

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİ ORTAKLIKTA KATILIM PAYI GETİRME
BORCUNA AYKIRILIK

HAZIRLAYAN
FATİH DURAN
2501120649

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. M. TUFAN ÖĞÜZ

İSTANBUL 2016



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : FATİH DURAN Numarası : 2501120649
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.M. TUFAN ÖĞÜZ
Tez Savunma Tarihi : 14.07.2016 Saati : 15:30
Tez Başlığı : ADI ORTAKLIKTA KATILIM PAYI GETİRME BORCUNA AYKIRILIK

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. M. TUFAN ÖĞÜZ		KABUL
2- PROF.DR. HALUK NAMİ NOMER		KABUL
3- DOÇ.DR.EMREHAN İNAL		—
4- DOÇ.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE		KABUL
5- DOÇ.DR.MELEK BİLGİN YÜCE		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.AZRA ARKAN SERİM		KABUL
2- YRD.DOÇ.DR.CÜNEYT BELLİCAN		

ADİ ORTAKLIKTA KATILIM PAYI GETİRME BORCUNA AYKIRILIK

Fatih DURAN

2501120649

ÖZ

Bu çalışma kapsamında öncelikle, adi ortaklığa katılım payı olarak getirilebilecek edimler sınıflandırılarak incelenmiş ve bu kapsamda edim türleri bağlamında katılım payı getirme borcunun ifasında özellik taşıyan noktalara değinilmiştir. Borcun ifasına ilişkin kurallar ve adi ortaklığa hakim temel ilkeler saptandıktan sonra, borca aykırılığın görünümleri bakımından bir inceleme yapılmıştır. Bu kapsamda, geç ifa, kötü ifa ve hiç ifa etmeme sebebiyle ortaya çıkabilecek her bir borca aykırılık türü özelinde sorumluluğun özellikleri ve şartları ele alınmıştır. Nihayetinde, bu borca aykırılık türleri bağlamında ortaya çıkan sonuçlar ile adi ortaklık sözleşmesine özel olarak öngörülen sonuçlar incelenerek birlikte değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: Adi Ortaklık, adi şirket, ortaklık sözleşmesi, katılım payı, katılma payı, sermaye, edimler birleşimi, borcun ifası, borca aykırılık, haklı sebeple fesih

**ADİ ORTAKLIKTA KATILIM PAYI GETİRME BORCUNA
AYKIRILIK**

Fatih DURAN

2501120649

ABSTRACT

The subject of this study is the breach of obligation, arised from an ordinary partnership agreement, whereby the partners promise to bring an interest into the partnership. Within this scope, these are the main issues involved in this study: content and rules of performance, variety of non-performance aspects and conclusions of breach.

KEYWORDS: Ordinary partnership, partnership agreement, share, breach of obligation, performance, non-performance

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü özel hukuk yüksek lisans programı kapsamında bitirme tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusunu, adi ortaklıkta katılım payı getirme borcunun ifası, bu borca aykırılık halleri ve bunların sonuçları oluşturmaktadır. Adi ortaklık sözleşmesinin yaygın bir sözleşme tipi olması, katılım payı getirilmesinin ortaklar için asli bir borç oluşu, sözleşmenin kendine özgü karakteri ve detaylı bir incelemenin daha önce yapılmamış olması çalışmanın konusunu önemli kılmaktadır. Öğretide, adi ortaklığın organizasyonel yapısına yönelik olarak yapılan incelemelere rağmen sözleşmesel karakteri bağlamındaki meselelerin yeterince ilgi görmemesi nedeniyle oluşan boşluğa dikkat çekmek çalışmanın temel amacıdır.

Katılım payı getirme borcuna konu olan edimin adi ortaklık sözleşmesinde karakteristik bir nitelik göstermemesi nedeniyle, konunun kapsamının öngörülmesi güç hale gelen sınırları, borca aykırılık incelemelerinin temel metodu olan edim türleri sınıflandırması kullanılarak aşılmaya çalışılmıştır. Adi ortaklık sözleşmesinin farklılık arz eden kurgusu, tezin başından sonuna kadar, borcun ifasına ve borca aykırılığa ilişkin hukuki kavram ve kurumların pek çok yönüyle sorgulanmasını gerektirmiş ve çalışmanın seyri boyunca bu gayret korunmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ortaya çıkması pek çok kişinin desteği ile mümkün olabilmiştir. En başta, beni asistanı olarak kabul eden, bu konuyu çalışmamı bana öneren kürsü hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. M. Tufan Ögüz'e sağladığı rahat çalışma ortamı ve çalışmanın seyrinde önemli yerler bakımından getirdiği eleştiriler ve yönlendirmeleri için büyük teşekkür ederim. Yine, kürsü hocalarım; Doç. Dr. M. Serkan Ergüne'ye her soruyla yakından ilgilendiği ve Yard. Doç. Dr. Ayça Akkayan Yıldırım'a anlayışı için teşekkür etmem gerekir. Elbette, bütün bu sürecin sıkıntılarını aşmamda kürsü arkadaşlarım Araş. Gör. Ezgi Turan'ın ve Araş. Gör. Esmâ Elif Şafak'ın destekleri de çok önemliydi.

Lisans öğrenimimde öğrencisi olma şansına eriştiğim hocam Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce'ye her zamanki desteği için gönülden teşekkürlerimi sunuyorum.

Naçizane benim de çalışmamda çokça yararlandığım, 1968 tarihli adi ortaklığa ilişkin eseri hukuk yazınında önemli yer tutan, Prof. Dr. Y. Ümit Doğanay'ın ismini de burada saygıyla anmak isterim.

Tezle ilgili kaynakları temin etmemden sıkıntılarımı dinlemeye kadar pek çok şekilde yardımını esirgememiş bütün meslektaşlarıma başta Araş. Gör. Gizem Zurnacı, Araş. Gör. Melis Avşar ve Araş. Gör. F. Pelin Tokcan olmak üzere, yol arkadaşlıkları için müteşekkirim.

Kullanılmış bir defteri baştan sona silerek ilkokula başlayan, yazdıklarımı kendisine ithaf etmek istediğim babam Adnan Duran'ın hatırasını özlemle ve hürmetle anıyor, anneme ve tüm aileme sevgileri ve destekleri için derinden teşekkür ediyorum.

Ve son olarak; Ceyhun, Ediz, Kadir, Ceren ve Emrah, sızsiz sözcüklerim başka olurdu. "Elbirliğiyle" paylaştığımız her şey için, iyi ki varsınız!...

Fatih Duran

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

Adi Ortaklık, Katılım Payı Getirme Borcu ve İfası

I. Genel Olarak Adi Ortaklık Yapısı	3
II. Adi Ortaklık Sözleşmesi ve Adi Ortaklık Sözleşmesinin Borçlar Hukukundaki Yeri.....	6
A. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tanımı ve Kanunda Ele Alınış Biçimi	6
B. Adi Ortaklığın Sözleşmesel Niteliği	7
1. Genel Olarak	7
2. Borç Sözleşmesi Karakteri.....	8
III. Adi Ortaklıkta Katılım Payı Getirme Borcu ve İfası	10
A. Giriş	10
B. Katılım Payı Getirme Borcunun İfasına İlişkin Genel Esaslar	12
1. Genel Bakış.....	12
2. Katılım Payı Getirme Borcunun Borçlusu.....	13
3. Katılım Payı Getirme Borcunun Alacaklısı	14
4. Katılım Payı Getirme Borcunun İfa Yeri.....	15
5. Katılım Payı Getirme Borcunun Konusu.....	16
C. Edimin İçeriğine Göre Katılım Payı Getirme Borcu	17
1. Genel Olarak	17
2. Katılım Payı Getirme Borcunun Verme Ediminden Oluştığı Haller	19

a. Para Getirilmesinin Borçlanması	19
i. Yabancı Para Getirilmesinin Borçlanması.....	20
ii. Takas İmkânı.....	21
b. Eşya Getirilmesinin Borçlanması	23
i. Mülkiyet Hakkının Devri	25
(i). Taşınır Açısından	28
(ii). Taşınmazlar Açısından.....	28
ii. Kullanma ve Yararlanma Hakkının Devri	35
(i). Alelde Kullanma Hakkının Tesisi Yoluyla	36
(ii). İrtifak Hakkı Tesisi Yoluyla.....	37
c. Diğer Hakların Devrinin Borçlanması	39
i. Katılım Payı Getirme Borcuna Konu Edilmeye Elverişliliği Yönünden Haklar.....	40
ii. Devredilme Şekilleri Bakımından Haklar.....	42
d. Malvarlığı veya İşletmenin Devrinin Borçlanması.....	43
3. Katılım Payı Getirme Borcunun Yapma Ediminden Oluştığı Haller	44
a. Genel Olarak.....	44
b. Emegın Getirilmesi	46
4. Katılım Payı Getirme Borcunun Yapmama Ediminden Oluştığı Haller.....	48

İkinci Bölüm

Katılım Payı Getirme Borcunun İfasında Borca Aykırılığın

Görünümleri

I. Katılım Payı Getirme Borcunda Temerrüt	49
A. Genel Olarak.....	49
B. Temerrüdün Şartlarının Adi Ortaklık Bağlamında İncelenmesi.....	50
1. Muacceliyet ve Ödemezlik Def'i.....	50

a. Muacceliyet	50
b. Ödemezlik Def'i Kullanılması İmkânı.....	52
2. İhtar	55
3. İfanın Mümkün Olması.....	56
4. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması	56
II. Kötü İfa Dolayısıyla Garanti Sorumluluğu.....	58
A. Ayıptan Sorumluluk	58
1. Giriş	58
2. Ayıp Kavramı ve Ayıptan Sorumluluğun Genel Çerçevesi.....	60
3. Ayıptan Sorumluluğun Adi Ortaklık Sözleşmesinde Uygulanması	62
a. Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması	62
b. Kira Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması.....	62
c. Eser Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması	64
4. Adi Ortaklıkta Ayıptan Sorumluluğun Şartları.....	65
a. Maddi Şartlar	65
i. Sorumluluğu Gerektiren Bir Ayıbın Mevcut Olması.....	65
ii. Ayıbın En Geç Hasarın Geçişi Anında Var Olması.....	68
iii. Teslimin Gerçekleşmiş Olması	69
iv. İfanın Ayıplı Haliyle Kabul Edilmemiş Bulunması.....	71
v. Ayıba Diğer Ortakların Sebep Olmaması	73
b. Şekli Şartlar	74
i. Gözden Geçirme (Muayene) Külfeti.....	74
ii. Bildirim (İhbar) Külfeti	76
B. Zapttan Sorumluluk	78
1. Giriş	78
2. Zapt Kavramı ve Zapttan Sorumluluğun Genel Çerçevesi.....	78

3. Zapttan Sorumluluğun Adi Ortaklık Sözleşmesinde Uygulanması.....	79
a. Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması	79
b. Kira Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması.....	81
4. Adi Ortaklıkta Zapttan Sorumluluğun Şartları	82
a. Edimin İfa Edilmiş Olması.....	82
b. Üçüncü Kişinin Üstün Bir Hakkının Bulunması.....	83
c. Üçüncü Kişinin Üstün Hakkının Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Var Olması	84
d. Zapt Tehlikesinin Bilinmemesi.....	84
e. Üçüncü Kişinin Zapta Girişmiş Olması	85
f. Zaptın Bildirilmesi.....	86
C. Alacak Hakkının Getirilmesi Halinde Sorumluluk.....	88
III. İmkansızlık.....	92
A. Giriş	92
B. İmkansızlığın Genel Çerçevesi	92
C. Edim Türleri Açısından İmkansızlık	95
1. Verme Edimi Bakımından	95
2. Yapma Edimi Bakımından.....	97
3. Yapmama Edimi Bakımından.....	99

Üçüncü Bölüm

Katılım Payı Getirme Borcuna Aykırılığın Sonuçları

I. Giriş	100
II. Borca Aykırılık Nedeniyle Ortaya Çıkan Genel Talepler	102
A. Temerrüt Halinde Sonuçlar	102
1. Genel Sonuçlar: Beklenmedik Halden Sorumluluk ve Gecikme Tazminatı	102

2. Para Borcuna İlişkin Olarak: Temerrüt Faizi.....	103
3. İfadadan Vazgeçilmesi ve Olumlu Zararın Tazmini Talebi.....	105
B. Ayıptan Sorumluluk Halinde Sonuçlar.....	107
1. Bedel İndirimi.....	107
2. Onarım ve Yenisiyle Değişirme.....	109
3. Ayıp Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararın Tazmini.....	109
C. Zapttan Sorumluluk Halinde Sonuçlar.....	110
D. Alacak Hakkının Getirilmesinin Borçlanılmasında Garanti Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları.....	112
E. İmkansızlığın Sonuçları.....	112
III. Haklı Sebep ile Ortaklıktan Çıkarılma.....	116
IV. Ortaklığın Sona Erdirilmesi.....	119
A. Genel Olarak.....	119
B. Haklı Sebep ile Fesih.....	120
1. Haklı Sebep.....	121
2. Dava Açılması.....	122
C. Sözleşmeden Dönme ve Fesih.....	125
1. Öğretideki Tartışmalar.....	127
2. Değerlendirmemiz.....	128
D. Sona Ermenin Sonucu: Tasfiye.....	130
1. Genel Olarak.....	130
2. Tasfiye İşlemi.....	131
a. Dış Tasfiyede Katılım Payının Yeri.....	132
b. İç Tasfiyede Katılım Payının Yeri.....	133
V. Sorumluluğun Daraltılması.....	135
VI. Zamanaşımı.....	137

SONUÇ..... 139

KAYNAKÇA..... 148



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
a.g.e.	:	adı geçen eser
a.g.m.	:	adı geçen makale
Art.	:	Artikel
b.	:	bent
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
çev.	:	çeviren
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
Ebk	:	(Eski) 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	:	Editör
f.	:	fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi (Yargıtay)
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	:	2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İTÜSBD	:	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFİM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	:	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	:	Karar
karş.	:	karşılaştırınız
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
KİB	:	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KTK	:	2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	:	madde
MK	:	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
MÜHFHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk

Araştırmaları Dergisi

N.	:	Numara
OR	:	Bundesgesetz über das (Schweizerische) Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Sy.	:	Sayı
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay

GİRİŞ

Diğer bütün sözleşme ilişkilerinde tarafların birbirine zıt olarak konumlanmalarına karşılık, tarafların yanyana aynı hedefi kuşattıkları ortaklık sözleşmeleri, bu nitelikleri gereği sözleşme türleri sınıflandırmasında apayrı bir yere sahiptir. Özel hukuk ilişkilerinde “sözleşme” nosyonunun temel çıkış noktası oluşu gibi, adi ortaklık sözleşmesi de tarafların aynı amacı paylaştığı bütün ilişki biçimleri için temel yapı durumundadır. Bu nedenle gündelik yaşamdan ticari yaşama kadar geniş bir alanda, pek çok farklı amaçta ve içerikte adi ortaklıkla ve adi ortaklık temeline dayalı hukuki ilişki biçimleriyle karşılaşmak mümkündür.

Katılım payı ise, tarafların ortak amaca erişmek üzere ortaklığa getirmeyi üstlendikleri edim olarak, adi ortaklık sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu ve ortakların da asli edim yükümünü oluşturmaktadır. Bu önemine karşılık, katılım payı getirme borcuna aykırılık, bugüne kadar ayrıntılı bir incelemeye konu edilmemiştir. Halbuki, adi ortaklık sözleşmesinin ayrıksı karakteri ve katılım payı getirme borcundaki edim çeşitliliği nedeniyle, meselenin hemen her yanı çözüm bekleyen düğümlerle doludur. Elbette, bu yüksek lisans tezi çalışmasının iddiası konuya bütün yönleriyle bir çözüm getirmek değildir. Ancak, öğretilerdeki boşluğa işaret edilebildiği ve katkı sunulabildiği ölçüde çalışma hedefine ulaşmış olacaktır.

Çalışmamız kapsamında ilk bölümde öncelikle, öğretilerde yeteri kadar ele alınmış olan adi ortaklığın unsurlarını uzun uzadıya tekrarlamak yerine, konumuz bağlamında önem taşıyan hususları ön plana alarak, tanıtıcı mahiyette kısa bir genel başlığa yer vereceğiz. Bunun ardından gelen ikinci başlığı, katılım payı getirme borcunun kaynağı durumundaki adi ortaklık sözleşmesine ve bu sözleşmeye uygulanabilme kabiliyetini haiz hükümlerin belirlenebilmesi bakımından önem taşıyan sözleşmenin karakterini tespiti ayracağız. Bu bölümün son başlığında ise, adi ortaklığın taşıdığı özellikleri dikkate alarak katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin genel hususları değerlendirecek ve bunun ardından, karakteristik nitelik göstermemesi nedeniyle edimin geniş içeriği bağlamında önem arz eden hususlara

ilişkin daha ayrıntılı bir incelemede bulunacağız. Burada, borca aykırılık tekniği bakımından, verme – yapma – yapmama edimleri sınıflandırmasını kullanacağız.

Katılım payı getirme borcunun ifasında borca aykırılığın görünümleri çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturacak. Burada, geç ifa, kötü ifa veya hiç ifa etmeme sebebiyle ortaya çıkabilecek her bir borca aykırılık türü özelinde sorumluluğun konumuz bağlamındaki özelliklerini ve şartlarını ele alacağız. Özellikle ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin başlıklar, TBK m.621/f.III'ün atfı nedeniyle satış, kira ve eser sözleşmesi hükümlerinin muhakemesini gerektirdiğinden ikinci bölüm içinde önemli bir kısmı oluşturacak.

Katılım payı getirme borcuna aykırılığın sonuçlarına ilişkin incelememizin yer alacağı üçüncü bölümde, öncelikle, ortaklık bağının tamamıyla ya da ortaklardan biriyle koparılmaksızın, borca aykırılık nedeniyle ileri sürülebilecek genel taleplere değinecek ve bunların adi ortaklık sözleşmesi kapsamındaki uygulanabilirliğini değerlendireceğiz. Hemen ardından ise, katılım payı getirme borcuna aykırı davranan ortağın ortaklıkla bağının kesilmesini ifade eden ortaklıktan çıkarılma imkanının uygulanmasını inceleyeceğiz. Nihayetinde, ortaklık bağının sürdürülmesinin artık olanaksız hale gelmesi nedeniyle, son çare olarak sözleşmenin sona erdirilmesi hallerini ele alacağız. Ortaklığın sona ermesinin sonucu olarak tasfiyeye de yine konumuzla ilgili olduğu ölçüde değineceğiz.

Birinci Bölüm

Adi Ortaklık, Katılım Payı Getirme Borcu ve İfası

I. Genel Olarak Adi Ortaklık Yapısı

Gerek gündelik gerek ticari hayatta önemli bir yeri ve uygulaması¹ olan ortaklık yapısı, öğretiden, TBK'nın 620. maddesinde adi ortaklık² sözleşmesine ilişkin olarak verilen tanımdan yola çıkılarak tanımlanmaktadır. Buna göre ortaklık, ortak bir amaca erişmek üzere emek ve/veya mallarını birleştirmeyi taahhüt ettikleri bir sözleşme ilişkisi temelinde bir araya gelen kişilerin oluşturdukları kişi birliğidir³.

¹ Adi ortaklığın bu önemli ve yaygın yerinin nedeni, isminden de anlaşıldığı üzere, kurgulanışının oldukça basit ve deyim yerindeyse “ilkel” olmasından ileri gelir. Bu nedenle adi ortaklık, öncelikle kişiler tarafından sıklıkla başvurulan bir hukuki yapı durumundadır. Bunun yanında, başka bir takım hukuki ilişkiler bakımından da temel yapı niteliği taşıdığından, adi ortaklık sözleşmesine ilişkin kurallar oldukça yaygın bir uygulama alanı kazanmaktadır. Nitekim, adi ortaklık hükümlerinin bütün kişi birliklerinde özellikleri gözetilerek uygulanabilecek genel hükümler mahiyeti taşıdığı yönünde bkz. Ümit Y. Doğanay, **Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları – Kurulması – Hükümsüzlüğü)**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1968, s.2-3. Ayrıca öğretide, kişilik kazanmamış dernekler de adi ortaklık sayılmakta, yani dernek kurmaya yönelik hukuki ilişki de adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 266). Yine benzer şekilde, TBK m.620/f.II'e göre, kanunun öngördüğü ayırt edici nitelikleri taşımayan diğer tüm ortaklıklar adi ortaklık sayılmaktadır. Ayrıca TTK m. 126 hükmüne göre, Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklık hükümleri, bir ticaret ortaklığı söz konusu olduğunda o ortaklığa ilişkin özel hükümler ve Türk Ticaret Kanunu genel hükümlerinden sonra uygulama alanı bulabilmektedir.

² “Adi ortaklık” deyimini öğretide yaygın olarak yerleşmiş bulunan ve kanun koyucunun da tercih ettiği isimdir. Yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nda “adi şirket” ifadesi kullanıldığından bu ifade de öğretiden ve uygulamada hâlâ yaşamaktadır. Bununla birlikte öğretide “basit şirket”, “yalın ortaklık”, “bayağı ortaklık” gibi terimlerin tercih edildiği de görülebilir.

³ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, buradaki “ortaklık” terimi geniş anlamından ayrı olarak, dar ve teknik bir anlamdadır. Şöyle ki; burada kastedilen, kişiler arasında bulunan salt bir menfaat birlikteliği değildir. Buradaki anlamıyla ortaklık, tarafların bu yöndeki iradeleriyle kurulan sözleşme sonucu meydana gelen ve böylece apayrı bir hukuki kurum olarak bağımsızlaşan ve kurumsallaşan bir yapıyı ifade eder. Söz gelimi; “elbirliği ortaklığı”, “miras ortaklığı” gibi ortaklık niteliğiyle ifade edilen durumların, esasen teknik anlamda ortaklıkla bir ilgisi yoktur. Bunlar bir hukuki işlem ya da olayın sonucu olarak ortaya çıkan, ilgilileri arasında yakın bir birliktelik meydana getiren durumları ifade etmekten öte bir ortaklık anlamı taşımazlar. Nitekim MK m. 701'de de elbirliği mülkiyeti “*kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla*” denilerek tarif edilmiştir. Kanun uyarınca oluşan elbirliği mülkiyeti haline miras ortaklığı (MK m. 640), kanunda öngörülen sözleşmeye ise işte adi ortaklık sözleşmesi örnek gösterilebilir.

Adi ortaklığın bu tanımında görüldüğü gibi, iki unsur ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi adi ortaklık ilişkisinin sözleşme temelli olmasıdır. Bu onu kanundan doğan ilişki biçimlerinden ayırdığı gibi sözleşme ilişkisinin içeriği itibarıyla de başka birçok ilişkiden ayırarak özelleştirir. Konumuz bakımından ayrıca önemli olduğundan, adi ortaklığın sözleşmesel niteliğini bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı ele alacağız. Bizim burada değineceğimiz ise, tanımda öne çıkan diğer unsur olan, adi ortaklığın kişi birliği yönüne ilişkin önemli hususlar olacak.

Bu anlamda değinmemiz gereken ilk önemli husus, adi ortaklığın bir tüzel kişiliği haiz olmamasıdır. Adi ortaklığın gerek iç gerek dış mekanizmalarındaki örgütleniş de buna bağlı olarak şekillenir. Söz gelimi, adi ortaklık, kanun koyucu tarafından tüzel kişilikle donatılmadığından hak ehliyetine sahip değildir; çünkü hukuk tarafından bir hak süjesi olarak tanınmamaktadır⁴. Bu nedenle adi ortaklığın iç ve dış organizasyonu ortaklar esas alınarak düzenlenmiştir.

Adi ortaklığın hak ehliyeti olmadığından, hiçbir hukuki işlemin tarafı olamaz; ortaklık faaliyeti kapsamında girişilecek bir hukuki işlemin tarafı doğrudan ortaklardır. Böyle olunca, bu işlemlerden doğacak tüm haklar ve borçlar da ortaklar üzerinde doğar. Kanun koyucu ortakların bu haklara ve borçlara nasıl bir hukuki rejim çerçevesinde muhatap olacağına ilişkin olarak, haklar yönünden “elbirliği ile hak sahipliği”, borçlar yönünden ise “müteselsil borçluluk” rejimini benimsemiştir. Her iki esas yönünden de ortak olan nokta, ortaklar arasında sıkı bir birliktelik ve bağlılık ilişkisi yaratmasıdır. Bu, ortaklık yapılanmasının ve tüzel kişilik sahibi olmamanın doğal sonucudur. Yani, sıkı bir birliktelik ve düzen gerektiren ortaklık yapısında bu birliktelik ve düzeni sağlayacak en işlevsel araç tüzel kişilik statüsüyken, adi ortaklığın tüzel kişilikten yoksunluğu karşısında bu iki hukuki rejim adi ortaklığın ortaklık

⁴ Alman hukukunda ise adi ortaklıkların hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Konuyla ilgili incelemeleri için bkz. Fatih Bilgili, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, C. 1, s. 197-215, 2002; Şafak Narbay/Seyithan Deliduman, “Alman Federal Mahkemesi’nin Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2002 Tarihli Kararı” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, C. 1, s. 577-595, 2002.

karakterini muhafaza etmesini sağlar. “Elbirliği ile hak sahipliği” durumunun kanundan doğduğu hallerde çoğu zaman bu durum muhatapları tarafından ve hatta kanun tarafından bir an önce tüketilmeye, sonlandırılmaya çalışıldığı halde⁵ özgür iradeleriyle bir sözleşme ilişkisi temelinde bir araya gelen kimselerin ilişkisine kanun koyucu tarafından bu en ağır rejimin benimsenmesinin sebebi başka türlü açıklanamaz. Bu nedenle oğretide, elbirliği ile hak sahipliği prensibinin emredici olmadığı ve aksinin taraflarca benimsenebileceği kabul edilse de bunun adi ortaklığın yapısına uygun düşmeyeceği haklı olarak belirtilir.

Yine, ortakları ortaklığın borçları için üçüncü kişilere karşı “müteselsil borçlu” olarak konumlandırılan kanun koyucu böylelikle hukuki görünüş itibariyle karşısında başvurabileceği bir tüzel kişilik, buna bağlı olarak da tek bir malvarlığı bulunmayan üçüncü kişileri korumak istemiştir. Zira, adi ortaklık için bir ortaklık malvarlığından bahsedilse de, esasında bu, adi ortaklığın hak ehliyetinin bulunmamasına bağlı olarak ortakların kendi kişisel malvarlıkları üzerinde tezahür eder. Yani ortaklık malvarlığı kavramı, görünüş itibariyle ortakların malvarlıklarında bulunan, ancak ortaklığa ait unsurların toplamını ifade eden, daha ziyade soyut bir mefhumdur.

Tüzel kişilikten yoksunluk ve buna bağlı olarak gelişen elbirliği ile hak sahipliği hali, adi ortaklıkta katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin olarak; alacaklının kim olduğu, ifanın kime ve nasıl yapılacağı, kazandırmanın kimin malvarlığında etki doğuracağı gibi bizim çalışma konumuz bakımından önemli meseleleri de şekillendiren temel özelliklerdir.

⁵ Örneğin; “Mirasın Paylaşılması” bölümü altında, “Paylaşmayı isteme hakkı” başlığıyla düzenlenen MK m. 642’ye göre mirasçılardan her birinin ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadığı her halde mirasın paylaşılmasını isteme hakkı vardır. Yine MK m. 644 gereği elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği müddetçe istem üzerine hakim elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürecektir. Ve hatta MK m. 642/II’ye göre olanak varsa bu paylaştırma terekedeki taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi şeklinde yapılacak ve böylece tek kişi mülkiyetine ulaşılmaya çalışılacaktır. Bu bir anlamda kanun koyucunun hukuki yapıyı olabildiğince sadeleştirme eğilimidir.

II. Adi Ortaklık Sözleşmesi ve Adi Ortaklık Sözleşmesinin Borçlar Hukukundaki Yeri

A. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tanımı ve Kanunda Ele Alınış Biçimi

Yukarıda açıkladığımız üzere adi ortaklık bir ortaklık yapısı olmasına karşın, diğer bütün ortaklık yapılarının düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu'nda değil, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunun sebebi, ortaklık yapılarının özü durumundaki adi ortaklık sözleşmesinin bir sözleşme olarak borçlar hukuku meselesi olmasından ileri gelir. Kanun koyucu, adi ortaklık sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleyerek onu bir borç sözleşmesi olarak ele almış; ayrıca kişi birliği oluşturması ve bu anlamda diğer borç sözleşmelerinden farklı olmasını da dikkate alarak Türk Borçlar Kanunu'nun en son bölümünde düzenleyerek, böylece Türk Ticaret Kanunu'na adeta bir köprü kurmuştur⁶.

Adi ortaklık sözleşmesi TBK m. 620/f.I'de şu şekilde tanımlanmıştır:

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

Buna göre; adi ortaklık, her şeyden önce sözleşme temelli bir ilişkidir⁷. Bunun için de, en az iki kişinin bu sözleşmeyi kurmak yönünde birbiriyle uyuşan irade

⁶ Doğanay, a.g.e., s. 1-2.

⁷ *Domaniç* adi ortaklığın ortaya çıkışı yönünden iradi olarak kurulanlar ve kanuni olarak adi şirket sayılanlar şeklinde ikili bir ayırım yaparak kanunun öngördüğü ayırt edici nitelikler yönünden noksanlık barındıran ticaret ortaklıklarını kanuni adi şirketler olarak kategorilendirmektedir. Zira gerçekte ortakların iradesi bir adi ortaklık oluşturmak yönünde değildir. Yalnızca, kanun onların “başka bir maksada matuf” iradelerine noksanlık sebebiyle mecburi bir sonuç bağlamıştır. Dikkat edilmelidir ki; *Domaniç*'in bu ayırımı adi ortaklığın taraf iradeleri hiç olmaksızın kanunen de ortaya çıkabileceği anlamına gelmemektedir. Kanun'un burada yaratıcı değil, yönlendirici ve indirgeyici bir fonksiyonu vardır. Adi ortaklığın ilerisinde bir ticaret ortaklığı kurmaya yönelen irade, zorunlu olarak adi ortaklık uğrağından geçmiştir. Zira adi ortaklık, ticaret ortaklıkları için bir çekirdek ilişki biçimidir. (Bkz. Domaniç, **Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler**, 4. Bası, İstanbul, 1988, s.73;

beyanlarına ihtiyaç vardır. Tarafları sözleşme yapmak üzere bir araya getiren sebep, bu sözleşmeyle ulaşmayı düşündükleri ortak bir amaç taşımalarıdır. Bu nedenle tarafların irade beyanlarının içeriğini, bu ortak amacı benimseyerek ona ulaşmak üzere emeklerini ve/veya mallarını birleştirme taahhüdü oluşturur. Öğretideki ifadelerle bunlar, katılım payı ve ortak amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*) unsurlarıdır.

Öğretide Kanun'daki bu tanıma ilişkin olarak çeşitli tartışmalar yapılmakta ve farklı tanımlar önerilmektedir⁸. Bununla birlikte, adi ortaklık sözleşmesinin unsurları açısından görüş birliği olup; bu tartışmaların nedeni, bu unsurları daha iyi ifade eden bir tanım ortaya koymak önerileridir. Biz öğretideki tartışmaların detayına girmemekle birlikte, Kanun'daki tanımda iki noktaya ilişkin olarak yapılan eleştirilerin bizim çalışmamızın konusu itibariyle de önemli olduğunu düşünüyoruz. Bunlardan birincisi, bu tanımın adi ortaklığın karakteristik bir unsuru durumunda olan ve bu yönüyle onu benzer sözleşmelerden ayıran, “ortak amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*)” unsurunu yeteri açıklıkla ifade etmiyor oluşudur. İkinci önemli eleştiri ise, “emeklerini ve malları” ifadesindeki “ve” bağlacının bir adi ortaklık sözleşmesine mevcudiyet vermek üzere bir araya gelen kişilerin sanki hem emek hem de mallarını birleştirmeyi taahhüt etmeleri gerektiği yönünde bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermesidir⁹.

B. Adi Ortaklığın Sözleşmesel Niteliği

1. Genel Olarak

Her ne kadar literatürde zaman zaman adi ortaklığın gerek sözleşmesel karakteri gerek bu karakterinin özellikleri bakımından farklı görüşler¹⁰ ileri sürülmüş

Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 1477).

⁸ Doğanay, **a.g.e.**, s. 4-5.

⁹ Domaniç, **a.g.e.**, s. 6; Zekeriya Kurşat, “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi” **İÜHFİM**, C. LXX, Sy. 1, s. 301-318, 2012, s. 303.

¹⁰ Adi ortaklığı meydana getiren hukuki işlemin “müşterek hukuki muamele” ya da “toplu muamele (Gesamtakt)” olduğu öğretide önceleri ileri sürülmüşse de, bu görüşler kabul görmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 20-21; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 56.

olsa da bugün kabul edilen odur ki; adi ortaklığı doğuran hukuki işlem bir sözleşmedir. Nitekim, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, adi ortaklığın tanımına ilişkin olan TBK m. 620/f.1'de, adi ortaklık açıkça bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda adi ortaklık sözleşmesinden bahsedebilmek için, en az iki kişinin bu sözleşmenin kurucu unsurlarını içeren karşılıklı irade beyanlarının birbiriyle uyuşması gerekir. Yani, tarafların adi ortaklık sözleşmesiyle ulaşmayı hedefledikleri ortak amacı, katılım payı taahhütlerinin içeriğini birbirlerine karşı onaylamaları gerekir¹¹.

Taraf sayısının ikiden fazla olması halinde adi ortaklık sözleşmesi çok taraflı hukuki işlem niteliğinde olur. Bu durumda sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için, her ortağın sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanının diğer ortaklara yönelmiş ve bunların birbiriyle uyuşmuş olması gerekir. Yani ikiden fazla taraflı bir adi ortaklık sözleşmesi, ortakların ikişer ikişer karşılıklı irade beyanları ile meydana gelen bir akitler toplamı olarak değil; son kabul beyanının diğer ortaklara ulaşmasıyla kurulur¹². Bu nedenle, herhangi bir ortağın kabul iradesinin eksikliği o ortağın ortaklık dışında kalmasına değil, ortaklığın teşekkül etmemesine yol açar.

2. Borç Sözleşmesi Karakteri

Adi ortaklığın özellik arz eden yapısı, onun sözleşmesel karakterini de diğer sözleşme tiplerinden başka vasıflar taşıyacak şekilde başkalaştırmıştır. Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi; adi ortaklık, ortak bir amaç etrafında bir araya gelen kişilerin, bu amaca erişmek uğruna birlikte çaba sarf etmeyi birbirlerine karşı üstlenmesi nedeniyle ortaklar arasında bir kişi birliği meydana getirir. Bu özelliği, onu diğer borç sözleşmelerinden¹³ ayıran niteliklerin başında gelir. Zira ortaklık sözleşmesinde, diğer sözleşmelerden farklı olarak taraflar birbirine zıt olarak değil,

¹¹ *Doğanay, Siegart'a* atıfla bazı özel durumlarda ortaklar için şahısları önem taşııyorsa, sözleşmenin ortakların şahsı üzerinde anlaşmaksızın da kurulabileceğini belirtmiştir. Ancak sözleşmenin kurulması bakımından irade beyanlarının her bir ortak arasında uyuşması gerekirken, şahıs üzerinde anlaşmadan bunun nasıl mümkün olabileceği anlaşılabilir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 69.

¹² *Doğanay*'ın ifadesiyle burada “ortaklardan her birinin bağımsız irade beyanlarının karşılıklı teatisi suretiyle” sözleşmenin kurulması söz konusudur. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 68-69.

¹³ Adi ortaklığın bir borç sözleşmesi mi, yoksa organizasyon sözleşmesi mi olduğu da öğretilerde sorgulanmıştır. Genel olarak kabul edilen, borç sözleşmesi yönü ağır basan çifte karakterli bir sözleşme olduğu yönündedir. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 59 vd.

aynı hedefe yönelik olarak yan yana konumlanırlar¹⁴. Bu nedenle de ortakların edim yükümlülükleri bir değişim ilişkisi içinde değil, birleşim ilişkisi içindedir.

Belirttiğimiz gibi bunun sebebi, ortakların sözleşmeyle erişmeyi hedefledikleri bir ortak amacın bulunması ve ortakların edimlerinin esas fonksiyonunun bu ortak amacın gerçekleşmesine yarar oluşudur. Ortakların katılım payı borçları bu anlamda birbirinin karşılığı olmadığı gibi, ortaklıkça elde edilip ortaklara dağıtılan menfaatler de bir karşılık (ivaz) teşkil etmez. Zira, bu menfaatler ortakların katılım payı taahhütleri nedeniyle malvarlıklarında meydana gelen eksilmeye karşılık olarak değil, katılım paylarının birleşmesi ve ortaklık faaliyeti neticesinde ortaklıkça elde edilen değerleri ortaklara paylaştırmak üzere dağıtırlar.

İşte bu kurgu, adi ortaklık sözleşmesinin borç sözleşmeleri sınıflandırmasında nerede durduğu sorusunu gündeme getirmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında düzenlenen diğer sözleşmelerin birçoğunun edim değişimini amaçlayan mübadele sözleşmesi niteliğinde olması ve genel hükümlerde bu tür sözleşmelere yönelik olarak ele alınmış önemli hukuki kurumlar ve imkanlar bulunması nedeniyle, adi ortaklık sözleşmesinin borç sözleşmesi karakterini doğru teşhis etmek ve karakterine uygun düşen ve düşmeyen hükümleri ve hukuki kurumları tespit etmek önemlidir.

Öğretide ortakların borç altına girme sebebinin diğer ortakların da borç altına girmesi olduğundan bahisle karşılıklı sözleşme kavramını genişleterek adi ortaklığın da bir karşılıklı sözleşme olduğu ileri sürülmüşse de¹⁵, hakim görüş aksi fikirde birleşmektedir¹⁶. Gerçekten de, adi ortaklıkta ortaklar doğrudan birbirlerine karşı

¹⁴ Kurşat, **a.g.m.**, s. 301.

¹⁵ Bu görüşün sırf karşılıklı sözleşmelere uygulanan hükümlerin uygulama alanını genişletebilmek için karşılıklı sözleşme kavramının tarihsel gelişimine uymayan bir yorum getirdiği ve kazandırmanın sebebini dikkate almaksızın karşılıklı sözleşme kavramının açıklanmasının mümkün olmadığı yönündeki eleştirileri için bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 24. Ayrıca BGB §705'de adi ortaklığın tanımı verilirken ortakların ortaklığa katılmaları bakımından "karşılıklı olarak yükümlenirler" anlamına gelmek üzere "verpflichten sich gegenseitig" şeklinde bir ifade kullanılmış ve öğretide adi ortaklığın bir karşılıklı sözleşme olarak değerlendirilmesine yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş, bu eleştiriler bizzat hükmün hazırlayıcısı tarafından da kabul edilmiştir. bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁶ Doğanay, **a.g.e.**, s. 22; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku – Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, s. 577; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 14; Halil Arslanlı, "Şirket Mukaveleleri İle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükliyen Akitler

değil, bir kişi birliği olarak ortaklığa borçlanırlar; ortaklardan alacak hakkı kazanan da ortaklıktır¹⁷. Bu nedenle adi ortaklıkta kazandırmanın sebebinin karşı taraftan alacak hakkı kazanmak (causa credendi) değil, ortak amaç için edimleri birleştirmek (causa societatis) olduğu haklı olarak ifade edilir¹⁸.

Netice olarak, adi ortaklık sözleşmesi bir karşılıklı sözleşme değildir ve pek çok noktada farklılık taşır¹⁹. Bu aykırı karakteri onu kendine özgü (sui generis) bir borç sözleşmesi tipi²⁰ olarak kabul ettirmiş ve borç sözleşmeleri sınıflandırmasında da “ortaklık sözleşmeleri” adı altında ayrı bir kategori olarak ele alınmasını gerektirmiştir. Bütün bunların sonucu olarak varmak istediğimiz ve bizim konumuz açısından pratik önemi olan nokta ise şudur ki; karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin adi ortaklığa uygulanması, ancak yapısına uygun düştüğü takdirde ve ölçüde kıyasen mümkündür.

III. Adi Ortaklıkta Katılım Payı Getirme Borcu ve İfası

A. Giriş

Bir ortak amaca erişmek uğruna ortaklık ilişkisine giren ortakların, bu amacın gerçekleşebilmesi için ortaklığa getirmeyi üstlendikleri edim katılım payını oluşturur. Bu bağlamda, katılım payı getirme borcu edim değişimini hedef tutan sözleşmelere yabancı bir kavram olduğu halde, adi ortaklık sözleşmesinin objektif esaslı unsuru ve

Arasındaki Ayrımlıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçütler” **İÜHFİM**, C. 11, Sy. 3-4, s. 128-144, 1945, s. 133 vd.

¹⁷ Öğretide, ortakların katılım paylarının ortaklık vasıtasıyla karşılıklı olduğundan bahisle edimler arasında bir “vasıtalı karşılıklılık” olduğu ileri sürülmüşse de, *Doğanay*’ın haklı olarak belirttiği üzere karşılıklılık durumu kazandırmanın sebebiyle alakalı bir husus olup, kavramın kazandırmadan bağımsız ele alınarak bir vasıtalık unsurundan söz edilmesi isabetli değildir. Bkz. *Doğanay*, **a.g.e.**, s. 25, dn. 16.

¹⁸ *Doğanay*, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁹ Diğer farklar iki sözleşmenin karakterindeki yapısal farklılıklardan ziyade, bu farklılığın birer doğal sonucu olduğundan, biz burada ayrıca değinmiyoruz. Daha kapsamlı bilgi için bkz. *Doğanay*, **a.g.e.**, s. 22 vd.

²⁰ Burada sui generis olmasıyla ifade etmek istediğimiz husus, isimsiz sözleşmeler sınıflandırması altında ele alınan “sui generis sözleşmeler” değildir. Zira belirttiğimiz gibi, adi ortaklık sözleşmesi Kanun’da düzenlenmesi itibarıyla bir isimsiz sözleşme değildir. Buradaki kendine özgülük, Kanun’daki diğer sözleşmeler arasında taşıdığı nitelikle alakalıdır. Aynı yönde kullanımı için bkz. *Doğanay*, **a.g.e.**, s. 22; *Barlas*, **a.g.e.**, s. 59 ve orada anılanlar.

ortakların da asli borcunu oluşturur. Bu husus, adi ortaklık sözleşmesinin tanımını veren TBK m.620’de “*emek ve mallarını*” şeklinde zikredilerek ve TBK m.621/f.I’de “*Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.*” denilerek açıkça ifade edilmiş durumdadır²¹.

Öğretide terminolojiye ilişkin olarak yapılan tartışmalarda, katılım payı kavramının yerine sermaye, sermaye payı, katılma payı, iştirak hissesi kavramlarının kullanıldığı ve önerildiği görülebilir. Bu kavramlardan saydığımız son üçü, aslında, anlamda bir farklılık ihtiva etmez. Ancak sermaye, ortakların ortaklığa fiilen getirmiş oldukları malvarlıksal değerlerin bütününe ifade eden bir kavram olup, her bir ortağın taahhüt ettiği katılım payına indirgenerek kullanılması uygun değildir²². Nitekim, eBK m. 521’de kullanılan “sermaye” kavramı, Türk Borçlar Kanunu’nda terk edilerek yerine “katılım payı” kavramı tercih edilmiştir. Öğretide, “sermaye payı” kavramının “sermaye” ile olan ilişkisini göstermesi nedeniyle terminolojik açıdan daha doğru olduğu ileri sürülmüşse de²³; kanaatimizce, bir şahıs ortaklığı olan adi ortaklıkta “sermaye”, referans noktası olacak kadar ön planda bir unsur değildir. Tam aksine, adi ortaklıkta katılım payının ortakların ortaklığa katılmaları açısından taahhüdü zorunlu bir unsur, bir asli borç oluşturduğuna işaret etmesi açısından “katılım payı” terminolojik anlamda, en azından Türk Borçlar Kanunu’nda ele alındığı düşünüldüğünde, borçlar hukuku terminolojisi bakımından kanaatimizce daha uygundur. Sermaye payı ticaret şirketleri için özel bir kavram olup, sermaye koyma borcu ve ifası Türk Ticaret Kanunu’nun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir²⁴. Bu hükümlerin adi ortaklıkta katılım payı getirme borcuna uygulanabilirliği ancak kıyasen mümkün olabilecekken, bu haliyle ticaret ortaklıklarına özgü olduğu anlaşılan bu terimi adi ortaklık için de kullanmak bir karmaşa yaratabilir. Biz de bu nedenlerle

²¹ Elbette bu ifadeden anlaşılması gereken, ortakların katılım payı koymayı taahhüt etmeleri gerektiğidir. Yoksa, sözleşmenin varlık kazanabilmesi için ortakların katılım paylarını fiilen ortaklığa getirmiş olmaları gerekmez. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasıyla beraber ortakların katılım payı borçları da doğmuş olur. Katılım paylarının fiilen ortaklığa getirilmesi borcun ifasıyla ilgili ayrı bir husustur.

²² Barlas, **a.g.e.**, s. 43; Aynur Yongalık, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1991, s. 39.

²³ Yongalık, **a.g.e.**, s. 28 ve s. 30.

²⁴ Kavramsal çerçevede adi ortaklıktaki katılım payı ile ticaret şirketlerindeki sermaye payı arasındaki farklar için bkz. Yongalık, **a.g.e.**, s. 31 vd.

ve Türk Borçlar Kanunu'nda kullanılan terimden ayrılmak için önemli bir sebep görmediğimizden, adi ortaklık için “katılım payı”; ticaret ortaklıkları bağlamında da “sermaye payı” terimlerini kullanmayı tercih ediyoruz.

Katılım payı kavramıyla ilgisi bulunan ortaklık payı, tasfiye payı ve ortaklık malvarlığı kavramlarının da katılım payından farkını ortaya koymak gerekir. Öncelikle ortaklık malvarlığı, ortakların getirdikleri katılım paylarını ve bunların yanında ortaklık faaliyeti neticesinde ortaklıkça elde edilen diğer bütün değerleri de içine alan daha geniş içerikli bir kavramdır. Adi ortaklığın bir tüzel kişiliği bulunmadığından, mevcudiyeti ortakların malvarlığında tezahür eder. Ancak ortaklık malvarlığına dahil değerler üzerinde ortaklar tek başlarına tasarruf edemeyeceklerinden ya da en azından tasarrufları geçerli olsa da ortaklığa karşı sorumlu olacaklarından, ortaklık malvarlığının ortakların kişisel malvarlığından bağımsız bir yönünün bulunduğu kabul edilir²⁵. Tasfiye payı ise, isminden de anlaşılacağı üzere, ortaklığın son bulmasıyla beraber ortaklık malvarlığının tasfiyeye tabi tutulması sonucunda ortağa düşen paydır. Bu pay aktif bir değer taşıyabileceği gibi pasif bir değer de taşıyabilir²⁶. Son olarak, ortaklar arasındaki değişikliklerle ilgili olarak TBK m.632 ve m.634'te zikredilen ortaklık payı da esasında ortaklık hakkını ifade eder. Bu yönüyle katılım payını içermesinin yanında, ortaklık sıfatı nedeniyle sahip olunan diğer hakları da içerecek şekilde daha geniş bir kavramdır²⁷.

B. Katılım Payı Getirme Borcunun İfasına İlişkin Genel Esaslar

1. Genel Bakış

Adi ortaklık sözleşmesinde, bir sonraki bölümde ele alacağımız üzere katılım payı getirme borcunun bir karakteristik ediminin bulunmayışı ve dolayısıyla katılım payı teşkil edebilecek edim türünün irade serbestisi çerçevesindeki bu uçsuz bucaksız sınırsızlığı, borcun ifasına ilişkin genel kurallar koymayı güçleştirmektedir. Nitekim adi ortaklık sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Buna paralel olarak, ifa engelleri hallerine ilişkin de bir düzenleme

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 44 vd.; Yongalık, **a.g.e.**, s. 39 vd.

²⁶ Yongalık, **a.g.e.**, s. 35.

²⁷ Yongalık, **a.g.e.**, s. 90 vd.

getirilmemiş; TBK m. 621/f.III'de hasar, zapt ve ayıp hallerinde edimin bir şeyin kullandırılmasından oluşması durumunda kira hükümlerine, bir şeyin mülkiyetinin getirilmesinden oluşması durumunda ise satış hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir. Neticede kanun koyucunun bu atfı da düşünüldüğünde; katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin Kanun'da bir hüküm içi boşluk bulunduğundan söz etmek gerekir. Kanun koyucu yasalaştırılması güç olan bu meseleyi çözümlenmeyi öğretti ve uygulamaya bırakmıştır. Kanun koyucunun bıraktığı bu boşluğun, kendisinin de satış ve kira hükümlerine atıf yaparken belirttiği üzere, kıyas (örnekseme) yöntemi ile çözümlenmesi gerekir. Bu anlamda katılım payı olarak getirilen edimin karakteristik edim niteliği taşıdığı sözleşmelerin borcun hükmü ve ifasına ilişkin kuralları, ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcuna ilişkin genel hükümler ile gerektiği takdirde - adi ortaklığın da bir kişi ortaklığı olduğu düşünülerek - diğer kişi ortaklıklarında yer alan hükümler adi ortaklık için de işlev kazanabilecek; ancak tekrar altını çizelim ki, bu hükümler adi ortaklığın yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Biz bu başlıkta, katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin genel hususları ele alacak²⁸; edimin türü bakımından ifasında önem arz eden hususları ise, edim türlerini özel olarak ele alacağımız bir sonraki bölümde daha ayrıntılı değerlendirmeye çalışacağız.

2. Katılım Payı Getirme Borcunun Borçlusu

Katılım payı getirme borcunun kimin tarafından ifa edilmesi gerektiği bakımından, herhangi bir özel düzenleme bulunmadığından, TBK m.83 genel hükmü uygulama bulacaktır. Buna göre, katılım payı borçlusu ortağın borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı hallerde borcun ifası bir üçüncü kişiyle sağlanabileceği gibi, ifada yardımcı şahıstan da yararlanılabilir. Adi ortaklıkta ortakların şahsının birbirleri için önem taşıması, ortaklığın güven temelli bir ilişki olması bağlamında daha genel bir anlamı ifade eder; bunun, buradaki anlamda ifanın şahsiliğiyle bir alakası yoktur. Kanaatimizce, ortağın ortak olarak şahsı daha ziyade ortak amaca ulaşmada birlikte çaba yükümlülüğü (affectio societatis) bakımından önem arz eder.

²⁸ İfa zamanı temerrüt ile ilişkili olduğundan, katılım payı getirme borcunda ifa zamanını bu kısımda değil, ilgili bölümde ele alacağız.

3. Katılım Payı Getirme Borcunun Alacaklısı

Katılım payı getirme borcunun alacaklısı ortaklıktır. Ortaklığın ise bir tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklığın alacaklı olması, bütün ortakların alacaklı olmasını ifade eder. Ortakların bu alacak hakkını kazanmalarının sebebi *causa societatis*, yani ortaklık sözleşmesidir. Dolayısıyla, ortakların söz konusu alacak hakları onların kişisel malvarlıklarında tezahür etmekle beraber, esasen ortaklık malvarlığına dahil vaziyettedir. Katılım paylarını ifa eden ortaklar, diğer ortaklarla beraber hak sahibi olmaya devam eder. Bu nedenlerle, adi ortaklıkta alacaklı olarak diğer ortaklara aslında gerçek anlamda bir devir yapıldığından söz edilemez²⁹.

Adi ortaklık sözleşmesinin iki kişi arasında kurulması veya ikiden fazla ortak olmakla birlikte ifayı kabule yetkili bir temsilci bulunması durumunda ifanın yöneleceği tek muhatap olacağından pek özel bir nokta bulunmadığı halde, taraf sayısının ikiden çok olması halinde ifanın kime yöneltilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkar. Bu durumda borçlunun karşısında birden çok alacaklı vardır. Adi ortaklık söz konusu olunca, tezimizin de satır aralarında başından beri yer bulan, elbirliğiyle hak sahipliği hali, katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin bu hususu da şekillendirir vaziyettedir.

Adi ortaklıkta alacaklılar arasında, “elbirliği halinde alacaklılık (kollektif alacaklılık)” söz konusudur³⁰. Bu durumda hiçbir ortak ifanın kendisine yapılmasını istemeyeceği gibi, borçlu da ifayı bütün ortaklara yöneltmediği sürece borcundan kurtulmuş olmaz. Yani burada, alacaklıların borçludan bütün borcun münhasıran

²⁹ Bu nedenle bir şeyin mülkiyetini katılım payı olarak borçlanan ortağın o şeyin mülkiyetini geçirmeyi taahhüt ettiğini değil de, diğer ortakların onun mülkiyet hakkına katılmalarını ve böylece birlikte mülkiyet hakkına sahip olmayı taahhüt ettiğini kabul etmenin daha uygun olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 73.

Bu husus özellikle bir şey ya da hakkın devir kabiliyeti ya da devrin şekli gibi “devir” kavramının ifade ettiği kapsamın önemli olduğu haller bakımından önem arz eder. Bu durumda hükmün *ratio legis*'i dikkate alınarak, katılım payı getirme borcuna konu olup olamayacağı yönünden ayrıca değerlendirilmelidir. Buna ilişkin olarak ileride bkz. Birinci Bölüm III C 2 c İ.

³⁰ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, N. 1436; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1217.

kendilerine ifasını isteyebileceği müteselsil alacaklılık hali yoktur³¹. Yine ortaklar arasında, alacaklıların herbirinin borçludan borcun bir kısmını isteyebildiği “kısmi alacaklılık” halinin bulunduğu da ileri sürülemez. Bu sonuç, ortaklığa getirilecek katılım payı üzerinde paylı hak sahipliği rejimi benimsenmiş olsa da değişmez. Çünkü, başta da belirttiğimiz üzere, ortakların kazanımlarının sebebi *causa societatis* olduğundan, onların ortaklıktan bağımsız ve kendi kişisel malvarlıklarını hedef tutan bir talep hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, ortakların paylı hak sahipliği de ancak ortaklık ilişkisi bağlamında anlam ifade edebilir.

Edimin ifasını talep bakımından da ortakların kendilerine ifanın yapılmasını isteme hakları yoktur; her bir ortak ifanın ortaklığa yapılmasını isteyebilecektir (*actio pro socio*)³². Ancak ekleyelim ki; bu söylediklerimiz ifaya alacaklının katılması gereken haller için anlamlıdır. İfaya alacaklının katılması gerekmeyen hallerde borçlu belirli bir davranışta bulunma, katlanma ya da kaçınma yükümlülüğü altında olduğundan bahsettiğimiz sorunla da karşılaşmayacaktır³³. Örneğin, yapmama borçlarında ve bazı yapma borçlarında durum bu şekildedir; halbuki, verme borçlarında borçlu ifayı muhatabına yöneltmek durumundadır, ya da yapma borçlarında alacaklıların ifaya imkan sağlaması gerekebilir. İfanın bir hukuki işlem yapılmasını gerektirdiği ve ortakların ikiden fazla olduğu hallerde bu işlemin bir çok taraflı hukuki işlem teşkil edeceği düşünüldüğünde mesele daha iyi anlaşılabilir.

4. Katılım Payı Getirme Borcunun İfa Yeri

Borcun ifa yeri bakımından TBK m.89’da tarafların açık veya örtülü iradelerine öncelik tanınmış, aralarında bir anlaşma olmadığı takdirde de yedek kurallar tesis edilmiştir. Kanaatimizce, bu yedek kuralların uygulanması bakımından

³¹ Aksi yönde bkz. Yongalık, **a.g.e.**, s. 75; Ahmet Ayar, “**Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler**”, Yeditepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, s. 77.

³² *Yongalık*’a göre eğer bir yönetici varsa öncelikle ifayı talep etme yetkisi yöneticide olacak, yönetimin belirli bir kişiye bırakılmadığı hallerde ise bütün ortaklar ifayı talep hakkına sahip olacaktır (Yongalık, **a.g.e.**, s. 75-76). Kanaatimizce, ifayı talep hakkının bu şekilde belirli bir kimseye bırakılması söz konusu değildir. Bu yorum, ifayı kabul yetkisi bakımından yapılabilir. Ancak ortaklar ifayı kabule yetkili bir kimse belirlemiş bile olsalar, bu kimseye kendileri ileri süremeyecek biçimde ifayı talep hakkını devretmiş değildirler. Zira, katılım payı getirme borcunun alacaklısı hala kendileridir. Yöneticiye verilen, bir temsil yetkisinden ibarettir.

³³ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 841 vd.

da öncelikle adi ortaklıktaki menfaatler dengesinin göz önünde tutulması gerekir. Zira, ifa ortaklığa yapılacak olup, ortaklığın menfaati tek tek ortakların menfaatinden üstün tutulmalıdır. Bu anlamda, aksine anlaşma olmadığı sürece, katılım paylarının götürülecek borç kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Tarafların ortaklık sözleşmesiyle ortak amacı benimsemeleri, ona erişmede çaba göstermeyi yüklenmeleri, ortaklık menfaatini kendi menfaatlerine üstün tutacakları yönünde yorumlanmalı ve böylece örtülü iradelerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenlerle taraflar ayrıca bir ifa yeri belirlemediği sürece, ortaklığın faaliyet gösterdiği yer, katılım payı getirme borcu için kural olarak ifa yeri sayılmalıdır³⁴. Elbette edimin niteliği gereği ifasının yalnızca belirli bir yerde yapılması mümkünse, o halde ifa yeri orası olacaktır. Bunlar dışındaki hallerde ise, alacaklı konumundaki ortaklardan herhangi birinin yerleşim yerinin ifa yeri olabileceği kabul edilmektedir³⁵.

5. Katılım Payı Getirme Borcunun Konusu

Ortaklar, ortaklık sözleşmesinde katılım payı olarak ne borçlandılarsa onu ifayla borçlarından kurtulurlar. Kanun'da ortakları bu konuda yükümlü tutan herhangi bir hüküm olmadığından, edimin ifaya uygunluğu ilkesinin³⁶ gereği olarak; bir ortak, sonradan, sözleşmeyle üstlendiği katılım payından başkasını ya da fazlasını getirmekle yükümlü tutulamaz.

Elbette sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, ortaklar anlaşarak ek ya da başka bir katılım payı ifa etme yükümlülüğü üstlenebilirler³⁷. Bu halde sözleşmede

³⁴ Özellikle öğretide adi ortaklığın bir ticari işletme işletmesi halinde, ifa yerinin ticari işletmenin merkezi olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Ansay, **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Ankara, 1967, s. 105-106.

³⁵ Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Yongalık, **a.g.e.**, s. 75. Belirtelim ki, anılan yazarlar bu konuya ilişkin ifadelerinde adi ortaklıkta müşterek - müteselsil alacaklılık halinin bulunduğunu belirtmektedirler. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere, adi ortaklıkta elbirliği halinde alacaklılık hali söz konusudur. Dolayısıyla, ifa yeri olarak seçilecek alacaklılardan herhangi birinin yerleşim yerinde dahi ifanın elbirliği ile sağlanması gerekir.

³⁶ Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 860 vd.

³⁷ Bu doğal sonuç BGB §707'de hüküm bulmuştur. Hükümde ortakların kararlaştırıldan fazla katılım payını ifa etmekle yükümlü olmadıkları ifade edilmekte ve öğretide de hükmün emredici olmadığı, aksinin sözleşmeyle kararlaştırılabileceği söylenmektedir. *Yongalık*, konunun Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiş olmasını boşluk olarak değerlendirmekte ve bu nedenle kollektif ortaklıklarda meseleyi düzenleyen TTK m.229 (yürürlükten kalkan TTK m.171) hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Her ne kadar TTK m.229'u uygulamak pratik anlamda aynı sonucu yaratacak olsa da, kanaatimizce hukuk

değişiklikten bahsedileceğinden, TBK m.13 gereğince, bu değişikliğin de sözleşmenin tabi olduğu şekle uyularak yapılması gerekir. Yine, tarafların ifa sırasında anlaşması halinde ifa ikameleri ile de borcun ifası söz konusu olabilir. Elbette bu anlaşmalardan söz edebilmek için, tüm ortakların iradelerinin uyumu olması gerekir.

Genel kural, borçlanılan edimin bütün olarak ifası ise de, borcun konusu olan edimin niteliği itibariyle bölünebilir türden bir edim olması halinde, kısmi ifa da TBK m.84 kuralı çerçevesinde, ortaklar kabul ettiği takdirde mümkündür. Önemle belirtelim ki, ifanın konusunun ortaklığa şey üzerinde paylı hak sahipliği tesis etmek şeklinde olduğu hallerde, münferiden ortaklara devredilecek payın kısmi ifa sayılabilmesi için dahi ortakların tamamının rızası gerekir³⁸.

C. Edimin İçeriğine Göre Katılım Payı Getirme Borcu

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda adi ortaklık sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında yer alan “*katılım payı*” başlıklı m. 621/f.I düzenlemesinde, ortakların katılım payı olarak getirebilecekleri değerler “*para, alacak veya başka bir mal ya da emek*” olarak sayılmıştır. Ancak bu sayımın sınırlayıcı değil, örnekleyici olduğu öğretide ve uygulamada yerleşik olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda katılım payı olarak getirilebilecek başka değerlere; fikri ve sınai haklar, know-how, ticari işletme, kiracılık hakkı, müşteri çevresi, ticari itibar, bir irade beyanında bulunma yükümü, yapmama edimi gibi çok çeşitli türde geniş bir liste örnek olarak gösterilebilir.

Ticaret şirketlerinde sermaye payı olarak getirilebilecek değerlere ilişkin bir hüküm olan TTK m. 127/f.I, TBK m.621/f.I'deki sayıma nazaran daha geniş bir liste içermekte; ancak, bu hükmün de sınırlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmektedir. Zira, kanunda açıkça bir sınırlamanın yer almadığı durumda sözleşme özgürlüğü prensibi

tekniği bakımından burada bir kanun boşluğundan bahsedilemez. Zira, boşluktan (gerçek boşluktan) kanunun düzenlemesi gereken bir konuyu düzenlememesi halinde bahsedilir; halbuki edimin ifaya uygunluğu ve sözleşme özgürlüğü prensipleri varken kanunda bir hükmün varlığına zaten ihtiyaç bulunmamaktadır. Karş. Yongalık, **a.g.e.**, s. 71-72.

³⁸ Zira, hemen yukarıda, katılım payı getirme borcunun alacaklısını incelediğimiz kısımda açıkladığımız üzere ortaklar arasında elbirliği halinde alacaklılık söz konusudur.

caridir³⁹. Dolayısıyla ortaklar, TBK m. 27 gereğince kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık oluşturmayacak her türlü edimi katılım payı olarak getirebilirler⁴⁰. Bu noktada katılım payı getirme borcu için bir “karakteristik edim”den söz edilemez. Deyim yerindeyse, adi ortaklıkta katılım payı getirme borcu açısından karakteristik özellik gösteren nokta; edimin içeriği değil, yukarıda açıkladığımız üzere adi ortaklık ilişkisi bağlamındaki yeridir.

Neticede ortaklığa katılım payı olarak getirilen edimler çok çeşitli türde, miktarda ve değerinde olabilir. Her ne kadar TBK m.621/f.II ile katılım payları arasında eşitlik ilkesi gözetilmişse de, Kanun’un ifadesiyle bu eşitlik sözleşmede aksinin kararlaştırılmadığı hallerde cari olur. Yani, sözleşmede her bir katılım payının miktar ve değerinin belirlenmesi zorunlu olmayıp, belirlenmediği hallerde bir yedek hüküm olarak TBK m.621/f.II gereği eşitlik ilkesi devreye girer. Ancak öğretilerde de ifade edildiği üzere⁴¹; eşitlik ilkesi, katılım payının türünün belirsiz olduğu hallerde bu belirsizliği giderici bir fonksiyona sahip değildir. Eşitlik ilkesi, ancak edimin türünün belirli veya belirlenebilir olduğu hallerde miktar ve değer açısından uygulama alanı bulabilir. Zira, edimin belirli veya belirlenebilir olmadığı, ortakların muğlak bir biçimde katılım payı getirmeyi üstlendikleri hallerde, sözleşmenin objektif esaslı unsurunda eksiklik dolayısıyla adi ortaklık sözleşmesinin bulunduğundan

³⁹ Öğretilerde Türk Ticaret Kanunu’ndaki sayımın daha geniş olduğu gerekçesiyle örnekseme yoluyla adi ortaklık için de uygulanacağı ileri sürülmüşse de kanaatimizce burada örnekseme yoluna başvurmaya gerek yoktur. Zira Türk Ticaret Kanunu’ndaki sayım zaten sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince sınırlayıcı kabul edilmemektedir. Bu noktada temel ilke olan sözleşme özgürlüğü, zaten TBK m.621 hükmünü örnek olarak sayılan listenin dışına taşımaktadır. Öğretilerde Türk Ticaret Kanunu hükmünü kıyasen uygulayanlar için bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 194 ve orada dn. 378’de anılan yazarlar). Ayrıca bu sözleşme serbestisinin bir veya birkaç ortağın herhangi bir katılım payı taahhüdünde bulunmaksızın ortaklığa dahil olabilecekleri hususunu da içereceği öğretilerde ileri sürülmüşse de kabul görmemiştir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 34.

⁴⁰ Katılım payı olarak getirilen edimin ekonomik bir değer taşımasının gerekip gerekmediği öğretilerde zaman zaman tartışmaya açılmışsa da, yerleşik olarak kabul edilen, böyle bir gereğin bulunmadığıdır. Katılım payı ediminin içeriği bakımından herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı, ortaklık amacına hizmet edecek nitelikte her türlü edimin katılım payı olarak getirilebileceği, katılım payının ekonomik değer taşımadığı hallerde bir ortaklık malvarlığının da oluşmayabileceği, yapmama ediminin söz konusu olduğu kartellerin bir adi ortaklık türü olduğu şeklindeki yerleşik kanılar edimin malvarlıksal bir değerinin olmasının gerektiği yönündeki düşüncelerin artık atıl kaldığını gösterir niteliktedir. Edimin malvarlığı değeri taşıması ortaklık sözleşmesinin mevcudiyeti bakımından değil, ortaklığın ekonomik sonuçları bakımından önem arz eder.

⁴¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 46-47.

bahsedilemez⁴². Yani, edimin belirsizliği katılım payı taahhüdünün varlığını şüpheye düşürmemelidir.

Biz çalışmamızın ilerleyen bölümünde bu genel hususların yanında, katılım payı getirme borcuna konu olan edimin türüne göre özellik gösteren noktalara değinerek, “gereği gibi ifa” kavramının unsurları yönünden bir değerlendirmede bulunacağız. Metodolojik olarak, katılım payı getirme borcuna konu olabilecek edimin geniş içeriği dolayısıyla bir sınırlandırma yapmak pek mümkün olmadığından; ayrıca çalışmamızın konusu, bu borçta ortaya çıkabilecek borca aykırılık halleri olduğundan, klasik borçlar hukuku ayırımına sadık kalarak incelememizde verme, yapma ve yapmama edimlerine bağlı sınıflandırmayı kullandık. Ancak yine de bu sınıflandırma içinde de bir sınırlandırmaya gitmek kaçınılmazdı. Zira, örneğin fikri ve sınai haklar gibi bazı özel edim türleri açısından bunların katılım payı olarak ifasına ilişkin hususları tespit edebilmek konumuzun sınırlarını aşacağından, biz bu meselenin ana hatlarına odaklanarak bir “öz” elde etmeye çalıştık. Bu nedenle, konu ana hatlarıyla edim türlerine odaklı olarak ele alınmıştır.

2. Katılım Payı Getirme Borcunun Verme Ediminden Oluştuğu Haller

a. Para Getirilmesinin Borçlanması

Hemen hemen bütün sözleşmelerde bir tarafın borcunun konusunu teşkil eden para edimi, doğal olarak, adi ortaklıkta da katılım payı olarak getirilebilecek değerler arasında yer alır. Hatta bir ortaklık ilişkisinde çok kere karşılaşılabilecek edim türü olduğu bile söylenebilir.

Para borcu söz konusu olduğunda adi ortaklığı, gayesi ödünç alana sermaye sağlamak olan tüketim ödöncü (karz) sözleşmesinden ayırt etmek gerekir⁴³. Adi ortaklığa katılım payı olarak para getirildiğinde, tüketim ödöncüden farklı olarak ortaklık bunu getiren ortağa aynı nitelik ve miktarda bir şey vermekle yükümlü

⁴² Barlas, **a.g.e.**, s. 47-48; karşı. Doğanay, **a.g.e.**, s. 35.

⁴³ TBK m.386: “Tüketim ödöncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”.

değildir⁴⁴. Kanaatimizce aksinin kararlaştırılması mümkün ve bu husus tek başına sözleşmenin adi ortaklık niteliğini zedelemeyecek olmakla birlikte, tüketim ödücünün kâra katılma esaslı olması halinde adi ortaklıkla farkını tespit etmek güç olabilmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin adi ortaklığa ve tüketim ödücüne işaret eden yönleri değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Tüketim ödücünün ticari nitelik arz ettiği hallerde kanuni anapara faizi kabul edilmiş, ticari niteliği olmayanlar bakımından ise faiz tarafların anlaşmasına bırakılmıştır (TBK m.387). Adi ortaklıkta paranın ödünç olarak getirilmesi esas olmadığından, böyle bir kanuni faiz hükmü de yoktur⁴⁵. Ancak tarafların aksine bir anlaşma ile faiz kararlaştırma imkanının bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Tüketim ödücünü tam iki taraflı sözleşme haline getiren faiz, katılım payı için de ivaz niteliği teşkil edeceğinden, faiz kararlaştırılması Kanun'da öngörüldüğü şekliyle adi ortaklık sözleşmesinin tipine uygun düşmez. Ancak böyle bir unsur tek başına sözleşmeyi tüketim ödücü olarak nitelemeye yetmeyebilir. Bu halde sözleşmenin diğer yönleriyle de değerlendirilerek karma sözleşme olma niteliği araştırılmalıdır⁴⁶.

i. Yabancı Para Getirilmesinin Borçlanması

Ortaklığa katılım payı olarak yabancı para borcunun getirilmesi de söz konusu olabilir. TBK m. 99 düzenlemesi uyarınca, kural olarak, konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Tarafların sözleşmede bir yabancı para borcu kararlaştırması halinde, borçlu bu borcunu ödeme günündeki rayici üzerinden ülke parasıyla ödeme imkanına sahiptir. Ancak bunun için sözleşmede, yabancı para borcunun aynen kararlaştırıldığı şekilde ödeneceğine ilişkin bir aynen ödeme kaydı ya da bu anlama gelecek bir ifade bulunmamalıdır. Dolayısıyla burada kanun koyucu aslında devletin bir egemenlik aracı olan ülke para birimi üzerinden ödemeyi kural kabul ederek doğal bir tavır almış; ancak, tarafların aksi yöndeki ortak iradesine de üstünlük tanımıştır. Yani aynen

⁴⁴ Adi ortaklık ile tüketim ödücü sözleşmesi arasındaki farklar hakkında detaylı bilgi için Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1-2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, C. I/2, s. 334 vd.

⁴⁵ *Domaniç* de, kural olarak, sermayeye faiz işletilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 81.

⁴⁶ Karşılıklı sözleşme ile ortaklık sözleşmesinin karma sözleşme oluşturmasıyla ilgili olarak bkz. Emrehan İnal, **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 92 vd.

ödemenin borçlu için bir zorunluluk oluşturması, ancak tarafların bu yöndeki açık ya da zımni iradelerini ortaya koymaları halinde mümkündür. Bununla birlikte adi ortaklıkta katılım payı getirme borcunun ortak amaçla olan sıkı bağlantısı düşünüldüğünde; acaba ortak amaç tarafların iradesinin yerine geçebilecek midir?. Bir başka ifadeyle, tarafların aynen ödeme ya da bu anlama gelebilecek bir ifadeleri var olmadığı halde, ortak amacın aynen ödemeyi gerektirmesi halinde durum ne olacaktır?. Bu durumda, katılım payı getirme borcunun ortak amacın gerçekleştirilmesine yönelik olması nedeniyle, bu ortak amacı adi ortaklık sözleşmesiyle benimseyen ortakların aynen ödemeye yönelik zımni iradesinin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira, katılım payının ortak amacı atıl kılması düşünülemez. Ayrıca sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerektiği ilkesini ifade eden TBK m.19 hükmü de aksi bir sonuca varmayı imkansız kılar⁴⁷.

ii. Takas İmkani

Katılım payı olarak para getirildiğinde, adi ortaklıkta ortaklara paylaştırılan kazanç (kâr payı) da çoğu zaman para olduğundan, edimlerin bu türdeşliği ikisi arasında takasın mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir⁴⁸. Hemen belirtelim ki; eğer burada bahsettiğimiz alacaklar katılım payı borçlusu ortak ile bir başka ortak arasında olsaydı, takasın şartlarından olan alacaklar arasında karşılıklıktan bahsedemezdik⁴⁹. Ancak burada katılım payının alacaklısı olan ortaklık, o ortağa karşı kazancı paylaşırma borcu altında olduğundan TBK m.145

⁴⁷ *Doğanay*, katılım payının para borcu olduğu hallerde ifanın ülke parasıyla yapılması gerektiğini belirtmiştir (**a.g.e.**, s. 42). Buna ilişkin ifadesinin hemen ardından ise katılım payı getirme borcunun aynen ifası gereken bir borç olduğunu söylemektedir. Bu açıklamanın *Doğanay*'ın görüşüne gerekçe olup olmadığı anlaşılacakla birlikte, böyle bir gerekçenin tutarsızlık yaratacağı açıktır. Zira katılım payı ediminin yabancı para borcu olması halinde, aynen ifa gereği olarak bu borcun ileri sürülen görüşün aksine ülke parasıyla ödenmesi mümkün olmayacaktır.

⁴⁸ Ayrıca öğretide katılım payı olarak paranın getirilmesi incelenirken bir ortağın kendisine düşecek kâr payından feragat etmesinden de bahsedildiği görülmektedir. Bkz. Şener, **a.g.e.**, s.196. Belirtelim ki; katılım payını bu şekilde belirlemeye bir mani olmamakla birlikte, burada paranın katılım payı olarak getirilmiş gibi değerlendirilmemesi gerekir. Bu durumda hukuki niteliği itibariyle alacağını talep hakkını kullanmama taahhüdü söz konusudur. Yani ortak, katılım payı olarak ileride kendisine düşecek kar payına ilişkin alacak hakkını kullanmamayı taahhüt etmiştir. Bu ise, paranın getirilmesi değil yapmama ediminin katılım payı olarak getirilmesi anlamına gelir.

⁴⁹ Bu esas kollektif şirket hükümleri arasındaki TTK m.242/I'de de, “*Şirkete borçlu olan kimse bu borcunu ortaklardan birinden olan alacağı ile takas edemez.*” şeklinde hüküm bulmuştur.

kuralının kıyasen uygulanması düşünülebilir⁵⁰. Bu nedenle adi ortaklıkta takasın mümkün olamayacağı savını peşinen ileri süren görüşlere⁵¹ katılmamaktayız. Bununla birlikte, katılım paylarının ortaklık amacına ulaşılmasındaki öneminden hareketle, bunları ortaklığa getirmeyi taahhüt eden ortakların TBK m.145 gereğince takas hakkından peşinen feragat ettiği de ileri sürülen argümanlar arasındadır⁵². Kanaatimizce, bu görüş doğru bir noktadan hareket etse de takas hakkından peşinen feragat edildiği şeklinde kesin bir sonuca varmak yine de mümkün değildir. Bize göre, kural olarak şartları gerçekleştiği takdirde katılım payı getirme borcunu takas ile sona erdirmek mümkün kabul edilmelidir⁵³. Ancak, ortaklar yine de bu haklarını ortak amacı tehlikeye düşürecek şekilde kullanmamalıdır. Örneğin, ortaklığın nakit sıkıntısı çektiği bir dönemde takas hakkı kullanılmamalı, ortağın ancak katılım payını ifa ile borcundan kurtulabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda ortaklığın menfaatini bir ortağın menfaatine üstün tutmak gerekir. Zira, ortaklığın ortak amacı benimsemiş, bu uğurda çalışan birden fazla kimsenin varlığıyla yaşayan ve bu sırada üçüncü kişilerle ilişkiye giren, yani geniş bir çevreyi ilgilendiren bir yapı olması menfaatler dengesini bu şekilde kurmayı gerektirir. Ayrıca ortak amaç uğruna birlikte çaba (affectio societatis) yükümlülüğü ile de mümkün olduğunca ortaklığı ayakta tutma sorumluluğu ortaklara yüklenmiştir⁵⁴.

Kanaatimizce, TBK m.144 hükmü de bu türlü bir yorumu gerekli kılmaktadır. TBK m.144'de bazı alacakların ancak alacaklının rızasıyla ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün 3. bendine göre, nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar da bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bize göre, adi ortaklık bakımından da, bu hükmün amacına uygun bir durum söz konusudur.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 150.

⁵¹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 42.

⁵² Doğanay, **a.g.e.**, s. 42.

⁵³ Aynı yönde bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 195-196; Ayar, **a.g.e.**, s. 82.

⁵⁴ Nitekim benzer bir yükümlülük TBK m.640/II ile ortakların fesih bildirim yoluyla ortaklığı feshetme hakkına sahip oldukları durumlar açısından da kanunen öngörülmüştür. Buna göre, ortaklar dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve özellikle uygun olmayan bir zamanda bu haklarını kullanamayacaklardır. Öğretide de, geçici kriz gibi bir dönemin bu hakkın kullanılması açısından uygun bir zaman olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 481.

Ayrıca hükmün, “nafaka ve işçi ücreti gibi” şeklindeki örnekleyici ifadesi de adi ortaklık bakımından bu yorumu yapmayı destekler mahiyettedir. Bu nedenle biz, takas kurumunun adi ortaklığa kıyasen uygulanması sırasında, bu hükmün de dikkate alınarak ortaklığın rızasının aranması gerektiğini düşünüyoruz. Eklemek gerekir ki, ortaklığın ortağa karşı takas hakkını ileri sürmesi ise, alacaklı konumundaki ortaklar arasında elbirliği sağlandığı takdirde pek tabii mümkündür.

b. Eşya Getirilmesinin Borçlanması

TBK m. 620 ve m.621’de katılım payı olabilecek değerler arasında “mal” da sayılmıştır. Satış sözleşmesi bağlamında, maddi varlıkların yanında maddi olmayan varlıkların da mal olabileceği kabul edilmektedir⁵⁵. Örneğin; alacakların, bir sır ya da haberin dahi mal olarak satışa konu olabilmesi mümkündür. Adi ortaklık açısından da katılım payı olarak getirilebilecek edimin çerçevesini bu şekilde geniş tutmaya herhangi bir mani bulunmamakla birlikte, bizim bu başlık altında inceleyeceğimiz husus, taşınır ve taşınmaz eşyanın getirilmesi haline ilişkin olacak.

Bir taşınır ya da taşınmazın katılım payı olarak getirilmesi bazen eşya üzerindeki mülkiyet hakkının (*quoad dominium*), bazen de kullanma ve yararlanma hakkının (*quoad usum*) ortaklığa getirilmesi şeklinde olabilir. Ayrıca bir ortağın eşya üzerindeki mülkiyetinden kaynaklı her türlü hakkını ortaklığın talimatı doğrultusunda kullanmayı ortaklığa katılım payı olarak getirmesi de mümkün kabul edilmektedir (*quoad sortem*). Yani bu halde, ortak dışı karşı malik olarak görüldüğü halde şeyin iç ilişkide ortaklık malvarlığı olarak muamele görmesini kabul etmiştir. Bir anlamda, eşya üzerindeki tasarruf yetkisi ortağa ait olduğu halde, bu yetkinin kullanımını ortaklık yöneteceğinden tasarrufta bulunma hakkının ortaklığa ait olduğundan söz edilir⁵⁶. Neticede, malik ortağın bu şey üzerinde kendi başına tasarrufta bulunması

⁵⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 60; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 56 vd.; Tandoğan, **C. I/2.**, s. 79.

⁵⁶ Ayrıca hukuk terminolojisi açısından sakıncalı bulunuyor olsa da burada ortakların elde ettiği statü için “*ekonomik mülkiyet*” ifadesi de açıklayıcı olabilir (Bu yönde kullanımı için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” **MÜHFHAD**, C. 19, Sy. 3, s. 227-258, 2013, s. 251 dn. 56.). Mülkiyetin getirilmesi (*Quoad dominium*) halinde mülkiyeti getiren ortak diğer ortaklarla elbirliği halinde malik olacakken, *quoad sortem* olarak mülkiyeti getiren ortak o mal ortaklık malvarlığına dahil kabul edildiği halde tek başına malik kalmaya devam etmektedir. Böylece o ortağa ortaklarca “*erişilmek istenen fiili ve ekonomik sonuçların ötesine geçen hukuki bir iktidar*”

halinde bu tasarrufu hüküm ifade edecek; ancak bu tasarrufu, ortaklık sözleşmesi kapsamında borca aykırılık teşkil edebilecektir⁵⁷.

Katılım payı olarak getirilen şeyin taşınır – taşınmaz niteliği ve edimin içeriğinde mülkiyet ya da salt kullanma ve yararlanma hakkının bulunması çeşitli sonuçlar ve sorunlar yaratır. Tasfiyeye ilişkin hükümleri şimdilik bir kenara bırakırsak, Kanun'da adi ortaklık sözleşmesi hükümleri arasında öngörülmüş iki önemli sonuç karşımıza çıkar. Bunlardan birincisi, konumuzla doğrudan bağlantılı olan TBK m. 621/f.III hükmüdür. Kanun koyucu burada katılım payı olarak getirilen edimin kullanma ya da mülkiyet hakkının getirilmesine göre bir ayırım yapmış; katılım payının kullanma hakkının devrini içermesi halinde kira sözleşmesi hükümlerine, mülkiyet hakkının devri söz konusu olduğu durumlarda ise satış sözleşmesi hükümlerine atıf yaparak hasar, ayıp ve zapt halinde sorunların çözümü için kıyas usulünü öngörmüştür. Konumuzla ikincil olarak ilgili olan ve TBK m. 638/f.I'de⁵⁸ öngörülmüş ikinci sonuç ise ortaklıkça edinilen ve ortaklığa getirilen değerlerin, kural olarak, ortaklar arasında elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi doğurmasıdır⁵⁹.

sağlanmış olmaktadır. Bu yönüyle de inançlı mülkiyet ile benzeşmektedir (inançlı mülkiyete ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2014, s. 363 vd.; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2015, N. 1447 vd.). İnançlı mülkiyet halinde de devralan maldan aralarındaki anlaşmaya göre yararlanmayı ve gerektiğinde de mülkiyeti kendisine devredene iade etmeyi taahhüt etmiştir. Ancak inançlı mülkiyet halinden bahsedebilmek için somut olarak gerçekleşmiş bir devrin mevcut olması gerekir. Halbuki *quoad sortem* halinde böyle bir devir yoktur. Bununla birlikte elbette bir şeyin mülkiyetinin ortaklığa inançlı mülkiyet olarak getirilmesi mümkündür. Örneğin; ortak amaca ulaşılması durumunda ortaklığa, malın mülkiyetini getiren ortağa iade etme borcu yüklenmişse, eşyanın inançlı mülkiyetinin getirildiğinden bahsedilebilir.

⁵⁷ *Quoad sortem*, özellikle bir taşınmazın katılım payı olarak borçlanılması halinde mülkiyeti devir maksadıyla yapılacak işlemler için gereken masraflardan, vergilerden kaçınılmak üzere başvuru bir yoldur. Ancak bu masrafsız yolu tercih eden ortaklar, mülkiyeti elinde bulunduran ortağın bu mal üzerinde tasarrufta bulunması rizikosunu da taşıyor olurlar. Her ne kadar bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil edecekse de, ileride daha detaylı değineceğimiz üzere, bu durumun çoğu zaman ortak amacın imkansızlaşması ve dolayısıyla ortaklığın son bulması sonucuna kadar varması mümkündür. Bir diğer ifadeyle; sözleşmeye aykırılık sonucunda o edimin yerine elde edilecek bir tazminat ya da ceza ortaklığın bekası açısından bir şey ifade etmeyebilecektir.

⁵⁸ TBK m. 638/I: “Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.”.

⁵⁹ Her ne kadar hükmün lafzı, sanki sadece mülkiyet hakkının devri durumunda bir elbirliği mülkiyeti ilişkisi oluşacağı şeklinde anlaşılmaya müsaitse de, kullanma hakkının devri durumunda da elbirliği ile hak sahipliği ilişkisinin oluşacağı malumdur. Örneğin; bir şeyin kullanma hakkının getirilmesi halinde, ortaklar bu şey üzerinde elbirliği ile zilyet olup; bu şeyden yararlanma haklarını elbirliği ilişkisi çerçevesinde kullanmalıdırlar.

Bazen bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının mı yoksa kullanma hakkının mı katılım payı olarak getirildiği açıkça anlaşılabilir. Bu hallerde sözleşmenin yorumlanmasıyla da bir sonuç elde edilemiyorsa, meseleye ticaret şirketleri için çözüm getiren TTK m.131/f.II hükmünden kıyasla, katılım payı olarak mülkiyet hakkının getirildiği karineten kabul edilmektedir⁶⁰.

i. Mülkiyet Hakkının Devri

Bir ortağın katılım payı getirme borcunun bir malın mülkiyetinin getirilmesini içermesi halinde adi ortaklık sözleşmesi çerçevesinde bu borcu yüklenen ortağın edimi ve edimini ifası bağlamında girdiği hukuksal ilişki biçimi mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmeler arasında en çok satış sözleşmesine benzemektedir. Bu anlamda mülkiyet hakkının devri içerikli bir katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin hususları değerlendirirken satış sözleşmesi ve pek tabii mülkiyet hakkının devrinden bahsettiğimizden taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin eşya hukuku kuralları çıkış noktamız olacak; ancak, adi ortaklık sözleşmesi ve yarattığı organizasyon yapısı gereği bu kuralların kıyas süzgecinden geçirilerek uygulanması gerekecektir.

Öncelikle, ortaklığa mülkiyeti getirilen değerler üzerinde, kural olarak ve çoğunlukla elbirliği ile mülkiyet hali tesis olunacağından katılım payı olarak ortaklığa getirilmesi öngörülen bir şeyin, buna elverişli olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Öğretide, bir şeyin mülkiyet hakkının adi ortaklığa getirilmesinin bireysel mülkiyetten birlikte (toplu) mülkiyete geçişi sonuçladığı şeklindeki genel ifade her ne kadar doğru bir formülasyon içerse de; birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının da katılım payı olabileceği ihtimalini değerlendirmemektedir. Bu noktada bu sorun, elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet hali açısından ayrı ayrı, bu kurumların hukuki yapısı gözetilerek ele alınmalıdır.

Bilindiği gibi, elbirliği mülkiyeti halinde maliklerin⁶¹ mülkiyet hakları, mülkiyetin konusu olan şeyin tamamına yaygın olup, paylı mülkiyet halinden farklı

⁶⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 51; Yongalık, **a.g.e.**, s. 48-49; Şener, **a.g.e.**, s. 201; Domaniç, **a.g.e.**, s. 8; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 210. Karş. Ayar, **a.g.e.**, s. 88-89.

⁶¹ Kanun koyucu bir mala elbirliği ile malik olanlar için ortaya çıkan elbirliği ortaklığı nedeniyle “ortak” ifadesini kullanmışsa da biz, bir karışıklık yaratmaması için bu ifadeyi yalnızca adi ortaklık

olarak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri belirlenmiş payları da yoktur. Dolayısıyla bir kimsenin, üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan bir mala ilişkin mülkiyet hakkını katılım payı olarak adi ortaklığa taahhüt etmesi halinde, ifa edememe sorunuyla karşılaşılır. Ancak bir kimsenin elbirliği ortaklığının son bulması halinde, kendisine düşecek tasfiye payının üzerinde tasarruf etmesine herhangi bir engel bulunmayıp, bu payın adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi mümkündür⁶². Bu ise, bir malın değil; bir alacak hakkının katılım payı olarak taahhüdü anlamına gelir⁶³. Neticede, üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan bir şeyin adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi mümkün değildir⁶⁴.

Paylı mülkiyet halinde ise MK m. 688/f.3’de ifade edildiği üzere, paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olup, bu pay üzerinde istediği oranda ve istediği şekilde tasarruf edebilir. Ancak MK m. 732 uyarınca paylı mülkiyette, bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşların kanundan doğan bir önalım hakkının bulunduğu düşünüldüğünde, acaba payın ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi halinde de paydaşların önalım haklarının bulunduğu söylenebilecek midir?. Öğretide bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir⁶⁵. Kanaatimizce de satış nedeniyle payın devri ile ortaklığa katılım payı olarak getirilmesini aynı değerlendirmemek gerekir. Şöyle ki; burada esasında sorun, kural olarak payı üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı bulunduğu kabul edilen paydaşın, bu hakkının hangi sebeple kısıtlanabileceği meselesi ile ilgilidir. Terazinin bir tarafında paydaşın tasarruf hakkı ve istediği kişiyle sözleşme yapabilmek özgürlüğü; diğer tarafında ise, diğer paydaşların paylı mülkiyet ilişkisini kendi aralarında sürdürme ve birlikte mülkiyet

sözleşmesinin taraflarını işaret edecek şekilde kullanacağız. Kanun’un “ortak” sıfatını kullandığı elbirliği ile mülkiyet ilişkisinin öznelere ise, “malik” demekle yetineceğiz.

⁶² Örneğin; miras payının devrine ilişkin MK m. 677 hükmünde miras payının üçüncü kişiye devrine ilişkin sözleşmenin üçüncü kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermeyeceği, sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlayacağı düzenlenmiştir.

⁶³ Bkz. Birinci Bölüm III C 2 c.

⁶⁴ Ancak üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan şeyin maliklerinin bir ortaklık kurması halinde elbette mümkün olabilecektir. Örneğin; mirasçıların terekedeki bir malı katılım payı yaparak adi ortaklık kurması halinde durum böyle olacaktır.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 1919 ve N. 1956 dn. 1202.

halini tek kişi mülkiyetine ulaştırma yönündeki menfaati bulunmaktadır. Payın bir satış sözleşmesiyle devri söz konusu olduğunda, elde edilecek karşı edim para olduğundan, bu noktada payını devreden paydaşın elde edeceği karşı edimde hiçbir değişiklik olmayacağından kanun koyucu onun istediği kişiyle sözleşme yapabilme özgürlüğüne bir set çekerek diğer paydaşların menfaatine üstünlük tanımıştır. Halbuki adi ortaklık sözleşmesi açasından buna benzer bir durum hiç yoktur. Adi ortaklık sözleşmesi, satış sözleşmesindeki gibi baştan mevcudiyeti belirli bir karşı edim iğermediği gibi, ortak amacın çeşitliliği düşünöldüğünde, elde edilmesi planlanan menfaat başka pek çok şey olabilir. Dolayısıyla burada, paydaşın payı üzerindeki tasarruf hakkı ve istediği kişi ya da kişiler ile ortaklık sözleşmesi yapma özgürlüğü üstündür. Yani bir paydaşın payını adi ortaklığa katılım payı olarak devretmesi halinde, diğer paydaşların kanundan doğan bir ön alım haklarının bulunduğu söylenemez.

Ancak dikkat edilmelidir ki; bir payın adi ortaklığa getirilmesi halinde, getirilen pay üzerinde elbirliği mülkiyeti ilişkisi doğar. Zira, elbirliği mülkiyetinin konusu olan şey, tek mülkiyet konusudur⁶⁶. Elbirliği mülkiyetinde maliklerin belirlenmiş payları olamayacağından, ortakların da o paylı mülkiyete tabi mal üzerinde birbirlerinden bağımsız paylara sahip oldukları söylenemez. Kısaca ifade edecek olursak; ortaklar birlikte paydaştır, bir ortağın paydaş olduğundan söz edilemez. Ortaklar, o paya malik olmanın sağladığı her türlü hakkı birlikte kullanmak durumundadırlar.

Elbirliği mülkiyeti açasından durum aadıladığımız şekilde olmakla birlikte, elbette adi ortaklığa getirilen eşya üzerinde elbirliğinden başka bir mülkiyet rejimi de kararlaştırılabilir. Bu yukarıda aadıladığımız üzere bir paylı mülkiyet tesisi şeklinde olabileceği gibi, *quoad sortem* olarak ifade edilen, ortağın yalnızca dışa karşı tek kişi mülkiyetini sürdürmesi şeklinde de olabilir. Eklemek gerekir ki; bir payın ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi ve bu pay üzerinde ortaklar arasında paylı mülkiyet esasının benimsenmesi durumunda her ortak bir paydaş olup o şey üzerindeki mülkiyete dayalı haklarını tek başına kullanabilecektir. Yalnız elbette, her ortak

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 1337.

paydaşlığın kendisine sağladığı hak ve yetkileri kullanırken adi ortaklık sözleşmesi ve ortak amaca uygun davranmakla yine yükümlüdür. Örneğin; ortağın paylı mülkiyet rejimi çerçevesinde vermiş olduğu bir oy ortak amacın zarar görmesine yol açmışsa ortağın adi ortaklık sözleşmesine aykırı davrandığından bahsedilebilecektir.

(i). Taşınırlar Açısından

MK m. 763 hükmünde belirtildiği üzere, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir⁶⁷. Adi ortaklıkta bu devir, elbirliği halinde alacaklılık kuralının gereği olarak, ortakların elbirliğiyle zilyetliğinin sağlanması şeklinde olur. Elbette zilyetliğin devri kural olarak, teslimle sağlanacak olmakla birlikte, ortakların anlaşması halinde diğer zilyetliğin devri yollarından biri de söz konusu olabilir.

Ayrıca öğretide kabul edildiği üzere, zilyetliğin devrinin mülkiyeti kazanana geçirmesi için; aynı sözleşme olarak ifade edilen, tarafların zilyetliğin devrinin mülkiyeti devir maksadıyla yapıldığı yönündeki iradelerinin uyuşması aranır⁶⁸. Adi ortaklık sözleşmesinde ikiden fazla ortak bulunması mümkün ve muhtemel olduğundan, bu durumda bu anlaşma da bir çok taraflı anlaşma niteliği teşkil eder ve bütün ortakların iradesinin birbiriyle uyuşması gerekir. Ancak elbette ortakların bu konudaki iradesini temsil etmeye yetkili bir ortak ya da üçüncü kişi varsa, zilyetliğin devrinin o kişi ile sağlanması da mümkündür⁶⁹.

(ii). Taşınmazlar Açısından

Bir taşınmaz mülkiyetinin adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesinin taahhüdü halinde ifa, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kurucu unsur niteliğinde olan tescil işlemi ile yapılacaktır (MK m.705). Ortaklar tarafından başka bir hak sahipliği rejimi benimsenmediği sürece, ifanın ifa konusu şey üzerinde ortakların

⁶⁷ Bununla birlikte özel kanun hükümleriyle devri başkaca şartlara bağlanmış taşınırlar da olduğu unutulmamalıdır. Örneğin; KTK m.20/d uyarınca motorlu araçların devrinin noterlerce yapılmış olması geçerlilik şartıdır. Yine, gemilerin devri de TTK m.1001 ile özel olarak düzenlenmiştir.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 2583; Haluk Nami Nomer/Baki İlkey Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi - 2. Kısım: Özel Borç İlişkileri I. Fasikül**, Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, m. 207 N. 52 ve m. 210 N. 4.

⁶⁹ Ortaklığa getirilecek katılım paylarını ifayı kabule yetkili ortağın kendi borcunun ifası bakımından temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması sorunuyla karşılaşılacaktır. Konuyla ilgili bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 729.

elbirliğiyle mülkiyet hakkı sahipliğini tesis edecek biçimde yapılması gerekir. Tapu Sicili Tüzüğü'nün mülkiyet hakkının tescilinin ne şekilde yapılacağını öngören 28. maddesininin 5.fikrasına göre; “*Elbirliği mülkiyetini doğuran neden, malik adlarının ortak paranteze alınmasından sonra belirtilir.*”. Demek oluyor ki; bir taşınmaz mülkiyetinin getirilmesini içeren katılım payı getirme borcunun ifası, tapu sicilinde bu devrin sebebinin adi ortaklık sözleşmesi olduğu belirtilerek ve tüm ortaklar adına tescilin sağlanması ile yapılacaktır⁷⁰.

Elbette tescilin mülkiyeti kazandırması ancak geçerli bir kazanma sebebine dayanması ile mümkündür⁷¹. Bu kazandırmanın sebebi kuşkusuz, katılım payı getirme borcunun kaynağı olan adi ortaklık sözleşmesidir. Sebebe bağlılık prensibi gereğince, kazandırmanın hüküm ifade edebilmesi için kazanmanın sebebi durumundaki adi ortaklık sözleşmesinin de geçerli hukuki işlem şartlarını taşıması gerekir. Bu noktada MK m. 706 gereğince taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlı tutulduğundan, katılım payının bir taşınmaz mülkiyetinin getirilmesi olarak öngörüldüğu hallerde, esasında geçerliliği hiçbir şekil şartını gerektirmeyen adi ortaklık sözleşmesi açısından da bir şekil sorunu ortaya çıkmaktadır⁷². Başta da belirttiğimiz gibi, adi ortaklığın basit bir yapılanma olduğu ve yaygınlığı düşünüldüğünde bu sorun oldukça önem arz etmektedir.

Bilindiği üzere taşınmaz mülkiyetinin devrinin resmi şekle tabi tutulmasının amacı, bu işlemin öneminden dolayı tarafları iyice düşünmeye sevk etmektir. Ayrıca adi ortaklığın bir tüzel kişiliği olmadığından, ortaklıkla hukuki ilişkiye giren ve ortaklıktan alacaklı olan üçüncü kişiler için resmi şekil ve tescil, taşınmazın ortaklığa

⁷⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 50.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 661 ve 1387. Ayrıca belirtelim ki; tapusuz taşınmazların mülkiyetinin devredilmesi halinde bu devrin ve devri öngören sözleşmenin şekline ilişkin uygulamada ve öğretilerde birlik olmasa da bunların da tapulu taşınmazların devrine ilişkin kurallara tabi olacağı görüşü doğrultusunda, aynı esaslar tapusuz bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının katılım payı olarak taahhüt edilmesinde de geçerli olacaktır. Tapusuz taşınmazların devrine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 1481 vd.

⁷² MK m.706 hükmünün lafzı dikkate alınarak düşünüldüğünde adi ortaklık sözleşmesinin “mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler (mülkiyeti nakleden akitler)”den olmadığı; farklı olarak, taşınmaz mülkiyetini getirmeyi borçlanan ortağın mülkiyeti tamamen diğer ortaklara devretmeyi değil, onlarla birlikte mülkiyet hakkına sahip olmayı taahhüt ettiği ve fakat hükmün *ratio legis*'i gereği olarak resmi şekle tabi olacağı öğretilerde dile getirilmiştir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 72-73; Şener, **a.g.e.**, s. 198-199; Yongalık, **a.g.e.**, s. 63.

tahsis edildiği yönünde bir açıklık sağlar⁷³. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran bir adi ortaklık sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerektiğine şüphe yoktur. Ticaret şirketleri açısından resmi şekil şartını kaldıran TTK m.128/f.III hükmünün, adi ortaklıkta kıyasen uygulanması mümkün değildir. Zira söz konusu düzenlemenin nedeni zaten kuruluşları yönünden bir şekil prosedürü gerektiren ticaret ortaklıklarında, ticari hayatın akışı da düşünüldüğünde, bir daha bir şekil şartı aranmanın manasızlığıdır⁷⁴. Halbuki bir adi ortaklık sözleşmesi yalnızca sözle, ya da zımni irade beyanı ile bile kurulabilir. İstisnai nitelik arz eden bu hükmü, emredici nitelikteki şekil kuralını yaralayıcı biçimde genişletmenin mümkünatı yoktur.

Resmi şeklin gereği öğretisi ve uygulamada tereddütsüz kabul edilse de, bu resmi şeklin adi ortaklık sözleşmesinin bütünü bakımından mı, yoksa yalnızca bir kısmı bakımından mı aranacağı, bir diğer ifadeyle resmi şeklin kapsamı hususu muallaktır⁷⁵. Esasen, şeklin kapsamı meselesi yalnızca adi ortaklık sözleşmesi bakımından değil, genel itibarıyla de öğretilerde oldukça tartışmalı bir konudur. Sözleşmenin kurulması için kanunda aranan asgari unsurlar olan ve bu bakımdan sözleşmenin tipini belirleyen, objektif esaslı noktaların, şeklin kapsamı içinde yer alması gerektiğine tereddüt yoktur. Zira bu noktalarda taraflar arasında uyuşma sağlanamadığı takdirde sözleşme kurulmamış olacağından, şekil zorunluluğu kuralının zaten temel hedefi durumundadır. Bu bakımdan, adi ortaklık sözleşmesi için de tarafların kimliğinin, ortak amacın ve katılım paylarının şeklin kapsamında yer alması gereken asgari unsurlar olduğunu söylemek gerekir.

Esas tartışma, sübjektif esaslı noktaların kapsama dahil olması gerekip gerekmediğine ilişkindir. Zira sözleşmenin objektif esaslı noktaları haricinde kalanlar, ikincil – yan noktalar olup, bunların sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerin uyuşması kapsamında yer almasına kural olarak gerek yoktur. Ancak sözleşme görüşmelerine taşındıkları takdirde bu noktalar, sübjektif esaslı nokta halini alır ve

⁷³ Doğanay, **a.g.e.**, s. 72.

⁷⁴ Yongalık, **a.g.e.**, s. 62-63 ve dn. 205.

⁷⁵ Türk hukuk yazınında konuya değinen *Doğanay*'ın aktardığı ve katıldığı üzere, genel eğilim ortaklık sözleşmesinin tamamının şeklin kapsamında yer alması gerekmediği yönündedir (**a.g.e.**, s. 74). Aynı yönde bkz. Macit Yalman/ Erbay Taylan, **Adi Ortaklık**, Ankara, 1976, s. 50.

sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların bunlar üzerinde de anlaşmaya varması gerekir. İşte subjektif esaslı noktaların, objektif esaslı noktalar kadar sözleşmenin doğal bir unsuru olmaması, şeklin sakıncaları⁷⁶ düşünüldüğünde, bunların da şeklin koruyucu şemsiyesi altında değerlendirilmesi gerekip gerekmediği sorusuna yol açmıştır. Buna göre, subjektif teori uyarınca, sözleşmenin bütün esaslı noktalarının şeklin kapsamında yer alması gerekirken; objektif teoriye göre, subjektif esaslı noktalar bu kapsamın dışındadır⁷⁷. Bugün Türk Hukuku bakımından genel olarak, bütün objektif ve subjektif esaslı noktaların şeklin kapsamı içerisinde yer alması gerektiği düşüncesi hakim durumdadır⁷⁸.

Kanaatimizce de, sözleşmenin kurulabilmesi için oluşması gereken uyuşmanın kapsamına dahil bütün noktaların şeklin kapsamına da dahil olduğunu doğal olarak kabul etmek gerekir. Bu bakımdan, adi ortaklık sözleşmesinde de yukarıda saydığımız objektif esaslı noktaların yanında, taraflar başka bir takım hususları sözleşme görüşmelerine taşıyarak subjektif esaslı nokta halini getirmişlerse, bunların da resmi senedin içeriğinde yer alması gerekir. Özellikle adi ortaklığın organizasyonel yönüne ilişkin noktalar, örneğin; kâr ve zararın paylaşılması, ortaklığın temsili, ortaklık kararları ve ortakların oy hakkı, ortaklığın yönetimi, ortaklığın denetimi, ortaklığa katılım ve çıkma/çıkarılma ile ilgili kararlaştırmaların subjektif esaslı nokta olmaları itibariyle şeklin kapsamında yer alması gerekir⁷⁹.

⁷⁶ Bunlarla ilgili olarak bkz. Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 67 vd.; Adi ortaklıkla ilgili olarak bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 74.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, **a.g.e.**, s. 51 vd.; Gökhan Antalya, “Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları” **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 6, Ocak – Aralık 1991, s. 618 vd.

⁷⁸ Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 475; Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay – Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Yayınevi, 1993, s. 130; Eren, **Borçlar Genel**, s. 270.

⁷⁹ Bu durumda söz konusu konularla ilgili olarak, sonradan sözleşmede değişiklik yapılması gündeme geldiğinde TBK m.13 ve Tapu Kanunu m.26 gereği değişikliğin yine resmi şekle uyularak, tapuda yapılması gerektiği akla gelebilecekse de, hükmün amacı ve adi ortaklık sözleşmesinin özellikleri düşünüldüğünde, kanaatimizce bu halde değişikliğin tapuda yapılması gereğinden söz edilemez. Şöyle ki, adi ortaklık çoğu zaman çok taraflı, sürekli ve aynı zamanda organizasyonel nitelikte bir sözleşmedir. TBK m.13 ise, daha çok klasik iki taraftan oluşan sözleşmelere yönelik bir düzenlemedir. TBK m.13’ün bu halde de uygulanması gerektiğini ileri sürmek, pratik olmayacağı gibi hükmün amacı bakımından da gereksiz olacaktır. Sözleşmenin kurulmasının üzerinden zaman geçtiği, çoğu zaman zaten ifanın da gerçekleşmiş olacağı düşünüldüğünde, değişikliğin tapuda yapılması gereğini aramak anlamsız kalacaktır.

Elbette, şekil zorunluluğu kuralının getirdiği bir takım zorluklar ve sakıncalar vardır. Ancak bunun aşılması yolu olarak, hukuki kurumun yapısıyla bağdaşmayacak ve bağlamdan uzak çözümler benimsenmemelidir⁸⁰. Bunun yerine bizim önereceğimiz, öğretide⁸¹ de örneğin ölüme bağlı tasarruflarla ilgili olarak benimsenen şu yol, şekil kuralının sakıncalarının aşılması bakımından daha uygun olur: Buna göre, sübjektif esaslı noktaların doğrudan resmi senedin içeriğinde yer alması aranmaz da, örneğin resmi senette bu noktalara ilişkin tarafların anlaşmalarını yansıtan bir noter senedine atıfta bulunulması yeterli sayılır. Böylece, şekil kuralının doğurduğu sakıncalar, kuralın amacına aykırı düşmeden büyük oranda aşılmış olur.

Adi ortaklık sözleşmesinin iki kişi arasında yapılması halinde taraflardan birinin katılım payı taahhüdünün şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde, doğal olarak, sözleşmenin tamamının hükümsüz kalacağı aşikardır⁸². Ancak ortak sayısının ikiden fazla olması halinde bu geçersizliğin sözleşmenin tamamına yayılıp yayılmayacağı, yani kısmi hükümsüzlük meselesi irdelenmelidir.

Kural olarak belirtmeliyiz ki; adi ortaklık, bütün ortakların diğer ortakların şahsını ve getirmeyi taahhüt ettiği katılım payını dikkate alarak girdiği bir ilişki biçimidir. Tarafların ortaklığa getirmeyi taahhüt ettikleri katılım paylarını yitirme ve hatta daha da zarar etme riskini, ya da deyim yerindeyse omuz omuza vererek ulaşmayı hedefledikleri herhangi bir ortak amacın boşa çıkması ihtimalini üstlenme motivasyonunu başka türlü açıklamak mümkün olmasa gerektir. Bu noktada,

⁸⁰ Öğretide sübjektif teori, sözleşmenin asıl içeriğiyle ilgili olmayan yan noktalara; objektif teori ise, objektif noktalarla doğrudan bağlantı içinde olmayan sübjektif esaslı noktalara istisnalar tanıyarak yumuşamış ve karma teori olarak birbirine yaklaşmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Altaş, **a.g.e.**, s. 56 vd. Kanaatimizce tanınan bu istisnalar ve yapılan tartışmalar, şeklin kapsamına dahil olması gereken unsurları sözleşmenin kurulması meselesinden ayrı olarak değerlendirdiği için şekil kuralını bu bağlamından uzaklaştırmakta ve tatminkar bir çözüm de üretememektedir.

⁸¹ Bkz. Mehmet Serkan Ergüne, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 301; Rona Serozan/ Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, §4 N. 87.

⁸² Ancak bazen şekil şartını gerektiren katılım payı ediminin yanında o ortak tarafından bir başka edim daha borçlanılmış olabilir. Bu halde, geçersiz taahhüdüne rağmen ortağın diğer edimiyle sözleşmeyle bağlı kalabileceğini ve ortak amaca ulaşabileceğini söylemek mümkünse ortaklık sözleşmesi bir edimin geçersizliğinden etkilenmeyecek ve geçerli edimin katılım payı olarak getirildiği bir sözleşme olarak hayatta kalmaya devam edecektir. Yine burada da kısmi hükümsüzlük bağlamında düşünmek gerekir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 93.

tarafından birinin şekil noksanlığı sebebiyle katılım payı getirme taahhüdünün geçersizliğinin, ikiden fazla tarafı olan adi ortaklık sözleşmesinin tamamının geçersizliği neticesini gerektireceği düşünülebilir. Ancak her zaman, bir ortağın taahhüdünün hükümsüzlüğü nedeniyle sözleşme ilişkisinin dışında kalmasının bu derece önemli olacağını kabul etmek kesin yargısına da varılamaz. Nitekim TBK m.27/f.II'de de kısmi hükümsüzlük halinde kural, geçersizliğin etkilediği kısım sınırlı kalmasıdır; meğer ki, geçersiz kısım olmadan sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılsın. Böylece görülmektedir ki; iki taraflı sözleşmelerde sözleşme hükümlerinin kısmi geçersizliği noktasında etkin olan TBK m.27/f.II hükmü, çok taraflı sözleşmeler ve dolayısıyla adi ortaklıkta doğrudan taraflar açısından ayrıca bir derinlik ve uygulama alanı taşımaktadır⁸³. Yani, ortak amaca erişilmesinin diğer ortakların edimleriyle mümkün olduğu ve ortaklık sözleşmesinin de aksi bir kanaat uyandırmadığı durumlarda⁸⁴, geçersizliğin taahhüdü şekle aykırı olan ortak yönünden sınırlı kalacağı, diğer ortaklar arasında sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Neticede ortaklar, aralarından biri katılım payı getirme borcunun hükümsüzlüğü nedeniyle ortaklık dışında kaldığında, diğerleriyle sözleşmeye bağlı kalmaya devam edecek; ancak, TBK m.27/f.II – c.2'de belirtildiği üzere bu şartlar altında sözleşmeyi zaten yapmayacakları anlaşıldığı takdirde de sözleşmeye bağlı kalmaktan kurtulabileceklerdir.

Tapu Kanunu m.26 gereğince bu işleme resmiyeti kazandıracak makam tapu sicil muhafızları veya memurları olarak belirlenmiştir. Yani, noterde yapılan adi ortaklık sözleşmesi bakımından resmi şeklin yerine getirildiği söylenemez. Bununla birlikte acaba, taşınmaz satışına yönelik önsözleşmelerde (taşınmaz satış vaadlerinde) olduğu gibi taşınmaz getirilmesini öngören bir adi ortaklık sözleşmesi kurulmasına yönelik önsözleşmenin noterde yapılması mümkün müdür?. Bu soruya olumlu yanıt vermek ortaklık sözleşmesinin geri kalan kısmı yönünden mümkün gözükse de,

⁸³ Doğanay, **a.g.e.**, s. 93-94; Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 15.

⁸⁴ Örneğin; ortaklardan birinin ortaklıktan çıkması veya ölmesi halinde ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceğini öngören bir hüküm tarafların o ortak olmadan da ortaklığa devam etme yönündeki iradelerini göstermesi açısından bahsettiğimiz şekilde yorumlanmaya uygun görülmektedir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 94 ve dn. 45'de anılan yazarlar.

taahhüdü şekle bağlı katılım payı açısından pek olası gözükmemektedir. Zira, TBK m. 29/f.II ile kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak olan sözleşmenin şekline bağlanmıştır. Taşınmaz satış vaadi açısından Noterlik Kanunu m.60/b.3’de noterlere tanınan yetki ile böyle bir istisna mevcut olduğu halde, adi ortaklık önsözleşmesi için herhangi bir istisnai düzenleme bulunmamaktadır⁸⁵. Durum böyle olunca, noterde yapılan bir adi ortaklık sözleşmesini çevirme (tahvil) yöntemiyle önsözleşme sayarak geçersiz işlemi ayakta tutma yolu da faydasız ve kapalı gözükmemektedir.

Bu noktada, sözleşmenin taahhüdü şekle bağlı katılım payı dışında kalan kısmı, hemen yukarıda açıkladığımız üzere TBK m.27/f.II ile geçerli olabilecek; fakat, katılım payı getirilmesiyle ilgili geçersiz kısmın ayakta tutulabilmesi, ancak şekil eksikliğini ileri sürmenin MK m.2/f.II temelinde hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde mümkün olabilecektir. Ayrıca taraflar arasındaki anlaşmadan, taşınmazın kullanma hakkının mı yoksa mülkiyet hakkının mı getirildiği anlaşılamiyorsa, bu durumda “hukuki işlemlerin geçerli olabilecekleri biçimde yorumlanmaları ilkesi”⁸⁶ gözetilerek mülkiyet hakkının getirilmesi söz konusu olsaydı şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olacak sözleşme, kullanma hakkının (*quoad usum*) getirildiği ya da *quoad sortem* biçiminde mülkiyet hakkının getirildiği kabul edilerek geçersizlik yaptırımından korunup ayakta tutulabilir⁸⁷. Ekleme gerekir ki; katılım payı olarak getirilen malın mülkiyet hakkının mı yoksa kullanma hakkının mı getirildiğinin anlaşılamadığı hallerde mülkiyet hakkının getirildiğini kabule öncelik

⁸⁵ Noterlerin aynı maddenin b.2 hükmü gereğince, kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş bütün hukuki işlemleri yapmaya yetkili olduğundan bahisle, katılım payı olarak taşınmaz mülkiyeti getirilen adi ortaklık sözleşmelerini ve önsözleşmelerini yapmaya yetkili olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira öncelikle, Tapu Kanunu m.26 gereğince “*Mülkiyete, mülkiyetten gayri aynı haklara ... mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü ve tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.*” denilerek yetkili merci olarak tapu gösterilmiştir. Ayrıca ortaklık sözleşmesinin aksine bir risk üstlenmeyi gerektirmeyen ve bir karşı edimin söz konusu olduğu taşınmaz satış vaadinde bile noterlerin yetkisi istisnai bir hükümle tanınmışken, adi ortaklık açısından bu yetkinin b.2 hükmü ile var olduğunu ileri sürmek çelişkili olacaktır. Nitekim bağışlama taahhüdüne ilişkin olarak da öğretilerde bu yönde değerlendirmeler yapılmışsa bile kabul görmemiştir. Bkz. Tandoğan, C. I/1, s. 357-358; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 355 ve dn. 20.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. Kaneti, **Tahvil**, s. 22-23 ve 89-90.

⁸⁷ Yarg. 14. HD., 3.2.1983, E. 1982/5744, K. 1983/814. Bkz. Yongalık, a.g.e., s. 50.

tanıyan ilke, burada da *quoad usum* yerine *quoad sortem* halinin varlığı öncelikle araştırılarak uygulanmalıdır.

Yorum yoluyla da bir sonuca varmanın mümkün olmadığı, yani tarafların taşınmazın mülkiyetinin katılım payı olarak getirilmesini öngördükleri, ancak bunun da şekle aykırılık nedeniyle hüküm taşımadığı hallerde mülkiyetin *quoad sortem* biçiminde getirildiği kabul edilerek tahvil uygulanması düşünülebilir⁸⁸. Dikkat edilsin ki; başta belirttiğimiz önsözleşmeye çevirme yoluyla işlemi ayakta tutmak mümkün olmasa da, bu şekilde bir çevirme adi ortaklık sözleşmesi açısından mümkün ve işlevsel olabilmektedir.

Ancak kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından (*de lege feranda*), adi ortaklık önsözleşmeleri düzenleyebilmek için noterleri yetkilendirmek yerinde olurdu.

ii. Kullanma ve Yararlanma Hakkının Devri

Bir şeyin mülkiyetinin ortaklığa devredilmeksizin ve böylece ortaklık malvarlığına dahil edilmeksizin, yalnızca kullanma ve yararlanma haklarının katılım payı olarak getirilmesi de mümkündür. Bizim burada ele alacağımız husus, bir şeyden yararlanmaya ve kullanmaya imkan sağlayan soyut bir değer olarak hakkın katılım payı olarak getirilmesi değil⁸⁹, ortağın bizzat kendi mülkiyet yetkisi içinde bulunan kullanma ve yararlanma haklarını ortaklığa getirmesidir. Yani, burada bir devren kazandırmadan değil, tesisen kazandırmadan bahsediyor olacağız.

⁸⁸ Zira *quoad dominium* ile *quoad sortem* olarak katılım payı taahhüdü arasında çevirme (tahvil) uygulanabilmesi için gereken “eylemsel amaç özdeşliği” ve hatta “içerik (muhteva) özdeşliği” bulunduğu söylenebilir ve tarafların “varsayıli iradeleri” de bu şekilde değerlendirilmeye müsaittir. Yani taraflar geçersizliği bilselerdi, hedefledikleri sonucu en yakın şekilde gerçekleştirecek olan *quoad sortem* olarak katılım payının getirilmesi yolunu tercih ederlerdi denilebilecektir. Meğer ki, tarafların seçmiş oldukları hukuki biçime özel bir önem verdikleri anlaşılabilir.

Ayrıca *Doğanay*, belirttiğimiz şekilde bir çevirmenin mümkün olabileceğini söylerken *quoad dominium* getirilmesi taahhüdünün *quoad sortem* veya *quoad usum* taahhüdü olarak hüküm taşıyabileceğini belirtmiştir (**a.g.e.**, s. 93). Kanaatimizce, çevirme kurumunun mantığı gereği *quoad dominium* taahhüdünün *quoad usum* taahhüdüne çevrilmesi, *quoad sortem* olarak çevirme mümkünken olanağı yoktur. Zira, çevirmeye başvurulabilmesi için yorum yoluyla tarafların gerçek iradeleri ortaya çıkarılıp, bunun da işlemin geçersizliğine sebep olması gerekir. Yani burada çevirmeye başvurmamızın nedeni tarafların iradesinin mülkiyetin getirilmesine yönelik olduğunun tespitinden kaynaklanır. Bu halde, mülkiyet içerikli *quoad sortem* taahhüdüne çevirme mümkünken yalnızca kullanma hakkı içerikli *quoad sortem* taahhüdüne çevirmek ortakların iradesini aşmak anlamına gelir.

⁸⁹ Bu hususa bir alt başlıkta ayrıca değineceğiz.

Ortaklığa kullanma ve yararlanma hakkı sağlayan katılım payı iki şekilde getirilebilir. Bunlardan birincisi; aynı kira sözleşmesinde olduğu gibi, yalnızca nispi bir talep hakkı sağlayan alelade kullanma hakkının getirilmesidir. İkincisi ise; o şeyi kullanma ve ondan yararlanma hakkı sağlayan, sınırlı aynı hak niteliğinde olan bir irtifak hakkı tesis etmektir⁹⁰.

Ortaklığa kullanma ve yararlanma hakkı getirilecek mal üzerinde bunu getiren ortağın tek kişi mülkiyetinin olmaması halinde çeşitli sorunlar ortaya çıkabilir. Öncelikle belirtelim ki, eski Medeni Kanun döneminde pay üzerinde irtifak hakkının kurulup kurulamayacağı meselesiyle ilgili olarak kanunda bir düzenleme bulunmuyor ve öğretide de tartışılıyordu. Ancak yürürlükte bulunan Medeni Kanun, pay üzerinde intifa hakkı kurulabileceğini kabul etmiştir (MK m.697, 700). Kanunda düzenlenen diğer irtifak hakları şeyi maddi kullanmayı gerektirdiğinden, diğerleri bakımından pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı kabul edilmektedir. Yine aynı sebeple, MK m.691 ile paylı mülkiyete tabi eşyaya ilişkin kira sözleşmesi yapılması pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınması şartına bağlı kılınmıştır. Ancak maddi kullanmayı hedef tutmayacak şekilde payın kiraya verilmesi öğretide paydaşın payı üzerindeki tasarruf yetkisi kapsamında değerlendirilmekte ve mümkün görülmektedir. O halde denilebilir ki; maddi kullanmayı gerektirmeyecek şekilde payın sağladığı yararlanma hakkının ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi mümkündür. Aksi takdirde, diğer paydaşların rızaları sağlanmadığı sürece ifa edememe sorunuyla karşılaşılacaktır. Elbirliği mülkiyeti halinde ise belirlenmiş bir paydan söz edilemeyeceğinden o şey üzerinde elbirliğiyle malik olan ortağın diğer maliklerden bağımsız tasarrufta bulunması söz konusu olamayacaktır.

(i). Alelade Kullanma Hakkının Tesisi Yoluyla

Katılım payı olarak kullanma hakkı getirilen şeyin ifası öncelikle o malın ortaklığa teslimi ile olur. Bu ise yine, kural olarak ortakların elbirliğiyle zilyetliğinin tesisi şeklinde olacaktır. Ayrıca kullanma hakkının devredilmesinin doğası gereği,

⁹⁰ Kural olarak, kullanma hakkı devredilecek malın kullanım sonucunda tükenen türden bir şey olmaması doğası gereğidir (Doğanay, **a.g.e.**, s. 40). Ancak, gerçek olmayan intifa (*quasi usus-fructus*) ile tüketime tabi eşya üzerindeki yararlanma hakkının devrinin mümkün olabileceği unutulmamalıdır (MK m.819).

burada doğrudan zilyetlik tesisi söz konusu olup; bu nedenle satış sözleşmesindeki gibi zilyetliğin devrinden değil, özellikle teslimden bahsederiz. Tabii burada teslimden yalnızca malın şeklen teslimini değil, malın ortaklığın kullanma hakkını kullanmasına imkan sağlayacak şekilde ortaklığa tahsis edilmesini anlamak gerekir⁹¹.

Yani sadece teslimle bu borcun ifası gereği gibi yerine getirilmiş olmaz. Bunun yanında, aynı kira sözleşmesinde olduğu gibi, malın kullanıma elverişli olarak teslimi ve kullanım süresince de kullanmaya elverişli olarak bulundurulması gerekir. Nitekim kanun koyucu da bu hususu göz önünde bulundurmuş ve TBK m.621/f.III hükmü ile katılım payının bir şeyin kullandırılmasından oluşması halinde kira sözleşmesindeki hasardan, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmiştir. Böylece kanun koyucu kullanıma uygun teslim ve uygun olarak bulundurma hususlarının da katılım payı getirme borcunun gereği gibi ifası bağlamında değerlendirilmesini istemiştir. Eklemek gerekir ki; bahsettiğimiz bu “elverişli” olma hali, taraflar arasındaki adi ortaklık sözleşmesi ve sözleşmeyle hedeflenen ortak amaç dikkate alınarak tespit edilecektir.

(ii). İrtifak Hakkı Tesisi Yoluyla

Bilindiği gibi irtifak hakları hak sahibine bir eşyadan⁹² yararlanma yetkisi sağlarlar. Bu yararlanmanın tarzı, tesis edilen irtifak hakkı çeşidine göre farklılık gösterir. Olumlu irtifaklar olarak sınıflandırılanlar bakımından yararlanma, malikin hakka konu eşyanın hak sahibi tarafından belirlenen tarzda kullanılmasına katlanma; olumsuz irtifaklar açısından ise, mülkiyetin sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girmesiyle sağlanır. Her iki biçimdeki irtifak hakkının da katılım payı olarak getirilmesine bir mani bulunmamaktadır⁹³.

Bu halde katılım payı borçlusu ortak, mülkiyetinde bulunan bir mal üzerinde alelade bir kullanma hakkını değil, ortaklık lehine o maldan yararlanmaya imkan

⁹¹ Kira sözleşmesinde aynı yöndeki açıklamaları için bkz. Tandoğan, C. I/2, s. 110.

⁹² Bununla birlikte MK m.794 ile hak üzerinde intifa hakkı kurulmasına imkan verilmiştir. Hak üzerinde intifa kurulabilmesi için hakkın yararlanmaya elverişli ve devredilebilirlik niteliğine sahip olması gerekip, bunun da katılım payı olarak getirilmesi mümkün olabilir.

⁹³ Elbette katılım payı olarak getirilecek irtifak hakkının içerik bakımından ortaklıkça benimsenen ortak amaca uygun olması gerekir. Bunlara yeri geldiğinde değineceğiz.

sağlayacak bir sınırlı ayni hak tesis etmeyi borçlanmıştır. Bu durumda ayni bir hakka kavuşması dolayısıyla, herkese karşı bu hakkını ileri sürme imkanına sahip olan ortaklık daha güvenceli bir konum elde etmiş olur. Ayrıca bazı irtifak hakları bakımından ortaklık, alelade bir kullanma hakkının sağlayamadığı kapsamda ve nitelikte şeyden yararlanma yetkisi kazanmış olur. Örneğin; üst hakkı, bir kişiye başkasına ait bir arazideki yapının maliki olma yetkisini tanıdığından, özellikle inşaat yapma gibi bir amaç benimseyen ortaklıklar açısından önemli ve işlevsel olacaktır⁹⁴.

İntifa⁹⁵ ve oturma hakkı⁹⁶ şahsa bağlı olduğundan, kural olarak bunlar ancak ortaklar lehine kurulabilecek ve ortaklar tarafından da bir başkasına devri mümkün olmayacaktır. Ancak üst hakkı ve kaynak irtifakı kişisel irtifak şeklinde kurulabileceği gibi, eşyaya bağlı olarak da kurulabilir ve ayrıca bir başkasına devir imkanları da vardır. Eşyaya bağlı irtifaklarda yararlanan taşınmaza kim malikse irtifak hakkına da o sahip olacağından, bu tür irtifakların ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi ortaklık malvarlığına tabi bir taşınmazı yararlanan taşınmaz kılmak şeklinde olabilecektir.

Taşınmazlar üzerinde kurulacak irtifak hakları için geçerli bir kazanma sebebi⁹⁷ ve tapu kütüğüne tescil; taşınırılar için ise zilyetliğin devri gerekir (MK m.780,

⁹⁴ Ancak dikkat edilmelidir ki; üst hakkının sağladığı bir yetki olarak ortaya çıkan yapı üzerindeki mülkiyetin üst hakkından bağımsız ve ayrı bir varlığı bulunmaz. Bu nedenle burada katılım payı olarak mülkiyetin getirilmesinden değil, çalışmamızda da bu şekilde tasnif ettiğimiz üzere yararlanma hakkının getirilmesinden bahsediyoruz. Bu durum ilgili bölümde ele alacağımız üzere, tasfiyede de fark yaratacaktır. Üst hakkıyla ilgili olarak bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 3110.

⁹⁵ İntifa hakkı, diğer irtifaklardan farklı olarak hak sahibine hak konusu şeyden tam yararlanma imkanı sağlar. Öyle ki; bu durumda malikin elinde kalan mülkiyet hakkına “*kuru mülkiyet*” benzetmesi yapılır. Bu yönüyle intifa hakkının getirilmesi malın mülkiyetinin *quoad sortem* olarak getirilmesi halini anımsatsa da, ikisi arasında mülkiyetin devredilmesi yönünden keskin bir sınır vardır. İntifa hakkı, her ne kadar hak sahibine geniş yetkiler sağlasa da, mülkiyet hakkı sahibi hala tasarruf yetkisini dilediği şekilde kullanabilir. Böyle bir durumda, ortaklığa hak konusu şeyden yararlanma hakkı getirilmiştir. Bu husus malın ortaklık malvarlığına dahil olmaması ve dolayısıyla ortaklığın son bulması halinde tasfiyede malın, getiren ortağın malvarlığında yerini koruması bağlamında önem arz eder. Halbuki, *quoad sortem* olarak getirilen mal üzerindeki mülkiyet hakkı ortaklığa ait olup, tasfiye halinde TBK m.642 gereği bunu getiren ortak ancak şeyin değerini alabilecektir.

⁹⁶ Oturma hakkı ancak bir kişinin o taşınmazdan konut olarak yararlanması için kurulabileceğinden, şayet ki söz konusu taşınmazın ortaklıkça konut dışında bir amaçla kullanılması amaçlanıyorsa, mesela işyeri olarak kullanılmak isteniyorsa, bu halde oturma hakkı tesisi uygun olmayacaktır. Oturma hakkıyla ilgili olarak bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 3063.

⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 2908; Yazarlar burada kazanma sebebinin bir sözleşme olabileceğini ifade ederken “bağışlama veya alım satıma benzer ivazlı bir sözleşme” şeklinde örnek

MK m.795). İrtifak haklarının kazanılması ve tescili bakımından mülkiyet hükümlerine atıf yapıldığından biz de tekrara düşmemek adına mülkiyetin katılım payı olarak getirilmesinde yaptığımız açıklamaların burada da cari olduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Bizim burada farklı olarak değinmek istediğimiz husus, irtifak kurma vaa dinin noterlerce düzenlenmesi halinde geçerlilik şeklinin yerine gelip gelmediği sorundur. Taşınmaz mülkiyetinin getirilmesinin vaadedilmesi halinde noterlerce düzenlenecek önsözleşmenin geçerli sayılmayacağı sonucuna ulaşmıştık. Zira, TBK m.29/f.II gereğince önsözleşmelerin geçerlilik şekli asıl sözleşmenininkine bağlı olup, Noterlik Kanunu m.60/b.3 ile sadece taşınmaz satış vaadi açısından noterleri yetkili kılan istisnai hüküm genişletmek imkanı bulunmamaktaydı. Böyle bir istisnai hüküm taşınmazlar üzerindeki irtifak kurma vaadleri açısından da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın noterde yapılan irtifak kurma vaadlerini geçerli saydığı kararları vardır⁹⁸. Yargıtay'ın yaklaşımı benimsenirse, bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurma taahhüdü içeren adi ortaklık sözleşmesinde, taşınmaz mülkiyetinin getirilmesinde olduğu gibi bir şekil sorunu ortaya çıkmayacaktır.

c. Diğer Hakların Devrinin Borçlanması

Şimdiye kadar bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının ya da bu mülkiyetin sağladığı yetkilerin kullanma ve yararlanma hakkı tesis etmek suretiyle katılım payı getirme borcuna konu edilmesini inceledik. Bizim burada inceleyeceğimiz husus ise, malvarlığında mülkiyet dışında sahip olunan bir hakkın ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi halidir⁹⁹.

vermişlerse de, aslında bir ivazın söz konusu olmadığı adi ortaklık sözleşmesinin de kazanma sebebi teşkil edebileceğini düşünmeye herhangi bir mani bulunmasa gerekir.

⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 2792; Yarg. HGK, 1.11.1972, 3-301/896; Yarg. 15. HD, 25.12.1975, 1975/414 E., 1975/5159 K.

⁹⁹ Bir hakkın devrinin borçlanması halinde, aslında ortada devri sağlamak üzere bir irade beyanında bulunma borcu, yani bir yapma borcu söz konusudur. Ancak irade beyanında bulunma borcuna aykırılık halinde doğan sonuçlar diğer yapma edimlerinden ziyade verme edimlerindeki duruma benzemektedir. Söz gelimi, aynı verme borcunun ifa edilmemesi halinde edimin cebri icra yoluyla borçlunun malvarlığından temin edilebilmesi gibi, irade beyanında bulunma borcunun ifa edilmemesi halinde de mahkemenin borçlunun irade beyanı yerine geçen bir karar verebileceği kabul edilmektedir. Bir hakkın devrinin borçlanması halinde de aslında hedeflenen, bir verme ediminin borçlanılmasından farklı değildir. Yalnızca borçlu, hakkın konusu olan şeyi doğrudan kendi malvarlığından sağlamadığından, bu şeyi sağlamayı irade beyanında bulunmayı üstlenerek borçlanır. Bu bakımdan, her ne kadar bir yapma edimi şeklinde borçlanılmış olsa da, bu şekilde ortaklığa kullanma hakkının getirilmesi söz konusuysa, örneğin bu şeyin ayıplı olması halinde

i. Katılım Payı Getirme Borcuna Konu Edilmeye Elverişliliği Yönünden Haklar

Haklar çok değişik türde ve içerikte olabilmekle beraber, her hak katılım payına konu edilmeye müsait olmayabilir. Kanundan, işin niteliğinden veya sözleşmeden doğan devir yasağı ya da kısıtlamaları bunun için engel teşkil eder¹⁰⁰. Örneğin, oturma hakkı şahsa bağlı bir irtifak hakkı olduğundan bir başkasına devri mümkün değildir. Ayrıca oturma hakkından yararlandırma bakımından, MK m.824/f.II ile; aksi kararlaştırılmamışsa, oturma hakkı sahibinin ailesi ve ev halkını bu haktan yararlandırabileceği kabul edilmişse de, ortak bakımından böyle bir imkan olmadığı anlaşılmaktadır. Yine, intifa hakkının da aynı sebeple devir suretiyle ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi mümkün değildir. Ancak MK m.806 ile aksi kararlaştırılmadığı veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmadığı sürece, intifa hakkının kullanılmasının bir başkasına devredilebileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan, intifa hakkının kendisinin değil, ama hak sahibine sağladığı yararlanma hakkının katılım payı olarak ortaklığa getirilmesi mümkündür¹⁰¹.

Düzensiz kişisel irtifaklar olarak adlandırılan üst hakkı ve kaynak hakkı, kural olarak, devri mümkün (bağımsız) kabul edilmiştir; taraflar arasında kararlaştırılarak devir kabiliyetinin sınırlandırılması da mümkündür. Bunlara benzer şekilde, TBK m.239 uyarınca sözleşmesel ön alım, alım ve geri alım hakları da, kural olarak devredilemese bile, aksine anlaşma yapılarak devir kabiliyeti kazanabilir. Ancak unutulmamalıdır ki; hakkın devrine ilişkin getirilen her sınırlama, her zaman için, hakkın katılım payı getirme borcunun konusu edilemeyeceği anlamına gelmeyebilir. Sınırlandırmanın hak sahibinin tasarruf yetkisine olan etkisi, ancak hakkın hukuki

ortağın ayıptan sorumluluğu söz konusu olabilir. Netice itibariyle, bütün bu sebeplerden dolayı hakkın devrinin borçlanılması halini yapma edimlerine ilişkin başlık altında değil, burada ele almayı uygun gördük.

¹⁰⁰ Belirtelim ki; hakkın kendisinin devredilmeden “kök hakkın” hak sahibinde kalarak MK m.794’ün tanıdığı imkanla hak üzerinde intifa kurulması suretiyle de haktan yararlanma hakkının katılım payı olarak getirilmesi mümkündür. Ancak birazdan değineceğimiz üzere, bu halde de intifa konusu yapılacak hakkın yararlanmaya elverişlilik ve devredilebilirlik niteliğine sahip olması şartı aranmaktadır. Alacaklar üzerinde intifa hakkı MK m.820-822 ile ayrıca düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 3042 vd.

¹⁰¹ Ayrıca intifa hakkının devrinin, intifa hakkının kullanılmasının devri olarak çevrilmesiyle ilgili bkz. Kaneti, **Tahvil**, s. 150.

sebebinde devir kabiliyetine ilişkin getirilen sınırlandırmanın genel hükümler çerçevesinde yorumlanmasıyla tespit edilebilir¹⁰². Adi ortaklık sözleşmesi bağlamında gerçek anlamıyla bir devir değil, “getirme” söz konusu olduğu düşünüldüğünde, bu yoruma ihtiyaç duyulabilir¹⁰³.

Kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının ortaklığa katılım payı olarak getirilip getirilemeyeceği sorusu adi kira, konut ve çatılı işyeri kiralari ve ürün kirası bakımından ayrı ayrı cevaplandırılmalıdır. Öncelikle, adi kira bakımından TBK m.322/f.I ile kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak kaydıyla, kullanım hakkının başkasına devredilebileceği kabul edilmiştir. Elbette tarafların anlaşarak devri yasaklamaları da söz konusu olabilir, ancak kural olarak devir serbestisi kabul edilmiştir. Bunun aksine, hükmün ikinci fıkrası ile konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kullanım hakkının ancak kiraya verenin yazılı rızasıyla mümkün olabileceği öngörülmüştür. Ürün kirası bakımından da benzer şekilde TBK m.366 ile kiraya verenin rızası şart koşulmuştur. Bununla birlikte, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının ölümü halinde ölen kiracının ortaklarının taraf olarak kira sözleşmesini sürdürmelerine olanak tanıyan TBK m.356 hükmünden hareketle, öğreti ve Yargıtay tarafından kullanım hakkının ortaklığa getirilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Esasen bunun da temel sebebi, yine, katılım payı olarak getirilen değer gerçek anlamda bir devir olmayıp, sadece birlikte hak sahipliği olgusunu doğurmasıdır. Dolayısıyla kullanım hakkının ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi durumunda TBK m.322/f.II'nin öngördüğü anlamda bir devir ve sınırlama bulunmamak gerekir. Ürün kirasında ise bu yönde bir hüküm bulunmadığı ve ürün kirasındaki işletme yükümlülüğü kiracının kişiliğini önemli kıldığı için ürün kirasından doğan kullanım hakkının ancak TBK m.366 çerçevesinde kiraya verenin yazılı rızasıyla ortaklığa getirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² Örneğin üst hakkıyla ilgili olarak bu yöndeki açıklamaları için bkz. Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 14 dn. 59 ve s. 16 dn. 73.

¹⁰³ Bkz. Birinci Bölüm III B 3.

¹⁰⁴ Tandoğan, **C. I/2**, s. 162; Şener, **a.g.e.**, s. 81 vd; Yarg. 6. HD. 2.4.1979, E. 334/K. 2777: “...Ortaklık taşınmazın devir ve cirosu niteliğinde değildir...”.

¹⁰⁵ Tandoğan, **C. I/2**, s. 160, dn. 106.

Öğretide bağı haklar olarak adlandırılan kategorideki haklar da yalnızca bağı oldukları başka bir hak ya da hukuki ilişki ile devredilebileceklerinden bunların yalnız başına katılım payı taahhüdünün içeriğini oluşturması söz konusu olamaz. Örneğin, eşyaya bağı irtifaklar ancak bağı oldukları eşyanın mülkiyetiyle, rehin hakları bağı oldukları alacaklar ile devir kabiliyetini haizdir. Yenilik doğuran haklar da çoğu zaman bu niteliktedirler¹⁰⁶.

ii. Devredilme Şekilleri Bakımından Haklar

Görüldüğü gibi, katılım payı olarak getirilmesi öngörülen her hak buna elverişli olup olmadığı yönünden incelenmeye muhtaçtır; aksi takdirde kaçınılmaz olarak ifa edilememe sorunuyla karşılaşılacaktır. Bunun yanında devredilmesi mümkün hakların devredilme şekilleri bakımından da her hak özelinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin; üst hakkı ve kaynak hakkının devri resmi şekil gerektirir (MK m.780). Katılım payı olarak getirilmesi öngörülen hakka ve hakkın devrine ilişkin hükümler özel düzenlemelerde de yer alabilir. Marka hakkının devri bunlardan biri olup, 556 sayılı KHK ile düzenlenmiştir ve m.16/f.III ile devri yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Yine MK m.677/f.II gereği, miras payının mirasçılar dışındaki üçüncü kişilere devri için yapılacak sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesi gerekir. Alacak hakları da özel bir hükümlerle düzenlenmediği sürece¹⁰⁷, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde devredilecektir. TBK m.184/f.I ile alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlanmıştır. Ancak adi ortaklık sözleşmesinde bir alacağın ortaklığa katılım payı olarak getirileceği taahhüdü alacağın devri sözü verme (alacağın temlikini vaat) niteliğinde olup, TBK m.184/f.II gereğince geçerliliği herhangi bir şekilde bağı kılınmamıştır. Dolayısıyla, yalnız bu borç ifa edilirken, yani tasarruf işlemi aşamasında bu devir yazılı şekil şartına uyularak gerçekleştirilmelidir.

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1662; Rona Serozan, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 216 ve 223.

¹⁰⁷ Örneğin, alacağın kıymetli evraka bağlanmış bir alacak olması durumunda alacağın devrine ilişkin hükümler değil, sözkonusu kıymetli evrakın devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Yongalık, **a.g.e.**, s. 64; Barlas, **a.g.e.**, s. 53.

d. Malvarlığı veya İşletmenin Devrinin Borçlanması

Belirli bir malvarlığının veya işletmenin katılım payı olarak getirilmesi söz konusu olduğunda, katılım payı o malvarlığının veya işletmenin aktifinde yer alan haklardan ve pasifinde yer alan borçlardan oluşur. Bir malvarlığının veya işletmenin devrine ilişkin bir sözleşmede, devredecek olan, malvarlığının veya işletmenin aktiflerini devretme; devralacak olan ise, pasiflerini üstlenmek borcu altına girmiş olur.

Malvarlığı veya işletmenin borçlarının devralana geçmesi hususu TBK m.202’de düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, devrin ihbar veya ilanı tarihinden itibaren devreden devralanla birlikte malvarlığının veya işletmenin borçlarından iki yıl süreyle müteselsil sorumlu olacağı öngörülmüştür. Ancak adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi durumunda, burada tam bir devir söz konusu olmadığından, malvarlığı veya işletmeyi getiren ortak, “ortak” sıfatı dolayısıyla işletmenin borçlarından müteselsil sorumlu olmaya devam edecektir. Dolayısıyla TBK m.202’de öngörülen iki yıllık sürenin adi ortaklık açısından bir anlamı kalmamaktadır¹⁰⁸.

Bizim çalışmamızın konusu açısından asıl önem arz eden nokta, malvarlığı veya işletmenin aktifinin devri hususudur. Akifin içinde yer alan hakların devralana geçmesi için her bir hak açısından o hakkın devrine ilişkin tasarruf işleminin yapılması aranır¹⁰⁹. Bu noktada, her bir hakkın tasarruf işlemi için o işlem için gereken geçerlilik koşullarının yerine getirilmiş olması gerekir. Örneğin; bir taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri için resmi şekil, bir alacağın devri için adi yazılı şekil sağlanmış olmalıdır. Ancak ticari işletmenin devri açısından TTK m.11/f.III özel bir düzenleme içermekte, genel kuralın aksine adi yazılı şekilde yapılan ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilanı ile tüm hakların devrinin sağlanacağını kabul etmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁸ Şener, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁰⁹ MK m.794 hükmüne göre, malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulması da mümkün olup, bunun da her bir hak üzerinde ayrı ayrı tesisi gerekir.

¹¹⁰ Söz konusu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 10.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 36; Turgut Öz, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi” **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, s. 95-121, 2013.

Son olarak belirtelim ki; malvarlığı veya işletmenin devri gibi yalnızca malları kullanma veya işletme hakkının da katılım payı olarak getirilmesi mümkündür. Bu halde elbette bir şekil şartı da söz konusu olmayacaktır.

3. Katılım Payı Getirme Borcunun Yapma Ediminden Oluştugu Haller

a. Genel Olarak

TBK m.620 ve m.621’de “emek” katılım payı olarak getirilebilecek değerler arasında sayılmıştır. Emek bir yapma edimi teşkil etmekle ve yapma edimlerinin önemli bir kısmını oluşturmakla birlikte, yapma edimi esasen daha geniş bir anlamı ifade eder. Şöyle ki; öğretilerdeki yerleşik deyişle emek, ortağın bedenlen ve fikren çalışması olarak tanımlanır¹¹¹. Ancak bir ortağın katılım payı olarak getirdiği değer bir yapma edimi olmasına karşın, emek olarak nitelenmeye pek uygun olmayabilir. Örneğin; bir ortağın bir malını adi ortaklık yararına alınacak bir kredi için rehnetmeyi katılım payı olarak taahhüt etmesi¹¹² halinde bedenlen veya fikren bir çalışmadan bahsedilemez; ancak, burada bir yapma borcunun bulunduğu kuşkusuzdur. Zira burada ortak, ortaklığa karşı malvarlığından veya zilyetliğinden bir şey vermeyi taahhüt etmemiş; yalnızca, malvarlığındaki bir şeyi rehin sözleşmesine konu etmek üzere bir başkasına irade beyanında bulunmayı borçlanmıştır¹¹³. Hatta değil irade beyanı, ortağın bir sırrı açıklamak üzere bir beyanda bulunmayı dahi katılım payı olarak taahhüdü mümkündür. Yine, bir ortağın ortaklığın kredibilitesini yükseltmek amacıyla ticaret hayatında edindiği ticari itibarını ortaklığa katılım payı olarak getirmesi de söz konusu olabilir¹¹⁴. Öyle ki, bu kimsenin sırf ortaklıkta bulunması onun

¹¹¹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 43; Yongalık, **a.g.e.**, s. 53; Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Özellikle TBK m.113/I Kapsamında) – Nama İfa**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 , s. 7.

¹¹² Katılım payı olarak getirilebilecek değerler arasında verdiği bu örneği için bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku – I**, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, N. 76.

¹¹³ Öğretilerde bir sözleşmenin kurulması gibi edimlerin yapma borcu teşkil ettiği ifade edilirken genellikle önsözleşme örneği verilmektedir (Bkz. Aydıncık, **a.g.e.**, s. 8; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 35). Ancak kuşku doğurmaması açısından belirtelim ki; bizim burada verdiğimiz örnekte bir önsözleşmeden bahsedilemez. Zira önsözleşme, asıl sözleşmeyi yapacak taraflar arasında olur.

¹¹⁴ Yongalık, **a.g.e.**, s. 53.

katılım payını oluşturabilir. Bu halde de emeğin değil, ortaklık ilişkisinden bağımsız bir “emek sonucunun”, yani kazanılan ticari itibarın yapma borcu olarak ortaklığa getirilmesi söz konusudur. Netice olarak, maddi edim niteliğinde olmayan pek çok şeyin bir yapma edimi olarak katılım payı getirme borcuna konu edilmesi mümkündür.

Yapma borçlarının konusu bir maddi edim olmadığından, bu edimin borçlu dışında bir başka kişi tarafından ifa edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan borçlunun şahsına bağlı olan ve olmayan edimler şeklinde ikili bir ayırım yapılmakta ve borçlunun şahsına bağlı olmayanlar bakımından TBK m.83 hükmü çerçevesinde, bir başkası tarafından ifa caiz görülmektedir. Ayrıca bu ayırım, yapma borçlarında imkansızlığın tespiti bakımından da önem arz etmektedir¹¹⁵.

Bir yapma edimi önemini özellikle, niteliği gereği borçlunun ifa yükümlülüğünün doğal sınırını teşkil etmesinde gösterir. Verme edimlerinin ifasının sağlanması yönündeki hukuki mekanizma, yapma edimleri için işletilemez. Zira, bir kimsenin yüklendiği yapma borcu için doğrudan ifaya zorlanması prensip olarak mümkün değildir (*Nemo praecise cogi potest ad factum*). Bu nedenle yapma edimlerinin ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğu kural olarak ancak, tazminata mahkum edilmesi veya edimin ifasının bir başka kimseden sağlanarak bedelinin (nama ifa bedelinin) ona ödettirilmesi ile sağlanır¹¹⁶.

Yapma edimi belirli bir süreyle sınırlı olmak üzere ortaklığa getirilebileceği gibi, ortaklığın devamı süresince de getirilmesi taahhüt edilebilir. Ayrıca edim sonucuna yönelik bir yapma borcu¹¹⁷ söz konusu olduğu durumlarda, bu sonuç elde edilmekle ifa tamamlanmış olur.

¹¹⁵ İleride bkz. İkinci Bölüm III C 2.

¹¹⁶ Ek olarak, borçlunun alacaklıya karşı bir irade beyanında bulunmayı yükümlendiği hallerde, borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması durumunda mahkemenin onun irade beyanı yerine geçerek karar vermesi ile de borcun ifası sağlanabilmektedir. Örneğin, bir sözleşme yapma taahhüdü altına girilen önsözleşmenin ifa edilmemesi halinde durum bu şekildedir.

Yine yapma borçlarında ifanın sağlanması bakımından başvurulabilecek bir diğer hukuki imkan İİK m.30/f.II hükmüdür. Hükmün niteliği hakkında bkz. Aydıncık, **a.g.e.**, s. 143 vd.

¹¹⁷ Yapma borçları bir eylem ya da sonuca yönelmiş olmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Edim fiiline yönelik yapma borçlarında, borçlunun borcunu ifası neticesinde bir sonuç elde edilmesi söz konusu değildir. Örneğin, hizmet edimi üstlenilmesi halinde edim fiiline yönelik bir borçtan bahsedilir. Buna karşılık, edim sonucuna yönelik yapma borçlarında, borçlunun belirli bir davranışta bulunmasının yanı sıra, bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Eser meydana

Son olarak belirtelim ki; katılım payı olarak yapma borcu oluşturan edim Kanun'da yer alan bir sözleşmenin karakteristik edimi niteliğindeyse, bu halde borcun ifasına ilişkin kuralları tespit bakımından o sözleşme hükümlerinden adi ortaklığın bünyesine uygun olduğu ölçüde kıyasen yararlanmak da mümkün olabilmelidir.

b. Emeğin Getirilmesi

Öğretide adi ortaklığa katılım payı olarak getirilebilecek değerler incelenirken, yapma edimi bağlamında yalnızca emeğin değerlendirildiği, Kanun'da da yalnızca emeğin zikredildiği görülmektedir. Biz meseleyi emeğin ötesini de kapsayacak şekilde ele almış olmakla birlikte; emek, adi ortaklık sözleşmesi bağlamında belli bazı hususlar yönünden özellik arz ettiğinden, bu hususlara değinmek bakımından emeğin katılım payı olarak getirilmesini ayrıca ele alacağız.

Öncelikle değinmek istediğimiz husus; emek ile adi ortaklık sözleşmesinin unsurlarından olan ortak amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*) unsuru arasındaki benzerliktir. *Affectio societatis*, ortak amaca erişebilmek adına ortakların üzerlerine düşeni yapma, emek verme, çaba sarfetme yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu, katılım payı olarak ne getirmiş olursa olsun her ortağın yüklendiği bir yükümlülüktür. Bu anlamda, her ortak bakımından ortaklığa dahil olmakla asli bir yükümlülük haline gelen *affectio societatis*, emeğin katılım payı olarak getirilmesinden farklı olduğu gibi; bir ortağın başka hiçbir katılım payı getirmeksizin, ortak amaca erişilmesi uğruna emek sarf etmeyi ortaklığa “emek” adı altında katılım payı olarak getirmesi mümkün değildir. Zira, katılım payı ve ortak amaç uğruna birlikte çaba unsurları birbirini tamamlayan ve her ikisi de ortak amaca ulaşmaya hizmet eden unsurlar olup, ayrı ayrı sözleşmenin objektif esaslı unsuru durumundadır.

Emeğini katılım payı olarak getiren ortağın bu emeğine karşılık olarak ücret isteyip isteyemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Özellikle, hizmet sözleşmesinde işçiye işin sonucundan pay alması imkanını sağlayan ve bu yönüyle ortaklık sözleşmesini anımsatan TBK m.403 hükmü de düşünüldüğünde, sözleşmenin tipini tespite ilişkin kaygılar tartışmayı önemli kılmaktadır. Gerçi, “Yükümlü olmadığı halde ortaklık işleri

getirmenin üstlenilmesi hali de, bu türde yapma borçlarına verilebilecek örneklerden biridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık, **a.g.e.**, s. 20 vd.

için emek sarfetmiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir.” şeklindeki TBK m.627/f.III hükmünün mefhum-u muhalifinden katılım payı borçlusu olarak emek sarfetmekle yükümlü olan ortağın, kural olarak, bir ücret isteyemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak esas tartışma, sözleşmeyle aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusundadır. Bir görüşe göre¹¹⁸, böyle bir ivaz taahhüdü adi ortaklık sözleşmesinin yapısıyla bağdaşmayacağından bu halde bir hizmet sözleşmesinden bahsetmek gerekir. Bu durumda ikiden fazla ortağın bulunduğu hallerde emeğini getiren kimse ile ortaklık arasında bir hizmet ilişkisi varken; iki ortağın söz konusu olduğu hallerde bu sözleşme bir hizmet sözleşmesi teşkil edeceğinden ortaklığın varlığından söz edilemeyecektir. Bir diğer görüş ise¹¹⁹, yönetici ortağın ücretli olabileceğini öngören TBK m.628/f.III hükmünü ve menfaatler dengesini gerekçe göstererek emeğin karşılığında ücret ödenmesinde bir sakınca bulmamak gerektiğini ileri sürer. Kanaatimizce, getirilen katılım payına karşılık bir ivaz öngörülmesi gerçekten de kanunun öngördüğü biçimiyle adi ortaklık sözleşmesinin yapısıyla bağdaştırılmaz. TBK m.628/f.III hükmü, ortaklık işlerini yürütmeyi katılım payı olarak borçlanmamış ortak için bir ücret ödenmesinden söz ediyor olmalıdır. Ancak, emeğe karşılık bir ücret öngörülmesi halinde sözleşmenin adi ortaklık niteliğini yok saymak da doğru değildir. Bu hallerde ortaklık sözleşmesinin varlığına işaret eden başka unsurların bulunması halinde ortada bir karma sözleşmeden bahsetmek gerekir. Örneğin, emeğe karşılık ücret ödenmesi öngörülmüş olsa da, emek sahibi ortak zarar paylaşımına da dahil ediliyorsa, hizmet sözleşmesi bağlamında bir bağımlılık ilişkisinin aksine ortaklık ilişkisine işaret eden bir eşitlik durumu mevcutsa bu halde hizmet-adi ortaklık karması bir sözleşme söz konusu olacaktır¹²⁰. Yine bir başka türde edim söz konusu olsa da, misal bir kullanma hakkı ivaz karşılığı olarak getirilmişse de, aynı biçimde düşünmek gerekir.

Son olarak, bir ortağın zarara katılmayacağına ilişkin anlaşmalar, ancak o ortağın emeğini katılım payı olarak getirmesi halinde mümkün görülmüştür.

¹¹⁸ Doğanay, **a.g.e.**, s. 43-44.

¹¹⁹ Yongalık, **a.g.e.**, s. 54-55.

¹²⁰ Karşılıklı sözleşme ile ortaklık sözleşmesinin karma sözleşme oluşturmasıyla ilgili olarak bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 92 vd.

Kanaatimizce, buradaki “emek” ifadesinin dar anlamamak, emek niteliğinde olmayan yapma edimleri söz konusu olduğunda da bu anlaşmalara izin vermek gerekir.

4. Katılım Payı Getirme Borcunun Yapmama Ediminden Oluştığı Haller

Bir yapmama edimi kaçınma tarzında olabileceği gibi katlanma biçiminde de olabilir. Özellikle bir şeyi kullanma veya ondan yararlanma hakkının ortaklığa katılım payı olarak getirildiği hallerde, verme edimine yapmama edimi de eşlik eder. Örneğin; bir irtifak hakkının tesisisi katılım payı olarak getirildiğinde, malik ortak olumlu irtifaklarda katlanma, olumsuz irtifaklarda da kaçınma borcu altındadır. Elbette yapmama ediminin tek başına katılım payı olarak borçlanması da söz konusu olabilir. Bir sır saklama borcu altına girilmesi hali buna örnek olarak gösterilebilir. Yapmama edimi de maddi bir nitelik taşımadığından, edimin ifası yapma borçlarıyla yakın özellikler taşır.

Rekabet etmeme, yapmama edimine verilen klasik örneklerdendir. TBK m.626 ile adi ortaklıkta da ortaklar arasında rekabet yasağı düzenlendiğinden, mesele bizim açımızdan da önem arz eder. Söz konusu hüküm ile “*Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar.*” denilerek ortakların sadakat yükümlülüğünün bir parçası sayılabilecek ortaklıkla rekabet etmeme yasağı özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme bir ortağın parçası olduğu, dolayısıyla her türlü bilgiye erişim hakkının olduğu ortaklığa karşı bu bilgi ve tecrübeyi kullanmasının haksız olacağı düşüncesi sebep olmuştur. Yani, bir kimsenin ortak sıfatını kazanmakla uyması gereken kanuni bir yükümlülüktür rekabet yasağı. Dolayısıyla, bu şekilde bir rekabet etmeme taahhüdünün katılım payı olarak getirilmesinin mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak ortak sıfatına bağlı olarak ortaya çıkan bu yükümlülüğün, henüz ortak olunmadan katılım payı olarak borçlanması elbette mümkündür¹²¹. Bununla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesi uyarınca, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da

¹²¹ Nitekim kartellerde adi ortaklık ilişkisi halinde de taahüt edilen, rekabet etmeme edimidir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 207 vd.

kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası anlaşmalar, uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasak kabul edildiğinden, bu nitelikte sayılabilecek rekabet etmeme taahhütlerinin katılım payı olarak getirilmesinin rekabet hukukuna bağlı olarak çeşitli olumsuz sonuçlar yaratabileceğini dikkate almak gerekir. Ayrıca, rekabet etmeme taahhüdünün ortakların ticaret serbestisini kaldırır ölçüde olması halinde MK m.23/f.II hükmüne aykırılık nedeniyle geçersizlik gündeme gelebilir.

İkinci Bölüm

Katılım Payı Getirme Borcunun İfasında Borca Aykırılığın

Görünümleri

I. Katılım Payı Getirme Borcunda Temerrüt

A. Genel Olarak

Temerrüt, ifa zamanı gelen (muaccel) borcun ifası mümkün olmasına rağmen, hala ifa edilmemiş olması halinde gündeme gelen bir borca aykırılık türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu gecikmenin temerrüt olarak nitelenmesi belli şartlarla mümkün olur; zira temerrüt, meydana getirdiği hukuki durum ve yol açtığı sonuçlar itibariyle nitelikli bir gecikme halidir¹²².

Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel koşullar ve sonuçlar TBK m.117-126 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca, başta Türk Borçlar Kanunu'nun özel kısmı ve Türk Ticaret Kanunu olmak üzere temerrüt ile ilgili özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Adi ortaklık sözleşmesi hükümleri arasında böyle özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak ortaklığa getirilecek katılım payı bağlamında, bu düzenlemeler arasından bizim konumuz ile alakalı olabilecek olanlara yeri geldikçe değinmeye çalışacağız. Biz bu

¹²² Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1498; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/(Rona Serozan)/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme** -, C. III, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2014, § 5 N. 2.

başlık altında temerrüdün koşullarına odaklanacak, adi ortaklık bakımından sonuçlarını incelemeyi ise bir sonraki bölüme bırakacağız.

B. Temerrüdün Şartlarının Adi Ortaklık Bağlamında İncelenmesi

Borçlu temerrüdünün şartlarına ilişkin olan TBK m.117’de bu şartlar, kural olarak, borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarı olarak ifade edilmiştir. Ancak temerrüdün borcunu ifa etmekte direnen borçlunun bu direncini kırmaya yönelik bir hukuki kurum olması dolayısıyla, ifası talep edilen borcun ifasının mümkün olması ve alacaklının ifayı kabule hazır bulunması da doğal şartlar olarak kabul edilir.

1. Muacceliyet ve Ödemezlik Def’i

Borcun muaccel olması, zamansal olarak, alacaklı için borcun ifasını talep yetkisine kavuşması bağlamında temerrüdün bir şartını oluşturur. Biz de bununla ilgili olarak, katılım payı getirme borcunun ne zaman muaccel olacağına değinecek ve muacceliyete rağmen alacaklının ifasını talep yetkisini kesmesi bakımından ödemezlik def’inin adi ortaklık sözleşmesindeki uygulamasını araştıracağız.

a. Muacceliyet

Adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümler arasında, katılım payı getirme borcunun ne zaman muaccel olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna göre burada da genel esaslar uygulama bulacak; TBK m.90’da ifade edildiği üzere, taraflar arasında veya hukuki ilişkinin özelliği gereği ifa zamanına ilişkin bir belirlemeden bahsedilemiyorsa, borcun doğumuyla birlikte muaccel olduğu kabul edilecektir. Yani öncelikle, ortaklar katılım paylarının ortaklığa ifa edilmesi için bir vade öngörmüşlerse bu vadenin gelmesiyle borç muaccel olacaktır. Ortaklar tek bir vade öngörebilecekleri gibi, her ortağın katılım payı getirme borcu için değişik vadeler de öngörebilirler. Ayrıca bazen bir ortağın katılım payı getirme borcunu ifa edebilmesi ancak diğerlerinin ifasından sonra mümkün olabilir. İfa zamanına ilişkin bir belirleme mevcut değilse, borcun doğumuyla birlikte muaccel olduğu kabul edilir. Ancak öğretide “doğumu anında” şeklindeki ifadenin dürüstlük kuralı gözetilerek yorumlanması ve borçlunun ifayı sağlamak için ihtiyaç duyacağı makul sürenin bu

çerçevede ona tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹²³. Hükümün, “*hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça*” şeklindeki ifadesi de bu yaklaşıma olanak tanımaktadır. Ortaklığın faaliyete geçmesi, çoğu zaman katılım paylarının ifasının yaratacağı kaynakla mümkün olacağından, sözleşmenin kurulup borcun doğumundan itibaren makul bir süre içerisinde ifanın gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bununla birlikte bazı hallerde, katılım payının ifasının sağlanabilmesi için öncelikle ortaklığın organizasyonel yapısının oluşması gerekebilir. Böyle durumlarda da, bu yapının oluşup ortaklığın ifayı kabule hazır hale gelmesinden itibaren makul sürede borcun ifa edilmesi gerektiğini kabul etmek gerekir.

Katılım payı getirme borcuna konu edimin zamana yayılan türden bir edim olması halinde ifa zamanını, edim fiiline ve edim sonucuna yönelik borçlar¹²⁴ bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Edim fiiline yönelik bir borç olması halinde; eğer edimin ifasına başlanması için bir zaman kararlaştırılmışsa, bu zamanda başlanmamış olması veya edimin ifasının halihazırda sürüyor olması gereken bir zamanda gerçekleşmemesi borcun ifa edilmesi gereken bir zamanda ifa edilmediği anlamına gelir ve neticede temerrüde sebebiyet verebilir¹²⁵. Edim sonucuna yönelik borçlarda ise, alacaklının menfaati bu sonucun elde edilmesine yönelik olduğundan, kural olarak, borçlunun dilediği zaman işe başlayacağı ve dilediği tempoyla işi sürdürebileceği kabul edilmektedir. Yani bu hallerde ifa zamanı, edim sonucu bakımından değerlendirilir. Ancak borçlunun bu sonuca yönelik fiilleri yerine getirmemesi nedeniyle ifanın zamanında sunulmasının tehlikeye düştüğü durumlarla ilgili olarak, öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüş¹²⁶, TBK m.473’de de bu yönde bir düzenleme yer almıştır. Eser sözleşmesine ilişkin olan bu hükümde, yüklenicinin işe zamanında başlamaması ya da geciktirmesi nedeniyle eseri teslim etme borcunu zamanında ifa edemeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibine teslim için belirlenen günü beklemezsizin sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Her ne kadar söz konusu

¹²³ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1004; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 801; Eren, **Borçlar Genel**, s. 947.

¹²⁴ Bkz. dn. 117.

¹²⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 998; Aydınçık, **a.g.e.**, s. 43-44.

¹²⁶ Görüşlerin ayrıntısı hakkında bkz. Aydınçık, **a.g.e.**, s. 46 vd.

hükmün niteliği, şartları ve eser sözleşmeleri dışında kıyasen uygulama bulup bulamayacağı öğretide oldukça tartışmalı olsa da¹²⁷, hükmün adi ortaklık bağlamında da, özellikle eser meydana getirme borcu söz konusu olduğunda değerlendirilmesi gerekir.

Son olarak belirtmek gerekirse, bazen taraflar ifa zamanının sözleşmenin taraflarından birinin veya üçüncü bir kişinin yapacağı muacceliyet bildirimini ile belirlenmesini öngörmüş olabilirler. Bu durumda muacceliyet bildiriminde bulunulan ortağın katılım payı getirme borcu, bu bildirimle muaccel olur¹²⁸. Adi ortaklık açısından muacceliyet bildirimiyile¹²⁹ ifa zamanını belirleme yetkisi çoğu zaman ortaklık yönetimine verilir; bunun dışında, bu bildirim ortaklıkça yapılması gerekir¹³⁰.

b. Ödemezlik Def'i Kullanılması İmkânı

Ödemezlik def'i, bu def'i kullanan borçluya, karşı taraf borcunu ifa edinceye veya teklif edinceye kadar borcunu ifadan kaçınma imkanı sağladığından, temerrüt

¹²⁷ Yapma borçlarında borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça ya da zımnen ortaya koyduğu durumlarda ifa imkansızlığı gelişeceğini ileri süren görüş, bu hükmü de bu anlayış doğrultusunda istisnai ve dar yorumlamaktadır. Bu görüşe göre, TBK m.473 bir temerrüt hükmü olarak değil, özen borcuna aykırılık halinde dönmeye olanak tanıyan bir hüküm olarak ele alınmalı ve ancak eser sözleşmesinde uygulanabilmelidir (Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 48 vd.). Ancak öğretideki hakim görüş yapma borçlarında temerrüdün de söz konusu olabileceğini kabul ettiğinden, TBK m.473'ü vadeden önce temerrüde olanak tanıyan bir hüküm olarak değerlendirmekte ve çoğunlukla kıyasen uygulamaya imkan bulunduğu fikrini paylaşmaktadır (Tandoğan, **C. II**, s. 119 vd.; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerine Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 79 vd.; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1019-1020 vd.; Aydınçık, **a.g.e.**, s. 51). Ayrıca TBK m.473'ün uygulanabilmesi için işin teslimine yönelik bir vade kararlaştırılmış olması gerekip gerekmediği noktasında da tartışma bulunmaktadır. Ancak genel itibariyle öğretide, bir vadenin kararlaştırılmaması halinde dahi TBK m.90 gereğince borcun derhal muaccel olacağından bahisle, borçlunun yine ifa faaliyetlerine uygun bir süre içinde başlaması gerektiği kabul edilmektedir (Tandoğan, **C. II**, s. 112 vd. ve 123-124; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1022 vd.; Seliçi, **İnşaat**, s. 82 vd.; Öz, **Eser**, s. 56). Görülmektedir ki, edim sonucuna yönelik olsa bile borçlunun ifa faaliyetlerine zamanında başlaması gerekmektedir. Bununla birlikte vardığı aksi kanaat ve tartışmanın detayı hakkında bkz. Aydınçık, **a.g.e.**, s. 52 vd.

¹²⁸ Yine muacceliyet bildirimiyile ifa zamanının tayin edildiği hallerde TBK m.90'daki esas uygulanacak, ihbarla birlikte bir süre tanınmışsa, bu sürenin sonunda; tanınmamışsa, derhal borç muaccel olacaktır. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 1014.

¹²⁹ Öğretide (Şener, **a.g.e.**, s. 206) burada bir ihtardan bahsedilse de, muacceliyet ihbarı borcun muaccel olduğunu belirten bir bildirim niteliğinde olup, bu şekilde nitelenmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz.

¹³⁰ Muacceliyet bildirimiyile ifa zamanını belirleme yetkisi kullanılırken ortaklar arasındaki eşitliğin gözetilmesi gerekse de, kanaatimizce bu bildirim aynı anda bütün ortaklara karşı kullanılması gerektiği şeklinde genel bir yükümlülükten bahsedilemez. Karş. Şener, **a.g.e.**, s.206.

halini engelleyen bir hukuki imkandır¹³¹. TBK m.97’de ödemelik def’i, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin bir olanak olarak ele alınmıştır. Halbuki adi ortaklık sözleşmesi bir karşılıklı sözleşme değildir. İşte biz de burada, bu bağdaşmazlık karşısında, yine de ödemelik def’inin adi ortaklık sözleşmesinde uygulama bulup bulamayacağı hususunu inceleyeceğiz.

Ödemelik def’inin aralarında ifa sırası olmayan ve birbirlerinin karşılığını teşkil eden borçları, dürüstlük kuralına uygun bir biçimde ifa zamanı bakımından hizaya sokarak kurduğu pek tabii gözüken menfaatler dengesinin adi ortaklık bakımından da dikkate değer olduğu şeklindeki anlaşılabilir bir gerekçeyle, TBK m.97’nin kıyasen uygulama bulabileceği öğretide ifade edilmiştir¹³². Her ne kadar adi ortaklık bakımından TBK m.97’ye tamamen kapıları açan bu görüş azınlıkta kalmış olsa da, hükmün uygulanamayacağı fikrinde olan yazarlardan¹³³ bir kısmı dahi belirttikleri istisnai hallerde¹³⁴ bu kapıyı aralamak yoluna gitmişlerdir. Gerçekten de karşılıklı sözleşmelerdeki edim değişimi ilişkisinin kurmuş olduğu anlamda bir karşılıklılık olmasa dahi, ortakların katılım payları arasında dengelenmeyi gerektiren bir menfaat birlikteliği olmadığı da ileri sürülemez. Bunun da sebebi, *Doğanay*’ın doğru bir biçimde tespit ettiği üzere, katılım payları arasında, karşılıklı

¹³¹ Öğretide bazı yazarlara göre ödemelik def’inin kullanılmasıyla temerrüt hali, def’in kullanılma şartlarının oluştuğu andan itibaren sonuçlarını doğurmaktadır (Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1115; Selim Kaneti, **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962, s. 155). Ancak bazı yazarlar ise, ödemelik def’inin kullanılmadan da muacceliyeti ve temerrütü engellediği görüşündedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 831-832; Serozan, **İfa**, §6 N. 16).

¹³² Karayalçın, **a.g.e.**, s. 66 vd.; Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul, 1960, s. 40; Kaneti, **Def’i**, s. 84-85.

¹³³ Barlas, **a.g.e.**, s. 114; Doğanay, **a.g.e.**, s. 28-29; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, N. 81a. (Belirtmek gerekir ki, yazarların eserin önceki basılarında yer alan konuyla ilgili menfi görüşlerine 2014 tarihli en son basıda yer vermedikleri görülmektedir.); Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 578; Şener, **a.g.e.**, s. 19-20; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 25.

¹³⁴ Bu haller özellikle, adi ortaklığın iki kişiden oluşması, sübjektif bir tutumla yalnızca bir ortaktan ifa talebinde bulunulması, davayı açan ortağın kendi edimini ifa etmemiş olması olarak örneklenmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 115.

sözleşmelerdeki içerikte olmasa da, doğuştan ve görevde bir bağlılığın¹³⁵ yine de bulunmasıdır¹³⁶.

Bizim kanaatimize göre, ödemezlik def'inin adi ortaklıkta da uygulanabilmesi mümkündür. Her ne kadar karşılıklı sözleşmelere ilişkin olarak öngörülmüşse de, tam da bu sebeple "kıyas" usulünün olanak tanıdığı ölçüde, adi ortaklıkta da uygulama alanının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Üstelik bu uygulama alanı, genel olarak düşünülenin aksine pek dar da sayılamaz. Şöyle ki, öğretide istisnai haller olarak dile getirilen hallerde ödemezlik def'inin uygulanabilmesi elbette ki mümkündür¹³⁷. Ödemezlik def'inin uygulanmasında asıl tereddüt doğuran nokta, ortaklığın ikiden fazla ortaklı olması durumunda, ortaklardan bir kısmının katılım payını ifa etmişken diğer kısmının ifa etmediği gerekçe gösterilerek bu def'i ileri sürmenin ortaklığın işleyişini bozacağı endişeleridir. Bu noktada öğretilerde, ortaklığın menfaatinin üstün tutulduğu bir yaklaşım sergilenmektedir. Ancak bize göre bu sorunun, ortakların menfaati de gözötilmeden değerlendirilmesi uygun olmaz. Özellikle ortaklığa katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetinin getirilmesinin borçlanılmasında, ortaklığın sona ermesi halinde, tasfiyede bu şeyin aynen iade edilmeyeceği düşünüldüğünde, bu ortağın borcunu ifa hususunda duyacağı haklı endişeyi yok saymak adil gözükmemektedir. Ayrıca ortaklığın henüz katılım paylarının ifa edildiği bir aşamada olduğu düşünüldüğünde, ortaklık menfaatine bu derece bir değer atfetmek gerçekçi de değildir. Adi ortaklık zaten, temelindeki sıkı birliktelik ve güven ilişkisinin gereği olarak, bir sorun çıkması olasılığında kolayca çözülmeye pek müsait bir ilişki biçimidir. Ödemezlik def'i tanınmayan ve katılım payını ifa mecburiyetinde kalan ortağa rağmen, bir başka ortağın borcunu ifa etmemesi nedeniyle de ortaklığın son bulması zaten mümkündür. Üstelik bu halde, ortak amaca ulaşamaması nedeniyle

¹³⁵ Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki karşılıklılık, yani synallagma ilişkisi üç boyutludur: doğuştan bağlılık (genetik synallagma), devam etmede bağlılık (kondisyonel synallagma) ve görevde bağlılık (fonksiyonel synallagma). Ödemezlik def'i, edimler arasındaki görevde bağlılığın bir gereği olarak görünmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, **Def'i**, s. 50.

¹³⁶ Doğanay, **a.g.e.**, s. 26-29.

¹³⁷ *Barlas*'a göre bu istisnalar, aslında MK m.2'ye dayanmakta ve ödemezlik def'i tekniği bakımından bir özellik arz etmemektedir. Yazar bu nedenle, edimini ifa etmemiş ortaktan ifa talebinde bulunulmasının dürüstlük kuralına aykırı düştüğü her ihtimalde ödemezlik def'inin ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bkz. *Barlas*, **a.g.e.**, s. 116.

ifaya mecbur kalan ortağın ifası anlamsız kalacak ve özellikle mülkiyetin getirildiği ihtimalde ortaklık malvarlığının büyümesi nedeniyle tasfiye zorlaşacak, dahası aynen iade olmayacağından ifa mecburiyetinde kalan ortak, mülkiyetini deyim yerindeyse bir hiç uğruna kaybetmiş olacaktır. Halbuki ödemelik def'i hakkı tanındığında, ortaklık bu nedenle işlerliğini yitirip son bulsa bile bu olumsuz sonuçlar doğmayacaktır.

Netice itibariyle, kanaatimizce, ödemelik def'i hakkının kural olarak adi ortaklıkta da uygulanmasının kabil olduğunu, ancak her hak gibi bu hakkın da MK m.2 temelinde dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

2. İhtar

Kanun koyucu, temerrüdün oluşabilmesi için kural olarak, mütemerrit addedeceği ve buna bağlı olarak temerrüdün ağır sonuçlarıyla yüzleştireceği borçlunun artık borcunu ifa etmesi gerektiği konusunda ihtaredilmesini aramıştır¹³⁸. Ancak bu kuralın ifade edildiği TBK m.117'nin ikinci fıkrasında hemen, vadenin taraflarca birlikte belirlendiği ve muacceliyet bildiriminde bulunduğu halleri, borçlunun uyarılmasının yersiz olacağından hareketle istisna kapsamında değerlendirilmiştir.

Her ortak alacaklı sıfatının gereği, tek başına, katılım payı getirme borcunun ifasını ortaklığa isteme hakkına sahip bulunduğundan, ihtarın mutlaka bütün ortaklar tarafından yapılmış olması gerekmez; bir ortağın borcun ortaklığa ifasını istediği bir ihtar yeterli sayılmak gerekir. Elbette, bütün ortakların ya da ortaklık adına yönetimin ihtarı da mümkün olabilir.

Bizim burada konumuz itibariyle dikkat çekmek istediğimiz husus, ihtarın şekli meselesidir. Zira kural olarak, ihtarın geçerliliği bir şekle tabi olmasa da, TTK m.18/f.III gereğince tacirler arasında yapılacak ihtarların noter aracılığıyla yapılması, geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Bir ortaklık ilişkisinde ortakların tacir sıfatını taşımaları olası olduğundan, bu durumda ihtarın bu şekle uyularak yapılması gerekir.

¹³⁸ İhtarın hukuki niteliği ve geçerliliğine ilişkin detayı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1507 vd.; Serozan, İfa, §17 N. 5.

3. İfanın Mümkün Olması

Temerrüt ile imkansızlığın bir arada bulunması mümkün değildir. Bu iki hukuki kurumun birbiriyle teması, kural olarak, ancak temerrüde düşüldükten sonra imkansızlık gelişmesi halinde söz konusu olur. Başlı başına bir ifa engeli olan imkansızlığı biz ileride ayrıca ele alacağız, ancak burada özellikle değinmek istediğimiz husus borcun zamansal açıdan ifasının anlamsız ve dolayısıyla imkansız sayıldığı hallerdir. Bu hallerde borcun ifa zamanı bir “*yegâne zaman parçası*”na tekabül eder¹³⁹. İfa zamanının bu mutlaklığı tarafların anlaşmasından değil, edimin niteliğinden ileri gelir¹⁴⁰. Borcun ifası ancak bu zaman parçasında mümkündür. Bu nedenle bu tür edimlerin zamanında ifa edilmemesi halinde temerrüt değil imkansızlık meydana gelir¹⁴¹.

4. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması

Borçlunun borcunu ödemekte direndiğinden bahsedebilmek için, alacaklının kendisine gereği gibi sunulan ifa teklifini kabule hazır olması gerekir. Aksi takdirde alacaklı temerrüdünden bahsedilir ve borçlu temerrüdüne yer olmaz. Ancak belirtelim ki, katılım payının ifasını talep, bir hak olduğu kadar; gereği gibi sunulan ifayı kabul, bir borçtur da. Bu anlamda ifa teklifinin ortaklarca haksız yere reddedilmesi alacaklı temerrüdünün yanında borçlu temerrüdüne de sebebiyet verir.

Genel çerçeve bu şekilde olmakla birlikte, ikiden fazla taraflı bir adi ortaklık sözleşmesi söz konusu olduğunda, katılım payını ifa edecek ortağın karşısında diğer ortaklar olacağından, alacaklının ifayı kabule hazır olmasından ne anlaşılması gerektiğini ayrıca incelemek gerekir. Zira, bu durumlarda alacaklı konumundaki ortakların ifayı kabul durumlarının tek tek mi, yoksa bir bütün olarak mı değerlendirileceği; yine, alacaklı temerrüdü (ya da borçlu temerrüdü) söz konusu olduğunda temerrüde düşenin yalnızca ifayı haklı bir sebep olmaksızın reddeden ortak ya da ortaklar mı, yoksa aynı zamanda ifayı kabul için olumlu iradeye sahip ortaklarla

¹³⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 993.

¹⁴⁰ Bu nedenle öğretilerde bu tür durumlar için “işin niteliği gereği kesin vade”, “objektif kesin vade” ya da “mutlak kesin vade” deyimleri de kullanılmaktadır.

¹⁴¹ Temerrüt de oluşabileceği yönündeki görüşü için bkz. Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 79.

birlikte bütün bir ortaklık mı olacağı sorusu meseleyi karmaşıktır. Kanaatimizce, ortaklar arasında teker teker bir hukuki ilişki değil, adi ortaklık sözleşmesi temelinde bütünsel bir ilişki söz konusu olduğundan, bu meseleyi de bu yaklaşımla değerlendirmek gerekir. Şöyle ki; hiçbir ortak katılım payı getirme borcunun tek başına alacaklısı değildir; ifa, ortaklığa yapılır. Ortaklar yalnızca, ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamasının sonucu olarak, esasen ortaklık malvarlığına müdahil unsurları kendi malvarlıklarında taşırlar. Katılım payını ifa edecek ortakla bu ifayı reddetme eğilimindeki ortak arasında ortaklık sözleşmesinden bağımsız bir sorunun mevcudiyetini düşünmenin imkanı yoktur. Ortaklar arasında ister elbirliğiyle ister paylı mülkiyet halinde hak sahipliği rejimi benimsensin, ortakların ifayı kabul hususunda birlikte hareket etmeleri gerekli olup; bir ortağın gereği gibi sunulan bir ifayı kabul etmemesi, onu sadece bu ifayı sunan ortağa karşı değil, doğrudan ortaklığa karşı sorumlu kılar. Bu durumda bu ortağın ortaklığa karşı olan ifayı kabul etme borcuna aykırı davrandığından, yani borçlu temerrüdüne düştüğünden bahsedilmelidir. Fikrimizce, katılım payı getirme borcunun alacaklısının ortaklık olmasına bağlı olarak, ifayı kabulü sağlamakta direnen ortak ya da ortakların münferit olarak alacaklı temerrüdünden bahsedilemez. Alacaklı temerrüdüne ancak ortaklık düşebilir; bu da ancak katılım payının ifasının diğer bütün ortaklar tarafından haklı bir sebep bulunmaksızın reddedilmesi halinde mümkün olur. Ortaklık alacaklı temerrüdüne düştüğünde, artık borçlu ortağın borçlu temerrüdüne düştüğünden bahsedilemez. Ayrıca TBK m. 106 vd. hükümleri gereğince, alacaklı temerrüdü halinde borçlu, borcun konusu olan şeyi tevdi ya da satış bedelini tevdi yolu ile borcundan kurtulabileceği gibi sözleşmeden de dönebilir. Adi ortaklıkta bir ortağın tek başına sözleşmeyi sona erdirmesi, kural olarak, haklı sebep bulunması halinde mahkeme kararıyla mümkün olduğundan, kanaatimizce buradaki sözleşmeden dönme hakkını da bu bağlamda kabul etmek gerekir. Netice olarak, böyle bir halde, borçlu ortak ya tevdi ya da haklı sebeple fesih yoluna başvurabilecektir. Ortaklar arasındaki bu uyumsuzluğun giderilememesi ve güven ilişkisinin zedelendiğinin anlaşılması halinde ortaklığın feshine karar verilir.

II. Kötü İfa Dolayısıyla Garanti Sorumluluğu

A. Ayıptan Sorumluluk

1. Giriş

Borcun gereği gibi ifa edildiğinden bahsedebilmek için ifanın zamanında gerçekleştirilmesi gerektiği kadar borca konu edimin taşınması gereken nitelikler bakımından da tam ifası gerekir. Aksi durum, borcun kötü ifa edilmesi dolayısıyla borçlunun sorumluluğuna yol açar¹⁴². Bundan da önce kural olarak, gereği gibi sunulmayan ifa teklifini alacaklının, alacaklı temerrüdüne düşmeksizin, reddetme hakkına sahip olduğu kabul edilir¹⁴³. Belirtelim ki; borçlunun kötü ifası dolayısıyla sorumluluğu en başta, TBK m. 112 genel hükmü gereğince söz konusu olur¹⁴⁴. Ancak kanun koyucu bu genel borca aykırılık sebebiyle yetinmeyerek; satış, kira ve eser sözleşmeleri bakımından “ayıptan sorumluluk (ayıba karşı tekeffül sorumluluğu)” adı altında özel bir sorumluluk mekanizması öngörmüştür. Adi ortaklık sözleşmesinde ise bu sorumluluk ayrıca düzenlenmemiş; ancak TBK m.621/f.III’de satış ve kira sözleşmelerine atıf yoluyla ortakların katılım payı getirme borçları için ayıba karşı tekeffül sorumluluklarının mevcudiyeti kabul edilmiştir. Hükme göre, katılım payının mülkiyetin getirilmesiyle ilgili olduğu haller için satış sözleşmesinin; kullanım hakkının getirilmesiyle ilgili olarak ise, kira sözleşmesinin¹⁴⁵ ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır. Hemen ekleyelim ki, söz konusu hüküm öğretide geniş yorumlanmakta; hükümde belirtilen sorunlarla ve yollama yapılan sözleşmeleri düzenleyen hükümlerle sınırlı olmaksızın, edimin niteliğine göre

¹⁴² Belirtmek gerekir ki, borcun gereği gibi olmayan ya da bir diğer ifadeyle kötü ifası, esasında çok daha geniş bir çerçeveyi ifade eden bir kavramdır. Ayıplı ifa ve zapttan başka, borca olumlu aykırılık (akdin müspet ihlali) olarak adlandırılan haller de kötü ifa sayılmaktadır. Ayrıca temerrüt de, zamansal anlamda bir kötü ifadır. Ancak biz çalışmamızı, kötü ifa dolayısıyla garanti sorumluluğu doğuran haller olan ayıp ve zapt ile sınırlandıracağız.

¹⁴³ Bununla birlikte, Kanun’da veya sözleşmede aksinin öngörüldüğü hallerin de söz konusu olabileceğiyle ilgili olarak bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1540 dn. 461.

¹⁴⁴ Ayrıca borçlu bu kötü ifaya katlanmaktan, şartları bulunduğu takdirde, hata ve hile hükümlerine dayanmak suretiyle de kurtulabilir. Adi ortaklıkta iptal yaptırımının uygulanışıyla ilgili olarak bkz. Doğanay, a.g.e., s. 81.

¹⁴⁵ Hem adi kira hem de ürün kirası hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. Doğanay, a.g.e., s. 41; Barlas, a.g.e., s. 52 dn. 134; Kurşat, a.g.m., s. 305.

başka hükümlerden de kıyas yoluyla yararlanılabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁶. Gerçekten de, edim çeşitliliğinin söz konusu olduğu adi ortaklık sözleşmesi bağlamında ortaya çıkan sorunlara ilişkin adi ortaklık hükümleri arasında boşluk olduğu takdirde; bu boşlukların, karakterini o edimden alan sözleşme hükümlerinden örneksime yoluyla yararlanılarak doldurulmasına bir engel bulunmaz. Bu noktada TBK m.621/f.III'ün işlevi kendini, adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı getirme borcu açısından borçlunun ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun bulunduğunu açıklıkla öngörmüş olmasında gösterir¹⁴⁷. Kanun koyucunun bunu hüküm içi bir boşlukla düzenlerkenki “yol gösterme” gayesi, bir sınırlamanın bulunduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

Elbette her edim türü bakımından ayıptan bahsedilemez. Zira, ayıp ancak bir sonuç taahhüdünün söz konusu olduğu durumlarda, o sonuçtaki nitelik eksikliği halinde var olabilir. Böyle bir sonuç taahhüdü içermeyen edimler bakımından ayıptan değil, özen borcuna aykırılık dolayısıyla kötü ifadan bahsedilir. Örneğin; hizmet sözleşmesinde işçinin ayıplı ifasından bahsedilemez. Dolayısıyla katılım payı hizmet sözleşmesindeki gibi bir yapma ediminden oluşan ortağın kötü ifası da ayıp olarak ele alınamaz. Buna karşılık, bir eser imali katılım payı getirme borcuna konu olmuşsa, bu durumda ayıptan ve eser sözleşmesinin ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin adi ortaklık sözleşmesinde de kıyasen uygulanma olanağı bulmasından bahsedilebilir.

Netice olarak, adi ortaklık sözleşmesinde ayıptan sorumluluk kapsamında, satış - kira ve eser sözleşmesi hükümleri uygulanma imkanına sahip bulduğundan; biz de çalışmamızın bu bölümünde, bu kapsamda bir incelemede bulunacağız. Adi ortaklık söz konusu olunca üç farklı ayıptan sorumluluk düzenini muhakeme etmek gerektiğinden, öncelikle, bu sorumluluğun çekirdek kavramı olan “ayıp” kavramına değinecek ve ayıptan sorumluluğun genel çerçevesini yansıtmaya çalışacağız. Bunun ardından, satış – kira ve eser sözleşmelerinin adi ortaklıkta “hangi hallerde?” uygulama bulacağını, bu sözleşmeler bakımından ayıptan sorumluluk düzenini

¹⁴⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 52; Doğanay, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁴⁷ Zira, kusura dayanmayan bir sorumluluk tipi olarak ayıptan sorumluluk öngörülmeseydi, TBK m.112 uygulanmak gerekirdi.

özelleştiren temel noktalara işaret ederek inceleyeceğiz. Son olarak da, sorumluluğun maddi ve şekli şartlarını, getirilen katılım payına göre farklılık arz edebilecek noktaları dikkate alarak inceleyeceğiz.

2. Ayıp Kavramı ve Ayıptan Sorumluluğun Genel Çerçevesi

Kanunda yer alan ayıptan sorumluluk düzenlemeleri kira ve eser sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan sonuçlara yöneldiği halde; ayıptan sorumluluğun konusu satış sözleşmesinde, TBK m.219 ile ortaya konulmuştur. Bu anlamda TBK m.219 hükmü, ayıp kavramına ilişkin fikir veren genel bir hüküm olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu hüküm dikkate alındığında; ayıbın, sözleşmeye göre edimde bulunması gerekenle gerçekte bulunan arasındaki nitelik sapması olduğu kabul edilmektedir.

Ayıp, edimde bulunması gereken nitelik eksikliklerinin – ki bu nitelik eksikliği ya bulunması gereken olumlu niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken olumsuz niteliklerin bulunması şeklinde ortaya çıkabilir- yanında niteliği etkileyen nicelik eksikliği olarak da görünebilir. Bu tür bir sayısal nitelik eksikliği halinde eksik ifaya bağlı olarak temerrüt değil, ayıptan sorumluluk söz konusu olur.

Ayıp, genellikle doğrudan borca konu olan şeyin fiziksel niteliğinde bulunur; bu halde maddi (cismani) ayıptan¹⁴⁸ bahsedilir. Bunun yanında, o şeyden amaca uygun olarak yararlanmayı engelleyen hukuki sınırlamalar bulunması halinde hukuki ayıptan¹⁴⁹ ve şeyin ekonomik niteliğinin ön plana çıktığı hallerde bu ekonomik etkinliği taşınamaması halinde de ekonomik ayıptan¹⁵⁰ söz edilir. Bu genel türlere ek olarak, kira sözleşmesi bakımından öğretide, manevi ayıp (maddi olmayan ayıp)

¹⁴⁸ Ayrıca maddi ayıbın içerisinde uygunluk ayıbı ve güvenlik ayıbı olmak üzere bir alt sınıflandırma yapıldığı da öğretide görülmektedir.

¹⁴⁹ Bu sınırlamaların genellikle kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar olduğu, özel hukuka dayalı sınırlamalar bakımından zaptın gündeme geleceği kabul edilmektedir. Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 128 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **'Yeni' 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 101; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 72.

¹⁵⁰ Ekonomik ayıp kavramı özellikle ticari işletme devri ile ilgili olarak anılmaktadır. Dolayısıyla, bizim konumuz bağlamında da, katılım payı olarak bir ticari işletmenin getirilmesi söz konusu olduğunda önem arz eder.

kavramına da yer verilmektedir¹⁵¹. Bu durumda, kiralananın maddi niteliğine ilişkin olmayan ve fakat kiralayanın kiralananı sözleşme süresince kullanıma uygun surette bulundurma borcundan ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen nitelik eksiklikleri söz konusudur.

Kanundaki ayıptan sorumluluk düzenlemeleri arasında, ilişkin olduğu sözleşmenin özellikleri gereği olarak çeşitli farklar olsa da, esas itibariyle arka planında aynı hukuki mantığı barındırır. Bu da; borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun¹⁵² edimindeki nitelik eksikliğini bilmese bile, yani kusuru aranmaksızın, bundan sorumlu olması gerektiği düşüncesidir¹⁵³. Böylece borçlunun borca aykırı davranışı halinde kusuruyla sebep olduğu zararı tazmin yoluyla gidereceği şeklindeki genel, basit ve tek seçenekli sorumluluk düzeninin (TBK m.112) yanında özel bir sorumluluk mekanizması kurgulanmıştır. Bu mekanizmanın işleyişi, birazdan değineceğimiz gibi çeşitli farklar içermekle birlikte, hemen hemen aynıdır. Buna göre, alacaklıya bu sorumluluk çatısı altında özel olarak tanınan seçimlik haklara borçlunun kusuru gerekmeksizin başvurma imkanı getirilmiş; ancak bu nimetler tanınan alacaklıya gözden geçirme/ayıbı bildirme külfetleri yüklenmiş ve ayrıca -her bir sözleşme tipi açısından farklılık taşımakla birlikte- sorumluluktan ve seçimlik haklardan yararlanma eşiği belirlenmiştir. Biz de, bu sorumluluğun adi ortaklıkta nasıl uygulama bulacağını, katılım payı olarak getirilen ediminin çeşidini dikkate alarak değerlendireceğiz. Bu kapsamda, TBK m.621/f.III atfı gereği katılım payının mülkiyetin getirilmesinden oluştuğu hallerde satış, kullanma hakkından ibaret olduğu hallerde kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını inceleyeceğiz. Ayrıca hükümde açıkça atıf yapılmış olmasa da, katılım payının bir eser meydana getirme ediminden oluştuğu haller için bu incelemeyi eser sözleşmesi hükümleri açısından da yapacağız.

¹⁵¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 352; Gümüş, **Kira**, s. 102; Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-m.321)**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, m. 304 , N. 36.

¹⁵² Ayıptan sorumluluk genel değil, bazı sözleşme tipleri için öngörülen bir hukuki kurum olduğu için; esasen, borçlu-alacaklı terminolojisinden ziyade o sözleşme tipinde bu sorumluluğun yüklendiği taraf sıfatı kullanılır (satıcı, kiraya veren, yüklenici). Ancak biz burada bu sorumluluğun genel çerçevesini değerlendirdiğimizden “borçlu” terimini kullanmak durumundayız.

¹⁵³ Elbette kusur, ayıptan sorumluluk özelinde öngörülen sonuçlar bakımından aranmaz. Yoksa, borçlunun genel tazminat sorumluluğu bağlamında kusur şarttır.

3. Ayıptan Sorumluluğun Adi Ortaklık Sözleşmesinde Uygulanması

a. Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması

TBK m.621/f.III'de katılım payının bir şeyin mülkiyetinin getirilmesinden oluştuğu hallerde uygulanacağı belirtilen satış sözleşmesine ilişkin ayıp hükümleri, TBK m.219-231 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler, taşınır satışı sözleşmesi ayrımı altında yer almakta olup, taşınmaz satışlarında özel olarak düzenlenmediğinden orada da uygulanır. Bu bakımdan, ortaklığa mülkiyet hakkı getirilen şeyin taşınmaz ya da taşınır olması da önem taşımaz. Ayıptan sorumluluk hükümlerinin belli noktalarda farklılık arz ettiği tek satış türü hayvan satışları olarak ele alınmıştır¹⁵⁴.

Satış sözleşmesine ilişkin hükümlere adi ortaklık zaviyesinden bakarken, "satıcı", getirdiği katılım payı bakımından ayıp değerlendirmesi yapılan ortağa; "alıcı" ise, ortaklığa karşılık gelecek şekilde değerlendirme yapılır.

b. Kira Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması

Kira sözleşmesi hükümleri, TBK m.621/f.III hükmü gereğince, kullanma hakkının katılım payı olarak getirilmesi halinde uygulanma olanağı bulur. Yukarıda belirttiğimiz üzere kullanma hakkının getirilmesi, alelade kullanma hakkının getirilmesi şeklinde olabileceği gibi, bir irtifak hakkı getirilmesi suretiyle de mümkün olabilir. Alelade kullanma hakkı getirilmesinin kira sözleşmesini anımsatması ve bu nedenle söz konusu atıf kapsamında değerlendirileceği –hatta atıfla da tam olarak bunun kastedilmiş olduğu- açıksa da, irtifak hakkının getirilmesi hali bir duraksama yaratabilir. Zira, ayıptan sorumluluk genel değil, sözleşme tipleri bakımından özel olarak öngörülen bir sorumluluk mekanizmasıydı. Halbuki, irtifak haklarının hiçbiri bakımından, bu hakların hukuki sebebine ilişkin bir sözleşme tipi ve dolayısıyla bir ayıptan sorumluluk düzenlemesi de mevcut değildir. İrtifak hakları, bir sınırlı ayni hak kategorisi olarak Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku kitabı kısmında, yarattığı ayni içerikli yasal borç ilişkisi dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile, malikin ve hak sahibinin bu borç ilişkisi düzleminde sahip olacakları hak ve yükümlülüklerin çerçevesi çizilmiştir. Örneğin bu kapsamda, TBK m.317'de

¹⁵⁴ Biz çalışmanın hacmini daha fazla genişletmemek adına, hayvan satışlarıyla ilgili ayrıca bir değerlendirme yapmayacağız. Bu nedenle, meseleye sadece dikkat çekmekle yetiniyoruz.

düzenlenmiş olan kiracının olağan kullanımından kaynaklanan temizlik ve bakım giderlerine katlanma borcuna benzer biçimde, MK m.812-813 ile intifa hakkı sahibinin malı koruma ve bakım yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak irtifak hakkının kurulmasıyla taraflar arasında meydana gelen yasal borç ilişkisine ilişkin bu düzenlemeler ile hiçbir şekilde ayıptan sorumluluk düzeni oluşturulduğu söylenemez; esasen, taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin olmaması nedeniyle bunun bir mantığı da yoktur. Zaten, bu noktada altını çizmek gerekirse; bahsettiğimiz bu yasal borç ilişkisi malik ile intifa hakkı sahibi arasında söz konusu olup, mülkiyetin el değiştirmesi halinde muhatap da yeni malik olur. Netice olarak görülüyor ki; Kanun tarafından öngörülen bu borç ilişkisi, bir tasarruf işlemi olarak irtifak hakkının kurulmasından sonra ortaya çıkmakta ve eşyaya bağlı nitelik arz etmektedir. Halbuki, bu tasarruf işleminin öncesinde irtifak hakkı kurma borcu doğuran ayrı bir temel hukuki ilişki yatar. İşte, bizim konumuz itibarıyla bu hukuki ilişki, adi ortaklık sözleşmesi olarak görünmektedir. Adi ortaklık sözleşmesinde ise, görüldüğü üzere, kullanma hakkı getiren ortak bakımından kira sözleşmesi hükümlerine atıf yapılmak suretiyle ayıptan sorumluluk düzeni kurulmuştur.

Şu halde, irtifak hakkı içerikli bir kullanma hakkının getirilmesi söz konusu olduğunda bunu getiren ortak, adi ortaklık sözleşmesinin tarafı olarak ayıptan ve malik olarak kaldığı sürece de bu sıfatla Medeni Kanun hükümleri bağlamında, hak sahibi ortaklığa karşı sorumlu olur. Bununla birlikte belirtelim ki, burada kira sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanırken adi ortaklık ilişkisinin yapısı göz önünde bulundurulduğu gibi, sözkonusu irtifak hakkının özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Bu noktada, irtifak haklarının tipe bağlılık prensibinin göz önünde tutulması önem arz eder¹⁵⁵.

Kira sözleşmesi bağlamında ayıptan sorumluluk temelini, TBK m.301'de düzenlenmiş olan kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanım amacına uygun olarak teslim etme ve kira süresince devam eden uygun bulundurma borcundan almaktadır. Buna bağlı olarak ayıptan sorumluluk, teslim anında mevcut olan

¹⁵⁵ Konu hakkında bkz. Burak Özen, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 114 vd.

(başlangıçtaki) ve sonradan meydana gelen (sonraki) olmak üzere ayrı şekilde, ancak sonraki ayıp odaklı olarak ele alınmıştır.

Netice olarak, katılım payı olarak bir şeye ilişkin kullanma hakkını getiren ortak, kira sözleşmesine ilişkin ayıptan sorumluluk hükümleri değerlendirilirken “kiraya veren” gibi düşünülecek; sorumluluğu da kullanım amacına uygun teslim etme ve uygun bulundurma borcuna bağlı olarak şekillenecektir.

c. Eser Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması

TBK m.621/f.III’de mülkiyet hakkı ve kullanma hakkı getirilmesi hallerinin aksine, katılım payı olarak bir eser getirilmesi hali değerlendirilmemiş, eser sözleşmesi hükümlerine bir atıfta bulunulmamıştır. Eser meydana getirme borcunun, eseri üretip teslim etmekle, bazen mülkiyetin de geçişini sonuçlaması söz konusu olabilmekteyse de, mülkiyet hakkı sahipliğinde değişikliğin hiç gündeme gelmediği haller de mümkündür. Örneğin, bir şeyin tamiratının borçlanılmasında; malzemenin tamamen iş sahibi tarafından sağlanarak, bir şeyin meydana getirilmesinin borçlanılmasında durum belirttiğimiz şekildedir. Ayrıca bir yapma borcu olması itibariyle farklılık gösteren bu edimin, satış sözleşmesi hükümleri ile değerlendirilmesi düşünülemez. Bu nedenle, eser meydana getirme borcunun TBK m.621/f.III’ün mülkiyet hakkıyla ilgili olarak yaptığı atıf içinde değerlendirildiğini ileri sürmek de olanaklı değildir. Bu suskunluğu, kanun koyucunun bu meseleyi olumsuz yönde çözdüğü zannına vermek de hükmün ruhuna uygun olmaz. Zira, adi ortaklık sözleşmesinde hasar, ayıptan ve zapttan sorumluluk meselelerine satış ve kira sözleşmesi hükümlerine atıf yapmak yoluyla bir çözüm bulan kanun koyucunun, eser meydana getirme borcu söz konusu olduğunda bir çözümsüzlük öngördüğü söylenemez. Nihayetinde, burada bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun hükmün amacına uygun olarak, eser sözleşmesi hükümlerinin de kıyasen uygulanması ile doldurulması gerektiğini kabul etmek lazımdır¹⁵⁶.

Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler, TBK m.474-478 arasında yer almaktadır. Bu hükümler, satış sözleşmesi hükümleriyle paralellik arz

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 44.

etmekle birlikte, elbette eser sözleşmesinin taşıdığı özellikler gereği olarak, belli noktalarda farklılık gösterir. Bu farklılıkların, eser sözleşmesi hükümlerinin adi ortaklık sözleşmesine uygulanması sırasında da göz önünde tutulması gerekir.

4. Adi Ortaklıkta Ayıptan Sorumluluğun Şartları

a. Maddi Şartlar

i. Sorumluluğu Gerektiren Bir Ayıbın Mevcut Olması

Ayıptan sorumluluğun doğabilmesi için gerekli ilk doğal şart elbette, ortada bir ayıbın var olmasıdır. Ancak her ayıp, ayıptan sorumluluğa vücut vermez. Bir ayıbın sorumluluğa yol açıp açmadığı; açıyorsa, ne şekilde ve hangi sonuçlarla yol açtığı, satış, kira ve eser sözleşmelerinde birbirinden farklılık taşıyacak şekilde ele alınmıştır. Bu nedenle, bir ayıbın sorumluluk gerektirip gerektirmediği, her bir sözleşme tipi özelinde değerlendirilmek gerekir.

TBK m.219'a göre satış sözleşmesinde ayıp, ya satıcının satılan şeyde bulunduğunu bildirdiği niteliklerin ("nitelik vaadi / bildirim") ya da sözleşme uyarınca zaten bulunması gereken niteliklerin ("lüzumlu vasıf / nitelik") eksikliğinden kaynaklanır. Söz konusu hükümde bunlar; satıcının alıcıya karşı "*herhangi bir surette bildirdiği nitelikler*" ve "*kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan*" olarak ifade edilmiştir. Kira ve eser sözleşmeleri bakımından da ayıbın bu iki şekilde görünmesi mümkündür. Ancak bu sözleşmeler bakımından ayıp, Kanun'da bu ifadelerle ve bu tarzda ele alınmamıştır. Dolayısıyla bu ayrımın, birazdan değineceğimiz üzere, satış sözleşmesindeki anlamı ve işleviyle diğerleri arasında aynılık bulunmamaktadır.

Nitelik bildirim, satıcının satılana aranacak niteliklere ilişkin ciddiyet taşıyan iddiası olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁷. Lüzumlu vasıfta eksiklik ayıbı ise, TBK m.219'da, kullanım amacı bakımından alıcının maldan beklediği fayda ve değerinde azalma

¹⁵⁷ Satıcının reklam amaçlı övgüleri bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ortada bir nitelik bildiriminin olup olmadığı ise güven teorisi ışığında yapılacak yorumla belirlenir. Hükümdeki "*herhangi bir surette bildirme*" ifadesinin de bu prensip doğrultusunda anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, C. I, s. 81; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 142. Ayrıca nitelik bildiriyle garanti niteliğindeki teminat taahhüdünün arasındaki fark hakkında bkz. Kadir Berk Kapancı, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, On İki Levya Yayıncılık, 2012, s. 14.

olarak ifade edilmiştir. Bu noktada, lüzumlu vasıf eksikliği değerlendirmesinde öne çıkan kriter kullanım amacıdır. Kullanım amacının içeriği, elbette taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesiyle doğrudan, ya da sözleşmenin yorumu suretiyle belirlenir. Bu noktada, adi ortaklık açısından ortak amaç unsuru, bu belirlemede önemli hale gelecektir. Zira, katılım payı getirmenin gayesi, ortak amaca ulaşılmasını sağlamaktır. Yani, getirilen katılım payının ortak amacın gerçekleştirilmesi için sunması gereken katkıda bir azalma olduğu takdirde, lüzumlu vasıf eksikliği nedeniyle ayıptan söz edilmelidir.

Nitelik bildirimini ile lüzumlu vasıf ayrımı, katılım payı olarak mülkiyet hakkı getirildiğinde, ortaya çıkan nitelik eksikliğinin ayıptan sorumluluk eşliğini aşım aşmadığı noktasında işlev kazanır. Zira, satış sözleşmesi hükümleri uyarınca, nitelik bildirimine dayalı olarak ortaya çıkan ayıpların sorumluluğa yol açabilmesi için belirli bir ağırlık taşıması şartı aranmazken; lüzumlu vasıf eksikliklerinin ancak “önemli (esaslı)¹⁵⁸” sayıldığı ölçüde sorumluluk doğuracağı kabul edilmiştir¹⁵⁹. Önemli (esaslı) ayıplar, kullanım amacına göre şeyden beklenen faydanın ortadan kalktığı ya da pek azaldığı ağırlıktaki ayıplardır¹⁶⁰.

Kullanım hakkının getirilmesi halinde ayıbı, bu durumda uygulama bulacak olan kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde öngörülen derecelendirmeye uygun olarak ele almak gerekir. Kira sözleşmesinde ayıptan sorumlulukta, sözleşmede öngörülen kullanım amacının ne derece zedelendiğine bağlı olarak üçlü bir ayrıma yer verilir. Buna göre, kullanım amacının ortadan kalktığı ya da ciddi oranda zedelendiği hallerde önemli ayıptan bahsedilir (TBK m.306/f.II). Bu halde, kiracıdan o malı kullanmaya katlanması beklenememektedir. Adi ortaklık açısından da, kullanma hakkı getirilen maldaki ayıp yüzünden ortak amaca ulaşılmasının pek güçleştiği, tehlikeye düştüğü hallerde önemli ayıbın varlığından söz etmek gerekir. Belirtelim ki, buradaki

¹⁵⁸ Kanun’un ifadesi “önemli ayıp” olduğu halde, öğretilde bazı yazarlar tarafından Kanun’un bu ifadesine karşılık gelmek üzere “esaslı ayıp” terimi kullanılmakta olup, “önemli ayıp” kavramı da bu yazarların terminolojisinde sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığı noktasındaki ayrımı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. bu terminolojiyi öneren Gümüş, C. I, s. 74.

¹⁵⁹ Ayrıca nitelik bildiriminin TBK m.222 bağlamında meydana getirdiği sonuç için bkz. dn. 221 ve ona bağlı metin.

¹⁶⁰ Gümüş, C. I, s. 70.

önemli ayıp kavramının içeriği satış sözleşmesindekiyle örtüşmez. Kira sözleşmesinde ayıbın önemli olması, sözleşmenin kiracı tarafından sona erdirilebilmesi¹⁶¹ noktasında belirleyicidir¹⁶². Ayıbın önemli olmaması halinde de, hafif (ya da küçük) ayıp ve orta derecede ayıp olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmektedir. Orta derecede ayıplar, önemli ayıplar kadar kullanım amacını zedelemeseler bile göz ardı da edilemeyecek derecede olduklarından, ayıptan sorumluluğa yol açarlar. Ancak hafif derecede ayıplar, kiralananın olağan kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan ve basitçe giderilebilen ayıplar olup; bunların giderilmesi TBK m.317 ile kiracıya yüklenmiş ve ayıptan sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Aynı esaslar, adi ortaklık bakımından da geçerli olur ve neticede hafif ayıpların ortaklık tarafından giderilmesi gerekir.

Eser sözleşmesinde de ayıbın derecelendirilmesi, kira sözleşmesindeki benzer vaziyettir. Buna göre, satış sözleşmesindeki aksine, ayıptan sorumluluğun işlev kazanabilmesi için ayıbın belirli bir ağırlık taşıması gerekmez¹⁶³. Yine satış sözleşmesinin aksine, ama kira sözleşmesine benzer biçimde, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk nedeniyle sözleşmenin sona erdirilebilmesi için ayıbın önemli derecede olması şartı aranmaktadır. TBK m.475/b.1’de bu husus, “*Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, ...*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁶¹ Sona erdirme, başlangıçtaki bir ayıp söz konusu olduğunda temerrüt hükümlerine gidilmesi halinde sözleşmeden dönme, sonradan ortaya çıkan ayıplar bakımından ise ayıptan sorumluluk çerçevesinde sözleşmeyi fesih şeklinde söz konusu olur. Bununla birlikte, adi ortaklık için kural olarak sözleşmeden dönmeden değil, fesihden bahsetmek gerektiği konusunda aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm IV C 2.

¹⁶² Ancak bahsi geldiğinde açıklayacağımız üzere, kanaatimizce, satış sözleşmesi bağlamında sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için kira sözleşmesindeki gibi ayıbın önemli olması gerekmez de, adi ortaklığa kıyasen uygulama sırasında, mülkiyet hakkı getirildiğinde de kira sözleşmesindeki benzer biçimde sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının kullanılmasının önüne bir set çekmek gerekir.

¹⁶³ Ancak yine de, öğretilde, bu serbestliğin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Gümüş, C. I, s. 51.

ii. Ayıbın En Geç Hasarın Geçişi Anında Var Olması

Öncelikle belirtelim ki; ayıbın var olması gereken en geç an bakımından hasarın geçişinin referans alınması satış sözleşmesi bağlamında söz konusudur. Dolayısıyla bu kısımdaki açıklamalarımız da yalnızca katılım payı olarak mülkiyet hakkının getirilmesi haline ilişkindir. Kullanma hakkının getirilmesi durumunda teslim borcuna kullanıma uygun bulundurma borcu eşlik ettiğinden, ayıbın var olması gereken an bakımından bir zamansal eşik söz konusu değildir. Yani kural olarak, kullanma hakkının son bulduğu ana kadar¹⁶⁴ ortaya çıkan ayıplardan dolayı sorumluluk mümkündür. Bir eser getirilmesi halinde ise, ayıbın teslimden önce var olması gerekir. Eklemek gerekir ki, öğretide ikincil ayıp olarak anılan; ayıbın bu anlardan sonra ve fakat daha önce mevcut olan bir sebepten ileri gelmesi halinde de sorumluluk söz konusu olabilmektedir.

İster lüzumlu vasıf eksikliğinden ister gereken nitelik eksikliğinden ileri gelsin, ayıbın veya onu ortaya çıkaran sebebin mutlaka en geç hasarın geçişi anında mevcut olması gerekir. Zira, hasarın geçişi anından itibaren malın zayı olup gitmesi riskini dahi üstlenen alacaklı karşısında borçlunun ayıptan sorumluluğuna doğal olarak yer olmaz. Yine TBK m.621/f.III atfının gereği olarak, bir şeyin mülkiyetinin getirilmesinin katılım payı teşkil ettiği haller için satış sözleşmesinin hasarın geçişine ilişkin hükmü adi ortaklıkta kıyasen uygulama bulur¹⁶⁵. TBK m.208 hasarın geçişi anını taşınır için zilyetliğin devri¹⁶⁶, taşınmazlar için tescil¹⁶⁷, gönderilecek bir borç

¹⁶⁴ Bu an, ortaklık sözleşmesinin sona erdiği an olabileceği gibi, kullanma hakkının bir süreyle sınırlı olarak getirilmesi halinde bu sürenin bittiği zaman da olabilir.

¹⁶⁵ Belirtelim ki; burada hasardan kastedilen edim hasarıdır. Adi ortaklık bir karşılıklı sözleşme olmadığından satış sözleşmesi ve diğer tüm karşılıklı sözleşmelerde olduğu gibi karşı edim hasarı sorununa burada yer yoktur. Neticede adi ortaklıkta hasar meselesi, katılım payı olarak getirilmesi borçlanılan malın borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple zarar görmesi ya da zayı olması halinde, bu borcun borçlusu ortağın edimini sözleşmeye uygun biçimde ifa yükümlülüğünün halen devam edip etmediği sorunundan ibarettir.

¹⁶⁶ Yukarıda açıkladığımız üzere adi ortaklıkta elbirliği ile alacaklılık kuralının gereği olarak, zilyetliğin devrinin de bu prensip doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla ifayı kabul ile yetkilendirilmiş olması hali hariç olmak üzere, ortaklardan birinin ya da birkaçının zilyetliğinin sağlanması ile ortaklığa zilyetliğin devri sağlanmış olmayacak, hasar geçmeyecek ve neticede bundan sonra ortaya çıkacak ayıplardan da sorumluluk gündeme gelebilecektir.

¹⁶⁷ Bununla birlikte TBK m.245 ile, satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınacağı yazılı bir sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, hasarın geçişinin teslimine kadar öteleneceği ve bu

sözkonusuysa malın taşıyıcıya teslim anı olarak belirlemiştir¹⁶⁸. Ayrıca hükmün ikinci fıkrası ile de alacaklı temerrüdü halinde, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine hasarın geçeceği ifade edilmiştir. TBK m.208 hükmü içerdiği bu prensipler ile adi ortaklık bakımından da uygulanmaya elverişlidir.

iii. Teslimin Gerçekleşmiş Olması

Birazdan aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz üzere ayıptan sorumluluk düzeninin işleyişinde gözden geçirme ve ihbar külfetlerinin önemli bir yeri vardır. Bu külfetlerin yerine getirilebilmesi için, borca konu olan şeyin alacaklının egemenlik alanına geçirilmiş olması, yani onun dolaysız zilyetliğinin sağlanmış olması gerekir. Bu da, şeyin teslimi ile mümkün olur.

Kira ve eser sözleşmeleri bakımından zaten borcun ifası teslim¹⁶⁹ ile söz konusu olduğundan bu şart bakımından bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak satış sözleşmesinde satıcının mülkiyeti devir borcu, taraflar bu konuda anlaştığı süreç teslim dışındaki zilyetliğin devri yollarından biriyle de yerine getirilebilir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun satışa ilişkin hükümlerinde de teslimden değil, devirden söz edilmiştir. Elbette adi ortaklık sözleşmesinde de bir şeyin mülkiyetini katılım payı olarak getirmeyi üstlenen ortak, mülkiyetin ortaklığa devrini diğer ortaklarla anlaşarak zilyetliğin devri yollarından herhangi biriyle sağlayabilir. Ancak ayıptan sorumluluk bakımından öğretideki hakim görüşün kanısı; burada bahsedilen “devrin”, amaca uygun bir sınırlandırmayla “teslim” olarak anlaşılması, yani dolaysız zilyetliğin

hükmün alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanacağı öngörülmüştür.

¹⁶⁸ Ayıbın bu anlardan önce mevcut bulunduğunu ispat yükünün alıcıda olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Gümüş, **C. I**, s. 76. Bu yönde bir değerlendirmeye, adi ortaklık açısından da ispat yükünün ortaklıkta olduğu sonucuna varılır.

¹⁶⁹ Belirtelim ki; teslim, bu suretle ifası amaçlanan edimin özelliklerine bağlı olarak çeşitli tarzlarda görünebilir. Nitekim öğretide de, kira sözleşmesi bakımından teslimin, gerçek olmayan teslim olarak da adlandırılan, kiralananın kullanım amacına uygun vaziyette kiracının kullanımına amade tutulması şeklinde gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. Bu paralelde, daha önce de belirttiğimiz üzere adi ortaklıkta, kullanım hakkı getirilen şeyin ortaklığa tahsisiyle teslim gerçekleştirilmiş olur. (Bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 394; Acar, **Kira**, m. 304, N. 19). Yine eser sözleşmesinin kurgusu, teslimi her zaman şeyin fiilen teslimi olarak düşünmeye imkan vermeyebilir. Bu nedenle burada da teslimi, eserin tamamlanarak iş sahibine sunulması olarak anlamak gerekir. Örneğin, iş sahibinin arsasında bir inşaat yapma borcu yüklenildiğinde durum bu şekildedir. Bu tür hallerde, yüklenicinin eseri tamamlayarak işten el çektiğini iş sahibine bildirmesi ile teslimin gerçekleşeceği kabul edilmektedir. (Bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 989-990).

sağlanması gerektiği yönündedir¹⁷⁰. Zira, başta da belirttiğimiz üzere, ayıptan sorumluluk mekanizmasının işleyişi bakımından öne çıkan iki çok önemli işlem; inceleme ve gözden geçirme, ancak mal üzerinde fiili hakimiyete kavuşulmasıyla mümkün olabilir. Netice olarak, adi ortaklık sözleşmesi bakımından da, getirilen mülkiyet hakkı dahi olsa ve mülkiyetin geçişinin teslim dışındaki zilyetliğin devri yollarından biriyle sağlanacağı kararlaştırılmış da olsa, ayıptan sorumluluk düzeni bakımından ortaklığa dolaysız zilyetliğin sağlandığı teslim anının dikkate alınması gerekir.

Bir eser meydana getirme borcu söz konusu olduğunda, bu eserin teslim ile ifasından söz edebilmek için eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Pek tabiidir ki, tamamlanmamış bir eser üzerinde ayıp değerlendirmesi yapmak, kural olarak, mümkün değildir. Bununla birlikte TBK m.473/f.II ile, henüz meydana getirildiği sırada, eserin yüklenicinin kusuru nedeniyle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibine teslimden önce müdahalede bulunarak bu durumu önleme imkanı tanınmıştır. Buna göre, iş sahibi yükleniciden, uygun bir süre içinde ayıbın veya aykırılığın giderilmesini isteyecek; giderilmediği takdirde, hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda yükleniciye ihtarda bulunabilecektir. Kanaatimizce, bu hükmün adi ortaklıkta da kıyasen uygulama bulmasına herhangi bir mani bulunmamaktadır.

Şunu da eklemek gerekir ki; bir eserin tamam olup olmadığı ile ayıplı olduğunun değerlendirilmesi, temerrüt ile ayıptan sorumluluk hükümlerinden hangisinin uygulama bulacağına tespiti bakımından da önemlidir. Tamamlanmamış eser söz konusu olduğunda ayıptan değil, eksik iş nedeniyle temerrütten bahsedilir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Yeşim M. Atamer, “Taşınır Satımı Sözleşmesi” **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, Ed: Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 217; Gümüş, **C. I**, s. 68; Kapancı, **a.g.e.**, s. 8. Aksi fikirde bkz. Melek Bilgin Yüce, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları” **Cevdet Yavuz’a Armağan (MÜHFHAD Özel Hukuk Semineri Özel Sayısı)**, s. 381-418, 2011, s. 389.

¹⁷¹ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 1021, dn. 175.

iv. İfanın Ayıplı Haliyle Kabul Edilmemiş Bulunması

Alacaklıya sunulan ifanın ayıplı haliyle kabul edilmiş olması¹⁷², pek tabiidir ki, daha sonradan ayıplı ifa nedeniyle borçluya karşı başvurulmasını engeller. Zira bu durum, çelişkili davranış teşkil edip, MK m.2'ye aykırılık yaratır.

Ayıbın kabul edildiğinden bahsedebilmek için, bu ayıbın alacaklı tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken bir ayıp olması gerekmektedir. TBK m.222 ile; satıcının, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmayacağı öngörülmüştür¹⁷³. Ayrıca hükmün ikinci fıkrası ile, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle¹⁷⁴ görebileceği ayıpları¹⁷⁵ bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılarak satıcının bunlardan sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir; meğer ki, satıcı böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmiş olsun. Bu yönde bir hüküm kira ve eser sözleşmesi hükümleri arasında mevcut bulunmasa bile, bu esasın kıyasen

¹⁷² Kabul, açık bir irade beyanıyla veya örtülü olarak gerçekleşebilir. Alacaklı, ayıplı olduğunu görebildiği ifa teklifini geri çevirmek istemiyor, ancak bir yandan ayıbı da kabul etmek istemiyorsa, ifayı kabul sırasında bu çekincesini ortaya koymalı ve ayıptan sorumluluk yoluna başvurusu hakkını saklı tutmalıdır. Aksi takdirde, ifayı kabulü ile, ayıbı da örtülü olarak kabul ettiği varsayılır. Belirtelim ki, mülkiyet hakkının ve bir eserin katılım payı olarak getirilmesi halinde, teslimle beraber ifa tamamlanmaktadır. Yani bu hallerde kabul, bir çekince olmaksızın şeyi teslim alma ile beraber gerçekleşmiş olur. Ancak kullanma hakkının getirilmesi halinde, teslimden sonra kullanıma uygun halde bulundurma borcunun ifası süreklilik arz edecek biçimde varlığını sürdürmektedir. Bu noktada kullanma hakkı bakımından kabul edilme olgusunun var olup olmadığının tespiti, başlangıçta bir ayıp söz konusu olduğu hallerde teslim; sonraki ayıplarda ise, bu ayıbın ortaya çıkması ile kullanım hakkına konu şeyin, bunu getiren ortağa karşı bir başvuruda bulunulmaksızın, ayıplı haliyle kullanımına devam edilip edilmediği yönünden değerlendirilir.

¹⁷³ Öğretide ayıbın bilinmesi; yalnızca ayıbın varlığı değil, aynı zamanda öneminin de yeterli derecede bilinmesi olarak anlaşılmaktadır. Bkz. Tandoğan, **C. I/1**, s.174; Eren, **Borçlar Özel**, s. 112.

¹⁷⁴ Öğretide de önemle belirtildiği üzere; buradaki “gözden geçirme”, TBK m.223’deki anlamıyla bir “gözden geçirme” (ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ifadesiyle “muayene”) demek değildir. TBK m.222’deki gözden geçirme, alıcının şeyi teslim alırken göstereceği olağan dikkat ve özen ölçüsündeki incelemesidir. Halbuki, TBK m.223’deki gözden geçirme, alıcıya yüklenmiş bir külfet olup, bu nedenle daha teknik ve ayrıntılı bir incelemeyi gerektirir. Bu önemli ayırım karşısında, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda da var olan bu terminolojik karmaşanın Türk Borçlar Kanunu’nda giderilmemesi öğreti tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Atamer, **a.g.m.**, s. 200-201; Gümüş, **C. I**, s. 76-77; Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” **İÜHFİM**, C. 62, Sy. 1-2, s. 97-113, 2009, s. 31. Karş. Yüce, **a.g.m.**, s. 393.

¹⁷⁵ Hükümde ifade edilen “yeterince gözden geçirmekle görülebilecek ayıplar”, öğretide gizli olmayan – açık ya da aşikar ayıp olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Gümüş, **C. I**, s. 75.

diğer sözleşmeler bakımından da uygulanabilir olduğu, ayrıca MK m.2'nin de aksine izin vermediği öğretide ifade edilmektedir¹⁷⁶.

Adi ortaklık bakımından da bu esaslar cari olmakla birlikte, açık kalan husus; ikiden fazla ortak söz konusu olduğu durumlarda, bilinme olgusunun tüm ortaklar bakımından aranıp aranmayacağı meselesidir. Şöyle ki; öncelikle, bilinmesi gereken ayıplar bakımından zaten bir sorundan bahsedilemez. Bu gerek, ayıbı gerçekten de bilme halinden azade olarak tüm ortakları bağlar. Örneğin; aşık bir ayıbın mevcut olduğu bir halde, ortakların hiçbirinin, teslim sırasında imkan var olmasına rağmen yeterince gözden geçirmede bulunmadıkları gerekçesiyle ayıbı bilmediklerini ileri sürmeleri mümkün değildir. Ancak bilinmesi gereken ayıplar dışındaki ayıplarda, ortaklardan bir kısmının bu ayıbı bilmesi, diğer bir kısmının ise bilmemesi halinde, acaba bu ayıbın ortaklıkça kabul edildiğinden bahsedebilmek olanaklı mıdır?. Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek ve ayıbın kabul edildiğinden bahsedebilmek için tüm ortaklar bakımından bilinme olgusunun gerçekleşmesini aramak gerekir¹⁷⁷. Bu gerek, elbirliği ile alacıklılık halinin bir uzantısı olarak düşünölmelidir. Ortaklardan birinin ya da bir kısmının ayıbı bilerek kabul etmeleri halinde bunun sonucunun ortaklık bakımından doğacağını ve ayıptan sorumluluğa dayanılamayacağını ileri sürmek, ortaklara bireysel hareket serbestisi tanımak ve elbirliği ilkesini delmek anlamına gelecektir. Hiçbir ortağın kendisi tek alacaklıymış gibi, ortaklığın alacıklılık pozisyonuyla ilgili olarak, belirleyici bir etkisinin olması kabul edilemez. Bu bakımdan, gerek borçlu konumundaki ortağın gerek alacaklı konumundaki her bir ortağın, bu ilkeyi dikkate alarak hareket etmeleri beklenir. Bu doğrultuda, borçlu ortak ayıptan sorumluluktan kurtulamayacağı gibi ayıbı bilmesine rağmen bunun değerlendirilmesini ortaklık iradesine sunmayan alacaklı konumundaki ortakların da, bu nedenle ortaya çıkan zarardan sorumluluğu gündeme gelebilir. Zira, ayıplı ifanın kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi, ortaklara münhasır değildir ve ayıbı öğrenen ortağın bu bilgiyi diğer ortaklarla paylaşması gerekir. Ortakların, ortaklığa karşı olan özen yükümlölüğu de bunu gerektirir.

¹⁷⁶ Gümüş, C. I, s.103.

¹⁷⁷ Aynı yönde bkz. Yongalık, a.g.e., s. 82.

v. Ayıba Diğer Ortakların Sebep Olmaması

Ayıptan sorumluluk için, katılım payı borçlusu ortağın kusurunun bulunması gerekmez; ancak, ayıbın meydana gelmesine alacaklı konumundaki ortakların sebebiyet vermesi halinde de ayıptan sorumluluktan bahsedilemez. Mülkiyet hakkının getirilmesi durumunda şeyin ortaklığa teslimiyle beraber hasar da ortaklığa ait olacağından, bu halde ayıba alacaklının (ortakların) sebep olması olgusuna rastlamak güçtür. Halbuki, kullanım hakkının getirilmesi halinde ortaklıkça kullanım sürerken, katılım payı borçlusu ortak halen ayıptan sorumlu tutulabilir. Yine, eser yapma borcu söz konusu olduğu halde, özellikle, borçlu ortak ile ortaklık arasında belli ölçüde ortaya çıkacak emir-talimat ilişkisi kapsamında, eser ortaklığın müdahalesi nedeniyle ayıplı olarak meydana gelmiş olabilir. Malzemenin ortaklık tarafından sağlandığı kurgu, ortaklığın eserin yapımına müdahil olduğu ve dolayısıyla ayıbın oluşmasına sebep olabileceği bir diğer önemli haldir.

Kira sözleşmesinde TBK m.316'da hüküm bulan, kiracının kiralananı özenle kullanma yükümlülüğünün bir gereği olarak, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi neticesinde ortaya çıkan ayıplardan kiraya veren sorumlu tutulmamaktadır. Ortaklar da, TBK m.628'e göre ortaklık işlerini yürütürken özen göstermekle yükümlüdür. Bu esaslar doğrultusunda, getirilen şeyin özensiz kullanılması nedeniyle ortaya çıkacak ayıplardan, bunu getiren ortağın sorumluluğunun doğmayacağı açıktır.

Eser sözleşmesinde de, TBK m.476 ile, "*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*" denilmekle ayıbın iş sahibine yüklenemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükümde bahsedilen iş sahibinin talimatının yerini, adi ortaklıkta ortaklık iradesi alır. Yani hiçbir ortağın, bu ortak yönetici ortak olmadığı sürece, münferit olarak talimat verme yetkisi olamaz. Bir yönetici ortak olmadığı halde, bu talimat ortaklığın karar alması yoluyla verilir. Ortak açısından bakarsak, onun sorumluluktan kurtulabilmesi için yapacağı ihtar ortakların tamamına yönelmesi gerektiği kabul edilmelidir. Netice olarak, ayıbın ortaklığın talimatından ileri geldiği durumda, eser meydana getirme borcunun yükümlüsü ortağın ayıptan sorumluluğu söz konusu olmaz.

Adi ortaklıkta ayıbın, alacaklı konumundaki herhangi bir ortağın sorumluluk alanından¹⁷⁸ kaynaklanması halinde borçlu ortağın ayıptan sorumlu tutulamayacağını kabul etmek gerekir. Zira, diğer sözleşmeler bakımından da ayıptan sorumluluğun şartları arasında yerini bulan bu hal esasında, sorumluluk hukukunun en doğal ilkesini yansıtır. Buna göre, bir zarar kimin sorumluluk alanından doğmuşsa, o zarardan da o sorumlu olur. Bu nedenle, ayıbın katılım payının borçlusu ortağın değil de, diğer ortaklardan herhangi birinin sorumluluk alanından kaynaklandığı durumda, ayıptan sorumluluktan bahsedilemez. Bu durumda, bu ayıp şeklinde görünen zarara sebebiyet veren ortağın ortaklığa karşı sorumluluğu söz konusu olur.

b. Şekli Şartlar

Ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanılabilmesi için oluşması gereken maddi şartların yanında, şekli şartların da yerine getirilmesi gerekir. Bunlar ise, gözden geçirme (muayene) ve bildirim (ihbar) külfetleridir. Bir borç teşkil etmeyip külfet niteliğinde olduklarından, yerine getirilmemeleri halinde tek sonuç ayıptan sorumluluk yoluna başvurma imkanının ortadan kalkması olur¹⁷⁹. Zira, TBK m.223/f.II’de açıkça ifade edildiği üzere, bunların yerine getirilmemesi, şeyin ayıplı haliyle kabul edildiği varsayımını yaratır. Bununla birlikte, TBK m.225 ile, ağır kusurlu satıcılar ve ayrıca satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken bir ayıp söz konusuysa, bu külfetlerin zamanında yerine getirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulmaları engellenmiştir. Bu esaslar, adi ortaklık sözleşmesi bakımından da elbette geçerlidir.

i. Gözden Geçirme (Muayene) Külfeti

Bazı ayıplar, olağan ve yüzeysel sayılabilecek bir gözden geçirme (inceleme) ile hemen tespit edilebilecek kadar gün yüzünde olabilir. TBK m.222/f.II hükmü gereğince, bu tür ayıplar bakımından sorumluluğun, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığının ayrıca üstlenilmiş olması halinde söz konusu olduğunu; bu esasın, ayıptan sorumluluk düzeninin kabul edildiği diğer sözleşmelerde de kıyasen uygulama

¹⁷⁸ Açık olarak ifade edelim ki, burada bahsedilen elbette kusur bulunması gerektiği değildir. Sorumluluk alanı deyimiyle kastedilen, bir kişinin kusuruna dayalı sorumluluğu ile kusursuz olarak sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerin toplamıdır.

¹⁷⁹ Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere kira sözleşmesinde, TBK m.318’e göre ayıbın bildirilmesi bir borç teşkil edip, bildirilmemesi halinde zarardan sorumluluk söz konusu olabilir.

bulacağını daha önce belirtmiştik¹⁸⁰. Şekli bir şart olarak gözden geçirme ise, daha teknik ve ayrıntılı bir incelemeyi ifade etmektedir.

Satış sözleşmesinde TBK m.223 ile, eser sözleşmesinde TBK m.474 ile gözden geçirme ve ihbar külfetlerinin varlığı ifade edildiği halde, kullanmanın sürekliliğinin doğası gereği olarak kira sözleşmesi bakımından bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada, adi ortaklık sözleşmesi bağlamında gözden geçirme külfeti de katılım payı olarak mülkiyet hakkı getirilmenin ve eser yapmanın borçlanılması halinde mevcut olur¹⁸¹. Elbette, gözden geçirme ile tespit edilemeyecek nitelikte, bu ölçünün dışında yer alan veya zamanla ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından da gözden geçirme külfetinden söz edilemez.

Hem TBK m.223’de hem de TBK m.474’de, gözden geçirmenin teslimden sonra¹⁸² işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunulmaz yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸³. Görüldüğü üzere, bahsettiğimiz düzenlemelerde gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi gereken süre için kesin bir belirleme yapılmayarak, bunun tespiti somut olay özelinde hakimin takdirine bırakılmıştır. Adi ortaklıkta da esas bu şekilde olmakla birlikte, bu değerlendirmede adi ortaklık sözleşmesinin edimler birleşimini öngören yapısının göz önünde tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü satış ve eser gibi edimler değişimi kurgusuyla şekillenmiş sözleşmelerin aksine, adi ortaklıkta edimler tüm ortakların elbirliği altında birleştiğinden getirilen şeyin bir kimsenin malvarlığından çıkıp diğerininkine geçtiği gibi bir durum söz konusu değildir. Yani, katılım payını getiren ortak getirdiği şey üzerindeki hakimiyetini yine de sürdürmektedir. Dolayısıyla bu noktada, ayıbın mevcudiyet anının tespiti müphemleşmekte, buna bağlı olarak da ayıptan sorumluluğun söz konusu olup

¹⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm II A 4 a iv.

¹⁸¹ Bununla birlikte, basit bir inceleme ile fark edilebilecek başlangıçtaki ayıplar bakımından gözden geçirme külfetinin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Acar, **Kira**, m. 305, N. 49.

¹⁸² Gerçi TBK m.223’de, “*teslim*” değil “*devralma*” terimine yer verilmiştir. Ancak bunun da öğretide “*teslim*” olarak anlaşıldığına daha önce değinmiştik. Bkz. İkinci Bölüm II A 4 a iii.

¹⁸³ Farklı olarak, TTK m.23/I-c ile, gözden geçirme süresi net bir şekilde belirlenmiştir. Ancak bu hüküm tacirler arası ticari satışlara ilişkin olup, kanaatimizce, adi ortaklık sözleşmesinde uygulanmaya elverişli değildir. Zira adi ortaklıkta taraflar arasında, hükmün esas almış olduğu tacirler arası ticari satışlarda olduğu gibi bir ilişki biçimi ve menfaat dengesi olduğu söylenemez.

olmadığı tereddüdü ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, adi ortaklık sözleşmesinde ayıptan sorumluluk bakımından söz konusu olan gözden geçirmenin bir an önce yerine getirilmesi ortakların menfaatine olup, bu sürenin uzunluğunu tespit bu hususun dikkate alınması yerinde olur¹⁸⁴.

ii. Bildirim (İhbar) Külfeti

Bildirim külfeti, şey üzerinde yapılan gözden geçirme sonucunda bir ayıp tespit edilmesi halinde söz konusu olur. Böylelikle, alacaklı tespit ettiği ayıbı kabul etmediğini bildirerek, ayıptan sorumluluğa dayanma yolunu açmış bulunur¹⁸⁵. Bu işlevinin gereği olarak, bir bildirimden bahsedilebilmesi için, yapılan bildirimde tespit edilen ayıpların somutlaştırılmış ve ayıbın kabul edilmediğinin açıklanmış olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁶.

Bildirim külfeti, satış sözleşmesinde TBK m.223 ile, eser sözleşmesinde TBK m.474 ile öngörülmüş; kira sözleşmesinde ise, TBK m.318 ile kiracının kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiralayana bildirme borcu altında olduğu belirtilmiştir¹⁸⁷. Bu noktada adi ortaklıkta, getirilen katılım payı ne olursa olsun, ayıbı bildirme külfeti mevcut bulunmaktadır.

¹⁸⁴ Kanaatimizce, adi ortaklığın açıkladığımız bu özelliği gözden geçirme ve bildirim külfetlerini adi ortaklık bakımından vazgeçilmez kılmaktadır. Şöyle ki; özellikle adi satışlar bakımından ayıptan sorumluluk düzeninde gözden geçirme ve ihbar külfetlerine yer verilmesi, alıcı bakımından yarattığı sakıncalar nedeniyle ve mukayeseli hukuk verileri dikkate alınarak öğretilde güçlü bir biçimde eleştiriye uğramaktadır. Bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı – Türk Borçlar Kanunu’nun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m.198) – BK m.202/II’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları” **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 145-179, 2004; Atamer, **a.g.m.**, s. 201 vd. Ancak bize göre, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin adi ortaklıkta ayıbın kaynağının ve dolayısıyla sorumluluğun söz konusu olup olmadığının tespiti bakımından önemli bir işlevi vardır. Burada, gözden geçirme ve bildirim külfetleri nedeniyle “*alıcının mağduriyeti*” gibi ortaklığın bir mağduriyetinden söz edilemez. Zira, ortaklık gibi bir organizasyon kurmak üzere bir araya gelen, birlikte ortak bir amaç benimseyen kişilerden beklenen basiret ve özen derecesi alıcının gibi değerlendirilemez. Netice olarak, bu kritiği adi ortaklık sözleşmesi bakımından dikkate almanın uygun olmayacağı düşüncesindeyiz. Bu anlamda adi ortaklıkta ayıptan sorumluluk kapsamında bildirim külfetine yer olmadığını ileri süren görüşlere de katılamamaktayız. Bunlar için bkz. Şener, **a.g.e.**, s.213.

¹⁸⁵ Bildirimin hukuki niteliği ve hüküm doğuracağı anla ilgili olarak bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 137 vd.;Kapancı, **a.g.e.**, s. 38; Gümüş, **C. I**, s. 86.

¹⁸⁶ Gümüş, **C. I**, s. 86; Tandoğan, **C. I/1** s.180.

¹⁸⁷ Esasen kiradaki bu hükmün, satış ve eserdeki gibi bir bildirim külfeti öngörmediği açıktır. Ancak yine de, ayıbı bildirmemenin ayıptan feragat anlamına gelebilecek olması nedeniyle ihbar külfetinin varlığının kabul edilmesi gerektiği öğretilde haklı olarak ifade edilmektedir. Ayrıca ihbarın, kiracının

Bildirim külfetinin yerine getirilmesi için gereken süreyle ilgili olarak söz konusu düzenlemeler incelendiğinde¹⁸⁸, meselenin farklı ifadelerle düzenlenmiş olmakla birlikte, öğretide de belirtildiği üzere, benzer bir yaklaşım sergilendiği ve ciddi oranda farklı bir sonuç yaratılmadığı görülür. Zira bu ifadelerin hepsi, somut olay özelinde dürüstlük kuralı ışığında bir değerlendirmeye kapı aralamaktadır. Netice olarak, adi ortaklık bağlamında ayıptan sorumlulukta da, ayıbın tespit edilmesiyle beraber bildirim külfeti için “makul süre” işlemeye başlar.

Bildirim külfeti yerine getirilirken uyulması gereken bir şekil, esasen söz konusu değildir. Ancak TTK m.18/f.III hükmü gereğince; tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar ve ihtarlar için şekil şartı aranmaktadır. Her ne kadar hükmün ifadesinde ayıp bildirimine yer verilmemiş olsa da, mesele öğretide tartışmalıdır. Hakim görüş, hükmün istisnai olması nedeniyle dar yorumlanması gerektiği kanaatindedir¹⁸⁹. Bu noktada, adi ortaklıkta ortakların tacir olması halinde, söz konusu tartışmanın önem arz edeceğini belirtelim.

Her ortağın tek başına, katılım payının ifasını ortaklığa isteme hakkı bulunduğundan, gereği gibi olmayan ayıplı ifanın giderilmesine yönelik olarak, ayıp bildirimini de bütün ortakların yapması gerekmez. Ortaklığın temsilcisi olarak yöneticinin veya ortaklardan herhangi birinin bildirimini dahi yeterli sayılmak gerekir.

kiralananı aldığı durumda geri verme borcu dolayısıyla karşılaşacağı ispat problemlerini de önleyeceği dikkat çekilen bir başka husustur. Bkz. Tandoğan, **C. I/1**, s. 115-116; Acar, **Kira**, m. 305, N. 49; Eren, **Borçlar Özel**, s. 333. Karş. Gümüş, **C. I**, s. 110.

¹⁸⁸ TBK m.223’de gözden geçirme neticesinde tespit edilen ayıplar için bildirim süresi, “*uygun bir süre*”; gözden geçirme gerektirmeyen gizli ayıplar bakımından ise, ayıp anlaşıldığı vakit “*hemen*” ifadeleriyle belirlenmiştir. TBK m.318’de, ayıbın gecikmeksizin bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. TBK m.474’de ise yine, “*uygun bir süre*” ifadesi kullanıldığı görülmektedir.

¹⁸⁹ Tandoğan, **C. I/1**, s. 180; C. Salih Şahin, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, 2008, s. 79. Yargıtay’ın eğiliminin ayıp bildirimini de hükmün kapsamına dahil etmek yönünde olmakla birlikte tutarlı bir uygulamanın olmadığı hakkında bkz. Gümüş, **C. I**, s. 91; Saibe Oktay Özdemir, “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler” **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, **C. I**, İstanbul, s. 39-58, 2007, s. 56 vd.

B. Zapttan Sorumluluk

1. Giriş

Zapttan sorumluluk da, ayıptan sorumluluk gibi özel bir sorumluluk düzenidir. Esasen, Türk Borçlar Kanunu'nda satış ve kira sözleşmesi hükümleri arasında yer bulan bu düzenlemeler ile, satılan/kiralanan şeyin üçüncü bir kişi tarafından üstün bir hak ileri sürülerek alıcının/kiracının elinden alınmasına karşı satıcının/kiraya verenin, kusuru bulunması gerekmeksizin, belli şartlar altında ve belli sonuçlarla sorumluluğu öngörülmüştür. Adi ortaklık sözleşmesi bakımından ise, TBK m.621/f.III'de bu hükümlere atıf yapılmak yoluyla zapttan sorumluluğun mevcudiyeti kabul edilmiştir. Söz konusu hüküm gereğince; mülkiyet hakkı getirildiğinde satış, kullanma hakkının getirilmesinde ise kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanma olanağı bulunmasıyla, bu türde katılım payı getiren ortaklar bakımından zapttan sorumluluk gündeme gelir.

Biz de çalışmamızın bu bölümünde, TBK m.621/f.III'ün atfını izleyerek, zapttan sorumluluğun adi ortaklık sözleşmesi bağlamında uygulanışını irdeleyeceğiz. Bu doğrultuda, öncelikle genel olarak zapttan sorumluluğa değinecek; ardından, satış ve kira sözleşmesi hükümlerinin adi ortaklık bakımından uygulanma olanağını inceleyeceğiz. Nihayetinde, adi ortaklık sözleşmesinde sorumluluğun şartlarını değerlendirmeye çalışacağız.

2. Zapt Kavramı ve Zapttan Sorumluluğun Genel Çerçevesi

Sözlükteki anlamıyla, “zor kullanarak ele geçirme” olarak tarif edilen zapt; burada terim anlamı itibariyle, üstün bir hakka dayanarak ele geçirmeyi ifade eder. Üstün hak, alacaklının elde ettiği ya da elde ettiğini düşündüğü¹⁹⁰ hakla bağdaşmayan, ancak savuşturulması da hukuken mümkün olmayan bir hak olarak tanımlanabilir. Ele geçirmeden kastedilen ise, alacaklının borçluyla yaptığı sözleşme uyarınca mülkiyet

¹⁹⁰ Elde ettiğini düşündüğü niteliyle ifade etmek istediğimiz husus, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle borçlanılmış olan mülkiyeti devrin sağlanmamış olduğu hallerdir. Yoksa borçlandırıcı işlemin geçersizliği halinde zaten, sözleşmeye bağlı bir talep olan zapttan sorumluluk hiç gündeme gelmez.

ya da kullanma hakkına dayalı olarak şey üzerinde elde etmeyi amaçladığı hakimiyetin engellenmesidir.

İşte zapttan sorumluluk ile borçluya, kusuru bulunması gereği aranmaksızın, üçüncü kişinin iddiası nedeniyle şey üzerindeki hakimiyeti engellenen ve bu iddianın üstün bir hakka dayanması nedeniyle eli kolu bağlanan alacaklının bu durumunu çözüme kavuşturma, kavuşturamadığı takdirde ise sonuçlarına katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bağlamda zapttan sorumluluk ile borçluya öncelikle, kural olarak kendisine yapılan ihbar üzerine, söz konusu üstün hak dava yoluyla ileri sürülmüşse davaya katılarak; dava dışı bir yolla ileri sürülme halinde ise, üçüncü kişiye karşı alacaklının yanında yer alarak, üçüncü kişinin iddiasını savuşturacak hukuki araçları temin etme sorumluluğu yüklenmiştir. Borçlunun buna rağmen üçüncü kişinin iddiasını savuşturamadığı ve artık zaptın gerçekleştiği durumda ise, ortaya çıkan sonuçlara katlanma yükümlülüğü ortaya çıkar.

3. Zapttan Sorumluluğun Adi Ortaklık Sözleşmesinde Uygulanması

a. Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması

TBK m.621/f.III atfi gereğince, katılım payı olarak mülkiyet hakkının getirilmesi halinde uygulama bulan satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler TBK m.214-218 arasında yer almaktadır. Ayıptan sorumlulukta da olduğu gibi, satış sözleşmesine ilişkin zapttan sorumluluk hükümleri, bu sorumluluk düzeninin genel esaslarını ortaya koyan hükümler niteliğindedir.

Taşınır satışı sözleşmesi ayrımı altında yer alıyor olmakla birlikte, ayrıca düzenlenmediğinden, TBK m.246 atfının gereği olarak taşınmazlar bakımından da bu hükümler uygulama bulur. Bu bakımdan, hem taşınırlar hem de taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının katılım payı olarak getirilmesi halinde zapttan sorumluluk söz konusu olabilir.

Aslında sattığı şey üzerinde tasarruf yetkisi olmasa bile, çoğu zaman satıcı emin sıfatıyla zilyet, alıcı da iyiniyetli olarak görüldüğünden MK m.988 hükmünün uygulama bulmasıyla zapttan sorumluluğa yer olmaz. Ancak kanaatimizce, MK m.988 hükmü, adi ortaklıkta katılım payının getirilmesi bakımından uygulanamaz. Bilindiği gibi, bu hükmün amacı işlem hayatına olan güveni korumaktır. Ancak her hukuki işlem

bakımından MK m.988'in uygulanmasını haklı kılan bir menfaatler dengesi bulunmayıp, adi ortaklık da bunlardan biri olarak sayılmalıdır¹⁹¹. Şöyle ki, adi ortaklıkta katılım payının ifası, getirilen bu şey üzerinde birlikte hak sahibi olmak üzere ortakların kişisel malvarlıklarına değil, ortaklığa yapılır. Bu anlamda en başta, bu ortaklık içinde, üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı halde bunu katılım payı olarak getiren ortak da bulunduğundan MK m.988'in uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bir an, yalnızca diğer ortakların hak kazanımının mümkün olabileceği düşünülecekse de, ortaklığın mahiyetinde bulunan edimler birleşimi prensibi buna izin vermez. Katılım payının ifade ettiği anlam ve işlevi dikkate alındığında, bu şekilde münhasıran diğer ortaklara bir "devir" sonucu yaratılması kabul edilemez¹⁹². Zira, ortaklık sözleşmesi kapsamında yapılan bu kazandırmanın sebebi *causa societatis* olduğundan, diğer ortakların kendi başlarına aynı hak edinmelerinin bir anlamı bulunmaz. Ayrıca burada, diğer ortakların korunmaya değer işlem hayatına güvenlerinden ziyade ortaklık ilişkisine girerek göstermiş oldukları kötüniyetli ortağa duydukları güvenden bahsetmek gerekir. Neticede, burada zorunlu olarak, tek bir ortağın bile kötüniyetinin kazanımı engelleyeceğini kabul etmek gerekir. Deyim yerindeyse, ortaklık ilişkisinin doğası gereği, tek bir ortağın kötüniyeti, tek bir damla mürekkebin suda dağılması gibi ortaklar üzerine dağılır.

Bu belirttiğimiz gerekçelerle, taşınmazlarda iyiniyetle aynı hak kazanımına imkan veren MK m.1023 hükmünün de, adi ortaklıkta katılım payı getirme borcu bakımından uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

¹⁹¹ Öğretide, karşılıksız kazandırmalar bakımından MK m.988'in uygulanmayacağı düşünülmektedir. Bkz. Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, 2014, N. 607 ve 651. Metnin devamında görüleceği üzere, adi ortaklık bakımından ileri sürdüğümüz menfi görüşün esas gerekçesi farklı olmakla birlikte, karşılıksız kazandırmalardaki durumla bir benzerlik bulunduğu da söylenebilir. Şöyle ki, kazandırmanın karşılıksız olarak yaptığı kazandırmayı kendi malvarlığından sağlaması esastır. Adi ortaklık bakımından da benzer biçimde şöyle düşünülebilir; kâr ihtimali ve zarar riskini üstlenerek ortaklık ilişkisine girmek üzere katılım payı taahhüdünde bulunan kimsenin, bunu kendi malvarlığından sağlaması gerekir.

¹⁹² Bu sonuç, mülkiyetin *quoad sortem* olarak getirilmesi halinde dahi değişmez. Zira, bu halde de getirilen şey görünürde tüm ortakların malvarlığına yansımamışsa da, bu şey yine de ortaklığın malvarlığına dahil vaziyettir.

b. Kira Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması

Katılım payı olarak kullanma hakkının getirilmesi halinde, TBK m.621/f.III atfının gereği olarak, kira sözleşmesine ilişkin zapttan sorumluluk hükümleri adi ortaklık bakımından uygulama bulur. Bu uygulama, hem alelade kullanma hakkının getirilmesi hem de bir irtifak hakkı getirilmesi halinde söz konusu olur.

İrtifak hakkı bakımından da, bir üst başlıkta MK m.988 ile MK m.1023 hükümlerine ilişkin olarak yaptığımız değerlendirme geçerlidir. Yani, irtifak hakkı getirildiğinde de bunun ortaklıkça iyiniyetle kazanılması mümkün değildir.

Kira sözleşmesinde zapttan sorumluluk, TBK m.309'da, "üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar sebebiyle sorumluluk" üst başlığı altında tek madde halinde ele alınmıştır. Bu nedenle satış sözleşmesi hükümleriyle ortaya konulan zapttan sorumluluk esaslarının, kira sözleşmesi bakımından da kıyasen uygulanacağı öğretide ifade edilir. Bu üst başlık altında, TBK m.309'u izleyen hükümlerde, "üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra üstün hak sahibi olması" meselesi ele alınmıştır¹⁹³. Buna göre, TBK m.310 ve m.311 hükümleri uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan el değiştirirse ya da üzerinde bir başka kimse aynı hak sahibi olursa, bu kimse kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Ancak görüldüğü üzere, bu hükümlerin adi ortaklık bakımından uygulanma kabiliyeti yoktur. Zira, katılım payı olarak getirilen şey üzerinde bu türlü bir hak değişikliği meydana geldiğinde, bu kimsenin adi ortaklık sözleşmesinin tarafı haline gelmesi düşünülemez. Bu durumda sorunu, bu devre rağmen, kullanma hakkını getiren ortağın ifayı yine de sağlayıp sağlamadığı açısından ele almak gerekir. Örneğin; irtifak hakkı içerikli bir kullanma hakkının getirildiği halde, bu şeyin bunu getiren ortak tarafından bir başkasına satılması halinde, zaten bir sınırlı aynı hak olarak irtifak hakkı gerekli korumayı sağlayacağından, borçlu ortak bu tür bir ifa engeliyle karşılaşmaz. Ancak getirilen alelade bir kullanma hakkı ise, ortağın bu şey üzerindeki tasarrufu sırasında, adi ortaklık sözleşmesi kapsamında bir ifa engeliyle karşılaşmaması için gerekli tedbiri alması gerekir. Örneğin; kendi adına, bu şeyi ortaklığa kullandırtmasına imkan sağlayacak bir irtifak hakkı

¹⁹³ Bu bakımdan, aşağıda açıklayacağımız ve Kanun'da da ayrı tutulduğu üzere bunlar, zapttan sorumluluk ile ilgili hükümler değildir.

kurulmasını sağlayabilir. Yine, eğer bir taşınmaz söz konusuysa, yeni hak sahibiyle bir kira sözleşmesi yaparak, kiracılık hakkını TBK m.312'nin sağladığı imkanla tapu siciline şerh verdirmesi ve aralarındaki anlaşmada şeyi ortaklığa kullandırtmasına imkan sağlayacak bir kayda yer verdirmesi bir başka yol olarak düşünülebilir.

4. Adi Ortaklıkta Zapttan Sorumluluğun Şartları

a. Edimin İfa Edilmiş Olması

Zapttan sorumluluk, edimin ifa edilmiş olmasına rağmen, ifayla hedeflenen amacın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle gerçekleşmemiş olması halinde söz konusu olur. Edim henüz ifa edilmeden üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle ifanın engellenmesi, TBK m.112 uyarınca “hiç veya - zamansal anlamda - gereği gibi ifa etmeme” hali oluşturacak; bu ise ayrıca, borçlunun temerrüdü veya imkansızlık gelişmesine sebebiyet verebilecektir. İşte bu durum, zapttan sorumluluk bakımından edimin ifa edilmiş olmasını gerektirmektedir.

Satış sözleşmesinde satıcının borcu, TBK m.210'da, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğin devri¹⁹⁴; kira sözleşmesinde kiralayanın borcu ise, TBK m.301'de, kiralananı kullanıma elverişli bir durumda teslim olarak belirlenmiştir. Taşınmaz satışlarında ise borcun ifası için, taşınmazın alıcı adına tescili de gerekir. Adi ortaklıkta da, daha önce de belirttiğimiz üzere, getirilen katılım payının içeriğine göre ifa tarzı bu doğrultuda biçimlenir.

¹⁹⁴ Esasen öğretilerde, satıcının zapttan sorumluluğu bakımından zilyetliğin dolaylı da olsa devrinin mi yoksa mutlaka teslimin mi dikkate alınacağı tartışmalı gözükmektedir. Öğretilerde *Gümüş* ve *Nomer/Engin*, bu tartışmada açık bir tavır alarak, mutlaka teslimin dikkate alınması gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler.(Gümüş, **C. I**, s. 55; Nomer/Engin, **a.g.e.**, m. 214 N. 41). *Eren* ve *Yavuz/Acar/Özen* ise, eserlerinde “zilyetliğin devri” ifadesinin yanına parantez içinde “teslim” yazmak suretiyle bu konuda belirsiz bir tutum almış gözükmektedirler. (Eren, **Borçlar Özel**, s. 81; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 112). Bize göre, burada ayıptan sorumluluğun aksine, TBK m.210'a “satıcının satılanın zilyetliğini devir borcu” olarak yansıyan Kanun koyucunun iradesini amaca uygun sınırlandırmaya tabi tutmanın gereği bulunmamaktadır. Burada ayıptan sorumluluğtaki gibi ne bir gözden geçirme külfeti, ne de nispeten kısa sayılabilecek bir zamanaşımı süresi söz konusudur. Bu yüzden, zilyetliğin teslimsiz devrine ilişkin satıcıyla anlaşarak mülkiyeti elde eden ya da elde ettiğini düşünen alıcının korunması ve zapttan sorumluluğun ötelenmesi için bir gerekçe bulunmadığı düşüncesindeyiz.

b. Üçüncü Kişinin Üstün Bir Hakkının Bulunması

Zapt kavramını açıklarken ifade ettiğimiz üzere üstün hak, alacaklının elde ettiği ya da elde ettiğini düşündüğü hakla bağdaşmayan, ancak hukuken savuşturulamayan haktır. Mülkiyet hakkının getirilmesi halinde, mülkiyet hakkından daha üstün nitelikte olan bir hak zaten bağdaşmazlık unsurunu doğal olarak içerecek olmasına karşın, kullanım hakkının getirilmesi halinde zapttan bahsedebilmek için üstün hakkın kullanım hakkını zedeler nitelikte olması gerekir¹⁹⁵. Bu bağlamda örneğin, tarla olarak kullanılmak üzere ortaklığa getirilen arazi üzerinde manzara kapatmama irtifakının bulunması zapt oluşturmaz¹⁹⁶.

Üstün hakkın savuşturulamayan nitelikte olması gereği ise, onun ya bir mülkiyet hakkı ya da sınırlı aynı hak niteliğinde olmasını ifade eder¹⁹⁷. Bu bağlamda nispi hakka dayalı talepler zapttan sorumluluğa yol açmazlar. Bununla birlikte bir taşınmaz söz konusu olduğunda, şerh edilmiş nispi hakların zapttan sorumluluk sonucunu doğurup doğurmayacağı kira sözleşmesi bağlamında tartışmalı olup, kullanma hakkının getirilmesi halinde adi ortaklık için de bu tartışma önem arz eder¹⁹⁸. Öğretideki hakim görüş¹⁹⁹ kişisel hakların şerhinin sonraki kişisel hak sahiplerine de

¹⁹⁵ Öğretide kira sözleşmesi bağlamında zapttan bahsedebilmek için kullanımın zedelenmesinden öte tamamen ortadan kalkmış olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, zedelenme halinde ayıptan bahsedilmelidir. Bkz. Gümüş, **Kira**, s. 137.

¹⁹⁶ Kira sözleşmesi bağlamındaki bu örneği için bkz. M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 241.

¹⁹⁷ Komşuluk hukukundan doğan taleplerin de zapta sebebiyet verebileceği öğretide kabul edilmektedir. Bkz. Acar, **Kira**, m. 309, N. 8; Gümüş, **Kira**, s. 137; İnceoğlu, **Kira**, s. 237; M. Cahit Günel, “**Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi**”, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2010, s. 145. Bundan başka marka hakkı, patent hakkı gibi hakların da mülkiyet hakkının getirilmesi halinde zapta sebebiyet vermesi mümkündür. Bkz. Gümüş, **C. I**, s. 55. Son olarak rehin hakları bakımından da meselenin tartışmalı olduğunu belirtelim. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 427; İnceoğlu, **Kira**, s. 237; Acar, **Kira**, m. 309, N. 25.

¹⁹⁸ İfade edelim ki, bu tartışma adi ortaklık bağlamında yalnızca alelade kullanma hakkının getirilmesi halinde anlamlıdır. İrtifak hakkı ve mülkiyet hakkının getirilmesi bakımından tartışmaya yer yoktur; zira, şerhin etkisi zaten sonraki aynı hak sahiplerine yöneliktir. Tartışmalı olan boyut kişisel hakların şerhinin sonraki kişisel hak sahiplerine olan etkisidir. Ayrıca taşınmazlarda irtifak hakkı ve mülkiyet hakkının getirilmesi halinde tapuda işlem yapılacağından, bu durumda şerhi gören ortakların zapt tehlikesini bilmediğini ileri sürmesi de olanaksızdır.

¹⁹⁹ Tandoğan, **C. I/II**, s. 124; Nomer/Engin, **a.g.e.**, m. 214 N. 33; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 168; Günel, **a.g.e.**, s. 148; İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğünde Şerhi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1963, s. 123; Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay – Eşya Hukuku**, C. I, 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 384.

etkili olabileceği yönüdeyken; azınlıkta kalan görüşe göre²⁰⁰, şerh edilseler dahi nispi hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme fonksiyonları bulunmamaktadır.

Belirtelim ki, üçüncü kişinin ileri sürdüğü talebin kamu hukuku kaynaklı bir sınırlamadan kaynaklanması halinde zapttan değil, hukuki ayıp nedeniyle ayıptan sorumluluktan bahsedilmesi gerektiği kabul edilir²⁰¹. Yine aynı şekilde, üçüncü kişilerin herhangi bir hakka dayanmayan tecavüzleri, kullanma hakkının getirildiği ihtimalde, manevi ayıp nedeniyle ayıptan sorumluluğu gündeme getirir²⁰².

c. Üçüncü Kişinin Üstün Hakkının Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Var Olması

TBK m.214'de “*satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla*” denilmekle, zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için üstün hakkın üçüncü kişi tarafından satış sözleşmesinden önce iktisap edilmesi şartı açıklıkla ortaya konulmuş bulunmaktadır. Kira sözleşmesinde ise, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra hak sahibi olması hali, TBK m.310 ve devamında ayrıca ele alınarak, zapttan sorumluluktan ayrılmıştır. Bu bağlamda, adi ortaklık sözleşmesi açısından da üstün hakkın en geç adi ortaklık sözleşmesinin kurulduğu sırada var olması gerektiği ortadadır.

Üstün hakkın, sözleşmenin kurulmasından sonra kazanılmış olması halinde, ifa etmemeye bağlı olarak TBK m.112 uygulama bulur. Bu genel hüküm, kira sözleşmesi bakımından belirttiğimiz özel hükümlerin adi ortaklık bağlamında uygulanması mümkün olmadığından²⁰³, getirilen katılım payının kullanma hakkı içerikli olması halinde de uygulanacaktır.

d. Zapt Tehlikesinin Bilinmemesi

Satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin olan TBK m.214/f.II'de, alıcının satın aldığı malın elinden alınma tehlikesini, yani üçüncü kişinin üstün

²⁰⁰ Gümüş, **Kira**, s. 137, dn. 360; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 427; İnceoğlu, **Kira**, s.238; Acar, **Kira**, m. 309, N. 29.

²⁰¹ İnceoğlu, **Kira**, s. 238; Günel, **a.g.e.**, s. 150.

²⁰² Acar, **Kira**, m. 309, N. 11; İnceoğlu, **Kira**, s. 238. Karş. Günel, **a.g.e.**, s. 160.

²⁰³ Bkz. İkinci Bölüm II B 3 b.

hakkını, sözleşmenin kurulduğu sırada bilmesi halinde²⁰⁴ satıcının, ayrıca üstlenmiş olmadıkça, sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Kira sözleşmesine ilişkin bu yönde bir hüküm olmasa da, bu esasın orada da geçerli olduğu kabul edilir. Tereddütsüz, adi ortaklık bakımından da, getirilen mülkiyet ya da kullanma hakkı olsun, zapt tehlikesinin bilinmesi halinde zapttan sorumluluk doğmayacaktır.

Adi ortaklık sözleşmesinin ikiden fazla taraflı olması halinde, bilinme olgusunun alacaklı konumundaki tüm ortaklar bakımından gerçekleşmesi gerekir. Bu husus, ayıptan sorumluluk bahsinde ele aldığımız üzere bir farklılık taşımadığından, oradaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

e. Üçüncü Kişinin Zapta Girişmiş Olması

Üçüncü kişinin zapta girişmiş olması, onun üstün hakkını ileri sürmesiyle gerçekleşir. Doğaldır ki, üçüncü kişi hakkını henüz ileri sürmediği sürece zapttan sorumluluktan bahse yer yoktur.

Üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürmesinin, kural olarak, dava yoluyla olması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Bununla birlikte, 818 sayılı yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, TBK m.216 ile üstün hakkın dava dışı yolla ileri sürülmesi halinde de, belirli şartlar altında, zapttan sorumluluğun devam edeceği kabul edilmiştir²⁰⁵. Ancak kira sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında bu yönde bir düzenleme yer almadığından; dahası, TBK m.309'da kiralayanın davayı üstlenme yükümlülüğünden bahsedildiğinden, dava yoluyla hakkın ileri

²⁰⁴ Hükümün ifadesinde yalnızca “bilme” haline yer verildiğinden, “bilinmesi gereken” durumlar bakımından hükümün uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bkz. Gümüş, **C. I**, s. 56; İnceoğlu, **Kira**, s. 242; Nomer/Engin, **a.g.e.**, m. 214 N. 36.

²⁰⁵ TBK m.216: “*Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hallerde devam eder:*

1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse,

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa.

Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder.”.

Hükümdeki “tahkim yoluna gitmek” ifadesinin, sulh sözleşmesi yapılması halini de kapsadığı yönünde bkz. Gümüş, **C. I**, s. 60 ve dn. 249.

sürülmesinin kira sözleşmesinde zapttan sorumluluğun mutlak şartı olup olmadığı öğretide tartışmalı durumdadır²⁰⁶. Bu anlamda, adi ortaklıkta katılım payı olarak mülkiyet hakkının getirilmesi halinde TBK m.216'da sayılan hallerde dava dışı yolla hakkın ileri sürülmüş olması zapttan sorumluluğa yol açacakken; kullanma hakkının getirilmiş olması halinde, bahsettiğimiz tartışma adi ortaklık için de önemli hale gelir.

f. Zaptın Bildirilmesi

Zapttan sorumluluğun bir diğer önemli şartı, üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürmesiyle birlikte sorumluluğun yükümlüsü borçluya yapılması gereken bildirimdir. Böylece borçluya, üçüncü kişinin ileri sürdüğü üstün hakkı savuşturma fırsatı verilmiş olmaktadır. Bu bağlamda bu bildirim de, ayıptan sorumluluktaki gibi, zapttan sorumluluktan yararlanmak isteyen alacaklıya yüklenmiş bir külfet niteliğindedir²⁰⁷. Adi ortaklık bağlamında, mülkiyet veya kullanma hakkının getirilmesine göre uygulama bulacak olan satış ve kira sözleşmesine ilişkin zapt hükümleri ile bildirim külfetinin varlığı ortaya konulmuştur.

²⁰⁶ Öğretideki hakim görüş, meselenin TBK m.309'da menfi tarzda çözümlendiği yönündedir. Bu görüştekilere göre, kiralayanın davayı üstlenmek yükümlülüğünden bahsedilmiş olması davanın şart olduğuna işaret etmektedir. (Gümüş, **Kira**, s. 137; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 419; Acar, **Kira**, m. 309, N. 37). Ancak muhalif görüş, kiralayanın bu yükümlülüğünden yola çıkılarak hükmün ifadesinde açıkça yer almayan davanın bir şart olarak sayılamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüştekilere göre, dava dışı üstün hak iddiası üzerine kiralananı tahliye eden kiracının erken tahliye nedeniyle sorumluluk tehlikesi doğacaktır. Bu ise adil olmayıp; kiracıdan dava açılana kadar hareketsiz kalmasını beklemek, zararın artmasına da sebebiyet verebilecektir. Ayrıca, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun uyarınca üstün hak sahibi kişinin idari yolla da zapta girişmesi söz konusu olabilir. (İnceoğlu, **Kira**, s. 244 vd.; Günel, **a.g.e.**, s. 153). Bizim kanaatimize göre de, TBK m.309'un pek de açık olmayan ifadesini, amaca uygun bir sınırlandırmayla okumak gerekir. Satış sözleşmesinde dava dışı yolla üstün hakkın ileri sürülmesine sonuç bağlanırken, kiracının korunma önceliğinin olduğu kira sözleşmesi bakımından davanın şart koşulmuş olmasının anlaşılır bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanaatimizce, TBK m.309'daki tereddüt uyandırıcı ifade, zapttan sorumluluk çerçevesinde üstün hakkın ileri sürülmesinin kural olarak dava yoluyla olduğu genel prensibi düşünülerek hükme yansımıştır. Halbuki bu prensip, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu dönemindeki tartışmalar dikkate alınarak, TBK m.216'da yumuşatılmıştır. Netice olarak, hakim görüşteki yazarların eserlerinde de belirttiği üzere satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kira sözleşmesi bakımından da kıyasen uygulanacağından, TBK m.216'nın kira sözleşmesi bakımından da uygulama bulacağını kabul etmek, fikrimizce, yerinde olur. Bu nedenlerle biz, adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı olarak hem mülkiyet hakkı hem de kullanma hakkının getirilmesi bakımından, üstün hakkın dava dışı yolla da ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz.

²⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, satış sözleşmesinde zapttan sorumluluk bakımından bildirim külfet niteliğine ilişkin öğretide bir tereddüt bulunmaktaysa da, kira sözleşmesi bakımından görüş ayrılıkları mevcuttur. Hakim görüşe göre kira sözleşmesi bakımından da bildirim, bir külfet olarak anlaşılmalıdır. Bkz. İnceoğlu, **Kira**, s. 247; Acar, **Kira**, m. 309, N. 45; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 429.

Satış sözleşmesine ilişkin TBK m.215 uyarınca, üçüncü kişinin hakkını dava yoluyla ileri sürdüğü hallerde, bu davanın satıcıya bildirilmesi gerekir. Buna göre, bu bildirim üzerine satıcı, alıcının yanında davaya katılarak veya alıcının yerine geçerek davayı takip edecektir. Elbette bildirim, satıcının savunma hakkını yargılama sürecinde etkin olarak kullanabilmesine fırsat tanıyan uygun bir zamanda yapılması gerekir²⁰⁸. Hükmün ikinci fıkrasıyla, zamanında yapılan bildirim üzerine, alıcının aleyhinde verilen hükmün, onun ağır kusuru yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Son fıkra ile de, kendisine yüklenemeyen sebeplerle satıcıya bildirim yapılmaması veya zamanında yapılmaması halinde, satıcının zamanında bildirim yapılmış olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edeceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir.

Üçüncü kişinin hakkını dava yoluyla ileri sürmediği haller bakımından da bildirim külfetinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Zaten, alıcının TBK m.216/b.2 hükmü uyarınca kendisine tanınan tahkim yoluna başvurma imkanına yönelmesi durumunda, bu konuda satıcıyı gecikmeksizin uyarılmış olması gereğinden bahsedilmiştir. TBK m.216/b.1 bakımından bildirim şartı açıkça zikredilmemiş olsa da, alıcının yine de bildirimde bulunması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁹.

Kira sözleşmesinde zapttan sorumluluk kapsamında bildirim, TBK m.309'da ifade bulmuştur. Aslında söz konusu hükümde kiracının bildiri üzerine kiralayanın davayı üstlenme yükümlülüğünden bahsedilmişse de, hemen yukarıda değindiğimiz üzere, kira sözleşmesinde zaptın dava dışı yolla da ileri sürülebileceği ve bunlar bakımından da bildirim yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmelidir²¹⁰. Kira sözleşmesinde, meseleye ilişkin bir hüküm yer almadığından, bildirim zamanında yapılmamasına bağlı olarak, şayet ki bildirim zamanında yapılmış olsaydı üçüncü kişiyle aralarında meydana gelen uyuşmazlığın mevcut durumdan daha olumlu bir şekilde sonuçlandırılacağını ispat yükünün hangi tarafta olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kiracı zamanında bildirimde bulunmuş olsaydı bile davanın kazanılma

²⁰⁸ Gümüş, **C. I**, s. 58; Acar, **Kira**, m. 309, N. 48 vd.; İnceoğlu, **Kira**, s. 247.

²⁰⁹ Gümüş, **C. I**, s. 60.

²¹⁰ İnceoğlu, **Kira**, s. 246.

şansı bulunmadığını ispat ettiği takdirde tazminat isteyebilecektir²¹¹. Buna karşı diğer görüş ise TBK m.215/f.III hükmüne paralel şekilde, davanın daha lehe sonuçlandırılabilceğini kiraya verenin ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir²¹².

Bildirim içerik itibarıyla, üçüncü kişinin iddia ve talebini ortaya koyması ve bu iddianın savuşturulması talebini taşıması gerektiği kabul edilmektedir²¹³. Şekil bakımından ise, herhangi bir geçerlilik şekli aranmamış olsa da; ortakların tacir olması halinde, daha önce de değindiğimiz TTK m.18/f.III hükmünün ve bu hükme ilişkin tartışmaların gündeme gelebileceğini hatırlatmak isteriz²¹⁴.

Bildirim, katılım payını getiren ortağa yapılması gerekmektedir. Kullanma hakkının getirilmesi halinde, şey üzerindeki mülkiyet sahibinin bu ortak yerine ortaklık dışı bir başka kişi olması durumunda dahi bildirim muhatabı ortaktır²¹⁵. Bildirim kimin tarafından yapılması gerektiği meselesine gelince, yine ayıptan sorumluluk bahsinde de değindiğimiz üzere, kanaatimizce, her ortağın tek başına katılım payının ifasını ortaklığa isteme hakkına bağlı olarak, zapttan sorumluluk kapsamında yapılacak bildirim de bütün ortaklarca yapılması gerekmeyip, tek bir ortak tarafından yapılacak bildirim dahi yeterli olacağı kabul edilmek gerekir.

C. Alacak Hakkının Getirilmesi Halinde Sorumluluk

Katılım payının bir alacak hakkının getirilmesinden ibaret olabileceği ve devir borçlusunun garanti yükümlülüğünün TBK m.191 ile özel olarak düzenlendiği düşünüldüğünde, bu hususa ilişkin değerlendirmeyi de ayrıca yapmak gerekir.

²¹¹ İnceoğlu, **Kira**, s. 248; Acar, **Kira**, m. 309, N. 49.

²¹² Günel, **a.g.e.**, s. 158.

²¹³ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 429; Acar, **Kira**, m. 309, N. 47. Bu yazarlarca da belirtildiği üzere, bu bağlamda, dava dilekçesinin tebliğinin bildirim bakımından yeterli olacağı kabul edilmektedir.

²¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm I B 2.

²¹⁵ Kira sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı değerlendirme bağlamında *Acar*'a göre bu hallerde, üçüncü kişinin hak iddiasına esas cevap verecek olan kişi kiraya verenden ziyade malik olduğundan, aksine anlaşmayla, bildirim kiraya veren yerine malike veya ikisine birlikte yapılacağı kararlaştırılabilir. Buna göre adi ortaklık sözleşmesi kapsamında da, ortakların aksini kararlaştırabileceği kabul edilebilir. Bkz. Acar, **Kira**, m. 309, N. 51.

Esasen borcun konusunun alacak hakkı olması durumunda hangi hükümlerin uygulama bulacağı noktasında üç ihtimal belirlemektedir²¹⁶. Bunlardan ilki belirttiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında ivazlı devirler bakımından öngörülmüş olan TBK m.191 hükmüdür. İkincisi, Türk Ticaret Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer alan, ticaret şirketlerine ilişkin olarak vazedilmiş bulunan TTK m.130'dur. Üçüncü olarak ise, TBK m.621/f.III atfındaki "mülkiyetin getirilmesi" ifadesinin geniş anlaşılması halinde muhtemel olacak satışa ilişkin ayıptan ve zapttan sorumluluk hükümleridir.

Ayıptan ve zaptan sorumluluğu yukarıda incelemiştik. TBK m.191'e göre ise; "*Alacak bir edim karşılığı²¹⁷ olarak devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur*". Her ikisinin de hukuki niteliğinin garanti sorumluluğuna dayanması ve sorumluluğu doğuran olguların benzeşmesi itibarıyla, TBK m.191 ile ayıptan ve zapttan sorumluluk hükümlerinin ortak bir yönü bulunsa da, bu durumun benzeşmeden öte bir anlam ifade etmediği ve alacak hakları bakımından TBK m.191 hükmünün özel nitelikte olduğu kabul edilmektedir²¹⁸. Bu durumda, kural olarak, alacak hakkının getirilmesi halinde garanti sorumluluğu ayıba ve zapta değil, TBK m.191 hükmüne dayalı olarak doğar.

²¹⁶ Elbette bu ihtimaller alacağın devri bağlamındaki garanti yükümlülüğüne ilişkindir. Alacağın varlığı dışındaki bir sebeple devrin geçersiz olması halinde devir borçlusunun sorumluluğu genel kurallar çerçevesinde belirlenir. Örneğin; devri mümkün olmayan ve bu bağlamda katılım payı olarak da getirilmeye uygun olmayan bir alacağın ortaklığa getirilmesi halinde, ortaya çıkan zararın genel kurallar uyarınca tazmin edilmesi gerekir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 2, N. 1799.

²¹⁷ Görüldüğü üzere garanti yükümlülüğü ancak ivazlı devirlerde söz konusu olabilmektedir. Bu düzenlemenin temel mantığı herhangi bir karşı edim borçlanmaksızın alacağı devralan kimsenin alacağın varlığı ve tahsil edilebilirliği risklerini de üstlenmiş sayılmasının adil olacağı düşüncesidir (Oğuzman/Öz, C. 2, N. 1795). Adi ortaklıkta teknik anlamda bir ivaz olmadığı halde, çoğu zaman ortaklıkça elde edilmesi hedeflenen bir menfaat bulunmaktadır. Her ne kadar ortaklık sözleşmesi bu menfaatin elde edilmesi yönünden bir kesinlik vaatmese, sözgelimi ortaklığın zarar etmesi halinde ortaklara dağıtılacak herhangi bir kazançtan bahsedilemese de bu riske rağmen tarafları ortaklık sözleşmesi yapmak üzere bir araya getiren itki o menfaatin elde edileceği inancıdır. Dahası, ortak amaca ve böylece elde edilecek menfaate ulaşma yolunda katılım payının önemi düşünüldüğünde, böyle bir riski üstlenen ortakların bir de alacağın varlığı ve tahsil edilebilirliği konusundaki riski üstlenmesini beklemek son derece manasız olur. Böyle bir yorum, ne alacağın devriyle ilgili hükmün amacıyla ne de adi ortaklık sözleşmesinin amacıyla bağdaşır.

²¹⁸ *Engin*'in belirttiği üzere, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması nitelik eksikliği nedeniyle maddi ayıba; alacağın varlığına ilişkin eksiklik ise, zapt olgusunu anımsatmaktadır. Yazar devamında ifade etmektedir ki, borçlunun ödeme gücü devir konusu alacağa ilişkin bir maddi ayıp olmadığı gibi, alacağın varlığı da üçüncü kişilerin ileri sürebileceği üstün hak iddiaları ile ilgili değildir. Ayrıca, ayıptan sorumluluktaki gözden geçirme külfeti düşünüldüğünde yapısal olarak da bir bağdaşmazlık

Bununla birlikte ticaret ortaklıklarına ilişkin olarak TTK m.130 ile, alacağını sermaye olarak ortaklığa getirmiş olan ortağın, alacak ortaklıkça tahsil edilmedikçe sermaye koyma borcunu ifa etmiş sayılmayacağı düzenlenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında, alacak için bir vadenin mevcut bulunduğu hallerde bu vadeden; bir vadenin olmadığı hallerde ise, ortaklık sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde alacağın tahsil edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Hükümün üçüncü fıkrasına göre, bu süre içinde her ne sebeple olursa olsun tahsil edilmeyen alacaklara, gecikmeden dolayı ortaklığın tazminat hakları da saklı kalarak, sürenin bitiminden itibaren temerrüt faizi işleyecektir. Öğretide, bu düzenlemenin adı ortaklık sözleşmesinde de kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir²¹⁹. Hatta, hem TBK m.191 hem de TTK m.130 düzenlemesinin uygulanabileceği görüşüne de rastlanmaktadır²²⁰.

Bu görüşler hakkındaki kanaatimizi belirtmeden önce ifade etmeliyiz ki, görüldüğü üzere, TBK m.191 alacağın devriyle borcu ifa edilmiş sayan, ancak, alacağın tahsili yönünden devredeni garanti yükümlülüğü altında tutan bir hüküm olmasına karşın; TTK m.130'a göre alacak tahsil edilmediği sürece, yalnızca ortaklığa devirle borç ifa edilmiş sayılmamaktadır. Bu bakımdan, TTK m.130 hükmü tek başına, TBK m.191 anlamında garanti yükümlülüğü öngören bir tekeffül düzenlemesi değildir²²¹. Bu hüküm yalnızca, alacağın devri içerikli sermaye koyma borcunun hangi

olduğu açıktır. Ancak yazar, alacak üzerinde intifa ve rehin hakkı gibi sınırlı ayni hakların ileri sürülmesi halinde zapt olgusundan bahsedilebileceği ihtimaline de işaret etmiştir. O halde, alacak hakkının getirilmesi halinde zapt hükümleri çok istisnaen uygulama bulabilecektir. Netice olarak, alacak hakkının borçlanılması halinde garanti sorumluluğunu gündeme getiren olgular pek çok zaman maddi şeylerin borçlanılması hali ile farklıdır ve bu anlamda TBK m.191'i ilgilendirir. Detaylı açıklamaları için bkz. Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 67 vd. ve s. 91; Oğuzman/Öz, **C. 2**, N. 1805.

²¹⁹ Yongalık, **a.g.e.**, s. 56; Barlas, **a.g.e.**, s. 119; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 33.

²²⁰ Şener, **a.g.e.**, s. 202-203. Yazarın, her iki hükmün de adi ortaklıkta uygulama alanı bulacağını belirttiği ifadelerinden iki hükmün de uygulanmasının değerlendirilebileceğini mi, yoksa iki hükmün yarışacağını mı kastettiği anlaşılamamaktadır. Bu iki hüküm de uygulanma kabiliyetine sahip olup hangisinin uygulanmasının yerinde olacağı tartışılabilir olmakla beraber, birazdan açıklayacağımız üzere, meseleye tamamen farklı birer denklem oluşturarak yaklaştığından iki hükmün yarışmasından bahsedilemez.

²²¹ Belirtmemiz gerekir ki, ticaret şirketleri açısından, yine de öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte, söz konusu hükmün garanti yükümlülüğü öngördüğü kabul edilmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, hükmün bu niteliği tek başına kendisinden ileri gelmemektedir. Ticaret şirketleri bağlamındaki öngörünün dayanağı aslında, TTK m.131/II'nin gereği olarak, hakların şirket sözleşmesinde borçlanılmasıyla beraber şirkete kanunen devrinin de gerçekleştiğinin kabul edilmesinden ileri gelir.

halde ifa edilmiş sayılacağına ve ifa edilmemesine bağlı olarak işleyecek temerrüt faizine ilişkindir. Özetle, TBK m.191'e göre alacağın tahsil edilememesi, devir borcunu ifa eden devredenin garanti sorumluluğunu ilgilendirirken; TTK m.130'da bizzat sermaye koyma borcunun ifa edilmemiş kabul edilmesine bağlanan bir sorumluluk söz konusudur. Dolayısıyla, bu hükümlerden birinin garanti sorumluluğuna, diğerinin ise ifa etmemeye dayalı olarak düzenlenmiş olması nedeniyle ikisi arasında bir yarışmanın olması mümkün değildir. Bu bakımdan, bu iki hükümden hangisinin uygulanacağını belirlemek gerekir.

Kanaatimizce, ticaret ortaklıkları için özel ve istisnai nitelik arz eden TTK m.130, açıklayacağımız nedenlerle adi ortaklıkta uygulanmaya elverişli değildir. Öncelikle söz konusu hüküm, kullanılan "tahsil" ifadelerinden ve sonucun "temerrüt faizi" olarak öngörülmesinden anlaşılacağı üzere, yalnızca alacak hakkının içeriğinde para olması hali için anlam ifade etmektedir²²². Bu durumda, TTK m.130'un para dışında bir alacağın borçlanıldığı haller bakımından uygulanma kabiliyetinin olmadığını tespit etmek gerekir. Şu halde, bu hükmün yalnızca para alacakları bakımından kıyasen uygulanması düşünülebilir. Esasen, TTK m.130'un, para alacakları bakımından tahsil edilememeye temerrüt faizi sonucunu bağlaması, anlamlı ve ortaklığın da menfaatinedir. Ancak kanaatimizce, hüküm düzenlenişi itibariyle ticaret ortaklıklarına yöneliktir. Hükmün ikinci fıkrasıyla muaccel alacaklara tahsil edilmesi yönünden bir ay süre tanınması buna işaret eder niteliktedir. Şöyle ki, ticaret ortaklıklarının adi ortaklıktan farklı olarak genellikle kalıcı ve daha uzun süreli olmaya yönelik olarak kurulması karşısında, bir aylık süre çoğu zaman çok küçük bir zaman

Yani ticaret şirketlerinde, kanuni devre bağlı olarak gerçekleşen ifaya rağmen alacağın tahsil edilmemesi riski garanti altına alınmış vaziyettedir. Ancak, TTK m.131/II ticaret şirketleri için getirilmiş son derece istisnai nitelikte bir düzenlemedir. Bu hükmün, adi ortaklık bakımından da uygulanabileceğini ileri sürmenin imkanı, kanaatimizce, bulunmamaktadır. Kural olarak, kuruluşu bakımından hiçbir şekil prosedürü gerektirmeyen adi ortaklık bakımından da kanuni devir olgusunun kabul edilmesi mümkün değildir. TTK m.130'un ise, TTK m.131/II hükmü ile birlikte ele alınmaksızın, tek başına garanti yükümlülüğü öngördüğü, kanaatimizce, söylenemez. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Fatih Arıcı, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 100 vd. ve s. 121 vd.

²²² Arıcı, **a.g.e.**, s. 125 ve s. 145-146. Yazara göre, söz konusu hükmün para dışındaki alacaklar bakımından da kıyasen uygulanabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, yazar tarafından da belirtildiği üzere, ticaret şirketlerinde sermaye taahhüdü aşamasında değer tespiti zorunlu olduğundan, bu uygulama böyle bir zorunluluğun bulunmadığı adi ortaklık açısından pek işlevsel olmayabilir. Ayrıca, yukarıda açıkladığımız üzere, hükmün adi ortaklıkta uygulanışına ilişkin menfi kanaatimizin esas gerekçesi de başkadır.

dilimini ifade eder. Ancak adi ortaklık bakımından bu tür süreler belirlemek sakıncalıdır. Zira, adi ortaklık uzun süreli olabildiği kadar, çok daha kısa süreler gerektiren ortak amaçlara yönelik olarak da kurulabilir. Bu nedenle, TTK m.130'un ticaret şirketleri için öngörülen bir özel hüküm olduğu ve örneksenmeye uygun olmadığı ortadadır. Söz konusu hükmün, TBK m.191 ile yarışmalı olarak uygulanabilmesi de, hemen yukarıda bahsettiğimiz üzere, mümkün değildir.

III. İmkansızlık

A. Giriş

Bir ifa engeli olarak imkansızlık, borca aykırılık türleri arasında temel bir konumda durmaktadır. Hem onun bu öznenen bağımsızlaşmış varlık bulan yapısının ve hem de aslında bu varlığın “ifanın hiçliğini” ifade ediyor oluşunun doğası gereğidir ki; imkansızlık, diğer borca aykırılık türlerinin aksine, belirli şartların yerine getirilmesiyle hukuki bir görünüş kazanıp onlar gibi çok seçenekli bir sonuç meydana getirmez. Borçlunun sorumlu olup olmamasına göre, imkansızlığa yasa bağlanan sonuç bellidir²²³. Bununla birlikte, meydana gelen olgunun hukuken imkansızlık olarak nitelendirilmesi, yani imkansızlığın kavramsal çerçevesi son derece karmaşık ve tartışmalıdır.

Biz meydana getirdiği sonucu incelemeyi bir sonraki bölüme bırakarak, burada imkansızlığın bu kavramsal çerçevesini aktarmaya çalışacak ve katılım payı olabilecek edimlerin çeşitliliğini dikkate alarak bir incelemede bulunacağız.

B. İmkansızlığın Genel Çerçevesi

İmkansızlık söz konusu olunca netleştirilmesi gereken ilk husus imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından önce mi, yoksa sonra mı meydana geldiğidir²²⁴. Zira,

²²³ Borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık TBK m.136 hükmü ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık ise, doğrudan imkansızlıktan bahsedilerek ele alınmamış, ancak meseleye borca aykırılığa ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m.112'de “borcun hiç ifası” denilmek suretiyle işaret edilmiştir.

²²⁴ Aslında Kanun'da bu ayrım bakımından referans alınan “sözleşmenin kurulması anı” açıklıkla ifade edilmiş değildir. Bu bakımdan, öğretide bu anla ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da yaygın ve yerleşmiş kanaat sözleşmenin kurulduğu anı dikkate almak gerektiği yönündedir. Detaylı bilgi için bkz. Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki**

sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelen (baştaki) imkansızlık, “sözleşmenin konusundaki imkansızlık” olarak adlandırılmakta ve TBK m.27 hükmü gereğince sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır²²⁵; “ifa imkansızlığı” olarak anılan sözleşmenin kurulmasından sonra gelişen (sonraki) imkansızlık ise, TBK m.112 veya m.136 hükmünü ilgilendirmektedir. Belirtelim ki, baştaki imkansızlığın geçersizlik sonucunu doğurduğundan bahsedebilmek için bunun objektif²²⁶ nitelikte olması gerekmektedir²²⁷. Başta da olsa sübjektif imkansızlık, sözleşmenin geçerliliğini etkilememekte ve sonraki imkansızlık hükümlerine tabi tutulmakta, yani ifa imkansızlığı olarak sayılmaktadır²²⁸. Bizim buradaki konumuz da sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu, ancak ifa imkansızlığı olarak değerlendirilen hallerdir.

İmkansızlık kavramına ilişkin herhangi bir tanım Kanun’da yer almamış, yalnızca sonuçları düzenlenmiştir. Yetersiz ama basitçe bir ifadeyle imkansızlık, alacaklının aynen ifa talebinin bertaraf edilemeyen bir ifa engeli²²⁹ nedeniyle sekteye

Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 94; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 76.

²²⁵ Adi ortaklıkta sözleşmenin hükümsüzlüğüyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 95 vd. Ayrıca sözleşmenin şekli bahsindeki geçersizlikle ilgili açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm III C b i (ii).

²²⁶ Objektif ve sübjektif imkansızlığın ele alınışı konusunda öğretilerde farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Yargıtay’ın ve öğretilerde çoğunluğun esas aldığı kriter, borcun ifasının üçüncü kişiler tarafından mümkün olup olmadığıdır. Buna göre borcun borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından da ifasının imkansız olmasında objektif, aksi halde sübjektif imkansızlıktan bahsedilmelidir. Bir başka görüş ise bu kriteri, imkansızlığın borçludan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti olarak belirlemektedir. *Gündoğdu*’nun da belirttiği gibi, iki görüş arasındaki esas farklılık borçlunun şahsının önem taşıdığı edimler bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu nitelikteki edimler için birinci görüş bakımından objektif, ikinci görüş bakımından ise sübjektif imkansızlık söz konusu olmalıdır. Öğretilerde yaygın kanaat ve Yargıtay’ın da fikri bu edimler bakımından objektif imkansızlığın söz konusu olduğu yönündedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Gündoğdu*, **a.g.e.**, s. 128 vd.

²²⁷ Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 289; Serozan, **İfa**, §14 N. 9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 329; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar**, s. 404; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 179; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara, 2005, s.103.

²²⁸ Sonraki imkansızlık bakımından ise objektif-sübjektif imkansızlık ayrımının önemli olmadığı öğretilerde yerleşmiş haldedir (Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1465; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar**, s. 904; Serozan, **İfa**, §15 N. 1). Bununla birlikte sübjektif imkansızlık halini gerçek bir imkansızlık hali olarak kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır (Dural, **a.g.e.**, s. 121; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 118; Aydıncık, **a.g.e.**, s. 36). Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. *Gündoğdu*, **a.g.e.**, s. 145 vd.

²²⁹ Öğretilerde genel olarak kabul edildiği üzere; bu engel, mantık kurallarına aykırılık, fiili imkansızlık veya hukuki bir sınırlama nedeniyle mümkün olmama (hukuki imkansızlık) şeklinde görünebilir. Bu teorik ayrıma ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. *Gündoğdu*, **a.g.e.**, s. 83 vd. ve s. 124 vd.

uğraması olarak tanımlanabilir. Aynen ifanın sekteye uğrayıp uğramadığı öğretide çoğunlukla borçlu açısından değerlendirilmiş; ifa imkansızlığı, borçlunun sözleşmeyle borçlandığı edimi ifa edemiyor oluşu şeklinde formüle edilmiştir. Buna karşı öğretide²³⁰, imkansızlığın alacaklı açısından değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu bakış açısına göre, borçlunun ifa edebildiği halde ifadan kaçındığı, ancak edimin cebri icrası da mümkün olmadığı için alacaklının çaresiz kaldığı haller de imkansızlık kavramına dahil olarak ele alınmıştır. Bu iki yaklaşım aşağıda değineceğimiz üzere, özellikle yapma borçlarıyla ilgili olarak belirgin bir farklılık yaratmıştır.

Bahsettiğimiz bu sekteye uğrama halinin imkansızlığa sebebiyet verebilmesi için, kural olarak, sürekli nitelik arz etmesi gerekir. Bu durumda artık borcun ifası imkanı ortadan kalkarak, imkansızlık kesinleşir. Ancak geçici nitelikteki imkansızlık, geç ifa ihtimali dolayısıyla temerrüt gelişimine de kapı aralar. İmkansızlığın geçici ya da sürekli niteliğini tespitin tereddüt yarattığı bir halde, tarafların iradesi dikkate alındığında ve somut olayın şartlarında dürüstlük kuralı gereğince geç ifanın kabul edilebilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir²³¹. Buna göre, imkansızlığın ne zaman sona ereceğinin öngörülemediği veya öngörülmekle birlikte alacaklıdan bu sürenin sonuna kadar sabretmesinin beklenemeyeceği hallerde imkansızlık hükümlerinin uygulama bulması gerektiği kabul edilmektedir²³². Esasen geçici olup da, bu nedenlerle sürekli nitelik arz ettiği düşünülen imkansızlığın sonradan ortadan kalkıp ifanın mümkün hale gelmesi olasılığında ise, hukuki durumun akıbetiyle ilgili öğretide çeşitli fikirler bulunmakla birlikte, genel itibarıyla, bu halde ilk öncelikle imkansızlık hükümlerinin uygulama bulacağı kabul edilmektedir²³³.

²³⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1455 vd.

²³¹ Gündoğdu, a.g.e., s. 103.

²³² Öğretideki tartışmalarla ilgili olarak bkz. Gündoğdu, a.g.e., s. 106 vd.

²³³ *Gündoğdu* ve orada dn. 201'de anılan yazarlar bu halde borç ilişkisinin imkansızlık nedeniyle sona ereceği fikrindedir. *Oğuzman/Öz* ve *von Tuhr* ise meseleyi, imkansızlığın söz konusu olduğu sırada imkansızlık hükümlerine dayanılıp dayanılmadığı açısından ele almıştır. Ayrıca *Öz*'e göre, imkansızlığa dayanılmamış iken imkansızlığın sonradan son bulması ihtimalinde ifanın borçlu tarafından teklifi ve alacaklı tarafından talep edilmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyorsa, yine borç ilişkisinin imkansızlık nedeniyle sona erdiği kabul edilmelidir. Bkz. Gündoğdu, a.g.e., s. 112-113; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1488; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, İstanbul, Yeni Matbaası, 1952, s. 96-97; Öz, **Eser**, s. 165. Karş. Dural, a.g.e., s. 109.

Genus non perit (nev'i telef olmaz) ilkesi gereğince çeşit (nev'i, tür, cins) borçlarında, kural olarak, borçlunun sınırsız tedarik yükümlülüğü altında olması nedeniyle imkansızlığın söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Buna göre imkansızlık, genellikle, parça borçları ve sınırlı çeşit borçları bakımından ortaya çıkar. Bununla birlikte belirtelim ki, çeşit borçları açısından da imkansızlığın ortaya çıktığı durumlarla karşılaşılabilmesi mümkündür. Örneğin TBK m.621/f.III'ün atfıyla mülkiyetin getirilmesi halinde adi ortaklıkta da uygulama bulabilen satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olan TBK m.208'in 3. fıkrasında mesafe satışlarında hasarın şeyin taşıyıcıya teslim edilmesiyle alıcıya (adi ortaklıkta ortaklığa) geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, çeşit borcu da olsa bu andan sonra edimin zayi olması halinde, borçlu borcundan kurtulmuş olacak ve edime gelen hasara alacaklı katlanacaktır. Adi ortaklıkta getirilen katılım payının taraflarca gönderme borcu olarak tayin edilmesi halinde işte bu sonuç gereğince çeşit borcunda gelişen imkansızlık nedeniyle borçlu ortağın çeşitten tedarik yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

C. Edim Türleri Açısından İmkansızlık

1. Verme Edimi Bakımından

Yukarıda incelediğimiz üzere adi ortaklığa getirilen katılım payının para, mal ve hak olması halinde verme ediminden söz edilir. Para ve mal getirilmesi bakımından imkansızlığın genel çerçevesinin dışında özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, mal getirilmesi halinde borçlunun tedarik yükümlülüğünün devam ettiğinden bahsedilemediği takdirde imkansızlık hükümleri uygulama bulur. Para borçlarında ise, borçlanılan edim bir değer olduğundan, kural olarak imkansızlığın söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir²³⁴. Ancak hakkın getirilmesinin katılım payı

²³⁴ Bununla birlikte bazı istisnai hallerde para borçları açısından da imkansızlıkla karşılaşılabılır. Bunların başında paranın bir değer olarak değil de parça borcuna konu olacak şekilde borçlanılması gelir. Bunun dışında, borcun mutlaka belirli para çeşidiyle ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde bu çeşidin ortadan kalkması halinde imkansızlığın gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Ekleme gerekir ki, aynen ödeme zorunluluğunun kararlaştırılmadığı yabancı para borçları bakımından, TBK m.99/II'de borçluya tanınan seçimlik yetkinin gereği olarak borçlunun imkansızlaşan yabancı para yerine memleket parasıyla ödemede bulunmak zorunda olmadığı düşünülecekse de, tarafların bu durumu bilselerdi borcu memleket parası üzerinden kararlaştıracakları söylenebildiğinden imkansızlığın söz konusu olmayacağı, borçlunun borcunun memleket parası üzerinden devam ettiği kabul edilmelidir. Bkz. Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 179 vd.

borcuna konu edilmesi halinde, alacak hakkının devrine ilişkin olan TBK m.191 hükmü meseleyi ayrıca incelemeyi gerektirir.

Alacak hakları bağlamında imkansızlık, bu alacağın gerçekte mevcut olmaması halinde söz konusu olur. Alacak hakkının mevcut olmamasından ise ya bu hakkın hiç doğmamış olması ya da sona ermiş olması halinde bahsedilebilir. TBK m.191 uyarınca devir borçlusunu, ivazlı temlikler bakımından, alacağın varlığını garanti yükümlülüğü altında tutulduğundan imkansızlık meselesini de bu hüküm ile birlikte düşünmek gerekir. Zira bu düzenleme ile, alacağın devrinin imkansız olması da devir borçlusunun garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Böylece imkansızlıktaki gibi bir kusur değerlendirmesi gerekmeksizin devir borçlusunun kusursuz sorumluluğu öngörülmüştür. Bu anlamda, alacak hakları bakımından gelişen imkansızlık olgusu çoğu zaman TBK m.191 hükmünü aktive etmektedir. Bununla birlikte, imkansızlık hükümlerinin uygulama bulabileceği ihtimallerden de söz etmek mümkündür.

Her ne kadar TBK m.191 ile “temlik edenin” sorumluluğundan bahsedilmekle, tasarruf işlemi referans alınmış olsa da aslında, bu sorumluluğun esas itibarıyla temlikin hukuki sebebi olan borçlandırıcı işleme dayandığı kabul edilmektedir²³⁵. Dolayısıyla alacak hakları bakımından da imkansızlık olgusunu öncelikle sözleşmenin kurulduğu anı dikkate alarak değerlendirmek gerekir. Bilindiği üzere, TBK m.27 gereğince, sözleşmenin kurulması anı sırasında mevcut olan objektif imkansızlık geçersizlik sonucunu doğurmaktaydı. Ancak alacak hakları bakımından bu durumda TBK m.27 değil, TBK m.191 uygulama bulur²³⁶.

Sonraki imkansızlık halinde ise, uygulama bulacak hükmü tayin eden olgu, alacağın temlik edilip edilmediğidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra mevcudiyeti

²³⁵ Engin, **a.g.e.**, s. 63 vd.

²³⁶ Bu sonuç öğretide oybirliği ile kabul edilmekle birlikte gerekçelerde farklılık bulunmaktadır. Alacak hakkının mevcut olmamasını objektif imkansızlık teorisi bağlamında ele alan yazarlarca TBK m.191 hükmü ile, alacak hakları bakımından TBK m.27 hükmüne bir istisna getirilmiş durumdadır. Ortada bir istisna olmadığı fikrindekiler ise, objektif imkansızlığı dar ele almakta (mutlak imkansızlık teorisi) ya da burada bir sübjektif imkansızlık hali olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak kesin olan şudur ki, alacak hakları bakımından baştaki imkansızlık sübjektif de olsa objektif de olsa TBK m.27 hükmünce sözleşme geçersiz olmayıp, TBK m.191 uygulama bulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 75 vd.

son bulan alacağın, temlike konu edilmemesi halinde TBK m.191 değil, imkansızlık hükümleri (TBK m.112 veya m.136) uygulama bulur. Bu halde, imkansızlık sonradan meydana geldiğinden borçluyu bu imkansızlığa rağmen sözleşmeyi akdettiği gerekçesiyle sorumlu tutmak zaten mümkün değildir. Borçlu bu imkansızlığa rağmen temlik işlemini gerçekleştirmediyse, TBK m.191 hükmünün uygulanması için yine bir neden yoktur. O halde, alacak hakları bakımından imkansızlık hükümleri ancak sonraki imkansızlık olgusu bakımından, devrin gerçekleştirilmediği kurguda anlam taşımaktadır.

Eklemek gerekir ki, getirilen alacağın varlığıyla ilgili değil de bu hakkın bizatihi bir hak olarak var oluşuyla ya da devir kabiliyetiyle ilgili bir husus söz konusu ise bu durumda hiç şüphesiz imkansızlıktan bahsedilmelidir²³⁷. Bu nedenle, şahsa sıkı surette bağlı haklar, eşyaya bağlı haklar gibi hakların borçlanılması imkansızlığa sebebiyet verir²³⁸.

2. Yapma Edimi Bakımından

Yapma borçları açısından imkansızlıkta önem arz eden ilk husus, yapma borcunun borçlunun şahsına bağlı nitelikte olup olmadığıdır. Genel olarak kabul edilen odur ki, borçlu şahsına bağlı nitelikteki bir yapma borcunu ifa etmediğinde, borcun başkası tarafından ifası mümkün olmadığından objektif imkansızlık meydana gelir²³⁹. Bu durumda borçlunun sorumlu olup olmamasına göre TBK m.112 veya 136 hükmü uygulama bulur. Ancak borçlunun şahsının önem taşımadığı yapma borçlarında, başka bir kimse vasıtasıyla da ifa sağlanabileceğinden²⁴⁰ ortada bir imkansızlık olup olmadığı ve bu hallerde uygulama bulan TBK m.113 hükmünün niteliği tartışmalıdır. İmkansızlığı borçlu açısından ele alan hakim görüş, bu halde bir imkansızlık olmadığını kabul ederek TBK m.113'ü üçüncü bir kişi vasıtasıyla da olsa ifayı hedef tutan bir hüküm olarak ve temerrüt ile beraber ele almaktadır. Buna karşılık,

²³⁷ Engin, **a.g.e.**, s. 84.

²³⁸ Hakların katılım payı getirme borcuna konu edilmeye elverişliliğiyle ilgili açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm III C 2 c ii.

²³⁹ Objektif ve sübjektif imkansızlık ayrımını farklı kriterleri esas alarak değerlendiren görüşler için bkz. Aydınçık, **a.g.e.**, s. 29, dn. 98.

²⁴⁰ Elbette bunun için ortada objektif bir imkansızlık olmaması gerekir. Bu haller bakımından sübjektif imkansızlık kavramının ne ifade ettiğine ilişkin olarak ise bkz. Aydınçık, **a.g.e.**, s. 30 vd.

imkansızlığı alacaklı açısından değerlendiren görüş uyarınca, burada imkansızlıktan bahsedilmeli ve TBK m.113 de bu doğrultuda bir tazminat hükmü olarak anlaşılmalıdır. Bu iki yaklaşım arasındaki en önemli farklılık ise, birinci görüş uyarınca TBK m.113'e dayalı olarak istenen nama ifa bedeli açısından borçlunun kusuru gerekmediği halde, ikinci görüşün hükmü bir tazminat hükmü olarak ele alınmasının sonucu olarak borçlunun kusurunun bulunması gerektiğidir.

Yapma borcunun bir eser meydana getirme içerikli olması halinde eser sözleşmesine ilişkin TBK m.486'nın uygulama bulup bulamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu hükümde, yüklenicinin borcu şahsına bağlı nitelikteyse, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona ereceği kabul edilmiştir. Hükümün karşıt anlamından ise, yüklenicinin şahsının önemli olmadığı durumda sözleşmenin sona ermeyeceği, dolayısıyla borcun yüklenicinin mirasçıları açısından devam edeceği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtelim ki, adi ortaklıkta ortaklardan birinin ölmesi, sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm bulunmadığı sürece, bir sona erme sebebi (TBK m.639/b.2)²⁴¹. Sözleşmede bu yönde bir hüküm olması halinde ise, bu durum mirasçılar bakımından bir çıkma ve çıkarılma sebebi olarak öngörülmüştür (TBK m.633). Bu durumda şahsına bağlı olsun olmasın, borçlu ortağın ölmesi halinde zaten ortaklık da sona ereceğinden onun borcunun devam ettiğinden söz edilemez. Ancak sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm bulunduğu takdirde, mirasçıların çıkma ve çıkarılması da söz konusu değilse, şahsa bağlı bir edim olması sebebiyle sona ermediği sürece borç, mirasçılar bakımından devam edecektir.

Yapma borçları kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus ise irade beyanında bulunmanın borçlanıldığı hallerdir. Bilindiği üzere borçlunun irade beyanında bulunma borcunu yerine getirmemesi haline ilişkin bizim mevzuatımızda açık bir hüküm bulunmamasına karşılık, MK. m.716 ve TBK m.185 hükümlerinden kıyasen yararlanmak suretiyle, bu hallerde hakimin borçlunun irade beyanı yerine

²⁴¹ Konuyla ilgili olarak bkz. Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 101-102.

geçen bir karar verebileceği ilke olarak kabul edilmektedir²⁴². Adi ortaklık bağlamında bu durum, katılım payı olarak taşınmaz mülkiyeti getirilmesinin tapuda düzenlenmesi gereken bir önsözleşme ile ve alacak getirilmesinin borçlanılması halinde önem taşımaktadır. Yoksa, bir ortağın ortaklık dışında bir başkasına yönelik olarak irade beyanında bulunmayı borçlanması halinde buradaki anlamda bir irade beyanında bulunma borcunun bulunduğu söz edilemez. Burada söz konusu olan irade beyanında bulunmanın doğrudan alacaklı ile borçlu arasında etki göstermesi halidir.

3. Yapmama Edimi Bakımından

Yapmama borcuna aykırı davranılmasının²⁴³ sonuçları, yapma borcundaki gibi öğretide tartışmalıdır. Yukarıda da bahsettiğimiz, borcun ifası imkanını alacaklı açısından değerlendiren azınlık görüş uyarınca, yapmama borcuna aykırılık halinde borçlunun ifanın cebri icra ile elde edilme imkanı olmadığı için bu hallerde ifanın imkansızlaştığından bahsedilmelidir²⁴⁴. Buna karşılık yaygın kanaat, yapmama borcunda mutlak olarak imkansızlıktan bahsedilemeyeceği yönündedir.

TBK m.113, yapma borcunun ardından, ikinci ve üçüncü fıkralarda yapmama borcuna aykırılık haline ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu hükümler uyarınca, yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun, neden olduğu zararı giderme yükümlü olduğu ifade edildikten sonra alacaklıya borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafı borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bahsettiğimiz görüşler çerçevesinde bu düzenlemeye atfedilen anlam farklıdır. Hakim görüş, bu hükmün yapmama borçlarına aykırılık halinde aynen ifanın talep edilmesine²⁴⁵ engel olmadığı yönündeyken, aksi

²⁴² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 326; Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 591; Tandoğan, **C. I/1**, s. 254 vd. Buna karşılık irade beyanında bulunma borcunda imkansızlık söz konusu olacağı görüşü için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 147.

²⁴³ Yapmama borcunda imkansızlığın doğrudan “borca aykırılık” ile açıklanmasının nedeni, bu hallerde imkansızlığın çoğu zaman borca aykırı davranışın sonucu olarak ortaya çıkıyor olmasıdır. Bu tür borçlar bakımından, verme ve yapma borçlarındaki gibi imkansızlık sebebiyle borcun ifa edilemediği hallerle karşılaşmak istisnaen söz konusu olmaktadır. Örneğin, genel kurulda oy kullanmama taahhüdünün toplantı yapılmaması sebebiyle imkansızlaşması halinde durum bu şekildedir. Bkz. Dural, **a.g.e.**, s. 153 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 68.

²⁴⁴ Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1242.

²⁴⁵ Bununla birlikte aynen ifa talebinin mümkün olduğunu savunan yazarlar arasında da yapmama borçlarında borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir

görüŖe göre bu hükmü imkansızlığın sonucu olarak ortaya çıkan tazminat talebine ilişkin özel bir hüküm olarak okumak gerekir.

Ancak belirtelim ki, yapmama borcunun ani edimli nitelikte olması halinde borca aykırılığın giderilmesi artık mümkün olamayacağından bu hallerde tereddütsüz imkansızlık meydana gelecektir²⁴⁶. Örneğin; katılım payının bir sır saklama, ihaleye katılmama edimi tarzında borçlanılmış olması halinde durum bu şekildedir.

Üçüncü Bölüm

Katılım Payı Getirme Borcuna Aykırılığın Sonuçları

I. Giriş

Adi ortaklık sözleşmesi hükümleri arasında katılım payı getirme borcuna herhangi bir şekilde aykırılığın sonuçları doğrudan düzenlenmiş değildir. Bu hükümler arasında katılım payı getirme borcuna aykırılık odaklı olarak yer alan ve bizim de çalışmamızın çizgisinde genel hatlardan birini oluşturan tek hüküm, ayıptan ve zapttan sorumluluğu hüküm içi boşluk olarak nitelendirilebilecek şekilde, satış ve kira sözleşmesi hükümlerine yollama yaparak ele alan TBK m.621/f.III düzenlemesidir. Ancak bunun ötesinde, adi ortaklık sözleşmesi hükümleri arasında yer alan iki özel hükmün katılım payı getirme borcuna aykırılık halinde uygulama bulması pek

görüŖe göre, ifa zamanının borcun esaslı bir unsuru olmadığı ve bununla birlikte bir defalık borca aykırılığın borç ilişkisinin temelindeki güven ilişkisini temelinden sarsmadığı hallerde temerrüt hükümleri uygulanabilmelidir (Dural, **a.g.e.**, s. 155 vd.; Mustafa Dural, “Akitten Doğan Yapmama Borçları” **İÜMHAD**, C. 4, Sy. 6, s. 7-22, 1970, s. 19; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 522 vd.). Bir başka görüş ise, temerrüt hükümlerine dayanılabileceği gibi, kusurlu imkansızlıkta olduğu gibi olumlu zararın tazmininin de talep edilebileceği yönündedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 924). Temerrüt hükümlerinin yapmama borcunun niteliğine uygun düşmeyeceği gerekçesiyle bu hallerde sözleşmenin müspet ihlaline dayanılarak tazminat istenmesi gerektiği ise öğretiler sürülen bir diğer görüştür (Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 403; Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 103). Ayrıca somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 72.

²⁴⁶ Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1242; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 103; Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 69.

muhtemeldir. Bunlar ise, ortaklığın sona ermesine ilişkin TBK m.639 ve ortaklıktan çıkma ve çıkarılmanın düzenlenmiş olduğu TBK m.633 hükümleridir.

İşte biz de çalışmamızın bu bölümünde, adi ortaklık sözleşmesinin taşıdığı özellikler ve kendi özel sonuçları düşünüldüğünde, ikinci bölümde borca aykırılığın görünümüleri olarak ele aldığımız temerrüt, kötü ifa halleri ve imkansızlık dolayısıyla ortaya çıkan sonuçları, bu sonuçların adi ortaklıkta uygulanma imkanını ve ne şekilde uygulanacağını değerlendireceğiz. Bu kapsamda, öncelikle, ortaklık bağının tamamiyle ya da ortaklardan biriyle koparılmaksızın, borca aykırılık nedeniyle ileri sürülebilecek genel taleplere değineceğiz. Hemen ardından ise, katılım payı getirme borcuna aykırı davranan ortağın ortaklıkla bağının kesilmesini ifade eden ortaklıktan çıkarılma imkanının uygulanmasını inceleyeceğiz. Nihayetinde, ortaklık bağının sürdürülmesinin artık olanaksız hale gelmesi nedeniyle, son çare olarak sözleşmenin sona erdirilmesi hallerine değineceğiz²⁴⁷.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu sonuçların hepsi alacaklı olarak ortaklığın, yani alacaklı konumundaki ortakların elinde doğar. Bu bakımdan bir çoğu seçimlik hak olarak görünen bu sonuçlara başvurulması da kural olarak elbirliği sağlanarak mümkündür. Ancak sözleşmeden doğan en doğal talep olarak aynen ifa talebi ve yine adi ortaklığın sürekli sözleşme olmasının niteliği gereği doğal bir imkan olarak görülen haklı sebeple fesih, ortakların tek başına başvurabilecekleri yollardır. Bu bakımdan ortakların, borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan genel taleplere başvurulması veya borca aykırı davranan ortağın ortaklıktan çıkarılması hususunda uzlaşamadıkları hallerde, ortaklığın kaçınılmaz olarak sona erme yoluna gireceği söylenebilir.

²⁴⁷ Elbette, borca aykırılık halinde Kanun'da doğrudan öngörülen bu sonuçların yanında, tarafların sözleşmeyle başka sonuçlar ve yaptırımlar öngörmeleri de söz konusu olabilir. Bu anlamda özellikle, taraflarca ceza koşulu (cezai şart) kararlaştırıldığına sıklıkla rastlanır. Ancak adi ortaklık bakımından ayrıca incelemeyi gerektirecek bir husus olmadığı için, biz konuya çalışmamız kapsamında ayrıca yer vermeyeceğiz.

II. Borca Aykırılık Nedeniyle Ortaya Çıkan Genel Talepler

A. Temerrüt Halinde Sonuçlar

1. Genel Sonuçlar: Beklenmedik Halden Sorumluluk ve Gecikme Tazminatı

Borçlu temerrüdünün hükümleri, TBK m.118-126 arasında düzenlenmiştir. Edimin türü ne olursa olsun, temerrüt hali borçlu bakımından iki genel sonuç yaratır. Bu iki genel sonucun da katılım payı getirme borcunda temerrüde düşülmesi halinde uygulama bulacağına tereddüt yoktur.

Bunlardan ilki, TBK m.119 ile öngörölmüş bulunan, beklenmedik halden dahi borçlunun sorumlu tutulabilmesi olanağıdır. Borçlunun bu sorumluluktan kurtulması ancak, temerrüde düşmede kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı dahi beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini, yani beklenmedik hal nedeniyle meydana gelen zarar ile temerrüde düşmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmadığını ispat etmesi halinde mümkündür²⁴⁸. Belirtmemiz gerekir ki, bu durumda borcun konusu edim imkansızlaşmış ve bu durum beraberinde ortak amacı da imkansız hale getirmişse, sözleşme bu nedenle kendiliğinden son bulur. Ayrıca ortak amaç imkansızlaşmamışsa, bu durum haklı sebeple sözleşmenin feshi yolunu da açabilir.

İkincisi ise, TBK m.118 gereği, borçlunun kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece sorumlu olacağı, ifayı geciktirerek neden olduğu zararı tazmin yükümlülüğüdür. Kural olarak, bu gecikme zararı, aynen ifayla birlikte istenebilir²⁴⁹. Katılım payı getirme borcunun aynen ifası, mümkün²⁵⁰ ve muaccel olduğu sürece,

²⁴⁸ Oğuzman/Öz, C. 1, N.1591.

²⁴⁹ Bununla birlikte, ifadan vazgeçilmesi seçimlik hakkının kullanılmasına kadar ve temerrüde düşülmeden sonra bir imkansızlık meydana gelmişse, bu ana kadar olan gecikme zararının tazmini de mümkündür.

²⁵⁰ Bu noktada yapma borçlarının ifa edilmemesi halinde imkansızlığın mı yoksa temerrüdün mü meydana geleceğine ilişkin tartışmayı hatırlatmak isteriz Yaygın kanaate göre bu durumda TBK m.113 hükmü, aynen ifayı sağlayan bir hüküm olarak anlaşılmalı ve temerrüt kapsamında değerlendirilmektedir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, katılım payının konusu bir yapma ediminden oluşuyorsa, ortakların TBK m.113 hükmünü işleterek işi başkasına yaptırması ve nama ifa bedelini borçlu ortaktan kusuru bulunması gerekmeksizin tazmin etmesi mümkündür. Ayrıca elbette gecikmeye bağlı bir zarar varsa, bu da ortağın kusurlu olması halinde talep edilebilir.

kaynağını sözleşmenin kendisinden alan bir talep olarak her zaman ileri sürülebilir. Elbette, borçlu ortağa karşı bu yola başvurulması neticesinde edimin ifası sağlanmış, fakat mevcut olmasına rağmen zarar tazmin edilememişse, bu durum ayrıca bir haklı sebep oluşturduğu sürece, bu nedene dayalı olarak sözleşmenin feshedilmesi mümkün olabilir.

Gecikmeye rağmen aynen ifayı elde etmenin ortaklık için hala önemli ve gecikmenin tolere edilebilirliğinin yüksek olduğu kurgularda, zaten çoğu zaman ortaklarca bu seçeneğe yönelinecektir. Ancak bu seçeneğin yararının şüpheli ve buna bağlı olarak da ortaklar arasında birlik olmadığı hallerde nasıl bir tablonun ortaya çıkacağına bakmak gerekir. Zira, doğrudan sözleşme ilişkisinin doğurduğu en doğal sonuç olarak aynen ifa talebinin, bütün ortaklar tarafından ifanın ortaklığa sağlanmasını istemek şeklinde tek başına talep ve dava edilebilirliği (actio pro socio) mümkün olduğundan, bu konuda ortaklar arasında ihtilaf çıkması muhtemeldir. Bu durumda, ortakların bir kısmı aynen ifa talebinden yana olduğu halde, diğer bir kısmı başka seçimlik haklara başvurulmasına taraftar olabilir. Ortaklardan birinin aynen ifa talebini yöneltmesi halinde, bu talebi sağlamak üzere harekete geçen ve alacaklı konumundaki ortaklara başvuran borçlu ortak ise, karşısında elbirliğiyle ifayı kabul edecek alacaklıları bulamayacaktır. İşte bu tür hallerde ortada alacaklı temerrüdünden veya TBK m.111 anlamında alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği bir halden bahsetmek gerekir. Bu durumlarda alacaklıya, tevdi ve sözleşmeden dönme imkanları tanınmıştır. Buradaki sözleşmeden dönme hakkı, daha önce açıkladığımız üzere, haklı sebeple fesih olarak anlaşılmalıdır²⁵¹.

2. Para Borcuna İlişkin Olarak: Temerrüt Faizi

Para borçlarında alacaklının geç ödemelere karşı korunması yolu olarak, kusur ve zarar esasına dayalı gecikme tazminatının yerini, bu şartlar gerekmeksizin temerrüde düşülmesiyle kendiliğinden işlemeye başlayan temerrüt faizi almıştır. Alacaklının bu faizi aşan bir zararı (munzam zararı) olması halinde borçlunun, TBK

²⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm I B 4.

m.112'ye paralel şekilde kusursuzluğunu ispatlayamaması durumunda, bu zararı da tazmin yükümlülüğünün olduğu TBK m.122 ile ifade edilmiştir.

Temerrüt faizinin oranı taraflarca sözleşmeyle kararlaştırıldığı takdirde bu oran uygulanacak olup; kararlaştırılmadıysa, TBK m.120/f.I'in işaretiyle ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenir²⁵². Ekleme gerekir ki, bir ticari iş²⁵³ söz konusu olduğunda TBK m.120 değil, öncelikle TTK m.8-m.10 uygulama alanı bulur. TTK m.9'da da, TBK m.120 hükmüne paralel şekilde, sözleşmede bir faiz oranı kararlaştırılmamış olması halinde ilgili mevzuat hükümlerine atıf yapılmıştır. Ancak TTK m.8 ve TBK m.120, taraflarca kararlaştırılan faiz oranının sınırlandırılması bakımından farklılık arz etmektedir. Adi işlerde TBK m.120/f.II'ye göre, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra ile belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşmamalıdır. Buna karşılık TTK m.8'de, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği ifade edilerek, tam bir sözleşme serbestisi kuralı benimsenmiştir²⁵⁴.

²⁵² Bu mevzuat ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. Bu Kanun'un 1. maddesiyle verilen yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu, 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Kararı ile bu oranı, 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere %9 olarak belirlemiştir.

²⁵³ TTK m.3 gereğince; *"Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir."* Ayrıca TTK m.19 ile tacirlerin işlemleri bakımından ticari iş karanesi kabul edilmiştir. Bu hükme göre; *"(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını açıkça diğer tarafa bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır."*

²⁵⁴ Esasen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda var olmayıp TBK m.120/II ile getirilen bu sınırlamanın ticari işlerde de uygulama alanının olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Söz konusu hükmün ticari işler bakımından da emredici nitelikte olduğu ileri sürülmüşse de; yaygın kanaat, Türk Borçlar Kanunu ile aynı anda yürürlüğe giren ve özel hüküm niteliği taşıyan Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi karşısında bu sınırlandırmanın ticari faizler bakımından geçerli sayılmasının mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1613; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, N. 191; Serap Helvacı, "Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri", **Legal Hukuk Dergisi**, Sy. 34, 2004, s. 3641; Erdoğan Moroğlu, "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları" **İ.B.D.**, Sy. 1, 2006, s. 4-6; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 605; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2015, s. 77 vd.; Şirin Aydımcık, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası (TBK m.83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler" **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2011, s. 151; Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği" **İÜHF**, C. LXXI, Sy. 2, s. 421-438, 2013, s. 432 vd.; Şamil Demir, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar" **ABD**, Sy. 4, s. 209-234, 2012, s.

Netice olarak, katılım payı getirme borcunun para ediminden oluşması halinde temerrüde düşüldüğünde, adi borç sözkonusuysa, TBK m.120; ticari borç için ise, TTK m.8-10 uygulama bulur.

3. İfadan Vazgeçilmesi ve Olumlu Zararın Tazmini Talebi

Bir sözleşme ilişkisi geçerliğini koruduğu sürece, aynen ifanın alacaklı tarafından her zaman talep edilebilir ve aynı zamanda borçlu tarafından teklif edildiğinde de kabul edilmek zorunda oluşu biçimindeki genel prensibe karşın; TBK m.125/f.II ile, karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklıya ifadan vazgeçtiğini bildirerek, edimin ifa edilmesi yerine ifa edilmemesi yüzünden doğan zararının giderilmesini talep etme seçimlik hakkı tanınmıştır. Bu yenilik doğuran nitelikteki hakkın kullanılması halinde, artık alacaklı ancak bu zararın tazminini isteyebilir; borçlu da ancak bu zararı tazmin ile borcundan kurtulabilir. Her ne kadar bahsettiğimiz şekilde karşılıklı sözleşmelere ilişkin olarak öngörülmüş istisnai bir nitelik taşısa da²⁵⁵, ifadan vazgeçme hakkının adi ortaklık bakımından da uygulama bulmasına herhangi bir mani görülmemektedir²⁵⁶.

Bilakis, ifadan vazgeçme hakkının adi ortaklıkta da varlığının kabul edilmesi, pek çok durumda işlevsel bir anlam ifade eder²⁵⁷. Örneğin, katılım payı getirme

223. Ancak bu yazarlar tarafından da belirtildiği üzere, elbette bu serbesti, genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı ile çevrilidir.

²⁵⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1223.

²⁵⁶ Esasen bu hususta öğretide çok açık bir tavır olduğunu söylemek güç gözükmemektedir. Karşılıklı sözleşmelerde temerrüde ilişkin sonuçların adi ortaklık bakımından uygulanmayacağı söylenece de, yazarların bir çoğunun devamında bu değerlendirmeyi sözleşmeden dönme hakkı açısından yaptığı görülmektedir. Bunun dışında, katılım payı getirme borcunda temerrüt incelenirken ortaklık tazminat istenmesi bahsinde, ifadan vazgeçme hakkına ilişkin ya hiç görüş belirtilmemekte ya da açık olmayan ifadelerle işaret edilmektedir. Örneğin, Şener ilgili bölümde (a.g.e., s.218), olumlu zarar talebine şu ifadeleriyle işaret etmektedir: “Özellikle kanaatimce sermayenin zamanında ifa edilmemesi, artık onun ifasını da gereksiz kılıyorsa, ortaya çıkan zarar istenebilmelidir.”. Yine, doğrudan adını anmamakla beraber karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmasını değerlendirirken ifadan vazgeçme hakkını mümkün gördüğü şeklinde anlaşılmaya müsait açıklamaları için bkz. Barlas, a.g.e., s. 117 ve karşı. s. 54.

²⁵⁷ Aslında öğretide sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin fesih ile ileriye etkili olarak sona erdirildiği ve bu bağlamda ifa edilmeyen kısım dolayısıyla meydana gelen olumlu zararın talep edilebileceğinden hareketle, ifadan vazgeçerek tazminat talebine yer olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1714. Nitekim, TBK m.126’da da ifadan vazgeçme hakkına yer verilmemiştir. Ancak bu düşüncenin, açıklayacağımız nedenlerle adi ortaklık sözleşmesi bakımından da ileri sürülmesi mümkün olmamak gerekir. Şöyle ki, anılan düşüncenin altında yatan sebep, tazminatın kapsamında bir değişiklik olmamasına rağmen fesih ile ileriye etkili sona erme

borcunun ifasındaki gecikmenin ortaklığın üçüncü kişilerle girdiği hukuki ilişkiler bakımından da zarar doğuracağı ve bu bağlamda ortaklığı sorumlu kılacağı düşünüldüğünde, ortaklığın bu zararı engellemek adına ifayı başka bir yerden sağlaması en yararlı yol olacaktır. Bu anlamda, adi ortaklık sözleşmesinde başvurulabilecek seçenekleri, ifayı beklemek ile sözleşmeyi sona erdirmek şeklinde sınırlı tutmanın bir gerekçesi bulunmamaktadır. Netice itibariyle, katılım payı getirme borcunda temerrüt halinde de, TBK m.123-125’de bahsedilen şartların²⁵⁸ yerine getirilerek ifadan vazgeçilmesi hakkının kullanılması mümkündür.

Ayrıca kanaatimizce, ticari satışlarda²⁵⁹ satıcının temerrüdü halinde birincil talep olarak ifadan vazgeçilmesini esas alan TBK m.212/f.II düzenlemesinin de, adi ortaklıkta kıyasen uygulama bulması mümkündür. Zira, TBK m.212/f.II ticari satışlara özel bir hüküm ise de, hükmün *ratio legis*’i düşünüldüğünde, dar yorumlamayı gerektirecek herhangi bir sakınca bulunamaz. Şöyle ki; söz konusu düzenleme uyarınca, ticari hayatın hızlı işleyişinin gereği olarak, bu tür satışlarda geciken ifa karşısında alacaklı çoğu zaman ihtiyacı olan malı bir başka satıcıdan tedarik etme

karşısında ifadan vazgeçerek sözleşmeyi sürdürmenin mantıksız oluşudur. Öncelikle, adi ortaklık sözleşmesi de bir bütün olarak sürekli nitelikte olsa da, ortakların katılım payı getirme borçları ani edimli nitelikte olabilir. Ani edimli olmasa bile, ortaklık sözleşmesinin amacının yalnızca katılım paylarını birleştirmek olmadığı, ortaklığın ortakların birlikte çalışmasıyla varlığını sürdüren bir yapı olduğu düşünüldüğünde, sürekli edim niteliğinde de olsa, ortakların ifadan vazgeçme hakkı ile bu ifaya menfaati başka yollarla sağlamanın önünü tıkayarak sözleşmenin sona ermesini tek seçenek olarak bırakmanın uygun olmayacağı anlaşılabilir. Örneğin, sahip olduğu bir şey üzerindeki kullanma hakkını getiren ortağın temerrüde düşmesi halinde, ortaklığın bütün bir sözleşme ilişkisini tasfiye etmek yerine, o şeyi başka bir yerden temin ederek zararını bu ortaktan tazmin etmesi ve ayrıca bu şekilde zararın daha fazla artmasına da engel olması en faydalı seçenek olacaktır. Netice itibariyle, anılan düşüncenin vardığı kana ve TBK m.126 daha çok, iki taraflı sözleşmelere münhasır olarak anlaşılmalıdır. Süreklilik niteliğini öncelikle *affectio societatis* unsuruna borçlu ortaklık sözleşmesi bakımından, katılım payı getirme borcuna ilişkin olarak ifadan vazgeçme hakkının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, öğretilde genel bir sonuca varmanın doğru olmayacağı da ifade edilmiştir

²⁵⁸ Bir sözleşme ilişkisi için olağanüstü nitelik arz eden bu hakkın kullanılması, borçluya verilmesi gereken uygun süre ön şartına tabi kılınmış; böylece bu ağır sonuçlarla yüzleşmek istemeyen borçluya, son kez, borcunu ifa etmesi için olanak tanınmıştır. Alacaklı ya bu süreyi verirken ya da en geç sürenin bitiminde hangi seçimlik hakkını kullanacağını bildirmek zorundadır; aksi takdirde, yeni bir süre vermek zorunda olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, TBK m.124 ile, bazı hallerde borçluya bu son şansı tanınmanın manasız olacağından hareketle süre verilmesi kuralına istisnalar tanınmıştır. Buna göre; borçlunun tutumundan veya içinde bulunduğu durumdan süre verilmesinin etkisiz kalacağı anlaşılıyorsa, borcun geç ifası alacaklı için artık anlamsız kalıyorsa veya borcun taraflarca kararlaştırılan zamandan geç bir zamanda ifasının kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesi gerekmeyecektir.

²⁵⁹ Buradaki “ticari satış” kavramının içeriği konusu öğretilde tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında bilgi için bkz. Nomer/Engin, **a.g.e.**, m.212 N.5 vd.

yoluna başvuracağından, taraflarca kararlaştırılan vade, bir kesin vade gibi değerlendirilerek alacaklının birincil talebinin aynen ifa değil, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini olduğu karinesi benimsenmiştir. Genel kurgunun aksine, alacaklı edimin ifasını istemek niyetindeyse bunu, belirlenen sürenin bitiminde hemen satıcıya bildirmek zorundadır (TBK m.212/f.III). Adi ortaklıkta da, ortağın katılım payını ortaklık faaliyeti kapsamında üçüncü kişilere satılmak üzere getirmeyi borçlandığı bir kurguda ticari satıştan farklı düşünmeyi gerektirecek bir gerekçe bulunamaz. Tam aksine, bu hallerde birincil talep olarak ifadan vazgeçildiğinin kabul edilmesi, ortaklığın gecikmeyi en hızlı şekilde telafi etmesini sağlayarak, ortaklığın zararının artmasını engeller.

İfadan vazgeçilmesi halinde tazmini söz konusu olan zarar, ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığında gerçekleşen kayıp, yani öğretilerdeki ifadesiyle olumlu (müspet) zarardır. Bu zarar, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilme (fiili zarar, *damnum emergens*) şeklinde olabileceği gibi, malvarlığındaki artma imkanının kaybı (yoksun kalınan kar, *lucrum cessans*) biçiminde de görünebilir. Adi ortaklığın çoğu zaman üçüncü kişilerle yoğun biçimde hukuki ilişki kuran bir yapı olabilmesi ve katılım payı getirme borcundaki gecikmenin bu ilişkileri de etkileyecek olması karşısında, her iki zarar tipinin de ortaya çıkması ve bu ağır faturanın borcunu zamanında ifa etmeyen ortağa yansması ihtimali oldukça yüksektir. Kusursuzluğunu ispat etmediği sürece, borcuna aykırı davranan ortak, bu zararı tazmin etmek zorunda kalır. Ayrıca ekleyelim ki, temerrüde düşülmesinden ifadan vazgeçilmesi anına kadar gecikmeye bağlı bir zarar doğmuş ise, bunun da tazmini elbette mümkündür²⁶⁰.

B. Ayıptan Sorumluluk Halinde Sonuçlar

1. Bedel İndirimi

Bedel indirimi hakkı, bütün ayıptan sorumluluk düzenlemeleri kapsamında bir seçimlik hak olarak öngörülmüştür. Ancak açıklayacağımız üzere, bu düzenlemelerin

²⁶⁰ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1678.

kıyas düzleminde uygulama bulması sırasında bedel indirimi hakkı, adi ortaklık sözleşmesi kapsamında uygulanabilirliğini yitirir.

Şöyle ki, böyle bir hakkın varolmasının dayanağı söz konusu düzenlemelerin birer karşılıklı sözleşme oluşudur. Zira bu sözleşmelerde, ayıbın konusu olan edimin karşılığını oluşturmak üzere bir bedel borçlanılmıştır. Bu her iki edimin de taraflarca sözleşmeye konu edilmesinin kurgusu, birinin diğerini elde etmek üzere borçlanılmış olması şeklindedir. Bu nedenle tarafların borçları arasında tam bir bağıllık ve örtüşme vardır.

Buna karşılık adi ortaklıkta katılım payı getirme borcunun herhangi bir karşı edimi bulunmamaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere ne diğer bir ortağın katılım payı ne de ortaklıktan elde edilecek kazanç karşı edim niteliğinde değildir. Her ne kadar, ortaklara dağıtılan kazancın bir karşı menfaat olduğu düşünülerek, indirimin bu kazanç payı üzerinden gerçekleştirilebileceği ileri sürülecekse de, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, bu kazanç katılım payının karşılığı değil, bunun ifa edilmesi ve aynı zamanda ortak amaç uğruna birlikte çabalamanın bir ürünüdür. Bu itibarla, katılım payı ile indirilecek bedel arasında denge kurmak mümkün değildir. Ayrıca bu hakkın adi ortaklık sözleşmesinde pratik açıdan da uygulanabilirliği yoktur. Çünkü, bu ürünün oluşup oluşmayacağı belli olmadığı gibi, kazanç her zaman para olmak zorunda da değildir.

Ayrıca öğretilde, bedel indiriminin, ayıp oranında ortaklığa katılım payı üzerinden indirim yapılmasıyla uygulanabileceği düşünülmüşse de²⁶¹, kanaatimizce bu da mümkün değildir. Zira ayıplı katılım payı ile ortaklık payı arasında da dengelenebilir bir ilişki bulunmaz. Kanımızca, ortaklığın tek taraflı olarak ortaklık payında indirim yapabileceğinin ileri sürülmesi, kısmi fesih anlamına gelir. Kısmi fesih ise, sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olamaz. Çünkü kısmi fesih ile hedeflenen sonuç, aslında sözleşmede değişiklik mahiyetindedir. Sözleşmede değişiklik ise, ancak tarafların anlaşması halinde mümkün olabilir²⁶². Netice itibariyle,

²⁶¹ Yongalık, **a.g.e.**, s. 82; Ayar, **a.g.e.**, s. 101 ve s. 102.

²⁶² Kısmi fesih ile ilgili olarak bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 127-128. Aynı yönde, sözleşmede değişikliğe işaret eden Şener, **a.g.e.**, s. 213.

adi ortaklık sözleşmesinde bedel indirimi hakkının bulunduğundan söz etmeye imkan bulunmamaktadır.

2. Onarım ve Yenisiyle Değiştirme

Onarım ve yenisiyle değiştirme hakları, ayıptan sorumluluk bağlamında aynen giderime yönelik olarak öngörülen seçimlik haklardır. Onarım talebinin, bütün ayıptan sorumluluk düzenlemelerinde mevcut olmasına karşın, eserde ayıba ilişkin olarak yenisiyle değiştirme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle adi ortaklık sözleşmesi bakımından da katılım payının bir eser meydana getirme borcundan oluşması durumunda, yenisiyle değiştirme hakkının varlığından bahsedilemez.

Katılım payı getirme borcuna ilişkin olarak bu haklara başvurulmasının şartlarında farklı düşünmeyi gerektirecek herhangi bir özel nokta bulunmamaktadır. Diğer sözleşmelerde de olduğu gibi, aşırı bir masraf gerektirmediği sürece onarım ve imkan dahilinde olduğu sürece yenisiyle değiştirme haklarının kullanılması mümkündür. Ayrıca borçlu da, ayıplı edimi yenisiyle değiştirerek ve ortaya çıkan zararı gidererek seçimlik hakların kullanılmasını önleyebilir (TBK m.227/f.III, m.306/f.IV).

3. Ayıp Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararın Tazmini

Satış ve eser sözleşmelerinde, TBK m.227/f.II ve TBK m.475/f.II'de, ayıptan sorumluluk nedeniyle ortaya çıkan seçimlik hakların yanında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilmiş; kira sözleşmesine ilişkin TBK m.308'de de yine genel esaslara paralel şekilde ayıp nedeniyle doğan zararı giderme yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Dolayısıyla gerek diğer seçimlik hakların yanında gerek ayrı olarak ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür.

Bununla birlikte ayıptan sorumluluk nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zararların²⁶³, kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde tazmini de söz konusu

²⁶³ Bir zararın doğrudan ya da dolaylı olması, nedensellik bağının yoğunluk derecesiyle ilgili bir husustur. Buna göre, ayıplı ifa ile yoğun bir nedensellik bağına sahip zararların doğrudan nitelikte; bu yoğunluğun bulunmadığı, ayıplı ifaya ek olarak başka olguların da etkisiyle meydana gelen

olabilir. Doğrudan zarar, TBK m.229/b.3’de yalnızca sözleşmeden dönmeye bağlı bir sonuç olarak düzenlenmiş olsa da, aynı olgudan ileri gelen zararın tazmininde farklı esasların benimsenmesinin isabetli olmadığından hareketle diğer seçimlik hakların kullanılması durumunda da kıyasen söz konusu düzenlemenin uygulanmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir²⁶⁴. Aksi görüş benimsendiği takdirde, sözleşmeden dönmenin kural olarak mümkün olmadığı adi ortaklık sözleşmesi bakımından zaten bu ayrımın bir önemi kalmayacaktır. Ancak kanaatimizce de, doğrudan-dolaylı zarar ayrımı sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına bağlı değildir ve sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak yapılan ayırmadan da azadedir. Bu nedenle, adi ortaklık sözleşmesinde de katılım payı getirme borcundaki ayıp ya da zapt nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zararın kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmini mümkündür.

C. Zapttan Sorumluluk Halinde Sonuçlar

Katılım payı olarak mülkiyetin getirilmesi halinde uygulama bulacak olan satış sözleşmesinde zapttan sorumluluk hükümlerinde alıcının sahip olduğu haklar, tam ve kısmi zapt hali bakımından ayırım yapılarak, TBK m.217 ve m.218’de ele alınmıştır. Buna göre, tam zapt halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı kabul edilmiştir. Zira zapt olgusu gerçekleştiikten sonra, sözleşmenin konusuz kalması dolayısıyla, varlığını sürdürmesinin de bir anlamı kalmaz. Ancak bu sonucun adi ortaklık bakımından kabulü mümkün değildir. Zira, ortaklardan birinin getirdiği katılım payının zapt edilmesi mutlaka, ortaklığın sürdürülmesini anlamsız kılmaz. Çünkü, adi ortaklık sözleşmesinin konusu ortakların katılım payları değil, ortaklarca benimsenen ortak amaçtır. Bu anlamda ortaklığın kendiliğinden sona ermesi de, TBK m.639/b.1 hükmü gereğince ortak amacın imkansızlaşması ile söz konusu olur²⁶⁵. Dolayısıyla, zapt nedeniyle ortak amaç imkansızlaşmışsa, anılan hüküm gereğince sözleşme kendiliğinden sona erer; zapt olgusu bir imkansızlığa yol açmamışsa, ortaklığın sona erdirilmesi ancak haklı sebeple fesih yoluyla mümkün olabilir.

zararların ise, dolaylı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 42; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayınları, 2008**, s. 67.

²⁶⁴ Öğretide oldukça tartışmalı olmakla birlikte, bu hallerde bu ayrımın yanında olumlu- olumsuz zarar ayrımının yeri yoktur. Bu tartışmalar ve getirdiği eleştiriler için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 63 vd.

²⁶⁵ Yongalık, **a.g.e.**, s. 80.

Kısmi zapt halinde ise kural olarak, alıcıya yalnızca, uğradığı zararın tazmin edilmesi talebi tanınmıştır. Bununla birlikte, kısmi zapt tehlikesini bilseydi, durum ve koşullar gereği bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı söylenebiliyorsa, alıcının hakimden sözleşmenin sonlandırılmasına karar verilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır (TBK m.218/f.II). Bunun ise, adi ortaklığın haklı sebeple feshinin istenmesinden hiçbir farkı yoktur.

TBK m.217’de sözleşmenin sona ermesi nedeniyle, satıcının kusuru gerekmeksizin bulunulabilecek istemler olarak şunlar sayılmıştır: satış bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesi, satılanı zapt eden üçüncü kişiden istenemeyen giderler, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışındaki bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderler, zapt nedeniyle uğranılan doğrudan zararlar. Adi ortaklıkta bir “bedel” söz konusu olmadığından, bunun haricindeki istemlerin zapttan sorumlu olan ortaktan talep edilmesi mümkündür. Ayrıca, ortak kusuru bulunmadığını ispatlayamadığı takdirde, ortaklığın diğer zararlarını da karşılamakla yükümlü olur.

Ortaklığa kullanma hakkının getirilmesi halinde uygulama bulacak olan kira sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin TBK m.309 dikkate alındığında ise, ortağın bildirim üzerine davayı üstlenmekle ve ortaklığın zapt nedeniyle uğradığı her türlü zararı karşılamakla yükümlü olduğu görülür. Buradaki tazminat sorumluluğu bakımından, satış sözleşmesine ilişkin doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı yapılmadığından, genel esaslar uyarınca kiraya verenin kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir²⁶⁶. Dolayısıyla, ortağın da sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir.

Ayrıca belirtelim ki, kira sözleşmesinde zapttan sorumluluk kapsamında açıkça düzenlenmemiş de olsa, sözleşmenin feshinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁶⁷. Adi ortaklık bakımından ise, haklı sebeple fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olduğu konusunda tereddüde yer bulunmamak gerekir.

²⁶⁶ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 430; Gümüş, **Kira**, s. 139; Acar, **Kira**, m. 309, N. 60.

²⁶⁷ Bu sonuç öğretide kabul edilmekle beraber, bunun yöntemi konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Kıyasen uygulanacak hükmün TBK m.217-218 olduğunu belirten yazarlar için Bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 430; Eren, **Borçlar Özel**, s. 346; Tandoğan, **C. I/2**, s. 125; Acar, **Kira**,

D. Alacak Hakkının Getirilmesinin Borçlanılmasında Garanti Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Alacağın devri halinde garanti sorumluluğunun kapsamının ne olacağı, TBK m.193 ile düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca devralanın; ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri ve borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz kalan girişimlerin yol açtığı giderleri devreden kusuru bulunması gerekmeksizin talep imkanı bulunmaktadır. Ayrıca, devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğranılan diğer zararların da tazmin edilmesi mümkün görülmüştür.

Katılım payının bir karşı edimi bulunmadığından, TBK m.193'de sayılan bunun dışındaki talepler, adi ortaklık sözleşmesinde de ileri sürülebilir niteliktedir.

E. İmkansızlığın Sonuçları

Katılım payı getirme borcunda ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle dar anlamda borcun akıbeti ve borçlunun bundan sorumluluğu, TBK m.112 veya TBK m.136 hükümleri uyarınca belirlenir. Bu imkansızlığın ortak amaca sirayet etmesi halinde borç ilişkisinin akıbeti bakımından ise, adi ortaklığa ilişkin özel hükümler devreye girer.

TBK m.136/T'de, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşan borca, sona erme sonucu bağlanmıştır. Böylece, borçlu borcundan kurtulmuş olur²⁶⁸. Öğretide, katılım payı getirme borcu sorumluluğu bulunmaksızın imkansızlaşan

m. 309, N. 55. Buna karşılık meselenin, TBK m.304-308 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar için bkz. İnceoğlu, **Kira**, s. 249; Gümüş, **Kira**, s. 139.

Ayrıca öğretide bir görüşe göre, imkan varsa, zapt edilen kiralananın yerine bir yenisini talep etmek de mümkün kabul edilmelidir. Bkz. Gümüş, **Kira**, s. 139.

²⁶⁸ Türk-İsviçre Hukuku'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da, Alman Hukuku'nda BGB §285 örnek alınarak, borçlunun imkansızlaşan ediminin yerine bir kaim değer (Kavram için bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1324. Ayrıca kaim değer, aynen ifa ve tazminat dışında kalan kendine özgü bir talep olduğu konusundaki açıklamaları için bkz. Başoğlu, **a.g.e.**, s. 203 vd.) elde etmesi halinde, alacaklının bu değeri isteme hakkının bulunduğu ve bu durumda borçlu imkansızlıktan sorumlu olmasa da, borç ilişkisinin sona ermeyeceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, alacaklı kaim değeri talep etmek mecburiyetinde olmayıp, talep etmediği takdirde borç da sona erer. Bkz. Dural, **a.g.e.**, s. 183; Oğuzman/Öz, **C. 1**, N. 1324; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 1009; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1304 vd.; Serozan, **İfa**, §15 N. 7 ve N. 15; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 204.

ortağın, ortak amaca uygun yeni bir edim getirme borcu altında olduğu ileri sürülmüşse de²⁶⁹, *Barlas*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, bu düşüncenin TBK m.136'ya uygun olmaması ve başka kanuni bir dayanağının da bulunmaması nedeniyle kabulü olanağı yoktur²⁷⁰. Ancak elbette, tarafların aksi yönde anlaşmaları mümkündür²⁷¹. Ayrıca, ileride açıklayacağımız üzere²⁷² tasfiye sona ermeden ortaklık da sona ermediğinden, katılım payı getirme borcunun ortak amacı imkansızlaştırdığı ya da güçleştirdiği durumda, borçlu ortağın tasfiye sonlanmadan imkansızlaşan ediminin yerine bir başkasını getirerek sona ermeyi engellemesi söz konusu olabilir²⁷³.

Borçlunun imkansızlıktan sorumlu olması halinde uygulama bulacağı kabul edilen, genel borca aykırılık hükmü niteliğindeki TBK m.112 uyarınca ise, borçlu doğan zararı²⁷⁴ gidermekle yükümlü olur. Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık ayrıca düzenlenmediği ve bu anlamda TBK m.136'daki gibi bir açıklık olmadığı için, bu durumda borcun sona erip ermediği hususu öğretide tartışmalıdır²⁷⁵.

²⁶⁹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 30; Yongalık, **a.g.e.**, s. 78. Ayrıca öğretide bu halde, sözleşmede değişiklik yapılmasının gündeme gelebileceğine işaret edilmiştir. Bunlar için bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 212. Öğretide ileri sürülen bir görüş ise (Arslanlı, **Kollektif**, s. 40 vd.), bu halde ortaklığın faaliyete geçip geçmediğine bakılarak değerlendirme yapılması gerektiği yönünde olmuştur. Buna ilişkin haklı eleştirisi için bkz. *Barlas*, **a.g.e.**, s. 118, dn. 303.

²⁷⁰ *Barlas*, **a.g.e.**, s. 118-119 ve orada dn. 303'de anılan diğer yazarlar; Şener, **a.g.e.**, s. 211-212.

²⁷¹ *Barlas*, **a.g.e.**, s. 119.

²⁷² Bkz. Üçüncü Bölüm IV D.

²⁷³ Ayrıca ortakların ortak amaçlarını imkansızlık olgusunu bertaraf edecek şekilde değiştirmeleri halinde, ortaklık tasfiye sürecinden çıkarak yaşamaya devam edecektir. Ancak ortak amacın gerçekleşmesinin bir ortağın katılım payı getirme borcundaki sorumluluğunu gerektiren imkansızlıktan kaynaklanması halinde, bu ortağın ortaklığın devamı konusundaki karara katılması gerekmemelidir.

²⁷⁴ Bu zarar ifa etmeme nedeniyle doğan olumlu zarar ve eğer imkansızlıktan önce temerrüde düşülmüşse, gecikmeden doğan zarardır. Bkz. Dural, **a.g.e.**, s. 109; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 407; Serozan, **İfa**, s. 183; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 395; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar**, s. 904; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 485. Belirtelim ki, bu zararın özellikle karşılıklı sözleşmelerde hesaplanmasına ilişkin olarak öğretide süren yoğun tartışmalarda, fark teorisi ve mübadele teorisi olarak anılan iki ana görüş ileri sürülmektedir. Ancak bir karşılıklı sözleşme olmadığından, bu tartışmanın adi ortaklıkta yeri bulunmaz.

²⁷⁵ Öğretideki yaygın kanaat, bu durumda borcun sona ermediği, yalnızca içeriğinin zararı tazmin yükümlülüğü olarak değiştiği yönündedir. Karşı görüş ise, borcun sona ermesi sonucunun ayrıca düzenlenmesi gerekmeksizin imkansızlığın doğal sonucu olduğunu ve bu bağlamda tazminat borcunun da kanundan doğan yeni bir borç olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 462 vd.

İmkansızlığın sözleşmenin sona ermesi sonucunu yaratabilmesi ise TBK m.639 hükmü çerçevesinde gerçekleşir. Doğaldır ki, ortaklık sözleşmesi ortakların bir ortak amaç etrafında birleşmesiyle meydana geldiğinden, bu amacın son bulması²⁷⁶, bir infisah sebebi olarak öngörülmüştür.

Ortak amacın imkansızlığına yol açan olgunun kaynağı, sona erme sonucunun doğması bakımından önem arz etmemektedir. Söz gelimi, imkansızlık, bir ortağın katılım payı getirme borcundaki imkansızlıktan ileri gelebildiği gibi tamamen başka ve dışsal bir sebepten de kaynaklanabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ortaklığı müfesihten kılabilmesi için, katılım payı getirme borcunda gelişen imkansızlığın doğrudan ortak amacı da imkansız kılması gerekir. Katılım payı getirme borcunun imkansızlığının ortak amacı imkansızlaştırmayıp, yalnızca güçleştirmesi hali ancak ortaklığın haklı sebeple feshi ihtimalini gündeme getirebilir. Öğretide genel olarak, ortak amacın imkansızlığından bahsedebilmek için bu imkansızlığın objektif ve sürekli nitelikte olması gerektiği, sübjektif ve geçici olduğu halde ancak ortak amacın güçleştirdiğinden bahsedilebileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay'ın sübjektif nitelikteki imkansızlık olgularında da ortaklığın sona erdiğini kabul eden kararları bulunmaktadır²⁷⁷. Öğretideki bu genel kabule ilişkin bir gerekçe verilmemiştir; ancak, sonraki ifa imkansızlığı bakımından sübjektif – objektif imkansızlık ayrımı yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin öğretideki tartışma dikkate alındığında, bu kabulün dayanağının da bu tartışmada alınan pozisyon olduğu düşünülebilir²⁷⁸.

²⁷⁶ Burada bahsedilen, elbette, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık olgusudur. Zira önceki imkansızlık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır.

²⁷⁷ Yarg. 13. HD., 19.02.1976, E. 1976/4484, K. 1976/1244. (KİB).

²⁷⁸ Kanaatimizce söz konusu tartışmanın, ileride aktaracağımız üzere sona erme düzeni düşünüldüğünde adi ortaklık bakımından pratikte yarattığı pek önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Zira, sübjektif imkansızlığın da ortaklığın müfesihten kılabilmesi kabul edilse dahi, katılım payı getirme borcu imkansızlaşan ortağın kusurlu olması ihtimali ve dahası sübjektif imkansızlık olgusunun çoğu zaman kusurlu beraber görünmesi durumu karşısında, tasfiye aşamasındaki ortaklığın sürdürülmesi konusunda alınacak karara, kusurlu ortağın katılması mümkün olmayacak ve diğer ortakların ortaklığın sürdürülmesi yönünde birleşen iradeleri ortaklığın sona ermesini engelleyecektir. Sübjektif imkansızlığın, ancak haklı sebeple feshin yoluyla sona erme sonucunu doğuracağı yaklaşımı benimsendiği takdirde ise, ortakların tamamının ortaklığı devam ettirme iradeleri gerekmez, meydana gelen olgu “haklı sebep” olarak nitelenemediği takdirde ortaklığın sona ermesi söz konusu olmayacaktır. Esasen, bahsettiğimiz birinci yaklaşımda ortaklardan birinin bile ortaklığın sürdürülmesine yönelik karara muhalif kalması halinde, diğer tüm

Bu açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, TBK m.136/f.II'de öngörülen imkansızlığın karşılıklı sözleşmelere ilişkin etkisi adi ortaklık bakımından mümkün değildir. Zira kusursuz imkansızlık nedeniyle borcu sona eren borçlunun alacağını talep hakkını da kaybedeceğini öngören söz konusu hükmün hareket noktası, bu durumda karşılıklı sözleşmelerdeki amacın ortadan kalkıyor olmasıdır. Halbuki, bu denklem adi ortaklıkta TBK m.639/b.1 hükmüyle kurulmuş olup, buna göre sözleşmenin sona ermesi ortak amacın imkansızlaşması halinde mümkün olabilir²⁷⁹. Bu durumda karşılıklı sözleşmelerden farklı olarak, imkansızlık nedeniyle borçlunun borcunun yerini bir tazminat ya da kaim değer olsa da, ortak amaç yine de imkansızsa sözleşmenin sona ermesi mümkündür. Ayrıca elbette, ortak amacın güçleşmesi nedeniyle haklı sebeple fesih de söz konusu olabilir. Bu anlamda, bu tazminat ya da kaim değer ortaklıkça elde edilmesinin haklı sebeple fesih yoluna başvurulmasına engel olmayacağını da ekleyelim.

Bu önemli farklılıklar dışında, imkansızlığa ilişkin genel esaslar adi ortaklık sözleşmesi bakımından da aynı şekildedir. Ancak burada son olarak işaret etmek istediğimiz bir husus daha vardır ki, bu da borçluya imkansızlığı bildirme yükümlülüğü öngören TBK m.136/f.III düzenlemesidir. Elbette söz konusu hüküm adi ortaklık sözleşmesi bakımından da önemlidir. Dikkat edilmesi gereken ise, ikiden fazla ortak bulunması halinde, borçlu ortağın bu bildirimini tüm ortaklara yöneltmesi gerektiğidir. Zira aksi takdirde, borçlu ortağın doğan zararı giderme yükümlülüğünden kurtulması mümkün olamaz. Bununla birlikte, bildirimde bulunulan ortaklar da imkansızlığı öğrenmekle artık bu konuda ortaklığı bilgilendirme ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Onların da bu yükümlülüklerine uygun şekilde hareket etmemesi halinde ise, birlikte kusurlu olduklarından bahsedilebilir.

ortaklara rağmen ortaklığın sona ereceği düşünüldüğünde, subjektif imkansızlık olgusunu haklı sebeple fesih bağlamında düşünmek daha yerinde gözükmektedir. Bununla birlikte, ortaklığın sürdürülmesi konusunda yaşanacak küçük bir ihtilafın bile haklı sebep olarak nitelenmesi pek olası olduğundan, haklı sebeple fesih yoluna da başvurulsa, çok yüksek ihtimalle sonuç ortaklığın sona ermesi olacaktır.

²⁷⁹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 30; Yongalık, **a.g.e.**, s. 77-78; Barlas, **a.g.e.**, s. 119.

III. Haklı Sebep Ortaklıktan Çıkarılma

Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma, ortaklık bağının yalnızca çıkan veya çıkarılan ortak bakımından koparılmasını ifade etmektedir. Bu halde, ortaklık sözleşmesi diğer ortaklar arasında varlığını korur. Bu bakımdan çıkma ve çıkarılma kurumu, çok taraflı olma niteliği gösteren ortaklıklarda sözleşmenin tamamen sona erdirilmeksizin hukuki bağın yaşatılması amacına hizmet eder. Dolayısıyla bu imkan özellikle, ikiden fazla taraflı adi ortaklıklar bakımından anlam taşır.

Ortaklıkların sürekli ve organizasyonel yapıları nedeniyle taraflar arasındaki güven ve birlikteliğin her zaman için bozulmasının olası olduğu düşünüldüğünde, özellikle, sözleşmenin sona erdirilmesi yerine fesih için haklı sebep yaratan ortağın ortaklıktan çıkarılması imkanının ortaklıklar hukukunda önemli bir yeri bulunmaktadır. Ortaklığın sona erdirilmesini ele alırken değineceğimiz üzere, ortakların asli yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, dolayısıyla katılım payı getirme borçlarına aykırı davranışları da fesih için bir haklı sebep sayılmaktadır. Bu sebebin, ortakların kendi borçlarına aykırı davranışları nedeniyle ortaya çıktığına, yani ortakların şahsında yoğunlaştığına ve bu nedenle çıkarılma için de haklı sebep teşkil ettiğine şüphe yoktur.

Yürürlükten kalkan (eski) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamış olan çıkma ve çıkarılma, TBK m.633-m.636 ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi halinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm de bulunmaktaysa, çıkma ve çıkarılmanın mümkün olabileceği öngörülmüştür. Ancak görüldüğü üzere, bizim konumuz açısından önem taşıyan ve eski Borçlar Kanunu döneminde de öğretilde tartışmalı halde olan haklı sebep nedeniyle çıkarılmaya, bu düzenlemede de yer verilmemiştir. Bu nedenle, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma imkanının var olup olmadığı netleştirilemediği gibi, birazdan açıklayacağımız üzere sorun daha da karmaşık hale gelmiştir.

Konuya ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer olmadığı eski Borçlar Kanunu döneminde haklı sebep yaratan ortağın çıkarılmasının mümkün olup olmadığı hayli tartışmalıydı. Bu tartışmanın sebebi ise, her ne kadar Kanun'da ele alınmamış olsa da

haklı sebeple ortaklıktan çıkarmanın, ortaklıklar hukukunun dinamikleri bakımından zaten var olması gereken bir imkan olarak görülüyor oluşuydu. Zira, müspet yönde kanaat sahibi yazarların haklı olarak dikkate aldığı üzere, feshe olanak tanıyan haklı sebep niteliğindeki olgunun sona erme sonucu yerine, bu olgu şahsında meydana gelen ortağın çıkarılması ve böylece hukuki ilişkinin devamının sağlanması menfaatler dengesi bakımından daha uygun bir çözüm yoludur. Bu nedenle konunun Kanun'da ele alınmamış olması, gerçek bir boşluk olarak değerlendirilmekte ve çözüm yolu olarak genellikle, bu boşluğun taraf menfaatlerinin çok benzer olduğu kolektif ortaklıklarda meseleyi ele alan TTK m.255 (yürürlükten kalkan TTK m.197) hükmü örneksenerek doldurulması önerilmekteydi²⁸⁰.

Bu görüşe karşılık öğretilerde, meselenin Kanun'da düzenlenmemiş olmasının kanun koyucunun menfi bir çözümü benimsemesinden ileri geldiği, dolayısıyla bir boşluğun varlığından da söz edilemeyeceği ve neticede adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmanın mümkün olmadığı ileri sürülmekteydi²⁸¹. Buna göre, adi ortaklık sözleşmesinde taraflar arasındaki bağlılığın yoğun niteliği gereği ancak haklı sebep nedeniyle ortaklığın sona ermesinden bahsedilebilmeliydi. Tarihsel yorum metoduyla ulaşılan; adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmaya olanak tanıyan hükmün, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun tasarılarında yer almasına karşın kanunlaştırma aşamasında metinden çıkarıldığı gerçeği ise bu görüşe güçlü bir dayanak sağlamaktaydı.

Bu iki görüşün uzlaşmazlığı, TBK m.633 ile de son bulmuş değildir. Esasen, bu tartışmalara rağmen yine de haklı sebeple çıkarmadan bahsedilmemesi karşısında menfi görüşün üstünlük kazandığı düşünülebilir. Ancak, hükmün gerekçesinde bu düzenlenişte BGB §736-737 hükümlerinin göz önünde tutulduğunun ifade edilmesi bu yorumu yapmaya engel olmaktadır. Zira, bu hükümlere bakıldığında çıkma ve çıkarılmanın Türk Borçlar Kanunu'na yansıyan biçimden çok farklı ele alındığı

²⁸⁰ Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 76; Şener, **a.g.e.**, s. 389; Domaniç, **a.g.e.**, s. 104; Yongalık, **a.g.e.**, s. 102; MK m.1/II esas alınarak boşluğun doldurulacağı yönünde bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 152-153; İrfan Baştuğ, “Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti” **İzmir Barosu Dergisi**, Sy. 4, 1964, s. 44; İsviçre öğretisinde de kesin bir sonuca varmayarak bazı durumlarda, özellikle ticari işletmeye sahip olan adi ortaklıklarda çıkarılmanın kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler hakkında bilgi için bkz. Halil Akkanat, “Adi Ortaklıkta ‘Haklı Sebep İhraç’ Mümkün müdür?” **İÜHFİM**, C. 62, Sy. 1-2, s. 333-349, 2004, s. 344-345.

²⁸¹ Akkanat, **a.g.m.**, s. 333-349.

görülmektedir²⁸². Şöyle ki, BGB’de çıkma ve çıkarılma, anılan hükümlerle iki ayrı madde halinde düzenlenmiştir. TBK m.633’de, yığma biçimde ele alınan çıkma çıkarılmaya ilişkin sebeplerin bir çoğu BGB §736’da çıkma sebebi olarak sayılmıştır. BGB §737’de ise, TBK m.633’ün yer vermediği haklı sebeple çıkarılma düzenlenmiştir²⁸³.

Görüldüğü üzere, TBK m.633 pek çok problemi de beraberinde getirdiği gibi haklı sebeple çıkarılmaya ilişkin tartışmalara da berrak bir çözüm getirememiştir. Bu durumda, hükmün gerekçesinde BGB’nin örnek alındığının belirtilmesi ve fakat haklı sebeple çıkarma hakkının zikredilmemiş olması karşısında, İsviçre hukukundaki durumun dikkate alınıp alınmayacağı sorunu doğmuş bulunmaktadır.

Kanaatimizce artık, kanun koyucunun ihmeline dayalı olarak düzenlemediği bir hususun, yani gerçek bir boşluğun bulunduğundan söz etmek mümkündür. Zira aksi takdirde, hükme göre fesih bildiriminde bulunulması halinde çıkarma mümkünken, haklı sebeple çıkarılmaya izin verilmemesinin nedeni açıklanamaz. Fesih bildirimini ile ortaklığı iradi olarak sona erdirmek isteyen ortağın çıkarılması mümkün ise, ortaklığı çekilmez hale getiren ortağın çıkarılması da elbette mümkün olmalıdır. Ayrıca hükmün düzenlenişine ilişkin olarak bahsettiğimiz problemler, gerçekten de kanun koyucunun ihmeline işaret eder niteliktedir.

Netice olarak, bu boşluk MK m.1/f.II gereğince hakim tarafından doldurulacak ve bu noktada BGB §737’nin dikkate alınması gerekecektir.

²⁸² Konuya ilişkin değerlendirmesi için bkz. Bilgehan Çetiner, “Austritt und Ausschluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfachehen Gesellschaft im Neuen Türkischen Obligationengesetz Unter Berücksichtigung Der Deutschen BGB-Gesellschaft” **Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul**, Volume 47, No. 64, s. 23-41, 2015, s. 36 vd.; Kurşat, **a.g.m.**, s. 311.

²⁸³ Bu düzenlemeye göre, eğer sözleşmede bir ortağın sözleşmeyi feshetmesi halinde ortaklığın diğer ortaklarla devam edebileceği öngörülmüşse, diğer ortaklar nezdinde §723’de öngörülmüş olan haklı sebeple fesih nedeni yaratan ortak, diğer ortakların hep birlikte alacağı kararla ortaklıktan çıkarılabilir. Çıkarma kararı, bunun çıkarılan ortağa bildirilmesiyle hüküm ifade eder.

IV. Ortaklığın Sona Erdirilmesi

A. Genel Olarak

Adi ortaklığın sona erme sebepleri, yedi bent halinde TBK m.639'da sayılmıştır²⁸⁴. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

“Ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer:

- 1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız 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, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.*
- 4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar verilmesiyle.*
- 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 halinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”*

Görüldüğü üzere bunlardan bazıları (1, 2, 3 ve 5. benttekiler) anılan olgunun gerçekleşmesi halinde kendiliğinden sona erme (infisah), diğerleri ise fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, bu sebeplerin hangisi meydana gelirse gelsin adi ortaklık ortadan kalkmamakta, yalnızca sona erme aşamasına girmektedir²⁸⁵. Yani, ortaklığın şimdiye kadar benimsediği ortak amacın içeriği değişerek, bunun yerini tasfiyeyi sağlama amacı almaktadır²⁸⁶. Ortaklık, ancak

²⁸⁴ Ortakların bu hükümde sayılanlardan başka hallerde de ortaklığın sona ereceğine ilişkin anlaşma yapmaları mümkün görülmektedir. Ayrıca hükmün bütünüyle emredici nitelikte olmadığı, bu nitelikte olmayan sona erme sebeplerine ilişkin Kanun'daki düzenlemenin aksine sözleşme yapılabileceği kabul edilmektedir (Şener, **a.g.e.**, s. 432-433). Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: Yarg. 13. HD., 5.4.1993., E. 1993/1735, K. 1993/2698 (KİB). Biz, konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde bu hususa yeri geldiğinde değineceğiz.

²⁸⁵ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 42; Şener, **a.g.e.**, s. 509; Soysal Özenli, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, 1988, s. 129.

²⁸⁶ Bu anlamda, ortaya yeni bir ortaklığın çıktığı da söylenemez. Öğretide bu durum, “özdeşlik ilkesi” olarak anılmaktadır. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **C. 1**, N. 103.

tasfiyenin de sona ermesi halinde nihayet bulmuş olur. Bu nedenle öğretilerde, ortakların tamamının tasfiye sona ermeden açıkça ya da zımnen anlaşması halinde, ortaklığın sürdürülebileceği kabul edilmektedir²⁸⁷.

Bu sayılan sebeplerden ikisi; 1. bentte yer alan ortak amacın imkansız hale gelmesi ve 7. bentte yer alan haklı sebeple fesih, katılım payı getirme borcuna aykırılık haliyle doğrudan ilişkilidir. Diğerleri ise, dolaylı olarak ilişkili bulunabilir. Örneğin; katılım payı getirme borcundaki imkansızlığın, ortağın ölümü nedeniyle meydana gelmesi veya ortağın iflasından ötürü katılım payını ifa edememesi hallerinde durum bahsettiğimiz şekildedir. Yine, ortakların haklı sebeple fesih yerine feshi ihbar yolu ile ortaklığı sona erdirmesi söz konusu olabilir.

Biz çalışmamız kapsamında, söz konusu iki sona erme sebebinden ilkinde, yani ortak amacın imkansızlaşması haline, imkansızlığın sonuçlarını incelediğimiz bölümde yer verdik. Burada ise, öncelikle haklı sebeple feshe değineceğiz. Diğer sona erme sebepleri, bizim konumuzla doğrudan bağlantılı olmadığından, bunlara ayrıca yer vermeyeceğiz. Bizim ayrıca değerlendireceğimiz husus, adi ortaklıkta haklı sebeple fesih yolu karşısında borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bir sözleşmeden dönme ya da fesih hakkına yer olup olmadığı olacaktır.

B. Haklı Sebeple Fesih

Haklı sebep, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla olmak üzere, TBK m.639'un 7. bendinde bir sona erme sebebi olarak sayılmıştır. Haklı sebeple fesih, diğer sona erme nedenlerinin yanında daha kapsamlı ve genel bir anlam ifade eder²⁸⁸.

²⁸⁷ Bu yaklaşım dayanağını belirli süreli ortaklığın süresinin bitiminden sonra, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülmesi durumunda, belirsiz süreli ortaklığa dönüşeceğini öngören TBK m.640/III'den almaktadır. Bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 434. Kanaatimizce, yöneticinin ortaklığın sona ermesini öğrendiği ya da öğrenmesi gerektiği ana kadar yetkisinin devam edeceğine ve bir ortağın ölmesi halinde işlerin yürütmesine ilişkin olan TBK m.641 hükmü de bu yaklaşıma dayanak teşkil edebilir niteliktedir. Ayrıca fikrimizce, sona erme sebebinin ortaya çıkmasına bir ortağın kusurlu ve borca aykırı davranışı yol açmışsa, bu kararın alınmasında o ortağın oy hakkı bulunmamalıdır.

²⁸⁸ Bu durumu boşanma sebepleri arasında genel nitelik arz eden geçimsizliğe benzeten açıklamaları için Bkz. Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 5.

Zira haklı sebep nedeniyle hukuki ilişkiyi sonlandırma olanağı, sürekli borç ilişkileri kapsamında dayanağını MK m.2'den alan genel bir ilke katındadır²⁸⁹.

1. Haklı Sebep

Adi ortaklık sözleşmesi hükümleri arasında haklı sebepten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir tanım ya da örnek yer almamakla birlikte, öğreti ve uygulamada ortakların yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin ve bu bağlamda katılım payı getirme borçlarını ifa etmemelerinin tipik bir haklı sebep örneği oluşturacağı kabul edilmektedir²⁹⁰. Gerçekten de sürekli sözleşmelerde taraflardan dürüstlük kurallarına göre sözleşmeye devam etmelerinin beklenemediği hallerin fesih için haklı bir sebep sayıldığı düşünülürse²⁹¹, katılım payı getirme borcuna aykırılığın da çoğu zaman böyle bir sonuç yaratacağı tereddütsüzdür. Zira, daha önce de çokça ifade ettiğimiz üzere, katılım payı ortak amaca ulaşılabilmesi hedefine yönelik olarak ortaklara yüklenmiş asli bir borç olup, bu temel vazifenin bile uygun bir şekilde yerine getirilmemesi ortaklığın temelinde yer alan güven ve işbirliği ilişkisini, ortak amaca olan inancı zedeler ve bu nedenle ortaklardan ortaklığı sürdürmeleri beklenemez.

Belirtelim ki; elbette, ortakların haklı sebeple ortaklığı fesih hakkının MK m.23/f.II'ye aykırı olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Bu nedenle, ortakların haklı sebeple ortaklığı fesih haklarını kullanmayacağına veya katılım payı getirme borçlarının ifa edilmemesinin haklı sebep sayılmayacağına ilişkin anlaşmaları geçersizdir²⁹². Bununla birlikte, katılım payının getirilmemesinin kesin bir şekilde her

²⁸⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 65.

²⁹⁰ Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 26 ve 42.

²⁹¹ Bu esas hizmet sözleşmesine ilişkin olarak TBK m.435/II'de de ifade edilmiştir: “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”. Ayrıca kolektif ortaklıklara ilişkin TTK m.245, ortaklık sözleşmesi bağlamında haklı sebepten ne anlaşılacağına ilişkin bir tanım vermektedir. Buna göre; “Haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkansız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır.”. Hükümde ayrıca haklı sebebe özellikle örnek olabilecek haller sayılmış, bu sayımda “Bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi” de haklı sebep olarak yer almıştır. Gerek söz konusu hükme gerek ortaklık sözleşmesi bağlamında haklı sebebin kavramsal çerçevesine ilişkin geniş açıklamaları için bkz. Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 19 vd.

²⁹² Şener, **a.g.e.**, s. 482; Seliçi, **a.g.e.**, s.164.

zaman ortaklığın feshi için haklı bir sebep yaratacağı da söylenemez. Bu haklılık saptanırken, katılım payı borcunun ifa edilmemesi olgusu tek başına yeterli olmaz; bunun yanında örneğin, ortak amacın gerçekleşmesinin tehlikeye düşüp düşmediği ve bu olguya karşı diğer ortakların tutumu da araştırılmalı, yani haklılık durumu ortaklık açısından tüm yan olguların da dikkate alındığı bütünsel bir yaklaşımla değerlendirilmelidir. Zira, bazen bir ya da birkaç ortağın feshi istemesine rağmen diğer ortaklar ortaklığın son bulması yerine katılım payını ifa etmeyen ortağa bir yaptırımın uygulanması (örneğin; tazminat ödettirilmesi ya da o ortağın ortaklıktan çıkarılması) isteğinde olabilirler. Elbette bu, haklı sebeple feshin mümkün olabilmesi için diğer ortakların rızalarının olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Ortaklardaki genel eğilimin saptanması yeterli olup, bunun ortaklığa devam edilmesi yönünde olduğu hallerde ortaklık ilişkisinin temelindeki güven ilişkisinin ve ortak amaca inancın ortadan kalktığını söylemek mümkün olmayacaktır. Yani, bütünsel nitelik taşıyan ortaklık ilişkisine yayılmamış subjektif bir güven zedelenmesi ortaklığın feshi için “haklı sebep” olarak değerlendirilememelidir²⁹³. Elbette bir kişi ortaklığı olması nedeniyle ortaklar arasındaki sıkı birliktelik düşünüldüğünde, bu küçük zedelenmelerin bile çok kolay bir şekilde ortaklığa yayılması ve ortaklar arasındaki birlikteliği atıl kılması pek olağandır. Netice olarak, hakim somut uyuşmazlık bakımından, ortaklık ilişkisine devamın ortaklardan beklenebilirliğini dürüstlük kuralı ışığında, MK m.4 gereğince kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak değerlendirir.

2. Dava Açılması

TBK m.639/b.7’de haklı sebeple ortaklığın feshinin mahkeme kararıyla söz konusu olacağı belirtilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu düzenlemeye tekabül eden m.535’de, şimdikinden farklı olarak, ortaklığın belirli süreli veya süresiz olması

²⁹³ Nitekim, haklı sebeple fesih gibi bir ortağın tek taraflı iradesiyle ortaklığın sona ermesine sebebiyet verebildiği diğer hal olan fesih bildiriyle sona erdirmeye de benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre, TBK m.633 gereğince, bir ortağın fesih bildiriminde bulunması halinde eğer sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa ortaklığın sona erdirilmesi yerine o ortak ortaklıktan çıkarılarak ortaklığın sürdürülmesi sağlanabilecektir. Yani burada da bizim değerlendirmemize paralel şekilde, bir ortağın ortaklığı sona erdirmeye iradesine karşılık diğer ortakların devam iradesine üstünlük tanınmıştır. Ortaklıktan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin düzenlemenin yer almadığı eski BK döneminde de bu sonuç kolektif ortaklıklara ilişkin TTK m.256 (eski TTK m.198/I) hükmü örneksenerek sağlanmaktaydı.

bakımından bir ayrıma gidilerek, belirli süreli ortaklıklarda bu imkana başvurabilmek için feshi talep eden ortağın diğer ortaklara ihbarda bulunması şartı aranmaktaydı. TBK’da böyle bir ayrıma yer verilmemiş, aksine feshin “*her zaman başkaca koşul aranmaksızın*” istenebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, haklı sebep teşkil eden olgu kapsamındaki iç koşulların elbette yerine getirilmiş olması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin, katılım payı getirme borcunun ifa edilmediğine ilişkin olarak haklı sebeple fesih isteniyorsa, ifa edilmemeden bahsedebilmek için borçlu ortağın temerrüdü söz konusu olmalıdır. Temerrüdün oluşma şartlarından biri de, kural olarak, ihtaradır. Bu nedenle buradaki “her zaman başkaca koşul” ifadesi temerrüt için ihtarın şart olduğu hallerde temerrüt ihtarının gerekmediği şeklinde anlaşılabilir. Temerrüt yoksa zaten, bu anlamda bir haklı sebepten de bahsedilemez.

Bu davayı tek bir ortak açabileceği gibi, diğerleriyle beraber de davacı olabilir²⁹⁴. Adi ortaklığın tüzel kişiliği ve buna bağlı olarak davada taraf ehliyeti olmadığından, haklı sebebin doğmasında sorumlu olup olmaması önem arz etmeksizin, zorunlu dava arkadaşlığı prensibinin gereği olarak, davanın diğer tüm ortaklara karşı yöneltilmesi gerekir. Mahkemenin haklı sebep bulunduğu gerekçesiyle ortaklığın feshine karar vermesi, bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde olup, kural olarak, ileriye doğru etkisini gerçekleştirir²⁹⁵. Doğaldır ki, davanın açılması için

²⁹⁴ Öğretide, kendi kusurlu davranışıyla haklı nedenin doğumuna yol açan ortakların bu nedene dayanarak ortaklığın feshini dava edemeyecekleri, dava açmışlarsa bunun reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku – Şirketler Hukuku**, C. II, 2. Bası, Ankara, 1973, s. 159; Domaniç, **a.g.e.**, s. 113; Özenli, **a.g.e.**, s. 173; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **C. 1**, N. 111). Ancak kanaatimizce, bu keskin görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu dava zaten, MK m.2 temelli olup, davacı ortağın kusurunun bulunup bulunmadığı haklı sebep araştırmasının dışında izole bir olgu olarak ele alınamaz. Haklı sebebin bütün yönleriyle bütünsel bir yaklaşımla ele alınması gereği düşünüldüğünde, davacı ortağın kusurlu bulunmasını haklı bir sebep yokmuş gibi değerlendirmenin imkanı yoktur. Örneğin, davacı ortak kusurlu olmasına rağmen, zaten ortaklığa devam iradesinin yoğun bir biçimde zedelendiği ihtimalde davanın bir kalemde reddedilmesi yanlış bir tutum olacaktır. Netice itibarıyla, haklı sebebin doğumuna neden olan ortağın kusurlu olup olmamasının, onun dava hakkıyla değil, ortaya çıkan zarardan sorumluluğu bakımından önemi vardır. Ayrıca imkansızlık haliyle ilgili olarak aynı yöndeki kanaati için bkz. Yongalık, **a.g.e.**, s. 78.

²⁹⁵ Bununla birlikte öğretideki genel kanı, belirli istisnai hallerde hükmün geçmişe etkisinin de kabul edilebileceği yönündedir. Zira, haklı sebep doğuran olgu ortaklığa devamı imkansız hale getirmiş olabilir. İşte bu tür hallerde menfaatler dengesi gözetilerek, sona ermenin dava tarihinden itibaren sonuç doğuracağına karar verilebileceği düşünülmektedir. Bu yöndeki açıklamaları için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 168. Elbette bu dengenin, ihtiyati tedbirler yoluyla kurulması da mümkündür

Bu etkinin, hangi andan itibaren başlayacağı da netlik arz eden bir husus değildir. Yargıtay’ın bazı kararlarında sona ermenin hükmün açıklanmasından itibaren, bazılarında ise hükmün kesinleşmesiyle birlikte etki doğuracağını kabul ettiği görülmektedir. Bkz. Yarg. 13. HD.,

Kanun'da bir süre belirtilmemiştir, bu anlamda haklı sebep mevcut bulunduğu sürece davanın açılabilmesi kabul edilmektedir²⁹⁶.

Kural, haklı sebeple feshin mahkeme eliyle olması gerektiği ise de, ortakların mahkemeye gitmeksizin yalnızca tek taraflı irade beyanlarıyla ortaklığı feshedebilecekleri hususunda anlaşmaları halinde bunun geçerli olup olmayacağı, yani hükmün bu noktada emredicilik kesbedip etmediği tartışmalı bir noktadır²⁹⁷. Kanaatimizce, hüküm fesih için haklı sebebin bulunması şartı bakımından emrediciyse de, mahkeme kararıyla sona erme bakımından da bir emredicilik bulunduğunu ileri sürmenin gereği yoktur. Çünkü, esas olan öncelikle taraf iradeleridir. Tarafların aralarındaki ortaklık ilişkisini inşa eden özneler olarak, güven ilişkisini zedeleyen bir haklı sebebin oluşması halinde bu ilişkinin mahkemeye gitmeksizin, daha kolayca çözümlenmesine karar verebilme iradeleri karşısında, hükmün emredici olduğunu ileri sürmenin bir sakıncası bulunmamaktadır. Zaten, mahkemeye gitmeden de olsa ortaklığın feshi için yine bir haklı sebep bulunması gerekir²⁹⁸. Ayrıca birazdan açıklayacağımız üzere, hükmün mahkeme yolunu öngörmüş olması sürekli sözleşmelerin haklı sebeple sona erme düzeni bakımından istisnai nitelik taşımakta olup, bu istisnanın emredici şekilde düzenlendiği düşünülmemelidir.

Esasen, TBK m.639/b.7 hükmünün de sürekli sözleşmelerin sona ermesi bakımından genel bir ilke olarak yüceltilen haklı sebebe dayalı olağanüstü fesih hakkını düzenlediği düşünüldüğünde ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki diğer hiçbir sürekli nitelikteki sözleşme ilişkisinde haklı sebeple fesih için mahkeme yolu öngörülmemişken, adi ortaklıkta böyle bir farkın neden bulunduğu sorgulanabilir²⁹⁹. Zira ancak mahkeme yoluyla mümkün görülmek suretiyle bu hak diğer sürekli

27.04.1988, E. 1988/1285, K. 1988/2437; karş. Yarg. 13. HD., 28.12.1984, E. 1984/6773, K. 1984/8297 (KİB).

²⁹⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 166; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 488.

²⁹⁷ Emredici olmadığı kanısındaki görüş için bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 160; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 504; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri**, 3. Bası, Ankara, 1971, s. 468. Aksi görüş için bkz. Özenli, **a.g.e.**, s. 126.

²⁹⁸ Ortada haklı sebebe dayanmayan bir fesih olduğunu düşünen ortak, bunun tespitini mahkemeden talep edebilir. Mahkeme davayı haklı gördüğü takdirde feshin geçersiz olduğunun tespiti kararı verecektir.

²⁹⁹ Bu farkı “anlaşılamaz” olarak nitelendiren Seliçi, **a.g.e.**, s. 168.

sözleşmelerde üstlendiği, sözleşşenlerin çekilmez hale gelen ilişkiden bir an önce kurtarılması şeklindeki fonksiyonunu, adi ortaklık bakımından yitirmiştir. Bunun nedeni, çok taraflı bir ilişki olması bakımından ortakların tek taraflı etki doğurur nitelikteki haklarının bir şekilde sınırlandırılması gerektiği düşüncesi olarak açıklanabilir. Dolayısıyla bu düzenlemeyle, ortakların sürekli nitelikteki bir sözleşmeyle bağlı olmaları karşısında sahip olmaları gereken olağanüstü fesih haklarının ortaklık ilkeleri bağlamında bir sınırlandırmaya tabi tutulması söz konusudur. Biz bu nedenle söz konusu düzenlemenin, haklı sebeple fesih yolunu ancak mahkeme kararıyla öngören bir hüküm olarak anlaşılmasını kabul edilemez buluyoruz. Bize göre TBK m.639/b.7, amacına uygun bir sınırlandırmaya tabi tutularak, münferit olarak ortakların haklı sebep nedeniyle sözleşme ilişkisinden kurtulmasını düzenleyen bir hüküm olarak anlaşılmalıdır³⁰⁰. Yoksa bu hüküm, fesih için haklı bir sebep yaratan ortağa karşı diğer ortakların elbirliğiyle mahkemeye gitmeksizin bu hakkını kullanmasına bir engel teşkil etmez.

C. Sözleşmeden Dönme ve Fesih

Yukarıda incelediğimiz üzere, adi ortaklık sözleşmesinde haklı sebeple ve mahkeme kararıyla fesih genel bir sona erme sebebi olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, TBK m.621/f.III'ün atfı gereği uygulama bulan ayıptan ve zapttan sorumluluk hükümleri ile borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler bağlamında da sözleşmeden dönme ya da fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilebilmesi söz konusu olabilmektedir. Katılım payı getirme borcunda bu niteliklerde bir ifa engeliyle karşılaşılması halinde adi ortaklık bakımından öngörülmüş olan haklı sebeple fesih kuralı karşısında sözleşmeden dönme ya da fesih yolunun açık olup olmadığı öğretide tartışılmalı bir meseledir.

³⁰⁰ Aksî takdirde, gerçekten de hükmün mahkeme yolunu öngörmüş olmasının amacı anlaşılabilir olmaktadır. Esasen, kuralın düzenlenişinde neden BGB'deki gibi haklı sebeple feshin serbest tutulup, bu konudaki muhtemel uyuşmazlığın çözümünü bir tespit davasına bırakmadığı yine de sorgulanabilir. Ancak hüküm açıkladığımız şekilde anlaşıldığı takdirde bu yöndeki sorgulamalar da büyük ölçüde cevaplanmış olur. Zira böylece, ortakların ancak birlikte hareket etmedikleri halde mahkemeye başvurmaları gerekeceğinden, dava açma külfetine de haklı sebebi ileri süren ortağın katlanması gereği hükmü daha anlaşılabilir kılar.

Hemen belirtelim ki, “sözleşmeden dönme” kavramsal olarak ani edimli sözleşmelerde sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) sona erdirmeyi ifade etmekte olup, süreklilik arz eden sözleşmelerde bunun yerini ileriye etkili (*ex nunc*)sona erdirmeyi ifade eden “fesih” alır. Nitekim bu husus, temerrüde ilişkin hükümler arasında yer alan TBK m.126’da belirtildiği gibi, esasen, kira sözleşmesinde de dönmeden değil fesihten söz edilmiştir. Adi ortaklık sözleşmesi de hiç şüphesiz, sürekli edimli nitelikte olduğundan, kural olarak, geçmişe etkili sona ermeden bahsedilemez³⁰¹.

Şunu da belirtelim ki, bizim burada araştırdığımız husus, kesinlikle ortaklardan birinin tek taraflı irade beyanıyla doğrudan sözleşmeyi sona erdirebilmesi ihtimali değildir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, borcuna aykırı davranan ortağa karşı kullanılacak hiçbir seçimlik hak münferit olarak ortaklara ait olmayıp, ancak diğer ortakların elbirliğiyle kullanımına açıktır. Ortakların tek başlarına harekete geçerek

³⁰¹ Bununla birlikte, bu kuralın da istisna bulunduğu hallerden bahsedilmesi mümkündür. Öncelikle, TBK m.126’da da ifade edildiği üzere ifasına hiç başlanmamış sürekli edimli sözleşmelerde geçmişe etkili sona erme söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, eser sözleşmesi de, öğretilerde yaygın olarak kabul edildiği üzere ani-sürekli karmaşığı nitelikte olduğundan, işin büyük kısmının tamamlandığı hallerde dönmeden değil fesihten söz edilir. Bu bağlamda, adi ortaklıkta da sözleşmenin kurulmasına rağmen ortaklık hiç faaliyete geçmemiş ise geçmişe etkili sona ermeden bahsedilebilmelidir. Hatta kanaatimizce, TBK m.126’nın “ifasına başlanmış” şeklindeki ifadesi adi ortaklık bağlamında ortakların yalnızca katılım payı getirme borçlarını ifası bakımından değil ortak amaç uğruna birlikte çabalama yükümlülükleri de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Şöyle ki, ortakların katılım paylarını ifa ettikleri ancak bundan sonra hiçbir çaba göstermemeleri nedeniyle ortaklığın atıl kaldığı bir ihtimalde, ortaklığın tasfiyeye girerek ortaklığa mülkiyet hakkını getiren ortağın, getirdiği şeyin yalnızca değerini isteyebileceği yönündeki TBK m.642 hükmünün uygulanmasının adil olmayacağı ortadadır. Bu nedenle bu hallerde, sona ermenin sözleşmenin kurulmasından önceki durumu sağlayıcı nitelikte etki göstermesi yerinde olur.

Şunu da belirtelim ki, esasen sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi, klasik görüş uyarınca kabul edilen bir olgudur. Yeni dönme (dönüşüm) teorisine göre, bunun yerine sözleşme ilişkisinin çözümlenmesinden bahsedilir. Ancak bu görüş uyarınca da sözleşmeden dönme hakkıyla, tarafların malvarlıklarında sözleşmenin henüz kurulmadığı dönemdeki görünüm elde edilmeye çalışılır. Dolayısıyla iki görüş arasındaki farklılık bu hedefin yöntemine ilişkin olup, hangi görüş benimsenirse benimsensin yerine getirilmiş sözleşme edimlerinin geri verilmesi noktasında sözleşmeden dönme ile fesih birbirinden ayrılır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 118 vd.

Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisine bağlı olarak, tazmini istenebilecek zarar da kural olarak olumsuz zarar niteliğinde olur. TBK m.125/III’de olumsuz zarara, “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zarar” ifadesiyle işaret edilmiştir. Her ne kadar, öğretilerde bazı yazarlarca (Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 638-639) olumsuz zarar ayırımına karşı çıkılmakta ve anılan düzenlemeyle de olumlu zararın kastedildiği ileri sürülmekteyse bile, bu muhalif görüş öğretilerde pek benimsenmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 256 ve s. 368 vd.; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 261 vd.

ortaklığı sona erdirmesi, ancak TBK m.639/b.6 ve b.7 çerçevesinde, yani feshi ihbar veya haklı sebep bulunması halinde mahkeme kararı yoluyla mümkün olabilir.

Bütün bu açıklamalarımızdan görüleceği üzere, bizim burada incelediğimiz husus aslında; sözleşmeden dönmenin değil, ortakların birlikte kullanabileceği ortaklığa ait bir fesih hakkının var olup olmadığıdır.

1. Öğretideki Tartışmalar

Belirtmek gerekir ki, ortaklığın haklı sebeple feshi kuralı karşısında sözleşmeden dönme ya da fesih hakkına yer olup olmadığı tartışmasında, öğretide çoğunluğun yerleşik fikri menfi yöndedir³⁰². Bu fikre göre, karşılıklı sözleşmeler bağlamında ortaya çıkan bir hak olarak sözleşmeden dönme hakkının adi ortaklıkta kıyasen uygulama bulması mümkün değildir. Bu görüşteki yazarlar tarafından, haklı sebeple fesih yolu karşısında ortakların sözleşmeden dönme hakkıyla ayrıca himaye edilmelerine de gerek bulunmadığı ileri sürülmektedir. Benzer yönde bir düşünce, sürekli sözleşmelerin sona erme düzeni bakımından da ileri sürülmüştür³⁰³. Buna göre, sözleşmeden dönme hakkı sağlayan olgular sürekli sözleşmeler bağlamında her zaman haklı sebep sayılamayacağından, bu nitelikteki sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin yerini haklı sebebe dayanan feshin aldığı kabul edilmelidir.

Bunlara karşılık, gerek sürekli nitelikteki sözleşmeler gerek adi ortaklık bağlamında haklı sebeple feshin sözleşmeden dönme ya da fesih hakkını ortadan kaldırmadığı, bilakis bunların TBK m.639 hükmünü tamamlayıcı bir rolünün olduğu

³⁰² Doğanay, **a.g.e.**, s. 29; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 156; Barlas, **a.g.e.**, s.117-118; Şener, **a.g.e.**, s. 16 ve s. 214; Yongalık, **a.g.e.**, s. 84; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 578; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 25 vd.; bu görüşte olmakla birlikte ortaklığın iki kişiden oluşması haline istisna tanıyan yazarlar için bkz. Baştuğ, **a.g.m.**, s. 10; Yalman/ Taylan, **a.g.e.**, s. 47.

³⁰³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 221.

ileri sürülmüştür³⁰⁴. Buna göre, diğer tüm ortaklarca birlikte kullanıldığı sürece, dönme hakkının mümkün olduğu kabul edilmelidir³⁰⁵.

2. Değerlendirmemiz

Öğretideki menfi yöndeki genel kanı - uygulamanın da bu yönde gelişmesiyle olacak ki- adi ortaklığa ilişkin yazında, öğretideki tartışmalar dile getirilmeksizin ve yeterince gerekçelendirilmeye ihtiyaç görülmeden kabul edilen genel bir kural halini almıştır. Ancak azınlıkta kalan aksi yöndeki fikirler göstermektedir ki, bu genel kanı tereddüde yer bırakmayacak nitelikte bir “hukuki doğru” ortaya koymuş değildir.

Öncelikle Türk hukukunda adi ortaklığa ilişkin yazın incelendiğinde görülmektedir ki, aslında menfi görüş bildiren yazarların birçoğu, meseleyi yalnızca sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili ve tek taraflı bir hak olması bağlamında düşünmüşlerdir³⁰⁶. Halbuki, başta da belirttiğimiz gibi, TBK m.126’da ifade edildiği üzere sürekli sözleşmelerde dönmenin yerini fesih almaktadır ve esas tartışmanın da aslında sözleşmenin feshi hakkına ilişkin olarak yürütülmesi gerekir³⁰⁷. Bu hakkın

³⁰⁴ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 137; Fahiman Tekil, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 1996, s.34-35; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, Zürich, 1972, s. 249-250. (Barlas, **a.g.e.**, s. 117 dn. 300’den naklen). Sürekli borç ilişkileri bağlamında konuya ilişkin değerlendirmeleri için bkz. Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebep Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 191 vd.

³⁰⁵ Robert Müller, **Gesellschaftsvertrag und Synallagma – Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag**, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Nr. 380, Zürich, 1971, s. 125 vd., s. 132. (Barlas, **a.g.e.**, s. 117 dn. 302’den naklen)

³⁰⁶ Bu düşünüş, özellikle *Doğanay*’ın ve *Şener*’in ifadelerinde açıkça görülebilir. *Doğanay*’ın ifadeleri (**a.g.e.**, s. 29) şu şekildedir: “...Kaldı ki akitten dönme şirket akdinin mahiyetine de uygun düşmemektedir. Şirket akdinde esas olan gayenin gerçekleştirilmesidir. Ortaklardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi, ortak gayenin gerçekleşmesini engellemedikçe, diğer ortaklar sırf temerrüt nedeniyle akiddan dönememelidir.”. Şener de benzer şekilde şu ifadelerle (**a.g.e.**, s. 214) yer vermiştir: “...Yoksa burada (kural olarak) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kurallar uygulanamaz. Çünkü adi ortaklık için söz konusu olan müşterek bir amaç takip isteği iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin keskin yaptırımlarının ve özellikle dönmeye ilişkin kuralların uygulanması için elverişli değildir.”. Görüldüğü üzere, sözleşmeden dönmenin adi ortaklığın mahiyetine uygun düşmemesi, keskin bir yaptırım olması şeklindeki ifadeler ve ortak amaç unsuruna yapılan vurgu bahsettiğimiz biçimdeki bir düşünüşe işaret eder niteliktedir.

³⁰⁷ Dolayısıyla, ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde dönmenin mümkün olabilirdiğinden ve bu anlamda adi ortaklık sözleşmesi bakımından da sözleşmeden dönmenin gündeme gelebileceğinden söz edilmesi, öğretide bu bahsettiğimiz anlamda yapılması gereken tartışmanın eksenini kaydırmıştır. Meseleden bu şekilde bahseden yazarlar için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 156; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 41; Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku**, C. II, Ankara, 1972, s. 41; Şener, **a.g.e.**, s. 214.

münferit olarak ortaklara ait olması anlamında tek taraflı olarak kullanılabilmesi ise zaten söz konusu değildir³⁰⁸.

Kanaatimizce, haklı sebeple fesih hakkının yanında ayrıca fesih hakkına yer olmadığı yönündeki kanıya da katılmak mümkün değildir. Öncelikle belirtelim ki, öğretinin bizim bahsettiğimiz şekilde TBK m.639/b.7’de amaca uygun bir sınırlandırma yapmaksızın, bu hükmü uygun bir çare olarak göstermesi yerinde olmamıştır³⁰⁹. Zira, açıkladığımız üzere, söz konusu hüküm ile haklı sebeple feshin mahkeme yoluyla ileri sürülmesinin şart koşulmuş olması, ortakların haklı sebep nedeniyle sözleşmeden derhal kurtulma haklarını sınırlar niteliktedir. Halbuki, bir ortağın borca aykırı davranışı neticesinde diğer ortaklar nezdinde doğan sözleşmeyi fesih hakkının elbirliğiyle kullanılabilmesi kabul edilirse, bu sakınca da söz konusu hükmün amacına uygun bir biçimde engellenmiş olur. Belirtmek gerekir ki, bu durumda haklı sebeple sona erme kuralının aşılmış olacağı yönünde bir endişeye de mahal yoktur. Zira, bir ortağın borca aykırı davranışı nedeniyle diğer tüm ortakların sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında birleştikleri bir ihtimalde, artık ortaklıkta *affecio societatis* unsurunun varlığından söz edilemeyeceğinden, bu durumda ortada haklı bir sebep olmadığını ileri sürmenin imkanı yoktur³¹⁰.

Yukarıda da açıkladığımız üzere bizce de, yine elbirliği ile kullanılmak şartıyla, anılan hallerde sözleşmenin dönme hakkı ile geriye etkili sona ermesi istisnaen mümkün olabilir. TBK m.126 hükmüne ve bu hükmün Kanun’da yer almasından önce öğretilerde yerleşik hale gelen fikre karşın bu düşüncüyü dayanaksız olarak değerlendiren ve bu nedenle katılmamızın mümkün olmadığı ifadeleri için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s.117-118.

³⁰⁸ Tartışmanın çerçevesini belirleyen ve en başta tespiti gereken bu gerçeğin öğretilerde ya hiç belirtilmeden (Şener, **a.g.e.**, s. 18) ya da bu husus tartışma içinde ileri giden bir görüşmüş gibi değerlendirilerek ileriye etkili fesih imkanına hiç değinilmeden konunun neticelendirilmesi (Barlas, **a.g.e.**, s. 117, dn. 302) isabetli olmamıştır. Bu durum da gösteriyor ki, öğretilerdeki menfi kanı, sözleşmeden dönmenin tek taraflı ve geçmişe etkili nitelikleriyle sınırlı olarak yürütülen tartışmanın sonucudur.

³⁰⁹ Yine burada da, öğretinin bu değerlendirmeyi yaparken sözleşmeden dönme ya da fesih hakkının elbirliğiyle kullanılabilmesi prensibini ve ihtimalini dikkate almadığı anlaşılmaktadır.

³¹⁰ Dolayısıyla sürekli sözleşmeler bağlamında sözleşmeden dönme ya da fesih hakkının yerini haklı sebebe dayanan olağanüstü fesih hakkının alıp almadığı tartışması daha çok iki taraflı sözleşmeler bakımından önemli olup, adi ortaklık bağlamında pratik anlamda bir fark yaratmamaktadır. Bu sonuç, adi ortaklığın iki kişiden oluşması halinde de değişmez. Zira, belirttiğimiz gibi bu halde de *affecio societatis* ilişkisi ortadan kalkmış olacak ve sözleşmenin sürdürülmesi olanaksız hale gelecektir.

Görüldüğü üzere, öğretide yerleşmiş olan menfi yöndeki genel kanı, hem TBK m.639/b.7’yi amacına aykırı olarak yorumlaması hem de sözleşmeden dönme ya da fesih hakkına yer olmadığı savını bu hükme dayandırması bakımından isabetsizdir. Halbuki bizim benimsediğimiz görüş çerçevesinde hiçbir sakınca doğmadığı gibi TBK m.639/b.7 hükmü de anlam bulmaktadır. Şöyle ki; borcuna aykırı davranarak ortaklık nezdinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının gündeme gelmesine sebebiyet veren ortak karşısında, ortaklar hiç şüphesiz tek başlarına ya da birlikte haklı sebeple fesih davası açabilecekleri gibi, aralarında mutabakat olması halinde sözleşmeyi derhal feshedebileceklerdir³¹¹. Böylece, ortaklığın yapısına uygun bir biçimde müzakere zemini de sağlanmış ve taraflar arasındaki problem mahkemelere yansımaksızın ekonomik bir biçimde halledilmiş olur. Alacaklı konumundaki ortaklardan birinin bile aksi fikirde olması ve dolayısıyla mutabakatın sağlanamaması halinde ise, artık mahkemeye başvurulması gerekecektir.

D. Sona Ermenin Sonucu: Tasfiye

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nda “ortaklığın sona ermesi” üst başlığı altında, sona erme sürecinin üç önemli sonucu düzenlenmiştir. Bunlardan biri, TBK m.641’de yer alan sona ermenin ortaklığın yönetimine olan etkisi; diğeri, TBK m.645’de ifade edilen üçüncü kişilere karşı sorumluluğa olan etkisidir. Bizim çalışmamızın konusu bağlamında önem arz eden husus olarak ise tasfiye işlemine ilişkin hususlar, TBK m.642 – m.644 arasında yer almıştır.

Tasfiye, en basit ifadeyle, üzerinde birden fazla kimsenin hak sahipliğinin bulunduğu bir malvarlığını, en adil biçimde çözümlenerek dağıtmayı hedefleyen bir işlemdir.

³¹¹ Bu durumda elbette ortaklığın sona erme düzeni gereğince, sözleşme tamamen sona ermeyecek, ancak tasfiye aşamasına girecektir. Tasfiyenin de sonlanmasıyla ortaklık ileriye etkili olarak sona ermiş olur. Belirtelim ki, ileri etkili sona ermenin gereği olarak, tazmini söz konusu olan zarar da kural olarak, olumsuz değil, olumlu zarar niteliğindedir. Bununla birlikte fesih ile ileriye etkili sona erme halinde de olumsuz zararın istenebileceği, bunun ise, “*alacaklının sözleşmeyi borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapmış olsaydı uğramayacağı zarar*” olduğu öğretide ileri sürülmektedir. Bkz. Vedat Buz, “Yeni TBK’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi” **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler) – TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Ed: Çiğdem Kırcı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 139-150, s.149-150.

Ortaklığın edimler birleşimini öngören ve malvarlığı üzerinde elbirliğiyle hak sahipliğine dayanan hukuki yapısı da, sona erme düzeni bakımından tasfiye işlemini çoğu zaman gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Zira, bu yapının çözülmesinin tarafların karşılıklı olarak kutuplaştığı diğer sözleşmelerdeki gibi kolay olmadığı aşıkardır. İşte bu nedenle kanun koyucu, anılan hükümlerde tasfiye işlemine ilişkin kurallar öngörmüştür. Bunlar birer yedek hüküm niteliğinde olup, tarafların başka bir usul belirlemeleri de mümkündür³¹². Ancak burada önemli olan husus, ortaklar arasındaki tasfiye sözleşmesi neticesinde devri şekle bağlı olan bir unsurun el değiştireceği öngörülüyorsa, bu sözleşmenin de şekle uygun olarak yapılması gereğidir³¹³.

Bizim bu başlık altında esas olarak odaklandığımız husus, katılım payının tasfiye işlemindeki yeri olacak. Bu kapsamda, konunun anlaşılabilmesi açısından zorunlu olarak, öncelikle tasfiyenin işleyişini genel hatlarıyla tanıtmaya çalışacağız. Bu noktada odak noktamızı kaydırmamak adına, tasfiye usulüne (TBK m.644) ilişkin bir değerlendirmede bulunmayacağız³¹⁴.

2. Tasfiye İşlemi

Türk Borçlar Kanunu'nda tasfiye işlemine ilişkin olarak yapılacaklar, m.643'de "kazanç ve zararın paylaşımı" başlığı altında ele alınmış; tasfiye sırasında katılım payı için yapılacak işlem ise m.642'de belirtilmiştir. TBK m.643'de formüle edilen tasfiye işlemi, öğretide dış tasfiye ve iç tasfiye olarak iki kolda incelenmektedir. Buna göre ilk adımda yapılacak olan dış tasfiyede amaç, ortaklığın net malvarlığı değerini ortaya çıkarmaktır. İç tasfiye ile de, bu rafine edilmiş net malvarlığı değeri ortaklar arasında tasfiye edilmektedir. Her iki aşamada da getirilen katılım payının bir yeri bulunmaktadır. Biz de bundan sonra bu hususa yönelik olarak bir değerlendirmede bulunacağız.

³¹² Örneğin, taraflar arasında sona erme sonucunda ortaklığın bütün hak ve borçlarıyla bir ortağa devredileceği öngörülmüş olabilir. Bazen de, özellikle ideal gayeli ortaklıklarda, ortakların amacı herhangi bir malvarlıksal değeri bulunmayan bir ortak amaca erişilmesinden ibaret olabilir.

³¹³ Bilge, **a.g.e.**, s. 470-471; Şener, **a.g.e.**, s. 525.

³¹⁴ Konuya ilişkin incelemeleri için bkz. Resul Narin, "Adi Şirketin Sona Ermesi (BK m.535-541)", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2010, s.91 vd.

a. Dış Tasfiyede Katılım Payının Yeri

Tasfiyede elbette ilk basamak, ortaklık malvarlığının bütün aktif ve pasifinin dikkate alınarak değerinin tespit edilmesidir³¹⁵. Ardından bu malvarlığının aktifindeki unsurların, ortaklar aralarında başka bir usul kararlaştırmadıkları sürece, satışının sağlanarak paraya çevrilmesi gerekir³¹⁶. İşte bundan sonraki aşamada, elde edilen bu parayla ortaklığın pasifinin sıfırlanması hedeflenir. Bunun için ise TBK m.643'de belirtildiği üzere, ortaklığın borçlarının³¹⁷ ve ortakların ortaklığa verdikleri avanslar ile yaptıkları masrafların ödenmesi gerekmektedir.

Katılım payı olarak ne getirildiği, dış tasfiyede işlevini hemen ilk aşamada, yani malvarlığı değeri tespit edilirken gösterir. Zira daha önce de değindiğimiz üzere, bu malvarlığının aktif tarafında, ortaklığın faaliyeti neticesindeki bütün edinimleriyle ortakların mülkiyetini getirdikleri katılım payları bulunur. Ancak katılım payı olarak kullanma hakkı getirilen şeyler ortaklık malvarlığına dahil vaziyette değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ortaklığa inançlı olarak bir şeyin mülkiyeti getirilmiş ve anlaşma kapsamında ortaklığın son bulması halinde, bu şeyin aynen iade edileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda da malvarlığı paraya çevrilmeden, tasfiyenin başında bunun iadesinin sağlanması gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, mülkiyeti *quoad sortem* biçiminde getirilen şeyler ortaklığa ait kabul edildiğinden, malvarlığının tespitinde dikkate alınması gerekir. O halde denilebilir ki, bir unsurun ortaklık malvarlığına dahil olup olmadığı yönünden önemli olan, bunun görünüş itibarıyla de ortaklık malvarlığında bulunması değil, taraflar arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde ortaklık malvarlığına dahil kabul edilip edilmediğidir³¹⁸. Ayrıca ekleyelim ki, katılım payı ile ortaklık lehine üst hakkı

³¹⁵ Tasfiyeyi ortaklar yapıyorsa tasfiyeye ilişkin karar gününe en yakın bir günün; mahkeme yapıyorsa, karar gününe en yakın olan bir günün esas alınarak malvarlığını değerinin tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C. 1, N. 115; Şener, a.g.e., s. 604. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için ise bkz. Yarg. 13. HD., 24.02.1994, E. 1994/9893, K. 1994/1745; Yarg. 13. HD., 14.04.2003, E. 2003/1962, K. 2003/4389 (KİB).

³¹⁶ Şener, a.g.e., s. 609-611.

³¹⁷ Ortaklık üçüncü kişilere borçlu olabileceği gibi, ortaklara da ortaklık ilişkisi dışında borçlanmış olabilir. Örneğin; ortakların ortaklık sözleşmesi dışında üçüncü kişiyi gibi ortaklıkla girdiği hukuki ilişkiler ya da haksız fiil dolayısıyla alacakları bulunabilir. Bkz. Narin, a.g.e., s. 111.

³¹⁸ Kural, ortaklık malvarlığına dahil olan tüm unsurBu anlamda örneğin,

kurulduğu durumda, taşınmaz üzerindeki binanın mülkiyeti ortaklığa ait gözükse de, bu mülkiyet üst hakkından bağımsız olarak varlık ifade etmediğinden, bu halde de mülkiyet değil yararlanma hakkı getirilmiş vaziyettedir.

Dış tasfiyedeki esas yeri bahsettiğimiz şekilde olmakla birlikte, bir halde daha katılım payı getirme borcuyla bağlantı kurmak mümkündür. Her ne kadar ortakların yalnızca ortaklığa verdikleri avanslar ve yaptıkları masraflar için faiz isteyebilecekleri, yani katılım payına karşılık faiz talep edilemeyeceği kabul ediliyorsa da, tarafların aksi yönde anlaşmaları halinde, bunun da dış tasfiye aşamasında dikkate alınarak ortağa ödemenin yapılması gerekir. Yine, kullanma hakkı getirilen şeye ilişkin olarak da ortakların kullanma bedeli talep etmesi kural olarak mümkün değilse de, aksinin kararlaştırılması halinde bu bedel, dış tasfiye aşamasında ortağa ödenmelidir³¹⁹.

b. İç Tasfiyede Katılım Payının Yeri

Dış tasfiye neticesinde ortaklık malvarlığının aktifi hala doluyorsa, bu durumda iç tasfiye aşamasına geçilir. Ortaklar arasındaki iç hesaplaşmaya ilişkin bu aşamanın iki ayağı bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak, ortaklara getirdikleri katılım paylarının iade edilmesi gerekir. Kural olarak, bu aşamadan önce ortaklık süresince, katılım paylarının ortaklara iadesi mümkün değildir³²⁰. Ayrıca elbette, ortaklara iadesi gereken, getirmeyi taahhüt ettikleri değil, fiilen getirdikleri katılım payıdır. Bu anlamda, katılım payının hiç ifa edilmemesi halinde iade hiç söz konusu olmayacağı gibi, kısmi ifa halinde de ifa edilen kısım iade edilir. Bir ortağın katılım payı borcunu eksik ifası, bahsettiğimiz şekilde, onun katılım payının iadesi bakımından önemli olup, kazançtan pay alma durumuna bir etkide bulunmaz³²¹.

³¹⁹ Şener, **a.g.e.**, s. 624. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD., 27.11.1984, E. 1984/6078, K. 1984/7523 (KİB).

³²⁰ Şener, **a.g.e.**, s. 629; Yarg. 13. HD., 15.03.1976, E. 1975/5242, K. 1976/2062 (KİB). Ayrıca, kullanma hakkı getirilen şeylere tasfiye aşamasında ihtiyaç duyulacaksa, istisnaen, bunların iadesinin tasfiye sonuna bırakılabileceği yönünde bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 604.

³²¹ Şener, **a.g.e.**, s. 632.

TBK m.642 gereğince, kural olarak, katılım payı olarak ortaklığa mülkiyeti getirilen şeyin aynen iadesi söz konusu olmaz³²². Zira mülkiyeti getirilen şey, dış tasfiye aşamasında zaten paraya çevrilmiştir. Bu durumda iade edilecek olan, katılım payının değeridir. Ortaklarca belirlenmesi halinde bu değer; belirlenmediği durumda ise, katılım payı olarak ortaklığa getirildiği zamandaki değer³²³ esas alınarak iadenin gerçekleştirileceği hükmün ikinci fıkrası ile ifade edilmiştir³²⁴.

TBK m.642'nin mefhum-u muhalifinden de anlaşılabilir olduğu gibi, ortaklığa kullanma hakkı getirilen şeylerin ortaklara aynen iadesi gerekir. Bu durumda, irtifak hakkı kurmak suretiyle kullanma hakkı getirilen şeylerin iadesinde, irtifak haklarının sona ermesine ilişkin kuralların dikkate alınması gerekir. İrtifak hakkının konusu bir taşınır ise, alelade kullanma hakkının getirilmesinde olduğu gibi geri verme, şeyin dolaysız zilyeliğinin tekrar bunu getiren ortağa sağlanması suretiyle gerçekleşir. Ancak bir taşınmazın getirilmesi söz konusu olduğunda, alelade kullanma hakkından farklı olarak irtifak hakları bakımından ortaklık lehine tescil yapılmış olduğundan, iade kapsamında bu tescilin terkinini de gerekir (MK m.783, MK m.796/f.II). Bu nedenle burada diğer tüm ortaklar, hak konusu şeyi katılım payı olarak getiren ortağa karşı terkinine muvafakat beyanında bulunma borcu³²⁵ altındadırlar. Bu borcun yerine getirilmemesi halinde, katılım payı sahibi olan ortak, dava yoluyla hakkın terkinini sağlayabilir³²⁶. Ayrıca, tasfiyenin mahkemece yapıldığı hallerde de irtifak hakkı mahkeme kararı ile sicil dışı sona ermiş olup, terkin açıklayıcı rol oynar.

³²² Elbette taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde, aynen iadenin yapılması da söz konusu olabilir. Bu husus, tasfiyeden önce yapılacak bir tasfiye sözleşmesiyle kararlaştırılabilir. Ayrıca, tarafların adi ortaklık sözleşmesini yaparken bu yönde anlaşmaları da, inanç anlaşması niteliği taşıyacaktır.

³²³ Bu durumda emek veya maddi olmayan mallar gibi belirli bir an esas alınarak hesaplanması mümkün olmayan değerlerin tespitinin nasıl yapılacağı sorun teşkil edebilir. Bu halde Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, bunların değerinin bilirkişiye başvurularak tespit edilmesi yönündedir. Bkz. Şener, **a.g.e.**, s.638

³²⁴ Bu paralelde Yargıtay, katılım payı olarak yabancı para getirilmişse, bu durumda da paranın iade tarihindeki değil, ortaklığa getirildiği tarihteki Türk Lirası karşılığının esas alınacağını belirtmektedir. Bkz. Yarg. 13. HD., 19.10.1984, E. 1984/5698, K. 1984/6408 (KİB).

³²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 2812 ve N. 2939.

³²⁶ Ayrıca bu durumda, eşyaya bağlı irtifaklarda hakkın sağladığı yararın kalkması halinde, yüklü taşınmaz malikine mahkmeden hakkın terkinini talep etme hakkı veren MK m.785 hükmünün de dikkate alınması mümkündür. Zira, ortaklık sözleşmesi sona erme sürecine girmiş ve irtifak hakkı da bu sözleşme kapsamında katılım payı maksadıyla getirilmiştir. Ayrıca MK m.785 hükmünün,

İrtifak hakkının getirilmesi kapsamında belirtmemiz gereken bir diğer husus ise, üst hakkı getirilmesi haline ilişkindir. Üst hakkı özel niteliği itibariyle, hak sahibine taşınmaz üzerindeki yapının maliki olma imkanı veriyorsa da, bu durumu mülkiyet hakkının getirilmesi hali ile karıştırmamak gerekir. Katılım payı olarak üst hakkının getirilmesi de, bir yararlanma hakkının getirilmesi niteliğinde olup, tasfiyede iade edilecekler arasındadır. Bu iade de irtifak hakkının iadesine ilişkin belirttiğimiz kurallar çerçevesinde gerçekleşir. Ancak eklememiz gereken, üst hakkına konu taşınmaz yapının, bu hak kurulduktan sonra ortaklık faaliyeti kapsamında inşa edilmesi durumunda ne olacağıdır. Üst hakkının son bulmasıyla bu yapı, üstünde bulunduğu taşınmazın mülkiyetine tabi olur (MK m.828/f.I). Bu durumda arazi malikinin, diğer ortaklara yapının karşılığı olarak bir bedel ödeme yükümlülüğü kural olarak mevcut olmamakla birlikte, tarafların aksi yönde anlaşmaları da mümkündür (MK m.829/f.I)³²⁷.

V. Sorumluluğun Daraltılması

Çalışmamızın bu bölümüne kadar ortaya koyduğumuz şekildeki, ortakların katılım payı getirme borçlarına aykırı davranmalarından doğan sorumluluğunun, aralarında yapacakları bir sorumsuzluk anlaşması ile, daraltılması ya da ortadan kaldırılması mümkündür. Ancak bu anlaşmalar, Kanun'da izin verildiği ölçüde yapılabilir.

TBK m.115³²⁸ gereğince, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz sayılmıştır. Buna göre ortakların,

kişisel irtifaklarda da kıyasen uygulanabileceği öğretide ileri sürülmektedir. Bunun için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 2933 ve N. 2821 vd.

³²⁷ Bu yöndeki bir anlaşma, çoğu zaman olacağı gibi ortaklık sözleşmesinde yer alır; ancak, sonradan yapılması da mümkündür. Önemli olan, bu anlaşmanın geçerliliği için resmi şeklin yerine getirilmesi gereğidir. Dolayısıyla mutlaka, ortaklık sözleşmesinin kurulması sırasında bu anlaşmaya ve üst hakkının kurulmasına ilişkin kısmın resmi şekilde yapılması gerekir. Bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, N. 3099.

³²⁸ Hükmün ikinci fıkrasının adı ortaklık sözleşmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Katılım payı olarak hizmet sözleşmesindeki gibi bir emek getirilmiş olsa dahi, düzenlemenin esas aldığı yaklaşım işçi-işveren arasındaki eşitsiz pozisyon olduğundan ve ortaklar arasında tam tersine eşit bir ilişki kurulduğundan, uygulanması düşünülemez. Hükmün ifadesindeki sıkıntı ve amacı doğrultusunda anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 423-424.

hafif kusurları nedeniyle sorumlu olmayacaklarına ilişkin anlaşmaları kural olarak mümkündür. Ancak, hemen üçüncü fıkrada zikredilen sınırlama uyarınca, ortakların katılım paylarının konusu olan edim, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat faaliyeti niteliğindeyse ve bu faaliyet, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütülebiliyorsa, hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmalar dahi kesin hükümsüzdür.

Katılım payı getirme borcundaki ayıp ve zapt nedeniyle uygulama bulacak olan düzenlemeler de sorumsuzluk anlaşması ile ilgili olarak özel hükümler içermektedir. Bu hükümlerle de, borçlunun ayıptan sorumluluğunun sözleşme ile kaldırılması ya da daraltılmasına belirtilen ölçülerde izin verilmiştir³²⁹. Mülkiyetin getirilmesi halinde uygulanacak olan TBK m.221 uyarınca TBK m.115'e paralel şekilde, ortağın edimini ayıplı olarak getirmekte ağır kusurlu olması halinde sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bununla birlikte, TBK m.225/f.II ile, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından, akdedilen sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüz sayılmıştır³³⁰.

Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri arasında sorumsuzluk anlaşması ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde TBK m.115 uygulama bulur³³¹. Kira sözleşmesinde sorumluluğun sınırlandırılması, TBK m.301'de konut ve çatılı işyeri kiralari ile diğerleri açısından ayrı olarak ele alınmıştır. Ancak kanaatimizce, söz konusu hüküm, katılım payı olarak kullanma hakkının getirilmesi halinde adi ortaklık sözleşmesi bakımından uygulanmaya elverişli değildir. Çünkü,

³²⁹ Ayrıca öğretide, önceden dürüstlük kuralı gereğince öngörülmesi gereken ayıpların yine de izin verilen ölçüde yapılan anlaşmanın dışında kalacağı kabul edilmektedir. Bkz. Gümüş, **C. I**, s. 79; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 265.

³³⁰ Her ne kadar TBK m.225, bildirim külfetine ilişkin bir düzenlememiş gibi gözüke de hükmün gerekçesini de dikkate alan yazarlarca sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili olarak da dikkate alınmaktadır. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.135; Gümüş, **C. I**, s.79-80; aksi yönde Bilgehan Çetiner, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" **İÜHFİM**, C. 62, Sy. 1-2, s. 97-113, 2009, s.105-106; Yüce, **a.g.m.**, s. 392.

³³¹ TBK m.221'in kıyasen uygulanmasının da kabul edildiği yönünde bkz. Gümüş, **C. I**, s. 59, dn. 301 ve ona bağlı metin. Genel hüküm varken kıyasa gerek olmadığı yönünde bkz. İnceoğlu, **Kira**, s.145.

düzenlemenin kiracıyı koruma gayesinin ortaklar bakımından dikkate alınabilirliği bulunmamaktadır. Bu durumda dikkate alınması gereken hüküm yine TBK m.115’dir.

VI. Zamanaşımı

Bir ortağın katılım payı getirme borcu nedeniyle ortaklığın sahip olduğu alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı TBK m.147/b.4 hükmü gereğince belirlenir. Bu düzenlemeye göre; “bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki alacaklar...” beş yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Bu zamanaşımı, TBK m.149 uyarınca, alacağın muaccel olmasıyla veya muacceliyet bir bildirimle bağlanmış ise, bu bildirim yapılabileceği günden³³² itibaren işlemeye başlar. Her ortağın katılım payı getirme borcunun farklı zamanlarda muaccel olması söz konusu olabileceğinden, zamanaşımının da her ortak bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Bununla birlikte, ayıptan sorumluluk nedeniyle doğan alacaklar bakımından işleyecek olan zamanaşımı süresi TBK m.147’nin kapsamında değildir. Bu nitelikteki alacaklar için uygulanması gereken zamanaşımı, TBK m.621/f.III’ün atfı dikkate alınarak belirlenmelidir. Buna göre, katılım payı olarak mülkiyet hakkı getirilen şeydeki ayıptan sorumluluk halinde zamanaşımı süresi, kıyasen uygulama bulacak olan TBK m.231 hükmüne göre, mülkiyetin ortaklığa getirilmesinden itibaren iki yıldır. Getirilen bir taşınmaz ise, TBK m.244 gereğince bu süre beş yıl; ancak, ortağın ağır kusuru varsa yirmi yıl olacaktır. Katılım payı olarak eser getirilmesi halinde dikkate alınması gereken TBK m.478 gereğince de, teslim tarihinden itibaren başlamak üzere zamanaşımı süresi, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıl; taşınmaz yapılarda ise, beş yıldır. Yine ortağın ağır kusuru söz konusuysa, taşınır ya da taşınmaz olması fark etmeksizin bu süre, yirmi yıldır.

Borcun imkansızlaşması halinde ortaya çıkan zararın tazminine yönelik zamanaşımı da, yukarıda bahsettiğimiz üzere, imkansızlığın borcu sona erdirip erdirmedeği tartışmasında benimsenen görüşlere göre farklılık göstermektedir.

³³² Hükümün yalnızca, muacceliyet bildiriminde bulunma hakkının alacaklıya ait olması durumunda uygulanacağı; aksi takdirde, genel kuralın uygulanacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1932.

Öğretideki çoğunluk, borcun sona ermeyip yerini tazmin yükümlülüğünün aldığı fikrinde olduğundan, tazminat talebinin zamanaşımının da asıl borcunkine tabi olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın tazmin yükümlülüğünün yeni bir borç olduğunu ileri sürenlere göre, burada TBK m.146 gereğinde on yıllık zamanaşımından söz edilmelidir.



SONUÇ

Çalışmamız kapsamındaki incelememiz sırasında önem arz eden hususlar, varılan sonuçlar ve yapılan değerlendirmeler aşağıdaki şekilde özetlenebilir*:

- Adi ortaklık sözleşmesi, ortakların edim yükümlülükleri arasındaki edimler birleşimi ilişkisi nedeniyle, kendine özgü (sui generis) karakterde bir borç sözleşmesi tipidir. Bu sebeple, edim değişimini hedef tutan – özellikle karşılıklı - sözleşmelere ilişkin hükümlerin adi ortaklığa uygulanması, ancak yapısına uygun düştüğü takdirde ve ölçüde kıyasen mümkündür³³³.
- Adi ortaklık sözleşmesi kapsamında, ortak amaca erişmek üzere bir araya gelen ortakların, bu amacın gerçekleştirilmesi için ortaklığa getirmeyi üstlendikleri edim katılım payını oluşturmaktadır. Katılım payı getirme taahhüdü, adi ortaklık sözleşmesinde objektif esaslı unsur ve taraflar bakımından da asli edim yükümü niteliğindedir. Her türden olabilmesi nedeniyle, katılım payı getirme borcunun konusu olan edim, karakteristik bir nitelik göstermez³³⁴.
- Edim değişimini hedef tutan sözleşmelere yabancı bir kavram olması ve ifasına ilişkin hususlarda ticaret şirketlerine özgü “sermaye payı” kavramından önemli farklılıklar taşıması nedeniyle; “katılım payı”, adi ortaklık sözleşmesi bağlamında teknik bir terimdir³³⁵.
- Adi ortaklıkta ortakların şahsının bir diğeri için önemli olması ile ifanın şahsiliği prensibi aynı anlama gelmemektedir. Bu nedenle katılım payı getirme borcunun kimin tarafından ifa edilmesi gerektiği bakımından TBK m.83 genel hükmü uygulama bulur³³⁶.
- Katılım payı getirme borcunun alacaklısı ortaklıktır. Bu durum, ortaklığın bir tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle, diğer bütün ortakların alacaklı

* Burada özet halinde yer verilen sonuçların, metin içerisinde bulunabilmesini kolaylaştırmak maksadıyla ilgili yerlere atıf verilmiştir.

³³³ Bkz. s. 10.

³³⁴ Bkz. s. 10 vd.

³³⁵ Bkz. s. 11.

³³⁶ Bkz. s. 13.

olmasına karşılık gelir. Alacaklı konumundaki ortaklar arasında, elbirliği halinde alacaklılık ilişkisi bulunur. Her ortağın alacaklı olması nedeniyle tek başına ifayı talep yetkisi olmasına rağmen, elbirliği kuralı nedeniyle bu ifayı ancak ortaklığa sunulmak üzere isteyebilir. Borçlu ortak da ancak, ifayı ortaklığa sağladığı takdirde borcundan kurtulabilir. Alacaklılar arasındaki bu elbirliği ilişkisi, gerek borcun ifasına gerek borca aykırılık neticesinde ortaya çıkan hakların kullanılmasına ilişkin hususları şekillendiren temel bir prensip konumundadır³³⁷.

- Açıkça kararlaştırılmadığı takdirde, ortakların katılım payı getirme borcunun ifa yerinin ortaklığın faaliyet yeri olarak belirlendiği yönünde zımni iradelerinin varlığı, ortaklık sözleşmesinin bir gereği ve kural olarak kabul edilmelidir³³⁸.
- Özellikle katılım payı olarak para getirilmesi halinde gündeme gelebilecek takas hakkının ortaklar bakımından münferit olarak kullanılabilmesi, ancak TBK m.144'te ortaya konulan prensip çerçevesinde, yani ortaklığın rızasıyla mümkündür. Bununla birlikte, ortaklığın tek bir ortağa karşı takas hakkını kullanması da, elbirliği prensibi çerçevesinde elbette mümkündür³³⁹.
- Yabancı para borcunun getirilmesinin borçlanıldığı durumda, ortak amacın aynen ödemeyi gerektirmesi, TBK m.99 ve m.19 bağlamında, tarafların aynen ödeme konusunda zımni iradelerinin uyduğu biçimde yorumlanmalıdır³⁴⁰.
- Ortaklığa bir malın mülkiyetinin getirilmesi, *quoad dominium* veya *quoad sortem* biçiminde gerçekleşebilir. *Quoad dominium* halinde, kural olarak, ortakların getirilen şey üzerinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olur. Ortaklık yapısına pek uygun düşmemekle birlikte, paylı mülkiyet de kararlaştırılabilir. *Quoad sortem* biçimi, doğurduğu sakıncalarla birlikte, özellikle taşınmazlar

³³⁷ Bkz. s. 11.

³³⁸ Bkz. s. 15-16.

³³⁹ Bkz. s. 21 vd.

³⁴⁰ Bkz. s. 20 vd.

gibi devri prosedür ve masraf gerektiren unsurların getirilmesi bakımından işlevseldir. Her iki halde de, getirilen unsur ortaklık malvarlığına dahil olur³⁴¹.

- Paylı mülkiyete tabi bir eşya üzerindeki payın katılım payı olarak taahhüdü halinde, diğer paydaşların kanundan doğan bir önalım hakları bulunmamaktadır³⁴².
- Taşınmaz mülkiyetinin katılım payı olarak taahhüdü halinde, adi ortaklık sözleşmesinin kural olarak tamamının ve ifanın resmi şekle uyularak yapılması gerekir. Bu şekle uyulmaz ise, ikiden fazla taraflı adi ortaklık sözleşmelerinde, kısmi geçersizliğe ilişkin TBK m.27/f.II kuralı farklı bir tarzda uygulama bulur. Taşınmaz mülkiyetinin getirilmesini öngören adi ortaklık sözleşmesinin bir önsözleşme biçiminde noterde yapılması halinde şekil şartı yerine getirilmiş kabul edilmesi, *de lege lata*, mümkün değildir. Ancak kanaatimizce, *de lege feranda*, bu imkanın sağlanması gerekmektedir. Bununla birlikte, şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğe sürüklenmesi, hukuki işlemlerin geçerli olabilecekleri biçimde yorumlanması ilkesi gözetildiğinde ve özellikle *quoad sortem* biçimine tahvil yolu kullanıldığında, engellenemez değildir³⁴³.
- Ortaklığa kullanma ve yararlanma hakkı sağlayan katılım payı (*quoad usum*), alelade kullanma hakkı ve irtifak hakkı tesisi yoluyla olmak üzere iki biçimde getirilebilir. Ortaklığa bir aynı hak sağlamaları ve alelade kullanma hakkının sağlamaya mahir olmadığı yetkileri tanımaları nedeniyle irtifak hakkı tesisi yolunun kullanılması bazı adi ortaklık sözleşmesi kurguları bakımından işlevsellik arz edebilir. Bu yolun seçilmesi halinde, taşınmazlar bakımından gerekli olan şekil prosedürünün yerine getirilmesi gerekir³⁴⁴.
- Soyut bir değer olarak hakkın da, elverişli olduğu takdirde, katılım payı getirme borcuna konu edilmesi mümkündür. Bu bakımdan, şahsa bağlı haklar bu elverişliliği taşımamaktadır. Sözleşmesel ön alım, alım ve geri alım

³⁴¹ Bkz. s. 23 vd.

³⁴² Bkz. s. 26.

³⁴³ Bkz. s. 30 vd.

³⁴⁴ Bkz. s. 35 vd.

haklarına aksine anlaşma ile devir kabiliyeti kazandırıldığı takdirde; düzensiz kişisel irtifakların ise, devir kabiliyeti sınırlandırılmadığı ölçüde, bunların katılım payı olarak getirilmesi mümkün olabilir. Konut ve çatılı işyeri kiralarından doğan kiracılık hakkının devri bakımından TBK m.322/f.II ile öngörülen sınırlama, bu hakkın katılım payı olarak adi ortaklığa getirilmesi halinde uygulanmaz. Ancak ürün kirasından doğan yararlanma hakkının getirilmesi için, TBK m.366 gereğince, kiraya verenin yazılı rızası aranır. Bağlı hak niteliğindeki hakların da tek başına getirilmesi mümkün değildir³⁴⁵.

- Emek dışında, başka pek çok tarzdaki yapma ediminin de katılım payı olarak ortaklığa getirilmesi mümkündür. TBK m.623/f.III'de emek getirilmesine bağlanan bir sonuç olarak, tarafların anlaşması ile zarardan muafiyet imkanının, diğer yapma edimleri bakımından da kabulü uygundur. Borcun konusu olan emek ile ortakların ortak amaç uğruna birlikte çaba (*affectio societatis*) yükümlülükleri farklı anlamlara gelir³⁴⁶.
- Katılım payları arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmasa da, yine de görevde bir bağlılığın bulunması nedeniyle, ortaklarca kararlaştırılmadığı durumda, edimlerin ifa sırası bakımından bir denge kurulması gerekebilir. Bunun için, ödemezlik def'inin adi ortaklık sözleşmesi bakımından da kıyasen uygulanması mümkündür. Ödemezlik def'inin adi ortaklığın işleyişine uygun düşmediği ve bu nedenle uygulamasının dar bir alanla sınırlı kaldığı yönündeki argümanlar kanaatimizce yerinde değildir³⁴⁷.
- Temerrüt için, bir ortağın ihtarı dahi yeterlidir. Ortakların tacir olması durumunda ihtarın, TTK m.18/f.III gereğince noter aracılığıyla yapılması gerekir³⁴⁸.
- Ortakların, katılım payının ifasını talebi bir hak olduğu kadar, sunulan ifanın elbirliğiyle kabulünün sağlanması da ortaklar için bir borç teşkil eder. Elbirliği

³⁴⁵ Bkz. s. 35 vd.

³⁴⁶ Bkz. s. 46 vd.

³⁴⁷ Bkz. s. 52 vd.

³⁴⁸ Bkz. s. 55.

ile alacaklılık halinin sonucu olarak, ortakların münferit olarak alacaklı temerrüdünden değil, ancak borçlu temerrüdüne düştüğünden bahsedilebilir³⁴⁹.

- İrtifak hakkının getirilmesi halinde, TBK m.621/f.III atfının gereği olarak, kira sözleşmesine ilişkin ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanabileceği gibi Medeni Kanun ile öngörülen imkanlardan da yararlanmak mümkün olabilir³⁵⁰.
- TBK m.621/f.III hükmü, geniş olarak anlaşılmalı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanması mümkün görülmelidir³⁵¹.
- Sorumluluğu gerektiren bir ayıbın mevcut olması şartı, kıyasen uygulama bulan sözleşme hükümlerine paralel biçimde ve katılım payının ortak amaca sunması gereken katkıdaki eksilme dikkate alınarak değerlendirilmelidir³⁵².
- Elbirliği ile alacaklılık halinin gereği olarak, ayıbın ya da zapt tehlikesinin alacaklı tarafından bilindiğinden bahsedebilmek için, bilinme olgusunun tüm ortaklar bakımından gerçekleşmiş olması gerekir. Ayıbı ya da zapt tehlikesini öğrenen her ortak, bu bilgiyi ortaklık iradesine sunmakla yükümlüdür³⁵³.
- Ayıba borçlu ortağın değil de, diğer ortaklardan herhangi birinin sebep olması durumunda ayıptan sorumluluktan bahsedilemez. Bu durumda, ayıp şeklinde görünen zarara sebebiyet veren ortağın ortaklığa karşı kendi sorumluluğu söz konusu olur. Sorumluluk hukukunun doğal ilkesini yansıtan bu şartın, elbirliği ile alacaklılık haliyle bir alakası yoktur³⁵⁴.
- Satış sözleşmesinde gözden geçirme ve ihbar külfetlerine ilişkin öğretideki kritik değerlendirmeler, adi ortaklık sözleşmesi bağlamında yapılamaz.

³⁴⁹ Bkz. s. 56.

³⁵⁰ Bkz. s. 63.

³⁵¹ Bkz. s. 64.

³⁵² Bkz. s. 65.

³⁵³ Bkz. s. 72 ve s. 84.

³⁵⁴ Bkz. s. 73.

Edimler birleşimi nedeniyle, gözden geçirmenin adi ortaklıkta önemli bir fonksiyonu vardır³⁵⁵.

- Her ortağın alacaklı sıfatını taşıması nedeniyle, tek bir ortak tarafından yapılan ayıp ya da zapt bildirimini dahi yeterlidir³⁵⁶.
- *Ratio legis*, edimler birleşimi kurgusu ve *causa societatis* gereği olarak, MK m.988 ve MK m.1023 hükümlerinin adi ortaklıkta katılım payı getirme borcu bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, bu hükümlerin satış sözleşmesine ilişkin zapt hükümlerinin uygulama alanını daraltması gibi bir durum adi ortaklık açısından söz konusu değildir³⁵⁷.
- Kanaatimizce, adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı olarak hem mülkiyet hakkı hem de kullanma hakkının getirilmesi bakımından, zapta sebebiyet veren üstün hakkın mutlaka dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmez³⁵⁸.
- Alacak hakkının getirilmesi halinde sorumluluk, TBK m.191 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sorumluluğun, ayıptan ve zapttan sorumluluktan farklı olması nedeniyle alacak hakkının, TBK m.621/f.III atfı içinde değerlendirilmesi söz konusu değildir. TTK m.130 ise, yalnızca para alacaklarına yönelik olmakla birlikte, adi ortaklık bakımından uygulanmaya elverişli de değildir³⁵⁹.
- Katılım payı getirme borcundaki imkansızlığın sözleşmenin sona ermesi sonucunu yaratması ancak ortak amacın da imkansızlaşması halinde mümkündür³⁶⁰.
- Kanaatimizce, haklı sebeple ve mahkeme yoluyla feshi öngören TBK m.639/b.7 hükmü amacına uygun bir sınırlandırmaya tabi tutularak

³⁵⁵ Bkz. s. 76.

³⁵⁶ Bkz. s. 77 ve s. 88.

³⁵⁷ Bkz. s. 80 vd.

³⁵⁸ Bkz. s. 85.

³⁵⁹ Bkz. s. 88 vd.

³⁶⁰ Bkz. s. 114.

anlaşılmalıdır. Burada getirilen dava yolu şartı, ortakların sürekli nitelikteki bir sözleşmeyle bağlı olmaları karşısında sahip olmaları gereken olağanüstü fesih haklarının, ortaklık düzeni gereğince, tek taraflı etki doğurur biçimde kullanılmasına yönelik getirilen bir sınırlamadır. Yoksa, haklı sebep yaratan ortağa karşı, diğer ortakların elbirliğiyle ve bu nedenle mahkemeye gitmeksizin sözleşmeyi feshetmeleri elbette mümkün olabilmelidir³⁶¹.

- Ayrıca, getirilen bu sınırlama ortaklar arasındaki menfaat dengesini temin etmeye yönelik olup, herhangi bir emredicilik boyutu yoktur. Ortakların, haklı sebeple feshin mahkemeye gitmeksizin de yapılabileceğini kararlaştırmaları halinde, hükümde öngörülen dava şartının koruyacağı başka bir hukuki menfaat bulunmamaktadır³⁶².
- Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin olan TBK m.633, çeşitli yönlerden aksayan bir hükümdür. Haklı sebeple çıkarılmanın madde metnine her nasılsa dahil edilmemiş olması, diğer yönlerle beraber değerlendirildiğinde, kanunda boşluk olarak değerlendirilmelidir. Bu boşluğun, gerekçede de işaret edilen BGB §737 dikkate alınarak doldurulması yerinde olur³⁶³.
- Borca aykırılık türleri bağlamında ortaya çıkan seçimlik hakların, elbirliğiyle alacaklılık halinin gereği olarak, ortaklar tarafından münferiden kullanılma olanağı yoktur. Hangi hakkın kullanılacağı noktasında elbirliği sağlanamadığı takdirde, bu durum haklı sebeple fesih sonucu doğurabilir³⁶⁴.
- Temerrüdün genel ve para borçlarına ilişkin sonuçları ile borcun ifasının imkansızlığına ilişkin genel sonuçlar katılım payı getirme borcu açısından da aynen uygulama bulur. Aynen ifa talebinin, ortaklar tarafından elbirliğiyle yöneltmesi mümkün olduğu gibi, her bir ortak tarafından ifanın ortaklığa sağlanmasını istemek şeklinde tek başına talep ve dava edilebilirliği de (actio pro socio) mümkündür. Ortakların sunulan ifayı kabulü sağlayamamaları

³⁶¹ Bkz. s. 122 vd.

³⁶² Bkz. s. 122 vd.

³⁶³ Bkz. s. 116 vd.

³⁶⁴ Bkz. s. 111 vd.

durumunda, alacaklı temerrüdünden veya TBK m.111 anlamında alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesinden bahsetmek gerekir³⁶⁵.

- TBK m.136/f.II'de öngörülen, imkansızlığın karşılıklı sözleşmelere ilişkin etkisi adi ortaklık sözleşmesi bakımından söz konusu değildir³⁶⁶.
- Borçluya imkansızlığı bildirme yükümlülüğü öngören TBK m.136/f.III düzenlemesi, adi ortaklık sözleşmesi bakımından da önemlidir. Bu bildirim, tüm ortaklara karşı yapılması gerekir. Ancak, bu bildirim yapıldığı ortakların da imkansızlığı öğrenmekle, artık bu konuda ortaklığı bilgilendirme ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altında buldukları kabul edilmelidir³⁶⁷.
- Karşılıklı sözleşmelere ilişkin temerrüt nedeniyle ifadan vazgeçme hakkının adi ortaklık sözleşmesinde de uygulanabilirliğinin kabul edilmesi işlevseldir. TBK m.126 da bu kabulün önünde bir engel teşkil etmez. Söz konusu hüküm, ifadan vazgeçme hakkına bahis konusu olan edimle, sözleşmeye süreklilik niteliği kazandıran edimin aynı olması halinde anlam taşır. Halbuki, adi ortaklık süreklilik niteliğini, öncelikle *affectio societatis* unsurundan almaktadır³⁶⁸.
- Bedel indirimi hakkının, karşılıklı edimler arasındaki bozulan dengeyi yeniden temin etme işlevi nedeniyle adi ortaklıkta uygulanabilmesi mümkün değildir³⁶⁹.
- Onarım ve yenisiyle değiştirme hakları, kıyasen uygulama bulan sözleşme hükümlerinde mümkün görüldüğü ölçüde adi ortaklıkta da söz konusu olabilir³⁷⁰.

³⁶⁵ Bkz. s. 102 vd.

³⁶⁶ Bkz. s. 115.

³⁶⁷ Bkz. s. 115.

³⁶⁸ Bkz. s. 105 vd.

³⁶⁹ Bkz. s. 107 vd.

³⁷⁰ Bkz. s. 109.

- Sözleşmeden dönme veya fesih haklarının da, elbirliği ile alacaklılık halinin gereği olarak, ortaklarca tek taraflı olarak kullanılabilmesi mümkün değildir³⁷¹.
- Sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşmenin geçmişe etkili (*ex tunc*) sona erdirilmesi ifasına başlanmamış, dolayısıyla faaliyete geçmemiş ortaklıklarda mümkündür. Ancak sürekli sözleşme olması dolayısıyla kural, ileri etkili (*ex nunc*) fesih ile sona ermez³⁷².
- Borca aykırılık türlerinin sağladığı olağanüstü fesih hakkının da elbirliğiyle kullanılması gerektiğinden, bu durum aynı zamanda haklı sebeple fesih anlamına gelir. Dolayısıyla, haklı sebeple fesih imkanının yanında ayrıca bir fesih hakkının yeri olup olmadığı tartışmasının adi ortaklık bağlamında bir önemi bulunmamaktadır³⁷³.
- Zapt nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği sonucunun adi ortaklıkta doğrudan kabul edilebilirliği bulunmamaktadır. Zapt, imkansızlık yarattığı takdirde sona erme, TBK m.639/f.I uyarınca gerçekleşir³⁷⁴.
- Adi ortaklıkta sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak, TBK m.115, m.221 ve m.225/f.II bakımından uygulamada bir farklılık bulunmamakla birlikte TBK m.301'in kiracıyı korumaya yönelik bir hüküm olması nedeniyle uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır³⁷⁵.
- Katılım payı getirme borcunun ifasına ilişkin zamanaşımı süresi, TBK m.147/b.4 gereğince beş yıldır. Ancak ayıptan sorumluluk nedeniyle doğan alacaklar bakımından TBK m.621/f.III'ün atfi izlenmelidir³⁷⁶.

³⁷¹ Bkz. s. 126 ve s. 128.

³⁷² Bkz. s. 126.

³⁷³ Bkz. s. 128 vd.

³⁷⁴ Bkz. s. 110 vd.

³⁷⁵ Bkz. s. 135 vd.

³⁷⁶ Bkz. s. 137

KAYNAKÇA*

- Acar, Faruk: **Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-m.321)**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015. (Kira)
- Akkanat, Halil: “Adi Ortaklıkta ‘Haklı Sebep İhraç’ Mümkün müdür?” **İÜHFİM**, C. 62, Sy. 1-2, s. 333-349, 2004.
- Akkanat, Halil: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Altaş, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
- Altınok Ormancı, Pınar: **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

* Bir yazara ait birden çok eserin kullanıldığı hallerde, “a.g.e.” kısaltmasının yaratağı karışıklığı önlemek için esere ilişkin kısaltmalar kullanılmış, bu kısaltmalar kaynakçada parantez içerisinde gösterilmiştir. Yargıtay Kararları için ise, aksi belirtilmediyse, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası’ndan (www.kazanci.com) yararlanılmıştır.

- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara, 2005.
- Ansay, Tuğrul: “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?” **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, s. 1-10, 1999.
- Ansay, Tuğrul: **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Ankara, 1967.
- Antalya, Gökhan: “Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları” **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 6, Ocak – Aralık 1991.
- Arıcı, M. Fatih: **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2015.
- Arslanlı, Halil: **Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul, 1960.
- Arslanlı, Halil: “Şirket Mukaveleleri İle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçütler” **İÜHFİM**, C. 11, Sy. 3-4, s. 128-144, 1945.

Atamer, Yeşim M.:

“Taşınır Satımı Sözleşmesi” **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, Ed: Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 187-223, 2012.

Ayar, Ahmet:

“**Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler**”, Yeditepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015.

Aydıncık, Şirin:

Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Özellikle TBK m.113/I Kapsamında) – Nama İfa, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Aydıncık, Şirin:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası (TBK m.83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler” **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2011.

Badak Aydar, Zehra:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler” **İTÜSBD**, Yıl 12, Sy. 24, Güz 2013/2, s. 127-147.

Bahtiyar, Mehmet:

Ortaklıklar Hukuku, 10.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Barlas, Nami:

Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Başoğlu, Başak: **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Baştuğ, İrfan: “Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti” **İzmir Barosu Dergisi**, Sy. 4, 1964.

Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri**, 3. Bası, Ankara, 1971.

Bilgili, Fatih: “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 1, s. 197-215, 2002.

Bucher, Eugen/

Buz, Vedat: “Mağdur Edilen Alıcı – Türk Borçlar Kanunu’nun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Kulfeti (Art. 201 OR; BK m.198) – BK m.202/II’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları” **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 145-179, 2004.

Buz, Vedat: **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Buz, Vedat: “Yeni TBK’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi” **Yeni Türk Borçlar Kanunu**

ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler) – TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed: Çiğdem Kırca, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 139-150, 2013.

Çamoğlu, Ersin:

Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Çetiner, Bilgehan:

“Austritt und Ausschluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfacehen Gesellschaft im Neuen Turkischen Obligationengesetz Unter Berucksichtigung Der Deutschen BGB-Gesellschaft” **Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul**, Volume 47, No. 64, s. 23-41, 2015.

Çetiner, Bilgehan:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” **İÜHFİM**, C. 62, Sy. 1-2, s. 97-113, 2009.

Demir, Şamil:

“Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar” **ABD**, Sy. 4, s. 209-234, 2012.

Demirsatan, Barış:

Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Doğanay, Ümit: **Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları – Kurulması – Hükümsüzlüğü)**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1968.
- Domaniç, Hayri: **Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler**, 4. Bası, İstanbul, 1988.
- Dural, Mustafa: “Akitten Doğan Yapmama Borçları” **İÜMHAD**, C. 4, Sy. 6, s. 7-22, 1970.
- Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Dural, Mustafa/
Öğüz, M. Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2016.
- Engin, Baki İlkay: **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015. (Borçlar Genel)
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015. (Borçlar Özel)
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2008. (a.g.e.)
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

- Ergüne, Mehmet Serkan: “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” **MÜHFHAD**, C. 19, Sy. 3, s. 227-258, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (C. I)
- Gümüş, Mustafa Alper: **‘Yeni’ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Kira)
- Gündoğdu, Fatih: **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Günel, M. Cahit: **‘Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi’**, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2010.
- Hatemi, Hüseyin/
(Serozan, Rona)/
Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku – Özel Bölüm**, İstanbul, 1992.
- Helvacı, Serap: “Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri” **Legal Hukuk Dergisi**, Sy. 34, 2004.

İnal, Emrehan: **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

İnceoğlu, M. Murat: **Kira Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014. (Kira)

Kaneti, Selim: **Akđin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962. (Def'i)

Kaneti, Selim: **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972. (Tahvil)

Kapancı, Kadir Berk: **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, On İki Levya Yayıncılık, 2012.

Karayałçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku – Şirketler Hukuku**, C. II, 2. Bası, Ankara, 1973.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

(Kocayusufpaşaoğlu, Necip)/

Hatemi, Hüseyin/

Serozan, Rona/

Arpacı, Abdülkadir:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/

Hatemi, Hüseyin/

(Serozan, Rona)/

Arpacı, Abdülkadir:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme -, C. III, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2014. (İfa)

Kurşat, Zekeriya:

“Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi” **İÜHFİM**, C. LXX, Sy. 1, s. 301-318, 2012.

Mimaroğlu, Sait Kemal:

Ticaret Hukuku, C. II, Ankara, 1972.

Moroğlu, Erdoğan:

“Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları” **İ.B.D.**, Sy. 1, 2006.

Narbay, Şafak/

Deliduman, Seyithan:

“Alman Federal Mahkemesi’nin Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2002 Tarihli Kararı” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 1, s. 577-595, 2002.

Narin, Resul:

“**Adi Şirketin Sona Ermesi (BK m.535-541)**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2010.

Nomer, Haluk Nami:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Nomer, Haluk Nami/

Engin, Baki İlkay:

Türk Borçlar Kanunu Şerhi - 2. Kısım: Özel Borç İlişkileri I. Fasikül, Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/

Barlas, Nami:

Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/

Öz, Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. (C. 1)

Oğuzman, M. Kemal/

Öz, Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016. (C. 2)

Oğuzman, M. Kemal/

Seliçi, Özer/

Oktay Özdemir, Saibe:

Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2015.

Oktay Özdemir, Saibe:

“Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler” **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. I, İstanbul, s. 39-58, 2007.

Öz, Turgut:

İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989. (Eser)

Öz, Turgut:

“Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi” **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

- Özen, Burak: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Özenli, Soysal: **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, 1988.
- Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku – I**, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014. (C. 1)
- Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978. (İnşaat)
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)**, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002. (Borçlar Özel)
- Serozan, Rona: **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Sözleşmeden Dönme)
- Serozan, Rona/
Engin, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Sungurbey, İsmet: **Kişisel Hakların Tapu Kütüğünde Şerhi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1963.
- Şahiniz, C. Salih: **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, 2008.
- Şener, Oruç Hami: **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1-2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (C. I/1-2)
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (C. II)
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Mes'uliyet)

Tekil, Fahiman: **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku,**
5. Bası, İstanbul, 1996.

Tekinay, Selahattin Sulhi/

Akman, Galip Sermet/

Burcuoğlu, Haluk/

Altop, Atilla:

Tekinay – Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
7. Bası, İstanbul, Filiz Yayınevi, 1993. (Borçlar)

Tekinay, Selahattin Sulhi/

Akman, Galip Sermet/

Burcuoğlu, Haluk/

Altop, Atilla:

Tekinay – Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul,
1989. (Eşya)

von Tuhr, Andreas:

Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, İstanbul,
Yeni Matbaası, 1952.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,
6. Bası, İstanbul, 1976.

Yağcı, Kürşad:

“Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır
Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin
Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9)
Bakımından Uygulanabilirliği” **İÜHFİM, C.**
LXXI, Sy. 2, s. 421-438, 2013.

Yalman, Macit/

Taylan, Erbay:

Adi Ortaklık, Ankara, 1976.

Yavuz., Cevdet/

Acar, Faruk/

Özen, Burak:

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.

Yüce, Melek Bilgin:

Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Yüce, Melek Bilgin:

“Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları” **Cevdet Yavuz’a Armağan (MÜHFHAD Özel Hukuk Semineri Özel Sayısı)**, s.381-418, 2011.

Yongalık, Aynur:

Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1991.

Zevkliler, Aydın/

Gökyayla, Emre:

Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.