

YENİ BORÇLAR KANUNUMUZDA ADİ ORTAKLIK HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Zekeriya Kurşat*

I. Genel Tespitler

Yeni Borçlar Kanunu¹ ile birlikte yeniliklerden söz edilebilecek alanlardan biri de adi ortaklıktır. Fakat belirtelim ki bu yenilik, adi ortaklığa ilişkin bir sistem yeniliği yahut değişikliği anlamında değildir:

- Örneğin yine yeni kanunda adi ortaklıklara ilişkin hükümlere yer verilmiş ve buna ilişkin düzenlemeler, Ticaret Kanunu'na yahut Medeni Kanunu'nun Kişiler Hukuku kitabına bırakılmamıştır. Bunun temel nedeni, adi ortaklığın bir kişi birliği meydana getirmesine ve aslında şirket olarak nitelendirilmesine rağmen, sözleşme ilişkisi temelinin ön planda ve daha ağırlıkta olmasıdır. Yine kişi olmaması, ideal amaç dışında ve ağırlıkla ekonomik amaç için oluşturulabilmesi de bu tercihte (kişiler hukuku kısmında yer almaması) rol oynamıştır.

- Bunun doğal bir sonucu olarak, adi ortaklık yine bir sözleşme ilişkisi olarak düzenlenmiş ve fakat yine karşılıklı bir sözleşme olarak değil, ortaklık sözleşmesi olarak ele alınmıştır. Bu ikisi arasındaki temel fark, sözleşme taraflarının karşılıklı değil yan yana dizilmeleri olarak ifade edilebilir.

- Yine yeni kanunda da adi ortaklığın bir "kişi" olarak tanınmadığı ve ona "hak ehliyeti"nin bahsedilmediği görülür. Bu anlamda bir devrim niteliğinde yenilik veya sistem değişikliği söz konusu değildir. Özellikle, Alman Federal Mahkemesi'nin meşhur adi ortaklıklara, biraz da oradaki kollektif ve komandit şirketlere ilişkin düzenlemelerden cesaret alarak, hak ehliyeti tanınması eğilimi², bizim hukukumuzu bu anlamda henüz etkilememiştir.

- Adi ortaklık yine kural olarak elbirliği hak sahipliği ve müteselsil sorumluluk esasları üzerine kurulmuştur.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bu incelemede 818 sayılı Kanun için "eski" yahut "mevcut" terimleri; 6098 sayılı Kanun için ise "yeni" yahut "müstakbel" terimleri kullanılabilir. Her ne kadar inceleme kaleme alındığında 818 sayılı kanun yürürlükte olsa da ve bu yüzden "eski" ifadesi doğru bir kullanım gibi gözükme de, "yeni kanun" kullanımının karşılığı olarak "eski kanun" ifadesinin kullanımının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Böylece "eski" ifadesini "yürürlükten kalkmış" anlamında kullanmadığımızı belirtmek isteriz.

² BGH, Urteil vom 29. Januar 2001, II ZR 331/00, BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 146, 341 vd; BGH NJW 2001, s. 1056. Kararın değerlendirilmesi ile ilgili bir inceleme için bkz. **Fatih Bilgili**, "Adi Ortaklıkların Fül Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 197-213.

Buna karşılık yenilik nerededir? Yenilik, temelde adi ortaklığa ilişkin hükümlerin madde sayısının artması, fakat bu artış dışında adi ortaklığın kanuni hükümleri arasına yeni bir kurumun yer verilmesinden kaynaklanmaktadır. Yeni düzende, ortakların adi ortaklıktan ihraçları, kanunda açıkça düzenlenmiştir.

Adi ortaklığın kanunlarda düzenlendiği madde sayısı bakımından şu gö-rüntü ile karşılaşılır:

- 818 sayılı BK m. 520-541 maddeleri (22 madde).
- 6098 sayılı BK m. 620-645 (26 madde).
- OR. m. 530-551 (22 madde).
- BGB m. 705-740 (36 madde).

Görüldüğü gibi yeni kanunda madde sayısında bir artma söz konusudur. Böylece madde sayısı olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nu geride bırakmış fakat elbette Alman Medeni Kanunu'na ulaşamamış durumdayız. Arada bir yerde yerimizi almışız. Arada yer almışlığımız, sadece madde sayısı nedeniyle değil, aynı zamanda madde artışlarının BGB'den transferlerle sağlanmış olması nedeniyle. Fakat belirtmek gerekir ki bu arada yer almışlık, İsviçre hukukuna Alman hukukuna oranla oldukça yakın durmak şeklindedir.

Borçlar Kanunumuza yeni eklenen TBK. m. 633 (Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılmanın genel düzenlemesi) BGB 736 ve 737'den; TBK. m. 634, BGB 738'den, TBK. m. 635 BGB 739'dan ve son olarak TBK. m. 636 BGB 749'dan transfer edilmiştir.

II. Adi Ortaklığın Önemi

Adi Ortaklık hükümleri önemlidir, çünkü:

1. Adi ortaklık yaygın bir ortaklık türüdür.

Günlük hayatta aslında farkına vardığımızdan daha çok adi ortaklık ilişkileri ile karşılaşılır. Hemen hemen belirli bir amaç için bir araya gelişlerin tümünün adi ortaklık teşkil edip etmediği sorgulanabilir. Fırının, eczanenin, dükkânın birlikte işletilmesi, bir tarlayı ekip biçmek, bir taşınmazı kiraya vermek üzere birlikte satın almak, birlikte spor toto oynamak, arabayı belirli ve ortak amaç için kullanmak üzere satın almak vb. bir araya gelişlerin tamamında adi ortaklık ihtimali vardır³.

2. Başka bir ortaklığa girmeyen ortaklıklar da bu hükümlere tabi olur (818 s. BK. m. 520/f. 2; 6098 s. BK. m. 620/f. 2)⁴. Buna paralel bir şe-

³ Adi ortaklığı, sadece iki gerçek kişi arasında kurulan esnaf işletmesi şeklinde olan bir ortaklık olarak düşünmemek gerekir. Gittikçe ekonomik hayatta kapladıkları yerleri artan (şirketler birliği) konsorsiyum, kartel, joint venture, konzern gibi ortaklıklar da genelde devasa şirketlerin bir araya gelmeleri suretiyle kurulur. İşte bu devasa şirketler arasındaki işbirliğine adi ortaklık hükümlerinin uygulanacağı varsayımı yahut bilinçle hareket etmek gerekir. Karş. **Reha Poroy (Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 38; **Nami Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 185 vd.

⁴ TBK. m. 620/f. 2'de başka bir şirket tipine girmeyen ortaklığın adi ortaklık sayılacağı hükmü tekrarlanmıştır. Fakat yeni metinde "ticaret kanununda tarif edilen şirketler"

kilde mevcut Ticaret Kanunu'muzun 138. maddesine paralel olarak yeni Ticaret Kanunu m. 126 uyarınca adi ortaklık hükümleri, her bir şirket tipinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde ticaret ortaklıkları için de uygulanır.

III. Adi Ortaklığın Tanımı ve Unsurlarına İlişkin Değerlendirme

Yeni kanun da eski kanun gibi adi ortaklığa ilişkin hükümlere bir tanımla başlamayı tercih etmiştir. TBK. m. 620'deki tanıma göre

“*Âdi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*”⁵.

Bu tanımda görüldüğü gibi, adi ortaklığın bir **sözleşme** olduğu, **kişilerin bir araya gelmesi, katılım payı olarak emek yahut mal konulabilmesi, ortak amaç** unsurları vurgulanmaktadır. Fakat “**müşterek amaç için ortak çaba**” unsuru açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen ortak çabanın da unsurlardan biri olarak kabulüne devam edilmelidir⁶.

Eski tanım “şirket” diye başlar ve böylece genel olarak ortaklıkları tanımladığı izlenimini verirdi; şimdiki metin ise “adi ortaklık” ile başlamakta ve böylece tanımlı sadece adi ortaklığa özgülemektedir.

Tanımda katılım payı olarak konulacak şeyler için “emeklerini ve mallarını” ifadesi kullanılmış ve böylece bu ikisi arasında bilinçli olarak ‘ve’ bağlacına yer verilmiş, daha doğrusu bağlaç muhafaza edilmiştir. Gerekçede bunun nedeninin, sermaye olarak emek ve mal unsurlarının ayrı veya birlikte konulabilmesini ortaya koymak olduğu belirtilmiştir. Oysa OR m. 530’da “*veya*” ibaresi kullanılmaktadır. Üstelik gerekçede belirtilen amacın “ve” bağlacı ile ne kadar ifade edilebileceği tartışılabilir. Zira bu haliyle eskiden olduğu gibi, ortakların hem emeklerini hem mallarını birleştirmeleri gerektiği iddia edilebilir⁷.

Amaç unsurunun niteliğine ilişkin bir betimleme yeni metinde de bulunmamaktadır. Bu yüzden adi ortaklığın ideal amaçlarla da kurulabileceği fikri hala geçerli olacak veya tartışma hala devam edebilecektir. Lafza göre, dinsel, siyasal, bilimsel, sanatsal yahut sosyal amaçlar için adi ortaklık kurulabilecektir⁸.

vurgusuna yer verilmemiştir. Böylece eski ilke, belirli bir kanun sınırlaması olmaksızın hangi kanunda yer almış olursa olsun, bütün ortaklıklara uygulanabilecektir.

⁵ BK. m. 620/f. 1’deki tanım, eski BK. m. 520/f. 1’dekine paraleldir.

⁶ Konu ile ilgili bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 45; **Yavuz**, *age*, s. 736; **Barlas**, *age*, s. 35 vd.; **Emrehan İnal**, *Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, XII Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 61 vd.

⁷ Yeni BK. m. 621/f. 1 (EBK m. 521/f. 1)’de ortağın emek yahut parayı sermaye olarak koyabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu yüzden tanımda yanlış anlaşılmaya yol açabilecek ifade zaafiyeti, başka bir madde metni ile telafi edilebilmektedir.

⁸ **Yavuz**, *age*, s. 736. Karş. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 46. Bu ihtimalde akla ideal amaçlı ortaklığın dernekten nasıl ayrılacağı sorusu gelebilir. Fakat derneğin tüzel kişiliğe sahip olduğu, tarafların tüzel kişilik için başvuruda bulunmadığı müddetçe, bir başka ifadeyle derneğin kuruluşu işlemlerini tamamlamadıkları müddetçe bir dernekten söz edilemeyeceği için pratikte bu sorunun bir önemi yoktur.

IV. Katılım Payı

Yukarıda katılım payı koyma zorunluluğu yahut unsurundan söz ettik. Bu unsura TBK. m. 620/f. 1'deki tanımında yer verildiği gibi TBK. m. 621'de de özel olarak yer verilmiştir.

TBK. m. 621/f. 1 uyarınca “Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür”. Burada görüldüğü gibi, her ortağın katılım payı koyması gereği vurgulanmıştır.

Birinci fıkrada katılım payının “para”, “alacak” veya “başka bir mal” ya da “emek” olacağı belirtilmiştir. Buradaki sayımın sınırlı sayıda olmadığı kabul edilir. Know how, portföy, ticari itibar, yapmama edimi gibi hususlar da katılım payı olabilir⁹.

Burada dikkat çekmek isteriz ki, metinde “mal”dan söz edilmiş fakat malın üzerindeki hangi hakkın kastedildiği belirtilmemiştir. Bu durumda katılım payı olarak “mal” konulmuş fakat bunun mülkiyetinin mi yoksa kullanım hakkının mı konulduğu belirtilmemişse mülkiyet hakkının konulduğu kabul edilmelidir¹⁰.

TBK. m. 621/f. 2, katılım paylarının niteliği ile ilgili şu hükme yer vermiştir. “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır”.

Burada katılım payının kural olarak **eşit olması** ve **şirket gayesine uygun** olması hususları vurgulanmıştır.

Yeni ifade, eski ifadeyle benzerlik göstermektedir. Oysa kaynak kanunda “amacın gerektirdiği önem” vurgusu bulunmamakta; sadece “amacın gerekli kıldığı tür ve kapsam” betimlemesine yer verilmektedir (OR. Art. 531/2).

Belirtelim ki, **eşitlik ilkesi mutlak değildir**. Her iki metinde de bunun aksinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği ve bunun bir yedek hukuk kuralı olduğu vurgulanmıştır. Bunun dışında ayrıca belirtelim ki, eşitlik sadece değer veya miktar bakımındandır. Yoksa bu ilke, türlerin de aynı olması zorunluluğunu kapsamaz¹¹.

Metindeki ifadeden sadece **eşitlik** bakımından değil, katılma payının **ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olmasının da** aksinin kararlaştırılabileceği sonucuna varılabilmektedir. Zira “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır” ifadesi kullanılmıştır. Oysa kaynak kanunda (OR. Art. 531/2) aksinin kararlaştırılabilmesi özelliği, katılma payının ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olması özelliği saklı tutularak vurgulanmıştır. Zaten “katılma payının ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olması” kendiliğinden anlaşılması ve aksinin kararlaştırılmaması gerekir. Üstelik katılma paylarının ortaklık amacına uygunluğu TBK. m. 621'deki tanı-

⁹ Karş. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 45; **Cevdet Yavuz**, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 9. Bası, Beta yayınları, İstanbul 2011, s. 736; **Barlas**, *age*, s. 45 vd.

¹⁰ Aynı yönde bkz. **Barlas**, *age*, s. 47.

¹¹ Aynı yönde bkz. **Yavuz**, *age*, s. 736; **Barlas**, *age*, s. 44.

mın bir gereğidir. Bu yüzden de zorunlu unsur olarak kabul edilmeli ve sözleşme ile aksinin kararlaştırılabileceği yanılığına düşülmemelidir¹².

BK. m. 621/f. 3 uyarınca “Bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullanılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır”.

Burada katılım payının konulmasında ayıp ve zapt hükümlerinin duruma göre kira veya satıma atfı yapılmak suretiyle uygulanacağı hususu belirtilmiştir. Bu ikili ayırım, katılım payının kullanılmaya yahut mülkiyete yönelik olmasına göre yapılmıştır. Aynı ayırım eski kanunda da bulunmaktadır.

Eski metinde **sadece hasardan** söz edilmesine paralel bir şekilde yeni metinde de sadece hasardan söz edilmiştir. Atfın **yararlar** bakımından da uygulanması yine kabul edilmelidir¹³.

Eski metinde “adi kira”ya atfı yapılmakta fakat doktrinin geneli bu atfın iki kira türünü de kapsadığını kabul etmekteydi¹⁴. Yeni metin ayırım yapmadan sadece “kira” demiştir. Böylece doktrindeki eleştiri ve kabulün yeni kanunda karşılık bulduğunu görmekteyiz.

Fakat hem eski metinde hem yeni metinde atf sınırlı tutulmuş ve özellikle emeğin tahsisine yönelik hallerde bir atf söz konusu edilmemiştir. Doktrinde bu atfın geniş olarak algılanması ve belirtilmeyen hallerde de kira veya satım hükümlerinin hatta emek halinde hizmet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması haklı olarak kabul edilmektedir¹⁵. Kanaatimizce de buna bir engel yoktur. Üstelik Sendikalar Kanunu m. 2/f. 2’de “adi şirket mukavalesine göre ortaklık payı olarak esas itibarıyla fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ... işyerinde çalışanlar da işçi sayılırlar” ifadesine yer verilmiştir. Böylece bu görüşün mevzuatta bir yansıması yahut dayanağı olduğunu da söyleyebiliriz.

Katılım borcunun ifa edilmemesi halinde ne olacağı düzenlemesine yer verilmemiştir. Eskiden olduğu gibi ifaya ilişkin olarak BK. m. 67 vd. (TBK. m. 83 vd.), temerrüde ilişkin olarak BK. m. 101 vd. (TBK. m. 117 vd.) hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Fakat bu durum aynı zamanda ortaklığın feshi nedeni olabilecektir¹⁶.

V. Kazancın Paylaşılması

Adi ortaklıkta, ortaklardan birinin sadece zarara yahut sadece kazançta katılmasının kararlaştırılabiliyor kararlaştırulamayacağı meselesi önemli tartışma konularından biridir¹⁷.

¹² Aynı yönde bkz. **Barlas**, *age*, s. 44, dn. 120.

¹³ **Barlas**, *age*, s. 48, dn. 132.

¹⁴ **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 45; **Barlas**, *age*, s. 48, dn. 134.

¹⁵ **Barlas**, *age*, s. 48.

¹⁶ Bkz. EBK. m. 535/f. 1/b. 7; TBK. m. 639/b. 7; “Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla”.

¹⁷ Tartışmalar için bkz. **İnal**, *age*, s. 102 vd. Ayrıca bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 50-51.

TBK. m. 622 uyarınca “Ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler”.

Bu madde eski karşılığı olan BK. m. 522 ile aynıdır. Ortakların, ortaklığa ait kazançları paylaşma zorunlulukları veya her ortağın kazanç payı alma zorunluluğu vurgulanmaktadır. Sadece bu hükmü değerlendirdiğimizde, “kanun koyucunun her ortağın kazançta katılması zorunluluğunu düzenlemiş fakat zarar için bir düzenlemeye yer vermemiştir. O halde taraflar ortaklardan birinin (herhangi bir ortağın) zarara katılmayacağını kararlaştırabilirler” şeklinde bir sonuca varmak mümkündür. Yahut “hayır aynı sonuç “zarara katılmak” bakımından da mutlak bir şekilde uygulanmalı ve her ortak zarara da mutlaka katılmalıdır” sonucu savunulabilir. Madde metni, her iki sonuca da elverişli bir şekilde kaleme alınmıştır.

Oysa devam eden maddeye (TBK. m. 623’e) baktığımızda her iki yorumun yahut sonucun da kanundaki düzenleme karşısında yanlış olduğunu görüyoruz.

Birincisi; orada aynı kuralın zarara katılmak bakımından da geçerli olmadığı, ortaklığa yalnızca emeğini koyanların sadece kazançta katılacaklarının kararlaştırılabileceği tespit edilmelidir. TBK. m. 623/f. 3 uyarınca “Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazançta katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir”.

Aynı hükümden yukarıdaki birinci saptamanın da geçerli olmadığı sonucuna ulaşılır. Yani ortaklar, herhangi bir ortağın sadece kazançta katılabileceği şeklinde bir sözleşme yapamazlar. Zira hükümden bu imkânın, sadece emeğini koyan ortaklara hasredildiği anlaşılır.

Bu fıkradaki dil, mevcut metne göre daha net ve kesindir. Önceki düzenlemede (523/f. 2/c. 2), ortak, sermaye olarak sadece emeğini koymuşsa, bunun sadece kâra katılabileceğinin düzenlenebileceği belirtilmektedir. Hüküm şu şekildedir: “Şeriklerden biri sermaye olarak yalnız sayını ortaya koymuş ise, zarara ortak olmayarak yalnız kâra iştirak ettirilmesi şart edilebilir”. Böylece mevcut metinde aksi duruma ilişkin açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle sadece emeğini ortaya koyan ortak bakımından bir imkan düzenlenmiştir, aksinin yasaklandığı açık değildir demek mümkündür¹⁸. Fakat yeni düzenlemede, sadece kazançta katılmaya yönelik anlaşmanın, ancak emeğini ortaya koyan ortak için geçerli olacağı belirtilmiştir. Fıkradaki “yalnızca” vurgusu ile, aksine sözleşmelerin geçerli olmayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır¹⁹.

OR 533/f. 3’te de aynı ilke bulunmaktadır. Fakat oradaki ifade, eski Borçlar Kanunu’muza paralel bir ifadedir. Yani olumlu düzenleme tarzını tercih etmiş ve sadece emeğini koyan ortak için bu tür anlaşmanın mümkün olduğunu belirtmiştir.

VI. Ortaklar Arasında Rekabet Yasağı

Adi ortaklığın en önemli özelliği olan ortaklar arasında rekabet yasağı ilkesi yeni düzenlemede de korunmuştur.

TBK. m. 626 uyarınca “Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar”.

¹⁸ Bu anlamdaki yorum için bkz. İnal, age, s. 105-106.

¹⁹ Aynı yönde bkz. İnal, age, s. 106, dn. 400.

Eski metinde sadece '**kendi hesabına**' şeklindeki ifade yerine yeni metinde '**kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak**' şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Temel düzenleme, ortağın ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapmasının engellenmesidir. Bu yüzden her iki metinde de bu hususa yer verilmesi yeterli olabilirdi. Fakat muhtemelen "rekabet ya-sağı" vurgulaması nedeniyle bu şekilde bir düzenleme tercihinin yer verilmiştir.

VII. Ortağın Yaptığı Giderleri veya Uğradığı Zararları Talep Etmesi Sorunu

TBK. m. 627/f. 1 uyarınca "*Ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar; bu ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğradığı zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararları, diğer ortaklar gidermekle yükümlüdürler*".

Böylece eski metinde olduğu gibi yeni metinde de diğer ortakların ortaklardan birinin yaptığı giderler veya uğradığı zararları giderme borcu düzenlenmiştir.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, katılım payı olarak konulan değerler nedeniyle ortağın diğer ortaklara karşı bir hak ileri sürmeleri söz konusu değildir. Örneğin taşınmazını katılım payı olarak koyan ortak, diğer ortaklardan, bunun karşılığında kira; parasını koyan ortak, faiz isteyemez. Zira her bir ortak, adi ortaklık sözleşmesi gereği belirli bir katılım payı koyar; bunun konulmasının temelinde kira, karz vb. sözleşmeler yoktur.

Fakat katılım payı dışında fazladan tahsis edilen şeyler için elbette belirli talepler gündeme gelebilir. Normalde bunların tahsisi ayrı bir sözleşme anlamına gelecek ve o sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

Kanunda para veren ile ortaklık işlerinde çalışan ortaklar için ayrı ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK. m. 627/f. 2 ve 3 uyarınca;

"Ortaklığa avans olarak para veren ortak, verdiği günden başlamak üzere faiz isteyebilir.

Yükümlü olmadığı hâlde ortaklık işleri için emek sarfetmiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir".

Maddenin son fıkrası mevcut metinden farklı olup değişiklik niteliğindedir. Mevcut metinde ortağın şahsi emeği için tazminat isteyemeyeceği belirtilmektedir. Yeni metinde ise, emek harcayan ortağın "*emek harcama konusunda yükümlü olmadan bunu yapmış olması*" ve "*hakkaniyetin gerektirmesi*" halinde, karşılık talep edebileceği düzenlenmiştir.

VIII. Ortaklığa Yeni Ortak Alınması ve Ortakların Paylarını Devretmeleri

Ortaklığa yeni ortak alınması, bütün ortakların rızası ile mümkündür. TBK. m. 632/f. 1; eski BK. m. 532/c. 1'ye paralel olarak şu hükmü içermektedir:

"Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır".

Tek ortak, payını kısmen veya tamamen devredebilir fakat kanundaki sisteme göre bu husus, ortaklığa karşı ileri sürülemez. Zira payı devralan üçüncü kişinin, ortak sıfatını kazanamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

TBK. m. 632/f. 2 “Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz”.

Buradaki düzenleme eski BK. m. 532/c. 2’den sonuç itibarıyla değil ama içerik veya ifade itibarıyla farklıdır. Eski metindeki (ve İsviçre Borçlar Kanununda m. 542/f. 2) son kısımda, bu şekilde işlem yapılan üçüncü kişinin şirket işleri hakkında bilgi isteyemeyeceği vurgusuna, yeni metinde yer verilmemiştir. Gerekeceği zaten ortak olamayacağı belirtilen biri hakkında bu açıklamaya yer vermenin gereksiz olacağına işaret edilmiştir.

IX. Ortağın Ortaklıktan Çıkması veya Çıkarılması

Adi ortaklıkta ortaklığın tamamen sona ermesi dışında, ortaklardan sadece biri veya bir kaçının bakımından sona erdirilmesi yani ortağın ortaklıktan çıkmasının yahut çıkarılmasının mümkün olup olmadığı önemli sorunlardan biridir.

Mevcut kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakta, fakat yeni kanunda bu kurumlara yer verilmektedir.

Mesele, ortağın kendi iradesiyle çıkmak istemesi ile onun iradesine rağmen çıkarılmak istenmesi durumlarına göre ikiye ayrılarak incelenmelidir:

A. Ortaklıktan Çıkma

1. 818 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme

Ortaklık sözleşmesinde ortağın çıkma hakkı tanınmamışsa, ortağın çıkması ancak diğer ortakların muvafakati ile mümkün olarak kabul edilmektedir. Zira çıkma, sözleşme değişikliği anlamına gelen bir hukuki işlemidir. Tek taraflı bir irade beyanı ile hukuki bağın çözülmesi kural olarak mümkün değildir²⁰.

Ortağın ortaklıktan çıkması hakkı, ortağın tek taraflı irade beyanı ile ortaklığı fesih hakkından farklıdır. Zira fesih hakkında ortaklık, sadece ortağın kendisi bakımından değil bir bütün olarak sona ermektedir. Ortağa bu yönde bir hak mevcut kanunda zaten tanınmaktadır. Ortağa sözleşme ile tek taraflı fesih hakkı tanınmış veya ortaklık belirsiz süreli hale gelmiş ya da ortaklardan birinin hayatı süresince akdedilmişse, çıkmak isteyen ortak, bu gibi durumlarda feshi ihbar hakkını kullanabilir (818 sayılı BK. m. 535/f. 1/b. 6, 536). Aynı düzenleme TBK. m. 639/f. 1/b. 6’da şu ifadelerle korunmuştur: “Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla” ortaklık sona erer. Yine aynı şekilde belirsiz süreli ortaklıklar bakımından yeni BK. m. 640 da paralel hükmü barındırmıştır.

2. 6098 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme

TBK. m. 633’te ortağın çıkarılması ile birlikte ve benzer sebeplerle ortağın çıkma hakkı da düzenlenmiştir. Böylece yeni kanunda her bir ortağın, “**ortaklığı fesih hakkı**” yanında ikinci bir hak olarak “**ortaklıktan çıkma**”

²⁰ Karş. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 62. Buna karşılık muvafakatin diğer ortaklar tarafından verilmemesi, haklı sebeple fesih nedeni sayılmaz (**Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 62).

hakkı”ndan da açıkça söz edilebilecek ve böylece iki temel hakkı bulunacaktır. Fakat belirtelim ki, **her halükarda bir çıkma hakkından değil, ancak belli koşulların bulunması halinde tanınabilecek bir çıkma hakkından** söz edilebilir.

B. Ortaklıktan Çıkarma

1. 818 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme

Mevcut durumda ortağın ortaklıktan çıkarılabilip çıkarılamayacağı meselesi tartışmalıdır.

Öncelikle belirtelim ki, ortakların konu ile ilgili olarak ortaklık sözleşmesinde düzenleme yapmaları mümkündür. Bu sözleşmede, çıkarılma sebepleri belirtilebilir; ortağın kusurlu bir eylemi, vatandaşlık gibi bazı nitelikleri kaybetmesi halinde ortaklıktan çıkarılabileceği belirtilebilir. Bu ihtimalde sözleşmedeki hüküm gereği, ortak, ortaklıktan çıkarılabilecektir²¹.

Buna karşılık, ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yoksa, diğer ortakların ortağı çıkarma hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, kolektif ortaklığa ilişkin hükümlerin buraya da kıyasen uygulanabileceğini kabul ederken, diğer görüş ve ağırlıkta olduğu anlaşılan görüş ise bunu reddetmektedir²².

2. 6098 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme

Yeni Kanunda çıkma ile aynı sebep ve sonuçlarla ortağın ortaklıktan çıkarılması da düzenlenmiştir.

C. Yeni Kanundaki Çıkma ve Çıkarılma Düzenlemeleri

6098 sayılı Borçlar Kanununda adi ortaklık bakımından yeni bir kurum (kanuni kurum anlamında) olarak yer verilen, ortaklıktan çıkma ve çıkarma kurumu toplam 4 maddede düzenlenmiştir. Öncelikle 633. maddede ortaklıktan çıkma ve çıkarmanın genel koşulları düzenlenmiş; 634, 635 ve 636’da ise çıkan veya çıkarılan ortağın payının tasfiyesi ve sonrasında yapılması gereken işler ele alınmıştır.

Aşağıda öncelikle 633. maddeyi ele alacağız daha sonra diğer maddeleri inceleyeceğiz.

1. Çıkma ve Çıkarmanın Koşullarına İlişkin Düzenlemenin İncelenmesi

Kurumun koşulları 633. maddede şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflâsı, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede

²¹ Çıkarılan ortak dahil bütün ortakların oybirliğinin sağlanması halinde çıkarmanın mümkün olduğu hakkında bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 62

²² Konu ile ilgili tartışma ve olumlu görüş için bkz. **Ersin Çamoğlu**, *Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Hakla Sebep Çıkarılması*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 75 vd. Buna karşılık gerek konu ile ilgili boşluk bulunduğu ve gerek kıyasen uygulama görüşlerini reddeden, mevcut kanuni düzenleme karşısında ortağın çıkarılmasının mümkün olmadığını savunan görüş için bkz. **Halil Akkanat**, “*Adi Ortaklıkta “Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”*”, İÜHF, 2004, C. LXII, s. 1-2, s. 333 vd. İki fikrin de savunulabileceği yönünde bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar*, s. 62.

ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan çıkarılabilir veya diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir”.

Görüldüğü gibi bu madde ile ortaklara çıkma, diğer ortaklara da çıkarma hakkı tanınmaktadır.

Bu hakların (çıkma, çıkarma) iki koşula bağlandığını söyleyebiliriz:

1. Ortaklık sözleşmesinde ortaklığın kanunda belirtilen hallerde diğer ortaklar arasında devam edeceğine ilişkin bir hükmün bulunması.

2. Kanunda belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi.

Kanunda belirtilen sebepler şunlardır:

→ Ortaklardan birinin ortaklığı fesih bildiriminde bulunması.

→ Ortaklardan birinin kısıtlanması.

→ Ortaklardan birinin iflası.

→ Ortaklardan birinin tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi.

→ Ortaklardan birinin ölmesi.

Böylece bu iki koşulun gerçekleşmesi halinde ilgili ortak, ortaklıktan çıkabilecek; diğer ortaklar ise, sebep sahibi ortağı çıkarabileceklerdir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta; çıkma hakkının ortak, temsilci yahut mirasçılar tarafından herhangi bir **şekle bağlı olmadan kullanılabilmesi**, buna karşılık çıkarma hakkının **yazılı şekil şartına** bağlı olarak kullanılabilmesidir.

Neticede belli bazı sebeplerin gerçekleşmesi halinde, ortak ortaklıktan çıkabilecek veya çıkarılabilecektir.

Gereğince bu düzenlemenin BGB 736 ve 737. maddelerinden esinlendiği belirtilmektedir. Maddenin doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için BGB'deki düzenlemenin incelenmesi bu bakımdan zorunludur.

BGB'de çıkma ve çıkarılma; birlikte, aynı koşullarda ve aynı maddede düzenlenmemiş, her biri ayrı maddelerde ve ayrı koşullarla düzenlenmiştir.

Ortağın ayrılması ve sonraki sorumluluğun düzenlendiği **BGB 736** uyarınca, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan birinin ortaklığı **feshetmesi**, **ölmesi** veya **malvarlığı ile ilgili iflas süreci açılması** hallerinde ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceği düzenlenmişse, bu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda bunların gerçekleştiği kişi, ortaklıktan çıkar.

Ortağın Çıkarılmasının düzenlendiği **BGB 737** uyarınca, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan birinin, ortaklığı feshetmesi halinde, ortaklığın geri kalanlarla devam edeceği düzenlemesi yer alıyorsa şahsında, diğer ortaklar nezdinde **BGB m. 723/f. 1/c. 2** uyarınca feshi ihbar yetkisinin doğmasına yol açan bir sebep gerçekleşen ortak, ortaklıktan çıkarılabilir. Ortaklıktan çıkarma geri kalan ortaklarca birlikte gerçekleştirilir. Çıkarma, ortağa bunun bildirilmesi ile gerçekleşmiş olur.

Maddede atfı yapılan **BGB 723/f. 1/c. 2**, süreli ortaklıkta ortaklığın feshi için **önemli sebebin** gerekli olduğunu düzenlemektedir. Ayrıca maddede önemli sebep için iki örnek verilmiştir:

1. *Ortağın sözleşme ile kendisine yüklenen önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya getirmesinin imkânsız olması.*

2. *Ortağın 18 yaşını doldurmuş olması.*

Böylece:

• **Çıkarma** BGB’de bizden farklı olarak, ortaklığı fesih hakkı doğması hallerinde, **fesih yerine fesih sebebinin şahsında doğduğu ortağı ortaklıktan çıkarmak** şeklinde düzenlenmiştir.

Bizde ise, çıkarma ve çıkarılma aynı sebeplere bağlanmıştır. Mesela, bizde ortağın kısıtlanması, iflası, tasfiye payının cebri icra ile paraya çevrilmesi, ölmesi halleri ortaklıktan çıkarma sebebidir. Oysa BGB’de bunlar çıkarma değil çıkma sebebi olarak belirtilmiştir.

• Yine bizdeki düzenlemede ortağın, ortaklıktan çıkarılması için bu sebeplerin dışında, onun, ortaklığı feshetmesi şart iken, BGB’de ortağın ortaklığın feshi sebebine yol açması yeterlidir.

• Çıkma bakımından önemli bir fark ise, ortağın maddede belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi halinde BGB uyarınca kendiliğinden ortaklıktan çıkarılması, fakat TBK bakımından ise ortağın sebeplerin gerçekleşmesine rağmen dilerse çıkabilmesidir. Yani ortak, ortaklığı feshederse, dilerse ortaklıktan çıkabilecektir. Oysa hatırlanmalıdır ki, sözleşmede ortaklık geri kalan ortaklarla devam eder düzenlemesi bulunmaktadır. Ortak, buna rağmen, ortaklıktan çıkmazsa ne olacak? Ortak, feshettiği ortaklıkta kalmaya devam edecektir. Feshedilmiş bir ortaklık aynı ortaklarla devam edecek. O halde aradaki işlemlerin neden yapıldığı sorusu cevapsız kalmaktadır.

Bizdeki düzenleme çeşitli soru işaretlerine yol açmaya elverişlidir:

1) “Ortaklardan birinin tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi”nden ne anlaşılmalıdır? Zira burada “tasfiye payının haczi” değil “paraya çevrilmesi” ifadesi tercih edilmiştir. Ortaklık sona ermeden tasfiye payının paraya çevrilmesi nasıl mümkün olacaktır?

Henüz devri kabil olmayan bir malvarlığı değerinin paraya çevrilmesi mümkün olamaz. Dahası, tasfiye payının tasfiye zamanı gelmeden bedelinin belirlenmesi de mümkün değildir. Tasfiye zamanında ortaklığın değerinin ne seviyede olacağı önceden tahmin dahi edilemez²³.

2) **Temsilci**, “ortak” sıfatına sahip değilken ortaklıktan çıkarılmasından nasıl söz edilebilir? Aslında kastedilen kişinin kendisinin çıkarılması mıdır?

Elbette her halükarda temsilci kimi temsil ediyorsa ortak sıfatına o sahiptir ve o ortaklıktan çıkarılacaktır.

Kanaatimizce burada sadece çıkma hakkının temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Fakat “çıkarma” hakkı bakımından bu ifadenin bir anlamının bulunmadığını söylemek gerekir. Burada yaşanan aslında iki ayrı kurumu aynı sebeplerle ve aynı maddede düzenlemenin sakıncalıdır.

3) “**Kişinin mirasçısı**”ndan ne anlaşılması gerekir? Tek mirasçı mı yoksa bütün mirasçıların birlikte hareket etmeleri zorunluluğu mu?

Muhtemelen genel kural birlikte hareket etme ilkesi devreye girmelidir. Fakat bu ihtimalde tek mirasçı bile çıkmak istemese sorun nasıl çözülecektir? Maddenin kaleme alındığı gibi anlaşılması halinde, mirasçıların aralarındaki bu

²³ Ele aldığımız konuyu da ilgilendirmesi bakımından geniş açıklamalar için bkz. **Nihat Güman, Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 268 vd.

tür ihtilafı genel hükümler ile çözmeleri ve miras ortaklığının tasfiyesini sağlamaları gerekecektir.

4) Ortaklığın mirasçılarla devam edebilmesi için yeni BK. m. 639/f. 1/b. 2 uyarınca sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm bulunmalıdır. Böyle bir hüküm yoksa, ortaklık zaten sona erer. Bunun önüne geçmek için sözleşmede ortaklığın kalan ortaklarla devam edeceği kararlaştırılmışsa, bu durumda mirasçı zaten ortak olmayacak ki, çıksın ya da çıkarılsın.

Bir başka ifadeyle, ortaklık sözleşmesinde, “*ortaklardan birinin ölmesi halinde, ortaklığın geri kalan ortaklarla devam edeceği*” düzenlemesi var ve bunun dışında bir düzenleme yoktur. Yani ortaklığın mirasçılarla devam edeceği düzenlemesi yoktur. Bu ihtimalde mirasçı, ortak olacak mı? Hayır olmayacak? Adi ortaklık ölümle sona erecek mi? Hayır, çünkü “ortaklığın kalan ortaklarla devam edeceği” kararlaştırılmıştır. Bu ihtimalde çıkma ve çıkarılma nasıl gündeme gelebilir? Muhtemelen, ortaklığa sözleşmede açıkça mirasçılarla devam edileceği düzenlemesi bulunmasa bile, sadece geri kalan ortaklarla devam eder hükmünün aynı anlamı verdiği kabul edilecektir. Böylece yine de mirasçının ortaklıktan çıkması yahut çıkarılması gerekecektir.

Diğer yandan ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılarla devam edeceği düzenlemesi varsa buna rağmen mirasçı, hangi hukuki esasa dayanılarak ortaklıktan çıkarılabilir? BGB’de bu sorun yaşanmaz zira, ölüm çıkarılmayı değil sadece çıkmayı gündeme getirmektedir. Üstelik orada ortaklığın ölüm ile sona ermesinin düzenlendiği BGB 727’de, ortaklığın devam edebilmesi için, “kalan mirasçılarla devam edeceği” düzenlemesinden değil; sadece ortaklık sözleşmesinde “farklı bir sonucun kabul edilmiş olması”ndan söz edilmektedir. Bu ise önemli bir farklılığa yol açar. Zira başka sonuç, mutlaka ortaklığın kalan **mirasçılarla** devam edeceği düzenlemesi olmak zorunda değildir, “kalan **ortaklarla** devam edeceği” şeklinde bir düzenleme de olabilir. Böylece hükümler arasında bir çelişki BGB bakımından gündeme gelmez.

Netice itibarıyla, ölüm halinde bizde ortaklığın sona ermemesi için ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılarla devam edeceği hükmünün bulunması şartı vardır. Bu şart ile ortaklardan birinin ölmesi halinde mirasçıların çıkarılması yahut çıkarılabilmesi düzenlemesi çelişmektedir. Ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılarla devam edeceği hükmü varsa, ahde vefa ilkesi uyarınca onları çıkarmanız ölüm dışında bir sebep olmadığı müddetçe mümkün değildir. Çıkarma, sadece “ortaklık kalan ortaklarla devam eder” hükmü varsa anlam ifade edebilirdi, oysa o takdirde de mirasçılar zaten ortak olmayacaklardır.

5) Mirasçılar bakımından yaşanan sorun, ortaklardan birinin kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının paraya çevrilmesi hallerinde de yaşanır. Zira yeni BK. m. 639/b. 3’te aynı şekilde bu hallerde ortaklığın kural olarak sona ereceği fakat sözleşmede devam edeceği düzenlemesi varsa ortaklığın devam edeceği belirtilmiştir. Yani ortaklardan biri kısıtlanırsa, iflas ederse, tasfiyedeki payı paraya çevrilirse ortaklık ya sona erecektir ya da devam edecektir. O halde sözleşmede “geri kalanlarla devam edecektir” ibaresi yerine sadece “devam edecektir” denilmişse zaten kısıtlanan vb. ortağın buna rağmen ortak olarak kalacağı taahhüt edilmiş olur. Bunun tersine “geri kalanlarla devam edecektir” denilmişse, bundan sonra çıkarma prosedürüne ne gerek kalır? Bu noktada da belirtelim ki BGB’deki sistem tercih edilmiş olsaydı bu sorun

yaşanmayacaktı. Zira orada aynen mirasçılarda olduğu gibi bunlar sadece “çıkma” sebebi olarak düzenlenmiştir.

6) Maddedeki ifade, “bir ortağın fesih bildiriminde” bulunması şeklindedir. Fesih bizdeki sistemde ya haklı sebeplerle mahkemeye başvurmak suretiyle (BK. m. 639/b. 7) ya da feshi ihbar suretiyle (BK. m. 639/b. 6; BK. m. 640) olmaktadır. Her halükârda fesih, tek taraflı yenilik doğuran bir hak olarak algılanmalıdır. Böylece bildirim muhataba ulaştığı anda sonuç doğurur. Yani fesih gerçekleşmiş olur. Bu noktadan sonra feshedilmiş bir ortaklıktan söz etmek gerekecek. Feshedilmiş bir ortaklıktan ortak çıkarmak nasıl olacaktır? Bu düzenleme ve ifade tercihi hukuk tekniği bakımından isabetli olmamıştır. O halde ifadenin fesih bildirimini değil, fesih sebebine yol açılması şeklinde anlaşılması doğru olacaktır. En azından maddede “*bu durumlardan biri gerçekleştiğinde*” şeklinde ifadenin ortaklıktan çıkarma bakımından “*bu durumlara yol açan sebeplerden biri gerçekleştiğinde*” şeklinde anlaşılması gerekir.

Bu sorun nedeniyle BGB’de fesih bildirimini halinde, fesheden ortak çıkmış sayılmış; fakat fesih ile ilgili ortaklıktan çıkarma düzenlemesi, fesih bildirimini şartına bağlanmamıştır. Orada ortak, feshe yol açan bir sebebe yol açmışsa çıkarılabilmektedir.

Bütün bu soru işaretleri nedeniyle kanaatimizce, ortağı çıkarma hakkı ve ortağın çıkma hakkının, kaynak kanuna uygun, yani BGB’deki düzenlemeye paralel bir şekilde yeniden düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

2. Ortağın Ayrılması Sonrası Durum (Ayrılan Ortağın Payının Tasfiyesi)

Ortaklıktan bir ortağın ayrılması üzerine 3 temel sorun ile karşılaşılır:

- *Ayrılan ortağın payı ne olacak?*
- *Ortağın ortaklığın borçlarından sorumluluğu ne olacak?*
- *Ortağın ortaklıktan alacağı, özellikle payının karşılığı ne olacak?*

Yeni BK. m. 634 ve 635 büyük oranda bu üç soruya cevap vermeye yöneliktir.

a. Ortaklığın Malvarlığının Payın Tasfiyesine Yeterli Olması

Durum TBK. m. 634’te düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

“Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer.

Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler.

Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, malî işlerde uzman bir kişiye hesaplatılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır”.

Metnini aktardığımız madde de yeni bir madde olup, gerekçede BGB 738'in göz önünde tutulduğu belirtilmektedir²⁴.

Bu maddede ortaklıktan çıkan ya da çıkarılan ortağın payının nasıl tasfiye edileceği düzenlenmektedir.

Birinci fıkra temel ilkeyi ortaya koymaktadır:

→ *Ortağın payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer.*

Bunun karşılığında ortak ise;

→ Ortaklığa kullanılmak üzere **bir eşya bırakmışsa onu geri alabilecektir**. Burada kastedilen "katılım payı" olarak bırakılan şeyler değildir. Zira onlar tasfiye payı olarak hesaplanacak ve ortağa verilecektir.

→ Ona **tasfiye payı ödenecektir**. Ortaklık sanki çıkma ya da çıkarma anında tasfiye ediliyormuş gibi onun tasfiye payı belirlenecek ve ona ödenecektir. Son fıkrada bunun nasıl hesaplanacağı ortaya konulmaktadır.

→ O zamana kadarki **ortaklığın muaccel borçlarından kurtarılacaktır**.

→ O zamana kadar **muaccel olmayan** ortaklık borçları bakımından ise, diğer ortaklar, çıkan ya da çıkarılan **ortağı borçtan kurtarabilecekleri gibi kendisine güvence de verebileceklerdir**.

b. Ortaklığın Malvarlığının Payın Tasfiyesine Yetmemesi

Durum TBK. m. 635'te düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

"Ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmezse, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür".

Burada aktardığımız madde de yeni bir maddedir. Gerekçede BGB 739'un örnek alındığı belirtilmektedir²⁵.

Maddede ortaklıktan çıkan ya da çıkarılan ortak bakımından bir önceki maddeden farklı bir düzenleme öngörülmektedir.

Bir önceki maddede ortaklığın malvarlığının yeterli olması halinde payın tasfiyesi düzenlenmekte; burada ise artık ortaklığın malvarlığının borçlarını ödemeye yetmemesi halinde çıkan ya da çıkarılan ortağın durumu ile ilgili özel bir düzenleme getirilmektedir. Fakat belirtelim ki, burada söz konusu edilen husus, aynı koşullarda bir önceki maddenin burada da uygulanmasına engel

²⁴ BGB 738 uyarınca ortaklıktan ayrılan ortağın payı, geri kalan ortaklara kalır. Geri kalan ortaklar, ayrılan ortağa ortaklığa kullanım için tahsis ettiği malı BGB 732 hükümleri uyarınca geri vermelidirler; ortaklık borçlarından onu kurtarmalıdır ve ona ortaklıktan ayrıldığı tarihte ortaklığın tasfiyesi halinde alacağı miktarı ödemelidirler. Ortaklık borçları henüz muaccel değilse, onu kurtarmak yerine ona teminat temin edebilirler. Ortaklığın malvarlığı değeri, gerektiğinde kıymet takdiri (değer biçme) yöntemiyle hesaplanır. Belirtelim ki, BGB 732; ortağın ortaklığa kullanım için verdiği malların ona geri verileceğini, ortağın söz konusu mala kazara gelen hasarlar veya tam ziya nedeniyle tazminat talep edemeyeceğini düzenler.

²⁵ BGB 739 uyarınca ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmezse, ortaklıktan ayrılan ortak, diğer ortaklara karşı zarara katılma oranınca sorumlu olur.

değildir. Bir başka ifadeyle iki madde birbirini iten maddeler değildir. Zira burada sadece ortaklığın borçlarının çıkan ya da çıkarılan ortağa nasıl yansıtılacağı hususu düzenlenmektedir.

Mesela ortak, ortaklığın kullanımına bir eşya bırakmışsa onu elbette geri alacak ve yine üzerine düşen zararı ödemiş olduğu muaccel ya da müaccel borçlardan bir önceki madde çerçevesinde kurtarılacaktır.

TBK. m. 635 uyarınca getirilen çözüm özetle şudur: Ortak, payına düşen borç tutarını, ortaklığın zarara katılma düzeni her neyse o çerçevede diğer ortaklara ödemekle yükümlü olacaktır.

c. Ayrılan Ortağın Tamamlanmamış İşler Bakımından Durumu

TBK. m. 636 uyarınca “Çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılır.

Ortaklık sıfatı sona eren kişi, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payını; devam eden işler hakkında da gerekli bilgiyi isteyebilir.

Bu madde de TBK’de ilk defa yer bulan bir düzenlemeyi içermektedir. Maddenin düzenlenmesinde BGB 740 örnek alınmıştır²⁶.

Maddedeki düzenleme uyarınca **cıkma veya çıkarılma zamanında henüz sonuçlanmamış işler varsa**, ortak onların kazancına ya da zararına katılacaktır.

İkinci fıkrada ise ortaklık sıfatı sona eren ortağın sona erme senesi sonunda **tamamlanmış işler varsa onlara ilişkin kâr payını alabilecek; tamamlanmamış işler varsa onlara ilişkin ise bilgi talep edebilecektir.**

Fakat bu madde bakımından dikkat edilmesi gereken husus, ortağın zaten aslında 634 uyarınca tasfiye payı alacağıdır. TBK. m. 634’te sadece sonuçlanmış iş ve ilişkiler dikkate alınacağından, TBK. m. 636’da talep konusu şeyler tasfiye payı alacağı dışındadır ve bu yüzden ayrıca düzenlenmiştir. Burada henüz tamamlanmamış, bu yüzden tasfiye payı hesabında değerlendirilmeyen alacaklar dikkate alınır.

X. Ortaklığın Temsili

Ortaklığın temsilinin düzenlendiği BK. m. 637/f. 3 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır”.

²⁶ BGB 740 uyarınca, ayrılan ortak, ayrıldığı zaman henüz tamamlanmamış işlemlerin kârlarına ve zararlarına katılır. Geri kalan ortaklar, söz konusu işlemleri kendileri için en avantajlı olacak şekilde sonuçlandırma haklarına sahiptirler. Ayrılan ortak, her işlem yılı sonunda bu arada sonuçlanan işlemler hakkında bilgi talep edebilir, kendisine düşen kârı isteyebilir ve devam eden işler hakkın da bilgi talep edebilir.

Bunun karşılığı olan eski BK. m. 533/c. 3 ise şu şekildedir:

“Kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını haiz sayılır”.

Böylece görüldüğü gibi, yönetici ortağın ortaklığı ve ortakları kural olarak temsil yetkisine sahip olacağı ilkesi vurgulanmıştır. Fakat daha sonra yöneticinin yapacağı **önemli tasarruf işlemlerinin** ortakları bağlaması için buna ilişkin temsil yetkisinin oybirliği ile verilmiş olması, yetki belgesinin düzenlenmesi ve oybirliği ile temsil yetkisinin verildiği hususunun belgede belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

XI. Ortaklığın Sona Ermesi

Yeni BK. m. 639 ortaklığın sona erme hallerini şu şekilde saymaktadır:

“1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.

2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.

3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflâsı veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.

4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.

5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.

6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.

7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla”.

Önceki metinden farklılıklar içeren bentler şunlardır:

3. bentte eskisinden farklı olarak ‘sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa’ ibaresi eklenmiştir. Gerekçede bir açıklama olmasa da bunun nedeni, TBK. 633’te (ortaklıktan çıkarma) sözleşmede devamla ilişkin bir hükmün bulunması halinin düzenlenmiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, sözleşmeyle böyle bir düzenleme getirmek mümkün olduğundan, bu hallerin ortaklığı sona erdirmesi de ancak bu yönde düzenlemenin olmaması halinde mümkün olacaktır. Yani *bir ortağın kısıtlanması, iflâsı veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi* hallerinde ortaklığın sona ermesi ancak devamla ilişkin sözleşmede hüküm bulunmaması halinde söz konusu olacaktır.

Yine eski metinde ortaklığın sona ermesi için cebri icra yeterli iken yeni metinde paraya çevrilme şartı aranmaktadır.

7. bentte eskisinden farklı olarak haklı sebeple fesih halinde bunun her zaman mümkün olacağı ve bunun için başkaca koşulun aranmayacağı vurgulanmıştır. Böylece eski ikinci fıkraya ihtiyaç duyulmamıştır. Gerekçede eski ikinci fıkranın bu sebepten madde metninden çıkarıldığı açıklamasına yer verilmiştir.

XII. Tasfiye Usulü

Yeni BK. m. 644 metni şu şekildedir:

“Ortaklığın sona ermesi hâlinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklar da dâhil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır. Ancak, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına belirli bazı işlemlerin yapılması öngörülmüşse, bu ortak, ortaklığın sona ermesinden sonra da o işlemleri tek başına yapmak ve diğerlerine hesap vermekle yükümlüdür.

Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları hâlinde, ortaklardan her biri, tasfiye görevlisinin hâkim tarafından atanması isteminde bulunabilir.

Tasfiye görevlisine ödenecek ücret, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliğiyle verilmiş bir karar yoksa tasfiyenin gerektirdiği emek ile ortaklık malvarlığının geliri göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenir ve ortaklık malvarlığından, buna imkân bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanır.

Tasfiye usulüne veya tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıklar, ilgililerin istemi üzerine hâkim tarafından çözüme bağlanır”.

Birinci fıkra eski maddeyi (BK. m. 540) karşılamaktadır. Devam eden fıkralar ise yenidir.

İkinci fıkrada, ortakların tasfiye görevlisi atayabilecekleri, anlaşamamaları halinde bunun tek ortak tarafından bile hâkimden istenebileceği düzenlenmiştir. Anlaşmanın nasıl olacağına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle anlaşma için oybirliği mi aranacak, belli değildir. Gerekçede buna ilişkin açıklama yoktur. Fakat oybirliği aranması gerektiği kanaatindeyiz. Aradaki ilişkinin kural olarak elbirliği ilişkisi olduğu dikkate alınırsa bu sonuç benimsenmelidir. Üstelik tasfiyenin yönetimi önemli bir iştir. Bu yüzden TBK. m. 625/f. 3 gereğince oybirliği aranmalıdır.

Üçüncü fıkrada tasfiye görevlisine ödenecek ücrete ilişkin esaslar belirlenmiştir.

Son fıkrada ise tasfiye esnasında doğacak uyuşmazlıklar için hâkime başvurulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.