] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 736, N.16. Öncelikle devam kaydının yorumlanması gerektiği, tereddüt halinde bunun tasfiye ortaklığına uygulanamayacağını belirterek aynı kanaatte karş. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.5.

[84] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §737, N.10; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 737, N.12; Türkmen, **a.g.e.**, s.150. Kollektif şirkette, şirketin sona ermesinden sonra esasen, ortağın çıkarılmasına karar verilemeyeceği kanaatinde karş. Karayalçın, **a.g.e.**, s.294.

c. Bir Ortağın İrade Beyanında İptal Edilebilirlik Sebebi Bulunması

Ortak sayısı ikiden fazla olan ortaklık sözleşmelerinde, ortaklardan birinin irade beyanında bir iptal edilebilirlik sebebi (irade sakatlığı, gabin) bulunması halinde, ortaklık sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı tartışma konusu olmuştur[85].

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, ortaklığa katılmaya ilişkin irade beyanında bir sakatlık bulunan ortağın, sözleşmenin kendisini bağlamaması hususunda kuşkusuz bir menfaati vardır[86]. Bu yönüyle, kural olarak, şahıs ortaklıklarına katılım beyanına da Türk Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığına ilişkin hükümlerinin uygulanabilir olduğu söylenmelidir[87]. Fakat hemen belirtilmelidir ki, Türk Borçlar Kanunundaki genel hükümler, esasen karşılıklı sözleşmeler için düzenlenmiş olup[88], ortaklık sözleşmelerine uygulanırken ilişkinin özellikleri dikkate alınmalı ve niteliğine uygun düştüğü şekilde uygulanmalıdır[89]. Zira ortaklık sözleşmeleri, esasen çok taraflı sözleşmelerdir[90]. Ayrıca, dışarıya karşı bir ortaklık olarak hareket edildiği için üçüncü kişilerin menfaatlerini de yakından ilgilendirir[91].

Ortaklık sözleşmelerinde karşılıklı sözleşmelerden farklı olarak, iradesi sakatlanan ortak iptal hakkını kullanmasına rağmen diğer ortaklar ortaklığı sürdürebilir[92]. Dolayısıyla ilk bakışta, ortaklığın tümüyle sona ermesi yerine iptal hakkını kullanan ortağın ortaklıktan çıkmak suretiyle ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceğini kabul etmek, iradesi sakatlanan ortağın menfaatlerini yeterli ölçüde karşılayabilir[93]. Fakat böyle bir genel kabul, irade sakatlığı hükümlerinin, ortaklık

---

[85] Hueck, **a.g.e.**, s.76.
[86] Bollmann, **a.g.e.**, s.14.
[87] Bollmann, **a.g.e.**, s.14; Tekil, **a.g.e.**, s.35; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.18, yazar, bu hükümlerin uygulanması bakımından, bir tüzel kişiliğin ortaya çıktığı ihtimallerin ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.
[88] Buna ilişkin bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.49-50; Doğanay, **a.g.e.**, s.27.
[89] Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku I**, s.43,50; İmregün, **a.g.e.**, s.155; Tekil, **a.g.e.**, s.35; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.17. İsviçre hukuku açısından aynı görüşte bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.14. Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.
[90] Bollmann, **a.g.e.**, s.14; İmregün, **a.g.e.**, s.154. Ayrıca bu hususta "birleşme (organizasyon) sözleşmeleri" kavramının kullanımı için bkz. Tekil, **a.g.e.**, s.35,112; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.17. "Çok taraflı sözleşme" kavramının yapay bir kavram olduğunu belirterek buna ihtiyaç olmadığı görüşünde karş. Barlas, **a.g.e.**, N.134.
[91] Bollmann, **a.g.e.**, s.14.
[92] Bollmann, **a.g.e.**, s.14.
[93] Bollmann, **a.g.e.**, s.14-15. Nitekim *Zobl*'e göre, ortaklığa katılmaya ilişkin irade beyanında sakatlık söz konusuysa iradesi sakatlanan ortağın kullanabileceği iptal hakkı, "yasal çıkma hakkı" anlamına

ilişkisinin niteliği dikkate alınmadan uygulanması anlamına gelir. Çünkü şahıs ortaklıkları bütün ortakların iradelerine ve menfaatlerine dayandığından, bir ortağın bu ilişkiden kopması esasen ortaklığın tümüyle sona ermesine yol açar[94].

Ortaklık sözleşmesinin yorumundan, irade beyanı sakatlanan ortak olmasaydı diğer ortakların yine de bu sözleşmeyi yapacağı sonucuna ulaşılabiliyorsa, "sübjektif kısmi hükümsüzlük" (Subjektive Teilnichtigkeit) söz konusu olur ve sözleşme diğer ortaklar arasında varlığını sürdürür[95]. Aynı yaklaşım, ortağın ehliyetsizlik sebebiyle irade beyanının kesin hükümsüz olması ihtimalinde de kabul edilmektedir[96].

Bu durum, ortakların irade beyanlarının hüküm ifade etmesinin, diğer tüm ortakların irade beyanlarının varlığına bağlı kılınmadığı anlamına gelir[97]. Ortaklık sözleşmesinde bir devam kaydının (Forsetzungklausel) bulunması, sübjektif kısmi hükümsüzlük kurallarının uygulanabileceği lehine karine teşkil eder[98].

---

gelir. Yazara göre, irade sakatlığına rağmen ortaklık sıfatı kazanılır. Fakat iptal hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili (ex tunc) olarak sona erer (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.114, dn.52). Bir ortağa özgü bir geçersizliğin ortaklık sözleşmesinin tümden geçersizliğine neden olmayacağı, bu ortağa ortaklıktan çıkma hakkı tanınacağı fikrinde karş. Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.578.

[94] Bollmann, **a.g.e.**, s.15.

[95] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.54; Hueck, **a.g.e.**, s.77; Karayalçın, **a.g.e.**, s.65; Barlas, **a.g.e.**, N.140. Keza, ortakların kişiliğinin nispeten önem taşımadığı bir ortaklıkta geçersizlik sebebi ortaklardan birini ilgilendirmekteyse, diğer ortakların ortaklığı sürdürmekle yükümlü olacaklarına dair bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Vorbem zu Art.530-551, N.118.

Azınlıkta kalan aksi yöndeki görüşe göre ise, her halükârda sözleşme tümüyle hükümsüz sayılmalıdır. Zira her bir ortağın borcu ile diğer ortakların borçları arasında genetik bir bağlılık (genetischer Abhängigkeit) vardır ve bu nedenle birinin çökmesi halinde tümünün çöktüğü söylenecektir. Nitekim ortaklık sözleşmesinin kurulması, bütün ortakların irade beyanlarının uyuşmasına bağlıdır. Bu görüşe ilişkin açıklama için bkz. Hueck, **a.g.e.**, s.76-77. Türk hukukunda da *Baştuğ*, böyle bir durumda kısmi hükümsüzlüğün uygulanamayacağını ve sözleşmenin tümüyle hükümsüz olacağını savunmaktadır (Baştuğ, **a.g.m.**, s.10).

[96] Bu görüşte bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.48; Doğanay, **a.g.e.**, s.11.

[97] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.54; Hueck, **a.g.e.**, s.77.

[98] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §705, N.54; Hueck, **a.g.e.**, s.77; Doğanay, **a.g.e.**, s.94. Bu anlamda bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Vorbem zu Art.530-551, N.118. Devam kaydının kapsamının yorumlanmasıyla bu sonuca varılabileceği fikrinde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.16.

Ancak belirtmek gerekir ki; iradesi sakat ortak olmadan sözleşmenin kurulması ile bu ortağın sonradan ayrılması her zaman aynı nitelik ve etkide görülemez. Ortaklığın işletmesi kurulurken ortağın yapabileceği katkı (örneğin işletmesini veya bir fikri hakkı katılma payı olarak ortaklığa getirmesi) esaslı bir etkiye sahip iken; bu ortağa sonradan ortaklıktan ayrılırken ödenecek ayrılma payı aynı etki ve değerde olmayabilir. Bu nedenle somut olayda, her ne kadar sözleşmede devam kaydı bulunsa da irade beyanı geçersiz olan ortağın katılımı esaslı bir öneme ve etkiye sahipse, ortaklık sözleşmesinin tümüyle geçersiz olduğu kabul edilmelidir (Hueck, **a.g.e.**, s.77-78).

B. Çıkma veya Çıkarma Sebebinin Gerçekleşmesi

Ortağın çıkması veya çıkarılması için sözleşmede öngörülen sebebin gerçekleşmiş olması gerekir. Burada özellikle, sebebinin gerçekleşmesi üzerine çıkma/çıkarma sonucunun nasıl doğacağı ve TBK m.633 hükmünden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

1. Çıkma/Çıkarma İmkanına İlişkin Düzenleme Modelleri ve Bu Yönüyle TBK m.633 Hükmü

Ortaklar, çıkma/çıkarma sonucunun nasıl gerçekleşeceği açısından sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çeşitli yöntemlerden birini tercih edebilirler. Örneğin;

1. Belirlenen çıkma sebebinin gerçekleşmesi üzerine ortağın ayrıca bir irade beyanı gerekmeden (kendiliğinden) ortaklıktan çıkmış sayılacağı kararlaştırılabilir (dar anlamda çıkma; Ausscheiden im engeren Sinn)[99].

2. Ortağa, bir irade beyanında bulunarak kullanabileceği, yenilik doğuran hak niteliğinde bir çıkma hakkı da tanınabilir[100]. Bu ihtimalde, çıkma bildiriminin, diğer ortaklar tarafından kabul edilip edilmemesinin bir önemi yoktur[101]. Bozucu yenilik doğuran bir hak olarak çıkma bildirimi, kanunen özel bir şekle tabi olmayıp, diğer tüm ortakların[102] hakimiyet alanına varmasıyla hükümlerini doğurur[103]. Çıkma hakkı, bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi şartına bağlanabileceği[104] gibi, (örneğin, ilk iki yıl çıkma hakkının kullanılamayacağı şeklinde) belirli bir süre sonra kullanılabilir bir hak olarak da düzenlenebilir.

---

[99] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.41; Bollmann, **a.g.e.**, s.19; von Steiger, **a.g.e.**, s.414; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.98-99; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.74.

[100] Bollmann, **a.g.e.**, s.19; von Steiger, **a.g.e.**, s.414; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.98; **BeckOK-BGB**/Schöne, §736, N.3; Şener, **Adi Ortaklık**, 387; Domaniç, **a.g.e.**, s.103, yazar, çıkma hakkının sadece ortaklardan bir kısmına tanınabileceğine de işaret etmektedir.

[101] Bollmann, **a.g.e.**, s.19.

[102] Ortaklığın yönetimi alanını aşması sebebiyle, çıkma bildiriminin sadece idareci ortağa yapılması yeterli değildir. Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birine yapılacak bildirimin yeterli olacağı kararlaştırılabilir (Bollmann, **a.g.e.**, s.55). Nitekim çok taraflı sözleşmelerde, fesih veya iptal beyanının kural olarak tüm sözleşmecilere yöneltilmesi gerekir (Zwanzger, **a.g.e.**, s.357).

[103] Bollmann, **a.g.e.**, s.54,55; Şener, **Adi Ortaklık**, 387; Eren, **Özel Hükümler**, N.2912. TBK m.633'te belirtilen çıkma bildiriminin kanuni bir şekle tabi olmadığı hususunda bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.310; Çetiner, **a.g.m.**, s.26; Hızır, **a.g.e.**, s.2869; Çelikboya, **a.g.m.**, s.222.

[104] Domaniç, **a.g.e.**, s.103; Şener, **Adi Ortaklık**, 387.

Acaba ortakların serbestçe (kayıtsız ve şartsız) kullanılabileceği bir çıkma hakkı kararlaştırılabilir mi? Doktrinde, çıkma hakkının, herhangi bir sebebe bağlı olmadan kullanılabileceği yönündeki kayıtların geçerli olduğu kabul edilmektedir[105]. Bu durumda çıkma, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa TBK m.640/1'deki fesih ihbar süresi sonunda hüküm ve sonuç doğurur[106].

3. Ortaklıktan çıkarma ise kural olarak, çıkarılacak ortak haricinde diğer ortakların oybirliğiyle karar almalarını gerektirir[107]. Oybirliği yerine çoğunluk kararıyla bir ortağın çıkarılabilmesi yönündeki anlaşmalar geçerlidir fakat bu hususun sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması gerekir[108]. Herhangi bir sebep gerekmeden bir ortağın ortaklıktan çıkarılabileceği yönündeki sözleşme kayıtları ise, ilgili ortağı diğer ortakların keyfine tabi bırakacağından TMK m.23/2 (ZGB Art.27 II) hükmünü ihlal edebilecektir ve bu nedenle kural olarak geçersizdir[109].

4. Ortaklıktan çıkarmanın, doğrudan ortaklık kararıyla veya mahkeme kararıyla gerçekleşebileceği ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabilir. İsviçre hukukunda, sözleşmede bu hususta bir açıklık bulunmaması halinde, haklı sebeple fesih hükmünde (TBK m.639 b.7) olduğu gibi, ancak mahkeme kararıyla ortağın çıkarılabileceği belirtilmektedir[110]. Türk hukukunda ise, sözleşmede açıklık yoksa, TBK m.633 nazara alındığında ortaklık kararıyla çıkarmanın mümkün olduğu söylenmelidir. TBK m.633'e göre alınacak çıkarma kararı kanunen özel bir şekle tabi değildir[111]. Çıkarma bildirimine ilişkin anılan hükümdeki yazılı şekil şartı ise

---

[105] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.184; Domaniç, **a.g.e.**, s.103; Şener, **Adi Ortaklık**, 387; Hızır, **a.g.m.**, s.2830; Çelikboya, **a.g.m.**, s.209, dn.67.

[106] Bu hususta bkz. aş. Dördüncü Bölüm, VI, A.

[107] Domaniç, **a.g.e.**, s.104.

[108] von Steiger, **a.g.e.**, s.414; Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.77.

[109] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.186; Handschin, **a.g.m.**, s.247; Hızır, **a.g.m.**, s.2830, dn.36; Şahankaya, **a.g.e.**, s.150-151, hiçbir somut olguya dayanmayan keyfi çıkarma kararının TMK m.2 ve m.23'e aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı belirtilmektedir.
Ancak önceden belirli bir ölçüde anlaşılır olması, diğer tarafın keyfi davranışı ve sömürüsü altında bırakmaması kaydıyla, sözleşmede haklı sebebe dayanma şartının kaldırılabileceği kanısında bkz. ve karş. Becker, **Şerh**, s.1228.
Alman hukukunda da bu tip bir kaydın, ilgili ortağın, ortaklık sıfatının çekirdek alanını ihlal edeceği ve temel hususlardaki katılma hakkını (Mitspracherecht) yok sayarak ortağı diğer ortakların iradesine bağımlı kılacağı için geçersiz sayılacağı yönünde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §737, N.19.

[110] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.45; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.189; Handschin, **a.g.m.**, s.247-248.

[111] Çelikboya, **a.g.m.**, s.224.

geçerlilik şekli olup[112]; bu şekil şartı hafifletilebilir fakat (resmi şekil gibi) ağırlaştırılamaz[113]. Çıkarılan ortak, çıkarma sebeplerinin bildirilmesini talep edilebilir[114]. Alman hukukunda çıkarma sebeplerinin belirtilmesinin, çıkarma bildiriminin hüküm doğurması bakımından gerekli bir şart olmadığı ifade edilmektedir[115].

Tüm bunlara göre, TBK m.633 hükmünden ne anlaşılması gerektiği değerlendirilmelidir.

TBK m.633'e kaynak olan BGB §736'ya göre; -sözleşmede bunlara ilişkin bir devam kaydı varsa- fesih bildiriminde bulunan, ölen veya malvarlığı üzerinde iflas açılan ortak "kendiliğinden" ortaklıktan çıkmış olur. Bu nedenle, ayrıca bir ortaklık kararına veya çıkma bildirimine ihtiyaç yoktur[116].

Buna karşılık, TBK m.633 hükmünün lafzına dayanan bazı yazarlara[117] göre, BGB §736'nın aksine, TBK m.633 uyarınca ortaklıktan çıkma "kendiliğinden" gerçekleşmez. Ortağın çıkması için ayrıca bir çıkma bildiriminde bulunması veya en azından örtülü olarak bir çıkma iradesi göstermesi gerekli görülmektedir. Sözü edilen çıkma bildirimi, kanunen özel bir geçerlilik şekline tabi değildir fakat sözleşmede bu hususta bir şekil şartı öngörülebilir[118]. Öte yandan, bu fikre göre ortaklar, BGB §736'da olduğu gibi çıkma sebebinin gerçekleşmesiyle "kendiliğinden" çıkma sonucunun gerçekleşeceğini de kararlaştırabilirler.

---

[112] Çetiner, **a.g.m.**, s.39.
[113] Hızır, **a.g.m.**, s.2872. Ortakların tacir olması durumunda, çıkarma bildiriminin TTK m.18/3 (TK m.20/3) hükmündeki şekle göre yapılması gerektiği fikrinde bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.225.
[114] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §737, N.11.
[115] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §737, N.11.
[116] Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.10; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.8. Diğer ortakların veya ortaklık payı üzerinde rehin hakkı sahibi olan rehinli alacaklının iradesi olmaksızın ortağın kendiliğinden çıkacağına dair bkz. OLG Stuttgart, 5. 5. 2004 - 14 U 54/03 (www.beck-online.beck.de, E.T.09.08.2020). Anılan kararda rehin hakkının, bir ortağın ayrılması nedeniyle "Anwachsung" yoluyla diğer ortakların artan paylarında devam etmeyeceği; çıkan ortağın "ayrılma payı" üzerinde devam edeceği belirtilmiştir.
[117] Hızır, **a.g.m.**, s.2869, nitekim yazar, TBK m.633 hükmüyle, çıkma veya çıkmama konusunda ilgili ortağa bir tercih imkanının tanındığı kanısındadır; Çelikboya, **a.g.m.**, s.222.
[118] Buna karşılık, çıkma veya çıkarma bildiriminin yazılı şekilde yapılması gerektiği fikrinde bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484. Taraflar tacir sıfatını taşımaktaysa, çıkma bildiriminin TTK m.18/3 (TK m.20/3) hükmündeki şekle göre yapılması gerektiği kanısında bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.222-223. Çıkma bildiriminin TTK m.18/3 hükmünde sayılan bildirim türlerinden biri olmadığı için şekle tabi olmadığını belirterek aksi görüşte bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.387; Hızır, **a.g.e.**, s.2820, dn.8, lakin yazar, iki ortaklı ortaklar bakımından farklı fikirdedir.

Kanaatimizce, salt lafza itibar ederek TBK m.633 hükmünün "kendiliğinden" çıkma sonucunu engellediği şeklinde bir yorum yapılmamalıdır[119]. TBK m.633'ün gerekçesinde, BGB §736'nın kaynak olarak alındığı açıkça belirtilmektedir. Yabancı bir hukuktan iktibas edilen kanun hükmü yorumlanırken, o hukuktaki bilimsel görüşler ve yargısal içtihatlar da nazara alınmalıdır[120]. Kanunkoyucu, TBK m.633 hükmünü düzenlerken bilinçli bir şekilde BGB §736'dan ayrılan bir hukuki sonucu kabul ettiğini belirtmediğine göre, farklı bir sonuca varmak için geçerli bir sebep bulunmamaktadır[121].

Gerçi TBK m.633 hükmünün lafzına göre, sözleşmede *"ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği"* kaydı bulunmasına rağmen, "kendiliğinden" çıkma sonucu doğmayacağı, ayrıca bir çıkma ya da çıkarma bildiriminde bulunulması gerektiği gibi yanıltıcı bir sonuca varılmaktadır. Fakat TBK m.633 hükmünün emredici olmadığı da nazara alınırsa, taraf iradelerini yok sayan bu sonuca varmayı haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Kaldı ki, daha evvel ifade ettiğimiz üzere[122], TBK m.633 hükmü, yasal çıkma/çıkarma sebepleri öngören bir düzenleme değildir.

TBK m.633, ortakların menfaatlerini göz önünde tutarak ortak değişikliğinden etkilenmeyecek bağımsız bir yapı kurmayı amaçlamaktadır[123]. Bu durumda, ayrıca bir çıkma bildirimini aramak suretiyle ortaklığın kaderini ilgili ortağın çıkma hakkını kullanıp kullanmama iradesine bırakmak, TBK m.633'ün amacına aykırı olur[124].

Sözleşmede örneğin ortağın ölmesi, fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması halinde *"ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği"* kaydı varsa, ilgili ortağın "kendiliğinden" çıkmış olacağını[125] kabul ettiğimizi göre, diğer ortakların ayrıca bir çıkarma kararı alması ve çıkarma bildiriminde bulunması da aranmamalıdır[126]. Aksi taktirde, bu sözleşme kaydının anlamını ve bağlayıcılığını yok sayan bir sonuca varılır.

---

[119] Aynı fikirde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.33, yazar, TBK m.633 açısından BGB §736'da olduğu gibi "kendiliğinden" meydana gelen çıkma sonucundan başka türlü bir hukuki sonucun kabul edilmesi için ikna edici bir gerekçe olmadığını belirtmektedir.
[120] YİBK, E.1945/13 K.1945/15 T.28.11.1945 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 08.06.2020).
[121] Çetiner, **a.g.m.**, s.33-34.
[122] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, III, B.
[123] Çelikboya, **a.g.m.**, s.197; Çetiner, **a.g.m.**, s.35.
[124] Çetiner, **a.g.m.**, s.35.
[125] Aynı fikirde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.34-35.
[126] Aynı fikirde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.37.

Şöyle ki; ilgili ortak çıkma hakkını kullanmazsa ve diğer ortaklardan biri bile olumsuz oy kullanarak çıkarma kararı alınmasını da engellerse, ortaklığın sona ermekten başka çaresi kalmaz[127] [128]. Halbuki sözleşmedeki *"ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği"* kaydı, diğer ortakları ortaklığı devam ettirmekle yükümlü kılar.

Kaynak BGB §736 ortaklıktan çıkmayı düzenlerken; §737 ise şahsında ortaklığın haklı sebeple feshine yol açabilecek bir durum yaratan ortağın çıkarılacağından bahsetmektedir. Buna karşılık, TBK m.633 ise, hükümde belirtilen sebeplerin hem çıkma hem de çıkarma sebebi olduğu şeklinde bir lafza sahiptir. Kanunkoyucunun ortaklıktan çıkma ve çıkarmayı tek bir hükümde düzenleme isteğinden kaynaklanmış olabilecek bu durum nedeniyle TBK m.633 içerik itibariyle anlam karışıklığına yol açmaktadır[129].

2. Çıkma/Çıkarma Sebebi Kararlaştırılmamış Olması veya Sebebin Gerçekleşmemesi

a. Ortaklıktan Çıkma Sözleşmesi

Sözleşmede çıkma sebebi öngörülmemişse ya da öngörülen çıkma sebepleri gerçekleşmemişse; bir ortağın çıkması, buna yönelik önerisini diğer ortakların kabul etmesine bağlıdır[130]. Bu bakımdan ortaklıktan çıkma, bir tarafta çıkacak ortağın, diğer

---

[127] Nitekim *Çetiner* de eğer ayrıca bir çıkma bildirimi aranacak olursa; fesih bildiriminde bulunan, iflas eden, kısıtlanan ortak veya ölen ortağın mirasçıları bu çıkma hakkını kullanmadığı taktirde, ortaklığın devam edip etmeyeceği ve nasıl devam edeceği hakkında kanunda ya da kanunun gerekçesinde bir çözüm bulunmadığını belirtmektedir (Çetiner, **a.g.m.**, s.33).

[128] Çıkma hakkını kullanmayan ilgili ortakla birlikte ortaklığın devam edeceğini söylemek ise, "diğer ortaklarla devam kaydını" kararlaştırmış olan ortakların iradesine açıkça aykırı olur (Çetiner, **a.g.m.**, s.33).

[129] Bu hususta bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.36-37. Bunun haricinde, TBK m.633'te ortağın "temsilcisi"nin çıkmasından veya çıkarılmasından bahsedilmektedir. Fakat zaten ortak olmayan "temsilci"nin ortaklıktan çıkması veya çıkarılması mümkün olmadığından, bu yönden de hükmün kaleme alınışında hata bulunmaktadır (Çetiner, **a.g.m.**, s.38-39; Kurşat, **a.g.m.**, s.311; Hızır, **a.g.m.**, s.2863). Nitekim çıkma/çıkarma bildirimleri bakımından, kanuni veya iradi temsile ilişkin genel hükümler zaten uygulanacağından, TBK m.633'teki "temsilci" ibaresi anlam karışıklığına yol açmaktadır (Hızır, **a.g.m.**, s.2868).

[130] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98h; Ferit Selekler, "Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması", **İÜHFM**, C.42, S.1-4, 1976, s.443. Aynı yönde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.2910; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.69; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.122. Sözleşmesel bağın çözülerek ortaklıktan çıkmanın ancak diğer ortakların rızasına yani bir sözleşme yapılmasına bağlı olduğunu belirterek aynı yönde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.27; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Domaniç, **a.g.e.**, s.103; Özenli, **a.g.e.**, s.106; Şener, **Adi Ortaklık**, s.388; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.101; Hızır, **a.g.m.**, s.2832. Kollektif şirketler bakımından aynı şekilde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.378.

tarafta ise kalan tüm ortakların katılacağı "ortaklıktan çıkma sözleşmesi" (Ausscheidensvertrag) ile gerçekleşir[131]. Bu işlem, esas sözleşmenin (ortaklık sözleşmesinin) değiştirilmesi niteliğindedir[132]. Bununla birlikte, çıkmaya yönelik iç ilişkide alınacak ortaklık kararı için oybirliği şartı yerine daha farklı bir nisap öngörülebilir[133]. Kalan ortaklar açısından, ortaklıktan çıkma sözleşmesi, ortaklığın devam edeceği yönündeki müşterek iradeyi (devam kaydını) gösterir[134]. Ayrıca hemen eklemek gerekirse; diğer ortakların ortağın çıkmasına rıza göstermemesi esasen, çıkmak isteyen ortak bakımından ortaklığın feshi için haklı sebep oluşturmaz[135].

Çıkma sözleşmesi kural olarak özel bir şekle tabi değildir[136]. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması[137] ya da ortaklık sözleşmesinin bir şekle bağlı yapılmış olması[138] bunu değiştirmez.

---

[131] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.103-104; Müller, **Mitgliedschaft**, N.422; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75. Bu hususta özel yetki verilen bir ortak da (örneğin idareci ortak), diğer ortaklar adına bu sözleşmeyi yapabilir (Müller, **Mitgliedschaft**, N.422).

[132] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.104; Müller, **Mitgliedschaft**, N.422; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75; Karayalçın, **a.g.e.**, s.151; Domaniç, **a.g.e.**, s.103; Selekler, **a.g.m.**, s.443; Özenli, **a.g.e.**, s.106; Şener, **Adi Ortaklık**, 388; Hızır, **a.g.m.**, s.2832; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.122.

[133] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98h; Hızır, **a.g.m.**, s.2832.

[134] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.105; Müller, **Mitgliedschaft**, N.423; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75.

[135] Şener, **Adi Ortaklık**, 388; Hızır, **a.g.m.**, s.2821,2832.

[136] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.106; Müller, **Mitgliedschaft**, N.424; Wolf, **Subjektswechsel**, s.16; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75. *Bollmann*'ın savunduğu bir görüş, devam kaydına ilişkin şekil serbestisine OR Art.115 (TBK m.132) hükmünü dayanak göstermektedir (Bollmann, **a.g.e.**, s.28). *Zobl* ise, çıkma sözleşmesi açısından bu görüşü iki sebeple eleştirmiştir. Birincisi, OR Art.115 yalnızca borç sözleşmelerinde uygulanabileceğinden bu hüküm, ayrıca bir sosyal hukuk bileşenini (sozialrechtliche Komponent) taşıyan ortaklık sözleşmesine uygulanamaz. İkincisi ise, ortaklıktan ayrılma, sadece bir hukuki ilişkinin kısmen sona erdirilmesi değil ayrıca ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.106-107). Dolayısıyla *Zobl*'ün savunduğu bu görüşe göre, kanunda ortaklıktan çıkma sözleşmesinin şekline ilişkin bir hüküm bulunmadığı için öncelikle ortaklık sözleşmesine bakılacaktır. Ortaklık sözleşmesinde bu hususta özel bir şekil şartı öngörülmemiş ise, burada TBK m.13 (OR Art.12) kıyasen uygulanır ve ortaklıktan çıkma sözleşmesi, ortaklık sözleşmesinin şekline tabi olur. Adi ortaklık sözleşmesi kanunda özel bir şekle tabi olmadığından, ortaklıktan çıkma sözleşmesi bakımından da şekil serbestisi geçerlidir (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.105-106).

[137] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.107; Müller, **Mitgliedschaft**, N.426; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40.

[138] Müller, **Mitgliedschaft**, N.425.

Kural olarak, ortaklıktan çıkma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte çıkan ortak ortaklık sıfatını kaybeder[139]. Fakat taraflar, sözleşmenin belirleyecekleri ileri bir tarihte hüküm doğurmasını kararlaştırabilirler[140].

İlerideki muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi amacıyla çıkma sözleşmesinde; çıkan ortağın hak ve borçlarının nasıl tasfiye edileceği, yani ayrılma payının miktarı, ödeme zamanı, tamamlanmamış işlere dair hak ve borçlar, kalan ortakların -yeni duruma göre- ortaklık payları, yönetim ve temsil yetkileri gibi konuların düzenlenmesi tavsiye edilebilir[141].

b. Adi Ortaklıkta "Haklı Sebeple Çıkarma" veya "Haklı Sebeple Çıkma" Hakkının Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Yukarıda, tüm ortakların anlaşması üzerine bir ortağın ortaklıktan çıkmasından (ortaklıktan çıkma sözleşmesi) bahsettik. Peki acaba, haklı bir sebebe dayanarak bir ortak diğer ortakların rızası aranmaksızın ortaklıktan çıkabilir mi veyahut diğer ortaklar, şahsında haklı sebep meydana gelmiş ortağı -bu ortağın rızası hilafına- ortaklıktan çıkarabilirler mi? Bu sorulardan birine olumlu cevap verecek olursak, bu hak, bildirim yoluyla mı yoksa dava yoluyla mı kullanılmalıdır? İşte tüm bu sorulara aşağıda cevap aramaya çalışacağız.

(1) Haklı Sebeple Çıkarma Hakkına İlişkin Değerlendirme

Adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma hakkının bulunup bulunmadığı meselesi, İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da tartışmalıdır[142] ve 6098 sayılı

---

[139] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.96; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.109-110; Müller, **Mitgliedschaft**, N.428,429; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.76.
Buna rağmen, çıkma sözleşmesi neticesinde çıkan ortağın diğer ortaklara karşı ortaklık sıfatından vazgeçme borcu altına gireceği de ifade edilmektedir. Bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.105; Müller, **Mitgliedschaft**, N.423; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75. Çıkan ortağın ortaklık malvarlığındaki (Gesamtgut) hak sahipliğinden vazgeçme (Aufgabe) borcu altına gireceği yönünde bkz. Kunz, **a.g.e.**, s.149. Nitekim *Wolf*, çıkma sözleşmesi sonrasında ayrıca bir de tasarruf işlemi yapılması gerektiğini savunmakta ve buna gerekçe olarak ise, çıkan ortağın bir haktan yani ortaklık pozisyonundan vazgeçmiş olacağını belirtmektedir. Yazara göre, bu tasarruf işleminin, kıyasen alacağın devri hükümleri uygulanarak yazılı şekilde yapılması "güvenli yolu tercih etme" ilkesine (Grundsatz der Beschreitung des sichereren Weges) uygun olacaktır. Bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75. Kanaatimizce çıkma sözleşmesi, çıkan ortak bakımından borçlandırıcı işlem değil tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan bu yaklaşıma katılamamaktayız.
[140] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.110.
[141] Kollektif şirketten çıkma sözleşmesi açısından bu yönde bkz. Selekler, **a.g.m.**, s.443-444.
[142] Bu hususta bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.309.

TBK'da yine bu hususta net bir çözüme yer verilmemiştir. Hemen belirtelim ki, ortaklık sözleşmesinde bu imkân öngörülmüş ise haklı sebeple çıkarmanın mümkün olduğu ittifakla kabul edilmektedir[143].

Süregelen bu tartışmanın temelinde; esasen adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma imkanının kanunda düzenlenmemiş olmasının, kanun boşluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu yatmaktadır. Keza, TBK m.633'te de haklı sebeple çıkarma hakkından bahsedilmediğinden, bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı tartışmaları halen çözülmüş değildir[144].

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe[145] göre, bu durum, "kanun boşluğu" niteliğinde görülemez. Zira kanun koyucunun bu hususta bir düzenleme yapmaması, bilinçli bir tercihe dayanmaktadır. Böylelikle kanun koyucu, sorunu olumsuz (menfi) yönde çözmüş ve haklı sebeple çıkarma imkânını kabul etmemiştir.

Bu bakımdan, haklı sebeple çıkarma, ancak ortaklık sözleşmesinde bu imkân öngörülmüşse mümkündür[146]. Sözleşmede öngörülmemiş ise ortaklığın feshini talep etmekten başka çare yoktur[147].

---

[143] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.95; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.6; Bilge, **a.g.e.**, s.469; Hızır, **a.g.m.**, s.2823.

[144] Çelikboya, **a.g.m.**, s.221, dn.129; Bozkurt, **a.g.e.**, s.88-89. Ortaklıktan haklı sebeple çıkarma talebine ilişkin bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesince: *"Davamıza konu uyuşmazlıkta talep; davalı ortağın ortaklıktan çıkarılmasına münhasır olup, 3 şirketin oluşturduğu adi ortaklığın ortaklarından birinin (davalı ortağın)* ***anılan 633 maddede sayılan hallerin hiçbirisinin söz konusu olmaması karşısında mahkemece bu yasal düzenleme dışına çıkılarak ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesi mümkün bulunmamaktadır****."* gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Fakat istinaf dilekçesinin davalıya tebliğ edilmemiş olması sebebiyle usuli işlemlerin tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmiştir. Bkz. İstanbul BAM 3. HD., E.2019/1441 K.2021/1263 T.26.04.2021 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 28.05.2021).

[145] Akkanat, **Haklı Sebeple İhraç**, s.342-345,348. İsviçre hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.25.

[146] Bilge, **a.g.e.**, s.469; Ayiter, **a.g.e.**, s.165; Hızır, **a.g.m.**, s.2833; Güzin Üçışık, "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması", **Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan**, Haz. Murat Yusuf Akın/Oğuz Caner, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s.190, nitekim yazar, buna gerekçe olarak eBK'da ortaklıktan çıkarma imkanının kanunda düzenlenmediğinden bahsetmektedir; Aytekin Çelik, "Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, SÜSBE, Konya, 2009, s.56,58.

[147] Ayiter, **a.g.e.**, s.165-167; Akkanat, **Haklı Sebeple İhraç**, s.336,346; Hızır, **a.g.m.**, s.2833. *Tekil* de sözleşmede çıkma/çıkarma imkânı öngörülmemişse, ortaklıktan çıkmak veya çıkarmak için olağan feshe ilişkin eBK m.535/1 b.6 (TBK m.639 b.6) ya da haklı sebeple ortaklığın feshinin mahkemeden istenebileceğine ilişkin eBK m.535/1 b.7 (TBK m.639 b.7) hükmünün işletilebileceğini belirtmektedir (Tekil, **a.g.e.**, s.141). Buradan *Tekil*'in, ortaklıktan haklı sebeple çıkma/çıkarma imkanını kabul ettiği değil, ortaklığın feshi suretiyle ortaklık ilişkisinin çözülmesinden (yani dolaylı yoldan

Adi ortaklıktan çıkma veya çıkarmaya ilişkin kanunda özel bir hüküm bulunmayan İsviçre hukukunda da baskın görüş bu yöndedir[148]. Keza İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[149] haklı sebeple ortağın ortaklıktan çıkarılamayacağına ancak ortaklığın feshinin istenebileceğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme buna, OR Art.545 hükmünün haklı sebebin varlığı halinde yalnızca ortaklığın feshi imkânı verdiğini gerekçe göstermiştir. Bununla birlikte Federal Mahkeme, sözleşmede ortaklarca çıkarma sebeplerinin öngörülebileceğini de eklemektedir.

Buna karşılık diğer görüşe[150] göre ise, haklı sebeple çıkarma imkanının kanunda düzenlenmemiş olması bir "kanun boşluğu" olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla kanun koyucunun, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma imkanını bilinçli olarak kabul etmediği söylenemez[151]. Nitekim günümüzde, tüm ortaklık tiplerinde ortaklıktan çıkarma imkânı tanınmaktadır[152]. Doktrinde, örneğin ortağın katılım payı borcunda temerrüde düşmesi nedeniyle haklı sebeple çıkarılabileceği de savunulmaktadır[153]. Yine örneğin, ikiden fazla ortak bulunuyor ise haksız fesih

çıkma/çıkarmadan) bahsettiği anlaşılmaktadır (Aynı kanaatte bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.102, dn.324).

[148] Guhl/Kummer, **a.g.e.**, s.170; Bollmann, **a.g.e.**, s.25; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.95; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.6; **OFK**/Müller, Art.545, N.3. Baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Karin Müller/Alice Käch, "Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft", **ZBJV**, Redaktoren: Jörg Schmid/Sibylle Hofer, Band 152, Heft 9, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, s.595-596.

[149] BGE 94 II 119 (www.relevancy.bger.ch, E.T.20.12.2019).

[150] Çamoğlu, **a.g.e.**, s.76; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.80, dn.3; Çelikboya, **a.g.m.**, s.221; Türkmen, **a.g.e.**, s.134-136; Çetiner, **a.g.m.**, s.40; Şahankaya, **a.g.e.**, s.144,153. Ortaklıktan haklı sebeple çıkarma imkanının hukuk yaratma yoluyla sağlanması gerektiği görüşünün yaygın olduğuna dair bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **Özel Bölüm**, s.592. Ayrıca, eTK m.197 hükmünde ortağın haklı sebeple çıkarılmasının mahkemeden istenebileceği düzenlenmemişken, bunu mümkün gören görüş için bkz. Üçışık, **a.g.m.**, s.192.

[151] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.80; Çelikboya, **a.g.m.**, s.221. Sözleşmede öngörülmemişse haklı sebeple çıkarma imkanının kabul edilip edilmediği hususunda net bir tutumu göstermemekle birlikte, sözleşmede devam kaydının bulunmadığı anlaşılan bir olayda şöyle karar verilmiştir: *"Adi ortaklılıktan çıkarma talebi, aynı zamanda adi ortaklığın fesih ve tasfiyesini de kapsar. Somut olayda adi ortaklık 2 şirket arasında kurulmakla, ortaklıktan çıkarılmaya yönelik davada taraflar arasında güven ilişkisinin zedelendiği açıktır."* Bkz. İstanbul BAM 3. HD., E.2018/419 K.2018/235 T.28.02.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 12.08.2020).

[152] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.80.

[153] Domaniç, **a.g.e.**, s.104; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.87; Şener, **Adi Ortaklık**, s.219. *Doğanay*'a göre, ortaklardan birinin katılım payı borcu kusursuz imkansızlığa (TBK m.136) uğrarsa (ve eğer bu durum, müşterek amacın gerçekleşmesini imkânsız kıldığından ortaklığın infisahına yol açmamışsa veya önemli ölçüde güçleştirdiğinden diğer ortaklardan biri mahkemeden haklı sebeple fesih isteminde bulunmamışsa) ilgili ortak yeni bir edim getirmekle yükümlüdür. Buna aykırılık halinde ise yazar, ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılabileceğini belirtmektedir (Doğanay, **a.g.e.**, s.30).

bildiriminde bulunan ortağın diğer ortaklar tarafından haklı sebeple çıkarılabileceği belirtilmektedir[154].

Bu itibarla, kanunkoyucunun adi ortaklıktan haklı sebeple çıkarma hakkını bilinçli olarak düzenlemediği ve böylece meseleyi menfi yönde çözdüğü fikrine katılamamaktayız[155]. Kanunda genel bir hüküm bulunmamaktaysa da menfaatler dengesi ve dürüstlük kuralı (TMK m.2) gereği tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple sona erdirilebileceği kabul edilmelidir[156]. Gerçi mesele, adi ortaklığın haklı sebeple feshedilmesi (TBK m.639 b.7) değil, sözleşme ilişkisinin sadece bir ortak bakımından çözülüp çözemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kalan ortaklar oybirliğiyle çıkarma kararı alacaklarından, kalan ortakların menfaatlerini etkileyen bir husus yoktur. Ancak çıkarılacak ortağa ayrılma payı tümüyle ödenmiş[157] veya en azından gösterilen güvence ilgili ortak tarafından kabul edilmiş olmalıdır.

---

[154] Şener, **Adi Ortaklık**, s.501, haksız fesihten maksat, kanuni veya sözleşmesel fesih sebebi gerçekleşmeden ya da gerçekleşse bile şartlarına uyulmadan ortaklığın feshine ve sona ermesine yönelik irade açıklamasında bulunulmasıdır.

[155] Sözleşmede düzenlenmemiş olsa da haklı sebeple çıkarma imkanını kabul eden yazarlar için bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Çamoğlu, **a.g.e.**, s.75; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.102; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.80; Çelikboya, **a.g.m.**, s.221; Türkmen, **a.g.e.**, s.141; Şener, **Adi Ortaklık**, 389. *Üçışık*, ortağın (katılım payı borcunu ifa etmeme, idare ve temsil yükümlülüklerinden kaçınma, ortağın iflası, kısıtlanması, tasfiye payının haczi gibi) haklı sebeple ortaklıktan çıkarılabileceğinin doktrinde genel olarak kabul edildiğini belirtmektedir (Üçışık, **a.g.m.**, s.191). *Pulaşlı*'ya göre ise, sözleşmede açık bir düzenleme bulunmasa da bir ortağın "fesih bildiriminde bulunması", "iflası" veya "tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi" hallerinde, bu ortağın ortaklıktan çıkarılarak diğer ortaklarla ortaklığın devam edebilmesi kabul edilmelidir. Buna karşın yazar, ortağın "kısıtlanması" veya "ölmesi" sonrasında ortaklığın diğer ortaklarla devamı için sözleşmede açık düzenleme bulunması gerektiği kanaatindedir (Pulaşlı, **a.g.e.**, §3, N.77).

[156] Seliçi, **a.g.e.**, s.200 vd.; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s.235; Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s.262 vd. Kanunun ruhundan yararlanmak suretiyle boşluğun bu şekilde doldurulabileceği belirtilerek aynı yönde bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.121. Kişisel güven ilişkisinin doğduğu tüm sözleşmelerde TMK m.1/2 aracılığıyla haklı sebeple fesih imkanının tanınması gerektiği yönünde bkz. Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.95. Ayrıca karş. Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.116, yazar, haklı sebeple fesih imkanının tüm sürekli borç ilişkilerine teşmili için TMK m.23'e dayanılabileceği kanaatindedir.
Haklı sebeple feshe ilişkin bu değerlendirmelerin, sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünü korumaya yönelik olduğuna dair bkz. Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s.368, dn.74.
Alman Medeni Kanunu'nda ise §314 hükmüyle, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceğine ilişkin bir genel hükme yer verilmiştir (Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s.97).

[157] Bu yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.104.

İsviçre doktrininde de bazı yazarlarca ortaklık sözleşmesinde çıkarma imkânı öngörülmemiş olsa dahi ortaklığın ayakta tutulması için şahsında haklı sebep yaratan ortağın ortaklıktan çıkarılabileceği savunulmaktadır[158]. Zira ortaklığın sona ermesi, başvurulacak "son çare" (ultima ratio) olarak görülmelidir[159].

Bununla birlikte, sözleşmede öngörülmese de haklı sebeple çıkarmayı mümkün gören yazarlar arasında boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda ise tam bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Bir kısım yazara[160] göre, kollektif şirket ortağının haklı sebeple çıkarılmasına ilişkin TTK m.255 (eTK m.197) hükmü, adi ortaklığa kıyasen uygulanabilir. Hatta *Şener*, ortaklık sözleşmesiyle TTK m.255'in uygulanabilmesini engelleyecek biçimde ortaklıktan çıkarmayı olanaksız kılan bir düzenlemenin yapılamayacağını savunmaktadır. Böyle bir sözleşmesel düzenleme bulunsa dahi yazara göre, şartları gerçekleşmişse TTK m.255 yine uygulanabilmelidir[161]. Alman hukukunda da *Schmidt*'e göre, ortaklık ticari işletme işletiyorsa menfaat durumları aynı olduğundan HGB §140 kıyasen uygulanarak (sözleşmede devam kaydı olmasa dahi) haklı sebeple çıkarma imkânı kabul edilmelidir[162].

Bir başka görüşe[163] göre ise meseleye, kollektif şirketlere özgü TTK m.255 hükmü kıyasen uygulanamaz. Zira söz konusu hüküm, istisnai niteliktedir[164]. Buradaki kanun boşluğu TMK m.1'e göre hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulurken;

---

[158] von Steiger, **a.g.e.**, s.414-415; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.3. Haklı bir sebebin varlığı halinde hakim kararıyla ortağın çıkarılabileceği fikrinde bkz. Wolf, **Subjektswechsel**, s.14, dn.90.

[159] **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.3.

[160] Domaniç, **a.g.e.**, s.104, yazar, ortaklığın haklı sebeple feshine esas olabilecek bir durumun, *"TK m.197'den mülhem olarak"* ve *"evleviyet icabı"* çıkarma sebebi olabileceğini belirtmiştir; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.102; Şener, **Adi Ortaklık**, s.389; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.70-71, fakat yazara göre haklı sebebe özgü olmasa da herhangi bir sebeple ortaklığın diğer ortaklar devam edeceğine ilişkin bir düzenlemenin ortaklık sözleşmesinde yine de bulunması gerekir; Türkmen, **a.g.e.**, s.141. En azından ticari işletme işleten adi ortaklıklar bakımından bu hükmün kıyasen uygulanabileceğine dair benzer görüş için bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.81.
İsviçre hukukunda da ortaklıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerin özellikle iç ilişkiyle ilgili olduğu belirtilmekte ve ticari işletme işleten adi ortaklık ile kollektif ortaklıktaki menfaat durumları benzer olduğu için haklı sebeple çıkarmaya dair OR Art.576 hükmünün kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır. Bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.209; Handschin, **a.g.m.**, s.251-252.

[161] Şener, **Adi Ortaklık**, s.388. Aksi görüşte bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s.166.

[162] Schmidt, **a.g.e.**, s.1740.

[163] Karayalçın, **a.g.e.**, s.152-153; Özenli, **a.g.e.**, s.108-109; Çamoğlu, **a.g.e.**, s.76; Çelikboya, **a.g.m.**, s.221.

[164] Çamoğlu, **a.g.e.**, s.76.

çıkarmanın, ortaklığın feshine nazaran daha hafif olacağı ve ortakların menfaatini koruyacağı göz önüne alınmalı ve bu nedenle bir ortağın çıkarılmasını diğer ortaklar mahkemeden talep edebilmelidir[165].

Bundan başka, TBK m.633 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla bu boşluğun doldurulabileceği de savunulmaktadır[166].

Kanımızca da TMK m.1'e göre hâkim hukuk yaratarak bir çözüm sağlarken kaynak BGB §737[167] ve TBK m.633 hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Her iki hükme göre ortaklıktan çıkarma, dava yoluyla değil bildirim yoluyla gerçekleşir. BGB §737'den farklı olarak TBK m.633 hükmünde yazılı bildirim şartı öngörülmüştür. Bu bakımdan, her ne kadar TBK m.633'te haklı sebeple çıkarma hakkından bahsedilmese de hükmün kıyasen uygulanabileceği söylenmelidir. Dolayısıyla, diğer ortaklar oybirliğiyle karar almak, ayrılma payını ödemek ve yazılı bildirimde bulunmak suretiyle ortaklığın feshi için şahsında haklı sebep meydana gelen ortağı ortaklıktan çıkarılabilirler.

Yargıtay'ın onadığı bir ilk derece mahkemesi kararına konu olayda, adi ortaklık olarak yürütülen avukatlık ortaklığından bir ortağın haklı sebeple çıkarılması yönünde diğer ortaklar karar almış ve noter aracılığıyla gönderdikleri 06.09.2001 tarihli ihtarnameyle bu ortağa ortaklıktan çıkarıldığı tebliğ edilmiştir. Bu karar, haklı sebeple çıkarmanın mümkün görülmesinin yanı sıra; bu hakkın bildirim yoluyla kullanılabilmesinin kabul edilmiş olması açısından da dikkat çekicidir[168].

---

[165] Karayalçın, **a.g.e.**, s.152-153; Özenli, **a.g.e.**, s.108-109. Kanunun ruhuna uygun olarak boşluğun bu şekilde doldurulacağına dair aynı yöndeki görüş için bkz. Çamoğlu, **a.g.e.**, s.76. Bu hakkın dava yoluyla kullanılacağını savunarak sonuç itibariyle aynı fikirde bkz. ve karş. Şahankaya, **a.g.e.**, s.160-163. Doktrinde, mahkemenin vereceği çıkarma kararının, çıkarılacak ortağın iradesi yerine geçeceği ve böylece çıkarma kararı açısından oybirliği şartının sağlanmış sayılacağı savunulmaktadır (Karayalçın, **a.g.e.**, s.151,152; Özenli, **a.g.e.**, s.109). Adi ortaklıktan haklı sebeple çıkarma hakkının bulunmadığını savunan *Akkanat* ise, bu hak kabul edilecek olursa bile çıkarma yetkisinin mahkemeye tanınması gerektiği kanaatindedir (Akkanat, **Haklı Sebeple İhraç**, s.348,349).

[166] Çelikboya, **a.g.m.**, s.221.

[167] Bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.40, yazara göre buradaki boşluk, kanunun gerekçesinde de belirtilen BGB §737'deki ortaklıktan çıkarma şartları ve sonuçları dikkate alınarak TMK m.1 gereği hâkimin hukuk yaratmasıyla veya TTK m.255'in kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabilir.

[168] Yarg. 3. HD., E.2015/310 K.2015/11602 T.23.06.2015: *"Mahkemece, taraflar arasındaki ortaklığın dava tarihinden önce sona erdiği belirlenmekle, davacının ortaklığın haklı nedenle fesih isteği hakkında karar verilmesine gerek bulunmadığına,* ***davacının, hukuka aykırı eylemleri nedeni ile ortaklıktan çıkarıldığı belirlendiğinden maddi ve manevi tazminat isteğinin reddine****, ... hükmün ONANMASINA ..."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.07.2020).

(2) Haklı Sebeple Çıkma Hakkına İlişkin Değerlendirme

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe[169] göre, ortaklık sözleşmesinde bu hususta bir hüküm bulunmasa da haklı bir sebebin varlığı halinde çıkma hakkı kullanılabilmelidir.

Buna karşılık ağırlıklı görüşe göre ise, sözleşmede çıkma hakkı öngörülmemiş ve diğer ortaklar da ortağın çıkmasına rıza göstermiyorsa, ortaklıktan çıkmak mümkün değildir. Bu durumda, ancak şartları oluşmuşsa (TBK m.639 b.6,7 ve m.640) ortaklığın feshi yoluyla ortaklık ilişkisinin sona erdirilebilmesinden başka çare yoktur[170]. Haklı sebeple çıkma imkanının kanunda düzenlenmemiş olması, kanun boşluğu niteliğinde değildir[171].

Kanaatimizce de haklı sebebe dayanarak ortaklıktan çıkma değil, ancak ortaklığın feshi talep edilebilmelidir. Buradaki durum, haklı sebeple çıkarmadaki taraf menfaatlerinden farklıdır. Haklı sebeple çıkma imkânı kabul edilirse, kalan ortaklardan ortaklığı sürdürmek isteyen ile istemeyen ortaklar arasındaki uyuşmazlığın nasıl çözüleceği sorunu gündeme gelecektir. Adi ortaklıkta ortakların şahsının taşıdığı önem dikkate alınırsa, -sözleşmede çıkma imkanı öngörülmemişse- bir ortağın çıkması durumunda kalan ortaklar ortaklığı sürdürmekle yükümlü tutulamamalıdırlar. Nitekim kanunkoyucu, bir ortağın ölmesini dahi mirasçılara ayrılma payının ödenmesi suretiyle ortaklıktan "çıkma sebebi" olarak düzenlemek yerine, esasen ortaklığın "sona ermesi sebebi" olarak düzenlemiştir (TBK m.639 b.2). Buna göre bakıldığında, haklı sebeple çıkma hakkının adi ortaklığın bünyesine uygun olmadığı görülmektedir. Ortak,

---

[169] Türkmen, **a.g.e.**, s.56. Kollektif şirketler bakımından aynı fikirde bkz. Selekler, **a.g.m.**, s.444. Adi ortaklığın genellikle geçici işler için kurulduğu gerekçesiyle haklı sebeple çıkma hakkının diğer ortaklara yöneltilecek bir beyanla kullanılacağı ve diğer ortakların haklı sebep bulunmadığı iddiasıyla çıkmanın iptaline yönelik dava açabileceği kanaatinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.59-61, fakat yazar, ticari işletme işleten ortaklıklar bakımından haklı sebeple çıkma davası açılabileceğini kabul etmektedir.

[170] Yongalık, **Sermaye Payı**, s.102; Tekil, **a.g.e.**, s.141; Domaniç, **a.g.e.**, s.103; Karayalçın, **a.g.e.**, s.152; Şener, **Adi Ortaklık**, 387-388; Hızır, **a.g.m.**, s.2820-2821,2832. İsviçre hukukunda aynı şekilde bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.5. Yarg. 13. HD., E.2006/10616 K.2006/13753 T.17.10.2006: *"...Davacı haklı sebeplere dayanarak ortaklıktan ayrıldığını bildirerek ortaklığın fesih ve tasfiyesini istediğine göre, davalı idareci ortağın ortaklıkla ilgili davacıya hesap vermediği anlaşıldığından, davacı BK'nın 535/7. maddesi hükmü gereği fesh talebinde haklıdır. Dava tarihi itibariyle ortaklığın mahkemece feshine karar verilmesi, aynca BK'nın 538 ile devamı maddeleri hükmüne göre tasfiyenin de yapılması gerekir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.16.07.2020).

[171] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98ı.

mahkemeden haklı sebeple fesih isteminde bulunabilir (TBK m.639 b.7) ya da tüm ortakların rıza göstermesi üzerine ortaklıktan çıkabilir[172].

Kalan ortakların sözleşme özgürlüğü açısından meseleye bakıldığında da haklı sebeple çıkmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Şöyle ki; çok taraflı sözleşmelerde, sözleşmenin sadece bir taraf bakımından sona ererken diğer taraflar arasında devam etmesi etkisini gösteren fesih, *"sübjektif kısmi fesih"* (subjektiven Teilkündigung) veya *"bireysel fesih"* (Einzelkündigung) şeklinde adlandırılmaktadır. Sözleşmedeki düzenlemelerin bir kısmının tüm taraflar açısından kaldırılması ise, *"objektif kısmi fesih"* (objektiven Teilkündigung) olarak adlandırılmaktadır[173]. Bunlardan ayrım yapılabilmesi açısından, tüm sözleşmenin sona ermesi sonucu doğuran fesih için de *"toplu fesih"* (Gesamtkündigung) kavramı kullanılmaktadır[174].

Daha evvel de değindiğimiz üzere, taraflar arasında açık bir anlaşma yoksa, sübjektif kısmi fesih, diğer tarafların "negatif sözleşme özgürlüğü"ne ağır bir müdahaledir. Sübjektif kısmi fesih, toplu feshin daha azı (minus) değil, ondan farklı bir şey (aliud) niteliğindedir. Zira toplu fesih (Gesamtkündigung) ile birlikte, tüm tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları sona ererken; sübjektif kısmi fesih ile, belki de tarafların istemediği ve hatta hiç düşünmediği bir şekilde sözleşme varlığını diğer taraflar arasında devam ettirir[175].

Alman hukuk doktrini ve uygulamasında, taraflarca kararlaştırılmadıkça objektif kısmi feshin, ancak istisnai durumlarda mümkün olduğu kabul edilmektedir[176]. Objektif kısmi fesihle, diğer tarafın rızası olmadan sözleşmenin

---

[172] Bazı yazarlara göre, TBK m.639 b.7'deki dava yoluyla kullanılan haklı sebeple fesih hakkından başka, ortaklıkta kalmanın mutlak olarak çekilmez hale gelmesi durumunda TMK m.23/2 hükmüne dayanarak ortağın "bildirim" yoluyla kullanabileceği bir olağanüstü (derhal) fesih hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun için, haklı sebeple fesih davası açmak için gerekenden daha ciddi ve acil bir sebep olması ve bu sebebin çekilmezliğe yol açması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.29; Eren, **Özel Hükümler**, N.3050. ZGB Art.27 II dayanan kişilik hakkı ihlalinin, ancak haklı sebeple fesih davasına konu olabileceğini belirterek farklı görüşte bkz. Handschin, **a.g.m.**, s.240.

[173] Zwanzger, **a.g.e.**, s.360,361.

[174] Zwanzger, **a.g.e.**, s.356.

[175] Zwanzger, **a.g.e.**, s.362,363. Ayrıca ekleyelim ki, benzer gerekçelerle objektif kısmi fesih de taraflarca bu hak kararlaştırılmamışsa diğer tarafın sözleşme özgürlüğüne müdahale oluşturur.

[176] Zwanzger, **a.g.e.**, s.363.

içeriği değişmiş olacağından, bunun mümkün olabilmesi için diğer tarafın (negatif) sözleşme özgürlüğünü sınırlayacak meşru bir sebep olmalıdır[177]. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, sözleşmede bu hak tanınmamışsa kural olarak sözleşmenin kısmen feshedilemeyeceğine, bunun dürüstlük kuralına aykırı olacağına hükmetmiştir[178].

Buna göre bakıldığında; sübjektif kısmi fesihle, sadece sözleşmenin içeriğinde değişiklikten ziyade sözleşme taraflarında da değişiklik yaşandığı dikkate alınırsa bu, sözleşme yapısına daha ağır bir müdahale teşkil eder[179]. Ancak, şaşırtıcı şekilde, objektif kısmi feshe nazaran sübjektif kısmi feshe Alman doktrininde daha ılımlı yaklaşıldığı ve bunu kabul eden yazarların bulunduğu da belirtilmektedir[180].

Bunlardan başka, ortağın haklı sebeple çıkmasına mahkemece karar verilebilmesi, sözleşmenin uyarlanması (Vertragsanpassung) yöntemi olarak da kabul edilemez[181].

---

[177] Zwanzger, **a.g.e.**, s.362.
[178] BGH, 5.11.1992 - II ZR 200/91 (www.prinz.law, E.T.22.03.2021).
[179] Zwanzger, **a.g.e.**, s.363.
[180] Bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.363.
[181] Alman hukukundaki bir görüşe (Zwanzger, **a.g.e.**, s.363, dn.31'de anılan yazarlar) göre, haklı sebebe dayanan "sübjektif kısmi (olağanüstü) fesih", BGB § 313 hükmüne istinaden kabul edilebilir. Bu görüşe göre, ifa engelleri açısından bir "temel norm" olan BGB § 313 hükmündeki "işlem temelinin çökmesi" (Störung der Geschäftsgrundlage) prensibi burada da uygulanabilir ve böylece sözleşmedeki bozulan denge (Vertragsäquivalenz) yeniden sağlanabilir. Sözleşmenin uyarlanması (Vertragsanpassung) ile sübjektif kısmi fesih aynı sonuçları taşır. Zira sübjektif kısmi fesih, sözleşmenin kısmen çökmesi ve diğer hükümleriyle varlığını koruması düşüncesine dayanır. Bu hususta açıklama için bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.364.
Zwanzger ise bu yaklaşıma birkaç gerekçelerle karşı çıkmıştır. Öncelikle, işlem temelinin çökmesi hakkında §313, ifa engelleri hukukunda "temel norm" değil, aksine özel bir duruma ilişkindir. Bundan başka, "fesih" ile "sözleşmenin uyarlanması" tarafların hak ve borçlar açısından aynı etkileri göstermeyebilir. Çünkü ilkinde tarafların borçları sona ererken, ikincisinde böyle olmak zorunda olmadığı gibi hatta kimi zaman yükümlülükler arttırılabilir. Ayrıca, uyarlama talebiyle sözleşme sona ermez, aksine müzakerelerle sözleşmenin içeriği şekillendirilir. İddia edilenin aksine, sübjektif kısmi fesihle, sözleşmede bozulan denge sağlanmaz, bilakis adaletsiz sonuçlar da doğabilir. Örneğin A, B, C ve D'nin işletmelerinde belirli standartların sağlanması hususunda karşılıklı olarak anlaştıklarını varsayalım. A'nın bu sözleşme ilişkisinden tek taraflı olarak çıkması ve diğer tarafların bu sözleşmeyle bağlı kalması, A'nın rakipleri karşısında avantajlı bir duruma geçmesi anlamına gelir. Sübjektif kısmi fesih imkanının kabul edilmemesindeki temel sebep "denge" (Äquivalenz) düşüncesi değil, sözleşmenin amacı ve taraf iradeleridir. Bkz. Zwanzger, **a.g.e.**, s.365-369.
Ortaklıktan çıkarma açısından benzer şekilde, *Hadding*'e göre işlem temelindeki eksiklik, ortaklıktan çıkarmayı değil, sözleşmenin uyarlanmasını yahut kimi zaman sona erdirilmesini haklı kılar (Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §737, N.5). Çıkarmanın işlem temelindeki aksaklığın giderilmesi amacına dönük olduğu fikrinde karş. Türkmen, **a.g.e.**, s.159.

Ayrıca, haklı sebeple çıkma, esasen ortaklıktan nakit çıkışını (ortaklığın kar/zarar durumuna göre ayrılma payı ödenmesini) ve varsa kullanımı ortaklığa bıraktığı eşyanın çıkan ortağa iadesini gerektirir ki, bu kimi zaman ortaklık faaliyetinin devamına da zaten engel olabilir[182].

Kaldı ki, haklı sebeple çıkma hakkı kabul edilecek olursa, çıkma hakkının ortak açıdan da güvenceli bir pozisyon sağlamayacağı söylenebilir. Diğer ortakların ayrılma payını ödememesi riski düşünülecek olursa, ortaklıktan çıkmak suretiyle ortaklık malvarlığındaki hak sahipliğinden vazgeçmek yerine ortaklığın feshi ve tasfiyesini talep etmek daha güvenceli bir çözümdür.

Tüm bunlara rağmen, adi ortaklığın uygulamada çok farklı şekillerde (atipik formlarda) ortaya çıkabildiği de bir gerçektir. Bu nedenle, çalışmamızın giriş bölümünde de de belirttiğimiz gibi, burada tüm adi ortaklık tipleri için genel kurallardan bahsetmenin doğru olmayacağını ve somut olaydaki ortaklığın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini tekrar hatırlatalım[183].

---

[182] Bundan farklı olarak haklı sebeple çıkarmada ise, ortaklığa devam edecek diğer ortaklar ilgili ortağı çıkarma hakkını kullanırken tüm bu riskleri öngörebileceklerdir.

[183] Örneğin bkz. Yarg. 13. HD., E.2003/7749 K.2003/13849 T.18.11.2003: *"Mahkemece, davacının inşaat yapı ortaklığını bilerek girdiğini,* ***adi ortaklığın gayesi çalışma şekli, halin icabına göre bu tür ortaklıkta ortaklıktan çıkmanın her zaman mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine*** *karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davalılardan Ahmet ve Nesibe Mandıcıya ait taşınmaz üzerinde diğer davalı Mustafa Köybaşıoğlu ile inşaat sözleşmesi yapıldığı, 48 dairelik binadan 34 tanesinin yüklenici Mustafa'ya verilmesi kararlaştırıldığı,* ***Mustafa Köybaşıoğlu'nun da bu binanın yapımı için inşaat yapı ortaklığı kurduğu, davacının 4.3.1999 tarihinde kurucu ortaklardan İsmail Kızılkaya'dan devralarak ortaklığa katıldığı hususları taraflar arasında ihtilafsızdır. Mustafa Köybaşıoğlu'nun kurduğu bu inşaat yapı ortaklığı çerçevesinde belirlenen aylık ödemeler karşılığı inşaat tamamlanarak her bir üyenin bir daire sahibi olması kararlaştırılmıştır.*** *Bu kararlaştırma ile oluşan inşaat yapı ortaklığının Borçlar Kanunu 520. madde ve devamının da düzenlenen adi ortaklık hükümlerine tabi olduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, dava konusu olayda üyelerin, belirlenen aylık ödemelerde bulunarak, üyelerden yönetici ortak durumundaki Mustafa Köybaşıoğlu'nun yükleniciliği ve sorumluluğunda tamamlanacak inşaattan her bir üyenin bir daire sahibi olması şeklinde belirlenen ortaklığın amacı, işleyişi dikkate alındığında* ***Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme tiplerinin hiçbirine uymadığı ve niteliği itibariyle atipik sözleşme olarak değerlendirilmesi gerekir.*** *Ancak bu konuda yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle inşaat yapı ortaklığının kendine özgün yapısı, işleyişi, aracı dikkate alınarak adi ortaklığa dair hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir.* ***Davacı kararlaştırılan ödemeleri yaptığı halde halen tapu verilmediğini, kooperatif gibi faaliyet gösterildiği halde resmiyette kooperatifin mevcut olmadığını bildirerek ödediği bedelin tahsilini talep etmiştir. Davacı ise inşaatın devam ettiğini, tapusunun ileride verileceğini savunmuştur.*** *Bu taleplerin Borçlar Kanunu 528 ve 530. maddeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. ... Buna göre, duraksama halindeki davacının, yönetici ortak olan davalıdan inşaat yapı ortaklığının durumu, inşaatın seviyesi, ne zaman bitirileceği, tapunun ne zaman verileceği, toplanan ve sarf edilen miktarlar vs. hakkında her türlü konuda hesap istemesi, verilen hesabın Borçlar Kanunu 528. maddesi çerçevesinde kabul edilebilir olması halinde davanın reddine,* ***verilen hesabın***

V. TBK M.633 HÜKMÜNE GÖRE ÇIKMA VE ÇIKARMA SEBEBİ OLARAK KARARLAŞTIRILABİLECEK BAZI OLGULAR

Öncelikle tekrar belirtelim ki, TBK m.633 yasal çıkma/çıkarma hakkını düzenlemediğinden[184], bu hükümdeki olgular ancak ortaklar tarafından kabul edilmesi halinde çıkma/çıkarma sebebi olabilecektir. Ayrıca, ortakların sözleşme serbestisi çerçevesinde başkaca çıkma/çıkarma sebepleri kararlaştırabileceklerini daha evvel ifade etmiştik[185]. Aşağıda, TBK m.633 hükmünde sayılan olgular sırayla değerlendirilecektir.

A. Fesih Bildirimi

Bilindiği üzere fesih, yenilik doğuran bir hak olup, kanunda veya sözleşmede bu hakkın tanındığı hallerde bir ortak tek taraflı -yöneltilmesi gerekli- irade beyanıyla ortaklığı ileriye etkili olarak sona erdirebilir[186]. Uygulamada, katılım payının iadesi ve kâr payının ödenmesi talebiyle açılan davanın, fesih ve tasfiye talebini de kapsadığı kabul edilmektedir[187].

Ne var ki, taraflar fesih bildiriminde bulunan ortaklık haricinde diğer ortaklarla ortaklığın devam edeceğini önceden kararlaştırabilirler[188]. Ortağın fesih bildirimi halini kapsayan bir devam kaydı kararlaştırılmışsa, fesih bildiriminde bulunan ortağın

---

Borçlar Kanunu 528. madde çerçevesinde kabul edilebilir olmaması halinde davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken *mahkemece yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.16.07.2020).

[184] Anılan hükmün işlevi hakkında bilgi için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, III, B.

[185] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, III, A.

[186] Handschin, **a.g.m.**, s.236. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.73; Çetiner, **a.g.m.**, s.25; Hızır, **a.g.m.**, s.2834. Genel olarak fesih kavramının tanımına ilişkin bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.115.

[187] Yarg. 3. HD., E.2013/9762 K.2013/12790 T.17.09.2013: *"Bir ortak tarafından adi ortaklığa ilişkin olan sermaye payının istenmesi, ortaklığın faaliyetlerinden dolayı uğradığı zararın veya kar payının talep edilmesi, aynı zamanda ortaklığın feshini ve tasfiyeyi de kapsar."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 02.02.2020); Yarg. 3. HD., E.2013/5915 K.2013/10460 T.18.06.2013: *"Bir ortak tarafından kar payının istenmesi, aynı zamanda ortaklığın feshini ve tasfiyeyi de kapsar."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 02.02.2020); Yarg. 3. HD., E.2016/10029 K.2018/1119 T.15.02.2018: *"Adi ortaklık ilişkisinde; bir ortak tarafından açılan alacak talepli dava, ortaklığın fesih ve tasfiyesi istemini de kapsar."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 19.03.2021); Yarg. 3. HD., E.2016/10771 K.2017/17980 T.21.12.2017 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.02.02.2020). Bununla birlikte bkz. Yarg. 3. HD., E.2013/18744 K.2014/3818 T.12.03.2014: *"Dava, tarafların kurdukları adi ortaklıktan kaynaklanan kâr payının tahsili istemine ilişkindir. Kâr payının tahsiline ilişkin davanın adi ortaklığın fesih ve tasfiyesini gerektirmeden talep ve dava olunabileceği açıktır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 23.03.2021)

[188] Çetiner, **a.g.m.**, s.25; Hızır, **a.g.m.**, s.2835; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.122.

şahsında bir ayrılma sebebi doğar. Keza, birden çok ortağın fesih bildiriminde bulunması halinde de aynı esas geçerli olur[189].

Fesih bildirimde bulunan ortağın ayrılması için her şeyden önce ortada geçerli bir fesih bildiriminin bulunması gerekir[190]. TBK m.639 b.6 ve m.640 hükümlerine göre; ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa her ortak olağan fesih hakkına sahiptir. Bu bakımdan, haklı bir neden olmaksızın[191] uygun olmayan zamanda veya dürüstlük kuralına aykırı olarak[192] yapılan fesih bildiriminin akıbetinin ne olacağı sorusu da cevaplanmalıdır. Mesele, doktrinde tartışmalıdır[193]. Fikrimizce sözü edilen durumlarda, fesih bildirimi geçerli kabul edilmeli ve ortaklıktan çıkma sonucu doğurabilmelidir. Ancak bu nedenle ortaklığın uğradığı zararlardan bu ortak sorumlu olmalıdır[194].

Haklı sebeple feshin (TBK m.639 b.7; BGB §723), genel olarak ortaklığın feshine özgü öngörülmüş bir devam kaydının kapsamına girip girmeyeceği konusunda

---

[189] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §736, N.5; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.10, tüm ortakların fesih bildiriminde bulunması ise doğal olarak ortaklığın sona ermesine yol açacaktır; Hızır, **a.g.m.**, s.2836-2837.

[190] Çelikboya, **a.g.m.**, s.214. Adi ortaklıktaki olağan fesih hakkının sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışmaları için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.139, dn.120 ve s.144.

[191] Haklı bir neden mevcutsa, uygun olmayan zamanda yapılmış bir fesih bildiriminden bahsedilemeyeceğine dair bkz. Becker, **Şerh**, s.1233.

[192] Fesih hakkının kötüye kullanımının tespitine ilişkin kriterlere ve hukuki sonuçlarına ilişkin bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.148-150.

[193] Bir görüşe göre, uygun olmayan zamanda veya dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan fesih bildirimi geçersizdir, ortaklık ilişkisi buna rağmen devam eder (Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.22; Bollmann, **a.g.e.**, s.56, yazar, ilgili ortağın zararı tazminle yükümlü olacağını da belirtmektedir; Şener, **Adi Ortaklık**, s.481; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.15; Türkmen, **a.g.e.**, s.75-76). Başka bir görüşe göre, yapılan fesih bildirimi geçerlidir fakat engel durumlar ortadan kaldıktan sonra etkisini gösterir (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.23; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.128; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.73-74). Nihayetinde daha isabetli bulduğumuz üçüncü görüşe göre ise; hukuki güvenlik ilkesi gereği, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m.512 (OR Art.404) hükmü kıyasen uygulanarak fesih bildirimi geçerli kabul edilmeli fakat ilgili ortak, bu durumun yol açtığı zararları tazmin etmekle yükümlü olmalıdır (**CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.10; Seliçi, **a.g.e.**, s.154, dn.158, yazar fesih bildirimini geçersiz kabul etmenin amacı aşacağını -haklı olarak- belirtmektedir). Nitekim, Alman hukukunda BGB § 723 II hükmüyle mesele son görüş yönünde açıkça çözüme bağlanmıştır.

[194] Bu yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.10; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.6. Buna karşılık, uygun olmayan zamanda veya dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan fesih bildiriminin geçersiz olduğu görüşünü savunan *Türkmen*, geçersiz fesih bildiriminde bulunan ortağın bu hareketinin haklı sebep teşkil edeceği ve ortaklıktan çıkarılabileceği kanaatindedir (Türkmen, **a.g.e.**, s.76).

doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır[195]. Alman hukukunda bu hususun, sözleşmenin yorumuyla belirleneceği ve şüphe halinde devam kaydı kapsamında kaldığı kabul edilmektedir[196]. Şu kadar ki, ortaklığın sona ermesine nazaran ortaklıktan çıkmak diğer ortakları dezavantajlı bir konuma sokmaktaysa, devam kaydının dar yorumlanacağı veya devam kaydına dayanmanın hakkın kötüye kullanımı sayılacağı belirtilmektedir[197]. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, şüphe halinde ortakların sözleşme özgürlüğünden yana bir çözüm tercih edilerek devam kaydının kapsamı dar yorumlanmalı[198] yani olağan feshe ilişkin genel nitelikteki bir devam kaydının şüphe halinde haklı sebeple fesih durumunu kapsamadığı söylenmelidir. Kaldı ki, TBK m.639 b.7 uyarınca adi ortaklığı haklı sebeple fesih hakkı, hukukumuzda dava yoluyla kullanılan bir haktır[199]. Bu itibarla, haklı sebeple feshin, olağan fesih için öngörülmüş devam kaydı kapsamında değerlendilmesi pratik olarak da isabetli olmaz.

Alman hukukunda, sözleşmede bir devam kaydı kararlaştırılmışsa BGB §723 hükmüne göre olağan fesih bildiriminde bulunan ortak, BGB §736 uyarınca kendiliğinden ortaklıktan çıkar[200]. Türk hukukundaki düzenleme (TBK m.633) ise anlam karmaşasına yol açabilecek mahiyettedir[201]. TBK m.633'ün lafzı, fesih bildiriminde bulunan ortağın ayrıca çıkma iradesini de ortaya koyması, diğer bir

---

[195] Haklı sebeple ortaklığın feshinin talep edilmesinin TBK m.633 anlamında bir fesih bildirimi olmadığı kanaatinde bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2837, fakat yazar, mahkemeden ortaklığın haklı sebeple feshini talep etmenin bir çıkma/çıkarma nedeni olarak kararlaştırılabileceğini de eklemektedir.
Buna karşın, mahkemeden haklı sebeple fesih talebinin de TBK m.633 çerçevesinde çıkma sebebi olduğu görüşünde bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.215.

[196] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.11; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.6; **BeckOK-BGB**/Schöne, §736, N.8. Türk hukuku için aynı görüşte bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.26.

[197] Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §737, N.4.

[198] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, II. Haklı sebeple feshin, TBK m.633'teki *"bir ortağın fesih bildiriminde bulunması"* ifadesinin kapsamında olmadığını belirterek sonuçta aynı fikirde bkz. Şahankaya, **a.g.e.**, s.144.

[199] *Türkmen,* (adi ortaklıkta kimi istisnai hallerde TMK m.23/2'ye dayanarak "bildirim" yoluyla kullanılabileceği doktrinde kabul edilen) "olağanüstü fesih" hakkının TBK m.633 kapsamında olduğu kanaatindedir. Bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.78.

[200] Grunewald, **a.g.e.**, s.62; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.6; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.10; **BeckOK-BGB**/Schöne, §736, N.7; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.2. Alman hukukunda, ortaklığın feshine ilişkin olarak öngörülen devam kaydının, şüphe halinde, BGB § 725'e göre ortağın şahsi alacaklısı tarafından yapılacak fesih halini de kapsayacağı kabul edilmektedir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.12; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.9).

[201] Aynı yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98a; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72. Ortaklıktan çıkma ve çıkarmaya ilişkin TBK m.633 hükmünün, bu hükme kaynak teşkil eden BGB'ye paralel şekilde yeniden düzenlemesi gerektiği fikrinde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.313.

anlatımla çıkma bildiriminde (Austritterklärung) bulunması gerektiği gibi bir yoruma götürebilmektedir[202]. Nitekim bu yöndeki bir görüşe[203] göre, fesih bildiriminde bulunan ortağın çıkması veya çıkarılması mümkündür. Fesih bildirimi sonrasında ayrıca çıkma bildiriminde bulunulmasını gerekli gören bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Yukarıda bu hususdaki gerekçelere yer vermiş olduğumuzdan[204], burada fesih bildirimine özgü gerekçeler ortaya konulacaktır.

Her şeyden önce, fesih bildirimi sonrasında ayrıca çıkma iradesinin aranması, fesih bildiriminin yenilik doğuran hak karakteriyle bağdaşmaz[205]. Yenilik doğuran hakların kullanımı, muhatabın hukuki durumunda doğrudan (kendiliğinden) değişiklik yarattığından[206], bu haklar (örneğin, fesih bildirimi) belirsizliğe yol açacak bir biçimde kullanılamazlar[207]. Bir başka anlatımla, muhatap yeni oluşan hukuki durumun kesin olduğuna yani tekrar tekrar değişmeyeceğine güvenebilmelidir[208]. Bu yönüyle, yenilik doğuran haklar kural olarak; şarta bağlı şekilde kullanılamazlar[209], kullanılmakla tükenirler[210] ve geri alınamazlar[211]. Şu hale göre, fesih bildirimi sonrasında ayrıca çıkma bildiriminin kullanılabileceğini söylemek, arada geçen süreçte ortaklığın feshedilmiş olup olmadığı hususunda belirsizliğe sebep olur. Fesheden ortağın iradesine bırakılan bu durum (çıkma hakkının kullanıp kullanmayacağı) fesih bildiriminin mahiyetiyle bağdaşmaz.

---

[202] Anılan maddenin lafzen bu anlamda olduğu yönünde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.311; Çetiner, **a.g.m.**, s.26.
[203] Hızır, **a.g.e.**, s.2869. Aynı yönde bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.222.
[204] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.
[205] Örneğin, *Akın* bu durumu, *"Ortağın bir taraftan feshi ihbar ederken, diğer taraftan çıkmayı talep etmesi mantıklı değildir."* şeklinde ifade etmiştir (Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72). Ortaklığı sona erdirme iradesi gösteren ortağın çıkma bildiriminde bulunmasının *"hukuk mantığına sığmayacağı"* kanaatinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.77.
[206] Oğuzman/Barlas, **a.g.e.** s.165; Eren, **Genel Hükümler**, s.68; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s.17.
[207] von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.136.
[208] Buz, **a.g.e.**, s.75.
[209] von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.136; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.47; Buz, **a.g.e.**, s.75; Eren, **Genel Hükümler**, s.70-71; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.169.
[210] Serozan, **Dönme**, s.47; Buz, **a.g.e.**, s.75; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.170; Eren, **Genel Hükümler**, s.70.
[211] von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.137; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.47; Buz, **a.g.e.**, s.75; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.170; Eren, **Genel Hükümler**, s.70. Nitekim ortağın fesih bildirimini tek taraflı olarak geri alamayacağına dair bkz. Handschin, **a.g.m.**, s.240.

Nitekim bu görüş, çıkma hakkının ne kadar süre içerisinde kullanılacağı yönünden de eleştiriye açıktır. Kanunda çıkma hakkının kullanımına ilişkin bir süre öngörülmemiştir[212]. Bu nedenle de ortaklığın tasfiyesi üzerine ortaklar arasında malvarlığı paylaşılana kadar çıkma bildiriminin yapılabileceği ileri sürülmüştür[213]. Halbuki bu yaklaşım, hukuki güvenlikle bağdaştırılamaz. Ortaklık tasfiye edilip malvarlığı paylaşılana kadar ortaklığın tekrar aktif bir ortaklık haline gelebileceğini kabul etmek hem diğer ortaklar hem de ortaklık alacaklıları açısından tam bir belirsizlik anlamına gelir. Kaldı ki, ortaklığın tasfiye aşamasına girecek olması, sözleşmede devam kaydının öngörülmesi amacına terstir. Ayrıca ekleyelim ki, ortaklık sözleşmesiyle fesih veya çıkma hakkının kullanımı hususunda ortaklara bir seçim hakkı da tanınmış olabilir. Bu durumda ortaklar, bu iki haktan birisini seçip kullanabilir fakat (fesih ve çıkma bildirimi şeklinde) birbiri ardına değil.

Fesih bildirimi sonrasında ayrıca bir çıkma bildiriminin aranması, birçok başka problemi de beraberinde getirebilir. Şöyle ki; fesih bildiriminde bulunan ortak, çıkma bildiriminde bulunmazsa nasıl bir sonuç doğacaktır[214]? Fesih bildirimiyle ortaklığın sona erdiği söylenirse[215], devam kaydının, sona ermiş bir ortaklıktan çıkmayı sağlamaktan başka bir anlamı kalmayacaktır[216]. Oysaki bu durumda, sözleşmedeki devam kaydı, asıl fonksiyonunu icra etmekten uzak hale gelecektir. Çünkü devam kaydının amacı, belirli bir durumun sona erme sebebi olmasını engellemektir[217]. Buna rağmen ortaklığın sona erdiğini kabul etmek sözleşmedeki müşterek iradeye aykırı olur[218].

Diğer taraftan, fesih bildirimine rağmen kişi yapısı aynı kalarak ortaklığın devam etmesi de TBK m.633'teki düzenlemeyle bağdaşmaz[219]. Ayrıca feshedilmiş bir

[212] Çelikboya, **a.g.m.**, s.223. Süreye ilişkin bir düzenlemenin olmamasının bir eksiklik olduğu görüşünde bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.223, dn.141.
[213] Hızır, **a.g.m.**, s.2869; Çelikboya, **a.g.m.**, s.224.
[214] Çetiner, **a.g.m.**, s.26; Kurşat, **a.g.m.**, s.311.
[215] Bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.311,313; Çelikboya, **a.g.m.**, s.215.
[216] Çelikboya, **a.g.m.**, s.215, yazar ortaklığın feshedilmiş olacağını ve artık tasfiye aşamasındaki ortaklıktan çıkma hakkının kullanılacağını belirtmektedir.
[217] Çetiner, **a.g.m.**, s.27.
[218] Çetiner, **a.g.m.**, s.26.
[219] Çetiner, **a.g.m.**, s.26.

ortaklığın aynı ortaklarla devam edeceğini kabul etmenin, yapılan bu işlemleri anlamsız hale getireceği de söylenebilir[220].

İlk görüş esas alındığında tatmin edici cevap bulanamayan tüm bu sorunlar nedeniyle bizim de katıldığımız diğer görüşe[221] göre, TBK m.633'teki düzenlemeden fesih bildiriminde bulunan ortağın kendiliğinden ortaklıktan çıkmış sayılacağı anlaşılmalıdır. Fesih bildiriminde bulunan ortağın ayrıca bir çıkma bildiriminde bulunması gerekmez. Nitekim sözleşmede devam kaydı öngörmüş olmaları, ortakların müşterek iradelerinin de bu yönde olduğunu gösterir[222]. Bu görüş, TBK m.633 hükmüne kaynak BGB'deki sisteme de uygundur[223].

Bununla birlikte, benimsediğimiz bu görüşün, kanunun lafzıyla uyumlu olmadığına yönelik bir eleştiri ileri sürülebilir. Buna karşı da denilebilir ki; fesih bildirimine özgü bir devam kaydının varlığı halinde, fesih bildiriminde bulunan ortak, aslında "zımnen" çıkma bildiriminde de bulunmuş olur[224]. Bunun yanı sıra, bir devam kaydının kararlaştırılmış olması, ortakların fesih hakkının kullanımına bir sınırlama getirdikleri anlamına gelir. Nitekim *Çetiner*'in isabetle belirttiği gibi, devam kaydının öngörülmüş olması sebebiyle ortaklar fesih bildirimiyle ortaklığı sona erdirebilecek durumda değildirler ve fesih bildirimi ortağın çıkması sonucunu doğurur[225]. Bu durumda ortaklıktan çıkma, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa TBK m.640/1'deki fesih bildirim süresi sonunda hüküm doğurur[226].

---

[220] Kurşat, **a.g.m.**, s.311.
[221] Çetiner, **a.g.m.**, s.27; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72,74; Türkmen, **a.g.e.**, s.77-78.
[222] Sözleşmedeki devam kaydına uygun olarak ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceğini belirterek bu yönde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.27.
[223] Bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.77.
[224] Çetiner, **a.g.m.**, s.27. *"Çoğun içinde az da vardır"* ilkesine dayanarak fesih bildiriminde bulunan ortağın çıkmış sayılacağı fikrinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.77, yazar ayrıca ortaklığın sona ermesini göze alan bir ortağın çıkmış sayılmasının hakkaniyete uygun olacağını belirtmektedir.
[225] Çetiner, **a.g.m.**, s.27.
[226] Bollmann, **a.g.e.**, s.55. Ayrıca bkz. aş. Dördüncü Bölüm, VI, A.
Alman hukukunda sözleşmede öngörülen fesih bildirim süresi (Kündigungsfristen) sonunda çıkmanın hüküm ifade edeceğine dair bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.10; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.6.

B. Ortağın Tasfiyedeki Payının Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi

Elbirliği ortaklığında, ortaklık borçları için ortaklık malvarlığındaki unsurlar cebri icra işlemlerine konu olabilirken[227]; ortakların şahsi alacaklıları ise haklarını, ortaklık malvarlığındaki münferit unsurlar üzerinde değil ancak ortağın tasfiye payı[228]

[227] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.274.
[228] Tasfiye payı kavramı hakkında bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B.

üzerinde kullanabilirler[229] [230]. Ortaklık malvarlığı tek bir şeyden oluşsa dahi bu esas geçerlidir[231].

[229] Becker, **Şerh**, s.1219; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Karayalçın, **a.g.e.**, s.155; Seliçi, **a.g.e.**, s.89; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1356; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.150; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.798; Yarg. 3. HD., E.2016/981 K.2016/2524 T.24.02.2016 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 12. HD., E.2018/1464 K.2018/9367 T.08.10.2018: *"Türk Borçlar Kanunu'nun 622 ve 623 (... 818 sayılı BK'nun 522 ve 523.) maddeleri gereğince; adi ortaklıkta her ortak, şirketin iştirak hakkına sahip olduğundan, ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın, yıl sonunda bilançonun düzenlenmesi ile ortaya çıkan şirketteki kar payını haczettirebilirler. Ayrıca, adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır. Açıklanan bu hükme göre, adi ortaklığın para ve malları üzerine haciz konulması halinde, bu husus, ortaklardan her biri tarafından İİK'nun 16/2. maddesi kapsamında süresiz olarak şikayet konusu yapılabilir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 3. HD., E.2017/1085 K.2018/11995 T.22.11.2018: *"... Bir diğer anlatımla, bir ortağın alacaklıları haklarını ancak o şerikin tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler, ancak şirket sözleşmesinde bu kuralın aksi de kararlaştırılabilir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 12. HD., E.2016/23461 K.2017/14891 T.30.11.2017: *"Ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları bulunduğundan (HGK'nun 10.04.1991 gün ve 1991/13-76 E. 1991/199 K. sayılı ilamı) henüz adi ortaklığa ait kazancın ortaklar arasında taksim edilmediği veya ortaklığın tasfiyesi halinde borçlu ortağa isabet edecek tasfiye payının belirlenmediği bir aşamada, adi ortaklığın yaptığı işin karşılığında üçüncü kişiden alacağının haczi mümkün değildir (Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.2013 gün ve E: 2012/12-863, K: 2013/432, 10.12.2014 gün ve E: 2013/12-1233 K: 2014/1014 sayılı ilamları). ... O halde, adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakkın haczine karar verilemeyeceğinden, mahkemece şikayetin kabulü gerekirken, iş ortaklığı sözleşmesinde her ortağın payının ve sorumluluk miktarının belli olduğu gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD., E.2018/5318 K.2019/294 T.16.01.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 12. HD., E.2014/13101 K.2014/15959 T.03.06.2014: "*Adi ortaklıklarda, ortakların borçlarından dolayı takip yapılması halinde, ortağın ancak kar payı veya tasfiye payına haciz konulması mümkün olup, tüzel kişiliği bulunmayan ortaklığa ait bir mal veya alacak üzerine haciz konulamaz. Adi ortaklığın ortaklarından olan borçlunun, adi ortaklık yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından adi ortaklığın alacağına yönelik şikayette hukuki yararı bulunmaktadır."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 12. HD., E.2013/4703 K.2013/13371 T.08.04.2013: *"Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması halinde, adi ortaklığın istihkakına haciz konulamaz. Somut olayda, haciz adi ortaklığın alacakları üzerine konulmuş olup, 3. kişinin haczi adi ortaklığın payı oranında uygulandığının bildirilmiş olması sonuca etkili olmadığı gibi yukarıda açıklanan yasa hükümlerini bertaraf etmez."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

[230] Elbirliği ortaklığında ortakların malvarlığı değerleri üzerinde, paylı mülkiyetteki gibi serbestçe tasarruf edebilecekleri payları olmadığından ortakların şahsi alacaklılarının haczettirebilecekleri bir "pay" da bulunmaz. Ortağın alacaklıları sadece ortağın tasfiye payına haciz koydurabilirler (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.149-150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.646).

[231] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14.

Bu esasın gerekçesi; ortağın şahsi alacaklısının, ortaklık malvarlığında ortağın sahip olduğundan daha fazla bir hakkı olamamasıdır[232]. Gerçekten de ortaklar, ortaklık malvarlığında ancak birlikte tasarruf edilebilirler[233].

Diğer taraftan, alacaklıların haczettirdikleri tasfiye payını uzunca bir süre ekonomik değere çeviremeyerek bundan yoksun kalmamaları için kanunda tasfiye payının paraya çevrilmesi, ortaklığın sona erme sebepleri arasında sayılmıştır[234]. Bu bakımdan, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinin bir infisah sebebi olarak düzelenmiş olması (TBK m.639 b.3), ortağın şahsi alacaklıların korunmasına hizmet eder[235].

Dikkat edilmesi gereken; burada cebri icra işlemine (hacze) konu unsur, "ortaklık payı" (ortaklık sıfatı) değil ortaklığın tasfiyesi sonunda ortağa düşecek olan "tasfiye payı"dır[236]. Öte yandan, ortağın ortaklığa karşı şahsi talepleri niteliğindeki kâr payı, ücret, masraf talebi veya diğer bir alacak hakkı, ortaklığın sona ermesi gerekmeden haczedilebilir niteliktedir[237]. Zira bu tür alacaklar, ortaklık malvarlığı

---

[232] Becker, **Şerh**, s.1219; Seliçi, **a.g.e.**, s.89; Ayiter, **a.g.e.**, s.157. Yarg. 12. HD., E.1982/3014 K.1982/3216 T.15.04.1982: *"Ortakların şahsi alacaklılarının adi ortaklık mevcudu ve kar payı üzerinde ortaktan daha ileri yani onun sahip olmadığı bir hakkı istemeye veya haciz koydurmaya hak ve yetkileri olamaz."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

[233] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.17,221.

[234] Becker, **Şerh**, s.1219.

[235] Becker, **Şerh**, s.1225; Seliçi, **a.g.e.**, s.89; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108.

[236] Bu görüşteki yazarlar için bkz. Bilge, **a.g.e.**, s.467; Ansay, **a.g.e.**, 147; Arslanlı, **a.g.e.**, s.64; Hızır, **a.g.e.**, s.2842, Bozkurt, **a.g.e.**, s.99.

Yarg. 3. HD., E.2016/981 K.2016/2524 T.24.02.2016: *"Bu yasal düzenlemeler gözetildiğinde, adi ortaklıktan ortaklar arasında elbirliği halinde mülkiyet olduğundan* ***ortağın hissesinin haczi mümkün olmayıp, ancak tasfiye payının haczi kabildir. Tasfiye payının haczi için ortakların muvafakatı gerekmediği gibi adi ortaklık sözleşmesindeki ortakların işin bitimine kadar ortaklıktan ayrılamayacaklarına ilişkin kararlaştırma ancak ortaklar arasında hüküm ifade eder****."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

Keza İsviçre hukukunda da tasfiye payının paraya çevrilmesi durumunda bunu iktisap edenin, borçlu ortak yerine ortaklığa girmiş olmayacağı yönünde bkz. Handschin, **a.g.m.**, s.230.

Buna karşılık, aksi yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.129; Şener, **Adi Ortaklık**, s.452; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.92, nitekim yazar, tasfiye payını ortaklardan biri satın alırsa ortaklığın devam edeceği kanaatindedir; Topuz, **a.g.e.**, s.45-46.

[237] Becker, **Şerh**, s.1219; Domaniç, **a.g.e.**, s.108; Tekil, **a.g.e.**, s.145; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.6. Alman hukukunda aynı şekilde bkz. Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §725, N.1. Bkz. Yarg. 12. HD., E.2018/1464 K.2018/9367 T.08.10.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 12. HD., E.2019/4259 K.2019/9664 T.30.05.2019: "*Türk Borçlar Kanunu'nun 622 ve 623 (Mülga 818 sayılı BK 522 ve 523.) maddeleri gereğince; adi ortaklıkta her ortak şirketin iştirak hakkına sahip olduğundan, ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın şirketteki, yıl sonunda bilançonun düzenlenmesi ile ortaya çıkan kar payını haczettirebilirler."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

içerisinde değil, ortağın şahsi malvarlığında yer alır[238]. Dolayısıyla bu alacakların haczi, İİK m.89'a göre yapılır[239] ve ortaklığın sona ermesine yol açmaz[240].

Alacaklının, ortağın tasfiye payına başvurması ise, her halükârda ortaklığın zorunlu olarak sona ermesini gerektirmez[241]. Nitekim TBK m.639 b.3 (OR Art.545 I Ziff.3) hükmü, emredici nitelikte değildir[242]. Üstelik, TBK m.633'te, ortakların bu duruma ilişkin bir devam kaydı kararlaştırabileceklerinden bahsedilmektedir[243]. Gerçekten de alacaklının, ortağın borçlandığı edime ulaşabildiği ve daha dezavantajlı bir duruma düşürülmediği müddetçe ortaklığı sona erdirme hususunda menfaati yoktur[244]. Örneğin, diğer ortaklar tarafından yapılan ödeme teklifini alacaklı reddedemez, aksi halde alacaklı temerrüdüne düşer[245]. Bundan başka, borçlu ortak ortaklıktan ayrılabilir ve bu ihtimalde ayrılma payı alacaklıya ödenir[246]. Bunun için, ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi halinde ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği ve borçlu ortağın ortaklıktan çıkacağı sözleşmede öngörülebilir[247] veya sonradan bu hususta bir karar alınabilir[248].

Ortaklığın sona ermesi için tasfiye payının haczedilmiş olması yeterli olmayıp, paraya çevrilmesi gerekir[249]. eBK m.535'teki *"şeriklerden birinin tasfiyedeki hissesi*

---

[238] Becker, **Şerh**, s.1219; Domaniç, **a.g.e.**, s.108.
[239] Yarg. 12. HD., E.2000/4281 K.2000/4987 T.03.04.2000 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).
[240] Domaniç, **a.g.e.**, s.108; Tekil, **a.g.e.**, s.145; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.6.
[241] Bollmann, **a.g.e.**, s.44.
[242] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.16a.
[243] Çetiner, **a.g.m.**, s.32.
[244] Bollmann, **a.g.e.**, s.44-45.
[245] Bollmann, **a.g.e.**, s.44.
[246] Bollmann, **a.g.e.**, s.45; Türkmen, **a.g.e.**, s.126.
[247] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.11; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.16a, bunun yanı sıra ortaklar, tasfiye payının haczini de çıkma sebebi olarak kabul edebilir; Çelikboya, **a.g.m.**, s.210; Hızır, **a.g.e.**, s.2843; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108a; Çetiner, **a.g.m.**, s.31,32.
Ortağın çıkması için ayrıca bir çıkma bildiriminde bulunması gerektiği fikrinde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.32. Bu anlamda bkz. Hızır, **a.g.e.**, s.2869; Çelikboya, **a.g.m.**, s.222. Bu durumda ortağın kendiliğinden çıkmış olacağına dair bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.
[248] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, A, 2.
[249] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Çetiner, **a.g.m.**, s.32; Hızır, **a.g.e.**, s.2843; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108a; Çelikboya, **a.g.m.**, s.211; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.126.

hakkında cebri icra vukuu" şeklindeki ifade[250] yerine TBK m.639'da tasfiye payının *"paraya çevrilmesiyle"* ortaklığın sona ereceği belirtilmiştir[251].

Bu noktada, ortaklık sona ermeden, tasfiye payının nasıl paraya çevrileceği sorunu ortaya çıkmaktadır[252]. *Karayalçın*'a göre, tasfiye yapılmadan önce ortaklığın zarar etmiş olup olmadığı bilinemeyeceğinden[253], tasfiye payının, İİK'nın taşınırların paraya çevrilmesi hükümleri uyarınca satışı isabetli bir yol olmaz[254]. Dolayısıyla *Karayalçın*, tasfiye payına haciz koyduran alacaklının, mahkemeden ortaklığın tasfiyesini ve tasfiye payının kendisine ödenmesini talep edebileceğini -haklı olarak- belirtmektedir[255].

Şu hâlde, tasfiye payının paraya çevrilmesinden, iki seçenek anlaşılabilir[256]. Pratik bakımdan daha elverişli görünen birinci seçenekte, tasfiye payını haczettiren alacaklının talebi üzerine -İİK m.121'e dayanarak- icra mahkemesi, alacaklıya ortaklığın feshi ve tasfiyesi için genel mahkemelerde dava açma yetkisi verebilir[257].

---

[250] Bu ifade nedeniyle eBK döneminde Yargıtay'ın bazı kararlarında ve doktrinde, tasfiye payına haciz konulmasını ortaklığın infisahı sebebi olarak kabul etmiştir. Örneğin bu görüşte bkz. Ansay, **a.g.e.**, 147-148. Yarg. 12. HD., E.1982/3014 K.1982/3216 T.15.04.1982: "*Böyle bir durumda, yani ortaklardan birinin ortaklık payına haciz konulduğu takdirde, BK.nun 535/3. maddesi gereği adi ortaklık sona ereceğinden tasfiyeye geçilmesi gerekir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).
Fakat kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na uygun olarak doktrinde, tasfiye payının paraya çevrildiği anda ortaklığın sona ereceği fikri de savunulmaktaydı (Bilge, **a.g.e.**, s.467; Seliçi, **a.g.e.**, s.89; Şener, **Adi Ortaklık**, s.452). Tasfiye payının hacziyle ortaklığın sona ermediği hususunda bkz. Yarg. 12. HD., E.2012/29097 K.2013/7998 T.07.03.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

[251] Ortağın tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle ortaklığın sona ereceğine dair bkz. Yarg. 3. HD., E.2016/981 K.2016/2524 T.24.02.2016 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020).

[252] Kurşat, **a.g.m.**, s.311.

[253] Aynı yönde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.311.

[254] Karayalçın, **a.g.e.**, s.155.

[255] Karayalçın, **a.g.e.**, s.156.

[256] İsviçre hukuku için ayrıca bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Handschin, **a.g.m.**, s.230; BGE 134 III 133 (www.relevancy.bger.ch, E.T.16.02.2021).

[257] YİBK, E.1940/48 K.1943/15 T.14.04.1943 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.09.12.2020); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1357; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku**, s.150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**, s.646. Yarg. 12. HD., E.2012/29097 K.2013/7998 T.07.03.2013: *"**19.06.2012 tarihinde alacaklının talebiyle icra müdürlüğünce borçlunun ortaklıktaki hissesinin haczine karar verildiği görülmektedir.** Borçlunun BK. 534. maddesine göre bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak ortağın tasfiyedeki payı veya kâr payı üzerinde kullanabilirler. **Adi ortaklığın feshedildiğine ve tasfiyesi için gerekli işlemlerin yapılmasına icra müdürlüğünce karar verilemez. İİK'nun 121. maddesi gereğince mahkemeden karar alınarak müteakip işlemlere devam edilmesi gerekirken, icra müdürlüğünce ortaklığın feshedildiğine karar verilerek tasfiye için gerekli işlemlerin yapılması için ortaklara müzekkere yazılmasına karar verilmesi doğru değildir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.14.11.2020). Yarg. 14. HD., E.2016/4870 K.2017/6493 T.18.09.2017: *"**Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu***

İkinci seçenekte ise, icra dairesi tasfiye payının açık arttırmayla satışını gerçekleştirebilir[258].

Ancak, ortağın tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi durumuna ilişkin olarak ortaklığın *"diğer ortaklarla devam edeceği"* sözleşmede kararlaştırılmışsa, sözü edilen ikinci seçenek (tasfiye payının açık arttırmayla satışı) esasen mümkün görünmemektedir. Çünkü bu seçeneğin uygulanabileceği kabul edilirse; tasfiye payını satın alan kişinin buna ulaşması için ortaklığın sona ermesi ve tasfiye edilmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkar[259] ki, bu durumda sözleşmedeki devam kaydı anlamsız hale gelir. Hal böyle olunca, sözleşmede tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesine ilişkin devam kaydı bulunuyorsa, tasfiye payının paraya çevrilmesinin ilk seçenekte belirttiğimiz yönteme göre (yani ortağın tasfiye payını haczettiren alacaklının ortaklığın feshi ve tasfiyesi davası açmak için icra mahkemesinden yetki alması ve bu davayı açması suretiyle) gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır. Gerçi bu durumda da sözleşmedeki devam kaydının nasıl bir etki göstereceği, bu kayıt sebebiyle borçlu ortağın hangi anda ayrılmış sayılacağı ve açılan davanın akıbetinin ne olacağı gibi pek çok sorun ortaya çıkmaktadır[260].

---

taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. *Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan icra müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra hakiminden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.23.02.2021). Nitekim Yargıtay'ın bir başka kararına konu olayda, alacaklının borçlu ortağın tasfiye payına haciz koydurduğu ve alacaklıya adi ortaklığın tasfiyesi için dava açmak üzere yetki verildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Yarg. 3. HD., E.2013/3554 K.2013/6981 T.29.04.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

[258] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108a. Bu anlamda bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.92. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.11; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Handschin, **a.g.m.**, s.230.

Fakat önemle belirtelim ki; ortağın tasfiye payını cebri icra yoluyla iktisap eden kimse, sona ermiş olan adi ortaklıkta "ortak sıfatı"nı kazanmış olmaz. Bu kişi, ortaklığa karşı sadece borçlar hukuku alanında kalan (ayni nitelik taşımayan) bir talep hakkına ve buna bağlı olarak da tasfiye payının hesaplanmasına ilişkin gerekli denetleme ve inceleme hakkına sahip olur (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.14; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108a. Aynı yönde bkz. Handschin, **a.g.m.**, s.230). Alacaklının, ortaklığın tasfiyesine katılma hakkı olmadığına dair bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.45.

[259] Tasfiye payını satın alan kişinin ortaklığa gireceği ve ortaklığın bu şekilde devam edeceği ise zaten ileri sürülemez. Çünkü haczin konusunun "ortaklık sıfatı" değil, "tasfiye payı" olduğunu açıklamıştık. Kaldı ki, sözleşmedeki devam kaydına dayanarak, ortakların tasfiye payını satın alan kişiyle ortaklığı sürdürmek zorunda bırakılamayacağı kuşkusuzdur.

[260] *Olan hukuk* (de lege lata) bakımından; bu davada (davalı) ortakların, borçlu ortağın ayrılma payını (davacı) alacaklıya ödemeyi teklif etmeleri durumunda, sözleşmedeki devam kaydının işletilebileceği savunulabilir. Bu durumda borçlu ortak ortaklıktan çıkmış sayılır ve dava konusuz kalacağından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir. Böylelikle alacaklı ayrılma payının ödenmesi

Özetle, sözleşmedeki devam kaydı nedeniyle tasfiye payının haczi, ayrılma payını kapsamış olur[261]. Bu nedenle, ortağın ayrılması anında ortaklık sona ermiş olsaydı ayrılan ortağa ödenecek ayrılma payı (TBK m.634) alacaklıya ödenir[262]. Alacaklının menfaatinin korunması için ayrılma payının, tasfiye payından daha düşük olmaması gerekir[263]. Ayrılma payının düşük hesaplanmasına yol açacak sözleşme hükümleri geçersiz sayılmalıdır[264]. Kötü niyetli veya hileli olarak ayrılma payının düşük belirlenmesine karşı alacaklının tasarrufun iptali davası (İİK m.280) açabileceği doktrinde ifade edilmektedir[265].

Son olarak, "ortaklık borçları" nedeniyle ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi halinde, ortağın çıkması ya da çıkarılmasının söz konusu olmayacağı belirtilmektedir[266].

C. Ortağın Kısıtlanması

Adi ortaklıkta ortaklarının şahsının taşıdığı önem nedeniyle ortağın kısıtlanması (TMK m.405 vd.), ortaklığın sona ermesi nedenlerinden biridir[267]. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi 2014 tarihli bir kararında[268], ortağa "genel

için yeniden bir dava açmak zorunda bırakılmayacağından, bu yaklaşım usul ekonomisi ilkesine de uygun düşer.
Olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından ise, Alman hukukunda (BGB § 725) olduğu gibi, ortağın şahsi alacaklısının ortağın tasfiye payını haczettirmesi ve ortaklığa fesih bildiriminde bulunması bir sona erme sebebi olarak düzenlenmelidir. Doktrinde *Topuz, "Alman hukukunda olduğu gibi, şirket hissesinin haczedilmesi halinde alacaklının şirketi feshetme hakkının olduğu"* yönünde kanunda bir değişiklik yapılabileceğini belirtmiştir (Topuz, **a.g.e.**, s.75). *Türkmen* de söz konusu yasal hükümde değişiklik yapılması ve ortağın şahsi alacaklısının *"tasfiye payına haciz koydurmak amacıyla ortaklığı feshetmesi"*nin bir sona erme sebebi olması gerektiği fikrindedir (Türkmen, **a.g.e.**, s.126).
Nitekim Alman hukukunda, bir ortağın şahsi alacaklısının ortağın tasfiye payını haczettirmesi ve ortaklığı feshetmesinin (BGB §725) bir çıkma sebebi olacağının, sözleşmeyle kararlaştırılabileceği belirtilmektedir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.12; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.6; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §736, N.3; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §736, N.9).
[261] Topuz, **a.g.e.**, s.76,77.
[262] Çetiner, **a.g.m.**, s.32; Topuz, **a.g.e.**, s.76.
[263] Bollmann, **a.g.e.**, s.45.
[264] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.16a.
[265] Topuz, **a.g.e.**, s.80; Türkmen, **a.g.e.**, s.130.
[266] Hızır, **a.g.m.**, s.2844. Ayrıca bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s.210.
[267] Bollmann, **a.g.e.**, s.46; **OFK**/Müller, Art.545, N.6; Şener, **Adi Ortaklık**, s.457; Türkmen, **a.g.e.**, s.85.
[268] BGer 4A_150/2014, 26.08.2014 (www.swisslex.ch, E.T.12.02.2021). Anılan kararda belirtildiği üzere, kendisine kapsamlı kayyım atanan ortak ile ortaklığın sürdürülmesi mümkündür. Ortaklığın devamı ya da sona ermesine yönelik bir karar alınıncaya kadar kapsamlı kayyım, ilgili ortağın yasal temsilcisi olarak hareket eder.

kayyım" atanmasının[269] ortaklık bakımından yasal bir *"dolaylı sona erme sebebi"* olduğuna hükmetmiştir. Bu itibarla Federal Mahkeme'ye göre, ortaklık kendiliğinden sona ermez ancak ortaklar ortaklığın sona ermesine yönelik yenilik doğuran hakka sahip olurlar.

Kısıtlanan ortak, fiil ehliyetini kaybedeceğinden borç altına giremez ve ortaklığa ilişkin işlemleri yerine getiremez[270]. Kısıtlanan ortak vesayet altına alınacağından, kendisi için atanacak yasal temsilci (vasi) ortaklık işlerinde söz sahibi olacaktır[271]. Fakat kanunkoyucu, diğer ortakları bu şekilde ortaklığı devam ettirmek mecburiyeti altında bırakmamıştır[272]. Ayrıca, böylelikle yasal temsilciye, kısıtlanan ortağın tasfiye payını alma ve kısıtlının menfaatine kullanma imkânı tanınmış olur[273]. Bu itibarla, ortağın kısıtlanmasının, sona erme sebebi olmasıyla hem kısıtlanan hem de diğer ortakların menfaati korunur[274]. Ortaklığın sona ermesi yönünden kısıtlanma sebebinin bir önemi yoktur[275].

Öte yandan, TBK m.633 hükmünde belirtildiği üzere sözleşmede, bir ortağın kısıtlanması halinde ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği kararlaştırılabilir[276].

Doktrinde, kısıtlanan ortağın ortaklıktan çıkmak için yasal temsilcisi tarafından ayrıca bir çıkma bildiriminde bulunması gerektiği[277] veya diğer ortaklar tarafından çıkarma hakkının kullanılabileceği[278] belirtilmektedir. *Akın*, kanunda bu hususta özel bir süre öngörülmediğinden bahisle, mahkemece kısıtlılık kararının verilmesinden

---

[269] İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, kısıtlı (endmündigt) kavramı ve kısıtlılık halleri kanundan çıkarılmıştır. Fiil ehliyetini sınırlayan vesayet (kısıtlama) müessesinin halefi olarak, ZGB Art.398'de "genel kayyımlık" (umfassende Beistandschaft) düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, "İsviçre Medeni Kanunu'na Göre Kayyımlık Türleri", **DEÜHFD**, C.20, S.2, 2018, s.65,82. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art.545 I Ziff.3 hükmünde yapılan değişiklikle de ortağa "genel kayyım" atanması, adi ortaklığı sona erdiren sebeplerden biri olarak sayılmıştır.

[270] Bollmann, **a.g.e.**, s.46; Eren, **Özel Hükümler**, N.3025. Kısıtlanan ortağın kişisel çalışmasının engellenmiş olacağını belirterek aynı yönde bkz. Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.9.

[271] Şener, **Adi Ortaklık**, s.457; Hızır, **a.g.m.**, s.2837-2838; Türkmen, **a.g.e.**, s.85.

[272] Becker, **Şerh**, s.1226.

[273] Becker, **Şerh**, s.1226.

[274] Becker, **Şerh**, s.1226; Karayalçın, **a.g.e.**, s.154; Hızır, **a.g.m.**, s.2838.

[275] Şener, **Adi Ortaklık**, s.457; Hızır, **a.g.m.**, s.2838; Çelikboya, **a.g.m.**, s.216

[276] Eren, **Özel Hükümler**, N.3026.

[277] Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484; Çetiner, **a.g.m.**, s.32; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.74, yazar, bu durumda denetim makamının da izninin gerektiğini savunmaktadır.

[278] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.74; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484.

itibaren üç aylık süre içerisinde çıkma veya çıkarma hakkının kullanılabileceği savunmuştur[279].

Kanaatimizce, sözleşmede ortaklardan birinin kısıtlanması halinde ortaklığın "diğer ortaklarla" devam edeceğine yönelik bir devam kaydı bulunmaktaysa, kısıtlılık kararının verilmesi üzerine kısıtlanan ortak "kendiliğinden" ortaklıktan çıkmış sayılmalıdır[280]. Bu sonuç, tarafların müşterek iradelerine uygun düşer[281].

Bir ortağın kısıtlanması halinde "kısıtlanan ortakla birlikte" ortaklığın devam edeceği sözleşmeden anlaşılabiliyorsa, bu taktirde diğer ortakların çıkarma hakkından söz edilmemeli[282] fakat kısıtlının menfaatinin korunması icabı, çıkma hakkının saklı olduğu kabul edilmelidir[283]. Bundan başka, ortağın kısıtlanması, bir çıkma ya da çıkarma sebebi olarak sözleşmede düzenlenmiş de olabilir. İşte çıkma veya çıkarma hakkının bulunduğu bu tip durumlarda kısıtlanan ortak; diğer ortakların alacakları çıkarma kararının yazılı olarak kısıtlanan ortağın yasal temsilcine bildirilmesiyle[284] ortaklıktan çıkarılabilirken; yasal temsilcisi tarafından çıkma beyanında bulunulmak suretiyle ortaklıktan çıkabilir[285].

Eğer sözleşmede ortağın kısıtlanmasına ilişkin bir devam kaydı yoksa, kısıtlanma kararının sonrasında da diğer ortaklar devam kararı alabilirler[286]. Diğer ortaklar oybirliğiyle, kısıtlanan ortak olmaksızın ortaklığın devam edeceğine dair karar

---

[279] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.74. Bu görüş, kanunda öngörülmeyen bir hak düşürücü süre yaratmış olması ve ayrıca söz konusu üç aylık sürede ortaklığın hukuki durumunu belirsiz hale getirmesi gerekçeleriyle eleştiriye açıktır.

[280] Aynı yönde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.312.

[281] Bu hususta diğer gerekçeler için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.

[282] Aynı yönde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.312.

[283] Ortağın kısıtlanması halinde ortaklığın devam etmesine dair bir sözleşme hükmü varsa, kısıtlanan ortağın ortaklıktan çıkabileceği yönünde bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2839. Bu ihtimalde, adi ortaklık ticari, sınai veya benzeri bir işletme işletiyorsa kısıtlı ortağın ortaklıkta kalması veya ortaklıktan çıkması için kıyasen TMK m.443 uyarınca vesayet makamının talimatının gerektiği savunulabilir.

[284] Çıkarma kararının yasal temsilciye bildirileceğine dair bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484.

[285] Kısıtlanan ortağın yasal temsilcisi tarafından çıkma beyanında bulunulacağına dair bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484; Çelikboya, **a.g.m.**, s.223; Hızır, **a.g.m.**, s.2839. Denetim makamının da izninin gerekli olduğu kanısında karş. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.74. Adi ortaklığın ticari, sınai veya benzeri bir işletme işletmesi halinde ise ortaklıktan çıkma için, TMK m.443 uyarınca vesayet makamının da izni gerekir (Hızır, **a.g.m.**, s.2839).

[286] Şener, **Adi Ortaklık**, s.458; Hızır, **a.g.m.**, s.2839; Çelikboya, **a.g.m.**, s.216. Sonradan devam kararı alınmasına ilişkin açıklama için ayrıca bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, A, 2.
Ortaklığın, ortağın kısıtlanmasına ilişkin mahkeme kararıyla değil, vasi ile ortaklık arasındaki görüşmelerin olumsuz neticelenmesi üzerine sona ereceği fikrinde karş. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.74.

almak ve ayrılma payını vermek suretiyle kısıtlanan ortağı ortaklıktan çıkarabilirler[287]. Yine sözleşmede devam kaydı yoksa, kısıtlanan ortak ile ortaklığın devam etmesi için ise, diğer ortaklarla yasal temsilcinin anlaşması ve vesayet makamının izni gerekir[288]. Başka bir görüşe[289] göre ise TMK m.463 b.3 (eMK m.406 b.3) uyarınca ayrıca denetim makamının da izni şarttır.

D. Ortağın İflası

TBK m.639 b.3 (OR Art.545 I Ziff.3; BGB §728 II) hükmüne göre bir ortağın iflası[290] kural olarak ortaklığın sona ermesine yol açar[291]. Ortağın iflası[292], onun malvarlığının ve bu nedenle ortaklıktaki tasfiye payının iflas masasına intikal etmesine yol açar ki; bu durum, ortaklığın tasfiyesini zorunlu kılar[293]. Bir ortağın iflası nedeniyle adi ortaklığın kendiliğinden sona ermesi, alacaklıların korunması amacına dayanır[294]. Süresinden önce ortaklığın sona ermesi, müflis ortağın diğer ortaklara karşı

---

[287] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98i; Türkmen, **a.g.e.**, s.86. Yasal temsilcinin ve vesayet makamının onayı gerektiğini belirterek farklı görüşte bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2839-2840. Aynı yönde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.46.

[288] Bollmann, **a.g.e.**, s.46; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.136; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.17; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108c; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.9. Zikredilen son üç eserde de buna gerekçe olarak, söz konusu durumun, bir ortaklığa girmek veya tasfiye niteliğinde olmadığı belirtilmektedir.

[289] Becker, **Şerh**, s.1226, yazara göre buradaki menfaat durumu, bir ortaklığa girmekle aynıdır; Bilge, **a.g.e.**, s.467; Karayalçın, **a.g.e.**, s.154-155; Erem, **a.g.e.**, s.27, dn.26; Şener, **Adi Ortaklık**, s.459; Hızır, **a.g.m.**, s.2839.

[290] Bu ifadenin, "iflasın açılması" diğer bir deyişle, mahkemenin iflasın açılmasına dair karar vermesi olarak anlaşılacağı yönünde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.30. Mahkemece ortağın iflasına ilişkin karar verilmesiyle birlikte iflas açılır ve bir görüşe göre ortaklık bu anda infisah eder. Ortaklığın sona ermesi için iflas kararının kesinleşmesi gerekmez (Şener, **Adi Ortaklık**, s.456-457; Hızır, **a.g.m.**, 2841; Çetiner, **a.g.m.**, s.30; Türkmen, **a.g.e.**, s.88). İflas kararının kesinleşmesi gerektiği kanaatiyle aksi görüşte bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.109; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.7. Öte yandan, ortaklığın sona ermesi için kararın kesinleşmesinin de yetmeyeceği, tasfiye payının paraya çevrilme işlemlerine başlanması gerektiği fikrinde bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.75. Aksi görüşte bkz. Eren, **Özel Hükümler**, N.3028.

[291] Yarg. 3. HD., E.2016/11330 K.2018/2549 T.15.03.2018 (Sinerji İçtihat Bankası, 25.11.2020).

[292] TTK m.18/1'e göre: *"Tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir."* İflas yoluyla takip edilebilecek kişiler İİK m.43'te de şöyle sayılmıştır: "*İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi bulundukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır."* Ayrıca İİK m.44/2 gereğince ticareti terk ettiğine dair ticaret sicili ilanının yayınlanmasından itibaren bir yıl içerisinde ticareti terk eden tacir de iflas yoluyla takip edilebilir. Bu itibarla denilebilir ki; adi ortaklık ticari işletme işletiyorsa tüm ortaklar iflasa tabidir. Diğer yandan, ortaklardan biri, kişisel olarak bir ticari işletme işletiyorsa veyahut kanunda sayılan bir sebeple iflasa tabi kişilerden olabilir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.89; Hızır, **a.g.m.**, 2840.

[293] Şener, **Adi Ortaklık**, s.455; Hızır, **a.g.m.**, 2840-2841; Çelikboya, **a.g.m.**, s.212. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.90.

[294] Seliçi, **a.g.e.**, s.89; Şener, **Adi Ortaklık**, s.455. Bu anlamda bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s.155.

tazminat sorumluluğuna sebep olmaz[295]. Bunun dışında, -TBK m.633'te yer almasa da- ortaklardan birinin konkordato ilan etmesi de çıkarma sebebi olabilecektir[296]. Nitekim ortağın iflası gibi, bir ortağın malvarlığının devri suretiyle konkordatosunun (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) ortaklığın sona ermesine neden olacağı savunulmaktadır[297].

Sözleşmede, ortağın iflasına ilişkin bir devam kaydı öngörülmüşse (TBK m.633 ve m.639 b.3), ortaklık sona ermez[298]. Ortaklığın sona ermesi bakımından, ortağın iflasının, ortaklık borçları veya ortağın şahsi borçları sebebine dayanmasının bir önemi yoktur[299]. Fakat ortaklıktan çıkma ve çıkarma açısından ise bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe[300] göre, "ortaklık borçları" sebebiyle ortağın iflası, dürüstlük kuralı gereği ortaklıktan çıkma veya çıkarma sebebi olamaz ve bu durumda ortaklığın sona ermesinden başka çare yoktur. Diğer bir görüşe[301] göre ise, böyle bir ihtimalde de çıkma veya çıkarma mümkündür. Sözü edilen ikinci görüşün, müflis ortakla ortaklığın devam edemeyeceği gerekçesine dayandığı anlaşılmaktadır. Fakat ilk görüş, çıkma veya çıkarmayı reddederken, müflis ortakla ortaklığın devam edeceğini değil, bilakis ortaklığın sona ereceğini belirtmektedir. Gerçekten de birlikte borç altına giren ortaklardan birinin bu "ortaklık borcu" nedeniyle diğerlerinden dezavantajlı konuma düşmesi (ortaklıktan çıkarılması), ortaklık sözleşmesinin mahiyetine uymaz.

BGB §736'ya göre, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla sürdürüleceği yönünde bir devam kaydı bulunmakta ise ortağın iflası, o ortağın kendiliğinden

---

[295] Seliçi, **a.g.e.**, s.89, dn.67; Şener, **Adi Ortaklık**, s.455.
[296] Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, 2017, s.70, yazar, bu durumun çıkarma sebebi olmasını, aynı zamanda ortaklığın feshi için haklı sebep olmasına dayandırmaktadır.
[297] Becker, **Şerh**, s.1225; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.16; **OFK**/Müller, Art.545, N.5; Karayalçın, **a.g.e.**, s.155; Eren, **Özel Hükümler**, N.3029.
[298] Çetiner, **a.g.m.**, s.30; Çelikboya, **a.g.m.**, s.212. İflas idaresinin katılımıyla ortaklık sözleşmesinin sürdürülemeyeceğine ilişkin bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.455.
Somut olaydaki özel şartlar haklı gösteriyorsa sözleşmede devam kaydı bulunsa dahi, ortaklığın olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebileceğine dair bkz. BGH, 22.5.2012 − II ZR 2/11 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.05.02.2021).
[299] Türkmen, **a.g.e.**, s.90.
[300] Hızır, **a.g.m.**, 2842. eTK m.196 uyarınca ortağın iflası sebebiyle kollektif şirketten çıkarılmasına ilişkin olarak yazar, *"ortağının başka bir ticari işletmesi sebebiyle iflas etmesi"* durumundan bahsetmektedir. Bkz. Üçışık, **a.g.m.**, s.191.
[301] Çelikboya, **a.g.m.**, s.213.

ortaklıktan çıkması sonucunu doğurur[302]. Türk hukukunda ise bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarların, müflis ortağın ayrılması ve ortaklığın diğer ortaklarla devamı için ayrıca bir "çıkma bildirimi" veya "çıkarma kararı" aradığı anlaşılmaktadır. Müflis ortağın iflas masasına giren malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olduğundan, çıkma bildiriminin ancak iflas idaresi tarafından yapılabileceği ifade edilmektedir[303]. İflas eden ortağın çıkarılması kararının açık veya örtülü olarak alınabileceği; ayrılma payının iflas masasına ödenmesinin de bu anlama geleceği belirtilmektedir[304]. *Akın*, çıkma beyanının kullanılmasına ilişkin bir süre öngörülmediğinden üç aylık süre içerisinde bu hakkın kullanılacağı kanaatindedir[305].

Üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre, somut olaydaki devam kaydının içeriğine göre bir ayrım yapılabilir. Şöyle ki; TBK m.633'ün lafzından ortağa bir çıkma hakkının (Austrittsrecht) tanındığı anlaşılmaktaysa da *Çetiner*, sözleşmede "müflis ortak ile" ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırıldığı ihtimalde bu çıkma hakkının bir anlam taşıyacağını belirtmektedir[306]. Böyle bir ihtimalde, (örneğin diğer ortakların ödemede bulunması sebebiyle) iflas idaresi tasfiye payını iflas masasından çıkartırsa müflis ortakla birlikte ortaklık devam edecek veyahut müflis ortak ortaklıktan çıkacak ve ayrılma payı iflas masasına ödenecektir[307]. Diğer taraftan, sözleşmede ortağın iflası halinde ortaklığın "diğer ortaklarla" devam edeceğine ilişkin bir devam kaydı varsa, ortağın iflas etmesi kendiliğinden ortaklıktan çıkması sonucunu doğurur, ayrıca bir çıkma bildirimi (Austrittserklärung) veya çıkarmaya yönelik ortaklık kararı gereksizdir[308].

---

[302] Çetiner, **a.g.m.**, s.30; Kurşat, **a.g.m.**, s.310,311; Türkmen, **a.g.e.**, s.91.
[303] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.72; Çelikboya, **a.g.m.**, s.223; Türkmen, **a.g.e.**, s.92. Müflis ortağın çıkma bildiriminde bulunacağı anlamında bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.1484.
[304] Bu görüşte bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108b. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.91.
[305] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.75.
[306] Çetiner, **a.g.m.**, s.30. Bu olasılıkta, ilgili ortağa ortaklıkta kalacağının taahhüt edildiği, yani çıkarılamayacağı anlamında bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.312.
[307] Çetiner, **a.g.m.**, s.30.
[308] Çetiner, **a.g.m.**, s.31. Bu durumda, çıkarma prosedürüne gerek kalmayacağı yönünde bkz. Kurşat, **a.g.m.**, s.312. Bu hususdaki gerekçeler için ayrıca bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.

Müflis ortağın ortaklıktan ayrılması üzerine ayrılma payı iflas masasına ödenir[309]. Bu sayede alacaklılar açısından, ortaklığın tasfiye süreci beklenmeden daha kısa sürede ayrılma payına kavuşma imkânı sağlanmış olur[310]. Öte yandan, TBK m.635'e göre yapılan hesaplama neticesinde ortaklığın malvarlığının ortaklık borçlarını karşılamaya yetmediği ortaya çıkarsa, müflis ortak da bu zarara katılacağından, diğer ortaklar bu alacağı (müflis ortağın zarar payını) iflas masasına kaydettirebileceklerdir[311].

E. Ortağın Ölümü

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda ortaklardan birinin ölümü, adi ortaklığı sona erdiren kanuni sebepler arasında sayılmış[312] fakat bunun, sona erme sebebi olmaktan çıkarılabileceği de kabul edilmiştir[313].

Ortaklardan birinin ölümü ile ortaklığın infisah etmesi, adi ortaklığın ortakların şahsı üzerine kurulu bir kişi birliği karakteri taşımasının doğal sonucudur[314]. Gerçekten de adi ortaklıktaki "kişi" unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla kanunkoyucu, bir ortağın ölümü nedeniyle diğer ortaklara haklı sebeple fesih hakkı tanımaktan daha ileri giderek, ortağın ölümüne ortaklık sözleşmenin "kendiliğinden" sona ermesi (infisah) sonucu bağlamıştır[315]. Ayrıca, ortaklardan biri hakkında mahkemece verilen gaiplik kararı da ortaklığın sona ermesi bakımından ölümle aynı sonuçları doğurur[316].

---

[309] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.108b; Çelikboya, **a.g.m.**, s.213; Türkmen, **a.g.e.**, s.91.
[310] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.75.
[311] Karayalçın, **a.g.e.**, s.155; Şener, **Adi Ortaklık**, s.457; Çelikboya, **a.g.m.**, s.213.
[312] Yarg. 3. HD., E.2014/20234 K.2015/6246 T.14.04.2015: *"Adi ortaklıkta, ortaklardan birinin ölümü, sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklık ilişkisi bakımından bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.01.2021); Yarg. 3. HD., E.2013/3554 K.2013/6981 T.29.04.2013 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.01.2021).
[313] Bkz. TBK m.639 b.2; OR Art.545 I Ziff.2; BGB §727. Bu hususta ayrıca bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.103. OR Art.545 I Ziff.2'nin tamamlayıcı hukuk kuralı olduğuna dair bkz. Becker, **Şerh**, s.1224.
[314] Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.1; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §727, N.1; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.94. Aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.106; Şener, **Adi Ortaklık**, s.444; Türkmen, **a.g.e.**, s.94. Bu hususu *"bütünlük ilkesi"* olarak isimlendirerek aynı yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107.
[315] Seliçi, **a.g.e.**, s.83.
[316] Becker, **Şerh**, s.1225; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.80; **CHK-OR**/Jung Art.545-546, N.3; **SHK**/Christ, Art.545, N.11; Bilge, **a.g.e.**, s.466; Şener, **Adi Ortaklık**, s.443; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107; Pulaşlı, **a.g.e.**, §5, N.4; Hızır, **a.g.m.**, s.2845; Ayhan/Çağlar/Özdamar,

Bu noktada, ortaklar arasında bir tüzel kişi varsa, bu tüzel kişi ortağın sona ermesinin ortaklığın akıbetini nasıl etkileyeceği sorusu akla gelebilir. Bir görüşe göre, tüzel kişinin sona ermesi (Auflösung) değil, tasfiye edilerek hukuki varlığının ortadan kalkması (Vollbeendigung) ölüm olgusuna benzer[317] ve adi ortaklık ancak bu anda sona erer[318]. Ne var ki, adi ortaklığın ortağı olarak kaldığı müddetçe tüzel kişinin tasfiyesi tamamlanamayacağından hukuki varlığı ortadan kaldırılamayacaktır[319]. Bu çelişkili durum nedeniyle bazı yazarlar, tüzel kişinin tasfiye aşamasına girmesinin, ortaklığın sona erdirilmesi açısından haklı sebep teşkil edeceğini savunmaktadır[320]. Bu sonucun, tüzel kişinin sona erdiği her durumda geçerli olacağı dikkate alınırsa; tüzel kişinin sona ermesini, ölümle eş tutmak ve tüzel kişinin sona ermesi üzerine (tasfiyenin bitimi gerekmeden) ortaklığın infisah edeceğini söylemek daha isabetli olur[321].

Sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği yolunda bir kayıt bulunuyorsa, hakkında sona erme sebebi gerçekleşen ve tasfiye aşamasına giren tüzel kişi ortak, kendiliğinden ortaklıktan çıkar ve diğer ortaklar arasında ortaklık devam eder[322]. Ayrıca, sözleşmede, tüzel kişinin tasfiyesi neticesinde ortaklık payının üçüncü bir kişiye geçeceği kararlaştırılmışsa; bu kayıt, üçüncü kişinin kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanması sonucunu doğurmaz ve esasen üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m.129) niteliği taşır[323].

---

a.g.e., s.126; Bozkurt, **a.g.e.**, s.98-99; Türkmen, **a.g.e.**, s.95. Zikredilen son dört eserde, ölüm karinesinin de ölümle eş değer tutularak ortaklığın sona ermesine yol açacağı belirtilmektedir.

[317] Hueck, **a.g.e.**, s.48; Becker, **Şerh**, s.1225; Şener, **Adi Ortaklık**, s.444; Hızır, **a.g.m.**, 2846; Türkmen, **a.g.e.**, s.105.

[318] Becker, **Şerh**, s.1225; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.80; von Steiger, **a.g.e.**, s.454-455; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.35; Hızır, **a.g.m.**, 2846; Türkmen, **a.g.e.**, s.105. Buna karşılık, söz konusu meseleye daha mesafeli yaklaşılması gerektiği ve burada kıyas yapmanın tartışılabileceği fikrinde bkz. Bozkurt, **a.g.e.**, s.99.

[319] Hueck, **a.g.e.**, s.48; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.9; Şener, **Adi Ortaklık**, s.444.

[320] Hueck, **a.g.e.**, s.48; Şener, **Adi Ortaklık**, s.444.

[321] Bu yönde bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.9; **SHK**/Christ, Art.545, N.11; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107.

[322] Tüzel kişinin tasfiye edilerek hukuki varlığının ortadan kaldırılması üzerine ortaklıktan kendiliğinden çıkmış olacağı yönünde karş. Türkmen, **a.g.e.**, s.105. Tüzel kişinin tasfiye edilerek ortadan kalkması üzerine ortaklığın, diğer ortaklarla veyahut tasfiye neticesinde ortaklık payını edinecek kişiyle devam edeceğinin kararlaştırılabileceği fikrinde bkz. Hızır, **a.g.m.**, 2846-2847.

[323] Söz konusu ihtimalde, üçüncü kişinin ortaklıktan çıkabileceği veya çıkarılabileceğini belirterek, üçüncü kişinin kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanacağı anlamında karş. Hızır, **a.g.m.**, 2847.

1. Sözleşmede Devam Kaydının Bulunmaması

a. Ortaklığın İnfisah Etmesi

Aksi kararlaştırılmadıkça[324], ortağın ölümü üzere ortaklık infisah eder[325] ve tasfiye aşamasına girer[326]. Ölen ortağın mirasçısı veya -birden fazla mirasçı bulunmaktaysa- miras ortaklığı, tasfiye halindeki ortaklıkta ölen ortağın hukuki statüsünü yani ortaklık sıfatını kazanır[327]. Bu suretle tasfiye ortaklığına dahil olan mirasçılar, ölen ortağın ortaklık payı üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar[328]. Diğer bir ifadeyle, mirasçılar, tasfiye payının ödenmesi konusunda salt bir alacak hakkı

---

[324] Ancak kimi hallerde, ortaklığın mirasçılarla devam edeceği sözleşmede kararlaştırılmış olsa dahi ortağın ölümü dolayısıyla ortaklığın sona ermesinin önüne geçilemeyebilir. Örneğin, (ortaklık ile üçüncü kişi arasındaki inşaat sözleşmesinde belirlenen) bir yapıyı birlikte inşa etmek üzere sözleşmeyle bir araya gelmiş kişilerin oluşturduğu ortak girişim (Joint Venture), ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olsa da ortaklardan birinin ölümü nedeniyle bazı hallerde sona erebilir. Eğer inşaat sözleşmesi ölen ortağın kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılmışsa yani ölen ortak olmasaydı inşaat sözleşmesinin yapılmayacağı anlaşılabiliyorsa, ortağın ölümüyle inşaat sözleşmesi sona erer (TBK m.486). Bu durumda da ortak girişim, müşterek amacın imkânsız hale gelmesi sebebiyle TBK m.639 b.1 uyarınca kendiliğinden sona erer. Bu hususta bkz. ve karş. İbrahim Kaplan, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı -Joint Venture-**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.97-99.

[325] Ortaklığın infisah ermesi için diğer ortakların veya mirasçıların ölümden haberdar olmaları gerekmez (Hızır, **a.g.m.**, 2844). TBK m.641 (OR Art.547 II) gereği mirasçılar, makul süre içerisinde durumu diğer ortaklara bildirmekle ve gerekli önlemler alınıncaya kadar da ölen ortağın yürüttüğü işleri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde devam ettirmekle yükümlüdürler. Mirasa ehil olan mirasçılar, mirası ret ya da kabul edeceklerinin bir önemi olmaksızın, bu yükümlülük altındadırlar; aksi taktirde, yani mirası ret süresi beklenirse aciliyet gerektiren bir durumu düzenleyen bu hükmün amacı boşa çıkacaktır. Aynı gerekçeyle, mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekmeyip, mirasçılardan biri de bu işleri yapmaya yetkilidir. Bu açıdan mirasçıların sözü edilen yükümlülüklerinin, "kanundan doğan bir borç" olduğu savunulmaktadır. Bkz. Becker, **Şerh**, s.1235-1236. Ölümü bildirmekte geciken mirasçıların bu nedenle doğan zararlardan sorumlu olacağına dair bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.444; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107. Aynı şekilde Alman hukukunda da BGB §727 Ziff.2 ilk cümledeki mirasçılara ait bu yükümlülük, mirasın geçmesiyle başlar. Mirası kabul veya ret süresinin geçmesi bir önem taşımamaktadır. Bununla birlikte, mirasın reddinin, bu yükümlülüğü geriye etkili olarak ortadan kaldıracağı -yapılmış işlemlerin ise üçüncü kişilere etkili olarak kalmaya devam edeceği- fikri hakimdir. Bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §727, N.17; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §727, N.7; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.8.

[326] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.80.

[327] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.9; von Steiger, **a.g.e.**, s.453-454; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.94; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.9; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.541, N.32; **OFK**/Müller, Art.545, N.4; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.541, N.6 ve Art.545-547, N.39; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.3; **SHK**/Christ, Art.545, N.11; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107a; Rona Serozan, **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979, s.156; Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.101; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77. Alman hukukunda da aynı sonucun kabul edildiğine ilişkin bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §727, N.13; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.4; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §727, N.7.

[328] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §727, N.14,20; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.4-5; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77. Bu anlamda bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81.

değil, külli halefiyet yoluyla ortaklık malvarlığında -diğer ortaklarla elbirliğiyle- ayni hak sahipliğini kazanmış olurlar[329]. Ölen ortağa ait malvarlıksal ve yönetsel haklar[330] ile ölen ortağın ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı olan borçları mirasçılara intikal eder[331]. Bunu istemeyen mirasçılar, mirası reddedebilir (TMK m.605; ZGB Art.566) veya mirasın resmi deftere göre kabulünü (TMK m.619; ZGB Art.580) talep edebilirler[332].

Mirasçılar, tümü birlikte veya tayin edecekleri ortak bir temsilci aracılığıyla tasfiye işlemlerine katılırlar ve ortaklık işlerine ilişkin kararlarını açıklarlar[333]. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında[334], tasfiye amacına dönen ortaklıkta kişi unsuru önem taşımadığından ortaklık sıfatının, TMK m.599/2 (ZGB Art.560 II) gereği miras yoluyla intikal edebilir nitelikte olduğuna hükmetmiştir[335]. Bu yaklaşım doktrinde de kabul görmektedir[336].

---

[329] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.9; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.39; **SHK**/Christ, Art.545, N.11; Akkanat, **Özel Hukuk**, s.101; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107a; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77. İsviçre hukukunda, ortaklık malvarlığında yer alan taşınmazlar için mirasçılar tarafından tapu müdürlüğüne mirasçılık belgesi ve ortaklık sözleşmesinin sunulması halinde, tapu sicilinde ölen ortağın ismi çizilir yerine mirasçıların isimleri yazılır (Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.82).

[330] Alman hukukunda mirasçıların, tasfiye ortaklığında malvarlıksal ve yönetsel (yönetim, temsil, inceleme ve oy hakkı gibi) hakların tümüne sahip olacağına dair bkz. Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.4; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §727, N.7.

[331] von Steiger, **a.g.e.**, s.454. Ölen ortağın mirasçılarının ortaklık borçlarından üçüncü kişilere karşı sorumlu oldukları yönündeki ilk derece mahkemesi kararının temyiz incelenmesinde, bu hususun bozma sebebi yapılmadığı bir karar için bkz. Yarg. 19. HD., E.2018/1262 K.2018/5726 T.13.11.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.01.2021).

[332] von Steiger, **a.g.e.**, s.454.

[333] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §727, N.14,20; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.5. İsviçre hukukunda da kollektif şirketlere ilişkin OR Art.584'ün kıyasen burada da uygulanacağı ve mirasçıların seçtikleri ortak bir temsilci aracılığıyla tasfiye ortaklığında temsil edileceği belirtilmektedir. Bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.9; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.541, N.32; BGE 119 II 119, s.123-124 (www.relevancy.bger.ch, E.T.04.02.2020).

[334] BGE 119 II 119, s.123-124 (www.relevancy.bger.ch, E.T.04.02.2020). Ayrıca anılan kararda, bu durum ile ortaklığın başka bir nedenle sona ermesi sonrasında (tasfiye ortaklığındaki) bir ortağın ölümünün benzer olduğu ve dolayısıyla da ölen ortağa ait alacak hakları ve ayni hakların mirasçılara geçeceği belirtilmiştir. Ayrıca bkz. BGE 114 V 2 (www.relevancy.bger.ch, E.T.04.02.2020).

[335] Bu hususta bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.94; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81.

[336] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.39; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17; Peter Jung, "Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht XII**, Hrsg. Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg, Bern, Stämpfli Verlag, 2017, s.200. Alman hukukunda da aynı yönde bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §727, N.13-14.

Buna karşılık azınlıkta kalan diğer görüşe[337] göre ise, mirasçılar, ölen ortağın ortaklıktaki hukuki statüsünü (ortaklık sıfatını) kazanamazlar. Bu nedenle, mirasçılar, ortaklık malvarlığında ayni hak değil, sadece tasfiye payına yönelik bir alacak hakkı elde ederler.

Ayrıca eklemek gerekirse; Yargıtay, ortaklığın feshi ve tasfiyesine ilişkin davaya ölen ortağın mirasçılarının dahil edilerek taraf teşkilinin sağlanmasını gerekli görmektedir[338].

b. Ortakların Sonradan Devam Kararı Alması

Sözleşmede devam kaydı bulunmaması nedeniyle ortaklardan birinin ölümü üzerine ortaklık sona ermiş olsa dahi -tasfiyenin tamamlanmasına kadar- ortakların[339] ve tüm mirasçıların anlaşması ile ortaklığın devamı kararlaştırılabilir[340]. Veyahut ortaklar, mirasçılara ayrılma payını vererek ortaklığı kendi aralarında devam ettirme

[337] Becker, **Şerh**, s.1235; Kunz, **a.g.e.**, s.163; Bollmann, **a.g.e.**, s.40; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.121-122, bu nedenle yazar, ortağın ölümünü kanuni çıkma sebebi olarak ele almıştır; Türkmen, **a.g.e.**, s.107. İsviçre hukukunda bu görüş yanlısı yazarlar da OR Art.584'ün burada kıyasen uygulanacağını belirtmektedirler. Dolayısıyla mirasçılar belirledikleri ortak bir temsilci aracılığıyla tasfiye işlemlerinde temsil edilirler (Bollmann, **a.g.e.**, s.40; Becker, **Şerh**, s.1235). Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.107.

[338] Bkz. Yarg. 3. HD., E.2014/20234 K.2015/6246 T.14.04.2015 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.01.2021).

[339] *Arslanlı*, -kollektif şirkette sözleşmede farklı bir nisap kararlaştırılmadıkça- ortaklardan biri dahi, mirasçıların katılımına razı olmaz ise mirasçılarla ortaklığın devamının mümkün olmayacağını belirtmektedir. Lakin yazar, ortağın bu muhalefeti, haklı sebep teşkil ediyorsa bu ortağın çıkarılarak ortaklığın mirasçılarla sürdürülebileceği fikrinin de savunulabileceğini eklemiştir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.382 ve aynı yer dn.14).

[340] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.6; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.11; von Steiger, **a.g.e.**, s.453; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.80, dn.173; **SHK**/Christ, Art.545, N.11; Ayiter, **a.g.e.**, s.164; Domaniç, **a.g.e.**, s.106; Bilge, **a.g.e.**, s.467; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107; Şener, **Adi Ortaklık**, s.448. İradeyi ortaya koyan davranışlarla da bunun mümkün olduğuna dair bkz. BGE 70 II 55, s.57 (www.servat.unibe.ch, E.T.26.08.2020). Kollektif şirkete ilişkin bir kararda şöyle belirtilmiştir: *"Veraset ilamında görülen hak sahibi mirasçıların şirketin devamı ve ortaklık sıfatının iktisabı konusunda iradelerinin birleştiği oluşmaktadır. İradelerin birleşmesi ile mirasçılarla diğer ortağın yaptığı beyan, anlaşma niteliğini kazanmıştır. Bu oluşumla şirketin infisahı önlenmiştir."* Bkz. Yarg. 15. HD., E.1985/2015 K.1985/3454 T.19.12.1985 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.21.01.2021).
Mirasçıların ortaklık sıfatına bağlı hak ve borçları (örneğin yönetim ve temsil hakları vs.) bu anlaşmayla şekillendirilebilir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.382).

kararı alabilirler[341]. Ölen ortağın yerine ortaklığa dahil olan mirasçılar, önceki ortaklık borçlarından üçüncü kişilere karşı sorumlu olurlar[342].

Mirasçılar olmaksızın veya mirasçılarla birlikte ortaklığı devam ettirmeye ilişkin ortakların alacakları karar, herhangi bir şekle bağlı değildir ve örtülü olarak da alınabilir[343]. İki kişilik bir ortaklıkta, ortaklardan biri diğerinin tek mirasçısı ise, ortaklık her halükârda sona erer[344].

Ortaklar, mirasçılardan bazılarıyla da ortaklığı devam ettirebilirler[345]. Bu tür bir anlaşma ise, mirasın paylaşılması sözleşmesi (Erbteilungsvertrag) olarak görüldüğünden tüm mirasçıların onayı aranmaktadır[346]. Buna karşılık, mirasçılardan bazıları sonradan ortaklığa alınabilir ki, şekle bağlı olmayan bu anlaşma için ortakların rızası yeterli olup, mirasçıların onayı aranmaz[347].

Ortaklığın mirasçılarla birlikte veya mirasçılar olmaksızın devamına ilişkin iki seçenek birbirinden bağımsızdır. Yani, ortakların mirasçılar olmaksızın ortaklığı devam ettirme kararı alabilmeleri için, öncelikle mirasçılara teklifte bulunmaları ve bu teklifin reddedilmiş olması şartı aranmaz. Çünkü ortaklara, mirasçılarla birlikte ortaklığı devam ettirme yükümlülüğü yüklenemez. Ortakların ortaklığı sürdürmedeki

---

[341] Bollmann, **a.g.e.**, s.43; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.121; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107. Kollektif şirket bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.381,382. *Şener,* bir ortağın ölümü sonrasında ortaklığın mirasçılar olmaksızın kalan ortaklar arasında devam etmesine ilişkin anlaşmanın, "geride kalan ortaklar ve bütün mirasçılar arasında" yapılması gerektiği fikrindedir (Şener, **Adi Ortaklık**, s.448).
Nitekim kaynak İsviçre hukukunda da "mirasçılar olmaksızın" ortaklığın devamına karar verilebilmesi için mirasçıların rıza göstermesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır (Wolf, **Subjektswechsel**, s.17, dn.107). Mirasçıların da rızası gerektiği fikrinde örneğin bkz. **SHK**/Christ, Art.545, N.11.

[342] Ölen ortağın mirasçısının mirası reddetmediği ve kalan ortakla (başka bir isim ve kayıt altında olsa da aynı işyerinde ve iş kolunda faaliyete devam ederek) ortaklığı sürdürdüğü kanaatine varılan bir olayda, ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kararı uygun bulunmuştur. Bkz. Yarg. 11. HD., E.2015/9542 K.2015/10301 T.12.10.2015 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

[343] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107, 107c. Mirasçılarla devam kararının şekle tabi olmadığına ilişkin bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.11; Bilge, **a.g.e.**, s.467; Şener, **Adi Ortaklık**, s.448.

[344] Bu anlamda bkz. Bilge, **a.g.e.**, s.467.

[345] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107c, yazarlar, bu kararın şekle bağlı olmadığını belirtmektedir.

[346] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.11. TTK m. 253/1'e (eTK m.195) göre ise kollektif şirket açısından durum daha farklıdır. Bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.380. Buna rağmen, mirasçılar terekede elbirliğiyle hak sahibi olduklarından sadece rıza gösteren mirasçıların kollektif şirkete girebilmesi için mirasın paylaşılması gerektiğinden bahsedilmektedir (Arslanlı, **a.g.e.**, s.382, dn.16).

[347] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.11.

menfaati mirasçıların menfaatinden önde gelir. Nitekim mirasçılara ödenecek ayrılma payı, mirasçıların menfaatlerinin yeterli ölçüde korunmasını sağlar[348].

2. Sözleşmede Ortaklığın "Diğer Ortaklarla" Devam Edeceği Yönünde Bir Kayıt Bulunması

Ortaklık sözleşmesinde, bir ortağın ölmesi halinde ortaklığın "diğer ortaklarla" devam edeceğinin kararlaştırılması mümkündür[349] (Basit Devam Kaydı; einfach Fortsetzungsklausel). Bu kaydın, sadece belirli ortakların ölümüne özgü olarak düzenlenmesi de mümkündür[350].

Bu durumda, ölen ortak ölüm anında kendiliğinden ortaklıktan çıkmış olur[351] ve mirasçılar da ortaklık sıfatını kazanamazlar[352]. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde mirasçıların ortaklıktan çıkmasından veya çıkarılmasından zaten bahsedilemez[353].

Devam kaydı nedeniyle ölen ortaklığın payı kendiliğinden diğer ortaklara geçer[354]; bir başka ifadeyle, diğer ortakların ortaklık malvarlığındaki katılımlarında genişleme (Anwachsung) meydana gelir[355]. Ölen ortağın ayrılma payı ise, bir alacak hakkı olarak terekede yer alır ve mirasçılara diğer ortaklar tarafından ödenmesi

---

[348] Tüm bu hususlarda kollektif şirket bakımından aynı yöndeki izahat için bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s.380-381.

[349] von Steiger, **a.g.e.**, s.424; Bollmann, **a.g.e.**, s.42; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.12; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.82-83; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.36; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.3; Soergel/Hadding/Kiessling, **a.g.e.**, §727, N.1; Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.156; Şener, **Adi Ortaklık**, s.445; Çetiner, **a.g.m.**, s.28; Hızır, **a.g.m.**, s.2853; Akkanat, **Özel Hukuk**, s.102; Türkmen, **a.g.e.**, s.112. Yarg. 3. HD., E.2013/3554 K.2013/6981 T.29.04.2013: *"Ortaklardan birinin ölümü ortaklık ilişkisi bakımından bir sona erme sebebi olarak kabul edildiği ve ortaklığın ölümden sonra da devam edeceğine dair bir şartın varlığı da iddia ve ispat edilemediği için .... ölümü ile ortaklık son bulmuş ve tasfiye aşamasına girmiştir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T., 25.11.2020).

[350] von Steiger, **a.g.e.**, s.424.

[351] Bollmann, **a.g.e.**, s.42; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.83; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.12; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107a.

[352] Akkanat, **Özel Hukuk**, s.102; Kurşat, **a.g.m.**, s.312; Çetiner, **a.g.m.**, s.28,29; Hızır, **a.g.m.**, s.2853,2860; Çelikboya, **a.g.m.**, s.217; Türkmen, **a.g.e.**, s.112,123. Mirasçılar, ortaklık malvarlığında ayni hak sahibi olmazlar (Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.66).

[353] Kurşat, **a.g.m.**, s.312; Çetiner, **a.g.m.**, s.29; Hızır, **a.g.m.**, s.2860; Çelikboya, **a.g.m.**, s.217; Türkmen, **a.g.e.**, s.123. Dolayısıyla, sözü edilen ihtimalde, tarafların iradeleri yerine sırf TBK m.633'ün lafzına dayanarak mirasçıların ortaklıktan çıkarılması için kalan ortaklar tarafından yapılacak bir bildirimin gerektiği yönündeki fikre (Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s.126-127) katılmak mümkün değildir.

[354] Türkmen, **a.g.e.**, s.112.

[355] von Steiger, **a.g.e.**, s.424; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.83-84; Hızır, **a.g.m.**, s.2853; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17,18, bu bakımdan, taşınmazlarda diğer ortaklar lehine sicil dışı kazanım gerçekleşeceği belirtilmektedir.

gerekir[356]. Ortaklar, ayrılma payının mirasçılara ödenmesi borcundan müteselsilen sorumlu olurlar[357]. Ayrılma payı, sözleşmede bu hususta ayrıca bir belirleme yoksa, ortağın ölümü anındaki ortaklığın mali durumu esas alınarak tespit edilir[358] (TBK m.634).

TBK m.633 hükmü, ortaklık sözleşmesinde kalan ortaklarla ortaklığın devam edeceği yönünde bir kayda (basit devam kaydına) yer verilmişse, mirasçıların çıkması veya çıkarılmasından bahsetmektedir. Bu haliyle TBK m.633'teki düzenleme, ortaklığın "geriye kalan ortaklarla" devam edeceği kararlaştırılmış olmasına rağmen sanki mirasçıların ortaklık sıfatını kazanacağı gibi bir yanlış anlaşılmaya müsaittir[359]. Halbuki, mirasçıların çıkması veya çıkarılmasından söz edilebilmesi için öncelikle mirasçıların ortaklık sıfatını kazanmaları gerekir ki, bu da ancak sözleşmede "ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi"ne yönelik bir kaydın (halefiyet kaydının) bulunması halinde mümkündür[360]. Basit devam kaydı ise, ölen ortağa ait ortaklık statüsünün, ölüm ile birlikte ortadan kalkacağı yönündeki müşterek iradeyi gösterir[361]. Burada ve ayrıca yukarıda[362] açıkladığımız gerekçelerle, sözleşmede basit devam kaydı bulunuyorsa, ölen ortak "kendiliğinden" ortaklık çıkmış olur. Bu nedenle, ölüm halinde ortaklığın "diğer ortaklarla" devam edeceğine dair bir sözleşme hükmünün,

---

[356] von Steiger, **a.g.e.**, s.424; Bollmann, **a.g.e.**, s.42; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.12; Wolf, **Subjektswechsel**, s.17, nitekim yazar, mirasçıların ortaklık malvarlığı üzerinde doğrudan bir hak sahipliğinin olamayacağını isabetle belirtmektedir; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.36,66; **OFK**/Müller, Art.545, N.4; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.3; Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.156; Akkanat, **Özel Hukuk**, s.101,102; Şener, **Adi Ortaklık**, s.445; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107a; Çetiner, **a.g.m.**, s.28,29; Hızır, **a.g.m.**, s.2853; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77; Türkmen, **a.g.e.**, s.113,123. Ayrıca bkz. BGE 100 II 376, s.379 (www.swisslex.ch, E.T.07.03.2021). Ölen ortak, ortaklığa katılım payı olarak eşya üzerinde tasarruf (quoad sortem) veya kullanım (quoad usum) hakkı getirmişse, bunun da terekede yer alacağına ve mirasçılar tarafından ortaklardan talep edilebileceğine dair bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.66; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77-78.

[357] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.77. Ayrıca, mirasçıların ayrılma payını güvenceye alabilmek için TMK m.893/1 b.2 (ZGB Art.837 I Ziff.2) uyarınca tescile tabi kanuni ipotek hakkının bulunduğuna dair bkz. Wolf, **Subjektswechsel**, s.18, dn.115.

[358] İsviçre hukukunda da, ayrılma payının, kural olarak kollektif şirketlere ilişkin OR Art.580'in (TTK m.260) kıyasen uygulanarak bu şekilde hesaplanacağına dair bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.66.

[359] Aynı kanaatte bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.28. Bu hususta hükmün kaleme alınışıyla ilgili eleştiriler için bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.123-124.

[360] Çetiner, **a.g.m.**, s.28.

[361] Aynı yönde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s.29.

[362] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.

halefiyet kaydı olarak (yani, ortaklığın "mirasçılarla" sürdürüleceği şeklinde) kabul edileceği yönündeki fikre[363] katılmak mümkün değildir.

Sözleşmedeki "basit devam kaydı", ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmadığından, ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi değildir[364]. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması da bunu değiştirmez[365].

Devam kaydına ek olarak, diğer ortaklar tarafından mirasçılara ödenecek ayrılma payı borcunun sınırlandırılması veya tümüyle kaldırılmasına ilişkin sözleşme kayıtlarının[366] şekle tabi olup olmadığı meselesi de ele alınmalıdır. İsviçre hukukunda doktrin ve uygulamaya göre, ortağın ölümü haline özgü olarak mirasçılara ödenecek ayrılma payının düşük hesaplanmasına ilişkin kayıtlar (örneğin, hesaplamada gizli yedeklerin dışlanarak defter değerinin esas alınacağına dair anlaşma), ölüme bağlı bağışlamalarda (OR Art.245 II) olduğu gibi miras sözleşmesi[367] şeklinde yapılmalıdır[368]. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu yönde hükmetmiştir[369]. *Serozan* ise, ölüme bağlı bağışlamaların şekli konusundaki değerlendirmelerinde, TBK m.290/2'deki (eBK m.240/2) miras hukuku hükümlerine yapılan toplu atfın, *"kıyas kavramının mantığına uygun olarak, salt amaca uygun, sınırlı bir hüküm naklini"* gerektirdiğini, miras sözleşmesine ilişkin şekil şartını aramanın amacı aştığını

---

[363] Hızır, **a.g.m.**, s.2856; Bozkurt, **a.g.e.**, s.98.

[364] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.12; Şener, **Adi Ortaklık**, s.445. Baskın görüşün ve uygulamanın bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.84.

[365] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.84; Jung, **Nachfolge**, s.203.

[366] Mirasçılara ayrılma payının ödenmeyeceği yönündeki kayıtlara uygulamada sıklıkla rastlanabildiğine dair bkz. Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.156-157.

[367] TBK m.290/2'deki "vasiyet" ibaresinin, kaynak OR Art.245'e uygun olarak "ölüme bağlı tasarruf" şeklinde anlaşılması gerektiği; bu bakımdan, ölüme bağlı bağışlamanın, tek taraflı bir işlem olan "vasiyetname" yoluyla değil ancak "miras sözleşmesi" şeklinde yapılabileceğine dair bkz. Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku C.IV: Miras Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, N.247-248.

[368] Bu hususta bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.69; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.3; Wolf, **Subjektswechsel**, s.18; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.85; **OFK**/Müller, Art.545, N.4; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.4; Jung, **Ausscheiden**, s.226-227, fakat yazar, bu anlaşmanın talihe bağlı karakteri sebebiyle bir bağışlama niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, ortaklar bu anlaşmayla karşılıksız kazandırmayı değil, ölüm durumda mirasçılara uygun karşılığı ödemeden ortaklık malvarlığında hakimiyetlerinin genişlemesi (Anwachsung) şansını elde etmeyi amaçlarlar.
Serozan da ayrılma payı borcunu kaldıran kayıtların, ölüme bağlı bağışlama olduğunu fakat uygulamada bu tip kayıtların TBK m.290/2 (eBK m.240/2) hükmünün dışında tutulduğunu belirtmektedir. Bunun sebebinin ise, bu kazandırıcı işlemin geçersiz sayılması halinde ortaklığın sona erecek olması ihtimalinden kaçınma gayesi olabileceği yönünde bkz. Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.157.

[369] BGE 113 II 270 (www.swisslex.ch, E.T.26.12.2020).

ve sağlararası bağışlama vaadi gibi ölüme bağlı bağışlama vaadinin de adi yazılı şekle (TBK m.288/1; eBK m.238/1) tabi olacağını savunmaktadır[370].

3. Ortaklığın Ölen Ortak Yerine Mirasçılarla veya Üçüncü Bir Kişiyle Devam Edeceğine İlişkin Kayıtlar

a. Basit ve Nitelikli Halefiyet Kayıtları

Ölen ortağın yerine mirasçılarının geçeceğini öngören kayıtlar literatürde "halefiyet kaydı (klozu)" (Nachfolgeklausel) olarak adlandırılmaktadır[371]. Münhasıran şahsa bağlı niteliği nedeniyle ortaklık sıfatının mirasçılara intikal etmesi mümkün olmamakla[372] birlikte, bu kuralın aksi kararlaştırılabilir[373]. Bu nedenle, halefiyet kaydı sayesinde aktif bir ortaklıktaki "ortaklık sıfatı" da miras bırakanın malvarlığı içerisinde mirasçılara intikal edebilir bir nitelik kazanır[374]. Bir başka anlatımla, halefiyet kaydının varlığı halinde ölen ortağın ortaklık sıfatı külli halefiyet prensibi gereği kendiliğinden mirasçılara intikal eder[375].

Halefiyet kaydının yalnızca bazı ortaklara inhisar etmesi, diğer bir deyişle sadece belirli ortakların mirasçılarıyla ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılması da mümkündür[376].

Sözleşmede ölen ortak yerine tüm mirasçıların ortaklığa gireceğinin öngörülmesi, "basit halefiyet kaydı" (einfach Nachfolgeklausel); sadece belirli

---

[370] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.67-70.

[371] Bu hususta bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Wolf, **Subjektswechsel**, s.19; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Handschin, **a.g.m.**, s.219; Çetiner, **a.g.m.**, s.28; Hızır, **a.g.m.**, s.2853; Türkmen, **a.g.e.**, s.95. Bu kayıt, TMK m.501'e göre Devletin mirasçı olarak ortaklığa girmesini sağlamaz (Arslanlı, **a.g.e.**, s.383, dn.17).

[372] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.94; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.121; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, (Serozan), **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, §1, N.145.

[373] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.81; Çetiner, **a.g.m.**, s.38.

[374] von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Handschin, **a.g.m.**, s.219; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.49,52; **CHK-OR**/Jung Art.542, N.9; Jung, **Ausscheiden**, s.209; Akkanat, **Özel Hukuk**, s.102. Ayrıca bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.97. Fakat yazar, başka bir yerde ise basit halefiyet kaydının, ortaklık sıfatının kendiliğinden mirasçılara intikal etmesini sağlamayacağını belirtmiştir. Bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.107,108.

[375] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.52; Handschin, **a.g.m.**, s.219; Domaniç, **a.g.e.**, s.106; Çetiner, **a.g.m.**, s.28; Akkanat, **Özel Hukuk**, s.102; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Hızır, **a.g.m.**, s.2860; Çelikboya, **a.g.m.**, s.217-218. Basit halefiyet kaydında tüm mirasçıların, nitelikli halefiyet kaydında ise adı geçen mirasçının açık veya örtülü olarak mirası kabul etmesiyle ortaklık sıfatını kazanacağı fikrinde karş. Türkmen, **a.g.e.**, s.123.

[376] Arslanlı, **a.g.e.**, s.383, dn.17.

mirasçıların ortaklığa gireceğinin öngörülmesi ise, "nitelikli halefiyet kaydı" (qualifizierte Nachfolgeklausel) olarak adlandırılmaktadır[377]. İkinci ihtimalde, ortaklık sıfatının miras yoluyla geçebilmesi, belirlenen mirasçılarla sınırlandırılmış olur[378].

Ortaklıkta oyçokluğu esası kabul edilmiş olsa dahi halefiyet kaydı tüm ortaklar tarafından oybirliğiyle kararlaştırılmış olmalıdır. Çünkü bu kayıt ortaklık sözleşmesinde esaslı değişiklik anlamına gelir[379].

(1) Basit Halefiyet Kaydı

Basit halefiyet kaydı sayesinde ortaklık sona ermez ve tüm mirasçılar ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden ortaklığa girerler[380]. Bir başka anlatımla, ölen ortağın ortaklık sıfatı tüm hak ve borçlarıyla birlikte mirasçılara geçer[381]. Ölen ortağın geride tek bir mirasçısı kalmışsa bu mirasçı[382], birden fazla mirasçısı kalmışsa mirasçıların tümü elbirliği halinde (miras ortaklığı olarak) ortaklık sıfatını kazanırlar[383]. Nitekim Yargıtay da bir kararında, mirasçıların ortaklık payına elbirliğiyle sahip olacaklarına ve bu nedenle kâr payı talebine ilişkin davayı tüm mirasçıların birlikte açması veya diğer tüm mirasçıların bu davaya muvafakat vermeleri gerektiğine hükmetmiştir[384].

---

[377] Bu hususta bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Wolf, **Subjektswechsel**, s.19; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.91; **OFK**/Müller, Art.545, N.4; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.3; Jung, **Ausscheiden**, s.209; von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Handschin, **a.g.m.**, s.219-220; Eren, **Özel Hükümler**, N.3022; Hızır, **a.g.m.**, s.2853-2854; Şener, **Adi Ortaklık**, s.445; Türkmen, **a.g.e.**, s.108,110; Direnç Akbay, "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.77, S.2, 2019, s.710.

[378] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.49; Handschin, **a.g.m.**, s.220; Türkmen, **a.g.e.**, s.110.

[379] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10.

[380] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.91; Hızır, **a.g.m.**, s.2853-2854,2860; Çelikboya, **a.g.m.**, s.217.

[381] von Steiger, **a.g.e.**, s.427, mirasçılar ortaklık malvarlığında hak sahibi olduğu gibi ortaklık borçlarından da sorumlu olurlar; Domaniç, **a.g.e.**, s.107; Çetiner, **a.g.m.**, s.28.

[382] Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Constanze Oberkirch, "Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen, Ein deutsch-schweizerischer Rechtsvergleich", Diss., Göttingen, 2012, s.132; Hızır, **a.g.m.**, s.2854. Fakat mirasçının, mirası reddetme ya da mirasın resmi deftere göre kabulünü isteme hakkı saklıdır (Wolf, **Subjektswechsel**, s.20, dn.130).

[383] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107c; Hızır, **a.g.m.**, s.2854; Gül Okutan Nillson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s.404; Kurşat, **a.g.m.**, s.311; Türkmen, **a.g.e.**, s.102.
Her bir mirasçının miras payı oranında bireysel olarak ortaklık sıfatını kazanacağını belirterek aksi görüşte bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.106. Miras ortaklığının, adi ortaklık ortağı olamayacağı kanaatinde ayrıca bkz. Barlas, **a.g.e.**, N.54.

[384] Yarg. 13. HD., E.1049 K.1998 T.03.03.1992: *"Murisin ölüm tarihinden sonra tahakkuk eden kâr payı murisin terekesine dahil olmayıp, doğrudan mirasçıların malvarlığında meydana gelmiş bir alacak hakkı ise de,* ***murisin yerine geçen mirasçılar iştirak halinde olarak ortaklık payına ve bu alacağa***

Basit halefiyet kaydı, sağlararası bir hukuki işlem niteliğinde olup ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi değildir[385].

İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre de sözleşmede basit (veya nitelikli) halefiyet kaydı bulunması durumunda ortaklık sıfatı, bireysel olarak mirasçılar değil, külli halefiyet yoluyla miras ortaklığı[386] tarafından kazanılmış olur[387]. Bu nedenle mirasçılar, ortaklık payı üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar ve miras ortaklığının, adi ortaklıkta tek bir oy hakkı bulunur[388]. Aksi taktirde, yani her bir mirasçının bağımsız olarak ortaklık sıfatını kazanacağı kabul edilirse; *Zobl'*e göre, ortak sayısında yaşanan artış nedeniyle iç ilişkide mirasçılar lehine diğer ortaklar aleyhine bir durum oluşur ve böylece diğer ortakların hukuki durumlarına ağır bir müdahalede bulunulmuş olur ki, bunun için yasal bir dayanak bulunmalıdır[389].

Alman hukukunda ise, miras ortaklığının değil her bir mirasçının miras payı oranında ortaklık sıfatını kazanacağı fikri hakimdir[390]. Zira, ölen ortağın birden fazla

---

***sahiptirler**. İştirak halindeki alacaklılardan bir tanesi tek başına, alacağın tümünü veya bir kısmını talep edemez. Ancak, iştirake dahil olan diğer alacaklıların tümünün birlikte dava açmaları yahut geriye kalan iştirakçilerin tümünün bu davaya muvafakat vermeleri gerekir."* Anılan karar için bkz. Turgut Uygur, **Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.8, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.9759.

[385] Bu görüşte bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; **CHK-OR**/Jung, Art.542, N.9; Jung, **Ausscheiden**, s.209; Jutzi/Eisenberger, **a.g.e.**, s.188. Miras paylaştırması sonucu doğurmadığı gerekçesiyle aynı fikirde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Hızır, **a.g.m.**, s.2854. Aynı doğrultuda bkz. Akbay, **a.g.m.**, s.710-711. Bu kaydın, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu ve şekle bağlı bulunmadığını belirterek aynı yönde bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.446.

[386] Burada ifade edilmek istenen, bir hak süjesi anlamında miras ortaklığının değil mirasçıların elbirliğiyle hak sahibi olacaklarıdır (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.200; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.4).

[387] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.92; von Steiger, **a.g.e.**, s.427. Baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Oberkirch, **a.g.e.**, s.132, 136. İsviçre doktrininde, her bir mirasçının bağımsız olarak ortaklığa gireceğini savunarak aksi görüşte olan yazarlar için bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.102, dn.275'te anılan yazarlar.

[388] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10. Mirasçılar, ortaklık sıfatından doğan hakları ancak birlikte kullanabilirler ya da bir müşterek temsilci (ZGB Art.602 III) atayabilirler (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.203).

[389] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.202. Nitekim her bir mirasçının ortaklık sıfatını bireysel olarak kazanacağı görüşüne taraftar olmasına rağmen *Domaniç* de bunun getireceği sakıncaları yok saymamıştır. Yazar, ölen ortak yerine birden fazla mirasçı geçmesi nedeniyle ortaklıktaki oy hakkı bakımından *"bir oransızlık ve görünüşte bir haksızlık"* doğacağını ifade etmiştir. Buna çare olarak ise yazar, oy hakkının sermayeye göre belirleneceğinin veya ölüm halinde bu kuralın uygulanacağının ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabileceğini belirtmiştir (Domaniç, **a.g.e.**, s.106-107). Sözleşmede böyle bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde ise nasıl bir sonuca gidileceği yönünden yetersiz kalan bu fikrin etkili bir çözüm önerisi olmadığı göze çarpmaktadır.

[390] Bu hususta bkz. Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §727, N.21; Flume, **a.g.e.**, s.395,396, fakat yazar, ortaklık sıfatının miras ortaklığı tarafından kazanılacağını savunmaktadır. Çünkü *Flume*'a göre, miras

mirasçısının bulunması durumunda miras hukuku ile ortaklıklar hukuku arasında bir çatışmanın meydana geleceği belirtilmektedir. Miras hukukuna göre mirasçılar terekeye dahil değerleri (ve bu nedenle ortaklık payını) miras ortaklığı halinde kazanırlar. Fakat ortaklıklar hukukuna göre ise miras ortaklığı, adi ortaklık ortağı olamaz. Bu çatışma, ortaklıklar hukuku lehine çözümlenmiş olup, burada bir "özel halefiyet" (Sonderrechtsnachfolge) rejimi kabul edilmektedir. Buna göre, ortaklık payı mirasçı sayısınca bölünür ve her bir mirasçı kendi başına adi ortaklıkta ortaklık sıfatı kazanır. Bu itibarla, malvarlıksal ve (uygun düştüğü ölçüde) yönetsel haklar, miras payı oranında her bir mirasçıya bölünmüş olur[391].

Bir başka konuya değinmek gerekirse; idareci ortağın ölümü halinde yönetim yetkisi ve buna bağlı temsil yetkisi (TBK m.637/3; OR m.543 III) kural olarak mirasçılara geçmez[392]. Ancak, TBK m.43/1 (OR Art.35/1) gereği taraflarca kararlaştırılmışsa veya işin özelliğinden anlaşılıyorsa, temsilcinin ya da temsil olunanın ölümü durumunda temsil yetkisi devam eder. Bu itibarla, sözleşmede nitelikli halefiyet kaydı bulunmaktaysa yönetim ve temsil yetkisinin belirlenen mirasçıda devam edeceği belirtilmektedir[393]. İdareci olmayan ortaklardan birinin ölümü durumunda da sözleşmede bir halefiyet kaydı öngörülmüşse idareci ortağın yönetim ve temsil yetkisi varlığını sürdürür. Dolayısıyla bu son ihtimalde idareci ortak, üçüncü kişilerle tüm ortaklar ve mirasçılar adına hukuki işlem yapmaya halen yetkili sayılır[394]. Bir görüşe göre, mirasçılar, ortaklıklar hukukuna ilişkin sınırlamalar çerçevesinde bu işleme itiraz hakkına (Widerspruchsrecht) sahiptir ve birden fazla mirasçı bulunuyorsa her bir mirasçı kendi başına itirazda bulunmaya yetkilidir[395].

---

ortaklığının hak ehliyetine sahip olmadığı yönündeki düşünce, elbirliği prensibinin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır.

[391] Tüm bunlara ilişkin bkz. Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §727, N.20-23. Ayrıca bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.100. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararı için bkz. BGH, 22.11.1956 - II ZR 222/55 (ww.prinz.law, E.T.22.02.2021).

[392] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.133. Aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.107.

[393] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.134.

[394] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.150.

[395] Bu görüşte bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.150. Fakat bu yaklaşım, TBK m.625/2 (OR Art.535 II) hükmüne göre ancak yönetim yetkisine sahip ortakların itiraz (veto) hakkı bulunduğu esasıyla bağdaşmamaktadır.

(2) Nitelikli Halefiyet Kaydı

Tüm mirasçıların değil, sadece belirlen mirasçının/mirasçıların ölen ortak yerine ortaklığa gireceği yönündeki sözleşme hükümlerinin, "nitelikli halefiyet kaydı" olarak adlandırıldığını belirtmiştik.

Bu kayıt, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir[396] ve ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi değildir[397]. Zira ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme yoluyla lehtara yapılan kazandırma, *"tek yanlı kendine özgü vasiyet benzeri bir ölüme bağlı kazandırma"* niteliğinde olup, vasiyetin geçerlilik şartlarına bağlı değildir[398]. Ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtarın, sözveren-borçludan edimi talep hakkını kazanması, bağışlamada olduğu gibi kabul yoluyla "devren" değil, (lehtarın bilgisi bile olmadan) vasiyet benzeri tek yanlı bir kazandırma şeklinde "aslından" olur[399]. Lehtar, mirasçıların katılımı veya iradesi olmaksızın *"edimi sözveren-borçludan doğrudan doğruya talep (alacak) hakkı"*nı kazanır[400]. Bu yönüyle, nitelikli halefiyet kaydı, aşağıda değinilecek olan giriş kaydına benzer bir hukuki sonuç doğurur[401].

---

[396] Serozan/Engin, (Serozan), **a.g.e.**, §4, N.43; Rona Serozan, "Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.II, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2001, s.1016; Şener, **Adi Ortaklık**, s.446. Alman hukukunda nitelikli halefiyet kaydını üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendiren görüş için bkz. Flume, **a.g.e.**, s.387. Şahıs ortaklıkları bakımından ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşmeler, ortağın ölümü nedeniyle ortaklığın sona ermesini önleme ve özellikle de işletmelerin devamlılığını koruma fonksiyonuna sahiptirler (Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.143).

[397] Şener, **Adi Ortaklık**, s.446. Değişik gerekçeyle aynı kanaatte bkz. von Büren, **a.g.e.**, s.258. Halefiyet kaydının şekle bağlı olmadığı görüşünde ayrıca bkz. **SHK**/Christ, Art.545, N.16; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.198; Türkmen, **a.g.e.**, s.114.
Diğer bir görüşe göre ise, nitelikli halefiyet kaydı, kısmi miras paylaştırması olarak yorumlanacağından ölüme bağlı tasarrufların şekline tabidir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Hızır, **a.g.m.**, s.2854. Aynı yönde bkz. Akbay, **a.g.m.**, s.710.

[398] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.140 vd. Aynı kanaatte bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.446. Fakat bu işlem, (tenkiste sırası, tereke alacaklılarının hukuki konumu yönünden) vasiyetle aynı hukuki rejime tabidir (Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.141-142; Şener, **Adi Ortaklık**, s.446). Nitekim sözveren-borçlunun edimi, sözverdiren-alacaklının ölümünde üçüncü kişiye ifa edeceği kararlaştırılmışsa, bunun ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olmadığı fakat sonuçları yönünden ölüme bağlı tasarruflarla benzer olacağı hususunda bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.734.

[399] Serozan, **Karma Rejim**, s.1016; Serozan/Engin, (Serozan), **a.g.e.**, §4, N.43.

[400] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.145.

[401] Bkz. aş. Dördüncü Bölüm, V, E, 3, b.

Uygulamada şahıs ortaklıkları payını konu alan kazandırmaların, özel bir halefiyet rejimine bağlandığı bir başka deyişle, lehdara tereke dışında özel ve ayrıcalıklı bir intikal rejimi sağladığı belirtilmektedir[402].

İsviçre hukukunda halefiyet kaydının ne şeklinde etki göstereceği tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın temeli, acaba burada külli halefiyet ilkesi yerine ortaklıklar hukukundan kaynaklanan sebeplerle bir "özel halefiyet" (Sondererbfolge) imkânı kabul edilebilir mi sorusuna dayanmaktadır[403]. Baskın görüşe göre, nitelikli halefiyet kaydına rağmen ortaklık sıfatı külli halefiyet yoluyla tüm mirasçılar tarafından elbirliğiyle kazanılır[404]. Bu bakımdan, Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, sözleşmede basit veya nitelikli halefiyet kaydı bulunsa dahi külli halefiyet prensibinden vazgeçilemeyeceği ve "özel halefiyet" (Sondererbfolge) yaratma yoluna gidilemeyeceği fikri hakimdir[405]. Bu yaklaşıma göre halefiyet kaydının fonksiyonu, bir ortağın ölümü halinde ortaklığın sona ermesini engellemek ve ortaklık sıfatının miras yoluyla intikalini (terekede yer almasını) olanaklı kılmaktan ibarettir[406]. Halefiyet kaydı ortaklıklar hukuku alanında bir işleve sahiptir[407] ve ortaklık sıfatını konu alan bir ölüme bağlı tasarruf yapılabilmesinin önünü açar[408]. Fakat sadece nitelikli halefiyet kaydı, lehdar-mirasçıya ortaklık sıfatının kendisine tahsisi hususunda diğer mirasçılara karşı bir talep hakkı vermez[409]. Eğer bir ölüme bağlı tasarruf bulunmamaktaysa yapılabilecek şey, mirasın paylaşımı sonucunda ortaklık sıfatının (nitelikli halefiyet kaydında öngörülen) lehdar-mirasçıya

---

[402] Serozan/Engin, (Serozan), **a.g.e.**, §1, N.155.
[403] Oberkirch, **a.g.e.**, s.132.
[404] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.92; von Steiger, **a.g.e.**, s.427. Baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Oberkirch, **a.g.e.**, s.132, 136.
[405] Bkz. Oberkirch, **a.g.e.**, s.136. Hatta *Zobl*, külli halefiyet ilkesinden ayrılmanın İsviçre hukuk düzeninin temel esaslarına aykırı olacağından bahisle nitelikli halefiyet kaydının, içerik yönünden hukuki imkânsızlık oluşturacağını ve OR Art.20 gereği hükümsüz sayılması gerektiğini -tahvil imkanının ise saklı olduğunu- savunmaktadır. Yazara göre, halefiyet kaydına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmaması "kanun boşluğu" anlamına gelmez, çünkü aynı amaca miras hukukundaki araçlarla da erişilebilir (Zobl, **Gesamthandschaften**, s.199).
[406] von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Oberkirch, **a.g.e.**, s.136.
[407] Oberkirch, **a.g.e.**, s.136. Türk hukuku açısından aynı kanaatte bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.115. Halefiyet kaydının, bir ortağın ölümü şartına bağlı olarak ortaklık sıfatının üçüncü bir kişiye devri için diğer ortakların önceden rıza vermesinden başka bir şey olmadığına ilişkin bkz. Jutzi/Eisenberger, **a.g.m.**, s.188.
[408] Oberkirch, **a.g.e.**, s.137.
[409] Wolf, **Subjektswechsel**, s.20.

özgülenmesi olabilir[410], aksi taktirde ortaklık sona erer[411]. Ölen ortak, nitelikli halefiyet kaydında belirtilen mirasçısına/mirasçılarına ortaklık payının geçmesini arzu ediyorsa, halefiyet kaydına ek olarak bir ölüme bağlı tasarruf yapmak suretiyle bu konuda bir paylaştırma kuralı koyabilir ya da vasiyette bulunabilir[412]. Bu durumda, diğer mirasçıların rızaları aranmaksızın nitelikli halefiyet kaydı işletilebilir[413].

Alman hukukundan esinlenilerek[414] İsviçre hukukunda savunulan diğer bir fikre göre ise, nitelikli halefiyet kaydı nedeniyle lehtar-mirasçı bireysel olarak ortaklık sıfatını kazanır. Zira, nitelikli halefiyet kaydına rağmen mirasbırakanın istemediği bir kişinin ortaklık sıfatını kazanması ve böylece iç ilişkide alınacak kararlarda etkili olabilmesinin, hatta karar alınmasını engelleyebilecek durumda olmasının (örneğin, oybirliğini gerektiren hallerde ya da sözleşmenin değiştirilmesinde) mirasbırakanın iradesine aykırı olacağı ve haklı görülemeyeceği ileri sürülmektedir[415].

Aynı şekilde Türk hukukunda da bazı yazarlarca, sözleşmede nitelikli halefiyet kaydı bulunuyorsa miras bırakanın bu iradesi doğrultusunda ortaklık sıfatının doğrudan (nitelikli halefiyet kaydında belirtilen) lehtar-mirasçıya/mirasçılara geçeceği fikri savunulmaktadır[416].

---

[410] Wolf, **Subjektswechsel**, s.21; Oberkirch, **a.g.e.**, s.137.
[411] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10.
[412] Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; **OFK**/Müller, Art.545, N.4; Oberkirch, **a.g.e.**, s.137. Bu anlamda bkz. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.62.
[413] Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10. Yani, ortaklık sıfatının devri, ancak gerekli miras hukuku işlemlerinin yapılmasıyla etkili olur (Wolf, **Subjektswechsel**, s.20; Oberkirch, **a.g.e.**, s.136).
[414] Alman hukukunda, mirasçıları diğer ortaklar gibi ortaklık borçlarından şahsen ve sınırsız sorumlu tutabilmek için ortaklık payının, özel halefiyet yoluyla miras payları oranında her bir mirasçıya ayrı ayrı geçtiğinin kabul edildiği yönünde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.100-101. Alman hukukunda, mirasçıların kişisel alacaklılarını, tereke değerlerini konu alan cebri icra başvurularında daha avantajlı hale getirmek için şahıs ortaklıkları "ortaklık payı"nda özel bir halefiyet rejiminin kabul edildiğine dair bkz. Serozan/Engin, (Serozan), **a.g.e.**, §1, N.109.
[415] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.58; Handschin, **a.g.m.**, s.222-223.
[416] Bu görüşte bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.78. Nitelikli halefiyet kaydında ismi belirtilen lehtar mirasçının mirası kabul etmesiyle birlikte doğrudan ortaklık sıfatını iktisap edeceği kanaatinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.111.

b. Ortaklığa Giriş Kaydı

Ortağın ölümü durumunda (mirasçı olan ya da olmayan) üçüncü bir kişiye ortaklığa girme konusunda opsiyon hakkı tanınabilir (giriş kaydı; Eintrittsklausel)[417]. Bu hak sadece belirli mirasçılara tanınmış da olabilir (nitelikli girme kaydı; qualifizierten Eintrittsklausel)[418].

Giriş kaydı, lehtarın ortaklık sıfatını kendiliğinden kazanmasını sağlamaz, ortaklığa girme konusunda lehtara bir hak bahşeder[419]. Bu durumda lehtar, tek taraflı irade beyanıyla ortaklığa katılabilir[420].

İsviçre hukukunda -nitelikli halefiyet kaydında olduğu gibi- lehine girme hakkı tanınan mirasçının diğer mirasçılara karşı bir ayrıcalığı bulunmayacağı kabul edilmektedir. Ortaklığa girme hakkı tanınan mirasçı, mirasın paylaşımında hakkın kendisine özgülenmesinden sonra, ortaklık sözleşmesindeki şartlara göre bu hakkı kullanabilir. Ancak, miras bırakan ortak, bir ölüme bağlı tasarrufla paylaşma kuralı koyabilir veya vasiyet kazandırması yapabilir[421].

4. Mirasçıların Ortaklıktan Çıkma Hakkı

Ortaklar, ölen ortağın ortaklıktan ayrılmasına bağlı hukuki sonuçlardan kaçınmak (özellikle, ayrılma payı ödemekle meydana gelebilecek sermaye kaybının önüne geçmek) için halefiyet kaydı kararlaştırmış olabilir[422]. Fakat, aşağıda açıklandığı üzere, mirasçının ortaklıktan çıkması halinde halefiyet kaydı da ortaklıktan nakit çıkışına engel olamayabilir[423].

Mirasçılar beraberinde getireceği finansal riskleri veya şahsi yükümlülükleri nazara alarak ortaklık sıfatını üstlenmeyi tercih etmeyebilirler[424]. Bu durumda,

---

[417] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.157; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.19; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.13; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.73; Wolf, **Subjektswechsel**, s.18; **CHK-OR**/Jung, Art.545-546, N.4. Ayrıca bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2855; Şener, **Adi Ortaklık**, s.445.
[418] von Steiger, **a.g.e.**, s.425; Wolf, **Subjektswechsel**, s.18.
[419] Çetiner, **a.g.m.**, s.28,29; Hızır, **a.g.m.**, s.2854-2855.
[420] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.157; Hızır, **a.g.m.**, s.2855.
[421] Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf, **Subjektswechsel**, s.18,19.
[422] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, § 736, N.13.
[423] Jung, **Nachfolge**, s.187.
[424] von Steiger, **a.g.e.**, s.427; Wolf, **Subjektswechsel**, s.20-21; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.95; Şener, **Adi Ortaklık**, s.447.

mirasçıların önünde birkaç seçenek bulunur. Birincisi, mirasçılar mirası reddedebilirler[425]. Fakat mirasçılar mirası reddetmek yerine sadece ortaklık sıfatını üstlenmemeyi isteyebilirler. Bu bakımdan mirasçıların, ortaklıklar hukuku bağlamında başvurabileceği imkanlara bakılmalıdır.

Ortaklık sözleşmesindeki halefiyet kaydıyla, mirasçılara ortaklığı devam ettirme yönünde bir "yükümlülük" getirilemez[426]. Buna, mirasçıların sözleşmenin karşı tarafını seçme hakkının yok sayılamayacağı[427] veya üçüncü kişi zararına sözleşme yapılamayacağı[428] gerekçe gösterilmektedir.

Bu nedenle İsviçre hukukundaki hâkim görüşe[429] göre, mirası kabul eden mirasçılar ortaklık sıfatının getirdiği yük gibi nedenlerle mahkemeden ortaklığın haklı sebeple feshini talep edebilir. Öyle ki, bazı yazarlara göre, mirasçıların ortak olmayı

[425] von Steiger, **a.g.e.**, s.427-428; Wolf, **Subjektswechsel**, s.21; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.95; Domaniç, **a.g.e.**, s.107; Çetiner, **a.g.m.**, s.28-29; Çelikboya, **a.g.m.**, s.218. Bu durumda sadece mirası kabul eden mirasçılarla ortaklığın sürdürüleceğine dair bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s.107.

[426] Guhl/Koller/Schnyder/Druey, (Guhl/Druey), **a.g.e.**, §62, N.62; Bollmann, **a.g.e.**, s.41; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Hızır, **a.g.m.**, s.2859,2860; Türkmen, **a.g.e.**, s.114. Aynı yönde bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s.164; Şener, **Adi Ortaklık**, s.447.

[427] Bollmann, **a.g.e.**, s.41. *Bollmann*'a göre, halefiyet kaydıyla mirasçılara yükümlülük getirilemeyeceği gibi, mirasçılar kendiliğinden ortaklığa girmiş de olmazlar. Zira halefiyet kaydı, ortaklar arasında kararlaştırılmıştır. Aksi halde, mirasçıların "sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü" ihlal edilmiş olur. Dolaysıyla halefiyet kaydı, mirasçılar açısından ancak bir öneri teşkil eder. Mirasın kabulü veya reddi süresi sonuna kadar ortaklık sıfatının akıbeti askıdadır (Bollmann, **a.g.e.**, s.40-41). Türk hukukunda sözü edilen görüşü esas alan *Türkmen* de, ancak mirası kabul eden mirasçıların bu öneriyi de kabul etmiş sayılarak ortaklığa gireceğini savunmaktadır. Bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.107-109.

[428] Wolf, **Subjektswechsel**, s.21; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.94-95. Sözleşmedeki "giriş kaydı" bakımından aynı kanaatte bkz. von Steiger, **a.g.e.**, s.427. Şu kadar ki, ilgili mirasçıyla ancak bir miras sözleşmesi yapılarak ortaklık sıfatının üstlenilmesine dair bir yükümlülük tesis edilebilir (Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.92,95). Ayrıca, mirasçının ölen ortağın yerine halef olacağı, ölüme bağlı tasarrufta bir "koşul" veya "yükleme" olarak düzenlenebilir fakat bu durum, mirasçının kişisel özgürlüğüne ağır bir müdahale sebebiyle ahlaka veya hukuka aykırılık teşkil ederse tasarruf geçersiz olur (TMK m.515/2; ZGB Art.482/2). Bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.95; Wolf, **Subjektswechsel**, s.21; Jung, **Nachfolge**, s.186.

[429] Wolf, **Subjektswechsel**, s.21; von Steiger, **a.g.e.**, s.428. Özellikle iş görme edimi, rekabet yasağı gibi şahsi edim yükümlülükleri nedeniyle mirasçıların kişisel özgürlüğünün aşırı derece sınırlandığı hallerde, her bir mirasçının ZGB Art.27 II hükmüne dayanarak olağanüstü fesih hakkını kullanabileceği veya mahkemeden ortaklığın haklı sebeple feshini talep edebileceği fikrinde bkz. **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10. Aynı yönde bkz. Jung, **Nachfolge**, s.187. Ortaklık sözleşmesindeki belirli yükümlülükler (rekabet yasağı gibi) ölen ortağa nazaran mirasçılar açısından daha büyük bir yük teşkil ediyorsa veyahut belirli avantajlar mirasçılar tarafından daha az kullanılabiliyorsa haklı sebebin bulunduğu yönünde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/547, N.7.

istememesi başlı başına haklı sebep olarak değerlendirilebilir[430]. Bir diğer görüşe[431] göre ise, ortaklığa girmenin getireceği riskleri bilerek mirası kabul eden mirasçının ortaklığın feshini talep etmesi çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla, ortak olmak istemeyen fakat mirası reddetmeyi de arzu etmeyen mirasçılar ancak mirasın resmi tasfiyesini talep edebilirler ki, bu durumda bir ortağa karşı cebri icra işlemi yürütülmesinde olduğu gibi[432] tasfiye gerçekleşir[433].

Türk hukukunda ise, halefiyet kaydının varlığı halinde mirasçıların ortaklıktan çıkabileceği kabul edilmektedir[434]. Zira ortaklık sözleşmesindeki halefiyet kaydı kural olarak ölüm olgusunun, sona erme sebebi olmaktan çıkartıldığı anlamına gelir ve mirasçıların ortaklığa katılmayı reddetmesi halinde ortaklık diğer ortaklar arasında devam eder[435].

Bir kısım yazar mirasçıların ortaklıktan çıkma hakkını TBK m.633'e dayandırmaktadır[436] fakat bizce bu durum TBK m.633'ün kapsamında olmadığı[437] gibi, buna ihtiyaç da yoktur[438]. Şöyle ki; halefiyet kaydı, bir anlamda üçüncü kişi

[430] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.96. Aksi görüşte bkz. Jung, **Nachfolge**, s.187, fakat yazar, fesih talebinde bulunan mirasçının iradesi hilafına ortaklığa girmiş olduğu gerçeğinin de göz ardı edilememesi gerektiğini kabul etmekte ve ölen ortak açısından tahammül edilebilir bir durumun mirasçısı açısından böyle olmayabileceğini belirtmektedir.
[431] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.55; Handschin, **a.g.m.**, s.222. Aksi görüşte bkz. Jung, **Nachfolge**, s.187.
[432] Mirasın resmi tasfiyesi talebinin ortaklığı sona erdireceğini belirterek farklı görüşte bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.7; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.95.
[433] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.56; Handschin, **a.g.m.**, s.222.
[434] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Hızır, **a.g.m.**, s.2860,2861; Çelikboya, **a.g.m.**, s.218; Çetiner, **a.g.m.**, s.28-29; Bozkurt, **a.g.e.**, s.90-91.
[435] Şener, **Adi Ortaklık**, s.447.
[436] Bu yönde bkz. Hızır, **a.g.m.**, s.2860; Çetiner, **a.g.m.**, s.28-29.
[437] TBK m.633'in yasal çıkma/çıkarma hakkı veren bir hüküm olmadığına ilişkin bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, III, B.
[438] Nitekim eBK döneminde dahi *Şener*, mirasçıların ortaklığa katılmayı reddedebileceklerini, eğer tüm mirasçılar reddederse ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceğini belirtmekteydi (Şener, **Adi Ortaklık**, s.447).

yararına[439] şart niteliğinde olduğundan[440], mirasçılar iradeleri dışında yapılan bu kazandırmayı (ifayı) reddedebilirler[441]. Gerçekten de üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar tek taraflı beyanıyla -vasiyetin reddi gibi- kendisine yapılan kazandırmayı reddedebilir[442].

Bu durumda, basit halefiyet kaydıyla ilgili olarak şu soru akla gelebilir; çıkma hakkı (yani kazandırmayı ret hakkı) külli halefiyet prensibi gereği miras ortaklığı tarafından mı kullanılmalıdır yoksa mirasçıların bireysel olarak çıkma hakkı bulunur mu? Doktrinde savunulan bir görüşe göre, çıkma hakkının kullanılabilmesi için tüm mirasçılar oybirliğiyle karar almalıdırlar[443]. Eğer bu sağlanamazsa, genel hükümlere göre miras ortaklığının tasfiyesi seçeneğine başvurulabilir[444]. Diğer bir görüşe göre ise burada külli halefiyet prensibinin katı bir şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı olacağından, her bir mirasçı çıkma hakkını kullanabilmelidir[445].

Giriş kaydı da üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir[446]. Bu ihtimalde de lehtar kendisine tanınmış olan girme hakkını kullanmaz ise ortaklık sıfatını zaten kazanmış olmaz. Bu durumda, ortaklıktan çıkmadan söz edilemez çünkü lehtar, ortaklık sıfatını iktisap etmek istemiyorsa ortaklığa girme hakkını kullanmaması

---

[439] Nitelikli halefiyet kaydının, üçüncü kişi yararına değil üçüncü kişi zararına sözleşme mahiyetinde olacağı da söylenemez Bkz. Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.159. Aksi görüşte bkz. Zobl, **Gesamthandschaften**, s.197. Çünkü halefiyet kaydıyla yapılan kazandırmanın konusu, ortaklık sıfatıdır. Ortaklık sıfatına bağlı borçlardan sorumluluk ise, ancak bu kazandırmanın kabul edilerek ortaklığa girmenin neticesinde gerçekleşecek bir durumdur. Bunun yanı sıra, lehtarın halefiyet ayrıcalığını geri çevirme hakkının saklı olduğuna dair bkz. Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.159.

[440] Eren, **Özel Hükümler**, N.3022; Şener, **Adi Ortaklık**, s.446; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b. Basit halefiyet kaydında mirasçıların kendiliğinden (ipso iure) ortaklığa girecek olmalarının, bu kaydın üçüncü kişi yararına sözleşme sayılmasını engellemeyeceğine dair bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b; Eren, **Özel Hükümler**, N.3022.

[441] Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.159; Şener, **Adi Ortaklık**, s.447.

[442] von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.730; Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s.129-130.

[443] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.78; Kurşat, **a.g.m.**, s.311.

[444] Kurşat, **a.g.m.**, s.311-312.

[445] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.107b,107c; Hızır, **a.g.m.**, s.2860. Nitekim İsviçre doktrininde, bağımsız olarak her mirasçının haklı sebeple fesih davası açabileceği belirtilmektedir **(BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.10).

[446] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.19. Üçüncü kişi yararına sözleşmede borçlanılan edim, üçüncü kişi ile bir sözleşme yapmak da olabilir. Bu açıdan, şirket ortakları olan A ile B arasında Ü lehine yapılan üçüncü kişi yararına sözleşmeyle Ü'ye şirkete girme hakkı tanınabilir (von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.717). Ayrıca doktrinde, mirasçılar lehine de üçüncü kişi yararına sözleşme yapılabileceği belirtilmektedir. Bu durumda kazandırma konusu hak, terekeye girmez ve mirasçılar "külli halef" sıfatıyla değil "üçüncü kişi" olarak talep hakkını kazanırlar (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s.219). Bu hususta bkz. Yargıtay 4. HD. E.1973/3728 K.1974/16536 T.4.12.1974 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 05.01.2021).

yeterlidir[447]. Nitekim giriş kaydının, kalan ortaklar tarafından mirasçılara yöneltilmiş bir "öneri" niteliğinde olduğu[448], bu önerinin reddedilmesi halinde ortaklığın diğer ortaklar arasında varlığını sürdüreceği belirtilmektedir[449].

Sonuç olarak, nitelikli halefiyet kaydında veya giriş kaydında adı belirtilen kişi/kişiler ortaklığa girme yönünde açık veya örtülü bir irade beyanında bulunmazsa zaten ortaklık sıfatını kazanmış olmazlar.

Buna karşılık, sözleşmedeki basit halefiyet kaydına rağmen mirasçıların ortaklıkta kalmayı istememeleri durumunda makul bir süre içerisinde çıkma hakkını (yani kazandırmayı ret hakkını) kullanmaları gerekir. Bu durumda esasen çıkma, ortağın ölümü anına kadar geriye etkili olur ve mirasçıların hukuki durumu sözleşmede basit devam kaydının bulunduğu ihtimale[450] benzer.

VI. ORTAKLIKTAN AYRILMANIN SONUÇLARI

A. Ortaklıktan Çıkma veya Çıkarmanın Hüküm Doğurduğu An

Eskiden savunulan bir fikre göre, ortaklıktan çıkma, ortaklığın kısmi sona ermesi ve kısmi tasfiyesi (Teilauflösung und Teilliquidation der Gesellschaft) olarak nitelendirilmekteydi. Bu yaklaşıma göre, ortak, kısmi tasfiyenin tamamlandığı anda (ortaklığın ayrılma payını ödemesiyle ya da ayrılan ortağın açığı kapama borcunu ifasıyla birlikte) ortaklıktan ayrılır. Öte yandan, ayrılacak ortağın artık yönetim ve temsil yetkisi bulunmaz ve bir bakıma üçüncü kişi gibi muamele görür[451]. Ne var ki, bu yaklaşım bugün tümüyle terk edilmiştir[452].

---

[447] Hızır, **a.g.m.**, s.2861.
[448] von Steiger, **a.g.e.**, s.425; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.13; Wolf, **Subjektswechsel**, s.18; Çetiner, **a.g.m.**, s.29.
[449] Çetiner, **a.g.m.**, s.29, yazar lehtarın çıkma beyanının, bu önerinin reddedilmesi olarak anlaşılacağını belirtmektedir. İsviçre hukukunda ise, bu önerinin reddedilmesi üzerine, -eğer önceden veya sonradan diğer ortaklar arasında ortaklığın devam edeceği kararlaştırılmamışsa- ortaklığın sona ereceği ifade edilmektedir (von Steiger, **a.g.e.**, s.426; Wolf, **Subjektswechsel**, s.18, dn.118).
[450] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, V, E, 2.
[451] Bu hususta bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.211. Ayrıca bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.60.
[452] Jung, **Ausscheiden**, s.211.

Ortaklıktan çıkma veya çıkarmanın hangi anda hüküm doğurduğuna ilişkin genel bir kural verilemez, çünkü bu husus çıkma veya çıkarmanın şekline göre değişir[453].

Ortaklıktan çıkma, eğer sözleşmede tanınan çıkma hakkına dayanılarak gerçekleşmişse, çıkma bildiriminin diğer ortaklara ulaştığı anda hüküm ifade eder[454]. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, TBK m.640/1'deki (OR Art.546 I) altı aylık fesih bildirim süresi kural olarak, çıkma bakımından da uygulanmalıdır[455]. Bu itibarla örneğin, olağan fesih hakkının (TBK m.639 b.6) kullanılması durumuna ilişkin bir devam kaydı sözleşmede öngörülmüşse (yani ortaklara olağan fesih hakkı yerine çıkma hakkı tanınmışsa) çıkma, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa m.640/1'deki fesih ihbar süresi sonunda hüküm ifade eder[456].

Eğer sözleşmede belirli bir olgunun (örneğin TBK m.633'te öngörülen olguların) gerçekleşmesi üzerine ilgili ortağın ortaklıktan çıkacağı kararlaştırılmışsa, çıkma bu olgulardan birinin gerçekleştiği anda hüküm doğurur[457].

Sözleşmede çıkmaya ilişkin bir düzenleme yoksa, ortaklıktan çıkma, tüm ortakların bu hususta anlaşması anında gerçekleşir[458].

Ortaklıktan çıkarma ise, TBK m.633 uyarınca yazılı çıkarma bildiriminin ilgili ortağa ulaştığı anda hüküm ifade eder[459].

Dış ilişki bakımından ise, adi ortaklıktan ayrılmanın ticaret siciline tescil edilmesi gibi aleniyeti sağlayıcı bir imkân kanunda düzenlenmemiştir[460]. Dolayısıyla,

---

[453] Bollmann, **a.g.e.**, s.53; Jung, **Ausscheiden**, s.212.
[454] Bollmann, **a.g.e.**, s.54; Jung, **Ausscheiden**, s.212; Şener, **Adi Ortaklık**, s.391.
[455] Bkz. ve karş. Bollmann, **a.g.e.**, s.55, yazara göre, altı aylık yasal fesih bildirim süresi, ancak sözleşmenin yorumlanması sonucunda tarafların iradelerine uygun düştüğü anlaşılırsa, çıkma bakımından uygulanabilir. Yazar bu duruma, sözleşmede fesih bildirime ilişkin bir devam kaydı bulunmasını örnek vermektedir. Buna karşın, olağan fesih hakkına (TBK m.639 b.6) ek bir çıkma hakkı ortaklara tanınmışsa, çıkmanın TBK m.640/1'deki fesih bildirim süresine tabi olmadan (yani derhal) hüküm doğuracağını savunmaktadır.
[456] Aynı yönde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.55.
[457] Bollmann, **a.g.e.**, s.54. Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 1.
[458] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 2, a.
[459] Keza İsviçre hukukunda da çıkarma kararına ilişkin bildirimin ilgili ortağa ulaştığı anda çıkarmanın gerçekleşeceği yönünde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.57; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.120.
[460] Bollmann, **a.g.e.**, s.65; Karayalçın, **a.g.e.**, s.153; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.101; Şener, **Adi Ortaklık**, s.391.

bu hususta üçüncü kişilerin iyi niyetli olup olmadığına bakılır[461]. Ortaklar durumu derhal hukuki ilişki kurdukları veya kuracakları üçüncü kişilere bildirmelidirler[462]. Böylelikle iyi niyeti ortadan kaldırılan üçüncü kişiler yönünden de ortaklıktan ayrılma geçerli hale gelir[463]. Yargıtay da bir kararında aynı hususları vurgulamıştır[464] [465].

B. İç İlişkideki Sonuçlar

1. Genel Olarak

Alman hukukunda, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişki BGB §738-740 arasında düzenlenmiş olup[466]; bu hükümler, TBK m.634-636 sevk edilirken esas alınmıştır. Buradaki temel düşünce, ayrılan ortağın hukuki durumunu mümkün olduğunca ortaklığın tasfiyesindeki duruma yaklaştırmaktır. Zira kural olarak, ortaklığın sona ermesi yerine devam etmesi, ayrılan ortağı malvarlıksal açından dezavantajlı bir hale düşürmemelidir[467].

---

[461] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.101.
[462] Bollmann, **a.g.e.**, s.65; Karayalçın, **a.g.e.**, s.153; Şener, **Adi Ortaklık**, s.391.
[463] Şener, **Adi Ortaklık**, s.391. Keza, ortağın yönetim yetkisi bakımından esasen, iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması gerektiği yönünde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.53. Ortağın ortaklıktan ayrıldığından habersiz olduğu dönemde iyi niyetli üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemin TBK m.514 ve m.641/1 kıyasen uygulanarak ortaklığı bağlayacağı kanısında bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.185.
[464] Yarg. 11. HD., E.2014/8473 K.2014/15404 T.13.10.2014: *"Dava; adi ortaklıktan ayrılan ortağın ortaklık borçlarından sorumlu bulunmadığının tespitine yönelik menfi tespit davasıdır. Üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerde aksi kararlaştırılmadığı taktirde ortaklar ortaklık için birlikte veya temsilci aracılığıyla yüklendikleri borçlar dolayısıyla kişisel olarak, birinci derecede, sınırsız ve zincirleme sorumludurlar.* ***Bir adi ortaklıktan ayrılan ortak ayrılma tarihinden sonra doğacak ortaklık borçlarından sorumlu tutulamaz. Bu nedenle adi ortaklıktan ayrılma tarihinin belirlenmesi ve ispatı önem taşımaktadır. Adi ortaklıkta ortaklıktan ayrılma durumunun tescili söz konusu olmadığından ihtilaf halinde üçüncü kişinin ortaklıktan ayrılmayı bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hususunun kanıtlaması gereklidir.*** *... Dosya kapsamındaki icra dosyalarından da davalılar tarafından adi ortaklığın borcu nedeniyle davacı aleyhine icra takibi yapıldığı, kesinleşen takip uyarınca alacağın davacıdan tahsil edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece verilen karar uyarınca davalılar aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilebilmesi için yukarıda birinci paragrafta açıklanıldığı üzere* ***davalıların kötü niyetli olduklarının yani davacının ortaklıktan ayrılma durumunu bildikleri ya da bilebilecek durumda olduklarının ispatı zorunludur.*** *Mahkemece bu hususta bir araştırma cihetine gidilmeksizin yazılı gerekçeyle davalılar aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmolunması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.20.11.2020).
[465] *Karayalçın*'a göre ise, iyi niyetli üçüncü kişiler, haksız fiil hükümlerine göre zararlarının tazminini isteyebilirler (Karayalçın, **a.g.e.**, s.153).
[466] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.1.
[467] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.1.

eBK döneminde ise, kollektif şirketten ayrılmanın sonuçlarını düzenleyen eTK m.202-205 hükümlerinin menfaat durumuna ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklığa da uygulanması fikri savunulmaktaydı[468].

2. Ortaklık Sıfatının Kaybı ve Buna Bağlı Genel Sonuçlar

Çıkma veya çıkarılma neticesinde ayrılan ortağın ortaklık sıfatı ayrıldığı anda ortadan kalkar[469]. Ayrılan ortak, ortaklık sıfatına bağlı hak ve borçları yitirir[470]. Bir başka ifadeyle, ayrılan ortağın ortaklık ilişkisinden doğan yönetsel ve malvarlıksal hakları sona erer[471]. Ayrılan ortağın, örneğin katılım payı getirme, ortaklığın yönetimi, zarar riskini taşıma gibi borçları ortadan kalkar[472].

Bununla birlikte, ortaklık sıfatından ayrılabilen malvarlıksal haklar veya borçlar, bağımsız hale gelmişse varlığını sürdürür ve ayrılma payının hesabında dikkate alınır[473]. Örneğin doğmuş kâr payı, ücret gibi mali hakların varlığını sürdürmesi bu anlamda zikredilebilir[474].

Ayrılan ortağın TMK m.2 (ZGB Art.2) hükmü çerçevesinde sözleşme sonrası sadakat yükümlülüğü devam eder[475]. Ayrılan ortak, ortaklığa zarar veren şeyleri -ki bunlar kendisi açısından katlanılabilir sayılabilecek ölçüde olmalıdır- yapmaktan

---

[468] Karayalçın, **a.g.e.**, s.153; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Şener, **Adi Ortaklık**, s.391.

[469] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.6; von Steiger, **a.g.e.**, s.417; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.96; Bollmann, **a.g.e.**, s.60; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Müller, **Mitgliedschaft**, N.428; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Türkmen, **a.g.e.**, s.179. Bundan başka, ayrılan ortağın tacir sıfatı adi ortaklık biçimde bir ticari işletmeyi işletmelerine dayanmaktaysa, bu ortağın ortaklıktan ayrılması neticesinde tacir sıfatının da sona ereceğine ve İİK m.44 hükmünün geçerli olacağına dair bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.185.

[470] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.6; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §738, N.2; Bollmann, **a.g.e.**, s.60; von Steiger, **a.g.e.**, s.417. İstisnai hallerde ayrılan ortağın, en azından ayrılma payı ödeninceye kadar doğacak yeni borçlardan sorumlu olacağı fikrinde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.67.

[471] Müller, **Mitgliedschaft**, N.428; Türkmen, **a.g.e.**, s.179-180.

[472] Jung, **Ausscheiden**, s.215.

[473] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.6; Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §738, N.2.

[474] Bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.188, yazar, bu tür alacakların ödenmesi talebiyle ayrılan ortağın diğer ortaklara karşı açmış olduğu davanın da görülmeye devam edeceğini kanaatindedir.
Ayrıca belirtmek gerekirse; ortak davası (actio pro socia) açısından ise durum daha farklıdır. Bir görüşe göre, ortak davasını açabilmek için davacının ortaklık sıfatını taşıması şart olduğundan, ortağın ayrılması halinde kural olarak bu dava düşer (Yongalık, **Ortak Davası**, s.63; Türkmen, **a.g.e.**, s.187). Diğer bir görüşe göre ise, ayrılan ortak dava takip yetkisini kaybeder ve dava şartı eksikliği sebebiyle dava usulden reddedilir (Peksöz, **a.g.e.**, s.286). Ortaklıktan ayrılmanın, derdest davalar üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Peksöz, **a.g.e.**, s.285-288.

[475] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.111; Jung, **Ausscheiden**, s.215, yazar bunu ortaklıklar hukukuna dayandırmaktadır.

kaçınmalıdır[476]. Bunun yanı sıra, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında yapılabilecek bir sözleşmeyle ayrılan ortağa belirli bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir[477].

Ayrılan ortak, ayrılma anından itibaren (oy hakkı, yönetim, inceleme yetkisi gibi) yönetsel hakları[478] ve temsil yetkisini[479] kaybeder[480]. Fakat, ayrılma payının hesaplanmasıyla sınırlı ölçüde bilgi alma hakkına sahip olur[481].

Ayrılan ortak, ortaklık malvarlığındaki ayni hak sahipliğini ortaklıktan ayrılma anında yitirir[482]. Ayrılan ortağın ortaklık malvarlığındaki elbirliğiyle hak sahipliğini kaybetmesi zorunlu bir sonuçtur. Çünkü ortaklık malvarlığında bulunan değerler üzerindeki hak sahipliği, ortaklığa üye olmanın bir neticesidir[483]. TBK m.634/1'de (BGB §738) belirtildiği gibi, ayrılma anında ayrılan ortağın ortaklık malvarlığındaki hakkı (payı) ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılması gerekmeksizin hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung/Akkressenz) yoluyla kendiliğinden diğer ortaklara geçer[484].

---

[476] Jung, **Ausscheiden**, s.215.

[477] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.111; Öçal, **a.g.m.**, s.434; Selekler, **a.g.m.**, s.444; Türkmen, **a.g.e.**, s.370.

[478] Jung, **Ausscheiden**, s.214.

[479] Yarg. HGK, E.1977/11-268 K.1977/483 T.13.05.1977: *"2-Hisar Film'in temsilcisi olarak, 20.7.1970 tarihli mukaveleyi imzalayan **Özdemir'in Hisar Film adına sözü edilen mukaveleyi feshettiği**, 19.6.1971 tarihinde böyle bir temsil yetkisinin bulunup bulunmadığının ve **kendisinin Hisar Film adi ortaklığından hangi tarihte ayrıldığının saptanmamış olması da doğru değildir**."* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.15.03.2021).

[480] von Steiger, **a.g.e.**, s.417; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.111,113; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Bollmann, **a.g.e.**, s.61,63, yazar ayrılan ortağın ortaklığı temsilen işlem yapması halinde yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanacağına işaret etmektedir; Şener, **Adi Ortaklık**, s.392; Türkmen, **a.g.e.**, s.182. İlişkinin niteliğine ters düşmedikçe, yönetim ve temsil yetkisi tasfiye payının paraya çevrilmesinin talep edildiği veya iflasın açıldığı anda sona erer. Bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.543, N.140,143, yazarlar bu hususta bir ortağın ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin onun şahsına olan güveni de sarsabileceğini belirtmektedir.

[481] Bollmann, **a.g.e.**, s.66; Jung, **Ausscheiden**, s.214. Ayrılan ortağın artık denetleme hakkı yerine bilgi alma hakkına sahip olacağına dair ayrıca bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.6; Türkmen, **a.g.e.**, s.179, dn.511. Ayrılan ortağın, ayrılma payının belirlenmesi sürecine katılma hakkı olduğu yönünde karş. von Steiger, **a.g.e.**, s.419.

[482] **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Müller, **Mitgliedschaft**, N.428,430; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.76; Şener, **Adi Ortaklık**, s.393.

[483] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.8.

[484] von Steiger, **a.g.e.**, s.417-418; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.96; Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.49; Müller, **Mitgliedschaft**, N.427,431; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.76; Wolf, **Subjektswechsel**, s.15; Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §740, N.5; Şener, **Adi Ortaklık**, s.393; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98j; Ayiter, **a.g.e.**, s.171, yazar, böylece artık her türlü idare ve tasarruf işleminde ayrılan ortağın hesaba katılmayacak olduğuna işaret etmektedir.
Elbirliği ortaklığında, ayrılan ortağın payı ölçüsünde diğer ortakların paylarının (haklarının) genişleyeceği (Anwachsung) yönünde bkz. BGE 119 II 119, s.124 (www.relevancy.bger.ch,

Ortaklıktan ayrılmakla, cüz'i veya külli halefiyet yoluyla diğer ortaklara bir hak devri (Rechtsübertragung) gerçekleşmez[485]; hakkın sona ermesi söz konusu olur[486]. Bir başka anlatımla, ortaklıktan çıkmak, (TMK m.706; ZGB Art.657 anlamında) mülkiyetin devri olmayıp, diğer ortakların payları bakımından hakimiyetin genişlemesi sonucu doğurur ve bu açıdan adeta ortaklığa girmenin aynadaki yansımasıdır[487]. Bu bakımdan, ayrılan ortağın isminin tapu sicilindeki kayıttan silinmesi de kurucu değil, açıklayıcı bir etki gösterir[488]. *Wolf*, ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması halinde tapu sicilinde yapılacak işlem için çıkma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının pratik ihtiyaçlara uygun olacağını belirtmektedir[489]. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de tapu sicilinin düzeltilmesi için adi yazılı şekilde yapılmış çıkma sözleşmesinin, tescil için hukuki sebep sayılacağına ve yeterli olduğuna hükmetmiştir[490].

Buna karşılık, ayrılan ortak diğer ortaklara karşı borçlar hukuku alanında kalan nispi bir hak (alacak hakkı) olarak "ayrılma payı alacağına"na (Abfindungsanspruch) hak kazanır[491]. Sözleşmede bu yönde bir düzenlemenin bulunması gerekmez[492]. Nitekim TBK m.634/2 hükmüne göre, diğer ortaklar, ayrılan ortağa kullanımını

E.T.04.02.2020); BGE 134 III 597 (www.relevancy.bger.ch, E.T.04.02.2020); Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, Art.652-654, N.40. Adi ortaklığa ait bir önalım hakkının, elbirliği prensibine uygun olarak tüm ortaklarca birlikte kullanılacağı; bir ortağın ortaklıktan çıkması halinde ise "Akkreszenz" prensibi gereği ayrıca özel bir tasarruf işlemi gerekmeksizin bu hakkın diğer ortaklara geçeceğine dair bkz. BGE 116 II 49 (www.relevancy.bger.ch, E.T.06.02.2020)

[485] Müller, **Mitgliedschaft**, N.431; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.76.

[486] Bollmann, **a.g.e.**, s.74; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.107,110; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.652, N.45; Wolf, **Subjektswechsel**, s.15; Müller, **Mitgliedschaft**, N.428. Ortağın çıkması neticesinde ortaklık malvarlığındaki tüm hak ve borçlarını kaybetmesinin İsviçre hukukunda "*Gesamtrechtsaufgabe*" olarak adlandırıldığına ilişkin bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.74

[487] Zobl, **Gesamthandschaften**, s.107. Aynı yönde bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.201.

[488] Siegwart, **a.g.e.**, Art.545/47, N.49; Zobl, **Gesamthandschaften**, s.110; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.78. Nitekim bu durumun, sicil dışı kazanım olduğu hususunda bkz. Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.77. Kalan ortakların ZGB Art.963/2 ve 665/2 (TMK m.1013/2 ve 716/2) hükümlerine dayanarak tescili talep edebilecekleri yönünde bkz. Wolf, **Subjektswechsel**, s.16; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.78. Tescile onay vermeyen çıkan ortağa karşı açılacak eda davasıyla, çıkan ortağın bu yönde irade beyanında bulunmaya mahkûm edileceği fikrinde karş. Türkmen, **a.g.e.**, s.198.

[489] Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.77,78, yazara göre alacağın devri hükümlerindeki yazılı şekil şartının burada da uygulanması yeterlidir; Wolf, **Subjektswechsel**, s.16.

[490] BGer 5A.28/2005, 13.02.2006 (www.bger.ch, E.T.14.01.2020). Resmi şekle tabi bir çıkma sözleşmesinin gerekli olmadığını belirterek aynı yönde bkz. Wolf, **Subjektswechsel**, s.16.

[491] von Steiger, **a.g.e.**, s.418; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.174, 176; Şener, **Adi Ortaklık**, s.394; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.72-73.

[492] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.174.

ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle[493] ve ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını (ayrılma payını) ödemekle yükümlüdürler[494]. Kimi zaman ise, ortaklık malvarlığı borçları karşılamaya yetmeyebilir. Yani ortaklık zarar etmiş olduğundan ortaya çıkan negatif değer, ayrılan ortağın "açığı kapatma borcu" anlamına gelir. Ayrılan ortak, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde payına düşün borç tutarını diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür[495] (TBK m.635).

Ayrılma payının hesaplanmasında esas alınacak aktif ve pasif kalemlerin belirlenmesinde ortaklık kayıtları yeterli görülmeyebilir ve iddia edilen ödemelerin gerçekten yapılıp yapılmadığının da araştırılması gerekebilir[496].

Önemi ve kapsamı dolayısıyla, ayrılma payı konusu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

---

[493] eBK döneminde aynı yönde bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103-104. Bu eşyanın ayrılan ortağa iadesi borcu, ayrılma anında muaccel olur (Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.84). Eğer ortaklığın zarar ettiği açıkça anlaşılabiliyorsa, ayrılan ortak açığı kapatma borcunu ifa edene kadar ortaklık eşyanın iadesi borcunu ifadan kaçınabilir (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.76; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.84). Diğer yandan, bir görüşe göre, bazı özel durumlarda ayrılan ortağın "sözleşme sonrası sadakat borcu" gerekçe gösterilerek ortaklığın mutlaka kullanması gereken eşya ortaklıkta kalabilir ve bunun karşılığında ayrılan ortak kullanım ücreti talep edebilir. Bu görüşte bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.76; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.84. Fakat kanımızca, geçerli bir hukuki sebebe istinaden ayrılan ortağın böyle bir yükümlülük altında tutulması hakkaniyete aykırı olur ve nitekim yasal dayanaktan yoksundur. Sözleşme sonrası sadakat borcu ise, böyle bir yükümlülük çıkarılabilecek içeriğe sahip değildir.

[494] Alman hukukunda aynı şekilde bkz. Hueck/Hueck, **a.g.e.**, s.45.

[495] Şener, **Adi Ortaklık**, s.394.

[496] Yarg. 11. HD., E.2011/6084 K.2013/5356 T.19.03.2013: *"Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporunda, davaya konu şirketin kayıt ve belgelerinin incelenmesiyle yetinilmiş ve sadece bu incelemeye dayanılarak, davalının şirkete borç verdiği kabul edilmek suretiyle bakiye özvarlık üzerinden hesaplama yapılarak sonuca gidilmiştir.* ***Oysa, defter kayıtlarının tutulduğu tarihlerde, şirket yöneticisi olan davalının, bu sıfatı dolayısıyla defter ve kayıtları elinde tutması nedeniyle, anılan kayıtlar tek başına davalı yararına bir sonuç doğurmaz.*** *Bu nedenle, davalı tarafından borç verildiği ileri sürülen paranın, gerçekten şirketin mal varlığına girip girmediği, girmişse nasıl ve nerelerde kullanılıp harcandığı araştırılıp, yukarıda belirlenen ilkeler doğrultusunda davacılar vekilinin talebi de gözönüne alınmak suretiyle davacılara ait payın değerinin belirlenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken…"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

3. Ayrılma Payı Alacağı

a. Ayrılma Payının Temel Özellikleri

Hemen yukarıda da belirttiğimiz gibi, ayrılma payı, borçlar hukuku karakterli bir alacak hakkı (nispi bir hak) olup, kural olarak nakden ödenir[497]. Bu itibarla, ayrılma payı devredilebilir, haczedilebilir ve mirasçılara intikal edebilir[498]. Ayrılma payının nakden ödenmesi esası, işletmenin devamlılığının korunması düşüncesine dayanır[499].

Doktrinde baskın görüşe göre kural olarak, ayrılan ortak ortaklığa karşı artık üçüncü bir kişi gibi muamele görür[500]. Bu nedenle, hukuki temeli her ne kadar ortaklık ilişkisine dayansa da ayrılma payı *"ortaklık dışı bir alacak"* (üçüncü kişinin ortaklığa karşı alacağı) niteliğindedir[501]. Ayrılma payının hukuki niteliğinin bu şekilde kabul edilmesi, bazı sonuçlar açısından önem arz eder. Şöyle ki; ayrılma payı alacağı, kanunda özel bir hüküm bulunmadığından on yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m.146) tabidir[502]. Ayrılma payının ödenmesinden diğer ortaklar, ayrılan ortağa karşı şahsen ve müteselsilen sorumludurlar[503].

b. Ayrılma Payının Doğumu ve Muacceliyeti

Ayrılma payı alacağı, ortaklıktan ayrılma anında doğar[504]. İsviçre hukukundaki ağırlıklı görüşe göre muacceliyeti genel hükümlere (OR Art.75; TBK m.90) göre

---

[497] Bollmann, **a.g.e.**, s.85; von Steiger, **a.g.e.**, s.418; Müller, **Mitgliedschaft**, N.451; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.76; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.72-73, yazar TTK m.261'in kıyasen uygulanarak bu sonuca varılabileceğini savunmaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça, kalan ortaklar tarafından "ayrılma payı"nın ya da ortaklık zarar içerisindeyse ayrılan ortak tarafından "açığı kapatma borcu"nun (Ausgleichszahlung) nakden ödeneceğine dair bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.222.

[498] Bollmann, **a.g.e.**, s.86; von Steiger, **a.g.e.**, s.419; Şener, **Adi Ortaklık**, s.394.

[499] Karayalçın, **a.g.e.**, s.294; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.73.

[500] Bollmann, **a.g.e.**, s.60; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.191; Jung, **Ausscheiden**, s.222; Şener, **Adi Ortaklık**, 395; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.73; Türkmen, **a.g.e.**, s.207. Aynı yönde bkz. BGE 100 II 376, s.380 (www.swisslex.ch, E.T.07.03.2021).

[501] Bollmann, **a.g.e.**, s.85; von Steiger, **a.g.e.**, s.417; Şener, **Adi Ortaklık**, s.395; Türkmen, **a.g.e.**, s.206.

[502] Bollmann, **a.g.e.**, s.83; von Steiger, **a.g.e.**, s.419; Müller, **Mitgliedschaft**, N.453; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.180; Türkmen, **a.g.e.**, s.238.

[503] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.96; Müller, **Mitgliedschaft**, N.451; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.77; Şener, **Adi Ortaklık**, 395; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.73; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83.

[504] Bollmann, **a.g.e.**, s.82; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83. Alman hukukunda aynı şekilde bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.19; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.8.

belirlenen ayrılma payı alacağı kural olarak[505] doğumuyla birlikte muaccel olur[506]. Alman[507] ve Türk[508] hukukunda ise bugün çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmamışsa ayrılma payı, geçici tasfiye bilançosuyla belirli hale geleceğinden, bu alacak bilançonun hazırlanması için gereken makul süre sonunda muaccel olur. Bu görüş, söz konusu ilişkinin özelliği sebebiyle üstün tutulmalıdır. Nitekim TBK m.90'a göre derhal muacceliyet esası, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamış veya ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça uygulanabilir.

c. Ayrılma Payının Hesaplanması

Ayrılma payı alacağı, başka türlü bir anlaşma yoksa, ortaklıktaki katılımın ayrılma anındaki[509] değeri kadardır[510]. Sözleşmede ayrılma payına ilişkin özel bir

---

[505] Ortaklığın mali durumundan kaynaklı istisnai hallerde, çıkan ortağın derhal ödeme talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanımı sayılabileceği savunulmaktadır. Bu hususta değerlendirme yapılırken, çıkan ortağın (örneğin geçimini sağlamak için yeni bir işletme kuracak olması) ve ortaklığa devam eden diğer ortakların menfaatlerinin göz önüne alınacağı belirtilmektedir. Ayrıca, *Müller* -haklı olarak- ancak istisnai hallerde bu durumun bir hakkın kötüye kullanımı sayılacağını (çıkan ortağın erteleme ya da taksitle ödeme talebini kabul etmek zorunda kalabileceğini) ifade etmektedir (Müller, **Mitgliedschaft**, N.454 ve aynı yer dn.1197).

[506] von Steiger, **a.g.e.**, s.418; Bollmann, **a.g.e.**, s.82; Müller, **Mitgliedschaft**, N.453; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.178. Ayrılma payı alacağının miktarı henüz belirlenmemiş olsa bile doğumuyla birlikte derhal muaccel olacağı fikrinde bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.222.

[507] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.20; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.19. Alman hukukunda eskiden hâkim olan görüşe göre, ayrılma payı alacağı bilançonun hazırlanma anında muaccel olurdu (**MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.20). Örneğin bu görüşte bkz. Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.8.

[508] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83. Derhal muacceliyet için alacağın "belirli" olması gerektiği gerekçesiyle aynı görüşte bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.224. Buna karşın, TTK m.262 (eTK m.204) kıyasen uygulanarak, sözleşmede bir tarih belirlenmediği taktirde (ve ortaklıkta tamamlanmamış işler yoksa) ayrılma payının, ayrılmadan sonraki ilk bilanço tarihinde ödeneceği fikrinde karş. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.104; Şener, **Adi Ortaklık**, 395; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.73-74.

[509] İç ilişkide ayrılmanın hüküm doğurduğu an için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, VI, A. eBK döneminde, eTK m.202 (TTK m.260) hükmünden hareketle, ayrılma payı hesabında kural olarak ilgili ortağın çıkmayı talep ettiği ve çıkarıldığı tarihin esas alınacağı fikri savunulmaktaydı. Bu görüşte bkz. Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Şener, **Adi Ortaklık**, s.394.

[510] Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.96; Bollmann, **a.g.e.**, s.82; von Steiger, **a.g.e.**, s.418; Müller, **Mitgliedschaft**, N.455; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.75,76; Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Ayiter, **a.g.e.**, s.171. Alman hukukunda aynı şekilde bkz. Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §738, N.14; BGH, 20.10.2003 - II ZR 7/01 (www.beck-online.beck.de, E.T.21.02.2020). Ayrılma payı miktarı, bu şekilde "belirlenebilir" nitelikte olduğundan (Bollmann, **a.g.e.**, s.82) ve nitekim hukukumuzda TBK m.634 ile hesaplanmaya ilişkin esaslar düzenlendiğinden, çıkma sözleşmesinde miktarın açıkça yazmaması sözleşmenin geçerliliği ve ayrılma payı alacağı bakımından sorun oluşturmaz. İsviçre hukukunda bu hususta uyuşmazlık halinde, kollektif şirketlere ilişkin OR Art.580 hükmündeki ilkelere (çıkma anındaki ortaklığın malvarlığı durumuna ve çıkan ortağın kusuruna) göre hâkim tarafından sözleşmenin tamamlanması yoluyla ayrılma payı miktarının belirleneceği savunulmaktadır (**BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7). eTK döneminde kollektif şirketlere ilişkin bir karar için bkz. Yarg. 11. HD., E.2011/6084 K.2013/5356 T.19.03.2013: *"Taraflar arasındaki sorun, çıkma isteyen davacıların hisselerine düşen pay bedelinin belirlenmesinin hangi tarih itibariyle ve ne miktar olduğu noktasındadır.* ***Ölen ortağın mirasçısının şirketten ayrılması halinde ayrılma payının hangi tarihe ve***

düzenleme bulunmamaktaysa; bu hususta öncelikle kara ve zarara katılma oranına dair sözleşme hükmü, bu da yoksa yasal hükümler (TBK m.623) esas alınır[511].

Ayrılan ortak kural olarak, ayrılma payının hesabı için ortaklığın ayrılma anındaki tüm aktif ve pasifleri gösterir bir "geçici tasfiye bilançosu" (Abfindungsbilanz/Abschichtungsbilanz) çıkarılmasını talep edebilir[512]. Bu işlem, adeta ortaklık sona ermiş gibi kâğıt üzerinde yapılan tasfiyedir[513]. Geçici tasfiye bilançosu hesabında, işletmenin faaliyeti süresince kazandığı güven ve itibar sayesinde ortaya çıkan gayri maddi değerler yani gizli yedekler, firma değeri veya müşteri çevresi (good will) gibi unsurlar da nazara alınmalıdır[514]. Bu bakımdan işletmenin değerlemesi kural olarak, yaşayan işletmenin gerçek değeri üzerinden yapılır ki[515], bu genellikle defter değerinin üstündedir[516]. Değerleme yönteminin belirlenmesi, iktisat biliminin alanına giren teknik bir mesele olmakla birlikte, işletmenin özelliklerine en uygun düşen yöntem seçilmelidir[517].

Ancak ortaklık sözleşmesinde veya ortaklıktan çıkma sözleşmesinde, ayrılma payının hesaplanması hakkında başkaca esaslar (örneğin, defter değeri kaydı[518]) da kararlaştırılabilir[519]. Bu husus hemen aşağıda, ortakların sözleşmeler düzenlemelerle (yani ayrılma payı kayıtlarıyla) ayrılma payını sınırlandırıp sınırlandıramayacağı sorunu değerlendirilirken ele alınmıştır.

---

hangi esaslara göre belirleneceği yönünde yasal bir boşluk sözkonusu olup, bu boşluğun menfaatler dengesine en uygun bir şekilde doldurulması MK'nın 1. maddesi hükmü gereğidir. Dairemizin kökleşmiş uygulamalarına göre ortağın ayrılma payının hüküm tarihine en yakın tarih itibariyle gerçek değerinin belirlenmesi menfaatler dengesine en uygun çözüm olarak kabul edilmiş …" (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.25.11.2020).

511 Jung, **Ausscheiden**, s.222.

512 Grunewald, **a.g.e.**, s.63; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.26; Şener, **Adi Ortaklık**, 394.

513 Yongalık, **Sermaye Payı**, s.103; Selekler, **a.g.m.**, s.453. Bir "varsayımsal kısmi tasfiye" niteliğinde olduğunu dair bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.222. Aynı yönde bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83.

514 Grunewald, **a.g.e.**, s.64; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.35; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.10; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.181; Selekler, **a.g.m.**, s.453; Şener, **Adi Ortaklık**, 395.

515 Grunewald, **a.g.e.**, s.64; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.10; Selekler, **a.g.m.**, s.453.

516 Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.10.

517 Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83-84.

518 Defter değeri kayıtlarının (Buchwertklausel) ya da nominal değer kayıtlarının (Nennwertklausel) kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir (**BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.32).

519 Staudinger/Habermeier, **a.g.e.**, §738, N.15; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.26; Selekler, **a.g.m.**, s.454.

d. Ayrılma Payı Kayıtları (Klozları)

Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunsa da ayrılma payına ilişkin anlaşma (veya ortaklık kararları), kural olarak bir şekle tabi değildir[520]. Çünkü, kalan ortakların ortaklık malvarlığında hakimiyetinin genişlemesi (Anwachsung) ile ayrılan ortağa ya da mirasçılarına ödenecek ayrılma payı, karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi içerisinde değildir[521]. Bu durum (TMK m.706; ZGB Art.657 anlamında) mülkiyetin devri anlamına da gelmez[522].

Alman hukukunda, ayrılma payının tümüyle kaldıran sözleşme kayıtları kural olarak ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmaktadır[523]. Keza ayrılma payının gerçek değerine nazaran büyük orantısızlık oluşturan ayrılma payı kayıtlarının[524] geçersiz olacağı kabul edilmektedir[525]. Ortağın ayrılma payının sınırlandırılması veya kaldırılması çok istisnai hallerde mümkün görülmektedir[526]. Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, ayrılma payına ilişkin sözleşme kaydı ayrılan ortak aleyhine büyük bir adaletsizlik oluşturuyorsa, fesih hakkı uygun olmayan şekilde sınırlandırılmış olacağından bu sözleşme kaydı geçersiz sayılır. Fakat, bu durum sözleşmedeki devam kaydının geçerliliğini etkilemez[527]. Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi bir başka kararında[528], ideal amaçlı ortaklıklarda, kazancın değil fedakârlık düşüncesinin esas olduğu gerekçesiyle ayrılma payı hakkının tamamen kaldırılmasının, ortakların iktisadi özgürlüğüne aykırı olmadığına hükmetmiş ve doktrinde baskın görüşün de bu yönde olduğunu belirtmiştir[529].

---

[520] Jung, **Ausscheiden**, s.226.
[521] Aksi fikirde bkz. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83.
[522] Jung, **Ausscheiden**, s.221,226.
[523] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.45; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.31.
[524] Ayrılma payı kayıtlarının (Abfindungsklauseln) denetlenmesi için Alman hukukunda kabul edilen ölçütler (ahlaka aykırılık, alacaklıların korunması, fesih hakkının uygun olmayan şekilde sınırlandırılması, uygunluk denetimi, içerik denetimi) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.29-43. Bu hususta ayrıca bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.44 vd.
[525] Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §740, N.8. Ayrılma payının (gizli yedekler ve müşteri çevresi gibi gayri maddi unsurlarla belirlenecek) gerçek değerinin en azından yarısının altında hesaplanmasına neden olacak kayıtların geçersiz olacağı yönünde bkz. Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §738, N.17.
[526] BGH, 02.06.1997 - II ZR 81/96 (www.beck-online.beck.de, E.T.07.06.2020).
[527] BGH, 07.04.2008 - II ZR 181/04 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.05.04.2021).
[528] BGH, 02.06.1997 - II ZR 81/96 (www.beck-online.beck.de, E.T.07.06.2020). Kararda ayrıca, bu tip ortaklıklarda, ideal amaca özgülenmiş ortaklık malvarlığı bakımından ortakların güvenilen kişi (Treuhändern) pozisyonunda olduğu ifade edilmiştir.
[529] Örneğin bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, §738, N.31.

İsviçre hukukunda ise kural olarak, ayrılma payının ortaklar tarafından sözleşmeyle sınırlandırılabileceği veya tamamen kaldırılabileceği kabul edilmektedir[530]. Ancak, kimi hallerde bu kayıtlar, kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmaktadır. Bu hususta, sözleşmede yasal fesih hakkı (OR Art.545 I Ziff.6) yerine sadece çıkma hakkı tanınmışsa, ayrılma payını kaldıran veya sınırlandıran kayıtların çıkma hakkının kullanılmasını engelleyeceğinden kişilik haklarına aykırı olacağı örnek verilmektedir[531]. Yine bir görüşe göre, fesih hakkını sınırlamadığı veyahut (mirasçılar, alacaklılar gibi) üçüncü kişilerin menfaatlerini zedelemediği müddetçe ayrılma payının miktarına ilişkin sözleşmesel düzenlemeler geçerlidir[532].

Türk hukukunda bazı yazarlarca, ayrılma payını tümüyle kaldıran veya sınırlandıran sözleşmesel düzenlemelerin geçerli olmayacağı savunulmaktadır[533]. Bu hususta; ayrılmanın ceza biçimine sokulmaması gerektiği[534], ayrılma payının en temel mali hak olduğu[535] veya eşit işlem ilkesi[536] gibi gerekçeler ileri sürülmüştür. *Türkmen*'e göre, özellikle haklı sebebe dayalı çıkma/çıkarma hakkı; ortakların iktisadi özgürlüğünün korunması bağlamında kişilik haklarını ve ayrıca işletmenin devamlılığını koruduğu gerekçeleriyle "koruyucu haklar"dandır[537]. Buradan hareketle yazar, çıkma hakkını doğrudan kaldıran veya ayrılma payının sınırlandırılması suretiyle dolaylı olarak sınırlandıran anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı kanaatindedir[538]. Fakat, çıkma hakkının kaldırılamayacağı yönündeki bu fikre katılamamaktayız. Çünkü yukarıda da açıkladığımız gibi; TBK'da adi ortaklıktan yasal çıkma hakkı düzenlenmediğinden, zaten ortaklıktan çıkabilmek sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmasına veya tüm ortakların anlaşmasına bağlıdır[539].

---

[530] von Steiger, **a.g.e.**, s.420; Bollmann, **a.g.e.**, s.83; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.175; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.165,184; Handschin, **a.g.m.**, s.247.
[531] Bollmann, **a.g.e.**, s.84; von Steiger, **a.g.e.**, s.420, dn.215; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.175.
[532] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.545-547, N.165,184; Handschin, **a.g.m.**, s.247.
[533] Şener, **Adi Ortaklık**, 394, ayrılma payını hakkaniyete uygun olmayacak şekilde azaltan ayrılma payı kayıtlarının geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür; Türkmen, **a.g.e.**, s.238-239 ve s.374. Ayrılma payının gerçek değerine nazaran daha düşük hesaplanmasına ilişkin kayıtların ("defter değeri" kayıtları gibi) geçersiz olacağı fikrinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.53.
[534] Şener, **Adi Ortaklık**, 394. Aynı yönde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.272.
[535] Türkmen, **a.g.e.**, s.238.
[536] Türkmen, **a.g.e.**, s.267-268.
[537] Türkmen, **a.g.e.**, s.32.
[538] Türkmen, **a.g.e.**, s.53,54,364.
[539] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, III, B ve IV, B, 2, a.

Sözleşmede bir düzenleme bulunmaması durumunda haklı sebeple çıkma hakkına ise yer olmadığını, ancak ortaklığın feshinin istenebileceğini belirtmiştik[540]. Bu durumda, çıkma hakkının sınırlandırılamayacağından bahsetmek doğru olmaz. Hal böyle olunca, her halükârda ayrılma payını azaltan anlaşmaların çıkma hakkını dolaylı olarak sınırlandıracağından kesin hükümsüz sayılacağı şeklindeki yaklaşım da isabetli görünmemektedir. Bundan ziyade, eğer ortaklar yasal fesih hakkı yerine sadece çıkma hakkının bulunduğunu kararlaştırmışlarsa, ayrılma payını hakkaniyete aykırı şekilde azaltan kayıtlar, çıkma hakkını TMK m.23'e aykırı şekilde sınırlandırmış olacağından kesin hükümsüz kabul edilmelidir[541].

Şu hâlde, -İsviçre hukukundaki çözüm tarzından hareketle- kanaatimizce ayrılma payını sınırlandıran veya kaldıran anlaşmaların her halükârda geçersiz olacağı söylenemez. Mesele, sözleşme serbestisi sınırları bakımından geçerli olan ölçütlere (ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık vs.) ve ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine (alacaklıların korunması gibi) değerlendirilmelidir. Örneğin, ağır bir yükümlülük ihlalinde bulunan ortağın haklı sebeple çıkarılması halinde ayrılma payı ödenmeyeceğine yönelik bir sözleşme hükmü -ceza koşulu veya götürü tazminat niteliğinde görülerek- geçerli olmalıdır[542]. Ancak ortağın iflası veya tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi sebebiyle ortaklıktan çıkması haline özgü olarak ayrılma payını kaldıran sözleşme kayıtları ise -ahlaka veya alacaklıların korunması ilkesine aykırılık sebebiyle- geçersiz sayılmalıdır[543].

e. Ayrılma Payı İçerisindeki Münferit Alacakların Bağımsız Olarak İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu

Ayrılma payına esas alacak kalemlerinin, ayrılma payından bağımsız unsurlar olmadığından prensip itibariyle ayrı ayrı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir[544].

---

[540] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 2, b, (2).
[541] Nitekim bu kanaate bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.84; von Steiger, **a.g.e.**, s.420, dn.215; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.175.
[542] Bu yönde bkz. Flume, **a.g.e.**, s.180; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 738, N.31. Aksi görüşte bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.276.
[543] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.13. Nitekim Alman hukukunda bu şekilde kabul edildiğine dair bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.273-274.
[544] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.8; Türkmen, **a.g.e.**, s.214,215. Ayrılan ortağın ödenmemiş kâr payı için dava açabileceği yönünde karş. Peksöz, **a.g.e.**, s.283.

Geçici tasfiye bilançosunun (ayrılma bilançosunun) hazırlanması geciktirilir veya hesaplamada bir uyuşmazlık çıkarsa, ayrılan ortak, ayrılma payının belirlenmesine ve ödenmesine yönelik bir eda davası açabilir[545]. TBK m.634/3'e göre taraflar, ayrılma payının hesaplanması için mali işlerde uzman bir kişi üzerinde anlaşamadığı taktirde bu kişi, hâkim tarafından atanır[546].

4. Ayrılan Ortağın Tamamlanmamış İşlerin Mali Sonuçlarına Katılması

Ayrılan ortak ayrılma anında henüz tamamlanmamış işlerin mali sonuçlarına katılır[547] (BGB § 740; TBK m.636). Bu, sadece bir alacak hakkı niteliğinde olup[548], ortaklık sıfatının devam ettiği anlamına gelmez[549]. İşin objektif olarak tamamlanmasıyla birlikte, bu alacak muaccel olur[550]. Bu alacak, hukuken ayrılma payından bağımsız bir mahiyettedir[551]. Şayet işin sonucunda bir zarar çıkmışsa, ayrılan ortak zarara katılma hükümlerine göre payına düşen kısmı ödemekle yükümlü olur[552].

Tamamlanmamış işlerden maksat; ortaklığın (yani tüm ortakların), ayrılma anında bağlı olduğu fakat her iki tarafça henüz tümüyle ifa edilmemiş hukuki işlemlerdir[553]. Bu işlem, doğrudan kazanım amacına dönük olmalı, yani (iş için bir yerin kiralanması gibi) salt ikincil/yardımcı iş (Hilfsgeschäfte) niteliğinde

---

[545] Ulmer, **a.g.e.**, §738, N.24; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.30. Aynı yönde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.90; Şener, **Adi Ortaklık**, 395; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.84; Türkmen, **a.g.e.**, s.216, yazar bu ihtimalde, ayrılan ortağın münferit alacakları dava edebilme hakkının olduğunu da savunmaktadır.
[546] Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.83.
[547] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.182.
[548] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.3.
[549] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 740, N.5.
[550] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.4.
[551] **BeckOK-BGB**/Schöne, § 740, N.1; Türkmen, **a.g.e.**, s.302,303.
[552] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.4; Türkmen, **a.g.e.**, s.305.
[553] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §740, N.4, bunu ifade etmek için *"Schwebende Geschäfte"* kavramı kullanılmaktadır; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.2; Türkmen, **a.g.e.**, s.300.

olmamalıdır[554]. Kanundan doğan borç ilişkileri veya sürekli borç ilişkileri[555] de TBK m.636 anlamında tamamlanmamış işlerden sayılmaz[556].

Tamamlanmamış işlerin tahminen belirlenecek muhtemel sonuçları ayrılma payı hesabına dahil edilebilir veyahut bu işler tamamlanmasından sonra dikkate alınmak kaydıyla geçici olarak hesaba katılmayabilir[557]. TBK m.636/2'ye göre, ayrılan ortak, hesap yılı sonu itibarıyla tamamlanmış işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payını; devam eden işler hakkında ise gerekli bilgiyi isteyebilir.

Günümüzde Alman hukuk doktrini ve uygulamasında "kazanç değeri" metodu esas alınmaktadır[558]. Kazanç değeri metodunda, tamamlanmamış işlerden ayrılan ortağa düşecek kâr payı, tahmini ve götürü olarak önceden hesaba katılmakta ve bu suretle ayrılma payı belirlenmektedir[559]. Bu nedenle de BGB § 740'ın (TBK m.636) uygulama alanı kalmadığı ifade edilmektedir[560].

5. Ayrılan Ortağın Borçtan Kurtarılmayı İsteme Hakkı

Aşağıda da değinileceği üzere, ayrılan ortağın ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu (dış ilişkideki sorumluluğu) devam eder[561]. TBK m.634/2 (BGB § 738)[562] uyarınca, diğer ortaklar, ortaklık borçlarından şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaya devam eden ayrılan ortağı bu borçlardan kurtarmakla yükümlüdürler[563]. Henüz

---

[554] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §740, N.4; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.2; Türkmen, **a.g.e.**, s.301. Bunların net değer metoduna göre yapılacak ayrılma payı hesabında dikkate alınacağına dair bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §740, N.4.
Net değer metodunda (Substanzwertmethode); ortaklık malvarlığındaki her bir unsurun değerinin toplanması suretiyle hesaplama yapılır. Bu unsurların ikame değeri (Wiederbeschaffungskosten/Replacement costs) esas alınır (Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §738, N.10,11).

[555] Jauernig/Stürner, **a.g.e.**, §740, N.9; **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §740, N.5; Türkmen, **a.g.e.**, s.302.

[556] Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.2.

[557] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.542, N.182.

[558] Bu hususta bkz. **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §738, N.35.

[559] Kazanç değeri (Ertragswert) metoduna ilişkin bu özellik için bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.265; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §740, N.6.

[560] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §740, N.1,3.

[561] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.6.

[562] Bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.212.

[563] İsviçre hukukunda ise böyle bir yasal düzenleme bulunmadığından ortaklar aksini kararlaştırmadıkça, diğer ortakların ayrılan ortağı ortaklık borçlarından kurtarma gibi bir yükümlülüğü yoktur (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.212; von Steiger, **a.g.e.**, s.422).

muaccel olmayan ortaklık borçları bakımından ise diğer ortaklar, ayrılan ortağı borçtan kurtarmak yerine kendisine bir güvence verebilirler[564].

Ayrılan ortağın diğer ortaklardan borçtan kurtarılma talebinde bulunabilmesi için borcun muaccel olması gerekli olup, ortaklık alacaklısının ayrılan ortaktan ifa talebinde bulunmuş olması şart değildir[565]. Ayrıca, borçtan kurtarma yükümlülüğünden söz edilebilmesi için her şeyden önce, ayrılma payı belirlenirken ortaklık borçlarının (pasiflerin) da hesaba katılmış olması gerekir[566]. Ortaklık malvarlığı borçları karşılamakta yetersiz kalırsa (yani açığı kapatma yükümlülüğünün bulunması durumunda) ayrılan ortak, zarara katılmaya ilişkin esaslara göre payına düşen miktarı ödemedikçe diğer ortaklar borçtan kurtarma yükümlüğünü yerine getirmekten kaçınabilirler[567].

Borçtan kurtarma yükümlülüğü, ayrılan ortağın şahsen sorumlu olduğu ve ayrılma anına kadar doğan ortaklık borçlarına ilişkindir. Ayrılan ortak, borçtan kurtarılma talebini diğer ortaklara yöneltmelidir[568].

Ayrılan ortağın (ayrılmadan önce doğmuş) ortaklık borçlarından sorumluluğunun kaldırılmasına ilişkin bir anlaşma yapılabilir[569]. Fakat böyle bir anlaşma sadece ortaklar arasında hüküm ifade edeceğinden, bunu bilen ortaklık alacaklılarına karşı dahi ileri sürülemez[570]. Ayrılan ortak, alacaklılara ödemede bulunmak zorunda kalmışsa, yaptığı ödemenin tamamını iç ilişkideki anlaşmaya dayanarak diğer ortaklara rücu edebilir veya diğer ortaklardan birinin rücu talebini de yine iç ilişkideki bu anlaşmaya dayanarak savuşturabilir[571].

---

[564] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.7; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.85. Ortaklığın bu hususta bir seçimlik yetkisi olduğu yönünde bkz. Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §738, N.7.
[565] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.6.
[566] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.213.
[567] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.6; Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.85.
[568] Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.6. Çekişmeli alacaklar için borçtan kurtarma talebinde bulunulup bulunulamayacağına dair tartışma için bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.296-297, yazar buna olumlu bakmaktadır. Aksi görüşte bkz. Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §738, N.7.
[569] Jung, **Ausscheiden**, s.216.
[570] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.213; Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §738, N.6.
[571] Jung, **Ausscheiden**, s.216.

Ayrılan ortağın sorumluluğunun kaldırılmasına dair anlaşmanın ortaklık alacaklıları yönünden de etkili olması ise, ancak alacaklıların bunu kabul etmesine bağlıdır[572].

Borçtan kurtarma, ortaklık borçlarının ödenmesi yoluyla da sağlanabilir ki, bunun için alacağın muaccel olması ya da erken ifaya ilişkin şartların bulunması (OR Art.81 I; TBK m.96) gerekir[573].

6. Ayrılan Ortağın Diğer Ortaklara Rücu Talebi

Ayrılan ortak ortaklık alacaklısına ifada bulunursa, iç ilişkideki anlaşmaya göre diğer ortaklara rücu hakkına sahip olur[574]. Bu bakımdan rücu talebi, ayrılma payının hesaplanmasına ilişkin anlaşmaya ve kara/zarara katılma yükümlülüğü hakkındaki sözleşmesel veya kanuni hükümlere bağlıdır[575]. Diğer ortaklar, ayrılan ortağa karşı rücu alacağının ödenmesi bakımından müteselsilen sorumludurlar[576].

Eğer ayrılma payının hesabında borçlar (pasifler) zarara katılmaya ilişkin hükümlere göre düşülmüş olmasına rağmen ayrılan ortak, ortaklık alacaklısına ifada bulunmak zorunda kalmışsa, ayrılan ortak tam kapsamlı bir rücu hakkına sahip olur[577]. Buna karşılık ayrılma payının hesabında borçlar dikkate alınmamış ise, ayrılan ortak ancak zarar payını aşan kısım bakımından rücu talebinde bulunabilir[578].

Ayrılan ortak rücu alacağına ek olarak, ortaklık alacaklısının ifa talebine karşı koymak için yaptığı masrafları (örneğin avukatlık ve mahkeme masrafları) da diğer ortaklardan isteyebilir. Ancak bu masrafların, dürüstlük kuralına uygun olarak ve diğer

---

572 Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.216; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.75.

573 Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.214. İsviçre hukukunda, diğer ortakların ayrılan ortağa ortaklık borcunu tümüyle karşılayacak ölçüde gerekli teminatı vermek suretiyle de borçtan kurtarma yükümlülüğünü yerine getirebilecekleri belirtilmektedir (Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.215).

574 Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.98; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.209; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26.

575 von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.209.

576 Bollmann, **a.g.e.**, s.99-100; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.211.

577 Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.210; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.75; Şener, **Adi Ortaklık**, 392.

578 Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.210; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.75.

ortakların menfaatlerini koruyacak biçimde yapılmış olması gerekir. Bu tür masrafların ödenmesinden de diğer ortaklar yine müteselsilen sorumludurlar[579].

C. Dış İlişkideki Sonuçlar

Yeni ortak alımında olduğu gibi, bir ortağın ortaklıktan ayrılması durumunda da ortaklığın ayniyetinde değişme olmaz[580]. Ayrıca, bir ortağın ortaklıktan çıkmasının, OR m.181 anlamında "malvarlığının devri" olmadığı ve dolayısıyla bu hükmün uygulanmayacağı; ortaklıkta hakimiyetin genişlemesi (Anwachsung) sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir[581].

Dış ilişkide, ayrılan ortak, ortaklıktan ayrılma tarihinden önce doğan ortaklık borçlarından üçüncü kişilere karşı şahsen sorumlu olmaya devam eder[582]. Borcun, örneğin tek taraflı hukuki işlemden, sözleşmeden veya haksız fiilden doğması önem arz etmez[583]. Zira bilindiği üzere, müteselsil borçlular kendi aralarındaki anlaşmayla alacaklının hukuki durumunu ağırlaştıramazlar[584]. Nitekim, ortaklığın sona ermesinin ortakların üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarını etkilemeyeceğine ilişkin TBK m.645 (OR Art.551) hükmü ortaklıktan ayrılma halinde de kıyasen uygulanabilir olup, esasen aynı mantığa dayanır[585].

Ayrılma payı belirlenirken ortaklık borçlarının (ortaklık payıyla orantılı olarak) hesaba katılmış olması da ayrılan ortağın dış ilişkideki sorumluluğunda bir değişikliğe

---

[579] Tüm bu hususlar bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.98; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.211.

[580] von Steiger, **a.g.e.**, s.416. Aynı yönde bkz. Şener, **Adi Ortaklık**, s.390; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98j.
Buna rağmen, bir ortağın ayrılmasının (ve ortaklık isminin değiştirilmesinin) ortaklığın ayniyetini değiştirmeyeceği hususunu dikkate almadan; ortaklığın üçüncü kişilerle olan sözleşmelerin aynı şartlarda devam ettiğinin söylenebilmesi için eBK m.179 uyarınca işletmenin devralındığının ya da aynı sözleşmenin taraflar arasında kabul edildiğinin ispatlanmasını gerekli gören ve bu yönlerden eleştiriye açık bir karar için bkz. Yarg. HGK, E.1977/11-268 K.1977/483 T.13.05.1977 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.15.03.2021).

[581] Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N.44; Becker, **BK**, Art.181, N.32; Müller, **Mitgliedschaft**, N.378.

[582] Siegwart, **a.g.e.**, Art.551, N.1,4; Meier-Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, §12, N.98; von Steiger, **a.g.e.**, s.421; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Müller, **Mitgliedschaft**, N.463; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.199; Wolf, **einfache Gesellschaft**, s.79; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.73; Jung, **Ausscheiden**, s.216; Ayiter, **a.g.e.**, s.172; Karayalçın, **a.g.e.**, s.153; Şener, **Adi Ortaklık**, 392; Türkmen, **a.g.e.**, s.342.

[583] Handschin, **a.g.m.**, s.253.

[584] Müller, **Mitgliedschaft**, N.464; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.200; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26; Şener, **Adi Ortaklık**, 392.

[585] Bollmann, **a.g.e.**, s.94; Siegwart, **a.g.e.**, Art.551, N.1,4; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.199; Müller, **Mitgliedschaft**, N.464; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.73.

neden olmaz. Çünkü ayrılan ortağın dış ilişkide borçtan kurtulması ancak alacaklıların rızasıyla mümkündür[586]. Alacaklılar, borcun muaccel olması üzerine ayrılan ortaktan da ifa talebinde bulunabilirler[587]. Yeter ki söz konusu borcun hukuki sebebi (Rechtsgrund/Entstehungsgrund), ayrılmadan daha önceki bir tarihe dayansın[588]. Bu hususun belirlenmesinde, borcun niteliği (tek taraflı hukuki işlem, sözleşme ya da haksız fiilden kaynaklanması gibi) veya durumun özellikleri (örneğin, önerinin süreli ya da süresiz olması) dikkate alınacaktır[589].

Kollektif şirketten ayrılan ortağın şirket borçlarından sorumluluğuna ilişkin özel zamanaşımı süresi (TTK m.264) gibi bir düzenlemeye kanunun adi ortaklığa dair hükümlerinde yer verilmemiştir[590]. Bu nedenle, ayrılan ortağın dış ilişkideki borçlardan sorumluluğu, kanunda özel bir süre öngörülmemişse on yıllık zamanaşımı süresine (TBK m.146) tabi olmaya devam eder[591]. Şayet söz konusu alacak ortağın çıkmasından sonraki bir tarihte muaccel olacaksa, zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır[592].

Alman hukukunda ise ayrılan ortağın doğmuş ortaklık borçlarından şahsi sorumluluğu konusunda, BGB §736 II hükmüyle atıf yapılan HGB §160 uygulanır[593]. Buna göre, ayrılan ortağın sorumluluğu beş yıllık hak düşürücü[594] süreyle sınırlıdır[595].

---

[586] Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.201.
[587] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.202,204. Bu esas, borcun doğumu için başkaca durumların gerçekleşmesi (örneğin geciktirici şartın gerçekleşmesi, vadenin gelmesi veya zararın doğması) gerektiği ihtimalde de geçerlidir (Jung, **Ausscheiden**, s.216, dn.94).
[588] von Steiger, **a.g.e.**, s.421; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.202. Alman Federal Mahkemesi de bu hususta "borç ilişkisini doğuran olay"ın (Schuldverhältnis begründende Tatbestand) ölçü alınacağını belirtmiştir. Bkz. BGH, 03.07.2020 - V ZR 250/19 (www.juris.bundesgerichtshof.de, E.T.18.04.2021)
[589] von Steiger, **a.g.e.**, s.421; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.205.
[590] İsviçre hukukunda aynı şekilde bkz. Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.203.
[591] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; **BSK**/Staehelin, Art.545/546, N.7; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.203; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.73; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26. Bu anlamda ayrıca bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.216; Ayiter, **a.g.e.**, s.172. Buna karşılık, kollektif şirketten ayrılan ortağın şirket borçlarından sorumluluk süresine ilişkin hükmün (TTK m.264) kıyasen adi ortaklığa uygulanabileceği fikrinde karş. Karahan/Akın, **a.g.e.**, s.86.
[592] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Bollmann, **a.g.e.**, s.97; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.203; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.26.
[593] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.21; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §736, N.10.
[594] Bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.15.
[595] **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.21; Türkmen, **a.g.e.**, s.356,357.

Baskın görüşe göre, aleniyeti sağlayıcı bir tescil imkânı burada olmadığından, ayrılan ortağın sorumluluk süresi, alacaklıların ayrılmadan haberdar olmasıyla başlar[596].

Üçüncü kişilere karşı ayrılma tarihinden sonra doğan borçlardan ayrılan ortak sorumlu tutulamaz meğerki üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir durum mevcut olsun[597]. Daha açık bir anlatımla, iyi niyetli üçüncü kişi nezdinde yanlış bir izlenim oluşturulmuşsa yaratılan bu güvenden doğan sorumluluk sebebiyle ayrılan ortak da halen ortakmış gibi muamele görür. Bunun için, iyi niyetli üçüncü kişi nezdinde yanlış bir hukuki görünüş, ayrılan ortak tarafından oluşturulmuş ya da başka bir sebeple ona atfedilebilir olmalıdır[598].

Sürekli borç ilişkilerindeki durum ise, İsviçre ve Türk hukukunda tam bir açıklığa kavuşmuş değildir[599]. Bu tür sözleşmelerde alacaklının başlangıçtaki sorumluluk düzeninin değişmemesindeki menfaati ile ayrılan ortağın ifa edilmesinde artık bir etki gösteremeyeceği borçlardan kurtulmaya ilişkin haklı menfaati karşı karşıya gelmektedir[600]. Ayrıca, ayrılan ortağın sürekli borç ilişkisiyle bağlı olmaya devam ettiği kabul edilirse, ayrılan ortağın rızası olmadan kalan ortakların sürekli borç ilişkisinde (karşı taraf ile anlaşarak) değişiklik yapabilmeleri de mümkün olmaz[601].

Öncelikle belirtelim ki; kural olarak, ayrılan ortak sürekli borç ilişkisinden doğan borçlardan sorumlu olmaya devam eder[602]. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme sona erene kadar veya (üçüncü kişi de dahil) tüm tarafların anlaşmasıyla bu sözleşme kalan ortaklar tarafından devralınıncaya kadar ayrılan ortağın sorumluluğu sürer[603]. Bununla birlikte, ayrılma tarihinden sonra yapılan ve borcu ağırlaştıran

---

596 **MüKo**/Schäfer, **a.g.e.**, §736, N.27; Henssler/Strohn/Kilian, **a.g.e.**, §736, N.10; **BeckOK-BGB**/Schöne, § 736, N.15; Türkmen, **a.g.e.**, s.357.
597 von Steiger, **a.g.e.**, s.445; **BSK**/Pestalozzi/Hettich, Art.544, N.27; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.204; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.74.
598 Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.74.
599 İsviçre hukuku açısından bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.77; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.208.
600 von Steiger, **a.g.e.**, s.421; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.206; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.77. Ayrılan ortağın hakkaniyet gereği, sürekli borç ilişkisindeki sorumluluktan kurtulabilmesi gerektiği yönünde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.95,96.
601 Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.77.
602 von Steiger, **a.g.e.**, s.421-422; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.207; Jung, **Ausscheiden**, s.216; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.79.
603 Handschin, **a.g.m.**, s.254; Jung, **Ausscheiden**, s.216-217.

(örneğin sözleşme süresini uzatan[604], kredi limitini yükselten) anlaşmalarla ayrılan ortak bağlı değildir[605] meğerki temsile ilişkin hükümlere göre bu anlaşmaya katılmış olsun veya üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektirecek bir durum bulunsun[606].

Öte yandan, sözleşmenin yorumlanmasıyla, sözleşmedeki borcun ortak olmaktan kaynaklanan bir borç olduğu anlaşılabiliyorsa, ortaklıktan ayrılmayla bu borç esasen sona erer[607]. Böyle bir sözleşmeye örnek vermek gerekirse; ortakların borcu bir kaçınma yükümlülüğünü (örneğin rekabet etmeme borcu) içermekteyse, bireysel olarak ortakları değil ortaklığı ilgilendiren bir borçtan söz edilebilir[608].

Ayrıca, ortaklıktan ayrılma halinde sözleşmenin ayrılan ortak bakımından sona ereceğine ilişkin sözleşmesel düzenlemeler yapılabilir. Peki acaba sözleşmede böyle bir düzenleme yapılmamışsa, ayrılan ortağın sadece kendisi bakımından sözleşmeyi kısmi feshetmesi mümkün müdür?

İsviçre doktrininde savunulan görüşe göre, alacaklı, ortaklıktan ayrılmayı bilmesine rağmen bir çekince ileri sürmeksizin sözleşme ilişkisini sürdürmekteyse kısmi fesih mümkündür[609] ve fesih bildirim süresinin bitiminden sonra doğan borçlardan ayrılan ortağın sorumluluğu olmaz[610] [611]. Sözleşme belirsiz süreli olmasına rağmen bir fesih sebebi kararlaştırılmamış ise, bu durumda da ayrılan ortak, sözleşmeyi haklı sebeple (olağanüstü fesih yoluyla) kısmi feshedebilir[612]. Özellikle,

---

[604] Aynı görüşte bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.217.

[605] von Steiger, **a.g.e.**, s.421-422; Bollmann, **a.g.e.**, s.95; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.207; Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.74; Türkmen, **a.g.e.**, s.344. Ayrılan ortaktan dürüstlük kuralına göre daha fazla katlanması beklenemeyecek şekilde sözleşmede değişiklik yapılırsa, ayrılan ortağın sorumluluktan kurtulacağı kanaatinde bkz. Jung, **Ausscheiden**, s.217.

[606] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.76.

[607] Handschin, **a.g.m.**, s.254.

[608] Handschin, **a.g.m.**, s.254.

[609] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.80.

[610] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Bollmann, **a.g.e.**, s.96; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.207.

[611] Alman Federal Mahkemesi de 1977 tarihli bir kararında, şahıs ortaklıklarından ayrılan ortağın (ortak olduğu dönemde kurulmuş) sürekli borç ilişkisinden doğan borçlardan sorumluluğunun bir sonraki fesih dönemine kadar devam edeceğine ve bundan sonra sorumluluğunun kalkacağına hükmetmiştir. Bkz. BGH, 19.12.1977 - II ZR 202/76 (www.prinz.law, E.T.03.04.2021).

[612] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.207.
Buna karşılık, belirsiz süreli sözleşmelerin kural olarak olağan fesih yoluyla zaten feshedebileceği, bu nedenle olağanüstü fesih yolunun asıl belirli süreli sözleşmeler bakımından önem taşıdığı yönündeki haklı eleştiri için bkz. Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.81.

sorumluluğun devamı ayrılan ortak yönünden sarsıcı bir durum yaratıyorsa, ayrılan ortak TMK m.2 (ZGB Art.2) hükmüne dayanarak sorumluluktan kurtulabilmelidir[613].

Ayrılan ortağın sürekli borç ilişkisini olağanüstü fesih yoluyla sona erdirebileceği fikrine karşı çıkan *Handschin/Vonzun*'a göre[614] ise sırf ortaklıktan ayrılma olgusu, belirli ya da belirsiz süreli bir sözleşmeyi sona erdirmek için haklı sebep olarak görülemez. Yani ayrılan ortak, ortaklıktan ayrılmış olsa da üçüncü kişiyle akdedilmiş sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder. Aksi kabul edilirse, *pacta sunt servanda* prensibi ihlal edilmiş olur. Çünkü, devam eden sözleşme esnasında ortağın ayrılması olasılığı, ortağın risk alanında kalan bir durum olarak kabul edilmelidir. Olağanüstü fesih imkanından söz edilebilmesi için, ayrılan ortağın "ortaklık sıfatı" sözleşmenin kurulması ve devamında (alacaklı da dahil) tüm taraflar açısından esaslı bir unsur teşkil etmelidir. Öyle ki, ortaklıkta olduğu süreyi aşan bu sözleşmeyle bağlı olması ayrılan ortaktan beklenemeyecek olmalıdır.

Jung'a göre de ayrılan ortak, olağanüstü kısmi fesih (Teilkündigung) yoluyla sürekli borç ilişkisinden derhal kurtulabilir ancak bunun için alacaklı, özellikle ayrılan ortağın kişiliğine (kredisine) güvenmiş olmamalıdır. Buna karşılık -çoğu zaman olduğu gibi- alacaklı, ayrılan ortağın kişiliğine güvenmiş ise, bu durumda da belirsiz süreli sözleşmede "olağan fesih" olarak yine bir kısmi fesih imkânı mevcuttur. Fakat bu hak önceden açıkça veya örtülü olarak sözleşme ile ortaklığa tanınmış olmalıdır. Yazara göre, ortağın ayrıldığını bilmesine rağmen alacaklının sessiz kalması, ayrılan ortağın makul bir süre sonunda sorumluluktan kurtulması için alacaklının rıza verdiği anlamına gelmez. Çünkü alacaklının sessiz kalması kural olarak bir irade açıklaması sayılamaz. Bu olasılıklar haricinde, tüm tarafların anlaşarak sözleşmenin değiştirilmesi, sözleşmenin tüm taraflar bakımından feshi (Gesamtkündigung) veya işlem temelinin çökmesine ilişkin sıkı şartlar altında hâkimin sözleşmeyi uyarlanması yolundan başka çare yoktur[615].

İsviçre hukukunda savunulduğu gibi kanaatimizce de ayrılan ortağın kişisel ve ekonomik geleceğini belirleme özgürlüğünü korumak ve artık etki edemeyeceği

[613] von Steiger, **a.g.e.**, s.422; Fellmann/Müller, **a.g.e.**, Art.544, N.207.
[614] Handschin/Vonzun, **a.g.e.**, Art.544, N.82.
[615] Jung, **Ausscheiden**, s.217.

borçlardan kurtulmasını sağlamak amacıyla sürekli borç ilişkilerindeki sorumluluğuna bir sınır çizilmelidir. Ortaklıktan ayrılmanın bu borç ilişkilerine ait tüm rizikosu, sadece ayrılan ortağa veya alacaklıya yüklenmemelidir. Bu nedenle ayrılan ortak, belirsiz süreli sözleşmeleri fesih bildirim süresine uyarak sadece kendisi bakımından feshedebilmelidir (olağan kısmi fesih). Alacaklı, bu duruma dayanarak haklı sebeple sözleşmeyi tümüyle (yani ortaklık bakımından) feshetmezse, sözleşmenin ayrılan ortak olmaksızın devam ettiği kabul edilmelidir[616].

Belirli süreli sözleşmelerde ise, alacaklı sözleşmeyi yaparken ayrılan ortağın kişiliğine güvenmemiş ise (bu hususta ayrılan ortağın sorumluluğunun TBK m.32 anlamında "sözleşmenin temeli" seviyesinde olup olmadığı ölçü alınabilir) ayrılan ortak olağanüstü kısmi fesih yoluyla sözleşmeyi kendisi bakımından feshetmeye yetkili sayılmalıdır[617] (olağanüstü kısmi fesih).

Hatta kısmi fesih bildirimi yapılmamış olsa dahi, somut olaydaki koşullara göre TMK m.2 gereği, ayrılan ortağın sorumluluğunun sona erebileceği söylenmelidir. Örneğin, durum hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen ihtirazi kayıt koymadan sözleşmeyi sürdüren alacaklı, ayrılan ortağa başvuramamalıdır.

Türk hukukundaki uygulamaya bakılacak olursa; Yargıtay'ın bir kararına[618] konu uyuşmazlıkta, adi ortaklık şeklinde işletilen bir işyerindeki iş sözleşmeleri nedeniyle fazla çalışma ücreti, kıdem ve ihbar tazminatından ayrılan ortağın ne ölçüde sorumlu olacağı değerlendirilmiştir. Yüksek Mahkeme, ayrılan ortağın, ayrılma tarihinden önceki fazla çalışma ücretinden ve ayrılma tarihindeki ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olduğuna; buna karşın, ayrılma tarihinden

---

[616] Aynı fikirde bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.96.

[617] Bununla birlikte, sözleşme bitimine kısa bir süre kalmışsa durumun özelliği aksini haklı kılmadıkça, ayrılan ortağın bu sözleşmeyi olağanüstü kısmi fesih yoluyla sona erdirme hakkı bulunmayacağı söylenmelidir.

[618] Yarg. 9. HD., E.1997/10351 K.1997/13379 T.02.07.1997: *"2-Davalıların işyerini adi ortaklık şeklinde işlettikleri ve* ***davalılardan A.O.nun akdin feshinden önce 1.6.1991 tarihinde ortaklıktan ayrıldığı anlaşıldığından adı geçen davalının ihbar tazminatından sorumlu tutulması mümkün değildir.*** *Mahkemece ihbar tazminatının davalı A.O.dan da tahsiline karar verilmesi hatalıdır. 3-Davalı A.O. adi ortaklıktan ayrıldığı 1.6.1991 tarihinden önceki fazla mesai ücretinden ve anılan tarihten önceki hizmet sözleşmesine göre bu tarihteki ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatından diğer davalı ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği halde,* ***ortaklıktan ayrıldığı tarihten sonraki süre içinde fazla mesai ve kıdem tazminatı alacağından sorumlu tutulması bozmayı gerektirmiştir.****"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.23.03.2021).

sonraki süre için fazla çalışma ücretinden ve kıdem tazminatından sorumlu olmadığına hükmetmiştir. Ayrılan ortağın, ihbar tazminatından da sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.

Yargıtay yakın tarihte verdiği başka bir kararında[619], adi ortaklık oluşturan şirketlerin asıl işveren olduğu bir olayda, iş kazasından önceki tarihte ortaklıktan ayrılan şirketin tazminat sorumluluğunun olmadığına hükmetmiştir.

VII. HAKSIZ ÇIKMA VEYA ÇIKARMANIN SONUÇLARI

Sözleşmede öngörülen şartlar sağlanmadan[620] çıkma/çıkarma veya haklı bir sebep bulunmadan ortaklıktan çıkarma, haksız bir çıkma/çıkarma niteliğinde olur[621]. Acaba, haksız çıkma/çıkarma beyanının ortaklık ilişkisine etkisi nasıl olmalıdır?

Doktrinde savunulan bir görüşe[622] göre, -sözleşmede haklı sebeple çıkarma imkânı öngörülmüşse- haklı sebebin oluşmadığı veya kanunun emredici hükümlerine ya da ortaklık sözleşmesine aykırı olduğundan bahisle çıkarma kararının hükümsüz olduğunun tespitine yönelik dava açılabilir. Buna gerekçe olarak, çoğu zaman ortaklık sıfatının devam etmesinde daha fazla menfaatin bulunabileceği belirtilmektedir[623]. Bu davanın kabulü halinde, mahkemece çıkarma kararının hükümsüz olduğu tespit edilir

---

[619] Yarg. 21. HD., E.2018/5046 K.2019/3383 T.06.05.2019: *"**Taraflar arasında uyuşmazlığın adi ortaklıktan kazadan önce ayrılmış olan ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş'nin tazminattan sorumlu olup olmadığı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.** ... Bu açıklamalar doğrultusunda somut olayda her ne kadar davalı adi ortaklığı oluşturan şirketler asıl işveren olarak, iş kazası sonucunda meydana gelen zarardan müştereken ve müteseslilsen sorumlu iseler de; **iş kazası tarihi olan 16/04/2010 tarihinden önce 15/01/2008 tarihinde davalı ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin diğer adi ortaklığı oluşturan şirketlerin rızasını alarak ortaklıktan ayrılmış olduğu, adi ortaklık sözleşmesinde de sorumluluğunun devam ettiğine dair bir kaydın bulunmadığının anlaşılması karşısında bu şirketin sorumlu olduğunun kabulü mümkün değildir.**"* (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.23.03.2021).

[620] Sözleşmede çıkma/çıkarma hakkı; belirlenen yaşa gelmek, bir yeterliliği kaybetmek, kararlaştırılan asgari sürenin geçmesi, çıkma talebinin oyçokluğuyla kabul edilmesi, rekabet yasağının ihlali yahut genel olarak haklı bir sebebin gerçekleşmesi gibi şartlara bağlanabilir.

[621] Adi ortaklıktan haklı sebeple çıkma imkanının bulunmadığını kabul ettiğimizi önceden belirtmiştik. Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, IV, B, 2, b, (2). Dolayısıyla burada haksız çıkmadan söz ederken, sözleşmedeki şartlara uyulmaması ihtimalini dikkate almaktayız.

[622] Bollmann, **a.g.e.**, s.59. Haklı sebebin bulunmaması veya çıkarma prosedürüne aykırılık iddiasıyla bu davanın açılabileceği kanaatinde bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s.176. Kanuna veya sözleşmeye aykırılık halinde çıkarma kararına karşı itiraz (iptal) davası açılabileceği fikrinde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.98i. Kollektif şirketlere ilişkin TTK m.255/2'nin (eTK m.197/2) kıyasen uygulanması gerektiğini belirterek benzer görüşte bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.71; Şener, **Adi Ortaklık**, s.389. Alman hukukunda da çıkarmanın hükümsüz olduğunun belirlenmesine ilişkin tespit davası açılabileceğine dair bkz. Soergel/Hadding, **a.g.e.**, §737, N.11.

[623] Bollmann, **a.g.e.**, s.59.

ve bu karar ileriye dönük (ex nunc) etki gösterir[624]. Çıkarma kararına karşı dava açma hakkı, ortaklık sözleşmesiyle de kaldırılamaz[625]. Öte yandan, haksız çıkma açısından da benzer bir yaklaşıma rastlanmaktadır. *Bollmann*'a göre, diğer ortakların açacağı dava neticesinde mahkeme çıkmanın sözleşmedeki devam kaydına ilişkin düzenlemelere aykırı olduğunu (haklı bir sebebe dayanmadığını) tespit ederse, çıkmanın hükümsüz olduğunun tespitine karar verir. Aksi halde, çıkmayı onaylar ve davayı reddeder. Dolayısıyla, dava karara bağlanana kadar ortaklık sıfatı askıda olup, bu durum, ortaklığın haklı sebeple feshi için dava açıldığındaki duruma (tersinden) benzer[626]. *Türkmen* de haklı bir sebebin gerçekleşmediği gerekçesiyle çıkmanın iptaline yönelik olarak diğer ortakların mahkemeye başvurabileceklerini belirtmektedir[627].

Adi ortaklık sözleşmesinin niteliği ve bu sözleşmeden doğan borçlar nazara alındığında, bu çözüm tarzı isabetli görünmemektedir. Çünkü adi ortaklık sözleşmesi karşılıklı yoğun güven ve iş birliği ilişkisini gerekli kılar[628]. Bu sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinden biri de müşterek amaç için birlikte çaba yükümlülüğü (Affectio Societatis) olduğundan[629], her ortak ortaklık amacının gerçekleşmesine yönelik faaliyetlere aktif olarak katılmak, bu yolda diğer ortaklarla iş birliği içerisinde çalışmak ve çaba sarf etmek borcu altındadır[630].

Çıkma veya çıkarma iradesi ortaya konulduktan sonra bu iradeye rağmen, çıkan veya çıkarılan ortakla birlikte ortaklık ilişkisinin sürdürülebileceğini söylemek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Daha da önemlisi, artık müşterek amaç için birlikte çaba gösterme borcunun (Affectio Societatis) imkânsızlaştığını[631] kabul etmek gerekir. Bu durumda sonraki imkânsızlık sonuçları doğacağından sözleşmesel ilişkisi, çıkan veya

---

[624] Türkmen, **a.g.e.**, s.178. Ayrıca bkz. Bollmann, **a.g.e.**, s.59.
[625] Türkmen, **a.g.e.**, s.176.
[626] Bollmann, **a.g.e.**, s.56-57.
[627] Türkmen, **a.g.e.**, s.59.
[628] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.
[629] Yarg. 3. HD., E.2016/19699 K.2018/5859 T.28.05.2018: *"Birlikte çaba yükümlülüğü bir yan edim yükümü olmayıp, asli edim yükümü durumundadır ve adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi karakterine uygun olarak, süreklilik arz etmelidir."* (Sinerji İçtihat Bankası, E.T. 03.09.2019).
[630] Barlas, **a.g.e.**, N.83, 86. Aynı yönde bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s.53; Domaniç, **a.g.e.**, s.12; Şener, **Adi Ortaklık**, s.116-117; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.**, N.60.
[631] Zira bu borcun cebri icra yoluyla elde edilebilir olmadığı açıktır.

çıkarılan ortak bakımından tasfiye ilişkisine dönüşür ki, bu yönüyle çıkma/çıkarma da meydana gelmiş olur.

Nitekim, *Demirsatan* sözleşmelerin haksız olarak sona erdirilmesi konulu eserinde, Türk ve İsviçre hukukundaki görüşleri ve uygulamayı inceledikten sonra[632] şu sonuca ulaşmıştır: Haksız fesih beyanının sözleşme üzerindeki etkisi, bu beyanın "asli edim" üzerinde nasıl bir etki doğurduğuna (borca aykırı bir davranış olarak haksız fesih nedeniyle borcun imkânsız hale gelip gelmediğine) göre belirlemelidir. Yani, haksız fesih beyanına rağmen asli edim halen cebri icra yoluyla elde edilebilir durumda ise (örneğin verme edimi) haksız fesih, sözleşme üzerinde doğrudan bir etki göstermezken; aksi taktirde sonraki imkânsızlık meydana gelir ve asli edim borcu sona erdiğinden sözleşme tasfiye sürecine girer[633].

Bu görüşten hareketle, haksız çıkma/çıkarma beyanının da ortaklık sözleşmesi üzerinde etki gösterdiği ve böylelikle ilgili ortağın ortaklıktan ayrıldığı kabul edilmelidir. Fakat haksız çıkma/çıkarma beyanına muhatap olan/olanlar, bu nedenle doğan zararların tazminini isteyebilirler.

[632] Genel olarak ifade etmek gerekirse; bir görüşe göre, haksız fesih beyanı sözleşmeyi sona erdirir ve beyan sahibi haksız fesih nedeniyle doğan zararlardan muhataba karşı sorumlu olur. Diğer bir görüşe göre ise, haksız fesih beyanı hükümsüz bir işlem olup, (kanundaki istisnai hükümler haricinde) sözleşme ilişkisinin devamı üzerinde bir etkide bulunmaz ve sözleşme ilişkisi ayakta olduğundan edimlerin aynen ifası gerekir. Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. Demirsatan, **a.g.e.**, s.290 vd.
[633] Demirsatan, **a.g.e.**, s.303 vd.

SONUÇ

Adi ortaklık, tüzel kişiliği bulunmayan sözleşmesel bir kişi birliği olup, ortakların şahsı üzerine kurulu bir yapıya sahiptir. Ortaklarda değişiklik; ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir, olağanüstü işlemlerdendir ve kural olarak tüm ortakların rızasını gerektirir.

Ortaklarda değişiklik, ortaklık yapısında yani ortaklıktaki hak ve borç düzeninde değişiklik yaratmaktadır. Ortaklık yapısındaki bu değişiklikler; yeni ortak alımı, ortaklık sıfatının devri ve ortaklıktan çıkma/çıkarma şeklinde görünüm kazanmaktadır.

Yeni ortak alımı, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle ortaklıkta yeni bir hukuki statünün yaratılmasıdır. Sözleşmede, oyçokluğuyla veya bu konuda yetki verilen ortağın kararıyla yeni ortak alınabileceği öngörülebilir ya da (ölen ortağın mirasçıları gibi) kategorik olarak belirli kişiler için önceden sözleşmede rıza verilebilir.

Yeni ortak alımı için mevcut ortaklar ile ortaklığa girecek kişi arasında bir "ortaklığa kabul sözleşmesi" yapılmalıdır. İç ilişkide ortaklardan birine tanınan yeni ortak alımına karar verebilme yetkisi, şüphe halinde, ortaklığa kabul sözleşmesini yapma konusunda temsil yetkisi anlamına da gelir. Ortaklığa kabul sözleşmesinin içeriği, sözleşme özgürlüğü sınırları dahilinde serbestçe düzenlenebilir. Bununla birlikte, ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırı düzenlemeler (örneğin oy hakkı veya ortaklık işlerini inceleme hakkı tanınmaması) geçerli değildir.

Ortaklığa kabul sözleşmesi de bir birlik kurucu karaktere sahiptir ve bu yönden ortaklık sözleşmesi mahiyetinde olup, ortaklık sözleşmesine ilişkin esaslara tabidir. Bu itibarla, herhangi bir sebeple geçersiz olan fakat icrasına başlanmış ortaklığa kabul sözleşmesindeki geçersizlik kural olarak, iç ve dış ilişkide ileriye etkili sonuç doğurur.

Yeni ortak alımı, ortaklığın özdeşliğinde değişiklik yaratmadığından yeni bir ortaklık kurulması anlamına gelmez. TBK m.206 anlamında sözleşmeye katılmadan farklı olarak, yeni ortak bağımsız bir taraf statüsü kazanır, ortaklık malvarlığında hak

sahibi olur ve duruma göre yönetim/temsil yetkileri kazanabilir. Bu nedenle TBK m.206 ortaklığa kabul sözleşmesine ancak kıyasen uygulanabilir.

Kanunda ortaklığa kabul sözleşmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin şekline ilişkin olarak TBK m.13 veya m.206 hükmü kıyasen uygulanabileceğinden, ortaklığa kabul sözleşmesi özel bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak ortaklık sözleşmesinde bu hususta bir şekil şartı öngörülebilir. Bundan başka, ortaklık sözleşmesinde sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin bir şekil şartı kararlaştırılmış ise, bu şekil şartı ortaklığa kabul sözleşmesi için de geçerli olur. Öte yandan, ortaklık sözleşmesi taraf iradeleriyle bir geçerlilik şekline bağlanmış olsa dahi (örneğin ortaklık sözleşmesi yazılı olarak yapılmış olsa da) ortaklığa kabul sözleşmesi bu şekle tabi olmaz. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması da ortaklığa kabul sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasını gerektirmez.

Ancak yeni ortağın taahhüt ettiği katılım payının devrine yönelik borçlandırıcı işlem kanunen şekle bağlıysa (örneğin taşınmaz üzerindeki ayni hak devri taahhüdü), katılım payı taahhüdü bu şekle uygun yapılmalıdır. Bu durumda, ortaklığa kabul sözleşmesinin tamamı değil, yalnızca katılım payı taahhüdü ve buna doğrudan bağlı olgular ile süreye ilişkin kayıtlar resmi şekle tabi olmalıdır. Bu kısmın resmi şekilde yapılmamış olması kural olarak kısmi hükümsüzlüğe yol açar.

Ortaklığa giren kişi (yeni ortak), ortaklığa kabul sözleşmesiyle birlikte ortaklık sıfatını ve bu sıfata bağlı tüm hak, borç ve yetkileri kazanır. Diğer ortakların hukuki durumlarında ise kendiliğinden bir sınırlanma (Abwachsung/Dekreszenz) ve katılma paylarında azalma meydana gelir. Bu durum, mülkiyet hakkının kaybı anlamına gelmez. Fakat hakların kullanımına ilişkin işlemlere artık yeni ortağın da katılımı (rızası) gerekeceğinden diğer ortakların hukuki durumunun zayıflamasına neden olur. Yeni ortağın ortaklık malvarlığında elbirliğiyle hak sahipliğini kazanması için her bir unsura ilişkin ayrıca tasarruf işlemleri (örneğin zilyetliğin devri, tescil veya alacağın devri) yapılması gerekmez. Çünkü elbirliği ortaklıklarında, "ortaklık sıfatı" ile "ortaklık malvarlığı üzerindeki hak sahipliği" arasında zorunlu bir bağlılık bulunur. Bu durumun söz konusu olmadığı paylı ortaklıklarda ise, ortaklık malvarlığına dahil unsurların devri için ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılması şarttır. Bundan başka, yeni

ortak, aksi kararlaştırılmadıkça ortaklığa katılımından önce doğmuş kara ve zarara da katılır.

Kural olarak yeni ortak yönetim ve temsil yetkisine sahip olur (TBK m.625 ve m.637/3). Fakat yönetim yetkisi ortaklardan bazılarına bırakılmış olabilir. Bu durum diğer ortakların şahsındaki belirli bir engelden kaynaklanmaktaysa, kural olarak yeni ortak yönetim ve temsil yetkisine sahip olur.

Yeni ortak da ortaklığa katılım payı getirmekle yükümlü olup, bunun içeriği ve kapsamı öncelikle ortaklığa kabul sözleşmesine göre belirlenir. Burada veya ortaklık sözleşmesinde de bir hüküm yoksa, TBK m.621/2 hükmü esas alınmalıdır.

Ortaklığa girmesinden önceki tarihteki bir hukuki sebebe dayanan ortaklık borçlarından ise yeni ortağın kural olarak şahsi sorumluluğu (şahsi malvarlığı ile sorumluluğu) söz konusu olmaz. Çünkü adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve yeni ortak, bu borçlara ilişkin işlemlere bizzat katılarak veya temsil yoluyla alacaklılara karşı borçlanmış değildir. Fakat bu borçlardan yeni ortak da ortaklık malvarlığıyla sorumludur. Aksi halde, rızaları ve hatta bilgileri dışında gerçekleşen yeni ortak alımıyla, alacaklıların hukuki durumları zayıflatılmış olur. Alman hukukunda ise bugün, yeni ortağın ortaklığa girmesinden önceki ortaklık borçlarından da şahsen sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Ortaklık sıfatının devri; bir hukuki işlem yoluyla ortağın hukuki statüsüne yeni bir kişinin (devralanın) geçmesi anlamına gelmektedir. Bu yönüyle ortaklık sıfatının devri; ortağın sadece malvarlıksal haklarını (kâr payı, tasfiye payı gibi) devretmesinden veya ortağın payına diğer ortakların rızası olmaksızın üçüncü bir kişiyi ortak etmesinden (alt katılım ortaklığı) ayrılır (TBK m.632/2).

Bugün Alman ve İsviçre hukukundaki baskın görüşe göre, ortaklık sıfatının devri, sözleşmenin devri değil, bir hakkın devri gibi değerlendirilmektedir. Çünkü, ortaklığın ortaklardan bağımsız olduğu kabul edilmekte ve artık ortaklık sıfatı (payı) sadece bir hukuki ilişki değil, aynı zamanda bir "sübjektif hak" niteliğinde görülmektedir. Bu itibarla, Alman ve İsviçre hukukunda çoğunlukla -Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından- ortaklık sıfatının devri işlemine "alacağın devri" hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu noktada diğer ortakların rızası şartı

ise, -Alman hukukunda- kişi ortaklıklarının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir karakter taşıdığı düşüncesine dayandırılmaktadır.

Ancak bu çalışmada -Alman, İsviçre ve Türk hukukunda bazı yazarlar tarafından da savunulduğu gibi- ortaklık sıfatının devri işlemine, sözleşmenin devri (TBK m.205) hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Devir işleminin konusu, bir hukuk ilişki niteliğindeki ortaklık sıfatı olduğuna göre, geniş anlamda borç ilişkisinin devri için alacağın devri yeterli değildir. Ortaklık sözleşmesinin birlik kurucu karakteri de sözleşmenin devri kurallarının uygulanmasına engel değildir. Sözleşmenin devri kurallarının "kıyasen" uygulanacağını belirtmemizin sebebi ise, ortaklık sıfatının devri işleminin bünyesi gereği taşıyabileceği farklılıklardır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin devri halinde kural olarak, devir anından önce doğmuş hak ve borçlar devralana geçmediği halde, ortaklık sıfatının devrinde doğmuş hak ve borçlar da devralana geçer. Zira bu hak ve borçlar aksi kararlaştırılmadıkça ortaklık payının kaderine tabidir. Nitekim, elbirliği ortaklığında "ortaklık sıfatı" ile "ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahipliği" arasında ayrılmaz bir bağ bulunduğuna göre, her ortak, ortak malvarlığındaki aktif ve pasifler üzerinde hak sahibidir.

Alacağın devri yerine sözleşmenin devri kurallarının uygulanacak olmasının en önemli pratik sonucu; ortaklık sıfatının devrine ilişkin tasarruf işleminin (devir sözleşmesi), TBK m.205/3 gereği kanunen bir geçerlilik şekline tabi olmayacağıdır. Ortaklık malvarlığında taşınmaz bulunması da bunu değiştirmez. Keza, ortaklık sıfatının devrine ilişkin borçlandırıcı işlem (devir vaadi) de TBK m.29 gereği kural olarak bir geçerlilik şekline tabi değildir. Çünkü devir sözleşmesi, devralanın sözleşmede kalan tarafa karşı borçlanmasına yol açacağından, devir vaadinin bir önsözleşme olduğu ve asıl sözleşmenin şekline tabi olduğu ifade edilmektedir. Öte yandan, taraflar devir vaadi için bir iradi şekil şartı kararlaştırabilir ya da (bağışlama gibi) işlemin niteliği gereği şekil mecburiyeti söz konusu olabilir.

Devir sözleşmesi; devreden, devralan ve diğer ortakların katıldığı "üç taraflı bir sözleşme" şeklinde veyahut devreden ile devralan arasındaki "iki taraflı sözleşme"ye diğer ortakların önceden izin ya da sonradan onay vermesi şeklinde

yapılabilir. Ancak, diğer ortakların sonradan devir sözleşmesine onay vermesi halinde bu onay geçmişe etkili olmaz.

Sözleşmenin devri soyut bir işlem olarak kabul edildiğinden, ortaklık sıfatının devrinde de soyutluk ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, devir vaadindeki sakatlık kural olarak devir işlemini doğrudan geçersiz kılmaz. Devralan kişi, iç ve dış ilişkide "ortak" olarak kabul edilir. Fakat devreden, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ortaklık sıfatının tekrar kendisine devredilmesini devralan kişiden isteyebilir. Diğer ortaklar bu ikinci devir işlemine rıza göstermezse devreden, ortaklık sıfatının "değer" olarak karşılığını devralandan talep edebilir. Devir vaadi sözleşmesindeki karşı edimin ifasında temerrüt gibi nedenlerle sözleşmeden dönme durumunda da aynı çözüm tarzı geçerlidir.

Diğer ortaklar iki taraflı olarak yapılan devir sözleşmesine rıza göstermezse, bu sözleşme tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle kural olarak geçersiz olur. İstisnaen, devir sözleşmesinin tarafı olan üçüncü kişi, devreden ortaktan malvarlıksal hakların kendine verilmesini isteyebilir. Bunun için devir sözleşmesi taraflarının, diğer ortakların rıza vermeyeceğini bilselerdi bu şekilde sınırlı mahiyette bir devir işlemini yapmak isteyecekleri anlaşılabilmelidir. Aksi taktirde, diğer ortakların rıza göstermeyeceklerini bilen veya somut olaydaki şartlara göre öngörmesi gereken kusurlu ortak, devir vaadine aykırılıktan doğan zarardan sorumlu olur (TBK m.112).

Ortaklık sıfatı devrinin sonucunda; devralan, devreden ortağın hukuki statüsüne geçmiş olur. Kural olarak, devredenin iç ilişkideki malvarlıksal ve yönetsel tüm hak ve borçları devralana intikal eder. Lakin taraflar, doğmuş malvarlıksal hakların devredende kalacağını da öngörebilirler ve bunun için diğer ortakların ayrıca rızası gerekmez. Birden fazla oy hakkı gibi devrenin şahsı mahsus olarak tanınmış "özel haklar" (Sonderrechte) ise kural olarak, devralana geçmez ve kendiliğinden sona ererler.

Devredenin doğmuş alacak hakları (örneğin kâr payı) üzerindeki tasarrufları, devralana karşı da etkili olur. Buna karşın, devreden, gelecekte doğacak münferit alacaklar üzerinde tasarrufta bulunulmuş olsa dahi bunlar esasen ortaklık sıfatını devralana aittir.

Paylı ortaklığın aksine elbirliği ortaklıklarında, devralan, ortaklık malvarlığındaki değerler üzerindeki hak sahipliğini de kendiliğinden kazanmış olur.

Alman hukukunda kural olarak, ortaklığa karşı doğmuş borçlardan (sosyal talepler) devreden ve devralan müteselsilen sorumludurlar. Ortakların şahsına karşı olan borçlardan (örneğin bir ortağın devreden karşı rücu talebi) veya ortaklık sözleşmesine aykırılık nedeniyle doğan borçlardan ise, sadece devreden sorumludur. Zira bunlar, ortaklık sıfatı sebebiyle doğan borçlar değildir. İsviçre ve Türk hukukunda ise, bu tür bir ayrıma gidilmediği gibi, devredenin iç ilişkideki doğmuş borçlardan kurtulduğu kabul edilir. Ortaklık sıfatı devrine, halefiyet sonucu bağlanmaktadır.

Dış ilişkide, devirden önce doğmuş ortaklık borçlarından sorumluluk bakımından TBK m.202 (OR Art.181) hükmü uygulanmalıdır. Bu itibarla, devralan, devrin gerçekleştiğinin üçüncü kişilere bildirilmesinden itibaren önceki borçlardan sorumlu olur. Devreden ise, muaccel borçlar için bildirim tarihinden itibaren; daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihlerinden itibaren iki yıl boyunca devralanla birlikte müteselsil borçlu olur.

Adi ortaklıkta, ortakların şahsının taşıdığı önem sebebiyle, bir ortağın bile ortaklıktan ayrılmak durumunda kalması (örneğin ortağın ölümü) kural olarak, ortaklığın sona ermesine yol açar. Ancak taraflar sözleşmede bir "devam kaydı" öngörmek suretiyle bu kuralı devre dışı bırakabilirler (TBK m.633 ve m.639). Bu durumda ortaklıktan çıkma/çıkarma söz konusu olabilir.

Ortaklıktan ayrılma kurumu (TBK m.633) bir yandan ortaklığın devamlılığını korurken, diğer yandan kalan ortakları sözleşmeyi sürdürmekle yükümlü tutmaktadır. Bu bakımdan, kalan ortakların negatif sözleşme özgürlüğü de etkilendiğinden; ortaklıktan ayrılma, ancak taraflarca bu hususun açıkça kararlaştırılmış olması halinde mümkündür.

TBK m.633, yasal çıkma/çıkarma hakkı veren bir hüküm değildir. Hükmün fonksiyonu, taraflara çıkma/çıkarma hakkında bir düzenleme modeli sunmak ve bazı durumlarda ortaklığın sona ermemesi için başlangıçta önlem almayı hatırlatmaktır.

Bir ortağın şahsında sona erme sebebi gerçekleştikten sonra da -en geç tasfiye bitine kadar- diğer ortaklar oybirliğiyle ortaklığın devamına karar verebilirler. Ancak bu durumda, ilgili ortağa (yasal temsilcisine, mirasçılarına vs.) yazılı olarak çıkarma bildirimi yapılmalı ve ilgili ortağın ayrılma payı tümüyle ödenmiş olmalıdır. Zira bu suretle ilgili ortak (veya mirasçıları vs.) dezavantajlı bir duruma düşürülmemelidir.

Ortaklar, çıkma veya çıkarma usulüne ilişkin çeşitli düzenlemeler yapabilirler. Örneğin, belirlenen sebep şahsında gerçekleşen ortağın "kendiliğinden" çıkmış sayılacağı kararlaştırılabilir ya da ortaklara yenilik doğuran bir hak olarak "çıkma hakkı" tanınabilir. Ayrıca, oyçokluğuyla çıkarma kararı alınabileceği veya mahkeme kararıyla ortağın çıkarılabileceği sözleşmede öngörülebilir. Bir sebebe bağlı olmadan ortağın çıkarılabileceği yönündeki kayıtlar ise kural olarak geçersiz sayılmalıdır.

TBK m.633'e göre ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi durumunda "ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği" sözleşmede kararlaştırılabilir. Böyle bir ihtimalde -kaynak BGB §736'da olduğu gibi- ilgili ortak "kendiliğinden" çıkmış olur.

İsviçre ve Türk hukukunda tartışmalı olmakla birlikte, sözleşmede öngörülmese de adi ortaklıktan haklı sebeple çıkarma hakkının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu hususta kanun boşluğu, BGB §737 ve TBK m.633 hükümleri nazara alınarak TMK m.1 gereği hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulmalıdır. Bu nedenle, bir ortağın ortaklığın feshine yol açabilecek haklı bir sebebe yol açması halinde diğer ortaklar; oybirliğiyle çıkarma kararı almak, ilgili ortağa yazılı bildirimde bulunmak ve ayrılma payını tümüyle ödenmek kaydıyla bu ortağı çıkarabilmelidirler. Buna karşılık, sözleşmede kararlaştırılmamışsa ortaklıktan haklı sebeple çıkma hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ortağın ölümü üzerine ortaklığın ve ortaklık sıfatının akıbeti farklı ihtimallere göre değişebileceğinden bu husus alternatifli incelemeyi gerektirmiştir. Sözleşmede ortağın ölümü üzerine ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği kararlaştırılmışsa (basit devam kaydı), ölen ortak kendiliğinden ortaklıktan çıkar ve mirasçılar ayrılma payına hak kazanır. Bunun dışında, ölen ortağın yerine tüm mirasçıların (basit halefiyet kaydı) veya belirli mirasçıların (nitelikli halefiyet kaydı) geçeceği

sözleşmede öngörülebilir. Basit halefiyet kaydı sebebiyle, tüm mirasçılar bireysel olarak değil, elbirliği halinde ortaklık sıfatını kazanırlar. Basit halefiyet kaydı bir bakıma üçüncü kişi yararına şart niteliğinde olduğundan mirasçıların bu kazandırmayı reddetme (ortaklıktan çıkma) hakları vardır. Mirasçılar makul süre içerisinde kullanacakları çıkma (kazandırmayı ret) hakkıyla, ortağın ölümü anından itibaren etkili olmak üzere ortaklıktan ayrılabilirler. Nitelikli halefiyet kaydının varlığı halinde ise, lehtar-mirasçı/mirasçılar ortaklığa girme yönünde doğrudan ortaklığa karşı ileri sürebilecekleri bir talep hakkı kazanmış olurlar.

Ortaklıktan ayrılmanın iç ilişkide hüküm doğurduğu an, sözleşmede öngörülen çıkma veya çıkarmanın şekline göre (belirlenen olgunun gerçekleşmesiyle kendiliğinden çıkma, yenilik doğuran hak olarak çıkma hakkı, tüm ortakların anlaşmasıyla çıkma, ortaklık kararıyla veya mahkeme kararıyla çıkarma gibi) değişir. Dış ilişkide ise, bildirim, duyuru vs. yoluyla üçüncü kişilerin haberdar edilmesiyle onlar bakımından ayrılma hüküm ifade eder.

Ayrılan ortak, ortaklık sıfatını ve buna bağlı tüm hak, borç ve yetkileri ayrılma anında kaybederken, ayrılma payı alacağına hak kazanır. Ayrılan ortak, ortaklığa karşı artık üçüncü kişi muamele görür. Bu nedenle ortaklık dışı bir alacak olan ayrılma payı, on yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m.146) tabidir ve diğer ortaklar ayrılma payının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar. Ayrılma payı, ayrılma anında doğar ancak geçici tasfiye bilançosunun (ayrılma bilançosunun) hazırlanması için gerekli makul süre sonunda muaccel olur. Ayrılma payının hesabında kural olarak, gayri maddi değerler (firma değeri, müşteri çevresi gibi) de dikkate alınır. Sözleşme serbestisi çerçevesinde ayrılma payını sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar esasen geçerlidir.

Ayrılan ortak, tamamlanmamış işlerin mali sonuçlarına da katılır. Bu, ayrılma payının hesabında tahmini olarak belirlenebilir veya işlerin tamamlanmasından sonra hesaplanmak ve ödenmek üzere ileri bir tarihe bırakılabilir.

Ayrılma payının hesabında ortaklık borçları da dikkate alınmışsa, ayrılan ortak bu borçlardan kurtarılmasını diğer ortaklardan isteyebilir. Ayrılan ortak, ortaklık alacaklılarına ödemede bulunmak durumunda kalırsa, diğer ortaklara rücu talebinde

bulunabilecektir. Rücu alacağının kapsamı, ayrılma payının hesaplanmasındaki anlaşmaya ve kara/zarara katılma payına göre belirlenir. Diğer ortaklar, bundan müteselsilen sorumlu olurlar.

Ortaklıktan ayrılma esasen, dış ilişkideki sorumlulukta bir değişiklik yaratmaz. Ayrılan ortak ayrılma tarihinden önceki bir hukuki sebebe dayanan borçlardan üçüncü kişilere karşı sorumlu kalmaya devam eder. Sürekli borç ilişkilerinde ise durum daha farklıdır. Belirsiz süreli sözleşmelerde, ayrılan ortak fesih bildirim süresine uyarak kendisi yönünden sözleşmeyi feshedebilmelidir. Ancak bu durumda alacaklı sözleşmeyi olağanüstü fesih yoluyla tümüyle (yani ortaklığa karşı) feshetmezse sözleşme ayrılan ortak olmadan devam eder. Belirli süreli sözleşmelerde ise, ayrılan ortağın kişiliği sözleşmenin temeli (TBK m.32) niteliğinde değilse esasen, ayrılan ortak olağanüstü kısmi fesih yoluyla kendisi yönünden sözleşmeyi feshedebilir.

Haksız çıkma/çıkarma ortağın ayrılması sonucunun meydana gelmesini engellemez. Mamafih haksız çıkma/çıkarma beyanına muhatap olan ortak/ortaklar bu nedenle doğan zararın tazminini isteyebilirler.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork: **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971.

Akbay, Direnç: "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.77, S.2, 2019, s.697-746.

Akçaal, Mehmet: "İsviçre Medeni Kanunu'na Göre Kayyımlık Türleri", **DEÜHFD**, C.20, S.2, 2018, s.63-87.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2018.

Akkanat, Halil: "Adi Ortaklıkta 'Haklı Sebeple İhraç' Mümkün Müdür?", **İÜHFM**, C.62, S.1-2, 2004, s.333-349 *(Haklı Sebeple İhraç)*.

Akkanat, Halil: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004 *(Özel Hukuk)*.

Altınok Ormancı, Pınar: **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Ansay, Tuğrul: **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967.

Arslanlı, Halil: **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.

Ayar, Ahmet: "Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, YÜSBE, İstanbul, 2015.

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Ayiter, Nuşin: **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961.

Ayrancı, Hasan: "Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1999.

Bahtiyar, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2019.

Barlas, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Baştuğ, İrfan: "Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti", **İzmir Barosu Dergisi**, S.4, Ekim 1964, s.5-10 *(Şirket Akdi)*.

Bauer, Christoph: "Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes", Diss., Zürich-St. Gallen, 2010.

Becker, Hermann: **Berner Kommentar, Band IV/1: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR**, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1945 *(BK)*.

Becker, Hermann: **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde:184-551**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993 *(Şerh)*.

BeckOK-BGB/İlgili bölüm yazarı: **Beck'scher Online-Kommentar BGB**, Hrsg. Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, (§ 705, 719) 54. Edition, (§ 736, 737, 738, 739, 740) 55. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 2020.

Bertan, Suad: **Ayni Haklar: Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler), M.K. 618-702**, C.1, Ankara, Balkanoğlu Matbaa, 1976.

Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.

Bilgili, Fatih /Demirkapı, Ertan: **Şirketler Hukuku**, 9.Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013.

Bippus, Birgit Elsa: "Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft", **AcP**, Band 195, Heft 1, 1995, s.13-34.

Bollmann, Hans: **Das Ausscheiden aus Personengesellschaften**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971.

Bozkurt, Tamer: **Şirketler Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2019.

BSK/İlgili bölüm yazarı: **Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR**, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008.

BSK-ZGB/İlgili bölüm yazarı: **Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB,** Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel, Helbing & Linchtenhahn Verlag, 2007.

Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.

Buchner, Herbert: "Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, **AcP**, Band 169, Heft 5/6, 1969, s.483-512.

Buck, Annette: "Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch Minderjährige", Inaugural-Dissertation, Aalen, 2012.

Buz, Vedat: **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskından Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

von Büren, Bruno: **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art.184-551)**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1972.

CHK-OR/İlgili bölüm yazarı: **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR - VegüV**, Hrsg. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2016.

CHK-ZGB/İlgili bölüm yazarı: **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB**,

Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 2016.

Çabri, Sezer: "Borcun Üstlenilmesi-Sözleşmenin Devri-Sözleşmeye Katılma-Borca Katılma", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s.143-174.

Çamoğlu, Ersin: **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Çelik, Aytekin: "Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, SÜSBE, Konya, 2009.

Çelikboya, Kerem: "Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları", **GÜHFD**, S.2, 2015, (çevrimiçi), dosya.gsu.edu.tr, E.T.08.01.2020, s.195-229.

Çetiner, Bilgehan: "Austritt und Ausscluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfacehen Gesellschaft im Neuen Turkischen Obligationengesetz Unter Berucksichtigung Der Deutschen BGB-Gesellschaft", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Volume 47, No.64, 2015, s.23-41.

Demirkapı, Ertan: "Limited Ortaklık Payının Devri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir, 2008.

Demirsatan, Barış: **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.

Doğanay, Y. Ümit: **Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü)**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1968.

Domaniç, Hayri: **Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler**, 4. Bası, İstanbul, Eskin Matbaası, 1988.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut: **Türk Özel Hukuku C.IV: Miras Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

Erem, Turgut S.: **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.II Ticaret Şirketleri, 2. Baskı, İstanbul, Yörük Matbaası, 1965.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019 *(Genel Hükümler)*.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 *(Özel Hükümler)*.

Eren, Fikret: **Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 *(Mülkiyet)*.

Ergüne, Mehmet Serkan: "Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", **İÜHFM**, C.74, S.2, 2016, s.739-755.

Esser, Josef/Schmidt, Eike: **Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984.

Fellmann, Walter/Müller, Karin: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/8: Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR**, Hrsg. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Bern, Stämpfli Verlag, 2006.

Feyzioğlu, Feyzi N./Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın: **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1968.

Fleischer, Holger: "Die Auslegung von Gesellschaftsstatuten: Rechtsstand in der Schweiz und rechtsvergleichende Perspektiven", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**, Heft 4, Zürich, 2013, s.508-522.

Flume, Werner: **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft**, Band I/I, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 1977.

Früh, Peter: **Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer, 1945.

Funke, Rolf: "Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt", Inaugural-Dissertation, Hagen-Boele, 1936.

Genç Arıdemir, Arzu: **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.

Grunewald, Barbara: **Gesellschaftsrecht**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

Guhl, Theo/Koller, Alfred /Schnyder, Anthon K. /Druey, Jean Nicolas: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000.

Guhl, Théo/Kummer, Max: "Adi Şirket, Tarif ve Kuruluş", Çev. Sait Kemal Obut, **AÜSBFD**, C.10, S.2, 1955, (çevrimiçi), www.dergipark.org.tr, E.T.11.11.2019, s.159-170.

Gürpınar, Bünyamin: "Limited Şirkete Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.20, S.2, 2016, s.73-102.

Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter: **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/1: Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB**, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland 1909, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977.

Habersack, Mathias: **Die Mitgliedschaft - subjektives und "sonstiges" Recht**, Tübingen, Mohr, 1996.

Hamamcıoğlu, Esra/Karamanlıoğlu, Argun: "Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil", **MÜHFHAD**, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, C.22, S.3, 2016, s.1303-1331.

Handschin, Lukas: "Die Auflösung der einfachen Gesellschaft", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014**, Hrsg. Hans-Ueli Vogt/Holger Fleischer/Susanne Kalss, Tübingen, Mohr

Siebeck, 2014, (çevrimiçi), www.edoc.unibas.ch, E.T.08.04.2020, s.215-254.

Handschin, Lukas/Vonzun, Reto: **Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR**, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2009.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992 *(Özel Bölüm)*.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991 *(Eşya Hukuku)*.

Henssler, Martin/Strohn, Lutz/İlgili bölüm yazarı: **Gesellschaftsrecht: Beck'sche Kurz-Kommentare**, Hrsg. Martin Henssler/Lutz Strohn, Band 62, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019.

Hızır, Serdar: "6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu'nun 633'ncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C.3, Ed. Süleyman Başterzi, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2011, s.2817-2880.

Hirş, Ernst E.: **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1948.

Huber, Ulrich: **Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts**, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1970.

Hueck, Alfred: **Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt**, 4. neubearbeitete Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1971.

Hueck, Alfred/Hueck, Götz: **Gesellschaftsrecht: Ein Studienbuch**, 17. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlag, 1975.

İmregün, Oğuz: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, Yeniden Gözden Geçirilmiş İlaveli 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996.

Jauernig, Othmar/İlgili bölüm yazarı: **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, Hrsg. Othmar Jauernig, 17. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2018.

Jung, Peter: "Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und

Gesellschaftsrecht", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht XII**, Hrsg. Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg, Bern, Stämpfli Verlag, 2017, s.171-220 *(Nachfolge)*.

Jung, Peter: "Haftung der Personengesellschafter für gesellschaftsbezogene Schulden", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht IX**, Hrsg. Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, s.107-143 *(Haftung)*.

Jung, Peter: "Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaftern", **Entwicklungen Gesellschaftsrecht XI**, Hrsg. Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, s.197-235 *(Ausscheiden)*.

Jutzi, Thomas / Eisenberger, Fabian: "Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags", **ZBJV**, Redaktoren: Jörg Schmid/Sibylle Hofer, Band 154, Heft 3, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, s.163-207.

Kahraman, Zafer: "Borcun Üstlenilmesi", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu, Genel Hükümler,** Ed. Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I,

2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.1311-1436 *(Borcun Üstlenilmesi)*.

Kahraman, Zafer: **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Kahraman, Zafer: "Sözleşmenin Devri", **Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan**, Ed. Saibe Oktay Özdemir/Azra Arkan Serim/Atilla Altop, C.II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s.1071-1096 *(Sözleşmenin Devri)*.

Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı -Joint Venture-**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Karabağ Bulut, Nil: **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.

Karahan, Sami/İlgili Bölüm Yazarı: **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2012.

Karayalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

Kayar, İsmail: "Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş**

Günü Armağanı, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.479-494.

Kendigelen, Abuzer: "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil", **Makalelerim Cilt I:1986-2001**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s.215-243.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, (Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı), 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Kunz, Romano: **Über Die Rechtsnatur Der Gemeinschaft Zur Gesamten Hand: Versuch einer dogmatischen Konstruktion**, Bern, Verlag Stämpfli, 1963.

Kurşat, Zekeriya: "Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İÜHFM**, C.70, S.1, 2012, s.301-317.

Larenz, Karl/Wolf, Manfred: **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 8. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

Lutter, Marcus: "Theorie der Mitgliedschaft -Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des

Korporationsrechts-", **AcP**, Band 180, Heft 1/2, April 1980, s.84-159.

Makaracı Başak, Aslı: **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.

Meier-Hayoz, Arthur: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654**, 4. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1966.

Meier-Hayoz, Arthur /Forstmoser, Peter: **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, 10. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2007.

MüKo/İlgili Bölüm Yazarı: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz**, Hrsg. Mathias Habersack, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2017.

MüKo-HGB/İlgili Bölüm Yazarı: **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 2, Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt, Offene Handelsgesellschaft**

§§105-160, Redakteur: Karsten Schmidt, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2016.

Müller, Christoph: **Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, 1. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2018 *(BK)*.

Müller, Karin: **Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft: Ein Diskussionbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien, 2003 *(Mitgliedschaft)*.

Müller, Karin/Käch, Alice: "Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft", **ZBJV**, Redaktoren: Jörg Schmid/Sibylle Hofer, Band 152, Heft 9, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, s.593-619.

Narbay, Şafak/Deliduman, Seyithan: "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.577-594.

Nomer, Haluk N.: **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008.

Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Serkan: **Eşya Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.

Oberkirch, Constanze: "Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen, Ein deutsch-schweizerischer Rechtsvergleich", Diss., Göttingen, 2012.

OFK/İlgili Bölüm Yazarı: **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch): Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar**, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016.

Oftinger, Karl/Bär, Rolf: **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2c: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 *(Borçlar Hukuku I)*.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 *(Borçlar Hukuku II)*.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.

Oktay, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", **İÜHFM**, C.55, 1996, s.263-296.

Oktay Özdemir, Saibe: "İsimsiz Sözleşmeler", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu (Madde 1-82)**, Ed. Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.2527-2590 *(İsimsiz Sözleşmeler)*.

Oktay Özdemir, Saibe: **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002.

Oktay Özdemir, Saibe: "Sözleşme Özgürlüğü", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu (Madde 1-82)**, Ed. Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, C.I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.337-441 *(Sözleşme Özgürlüğü)*.

Okutan Nillson, Gül: **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004.

Öçal, Akar: "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı", **EİTİAD**, C.XVIII, S.2, 1981, s.431-438.

Öz, M. Turgut: "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İÜHFM**, C.52, S.1-4, 1987, s.345-386.

Özakman, H. Cumhur: **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.

Özenli, Soysal: **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.

Peksöz, Vildan: **Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Pieper, Helmut: **Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis**, Köln-Berlin, G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1963.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Saymen, Ferit Hakkı/ Elbir, Halid Kemal: **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963.

Schmidt, Karsten: **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2002.

Selekler, Ferit: "Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması", **İÜHFM**, C.42, S.1-4, 1976, s.437-472.

Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976.

Serozan, Rona: **Eşya Hukuku I**, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014 *(Eşya Hukuku).*

Serozan, Rona: "Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.II, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2001, s.1015-1021 *(Karma Rejim).*

Serozan, Rona: **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979 *(Ölüme Bağlı Kazandırma).*

Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 *(Sözleşmeden Dönme).*

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

SHK/İlgili bölüm yazarı: **Stämpflis Handkommentar: Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)**, Hrsg. Jürg G. Schütz, Bern, Stämpfli Verlag, 2015.

Siegwart, Alfred: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 4. Teil: Personengesellschaften (Art. 530-619)**, Unveränderter Nachdruck 1978 der

Auflage 1938, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1978.

Sirmen, Lale: **Alacak Rehni**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.

Soergel, Hans Theodor/Walther Hadding: **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4, Schuldrecht III, §§ 705-853**, 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Verlag W. Kolhammer, 1985 *(§705-758: Walther Hadding).*

Soergel, Hans Theodor/ Walther Hadding/Erik Kiessling: **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/1, Schuldrecht 9/1, §§ 705-758**, 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kolhammer, 2012 *(§705-740: Walther Hadding/Erik Kiessling).*

Spirig, Eugen: **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, Hrsg. Peter Gauch, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, **Band V/1k/1: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR**, 1993; **Band V/1k/2: Die Abtretung von**

Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183 OR, 1994.

von Staudingers, Julius/ Stefan, Habermeier: **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht)**, 13. Bearbeitung, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2003.

von Steiger, Werner: **Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil Die Personengesellschaften**, **in: Schweizerisches Privatrecht,** Band VIII/1, Basel und Stuttgart, 1976, s.211-683.

Şahankaya, Sarp: "Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeplerle Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2021.

Şener, Oruç Hami: **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 *(Adi Ortaklık)*.

Şener, Oruç Hami: "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Haz. Abuzer Kendigelen, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2002, s.703-764 *(Roma Hukuku)*.

Şener, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı**, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017 *(Ortaklıklar Hukuku)*.

Tekil, Fahiman: **Şirketler Hukuku**, İstanbul, Otağ Matbaacılık, 1981.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993 *(Borçlar Hukuku)*.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Tekinay Eşya Hukuku: Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet,** C.I, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989 *(Eşya Hukuku)*.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Topuz, Gökçen: "Hisse Haczi ve Satışı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2008.

von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983 *(Borçlar Hukuku)*.

von Tuhr, Andreas: **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht**, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1910 *(AT)*.

Türkmen, Emre: "Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜSBE, İzmir, 2019.

Ulmer, Peter: **Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Systematischer Kommentar, Sonderausgabe aus Band 5 (Schuldrecht-Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1997.

Uygur, Turgut: **Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.8, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Üçışık, Güzin: "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması", **Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan**, Haz. Murat Yusuf Akın/Oğuz Caner, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s.189-207.

Vonzun, Reto: **Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften**, Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000.

Weber-Grellet, Heinrich: "Die Gesamthand - ein Mysterienspiel?", **AcP**, Band 182, Heft 4, 1982, s.316-334.

Wolf, Stephan: "Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter", **Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht**, Hrsg. Stephan Wolf, Bern, Stämpfli Verlag, 2005, s.47-97 *(einfache Gesellschaft).*

Wolf, Stephan: "Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften", **ZBGR**, 81. Jahrgang, Heft 1, Januar/Februar 2000, s. 1-21 *(Subjektswechsel).*

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014.

Yongalık, Aynur: "Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesini'nin 7.4.2003 Tarihli Kararı", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a**

Armağan, Ed. Sabih Arkan/Aynur Yongalık/Başak Şit, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.525-542 *(Karar)*.

Yongalık, Aynur: **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991 *(Sermaye Payı)*.

Yongalık, Aynur: **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010 *(Ortak Davası)*.

Zobl, Dieter: **Änderung im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Zürich, Schulthess, 1973 *(Gesamthandschaften)*.

Zobl, Dieter: **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV/2/5/2: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB**, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 1996 *(BK)*.

Zwanzger, Michael: **Der mehrseitige Vertrag: Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

www.beck-online.beck.de
www.bger.ch
www.entscheide.weblaw.ch
www.juris.bundesgerichtshof.de
www.lrbw.juris.de

www.openjur.de
www.prinz.law
www.relevancy.bger.ch
www.servat.unibe.ch
www.sinerjimevzuat.com.tr
www.swisslex.ch
www.tbmm.gov.tr