

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA VE ÇIKARILMA

Emre TÜRKMEN

Danışman
Prof. Dr. Ahmet TÜRK

İZMİR- 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “Adi Ortaklıkta ıkma ve çıkarılma” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../.12. 2019

Emre TÜRKMEN



ÖZET

Doktora Tezi

Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma

Emre TÜRKMEN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Adi ortaklıkta çıkma ve çıkarılma ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile pozitif hukukumuzda kazandırılmıştır. Çıkma, bir ortağın tek taraflı ve diğer ortaklara varması gerekli bir irade beyanı ile ortaklıktan ayrılması şeklinde tanımlanabilir. Çıkma hakkı, diğer bir anlatımla, bir ortağın ortaklıktan kendi isteğiyle ayrılmasıdır. Çıkarma ise, ortağın kendi rızası ve isteği olmaksızın diğer ortaklar tarafından ortaklıktan uzaklaştırılması şeklinde tanımlanabilir. Her ikisi de ayrılma üst kavramının kapsamı içine girerler.

Türk Borçlar Kanunu'nun sistemine göre, ortaklıktan çıkmak veya çıkarılmak için TBK m. 633'de sayılan sebeplerin gerçekleşmiş olması gerekir. Maddede belirtilen sebepler sınırlayıcı bir surette kaleme alınmadığından, çıkma ve çıkarma sebeplerinin ortaklık sözleşmesiyle genişletilmesi veya daraltılması olanaklıdır. Kanun koyucunun çıkma ve çıkarma sebeplerini düzenlerken İsviçre hukukundan yararlandığı (OR Art. 545) göze çarpmaktadır. Buna karşılık çıkma ve çıkarmanın hukuki sonuçları açısından ise Alman sisteminin (BGB 738- 740) esas alındığı görülmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, ortaklık sıfatı, çıkma hakkı, çıkarma hakkına değinilmiştir. Bu bağlamda; haklı sebeple çıkma hakkına ve iki kişilik adi ortaklıkta çıkma- çıkarma haklarının gösterdiği özelliğe işaret edilmiştir.

İkinci bölüm çıkma ve çıkarma nedenlerine, haklı sebeple çıkarmaya ve çıkma çıkarma prosedürüne ayrılmıştır. Haklı sebeple çıkarma kısmında, Alman hukuk öğretisinin zenginliğini ortaya koyması itibariyle, haklı sebep olmaksızın çıkarma sorunsalına yer verilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise çıkma ve çıkarılmanın hukuki sonuçları, özellikle; ortaklık sıfatının yitirilmesi, ayrılma payı, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı, bilgi alma hakkı ile borçlardan kurtarılma talebi, ayrılan ortağın açığı kapama yükümü, ayrılan ortağa sözleşme ile yüklenen yükümlülükler ve ayrılan ortağın hukuki sorumluluğu konularının üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ortaklık Sıfatı, Ayrılma, Çıkma, Çıkarılma, Hakkı Sebep, Ayrılma Payı



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Withdrawal and Exclusion in the Ordinary Partnership
Emre TÜRKMEN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

Withdrawal and exclusion in the ordinary partnership is gained positive Law with the Turkish Code of Obligations number 6098 for the first time. Withdrawal can be defined as the separation of a partner from the partnership by a unilateral declaration of intention that must be reached by other partners. In other words, the right to withdrawal is the voluntary separation of a partner from the partnership. Exclusion can be defined as the removal of the partner by other partners without its consent. Both fall within content of the top concept of separation.

According to the system of Turkish Code of Obligations, in order to withdraw and exclude from partnership, the reasons which listed in TCO 633 must be occurred. As the reasons which stated in the article are not written in a limiting manner, it is possible to extend or narrow the reasons for withdrawal and exclusion with the partnership agreement. It is noteworthy that the lawmaker has benefited from Swiss law (OR Art. 545) regulating the reasons for withdrawal and exclusion. On the other hand, it is seen that the German system (BGB 738- 740) is taken as the basis for the legal consequences of the withdrawal and exclusion.

In the first part of our study, title of partnership, the right to withdrawal, the reasons for withdrawal and the right to exclusion are mentioned. In this context, the right to withdrawal for just cause and the property of the rights to withdrawal and exclusion in the two- person ordinary partnership is pointed out.

The second part is reserved for the reasons of withdrawal and exclusion, exclusion for just cause and process of the withdrawal and exclusion. In section of exclusion for just cause, the problematic of exclusion without just cause is given as it manifests the richness of the German legal doctrine.

In the third part of the study, the legal consequences of the withdrawal and exclusion, particularly; loss of the title of partnership, partnership buyout, the right of the separated partner to participate in the unfinished business, right to information, the request to be recovered from the debts, the obligation of the partner to cover the deficit, its contractual obligations and its legal liability were discussed.

Keywords: title of partnership, separation, withdrawal, exclusion, just cause, partnership buyout.

**ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA VE ÇIKARILMA
İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xx

GİRİŞ	1
-------	---

**BİRİNCİ BÖLÜM
ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA VE ÇIKARILMAYA İLİŞKİN GENEL
ESASLAR**

I. ORTAKLIK SIFATI	4
A. Ortaklık Sıfatı (<i>Mitgliedschaft</i>) Kavramı	4
1. Tanımı ve Unsurları	4
2. Ortaklık Sıfatının Hukuki Niteliği	7
3. Ortaklık Sıfatının İktisap Edilmesi	9
a. Genel Açıklamalar	9
b. Şahıs Ortaklıklarında Ortaklık Sıfatının Edinilmesi	10
aa. Aslen Edinme	10
bb. Devren Edinme	10
4. Ortaksal Hakların Devredilemezliği Prensibi	11
a. Devredilemezlik Prensibinin Alman Hukuku Bağlamında Ele Alınması	11
b. Yönetmel (Katılım) Hakların Devredilemezliği	13
5. Ortaklık Sıfatının Devri	19
a. Tasarruf İşlemiyle Devir	19

b. Çift Sözleşme ile Devir	25
c. Ortaklık Sıfatının Devrinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz: Sözleşmenin Devri Teorisi	25
6. Ortaklık Sıfatının Bir Hukuki İlişki Olarak Nitelenmesinin Bazı Hüküm ve Sonuçları	28
a. Ortaklık Sıfatı Tespit Davasına Konu Edilebilir	28
b. Ortaklık Sıfatının Devrinin Sözleşmenin Devri Sonucunu Doğurması	30
7. Çıkma ve Çıkarmanın Haklar Sistemindeki Yeri	30
II. AYRILMA KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ	33
A. Genel Açıklamalar	33
B. Ayrılma Kavramının Tanımı ve Sınıflandırılması	34
C. Çıkma ve Çıkarılmaya İlişkin Temel Düzenleme Niteliğindeki TBK 633 Hükümünün Değerlendirilmesi	36
D. Diğer Ortaklık Tiplerinde Çıkma ve Çıkarılmaya İlişkin Yasal Düzenlemeler	37
1. Kollektif Ortaklıkta	37
2. Anonim Ortaklıkta	38
3. Limited Ortaklıkta	39
E. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Durum	40
1. İsviçre Hukukunda	40
2. Alman Hukukunda: BGB § 736 ve § 737 Düzenlemelerinin Tanıtılması	41
a. BGB § 736 Hükümü	41
b. BGB § 737 Hükümü	42
III. ÇIKMA VE ÇIKARMANIN ÖN KOŞULU: DEVAM KLOZU	43
A. Devam Klozunun Ratio Legis'i (Getiriş Amacı)	43
B. Devam Klozunun Hukuksal Niteliği	44
C. Devam Kararı	46
D. İki Kişilik Adi Ortaklıkta Devam Klozu veya Kararı?	48
IV. ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA	48
A. Ön Açıklamalar	48

B. Kanuni ve Sözleşmesel Çıkma Hakkı	49
1. Kanuni Çıkma Hakkı	49
2. Sözleşmesel Çıkma Hakkı	51
3. Çıkma Hakkının Kullanımı ile Ayrılma Payı Arasındaki İlişki	52
4. İki Kişilik Adi Ortaklığın Arz Ettiği Özellik	54
5. Haklı Sebepçe Çıkma	56
a. Genel Olarak	56
b. Özellik Arz Eden Bir Durum: İki Kişilik Adi Ortaklıkta Haklı Sebepçe Çıkma	63
IV. ADİ ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA (<i>AUSCHLUSS</i>)	65
A. Genel Açıklamalar ve Çıkarmanın TBK’da Düzenleniş Tarzı	65
B. Çıkarılma Şartları	66
C. Kanuni Düzenlemeden Ayrılan Anlaşmalar	70
D. Çıkarma Hakkının Dürüstlük Kuralına Uygun Olarak Kullanılması Gereği	71

İKİNCİ BÖLÜM

ÇIKMA VE ÇIKARILMA NEDENLERİ VE PROSEDÜRÜ

I. ÇIKMA VE ÇIKARILMA NEDENLERİ	73
A. Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıktan Çıkma Sebepleri	73
1. Fesih Bildiriminde Bulunulması	73
a. Fesih Hakkının Türleri ve Hukukumuzda Fesih Bildirim Hakkının Kullanılma Biçimi	73
b. İsviçre Hukukunda Olağanüstü Fesih Hakkı ile İlgili Temel Yaklaşımlar	80
aa. Aşırı Ölçüde Bağlanma Kavramı	81
bb. Aşırı Bağlılık Öngören Ortaklık Sözleşmesinin Feshedilebilirliği	82
cc. Aşırılık Olgusunun Tespitinde Esas Alınması Gereken An	82
2. Ortağın Kısıtlanması	83

3. Ortağın İflası	88
4. Ortağın Ölümü	94
a. Ortaklık sıfatının intikali ve halefiyet klozları	96
b. Miras Ortaklığının Adi Ortaklığa Üye Olup Olamayacağı Sorunsalı	97
aa. Alman Hukukunda	97
bb. İsviçre- Türk Hukukunda	101
c. Tüzel Kişilerin TBK m. 633 Çerçevesinde Değerlendirilmesi	104
d. Mirasçılarının Hukuksal Konumu	106
aa. Devam Kaydının Bulunmadığı Hallerde	106
bb. Bir Devam Klozunun Öngörüldüğü Durumlarda	107
aaa. Ortaklığın Mirasçılarla Sürdürülmesine Yönelik Klozlar	107
aaaa. Basit Halefiyet Klozunun Kararlaştırıldığı Hallerde Mirasçılarının Ortaklık Sıfatını Edinmesi	108
bbbb. Nitelikli Halefiyet Klozu	110
cccc. Halefiyet Klozlarının Hukuki Niteliği	111
bbb. Devam Klozu Öngörüldüğü Takdirde	112
e. Halefiyet Klozlarının Caiz Olup Olmadığı Meselesi	114
f. Halefiyet Klozlarının Şekle Tabi Olup Olmadığı Meselesi	114
g. Halefiyet Klozlarının, Miras Bırakan Ortağın Ölümüne Bağlı Tasarrufla Bulunma Hakkına Etkisi	115
h. Mirasçılara, Sözleşmeyle Ortaklığa Girme Hakkı Tanınması (<i>Eintrittsrecht</i>)	116
i. Mirasçılarının Ortaklık Borçlarından Sorumluluğu	118
j. Mirasçılarının Ayrılma Paylarının Kaldırılması Hususunda Alman Öğretisinin Yaklaşımı	121
k. Bir Ortağın Ölümü Durumunda Mirasçılarının Çıkma veya Çıkarılması?	123
5. Tasfiye Payının Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi	124

a. Kollektif Ortaklığa İlişkin Düzenlemelerin Kıyasen Uygulanabilirliği	127
b. Haczin Konusu: Ortaklık Payı mı Yoksa Tasfiye Payı mı?	129
c. Haczin İcrası ve Hukuki Sonuçları	131
aa. Alman Hukukunda	131
bb. İsviçre- Türk Hukukunda	132
B. Çıkarılma Sebepleri, Özellikle Haklı Sebep Çıkarılma	133
1. Genel Açıklamalar	133
2. Türk Adi Ortaklık Hukukunda, Haklı Sebep Çıkarma Hususundaki Boşluğun Doldurulması	134
a. Kanun Boşluğunun Tespiti	134
b. Kanun Boşluğunun Doldurulmasına Hizmet Eden Yöntemler	136
c. EBK Döneminde Öğretide İleri Sürülen Görüşler	137
d. 6098 Sayılı TBK Sonrası Hukuki Durum	138
e. İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler	139
f. Kanun Boşluğunun Doldurulmasına Yönelik Çözüm Önerileri	141
aa. Olan Hukuk Açısından (de lege lata)	141
bb. Olması Gereken Hukuk (de lege ferenda) Açısından Çözüm Önerisi	142
3. Adi Ortaklıkta Haklı Sebep Çıkarma Davası Açılıp Açılmayacağı Sorunsalı	145
a. Mevcut Hukuki Durumun Değerlendirilmesi	145
b. Adi Ortaklıkta Haklı Sebep Çıkarma Davasının Önündeki Temel Engel: Numerus Clausus İlkesi	146
4. Haklı Sebep Çıkarmanın İç Ortaklıklara Uygulanabilirliği Sorunu	148
a. Alman Hukukunda	148
b. İsviçre- Türk Hukukunda	149
5. Tasfiye Aşamasındaki Bir Adi Ortaklıktan Çıkarılma Mümkün müdür?	150
6. Haklı Sebep Çıkarmanın Maddi Koşulu: Haklı Bir Sebepin Varlığı	151
a. Haklı Sebep Kavramı ve Bu Kavramın Nispileği	151

b. Haklı Sebeplerin Sınıflandırılması: Bir Ortağın Davranışına Dayanan ve Dayanmayan Haklı Sebepler	152
aa. Bir Ortağın Davranışına Dayanan Haklı Sebepler (<i>verhaltensbezogene wichtige Gründe</i>)	152
aaa. Ortaksal Yükümlülüklerin İhlali	152
bbb. Bir Ortağın Özel Alanını (<i>Privatsphäre</i>) İlgilendiren Haklı Sebepler	154
ccc. Ortaksal Hakların Kullanılması Haklı Sebep Teşkil Eder mi?	156
bb. Diğer Haklı Sebep Halleri	157
c. Haklı Sebebin, Çıkarma Kararı Hüküm Doğuruncaya Kadar Devam Etmesi Zorunluluğu	157
d. Haklı Sebebin Tespitinde Kusurun Rolü	158
e. Çıkarma Kararı Hüküm İfade Edinceye Değın İlgili Ortağın Ortaklık Sıfatını Muhafaza Etmesi Şarttır	158
f. Haklı Sebep İle Çıkarma Hakkının Taliliğı (İkincil Niteliğı- <i>Subsidiarität</i>)	159
g. Somut Olayın Bütün Verilerinin Dikkate Alınması Zorunluluğı	160
h. Haklı Sebebin, İlgili Ortağın Şahsında Doğması Zorunludur	161
i. Ortaklık İlişkinin İlgili Ortakla Sürdürülmesinin Olanaksız Hale Gelmesi (çekilemezlik unsuru)	163
j. Haklı Sebep İle Çıkarma Hakkının Feragat ve Hak Düşümü Yoluyla Sona Ermesi	164
II. ÇIKMA VE ÇIKARILMA PROSEDÜRÜ	164
A. Çıkma Prosedürü	164
B. Çıkarma Prosedürü	165
1. TBK m. 633’de Öngörülen Kanuni Çıkarma Hakkına İlişkin Prosedür	165
a. Genel Olarak	165
b. Çıkarılacak Ortağın Oy Hakkından Yoksunluğı	166
c. Karar Yeter Sayısının Sağlanamaması Sorunsalı	167
d. İki Kişilik Adi Ortaklığa Özgü Çözüm Önerileri	168

e. Çıkarma Kararının İlgili Ortağa Bildirilmesi	169
f. Çıkarmanın Mahkeme Aracılığıyla Denetlenmesi	170
2. Haklı Sebepçe Çıkarmaya İlişkin Prosedür	171
a. Karar Yeter Sayısı ve TTK 255/3'e Göre Açılacak Çıkarma Davası	171
b. İhtiyati Tedbirler	174
c. Çıkarmanın Hüküm İfade Ettiği An	175
d. Çıkarılan Ortağın, Haksız Çıkarma Kararına Karşı Sahip Olduğu Hukuki Olanaklar	176

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇIKMA VE ÇIKARILMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. ORTAKLIK SIFATININ YİTİRİLMESİ	179
A. Kısmi Tasfiye Teorisi Çerçevesinde Ortaksal Hakların Akıbeti	180
B. Çıkma ve Çıkarılmanın Yönetim ve Temsil Hakkına Etkisi	182
1. Karşılaştırmalı Hukukta	182
2. Türk Hukukunda	184
C. Ortaklıktan Ayrılmanın Tacir Sıfatına Etkisi	185
D. Ortaklıktan Ayrılmanın Açılmış Davalara Etkisi	186
1. Genel Açıklamalar	186
2. Meselenin Münferit Dava Türleri Bazında Ele Alınması	186
a. Actio Pro Socio (ortak davası)	187
b. Ortağın Şahsi Alacaklı veya Borçlu Sıfatı Taşıdığı Davalar Bakımından	188
c. Ortağın Müteselsil Borçlu Sıfatı Taşıdığı Davalar Bakımından	188
II. ORTAKLIK MALVARLIĞINDAKİ PAYIN DİĞER ORTAKLARA GEÇİŞİ (ANWACHSUNG, BGB § 738, TBK 634)	189
A. Ön Açıklamalar	189
B. Ortaklık Payı Kavramı (<i>Gesellschaftsanteil</i>)	190
C. Ortaklık Malvarlığındaki Pay (<i>Anteil am Gesellschaftsvermögen</i>)	191

D. Ortaklık Malvarlığındaki Payın Geçişi	192
1. Birden Fazla Ortaktan Oluşan Ortaklıkta	192
2. İki Kişilik Adi Ortaklıkta	194
3. Pay Geçişinin Eşya Hukukundaki Yansımaları	197
III. AYRILAN ORTAĞIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	199
A. Ayrılan Ortağın Hakları	199
1. Ayrılma Payı	199
a. Tanımı ve İşlevi	199
b. Ayrılma Payının Temel Özellikleri	203
aa. Ayrılma Payı Mali Nitelikli Bir Haktır	203
bb. Ayrılma Payı Şarta Bağlı Bir Alacaktır	204
cc. Ayrılma Payı Ortaklık Dışı (<i>aussergesellschaftliche Forderung</i>) Bir Alacaktır	205
aaa. Ayrılma Payının Ortaklık İçi Talep Teşkil Ettiği Görüşü	205
bbb. Ayrılma Payının Ortaklık Dışı Alacak Teşkil Ettiği Görüşü	206
c. Ayrılma Payı Bağlamında Ortaya Çıkabilecek Bazı Hukuki Sorunlar	207
d. Ortaklık Payı ile Ayrılma Payı Arasındaki İlişki	208
e. Ayrılma Payını Oluşturan Münferit Taleplerin Ayrı Ayrı İleri Sürülemezliği	214
f. Ayrılma Payının Borçlusu, Alacaklısı ve Ayrılma Payından Sorumluluk	216
aa. Alman Hukukunda	216
bb. Türk ve İsviçre Hukukunda	220
g. Ayrılma Payı Alacağıının Doğumu	221
h. Ayrılma Payının Muacceliyeti ve Hesaplanma Tarzı	223
aa. Temel Kural: Derhal Muacceliyet	223
bb. Ayrılma Bilançosu (<i>Abschichtungs/Abfindungsbilanz</i>)	225
aaa. Tanımı ve Temel Özellikleri	225

bbb. Ayrılma Payının Hesaplanmasında Ölçü Alınacak Tarih	230
ccc. Ayrılan Ortağın Ayrılma Bilançosuna İştiraki	231
ddd. Firma Değeri (good will) ve Gizli Yedeklerin Ayrılma Bilançosuna İşlenmesi Gerekliliği	232
i. Ayrılma Payının Ödenmesi	234
j. Ayrılma Payının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi	237
k. Ayrılma Payından Feragat/ Ayrılma Payının Sözleşmeyle Kaldırılması Meselesi	238
l. Ayrılma Payının Hâkim Tarafından Belirlenmesi	240
aa. OR Art. 580 Düzenlemesinin Tanıtılması	240
bb. Kusurun Ayrılma Payına Etkisi	241
aaa. Kusurun Rolüne İlişkin İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler	243
bbb. İsviçre Öğretisindeki Görüşlerin Değerlendirilmesi	251
m. Ayrılma Payının Hesaplanmasında Kullanılan Değerleme Yöntemleri (<i>Bewertungsmethode</i>)	254
aa. Sorunun Ortaya Konulması: İşletme Değerlemesinin Hukuksal Boyutu	254
bb. Çeşitli Değerleme Yöntemleri	256
aaa. Tasfiye Değeri (<i>Liquidationswert</i>)	256
bbb. Kazanç Değeri Yöntemi (<i>Ertragswert</i>)	259
ccc. Net Aktif Değer Yöntemi (<i>Substanzwert</i>)	260
n. Ayrılma Payı Klotları (<i>Abfindungsklausel</i>)	262
aa. Ön Açıklamalar ve Konunun Türk Hukuku Bakımından Önemi	262
bb. Ayrılma Payı Klotlarının Tanımı ve Sözleşmesel Niteliği	263
cc. Ayrılma Payı Klotlarının Hizmet Ettiği Amaçlar	264
dd. Ayrılma Payı Klotlarının Yorumlanması	264
ee. Ayrılma Payının Kaldırılmasına Yönelik Klotlar	265

aaa. Ölen Ortağın Mirasçıları Bakımından	265
bbb. Ayrılan Ortak Bakımından	267
ccc. Haklı Sebepçe Çıkarılan Ortağın Hukuki Durumu	268
aaaa. Genel Olarak	268
bbbb. Alman Federal Mahkemesi'nin 29. 04. 2014 tarihli İlkesel Kararının Değerlendirilmesi	270
ddd. Ayrılma Payının Kaldırılmasında Ortağın Hukuksal Statüsünün Dikkate Alınması Gereği?	272
eee. Ayrılma Payının Kaldırılmasında Alacaklıların Korunması Gerekliliği	273
fff. Ayrılma Payının Kaldırılmasının Hukuki Sonuçları	275
ff. Hakem Bilirkişi Kızları (<i>Schiedsgutachterklausel</i>)	277
gg. Defter (Bilanço) Değeri Kızları	282
hh. Ayrılma Payı Kızlarının Denetlenmesi	284
aaa. Problemin Ortaya Konulması	284
bbb. Denetleme Ölçütleri (<i>Kontrolmassstabe</i>)	285
aaaa. Ahlaka Aykırılık Yönünden (BGB § 138, TBK m. 27/1)	285
bbbb. Fesih Hükümlerine Aykırılık Yönünden (BGB § 723/3)	287
cccc. Uygunluk Denetimi	288
2. AYRILAN ORTAĞIN BORÇLARDAN KURTARILMA TALEBİ	290
a. Borçtan Kurtarılma Talebi	290
b. Ayrılan Ortağın Teminat (Güvence) Talep Etme Hakkı	295
c. Gizli Adi Ortağın Özel Durumu	296
aa. Gizli Adi Ortağın Ortaklık Borçlarından Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Meselesi	297
bb. Gizli Ortak Borçlardan Kurtarılma Talebi İleri Sürebilir mi?	299
3. Çıkan veya Çıkarılan Ortağın Tamamlanmamış (Askıdaki) İşlerin Sonucuna Katılma Hakkı (TBK m. 636, BGB § 740)	299
a. Yasal Düzenleme ve Ön Açıklamalar	299

b. Tamamlanmamış İş Kavramının Tanımı ve Kapsamı	300
c. Tamamlanmamış İş Kavramının Ayrılma Payı ile Bağlantısı	302
d. Tamamlanmamış İşlerin Sonuçlandırılması ve Kar- Zarar Taleplerinin İleri Sürülmesi	304
e. TBK 636'dan İleri Gelen Özel Yönetmelik Hakları	306
f. TBK m. 636'dan Ayrılan Anlaşmalar	310
4. Ayrılan Ortağın Bilgi Alma Hakkı	312
B. Ayrılan Ortağın Yükümlülükleri	314
1. Ayrılan Ortağın Açığı Kapama Yükümlülüğü (TBK m. 635-BGB § 739)	314
a. Düzenlemenin Tanıtılması ve Ön Açıklamalar	314
b. Tasfiye Açığını Kapama Yükümü ile Benzeşmesi	315
c. Ortaklık Açığının Tespitinde Ayrılma Bilançosunun Rolü	316
d. TBK m. 635 Hükmünün Uygulama Alanı	317
e. Açığı Kapama Yükümünün Muhatabı- Alacaklısı	317
f. Açığı Kapama Yükümünün Hukuki Niteliği ve İleri Sürülebilirliği	319
g. Açığı Kapama Yükümünün Doğumu, Muacceliyeti ve Ödenmesi	320
h. Zararı Denkleştirme Yükümünün Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi	322
i. Aksine Anlaşmalar- Özellikle Emegini Sermaye Olarak Getiren Ortağın Hukuki Durumu	323
j. Gizli Adi Ortağın Açığı Kapama Borcu Bulunup Bulunmadığı Meselesi	328
aa. Alman Hukukunda	328
bb. İsviçre Hukukunda	329
cc. Türk Hukukunda	331
2. Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin Öngörülmesi- Özellikle Rekabet Yasağı Sözleşmesi	332
a. Genel Olarak	332

b. Sözleşmesel Rekabet Yasaklarının Getirilme Amacı	333
c.Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kapsamı ve Sınırları	335
d.Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları	338
e.Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağının Sona Ermesi	340
IV. DIŞ İLİŞKİDEKİ HUKUKİ SONUÇLARI	341
A. AYRILAN ORTAĞIN HUKUKİ SORUMLULUĞU	341
B. Temel Prensip: Ayrılan Ortağın Sorumluluğunun Devam Etmesi	342
C. Ayrılan Ortağın Dış Sorumluluğunun Kapsamı ve Rücu (<i>Regress</i>)	344
D. Ayrılan Ortağın Hukuki Sorumluluğunu Sınırlayan veya Kaldıran Anlaşmaların Akıbeti	347
E. Ayrılan Ortağın Dış Sorumluluğunu Sona Erdiren Sebepler	348
F. Ayrılan Ortağın Müteselsil Sorumluluk Rejimine Genel Bir Bakış	350
G. Ayrılan Ortağın Hukuki Sorumluluğunun Belirli Bir Süreyle Sınırlandırılması İhtiyacı	353
1. Alman Hukukunda, NachhBG'nin Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönemde Ulaşılan Çözüm: Fesih Teorisi	353
2. Sonraki Sorumluluğun Sınırlandırılması Kanunu (NachhBG)	354
3. Türk Hukukunda Durum	358
SONUÇ	361
KAYNAKÇA	377

KISALTMALAR

Abs.	Absatz
AcP	Arschiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aF	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (dergi)
Alm	Almanca
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
Aufl	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AZR	Aktenzeichenregister
b.	bent
BAG	Bundesarbeitsgericht
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck- Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bk.	Bakınız
BK	Berner Kommentar
BIAR	Blätter für Agrarrecht
BSK	Basler Kommentar
c.	Cümle

C.	Cilt
CHK	Handkommentar zum schweizer Privatrecht
DB	Der Betrieb
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
dpn.	Dipnot
DStR	Deutsches Steuerrecht
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
E.	Esas
EBK	818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
E.T.	Erişim Tarihi
ETTK	6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
ff	und folgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesKR	Die Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GmbHG	Gesetz betreffend Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HD	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
InsO	Insolvenzordnung
İİK	2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	Juristische Zeitung
K.	Karar
krş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MedR	Medizinrecht

MK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
MÜHF- HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKo	Münchener Kommentar
N.	Numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW- RR	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungsreport
No.	Numara
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OFK	Orell Füssli Kommentar
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Das Obligationenrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtshofes in Zivilsachen
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
s.	Sayfa
S.	Sayı
S.	Satz
SchKG	Schuldbetreibung und Konkursgesetz
schwZPO	schweizerische Zivilprozessordnung
SHK	Stampflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb	ve benzeri

vd	ve devamı
Vorbem	Vorbemerkung
WM	Wertpapier Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
YÜHFD	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Das Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Adi ortaklıklar, uygulamada oldukça sık rastlanan ortaklık tiplerinden biridir. Ancak, ticaret ortaklıklarının aksine adi ortaklığın ticaret siciline tescili zorunlu değildir. Bu durum, adi ortaklıkların istatistiğinin tutulabilmesine engel oluşturmaktadır. Bununla birlikte bazı adi ortaklıkların ticaret veya esnaf işletmesi işlettiği görülmektedir. Böylelikle, onların ilgili sicillere tescili mümkün olabilmektedir.

Adi ortaklıkların uygulamada taşıdığı önem ile öğretide sözü edilen ortaklık türünü konu alan eserler arasında doğru orantı bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukuk literatüründe adi ortaklık yapılanmasının yeterince incelenmediği saptamasını yapmak zor olmasa gerektir. Zira Türk hukuk öğretisi, şahıs ortaklıklarından ziyade sermaye ortaklıklarına; sermaye ortaklıkları özelinde de ağırlıklı olarak anonim ortaklığa ilgi göstermektedir. Kuşkusuz adi ortaklığa olan bu ilgisizliğin bazı nedenleri vardır. Bunların başında adi ortaklığın yatırıma elverişli olmayan hukuki yapısı gelmektedir. Gerçekten de adi ortaklıklar genellikle geçici amaçların gerçekleştirilmesine yönelirler. Ne var ki bu olgu, özellikle Alman hukukunda adi ortaklığa ilişkin yazılı eserler üretilmesine engel olmamıştır. Aksine Alman öğretisine bakıldığında, adi ortaklıklara ilişkin çok sayıda monografik çalışma yapıldığı gözlemlenebilir. Keza Alman hukuk uygulaması da- öğretiyeye paralel biçimde- adi ortaklık ile ilgili çok sayıda ilkesel karara imza atabilmekte, hatta bu kararlardan bazıları – Alman Federal Mahkemesi'nin adi ortaklığa hak ehliyeti bahşeden kararında olduğu gibi- adi ortaklık literatürünü derinden etkileyebilmektedir. Ne yazık ki, hukukumuzda adi ortaklıklara ilişkin ilgisizlik Yargıtay içtihatlarına da yansımaktadır. Yargıtay'ın adi ortaklık hukukunda devrim niteliği taşıyan bir kararına henüz rastlanmamıştır.

Yine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile adi ortaklık alanında gerçekleştirilen önemli değişiklik ve yeniliklerin de öğretide yeterli ilgiyi görmediği, konuların makale düzeyinde ele alındığı anlaşılmaktadır. Adi ortaklıkta çıkma ve çıkarma hakları, Alman Medeni Kanun'u model alınarak pozitif hukukumuzda kazandırılmakla birlikte, çıkma ve çıkarmayı konu edinen monografik bir çalışma yapılmamıştır. Halbuki

önemli bir yenilik anlamına gelen bu müesseselerin ayrıntılı olarak incelenmesi literatüre büyük bir katkı sağlayacaktır.

İşte adi ortaklık hukukundaki bu büyük boşluk, bizi bu alanda monografik bir çalışma yapmaya iten en büyük faktördür.

Kanun koyucu, TBK m. 633- 636'yı hazırlarken Alman Medeni Kanunu'ndan yararlanmakla birlikte, ciddi sayılabilecek hatalar yapmıştır: Alman Medeni Kanunu'nun 636. Maddesinde düzenlenen “*otomatik ayrılma*” yerine “*kanuni çıkma hakkı*” nı getirmiştir. Kanun koyucunun Alman sisteminden sapan düzenlemeleri bununla sınırlı değildir. TBK m. 633'de çıkarma hakkı, çıkma hakkı ile paralel olarak düzenlenmiş, sona erme sebeplerinin önemli bir kısmı çıkma- çıkarma sebebi olarak sayılmıştır. Böylece, kaynak kanun BGB'nin 737. Maddesinde hükme bağlanan *haklı sebeple çıkarma hakkı* yerine, sona erme sebepleri ile bağlantılı bir çıkarma hakkı yaratılmıştır. Özetle, çıkma- çıkarma sebepleri (TBK m. 633) konusunda İsviçre; çıkma ve çıkarmanın hukuki sonuçları (TBK m. 634- 636) hususunda ise Alman hukukundan iktibas edilen düzenlemeler ile karşı karşıyayız. Çalışmanın ilgili kısımlarında, bu sorunlara ilişkin eleştirilerimize yer verilmiştir.

Adi Ortaklıkta çıkma ve çıkarılmayı konu alan çalışmamız, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle ayrılma ile yakından bağlantılı bir kavram olan ortaklık sıfatı konusu işlenmiştir. Zira kanaatimizce ortaklık sıfatı hakkında bilgi sahibi olunmadan ortaklıktan ayrılmanın hukuki sonuçlarının kavranması oldukça güçtür. Ardından, üst kavram niteliğindeki ayrılma kavramı tanımlanmış, çıkma ve çıkarılma hususuna ilişkin yabancı hukuk sistemlerindeki durum incelenmiştir. Takiben, çıkma ve çıkarılmanın ön koşulunu teşkil eden devam klozu/kararına yer verilmiştir. Ardından, çıkma hakkı ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Kanuni ve sözleşmesel çıkma hakkına temas edilmiştir. Daha sonra çıkarma hakkına değinilmiştir. Gerek çıkma gerekse çıkarma hakları bakımından, iki kişilik adi ortaklığın arz ettiği özellikler de çalışmamızda incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü iki kısma ayrılmıştır. İlk kısımda, çıkma ve çıkarılma nedenlerine yer verilmiştir. Çıkma ve çıkarma sebepleri Kanun gereği aynı olduğundan, ayrıca çıkarma sebepleri başlığı altında incelenme gereği duyulmamıştır. Çıkma- çıkarma sebepleri arasında özellikle ortağın ölümü hususu, önemli hukuki sorunları beraberinde getirdiğinden ilk kısımda en çok bu konunun üzerinde

durulmuştur. Daha sonra, çalışmamızda önemli bir yere sahip olan haklı sebeple çıkarılma hususu incelenmiştir. Adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmaya ilişkin kaynakların sayıca azlığı göz önünde tutularak, bilhassa kollektif ortaklıkla ilgili ders kitapları, tezler ve makalelerden yararlanılmıştır. Haklı sebeple çıkarma hakkının anavatani denilebilecek Alman hukukundaki eserler, bize büyük ölçüde yol göstermiştir. Zira Alman öğretisinde gerek adi ortaklık gerekse kollektif ortaklık bazında, haklı sebeple çıkarma hususunu ele alan çok sayıda şerh, makale ve teze rastlamak mümkündür. İkinci ve son kısımda ise çıkma ve çıkarma prosedürüne temas edilmiş; çıkarma prosedürü de kendi içinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Çalışmanın kapsam bakımından en geniş bölümünü üçüncü bölüm oluşturmaktadır. Bu bölümde çıkma ve çıkarılmanın hukuki sonuçlarına temas edilmiştir. Ortaklık sıfatının yitirilmesi, ortaklık malvarlığındaki payın geçişi, ayrılma payı, ayrılan ortağın borçlardan kurtarılma talebi, tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı, ayrılan ortağın bilgi alma hakkı, ayrılan ortağa sözleşme ile yüklenen yükümlülükler (özl. Sözleşmesel rekabet yasağı) ayrılan ortağın hukuki sorumluluğu gibi meseleler bu başlık altında incelenmiştir. Ayrılma payı bağlamında, Alman hukukunda tartışılan ve Türk öğretisinde yeterince irdelenmeyen “*ayrılma payı klozları*”na, ortaklık payı ile ayrılma payı arasındaki ilişkiye değinilmiştir. Amacımız, söz konusu hukuki meseleleri Türk hukukuna aktarmak suretiyle, öğretiyi ve uygulamada farklı bir bakış açısı geliştirilmesine öncülük edebilmektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA VE ÇIKARILMAYA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

I. ORTAKLIK SIFATI

A. Ortaklık Sıfatı (*Mitgliedschaft*) Kavramı

1. Tanımı ve Unsurları

Mademki çıkma ve çıkarılma, ortaklık statüsü üzerinde böylesine ciddi etkiler yaratmaktadır, o halde ortaklık sıfatının ele alınması ve ayırt edici özelliklerinin ortaya konulması, ayrılmanın hukuki sonuçlarının daha kolay anlaşılması açısından kaçınılmazdır.

Ortaklık sıfatı, Alman hukukunda uzun süreden beri çeşitli bilimsel çalışmalara konu edilmiş, ancak birçok noktada öğretide görüş birliğine varılamamıştır. Karsten Schmidt'in deyimiyle sözü geçen kavram adeta bir "bilmeceye" dönüşmüştür. Schmidt, "*Nerde bir birlik (şahıs birliği) varsa, orda ortaklık sıfatının "bulunduğunu söyleyerek kavramın tanımlanmasındaki güçlüğü aşmaya çalışmıştır. Lutter ise, ortaklık sıfatının üç unsurdan meydana geldiğini belirtmektedir¹: a) Birden fazla kişinin bir araya gelmesi (şahıs unsuru), b) bu kişileri bağlayan bir amaç birlikteliği (ortak amaç), c) Hedefin güvence altına alınması için gereken bir özel malvarlığı (ortaklık malvarlığı). Yani Lutter için ortaklık sıfatı, "belirli organizasyon şekillerinde bir araya gelmesi suretiyle irade özerkliğinin gerçekleştirilmesi" dir². Lutter burada ortaklık sıfatının "gönüllülük" esasına dayandığına dikkat çekmektedir. İstisnai hallerde ise ortaklık sıfatı -ticaret odaları veya serbest meslek sahiplerinin kuruluşlarına üyelik gibi- gönüllülük esasına değil, aksine "zorunluluğa" dayanabilir³.*

¹ Bk. Marcus Lutter, "Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena der zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts", *AcP*, C. 180, S. 1- 2, 1980, s.84 vd (Anılış: Mitgliedschaft).

² Schmidt, Lutter'in görüşlerine açıklık getirmeyi hedeflemektedir. Bk. Karsten Schmidt, "Das Recht der Mitgliedschaft: ist korporatives Denken passe?", *ZGR*, S.2, 2011, s. 113 (Anılış: Mitgliedschaft). Benzer bir tanım anayasada yer almaktadır. Bk. Michael Kulka, **Die gleichzeitige Ausschließung mehrerer Gesellschafter aus Personengesellschaften und GmbH**, Köln, 1983, s. 69.

³ Nitekim bu hususta bk. Schmidt, Mitgliedschaft, s. 113.

Bir avukatın kendi iradesi ile değil, “yasal zorunluluğun” gereği olarak baroya kaydolması buna örnek gösterilebilir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, *Lutter'in* tanımında geçen “*özerk irade*” nin var olduğundan söz edilemez.

Kısacası, bizim de katıldığımız görüşe göre ortaklık sıfatı (kuşkusuz dernek veya vakıflar için *üyelik*) “*bir gruba- daha doğrusu bir topluluğa- aidiyeti*” ifade eder⁴. Bu tanım dikkate alındığında, tek kişilik şahıs ortaklığı olgusu sistemin dışında bırakılmalıdır. Zira bu gibi hukuksal şekiller, hukuk hayatında ancak bir kere vardır. Kaldı ki, tek kişilik ortaklık olgusu, ortaklık sıfatının teorik arka planı ile de uyumsuzdur. Bu türden yapılanmalar, “birlik- topluluk” (*Verband*) kavramı ile maddi değil, olsa olsa şekli bir yakınlığa sahiptir⁵. Hatta yazara göre tek kişi ortaklığı, üyelik sıfatı ile şahıs birliği⁶ arasında kurulan ilişkiyi bambaşka bir yöne çekme riskini de barındırmaktadır.

Bir başka tanım yapmak gerekirse, ortaklık sıfatı- ki bu tanım sadece kişi ortaklığına özgülenmiş, çerçevesi dar bir tanımdır- ortaklık sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin bütününe ifade eder⁷. Ancak teorik düzlemde, ortaklık sıfatının ortaya çıkması için ortaklık payına ihtiyaç vardır. Bu iki kavram birbirleri ile iç içe geçmiştir⁸, öyle ki, ortaklık payının söz konusu kavramın “varlık sebebi” ni teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilir. Ortaksal hak ve yükümlerin taşıyıcısı olabilmek için önce bir “ortaklık payı” edinmek gerekir. Ortaklık sıfatı ile pay birbirlerinden ayrılamaz⁹, payın

⁴ **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 84 vd.

⁵ **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 84 vd.

⁶ Kanaatimizce en az iki kişinin varlığına daha güçlü bir vurgu yapması itibariyle, “*kişi topluluğu*” deyimine öncelik tanınabilir. Elbette ortaklık sıfatında olduğu gibi, “birlik- topluluk” kavramlarının kullanımında da yeknesaklığa rastlanmamaktadır.

⁷ Bk. Hartmut Oetker (Hrsg), **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 5. Aufl, München,2017 (Anılış: Oetker/ilgili bölüm yazarı), HGB § 105, Rn. 64. Ortak konumundan doğan hak ve yükümlülüklerin toplamı ifadesi için bk. Uwe Hüffer ve Jens Koch, **Gesellschaftsrecht**, 8. Aufl, München, 2011, s. 79, No. 1 (Anılış: Hüffer/Koch).

⁸ Alman hukukunda ortaklık sıfatı yerine, “*ortaklık payı*” anlamına gelen “*Gesellschaftsanteil*” teriminin kullanıldığına rastlanmakla birlikte; ortağın ortaklık içindeki yerini daha isabetli olarak ortaya koymasından ötürü” ortaklık sıfatı” ifadesine öncelik verilmelidir. Bk. **Hüffer/ Koch**, s. 79, dpn. 266. Eş anlamlı kullanıldıklarına (ortaklık sıfatı ile payın) ilişkin bk. Tobias Kilian, **Die Dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht**, München, 2011, s. 80.

⁹ Ortaklık malvarlığındaki payın, bir bütün olarak ortağın ortak statüsüne bağlı olduğu ve ancak bu statü ile birlikte devredilebileceği hususunda bk. Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil**, 11.Aufl, München, 1976, s. 353 (Anılış: BT). Kanımızca da pay ile ortaklık sıfatı arasındaki yakın ilişki, bu iki kavramın birbirlerinden bağımsız olarak ele alınmalarını güçleştirmektedir. Örneğin *Grunewald*, ayrılma ile ortağın ortaklık malvarlığındaki payını yitirdiğini dile getirmektedir. Yazar burada pay (*Anteil*) sözcüğünü ortaklık sıfatının yerine kullanmaktadır. Bk. Barbara Grunewald, **Gesellschaftsrecht**, 6.Aufl, Tübingen, 2005, s. 67, No. 136 (Anılış: Gesellschaftsrecht).

devri aslında ortaklık sıfatının da devrini içeren bir hukuki işlemdir. Kanun koyucu bu temel felsefeden hareketle, pay ile ortaklık sıfatı arasındaki bağımlılığa birtakım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Ancak şu hususun altını çizmek gerekir: Payın devri her zaman ortaklık sıfatının devri sonucunu doğururken, ortaklık sıfatının devrinin her hâlükârda payın da devri anlamına gelip gelmediği tartışmaya açık bir konudur. Demek ki, iki kavram arasındaki ilişki somut olayın özelliğine göre değişkenlik arz edebilmektedir. Kanaatimizce, ortaklık sıfatını “*sübjektif bir hak*” olarak nitelendirerek hukuki işlemlere konu edindirme çabaları neticesinde, “pay- ortaklık sıfatı”nın ayrılmazlığı dogmasında geniş bir gedik açılmıştır. Zira “sübjektif hak” tezinin savunucuları, ortaklık sıfatını tıpkı eşya hukukundaki anlamıyla bir “şey” gibi ele almaktadırlar. Sıfatın devri kabul edildiğinde, ortaklık sıfatı üzerinde rehin, intifa gibi aynı haklar kurulabilmesi bir yana, ortaklık sıfatının “haczi” olgusu da gündeme gelebilecektir. Bütün bu tasarrufların ortaklık sıfatının “kişiye sıkı sıkıya bağlılığı” ile ne ölçüde bağdaştığı sorusu akla gelebilecektir.

Ortaklık sıfatının ilk, belki de en önemli unsurunun “pay” olduğu ortaya konulduktan sonra, objektif unsuru oluşturan “bir şahıs topluluğunun varlığı”nın incelenmesine geçilebilir. Zira adi ortaklık elbirliği topluluğu biçiminde örgütlenmiş bir şahıs birliğidir. Payın ön koşulu da bir adi ortaklığın varlığıdır, çünkü ancak bir elbirliği topluluğunun bulunması halinde “serbestçe tasarruf edilemeyen ortaklık payları”ndan bahsedilebilir. Paylı mülkiyetten farklı olarak, paydaşlar pay üzerinde serbestçe tasarruf edemezler. Onların ortaklık malvarlığı üzerinde “ileride tasfiye aşamasında alabilecekleri farazi(varsayımsal) payları” dahi yoktur. Bu sebeple payın devrine diğer ortakların tamamının onay vermesi gerekir. Adi ortaklıkta ortaklık payı, anonim ve limited ortaklık payının aksine kural olarak devre elverişli değildir. Özetle, yasal tanım ve unsurları belirtilmiş, itibari değeri bulunan bir pay kesinlikle söz konusu değildir. Kişi ortaklıklarının hukuksal ve ekonomik yapısı böyle bir kabule engel teşkil eder.

Elbirliği topluluğunun oluşumu için gerekli hukuksal zemini ise ortaklık sözleşmesi hazırlar¹⁰. Çünkü kanun koyucu adi ortaklığı sözleşme ile kurulan elbirliği

Aynı yönde bk. Dieter Medicus, **Schuldrecht II- Besonderer Teil**, 9. Aufl, München, 1999, s. 236, No. 495 (Anılış: BT).

¹⁰ Benzer yönde açıklamalar için bk. Karsten Schmidt (Hrsg), **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 4. Aufl, München, 2016 (Anılış: MüKoHGB/ilgili bölüm yazarı), HGB § 109, Rn. 27.

mülkiyeti topluluğu olarak tasarlamıştır. Dolayısıyla ortaklık sözleşmesi doğrudan olmasa da dolaylı bir unsur sayılabilir. Ortaklık sözleşmesinin “*organizasyonel*” niteliği¹¹, onu diğer elbirliği topluluklarından (ör: miras ortaklığı) ayırt etmeye yarayan önemli bir kriterdir.

2. Ortaklık Sifatının Hukuki Niteliği

Bir ortağın ortaklık sözleşmesi (geniş anlamda) veya paydan (dar anlamda) doğan hak ve yükümlerinin toplamı biçiminde tanımlanabilen ortaklık sıfatı, hukuki niteliği en tartışmalı kavramlardan biridir. Ortağın ortaklık ve diğer ortaklarla arasındaki ilişkiyi ortaya koyması itibarıyla, ortaklık sıfatı her şeyden önce hukuki bir ilişkidir¹². Ortaklık sıfatının dogmatik temelleri konusunda pek çok görüşün ortaya atıldığı Alman hukuk öğretisinde dahi bu hususta büyük ölçüde fikir birliği mevcuttur¹³. Bu noktada *Lutter*, hukuki ilişkinin kimler arasında doğduğunun tespiti amacıyla, şahıs birliği ve korporatif yapısı bulunan tüzel kişileri birbirinden ayırmaktadır¹⁴. Yine şahıs birlikleri de kimi zaman tüzel kişilere benzer bir organizasyona sahip olabilirler. Hak ehliyeti bulunmayan birlik ve ortaklıklarda hukuki ilişki olarak ortaklık sıfatı yalnızca “üyeler “arasında mevcuttur¹⁵.

Lutter’in saptamasına göre bu hukuki ilişki eşya hukuku anlamında belirli bir “bağımsızlaştırılmaya” uğramıştır¹⁶. Bu gelişme, ortaklık sıfatının adeta “şey”

¹¹ Ortaklık sözleşmesinin yoğun Pandektist etki altında “saf borçlar hukuku sözleşmesi” olarak görüldüğü dönemden “organizasyon sözleşmesi” olarak nitelendirildiği döneme kadar geçirdiği tarihsel evrim hakkında bk. Herbert Wiedemann, “Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften”, **WM**, Sonderbeilage 8, 1990, s. 2. Ancak yazar Fransa’da kavramın “organizasyon sözleşmesi” boyutunun daha 19. yüzyılda fark edildiğine, böylece tüzel kişiliğin tanınmasına giden yolun açıldığına dikkat çekmektedir.

¹² Ortaklık sıfatının hukuki bir ilişki olduğu yönünde bk. **Lutter**, Mitgliedschaft, s. 97. Yazar, iki veya daha fazla özne arasında kurulan özel hukuka özgü özel bir bağdan söz etmektedir. İşte ortaklık sıfatı şahıs birliğinin üyeleri arasında meydana gelen özel bir bağlıdır.

¹³ Bk. **Lutter**, Mitgliedschaft, s. 97, dn. 57.

¹⁴ Bk. **Lutter**, Mitgliedschaft, s. 97 vd.

¹⁵ Bk. **Lutter**, Mitgliedschaft, s. 98.

¹⁶ Sözü edilen “bağımsızlığa” verilebilecek en iyi örnek, anonim ortaklıklar hukukundaki pay (*Aktie*) kavramıdır. Bu hukuk alanında pay, bir yandan ortaklık sıfatının temelini teşkil ederken, diğer yandan da tedavül yeteneği olan bir senede (pay/hisse senedi) bağlanarak hukuki işlemlere konu olabilir. Bu hukuki işlemlerin başlıcaları, devir, pay üzerinde rehin ve intifa tesisidir. Ancak unutulmaması gereken husus, payın bizzat kanun koyucu tarafından hukuki işlemlerin konusu haline getirildiğidir. Şahıs şirketlerindeki payın “eşya” hukukunun tasarruflarına açık hale gelebilmesi ise öğretinin bilimsel faaliyetlerinin bir ürünü olarak göze çarpmaktadır. Örneğin bk. Herbert Wiedemann, **Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften**, München, 1965, s. 43 vd (Anlış: Übertragung).

(*Gegenstand*) gibi kabul edilerek bir başkasına devrinin önünü açmıştır. Hukuki ilişkinin bir bütün olarak, yani bünyesindeki tüm hak ve yükümlerle devri şüphesiz sözleşmenin devri kurumunu çağrıştırmaktaysa da söz konusu hukuki ilişkinin kendine has özellikleri bulunduğu da göz ardı edilmemelidir¹⁷.

Ortak, ortaklığın bir nevi “üyesi” konumundadır ve bu üyelik kendisine birtakım haklar bahsettiği gibi, yükümlülükler de yükler. Dolayısıyla, ortaklık sıfatı aynı zamanda hukuksal bir statüyü ifade etmektedir dersek yanlış olmaz¹⁸. Bu hukuki statü, ortağın “üye” sıfatını elde ettiği andan itibaren başlar ve sıfatı sona erdiren durumlar gerçekleşinceye kadar devam eder.

Ortaklık sıfatının hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar ağırlıklı olarak onun subjektif bir hak teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Alman hukukunda ortaklık sıfatının kuramsal temelleri üzerine önemli bir çalışması bulunan *Lutter*, ortaklık sıfatını geniş tabirle “üyeliği”, bir şahıs birliğinin üyesi ve partnerleri arasındaki özel hukuk bağı şeklinde nitelendirmiştir. Yine, hukuki ilişkiden doğan hak ve yükümler, ortaklık sıfatının içinde bir araya gelmektedir. Yani ortaklık sıfatı aynı zamanda bir “şey, nesne” olarak da algılanmaktadır. Yazar, bir yandan ortaklık sıfatının eşya üzerindeki bir hak ve belirli bir davranış tarzı olmadığını, öte yandan bir kişi birliğindeki hak ve yükümlülükleri birleştirdiğini vurgulamaktadır. Ortaklık sıfatının bu özel yapısı sebebiyle, onu kategorize etmeye çalışan her türlü sınıflandırma belirsizliğini koruyacaktır. Yazar, hukuki ilişki mi yoksa subjektif hak mı oluşturduğu hususundaki tarihsel tartışmalara önceleri çekimser yaklaştığını, ancak üye(süje) ile üyelik(obje) arasındaki ilişkinin bundan böyle subjektif hak olarak ifade edilebileceği görüşünü paylaştığını dile getirmektedir¹⁹.

Ortaklık sıfatına ilişkin özgün bir monografik çalışması bulunan *Habersack’a göre*, ortaklık sıfatı ne kişiye üzerinde mutlak hakimiyet (mülkiyet hakkı gibi) kazandıran bir cismani varlık, ne de fikri bir eser gibi gayrimaddi bir malvarlığı unsurudur. Ortaklık sıfatı alacak hakkından da şu yönüyle ayrılmaktadır ki, bir şahıs

¹⁷ Yazarın söz konusu açıklamaları için bk. **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 98- 99.

¹⁸ Bu yönde bk. Aynur Yongalık, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara, 2010, s. 7 (Anılış: Ortak Davası); **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 86, 88- 89.

¹⁹ Bk. **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 101- 102. Yazar devamla, subjektif hakların (eşya, alacak, yenilik doğuran haklar) ortaklık sıfatına da sirayet ettirilebileceğini belirtmektedir. Ortaklık sıfatının aynı haklar, gayri maddi hakların yanında subjektif bir hak niteliği taşıdığı hususunda bk. **Wiedemann**, *Übertragung*, s. 40.

birliğinin üyesinin o birlik bünyesinde sahip olduğu hukuksal statü, diğer üyelerden ifası istenebilecek bir edim değildir, aksine üyenin kendisi, içinde yer aldığı birliğin hedefini gerçekleştirmek adına çaba sarf etmelidir. Ortaklık sıfatı, bazı elementlerin bileşiminden oluşmaktadır. Örneğin, bir ortaklığın karar alma sürecine, yani irade oluşumuna doğrudan katılımı anlamını taşıyan oy hakkı, ortaklık sıfatının kişisel (kişiye sıkı sıkıya bağlı) boyutunu ortaya koymaktadır. Buna karşılık kazanç ve tasfiye payı gibi haklar ortaklık sıfatının malvarlıksal içeriğini teşkil eder. Ortaklık sıfatının bu kişisel ve mameleki tarafları birbirlerinden ayrılamaz. Ancak, anonim ortaklıktaki yeni pay alma örneğinde de görüldüğu üzere, bazı haklar ortakların hem malvarlıksal çıkarlarını hem de hakimiyet haklarını (en başta oy hakkı gibi) korumaya hizmet edebilir²⁰. Yazar, ortaklık sıfatını *kök hak (Stammrecht)* olarak nitelendirmektedir. Ortaklık sıfatı madem ki sübjektif bir hak ve aynı zamanda hukuki ilişkideki statüyü ifade etmektedir, o halde onun kök/ kaynak hak olarak nitelenmesi şaşırtıcı değildir. Kısacası, yazar bütün bu özellikleri sebebiyle ortaklık sıfatının *sui generis* sübjektif bir hak olduğu sonucuna varmaktadır²¹.

3. Ortaklık Sıfatının İktisap Edilmesi

a. Genel Açıklamalar

Ortaklık sıfatının nasıl iktisap edildiği, inceleme konumuz bakımından önem taşımaktadır zira böylece çıkarılma ve ayrılma payıyla ilintili bazı hususların açıklığa kavuşturulması daha kolay olacaktır. Ortaklık sıfatının nasıl edinildiğini açıklarken sermaye ortaklıklarının gösterdiği özelliğe de değinmekte fayda görüyoruz. Çünkü şahıs ve sermaye ortaklıklarında ortaklık sıfatının kazanılması ve kaybı büyük

²⁰ Kanaatimizce yazarın bu örneği vermesinin nedeni, çok ekstrem durumlar haricinde ortaklık sıfatını meydana getiren hakların ya salt malvarlıksal ya da salt kişisel niteliği haiz olmalarıdır. Yani hem mameleki çıkarları hem de ortaklıktaki statüyü koruyan bir hakkın varlığına rastlamak güçtür. Sermaye ortaklıklarında ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı işte bu istisnai özelliği bünyesinde taşımaktadır. Hatta öyle ki, yeni pay alma hakkına denk bir hak, şahıs ortaklıklarında mevcut değildir.

²¹ Bk. Mathias Habersack, *Mitgliedschaft: Subjektives oder sonstiges Recht?* Tübingen, 1996, s. 99 vd (Anılış: Mitgliedschaft).

değişkenlikler arz edebilmektedir²². Yine, böyle bir karşılaştırma konuya bütünsel boyut kazandıracaktır.

b. Şahıs Ortaklıklarında Ortaklık Sifatının Edinilmesi

Sermaye ortaklıklarında olduğu gibi, şahıs ortaklıklarında da ortaklık sıfatı *aslen ve devren* olmak üzere iki şekilde edinilmektedir. Şimdi bu edinim türlerini yakından inceleyelim:

aa. Aslen Edinme

Aslen edinimin en belirgin görünüm biçimleri, a) ortaklığın kuruluş aşamasında ortaklık sözleşmesine iştirak ederek ortaklık sıfatının kazanılması, b) Ya da sonradan, bir kimsenin ortaklık sözleşmesindeki şartları kabul ederek ortaklığa katılmasıdır. Kuşkusuz bu ikinci durumda, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi gerekecektir²³. İç ortaklıklar bakımından ise, böyle bir ortaklığa katılımın kişiye ortaklık sıfatı bahsetmeyeceği yönündeki görüş öğretide baskın görüştür. Zira burada salt borç ilişkisi söz konusudur, ortaklığın şahıs birliği karakterini vurgulayan organizasyon unsuru eksiktir²⁴. Bununla birlikte, karşı görüş – ki Alman hukukunda azınlık görüşü sayılabilir- iç ortaklığın da organizasyonel bir yapıya sahip olabileceğini ileri sürmektedir²⁵.

Eğer bir şahıs ortaklığında ortaklık sıfatının aslen iktisap edilip edilmediği noktasında tereddüt ortaya çıkarsa, bunun giderilmesi için belirli yorum kriterleri geliştirilmelidir.

bb. Devren Edinme

²² Hukukumuzda ortaklık sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi, genellikle sermaye ortaklıkları bağlamında ele alınmaktadır. Şahıs ortaklıklarına uygulamada sıkça rastlanmaması da (!) bunda bir etken olarak akla gelebilir. Ne var ki, şahıs ortaklıklarında ortaklık sıfatını ayrıntılı olarak ortaya koyan bir çalışmanın literatürümüzde bulunmayışı kanaatimce büyük bir eksikliklerdir.

²³ Bu hususta bk. Max Foerster, **Die Zuordnung der Mitgliedschaft**, Tübingen, 2018, s. 20.

²⁴ Bu yönde bk. **Habersack**, Mitgliedschaft, s. 18 vd, 101 vd; **Foerster**, s. 20.

²⁵ Bk. **Foerster**, s. 20.

Ortaklık sıfatının devren edinilmesi, daha önce ortaklık sıfatı taşıyan bir kimseden bu statünün devralınması şeklinde gerçekleşir. Ortaklık sıfatının devren iktisabı, şahıs ortaklıkları hukukunun en hararetli tartışmalarının odağındadır. Hatta, günümüzde dahi bu konuda görüş birliği sağlanabilmiş değildir.

Ortaklık sıfatının devren edinilmesine ilişkin norm veya normlara BGB’de rastlanmamaktadır. Çünkü bir kanun, yaratıldığı dönemin koşulları ve hukuki değer yargılarından ari olarak yorumlanamaz. Nitekim dönemin hukukçuları, şahıs ortaklıklarında ortaklık sıfatının devredilebilir bir statü olmadığı kanaatindeydiler. BGB’de bu yönde bir kural bulunmaması, tamamen o döneme egemen olan hukuki yargılardan kaynaklanmaktadır.

Kısacası, BGB’nin yürürlüğe girdiği dönemde bir şahıs ortaklığında ortaklık sıfatının devren iktisabı mümkün görülüyordu. Dolayısıyla, bu engeli aşabilmek amacıyla öğretilerde “giriş- çıkış” suretiyle iktisap yöntemi benimsenmişti. Bu çözüm tarzı, devralanın aslen iktisabı ile devredenin ortaklık sıfatının kaybını kombine edecek biçimde tasarlanmıştır²⁶.

4. Ortaksal Hakların Devredilemezliği Prensibi

a. Devredilemezlik Prensibinin Alman Hukuku Bağlamında Ele Alınması

Kişiler ortaklıklarının prototipini oluşturan adi ortaklıkta, ortaklar arasındaki güven ve iş birliği ilişkisi sözü edilen ortaklık türünün bir nevi bel kemiğidir. Bunun doğal bir yansıması olarak ortaksal hakların devredilemezliği teorisi ortaya çıkmıştır²⁷. Bu teorinin yasal dayanağı Alman hukukunda BGB 717²⁸ hükmüdür. Hükmün ilk cümlesinde, ortakların ortaklık ilişkisinden doğan taleplerinin²⁹ devredilemeyeceği

²⁶ Bk. Foerster, s. 21.

²⁷ Hükmün, adi ortaklığa egemen olan özel güven ilişkisinin bir sonucu olduğu hususunda bk. Rolf Stürner (Hrsg), **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 17. Aufl, München, 2018 (Anılış: Jauernig/ilgili bölüm yazarı), BGB § 717, Rn. 1- 3. Benzer yönde bk. Martin Henssler ve Lutz Strohn, **Gesellschaftsrecht: Beck’sche Kurzkommentare**, 3.Aufl, München, 2016 (Anılış: Henssler/Strohn/ilgili bölüm yazarı), BGB § 717, Rn. 1- 2.

²⁸ Söz konusu kuralın ortaklık sıfatının devrini içermediği yönünde bk. **Jauernig/ Stürner**, BGB § 717, Rn. 1- 3; Reiner Schulze (Hrsg), **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 9. Aufl, Baden Baden, 2016 (Anılış: HK- BGB/ilgili bölüm yazarı), BGB § 717, Rn. 1- 3.

²⁹ “Talepler” ifadesinin, ortaksal hakları yeterince kapsamadığı, dolayısıyla yanlış anlaşılmaya elverişli olduğu yönündeki eleştiri için bk. Franz Jürgen Saecker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (Hrsg), **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Aufl, München, 2017

hususuna yer verilmiştir. Burada anlatılmak istenen, ortaklık haklarının – kural olarak- ortaklık sıfatından bağımsız olarak devrinin mümkün olmadığıdır³⁰. Ortaklık sıfatı bir bütün oluşturur ve bu bütünlüğün ortaklık sıfatı ortadan kalkıncaya kadar korunması gerekir. Bütünlük ilkesinin ise iki ayağı bulunmaktadır: İlk olarak, her ortağın tek bir payının olması gerekir, yani bir ortağın birden fazla payı olamaz. İkinci olarak, ortaklar kendi hukuksal statülerinin belli bir kısmını başkasına devredemezler³¹. Şüphesiz bu sonuncu husus özellikle yönetsel haklar için geçerlidir³².

Ancak kanun koyucu ikinci cümle ile söz konusu esasa bir istisna getirmiştir: İfaları tasfiyeden önce istenebildiği sürece, yönetim yetkisinin icrasından doğan talepler (en başta ücret); ayrıca kazanç payı ve tasfiye aşamasında ortağın sahip olduğu tasfiye alacağı devredilebilir. İkinci fıkrada sayılan taleplerin malvarlıksal nitelikleri³³ dikkate alındığında, hükümde belirtilmeyen diğer mali nitelikli taleplerin de (ayrılma payı gibi) bu kapsama girdiğini söyleyebiliriz.

Hangi hakların devredilip devredilemeyeceği noktasında, mal varlıksal haklar ve yönetsel haklar ayrımı bir kez daha karşımıza çıkmaktadır. Yönetsel hakların ortağın kendisi tarafından “şahsen” kullanılmaları gerekmektedir. Bu zorunluluk ise bu tür hakların üçüncü bir kişiye devredilmemelerini gerektirir. Çünkü bu tür haklar ortağın *kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır* ve ancak ortağın değişmesi durumunda bir başka kişiye geçebilir. Örneğin ortaklar kuruluna katılma, oy hakkı, denetleme hakkı, yönetim hakkı vb. Ortak bu hakları kullanarak ortaklığın işleyişine önemli etkilerde bulunabilir. Mali haklar ise, ortaklığın kaderini ve gidişini doğrudan doğruya etkileme

(Anılış: MüKo/İlgili bölüm yazarı), BGB § 717, Rn. 5- 6. Yazar, ortağın sadece bireysel taleplerinin değil, aynı zamanda yönetsel haklarının da hükmün kapsamı içine girdiğini- haklı olarak- vurgulamaktadır. Aynı yönde bk. **Henssler/ Strohn/ Kilian**, BGB § 717, Rn. 3- 6. Krş. Ulrich Huber, **Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts**, Heidelberg, 1970, s. 352 (Anılış: Vermögensanteil). Yazar, BGB § 717 ‘nin ilk cümlesini dar anlamda taleplerle sınırlı olarak ele almaktadır.

³⁰ Böylelikle ortaklığın ayakta tutulması ve ortaklık malvarlığının ortakların iradelerinden bağımsız bir şekilde varlığını sürdürmesi güvenceye alınmıştır. Bk. HK- BGB/ **Saenger**, BGB § 717, Rn. 1- 3. Ortaklığı üçüncü kişilerin etkisinden uzak tutma amacı güdüldüğü yönünde ise bk. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth (Hrsg), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. Aufl, München, 2008 (Anılış: Bamberger/Roth/İlgili bölüm yazarları), BGB § 717, Rn. 6. Benzer yönde bk. **Henssler/ Strohn/ Kilian**, BGB § 717, Rn. 1-2.

³¹ Farklı açıklamalarla benzer yönde bk. MüKoHGB/ **Schmidt**, HGB § 105, Rn. 75. Ayrıca bütünlük ilkesi bir şahıs ortaklığının kendi paylarını iktisap etmesini de yasaklamaktadır. Bk. **Oetker/ Lieder**, HGB § 105, Rn. 40- 41; Adolf Baumbach ve Klaus Hopt (Hrsg), **Handelsgesetzbuch**, 38. Aufl, München, 2018 (Anılış: Baumbach/Hopt/İlgili bölüm yazarı), HGB § 105, Rn. 18- 30.

³² Bk. Münch. Handbuch- **Gummert**, § 16, Rn. 1.

³³ *Larenz*’in deyimiyile burada “salt parasal talepler” söz konusudur. Bk. **Larenz**, BT, s. 349.

gücünden yoksun haklardır. Bu gibi haklar yalnızca ilgili ortağın malvarlığının aktifini artırıcı fonksiyon gösterirler. Örneğin, kazanç ve tasfiye payı, ayrılma payı, yönetici ortağın ücret alacağı vb. Yine, bu tür haklar devralana ortak sıfatı bahşetmez.

b. Yönetmel (Katılım) Hakların Devredilemezliği

Yönetmel haklar, bir ortağın ortaklık sıfatına doğrudan doğruya bağlı olan, onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden haklardır. Bu tür haklar ortaklık sıfatının kişisel karakterini doğrudan doğruya yansıtan haklardır, dolayısıyla ortağın şahsına sıkı sıkıya bađlıdır³⁴. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar, taşıyıcısıyla öyle sıkı bir bağlantı içindedir ki, sözü edilen hakların teorik bazda devri dahi mümkün değildir. Yani kişiyeye sıkı sıkıya bağlılık ve devredilemezlik birbiriyle örtüşmektedir. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların hak sahibine olan bağlılığı, onların kişisel amaç ve gereksinimlere hizmet etmesiyle de yakından ilgilidir. Bu haklar hukuki anlamda “kişi” den, diğer bir deyişle, hukuk düzeninin insan ırkını bağımsız hukuki değer olarak tanınmasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla bu hakların devri, hukuk mantığına ve tabiri caizse “eşyanın doğasına” ters düşecektir³⁵.

Bu haklar aslında ortaklık adı verilen yapının organizasyonel boyutunu ortaya koymaktadır. Belli başlı yönetmel haklara örnek olarak, yönetim hakkı, itiraz hakkı, oy hakkı, denetleme hakkı, ortaklar kuruluna katılma hakkı³⁶ gösterilebilir. Bu hakların şahsen kullanılmaları³⁷ gereğine daha önce değinmiştik. İşte hakların devredilemezliği ilkesi tam da bu noktada devreye girmektedir: Bu haklar üçüncü bir kişiyeye

³⁴ Benzer yönde bk. Harm Peter Westermann, **Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften**, Berlin Heidelberg, 1970, s. 136 (Anılış: Vertragsfreiheit).

³⁵ Tüm bu açıklamalar için bk. **Westermann**, Vertragsfreiheit, s. 140- 141.

³⁶ Ortaklar kurulu (**Gesellschafterversammlung**) adi ortaklıkta pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmamış, ancak Alman öğreti ve uygulaması tarafından geliştirilmiş bir kurumdur. Kollektif ortaklık ile taşıdığı benzerlikler nedeniyle adi ortaklıkta da kabul görmüştür. Fakat bu kurula tüzel kişiliklerde olduğu gibi “karar organı” işlevi yüklenip yüklenemeyeceği adi ortaklığın hukuksal yapısı göz önüne alındığında tartışmalıdır. Kuşkusuz 2001 kararıyla birlikte adi ortaklığa hak ehliyeti bahşedilmesi meseleye yeni bir boyut kazandırmış olsa gerektir.

³⁷ Denetleme hakkı açısından bk. Alfred Hueck, **Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt**, 4. Aufl, München, 1971 (Anılış: OHG). s. 188. Örneğin denetleme hakkının “sadece” temsili vasıtasıyla kullanılabilmesi kabul edilmesi, ortağın yönetmel bir hakkını işlevsiz hale getireceğinden ve “hakların bölünemezliği” ilkesini ihlal edeceğinden, butlan yaptırımına tabi olur. Bk. Ali Haydar Yıldırım, “Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakları”, **DEÜHFD**, C. 13, S. 2, 2011, s. 208- 209 (Anılış: Denetleme Hakkı). Dikkat edilmesi gereken nokta, yönetmel bir hakkın “tamamen” devrini konu edinen bir düzenlemenin geçersizlik yaptırımına uğrayacağıdır. Bk. **Jauernig/ Stürner**, BGB § 717, Rn. 1- 3.

devredilemez³⁸. Bu esasa aykırı olarak yapılan anlaşmalar butlan yaptırımına tabi olur³⁹. Zira BGB 717/S.1emredici bir düzenlemedir. Hakkın bir başka kimseye geçmesi için ortaklık sıfatının devri zorunludur. Yine bu tür haklar hak sahibinin ortaklıktan ayrılması sonucunu doğuran olguların⁴⁰ gerçekleşmesi ile kendiliğinden sona erer.

Bununla birlikte, teorinin ortaya çıktığı Alman hukukunda hakların devredilemezliği prensibinin bazı sınırları olduğu da ifade edilmektedir⁴¹. Gerçekten de hakların kullanımının üçüncü bir kişiye devredilebileceği, buna engel bir durumun bulunmadığı öne sürülmektedir⁴². Özellikle yönetim ve temsil hakkının bu çerçevede genel yetkili bir vekile⁴³ (üçüncü kişi) devredilebileceğine işaret edilmektedir. Bunun yanı sıra denetleme hakkı, yönetici ortaklardan hesap isteme hakkı ve oy hakkının kullanımı(icrası) da üçüncü bir kimseye bırakılabilir. Ancak sözü edilen ortaksal hakların icrasının üçüncü kişiye sürekli olarak devredilmediği, hak sahibinin dilediği zaman bu yetkiyi üçüncü kişiden geri alabileceğinin altı çizilmektedir. Kısacası hakkın kullanımının devri (veya bırakılması), devredilemezlik yasağına aykırılık oluşturmaz⁴⁴.

Yönetsel hakların kullanımının üçüncü kişiye devri için diğer ortakların bu işleme rıza göstermesi gerekir⁴⁵. Haklı sebeplerin varlığı halinde bu rıza aranmayabilir⁴⁶.

³⁸ Yönetsel hakların ortak olmayan bir kimseye devredilemeyeceği yönünde bk. **Westermann**, Vertragsfreiheit, s. 136. Dikkat edilirse yazar burada üçüncü kişi (*Dritte*) ifadesini değil, ortak olmayan kimse (*Nichtgesellschafter*) ifadesini yeğlemektedir. Buradan, yazarın yönetsel hakların diğer ortaklara devrine cevaz verdiği anlamı çıkarılabilir.

³⁹ Nitekim bk. MüKo/ **Schäfer**, BGB § 717, Rn. 7- 8.

⁴⁰ Ki bunlar çıkma, çıkarılma, bir ortağın ölümü, pay devri, devreden açısından ortaklık sıfatının hukuki işlemle devridir- *geniş anlamda ayrılma*.

⁴¹ Hemen belirtelim ki söz konusu istisnalara ilişkin doktrinde görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Zira ortaklık sıfatı, öteden beri hararetli tartışmalara konu olagelmektedir.

⁴² Krş. **Westermann**, Vertragsfreiheit, s. 140. Yazar, hakkın kullanımının bırakıldığı kişiye kendi takdirine göre hareket etme fırsatı tanıdığı hallerde, bunun devredilemezlik ilkesine uygunluğunun şüpheli görüldüğünü söylemektedir.

⁴³ Vekile geri alınmaz bir yetki tanınması durumunda hakkın kullanımının devrinden söz edilemez. Zira hak sahibinin vekil üçüncü kişiye verdiği yetkiyi her zaman geri alabilmesi, devredilemezlik ilkesinin ihlal edilmemesi bakımından özel bir önem taşır. Geri alınmaz (*unwiderruflich*) yetki verilmesi, ilkenin ihlali anlamına gelir ve yapılan tasarrufu (hakkın kullanımının devrine ilişkin) geçersiz kılar. Bu nedenle doktrinde, hak sahibinin yönetsel hakların kullanımı yönünden tam bir hareket serbestisine sahip olması şartı aranmaktadır. Bk. **Henssler/Strohn/ Kilian**, BGB § 717, Rn. 8- 14.

⁴⁴ Bk. MüKo/ **Schäfer**, BGB § 717, Rn. 9- 10.

⁴⁵ Bk. **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Aufl, München, 2008 (Anılış: Palandt/ilgili bölüm yazarı), BGB § 717, Rz. 4.

⁴⁶ Bk. **Henssler/ Strohn/ Kilian**, BGB § 717, Rn. 8- 14.

Batıl bir devir işlemi, “konversiyon(tahvil) “yoluyla hakkın icrasının üçüncü kişiye devredildiği şeklinde yorumlanabilir⁴⁷.

Diğer yandan, ortaklık payı üzerinde rehin veya intifa gibi aynı haklar kurulduğunda hakların kim tarafından kullanılacağı meselesi gündeme gelebilir. Bu, oldukça tartışmalı bir konu olup Alman öğretisini adeta ikiye bölmüştür. Doktrindeki görüşlere geçmeden önce, intifa hakkına dair genel bir bilgi verilmesinde yarar görüyoruz:

İntifa hakkı sınırlı bir aynı hak olup, yalnız mülkiyetin bahşettiği hakların bir kısmını intifa sahibine bırakmaktadır (MK m. 794). İntifa, sahibine kullanma ve yararlanma yetkisi veren, mülkiyetten sonra en geniş içerikli aynı hak⁴⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır (MK m. 803/1). İntifa, eşya üzerinde tesis edilebileceği gibi, haklar (BGB § 1068, MK 794/1) veya malvarlığı üzerinde de kurulabilir. Burada, ortaklık payı üzerinde tesis edilen intifa hakkının hangi kategoriye girdiği sorusu akla gelebilir. Pay ile ortaklık sıfatının içi içe geçmişliği ve ortaklık sıfatının, son yıllardaki gelişmeler karşısında öğretilde çoğunlukla “sübjektif bir hak” olarak nitelendirildiği de göz önünde tutulduğunda, pay üzerinde kurulan intifanın haklar üzerinde tesis edilen intifanın bir türü olduğu sonucuna varıyoruz.

Alman hukukunda, eşya üzerinde kurulan intifaya ilişkin kuralların, haklar üzerinde kurulan intifaya kıyasen uygulanacağı şeklinde açık bir yollamaya yer verilmiştir (BGB § 1068/2). Kazuistik kanun yapma metodunun izlendiği Almanya’da böyle bir düzenlemenin varlığı şaşırtıcı değildir. Hukukumuzda Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerinde bu tarz bir yollamaya rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, haklar üzerinde kurulan intifaya hangi kuralların uygulanacağı hususunda kanun koyucunun net bir tutum takınmadığı söylenebilir. Kanaatimizce, Alman hukuk sistemindeki çözüm benimsenmeli ve eşya üzerinde kurulan intifa hakkına ilişkin kurallar kıyasen uygulanmalıdır.

Bütünlük ilkesi açısından düşünüldüğünde sorun, hakların bölünüp bölünmeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır.

İntifa hakkının iki boyutu bulunmaktadır: İlk olarak, bir hak veya eşya üzerinde intifa hakkı kurulduğunda, hakkın veya eşyanın sahibi intifaya konu olan şeyin özünü,

⁴⁷ Bk. **Henssler/ Strohn/ Kilian**, BGB § 717, Rn. 8- 14; **Palandt/ Sprau**, BGB § 717, Rz. 4.

⁴⁸ İntifanın en geniş kapsamlı yararlanma yetkisi veren irtifak türü olduğuna ilişkin bk. Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 45, No. 167.

yani çekirdeğini muhafaza etmektedir; o sadece mülkiyetin bahşettiği yararlanma ve yönetme işlevlerini devretmiştir. Buna *yatay devir* de denilmektedir. İntifa hakkının bu kısmi devir fonksiyonu, onun hakkın devrine ilişkin prosedüre tabi olması sonucunu doğurmuştur. İçeriksel açıdan, malik (pay sahibi, ortak) intifa sahibine kullanma ve yararlanma yetkilerini bırakmakta, tasarruf yetkisini ise elinde tutmaya devam etmektedir⁴⁹. Buradan çıkan anlam, intifa sahibinin malı veya hakkı devretme yetkisinin bulunmadığıdır. Malik, dilerse eşyayı veya hakkı üçüncü bir kişiye devredebilir. Ancak böyle bir durumda hak veya nesne- kural olarak- intifa hakkı ile birlikte devrolunur.

Sözü edilen olgu, ticaret hukukunda daha somut bir biçimde ortaya çıkmaktadır: Örneğin bir işletme üzerinde intifa tesis edildiğinde, intifa hakkı sahibi, intifa süresince o işletmenin “efendisi, sahibi” haline gelir. İntifa hakkı sahibi, intifa tesisinin beraberinde getirdiği tüm yararlanma ve yönetim haklarını kullanabilir. Bunun sorumluluk hukuku ve ticaret unvanına ilişkin de bazı sonuçları vardır⁵⁰. Keza üzerinde intifa kurulan malvarlığı unsuru bir ticari işletme ise, tacir sıfatını işletme sahibi değil, intifa hakkı sahibi kazanır⁵¹.

Bununla birlikte, intifaya dair söz konusu esasların ortaklıklar hukukuna olduğu gibi aktarılması kolay değildir. Bir kere, *Teichmann*'ın da haklı olarak altını çizdiği üzere, intifa hakkının kurulması, hakkın(payın) devredilebilirliği ön koşuluna bağlı olduğundan⁵² ve şahıs ortaklıklarındaki payın devri birtakım güçlükleri barındırdığından⁵³, adi ortaklık payı üzerinde intifa tesisi tamamen sorunsuz görünmemektedir. Çünkü payın kendisi zaten kısmi yetkilerin bileşimidir, bu yetkilerin bölünmesi her durumda mümkün değildir⁵⁴.

⁴⁹ İntifa hakkının bu temel özellikleri için bk. Arndt Teichmann, “Der Niessbrauch an Gesellschaftsanteilen- gesellschaftsrechtlicher Teil-“, **ZGR**, S. 1, 1972, s. 4 (Anılış: Niessbrauch).

⁵⁰ Arndt Teichmann, Niessbrauch, s. 4.

⁵¹ Zira Türk hukukunda benimsenen sistem, işletmenin malikinin değil, “ticari işletmeyi fiilen işleten” kişinin tacir sıfatı edinmesini gerektirmektedir. İntifa hakkı sahibi de kuşkusuz intifa süresi boyunca ticari işletmeyi fiilen işleten kişi pozisyonuna geçmektedir.

⁵² **Teichmann**, Niessbrauch, s. 4. Karşıt çıkarım yapılacak olursa, devri caiz olmayan bir hak üzerinde intifa tesis edilemez.

⁵³ Örneğin bir eşya hukukçusu olan *Baur*, pay üzerinde intifa hakkı kurulmasının mümkün olmadığı kanaatindedir (şüphesiz bu görüşünü payın devredilemezliği dogmasına dayandırmakta). Ancak yazar devamla, ortaklık sözleşmesinde buna izin veren bir kaydın bulunması halinde, pay üzerinde intifa tesis edilebileceğini söylemektedir. Böyle bir durum söz konusu değilse, intifanın yalnızca “semere(kazanç) intifası” olarak anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Bk. Fritz Baur, **Sachenrecht**, 15. Aufl, München, 1989, s. 613.

⁵⁴ **Teichmann**, Niessbrauch, s. 4.

Bu genel açıklamalardan sonra, pay üzerinde intifa tesisinin sonuçlarına bir göz atmakta fayda görüyoruz: Alman hukukunda, pay üzerinde intifa kurulduğunda “ortaklık sıfatını” kimin taşıdığı hususu tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, intifa süresince intifa hakkı sahibine “ortak sıfatı” bahşetmekten yanadır⁵⁵. Bu süre içinde payın gerçek sahibi ise, payını devrederek ortaklıktan ayrılan bir ortak gibi görülmektedir. Hâkim görüşün dayanak noktası ise, ortaksal hakların pay sahibi ile intifa sahibi arasında bölüşülmesinin BGB 717’de dile gelen “bütünlük teorisi” ne uymadığıdır. Mali hakların intifa sahibine, yönetsel hakların da pay sahibine verilmesi, ayrılmaz bir bütün oluşturan “ortaklık sıfatının” ve ondan kaynaklanan hakların bölünmesi sonucunu doğuracaktır ki, böyle bir durum kabul edilemez⁵⁶.

Tartışmaların hararetlendiği bir nokta da oy hakkını kimin kullanacağı konusunda kendisini göstermektedir. Açık bir yasal düzenlemenin eksikliği de şüphesiz tartışmaları artıran bir etkidir. Hâkim görüş, tüm yönetsel hakların intifa sahibine geçtiği düşüncesinden hareketle, oy hakkını da intifa sahibinin kullanacağı yönündedir⁵⁷. Ancak *Teichmann*, bu hususta farklı bir tutum sergilemektedir. Yazara göre, oy hakkını kimin kullanacağına ilişkin dört ayrı görüş vardır: ilkinde göre, oy hakkını ortak (pay sahibi) tek başına kullanır; ikinci görüşe göre, ortak ve intifa sahibince ortaklaşa kullanılmalıdır; ancak bir yerde özellik arz eder bu görüş: Görüş ayrılıkları yaşanması durumunda, kimin menfaati daha yoğunsa/ağır basıyorsa, onun iradesinin oy kullanımı esnasında dikkate alınması gerekir. Üçüncü görüş, ortak ve intifa sahibinin oy hakkının kullanımı için ortak bir temsilci atamaları gerektiği yolundadır. Ve son görüşe göre ise, oy hakkını yalnızca intifa sahibi kullanmalıdır⁵⁸.

Kanaatimizce, intifa hakkı sahibinin ortaklığa yabancı bir kimse olduğu ve ortaklıklar hukukunun sistematiğine tabi olmadığı, ayrıca kendisine sadakat yükümü yüklenmediği dikkate alındığında, oy hakkının pay sahibinde kalması gerekliliği ortadadır. Ortak, oy kullanmak suretiyle ortaklığın irade oluşumuna katılmış olur. Böylece ortaklığın iş ve işleyişine gereğinde önemli müdahalelerde bulunabilir. Bu tip

⁵⁵ Nitekim bu yönde bk. **Hueck**, OHG, s. 401; Heinrich Sudhoff, **Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften**, 4. Aufl, München, 1973, s. 289 (Anılış: Gesellschaftsvertrag).

⁵⁶ Bu yönde bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 289- 290.

⁵⁷ Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 290. Tüm bu tartışmaların özünde, ortaklık sıfatının kişisel karakterinin yattığı yönünde bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 411; **Westermann**, Vertragsfreiheit, s. 420.

⁵⁸ Tüm bu görüşler ve bu görüşleri temsil eden yazarlar için bk. **Teichmann**, Niessbrauch, s. 10.

bir hakkı, pay sahibinin menfaatlerini gözetmesi kaydıyla tamamen intifa sahibine terk etmek⁵⁹, BGB 717'in sözüne ve ruhuna aykırı bir yaklaşımın benimsendiği anlamına gelir. İntifanın yönetim ve yararlanma yetkileri bahsettiğinin ileri sürülmesi de oy hakkının intifa sahibince kullanılmasını haklı kılmaz. Oy hakkı, payın özünü ilgilendirmektedir, dolayısıyla intifa sahibince kullanılamaz⁶⁰.

Bütün bu nedenlerle, intifa hakkı sahibinin intifa süresince “ortak sıfatını” taşıyamayacağı olgusuna vurgu yapmak gerekir. O, sadece malvarlıksal hakları yani ortaklığın kaderini doğrudan doğruya ilgilendirmeyen hakları edinebilir⁶¹ (kâr payı, ücret vb). Kısacası, hâkim görüşün ileri sürdüğü, pay sahibinin intifa süresince “ortaklıktan ayrılmış bir ortak gibi değerlendirilmesi gerektiği”⁶² savına katılma olanağı yoktur.

İntifa tesisi ile ilgili değinilmesi gereken son husus ise, intifa sahibinin ortaklık borçlarından nasıl ve hangi kritere göre sorumlu tutulacağıdır. *Hueck*, mademki intifa hakkı sahibi ortaklıklar hukuku bağlamında “ortaklığa yeni kabul edilmiş bir ortak” gibi ele alınmaktadır, öyleyse aynı sorumluluk rejimine tabi kılınması gerekir, demektedir. Yani, yeni giren bir ortak ortaklığa katılmasından önce doğan borçlardan nasıl sorumlu tutulabiliyorsa, intifa hakkı sahibi de eski borçlardan aynı şekilde sorumlu tutulmalıdır. İntifa sahibi, ortaklık borçlarından ötürü sınırsız ve müteselsilen sorumludur. Tersine çıkarım yapıldığında, payı üzerinde intifa kuran ortağın bu süre (intifa süresi) zarfında doğan borçlardan sorumlu olmayacağı sonucuna varılır. Ancak, intifa için belirlenen süre sona erdiğinde payın sahibi (yani intifa tesis eden ortak) yeniden “ortak” sıfatını elde edeceğinden, o ara dönemde (intifa süresinde) doğan borçları da üstlenir. Yazar intifanın sona ermesini takiben, payı üzerinde intifa tesis eden kişinin “ortak” sıfatını otomatik olarak yeniden iktisap edip etmeyeceği sorusunun, pay sahibi ile intifa hakkı sahibi arasındaki anlaşmaya göre yanıtlanabileceğini söylemektedir⁶³.

İntifa hakkı sahibinin ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı hakları edinemeyeceğinin altını çizen yaklaşım ise, sorumluluk açısından herhangi bir sorun

⁵⁹ Nitekim bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 290.

⁶⁰ Bu görüş için bk. **Teichmann**, Niessbrauch, s. 10 vd.

⁶¹ BGB § 717 hükmü bunun önünü açmaktadır ki, yazarların “kazanç” intifası olarak adlandırdığı intifa modelidir.

⁶² Bu görüş için bk. **Hueck**, OHG, s. 401; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 289.

⁶³ **Hueck**, OHG, s. 401. Aynı doğrultuda bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 292.

yaratmaz. Zira intifa hakkı sahibi yalnızca mali nitelikli hakların sahibi olup ortaklık sıfatı ortağın (intifa tesis eden) şahsında devam etmektedir. Bu yüzden intifa hakkı sahibinin, ortaklığa yeni katılmış bir ortak gibi ele alınarak, intifa tesisinden önceki borçlardan sorumlu kılınması caiz değildir.

5. Ortaklık Sifatının Devri

a. Tasarruf İşlemiyle Devir

Ortaklık sıfatının devri, adi ortaklığı da içine alan kişi ortaklıklarında tartışmaya açık pek çok hususu barındıran bir işlemdir⁶⁴. Bu işlem devralanın, yani ayrılanın ortak statüsünü sona erdirmesi itibariyle “geniş anlamda ayrılma” kavramının kapsamına girer. Ortaklık sıfatının devri sonucunu doğuran geleneksel işlem, ortaklık payının devridir⁶⁵. Zira, daha önce de altını çizdiğimiz üzere, ortaklık payı ile ortaklık sıfatı adeta iç içe geçmiştir, biri diğerinin hukuksal yazgısını takip eder. Bu itibarla, öncelikli olarak pay devrine değinme gereği duyuyoruz.

Ortaklık payının devredilemezliği doğması, aslında elbirliği topluluklarının- ki şahıs şirketleri de bu sınıfa dahildir- Almanya’daki tarihsel gelişimi ile yakından bağlantılıdır. Geleneksel elbirliği ilkesi, üyeleri arasındaki sıkı iş birliği ve üyeliğin bireye bağlılığı temeli üzerine kurulmuştur. Bu sebeple Alman öğretisine eskiden egemen olan görüş, payın devrinin olanaklı olmadığı yönündeydi⁶⁶. Tarihsel kanun koyucu da kişi ortaklıklarında devri mümkün bir ortak statüsünün varlığını yadsımıştır⁶⁷, çünkü dönemin hukuki anlayışına göre ortaklık, üyeleri arasında saf

⁶⁴ Şüphe halinde, ortaklık sıfatının bir bütün olarak devredilemeyeceği esası benimsenmelidir. Bk. Eugen Klunzinger, **Grundzüge des Gesellschaftsrechts**, 14. Aufl, München, 2006, s. 43.

⁶⁵ Öğretide, pay devri yerine *ortaklığa katılımın devri* ifadesi de tercih edilmektedir. Örneğin bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 282. Zira ortaklık payı, ortağın ortaklığa katılımını ifade eder.

⁶⁶ Eski Alman doktrini, BGB § 719’un devre engel olduğu kanısındaydı. Halbuki bu madde, ortağın ortaklık malvarlığına dahil unsurlar üzerinde serbestçe hareket edemeyeceğini öngörüyordu. Günümüz öğretisine göre bu norm, ortaklık sıfatının bir bütün olarak devredilemeyeceğinden ziyade, ortaklık malvarlığına katılımın ortaklık sıfatından ayrı olarak devrinin mümkün olmadığını açıklığa kavuşturmaktadır. Bk. Karsten Schmidt, **Gesellschaftsrecht**, Köln Berlin Bonn München, 2002, s. 1321- 1322 (Anılış: Gesellschaftsrecht). Yazar, bu yaklaşım değişikliğinin kolay olmadığını altını çizmektedir.

⁶⁷ Kanunları (HGB, BGB) kaleme alanların payın devredilebilirliğini hesaba katmadığı yönünde bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1321; benzer açıdan bk. Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Teil: Die Personengesellschaft**, Berlin Heidelberg New York, 1977, s. 349 (Anılış: Personengesellschaft).

borçlar hukukuna özgü bir ilişki kurmaktadır⁶⁸. Ortaklığın, organize olmuş ekonomik bir birim olarak ele alınması ise uzun bir zaman gerektirmiştir⁶⁹. Alman hukukunda, elbirliği prensibinin (*Gesamthandsprinzip*) kalıntısı sayılabilecek izin/ rıza koşulu hariç bırakılırsa, payların devredilebilirliği bakımından sermaye ortaklıkları ile kişi ortaklıkları arasında artık esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. Yani, bu zihniyet değişimi payın devrine egemen olan kural- istisna ilişkisini bir bakıma tersine çevirmiştir⁷⁰. Ortaklık sıfatının devredilebilirliği kişi ortaklığının bağımsızlığının bir göstergesidir.

Özetle, BGB'nin ilgili maddeleri incelediğinde dönemin hukuki perspektifinin izlerine rastlanabilir. Kanaatimizce, günümüzde büyük ölçüde aşılmış bulunan *elbirliği ilkesine* dayanılarak hazırlanan BGB 705- 740 hükümlerinin revize edilmesinde fayda vardır.

Adi ortaklıkta ortaklık payının hangi koşullar altında devredileceğine ilişkin kanun herhangi bir çözüm getirmemektedir. Onun yerine, bir ortağın diğer bütün ortakların rızasını almaksızın payını üçüncü bir kişiye devretmesi hali düzenlenmiştir (TBK 632/2). Böyle bir varyasyonda, üçüncü kişinin ortak sıfatını edinemeyeceği ifade edilmiştir. Kanun dolaylı olarak, pay devrinin ortaklık (diğer ortaklar) nazarında geçerli olabilmesinin, diğer bütün ortakların rızalarına bağlı olduğuna işaret etmektedir. Bunun gerisinde yatan sebep, kişi ortaklıklarında pay devrinin aslında bir sözleşme değişikliği anlamı taşımasıdır⁷¹. Yani, ortaklık sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmadıkça tüm diğer ortakların pay devrine rıza göstermeleri gerekir⁷². Şüphesiz ortaklar devre onay verip vermemekte serbesttirler, ancak bu mutlak bir serbesti şeklinde düşünülmemelidir. Bazı durumlarda sadakat yükümü, ortakların sözleşme değişikliklerine rıza vermelerini zorunlu kılabilir⁷³. İşte benzer bir durum

⁶⁸ Tarihsel kanun koyucunun devredilebilirlik sorunsalıyla ilgili yaklaşımı için bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 349.

⁶⁹ Bk. **Hüffer/ Koch**, s. 88, No. 31.

⁷⁰ Bu hususta bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 349.

⁷¹ Zira payın devri, ortaklar arasındaki ilişkilere doğrudan temas eden, ortaklığın şahıs bileşkesini değiştiren *temel işlem* özelliğine sahiptir ve her zaman tüm ortakların rızalarını gerektirir. Bk. Christine Windbichler, **Gesellschaftsrecht**, 23. Aufl, München, 2013, s. 90, No. 15.

⁷² Alman hukukunda aynı yönde bk. **Klunzinger**, s. 43.

⁷³ Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki bazı kararları için bk. BGH, NJW 1987, 952; NZG 2005, 129. Yüksek Mahkeme, bu kararlarında onay vermektan kaçınmanın sadakat yükümüne aykırılık teşkil edip etmediğinin üzerinde durmuştur. Bk. **Windbichler**, s. 90, dpn. 2. Ortakların kural olarak onay vermeye zorlanamayacakları, ancak ortaklık ilişkisine egemen sadakat düşüncesinden hareketle bu tarz (onay vermeleri yönünde) bir sonuca ulaşılabilceği hususunda bk. Herbert Wiedemann,

pay devri için de geçerlidir. Örneğin ortaklığın finansal darboğazdan geçtiği bir dönemde, ortaklık paylarını yüksek fiyat karşılığında almak isteyen alıcıların (üçüncü kişi) yaptığı devir işlemlerine onay verilmesinde olduğu gibi. Keza sadakat yükümü ortaklara, kendi bireysel çıkarlarını ortaklık çıkarlarının arkasında tutma yükümü yükler.

Pay devir sözleşmesi devreden ortak ile devralan arasında kurulur. Diğer ortaklar devir sözleşmesinin tarafı değildir, onlar devrin hukuki etkilerini yaratması için gerekli onayı vermek suretiyle bu işleme katılırlar. Dolayısıyla payın devri, diğer ortakların rızalarını gerektiren “ iki taraflı bir hukuki işlem”dir⁷⁴. Bu sözleşme herhangi bir geçerlilik şartına bağlı olmamakla⁷⁵ birlikte, ispat kolaylığı bakımından yazılı olarak yapılmasında yarar vardır. Payın devri, eğer tüm şartları sağlanmışsa tasarruf işlemi niteliğine sahiptir⁷⁶. Çünkü bu işlemin neticesinde devreden, ortaklık sıfatını yitirerek ortaklıktan ayrılırken, devralan ise devredenin kaybettiği ortak statüsünü onun halefi (*Rechtsnachfolger*) sıfatıyla devralır⁷⁷. Görüldüğü üzere, ortaklık payının devri bir bakıma ortaklık sıfatının devrini konu almaktadır. Bu tasarruf işlemi çoğunlukla bir satım veya bağışlama sözleşmesine dayanır⁷⁸. Satım veya bağışlama aynı zamanda bu işlemin hukuki sebebinin(*causa*) oluşturabilir⁷⁹.

Bir görüşe göre, devir işleminin konusu ortaklık payıdır. Ortaklık sıfatının hukuki işlemle devrinde, tasarrufun konusunu ortaklık payı oluşturmaktadır. Pay,

Gesellschaftsrecht Band 2: Recht der Personengesellschaften, München, 2004, s. 427-428 (Anılış: Gesellschaftsrecht).

⁷⁴ Bk. Heinz Hausherr ve Hans Peter Walter (Hrsg), **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Bern, 2006 (Anılış: BK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 542, No. 108; **Huber**, Vermögensanteil, s. 388 vd.

⁷⁵ Sözleşmenin biçim koşuluna bağlı olmadığını savunmamızın nedeni, pay devir sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili Alman ve İsviçre hukuklarına egemen olan anlayışı (alacağın devrine dair kuralların kıyasen uygulanabilirliği) kabul etmememizden ileri gelmektedir. Bu konuya aşağıda temas edilecektir.

⁷⁶ Bu hususta bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1324.

⁷⁷ Pay devrinin gerçek bir halefiyet (*Nachfolge, Sukzession*) teşkil ettiği yönünde bk. BK- **Fellmann/ Müller**, Art. 542, No. 106. Söz konusu halefiyet, cüzi halefiyet biçiminde ortaya çıkar. Külli halefiyetten söz edilemez. Çünkü ortaklık payının subjektif bir hak niteliği taşıdığı kabul edilmesi, bizi payın devrinde cüzi halefiyetin söz konusu olduğu sonucuna ulaştırır. Bu çıkarım, ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlerin tek bir işlemle devredene geçirilmesine engel değildir. Her ne kadar münferit hak ve yükümler bir bütün olarak devralana geçmişse de hakların geçişi bakımından külli halefiyet yine uygulama alanı bulmaz. Bk. BK- **Fellmann/ Müller**, Art. 542, s. 925- 926, No. 106-107. **Windbichler**, devir işleminin *ayni bir etkiye* sahip olduğunu, ortak değişiminin doğrudan gerçekleştiğini belirtmektedir. Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15. Aynı yönde bk. **Hüffer/ Koch**, s.88, No. 32.

⁷⁸ Devrin temelinde yatan taahhüt işlemi, sadece borçlar hukuku karakterli olabilir. Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15.

⁷⁹ Benzer yönde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 71, No. 144.

sübjektif bir hak olarak devrin konusunu teşkil eder. Kuşkusuz ortaklık payı devredilirken ortaklık sıfatı da devralana geçer. Öğretide sıklıkla payın değil, *ortaklık sıfatının* tasarruf işleminin konusunu oluşturduğu belirtilmektedir. Bu ise, ortaklık konumu ile ortaklık payının genellikle birbirinden ayırt edilmemesinin bir sonucudur. Halbuki, bu görüşün temsilcileri ortaklık sıfatının hukuksal bir pozisyon, payın ise söz konusu statünün maddi bir ifadesi olduğu düşüncesindedirler. Yani devir işleminin konusu *payın kendisidir*⁸⁰.

Devreden ile devralan pay devrinin kapsamını diledikleri gibi şekillendirebilir. Ancak bu özgürlüğün de bir sınırı vardır: Katılım hakları, ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı olup, paydan ayrı olarak üçüncü kişilere devredilemezler. Özetle, ortaklık payını kim elinde bulunduruyorsa katılım hakları ona aittir. Alacağın temlikine ilişkin hükümler uyarınca devredilebilen mali nitelikli haklarda ise durum farklıdır. Bu tür haklar üçüncü kişiye *her zaman* devredilebilir, yeter ki alacak doğduğunda ortağın ortaklık sıfatı sona ermemiş olsun. Kısacası, payını devreden ortak, doğmuş muaccel alacaklarını *payın devrinden sonra dahi* üçüncü kişiye transfer edebilir⁸¹. Çünkü böyle haklar artık ilgili ortağın şahsi malvarlığının parçası haline gelmiştir.

Halefiyetin çerçevesini taraflar istedikleri gibi genişletebilirler. Örneğin, rakip işletmenin sahibine devir dahi kararlaştırılabilir. Hakkın kötüye kullanılması ihtimaline karşı ortakları karşılıklı sadakat yükümü korumaktadır. Örneğin, kendisine karşı çıkarılma sebepleri ileri sürülebilecek bir kimseye yapılan devir geçersizliğe uğrar. Uygulamada, devrin sıklıkla sınırlandırıldığına rastlanmaktadır. Devir şarta, süreye veya belirli bir olgunun gerçekleşmesine bağlanabilir. Diğer ortakların ön alım hakkını kullanmamaları buna örnek gösterilebilir. Ortaklar, payın sağlar arasında devrini yasaklayıp sadece ölüme bağlı tasarruf aracılığıyla geçişini kabul edebilirler. Ortak değişimi münferit ortakların rızalarına da bağlanabilir, ki söz konusu öncelik hakkı- imtiyaz- ortakların şahıslarına özgülenmektedir. *Wiedemann*'in haklı olarak belirttiği üzere, devir üçüncü kişinin irade beyanına bırakılamaz. Bunun gerisinde yatan neden, üçüncü kişi için oy hakkı tesis edilememesidir (*ortaksal hakların bölünmezliği*). Payın devredileceği kişi çevresi de sözleşmeyle daraltılabilir. Yalnızca belirli

⁸⁰ Bk. BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 542, No. 104- 105.

⁸¹ Buna karşılık devreden ortak, malvarlıksal haklar üzerindeki (devirden sonra doğmaları şartıyla) tasarruf yetkisini kaybeder. Dolayısıyla, eğer henüz doğmamış tasfiye veya ayrılma payı alacaklarını üçüncü bir kimseye devretmişse, devir hükümsüz hale gelir.

ortakların uygun gördüğü ya da belirli bir mesleğe yahut aileye mensup kimselere devir yapılabileceğinin öngörülmesinde durum böyledir⁸².

Payın tamamen devrinin yanı sıra, *kısmen devrinin* de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu olasılıkta devreden, ortak olarak kalmaya devam ederken, ortaklığa yeni bir kişi katılmış olmaktadır⁸³. Dolayısıyla burada gerçek anlamda bir üye/ortak değişimi söz konusu değildir. Yönetmel haklar devralana geçmemekte, aksine onun şahsında yeniden doğmaktadır. Yalnızca belirli mali haklar devralana geçer. Yeni katılan ortak sadece kazanç ve tasfiye payı gibi hakları iktisap etmekle kalmaz, aynı zamanda elbirliği ortaklığının üyesi olarak malvarlığında bir paya da sahip olur. Bu pay, devrin sonucunda kendisine ortaklık payından düşen kısımla orantılıdır⁸⁴.

Bütün ortaklık paylarının tek bir kişiye devri de olanaklıdır. Şüphesiz burada da diğer ortakların rızaları aynı şekilde aranır. Böyle bir işlem neticesinde devralan, ortaklık malvarlığının yegâne sahibi olurken, ortaklık da sona erer. Zira kişi ortaklıkları hukuku tek adam ortaklığına müsaade etmemektedir. Bu tür devir işlemleri, ortaklık malvarlığının büyük bölümü veya tamamının taşınmazlardan oluşması hallerinde özel bir önem taşıyabilir. *Pay Geçişi (Anwachsung)* prensibi nedeniyle, taşınmazların tek tek belirlenip devredilmelerine gerek kalmaz⁸⁵.

Mameleki hakların devri üçüncü kişiyi ortak kılmadığı gibi⁸⁶, ortaklık malvarlığında söz sahibi de yapmaz. Tam da bu nedenle, bu tip hakların devri diğer ortakların onayına bağlı değildir⁸⁷.

Bir ortak ortaklıktaki payını yalnızca diğer ortakların rızalarıyla devredebilir⁸⁸. Devrin ortaklık için hüküm ifade edebilmesi ortaklık sözleşmesinde öngörülmesine ya

⁸² Bu hususta bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 428- 429.

⁸³ Nitekim kısmen devirde yalnızca ortak sayısının arttığı hususunda bk. Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 373 (Anılış: Adi Ortaklık).

⁸⁴ Bk. **Windbichler**, s. 91, No. 16.

⁸⁵ Bk. **Windbichler**, s. 91, No. 16. Benzer yönde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 72, No. 145.

⁸⁶ Benzer açıdan bk. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (Hrsg), **Basler Kommentar, Obligationenrecht 2**, 4. Aufl, Basel, 2012 (Anılış: BSK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 542, No. 6.

⁸⁷ Bu hususta bk. Karl Wieland, **Handelsrecht Erster Band: Das kaufmännische Unternehmen und Handelsgesellschaften**, München und Leipzig, 1921, s. 659.

⁸⁸ Bk. Arthur Meier- Hayoz ve Peter Forstmoser, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, 10. Aufl, Bern, 2007, § 12, No. 94; BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 542, No. 109; Alfred Siegwart, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften**, Zürich, 1938, OR Art. 542, No. 8. **Wiedemann**, diğer ortakların vereceği rızayı devrin bir unsuru olarak görmektedir. Bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 427.

da somut olayda tüm diğer ortakların rıza göstermelerine bağlıdır⁸⁹. Gerçekten de son rıza beyanının ulaşması ile ortaklık ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve yükümler devralana geçer. Ortaklık ile olan ilişkiler açısından, devir ilk olarak bu anda hüküm ve sonuçlarını doğurur⁹⁰.

Ortaklık sözleşmesiyle münferit bir ortağa, ortaklığa alınacak yeni ortağı serbestçe seçme hakkı tanınabilir⁹¹. Böylelikle ortaklık payının serbestçe devredilebilirliği amacına ulaşılabilir⁹².

Devrin en önemli hukuki sonucu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, devredenin ortaklıktan ayrılması ve devralanın halef sıfatıyla ortaklık sıfatını kazanmasıdır⁹³. Şimdi de devrin diğer sonuçlarına bir göz atalım: Devreden ortağa, çoğu kez payının karşılığına uygun bir bedel ödenmekle birlikte, bu mutlak bir zorunluluk değildir. Kanaatimizce devredenin, devir sözleşmesinin temelini oluşturan taahhüt işlemindeki (satım, bağışlama) hukuki durumuna göre bir yorum yapılmalıdır. Bununla birlikte, ayrılan ortak(devreden) ortaklığa karşı ayrılma payı talebi yöneltmez. Çünkü katılımının değerini payını devretmek suretiyle paraya çevirmiştir. Ayrılmasından önce doğan ortaklık borçlarından kurtarılmasını da isteyemez. Ancak, sorumluluğunu 5 yıllık süreyle sınırlayan zamanaşımı avantajından (BGB 736 Abs.2 yollamasıyla HGB 160) yararlanabilir⁹⁴. Yeni ortak ise, ortaklığa katılımından önce doğan borçlardan HGB § 130 yollamasıyla sorumlu tutulabilir⁹⁵. Bu hususta Alman hukukunda görüş birliği olduğu söylenebilir.

⁸⁹ Benzer açıdan bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 71, No. 144; BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 542, No. 109; **Larenz**, BT, s. 371; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1323. Gereken rıza alınmaksızın yapılan devir sadece askıda geçersizdir, tek bir ortağın dahi devre onay vermemesi işlemi mutlak hükümsüz kılar. Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15; **Hüffer/ Koch**, s. 89, No. 32.

⁹⁰ Bk. BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 542, No. 110.

⁹¹ Türk hukuku açısından benzer yönde bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 378.

⁹² Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15. Yine, genel bir devredilebilirlik klozu şahıs ortaklıklarının büyük ölçüde yedek hukuk normlarına tabi olmasından ötürü- en azından teorik bazda- caiz görünebilir. Bk. Dieter von Graffenried, **Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen- insbesondere von Aktien**, Bern, 1981, s. 23. Ancak, somut olayda devrin olanaklı olup olmadığı ortaklığın fiili yapısına göre belirlenir.

⁹³ Devralan, devredenin halefi olarak, yalnızca kazanç- tasfiye payı gibi alacaklarını, temsil ve yönetim vb. yetkilerini iktisap etmekle kalmaz, aynı zamanda devredene ait yükümlülükleri de üzerine alır. Örneğin, kısmen yerine getirilmemiş katılma payı borcunun kalan kısmının tamamlanmasında olduğu gibi. Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15; benzer doğrultuda bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 380. Aynı esaslar zarar payı için de geçerlidir.

⁹⁴ Bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 72, No. 146; **Windbichler**, s. 90, No. 15.

⁹⁵ Bk. **Windbichler**, s. 90, No. 15; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 380- 381, d.pn. 755.

b. Çift Sözleşme ile Devir

Bu varyasyonda, bir ortağın ayrılması ve yeni bir ortağın katılması birbiriyle bağlantılı olarak gerçekleşmektedir⁹⁶. Ayrılan ve giren ortaklar tüm diğer ortaklarla *ayrı ayrı* sözleşmeler kurar⁹⁷. Bu nedenle, yapılan işlemler “çift sözleşme” (*Doppelvertrag*) olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra taraflar, ortaklık ilişkisinin dışına çıkarak, borçlar hukuku ilişkisi içine girebilirler. Bu doğrultuda ayrılan ortak, ortaklıktan alacağı ayrılma payını yeni katılan ortağa (alacağın devri hükümleri uyarınca) devredebilir. Yeni giren ortak kendisine devredilen bu alacağı, ortaklığın “katılma payı- sermaye getirme alacağı” ile takas edebilir. Payın tam devrinden farklı olarak, doğrudan bir halefiyet söz konusu değildir⁹⁸.

Normalde ayrılan ortağa ayrılma payı ödenir ve ortaklığa yeni giren bir ortaktan da- eğer bağışlama suretiyle ile katılmamışsa- sermaye getirmesi istenirken, sözü edilen durumda hiçbirisi uygulanmaz. Ayrılan ortağa ortaklık malvarlığından herhangi bir ödeme yapılmadığı gibi, yeni giren ortak da ortaklık malvarlığına herhangi bir katkıda bulunmaz, bunun yerine, eski ortağın sermayesi yeni ortağa geçer⁹⁹.

c. Ortaklık Sifatının Devrinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz: Sözleşmenin Devri Teorisi

Ortaklık sıfatının devriyle ilgili teoriler gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda çeşitlilik arz etmekte ve devrin dogmatik arka planının ortaya

⁹⁶ Bu işlem, ayrılma ve ortaklığa giriş birleştirilerek uygulanabilir. Bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 354.

⁹⁷ Örneğin, bir adi ortaklıkta A, B, C isimli üç ortağın bulunduğunu varsayalım. A ve B, C'nin ortaklıktan ayrılması için C ile ayrı, D'nin ortaklığa katılımı için ise D ile ayrı bir sözleşme yaparlar. İşte *çift sözleşme teorisi* adını buradan almaktadır. Bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 355. Arzu edilen hukuki sonuçların doğması için, ayrılan ortak ile ortaklığa giren kişi arasında sözleşme yapılması yeterli değildir. Bk. **Larenz**, BT, s. 370.

⁹⁸ Bk. **Windbichler**, s. 89, No. 14. Ortaklık sıfatına halefiyetten değil, iki hukuki işlemin eş zamanlı olarak yapılmasından söz edilebileceği yönünde bk. **Larenz**, BT, 370.

⁹⁹ Bu hususta bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 355.

konulmasının ne denli güç olduğunu gözler önüne sermektedir. Devrin hukuki niteliğinin saptanması, her şeyden önce tarafların hukuki durumunun açıklığa kavuşturulması bağlamında önem taşımaktadır. Keza, yasa koyucu pay devir sözleşmesinin ortaklık nezdindeki geçerliliğini diğer ortakların onayına bağlamakla yetinmiş, devre dair pek çok ayrıntıyı öğreti ve içtihada bırakmıştır. Bu sebeple, pay devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Ortaklık sıfatının devri, ortaklık tiplerine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Gerçekten de sermaye ortaklıklarının rol modeli olan Anonim ortaklıkta ortaklık sıfatı (pay sahipliği) kolaylıkla el değiştirirken, bir diğer sermaye ortaklığı olan limitedde ise, kanuni bağlam adı verilen devir engelleri ile karşılaşmaktadır. Ancak, ortaklık sözleşmesi ile devrin genel kurul onayından bağımsızlaştırılması, böylelikle devir bakımından limited ortaklığın anonim ortaklığa yaklaştırılması da olanaklıdır. Şahıs ortaklıklarında durum, yukarıda anlatıldığı üzere, payın devredilemezliği prensibine dayandırılmıştır. Alman hukukunda bu devir yasağını aşmak amacıyla, ortaklık sıfatının subjektif bir hak niteliğini haiz olduğu görüşü yaygınlık kazanmaya başlamıştır¹⁰⁰.

Ne var ki subjektif hak yaklaşımının taraftarları, pay devrinin diğer ortakların onayına bağlı olduğunu ifade ederek kanaatimce elbirliği prensibinden çok da uzaklaşmamışlardır¹⁰¹. Subjektif hak görüşünün temsilcilerine göre, ortaklık payının (diğer bir deyişle ortaklık sıfatının) devrinde BGB § 413 uygulama alanı bulur¹⁰². “Diğer hakların devri” başlıklı BGB 413’te, alacağın devrine dair hükümlerin kanunda aksi öngörülmedikçe “diğer hakların” devrinde de kıyasen uygulanacağı hususuna yer verilmiştir. Anlaşılan odur ki, subjektif bir hak teşkil ettiği belirtilen “ortaklık sıfatı”, *diğer haklar (andere Rechte)* kategorisine sokulmakta ve kanunun yaptığı yollama gereğince alacağın devrine ilişkin hükümler pay devrinde kıyasen uygulanmaktadır.

¹⁰⁰ Bu konuda, *Marcus Lutter*’in görüşündeki değişim örnek olarak gösterilebilir. Yazar önceleri, hukuki ilişki ile subjektif hak arasında tarihsel açıdan süregelen zıtlıktan ötürü subjektif hak teorisine çekingen yaklaştığını; ancak daha sonra, sübjektif (özne) olan üye (ortak) ile obje (nesne) olan ortaklık sıfatı arasında mantıken subjektif hak ilişkisi kurulabileceği kanatine vardığını söylemektedir. Bk. **Lutter**, *Mitgliedschaft*, s. 102.

¹⁰¹ Gerçekten de, subjektif hak teorisinin taraftarlarından Habersack, ortaklık sıfatının devrinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için diğer ortakların onayının gerektiğine işaret etmektedir. Bk. **Habersack**, *Mitgliedschaft*, s. 106.

¹⁰² Nitekim bk. **Habersack**, *Mitgliedschaft*, s. 104 vd.

Bu ön kabulün sonucu olarak, alacağın devri müessesesi, pay devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesine *dolaylı olarak* hizmet etmektedir.

Sübjektif hak tezinin taraftarları böylelikle ortaklık sıfatının hak, borç, yükümlülük, görev, yetkilerden meydana gelen kompleks bir bütünlük oluşturduğunu gözden kaçırmaktadırlar. Ortaklık sıfatının yalın bir alacak hakkı olduğu asla kabul edilemez. Ortaklık payı, birçok kez vurgulandığı üzere, ortaklık sıfatı ile iç içe geçmiştir. Ortaklık sıfatı her ne kadar bünyesinde birtakım alacak hakları barındırsa da özünde salt bir alacaktan çok daha fazlasını ifade eder. Ortaklık sıfatının devri ile üçüncü kişi, yalnızca malvarlıksal hakları değil; aynı zamanda ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı olup ondan ayrı olarak devredilemeyen yönetsel hakları da iktisap eder. Bunun yanı sıra devralan, ortaklık ilişkisinden doğan yükümlülüklerin de sahibi konumuna gelir. Katılma payını kısmen ifa etmiş bir ortağın payının devralınmasında durum böyledir: Üçüncü kişi, ayrılan ortağın kalan borcunu diğer ortaklara(ortaklığa) ifa etme yükümü altına girer¹⁰³. Ortaklık sıfatının devri, devreden ortağın yönetim yetkisinin üçüncü kişiye geçişini de kapsar. Bir ortağa, sahip olduğu *kişisel yetenek veya nitelikleri sebebiyle* bazı haklar tanınmışsa, devralan bu hakları edinemez¹⁰⁴. Zira bu tip haklar ilgili ortağın *şahsına* özgülenmiş olup, payın devredilmesi durumunda kendiliğinden ortadan kalkar¹⁰⁵.

Bütün bu anlatılanlardan çıkarılacak sonuç, ortaklık sıfatının devrinin alacağın devri ile açıklanamayacağıdır. Ortaklık sıfatı madem ki hukuksal bir statü ve ilişki teşkil etmektedir, öyleyse devri en doğru biçimde ortaya koyan görüş, sözleşmenin devri teorisidir¹⁰⁶. Sözleşmenin devri, bir hukuksal ilişkinin tarafının değişmesine yol açan, sui generis bir sözleşmedir¹⁰⁷. Borç ilişkisinin bir kül halinde diğer tarafa (üçüncü kişiye) geçmesi anlamını taşımaktadır¹⁰⁸. Sözleşmenin devri

¹⁰³ Benzer olarak bk. **Wieland**, s. 661.

¹⁰⁴ Öncelik haklarının, bir ortağa kişisel özellikleri nedeniyle tanındığı hallerde, bunların hak sahibi ortağın şahsına bağlandığı kabul edilmektedir. Bk. **Hueck**, OHG, s. 399.

¹⁰⁵ Bk. BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 542, No. 152.

¹⁰⁶ Benzer gerekçelerle aynı yönde bk. **Larenz**, BT, s. 371. *Zobl* ise, sözleşmenin devri teorisinin pay devrinin tasarruf işlemi karakterini özellikle vurguladığını söylemekle birlikte, pek çok hukuki sorunu beraberinde getireceği kanaatindedir. Bk. Dieter Zobl, **Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Zürich, 1973, s. 135- 136.

¹⁰⁷ Bk. **Zobl**, s. 135.

¹⁰⁸ Payın devrinin hukuksal bir ilişki ve bu ilişkiye bağlı statünün devri niteliğini haiz olduğu hususunda bk. Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1960, s. 403. Nitekim yazarın bu ifadelerinden, sözleşmenin devri kuramını desteklediği sonucu çıkarılabilir. Yine bk. **Wieland**, s. 661.

(*Vertragsübernahme*) herhangi bir şekil şartına tabi değildir. İlginçtir ki, Alman ve İsviçre hukuklarının aksine yeni Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin devri kurumu pozitif bir dayanağa kavuşturulmuştur (TBK m. 205).

Alman Federal Mahkemesi de bazı kararlarında ortaklık payının devrini, sözleşmenin devri teorisiyle açıklamaya çalışmıştır¹⁰⁹. Gerçekten Federal Mahkeme, somut olayda pay devir olgusunu değerlendirirken ortaklığa katılımın mameleki yönünü ön plana çıkartan kararlar vermiş, fakat BGHZ 44, 229 ile bu bakış açısını terk ederek payın devrini sözleşmenin devri çerçevesinde ele almıştır¹¹⁰. Görüldüğü gibi, pay devrinin hukuki niteliği konusunda Alman Federal Mahkemesinin birbirinden farklı kararlarına rastlamak mümkündür.

6. Ortaklık Sifatının Bir Hukuki İlişki Olarak Nitelenmesinin Bazı Hüküm ve Sonuçları

a. Ortaklık Sıfatı Tespit Davasına Konu Edilebilir

Hem bir hukuksal statü hem de hukuki bir ilişki niteliği taşıyan ortaklık sıfatının dava konusu edilebilirliği Türk hukuk doktrinde gereken ilgiyi görmemiştir. Gerçekten de, tespit davasına ilişkin yazılı eserlere bakıldığında; usul hukukçularının bu meseleyi ticaret hukukçularına, ticaret hukukçularının da usul hukukunu ilgilendirdiği için sorunu usul hukukçularına bıraktığı görülecektir. Halbuki Alman hukukunda ortaklık sıfatının tespit davasına konu olabileceği sıklıkla vurgulanmaktadır¹¹¹. Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun incelendiği davalar¹¹² olduğuna göre, ortaklık sıfatının tespit davasına konu edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Biz de bu görüşü paylaşıyor

¹⁰⁹ Örneğin bk. BGHZ 44, 229. Karar için bk. **Zobl**, s. 134, dpn. 17, 18.

¹¹⁰ Bk. **Habersack**, Mitgliedschaft, s. 37.

¹¹¹ Bk. Ingo Saenger (Hrsg), **Zivilprozessordnung Kommentar**, 7. Aufl, Baden Baden, 2017 (Anlış: ilgili bölüm yazarı/ZPO), ZPO § 256, Rn. 4, 6; Diederich Eckardt, **Die GbR im Verfahrensrecht**, (Zivilprozess und Zwangsvollstreckung), Baden Baden, 2005; s. 19. Son yazar, Alman Federal Mahkemesinin bir kararına yollama yaptığı makalesinde, bu hususa dolaylı olarak değinmiştir.

¹¹² Nitekim bu hususta bk. Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 147; BK- **Markus, Alexander R**, ZPO Art. 88, No. 6; SHK- **Schenker, Urs**, ZPO Art. 88, No. 1; Myriam A Gehri, Ingrid Jent- Sorensen ve Martin Sarbach, **Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. Aufl, Zürich, 2015 (Anlış: OFK/ilgili bölüm yazarı), ZPO Art. 88, No. 1; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 17.Aufl, München 2010, s. 494, No. 6.

ve Türk hukuk öğretisinde bu hususun yeterince irdelenmemesini önemli bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz. Özellikle çıkarılma bağlamında söz konusu dava türünün etkin bir fonksiyon icra etmesi, çıkarılan ortağın menfaatlerinin gözetilmesi açısından elzemdir. Örneğin, hukuki dinlenilme talebi geri çevrilen ve dolayısıyla çıkarma kararı öncesinde kendisine savunma olanağı tanınmayan bir ortağın bu karara karşı dava yoluna başvuramaması, maddi hukuka hizmet etme amacı güden usul hukukunun temel prensipleriyle de ters düşer.

Mehaz Alman hukukunda hâkim görüş, çıkarılma kararının tam kapsamlı bir hukuki korumaya tabi tutulması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce bu yaklaşım tarzı Türk hukuku açısından da benimsenmelidir. Zira bir ortağın, kendisinin hukuki konumuna doğrudan temas eden çıkarma kararına karşı mahkemeden hukuki himaye talep edebilmesi, kollektif ortaklıklara ilişkin çıkarılmanın iptali davasının (TTK m. 255/2) adi ortaklıklar için öngörülmediği Türk hukukunda önemli bir boşluğu dolduracaktır. Tespit davası sayesinde çıkarılan ortak, ortaklık sıfatının sürdüğü iddiasını¹¹³ mahkemeye taşıyacaktır. Elbette ortaklık sıfatının tespit davasına konu edildiği durumlar çıkarılma ile sınırlı değildir.

Ortaklık sıfatının tespiti istemiyle açılan davalarda hukuki yarar şartının ispatı herhangi bir özellik arz etmediğinden, tespit davalarına ilişkin genel kurallar burada da aynen geçerlidir. Dolayısıyla davacı ayrılan ortak tespit davası açmakta güncel bir hukuki yararı bulunduğunu¹¹⁴ kanıtlayamadığı takdirde açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir. Hukuki yararın güncelliği bakımından ise kanaatimizce davanın açıldığı tarihteki durum ve koşullar göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, ortaklıktan haksız yere çıkarıldığını iddia eden ortağın ortaklık sıfatının sürdüğünün tespitini istemekte *güncel* bir hukuki yararı vardır, zira ortaklık sıfatını yitiren bir ortak- istisnalar saklı kalmak kaydıyla- ne yönetsel ne de malvarlıksal hakları kullanabilir. En basit anlatımla, ortak oy hakkını kullanmak suretiyle ortaklığın

¹¹³ Bu yönde bk. **Habersack**, Mitgliedschaft, s. 252; **Flume**, Personengesellschaft, s. 128. Son yazar, ortaklık sıfatının varlığı veya yokluğunun tespit davasına konu edilebileceğini, ancak bu davanın sadece diğer ortaklara yöneltilebileceğini vurgulamaktadır. Çünkü yasal düzenlemeler, (BGB, HGB) davanın ortaklığa karşı açılmasını engelleyici mahiyettedir. Yine bk. Wolfgang Lüke, “Prozessführung bei Streitigkeiten im Innenverhältnis der BGB Gesellschaft”, **ZGR**, S. 2,1994, s. 268. Yazar, ortaklar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendiren meselelerden doğan uyumsuzlukları ele aldığı makalesinde, ortaklık sıfatının tespiti için dava açılabilirliğini – dolaylı olarak- belirttikten sonra, ortaklığın mı yoksa münferit veya tüm ortakların mı dava edilmesi gerektiğine dair tartışmalara yer vermektedir.

¹¹⁴ Tespit davasının bu yönüne ilişkin bk. Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 15- 16.

kaderine yeri geldiğinde önemli etkilerde bulunabilmektedir. Şahıs unsurunun vazgeçilmez bir yer edindiği kişi ortaklıklarında bu etki çok daha büyüktür. Zira uygulamanın da gösterdiği üzere, kişi ortaklıkları genellikle 3-4 kişi arasında kurulmakta ve ortak sayısının azlığı ortaklar arasında adeta kader birliği yaratmaktadır. Bu olgu ise, bizi tek bir ortağın dahi ortaklığın işleyiş ve yönetimini doğrudan etkileme potansiyeline sahip olduğu sonucuna götürür. Hal böyle iken, ortağın tespit davası açmakta güncel hukuki yararının bulunduğu rahatlıkla anlaşılabilir.

Yukarıda anlattığımız müspet tespit davası dışında, ortaklık sıfatı olumsuz tespit davasının da konusunu oluşturabilir. Payın usulüne uygun olarak devrilmediği hallerde, devreden ortaklık sıfatını yitirmeyeceğinden, devralan kişi de ortaklık sıfatını kazanamaz. Devralan buna rağmen birtakım haklar ileri sürmüştü¹¹⁵, diğer ortaklar devralanın ortaklık sıfatını haiz olmadığına tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu davada ise, devralan kişinin ortaklık sıfatının “yokluğu” hususu hâkimin önüne gelmektedir.

b. Ortaklık Sıfatının Devrinin Sözleşmenin Devri Sonucunu Doğurması

Ortaklık sıfatı bir hukuki ilişki olarak nitelendirildiğine göre, onun devrinin sözleşmenin devrine tabi tutulması doğaldır. Bu hususa yukarıda değinildiğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla yeniden temas edilmeyecektir.

7. Çıkma ve Çıkarmanın Haklar Sistemindeki Yeri

Ortaklık sıfatını oluşturan hak ve yükümlülükler çeşitli ölçülere göre birtakım sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Temel ayırım, yönetsel ve mali haklar ayırımı olmakla birlikte, hakları kategorize eden başka ölçütler de mevcuttur. Koruyucu haklar da işte bunlardan biridir. Bu tür haklar, diğer hakların işlevsel şekilde kullanılabilmesine katkı sağladıkları nispette önem taşırlar. Örneğin, oy hakkı en temel yönetsel(katılım) haktır, fakat bu hakkın verimli kullanılabilmesi bazen diğer ortaksal hakların etkin olarak kullanılmasını gerektirebilir. Oy hakkının gereği gibi

¹¹⁵ Burada bir ayırım yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır: Devralan mali hakları kullanabilirken, ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı olan haklar (ör: oy hakkı, ortaklar kuruluna katılma vb) ise devredende kalmaktadır. Bu nedenle, uyumsuzluğa yol açan hakkın niteliğine göre bir karar verilmesi gerekir.

kullanılabilmesini sağlayan hakların başında şüphesiz denetleme hakkı gelmektedir¹¹⁶. Adi ortaklıktaki sorumluluk rejiminin ağırlığı da ortaklara söz konusu hakkın tanınmasını zorunlu kılmıştır. Zira şahsi ve müteselsil bir sorumluluk düzeninde, yönetici ortak olsun veya olmasın bütün ortakların bilgi alma haklarını kullanabilmeleri yaşamsal bir önemi haizdir. Çünkü ancak bu hakkın etkin bir biçimde kullanılması ile ortaklar, ortaklığın iş ve mali durumu hakkında doyurucu bir kanaate varabilirler ve oy hakkını¹¹⁷ hangi yönde kullanacaklarına karar verebilirler. Aslında bu açıdan denetleme hakkının “yardımcı” bir hak niteliği taşıdığı dahi söylenebilir.

Çıkma ve çıkarmada ise bambaşka bir tablo ile karşı karşıya kalınmaktadır: Ortaklar arasındaki çıkar çatışmaları veya diğer sebeplerden kaynaklanan sürtüşmeler, bazen ortaklığın işlem temelini teşkil eden “karşılıklı güven”i sarsabilir¹¹⁸. Bazen de uyuşmazlıkların yoğunluğuna bağlı olarak, ortakları ortaklıkta bir araya getiren bağ bütünüyle kopabilir ve güven ortamı zedelenebilir. İşte çıkma ve çıkarma, ortaklık bir hak olarak tam da bu noktada devreye girmekte ve ortaklığın tasfiye aşamasına geçmesini “önleyici” bir fonksiyon icra etmektedir. Zira kar eden ve geleceğe yönelik ciddi yatırımlar yapan bir ortaklığın sona ermesi, birçok bakımdan yalnızca ortaklığa değil, ekonomiye de zarar verebilir. Aslında çıkma ve çıkarılmanın birer hukuksal enstrüman olarak yaratılmasında yukarıda sözünü ettiğimiz “işletmenin korunması prensibi” başrol oynamaktadır¹¹⁹. Ticaret hukukunun pek çok önemli ilkesi, ekonomiden ve günlük yaşamın içinden süzülerek son şeklini almıştır. Kanun koyucu da ekonomik yaşamın temel gereksinimlerini dikkate almış ve ortaklara tasfiye sürecine gitmeksizin ortaklığı adeta “kurtarma” fırsatı tanımıştır (BGB 736, 737; HGB 140, TBK m.633).

Elbette çıkma ve çıkarılma, ortaklıkların yapısına göre değişkenlik arz edebilir. Kişi ortaklıklarında çıkma ve çıkarmanın taşıdığı önem, sermaye ortaklığı, özellikle

¹¹⁶ Limited ortaklıkta bilgi alma hakkının koruyucu hak niteliğinde olduğu hususunda bk. Peter Forstmoser, “Das neue schweizerische GmbH- Recht: Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter”, **Das neue schweizerische GmbH- Recht** (Hrsg. Peter Böckli ve Peter Forstmoser), Zürich, 2006, s. 69.

¹¹⁷ Nitekim bilgi alma hakkının tanınmadığı durumlarda ortağın oy hakkının anlamını yitireceği yönünde bk. Ulrich Immenga, **Die personalistische Kapitalgesellschaft- Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH- Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten**, Bad Homburg, 1970, s. 297.

¹¹⁸ İşlem temelini ortadan kalktığı hallerde BGB §723, 737’e başvurulabileceği hususunda bk. Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. Aufl, München 2005, s. 456, No. 63.

¹¹⁹ Özellikle işletmenin devamlılığı ve menfaatleri için gerekli ise ortakların çıkarılabileceğine ilişkin bk. Christian Hofmann, **Der Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht**, Berlin, 2011, s. 399.

limited ortaklığa nazaran çok daha büyüktür. Payın devrinin diğer ortakların onayına tabi olması ve sıkı şahsi ilişkiler, adi ortaklık başta olmak üzere şahıs ortaklıklarında çıkma ve çıkarmanın önemini artıran olgulardır. Bütün bu etkenler, çıkma ve çıkarmanın haklar sistemindeki yeri belirlenirken ortaklığın fiili yapısının ön planda tutulmasını gerekli kılar.

Çıkma ve çıkarmanın niçin koruyucu hak olarak nitelendirildiğine gelinecek olursa; hakların tasnifinde kullanılan ölçülere bakıldığında, her iki hakkın da yönetsel ve mali hak kategorisine girmediği anlaşılacaktır. Ortaklığın irade oluşumuna katılmayı ifade eden yönetsel hakların kapsamı içine çıkma ve çıkarmanın dahil edilemeyeceği ortadadır. Yine, ortağın şahsi malvarlığına giren, dolayısıyla “malvarlıksal veya mali” hak olarak adlandırılan hakların (kar, tasfiye ve ayrılma payı, yönetici ortağın ücret hakkı vb) nitelikleri gereğince devredilebilir ve haczedilebilir olmaları karşısında, çıkma ve çıkarmanın bu sınıflandırmaya da girmediği kuşkusuzdur. Bu nedenle, çıkma ve çıkarmanın haklar sisteminin neresinde yer aldığı sorusu akla gelebilir.

Çıkma ve çıkarmanın, bilhassa haklı sebeplere dayandırılması halinde, kişilik hakkı ve ekonomik özgürlük gibi hukuksal değerleri gözeten özel hukuk sisteminde önemli bir görevi yerine getirdiğini söyleyebiliriz. Zira, uzun sürelere yaygın borç ilişkilerinde (veya hukuki ilişkide), tarafları söz konusu hukuki ilişkiye girmeye yöneltten olgular ve koşullar zaman içerisinde değişime uğrayabilir, zayıflayabilir ve ortadan kalkabilir. İşte böyle bir durumda, taraflardan hukuksal ilişkiyi sürdürmelerini beklemek hakkaniyetle, hatta sözleşme adaleti ile bağdaşmayabilir. Taraf iradelerini ön planda tutan hukuk sistemimizde, bu tür durumlara karşı kural olarak “haklı sebeple sözleşmesel ilişkiyi çözme, dağıtma” olanağı tanınmıştır. Böylelikle tarafları açısından çekilemez, katlanılamaz hale gelen hukuksal ilişki herhangi bir fesih bildirim süresine uyulmasına gerek kalmaksızın sona erdirilebilmektedir. Çıkma ve çıkarma da aynı düşüncenin ortaklıklar hukukundaki izdüşümü olarak görülebilir. Ayrıca hem çıkma hem de çıkarma kurumları “işletmenin korunması” ilkesine de hizmet etmektedir. Tüm bu açıklamalar ışığında, gerek tarafların kişiliğini ve ekonomik özgürlüklerini koruyan, gerekse işletmenin- geniş yorumlandığında hukuki ve ekonomik bir değer olarak ortaklığın- devamlılığını ve muhafazasını sağlayan çıkma ve çıkarmanın “koruyucu” hak olarak nitelendirilmesinde yarar vardır.

II. AYRILMA KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

A. Genel Açıklamalar

Adi ortaklık, şahıs ortaklıklarının prototipi olup diğer ortaklık formlarından farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK m. 620- 645) hükme bağlanmıştır. Söz konusu ortaklık türünde, ortaklar arasında sıkı bir iş birliği ve karşılıklı güven esası bulunmaktadır. Tüm diğer kişi ortaklıklarına egemen olan “şahıs çevresinin değişmezliği” prensibi adi ortaklıklar için de geçerlidir. Ne var ki, bu ilkenin körü körüne uygulanması birtakım olumsuz, hatta somut olay adaletini zedeleyici sonuçlar yaratabilir. Bu sebeple modern hukuk düzenlerinde, kanun koyucular kişi ortaklığının şahıs unsurundaki değişimden etkilenmemesi adına çeşitli tedbirler almıştır. Bunun başlıca örneğini ortağın ortaklıktan ayrılması oluşturmaktadır.

Ortaklıktan ayrılma, normal şartlar altında adi ortaklığı sona erdirir. Zira adi ortaklığın güven ve şahıs unsuruna dayalı yapısı, ortağın ortaklıktan ayrılmasını güçleştiren bir faktördür. Bununla birlikte ortaklığın sırf bu sebeple dağılmasına göz yummak, ortaklıkların özellikle ekonominin gelişmesindeki payları dikkate alındığında son derece sakıncalıdır. Keza, sona eren her ortaklık, yapılan yatırımın yitirilmesi anlamını taşıyabilir. Elbette, adi ortaklığın ticari işletme boyutuna varan bir işletme işlettiği olasılıklarda bu olgu çok daha belirgin bir biçimde karşımıza çıkar. Bu ticari işletme, üretim birimi niteliği taşıyan fabrika olabileceği gibi, bir süpermarket de olabilir. Ekonomik perspektiften yaklaşıldığında, adi ortaklık ortaklarının birer “yatırımcı- girişimci” olarak ele alınması kanaatimizce kaçınılmazdır. Ortakların ortaklığa getirmiş oldukları sermayeler onların yatırımları; ortaklık kar elde ettiğinde kendilerine ödenecek kâr payı da bu yatırımın “semeresi”dir. Bu işleyişin sürekliliği, bir ortağın ayrılmasına rağmen ortaklığın tasfiyeye girmemesi suretiyle güvence altına alınabilir. Ortaklıktan ayrılan, yani iktisadi açıdan “ortaklığa yapmış olduğu yatırımını

geri çeken” ortak, yatırımını geri alma (ayrılma payı aracılığıyla) hakkını elde eder¹²⁰. Görüldüğü üzere, ortaklıktan ayrılmaya ilişkin yasal düzenlemelerin gerisinde yatan sebepler hukuki olmaktan çok ekonomik kökenlidir¹²¹.

B. Ayrılma Kavramının Tanımı ve Sınıflandırılması

Ayrılma, kişi birliklerinde üyeliğin (*Mitgliedschaft*) ortadan kalktığı bütün durumları içine alan üst kavramdır¹²². Bir şahıs birliği niteliğine sahip adi ortaklıkta da ortaklık sıfatını sona erdiren olguların tamamı ayrılma kavramının kapsamına girer. Dolayısıyla, yalnız çıkma ve çıkarılma değil, aynı zamanda payın devri, bir ortağın ölümü, giriş- çıkış da ayrılma kavramının içeriğine dahildir. Ayrılma, *geniş ve dar anlamda* olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Ortaklık sıfatını sona erdiren bütün olguları içine alan ayrılma, *geniş anlamda ayrılma*; ortaklıktan çıkma ve çıkarılma ise *dar anlamda ayrılma* olarak adlandırılabilir. Çıkma ve çıkarılma dar anlamda ayrılmayı ifade eder, çünkü “ayrılma” dendiğinde akla ilk gelen onlardır. Çalışmamızın konusunu işte bu “dar anlamda ayrılma”, diğer bir deyişle çıkma ve çıkarılma oluşturmaktadır.

İsviçre öğretisinde ortağın iradesini ölçü alan görüş (*Willensmoment*), ayrılma kavramını burada savunulandan farklı biçimde algılamaktadır. Sözü edilen görüş uyarınca, ayrılma kavramı dar anlamda ayrılma, çıkma ve çıkarılma olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ne var ki, bu görüşün temsilcileri dar anlamda ayrılma terimini çıkma ve çıkarılmaya özgülememekte, aksine bu kavramı oldukça farklı bir kalıba sokmaya çalışmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre dar anlamda ayrılma, genel olarak, ortaklık sözleşmesiyle önceden belirlenen hal veya şartların gerçekleşmesi durumunda ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrılması anlamına gelmektedir¹²³. Ayrılmanın bu türünde, ayrılanın veya kalan ortakların başkaca bir irade beyanında bulunması dahi

¹²⁰ Çıkan ortak, işletmeye yatırmış olduğu değerleri nakden geri alma olanağına sahiptir. Bk. Mario Schaedler, *Die Abfindung des Ausscheidenden Gesellschafters*, Zürich, 1962, s. 3. Kuşkusuz bu, ayrılma payı aracılığıyla gerçekleştirilebilir.

¹²¹ Gerçekten İsviçre hukukunda bir ortağın ortaklıktan ayrılmasına cevaz verilmesi, yaşayan bir işletmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması yolundaki modern ortaklıklar hukuku eğilimlerine uygundur. Bu hususta bk. **Schaedler**, s. 4.

¹²² Aynı yönde bk. **Schaedler**, s. 4.

¹²³ *Siegwart*'a göre ise dar anlamda ayrılma; ölüm, kısıtlanma ve cebri icra hallerini içermektedir. Bk. **Siegwart**, OR Art. 547 No. 41. Cebri icraya değinmemekle birlikte aynı yönde bk. **Schaedler**, s. 4.

gerekmez¹²⁴. Sözleşmede belirtilen durumun gerçekleşmesi, ayrılmanın hukuki etkilerini yaratması açısından gerekli ve yeterlidir. Geniş anlamda ayrılma ise, ayrılmanın söz konusu üç grubunu bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu görüşün temsilcileri, geniş anlamda ayrılmanın üst kavram olarak kullanılmasından yanadır¹²⁵.

Zobl, öğretide, iradenin esas alındığı ayrımın yanı sıra; ayrılmanın hukuki temelini baz alarak bir ayrım daha yapmaktadır. Yazar bu çerçevede ayrılma kavramını; hukuki işleme, kanuna ve hâkim kararına dayalı ayrılma olmak üzere üçlü bir tasnife tabi tutmaktadır¹²⁶.

Hukuki işlem temelinde gerçekleşen ayrılma ise kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Buna göre bir ortak, kalan ortakların tamamı veya çoğunluğunun alacağı bir kararla¹²⁷ (*çok taraflı hukuki işlemle*) ortaklıktan ayrılabilir. Ortağın, diğer ortaklar ile arasında kurulmuş bir sözleşmeye dayanarak ortaklıktan ayrılması da mümkündür (*sözleşme ile ayrılma*). Son olarak bir ortağa, tek taraflı bir irade açıklamasıyla ortaklıktan ayrılma (*tek taraflı hukuki işlemle ayrılma*) hakkı tanınabilir. Çıkma hakkı burada inşai bir işlemle hüküm ve sonuçlarını doğurur¹²⁸.

Kanun hükmüne dayalı ayrılma, kanunun, belirli olguların varlığına doğrudan doğruya ortaklık sıfatının kaybı sonucunu bağladığı hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu kategorinin belli başlı uygulama görünümünü ortağın ölümü oluşturmaktadır¹²⁹.

Hâkim kararına dayalı ayrılmada ise, bir ortağın ortaklıktan ayrılıp ayrılmayacağı meselesine hâkim karar vermektedir. Ör: Hâkimin haklı sebeplerden ötürü ortağın ortaklıktan çıkarılmasına hükmetmesi. Burada hâkimin verdiği karar şüphesiz inşai niteliktedir¹³⁰.

¹²⁴ Nitekim bk. *Zobl*, s. 99.

¹²⁵ Bu hususlarda bk. Hans Bollmann, *Das Ausscheiden aus Personengesellschaften*, Zürich, 1971, s. 18- 19.

¹²⁶ Nitekim bk. *Zobl*, s. 99.

¹²⁷ Kararın çok taraflı bir hukuki işlem olduğu hususunda bk. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. Aufl, Heidelberg, 2006, s. 88, No. 205; Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1975, s. 135- 136 (Anlış: Rechtsgeschäft); Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl, München, 1980, s. 286 (Anlış: AT).

¹²⁸ Bu hususta bk. *Zobl*, s. 99.

¹²⁹ Bu hususta bk. *Zobl*, s. 121.

¹³⁰ Nitekim bk. *Zobl*, s. 100.

C. Çıkma ve Çıkarılmaya İlişkin Temel Düzenleme Niteliğindeki TBK 633 Hükümünün Değerlendirilmesi

Çıkma ve çıkarılma, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ilk kez pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Eski Kanun döneminde çıkma ve çıkarılmanın açık bir şekilde hükme bağlanmamış olması, adi ortaklıkta çıkma ve çıkarılmaya cevaz verilip verilemeyeceği noktasında bazı tereddütlere yol açmıştır. Yeni Kanun ile birlikte bu tartışmalara şüphesiz nokta konulmuştur. Hukuk politikası perspektifinden bakıldığında isabetli olan bu durum, maddelerdeki çeviri hataları ve mehaz kanunun gerektiği gibi aktarılamaması gibi nedenlerle eleştirilerin odağına yerleşmiştir. Gerçekten, kanun koyucunun çıkma ve çıkarılma kurumlarını ilk kez pozitif hukuka kazandırması takdire şayan olmakla beraber, maddelerin kaleme alınışındaki özen ve titizlikten uzak tutum düşündürücüdür.

Madde gerekçelerinde de belirtildiği üzere çıkma ve çıkarılmayla ilgili kurallarda, Alman Medeni Kanunu'nun "medeni hukuk ortaklığı (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*)ndan" ayrılmaya ilişkin düzenlemeleri (BGB § 736- 740 arası) esas alınmıştır. Tam bu noktada, kanun koyucunun yaptığı ciddi birtakım yanlışlara dikkat çekmek gerektiği kanısındayız: Her ne kadar madde gerekçelerinde BGB'nin ilgili hükümlerinden yararlanıldığı ifade edilse de kanun koyucunun çıkma ve çıkarılmayı sona erme ile bağlantılı olarak düzenlediği göze çarpmaktadır. Üstelik BGB § 736, inşai bir hak olan çıkma hakkını düzenlemediği halde, TBK m. 633'de "çıkabilir" demek suretiyle Alman sisteminden ciddi biçimde sapılmıştır. Zira BGB § 736'da maddede sayılan durumların gerçekleşmesi halinde ortağın ortaklıktan "kendiliğinden" ayrılacağına işaret edilmek istenmiştir. Oysaki TBK m. 633, ortağa bireysel hak özelliğine sahip "çıkma" hakkı bahsetmektedir. Otomatik ayrılma ile çıkma hakkı birbirlerinden oldukça farklı kavramlardır. Bu da kanun koyucunun kanun yapma tekniğindeki özensizliğinin somut bir göstergesidir. Yine, TBK m. 633'de göze çarpan bir diğer hata, çıkarılmanın düzenleniş biçimidir. Mehaz kanun olduğu iddia edilen Alman Medeni Kanunu'nun 737. Maddesi, bir ortağın çıkarılmasını onun şahsında *haklı sebep* doğması koşuluna bağlamıştır. Ne var ki, TBK m. 633'de çıkma

sebepleri çıkarılma açısından da aynen muhafaza edilmiştir. Böylelikle, kanun koyucu adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma bağlamında önemli bir fırsatı kaçırmıştır. Kanun koyucunun bu ihmali, haklı sebeple çıkarma çevresinde yapılan tartışmaların sürmesi sonucunu doğurmuştur.

TBK m. 633’de eleştiriye açık bir diğer husus, “temsilci”nin ortaklıktan nasıl çıkacağı veya çıkarılacağı meselesidir. Gerek doğrudan gerekse dolaylı temsilci bazı hukuki işlemleri ortak adına veya hesabına yapsa da bu, temsilciye ortaklık sıfatı bahsetmez. Temsilci olsa olsa ortak adına çıkma veya çıkarma beyanında bulunabilir. Kanaatimizce her iki hakkın gösterdiği özellikler göz önüne alındığında, temsilcinin yalnız özel bir yetki verilmesi kaydıyla bu irade açıklamalarında bulunabileceği sonucu çıkar. Keza çıkma ve çıkarılma, ortaklık sıfatını ortadan kaldırması itibariyle, özenle kullanılması gereken haklardandır.

Sonuç olarak çıkma ve çıkarılma müesseseleri, TBK m. 633’de sona erme bağlamında hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla adi ortaklığı sona erdiren sebepler, aynı zamanda çıkma ve çıkarma sebepleridir. Bu da sona erme sebepleri konusunda mehaz hukuk sistemi olan İsviçre literatürüne ağırlık verilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. TBK m. 633’de düzenlenen çıkma ve çıkarılma sebeplerine değinirken İsviçre öğretisinden, haklı sebeple çıkarmaya ilişkin açıklamalarımızda ise büyük ölçüde Alman öğretisinden yararlanacağız.

D. Diğer Ortaklık Tiplerinde Çıkma ve Çıkarılmaya İlişkin Yasal Düzenlemeler

1. Kollektif Ortaklıkta

Bir şahıs ortaklığı türü olan kollektif ortaklıkta çıkma ve çıkarılmaya ilişkin temel kanuni düzenlemeler TTK m. 253- 266 arasında yer almaktadır. TTK m. 253, “Ortakların şirketten ayrılması” üst başlığı altında bulunmaktadır. Kanun koyucunun burada ayrılma üst kavramına yer verdiği görülmektedir. TTK m. 253 düzenlemesi ortağın ölümünü, TTK m. 254 hükmü ortağın iflasını¹³¹, TTK m. 255 haklı sebeple

¹³¹ Düzenlemede (TTK m. 254), çıkarılan müflis ortağın *payının* iflas masasına ödeneceği belirtilmiştir. Ne var ki, anılan hükümde kullanılan “*pay*” sözcüğü birtakım yorum sorunlarına yol açabilir.

çıkarılmayı, TTK m. 256 fesih bildirimini¹³², TTK m. 257 devralma hakkını, TTK m. 258 diğer sebeplerin varlığı halinde devralma hakkının kullanımını hüküm altına almaktadır. TTK m. 259- 266 arasında ise ayrılmanın hukuki sonuçları düzenlenmektedir. TTK m. 253- 258 düzenlemeleri incelendiğinde kanun koyucunun yalnız çıkarma hakkından söz ettiği, buna karşılık çıkma hakkı bakımından herhangi bir ifadeye yer vermediği görülmektedir¹³³. Halbuki TTK m. 253'ün “*ayrılma*” üst kavramı altında düzenlenmesi karşısında, çıkma hakkının da hükme bağlanmış olması gerekirdi. İlginçtir ki, kanun koyucu TTK m. 259 hükmünde ortağın ortaklıktan çıkmasından söz etmiştir. Öyleyse yorum yoluyla, kanun koyucunun çıkma hakkını bertaraf etmediği sonucuna ulaşmak olasıdır¹³⁴. Ancak, yasal çıkma hakkına dair düzenlemenin eksikliği, TTK m. 259'da belirtilen çıkma hakkının *sözleşmesel çıkma hakkı* olduğu yönünde yorumlara kapı aralayacaktır.

Son olarak, TBK m. 634'ün ayrılma payının hangi usule göre hesaplanacağını ve ödeneceğini hükme bağlamamış olması karşısında, TTK m. 260- 262'den yararlanılabilir.

2. Anonim Ortaklıkta

Tipik bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıkta pay sahiplerine çıkma hakkı tanınmadığı görülmektedir. Ortaklıktan ayrılmak isteyen bir pay sahibinin sahip olduğu tek silah, payın devridir (özl. TTK m. 489 vd). Anonim ortaklıkta pay sahipleri kural olarak paylarını *serbestçe* devredebilirler. Bunun anlamı, pay sahiplerinin paylarını kural olarak genel kurulun, yani diğer pay sahiplerinin onayına bağlı olmaksızın devredebilmesidir. Söz konusu olgu, anonim ortaklığı şahıs ortaklıklarından ayıran önemli unsurlardan biridir.

Kanaatimizce kanun koyucu burada “pay” sözcüğü ile “*ayrılma payı*” nı kast etmiş olsa gerektir. Zira ayrılma ile birlikte ortaklık payı ortadan kalkar.

¹³² TTK, *fesih bildirimini* terimi hususunda TBK ile uyum içinde değildir. Gerçekten, TBK'da kullanılan fesih bildirimini ifadesine (ör: TBK m. 633, 640 vb.) karşılık TTK'da (TTK m. 249, 256'da olduğu üzere) *fesih ihbarı* ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce, söz konusu terminolojik farklılık eleştiriye açıktır. Bu durum, TBK ile TTK'yı hazırlayan komisyonların eşgüdünden uzak çalışmalarının doğal bir neticesidir.

¹³³ Benzer doğrultuda bk. Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 248 (Anılış: Ortaklıklar); Arslanlı, s. 376; İrfan Baştuğ, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1974, s. 110, dpn. 45 (Anılış: Temel İlkeler).

¹³⁴ Benzer yönde bk. Şener, Ortaklıklar, s. 248.

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasının (TTK m. 530) açıldığı olasılıklarda hâkim, kendisine tanınan geniş hareket alanı çerçevesinde, davacı ortağın ortaklıktan çıkarılmasına hükmedebilmelidir. Bu gibi durumlarda, kanunen düzenlenmemesine rağmen ortağın çıkma veya çıkarılması gündeme gelebilmektedir.

Yine, nakdi sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen ortaklar bakımından öngörülen ıskat müessesesi de kimi zaman çıkma ve çıkarılma ile karıştırılabilmektedir (TTK m. 480 vd). Halbuki ıskat, teknik anlamda bir çıkarma değildir. Zira çıkarılan ortak, ortaklık ilişkisinden doğan bütün haklarını yitirirken ıskatta ise, pay sahibi, payın *ödenmemiş kısmı nispetinde* haklardan yoksun bırakılmaktadır. Ödenmiş kısmı bakımından ise haklarını kullanabilir. Pay bedelinin tamamını ödediği takdirde de haklarını tam kapsamlı olarak kullanabilecektir.

3. Limited Ortaklıkta

Limited ortaklık hem sermaye hem de şahıs ortaklıklarının özelliklerini bünyesinde barındırması itibariyle karma bir ortaklık tipi olarak nitelendirilmektedir. Bunun en önemli yansımalarından biri, ortaklıktan ayrılma hususunda ortaya çıkmaktadır: Gerçekten, limited ortaklıktan ayrılma hususu (çıkma ve çıkarılma) yasal düzenlemelere bağlanmış olup sözü edilen hükümlerin ayrıntılı şekilde kaleme alındığı rahatça söylenebilir. Örneğin, TTK m. 636 ve devamının da dahil olduğu beşinci bölüm "*Sona Erme ve Ayrılma*" üst başlığını taşımaktadır. Yalnızca bu ifade tarzı bile kanun koyucunun limited ortaklıkta çıkma ve çıkarılmayı açıkça düzenleme iradesinin bir göstergesidir. Çıkma ve çıkarılma TTK m. 638- 642 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 638/1, kanımızca sözleşmesel çıkma hakkından söz etmektedir. TTK m. 638/2'de ise haklı sebeple çıkma davası hükme bağlanmaktadır. Fıkranın ikinci cümlesinde, davacı ortağın haklarının dondurulabileceği belirtilmektedir. Burada kanun koyucu kanaatimizce ortaklığı korumayı amaçlamaktadır. Zira, ortaklıktan ayrılma iradesini dışa vurmuş bir ortağın, ortaklığın yönetim veya karar organında bulunup oy kullanabilmesi birtakım sakıncaları beraberinde getirebilir. TTK m. 639 ise, limited ortaklığa özgü bir kurum niteliğindeki "*çıkma katılma (Anschlusstritt)*" yı düzenlemektedir. Çıkma katılma kurumunun gerisinde yatan mantık, ortakların ayrılma akçesi (ayrılma payı) bakımından "*eşit işlem ilkesi*" ne tabi kılınmalarıdır.

Çıkmaya katılan her bir ortak, limited ortaklık payının itibari değeri oranında eşit işleme tabi tutulacaktır¹³⁵. TTK m. 640/1 ve 2 sözleşmesel çıkarma hakkını düzenlerken, 3. Ve son fıkra haklı sebeple çıkarma davasını hükme bağlamaktadır. TTK m. 641 ve 642 ise limited ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma payının nasıl hesaplanıp ödeneceği hususlarını düzenlemektedir.

E. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Durum

1. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda, adi ortaklıktan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin pozitif düzenlemeler yapılmamıştır. İsviçre kanun koyucusu, Alman kanun koyucusundan farklı olarak bu hususta herhangi bir kural getirmemeyi tercih etmiştir. Dolayısıyla, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 530 ila 551'inci maddeleri arasında, çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümlere rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde ortağın ortaklıktan ayrılabilmesi belirtilmektedir. İsviçre öğretisinin bu konudaki tutumunun katı olduğu söylenebilir. Öyle ki, haklı sebeplerin varlığına rağmen dahi sözleşmede hüküm yer almıyorsa ortağın ortaklıktan ayrılamayacağı hususu öğretiyeye egemendir. Hâkim görüşüne göre böyle bir olasılıkta tek seçenek, adi ortaklığın haklı sebeple feshinin istenmesidir¹³⁶.

İsviçre hukukunda, kolektif ortaklıktan ayrılmaya ilişkin düzenlemelerin (özl. OR Art. 576 vd) özellikle ticari işletme işleten adi ortaklıklara kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş¹³⁷ kanaatimizce isabet taşımaktadır.

¹³⁵ Bu doğrultuda bk. Oruç Hami Şener, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 896- 897 (Anılış: Limited Ortaklıklar); Esra Cenkçi, "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)", **ABD**, S. 4, 2018, s. 35.

¹³⁶ Bu tutum, özellikle çıkarma bakımından geçerlidir. Bk. Karin Müller ve Alice Käch, "Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft", **ZBJV**, S. 152, 2016, s. 595- 596.

¹³⁷ Bu hususta bk. **Handschin**, s. 251- 252. Belirtilmelidir ki, yazar burada çıkma değil çıkarmaya ilişkin düzenlemelerin adi ortaklığa kıyasen uygulanmasından söz etmektedir. Keza İsviçre hukukunda, kolektif ortaklıktan çıkmaya (*Austritt*) ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir.

2. Alman Hukukunda: BGB § 736 ve § 737 Düzenlemelerinin Tanıtılması

a. BGB § 736 Hükümü

Alman Medeni Kanunu'nun 736. Paragrafı, TBK m. 633'e model oluşturması bakımından ayrıntılı şekilde incelenmeye değer bir düzenlemedir. Hüküm, "*Bir ortağın ayrılması ve sonraki sorumluluk*" başlığını taşımaktadır. Düzenlemenin ilk fıkrası şu şekildedir: "*Bir ortağın ortaklığı feshetmesi, ölmesi veya malvarlığı üzerinde iflas prosedürünün açılması halinde ortaklığın diğer ortaklarla sürdürüleceği hususu ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmış ise; şahsında böyle bir olay gerçekleşen ortak, ortaklıktan ayrılır*".

Öncelikle, Alman sisteminin çıkma hakkı bağlamında TBK'dan oldukça farklı olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten, BGB § 736'da sayılan üç durum gerçekleştiği takdirde, ilgili ortak ortaklıktan otomatik olarak ayrılacaktır. Yani, ilgili ortağın ilaveten irade açıklamasında bulunmasına gerek yoktur. Yine, TBK'dan ayrı olarak BGB 736'da kısıtlanma ve tasfiye payının paraya çevrilmesi gibi haller ayrılma sebepleri arasında yer almamaktadır. BGB § 736 ayrılmayı yalnızca üç sebebe özgülemiştir. Bunlar; fesih, ölüm ve ortağın malvarlığı üzerinde iflasın açılmasıdır. Ayrılma sonucunun doğabilmesi için, ortağın şahsında ayrılma sebebinin meydana gelmesi yeterli değildir. Ayrıca, ortakların devam klozu öngörmüş olmaları gerekir. Yani, BGB 736'da belirtilen şartlar birbirlerine alternatif değil, aksine kümülatif niteliğe sahip şartlardır. Bu şartlardan birinin eksikliği dahi, ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrılması sonucunun doğumuna engel olacaktır.

BGB § 736 düzenlemesinin yedek hukuk normu niteliğine paralel olarak, ortaklık sözleşmesiyle başkaca olguların da otomatik ayrılma sebebi olarak öngörülmesi mümkündür. Örneğin, haciz alacaklısının ortaklığı feshi (BGB 725)nde olduğu gibi. Yine, ahlaka aykırılık teşkil etmediği (BGB 138) sürece; belirli bir yaş sınırını geçme, sürekli hastalık, yurtdışına taşınma, ortağın ortaklığa kabul edilmesi için aranan özellik veya yeteneğini kaybetmesi, sürenin dolması (ortaklığa alınan ortaklar için sözleşmede bağlayıcı süre öngörülmüşse), yeniden evlenmede olduğu

gibi ¹³⁸. Bu son duruma, özellikle aile işletmeleri tarafından işletilen adi ortaklıklarda sıkça rastlanmaktadır. Bu tip adi ortaklıklarda, ortakların eşleriyle olan ilişkileri büyük bir önem arz etmektedir. Öyle ki, onların eşlerinden boşanıp yeniden evlenmeleri ayrılma sebebi olarak düzenlenebilmektedir.

BGB § 736 hükmünün en önemli fonksiyonu, ortaklığı, sona ermenin olumsuz etkilerine karşı korumasında belirginleşir. Gerçekten, bir ortağın ortaklıktan ayrılması normalde ortaklığın sona ermesi sonucunu beraberinde getirir. Kanun koyucunun bu tutumunun, diğer ortakların ortaklığın ayakta tutulmasındaki menfaatlerini yeterince gözetmediği açıktır. İşte BGB § 736 hükmü ortaklara, üye değişimi durumunda da ortaklığı devam ettirebilme olanağını sağlamaktadır¹³⁹.

b.BGB § 737 Hükümü

Alman hukukunda adi ortaklıktan çıkarılma, TBK 633'den farklı olarak ayrı bir maddede hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, TBK 633 düzenlemesi, kanun maddelerinin teselsülü bakımından da hatalı biçimde kaleme alınmıştır. Kanun koyucunun bu ihmali, bizi mehaz düzenlemenin esas alınması gerektiği sonucuna götürmektedir. Keza BGB § 737'nin özü, çıkarma hakkının ancak *haklı bir sebebin varlığı* durumunda kullanılacak olmasıdır. Sözü edilen paragraf ilke olarak şu şartları içermektedir: a) Ortaklık sözleşmesinin bir devam kaydı içermesi gerekir, b) Ortaklığı fesheden ortak, ilgili ortağın şahsında gerçekleşen haklı bir sebebe dayanmalıdır (BGB § 723/1- c.2 anlamında), c) Bu haklı sebebin, ortaklığın feshini haklı kılması gerekir. Bu üç unsur somut olayda mevcut ise ilgili ortak adi ortaklıktan çıkarılabilir.

Alman kanun koyucusu, ortağın çıkarılmasını haklı gösteren olguların, BGB § 723 anlamında aynı zamanda feshi haklı gösteren sebeplerle özdeş olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Yani, ortaklığın feshini gerektirmeyen bir olgu veya durum, ortağın çıkarılmasına da yol açmayacaktır. Kanun koyucunun BGB § 723'e yaptığı yollama bunun ispatı niteliğindedir. Ne var ki, ortaklığın feshine sebep olan olgular oldukça çeşitlidir. Bu olgular, ortaklar arasındaki uyuşmazlıklar olabileceği gibi (sübjektif), tamamen ortaklığı ilgilendiren meseleler de (objektif) olabilir. Halbuki bir ortağın

¹³⁸ Bu hususta bk. **Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht 9/1 (705- 758)**, 13. Aufl, Stuttgart, 2011 (Anılış: Soergel/ilgili bölüm yazarı), BGB § 736, Rz. 6.

¹³⁹ Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 736, Rz. 1.

çıkarılması için, haklı sebebin onun şahsında doğması zorunludur. Diğer bir deyişle haklı sebep, ilgili ortağın etki alanında gerçekleşmiş olmalıdır. Düzenleme, haklı sebebin bilhassa “çekilemezlik” unsuruna ilişkin herhangi bir ibare içermemektedir. Dolayısıyla, kanunda eksikler veya boşluklar bulunan hallerde, BGB 314 hükmüne başvurulması yerinde olacaktır. Keza BGB § 314, BGB § 723 ve 737 karşısında genel hüküm niteliğini haizdir.

Kuşkusuz BGB § 737 düzenlemesi, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple çözülmesi düşüncesinden hareketle tasarlanmıştır¹⁴⁰. Aslında bu anlamda düşünüldüğünde çıkarma, bir yaptırımdan ziyade ortaklık ilişkisinin- çıkarılan ortak açısından- çözülmesi, kesilmesi demektir. Ortaklık ilişkisi burada fesihten farklı olarak tek taraflı biçimde sona erdirilmektedir. Yani, ortaklık ilişkisi çıkarılan ortak açısından son bulmaktadır. Böylece, ilgili ortak ortaklıktan ayrılmakta ve ortaklık, diğer ortaklarla varlığını sürdürmektedir.

III. ÇIKMA VE ÇIKARMANIN ÖN KOŞULU: DEVAM KLOZU

A. Devam Klozunun Ratio Legis'i (Getiriliş Amacı)

Bilindiği üzere, adi ortaklık, sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle tasfiye aşamasına girer. Ortaklığın kazanç elde edip bunu ortaklar arasında paylaşırma yönündeki temel amacı, yerini tasfiye işlerinin tamamlanmasına bırakır. Ne var ki, tasfiye hem zahmetli hem de ortaklar arasında pek çok uyuşmazlık çıkarma potansiyeli barındıran bir süreçtir. Özellikle işleri yolunda giden, karlılık kapasitesi yüksek ortaklıklarda tasfiye, ortaklığın değerini azaltan bir etmen olarak karşımıza çıkar. Yine, duruma ekonomik perspektiften yaklaşıldığında, sona eren her bir ortaklığın ekonomiyi olumsuz yönde etkilediği açıktır. Zira özellikle ticari işletme işleten adi ortaklıklarda, ortaklığın devamında yalnız ortakların değil, aynı zamanda çalışanların, işçilerin, hatta finans kuruluşlarının da menfaatinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak ortaklığın yeniden kurulması çok maliyetli olacağından, ortakların bu yola başvurmalarına gerek kalmadan ortaklığı ayakta tutmalarını

¹⁴⁰ Benzer doğrultuda bk. Emre Türkmen, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep ile Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükümüne Eleştirel Bir Bakış”, **THD**, C. 13, S. 148, 2018, s. 91.

sağlayacak bir formül geliştirilmesi icap ediyordu. İşte *devam klozu veya kaydı* olarak adlandırılan söz konusu müessese, ortaklığın tasfiye edilmeksizin aktif ticari faaliyetlerini sürdürme ihtiyacını karşılamak üzere yaratılmıştır. Öyle ki bu hukuki kurum, daha ortaklık sözleşmesi kurulurken ortaklığı sona erme rizikosuna karşı koruyabilmektedir. Bu yönüyle devam klozunun adeta bir koruma kalkanı işlevi gördüğü rahatlıkla belirtilebilir.

Bununla birlikte devam klozu, ortaklığı her sona erme sebebine karşı koruyamaz. Keza, *devam klozunun koruma alanı, bir ortağın şahsından kaynaklanan sona erme sebepleri ile sınırlıdır*. Bu hususa bilinçli olarak dikkat çekiyoruz, aksi takdirde bütün sona erme sebepleri, devam klozu öngörülme suretiyle bertaraf edilebilirdi. Zira sona erme sebepleri, öğretide objektif ve sübjektif sebepler şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır. Objektif sona erme sebeplerine örnek olarak; ortaklık amacına ulaşılması veya ulaşılmasının imkânsız hale gelmesi, ortaklık süresinin dolması gösterilebilir. Anılan sebeplerden biri gerçekleştiğinde, ortak değişimi yoluyla ortaklığın ayakta tutulması olanaklı değildir. Tek çözüm, ortaklığı yeniden kurulmasından geçmektedir. Halbuki bir ortağın şahsından doğan sona erme sebeplerinden biri gerçekleştiğinde (örneğin ortağın iflası, kısıtlanması vb); ortaklığın ilgili ortak olmaksızın sürdürülmesi imkân dâhilindedir. Dolayısıyla devam klozu münhasıran sübjektif sebeplerden birinin meydana gelmesi halinde devreye girer. Nitekim TBK m. 633 düzenlemesi de bu kanımızı destekler niteliktedir. Hükümde sayılan sona erme nedenlerinin tamamı, bir ortağın şahsından ileri gelen nedenlerdir.

B. Devam Klozunun Hukuksal Niteliği

Devam klozu, ortakların ortaklığı ayakta tutma iradelerinin dışı vurulmasını sağlayan hukuki bir işlemdir. Bu klozun hukuken nasıl nitelendirilmesi gerektiği hususu, ona uygulanacak düzenlemelerin belirlenmesi bakımından önem arz eder.

Kanaatimizce devam klozu, *ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi* niteliği taşımaktadır. Çünkü bu kloz sayesinde ortaklık sona ermemekte, aksine, sadece ilgili ortak ortaklıktan ayrılmaktadır. Bunun ise ortaklığın hukuksal yapısına radikal bir müdahale oluşturduğu ortadadır. Yani devam klozu, açık bir sözleşme değişikliğidir. Bu da doğal olarak bütün ortakların rızalarını zorunlu kılar. Keza, sözleşme

değişikliklerine egemen temel ilke, *oy birliği* ilkesidir. Ortaklık sözleşmesinde çoğunluk ilkesi kararlaştırıldığı takdirde, devam klozu ortakların çoğunluğu ile öngörülür. Devam klozu, sona erme ile ayrılma arasında deyim yerindeyse “köprü görevi” üstlenmektedir.

Devam klozu herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı olmamakla birlikte¹⁴¹, uygulamada karşılaşılabilecek ihtilafların çözümlenmesi açısından onun yazılı biçimde yapılmasının yararlı olduğu kanısındayız¹⁴². Zira, her ne kadar devam klozunun sözlü olarak kararlaştırılmasına herhangi bir engel bulunmasa da bunun ciddi ispat sorunları yaratacağı muhakkaktır. Örneğin ortaklıktan ayrılmak istemeyen ortak, devam klozu öngörülmediğini ileri sürerek diğer ortakları güç durumlara sokabilir. Ortakların, bu tür rizikolarla karşı karşıya kalmamak adına devam klozunu yazılı biçimde kararlaştırmaları yerinde olacaktır.

Devam klozu, ortaklık sözleşmesine eklenebileceği gibi – ki olağan uygulama bu doğrultudadır- bağımsız bir sözleşme şeklinde de yapılabilir. Ancak her halükârda, içerik yönünden, ortaklık sözleşmesinin bir parçasını oluşturmaktadır¹⁴³.

Zamansal açıdan, devam klozu kanaatimizce *sona erme sebeplerinden biri gerçekleşinceye değin kararlaştırılabilir*. Yani azami sınırı, sona erme sebeplerinden birinin meydana geldiği an oluşturmaktadır. Keza, sona erme anından itibaren devam klozunun varlık nedeni ortadan kalkar. Ortaklar, ortaklığın sona ermesine engel olamamışlardır. Bu andan itibaren devam klozu, yerini devam kararına bırakacaktır. Yine, ortakların belirli bir sona erme sebebi için öngördüğü devam klozu, ortaklığın başka nedenlerle sona ermesinden ötürü anlamını yitirebilir¹⁴⁴. Örneğin ortaklık sözleşmesine, ortaklardan birinin iflası halinde ortaklığın müflis ortak olmaksızın devam edeceği yönünde bir kayıt konulmuş olmasına rağmen, ortaklığın, ortaklardan birinin kısıtlanması sebebiyle sona ermesinde durum böyledir.

Ortaklığın devamı, en az iki kişinin ortaklıkta kalmasına bağlıdır. Yani, ayrılma neticesinde ortak sayısı bire düşüyorsa, adi ortaklık zorunlu olarak sona erer. Zira,

¹⁴¹ Bu yönde bk. **Bollmann**, s. 28.

¹⁴² Benzer yönde bk. Serdar Hızır, “6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. III, Ankara, 2011, s. 2849.

¹⁴³ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 28.

¹⁴⁴ Bu hususta kolektif ortaklıklar açısından bk. Norbert Horn, **Heymann Handelsgesetzbuch Kommentar (ohne Seerecht), Band 2 Zweites Buch**, 2. Aufl, Berlin New York, 1996 (Anılış: Heymann/İlgili bölüm yazarı), HGB § 138, Rz. 2.

sermaye ortaklıklarının aksine şahıs ortaklıklarında tek adam ortaklığına cevaz verilmemektedir¹⁴⁵.

C. Devam Kararı

Ortaklık sözleşmesine konulmuş bir devam klozu, ortakların, ortaklığın dağılma tehlikesine karşı dikkatli ve bilinçli olduklarını gözler önüne serer. Çünkü ancak bilinçli ve titiz bir ortak, gelecekte ortaya çıkması muhtemel riskleri önceden görür ve ona karşı çeşitli savunma mekanizmaları geliştirir. Fakat, bazen öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, o durumun öngörülmesi yaşamın olağan akışı içinde oldukça zordur. İşte böyle hallerde ortaklığın tasfiye aşamasına girmesi de – doğal olarak- kaçınılmazdır. Ortakların ortaklığı sürdürmede menfaatleri bulunduğu sürece, bu durumun kabul edilemez olduğu açıktır. İşte tasfiye aşamasına girmiş bir adi ortaklığı kurtarmanın tek yolu, devam kararı alınmasıdır. Devam kararı sayesinde ortaklık, tasfiye sürecinden kurtularak yeniden aktif bir ortaklığa (*werbende Gesellschaft*) dönüşür.

Devam kararı, hukuki işlemin bir türü olarak, ortakların tümünün oy birliği ile alınır. Keza, tasfiye aşamasındaki ortaklığın yeniden eski durumuna dönmesi ortaklığın yapısına yönelik önemli bir müdahale niteliğindedir. Kararın, ortakların devam iradesini açıklıkla ortaya koyması gerekir.

BGB § 736 düzenlemesi lafzen yorumlandığı takdirde, ortakların devam kararı almalarının mümkün olmadığı yolunda bir çıkarım yapılabilir. Zira, anılan hükümde “*ortaklık sözleşmesinde...yönünde bir belirleme mevcutsa...*” gibi bir ifade kullanılmıştır. Bu da bizi, devam klozu öngörülmediği takdirde ortaklığın ayakta tutulmasının mümkün olmadığı şeklinde bir sonuca ulaştırabilmektedir. Halbuki, ortaklık sona erdikten sonra dahi ortakların ortaklığı devam ettirmede çıkarları bulunabilir. Kanaatimizce önemli olan bu noktadır. Aksi halde, sırf önceden önlem almadıkları gerekçesiyle ortakların ortaklığın sona ermesine ve hukuki varlığını yitirmesine katlanmaları gerekecektir ki, böyle bir çözüm tarzı tatmin edici olmaktan uzaktır.

¹⁴⁵ Nitekim bk. Julius von Staudinger, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 12. Aufl, Berlin, 1991 (Anılış: Staudinger/ilgili bölüm yazarı 12. Aufl), BGB § 736, Rz. 1.

Devam kararı, kanaatimizce en geç tasfiye payları dağıtılincaya, yani ortaklık malvarlığı ortaklar arasında paylaştırılincaya değin alınabilir. Keza, tasfiye paylarının dağıtılmasını takiben adi ortaklığın hukuki varlığı son bulur (*Vollbeendigung*).

Devam kararı, ortaklığı adeta diriltmesi itibariyle bir nevi “can simidi” işlevi görmektedir. Çünkü ortaklardan, bütün rizikoları önceden tahmin edip ona göre sözleşme hazırlamaları beklenemez. Kısacası, bazı sona erme sebepleri ortakları hazırlıksız yakalayabilir. Örneğin bir ortağın kısıtlanması, hatta iflası kanımca önceden tahmini güç olgulardır. Olaya iflas açısından bakıldığında, hiçbir ortaklık mali durumu bozuk, hatta ödeme güçlüğü çeken bir kimseyi ortak olarak almak istemeyecektir. Kaldı ki, adi ortaklığa hâkim ağır sorumluluk rejimi de ortaklığa alınacak kimselerin finansal durumlarının iyi olmasını gerektiren bir etkidir. Dolayısıyla bir ortağın iflası, diğer ortaklar için genellikle sürpriz bir gelişme olacaktır. Aynı durum kısıtlanma için de geçerlidir. Devam kararı işte tam da böyle zamanlarda ortaklığı aktif ticari yaşama yeniden taşımaktadır. Bu da onun, devam klozuna nazaran çok daha işlevsel bir niteliğe sahip olduğunu göstermektedir.

Devam kararının -kural olarak- oybirliği ile alındığını yukarıda belirttik. Ancak bazı olasılıklarda, oy birliğinin sağlanmasının güç olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, müflis ortağın ortaklıktan çıkarılması için öncelikle devam kararı alınması gerekecektir. Bu, çıkarmanın ön koşulunu teşkil eder. Ancak, bu devam kararının iflas idaresi ile alınması gerekse de kanaatimizce ortaklıktan çıkarılması istenen ortağa oy hakkı tanınmaması yerinde olur. Çünkü ortaklıktan çıkarılmak istenen ortağın, devam kararına (kendisi olmaksızın ortaklığın devamı yönündeki karara) olumlu oy verme ihtimali oldukça düşüktür. Bu tip varyasyonlarda, ilgili ortak dışındaki diğer ortakların oy birliği aranmalıdır. Çünkü ortaklıktan uzaklaştırılması planlanan ortağın, ortaklıktan ayrılmamak için geçerli sebepleri bulunabilir. Bu durum asla göz ardı edilmemelidir. Aksi takdirde, ilgili ortak olumlu oy vermemek suretiyle ortaklığın devamını kolaylıkla engelleyebilir. Onay vermekten kaçınan ortağın, sadakat yükümünü ihlal ettiği gerekçesiyle sonradan ortaklıktan çıkarılması da tatmin edici bir çözüm getirmez¹⁴⁶. Çıkarılacak ortağın oy hakkından yoksun kılınması, en rasyonel ve mantıklı çözümdür.

¹⁴⁶ Devam kararına onay vermekten kaçınan ortağın, sadakat yükümünü ihlal ettiği gerekçesiyle ortaklıktan (tam değerli ayrılma payı karşılığında) ayrılmakla yükümlü kılınabileceği hususunda bk. Mathias Habersack ve Carsten Schäfer, **Das Recht der OHG**, 2. Aufl, Berlin, 2019 (Anılış:

D. İki Kişilik Adi Ortaklıkta Devam Klozu veya Kararı?

Bilindiği üzere, adi ortaklığın faaliyetlerini sürdürebilmesi için, en az iki ortağın bulunması şarttır. Çünkü kişi ortaklıklarına, henüz aşılammış bir prensip egemendir: *Tek adam ortaklığı yasağı*. Bu doğma halen öyle katı bir biçimde yorumlanmaktadır ki, adi ortaklıkta ortak sayısı bire düştüğü takdirde ortaklığın tasfiye aşamasına girmesi kaçınılmaz olarak görülmektedir! Dolayısıyla, devam klozunun kararlaştırıldığı veya kararının alındığı esnada ortaklıkta en az üç ortak bulunması zorunludur! İki ortak mevcutsa, bu bir devralma klozu (*Übernahmeklausel*) olarak ele alınabilir. Örneğin, iki ortaktan biri diğerini ortaklıktan çıkarıp tek kişi işletmesi biçiminde sürdürmeyi planlıyorsa, devam klozu *devralma klozu* olarak yorumlanabilir. Keza, ortaklardan birinin çıkarılması neticesinde ortaklık sona erer. Devralan ortak, diğer ortağa hiç kuşkusuz ayrılma payı ödemekle yükümlü olacaktır. Ortaklık mülkiyetindeki mallar artık devralan ortağın mülkiyetine geçer (*Anwachsung* yoluyla).

IV. ADİ ORTAKLIKTA ÇIKMA

A. Ön Açıklamalar

Çıkma, en yalın tanımıyla, bir ortağın ortaklıktan kendi isteğiyle ayrılmasını ifade etmektedir. Ancak ortağın ortaklıktan ayrılmak istemesi, çıkmanın hüküm ve sonuç doğurması için yeterli değildir. Çıkmayı planlayan ortak, ortaklığa yönelteceği tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla bunu dışa vurabilir. Çıkma, ortak ile ortaklık arasındaki hukuki bağı kesmesi itibariyle *bozucu yenilik doğuran* haklar kategorisine girmektedir¹⁴⁷. Çıkmanın etkilerini yaratabilmesi, çıkma beyanının diğer bütün ortaklara ulaşmasına bağlıdır. İrade beyanlarının sonuç doğurmasında

Habersack//Schäfer/ilgili bölüm yazarı), HGB § 131, Rz. 68. Ancak bu yaklaşıma, normal şartlarda katılmak mümkündür. Zira ortaklık menfaatinin ön planda tutulmasını buyuran sadakat yükümlülüğü, ortakların ortaklığın devamına onay vermelerini zorunlu kılar. Buna rağmen onay vermekten kaçınan bir ortağın, sadakat yükümüne aykırı hareket ettiği açıktır. Ayrıca, ortaklığı sona erdirmeye amacı güden bir ortakla diğer ortakların uyum içinde çalışması düşünülemez. Kısacası sadakat yükümü burada ortaklara bir seçme hakkı sunmaktadır: Ortak, ya ortaklığın devamına rıza gösterecek ya da ortaklıktan ayrılacaktır.

¹⁴⁷ Benzer yönde bk. **Bollmann**, s. 54. Yine, aynı gerekçeyle *Sanwald* de burada “bir hakkı ortadan kaldıran yenilik doğuran hak”tan (*rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht*) söz edilebileceği görüşündedir. Bk. *Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Zürich, 2009, s. 52.

benimsenen “varma teorisi” burada da geçerlidir. Diğer ortakların hakimiyet alanlarına ulaşmamış bir beyanın hukuki etkilerini gösterdiğinden söz edilemez. Çıkma beyanının örneğin ortakların iş yerlerindeki posta kutularına atılması, varma şeklinde yorumlanabilir. Yenilik doğuran haklara ilişkin temel ilkeler çıkma hakkı için de geçerlidir. Bu kapsamda, ortaklıktan çıkma hakkını kullanan ortağın bu hakkını tek taraflı biçimde geri alması mümkün değildir¹⁴⁸. Yine, çıkma beyanının icrası şarta bağlanamaz. Burada dikkat edilmesi gerekli husus, çıkmaya neden olan olguların veya durumların değil, bizzat çıkma beyanının icrasının şarta bağlanmadığıdır. Yoksa, ortaklar sözleşmeyle çıkmayı birtakım koşulların varlığına bağlı kılabilirler.

Yenilik doğuran beyanlar herhangi bir şekle tabi değildir. Yani sözlü olarak dahi yapılabilir. Ancak taraflar sözleşmeyle bunun aksini kararlaştırabilirler: Örneğin inşai beyanın kime veya hangi adrese gönderilmesi gerektiği, beyanın yazılı olarak mı yoksa iadeli taahhütlü mektupla mı yapılacağı; yine, çıkma veya çıkarma hakkının dava yoluyla mı icra edileceği vb. *Sanwald*, ispat kolaylığı bakımından çıkma beyanının iadeli taahhütlü mektupla gönderilmesini önermektedir¹⁴⁹.

Çıkmanın şartlarına uyulup uyulmadığı hususu, mahkemeye taşınsa dahi çıkmanın hüküm doğurduğu an olarak beyanın muhataba vardığı an kabul edilir¹⁵⁰.

B. Kanuni ve Sözleşmesel Çıkma Hakkı

1. Kanuni Çıkma Hakkı

Çıkma hakkı, ortağa tanınan çıkma hakkının kaynağı kıstas alınarak, “kanuni ve sözleşmesel çıkma” şeklinde ikili ayrıma tabi tutulabilir. Çıkma hakkının ortaklara bizzat kanunla bahsedildiği hallerde kanuni; bu hakkın ortaklık sözleşmesiyle tanındığı durumlarda ise sözleşmesel çıkma hakkının varlığından söz edilir. İsviçre hukukunda kişi ortaklıkları bakımından kanuni çıkma hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda bir kişi ortaklığı ortağının ortaklıktan çıkabilmesi, sözleşmede bu yönde bir kayıt bulunmasını gerektirmektedir. İsviçre ortaklıklar

¹⁴⁸ Yoksa, çıkma beyanının geri alınması (*Widerruf*) olanaklıdır. Öneri ve kabul beyanlarının geri alınmasında geçerli temel prensip (OR Art. 9/1, TBK m. 10/1) burada da devreye girer. Bk. *Sanwald*, s. 52.

¹⁴⁹ Bk. *Sanwald*, s. 51- 52.

¹⁵⁰ Bu hususta bk. *Sanwald*, s. 52.

hukukunda kanuni çıkma hakkı yalnız limited ortaklıklar¹⁵¹ (OR Art. 822 vd -TTK m. 638/2) ve kooperatifler (OR Art. 842 vd) için öngörülmüştür. Ancak kanımızca şahsi unsurları, karşılıklı güven esasını bünyesinde taşıyan; ortaklar arası dayanışmanın ortaklığın itibarına etki ettiği adi ortaklıkta, çıkma hakkının düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktaydı. Zira kimse, içinde yer almak istemediği bir hukuki ilişkide kalmaya zorlanamaz. Bunun hukuk düzeninin arzu ettiği bir çözüm olduğu tezi de öne sürülemez. Dolayısıyla çıkma hakkının sözleşmede bulunmadığı olasılıklarda, nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusu kaçınılmaz olarak gündeme gelecekti. Ortağın önünde çıkmayla benzer etkiler doğuran ilk alternatif ortaklık payının devridir ki, aksi kararlaştırılmadıkça diğer tüm ortakların rızalarını gerektiren hukuki bir işlemdir. Tek bir ortağın onay vermemesi dahi işlemi ortaklık nezdinde geçersiz kılacağından, payın devri kurumunun meseleye sağlıklı bir çözüm getirmediği ortadadır. Ortağın elindeki en güçlü silah, kuşkusuz fesih hakkıdır. Ancak bu kez de fesih beyanına muhatap olan diğer ortakların ortaklığı sürdürmedeki menfaatleri zedelenecektir. Tüm bu sebeplerle, adi ortaklıkta kanuni çıkma hakkının pozitif düzenlemeye kavuşturulması ciddi bir boşluğu doldurmuştur.

Türk Ticaret Kanunu'nun kollektif ortaklığa dair muhtelif maddelerinde, ortağın çıkmasıyla ilgili birtakım ifadeler rastlanmaktadır (ör: TTK m. 259, 260, 261, 262, 263). Ne var ki, bu hükümlere bakıldığında, kanun koyucunun yasal çıkma hakkını mı yoksa sözleşmesel çıkma hakkını mı düzenlediği anlaşılmamaktadır.

Kanuni çıkma hakkının en büyük avantajı, diğer ortakların rızalarının aranmaması noktasında yatmaktadır. Bir ortağa yasal olarak bahşedilen çıkma hakkının kullanılmasında, diğer ortakların iradeleri herhangi bir rol oynamaz. Hatta, çıkmanın sözleşme değişikliği yarattığı doğması burada uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle, TBK m. 633'de düzenlenen hakkın çıkma hakkı olduğu kanaatine varıldığı takdirde ortak, diğer ortaklarca rıza verilmesine gerek kalmaksızın ortaklıktan çıkabilir. Böylece kanun koyucu, ortaklıktan ayrılmak isteyen ortağın iradesine öncelik verdiğini ortaya koymaktadır.

Öğretide *Şener*, kollektif ortaklıklara ilişkin açıklamalarında, sözleşmesel çıkma hakkının tanınmamasına rağmen bir ortağın ortaklıktan çıkabileceğini

¹⁵¹ Burada dikkat edilmesi gerekli ayrıntı, çıkma hakkının inşai bir beyanla değil, aksine inşai bir dava yoluyla kullanılacağıdır (OR Art. 822/1).

belirtmektedir. Yazara göre, bir kollektif ortak tüm ortakların oybirliği ile alacakları kararla ortaklıktan çıkabilir. Yazar, ortağın ortaklıkta kalması katlanılamaz hale gelse dahi, tek taraflı iradesiyle ortaklıktan ayrılamayacağını iddia etmektedir¹⁵². Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, sürekli hukuki ilişkilerde hiç kimse kendi *kişiliğini ve ekonomik özgürlüğünü* kısıtlayıcı durumlara katlanmak zorunda değildir. Bunlar, hukukun koruduğu üstün değerlerdir ve gerektiğinde ortaklıklar hukukunun temel ilkeleriyle çelişmeler de öncelikli olarak uygulanmalıdır. Çıkmanın salt sözleşme değişikliği olarak ele alınıp ortağın ortaklıkta deyim yerindeyse tutsak edilmesi asla kabul edilemez. Kısacası bize göre, sözleşmede bu doğrultuda herhangi bir kayıt bulunmasa bile, bir ortak çıkma sebeplerinin varlığı halinde tek taraflı bir irade açıklamasıyla ortaklıktan ayrılabilir. Keza, işletmenin mümkün olduğunca ayakta tutulmasına ilişkin prensip de bizi fesih değil, çıkma hakkının kullanılmasından yana bir tutum takınmaya itmektedir.

Adi ortaklıkta kanuni çıkma hakkının açıkça düzenlenmesi ile birlikte (TBK 633) bu husustaki boşluk büyük ölçüde doldurulmuştur. Ne var ki, kollektif ve adi komandit ortaklık açısından, yukarıdaki açıklamalarımız geçerliliğini korumaktadır.

2. Sözleşmesel Çıkma Hakkı

Sözleşmesel çıkma hakkı, ortağa sözleşmeyle bahşedilen çıkma hakkı anlamına gelir. Bu hakkın ortağa verilmesi için tüm ortakların rıza göstermeleri gerekir. Keza çıkma, sözleşme değişikliği olarak nitelenmektedir. Ortakların alacağı kararlarda çoğunluk prensibi benimsendiği takdirde, bunun sözleşmesel çıkma hakkını da kapsayacağı açıktır. Sözleşmesel çıkma hakkı, ortaklık sözleşmesiyle bazı şartlara bağlanabilir. Bu gibi durumlarda çıkma hakkının kullanılabilmesi, şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Şart, geciktirici veya bozucu şart şeklinde olabilir.

Sözleşmesel çıkma hakkı tanınan ortağa, bazen de bu hakkını kullanması için süre verilebilir. Çıkma hakkının 3 ay önceden kullanılmasında olduğu gibi.

Sözleşmesel çıkma hakkını kullanan ortağa karşı diğer ortaklar, çıkmanın şartlarının yerine gelmediği gerekçesiyle dava açabilirler. Şüphesiz bu dava bir tespit

¹⁵² Bk. Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 248-249.

davası niteliğini haizdir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı ve dolayısıyla organsal temsili söz konusu olmadığından, bu davayı diğer ortakların zorunlu dava arkadaşı olarak birlikte açmaları gerekir. Eğer ortaklardan biri veya birkaçı davaya katılmamışsa, hâkim davayı hemen reddetmemeli, bu usuli eksikliğin giderilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Verilen süre içinde, dava açmayan ortakların davaya katılımı sağlanamadığı takdirde hâkim davayı usulden reddedecektir.

Gerek kanuni gerekse sözleşmesel çıkma hakkının tıpkı fesih hakkı gibi uygun olmayan zamanda kullanılmaması gerekir. Dürüstlük kuralına aykırı surette kullanılan çıkma hakkı, hukuk düzenince korunmaz. Yani ortağın çıkma hakkını kullanırken amaçladığı hukuki sonuç gerçekleşmez. Ortaklık, ortağın çıkma hakkını uygun olmayan zamanda kullanması nedeniyle zarara uğramışsa, çıkma beyanında bulunan ortak bunu tazmin etmekle yükümlüdür¹⁵³. Hatta söz konusu durum, ihlalin ağırlığına göre¹⁵⁴ ortağın ortaklıktan çıkarılması bakımından haklı sebep teşkil edebilir.

Sözleşmesel çıkma ile ayrılma sözleşmesinin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Ortaklık sözleşmesinde, bir ortağın belirli olguların gerçekleşmesi halinde ortaklıktan kendiliğinden ayrılacağı öngörülmüş olabilir. İşte biz bu tip sözleşmeleri ayrılma sözleşmesi olarak adlandırmaktayız. Örneğin, bir ortağın 65 yaşına geldiğinde ortaklıktan ayrılacağı öngörülmüşse burada sözleşmesel çıkma hakkından söz etme imkânı yoktur. Çünkü burada teknik anlamda bir çıkma hakkı bulunmamaktadır. Çıkma hakkından söz edebilmek için, tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması gereklidir. Hâlbuki ayrılma sözleşmesinin tarafı herhangi bir irade beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın, otomatik olarak ortaklıktan ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu tip karakterli sözleşme kayıtlarının “çıkma hakkı” şeklinde nitelendirilmesi doğru değildir.

3. Çıkma Hakkının Kullanımı ile Ayrılma Payı Arasındaki İlişki

Gerek kanuni (TBK m. 633) gerekse sözleşmesel çıkma hakkı bakımından, hakkın ortaklık açısından uygun zamanda kullanılması önem taşır. Dolayısıyla tıpkı fesih hakkında olduğu gibi, uygun olmayan zamanda çıkma hakkı kullanan ortak,

¹⁵³ Benzer yönde bk. **Bollmann**, s. 56.

¹⁵⁴ Çünkü kanaatimizce, çıkma hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması her şeyden önce sadakat yükümünün ihlali anlamını taşımaktadır.

ortaklığın bu sebeple uğradığı zararı gidermekle yükümlü olur. Ortağa yöneltilen tazminat davası kabul edildiği takdirde, tazminat tutarının ayrılma payından indirilmesi mümkündür. Ayrılan ortağın, ayrılma payının ödenmesi amacıyla diğer ortaklara karşı açtığı eda davasında hâkim, söz konusu tazminat davasında alınacak kararı bekletici mesele yapabilir.

Çıkma hakkının, koruyucu bir hak niteliği taşıması itibariyle sözleşmeyle sınırlandırılması veya kaldırılması olanaklı değildir. Bu yasağın içeriğine, çıkma hakkının kullanılmasını dolaylı olarak sınırlayan anlaşmalar da dahildir. Ortaklar, ortaklık sözleşmesine ekleyecekleri bir hükümle çıkma hakkını kullanan ortağın ayrılma payını kısıtlamak, hatta kaldırmak isteyebilirler. Bu tip sözleşmesel düzenlemeler, ilgili ortağın ortaklıktan ayrılmasını fiilen imkânsız kılabilir. Yani sırf bu düzenlemenin varlığından ötürü, ilgili ortak çıkma hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Bu durumun ahlaka aykırılık teşkil ettiği açıktır. Dolayısıyla, ortaklık sözleşmesiyle öngörülen bu tür düzenlemeler geçersizlik yaptırımına tabidir. Hem çıkma hakkının hukuki niteliği hem de söz konusu anlaşmaların ahlaka aykırılığı bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Keza böyle durumlarda ayrılma payı, deyim yerindeyse *ortakları caydırıcı bir silah* olarak fonksiyon görmektedir. Gerçekten de kendisine kanunen veya sözleşmeyle bahşedilen bir hakkı kullanan ortağın, en önemli mali hakkından yoksun bırakılması ahlak kurallarıyla bağdaştırılmaz.

Çıkma hakkının, bilhassa haklı sebeple çıkma hakkının ortaklığın finansal darboğazdan geçtiği bir dönemde kullanılması halinde diğer ortakların birtakım tedbirler almaları, ortaklığın finansal geleceğinin tehlikeye atılmaması bağlamında büyük öneme sahiptir. Bu önlemlerin başında ise kuşkusuz, ayrılma payının ödenmesi ile bağlantılı düzenlemeler gelmektedir. Özellikle, ayrılma payının taksitler biçiminde ödenmesi bu kapsamda düşünülebilir. Ancak taksit sayıları belirlenirken, ayrılan ortağın ekonomik menfaatlerinin de tamamen göz ardı edilmemesi gerekir. Aksi takdirde, ayrılan ortağın ekonomik kayıplara uğraması muhtemeldir. Yine, ayrılma payı miktarının azalması sonucunu doğuran “*defter değeri*” klozlarına da cevaz verilemez. Keza biz ayrılma payının *gerçek değere göre* belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

4. İki Kişilik Adi Ortaklığın Arz Ettiği Özellik

Adi ortaklık, en az iki kişiden oluşması gereken bir kişi birliğidir. Bu kişi birliğinin şahsa bağlı yapısı onun tek kişiyle kurulmasına engel teşkil eder. Tüm diğer şahıs şirketlerinde olduğu gibi adi ortaklıkta da ortak sayısı tek kişiye düştüğü takdirde ortaklık sona ererek tasfiye aşamasına girecektir. İşte bu durum, iki kişilik adi ortaklıkta çıkma hakkının kullanılması açısından büyük bir öneme sahiptir. Yani, her ne kadar çıkan ortağın iradesi ortaklığın kendisi olmaksızın sürdürülmesi yönünde olsa da, hukuki sonuç çözümlenme ve tasfiye şeklinde gerçekleşecektir. Burada, ortaklık bağı koparmak isteyen ortak ile ortaklığın devamından yana tutum takınan diğer ortağın menfaatleri birbirine karşıttır. Dolayısıyla, ne tür bir hareket tarzının benimsenmesi gerektiği noktasında, menfaatler tartılmalı ve terazide ağır basan menfaate üstünlük tanınmalıdır. Keza iki kişilik adi ortaklıkta dengeler oldukça hassas nitelik taşıdığından, titiz davranılmasında yarar vardır. Kuşkusuz, sadakat yükümlülüğü bu konuda da yol gösterici bir fonksiyon icra eder. Taraflardan hangisinin menfaatinin feda edileceği noktasında, sadakat yükümüne uygun davranılıp davranılmadığı meselesi pek çok yerde belirleyici bir rol oynayacaktır.

İki kişiden oluşan adi ortaklıkta taraflar, ortaklığın sona ermesini engelleyici nitelikte çeşitli düzenlemeler yapabilir. Bu kapsamda, çıkma hakkının kullanımına sınır getirilmesi veya hakkın kullanımının yasaklanması akla gelebilir. Kanaatimce çıkma hakkı emredici bir koruyucu haktır. Bu hakkın içeriği ortaklık sözleşmesiyle genişletilebilir, ancak daraltılamaz. Hakkın kullanılmasını zorlaştıran tüm kayıtlar (klozlar) hükümsüzdür.

Bize göre, iki kişilik bir adi ortaklıkta çıkma hakkının kullanımı bağlamında fesih bildirim süresi ile eşdeğer süreler öngörülmesi olanaklıdır: Örneğin, sözleşmeyle çıkma hakkının 6 ay önceden kullanılması zorunluluğu getirilebilir. Böylelikle çıkma beyanına muhatap olan diğer ortak, zaman kazanacak ve çıkma hakkının yaratacağı olumsuz durumu ortadan kaldırma fırsatı bulabilecektir. Örneğin, diğer ortak bu 6 aylık süre içerisinde ortaklığa yeni bir ortak alabilme şansı yakalayabilecektir. Kanaatimce, daha baştan iki kişiyle kurulmuş adi ortaklıklar bakımından böyle bir bildirim süresi kararlaştırılması yerinde olur. Bildirim süresinin aşırı uzun olması halinde, geçerliliği koruyucu redüksiyon yöntemi devreye girecek ve süre, TBK'da

olağan fesih hakkı için düzenlenen 6 aylık makul süreye (TBK m. 640/1) çekilecektir. Yani burada kısmi geçersizliğin bir görünüm biçimi söz konusudur¹⁵⁵.

Ortaklık sözleşmesine, çıkma hakkının kullanımını dolaylı olarak güçleştiren maddeler konulabilir. Bunların başında, çıkma halinde ayrılan ortağa ödenecek ayrılma payının sınırlanması veya kaldırılması olasılığı gelmektedir. Ayrılma payının sınırlanması veya kaldırılması, çıkma hakkının kullanımı için gerekli şartların varlığına rağmen ortağın ortaklıkta kalması gibi adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Dolayısıyla, bu türden kayıtların butlan yaptırımına tabi tutulması gerekir. Ortaklıktan ayrılmak isteyen ortağın en önemli mali hakkını (ayrılma payı) elinden alan sözleşme kayıtlarına geçerlilik bahsedilemez.

Yine, iki kişilik bir adi ortaklıkta, ortaklardan birinin çıkması halinde devralma hakkının kullanılması mümkün olabilmelidir. Sözleşmede devralma hakkının öngörülmesi, adi ortaklığın tasfiyesiz sona ermesi hususunda taraf iradelerinin uyduğu ortaya koymaktadır. Kollektif ortaklığın aksine (TTK m. 257, OR Art. 579, HGB § 142 aF) adi ortaklıkta devralma hakkı, dava yoluyla değil, aksine inşai bir beyanla icra edilir. Yani çıkma hakkının kullanılması, devralma sonucunun doğumu bakımından tek başına yeterli değildir. Devralma hakkına sahip ortağın, ortaklık veya işletme malvarlığını üzerine aldığı açıkça dışa vurması gerekir. Diğer tüm yenilik doğuran haklarda olduğu gibi devralma hakkı da tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır.

Ne var ki devralma hakkı bazı durumlarda “düşer”. Bu gibi varyasyonlar genellikle dürüstlük kuralının bir görünümü olan “çelişik davranış yasağı” ile ilintilidir. Örneğin, sadakat yükümüne aykırı davranışlarıyla ortağı ortaklıktan ayrılmaya sevk eden diğer ortağın devralma hakkını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu tip hallerde, diğer ortak devralma hakkını kullansa dahi onun arzu ettiği hukuki sonuç gerçekleşmez.

¹⁵⁵ Nitekim geçerliliği koruyucu redüksiyonun, kısmi hükümsüzlük öğretisinin bir parçası olduğu yönünde bk. Herbert Roth, “Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht”, **JZ**, S. 9, 1989, s. 411.

5. Haklı Sebepçe Çıkma

a. Genel Olarak

TBK 633’de sayılan haller dışında, bir ortağın adi ortaklıktan çıkabilmesi, sözleşmesel bir dayanağın varlığını zorunlu kılar. Ancak, bir ortağın ortaklıkta kalmasını katlanılamaz hale getiren birtakım olay veya olguların varlığına rağmen sırf çıkma hakkının sözleşme değişikliği olarak algılanışı sebebiyle ortağın ortaklıkta kalmaya mecbur bırakılması kabul edilemez. Ne yazık ki öğretide, İsviçre hukukundaki görüşlerin etkisiyle, haklı sebeplerin varlığı durumunda dahi bir ortağın ortaklıktan çıkması için sözleşmesel bir temel aranmaktadır. Öğretideki bu katı tutum henüz aşılabilmiş değildir. Ancak, şahıs şirketlerinde *haklı sebeple fesih* gibi olağanüstü bir mekanizmayı öngören hukuk düzeninin haklı sebeple çıkmaya olumsuz yaklaştığı, inandırıcılıktan uzak bir iddiadır. Çünkü, çoğun içinde az da vardır ilkesi gereğince, fesih gibi ortaklık açısından oldukça zahmetli ve ekstrem bir tedbire yer veren Kanun koyucunun, haklı sebeple çıkma gibi ortaklık bakımından hiçbir zahmet yaratmayan- ayrılma payı ile ilgili meseleler haricinde- bir hakkın kullanımına izin vermemesi eşyanın doğasına aykırı düşer.

Adi ortaklık, birbirine güvenen, iş birliği zemininde hareket eden kişiler arasında kurulan bir şahıs ortaklığıdır. Ve ortaklık olması itibariyle, sürekli borç ilişkisi niteliğini haizdir. Bütün sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi adi ortaklıkta da taraflardan birinin hukuki ilişkiyi haklı sebeple sona erdirme yetkisi bulunmaktadır¹⁵⁶. İşte, ortaklardan birinin haklı sebeplerin varlığına dayanarak ortaklıktan ayrılmak istemesinin özünde de ortaklığın bu sürekli borç ilişkisi niteliği yatmaktadır. Haklı sebeple çıkma, kanuni çıkma hakkından farklı olarak çok çeşitli sebeplere veya varyasyonlara dayanabilir. Ancak, klasik deyimle “*haklı sebebin genel geçer veya kesin bir tanımını vermek olanaksızdır*”. Haklı sebep, somut olaya göre değişkenlik gösteren belirsiz bir hukuki kavramdır. Şahıs ortaklıkları hukukunda haklı sebep,

¹⁵⁶ Bu anlamda, Alman Medeni Kanunu’ndaki düzenleme, Türk ve İsviçre hukuklarından bir adım öndedir. BGB § 314 uyarınca, taraflardan her biri bir sürekli borç ilişkisini haklı sebeple sona erdirebilir. Daha önce çeşitli sözleşme tipleri için benimsenen haklı sebeple fesih olanağı, 01. 01. 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku’nun Modernizasyonu Hakkında Kanun ile genel nitelikli bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

esasen fesih davası, yönetici- temsilcilerin azli, çıkarma vb. durumlarda işlerlik kazanmaktadır. Haklı sebeple çıkmaya ilişkin olarak gerek Alman gerekse Türk-İsviçre şahıs ortaklıkları hukukunda açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre ve Türk hukukunda egemen görüş, sözleşmeyle öngörülmediği takdirde bir ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkamayacağı yönünde gelişmiştir¹⁵⁷. Hatta Yargıtay da hâkim görüşten yana tutum takınmıştır. Yüksek Mahkeme'nin 08. 07. 2013 tarihli içtihadına göre, ortaklık sözleşmesinde çıkma hakkı açıkça öngörülmemişse, ortağın haklı sebeple çıkma hakkı bulunmamaktadır. Kararın özeti şu şekildedir¹⁵⁸:

“ ...Mahkemece, TTK'da kollektif şirkete ilişkin düzenlemeler kapsamı içerisinde haklı nedenlere dayalı olarak şirket ortaklığından çıkmaya izin verilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmediği, taraflarca ana sözleşmede bu tarzda ortaklıktan çıkmaya izin verilmesi şeklinde hükümler düzenlenmesinin mümkün olduğu, ancak ana sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme olmadığı, bu nedenle ortaklık çekilemez bir hal olsa dahi- burada ortaklıktan kasıt ortaklık ilişkisidir- ortaklıktan *çıkartılmasına* izin verilmesi- bu ifade tarzı, ayrılmanın bir diğer türü olan çıkarma ile karıştırılabilir- şeklinde bir dava açılmayacağı gerekçesiyle anılan talebin reddine... karar verilmiştir...”

Halbuki haklı sebeple fesih davası açmaya yetkili ortağın, adi ortaklıktan çıkmak için haklı sebeple çıkma davası açması da mümkün olabilmelidir. *Selekler*'in de altını çizdiği üzere, bu çözüm tarzı menfaatler dengesi ile de uyumludur¹⁵⁹. Yazara göre, ETTK m. 187'ye dayanarak ortağın ortaklığın feshini mahkemeden isteyebileceği hallerde, bu sonucun yalnızca kendisi için gerçekleşmesi yönünde bir talepte bulunabileceği sonucu ortaya çıkar. Yani, fesih davası açabilen ortak, yine ETTK m. 187'e dayanarak mahkemeden haklı sebeple çıkma talebinde bulunabilecektir. Yazar ayrıca, ortağın- egemen görüş doğrultusunda- sadece haklı sebeple feshe yönelmesi durumunda ortaklığın, yıllar boyunca devam edecek tasfiye aşamasına sürükleneceğini, bu süreçte ortaklığın ekonomik kayıplara uğrayacağını –

¹⁵⁷ Bu yerleşmiş kanaatin adil olmadığı yönünde kollektif ortaklık açısından bk. Ferit Selekler, “Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması”, **İÜHFİM (Ord. Prof. Ernst Hirsch'e Armağan Özel Sayı)**, C. XLII, S. 1- 4, 1977, s. 444.

¹⁵⁸ Bk. 11. HD, 08. 07. 2013 tarih, E. 2012/11825, K. 2013/14636. Kararın kısa özeti için bk. Batider 2013, C. XXIX, S. 3, s. 435, 436.

¹⁵⁹ Bk. **Selekler**, İÜHFİM, s. 444.

haklı olarak- dile getirmektedir. Yazarın bu görüşünün adi ortaklıkta uygulanmaması için geçerli hiçbir sebep yoktur. Keza, adi ortaklıkta menfaatler durumu kollektif ortaklıktakiyle benzeşmektedir. Üstelik, TBK m. 633 ile çıkma hakkının açıkça düzenlenmesi de bu kanaatimizi destekler niteliktedir. Zira, hükümde sayılan olguların bir kısmı haklı sebep olarak değerlendirilebilir.

Bir ortağın ortaklıkta kalmasını katlanılmaz kılan olguların yalnızca diğer ortakların şahsında meydana gelmiş olması şart değildir. Objektif sebeplerin varlığında da bir ortak ortaklıktan haklı sebeple çıkmak isteyebilir. Kanaatimizce haklı sebepler şöyle bir ayrıma tabi tutulabilir: a) Diğer ortaklardan birinin, belirli kısmının, hatta tamamının şahsında gerçekleşen sebepler. Örneğin, yönetici ortakların karlılık ve verimlilikten uzak işletme politikaları izlemeleri, ortaklık yönetiminde belirli bir grup veya kesime ayrıcalıklar tanınması, yönetici ortakların kendilerine düşen ana yükümlülükleri yerine getirmemeleri, kötü yönetim sebebiyle ortaklığın devamlı zarar etmesi veya ortaklık paylarının değerlerinin düşmesi, ortaklar arasındaki kişisel hırs ve gerilimler nedeniyle ortaklığın ticari itibarının, buna paralel olarak piyasadaki değerinin azalması, ortaklardan birinin diğer ortaklara devamlı kötü muamelede bulunması (hakaret, psikolojik eziyet gibi) vb. Sebeplerin artırılması mümkündür¹⁶⁰. b) Doğrudan doğruya diğer ortaklara ilişkin olmayıp ortaklığı ilgilendiren meseleler (*sachliche Gründe*). Örneğin, ortaklığın sürekli olarak zarar etmesi ve payların değerinin düşmesi, ortaklık amacına ulaşılmasının olanaksız hale gelmesi, ekonomik kriz vb. faktörlerden ötürü ortaklığın müşteri çevresinin daralmaya başlaması vb. Haklı sebeple çıkmanın, haklı sebeple çıkarmadan farkı işte bu noktada belirginleşmektedir: Haklı sebeple çıkarmada, çıkarılacak ortağın şahsında haklı nedenin varlığı aranırken, objektif yani diğer ortaklarla ilgisi olmayan, ortaklığa dair sebepler de haklı sebeple çıkmanın gerekçesini teşkil edebilir. c) İlgili ortağın kendi alanında ortaya çıkan sebepler¹⁶¹. Örneğin, bir ortağın ağır bir hastalığa yakalanması

¹⁶⁰ Mesela diğer ortakların dürüst olmayan tutumları, yeteneksizlikleri, yükümlülük ihlalleri vb. Bu örnekler için limited ortaklık açısından bk. **Schaedler**, s. 75. Yazar, limited ortaklıktaki haklı sebeple çıkma hallerinin, menfaatler durumu benzeştiği ölçüde kollektif ortaklığa örnekseme suretiyle uygulanabileceğini – haklı olarak- söylemektedir. Kanaatimizce, söz konusu sebepler adi ortaklığa da uygulanabilir niteliktedir.

¹⁶¹ Bu kategori için bk. Peter Bergsma, **Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften**, Bern, 1990, s. 146; limited ortaklık açısından bk. **Schaedler**, s. 76.

(kanser gibi) ya da yaşının yüksekliği sebebiyle ortaklıktan çıkmak istemesinde durum böyledir¹⁶².

Haklı sebeple çıkmada tartışmaya en açık konu, çıkma hakkının nasıl kullanılacağıdır. Yani çıkma hakkı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklaması ile mi yoksa dava yoluyla mı icra edilecektir? Kanaatimizce, bu noktada adi ortaklıktaki menfaat dengesi göz önünde bulundurulmalıdır. Adi ortaklığın genelde geçici işlerin yürütülmesi amacıyla kurulduğu düşünülürse, haklı sebeple çıkma davasına cevaz verilemeyeceği ortadadır¹⁶³. Yani, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkma hakkı, ilgili ortağın diğer ortaklara yapacağı tek taraflı irade beyanı ile kullanılmış olur. Çıkma beyanı diğer tüm ortaklara ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁶⁴. Diğer ortaklar, somut olayda haklı sebebin bulunmadığı iddiasıyla mahkemeye başvurabilirler. Dava, çıkmanın iptaline yönelik olacaktır¹⁶⁵. *Bergsma*, hâkimin bu tür durumlarda feshin caiz olup olmadığı sorununu da araştırması gerektiğini belirtmektedir. Keza yazara göre, nasıl ki fesih olanağı karşısında haklı sebeple çıkarma ikincil bir nitelik taşımaktadır; aynı şey haklı sebeple çıkma için de geçerlidir. Yani fesih olanağının bulunduğu bir yerde, haklı sebeple çıkma hakkı ikincil niteliğe sahiptir¹⁶⁶.

Bollmann, ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkmak istediği durumlarda, OR Art. 545/1.7'nden yararlanılacağı (haklı sebebin neler olduğu noktasında) ve yapıcı bir hâkim kararına ihtiyaç duyulmayacağını söylemektedir. Yani ayrılma, ayrılma sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde icra edilecektir. Orada hâkimin kurucu (yapıcı-*konstitutiv*) kararı gerekmediğine göre, hâkimin kararının dayanağı da yoktur. Buna karşılık, ayrılma esnasında veya sonradan, ayrılmanın devam klotuna uygun olup olmadığı hususu hâkim tarafından incelenebilir. Bunun temel görünümünü, çıkmanın koşulu olan haklı sebebin eksikliği oluşturmaktadır. Diğer ortaklar, ayrılma klozu bağlamında bir haklı sebebin gerçekleşmediğini hâkime tespit ettirebilirler (haklı

¹⁶² Schaedler bu sebepleri “*bedensel, ruhsal, ekonomik ve diğer engeller*” kategorisi altında değerlendirmektedir. Bk. **Schaedler**, s. 76.

¹⁶³ *Bergsma* ise bunu yenilik doğuran davaların sınırlayıcı surette sayıldığı argümanına dayandırmaktadır. Bk. **Bergsma**, s.147. Yani yenilik doğuran bir davadan söz edilebilmesi, kanuni bir dayanağın varlığını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla taraflar sözleşme ile, kanun koyucunun öngörmediği bir dava hakkı yaratamazlar.

¹⁶⁴ Bu hususta bk. **Bergsma**, s. 147.

¹⁶⁵ Nitekim bk. **Bergsma**, s. 147.

¹⁶⁶ Yazarın bu açıklamaları için bk. **Bergsma**, s. 147- 148.

sebebin yokluğuna yönelik tespit davası). Hâkim böylelikle, ilgili ortağın hukuken geçerli biçimde ortaklıktan ayrılmadığını ortaya koyar. Dava, diğer ortaklar tarafından zorunlu dava arkadaşlığı şeklinde açılır, zira Türk ve İsviçre hukuklarında, adi ortaklığın aktif (davacı olarak) ve pasif (davalı olarak) taraf ehliyeti bulunmamaktadır¹⁶⁷.

Hâkim, devam klozu hükümlerine uyulup uyulmadığını inceler ve çıkma hakkının, devam klotuna uygun olarak icra edilmediği kanaatine ulaşırsa, çıkmanın herhangi bir hüküm ve sonuç doğuramayacağı, diğer bir deyişle batıl olduğu tespitinde bulunur. Hâkim aksi kanaatte ise, yani çıkmanın tüm şartlarının somut olayda mevcut olduğu düşüncesinde ise, çıkmayı onaylar (davayı esastan reddeder). Dava devam ederken, ortağın ortaklıktan ayrılıp ayrılmadığı belirsizdir. Yine *Bollmann*'a göre, inşai bir beyanla kullanılan çıkma hakkı, ortağın çıkmasına mahkemenin hükmettiği varsayımlara nazaran hukuki açıklığa daha hızlı biçimde hizmet etmektedir. Burada (çıkmanın hükümsüzlüğüne yönelik tespit davasında), hâkim kararının beklenmesi dahi yukarıda belirtilen durumu deđiştirmez¹⁶⁸.

Dorscheid ise, İsviçre şahıs şirketleri alanında kanuni çıkmanın varlığından hakkindan hareketle yola çıkıldığını belirtmektedir. Yazar, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, bir ortağın ortaklıktan çıkmasının devam kaydına bağlı olduğunu söylemektedir. Yazara göre haklı sebeple çıkma hakkı dava yoluyla kullanılabilir. Haklı sebeple çıkma hakkının icrası için de fesih davası açılması gerekmektedir. Bu sayede davacı ortak ortaklıktan çıkmış olacaktır. Davanın kabul edilmesi için, ortağın ortaklıkta kalmasını katlanılamaz hale getiren bir haklı sebebin varlığı zorunludur¹⁶⁹. Ancak yazar, açılan fesih davasının haklı sebeple çıkma davasına nasıl dönüşeceği, diğer ortakların bu süreçte nasıl bir yol izlemeleri gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır. Biz, haklı sebeple çıkma hakkının -ilke olarak- yenilik doğuran irade beyanı aracılığıyla kullanılmasından yana olduğumuzdan, bu görüşe katılmamız olanaklı değildir.

¹⁶⁷ Bu açıklamalar için bk. **Bollmann**, s. 56- 57.

¹⁶⁸ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 57.

¹⁶⁹ Yazarın kolektif ortaklıkla ilgili düşünceleri için bk. Peter Dorscheid, **Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft**, Zürich, 1984, s. 74. Buradan yazarın, yenilik doğuran davaların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduğu yolundaki prensibi benimsemediği anlaşılmaktadır. Nitekim bu hususta bk. **Bergsma**, s. 147, dpn. 4.

Ne var ki, ticari işletme işleten adi ortaklıklar açısından bu ilkeye bir istisna tanımak gerekir. Keza bu tip adi ortaklıklar, hukuki ve ekonomik yapıları itibariyle kollektif ortaklığa çok yakındırlar. Dolayısıyla, kollektif ortakların açabileceği haklı sebeple çıkma davasını, ticari işletme işleten adi ortaklığın her bir ortağı açabilir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda adi ortaklığa taraf ehliyeti bahşedilmediğinden, çıkma davasının bütün diğer ortaklara yöneltmesi gerekir (zorunlu dava arkadaşlığı teorisi). Eğer davacı ortak, diğer bütün ortakları dava etmemişse hâkim davayı hemen reddetmemelidir. Önce davacıya bu eksikliği gidermesi için uygun bir süre verilmeli, bu süre içerisinde eksiklik giderilemediği takdirde dava usulden reddedilmelidir. Eğer adi ortaklığa Alman hukukundaki gibi taraf ehliyeti tanınmış olsaydı, davacı ortağın yalnızca yönetici ortaklara karşı dava açması yeterli olacaktı. Çünkü, anılan olasılıkta yönetici ortaklar, ortaklığı davada temsil yetkisini ellerinde bulunduruyor olacaklardı. Görüldüğü üzere, zorunlu dava arkadaşlığı teorisi (*notwendige Streitgenossenschaftstheorie*) pek çok usuli sorunu beraberinde getirmektedir.

Sebeup unsurundan sonra, haklı sebeple çıkma kavramının içeriğini dolduran bir diğer unsur ise kuşkusuz “katlanılamazlık”tır. Yukarıda üçlü ayırım yapılarak anlatılan sebeplerin, bir ortağın ortaklıkta kalmasını *katlanılamaz hale getirmiş olması* gerekir. Yani haklı sebeple çıkma hakkının kullanımının, Almanca “*Zumutbarkeit*” sözcüğü ile ifade edilen “*Katlanılabilirlik*” unsurunda düğümlendiği rahatlıkla söylenebilir¹⁷⁰. Yine, haklı sebeple çıkma hakkının da tıpkı çıkarmada olduğu gibi, *son çare* (ultima ratio) olarak düşünülmesi gerekir¹⁷¹. Yani mesele daha yumuşak tedbirlerle- örneğin, kötü yönetim sergileyen ortağın yönetim yetkisinin elinden alınmasıyla- çözümlenebiliyorsa, ortağın haklı sebeple çıkma hakkını kullanmaması icap eder.

İtalyan hukuku ise bu anlamda oldukça ileri gitmiştir, keza anılan hukuk sistemi, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkma davasına cevaz vermektedir¹⁷² (İTK m. 2285/2). Bizim hukukumuzda ise haklı sebeple çıkma davası, limited ortaklıklar bakımından pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur (TTK m. 638/2).

¹⁷⁰ Limited ortaklıklar açısından benzer yönde bk. **Schaedler**, s. 76.

¹⁷¹ Bu hususta limited ortaklık açısından bk. **Schaedler**, s. 76. Yazar aynı yerde bu ilkeyi “haklı sebeple çıkmanın ikincilliği” şeklinde açıklamaktadır.

¹⁷² Bu hususta bk. **Bergsma**, s. 147.

Haklı sebeple çıkma beyanında bulunan ortağın, ortaklıktan ayrılmak için diğer ortakların onayını alması gerektiğini öne süren yaklaşım, kanaatimizce, tarafların sürekli bir borç ilişkisini *derhal sona erdirme* yönündeki üstün menfaati göz ardı etmektedir. İlgili ortak açısından katlanılamaz hale gelen bir hukuki ilişkinin, sırf diğer ortakların rıza göstermemeleri nedeniyle sürdürülmesi, ortağın ortaklıkta deyim yerindeyse tutsak edilmesi ile eşdeğerdir. Diğer ortakların çıkma beyanına yöneltecekleri itiraz, ortaklığı çok daha iyi bir yere mi taşıyacaktır? Aksine, çıkma hakkını kullanmasına izin verilmeyen ortağın elinde kalan tek silah, haklı sebeple fesih davası açmaktır. Bu davanın açılmasının ortaklık yönünden yaratacağı sakıncalara daha önce değinilmişti. Böylesine yıkıcı sonuçlara yol açan bir dava yerine, ortağın haklı sebeple çıkmasında yarar vardır. Böylece ortak sayısı azalmakla birlikte, ortaklık hukuken ve ekonomik açıdan ayakta tutulmuş olacaktır. Dolayısıyla biz, haklı sebeple çıkma beyanının diğer ortakların keyfi iradelerine tabi kılınması gerektiğini ileri süren görüşe katılmıyoruz. Haklı sebeple çıkma hakkı, hiçbir onaya bağlanamayacak kadar önem ve aciliyet taşıyan bir ortaksal haktır. Bu niteliğinden ötürü, şüphesiz koruyucu haklar sınıfına dahildir. Hatta, haklı sebeple çıkma hakkının kullanımını diğer ortakların onayı şartına bağlayan sözleşme hükümlerinin- bu çerçevede- geçersiz olduklarını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Yine, haklı sebep kavramının, hukuki ilişkinin “*derhal*” sona erdirilmesi ile doğrudan bağlantısından ötürü, *hakkın uygun olmayan zamanda kullanıldığı iddiası* öne sürülemez. Diğer bir deyişle, *haklı sebep, uygun olmayan zaman itirazını dışlayıcı bir güce sahiptir*.

Bütün haklar gibi haklı sebeple çıkma hakkının da MK 2’de ifadesini bulan dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması gerekir. Özellikle, hakkın kötüye kullanılması niteliğine bürünmüş çıkma beyanlarının hukuk düzenince korunmayacağı muhakkaktır. Örnek olarak, ortağın, sırf ayrılma payı veya diğer mali meseleler bağlamında ortaklığı finansal açıdan güç duruma düşürmeyi hedeflemesi gösterilebilir. Söz konusu ortağın ortaklıktaki payı ne kadar büyükse, ortaklığı zarara uğratma olasılığı da o denli yüksektir. Diğer ortaklar, bu tip varyasyonlarda, çıkma beyanının geçersiz olduğuna ilişkin tespit davası açabilirler. Ne var ki, ilgili ortağın ortaklığı zarara uğratma niyetinin ispatı oldukça zordur. Dolayısıyla, kötü niyet olgusu her türlü delille ispatlanabilir.

Yine, haklı sebeple çıkma hakkı da hak düşümüne ilişkin esaslara tabidir. Bunun önemi, haklı sebeplerin varlığına rağmen ortağın, diğer ortaklarla veya ortaklık ile ilişkiler kurmaya devam etmesi halinde belirginleşir. Ortaklıkta kalmasını çekilemez hale getiren durumların varlığına rağmen çıkma hakkını kullanmayan ortak, diğer ortaklar nezdinde hukuki bir görünüş yaratmaktadır. Dolayısıyla, haklı sebebin gerçekleşmesinden sonra ortağın uzunca bir süre beklemesi, onun çıkma hakkını kullanmaktan vazgeçtiği şeklinde yorumlanacaktır. Bu görünüşü yaratan ortak, sonuçlarına da katlanacak ve haklı sebeple çıkma hakkını artık kullanamayacaktır. Elbette bu ilke ve esaslar, *münferit bir haklı sebep bakımından* geçerlidir (hak düşümünün somut olaya bağlılığı). Yani, sessiz kalma suretiyle hakkın düşmesini takiben, ortaklık ilişkisini sürdürmeyi çekilemez kılan başkaca haklı sebeplerin ortaya çıkması durumunda, ilgili ortağın çıkma hakkını kullanmasına herhangi bir engel yoktur.

b. Özellik Arz Eden Bir Durum: İki Kişilik Adi Ortaklıkta Haklı Sebeple Çıkma

İki kişilik adi ortaklıklar çeşitli biçimlerde oluşturulabilir. Bu tür ortaklıklar genellikle en başta iki kişilik olarak kurulurlar. Bazen de ikiden fazla kişiyle kurulan ortaklıklarda pay devri, çıkma veya çıkarılma sebebiyle ortak sayısı ikiye düşebilir. İşte böyle ortaklıklarda, ilgili ortağın haklı sebeple çıkma hakkını kullanması neticesinde ortak sayısı bire düşeceğinden ve şahıs ortaklıkları tek kişiyle ayakta tutulamayacağından, ortaklığın infisahı olgusu gündeme gelecektir. Ortaklığın sona ermesine engel olunmak isteniyorsa, sözleşmeye, ortağın gerek haklı sebeplerle gerekse kanuni sebeplere dayanarak ortaklıktan ayrıldığı hallerde, diğer ortağın devralma hakkına sahip olacağı yönünde kayıtlar eklenmelidir. Böylece, ortaklardan biri haklı sebeple ortaklıktan çıksa dahi diğer ortak, ortaklık malvarlığını veya -ticari işletme işletildiği durumlarda- ticari işletmeyi aktif ve pasifi ile devralarak devam ettirebilir. Ne var ki tam bu noktada, çıkma hakkının kullanılmasına yol açan sebepler arasında ayırım yapılması gereklidir. Yani çıkma hakkının kullanılmasını gerektiren olay veya durumlar, ortaklığın veya haklı sebeple çıkma beyanında bulunan ortağın etki alanında ortaya çıkmış ise mesele yoktur. Ancak, ilgili ortağın çıkma hakkını

kullanmasına yol açan sebepler, diğer ortağın tutum ve hareketlerine dayandığı takdirde, kanaatimce devralma hakkının kullanılma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü ilgili ortağın hukuki ilişkiyi sürdürme iradesini, kanuna veya sözleşmeye aykırı tutum ve davranışlarıyla bertaraf eden bir ortağın ödüllendirilmesi asla hukuk düzeninin arzu ettiği bir çözüm tarzı değildir. Dolayısıyla, haklı sebebin diğer ortağın tutum ve davranışlarından kaynaklandığı olasılıklarda, ona devralma hakkı bahşedilmeyecek ve ortaklık kendiliğinden dağılacaktır (infisah). İlgili ortağa da ayrılma payı değil, aksine tasfiye payı ödenecektir. Keza ayrılma payı talebinin ön koşulları¹⁷³ artık ortadan kalkmıştır. Haklı sebeple çıkan ortağın payı- bu tip durumlarda- TBK m. 634'e göre değil, m. 642, 643'e göre belirlenir. Ayrıca burada, *kimse, hukuka ve ahlaka aykırı davranışlarıyla kendi lehine hak çıkaramaz* prensibinin bir izdüşümünden de söz edilebilir. Ancak diğer iki kategoriye giren sebepler, kuşkusuz diğer ortağa devralma hakkı tanınmasına engel teşkil etmez. Bir ortağın, ortaklık amacına ulaşılmasını olanaksız görmesi nedeniyle ortaklıktan çıkması buna örnek olarak verilebilir (*objektif sebep*).

Devralma hakkı ortaklığın kuruluş aşamasında kararlaştırılabileceği gibi, tasfiye aşamasında da öngörülebilir. Ortaklara devralma hakkının tanınmasının anlamı, taraflardan birinin ortaklıktan ayrılması durumunda diğerinin, ortaklık malvarlığı veya işletmesini kendi üzerine almasıdır. Diğer bir deyişle ortaklar, bu hakkın kullanılması suretiyle ortaklığın sona ereceği hususunda uyuşmuş olmaktadır. Zira, devam kaydı veya kararının olduğu yerde devralma hakkından söz edilemez. Devralma hakkı, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması ile kullanılır. Beyan, muhatabın (burada çıkan ortağın) hakimiyet alanına ulaştığı andan itibaren hukuksal etkilerini yaratır. Ortaklığın sona ermesi, devralan ortak ile ayrılan ortak arasındaki malvarlıksal hesaplaşmaya hanel getirmez. TBK m. 634 vd maddelerinde düzenlenen hususlar, bu tür ortaklıklara aynen uygulanır. Sadece, ortaklık sona ermesine rağmen ayrılan ortağa tasfiye payı yerine ayrılma payı ödenecektir.

Diğer ortak ortaklığın sona ermesini istemiyorsa, ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, haklı sebeple çıkma hakkının kullanımı belirli bir süreye

¹⁷³ Ki en önemli şart, ayrılan ortağın ortaklık malvarlığındaki payının diğer ortak veya ortaklara geçişidir (*Anwachsung*). Bu olgunun bulunmadığı yerde *teknik anlamda ayrılma payından* da söz edilemez.

bağlanabilir. Ya da fesih hakkında olduğu gibi, bildirim süresine benzer nitelikte süre kararlaştırılabilir. Böylece diğer ortak, ortaklığı dağılmaktan kurtarmak adına makul bir zamana sahip olabilir (ortaklığa üçüncü kişiyi ortak olarak almak için).

IV. ADİ ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA (*Ausschluss*)

A. Genel Açıklamalar ve Çıkarmanın TBK'da Düzenleniş Tarzı

Klasik tanımıyla ortaklıktan çıkarılma, bir ortağın kendi iradesi dışında ortaklık ile olan ilişkisinin kesilmesi, onun ortaklıktan kesin olarak uzaklaştırılmasıdır. Bu yönüyle çıkarma, çıkma hakkına kıyasla uyumsuzluk zemini yaratmaya daha elverişlidir. Çıkma hakkının tamamen hak sahibinin iradesine bağlılığı, bu hakkın kullanılmasından kaynaklanan çatışmaları minimal bir seviyeye indirger. Gerçekten de çıkma hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanımı ve ayrılma payı sorunsalı haricinde, bu hakka ilişkin ortaklık içi çatışmalara rastlanmaz. Halbuki çıkarma hakkının- nihayetinde ortaklıktan çıkarma da tıpkı çıkma gibi koruyucu bir haktır- kullanılması için ortakların harekete geçmeleri dahi ortaklık içi huzur ve iş birliği esasını sarsabilir. Ayrıca, bir ortağın çıkarılabilmesi için öncelikle ortaklar kurulu (*Gesellschafterversammlung*)nun toplanması ve bu hususta karar alması gereklidir. Çıkarılması istenen ortağın oy hakkının bulunup bulunmadığı ise meselenin bir diğer boyutudur.

Bir ortağın rızası dışında onun ortaklık sıfatının sona erdirilmesi anlamını taşıyan çıkarma, *ultima ratio* yani son çare olarak akla gelmelidir¹⁷⁴. Özetle, ortaklık içi huzur ve güvenin yeniden inşası amacıyla diğer bütün hukuki çarelerin tüketilmiş olması gerekir. Örneğin bir ortağın temsil yetkisinin elinden alınması neticesinde, ortaklık içi barış yeniden oluşmuşsa ilgili ortağın çıkarılmasına gerek kalmayacaktır.

¹⁷⁴ Nitekim bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 237; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 2; Friedrich Kübler ve Heinz Dieter Assmann, Gesellschaftsrecht, **Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen**, 6. Aufl, Heidelberg München Landsberg Berlin, 2006, s. 65 (Anlış: Kübler/Assmann); **Grosskommentar der Praxis, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes**, 11.Aufl, Berlin, 1960 (Anlış: BGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı 11. Aufl), BGB § 737, Anm. 3. Kollektif ortaklık açısından aynı yönde bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 15; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 4.

Ortağın çıkarılmasına giden süreç, esasen ortağın kendisinden yani şahsından doğan sebeplerin gerçekleşmesiyle başlar. Dolayısıyla objektif, ortaklığı ilgilendiren sebepler bir ortağın çıkarılmasına yol açmaz. Örneğin, sırf ortaklığın uzun süreden beri zarar ettiği gerekçesiyle bir ortağın çıkarılması düşünülemez. Ancak ilgili ortağın ortaklığın zarar etmesinde bir dahli varsa, onun ortaklıktan – haklı sebeple- çıkarılma olasılığı gündeme gelebilir¹⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu’nun aksine çıkma ve çıkarma sebepleri arasında ayırım yapma gereksinimi duymamıştır! Alman Medeni Kanunu’nun çıkarmayı düzenleyen 737. Maddesi, bir ortağın çıkarılabilmesini, onun şahsında haklı sebep gerçekleşmesi şartına tabi kılmaktadır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu’nda, sona erme ve çıkma – çıkarma sebepleri paralel biçimde düzenlenmiştir. Bir ortağın ortaklıktan çıkarılabilmesi için, onun şahsında sona erme sebebi meydana gelmelidir. Alman sisteminin ruhundan ciddi şekilde sapan ve İsviçre sistemine yaklaşan söz konusu hükümden dolayı önemli bir fırsatın kaçırıldığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki kanun koyucunun, çıkma ve çıkarılma kurumları ihdas edilirken Alman Medeni Kanunu’ndan yararlanıldığı yönündeki iddiası da BGB § 737’nin eksik iktibasından ötürü inandırıcılığını yitirmiştir.

TBK m. 633’ü – çıkarma bağlamında- BGB § 737’den ayıran tek nokta, çıkarma sebebindeki farklılık değildir. Nitekim anılan düzenlemede, çıkarılmaya ilişkin kararın ilgili ortağa *yazılı olarak bildirilmesi* zorunluluğundan söz edilmektedir. Kanaatimizce, yazılı bildirim şartı çıkarma bakımından geçerlilik şartı olarak görülmelidir¹⁷⁶. Burada yazılı şekilden kasıt, bildirim adi yazılı biçimde yapılmasıdır. Ancak bildirim noter kanalıyla yapılmasına da herhangi bir engel yoktur.

B. Çıkarılma Şartları

Bir ortağın çıkarılmasına giden süreç sırasıyla şu aşamalardan oluşmaktadır:

- a) Öncelikle ilgili ortağın şahsında çıkarma sebebinin gerçekleşmesi

¹⁷⁵ Haklı sebeple çıkarma, taşıdığı önem nedeniyle çalışmanın ikinci bölümünde ele alınmıştır.

¹⁷⁶ Bu doğrultuda bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 69; **Hızır**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.III, s. 2871; Kerem Çelikboya, “Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları”, **GSÜHFD**, S. 2, 2015, s. 225.

- b) Diğer ortakların, ilgili ortağı çıkarmak amacıyla toplanmaları (ortaklar kurulu toplantısı)
- c) Toplanan kurulda – sözleşmede çoğunluk öngörülmedikçe-oybirliği ile çıkarma kararı alınması
- d) Alınan kararın yazılı olarak ilgili ortağa bildirilmesi
- e) İrade beyanlarına egemen varma teorisi uyarınca, yazılı çıkarma bildirimiminin ortağın hâkimiyet alanına ulaşması= çıkarma kararının hüküm ifade ettiği, diğer bir deyişle ortağın ortaklıktan ayrıldığı an

Çıkarmanın maddi ve biçimsel olmak üzere iki ayrı koşulu mevcuttur. Çıkarmanın en önemli maddi şartını, bir ortağın şahsında çıkarma sebebinin gerçekleşmesi oluşturmaktadır. TBK'ya göre, bir ortağın ölmesi, fesih bildiriminde bulunması, iflas etmesi, tasfiye payının cebri icra suretiyle paraya çevrilmesi veya kısıtlanması hallerinde onun ortaklıktan çıkarılması gündeme gelebilecektir. Ancak bu sebeplerden birini teşkil eden ölüm olgusunun Kanun'da yanlış biçimde düzenlendiği muhakkaktır. Keza, bir ortağın ölümü, yani kural olarak bir gerçek kişi ortağın ölümü, onun ortaklık sıfatını kendiliğinden sona erdirir, zira ölümle birlikte kişilik ortadan kalkmıştır. Buna rağmen ortağın ölümü olasılığında onun mirasçılarının ortaklıktan çıkarılabileceğinin ifade edilmesi, kanun yapma tekniği ile bağdaşmayan bir görüntü ortaya çıkarmaktadır. Çünkü, miras bırakan ortağın çıkarılması ile onun mirasçılarının çıkarılması birbirinden oldukça farklı şeylerdir. BGB § 736'da belirtildiği gibi, ölen ortağın ortaklıktan ayrıldığı kabul edilmesi gerekir. Diğer ortaklar, ortaklığı mirasçılarla veya mirasçılar katılmaksızın sürdürme hususunda serbesttirler. Özetle bir ortağın ölümü onun açısından her halükârda ortaklık sıfatının sona ermesi, yani ayrılma anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, otomatik bir ayrılma sebebi oluşturan ölümün, çıkarma sebebi olarak TBK m. 633 metninden kaldırılması, uygulamada karşılaşılabilecek yanlışların önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Kaldı ki, sırf miras bırakan ortağın ölümü niçin onun ortaklığa katılmış mirasçıları nezdinde çıkarılma sebebi yaratsın? Kanun koyucunun bütün bu hususları yeterince tartmadan maddeyi düzenlemesi kaçınılmaz olarak bir karmaşaya yol açacaktır. Son olarak şunu vurgulamak gerekir ki; miras bırakan ortak yerine ortaklığa giren mirasçılar, ölüm durumu haricinde, TBK m. 633'de sayılan diğer sebeplerden ötürü ortaklıktan

çıkarılabilirler. Çünkü ölüm onların şahsında değil, aksine miras bırakanın şahsında gerçekleşen bir olaydır. Mirasçılarının ortak sıfatını iktisap edip edemeyecekleri ise, devam veya halefiyet klozları aracılığıyla açıklığa kavuşturulacak bir meseledir.

Tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi, Almanca deyişle *Zwangsverwertung*, Alman Medeni Kanunu'nun sistemine yabancı bir çıkarma sebebidir. Burada kanun koyucunun, İsviçre hukuk düzeninin etkisi altında kaldığı anlaşılmaktadır. Zira tasfiye payının paraya çevrilmesi, OR'de sona erme sebebi olarak hükme bağlanmıştır (OR Art. 545/1.3). Halbuki BGB § 725'te ortağın şahsi alacaklısının¹⁷⁷ ortaklık sözleşmesini feshetme yetkisinden söz edilmektedir¹⁷⁸.

Bir ortağın ortaklıktan çıkarılması, çıkarma kararı alındığı esnada ortaklık sıfatını halen muhafaza ediyor olmasına bağlıdır. Yani, ortaklıktan önceden ayrılmış bir ortağın çıkarılması artık mümkün olmaz¹⁷⁹. Örneğin, tasfiye payı cebri icra yoluyla paraya çevrilen bir ortağın, henüz çıkarma kararı alınmadan, bir trafik kazası sonucu ölmesinde durum böyledir. İlgili ortağın, aynı şekilde payını devrederek (*Anteilsübertragung*) veya çıkma hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılmasında halinde de çıkarma yaptırımının uygulanabilirliği ortadan kalkar. Tüm bu varyasyonlarda, çıkarma hakkının kullanımı imkânsız hale gelmektedir. Peki, çıkarma kararının alındığı tarih ile bildirim ortağa ulaştığı tarih arasında ilgili ortak ortaklıktan ayrılırsa ne olacaktır? Kanaatimizce bu tip varyasyonlara oldukça ender rastlanacak olmakla birlikte, çıkarma kararının *kendiliğinden hükümden düştüğü* sonucunu kabul etmekte fayda vardır. Zira, sözü edilen zaman diliminde ortağın ortaklıktan ayrılması (ör: payını devrederek veya çıkma suretiyle) çıkarma kararını hukuken dayanaksız kılar. Önemli olan, bildirim ortağa ulaşmasından, yani çıkarmanın hüküm ifade etmesinden önce ortağın ortaklıktan ayrılmış olmasıdır.

¹⁷⁷ Nitekim *Kessler* de, BGB § 725'te yer alan "ortağın alacaklısı" ibaresinin "ortağın şahsi alacaklısı" (*Privatgläubiger des Gesellschafters*) şeklinde anlaşılması gerektiğinin altını çizmektedir. Bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 725, Rz. 2.

¹⁷⁸ Anılan düzenleme uyarınca, bir ortağın şahsi alacaklısı, onun ortaklık malvarlığındaki payına haciz koydurmuşsa, bildirim süresine uymaksızın ortaklığı feshedebilir (BGB § 725/ilk fıkra). Bu durumun çıkarma sebebi olarak düzenlenmemesi ilginçtir. Zira diğer ortaklar, ortaklığı sona erme tehlikesiyle karşı karşıya bırakarak ortağı çıkarabilirler. Şahsi alacaklı, bundan böyle tasfiye payına değil, onun yerini alan ayrılma payına el koyabilecektir. Oysa Alman hukukunda, borçlu ortağın – kuşkusuz devam kaydı veya kararı bulunması şartıyla- ortaklıktan *ayrılacağı* (dikkat edilirse ortağın çıkarılmasından bahsedilmiyor) ve şahsi alacaklının ayrılma payından tatmin edileceği hususlarına değinilmektedir. Örneğin bk. **Windbichler**, s. 96, No. 6.

¹⁷⁹ Bu hususta bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 2; **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 737, Rz. 7; **BGB- RGRK/Fischer** 11.Aufl, BGB § 737, Anm. 1. Bu hususa ilişkin bir Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı için bk. RG, JW 1905, 315.

Yine, bir ortağın fesih bildiriminde bulunması halinde onun diğer ortaklarca çıkarılması da karşılıklı menfaatler tartıldığında doğru bir hareket tarzı değildir. Çünkü ortak, fesih bildiriminde bulunmakla zaten ortaklık ilişkisini sona erdirme iradesini dışa vurmaktadır. Ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi yönünde irade ortaya koyan ortak, kendi ortaklık sıfatının kaybını da göze almaktadır (çoğun içinde az da vardır). Dolayısıyla, bu tip varyasyonlarda, fesih bildiriminde bulunan ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrıldığı varsayımına işlerlik kazandırılmalıdır. Özetle, ortaklığı fesheden ortağın diğer ortaklar tarafından çıkarılması söz konusu olmaz.

TBK m. 633 düzenlemesi emredici nitelikte değildir. Bu yüzden ortaklık sözleşmesiyle, Kanun'da sayılanlardan başka çıkarma sebepleri öngörülebilir. Bu tür sebepler, sözleşmede çoğunluk esası kararlaştırılmadıkça oy birliği ile eklenebilir. Kanaatimce, sözleşmeyle getirilen çıkarma sebeplerinin yeterince açık şekilde belirtilmesi isabetli olur. Belirsiz, muğlak ifadeler içeren kayıtların ilerleyen zamanlarda ortaklar arasında uyuşmazlığa yol açabileceği unutulmamalıdır. Bilhassa, genel kloz olarak ortakların haklı sebeple çıkarılabileceği de öngörülebilir. Özellikle, belirli sebeplerin meydana gelmesi halinde ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrılacağı (çıkartılacağı) öngörülebilir. Alman hukukunda, bu tür sebepler BGB 736'da örnek biçiminde sayılmıştır. Söz konusu sayım sınırlayıcı değildir. Örneğin ortaklık sözleşmesiyle; bir ortağın şahsi alacaklısı tarafından ortaklığın feshedilmesi, ortağa bir danışman atanması, ortağın yerleşim yerini yurt dışına taşıması, ortağın belirli bir yaş sınırına erişmesi, sözleşmede belirlenen sürenin dolması, bir mesleğin icrası için gerekli iznin kaybedilmesi vb olgular çıkarma sebebi olarak kararlaştırılabilir. Bu tip çıkarma klozlarının sınırını BGB § 138 (ahlaka aykırılığa ilişkin) oluşturmaktadır. Çıkarma ve ayrılma payı klozlarının birbirinden bağımsız olarak ele alınması gerekir. Çıkarma veya ayrılma payı klozlarından biri batıl ise, bu durum, ortaklık sözleşmesinin tamamının geçersizliğine yol açmaz¹⁸⁰.

Çıkarma sebebi, çıkarma prosedürünün maddi şartını teşkil ettiğinden, bunun eksikliği çıkarma kararının geçerliliğini etkiler. Haksız yere çıkarıldığını iddia eden ortak, bu savını mahkemeye taşıyarak çıkarma kararının geçersizliğini dava edebilir. Şüphesiz bu davada ispat yükü haksız olarak çıkarıldığını ileri süren ortağın üzerindedir. Ortağın davayı kazanması halinde, çıkarma kararı iptal edilir ve ortak,

¹⁸⁰ Bk. **Windbichler**, s. 85- 86.

ortaklık sıfatını taşımaya devam eder. Haksız çıkarılma nedeniyle ortak zarara uğramışsa, diğer ortaklar tazminata da mahkûm edilebilir. Usul ekonomisi ilkesi gereğince, böyle bir istemin objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülmesi yerinde olur.

Son olarak, oldukça zayıf bir olasılık olmakla birlikte, çıkarma kararının alındığı tarih ile kararın ilgili ortağa ulaştığı tarih arasında çıkarma sebebinin ortadan kalkması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği meselesine değinmekte yarar vardır. Örneğin, iflas eden ortağın, çıkarma bildirimini kendisine ulaşıncaya kadar, hakkında ticaret mahkemesinden konkordato kararı çıkartması halinde, önceden alınmış çıkarma kararının hukuki akıbeti ne olacaktır? Karar kendiliğinden konusuz kalıp hükümden mi düşecektir, yoksa geçerli bir çıkarmanın hüküm ve sonuçlarını doğurduktan sonra ilgili ortak, kararın haksızlığının tespitine yönelik bir dava mı açacaktır? Burada bir yorum sorunu söz konusudur. Hangi tarafın menfaatine üstünlük tanınacağı ile ilgili bir meseledir. Kanaatimizce, çıkarmanın son çare olarak düşünülmesi ve ilgili ortağın ortaksal statüsünün mümkün olduğunca korunması çerçevesinde hareket edildiğinde, alınan çıkarma kararının *hükümden düştüğü* sonucuna varılmalıdır. Böylelikle ilgili ortak, muhtemel mahkeme ve vekalet giderlerinden de kurtarılmış olur.

C. Kanuni Düzenlemeden Ayrılan Anlaşmalar

Tıpkı mehaz BGB § 737 düzenlemesi gibi, TBK m. 633 de emredici niteliğe sahip değildir. Kanaatimizce hükmün emredici karaktere sahip yegâne kısmı, bildirim geçerliliğine ilişkin kısımdır. Yani taraflar yazılı bildirim koşulunu sözleşmeyle kaldıramazlar. Ancak bu, tarafların daha ağır bir şekil şartı öngöremeyecekleri anlamına da gelmez. Dolayısıyla taraflar ortaklık sözleşmesine, bildirim noter kanalıyla yapılması yönünde bir kayıt ekleyebilirler. Demek ki TBK m. 633 düzenlemesi, bildirim şartı açısından *nispi emredici* bir özellik arz etmektedir. Hükmün bildirim şartı dışında kalan bölümü tamamen yedek hukuk normu niteliğini haizdir, diğer deyişle taraf iradelerine açık bir alandır.

Alman öğretisinde *Kessler*, ortaklık sözleşmesinde devam kaydı bulunmasa dahi, ortaklık sözleşmesiyle çıkarma hakkının öngörülebileceğini söylemektedir. Bu düşünce gerçekten dikkate değerdir. Zira bu tip anlaşmalar, BGB § 737'nin lafzından

sapmaktadır. Ortaklara, devam kaydı olmaksızın çıkarma hakkının tanınması, kanaatimce *çıkarma hakkını güçlendirici* bir işleve sahiptir. Keza, devam kaydı veya kararı kural olarak oy birliğini gerektirdiğinden, ortakları zaman baskısına tabi kılabilir. Oysa devam kaydının aranmaması, çıkarma hakkının zamansal açıdan kolayca kullanılması sonucunu beraberinde getirebilir.

Yine çıkarma hakkı, ortaklık sözleşmesiyle tamamen kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Çıkarma ön incelemeye tabi tutulabilir, üçüncü bir kişinin onayına bağlanabilir; ayrıca çıkarma hakkının süreye bağlanması da olanaklıdır. Çıkarma hakkı genişletilebilir, bu kapsamda, tüm diğer ortakların birlikte kullanımı yerine çoğunluk esası getirilebilir, yine, çıkarma hakkı bir ortağa veya kurula devredilebilir. Ortaklar diğer yandan, TBK 633'ün kural koşulunu ağırlaştırabilirler. Örneğin, bir ortağın yalnızca suç teşkil eden davranışlarda bulunması halinde çıkarılacağına öngörülmesinde olduğu gibi.

D. Çıkarma Hakkının Dürüstlük Kuralına Uygun Olarak Kullanılması Gereği

Tüm haklarda olduğu gibi, çıkarma hakkının da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması zorunludur. Örneğin diğer ortakların, kendi yakınlarını veya arkadaşlarını kayırarak şahıslarında çıkarma sebebi gerçekleşmesine rağmen hiçbir girişimde bulunmamaları, kuşkusuz dürüstlük kuralına aykırı bir hareket tarzıdır. Diğer ortakların aynı şekilde, çok iyi tanımadıkları bir ortağı ortaklıktan kolayca çıkarmaları da dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

Çıkarma hakkının kullanımı esnasında ortaklık içi dengelerin de özenle gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani, ortaklık içinde bazı ortak veya ortaklar özellikle finansal açıdan daha güçlü bir konum edinmiş olabilir. İşte böylesi güçlü ortakların, şahıslarında çıkarma sebebi gerçekleşmesine rağmen ortaklıktan – çeşitli gerekçelerle- çıkarılmak istenmemeleri söz konusu olabilir. Güçlü ortağın bu şekilde kayrılması, ortaklar arasındaki güven ve iş birliği zeminini derinden etkileyebilir. Dolayısıyla yapılması gereken, güçlü- zayıf ortak gibi gruplaşmalara mahal vermeksizin, diğer tüm çareler tükendiğinde ilgili ortağı çıkarma yoluna gitmektir. Kısacası, çıkarma hakkı kullanılırken, ortaklıklar hukukunun en önemli ilkelerinden

biri olan “eşit işlem ilkesi” asla göz ardı edilmemelidir. Keza, eşit işlem ilkesi de kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır.

Son olarak, çıkarma hakkının, çıkarma sebebi meydana geldikten sonra makul bir süre zarfında kullanılması gerekir. Çıkarma sebebinin varlığına rağmen diğer ortakların¹⁸¹ harekete geçmemeleri¹⁸², ilgili ortak nezdinde, diğer ortakların çıkarma hakkını kullanmak istemediği veya bundan vazgeçtiği şeklinde bir izlenim yaratabilir. Böyle bir görünüşe güveni haklı kılan olgular mevcutsa, diğer ortakların ilgili ortağı ortaklıktan sonradan çıkarmak istemeleri hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Yani, çıkarma hakkını kullanmaktan vazgeçtikleri şeklinde bir görünüş yaratan diğer ortaklar, buna katlanmak zorundadırlar. Burada, sessiz kalma suretiyle hak kaybının tipik bir görünüş biçiminden söz edilebilir.

¹⁸¹ Alman hukukunda, hak düşümü sonucunun meydana gelmesi bakımından, hak düşümüne ilişkin koşulların *diğer bütün ortakların şahsında doğması* gerektiği belirtilmektedir. Yani, ortaklardan yalnız birinin şahsında hak düşümünün şartlarının oluşması yeterli değildir. Nitekim bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 18.

¹⁸² *Kessler*, çıkarma sebebi gerçekleştikten sonra uzunca süre bekleyen diğer ortakların bu davranışlarını, haktan feragat (*Verzicht*) biçiminde yorumlamaktadır. Bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 737, Rz. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇIKMA VE ÇIKARILMA NEDENLERİ VE PROSEDÜRÜ

I. ÇIKMA VE ÇIKARILMA NEDENLERİ

A. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıktan Çıkma Sebepleri

1. Fesih Bildiriminde Bulunulması

a. Fesih Hakkının Türleri ve Hukukumuzda Fesih Bildirim Hakkının Kullanılma Biçimi

Fesih bildirim, sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan adi ortaklıkta bir ortağın ortaklık ilişkisini çözmek amacıyla başvuracağı yollardan biridir. TBK m. 640'da bu hak, belirsiz süreli ortaklıklar bakımından öngörülmektedir. Keza sürenin belirsizliği, ortağın ortaklıkta uzunca bir süreyle kalmasına yol açabilir. Bu tip durumların önüne geçebilmek için belirsiz süreli ortaklıklarda ortağa fesih bildiriminde bulunma hakkı tanınmıştır (OR Art. 546, TBK m. 640).

Fesih hakkı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Fesih beyanı, yenilik doğurucu bir haktır¹⁸³. Fesih beyanının hüküm ve sonuç doğurabilmesi, bütün ortakların hâkimiyet alanına varmasına bağlıdır. Ancak, yönetici ortakların fesih beyanını diğer ortaklara yönlendirmesi de yeterli görülebilir¹⁸⁴. Bu tip olasılıklara genelde, beyanın yalnız yönetici ortaklara yapıldığı, diğer ortaklara yöneltilmesinin ihmal edildiği hallerde rastlanılır.

¹⁸³ Nitekim bk. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich (Hrsg), **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 9. Aufl, München, 2014 (Anılış: Prütting/Wegen/Weinreich/ilgili bölüm yazarı), BGB § 723, Rz. 5; Lukas Handschin, “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, in **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz**, Tübingen, 2014, s. 240. Bozucu yenilik doğuran hak olduğu yönünde bk. Theo Guhl, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Aufl, Zürich, 2000, s. 13, No. 34 (Anılış: Guhl/ilgili bölüm yazarı); **Larenz**, AT, s. 193.

¹⁸⁴ Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 723, Rz. 5. Bu hususa ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bk. BGH NJW 93, 1002.

Ortaklık, ortakların açık veya örtülü iradeleriyle belirsiz süreli hale getirilebilir¹⁸⁵. Örneğin ortaklık sözleşmesinde ortaklığın belirsiz süreyle kurulduğu bilgisine açıkça yer verilebileceği gibi, belirli süreli ortaklık da ortakların faaliyetlere devam etmeleri suretiyle (örtülü) belirsiz süreli hale gelebilir¹⁸⁶. Anonim ortaklığın belirsiz bir zamanı için kurulmuş bir pay sahipleri sözleşmesi de aynı şekilde belirsiz sürelidir¹⁸⁷. Bir ortağın ömrü boyunca kurulan adi ortaklıklar da belirsiz süreli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurmaktadır¹⁸⁸.

Fesih bildirim yetkisi, herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak adi ortaklık ticari işletme işletiyorsa Şener'in de haklı olarak vurguladığı gibi, fesih beyanının TTK m. 18/3'te öngörülen şekle uygun olarak yapılması icap eder¹⁸⁹. Fesih bildiriminde bulunma hakkı, her bir ortağa tanınması nedeniyle bireysel bir ortaklık hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Fesih beyanında bulunan ortağın herhangi bir sebep veya gerekçe göstermesi gerekmez. Bu beyan, tüm diğer ortaklara yöneltilir ve onlara ulaştığı andan itibaren hukuki etkilerini doğurmaya başlar¹⁹⁰. Öyle ki, özel olarak yetkilendirilmedikçe yönetici ortaklar pasif temsile (yani çıkma beyanını almaya) dahi yetkili değildir¹⁹¹. Kuşkusuz bunun gerisinde yatan sebep, adi ortaklıkta organsal temsilin söz konusu olmamasıdır.

Fesih bildirim süresi altı ay önceden yapılır ve hesap yılı sonunda hüküm ifade eder. Altı aylık süre öngörülmesinin nedeni, diğer ortakların kendi durumlarını düzenlemelerine imkân sağlamak ve böylece onları feshin olumsuz etkilerine karşı korumaktır¹⁹².

Fesih bildirimine ilişkin TBK m. 640 kuralı tamamlayıcıdır. Yani ortaklar, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalmaları kaydıyla diledikleri anlaşmaları yapabilirler. Ancak burada, fesih bildirim hakkını tamamen ortadan kaldıran bir anlaşmanın butlana tabi olduğunu söylemek gerekir. Zira fesih bildirim yetkisi

¹⁸⁵ Bu yönde bk. Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüb (Hrsg), **Handkommentar zum schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft- Vergütungsverordnung Art. 530-771**, 3. Aufl, Zürich, 2016 (Anılış: CHK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 545- 546, No. 10.

¹⁸⁶ Benzer doğrultuda bk. Şener, Ortaklıklar, s. 96.

¹⁸⁷ Bk. CHK- Jung, OR Art. 545- 546, No. 10.

¹⁸⁸ Bu hususta bk. Şener, Ortaklıklar, s. 96.

¹⁸⁹ Bk. Şener, Ortaklıklar, s. 96.

¹⁹⁰ Bu yönde bk. Şener, Ortaklıklar, s. 96.

¹⁹¹ Nitekim bk. CHK- Jung, OR Art. 545- 546, No. 10.

¹⁹² Bk. Şener, Ortaklıklar, s. 97.

emredici bir hak olarak sözleşmeyle genişletilebilir, ancak kaldırılamaz¹⁹³. Fesih bildirim süresinin sözleşmeyle kaldırılması veya kısaltılması olanaklı olduğu gibi, uzatılması da mümkündür. Ancak bildirim süresinin uzatılmasında, sürenin fesih bildirimini pratik açıdan imkânsız hale getirmemesine de dikkat edilmelidir. Örneğin on yıllık bir ihbar süresi, hakkın kullanımını olanaksız kılabilir¹⁹⁴. Ancak sözleşmede, ekstrem sayılabilecek uzunlukta fesih bildirim süreleri kararlaştırılmışsa, ilgili klotlar butlan yaptırımına uğrayacaktır¹⁹⁵ (BGB § 723/3).

Fesih hakkı, temel olarak *olağan ve olağanüstü fesih hakkı* olmak üzere ikili bir ayrıma tabi kılınmaktadır. Türk Borçlar Kanunu anlamında (TBK m. 633) fesih bildirimini ile anlatılmak istenen, olağan fesih hakkıdır. f

Alman hukukunda, olağan fesih hakkının kullanımı süreyle sınırlandırılmamıştır¹⁹⁶ (BGB § 723/1- İlk cümle). Belirsiz süreli adi ortaklıklarda her bir ortağa tanınan bu hak, şüphesiz bildirim süresine bağlanabilir¹⁹⁷. BGB § 723/3'ün varlığı da buna engel teşkil etmez.

Alman hukukunda ise, BGB § 723/3'teki açık düzenleme karşısında, olağan fesih hakkının emredici bir hak olarak nitelendirilmesi icap eder¹⁹⁸. Anılan hükme göre, fesih hakkını kaldıran veya bu hükümlere aykırı surette sınırlayan anlaşmalar batıldır¹⁹⁹. Bu hakkın ortağın elinden alınamaması onun, ortağın zamansal açıdan sınırsız bir süreyle bağlanmasını engellemesinde yatmaktadır²⁰⁰. Zira böylesine uzun bir bağlılık, kişilik haklarını da sınırlayıcı etkiler gösterebilir.

Fesih bildiriminin, dürüstlük kuralına (MK 2) uygun olarak kullanılması gerekir. Aksi takdirde fesih bildirimini ile amaçlanan sonuç gerçekleşmez, yani ortaklık

¹⁹³ TBK m. 639/b.6'da belirtilen ortaklıklar açısından feshi ihbar hakkının emredici nitelikte olduğu hususunda bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 97.

¹⁹⁴ Bu hususta bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 97.

¹⁹⁵ Bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1759. *Grunewald* ise, uzun süreli bağlılığın, ne zaman kabul edilemez bir noktaya geldiğinin tespitinde ortaklık menfaatlerinin de dikkate alınması taraftarıdır. Bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 84, No. 171.

¹⁹⁶ BGB § 723/1'de fesih hakkı açısından bildirim süresi öngörülmediği yönünde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 723, Rn. 13.

¹⁹⁷ Fesih bildirim süresi belirlemenin uygulamada olağan olduğu hususunda bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1759. Benzer yönde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 84, No. 170. Keza, sürekli olarak sona erme baskısı altında bulunan bir ortaklığın verimli faaliyetler yürütmesi beklenemez.

¹⁹⁸ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1759.

¹⁹⁹ Ancak öğretide *Karsten Schmidt*, BGB § 723/3 normunu hukuk politikası açısından başarısızlık olarak değerlendirmektedir. Yazara göre, olağan değil, yalnızca olağanüstü fesih hakkı emredici hak olarak düzenlenmeliydi. Gerçekten de anılan hüküm uyarınca, fesih hakkının her iki türü (olağan-olağanüstü) aynı seviyede korunmaktadır. Bu eleştiri için bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1759.

²⁰⁰ Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 723, Rz. 39.

tasfiye aşamasına girmez²⁰¹. İsviçre öğretisinde *Schmidlin*, adi ortaklığın geçici bir kriz döneminde bulunduğu anda yapılan fesih bildiriminin de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Ne var ki, *Hoch*, Schmidlin'in sözü edilen yaklaşımına tereddütle yaklaşmaktadır. Yazara göre, olağan fesih hakkı her zaman ve herhangi bir sebep belirtmeksizin kullanılabilir. Söz konusu hakkın kriz zamanlarında yani ortaklığı sona erdirmek adına gerçek bir ihtiyacın doğduğu dönemde kullanılmayacağını söylemek isabetli bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla bu hakkın, ortaklığın geçici kriz içinde bulunduğu bir dönemde kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde yorumlanamaz²⁰².

Yine, uygun olmayan zamanda yapılan fesih de aynı şekilde hüküm ve sonuç doğurmaz. Kanaatimizce, zamanın uygun olup olmadığının tespitinde adi ortaklığın finansal durumu, ortaklar arası ilişkiler vb. kıstasların dikkate alınması zorunludur. Adi ortaklığın likidite darboğazında bulunduğu bir dönemde yapılan fesih bildirimini, uygun olmayan zamanda yapılan feshe örnek gösterilebilir. Uygun olmayan zamanda yapılan fesih bildirimini geçersizlik yaptırımına uğrar²⁰³. Ortağın, hedeflediği hukuki sonuç yani ortaklığın tasfiye aşamasına girmesi gerçekleşmez. Yine, bu bildirim sebebiyle ortaklık zarar görmüşse ilgili ortak ortaklığın uğradığı zararı gidermekle yükümlü olur. Kanaatimizce geçersiz bir fesih bildiriminde bulunan ortak, diğer ortaklarca haklı sebeple çıkarılabilir. Çünkü bilhassa uygun olmayan zamanda fesih bildiriminde bulunarak ortaklığı zarara uğratan ortağın şahsında, çıkarılması için haklı sebep meydana geldiği aşikârdır. Tazminat davası kazanıldığı takdirde ayrılan ortağın ortaklığa (diğer ortaklara) ödeyeceği tazminat tutarı, çıkarılan ortağa ödenecek ayrılma payından düşülür. Kuşkusuz bunun sağlanabilmesi için davanın, ayrılma payının hesaplanıp ödenmesinden önce karara bağlanması şarttır. Böylece, ayrılan (çıkarılan) ortak ile tasfiye ilişkisine giren diğer ortaklar bunu ayrılma payının hesaplanma sürecine dahil edebilirler. *Gesamtabrechnung* ilkesi gereğince de, bu alacaklarını çıkarılan ortağın alacaklarıyla takas edebilirler.

Alman hukukunda ise, fesih hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması onun geçersizliğine yol açmaz. Yalnızca, fesih beyanında bulunan ortak ortaklığa

²⁰¹ Nitekim bk. Patrick Hoch, **Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft**, Zürich, 2003, s. 95, No. 273.

²⁰² Bu hususta bk. **Hoch**, s. 95, No. 272.

²⁰³ Nitekim bk. **Şener**, s. 98.

(diğer ortaklara) tazminat ödemekle yükümlü olur. Fesih hakkını uygun olmayan zamanda kullanan ortağın, bunun için haklı bir nedeni varsa, bu durum feshi haklılık kazandırır. Yani bu andan itibaren, “uygun olmayan zaman” da yapılmış bir fesih bildiriminden söz edilemez. Burada, *uygun olmayan zaman* kavramını dışlayıcı bir haklı neden mevcut olmalıdır. Ne var ki bu haklı sebebin, ille de olağanüstü fesih hakkının kullanımı için gereken haklı sebeple (BGB § 723/1-ikinci cümle) özdeş olması şart değildir. Yalnızca, fesih bildiriminde bulunan ortağın, ortaklık bağının derhal çözülmesindeki menfaatinin diğer ortakların karşıt menfaatlerine- diğer bir deyişle ortaklığın devamındaki menfaatlerine- baskın geldiğinin somut olaydan anlaşılması gerekir²⁰⁴. Ortak, böyle bir haklı neden bulunmaksızın olağan fesih hakkını kullandığı takdirde, diğer ortaklara karşı bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür (BGB § 723/2- ikinci cümle). Görüldüğü üzere Alman hukuk sisteminde, uygun olmayan zamanda yapılan fesih bildirimini geçersizlik yaptırımına uğramamaktadır.

Fesih bildiriminde bulunan ortağın çıkma hakkını kullanıp kullanamayacağı kanaatimizce şüphelidir. Zira fesih, tıpkı çıkma hakkında olduğu gibi, beyanda bulunan kişinin iradesine dayanmaktadır. Zaten ortaklığı sona erdirmeye istediğini dışa vurmuş bir ortağın ayrıca çıkma beyanında bulunması hukuk mantığına sığmaz. Bu sebeple, feshi ihbarda bulunan ortağın çıkma hakkından muaf kılınması gerekir. Çünkü diğer ortakların ortaklık sözleşmesine önceden devam kızı koymaları veya sonradan, yani fesih bildirimini takiben devam kararı almaları halinde, ilgili ortağın ortaklıktan “fiilen” çıktığı kabul edilecektir. Ayrıca burada “*çoğun içinde az da vardır*” ilkesine işlerlik kazandırılabilir. Keza, ortaklığın dağılıp tasfiye aşamasına girmesini göze almış bir ortağın- devam kaydının da varlığı şartıyla- ortaklıktan “*fiilen*” çıkmış sayılmasının adalet ve hakkaniyete ters düşmeyeceği düşüncesindeyiz. Böylelikle, fesih bildiriminde bulunan ortak bunun sonuçlarına da kendisi katlanmış olmaktadır. “*Çıkmış sayılma*” ifadesi ile, fesih bildiriminde bulunan ortağın ortaklıktan “*ayrılmış sayıldığı*” kast edilmektedir. Alman Medeni Kanunu’nda benimsenmiş olan model hukukumuzda aynen aktarılmış olsaydı bu sorunla karşılaşılmayacaktı. Çünkü Alman Medeni Kanunu’nun 736. Maddesine göre bir ortak ortaklığı feshettiği takdirde, ortaklığın diğer ortaklarla sürdürüleceğine dair bir kaydın da bulunması şartıyla,

²⁰⁴ Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 723, Rz. 38.

şahsında bu olay gerçekleşen ortak ortaklıktan ayrılmaktadır (otomatik ayrılma). Madde, fesih hakkının kullanılmasını ayrılma bakımından yeterli bulmaktadır. Şüphesiz BGB § 723/1'in ilk cümlesinde ifadesini bulan "feshi ihbar hakkı" da maddenin uygulama alanı içindedir. Sonuç olarak, fesih bildiriminde bulunan ortağın ortaklıktan otomatik olarak ayrıldığı kabul edilmelidir.

TBK m. 633 düzenlemesinin kapsamına olağan fesih hakkının girdiği her türlü şüpheden uzaktır²⁰⁵. Ancak olağanüstü fesih hakkının maddenin içeriğine dahil olup olmadığı hususu gerçekten incelenmeye değer. TBK m. 633 hükmü lafzen yorumlandığı takdirde, yalnızca fesih bildiriminin, diğer bir deyişle olağan fesih hakkının ayrılmaya sebebiyet verdiği şeklinde yanlış bir izlenim uyanabilir. Kanımızca olağanüstü fesih hakkının da bu çerçevede değerlendirilmesi yerinde olur. Keza, BGB § 736 düzenlemesinin lafzı olağanüstü fesih hakkının madde kapsamında görülmesine kapı aralamaktadır²⁰⁶. Hükümde geçen "*Wenn ein Gesellschafter kündigt...*" ibaresi kanaatimizce geniş yorumlanmalı ve olağanüstü fesih hakkı da bu çerçevede ele alınmalıdır.

Olağanüstü fesih hakkı, özünde haklı sebebi barındıran ve gerek süreli gerekse süresiz adi ortaklıklarda fonksiyon gösteren, emredici karakterli bir haktır. Sürekli borç ilişkilerini haklı sebeple çözüme olanağı veren bu hak oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir (hizmet, iş, kira, ortaklık vb).

Olağanüstü fesih hakkı açısından, Alman ve İsviçre- Türk hukuk sistemleri arasında önemli bir farklılık mevcuttur: Alman hukukunda olağanüstü fesih hakkının pozitif dayanağı mevcuttur. Gerçekten de BGB § 723/1.C.2'de, olağanüstü fesih hakkına açıkça yer verilmiştir. Ancak İsviçre- Türk hukuklarında Alman hukukundan farklı olarak olağanüstü fesih hakkı yerine, haklı sebeple fesih davası (OR Art. 545/1.7, TBK m. 639/1.7) hükme bağlanmıştır²⁰⁷. Yani gerek İsviçre gerekse Türk hukuklarında olağanüstü fesih hakkının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

²⁰⁵ Nitekim Alman hukuku bakımından bu yönde bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 736, Rz. 27.

²⁰⁶ BGB § 736 kuralının haklı sebeple fesih için de geçerli olup olmayacağı, ortaklık sözleşmesinin yorumlanması yoluyla anlaşılabilir. Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 736, Rz. 27.

²⁰⁷ Haklı sebeple fesih (*Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund*) ile olağanüstü fesih (*ausserordentliche Kündigung*) hakkı, ayrı kavramlar olup birbiriyle karıştırılmamalıdır. Keza her iki hakkın da "fesih" sözcüğünü içermesi birtakım soru işaretlerini beraberinde getirebilir. Ne var ki, mehz İsviçre hukukunda haklı sebeple fesih ifadesinin içinde geçen *fesih* (*Auflösung*) kelimesi, tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir hak olan feshe (*Kündigung*) nazaran bambaşka bir anlama sahiptir. Nitekim

Ancak bu durum, olağanüstü fesih hakkının Türk hukukunda kabulüne engel teşkil etmemelidir. Keza, tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi adi ortaklıkta da ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan birtakım olguların ortaya çıkması normaldir. Gerçekleşen haklı sebebin mutlaka fesih davasına dayanak oluşturduğunun ileri sürülmesi adil sonuçlar doğurmayabilir. Gerçekten, öyle birtakım haklı sebepler meydana gelebilir ki, davanın sonuçlanmasını beklemek haklı sebeple derhal feshin yaratacağı olumlu etkiyi göstermeyebilir. İlgili ortağın, hukuki ilişkinin “derhal” sona ermesindeki menfaatinin baskın çıkması olağanüstü fesih hakkının kullanılması bakımından gerekli ve yeterlidir. Aksi takdirde ilgili ortak, artık içinde bulunmak istemediği bir hukuki ilişkide kalmaya zorlanabilir. İnşai dava niteliğindeki haklı sebeple fesih davasının, tarafların birbirine oldukça zıt çıkarları sebebiyle uzunca bir süre devam etme olasılığı yüksektir. Bu durum giderek ilgili ortağın kişisel özgürlüğünü kısıtlayıcı bir boyuta dahi ulaşabilir. Dolayısıyla hukuk düzeninin, hukuki ilişkinin derhal sonlandırılmasını isteyen ortaktan yana tutum takınması icap eder.

Ayrıca burada haklı sebeple fesih davasının (TBK m. 639/1.7) adi ortaklıklar bakımından gerçekten gerekli olup olmadığının da sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, kollektif ortaklığa ilişkin haklı sebeple fesih davasının (TTK m. 245, OR Art. 574, HGB § 133) kendi içinde mantığı vardır. Kollektif ortaklık ticari işletme işletme amacıyla kurulmuş, tüzel kişiliğe sahip bir şahıs ortaklığı türüdür. Halbuki adi ortaklıklar, ticari işletme vb. istisnalar bir yana bırakılırsa geçici amaçları izlemek için kurulurlar. Böylesi bir yapılanmada haklı sebeple fesih davasının gerekliliği tartışmaya açık bir noktadır. Kollektif ortaklığın deyim yerindeyse varlık nedeni bir ticari işletme işletmektir. Ticari işletmeler ise ekonomik açıdan önem arz eden organizasyon birimleridir. Bu birimlerin ekonomik yaşamdan ayrılmaları, yani tasfiye edilip hukuki varlıklarını yitirmeleri, ekonomiye ve ticari hayata zarar verir. Yine, söz konusu ticari işletmenin çalışanları, ticari temsilcileri, işçileri vb. kollektif ortaklığın dağılmasından olumsuz yönde etkileneceklerdir. İşte, kanun koyucunun kollektif ortaklıkta haklı sebeple fesih davası öngörmesinin gerisinde yatan temel

“*Auflösung*” sözcüğü, “çözülme, dağılma, sona erme” anlamlarında kullanılmaktadır. Türk hukukundaki karmaşa ise, her iki terimin de “*Fesih*” olarak dilimize çevrilmesinden ileri gelmektedir.

felsefe budur. Yani kanun koyucu burada esasen ortaklığı değil, onun arkasındaki “işletme” yi ayakta tutmayı hedeflemektedir.

b. İsviçre Hukukunda Olağanüstü Fesih Hakkı ile İlgili Temel Yaklaşımlar

Daha önce vurgulandığı üzere İsviçre hukukunda olağanüstü fesih hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Bu hakkın, haklı sebeple fesih davasından da ayırt edilmesi gereklidir. Çünkü İsviçre hukukunda olağanüstü fesih hakkı, Alman hukukundan farklı olarak, sürekli bir borç ilişkisinin haklı sebeple derhal çözülmesi olanağından ziyade²⁰⁸, zamansal yönden uzunca sürelerle yayılmış adi ortaklıklar için üretilen bir hukuki çare şeklinde algılanmaktadır. Keza ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılan asgari süre, ortakların olağan fesih hakkının kullanımına sınır getirmektedir. Bu asgari süre boyunca ortakların olağan fesih haklarını kullanmaları mümkün değildir. Bu yasağın doğal sınırını kişiliğin korunmasına ilişkin ZGB Art. 27/2 hükmü oluşturmaktadır. İlgili ortak anılan düzenlemeye dayanarak yalnız aşırı ölçülere varan değil, aynı zamanda ahlaka aykırı bağılıklardan da kurtulabilir²⁰⁹.

İsviçre literatür ve içtihatlarında “sonsuz (*ewig*)” “sözleşmeler reddedilmektedir. Çünkü hiçbir sözleşme sınırsız süreli olarak kurulamaz. Böylesi sözleşmeler yeni içtihatlar uyarınca feshedilebilmektedir. Aynı esaslar, ortaklık sözleşmesinin süresinin uzun olmasından ötürü ortakların kişilik haklarının aşırı ölçüde sınırlandığı durumlar için de geçerlidir. Bu tip sözleşmelerin feshedilebilirliğinin hukuki dayanağını, kişiliğin korunmasına ilişkin ZGB Art. 27 (MK m. 23) düzenlemesi oluşturmaktadır. Hüküm, bir kişinin şahsi veya ekonomik hareket özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandırılmasını önlemeye yöneliktir. Yine, ZGB Art. 2’de (MK m. 2) dile gelen dürüstlük kuralı da bir diğer dayanaktır²¹⁰. Ancak taraflardan birinin aşırı bağlanma olgusunda ısrarcı olması, somut olayın özelliğine göre hakkın kötüye kullanılması oluşturabilir. Zamansal ölçünün aşılması, İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarına göre sözleşmenin kısmi geçersizliği sonucunu

²⁰⁸ Gerçekten de, Alman adi ortaklık hukukunda olağanüstü fesih (*ausserordentliche Kündigung*) hakkı ile kast edilen, *haklı sebeple derhal fesih* olanağıdır. Bu doğrultuda bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 723, Rz. 63 vd.

²⁰⁹ Bu hususta bk. **Hoch**, s. 88, No. 249- 250.

²¹⁰ Yine bu hususta bk. **Handschin**, s. 238.

doğurur. Hâkim, bu tip olasılıklarda, bağlanma süresini makul bir ölçüye çekecektir. Bu olgu, sınırsız süre için kurulan sözleşmelerin, sınırsız süreli olarak geçerli kalamadığını ortaya koymaktadır²¹¹.

Sözleşmesel yükümlerin sınırsız olarak kurulması mümkün değildir, çünkü insanların her bir davranışı zamana bağlıdır ve sınırsız/sonsuz bir yükümlülük kişisel özgürlüğün ihlali anlamını taşımaktadır. Bu prensip tüm borçlar hukuku sözleşmeleri açısından geçerlidir ki, buna tek taraflı, synallagmatik sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri de dahildir. ZGB Art. 27 ve Art. 2, bu tür aşırı bağlılıklara karşı koruma getirmektedir²¹².

aa. Aşırı Ölçüde Bağlanma Kavramı

ZGB Art. 27 (MK m. 23), kişiyi uzun sözleşme süresine karşı değil, aksine aşırı ölçüde bağlanmaya karşı koruma altına almaktadır. Tarafların, fesih olanakları bulunmaksızın uzun sözleşme süreleri öngörmeleri, MK m. 23 anlamında aşırı bağlanma durumunun gerçekleştiğini ortaya koymaya yetmez. Zamansal açıdan uzun sayılabilecek sözleşmesel yükümlerin “aşırı ölçüde” olup olmadığı, taahhüt altına giren tarafın bağlılığının yoğunluk derecesine ve edim ile karşı edim arasındaki dengeye bağlıdır²¹³. Ekonomik hareket özgürlüğünün sözleşmeyle sınırlandırılması, taahhüt altına giren tarafın diğer tarafın keyfine maruz kaldığı, onun ekonomik özgürlüğünün ortadan kalktığı veya ekonomik varlığını tehdit edici boyutlara vardığı takdirde ZGB Art. 27/2 anlamında “aşırı ölçülü” sayılacaktır. Yani, bağlılığın süresinin caiz olarak belirlendiğinden söz edebilmek için, sınırlamanın konusuna bakılmalıdır.

Diğer bütün sözleşme tiplerinde olduğu gibi ortaklık sözleşmesinde öngörülen bağlılık süresi de ZGB Art. 27 anlamında “aşırı” olabilir. Böyle olasılıklarda, yalnızca bağlılık süresinin değil, aynı zamanda ilgili ortağın ortaklıkta ne derece aktif faaliyette bulunması gerektiği hususunun da incelenmesi icap eder. Yine, aşırı bağlanma olgusundan söz edebilmek için ille de fesih hakkının sözleşmeyle kaldırılması şart değildir. Örneğin ortaklık sözleşmesinde, fesih hakkını kullanan ortağın tasfiye payını

²¹¹ Bu hususlarda bk. **Hoch**, s. 89, No. 251.

²¹² Bu hususta bk. **Hoch**, s. 89, No. 252.

²¹³ Bu hususta bk. **Hoch**, s. 89, No. 253.

önemli ölçüde zayıflatan hükümler yer alması halinde de aşırı bağlanma olgusu mevcuttur. Böyle bir anlaşma (tasfiye payıyla ilgili) batıldır²¹⁴. Yani ortaklık sözleşmesinin tamamı değil, yalnızca tasfiye payına ilişkin kısmı butlan yaptırımına uğrayacaktır.

bb. Aşırı Bağlılık Öngören Ortaklık Sözleşmesinin Feshedilebilirliği

İsviçre uygulamasında, eski yargı kararları “sınırsız” sözleşmelerin bir bütün olarak batıl olduğu görüşünü savunmaktaydı. Ne var ki, zaman içinde bu düşünce aşılmıştır. Yeni yargı kararlarında, sınırsız süreli sözleşmeler ilke olarak geçerlidir. Bu tür sözleşmelerin OR Art. 20/2 bağlamında batıl kabul edilebilmesi için, sözleşmenin azami süresini aşmış olmaları şartı aranır. İşte bu azami sürenin dolmasından sonra ortaklar sözleşme ilişkisini feshedebileceklerdir²¹⁵. Dolayısıyla yeni içtihat, aşırı bağlılık hallerinde sözleşmenin batıl olduğuna değil, aksine “aşırı” sürenin makul bir düzeye indirileceği noktasına vurgu yapmaktadır. İchtihat, bunu yaparken “geçerliliği koruyucu indirim” yöntemini temel düşünce olarak benimsemiştir²¹⁶.

cc. Aşırılık Olgusunun Tespitinde Esas Alınması Gereken An

Bir sözleşmenin caiz azami süresi, hâkim tarafından tarafların varsayımsal iradeleri (gerçek ortak iradeleri)ne göre belirlenir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihatları uyarınca taraflardan birinin, sürenin aşırı olduğunu bilmesi durumunda sözleşmeyle ne ölçüde bağlı kalmak isteyeceği hususu, farazi iradenin belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Bu şekilde tespit edilen asgari sürenin dolmasını takiben, ortaklık sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür ve dolayısıyla-6 aylık fesih bildirim süresine uyulması kaydıyla- feshedilebilir²¹⁷ (olağan fesih).

²¹⁴ Bk. **Hoch**, s. 89- 90, No. 253- 254.

²¹⁵ Bu konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bk. BGE 114 II 161, E. 2a. Federal Mahkeme ilk kez bu kararla birlikte, “sınırsız” sözleşmelerin feshedilebilirliğini açıkça kabul etmiştir. Bu hususta bk. **Hoch**, s. 90, dpn. 511.

²¹⁶ Bu yönde bk. **Hoch**, s. 90, No. 255- 256.

²¹⁷ Bk. **Hoch**, s. 91, No. 257. Yazar benzer, fakat açık kanuni bir dayanağı olan düzenlemenin hizmet sözleşmesi bakımından öngörüldüğünün altını çizmektedir: Buna göre; hizmet sözleşmesinin her bir tarafı, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder (s. 91, dpn. 516.) (OR Art. 334/3, TBK m. 430/3).

İsviçre içtihatlarına göre, aşağıda yer verilen durumlarda aşırı bağlanma olgusundan söz edilmemektedir:

- a) Getirilen veya sonradan yapılacak icatların paraya çevrilmesi amacıyla kurulan ve süresi 15 yıl olan bir ortaklık,
- b) 15 veya 20 yıllığına kurulan bira teslim sözleşmeleri,
- c) Bir kişinin ömrü boyunca kurulan tüketim ödücü sözleşmesi,
- d) 20 yıl süreyle bir akaryakıt istasyonu işletme taahhüdü
- e) 6 yıl süreyle kurulan pay sahipleri sözleşmesi,
- f) 8 yıl süreyle kurulan genel temsilcilik ve tek satıcılık sözleşmesi²¹⁸

Yeri gelmişken diğer ortakların ortaklık yükümlere, örneğin sadakat yükümüne aykırı davranışlarının, ortağı olağanüstü fesih hakkının kullanımına ittiği olasılıklara değinmekte yarar vardır. Keza olağanüstü fesih hakkı, hak sahibinin veya diğer ortakların şahsında doğan haklı sebeplere dayandırılabilir.

Olağanüstü fesih hakkının inşai bir irade açıklamasıyla icra edildiği Alman hukukunda, kalan ortakların haklı sebebin doğumuna yol açmaları halinde, adi ortaklığı haklı sebeple feshetme iradesini dışı vuran ortağa karşı diğer ortakların “devam kaydı/kararı” na dayanmaları “hakkın caiz olmayan surette kullanımı”na (*unzulässige Rechtsausübung*) örnek gösterilmektedir. Böyle bir varyasyonda ortaklığı haklı sebeple fesheden ortak, ortaklığın devamına BGB § 242 kuralına dayanarak karşı çıkabilir²¹⁹. Bu durum, “kimse hukuka veya ahlaka aykırı davranışlarından kendi lehine sonuç çıkartamaz” temel prensibinin bir izdüşümü olarak da görülebilir.

2. Ortağın Kısıtlanması

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hükme (OR Art. 545/b.3) paralel olarak kısıtlanma, eski Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir (TBK m. 639/b.3). Buna karşılık Alman Medeni Kanunu’nda, (BGB § 723 ve devamı maddelerinde) kısıtlanma sona erme sebepleri

²¹⁸ Tüm bu örnekler için bk. **Hoch**, s. 93, No. 266.

²¹⁹ Nitekim bu hususta bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth**, BGB § 736, Rz. 2; **MüKo/Schäfer**, BGB § 736, Rn. 11; **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 736, Rz. 27. Bu konuyla ilintili İmparatorluk Mahkemesi kararının (RGZ 162, 388 vd) özeti için bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 276- 277.

arasında sayılmamıştır. Bu durum, TBK m. 633'ün lafzını teşkil eden BGB § 736 hükmüne de yansımış ve ortağın kısıtlanması ayrılma sebebi olarak anılmamıştır. Bununla birlikte Alman hukuk öğretisinde, kısıtlanan ortağın şahsında, ortaklıktan çıkarılması için haklı sebep meydana geldiği görüşü benimsenmektedir²²⁰.

Kısıtlanma olgusu medeni hukukun ilgi alanına girdiğinden, konunun daha iyi açıklanabilmesi bakımından genel birtakım bilgiler vermekte yarar görüyoruz.

Kısıtlanma ile yakın bağlantı içinde olan fiil ehliyeti hem gerçek hem tüzel kişilerde bulunması gerekli bir ehliyet türüdür. Bir kişinin kendi davranışlarıyla hak elde edip borç altına girebilmesi şeklinde tanımlanan fiil ehliyeti, tüzel kişilerde zorunlu organların oluşmasıyla meydana gelir. Örneğin bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu ve genel kurulun oluşturulması ile ortaklık fiil ehliyetine kavuşur. Gerçek kişilerde yani insanlarda ise fiil ehliyeti üç ana unsur bünyesinde barındırır. Ki söz konusu üç unsurun aynı anda (kümülatif) bulunması zorunludur, aksi takdirde bir gerçek kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu söylenemez. Bunlar; ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmamadır. Bu üç unsur şahsında birlikte taşıyan bir kişi tam ehliyetlidir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar ise sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılmaktadır.

Adi ortaklığa egemen sorumluluk rejimi oldukça ağır olup ilkesel bazda tam ehliyeti gerektirmektedir. Gerçekten ortakların şahsen, müteselsilen ve birinci dereceden sorumlu tutuldukları düşünüldüğünde, tam ehliyetli olmalarının önemi anlaşılır. Ancak bu kural mutlak değildir. Sınırlı ehliyetsiz grubuna giren kısıtlıların da adi ortaklığa katılmaları mümkündür. Elbette ki, sözünü ettiğimiz ağır sorumluluk rejiminin doğal bir neticesi olarak, ortaklığa girerken vesayet ve denetim makamlarının izni alınmalıdır²²¹ (MK m. 463/b.3²²²).

²²⁰ Bu hususta birçokları yerine bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 14; **Hızır**, Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2838, dpn. 51.

²²¹ Nitekim bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 459.

²²² Keza anılan bentte, "*kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi*" ifadesine yer verilmektedir. Adi ortaklıktaki sorumluluğun şahsi niteliğine yukarıda değinmiştik. Öyleyse, vesayet altındaki birinin adi ortaklığa girebilmesi için vesayet ve denetim makamlarından ayrı ayrı izin alınmalıdır. İsviçre hukuku açısından benzer yönde bk. Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg), **Handkommentar zum schweizer Privatrecht, Personen-und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz**, 3. Aufl, Zürich, 2016 (Anılış: CHK- ilgili bölüm yazarı), ZGB Art. 416- 417, No. 20. İsviçre Medeni Kanunu'nda, 19 Aralık 2008 tarihinde kabul edilip 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, vesayet ve denetim makamının yerini "*yetişkinleri koruma makamı*" (*Erwachsenenschutzbehörde*) almıştır. Bu hususta bk. Mehmet Akçaal, "İsviçre Medeni Kanunu'na Göre Kayımlık Türleri", **DEÜHFD**, C. 20, S. 2, 2018, s. 65 vd; İbrahim Kaplan, "İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **TBBD**, S. 137, 2018, s. 375

Kısıtlanma, gerçek kişiler bakımından fiil ehliyetinin kaybı anlamına gelir²²³. Kısıtlanan ortak, vesayet altına alınır. Bu andan başlayarak kendisi sınırlı ehliyetsizlerin rejimine tabi tutulur. Önceden kendisinin bizzat yaptığı işlemleri yasal temsilcisi olan vasi yapmaya başlayacaktır. Oysa bir kişi ortaklığı olan adi ortaklıkta, ortakların şahsı her zaman ön planda durmaktadır. Diğer ortaklar, kısıtlanan ortağın şahsına güvenerek onu ortaklığa kabul etmişlerdir. Halbuki vasi, diğer ortaklar nezdinde üçüncü bir kişidir ve ortaklara yabancısıdır. Vasinin, kısıtlanan ortağın haklarını onun adına kullanacak olması diğer ortaklar açısından bakıldığında çekilemez bir durum yaratabilir²²⁴. Ortaklığa tamamen yabancı bir kişinin, ortaklık işleyişine müdahil olması diğer ortakların katlanabileceği bir şey değildir. Yönetici olsun ya da olmasın, her bir ortağa bireysel olarak bahşedilen denetleme hakkı sayesinde (TBK m. 631) yasal temsilci (vasi), ortaklık işleri hakkında oldukça geniş kapsamlı bir bilgi alma- inceleme fırsatı edinecektir²²⁵. Bu da sorunun boyutlarını gözler önüne sermeye yeter. Yine, bilhassa adi ortaklığın ticari işletme işlettiği hallerde, kısıtlı ortak ile devam kararı alınması pek çok sorunu beraberinde getirebilir. Örneğin, ortağın vesayete tabi olması, ortaklığın yeni yatırım kararları almasını- somut olaya bağlı olarak- güçleştirebilir. İşletme politikasının gereği gibi yürütülmesini engelleyebilir. Kısıtlanmanın, sona erme ve çıkma- çıkarma sebebi olarak düzenlenmesinin mantığı işte burada yatmaktadır.

Ortakların kısıtlanması halinde ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir kayda ortaklık sözleşmelerinde genellikle rastlanmaz. Zira böyle bir durum çoğu zaman önceden tahmin edilemez²²⁶. Hayatın olağan akışı içinde, bir gerçek kişinin kısıtlanma ihtimalinin hesaba katılması pek olası değildir. Dolayısıyla, ortağın kısıtlanmasını takiben diğer ortakların oy birliği ile ortaklığın devamı yönünde karar almaları gerekir. Kanaatimce, burada ortaklığın kısıtlı ortakla devam edip etmeyeceğine göre ikili bir

vd. Bu kanun değişikliği neticesinde, 1 Ocak 2013 tarihine değin ZGB Art. 422/b.3'te hükme bağlanan izin hususu, artık ZGB Art. 416/b.8'de yer almaktadır. Yeni düzenleme gereğince, izni vesayet ve denetim makamları değil, yetişkinleri koruma makamı vermektedir. ZGB Art. 416/b.8'in, eski ZGB Art. 422/b.3'e denk geldiği hususunda bk BSK- **Stachelin**, OR Art. 545/546, No. 17a.

²²³ Aynı yönde bk. **Bollmann**, s. 46; **Hoch**, s. 69, No. 191.

²²⁴ Adi ortaklığın sona ermesi açısından benzer yönde bk. **Siegwart**, OR Art. 545, No. 12.

²²⁵ Denetleme hakkının yasal temsilci tarafından kullanabileceği hususunda bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 207; Franz Schlegelberger, **Schlegelberger Handlungsgesetzbuch, Band 3, Halbband 1, §§ 105- 160**, 5.Aufl, München, 1992 (Anılış: Schlegelberger/ilgili bölüm yazarı), HGB § 118, Rz. 22; **Heymann/Emmerich**, HGB § 118, Rz. 7; **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 716, Rz. 6; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 118, Rz. 32.

²²⁶ Benzer doğrultuda bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 458; **Hızır**, Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2838.

ayrım yapılmalıdır. Diğer ortaklar, eğer kısıtlanan ortakla yola devam etmek istiyorlarsa devam kararının oy birliği ile alınması gerekir. Buna karşılık diğer ortaklar, ortaklığı kısıtlanan ortak olmaksızın sürdürmeyi planlıyorlarsa, devam kararı kısıtlanan ortağın oy hakkı bulunmaksızın alınmalıdır. Zira kanaatimce, ortaklığın kısıtlanan ortak olmaksızın devamının öngörülmesi bir “*çıkarma*” iradesinin dışı vurumu anlamını taşır. Böyle bir durumda ise, kısıtlanan ortağa daha doğru deyimle yasal temsilciye oy hakkı tanınmaması yerinde olur.

Diğer ortakların, kısıtlanan ortak ile ortaklığı devam ettirmek istemeleri durumunda²²⁷, denetim makamının onayının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. İsviçre hukukunda bir görüş- şüphesiz yetişkinleri koruma makamının ihdas edilmesinden önceki dönemde-, denetim makamının (*Aufsichtsbehörde*) izninin alınması gerektiğini, zira kısıtlanan ortağın buradaki hukuki menfaatlerinin ortaklığa girdiği zamanki menfaatleri ile paralellik arz ettiğini belirtmektedir²²⁸. Bu görüşün temel dayanağını, yukarıda sözünü ettiğimiz ZGB Art. 422/b.3 oluşturmaktaydı. Bu düzenleme, kısıtlanan kişinin şahsi sorumluluk gerektiren bir ortaklığa (söz gelimi adi ortaklığa) girerken hem vesayet (sulh mahkemesi) hem de denetim makamının (asliye mahkemesi) iznine tabi olduğunun altını çizmekteydi. Ne var ki, İsviçre’de 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren reform, vesayet ve denetim makamlarını yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla bu tarihten beri, söz konusu izni yetişkinleri koruma makamı (*Erwachsenenschutzbehörde*) vermektedir (ZGB Art. 416/b.8 çerçevesinde).

İkinci bir görüş ise, ortaklığın kısıtlanan ortak ile devamına karar verilmesi halinde, vesayet makamının izninin yeterli olduğunu, denetim makamının onayına ihtiyaç bulunmadığını (eski ZGB Art. 422/b.3- MK m. 463/b.3 anlamında), zira, bir ortaklığın devamının kararlaştırılması ile ne bir işletmenin üstlenildiğini ne de bir ortaklığa katılmanın söz konusu olduğunu, yalnızca ortaklığın varlığını sürdürdüğünü dile getirmektedir²²⁹.

²²⁷ Diğer ortaklar, tasfiye sonuçlandırılmaya değin vasi ile, ortaklığın devamını kararlaştırabilirler. Bu yönde bk. Theodor Schmidlin, **Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft**, Bern, 1943, s. 41.

²²⁸ Nitekim bk. **Schmidlin**, s. 41; **Handschin**, 2014, s. 23; menfaat benzerliğine dikkat çekmeksizin aynı yönde bk. **Hoch**, s. 69, No. 191. Türk hukukunda bu görüş için bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 459.

²²⁹ Bu görüşün İsviçre hukukundaki temsilcisi olarak birçokları yerine bk. BSK- **Stahelin**, OR Art. 545/546, No. 17; herhangi bir gerekçe göstermeksizin yazarla aynı yönde bk. **Bollmann**, s. 46; Martin Würsch, “Auflösung der einfachen Gesellschaft”, **BIAR**, S. 1, 2011, s. 53. Türk hukukunda bu görüş için bk. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 93, No. 108c.

Kısıtlama, yol açtığı sorunlar göz önünde tutulduğunda ortaklıktan çıkma değil, çıkarılma sebebi olarak ön plandadır. Kısıtlanan ortağın ortaklıktan çıkmak istemesi için kanımca çok ekstrem sebeplerin gerçekleşmesi gerekir. Ticari işletme işleten bir adi ortaklıkta tek yönetici ortağın, malvarlığının kötü yönetilmesi nedeniyle kısıtlandığını varsayalım. Bu durumda vesayet altına alınan ortak çıkmak mı isteyecektir yoksa kendi malvarlığını yönetmekten aciz bir kişinin ticari işletmenin işleriyle ilgilenmesine katlanamayan diğer ortaklar onu ortaklıktan uzaklaştırmak mı isteyecektir? Karşılıklı menfaatler tartıldığında, şahsi malvarlığı ile ilgili bir sorunu olmayan ortağın (kısıtlı) ortaklıktan ayrılmak istemesi akla yakın görünmemektedir. Özetle kısıtlama, çıkma değil aksine çıkarılma sebebi olmaya daha elverişli bir olgudur.

Kanunda, kısıtlanan ortağın hangi süre zarfında ortaklıktan ayrılacağına dair herhangi bir ifade yer almamaktadır. Öğretide *Akın*, çıkmak isteyen ortağın (kısıtlı) veya kısıtlanan ortağı çıkarmak isteyen diğer ortakların, sulh hukuk mahkemesinin kısıtlama hakkındaki kararından itibaren 3 aylık süre içinde bu hakkı (çıkma- çıkarma) kullanmaları gerektiği görüşünü savunmaktadır. Böylelikle her iki taraf da hazırlıklarını tamamlama fırsatı yakalayabilecektir. Yine yazara göre, 3 aylık sürenin geçirilmesi hak kaybına yol açmaz. MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece, tarafların kendilerine verilen bu hakkı kullanmaları olanaklıdır²³⁰. Bu duruma örnek olarak, kısıtlama kararına rağmen aylarca hatta yıllarca kısıtlanan ortakla faaliyetlere devam eden ortakların, ani bir kararla kısıtlanan ortağı ortaklıktan çıkarmak istemeleri gösterilebilir. Kuşkusuz bu tip davranışlar MK m. 2 anlamında çelişik davranış yasağına aykırılık oluşturur. Bunun hukuki yaptırımını da hak düşümü olacaktır. Keza hukuk düzeni çelişik davranışları korumaz.

Kanaatimce yasal temsilcinin çıkma beyanında bulunması yeterli olup, vesayet veya denetim makamlarının izninin alınmasına ihtiyaç yoktur²³¹.

Vasinin çıkma beyanında bulunurken sadakat borcuna uygun davranması gerekip gerekmediği sorusu sorulabilir. Vasi, ortak sıfatı taşımadığından sadakat borcuna tabi olmamakla birlikte, temsil ettiği ortak sadakat borcuna tabidir. Yine, nasıl

²³⁰ Bu hususta bk. Sami Karahan (Editör), **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s. 74-75 (Anılış: Karahan/ilgili bölüm yazarı).

²³¹ Krş. **Karahan/Akın**, s. 74. Yazar, çıkma ile birlikte ortağın, ortaklıkta üretilen değerlerden pay alamayacağı gerekçesiyle denetim makamının onayının alınması gerektiğini öne sürmektedir.

ki haklı sebeple çıkarma bağlamında kanuni temsilcilerin davranışları temsil olunana yüklenebiliyorsa, çıkma beyanında bulunulurken de aynı hukuksal mantığın izlerine rastlamak olasıdır. Yani, yasal temsilcinin uygun olmayan zamanda ortaklıktan çıkma beyanında bulunması halinde, kısıtlanan ortak tazminata mahkûm edilebilir. Vasinin en temel görevlerinden biri kanımca temsil ettiği kişinin malvarlığını gözetmek olduğuna göre, çıkma beyanını dışa vurmadan önce ortaklığın durumunu sağlıklı şekilde analiz etmesinde fayda vardır. Keza kendisinin atacağı yanlış bir adım, kısıtlanan ortağın malvarlığının aktifinin azalması ile sonuçlanabilir (tazminat edimi). Kısacası yasal temsilci, kısıtlanan ortak adına çıkma hakkını kullanırken ortaklık menfaatlerini de gözetmek zorundadır. Yasal temsilcinin bu hakkı dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması icap eder (MK m. 2).

Mahkemenin verdiği kısıtlama kararı ile adi ortaklık kendiliğinden sona erer. Zira kısıtlama, infisah sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, ortaklığın devamına ilişkin kayıt çoğu kez bulunmayacağından, ortaklık sona ererek tasfiye aşamasına girecektir. Tasfiye aşamasında ortağın çıkma veya çıkarılmasına herhangi bir engel yoktur. Dolayısıyla, öğretide *Hızır*'in savunduğu “*ortaklığın sona ermesi nedeniyle çıkma veya çıkarılmanın gündeme gelmeyeceği*” yönündeki düşünceye katılmıyoruz²³². Kısıtlanan ortak, devam kararı alınıncaya değin geçen zaman dilimi içinde (tasfiye aşaması) çıkma hakkını kullanabilir.

3. Ortağın İflası

Ortağın iflası da tıpkı kısıtlama gibi infisah sebebidir. Ortak hakkında iflasın açılması ile beraber ortaklık kendiliğinden sona erer²³³. Fakat öğretide bir görüş, ortaklığın iflasın açıldığı anda değil, iflas kararının kesinleştiği anda sona erdiğini dile getirmektedir²³⁴. Ancak bu düşünce tarzına katılmak olanaklı değildir. Çünkü iflas, açıldığı an itibarıyla hüküm ve etkilerini göstermeye başlar²³⁵.

Sözleşmede devam klozu bulunması şartıyla ortaklık, müflis ortak ile yahut o olmaksızın faaliyetlerine devam eder. Ne var ki, iflas etmiş bir ortakla ortaklık

²³² Nitekim bk. **Hızır**, Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2839.

²³³ Bu hususta bk. **Hoch**, s. 66, No. 178.

²³⁴ Bu görüşün temsilcileri olarak birçokları yerine bk. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi (4 cilt), Cilt 1**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 428; **Karahan/Akın**, s. 75.

²³⁵ Bu hususta isabetle bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 456; **Hızır**, Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2841.

ilişkinin sürdürülmesi oldukça güç belki de imkânsızdır. Keza ortağın iflası, onun kendi malvarlığını sağlıklı biçimde yönetemediğinin bir göstergesidir. İflas eden ortağın ticari yaşamdaki kredibilitesi derinden sarsılır. Hatta iflas eden kişi tek yönetici ortaksa bu durum, finans kuruluşlarının ortaklığa kredi açmalarının önünde engel teşkil edebilir²³⁶. Yani ilgili ortağın itibarını zedeleyen iflas, çoğu kez ortaklığın itibarını da olumsuz yönde etkileyecektir.

Hukukumuzda kural olarak tacirler iflasa tabidir (TTK m. 18/1). Bunun yanı sıra, tacir sayılanlar (TTK m. 12/2) ve tacir gibi sorumlu olanlar²³⁷ da (TTK m. 12/3) iflasa tabi tutulurlar. Tacir sıfatını yitirmiş olmasına rağmen, ticareti terk eden bir kimse 1 yıl süreyle iflasa tabi tutulmaya devam eder (İİK m. 44).

Bir kişi, tacir sıfatı taşımamasına rağmen özel kanun hükümleri dolayısıyla da iflas ettirilebilir. Örneğin, kollektif şirket ortakları ve adi komandit şirkette komandite ortaklar, TTK hükümleri gereğince iflasa tabidirler. Bankacılık Kanunu m... gereğince de banka yönetim kurulu üyeleri tacir sıfatı taşımamalarına rağmen iflasa tabi kılınmışlardır.

Görüldüğü üzere, bir ortağın iflas edebilmesi için ilke olarak tacir sıfatına sahip olması gerekir. Bu bağlamda çeşitli varyasyonlar akla gelebilir: a) Her şeyden önce, adi ortaklık bir ticari işletme işletiyor olabilir. Söz konusu olasılıkta, işletme kısmen ilgili ortak adına kısmen diğer ortaklar adına işletildiğinden, her bir ortak tacir sıfatı elde eder. Nitekim öğretide hâkim görüş, ticari işletme işleten adi ortaklıkta her bir ortağın tacir sıfatı edindiği yönündedir. b) Ortaklık ticari işletme işletmemekle birlikte, ilgili ortak tarafından *işletilen* ticari bir işletme olabilir. Belirtilen durumda, ortağın tacir sıfatını iktisabı bakımından, işletmenin sahibi olması kavramsal bir zorunluluk teşkil etmez. Ticari işletmeyi kiracı olarak işleten bir ortak da tacir sıfatı

²³⁶ Çünkü ticari hayatın olağan akışı içinde yönetici ortaklar, ortaklığın kredi borçlarına genellikle kefil de olurlar. Burada, kefalet hukukuna egemen olan “*bir kişinin hem borçlu hem kefil sıfatı taşıyamayacağı*” yolundaki prensip geçerli değildir. Çünkü yönetici ortak, kendi şahsi borcu için değil, aksine ortaklığın borcu için kefil olmaktadır. Bu borç sebebiyle onun şahsen sorumlu tutulması, borcun hukuki niteliğine etki etmez. İşte, yönetici ortağın iflası, kredi kuruluşları ile sözleşme görüşmelerinde bulunan, pazarlık eden, ortaklığın borcuna kefil olan bir kimsenin ticari hayattan çekilmesi anlamına gelir. Bu durum kuşkusuz, yönetici ortağa güvenerek ödünç para veren kurumlar nezdinde negatif bir izlenim uyandıracaktır.

²³⁷ Tacir gibi sorumlu olanlar, tacir olmanın yalnız külfetlerine katlandığından iflasa tabidirler. Nitekim bk. Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 146.

kazanacaktır. Önemli olan “bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmektir.”

İlgili ortak ticari işletmesini devretmişse (TBK m. 202- TTK m. 11 çerçevesinde) iki yıllık müteselsil sorumluluğun ilk yılını İİK m. 44 uyarınca iflasa tabi tutularak geçirecektir. Ortak, belirtilen zaman dilimi içerisinde iflas ettirildiği takdirde bu, TBK m. 633 anlamında iflasın kapsamına dahildir. Yine bir ortak, ticari işletmesini devretmeksizin ticareti terk etmiş olabilir (işletmeyi dağıtmak suretiyle). Böyle bir durumda da ortak, bir yıl süreyle iflasa tabidir.

Ortağın hangi borçlardan ötürü iflas ettiği, ortaklığın sona ermesi açısından herhangi bir önem taşımamaktadır. Ortak gerek şahsi gerekse ortaklık borçları sebebiyle iflas ettirilmiş olabilir. İflasın açılması ile beraber ortak, iflasa tabi malvarlığı- ki buna ortaklık payı da girer- üzerindeki tasarruf yetkisini yitirir. Onun malvarlığı, iflas masası adı verilen organa geçer. Üçüncü kişilerle olan ilişkilerde ise, masanın kanuni temsilcisi niteliğindeki iflas idaresi devreye girecektir²³⁸. Örneğin, müflis ortağın üçüncü bir kişiden olan alacağını tahsil etme yetkisi iflas idaresindedir. İflas idaresi, bu görevi icra ederken müflis ortağın alacaklılarının çıkarlarını öncelikli olarak gözetir.

İşte müflis ortağın malvarlığının iflas masasına geçmesi diğer ortaklar açısından katlanılamaz bir durum yaratabilir. Ortaklık payı, dolayısıyla ortaklık sıfatından doğan haklar üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeden ortakla ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesinde diğer ortakların menfaatleri vardır. Bu da iflasın daha ziyade – kısıtlamada olduğu gibi- çıkarılma sebebi olarak gündeme geleceğini ortaya koyar. Kanaatimizce iflas bir çıkarma sebebi olarak düzenlenmeseydi dahi, haklı sebeple çıkarma bağlamında pekâlâ düşünülebilirdi. Zira ortağın iflası, çıkarılması için haklı sebep teşkil eder²³⁹.

²³⁸ Alman hukukunda *Schäfer*, daha ileri giderek, iflasın açılması ile birlikte aciz yöneticisinin (*Insolvenzverwalter*), müflis ortağın ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan hukuksal statüsünü edineceğini savunmaktadır. Bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 736, Rn. 14. Bu yaklaşımdan, iflasın açılması anından itibaren ortaksal hakların aciz yöneticisi tarafından kullanılacağı sonucu çıkarılabilir. Yazarla aynı yönde bk. NK- **Jessica Hanke**, BGB § 736, Rn. 5. İflas eden ortağın haklarının aciz yöneticisi tarafından kullanılacağı yönünde bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 728, Rz. 2.

²³⁹ Ortağın malvarlığı üzerinde iflasın açılmasının haklı sebep teşkil ettiği yönünde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 8.

Ortağın iflasına karşın müflis ortakla ortaklığın sürdürülmesi doğrultusunda karar alınamaz²⁴⁰. Zira iflasın açılması ile birlikte ortaklık kendiliğinden tasfiye aşamasına girmektedir. Kendi payı üzerindeki tasarruf yetkisini yitiren ortakla ortaklık ilişkisinin sürdürülmesi olanak dışıdır.

Şahsında sona erme sebebi gerçekleşen ortak olmaksızın ortaklığın sürdürülmesi planlanıyorsa, ilgili ortağın rızasının aranmaması icap eder²⁴¹. Çünkü bu tip devam kararları örtülü olarak, ilgili ortağın çıkarılması doğrultusunda bir iradeyi içerirler. Müflis ortağın, kendisi olmaksızın ortaklık ilişkisinin devamına rıza göstermesi- hayatın olağan akışı içinde- beklenemez. İsviçre öğretisinde bir görüş, iflastan sonra ortaklığın devamı yönünde (müflis ortak olmaksızın) bir anlaşma yapılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısının onayının alınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁴². Devam kaydı mevcutsa veya iflas eden ortak olmaksızın ortaklığın devamına karar verilmişse; müflisin payı²⁴³ iflas masasına ödenir. Böyle bir karar açık veya örtülü şekilde alınabilir²⁴⁴.

Alman hukukunda da bir ortağın iflası ortaklığı sona erdirmektedir²⁴⁵ (BGB § 728/2). Yine, ortağın iflası ortaklıktan ayrılma sebepleri arasında yer almaktadır²⁴⁶ (BGB § 736/1). Ancak bu hukuk sisteminde, müflis ortağın ortaklıktan ayrılması için ilave bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmaz. Devam kaydının veya sonradan devam kararının varlığı, müflis ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrılması için gerekli ve

²⁴⁰ Müflis ortak ile ortaklık ilişkisinin sürdürülmesinin olanaksız olduğu hususunda bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 728, Rz. 7. Hatta yazar, BGB 728 hükmünün bu açıdan emredici bir karakter taşıdığını söylemektedir.

²⁴¹ Ancak Alman öğretisinde, şahsında ayrılma sebebi gerçekleşen ortağın da rızasının alınması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu hususta birçokları yerine bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 736, Rz. 8; NK- **Jessica Hanke**, BGB § 736, Rn. 2. Yazar, bu düşünceyi savunurken Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına dayanmaktadır. Bk. BGH NJW 2010, 65, 67.

²⁴² Nitekim bk. BSK- **Stachelin**, OR Art. 545/546, No. 15.

²⁴³ Buradaki *pay* ifadesi kanaatimizce- müflis ortağın ortaklıktan ayrıldığı hesaba katılırsa- *ayrılma payı* olarak yorumlanmalıdır.

²⁴⁴ Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 93, No. 108b.

²⁴⁵ Bunun yanı sıra, BGB § 728'e eklenen bir fıkra ile adi ortaklığın kendisinin iflası da sona erme sebebi haline getirilmiştir. Bu durum, Alman İflas Yasası'nın (*Insolvenzordnung*) 11. Paragrafı gereğince (InsO § 11/2.1) adi ortaklığa iflas ehliyeti tanınmasının doğal bir neticesidir. Bu hususta bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1758. Yazar, BGB § 728/1 hükmünün yalnızca kendi malvarlığına sahip dış ortaklıkları ilgilendirdiğini – haklı olarak- vurgulamaktadır.

²⁴⁶ BGB § 736 uyarınca, şahsında sona erme sebebi gerçekleşen ortağa çıkma hakkı tanınmamış, aksine ilgili ortağın ortaklıktan otomatik olarak ayrılacağı düzenlenmiştir. Hal böyleyken öğretilde *Hızır*'ın, BGB § 736'da ortağa çıkma hakkı tanındığını söylemesi talihsizlik olmuştur. Bk. **Hızır**, Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2841, dpn. 64.

yeterlidir²⁴⁷. Yani TBK m. 633'teki gibi bir yenilik doğuran iradenin dışı vurulması şartı aranmamaktadır.

Müflis ortağın ortaklıktan çıkmak istemesi, çıkma beyanında bulunulması açısından yeterli değildir. İflas idaresi, ortağın alacaklılarının da menfaatlerini göz önünde tutarak çıkma iradesini dışı vurmalıdır. Ne var ki, alacaklıların menfaati de genellikle ortağın ortaklıktan çıkması yönünde olacaktır, zira ortağın ortaklıktaki faaliyetleri devam ettiği sürece, alacaklılar yalnızca onun kâr payı veya dönemsel ücret alacağına el koyabileceklerdir. Alacaklıların tatmin edilmesi bakımından, yıllık kâr payı veya aylık ücret vb. alacakların etkin bir çözüm getirmeyeceği ortadadır. Halbuki, müflis ortağın ortaklıktan çıkararak ayrılma payı alması ve bu suretle alacaklıların tatmin edilmesi daha rasyonel bir seçenek olarak görünmektedir²⁴⁸. Bu nedenle iflas idaresi çoğu durumda çıkma beyanında bulunacaktır. Ortak, iflas masasına dahil malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisini yitirdiğinden, çıkma hakkının iflas idaresince kullanılmasında şaşılacak bir yön yoktur.

Çıkan veya çıkarılan müflis ortağın ayrılma payı, iflas masasına dahil olur. Ayrılma payının hesaplanması sürecinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, müflis ortağın iflas idaresi tarafından temsil edileceği kuşkusuzdur. Burada dava takip yetkisinin tipik bir görünüş biçimi söz konusudur. Keza, iflasın açılmasıyla birlikte, iflas masasına dahil malvarlığı unsurlarına ilişkin dava takip yetkisi iflas idaresine geçer. Kanaatimizce, dava takip yetkisinin geçişi bakımından, davaların iflastan önceki ve sonraki davalar şeklinde ayrıma tabi tutulması gereksizdir. İflasın açılmasından önceki davalar bakımından da dava takip yetkisi iflas idaresine geçer. Dolayısıyla, ayrılma payının yanlış hesaplanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, müflis ortağın adına iflas idaresi davayı açacak ve yürütecektir. İflas idaresi masanın kanuni temsilcisi sıfatıyla, ayrılma bilançosunun düzenlenme sürecine iştirak eder. Ayrılma payına ilişkin bilgi alma ve inceleme hakları iflas idaresi tarafından kullanılır. Bu haklar, her ne kadar ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı bir nitelik arz etse de ortağın şahsi malvarlığına girecek ayrılma payı ile ilintili haklardır. Bu sebeple, bilgi alma ve inceleme hakkının iflas idaresince kullanılmasında sakınca bulunmamaktadır. İflas idaresi, bu hakları kullanırken uzman üçüncü kişinin yardımından (örneğin yeminli bir

²⁴⁷ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 736, Rz. 9; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 736, Rn. 4- 9; **HK- BGB/Ingo Saenger**, BGB § 736, Rn. 1- 5; **MüKo/Schäfer**, BGB § 736, Rn. 8.

²⁴⁸ Benzer doğrultuda bk. **Karahan/Akın**, s. 75.

mali müşavir) yararlanabilir. Ayrılma bilançosunun tespitinin kesinleşmesi için, iflas idaresinin mi yoksa müflis ortağın mı kabul beyanında bulunması gerektiği sorusu sorulabilir. Bize göre, ayrılma bilançosunun doğru ve adil biçimde hazırlandığına kanaat getirdiği takdirde, iflas idaresinin bilançoyu kabul etmesi gerekir. Zira, bilançonun tüm aşamalarına katılmış iflas idaresinin, kabul beyanında bulunmaması düşünülemez. Kısacası, iflas idaresinin bilançoyu onaylamasını takiben ayrılma payı tutarı kesinlik kazanır ve muaccel hale gelir.

İflas nedeniyle ayrılan ortağa ayrılma payı ödenmeyeceği kararlaştırılmışsa, somut olayın iyi analiz edilmesi gerekir. Keza, bu tip durumlarda ayrılan ortağın niyeti, alacaklılara herhangi bir ödeme yapmaktan kaçınmaktır. Dolayısıyla bu tür kayıtların batıl olduğu Alman hukukunda ağırlık kazanmış bir görüştür. Ancak, burada korunan hukuki değer ortaklık alacaklılarının geçersizliğini öne süremezler.

Yine, TBK m. 636- BGB § 740 ile ayrılan ortağa bahşedilen, tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı da iflas idaresi tarafından kullanılacaktır. Keza, askıdaki işlerden doğan kar payları müflis ortağın malvarlığına dahil olacaktır. Dolayısıyla, bu işlerin zamanında sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını yine iflas idaresi takip edecektir. Bu haklarla doğrudan bağlantılı olan, hesap isteme ve bilgi alma haklarının da iflas idaresince kullanılacağında tereddüt yoktur. İflas idaresi, bitirilmiş işlere dair yönetici ortaklardan hesap isteyebilir veya henüz tamamlanmamış işler hakkında bilgi alabilir.

İsviçre hukuk öğretisinde, malvarlığının terki suretiyle konkordato²⁴⁹ (*Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*, SchKG Art. 317 vd) ortağın iflası ile eşdeğer görülmekte, dolayısıyla sona erme sebebi olarak kabul edilmektedir²⁵⁰. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda (İİK m. 309a- İİK m. 309/l) borçlu; malvarlığının aktifini alacaklılara devrederek²⁵¹ bu malvarlığının alacaklılar tarafından tasfiye edilmesini ister. Bu öneri, alacaklıların çoğunluğu ve ticaret mahkemesince

²⁴⁹ İsviçre hukukundan *Blumenstein* konkordatoyu, “*borçlunun ihtiyaçlarını özel olarak dikkate alan ve onun ekonomik varlığını mümkün olduğunca gözetken cebri icra modeli*” şeklinde tarif etmektedir. Yazarın bu tanımı için bk. **Schmidlin**, s. 37, dpn. 30.

²⁵⁰ Bu hususta bk. Hermann Becker, **Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Abteilung (184- 551)**, 2. Aufl, Bern, 1941, OR Art. 545, No. 12; BSK- **Stahelin**, OR Art. 545/546 No. 16; **Hoch**, s. 68, No. 186. Bu hususa ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bk. BGE 107 III 27 vd.

²⁵¹ Görüldüğü üzere, söz konusu terimin Almanca karşılığı (*Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*), müessesenin amacını daha iyi yansıtmaktadır. Dolayısıyla, “*malvarlığının devri suretiyle konkordato*” şeklinde bir çeviri müessesenin ruhu ile çok daha uyumlu olabilirdi.

onaylandığı takdirde, borçlunun malvarlığının aktifi üzerindeki tasarruf yetkisi son bulur. Bu andan itibaren, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi alacaklılara geçer. Alacaklılar da bu yetkiyi tasfiye memurları aracılığıyla kullanabilirler. Tasfiye memurları, borçlunun mallarını *iflas tasfiyesine benzer* şekilde tasfiye ederler ve elde edilen parayı alacaklılar arasında paylaştırırlar. Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun ülkemizde uygulaması çok sınırlıdır²⁵². Bu da anılan durum sebebiyle ortaklığın dağılma ihtimalini oldukça azaltmaktadır.

Ancak konkordatonun diğer türleri, bilhassa yüzde konkordatosu²⁵³ (*Prozentvergleich*) ve vade konkordatosu²⁵⁴ (*Stundungsvergleich*) özel bir sona erme sebebi teşkil etmez²⁵⁵.

4. Ortağın Ölümü

Adi ortaklığın karşılıklı güven ilişkisine ve şahsa dayalı yapısı, ortaklardan birinin ölümü halinde bir kez daha kendisini gösterir: Ortağın ölümü, ortaklığı kendiliğinden sona erdirir. Ancak ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan birinin ölümüne rağmen ortaklığın devam edeceğine dair bir kayıt mevcutsa veya sonradan bu yönde karar alınırsa, ortaklık sona ermez. Ölümün ortaklık ilişkisine etkisi, özellikle ortaklık sıfatının mirasçılara intikali uzun zamandan beri tartışma konusu olagelmıştır. Hiç şüphesiz, meselenin anlaşılması açısından ölüm olgusuna kısaca değinmekte yarar vardır.

Gerçek kişilerde kişilik, tam ve sağ doğum ile başlar ve ölüm ile son bulur. Ölüm, bir insanın²⁵⁶ kişiliğinin ortadan kalkmasına yol açan hukuki bir olaydır. Ve pek çok hukuki olayın aksine hukuk düzeni, ölüme birtakım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Ölen kişinin malvarlığı, tereke ismini alarak mirasın konusunu oluşturur. Terekeyi, miras hukukunun merkezine konumlandırırsak yanlış olmaz. Zira MK'nın miras

²⁵² Bu genel bilgi için bk. Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 525 (Anılış: İflas).

²⁵³ Bu kavram hakkında genel olarak bk. **Kuru**, İflas, s. 501.

²⁵⁴ Bu kavrama ilişkin olarak bk. **Kuru**, İflas, s. 501.

²⁵⁵ Nitekim bk. **Becker**, OR Art. 545, No. 12; **Schmidlin**, s. 37; **Hoch**, s. 68, No. 186. Bu hususta dolaylı olarak bk. BSK- **Stahelin**, OR Art. 545/546, No. 16.

²⁵⁶ “İnsan” sözcüğüne vurgu yapmak istememizin nedeni, ölümün münhasıran gerçek kişilerde kişiliği sona erdirmesidir. Tüzel kişilerin, örneğin bir anonim ortaklığın ticaret sicilinden terkinin ve hukuki varlığını yitirmesi asla ölüm ile eşdeğer görülemez. Keza, hukuki varlığını yitiren tüzel kişilerin mirasçıları olamaz. Yalnızca bir gerçek kişinin mirasçıları olabilir.

hukukuna ilişkin pek çok düzenlemesi, tereke kavramı baz alınarak ihdas edilmiştir. Terekeye yalnızca aktif- pasif malvarlığı unsurları girebilir. Dolayısıyla, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ölüm ile birlikte ortadan kalkarlar. Bu tür haklar sahibinin yazgısını izlerler, hak sahibinin ölümü deyim yerindeyse ilgili hakkın da ölümü anlamına gelir (isim hakkı vb).

Ölüm karinesi ölüme eşdeğer olarak görülebilir. Yine, bir ortağın gaiplik teşkil edebilecek surette kaybolması halinde de ölümlle eşdeğer bir olgudan söz edilebilir. Ortağın ölüm anı, mahkemenin kendisi hakkında gaiplik kararı aldığı andır. Diğer bir anlatımla ortaklık, mahkemenin gaiplik kararını aldığı tarihte sona erer. *Kessler*, bir ortağın ortadan kaybolmasının dahi fesih için haklı sebep oluşturduğunu belirtmektedir. Miras bırakan ortağın gaipliği nedeniyle ortaklığın sona erdiği durumlarda diğer ortaklar, mirasçılara, ortaklığa girme hakkı bahsedebilirler. Böylelikle, gaiplik nedeniyle sona eren ortaklık ayakta tutulmuş olur. Tedavisi mümkün olmayan bir akıl hastalığına yakalanması sebebiyle fiil ehliyetini tamamen yitiren bir ortak, ölmüş bir kişi gibi değerlendirilemez. İşlem ehliyetinin bu şekilde kaybedildiği hususu kolayca tespit edilemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde diğer ortaklara, haklı sebeple ortaklığı feshetmeleri önerilmektedir²⁵⁷.

Ortaklık payı veya ortaklık sıfatı ise bu bağlamda ilginç bir denklem oluşturur: Keza ortaklık sıfatının bünyesinde, terekeye intikali elverişli mali haklar bulunduğu gibi, terekeye geçişi caiz olmayan kişisel haklar da vardır. Ancak ölüm durumunda, mali hakların mirasçılara geçmesine karşılık ortaklık sıfatına sıkı sıkıya bağlı hakların sona ermesi “*ortaksal hakların bölünmezliği*” prensibini ciddi anlamda zedelerdi. Yani, ortaklık sıfatı mirasçılara ya bütün olarak intikal edecek ya da hiç etmeyecektir.

Elbette ortaklık sıfatı bir malvarlığı değeri niteliği taşımadığından, otomatik olarak mirasçılara intikal edemez. Onun mirasçılara intikali için sağ kalan ortaklarla mirasçılar arasında uzlaşmaya varılması zorunludur. İşte ortaklık sıfatının mirasçılara geçişine zemin hazırlayan bu tip anlaşmalar öğretilde “Halefiyet klozları (*Nachfolgeklauseln*)” olarak adlandırılmaktadır²⁵⁸. Halefiyet klozları, kendi içinde basit halefiyet klozu (*einfache Nachfolgeklausel*) ve nitelikli halefiyet klozu (*qualifizierte Nachfolgeklausel*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

²⁵⁷ Nitekim bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 33.

²⁵⁸ Benzer doğrultuda bk. NK- **Jessica Hanke**, BGB § 736, Rn. 3- 6.

Ne var ki, halefiyet klozu ortaklıklar hukuku ile miras hukuku arasında derin ihtilaflara sebep olabilmektedir. Keza ortaklıklar hukukunun görevi, ortaklık sıfatının intikal edilebilirliğinin, yani hak transferinin hukuken önünü açmak iken; mirasçılarının belirlenmesi ve iktisap olgusu miras hukukunun alanına girer²⁵⁹.

Miras hukuku ile ortaklıklar hukukunun çatışmadığı, aksine uyduğu durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, miras bırakan ortağın tek bir mirasçısı bulunuyorsa ortaklık sözleşmesindeki halefiyet klozu, miras hukuku bağlamında da mesele yaratmayacaktır²⁶⁰. Ancak bu olasılığa oldukça seyrek rastlanıldığını belirtmekte fayda vardır. Basit halefiyet klozunda, ortaklığın tüm mirasçılarla devamı öngörülmektedir. Bu da ortaklıklar hukuku ile miras hukukunun çatışmasına yol açabilmektedir. Zira ortaklıklar hukukuna egemen kurallar, mirasçılarının ayrı ayrı (*Einzelpersonen*) ortaklık sıfatı edinmelerini zorunlu kılarken, miras hukuku ise onlara miras ortaklığı²⁶¹ (*Erbengemeinschaft*) perspektifinden yaklaşmaktadır.

a. Ortaklık sıfatının intikali ve halefiyet klozları

Alman öğretisinde, bir ortağın ölümü halinde ortaklığın devamına yönelik sözleşmesel kayda çok sık rastlanılmadığı ifade edilmektedir. Kuşkusuz bunun arkasında yatan ana neden, adi ortaklıkların büyük kısmının geçici işler için kurulmasıdır. Zira, adi ortaklığın geçici işlere oldukça elverişli bir yapısı bulunduğu öteden beri dile getirilen bir husustur. Dolayısıyla halefiyet klozları, asıl, süreklilik arz eden amaçlar izleyen adi ortaklıklarda kendisine yer bulabilir. Adi ortaklığın, serbest meslek faaliyetinden doğan kazancın paylaşılması amacıyla kurulması (ör: bir muayenehanenin) buna örnek gösterilebilir. Yine, her ne kadar Alman hukukunda buna cevaz verilmiyorsa da adi ortaklığın bir ticari işletme işlettiği hallerde de halefiyet klozları büyük bir önem kazanabilir. Çünkü, ortaklığın menfaat durumu kolektif ortaklık ile benzeşmektedir.

Keza, geçici amaçlar izleyen adi ortaklıklarda, bir ortağın ölümü- hayatın olağan akışı içinde- önceden hesaba katılacak bir olasılık değildir. Bir ortağın

²⁵⁹ Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 19.

²⁶⁰ Nitekim bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 21.

²⁶¹ Kuşkusuz miras ortaklığı, mirasın paylaşılmasına kadar geçen süreyi kapsayan geçici nitelikli bir elbirliği ortaklığıdır (*Gesamthand*). Dolayısıyla miras ortaklığı, adi ortaklıktan farklı olarak amaç birlikteliği (*Zweckgemeinschaft*) oluşturmaz.

ölümünün ortaklığı sona erdirebilmesi, ilgili ortaklığın zamana yayılmış bir amaç gütmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla, ilkesel olarak, iktisadi bir işletme işleten veya serbest meslek sahiplerince kurulan adi ortaklıklarda, bir ortağın ölümü ortaklık açısından risk faktörü niteliğine sahiptir.

Halefiyet klozları, ortaklık payı ile mirasçılar arasında adeta köprü kuran anlaşmalardır. Bu klozlar sayesinde mirasçıların tamamı veya belirli bir kısmı, otomatik olarak miras bırakan ortağın yerini almaktadır²⁶². Yani, hukuki etkinin doğabilmesi için başkaca bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmaz.

Ortaklık sözleşmesi, bir ortağın ölümü durumunda onun payının (ortaklık sıfatı) tüm mirasçılara geçeceği yönünde bir kayıt (yani *basit halefiyet klozu*) içeriyorsa, ortaklıklar hukuku ile miras hukuku karşı karşıya gelecektir. Çünkü, ortaklıklar hukukunun temel prensipleri, her bir mirasçının ayrı ayrı ortaklık sıfatı kazanmasını gerektirirken, miras hukuku ise, mirasçıların tamamından oluşan miras ortaklığının ortaklığa üye olmasını ister. Görüldüğü üzere, ortaklık payının, daha doğru bir deyimle ortaklık sıfatının iktisabı konusunda ortaklıklar hukuku ile miras hukuku çatışmaktadır. Tam bu noktada, miras ortaklığının adi ortaklığa ortak olup olamayacağı hususu önem kazanmaktadır.

b. Miras Ortaklığının Adi Ortaklığa Üye Olup Olamayacağı Sorunsalı

aa. Alman Hukukunda

Miras ortaklığının adi ortaklığa üye olup olamayacağı meselesi özellikle Alman hukukunda uzun süre devam eden bir tartışmaya yol açmıştır²⁶³. Bugün dahi söz konusu hukuk sisteminde, miras ortaklığının adi ortaklığa katılıp katılamayacağı konusunda görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Bununla birlikte ağırlık kazanmış yaklaşım, miras ortaklığının şahıs ortaklıklarına- ki adi ortaklık da bunlara dahildir- üye olamayacağı doğrudur²⁶⁴. Bu görüşün temsilcilerinin gerekçesi, adi

²⁶² Halefiyet klozunun, ortaklık sıfatının mirasçılara intikalini sağladığı hususunda bk. **Larenz**, BT, s. 366.

²⁶³ Bu hususta bk. Hendrik Göhner, “Nachfolge in Personengesellschaften bei Tod eines Gesellschafters”, **ZJS**, S. 5, 2010, s. 594.

²⁶⁴ Bu yönde bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz.22; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 727, Rz. 8; **Palandt/Sprau**, BGB § 727, Rz. 3; **Windbichler**, s.155, No. 4; **Hueck**,

ortaklığın da içinde bulunduğu şahıs ortaklıklarının, şahsa dayalı çalışma toplulukları (*Arbeitsgemeinschaften*) niteliği taşıdığıdır²⁶⁵.

Grunewald, bu gerekçeyi bir bakıma haklı bulmaktadır, zira miras ortaklığı gibi oldukça hantal bir oluşumun, adi ortaklığın yönetici ortağı olması düşünülemez²⁶⁶. Miras ortaklığını hantal kılan en önemli etken ise, onun bir elbirliği ortaklığı (*Gesamthand*) niteliğini taşımasıdır. Bu durum, miras ortaklığı içinde alınacak kararlarda *birlikte hareket* prensibini, yani oy birliği zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Ancak yazar, ortakların kendi inisiyatiflerine güvenebileceklerinin altını çizmektedir. Onlar, kendileri için en adil sözleşmesel yapıyı oluşturma şansına sahiptirler. Yazar, bu açıdan bakıldığında miras ortaklığının – kuşkusuz yönetim yetkisi tanınmaksızın- adi ortaklığa üye olarak katılabileceğini savunmaktadır. Yine, ortaklık alacaklılarının korunması açısından yaklaşıldığında da miras ortaklığının üyeliğine karşı seslerin yükselmesi olasıdır. Keza ortakların şahsi sorumluluklarına güvenen alacaklıların, miras ortaklığı gibi bir yapının borçlu olarak karşılıklarına çıkmasına tahammül etmeleri güçtür. Ne var ki, ortakların ödeme güçlerinin yerinde olması dahi alacaklılar için kesin- nihai bir garanti sağlamamaktadır. Yazar, bir limited ortaklığın, adi ortaklığın ortağı olabileceğinden hareketle, miras ortaklığının da adi ortaklığa üye olarak girebileceği görüşünü paylaşmaktadır.

Flume ise, ortaklık işlerinin sürdürülebilirliği bakımından münferit mirasçıların değil, aksine miras ortaklığının ortak olmasının daha pratik olacağı kanaatindedir. Miras ortaklığının adi ortaklığa giremeyeceği, çünkü hak ve borçlanma ehliyetinden yoksun bulunduğu yönündeki düşünce, yazara göre, elbirliği ilkesinin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Ortaklık payının mirasçılara intikali yalnızca ortaklık sözleşmesinde düzenlenmiş ve başkaca bir belirlemeye yer verilmemiş ise, ortaklık payı (sıfatı) nın miras ortaklığına geçeceği kabul edilmelidir. Yazar burada dikkate değer bir çelişkiye işaret etmektedir: Keza Alman hukukunda bir yandan, miras ortaklığının adi ortaklığa ortak sıfatıyla katılımı reddedilirken, diğer yandan, kollektif ortaklığın bir ortağın ölümüyle sona ermesi durumunda, ölen ortağın

OHG, s.410- 411; **Wiedemann**, Übertragung, s. 196 vd; **Kübler/Assmann**, s. 94; Ulrich Eisenhardt, **Gesellschaftsrecht**, 14. Aufl, München, 2009, s.191, No. 326; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1340. Karşı görüş için bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 73, No. 149; **Flume**, Personengesellschaft, s. 395 vd.

²⁶⁵ Bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 73, No. 149.

²⁶⁶ Nitekim bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 73, No. 149.

birden fazla mirasçısı mevcutsa, miras ortaklığının tasfiye halindeki ortaklığa ortak olduğu söylenmektedir²⁶⁷. Yazarın dikkat çektiği çelişkiye düşenlerden biri de, Alman hukukunun önde gelen hukukçularından *Alfred Hueck*'tir. *Hueck*, kollektif ortaklığa (OHG) özgüllediği eserinde, kollektif ortaklığın mirasçılarla devamına yönelik bir anlaşmanın varlığı halinde mirasçıların ayrı ayrı (*Einzel*) ortaklık sıfatını edineceğini belirtmekte; fakat ortaklardan birinin ölümü nedeniyle tasfiyeye giren kollektif ortaklıkta, ortaksal hakların mirasçıların tamamı, yani miras ortaklığınca kullanılacağını söylemektedir²⁶⁸. Kuşkusuz *Hueck*, burada önemli bir çelişkiye düşmüştür.

Göhner ise Alman hukukunda, miras ortaklığının adi ortaklığa üye olmasına karşı geliştirilen argümanların üç noktada toplandığını ifade etmektedir²⁶⁹: İlk olarak, adi ortaklık ve miras ortaklığı farklı amaçlara yönelmektedir: İşletme işleten bir ortaklığın faaliyetleri süreklilik arz etmekte iken, miras ortaklığı tasfiyeye yönelmiş, yani geçici nitelikte bir elbirliği ortaklığıdır.

Yine Alman hukukunda, miras ortaklığındaki sorumluluk rejimi kişi ortaklıklarındakine nazaran önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Bu olgu, Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararından bu yana adi ortaklık için de geçerli olan HGB § 128'deki fer'i ve sınırsız sorumluluk esasıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü mirasçılar ortaklık sıfatı kazanacaklarsa, miras bırakan ortağın sağlığında doğan ortaklık borçlarından da sınırsız ve müteselsilen sorumlu kılınabilmelidirler²⁷⁰.

Son olarak, miras ortaklığının bir elbirliği ortaklığı özelliği taşıdığı ve dolayısıyla bu yapıya oy birliği prensibinin egemen olduğu dikkate alınırsa, ortaklığın hareket alanının alabildiğine daralacağı açıktır²⁷¹.

Yeri gelmişken, Alman hukukunda miras ortaklığının adi ortaklığa üye olmasını reddeden hâkim görüşün öne sürdüğü argümanlara değinmekte yarar vardır. Sözü edilen görüşün en temel dayanak noktalarından biri, miras ortaklığında geçerli sorumluluk rejimi ile HGB § 128'de dile gelen sınırsız, müteselsil ve fer'i sorumluluk

²⁶⁷ Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 396.

²⁶⁸ Bu hususta bk. **Hueck**, OHG, s. 410- 411; s. 345- 346.

²⁶⁹ Nitekim bk. **Göhner**, ZJS 5/2010, s. 594.

²⁷⁰ Bk. **Göhner**, ZJS 5/2010, s. 594.

²⁷¹ Bk. **Göhner**, ZJS 5/2010, s. 594.

düzeninin bağdaşmazlığıdır. Bu konu üzerinde durulmasının sebebi, Alman öğretisinin meseleye yüklediği anlamla doğru orantılıdır.

Daha önce ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, HGB § 128 düzenlemesi, kolektif ortaklıkta ortağın tabi olduğu sorumluluk rejimini tarif etmektedir. Düzenleme, ortağın ortaklık borçlarından ötürü şahsen ve müteselsilen sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi'nin 29.01.2001 tarihli, adi ortaklığa hak ehliyeti bahşeden kararında, bundan böyle adi ortaklıklar bakımından da HGB § 128'deki sorumluluk rejiminin uygulanacağı açıkça vurgulanmıştır. Öyleyse, HGB § 128'de düzenlenen şahsi ve müteselsil sorumluluk, artık yalnızca kolektif ortaklık için değil, aynı zamanda adi ortaklık için de söz konusu olacaktır.

Alman öğretisinin amacının, mirasçı sıfatıyla ortaklığa giren kişileri HGB § 128'in ağır sorumluluk rejimine tabi kılmak olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Zira egemen yaklaşımın temsilcileri, Alman Medeni Kanun'u uyarınca (BGB § 2059/1), miras ortaklığını oluşturan mirasçıların tereke borçları sebebiyle sınırsız olarak değil, aksine terekeyle sınırlı sorumlu olduklarını ısrarla söylemektedirler. Gerçekten, anılan hükmün ilk fıkrasına göre, her bir mirasçı tereke paylaşılincaya değin, tereke borcunu terekedeki payından başka bir malvarlığından ödemekten kaçınabilir. Bunun anlamı, her bir mirasçının -şüphesiz tereke henüz paylaşılmamışsa- tereke borçlarından ötürü kendi malvarlığına el atılmasını engelleme yetkisi olduğudur²⁷². Yeri gelmişken tereke borcu kavramına açıklık getirmek gerekir. Tereke borcu, miras bırakanın ölürken gerisinde bıraktığı bütün borçları kapsar. Ortaklıklar hukuku açısından önemi ise, ortaklık payının veya sıfatının halefiyet klozları aracılığıyla mirasçılara intikalinde belirginleşir.

Halefiyet klozları sayesinde ortaklık payı, mirasçıların tamamına veya belirli bir kısmına geçebilir. Böylelikle ortaklık payı, terekenin bir parçası haline gelir. Ancak Alman doktrininde, bunun özel bir halefiyet yoluyla gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Özel halefiyetten kasıt, ortaklık payının miras ortaklığına değil, kendi miras payları oranında ortaklara ayrı ayrı geçmesidir. İşte *özel halefiyet kavramı* yaratılmasının gerisinde, miras ortaklığının tereke borçlarından sorumlulukta yetersiz kaldığı düşüncesi yatmaktadır. Yetersizdir, çünkü Alman miras hukukunda, terekeyle sınırlı

²⁷² BGB § 2059/1- İlk cümle uyarınca mirasçının şahsi malvarlığına yönelme olanağının kapalı olduğu hususunda bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 199.

sorumluluk ilkesi geçerlidir. Oysa, mirasçılarının da tıpkı diğer ortaklar gibi şahsi ve müteselsil sorumluluk düzenine tabi tutulmaları gereklidir. Çünkü mirasçılara, ortak sıfatını edindikleri andan itibaren diğer ortaklara nazaran ayrıcalıklı bir statü bahşedilmesi ortaklık içi huzuru olumsuz etkileyebilir. Bu durum, ayrıca tereke alacaklıları bakımından da kabul edilebilir değildir. Mirasçının şahsi malvarlığına yönelemeyen bir alacaklının- ki burada tereke alacaklısından kasıt ortaklık alacaklısıdır- alacağına kavuşamama rizikosunu belirebilir. Terekenin mirasçılar arasında ne zaman paylaşılacağı hususu da sorunu iyice çetrefilli hale getirebilir.

Hatta, bu sınırlı sorumluluk avantajı ortadan kalksa yani, mirasçılar BGB § 2059/1-c.2 gereğince sınırsız sorumlu tutulsalar dahi, onların tereke borcundan sorumluluğu, miras paylaşılıncaya dek bu sefer kendi miras payları oranında olacaktır. Örneğin, ilgili tereke borcunun 210. 000 lira olduğunu düşünelim. Mirasçının miras payının 1/3 olduğu varsayıldığında, mirasçı BGB § 2059/1-c.2 uyarınca borcun yalnızca 70. 000 liralık kısmını ödemekle yükümlü olacaktır. Yani sorumluluğu sınırsız olmakla birlikte, ödenecek tutar mirasçının miras payı oranında kısıtlanmaktadır. Bunun da mirasçılar için bir sorumluluk imtiyazı teşkil ettiği ortadadır. Böylelikle tereke alacaklısının önünde tek seçenek olarak, alacağının bir kısmı için- dikkat edilirse asla tamamı için değil- mirasçılara ayrı ayrı yönelmek kalmaktadır. Bu da kollektif ve 2001 kararından bu yana adi ortaklık için geçerli olan şahsi ve sınırsız sorumluluk esasına ters düşmektedir²⁷³. Wiedemann burada şu tespiti yer vermektedir: “Bir şahıs ortağının mirasçısı dış ilişkide, mirasçı sıfatı dikkate alınmaksızın tıpkı diğer ortaklar gibi değerlendirilmelidir²⁷⁴”. Mirasçılarının miras ortaklığı oluşturup oluşturmamalarının artık herhangi bir önemi yoktur.

Alman hukukunda ileri sürülen bu tezlerin Türk hukukuna aktarılabilirliği ise ayrı bir meseledir. Buna ileride değinilecektir.

bb. İsviçre- Türk Hukukunda

Alman hukukuna egemen olan “*miras ortaklığının adi ortaklığa üye olamayacağı*” görüşü, İsviçre hukukunda kabul görmemiştir. Bu hukuk sisteminde,

²⁷³ Nitekim bk. Wiedemann, Übertragung, s. 199. Yazar özetle, mirasçı ortaklar bakımından tam sınırsız sorumluluk yolunun açılması gerektiği kanısındadır (s. 200).

²⁷⁴ Bk. Wiedemann, Übertragung, s. 201.

miras ortaklığının adi ortaklığın ortağı olabileceği görüşü ağırlık kazanmıştır²⁷⁵. Kuşkusuz, bu durum miras paylaşılınca devam edecektir. Alman hukukuna hâkim “*cüzi halefiyet*” yaklaşımı, her şeyden önce ortaksal hakların bölünmesi meselesi bağlamında eleştiriye uğramıştır. Her bir mirasçının ayrı ayrı ortaklık sıfatı edinmesinin bir sonucu olarak, ölen ortağın malvarlıksal payı mirasçıların miras payları oranında parçalanacaktır²⁷⁶.

Zobl, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususta verdiği çelişkili kararlara dikkat çekmektedir: Federal Mahkeme, BGE 42 III 136 f numaralı kararında, birden fazla mirasçının ortaklık sıfatını ancak elbirliği ortaklığı biçiminde iktisap edeceğini belirtirken; BGE 75 II 201 numaralı kararında ise, Alman hukukuna hâkim görüşün etkisinde kalarak, her bir mirasçının ortaklık sıfatını ayrı ayrı edineceğine hükmetmiştir²⁷⁷. Yazar, münferit mirasçının ortaklık sıfatını tam kapsamda edinmesinin, elbirliği ortaklığı içinde ortaklık sıfatının çoğalmasına yol açacağını söylemektedir. Böylelikle ortaya mirasçıların lehine, diğer ortakların ise aleyhine güç kayması çıkacaktır. Yazara göre, böyle bir yapılanma diğer ortakların hukuksal statülerine ağır bir müdahale anlamını taşımaktadır ki, bunun için yasal dayanağa gereksinim vardır.

Gerçekten de Alman hukukundaki yaklaşımın elbirliği prensibine ters düştüğü ortadadır. Çünkü elbirliği ortaklıklarında, hakların (olayımızda ortaksal hakların) bir kısmının bir paydaş, bir kısmının ise diğer paydaşlar tarafından kullanılması mümkün değildir. Haklar, bütün paydaşlarca *ortaklaşa* kullanılır. Dolayısıyla, her münferit mirasçının ortaksal hakları bağımsız olarak kullanması elbirliği prensibiyle bağdaşmamaktadır²⁷⁸. Yazar özetle, elbirliği ilkesinden vazgeçilmesi için herhangi bir sebep görememektedir.

²⁷⁵ Bununla birlikte, İsviçre öğretisinde de her münferit mirasçının bağımsız olarak ortaklığa gireceğini savunan yazarlara rastlanmaktadır. Bk. Wilhelm Hartmann, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Abteilung Obligationenrecht (552- 619)**, Bern, 1941, OR Art. 574, No. 15; Fritz Funk, **Kommentar des Obligationenrechts, Das Recht der Gesellschaft 2. Band**, Aarau, 1951, OR Art. 545/46, No. 3.

²⁷⁶ Nitekim bu hususta bk. *Zobl*, s. 200- 201.

²⁷⁷ Bk. *Zobl*, s. 201- 202. Yazara göre, her mirasçının mirasın paylaşılmasını isteme hakkını ileri sürebilmesi için, onların ortaklığa üye olmaları gerekmez. Bazı yetkiler, istisnai olarak elbirliği bağından koparılarak münferit mirasçılar tarafından kullanılabilir. Bunun içinse iç düzende gerekli değişiklikler yapılmalıdır (s. 202, dpn. 76). Kuşkusuz bu düzenlemeler, miras ortaklığının hukuksal yapısı düşünüldüğünde, mirasçıların birlikte hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır (Elbirliği ortaklıklarındaki “*birlikte hareket*” prensibi).

²⁷⁸ Bu isabetli açıklamalar için bk. *Zobl*, s. 192.

BGB § 727, OR Art. 545, TBK m. 639, ortağın ölümü ile ortaklığın sona erdiği düşüncesinden hareket etmektedir. Ne var ki kanun koyucular, ölüm olgusunu mutlak bir sona erme sebebi olarak düzenlememiştir. Zira ilgili maddelerin lafzı bizi kolaylıkla bu sonuca ulaştırmaktadır. Örneğin, BGB § 727/1: “*Ortaklık sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça, bir ortağın ölümü ortaklığı sona erdirir*”; TBK m. 639/b.2 ve OR Art. 545/b.2: “*Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürüleceği konusunda bir hüküm yoksa...*”. Kısacası, ortaklar her zaman bir araya gelerek, ölümü sona erme sebebi olmaktan çıkarma olanağına sahiptirler. Bu yetkiyi onlara bizzat kanun koyucu bahşetmektedir. Alman Medeni Kanunu’ndan farklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu’nun ve onu takiben Türk Borçlar Kanunu’nun, basit halefiyet klozuna açıkça yer verdiğini söylemeliyiz²⁷⁹. Keza “*ortaklığın mirasçılarla sürdürüleceği konusunda bir hüküm*” ifadesi ile kast edilen, basit halefiyet klozundan başka bir şey değildir.

Ortaklık payı, ekonomik açıdan değerli bir unsur olup bir ailenin geçimini temin edebilir. Dolayısıyla miras bırakan ortak, bu geçim kaynağının kendi ölümünden sonra da muhafaza edilmesini isteyecektir²⁸⁰. *Eiselt’in* bu düşüncesinden hareket edildiği takdirde, ortaklık sözleşmesine halefiyet klozları konulmasını isteyen tarafın miras bırakan ortak olduğu sonucuna varılır. Halefiyet klozu sayesinde, normalde mirasçılara intikali mümkün olmayan ortaklık sıfatı, mirasçılara geçebilen bir karakter kazanmaktadır. Miras hukukuna özgü halefiyet, ortaklık sıfatının otomatik olarak mirasçılara geçmesini sağlar.

İşte Alman Federal Mahkemesi, basit halefiyet klozunun yarattığı bu sorunsalı aşabilmek amacıyla verdiği kararında; miras hukukunun kurallarını bir kenara bırakarak, her bir mirasçının kendi miras payıyla orantılı olarak ortaklık sıfatı kazanacağını içtihat etmiştir. Ancak yazara göre, Federal Mahkeme’nin söz konusu kararı tereddütlere yol açabilir. Keza, karar külli halefiyet ilkesini zedeleyici bir özelliğe sahiptir. Federal Mahkeme, miras hukukunun vasiyetname ile dahi değiştirilemeyen emredici düzenlemelerinin, herhangi bir şekilde tabi olmayan ortaklık

²⁷⁹ Bu hususta İsviçre hukuku açısından bk. Jürg G Schütz, **Stämpflis Handkommentar- Personengesellschaftsrecht (OR 530- 619)**, Bern, 2015 (Anlış: SHK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 545, No. 13.

²⁸⁰ Bk. Gerhard Eiselt, ” Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG”, **AcP**, C. 158, S. 4, 1959/1960, s. 319. Yazarın, açıklamalarını kolektif ortaklık payına özgülediğine dikkat çekmek gerekir.

sözleşmesi ile kaldırılmasının önünü açmıştır. Federal Mahkeme, kolektif ortaklığa ilişkin bu kararında, miras ortaklığının kolektif ortaklığa ortak olamayacağı hususunun altını bir kere daha çizmiştir. Bu görüş için iki gerekçe ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki; miras ortaklığının, kolektif ortaklığın kişiye dayalı çalışma ve sorumluluk topluluğu olması karşısında, ortaklığa üye olamayacağıdır. Kişi topluluklarının kolektif ortaklığa ortak olamayacağı yolundaki görüş çoktan aşılmıştır. Burada, miras ortaklığı bakımından incelenmesi gerekli husus, miras ortaklığının, hareket yeteneği ve sorumluluk rejimi itibariyle kolektif ortaklığa katılımının uygun olup olmadığıdır.

c. Tüzel Kişilerin TBK m. 633 Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ölüm, esas itibariyle gerçek kişilerin kişiliğini sona erdiren bir sebep olarak karşımıza çıksa da tüzel kişilerin hükmün kapsamına dahil edilip edilemeyeceği meselesine değinmekte yarar görüyoruz. Konu, tüzel kişiler bakımından oldukça hassas bir surette ele alınmalıdır. Zira, bütün bir miras hukuku gerçek kişiler ölçü alınarak tasarlanmıştır dersek yanlış olmaz. Bu durumun izlerine, örneğin kanuni mirasçılardan saklı paylı mirasçılara kadar geniş bir düzlemde rastlamak olanaklıdır. Hukuk düzeni, münhasıran gerçek kişilerin miras bırakan sıfatı taşıyabileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, miras bırakan odaklı düzenlemelerin tüzel kişilerin hukuksal yapısıyla bağdaşmadığı ortadadır. Ancak, Alman ve kısmen de İsviçre hukukunda, tüzel kişilerin bütünüyle son bulmasının, yani *Vollbeendigung*'un, gerçek kişilerdeki ölüm olgusuna eşdeğer olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu bakımdan, tüzel kişilerin hangi anda “öldüğü” nün tespit edilmesi gerekmektedir.

Tüzel kişiler, hukuk düzeninin yarattığı kurgusal varlıklardır. Kurgusaldır, çünkü tüzel kişi hiçbir zaman bir gerçek kişi gibi somut bir biçime bürünemez. O, kanun koyucuların soyutlama faaliyetlerinin bir ürünüdür.

Tam da bu sebeple yani varlıkları tamamen bir soyutlama ve varsayımın ürünü olduğundan, tüzel kişiler, gerçek kişilerde bulunan pek çok özellikten yoksundurlar. Şüphesiz bunlardan birini, yukarıda belirttiğimiz üzere miras bırakan sıfatı oluşturmaktadır. Tüzel kişilerin alt ve üstsoy hısımları bulunamayacağından; onların Türk Medeni Kanunu anlamında miras bırakan sıfatı edinmeleri düşünülemez. Mirasçı

sıfatı bakımından ise; tüzel kişiler kanuni ve saklı paylı mirasçı olamazlar. Çünkü, kanun koyucu kimlerin yasal ve saklı paylı mirasçı olabileceğini sınırlı sayma suretiyle (*numerus clausus*) belirlemiştir. Dolayısıyla, tüzel kişiler olsa olsa atanmış yani sözleşmesel mirasçı olabilirler. Ya da belirli mal vasiyeti alacaklısı olabilirler. Görüldüğü üzere, tüzel kişilerin miras hukuku alanındaki hareket serbestisi alabildiğine kısıtlıdır.

Tüzel kişiler, sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle birlikte-sanıldığı aksine- hukuki kişiliklerini hemen yitirmezler²⁸¹. Kanun gereğince, sona eren bir tüzel kişi- istisnalar haricinde- tasfiye aşamasına girecektir²⁸². Tasfiye aşaması boyunca söz konusu tüzel kişinin hukuksal varlığı devam eder²⁸³. Yani tüzel kişiler, tasfiye süreci kapatılıncaya değin adi ortaklığın ortağı olarak kalırlar. Bir tüzel kişinin hukuki varlığını tamamen yitirmesi TBK m. 639/b.2 bağlamında ortaklığı sona erdirebilir. Keza tüzel kişinin hukuk hayatından silinmesi, gerçek kişilerdeki ölüm olgusu ile karşılaştırılabilir²⁸⁴. Örneğin, tasfiye aşamasından geçip ticaret sicilinden terkin edilen bir anonim ortaklığın durumu buna örnek gösterilebilir.

Ne var ki tüzel kişiler miras bırakan olamayacağından, OR Art. 545/b.2 ve TBK m. 639/b.2’de dile gelen basit halefiyet klozunun onlar açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Aynı şekilde nitelikli halefiyet klozu da kararlaştırılmaz. Tüzel kişi ortaklara uygulanması elverişli tek yön, onların hukuki varlıklarını yitirmelerine rağmen ortaklığın diğer ortaklar arasında devam edeceği yolunda sözleşmeye bir kayıt konulabilmesidir. Bu tip varyasyonlarda, tüzel kişinin hukuki varlığının ortadan kalkması ortaklık ilişkisine etki etmemektedir. Kanaatimizce burada, tüzel kişi ortağın ortaklıktan otomatik olarak ayrıldığı kabul edilmelidir. BGB § 736 hükmü bu bakımdan TBK m. 633’e kıyasla çok daha ileri bir düzeydedir. Çünkü

²⁸¹ Ancak Alman öğretisinde *Kessler*, ortaklık malvarlığı unsurundaki eksiklik sebebiyle gizli ortaklık açısından, sona erme (*Auflösung*) ile hukuki varlığını tamamen yitirme durumlarının (*Vollbeendigung*) aynı anda gerçekleşeceğini söylemektedir. Bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 727, Rz. 34. Yazar haklı olarak, bu tip ortaklık formlarında tasfiye adı verilen ara aşamadan (*Zwischenzustand*) söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

²⁸² Örneğin öğretilerde bir ortaklığın tasfiyeye girdiğini vurgulamak amacıyla, “*Abwicklungsgesellschaft*” ifadesi de kullanılmaktadır. Bk.

²⁸³ Gerçekten, sona eren tüzel kişinin amacı, tasfiye işlerinin sonuçlandırılması doğrultusunda bir değişime uğrar. Ancak tasfiye süreci boyunca tüzel kişilik devam etmektedir. Bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 727, Rz. 34.

²⁸⁴ Nitekim bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 727, Rz. 1. Bir tüzel kişinin hukuk âleminde silinmesinin, (*Vollbeendigung*), fiziksel varlığa sahip kişilerin ölümüne denk düştüğü hususunda bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 727, Rz. 34.

TBK m. 633'e göre ölen ortağın yerine ancak mirasçıları ortaklıktan çıkabilir veya çıkarılabilir. Halbuki tüzel kişi ortağın mirasçısı olamayacağından, TBK m. 633 düzenlemesinin, tüzel kişi ortakların hukuki durumları yeterince gözetilmeden kaleme alındığı söylenebilir.

Kanun koyucunun, bir ortağın ölümü durumunda ortaklığı ayakta tutmak istemesinin nedeni şu şekilde açıklanabilir: Ölüm, umulmadık bir anda gerçekleşebilir. Bu da ortaklığın önceden uyarılmaksızın her zaman sona erme rizikosuyla karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilir. Bu durum hukuk güvenliğini tehdit edebileceği gibi, ortaklık içinde belirsizlik ve ihtilaf yaratma potansiyelini de barındırmaktadır. Kanun koyucu bu sorunu çözmek için, ortakların, ölüme rağmen ortaklığı kendi aralarında devam ettirebilmelerine olanak sağlamıştır. Yazar, ölen ortağın hiç mirasçısının olmadığı olasılığın herhangi bir güçlüğe yol açmayacağını- haklı olarak – belirtmektedir. Keza, ölen ortağın herhangi bir mirasçısının bulunmaması durumunda, ortaklık sağ kalan ortaklar arasında sürdürülecektir. Eğer herhangi bir devam kaydı mevcut değilse, diğer ortaklar sonradan oy birliği ile ortaklığın devamına karar verebilirler ya da ortaklık sona erer.

d. Mirasçıların Hukuksal Konumu

aa. Devam Kaydının Bulunmadığı Hallerde

Kanuni düzenleme ve şahsi kapalılık ilkesi uyarınca, bir ortağın ölümü durumunda ortaklık ilişkisi çözülür. Ortağın ölümü, mirasçılara doğrudan doğruya ortaklık sıfatı bahsetmez. Bunun için ortaklık sözleşmesinde kayıt bulunmalı ya da sonradan bu doğrultuda bir karar alınmalıdır. *Bollmann*, mirasçıların ölen ortağın malvarlıksal statüsünü edinebileceklerini ifade etmektedir. Yazara göre, bu durum hem külli halefiyet hem de şahsi kapalılık ilkesi ile uyum içindedir. Mirasçılar, ortak olmayan kişi sıfatıyla miras bırakan ortağın malvarlıksal konumuna halef olurlar. Yazar, mirasçıların ortaklık malvarlığı üzerinde aynı hak sahibi olmadıklarından hareketle, onların hukuki durumunu pratik açıdan ayrılan ortağinkine benzetmektedir. Keza mirasçıların ortaklık malvarlığı üzerinde söz sahibi olabilmeleri, onların ortaklık sıfatı taşımalarına bağlıdır ki, ne mirasçılar ne de ayrılan ortak bu sığata sahip değildir.

Onlar (mirasçılar) yalnızca borçlar hukukuna özgü bir talep hakkı (tasfiye alacağı) ileri sürebilirler. Bu bakımdan mirasçıların konumu, bir ortağın tasfiye payına el atmayı düşünen alacaklılar ile kıyaslanabilir. Mirasçılar, ortaklığa karşı olan bu alacaklarını ortak bir temsilci aracılığıyla tasfiye aşamasında ileri sürebilirler²⁸⁵.

Görüldüğü üzere, devam kaydının yahut kararının bulunmadığı varyasyonlarda – ki çok ender rastlanır- ortaklık sona ererek tasfiye sürecine girmektedir. Yani burada, ortaklık sıfatının mirasçılara intikalinden söz etmek mümkün değildir.

bb. Bir Devam Klozunun Öngörüldüğü Durumlarda

aaa. Ortaklığın Mirasçılarla Sürdürülmesine Yönelik Klozlar

Bir ortağın ölümü anında, onun ortaklık payı mirasçılara kendiliğinden intikal etmez. Devam klozunun kararlaştırılmış olması bu anlamda hiçbir şey ifade etmez, çünkü bu kloz yalnızca ortaklar arasında öngörülebilmektedir. Yine, sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden biri olan sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğü de mirasçılar uğruna çiğnenecek bir prensip değildir. Diğer ortaklar mirasçıları ortaklığa almaya zorlanabilseydi, söz konusu prensip ihlal edilmiş olurdu. Aynı zamanda mirasçıların da ortaklık sözleşmesini kabul edip etmeme hakları ellerinden alınmış olacaktı. Yazar, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün, tıpkı sözleşme yapma özgürlüğü gibi ortaklara ve her bir üçüncü kişiye (ortaklığa girecek) tanınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Yazar, çok doğru bir noktaya parmak basmakta ve ortaklığın mirasçılarla devamının doğrudan gerçekleşmeyeceğine, bunun onlar için aynı zamanda bir yükümlülük olarak görülemeyeceğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi hususunda sözleşmeye konulan kayıt mirasçılar açısından bakıldığında sadece öneri teşkil etmektedir. Mirasın kendilerine geçtiği andan itibaren, bu önerinin mirasçılar tarafından kabul ya da reddine kadar geçecek olan süre zarfında bir askı durumu mevcuttur.

Held ve diğer yazarlara göre, burada mirasçıların ortaklığa girme yönünde yükümlülükleri bulunmaktadır. Sözü edilen yazarlar, bu görüşlerine gerekçe olarak

²⁸⁵ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 40.

OR Art. 20'yi, bilhassa kişilik hakkını göstermektedirler. Yazara göre ise, OR Art. 545/b.2'nin lafzı açıkça öneri (icap) olarak anlaşılmaya elverişlidir. *Held*, mirasçılara böyle bir hak tanınmasının, onların klozu kabul etmemeleri halinde ortaklığı dağıtabileceği düşüncesindedir. Halbuki *Bollmann*'ın da isabetle belirttiği üzere, ortaklığın mirasçılar olmaksızın ayakta tutulması pekâlâ olanaklıdır. Öyleyse *Held*'in bu tezi hukuksal dayanaktan yoksun görünmektedir.

Yazar, yukarıda değindiğimiz iki görüşten hangisi savunulursa savunulsun, mirasçılarının hukuki durumunun değişmeyeceğine işaret etmektedir. Yani mirasçılarını hak sahibi veya yükümlü olarak ele alan iki farklı görüşün, pratikte mirasçılarının durumuna etki etmediği görülmektedir. Çünkü mirasçılar ortaklığa katılmasalar dahi, ölen ortağın malvarlıksal konumunu edinirler. Onlar, ayrılma payı almaya hak kazanmış ayrılan ortak gibi değerlendirilir. Her iki halde de ayrılma payı ayrılma bilançosuna göre belirlenir.

Eğer ölen ortak geride tek bir mirasçı bırakmışsa, İsviçre öğretisine hâkim yaklaşım uyarınca ortaklık statüsünü kendiliğinden iktisap eder²⁸⁶. Kuşkusuz bu tür varyasyonlarda tek mirasçının- tıpkı her bir mirasçıya tanındığı üzere- mirası reddetme, resmi defter tutulması kaydıyla mirası kabul etme; diğer bir deyişle terekenin resmi tasfiyesine yönelik başvuruda bulunma veya ortaklığın feshini talep etme olanakları saklıdır²⁸⁷. Ayrıca miras bırakan ortağın tek kanuni mirasçısının bulunduğu olasılıklar, ortaklıklar hukuku ile miras hukuku arasında gerilim yaratmaması itibariyle dikkate değerdir. Keza halefiyet klozları bağlamında temel sorun, ölen ortağın birden fazla mirasçısının bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.

aaaa. Basit Halefiyet Klozunun Kararlaştırıldığı Hallerde Mirasçılarının Ortaklık Sifatını Edinmesi

Basit halefiyet klozunun öngörülmesi, mirasçılarının ölüm anında kendiliğinden ortaklık sıfatı edinmeleri sonucunu doğurmaz. Bir icap (öneri) teşkil eden bu klozun hüküm ifade edebilmesi, mirasçının mirası kabul etmesine bağlıdır. Çünkü kimse,

²⁸⁶ Bu hususta bk. **Wolf**, s. 92; Christoph von Greyerz, "Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften", **Die Erhaltung der Unternehmen im Erbgang**, Bern, 1972, s. 93.

²⁸⁷ Nitekim bk. **Wolf**, s. 92.

kendi iradesi dışında bir ortaklığa girmeye zorlanamaz. Bunun sözleşme serbestiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Mirasçıların, miras bırakanın öldüğünü öğrendikleri tarihten başlayarak (MK m. 606/2), üç aylık süre içinde (MK m.606/1) mirası reddetmeleri gerekir. Çünkü yukarıda da dile getirildiği üzere, basit halefiyet klozu mirasçılara yöneltilmiş bir öneri anlamını taşır. Mirasçıların bu öneriyi kabul edip etmedikleri, terekeyi kabul edip etmemelerine göre saptanır. Mirası kabul eden bir mirasçı, adi ortaklığa ortak olarak girmeyi de kabul etmiş demektir. O andan itibaren başkaca bir irade açıklamasına veya işleme gerek kalmaksızın otomatik olarak ortaklığa girerler.

İşte mirasın mirasçılara intikal ettiği andan mirasçıların onu kabul ettiği ana kadar geçen süre içinde, *Bollmann*'in belirttiği askı durumu mevcuttur. Yani, mirasçıların ortak olup olmayacakları, bu süre zarfında belirsizdir. Üç aylık süre içinde mirası açıkça reddetmeyen her bir mirasçı, mirası örtülü olarak (susmak suretiyle) kabul etmiş demektir. Mirası ret doğrultusunda irade ortaya koyan mirasçılara ise ayrılma payı ödenecektir. Keza bu gibi kimselerin hukuki durumu, kendilerine ortaklık sıfatı bahşedilmeyen mirasçılarkine benzetilebilir.

Ancak Alman hukukuna hâkim yaklaşım, basit halefiyet klozunun kararlaştırıldığı hallerde, mirasçıların, ortaklık payını doğrudan doğruya iktisap edecekleri yönündedir. Yani mirasçıların ortaklık payını veya sıfatını edinmeleri, onların herhangi bir onayına veya irade açıklamalarına bağlanmamıştır. Mirasçılar ortaklık payını bir bakıma – mecburi olarak- edinmektedirler. Ancak bu durumun birtakım avantajları olduğu kadar, dezavantajları da mevcuttur: Mirasçılar, miras bırakan ortağın sağlığında doğan borçlardan sorumludurlar. Onların aleyhine olan bu durumdan kurtulabilmelerinin tek yolu, mirası reddetmekten geçmektedir. (MK m. 605 vd, BGB § 1942 vd). Ne var ki, mirasın reddi, yalnızca ölen ortağın ortaklık payının taşıdığı değerden değil, aynı zamanda bir bütün olarak terekeden vazgeçildiği anlamına gelir²⁸⁸. Mirasçının, sırf ortaklık sıfatının beraberinde getirdiği dezavantajlardan sıyrılmak adına terekenin tamamından vazgeçmesi rasyonel bir hareket tarzı değildir. Kanaatimce mirasçı, mirası kabul mü yoksa ret mi edeceğine ilişkin kararını vermeden önce, iyice düşünmelidir. Özellikle ortaklığın mali yapısını, ortaklık payının piyasadaki değerinin yüksek olup olmadığını araştırmalıdır. Aksi

²⁸⁸ Bu hususta kolektif ortaklık payı açısından bk. **Kübler/Assmann**, s. 93- 94.

takdirde, mirasçının büyük bir açmaza düşeceği ortadadır: Ortaklığa girmek istemeyen ortağın elindeki tek seçenek mirası reddetmektir. Ancak diğer yandan, onun mirası bütün olarak reddetmesi önemli bir gelir kaynağından yoksun kalması sonucunu da yaratabilir.

Mirasçıyı sözü edilen ikilemden kurtarmak amacıyla Alman kollektif ortaklık hukuku şu çıkış yolunu açmaktadır: Mirasçıya, istediği takdirde komanditer ortak statüsü bahşedilebilir (HGB § 139). Diğer ortaklar mirasçının bu isteğini kabul etmezlerse, mirasçı, herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın ortaklıktan ayrılma ve ayrılma payı talep etme hakkına sahiptir (süre üç aydır). Gerek mirasçılara komanditer ortak statüsü tanındığı, gerekse mirasçıların ortaklıktan ayrıldığı hallerde, mirasçıların o zamana dek doğan ortaklık borçlarından sorumlulukları, sınırlı sorumluluk esasına göre belirlenecektir²⁸⁹ (BGB § 1975- 1992). Sınırlı sorumluluktan kasıt, mirasçıların belirli olasılıklarda, tereke borçlarından ötürü *yalnızca tereke mevcudu ile sınırlı olarak* sorumlu kılınmalarıdır.

bbbb. Nitelikli Halefiyet Klozu

Ortaklık sözleşmesine eklenen bir maddeyle, mirasçıların tamamının değil, yalnızca belirli mirasçı veya mirasçıların ortaklığa alınacağı kararlaştırıldığı takdirde *nitelikli halefiyet klozunun* varlığından söz edilir²⁹⁰. Böyle bir durumda ortaklık sıfatı tüm mirasçılar için değil, aksine münferit mirasçı/mirasçılar açısından intikali mümkün bir hukuki değer haline gelmektedir. Miras hukuku ile ortaklıklar hukuku yine karşı karşıya gelir. Keza, ortaklıklar hukukunun kuralları, belirli mirasçı veya mirasçıların ortaklık sıfatını iktisap etmesine engel oluşturmaz iken, miras hukukunun ilkeleri mirasçıların ortaklık sıfatını münferiden değil, miras ortaklığı şeklinde kazanmaları gerektiğini buyurur. Bu güçlüğü aşılması amacıyla öğretilerde, miras hukukunun yanı sıra hukuki işleme dayalı, ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilecek halefiyet klozlarına ortaklık sözleşmesinde cevaz verilmesi veya *Flume'nin* de öne sürdüğü gibi, ortaklıklar hukukunda öngörülen halefiyet klozlarının münhasıran *üçüncü kişi lehine sözleşme* olarak ele alınması yönünde önerilerde bulunmaktadır.

²⁸⁹ Tüm bu alternatifler için bk. **Kübler/Assmann**, s. 94.

²⁹⁰ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1343.

Yine ortaklık sözleşmelerinde- nitelikli halefiyet klozları ile bağlantılı olarak- kendilerine ortaklık sıfatı tanınmayan diğer mirasçılarının ayrılma payından yoksun bırakılması da kararlaştırılabilmektedir²⁹¹. Kanaatimce, Alman hukukunda yaygın görülen bu uygulama, ortaklığa alınmayan mirasçılar açısından büyük bir mağduriyet anlamını taşıyabilir. Mirasçılar böylelikle hem ortaklık sıfatından hem de ayrılma payından mahrum edilerek adeta cezalandırılmaktadır. Ayrılma payının en önemli mali hak olduğu düşünüldüğünde, Alman hukukundaki bu yaklaşımın benimsenmesi olanaklı görünmemektedir. Kanaatimce, miras bırakan ortağa karşı mirasçılıktan çıkarılmasını veya mirastan yoksun bırakılmasını gerektirecek bir davranışta bulunmadıkça, ortaklığa kabul edilmeyen hiçbir mirasçının ayrılma payı hakkı kaldırılamaz.

Nitelikli halefiyet klozu, mirasın paylaşılması şeklinde yorumlanmaktadır²⁹².

Nitelikli halefiyet klozu şöyle bir örnekle somutlaştırılabilir: Bir ortak, karısı ve iki çocuğuna yüzde ellilik bir ortaklık payı bırakmıştır. Miras bırakan ortağın çocukları, 25 yaşında bir kız ve 20 yaşında bir erkektir. Nitelikli halefiyet klozu ise şu ifadeyi içermektedir: “*Bir ortağın ölümü durumunda ortaklık, daima, ölen ortağın yaşça en büyük alt soyu ile devam edecektir*”. Miras bırakanın en büyük alt soyu, 25 yaşındaki kızı olduğuna göre, oğlu ortaklığa giremeyecektir. Miras bırakanın kızı, tıpkı babası gibi yüzde ellilik payın sahibi olmuştur²⁹³. Kanaatimce, bu tip olasılıklarda da klozda belirtilen veya adı geçen kimse, (yani lehdar) mirası kabul edinceye değin ortaklık sıfatını doğrudan doğruya iktisap edemez²⁹⁴.

cccc. Halefiyet Klozlarının Hukuki Niteliği

İsviçre ve Alman hukukuna egemen görüşe göre halefiyet klozları, ortaklık sıfatının mirasçılara intikalini olanaklı kılmaktadır²⁹⁵. Bu sayede ortaklık statüsü,

²⁹¹ Bu tür klozların Alman hukukunda caiz olduğuna ilişkin bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 25. Yazar bu tür düzenlemelerin, ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olmadığını da eklemektedir.

²⁹² **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.91, No.107b; **Hızır**, Sarper Süzek’e Armağan, C. III, s. 2854.

²⁹³ Örnek için bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1343- 1344.

²⁹⁴ Krş. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1344. Yazar, nitelikli halefiyet klozunda belirtilen kimselerin, ortaklık sıfatını doğrudan doğruya kazandığı görüşündedir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, bu düşünceye katılmıyoruz.

²⁹⁵ Bu görüş için bk. Stephan Wolf (Hrsg), **Güter- und erbrechtlichen Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht**, Bern, 2005, s. 91; Lukas Handschin (Hrsg), **Zürcher**

kısmen veya tamamen mirasçılara geçebilmektedir. Zira ortağın ölümüyle, devredilebilir niteliğe bürünen ortaklık payı, (yalnızca ortaklık payının içinde bulunan ayrılma payı değil) terekeye dahil olmaktadır. Yani basit halefiyet klozu, diğer tüm ortakların önceden onay vermelerini gerektiren ve ilgili ortağın ölümü halinde ortaklık payının üçüncü kişiye devredilmesini öngören sözleşmesel kayıttan başka bir anlam ifade etmemektedir. Burada şarta bağlanan bir klozdan (ortağın ölümü şartına) söz edilebilir.

İsviçre hukukunda *Forstmoser/Küchler*, basit halefiyet klozunun “*sağlar arası hukuki işlem*” niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar. Keza yazarlara göre basit halefiyet klozları, ölen ortağın terekesindeki ortaklık sıfatının yazgısı üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir²⁹⁶. Ancak yazarlar, nitelikli halefiyet klozunun başka türlü bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanısındadırlar. Zira bu gibi hallerde, ölen ortağın terekesindeki ortaklık statüsünün yazgısına yönelik bir müdahale söz konusudur. Dolayısıyla nitelikli halefiyet klozunun ölüme bağlı tasarrufların şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi icap eder.

bbb. Devam Klozu Öngörüldüğü Takdirde

Bu varyasyonda ortaklar ortaklık sözleşmesine, adi ortaklığın mirasçılar olmaksızın devamı yönünde bir kayıt koymuşlardır. Bu durum özellikle karlılık yapısı güçlü, finansal dar boğazlar içinde bulunmayan ortaklıklar bakımından idealdir. Keza diğer ortaklar, mirasçılara değil, miras bırakan ortağın şahsına güvenerek onu ortaklığa kabul etmişlerdir. Miras bırakan ortağın ölümü, diğer ortakları aslında çok da kolay olmayan bir seçimle karşı karşıya bırakır: Bir yanda miras bırakanın hiç tanımadıkları mirasçıları, yani üçüncü kişiler; diğer yanda ise ortaklığın ödemesi gereken ayrılma payı. Zira bu klozun anlamı, ölüm anından itibaren ilgili ortağın ortaklıktan otomatik olarak ayrılmasıdır. Dolayısıyla, ölen ortağın ortaklık malvarlığındaki payı diğer ortaklara kendiliğinden geçer²⁹⁷ (*Anwachsung*). Miras bırakan ortağa yaşasaydı

Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, 4. Aufl, Zürich, 2009 (Anılış: ZK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 545-547, No. 49.

²⁹⁶ Nitekim bk. Peter Forstmoser ve Marcel Küchler, **Aktionärbindungsverträge- Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Zürich, 2015, s. 189, No. 570.

²⁹⁷ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1336.

ödenecek olan ayrılma payı tutarı, doğrudan doğruya onun mirasçılarına intikal eder. Diğer bir deyişle ölen ortağın ayrılma payı alacağı, terekeye dahil bir malvarlığı unsuru haline gelir²⁹⁸. Birden fazla mirasçının varlığı durumunda, mirasçılar miras paylaşılıncaya değin ayrılma payını miras ortaklığı biçiminde edinirler. Miras bırakan ortağın ayrılma payı- onun ortaklıktaki katılımının büyüklüğüne paralel olarak- kanaatimce terekenin önemli bir parçasını teşkil edebilir. Dolayısıyla mirasçılara, ayrılma payına ilişkin olarak aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkları baştan önlemek adına, *tereke temsilcisi* (MK m. 640/3, ZGB Art. 602 /3) atamaları²⁹⁹ önerisinde bulunulabilir.

Tereke temsilcisi, ayrılma payının sağlıklı surette belirlenmesi sürecine olumlu katkılar sağlayabilir. Özellikle miras ortaklığının hantal bir oluşum niteliği taşıdığı göz önünde tutulduğunda, tereke temsilcisinin ayrılma bilançosunun hazırlanma ve düzenlenme aşamalarıyla bizzat ilgilenmesi ve miras ortaklığının buradaki menfaatlerini gözetmesinin önemi daha iyi anlaşılır. Çünkü miras ortaklığına hâkim birlikte hareket prensibi, her bir mirasçıya veto yetkisi bahşetmektedir. Yani oy birliği ilkesi sebebiyle tek bir mirasçı dahi kararın alınmasını engelleyebilir. Bu olgu, miras ortaklığının ayrılma bilançosunun düzenlenme sürecinde bir araya gelmesini güçleştireceği gibi, karar mekanizmasının tıkanmasına da yol açabilecektir. Tam da bu hassas noktada tereke temsilcisinin miras ortaklığının hareket yeteneğini artıracığı muhakkaktır.

Tereke temsilcisi, ayrılma payına ilişkin bilgi alma ve inceleme haklarını miras ortaklığı adına kullanacaktır. Tereke temsilcisinin, ayrılma payıyla ilintili olarak öğrendiği her bilgiyi mirasçılarla paylaşması, sürecin etkin biçimde yürütülmesi bakımından önemlidir. Ayrıca, ayrılma bilançosunun tespitinin kesinleşmesi için miras ortaklığının kabul beyanı aranacaktır. Kanımca, tereke temsilcisinin miras ortaklığını temsilen kabul beyanında bulunması doğru değildir. Çünkü en nihayetinde ayrılma payını alacak olanlar mirasçılardır. Dolayısıyla ayrılma payı miktarının kesinleşmesi açısından, miras ortaklığının ayrılma bilançosuna onay vermesi daha isabetli bir çözüm tarzıdır.

²⁹⁸ Bu hususta bk. **Hüffer/Koch**, s. 124, No. 6; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1336.

²⁹⁹ Tereke temsilcisi atanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Oruç Hami Şener, "Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, YÜHFD**, S. 8, 2012, s. 2551 vd.

Ölen ortağın ayrılma payı alacağı- mirasın taksimi aşamasında- mirasçılar arasında, kendi miras payları nispetinde paylaşılır. Örneğin, miras bırakan ortağa ait ayrılma payının 300. 000 TL olduğunu; miras bırakan ortağın, tek çocuğu ve sağ kalan eşi dışında başkaca kanuni mirasçısı bulunmadığını düşünelim. Bu varsayım doğrultusunda, kanuni mirasçılardan birinin miras payı $\frac{3}{4}$, diğerinin ise $\frac{1}{4}$ olacaktır. Öyleyse, ölen ortağın tek çocuğu 225. 000 lira alırken, sağ kalan eşi yalnızca 75. 000 lira alabilecektir. Eğer ölen ortağın iki çocuğu olsaydı, çocukların her biri 112. 500 liralık ayrılma payı alacaklardı.

e. Halefiyet Klozlarının Caiz Olup Olmadığı Meselesi

İsviçre Federal Mahkemesi, çeşitli kararlarında, mirasçılara ortaklığı mirasçılarla sürdürme hususunda yükümlülük yüklenebileceğini veya tersine onlara bu yönde bir hak tanınabileceğini içtihat etmiştir³⁰⁰. Mirasçılara ortaklığı devam ettirme yönünde yükümlülük yüklenmesinin, “üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı” nı ihlal ettiği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme’nin bu kararları eleştiriye uğramıştır. *Forstmoser/Küchler*, yapılan bu eleştirilere katılmamakta ve mirasçılarının sözü edilen yükümlülüklerinin, miras hukukuna egemen külli halefiyet ilkesinden kaynaklandığını öne sürmektedirler³⁰¹.

f. Halefiyet Klozlarının Şekle Tabi Olup Olmadığı Meselesi

Tıpkı devam klozu gibi halefiyet klozları da herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı değildir. Hatta, adi ortaklığın malvarlığında taşınmazların bulunması halinde de aynı esas geçerlidir³⁰². Ancak ispat kolaylığı açısından, halefiyet klozlarının yazılı biçimde yapılması önerilebilir. Zira sözlü bir halefiyet klozunun ispatı oldukça zor ve kloza dayanan tarafın aleyhine bir niteliğe sahiptir. Çünkü herhangi bir uyuşmazlık

³⁰⁰ Bk. BGE 95 II 547 E. 3; BGE 88 II 209 E. II. 2. F. Kararlar için bk. *Forstmoser/Küchler*, s. 191, dpn. 59.

³⁰¹ Bu hususta bk. *Forstmoser/Küchler*, s. 190- 191. Yazarlar ilginç bir noktaya parmak basmakta ve sözleşme kavramının kendisinden, sözleşmeye katılmayan, diğer bir deyişle sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi zararına yükümlülükler öngörülemeyeceği sonucunu çıkarmaktadırlar. Yazarlara göre burada, yasak bir sözleşmeden ziyade hukuksal olanaksızlık meselesi tartışılmalıdır (s. 191, dpn. 61).

³⁰² Bu yönde bk. SHK- *Christ*, OR Art. 545, No. 16.

halinde, genel ispat kuralları devreye girecektir. Halefiyet klozuna her kim dayanıyorsa, o kişinin halefiyet klozunun varlığını kanıtlaması gerekecektir.

Buna karşılık, ortaklık sözleşmesinde yer alan halefiyet düzenlemesi ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilebiliyorsa, ilgili kayıtların ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun olarak konulması zorunludur. Özellikle, münhasıran bir ortağın ölümüyle ilgili klozlar miras hukukunun kurallarına tabidir. Örneğin, bir ortağın ölümü durumunda onun mirasçılara ödenecek ayrılma payının hesaplanma biçimine ilişkin bir anlaşma buna örnek gösterilebilir³⁰³.

g. Halefiyet Klozlarının, Miras Bırakan Ortağın Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunma Hakkına Etkisi

Handschin/Vonzun, miras bırakan ortağın, halefiyet klozları kararlaştırılan hallerde dahi, kendi ortaklık payı üzerinde- tıpkı terekeye dahil diğer malvarlığı unsurları gibi- serbestçe tasarrufta bulunabileceği kanısındadırlar. Miras bırakan ortak bu kapsamda, mirasçı lehine mal vasiyeti veya paylaşırma hükmü aracılığıyla, kendi ortaklık konumunu bir veya birden fazla belirli mirasçıya özgüleyebilir, hatta bunun için diğer ortakların rızalarını alması dahi gerekmez. Aynı esaslar nitelikli halefiyet klozu bakımından da geçerlidir. Kanımca yazarların işaret etmek istediği en önemli husus, miras bırakan ortağın, kendi mirası üzerinde miras sözleşmeleri veya vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunabilme özgürlüğünün, ortaklıklar hukukuna özgü halefiyet klozlarından etkilenmeyeceğidir. *Yani halefiyet klozları hukuksal etkilerini yalnızca ortaklıklar hukuku düzleminde gösterirler ve ortağın ölümü durumunda ortaklığın sona ermesini engellerler*. Dolayısıyla halefiyet klozları, sağlar arası hukuki işlem olarak (miras hukukunun şekle ilişkin kurallarının dışında kalarak) ortaklık sözleşmesinde rahatlıkla öngörülebilir. Halefiyet klozlarının miras hukuku alanında bağlayıcı etki yaratmaması, miras bırakan ortağın halefiyet klozlarından- vasiyetname veya miras sözleşmesiyle- sapabileceği anlamına gelir. Örneğin miras bırakan,

³⁰³ FOR Art. 545, No. 16; **Wolf**, s. 85. Son yazar, ayrılma payı klozunun ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olduğunu kabul etmekle birlikte bunu şu şarta bağlamaktadır: Miras bırakan ortak sağlığında ortaklıktan ayrılırdı ona verilecek ayrılma payına nazaran, mirasçılar için daha düşük tutarda ayrılma payı kararlaştırılmış olması. Yazar şüpheli hallerde ise en güvenilir yolun, ölüme bağlı tasarrufların şekline uyulmasından geçtiğini söylemektedir. Yazara göre, ortaklar arasında miras sözleşmesi kurulması yerinde olacaktır.

halefiyet klozunda belirtilen mirasçının ortaklık payını değil, terekeye giren başka bir malvarlığı değerini iktisap edeceğini öngörebilir. Bunun hukuki sonucu ortaklığın sona ermesidir. Keza miras bırakan ortağın söz konusu tasarrufu, sanki halefiyet klozu kararlaştırılmamış gibi bir sonuç doğurur³⁰⁴. Kısacası yazarlar, ortaklık payının yazgısını sadece miras bırakan ortağın şekillendirebileceğini vurgulamaktadır. Yani bu tip olasılıklarda, miras hukuku ortaklıklar hukuku karşısında önceliğe sahiptir.

Mirasçılarının bağlayıcı olarak ortaklığa girmeleri, miras sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekle uyulmak suretiyle mümkün kılınabilir. Böylelikle hem miras bırakan hem de mirasçılar açısından sözleşme bağlayıcılık kazanmış olur. Bu miras sözleşmesinin taraflarından biri de diğer ortaklardır. Elbette sözleşmenin kurulabilmesinin en önemli koşulu, ilgili mirasçı veya mirasçılarının mirası reddetmemiş olmasıdır. Zira, mirası reddeden bir mirasçıya ortaklık payının intikal etmesi hukuken düşünülemez.

h. Mirasçılara, Sözleşmeyle Ortaklığa Girme Hakkı Tanınması (Eintrittsrecht)

Girme hakkı ile, bir mirasçıya veya üçüncü kişiye, ortağın ölümü halinde onun yerine ortaklığa girme fırsatı tanınmaktadır. Ne var ki söz konusu varyasyonda, ortaklığa girmek tamamen ilgili mirasçı veya üçüncü kişinin keyfine bırakılmaktadır. Yani kendisine ortaklığa girme hakkı bahşedilen kişi, bunu serbest takdirine göre kullanabilir³⁰⁵. İşte bu tip hallerde yaklaşımdır³⁰⁶.

Giriş hakkının, ortaklığa kabul sözleşmesi ile tamamlanması gerekmektedir. Ancak kanaatimizce ortaklığa kabul sözleşmesi kurulmadan önce, hak sahibi mirasçı veya üçüncü kişinin hakkı kullanıp kullanmayacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Çünkü burada ortaklar, ortaklık sözleşmesi ile mirasçı veya üçüncü kişiye bir hak bahşetmektedir. Dolayısıyla, hak sahibi kişilerin bu hakkı kullanmasını takiben onlarla ortaklığa kabul sözleşmesinin yapılması daha rasyonel bir hareket tarzıdır. Gerçekten *Schmidt*'e göre, bu tip olasılıklarda mirasçı, diğer

³⁰⁴ Tüm bu önemli açıklamalar için bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 545- 547, No. 49.

³⁰⁵ Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 14.

³⁰⁶ Nitekim bu hususta birçokları yerine bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 14; **Windbichler**, s. 155, No. 5.

ortaklardan ortaklığa alınmasını isteyebilir. Bu yönüyle giriş klozu, örtülü bir devam klozunu bünyesinde barındırmaktadır. Yine giriş klozları, nitelikli halefiyet klozuna dair unsurları da içerirler. Örneğin, bir ortağın ölümü durumunda onun yerine oğlunun ortaklığa girebileceği yönünde bir kayıt, hem ortaklığın mirasçılar olmaksızın sürdürülmesi (yani devam klozu) hem de belirtilen mirasçının otomatik olarak ortaklığa girmesi itibariyle nitelikli halefiyet anlamına gelir. Yani giriş klozları (*Eintrittsklausel*), hem devam klozu hem de nitelikli halefiyet klozlarının unsurlarını barındırırlar³⁰⁷! Burada, diğer ortakların mirasçıyı ortaklığa alma yükümlülükleri bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Ne var ki, ortakların söz konusu yükümlülüklerinin doğabilmesi için, öncelikle mirasçının kendisine bahşedilen bu hakkı kullanması gerekir. Özetle, kullanılmayan hak yükümlülük yaratmaz!

Alman öğretisine göre, kendisine ortaklığa girme hakkı tanınan mirasçıların bu hakkı kullanmasından önce ortaklık payı, ortaklığın diğer ortaklarına geçer. Zira anılan hukuk sisteminde mirasçılara giriş hakkı tanınması, onların ortaklık sıfatını doğrudan doğruya iktisap etmeleri sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla pay öncelikle diğer ortaklara *Anwachsung* suretiyle geçecektir³⁰⁸. Mirasçıların ortak sıfatına sahip olabilmeleri, bu yöndeki iradelerini dışı vurmalarına bağlıdır. İşte söz konusu giriş iradesinin ortaya konulması sonrasında mirasçılarla ortaklığa kabul sözleşmesi kurulması icap eder. *Kessler*'e göre, sağ kalan ortakların bahşettiği bu hak öneri; buna karşılık mirasçı veya üçüncü kişinin ortaklığa girme yönündeki irade açıklaması ise kabul olarak nitelenebilir. Aynı yazar, bir ortağın ölümü durumunda ortaklığın onun *sağ kalan eşi veya en büyük oğlu* ile sürdürüleceği yönündeki kayıtlara ortaklık sözleşmelerinde sıklıkla rastlandığına dikkat çekmektedir. Yazar, bu tür kayıtların külli halefiyet meydana getirmeyeceğini söylemektedir. Yani bu tip klozlar yalnızca diğer ortaklara, belirtilen kişiyi (halefi) ortaklığa alma bağlamında yükümlülük yüklemektedir. Yoksa hak sahibi olan kimse bu hakkı kullanmaya, diğer bir deyişle ortaklığa katılmaya zorlanamaz³⁰⁹. Zaten böyle bir bakış açısı, irade özerkliği gibi temel bir ilkeye de ters düşer.

Ortaklığa katılma yönünde irade beyanında bulunan mirasçıların hukuki durumu ilginçtir: Öncelikle, terekeye dahil olan ayrılma payı hakkını kazanırlar.

³⁰⁷ Bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1347.

³⁰⁸ Bu yönde bk. **Windbichler**, s. 155, No. 5.

³⁰⁹ Bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 727, Rz. 14.

Ortaklığa katılma beyanında bulunan mirasçının ortaklık statüsünün yeniden oluşturulması gerekecektir³¹⁰. Bir diğer deyişle mirasçı, bu beyanda bulunmakla ortaklığa yeni giren üçüncü kişi gibi değerlendirilir. *Windbichler*, birden fazla mirasçının tamamının değil, örneğin bir kısmının ortaklığa katıldığı bir varyasyonda, katılma payı borcunun ayrılma payı alacağına takas edilmesi suretiyle ifasında güçlüklerle karşılaşabileceğini vurgulamaktadır. Zira yazarın da haklı olarak belirttiği üzere, öncelikle ayrılma payının terekeden koparılması gerekecektir³¹¹.

Mirasçının, kendisine bahşedilen bu hakkı makul bir süre içinde kullanması gerekir³¹². Bunun gerisinde yatan düşünce kuşkusuz dürüstlük kuralıdır. Keza, ortaklığın devamı mirasçının bu hakkı kullanması ile ilişkilendirilmiş olabilir. Dolayısıyla, mirasçıların makul bir süre içinde ortaklığa katılıp katılmayacaklarını beyan etmeleri yerinde olur. Makul süre içinde kullanılmayan hak düşer.

Mirasçının elbette bu öneriyi (girme hakkını) reddetme olasılığı da gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, ortaklık sona erme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir.

Kendisine bu hak tanınan kişi küçük olduğu takdirde, ortaklığa girmek için özel bir beyanda bulunacağından, ilgili vesayet makamlarının onayını almalıdır³¹³.

i. Mirasçıların Ortaklık Borçlarından Sorumluluğu

Mirasçıların ortaklık borçlarından sorumluluğu konusu, halefiyet kizları ile yakından ilgilidir. Zira devam kizunun, yani ortaklığın mirasçılar olmaksızın sürdürülmesine ilişkin kizun kararlaştırılması halinde, mirasçılarının sorumluluğu ayrılan ortağın sorumluluğu ile özdeştir. Yani mirasçılar, miras bırakan ortağın ölüm tarihine kadar doğmuş olan ortaklık borçlarından sorumlu tutulurlar. Bu sonuç doğaldır. Çünkü miras bırakanın ortaklık borçlarından sorumluluğu, onun terekisinin bir parçasını oluşturur. Miras bırakan ortak, ölüm ile birlikte *otomatik olarak* ortaklıktan ayrıldığına göre, bu borçlar onun külli haleflerine intikal edecektir. Mirasçılarının ortaklık borçlarından sorumluluğu hususunda, kollektif ortaklığa ilişkin TTK m. 264'ün kıyasen uygulanması menfaatler durumuna uygun düşer. Yani

³¹⁰ Bu hususta bk. **Windbichler**, s. 156, No. 5.

³¹¹ Nitekim bk. **Windbichler**, s. 156, No. 5.

³¹² Bu yönde bk. **Hueck**, OHG, s. 406.

³¹³ Kendisine ortaklığa girme hakkı tanınan mirasçının küçük olduğu olasılıklarda, vesayet mahkemesinin onayının alınması gerektiği yönünde bk. **Hueck**, OHG, s. 406, dpn. 7.

mirasçılarının bu sorumluluğu, alacaklıların *ortanın ayrıldığını öğrendikleri tarihten* itibaren üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Mirası reddetmeyen (açık veya örtülü olarak) her bir mirasçı, ortaklık borçlarından ötürü sorumlu olacaktır.

Basit halefiyet klozunda tüm mirasçılarının, nitelikli halefiyet klozlarında ise klozda belirtilen mirasçılarının ortaklık borçlarından sorumluluğu özellik arz eder. Böyle bir varyasyonda kanaatimce, ortaklığa giren mirasçılarının, ayrılan ortanın sorumluluğuyla ilgili ilke ve esaslar dışında tutulması gerekir. Ortaklığa giren mirasçılar, miras bırakan ortanın ölümünden önce doğan borçlardan sorumludurlar (*Altverbindlichkeit*). Nitekim, HGB § 130/1 ve TTK m. 236/2'da³¹⁴, ortaklığa yeni giren kişinin, ortaklığa girmesinden önce doğan borçlardan da sorumlu tutulacağı açıkça ifade edilmiştir. Aynı ilkenin adi ortaklığa uygulanmaması için mantıklı hiçbir sebep yoktur. Dolayısıyla, her ne kadar pozitif düzenleme bulunmasa dahi, adi ortaklığa giren kişinin önceki borçlardan sorumlu kılınabilmesi gerekir.

HGB § 130 anlamında *ortaklığa giren kişi* ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Bunun içine yalnızca giriş- çıkış suretiyle ortaklığa girme değil, ortaklık payının devralınması (cüz'i halefiyet) ve ortaklık payının mirasçılara intikali (küllü halefiyet) gibi hallerin de dahil edilmesi gerekir³¹⁵. Keza, cüzi halefiyet halinde uygulanabilen bir hükmün, küllü halefiyette uygulanmaması düşünülemez. Dolayısıyla, halefiyet klozlarıyla ortaklığa kabul edilen mirasçılar da HGB § 130/1 anlamında "ortaklığa giren" kimseler olarak değerlendirilmelidir. Böylelikle mirasçılarının, ölen ortanın önceki borçlarından (*Altverbindlichkeit*) sorumlu tutulabilmelerinin önü açılmış olur. Ayrıca, HGB 130/1 düzenlemesinin emredici karakteri³¹⁶ de ortaklık alacaklılarına önemli bir güvence sağlamaktadır. Nitekim HGB § 130/2 uyarınca, HGB § 130/1'deki esasa aykırı sözleşmeler üçüncü kişilere karşı geçersizdir³¹⁷.

Esasen Alman hukukunda, Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararına değin HGB § 130'da dile gelen ilkenin adi ortaklığa kıyasen uygulanamayacağı düşüncesi hakimdi³¹⁸.

³¹⁴ 6762 sayılı eski TTK döneminde m. 178/2 bakımından aynı yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 373.

³¹⁵ Bk. §§ 130 Rz. 12. Ortaklık payının mirasçılara intikali açısından aynı yönde bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 130, Rz. 10.

³¹⁶ HGB § 130/1'in emredici nitelik taşıdığı hususunda bk. **Kübler/Assmann**, s. 87; **Heymann/Emmerich**, HGB § 130, Rz. 9, 18.

³¹⁷ Nitekim, aksine anlaşmalar yalnızca iç ilişkide hüküm ifade eder. Bk. **Hueck**, OHG, s. 394.

³¹⁸ Bu hususta birçokları yerine bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 130, Rz. 5. Karşı yönde bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 130, Rz. 5. Yazar, işletme işleten adi ortaklıklara HGB § 130

Bu durumun kökeninde ise, o yıllarda adi ortaklığa fer'i sorumluluk (*akzessorische Haftung*) rejiminin uygulanamaması yatıyordu. Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararına değin, adi ortaklıkta çifte yükümlülük teorisi adı verilen sorumluluk modeli ağır basıyordu. Federal Mahkeme'nin, fer'i sorumluluk rejimini adi ortaklığa da sirayet ettiren ünlü kararı sonrasında, adi ortaklığa yeni katılan-giren³¹⁹ kişilerin de artık HGB § 130'daki esasa tabi tutulacakları yönünde bir eğilim Alman hukukuna egemen olmaya başlamıştır. Dolayısıyla artık Alman hukukunda, adi ortaklığa yeni giren bir kişinin, önceki borçlardan ötürü şahsen ve müteselsilen sorumlu olacağı görüşü ileri sürülmektedir.

Özellikle Federal Mahkeme ilkesel nitelikli bir içtihadında (BGHZ 154, 370); adi ortaklığa yeni katılan bir kimsenin önceki borçlardan sorumlu tutulmasını Fer'ilik prensibi ile açıklamıştır³²⁰. Yine, Federal Mahkeme, kişi ortaklıklarında, sermaye ortaklıklarından farklı olarak, alacaklıların el atmalarına açık bir sorumluluk sermayesinin bulunmadığının altını çizmektedir. Böylesi bağlı bir sermayenin³²¹ yokluğundan dolayı, ortaklık malvarlığı alacaklıların yönelimlerine her zaman açıktır. Yani, sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin eksikliğinin yarattığı boşluğu, ortakların şahsi ve müteselsil sorumlulukları doldurmaktadır. Şahıs ortaklıklarında ortaklığın ticari itibar ve kredibilitesini belirleyen başat faktör işte bu ağır sorumluluk düzenidir³²².

hükümünün kıyasen uygulanmasından yana bir tutum sergilemektedir. Dikkat edilirse yazar burada ticari işletme kavramını kullanmamıştır, zira ticari işletme işleten adi ortaklığın otomatik olarak kollektif ortaklığa dönüşeceği hususunda Alman öğretisinde görüş birliği mevcuttur. Dolayısıyla Alman hukukunda adi ortaklık, ticari işletme boyutlarına ulaşamamış her türlü işletmeyi işletebilir. Adi ortaklığa giren bir kimsenin, önceki borçlardan ötürü kendi şahsi malvarlığıyla sorumlu olup olmadığının eski dönemde tartışmalı olduğu hususunda bk. **Eisenhardt**, s. 68, No. 93.

³¹⁹ Kanaatimizce, terminolojik açıdan farklı sözcüklerin kullanılması bu bağlamda herhangi bir önem taşımaya gerektir. Katılma veya girme sözcükleri, özleri itibariyle eşdeğer anlama sahiptirler.

³²⁰ Bk. **Eisenhardt**, s. 69, No. 93a.

³²¹ Bağlı sorumluluk sermayesinden kasıt, alacaklıların yönelimlerine özgülenmiş malvarlığı parçasıdır. Örneğin anonim ortaklıkta asgari sermaye, kanuni yedek akçelerle ilgili düzenlemeler bu amacın gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Çünkü *alacaklıların korunması prensibi*, anonim ortaklığın temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır.

³²² Bu hususta bk. **Eisenhardt**, s. 69- 70, No. 93b.

j. Mirasçıların Ayrılma Paylarının Kaldırılması Hususunda Alman Öğretisinin Yaklaşımı

Alman öğretisinde *Hüffer/Koch*, ayrılma payı borcunun ortaklığı hissedilir ölçüde zayıflatacağını belirtmektedir. Özellikle, ölen ortağın ortaklıktaki sermaye payının büyüklüğüne bağlı olarak, ortaklığın finansal yönden güç duruma düşme tehlikesi belirebilir. Örneğin bir adi ortaklığın, eşit sermaye paylarına sahip üç kişiden oluştuğunu düşündüğümüzde, ortağın ölümü olasılığında, ortaklık malvarlığında 1/3 oranında bir azalma gerçekleşecektir. Bu tür kayıplar ortaklığın sona ermesine yol açmasa da onun aktif faaliyetlerini ciddi ölçüde aksatabilir. Dolayısıyla bu tür rizikoların önüne baştan geçilebilmesi amacıyla, Alman hukukunda ortaklar, mirasçılara ödenecek ayrılma payının tamamen kaldırılması yolunu işletebilirler. Yazarlar, BGB § 738'in temel düzenlemesinden ayrılan bu tür klozlara öğretilerde ve uygulamada cevaz verildiğini söylemektedir. Keza BGB § 738 hükmü, yedek hukuk normu niteliği taşımasından ötürü, sözleşmeyle kolayca değiştirilebilir. Yani, bir ortağın ölümü halinde onun mirasçılara ödenecek ayrılma payı ortaklık sözleşmesiyle kaldırılabilir³²³.

Ayrılma payı klozlarına yönelik en önemli denetim ölçütlerinden biri olan ahlaka aykırılığın mirasçıların ayrılma paylarının kaldırılması durumlarında devreye girmemesi de kanaatimizce ilginçtir. Bir ortağın ortaklığı feshetmesi halinde ona ayrılma payı ödenmeyeceğine ilişkin sözleşmesel kayıt, ahlaka aykırılık engeline (BGB § 138) takılabiliyorken, mirasçılar açısından farklı bir uygulamaya neden başvurulduğunu anlamak mümkün değildir. Mirasçılarının, ayrılma payı almadaki menfaatleri, ortaklıktan ayrılan ortaklara göre daha mı azdır? Kaldı ki, mirasçı sayısı kadar ayrılma payı ödenmesi gibi bir durum da söz konusu değildir. Mirasçılar sadece, eğer ölen ortak sağlığında ortaklıktan ayrılmış olsaydı ona ödenecek ayrılma payını almaktadırlar. Üstelik birden fazla mirasçı bulunduğu takdirde, miras paylaşılıncaya değin ayrılma payı miras ortaklığı tarafından edinilir. Ardından, tüm mirasçılar

³²³ Bu hususta bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 180; **Wiedemann**, Übertragung, s. 192 vd; MüKo/Schäfer, BGB § 738, Rn. 61; **Hüffer/Koch**, s. 124- 125, No. 8. Bu hususta bir Federal Mahkeme kararı için bk. BGH, WM 1971, 1338. Federal Mahkeme söz konusu kararında, bu tür klozlara BGB § 138'e aykırılık teşkil etmemeleri şartıyla izin vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, bu tip klozlar işletmenin korunması amacına hizmet etmektedir! Kararın kısa özeti için bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1336.

ayrılma payını kendi miras payları oranında alırlar. Hal böyleyken, mirasçılarının bu en önemli mali haklarının ortaklık malvarlığında tutulması hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır. Yukarıda da vurguladığımız üzere, şahıslarında mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma bağlamında herhangi bir sebep gerçekleşmediği sürece, *mirasçılarının ayrılma payını kaldırmaya yönelik anlaşmaların hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı* kabul edilmelidir³²⁴. Hatta mirasçılarının bu hakkını kaldırmak için, adi ortaklığa egemen “*eşit işlem ilkesi*” ne başvurulması dahi hiçbir şeyi değiştirmez. Örneğin mirasçılarının ayrılma paylarının kaldırılmasına ilişkin kaydın tüm ortakları kapsayacak surette genişletilmesi, şeklen bakıldığında eşit işlem prensibine uygun gözükse de hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasını önlemeyecektir.

Ayrılma payı kaldırılmışsa bu, ölen ortağın ortaklık payı içinde bulunan bir malvarlığı unsurunun, yani ayrılma payının mirasçılara intikal edemeyeceği anlamına gelir. Bu işlemin hukuki niteliği hususunda Alman hukukunda görüş birliği mevcut değildir. Keza, öğretilerde bir kısım yazarlar, ayrılma payının mirasçılar için kaldırılması işleminin, sağlar arası bir kazandırma teşkil ettiği kanısındadır. Bu görüşün savunucularından *Karsten Schmidt*’e göre, bu tip anlaşmalar üçüncü kişi aleyhine sözleşme değil, aksine sağlar arası bir hukuki işlemdir. Bu işlem sayesinde, ölen ortağın payı ve payının değeri, onun ölümü anında otomatik olarak diğer ortaklara geçmektedir. Bu da ortağın ölümü halinde kendiliğinden gerçekleşen, karşılıksız (ivazsız) sağlar arası tasarruf özelliği göstermektedir. Devam klozu, ortaklık sıfatının terekeye geçişini engellemektedir. Bununla birlikte, ayrılma payının kaldırılması işleminin *sağlar arası karşılıksız kazandırma olarak* nitelendirilmesi, miras hukukuna özgü birtakım problemlere yol açabilir. Bilhassa, BGB § 2325’te düzenlenen tenkis talebinin gündeme gelme ihtimali söz konusudur³²⁵.

Heckelmann ise, ayrılma payı klozlarının temelinde çoğunlukla bağışlama işleminin yattığı düşüncesinden hareketle, mirasçılarının ayrılma paylarının kaldırıldığı varyasyonlara BGB § 2325 hükmünün uygulanabileceği kanaatindedir³²⁶. Böylelikle,

³²⁴ Zira biz, ayrılma payını *mutlak hak* kategorisi içinde ele aldığımızdan, ayrılma payını kaldıran anlaşmaların batıl olduğu yönündeki görüşü benimsemekteyiz. Bu görüş için bk. **Baştuğ**, Temel İlkeler, s. 44- 45; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 394.

³²⁵ Tüm bu açıklamalar için bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1337.

³²⁶ Bu doğrultuda bk. Dieter Heckelmann, **Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen**, München, 1973, s. 252.

ayrılma payından yoksun kılınan mirasçılar saklı paylarının tamamlanması talebinde bulunabileceklerdir.

Ancak hâkim yaklaşım, ayrılma payının mirasçılar için kaldırılmasını sağlar arası tasarruf olarak nitelendirmeyi reddetmektedir³²⁷. Çünkü bu tip anlaşmalarda amaç- bağışlamadan farklı olarak- *özgecil saiklerle* ayrılma payının kaldırılması için harekete geçmek değil, aksine ortaklığın hukuki ve ekonomik varlığını güvence altına alabilmektir. Kısacası ortaklar burada, saklı pay taleplerini dışlama değil aksine, şans ve risklerin eşit derecede dağıtıldığı bir anlaşma yapma amacını izlemektedirler. Hatta bu anlaşmalar, miras bırakan ortak diğer ortaklardan daha uzun süre yaşadığı takdirde onun saklı paylı mirasçılarının lehine dahi olabilir.

k. Bir Ortağın Ölümü Durumunda Mirasçıların Çıkma veya Çıkarılması?

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin hükümlerini kaleme alan komisyonun gözünden kaçan önemli bir hataya işaret edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Keza, TBK'ya egemen olan özensizlik burada da ne yazık ki karşımıza çıkmaktadır. TBK m. 633 düzenlemesi, bir ortağın ölmesi durumunda onun mirasçılarının ortaklıktan ayrılabilceğini ifade etmektedir. Halbuki ortağın ölümü durumunda mirasçılar ortaklığa girip giremeyecekleri dahi belirsizdir. Mirasçılarının hukuksal konumlarını açıklığa kavuşturan anlaşmalar ise, devam kaydı veya halefiyet klozlarıdır. Devam klozu kararlaştırıldığı takdirde, mirasçılar ayrılma payını alırlar. Yani bu varyasyonda, miras bırakan ortağın ölümü onun ortaklıktan ayrılması anlamını taşır. Dolayısıyla, ortaklık sıfatını edinmesi mümkün olmayan mirasçının ortaklıktan çıkma veya çıkarılması da düşünülemez!

Ortaklık sözleşmesine halefiyet klozları konulmuş ise, mirası açıkça kabul etmedikleri veya üç aylık ret süresini geçirmedikleri (örtülü kabul) sürece, mirasçılarının doğrudan doğruya ortaklık payını edinmeleri mümkün değildir. Yani, basit halefiyet klozunda tüm mirasçılar veya nitelikli halefiyet klozunda adı geçen mirasçılar, mirası açık veya örtülü olarak kabul etmeleri halinde ortak sıfatını iktisap edebilirler. Mirası reddeden bir mirasçı hiçbir zaman ortaklık sıfatı taşıyamayacağından, onun ortaklıktan çıkma veya çıkarılması da ihtimal dışıdır. Yine, nitelikli halefiyet klozunun kapsamı

³²⁷ Nitekim bk. **Hüffer/Koch**, s. 125, No. 9.

dışında kalan mirasçılar da ortaklık payını edinemediklerinden, ortaklıktan ayrılmaları söz konusu olamaz.

Görüldüğü üzere, mirasçıların ortaklıktan çıkma veya çıkarılmaları, onların öncelikle ortak sıfatına sahip olmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu da çok sayıda olasılığın dikkate alınması gerekliliğini beraberinde getirmektedir.

Alman hukukuna hâkim yaklaşım benimsendiği takdirde, halefiyet klozlarına konu olan mirasçılar ortaklık sıfatını kendiliğinden kazanacaklardır. İşte böyle durumlarda mirasçıların ortaklıktan ayrılmalarından söz edilebilir.

Özetle, kanun koyucunun yukarıda belirtilen varyasyonları göz ardı ettiği sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir. Bu meselenin çözümünde Türk kanun koyucusunun, madde gerekçesinde ileri sürdüğü gibi, Alman hukukunu kendisine örnek aldığı söylemek güçtür. Keza, TBK m. 633'e ilham kaynağı olan BGB § 736'da ortağın ölümü halinde, onun ortaklıktan ayrılacağı şeklinde bir ifadeye yer verilmektedir. Yani, sözleşmede devam kaydı bulunması durumunda ölen ortak ortaklıktan ayrılmış olur. Düzenlemede mirasçılarının hukuki durumuyla ilgili herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır.

Meselenin çözümlenmesi açısından, mirasçılara ilişkin ibarelerin kanun metninden çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira hüküm mevcut haliyle, yanlış yorumlanmaya elverişli görünüm sergilemektedir. Kaldı ki, ne BGB § 727 ne de BGB § 736 miras bırakan ortağın ölümü sonrasında mirasçılarının akıbetinin ne olacağı konusuna eğilmiştir. Oysa TBK m. 633 lafzen yorumlandığında, ortağın ölümü halinde mirasçılarının ortaklığa otomatik olarak girecekleri yolunda bir izlenim uyanabilir. Bu izlenimin, ortağın ölümü durumunda ortaklığın sona ereceği yönündeki temel prensip ile bağdaşmadığı ortadadır.

5. Tasfiye Payının Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi

Kanaatimce, çıkma ve çıkarma sebepleri arasında problem yaratmaya en elverişli olan sebep, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesidir. Ama öncelikli olarak, tasfiye payı kavramına açıklık kazandırılması gerekmektedir. Keza, tasfiye payının hukuki niteliği ve unsurları anlaşılmadan, bu konunun kavranması mümkün görünmemektedir.

Tasfiye payı adi ortaklık sona erdiğinde, ortaklar arasındaki hesaplaşmanın akıbetine bağlı olarak ortaklara dağıtılan *malvarlıksal bir hakkı* ifade eder. Ortaklığın tüm aktifleri paraya çevrildikten (*Versilberung*), tüm borçları ödendikten ve getirilen sermayeler iade edildikten sonra geriye bir şey kalmışsa (*Überschuss*), işte bu arta kalan tutar tasfiye payı olarak adlandırılmaktadır³²⁸. Tasfiye payı alacağı, *şarta bağlı bir alacaktır*. Bu şart, nitelik itibariyle geciktirici şarttır. Yani adi ortaklık sona ermediği sürece tasfiye payı, ortaklık payında mündemiç kalacaktır. Tasfiye payı, adi ortaklığın sona erdiği tarihte, yani sona erme sebeplerinden birinin gerçekleştiği tarihte doğar. Kuşkusuz bu açıklamalar, devam kaydı veya kararının bulunmadığı varsayımlar için geçerlidir. Tasfiye payı, tasfiye değeri esasına göre düzenlenen bir bilanço aracılığıyla hesaplanır (tasfiye bilançosu- *Liquidationsbilanz*). Tasfiye payının da önceden devri olanaklıdır, ancak alacak doğmadan önce, yani ortaklık sona ermeden önce ilgili ortak payını üçüncü bir kişiye devrederse, henüz doğmamış tasfiye payı alacağı da ortaklık payıyla birlikte devralana geçer. Böylece önsel devir hükmünü yitirmiş olur. Tasfiye payı da tıpkı ayrılma payı gibi devredilebilir, rehnedilebilir, haczedilebilir ve mirasçılara intikal edebilir. Tasfiye payının dağıtılması, ortaklık malvarlığının paylaşılması anlamını taşıdığından, bu aşamayı takiben adi ortaklık hukuksal kişiliğini kaybeder. Ancak tasfiye aşamasının sonunda her zaman tasfiye payı dağıtılamayabilir. Ortaklık zarar etmişse- ki bu husus da ilke olarak tasfiye bilançosuyla tespit edilir, tasfiye payı alacağı yerine zararı denkleştirme yükümü devreye girecektir. Tasfiye payı, ayrılma payından farklı olarak sosyal bir borç (diğer deyişle ortaklık içi borç- *innergesellschaftliche Schuld*) teşkil eder³²⁹. Yani tasfiye payı ortaklık ilişkisine dayanan, dolayısıyla beş yıllık zamanaşımına (TBK m. 147/1.4 anlamında) tabi bir alacaktır³³⁰.

Bir ortağın şahsi alacaklısı, elbirliği mülkiyeti biçiminde örgütlenmiş adi ortaklıkta ortağın yalnızca malvarlıksal haklarına yönelebilir. Bu sonuç doğaldır, zira elbirliği mülkiyetinde ortaklar kendi payları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamazlar³³¹, örneğin paylarını kolayca devredemezler. Dolayısıyla şahsi alacaklının önünde çok fazla seçenek yoktur. Onlar ya ortağın kâr payı, ücret hakkı

³²⁸ Tasfiye aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Şener, *Adi Ortaklık*, s. 591 vd.

³²⁹ Bu hususta bk. Palandt/Sprau, *BGB § 705*, Rz. 30; Staudinger/Kessler 12.Aufl, *BGB § 705*, Rz. 72; Lorenz, *BT*, s. 355; Hüffer/Koch, s. 96, No. 57; Windbichler, s. 68, No. 8.

³³⁰ Benzer yönde bk. Şener, *Adi Ortaklık*, s. 642- 643.

³³¹ Bu hususta bk. Schmidlin, s. 35.

veya diğ er mali haklarına el koyacaklar ya da ortaklık sona erdiğ i zaman ortağ a ödenecek tasfiye payına yönelebileceklerdir. Kısacası şahsi alacaklılar, bağımsız bir niteliğ e bürünmüş ortaklık malvarlığına veya elbirliğ i ortaklığının malvarlığına başvuramazlar. Onlar, olsa olsa borçlu ortağ ın şahsi malvarlığının bir parçasını oluşturan mali haklara yönelebilirler. Bunu gerçekleştirebilmek için de öncelikle, ortakları bir arada tutan kişisel bağı çözmeleri gerekmektedir³³².

Ne var ki, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinin bir sona erme, çıkma, çıkarma sebebi olarak düzenlenmesi büyük sorunlar yaratma potansiyeline sahiptir. Keza, tasfiye payının doğabilmesi, ortaklığın sona ermesine bağlıdır. Ortaklık sona ermedikçe tasfiye payına haciz konulamayacağına, dolayısıyla tasfiye payı paraya çevrilemeyeceğine göre burada çelişkili bir durumdan söz etmek olasıdır. Yani tasfiye payının varlığı ortaklığın sona ermesini zorunlu kılarken, onun cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi aynı zamanda sona erme sebebi oluşturabilir mi? Kanun koyucunun dikkatinden kaçan bu önemli ayrıntı, ne yazık ki öğreti ve uygulamada da göz ardı edilmiştir. Kanaatimce tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi, sona erme sebebi olmaktan çıkarılmalıdır. Şahsi alacaklının, tasfiye payına haciz koydurmak amacıyla ortaklığı feshetmesi sona erme sebebi olarak hükme bağlanmalıdır. Ancak böyle bir değışiklik ile mevcut çelişki giderilebilir. Kaldı ki, *Bollmann*'ın da İsviçre hukukunda haklı olarak belirttiğı üzere, ortaklığın sona ermesinde alacaklıların menfaati bulunmamaktadır³³³. Gerçekten, ortaklık devam ettiğı sürece alacaklının alacağına kavuşma ihtimali daha yüksektir. Yine, borçlu ortağ ın ortaklıktan ayrılması durumunda alacaklılar ayrılma payından tatmin edilebilirler. Bu çözüm tarzı, menfaatler dengesine daha uygun görünmektedir.

Özetle, tasfiye payının cebri icra kanalıyla paraya çevrilmesi ortaklığı hiçbir surette sona erdirmez. Zira, ortaklık önceden sona ermiş ve yürütölen tasfiye sonucunda ilgili ortağ a düşen tasfiye payı şahsi alacaklı tarafından haczedilmiştir. Alman hukukunda, TBK m. 639/1.3 (OR Art. 545/1.3) benzeri bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. "Haciz alacaklısının feshi" başlıklı BGB § 725, ortağ ın ortaklık malvarlığındaki payına haciz koyduran şahsi alacaklının, bildirim sürelerine uymaksızın adi ortaklığı feshedebileceğini düzenlemektedir. Bunun ön şartı, ilamın

³³² Nitekim bk. **Schmidlin**, s. 35.

³³³ Bk. **Bollmann**, s. 44.

geçici icra edilebilirliğe elverişli olmamasıdır. Yani şahsi alacaklının elindeki ilam geçici icraya elverişli nitelikte ise, onun ortaklığı fesih yetkisi yoktur.

818 sayılı Borçlar Kanunu ise, tasfiye payının haczini sona erme sebebi olarak düzenlemiştir. Ancak bu dönemde dahi, adi ortaklığın tasfiye payının hacziyle değil, paraya çevrilmesi ile sona ereceği görüşünü ileri süren yazarlar bulunmaktaydı³³⁴.

a. Kollektif Ortaklığa İlişkin Düzenlemelerin Kıyasen Uygulanabilirliği

Tasfiye payının haczedilmesi amacıyla şahsi alacaklıya, tıpkı TTK'da olduğu gibi (m.249/1), belirli bir fesih bildirim süresi (6 ay) tanınmalıdır. Şahsi alacaklı, tasfiye payına haciz koydurmak için öncelikle ortaklığı sona erdirecektir. Keza yukarıda da vurguladığımız üzere, ortaklık sona erip tasfiye gerçekleşmeden tasfiye payının haczedilmesi olanak dışıdır³³⁵. TTK m. 249/1'in adi ortaklığa kıyasen uygulanması gerekliliği ortadadır. Alacaklının adi ortaklığı feshetmesini takiben diğer ortakların önünde iki alternatif mevcuttur: ortaklığın sona ermesine göz yummak ya da borçlu ortağı ortaklıktan çıkararak kurulu düzeni sürdürmek. İşte TTK m. 256/2 hükmü tam bu noktada devreye girer: Hüküm, şahsi alacaklının ortaklığı feshettiği durumlarda, diğer ortakların borçlu ortağı ortaklıktan çıkarabileceğine (TTK m. 256/1'e yapılan yollama gereğince) işaret etmektedir³³⁶. Elbette diğer ortaklar, borçlu ortağın borcunu ifa ederek onun ortaklıkta kalmasını da sağlayabilirler. Ne var ki, uygulamada bu olasılığa rastlanma ihtimalinin düşük olduğu açıktır.

TBK m. 633'de geçen "tasfiyedeki payının..." ifadesi, tasfiye aşamasındaki bir ortaklığın payının kast edildiği yönünde bir izlenim yaratmaya elverişlidir. Mevzuat OR Art. 545'de açıkça tasfiye payı (*Liquidationsanteil*) ifadesine yer verilmişken kanun koyucunun düzenlemeyi farklı biçimde yapması isabetli olmamıştır. *Mevzuat* sözcüğünü bilinçli olarak kullanıyoruz, keza tasfiye payının paraya çevrilmesi Alman hukukunda sona erme sebebi teşkil etmemektedir. Bu itibarla, belirtilen düzenlemenin İsviçre hukuku kaynak alınarak getirildiği ortadadır (OR Art. 545/1.3). Mevzuat uygun yorum prensibi gereğince sözü edilen ifade, *tasfiye payı* olarak anlaşılmalıdır³³⁷.

³³⁴ Bu hususta birçokları yerine bk. Şener, *Adi Ortaklık*, s. 452.

³³⁵ Benzer yönde bk. Türkmen, THD 2018, C. 13, S. 148, s. 92 ve buna bağlı dipnot.

³³⁶ Bk. Karahan/Çeliktas, s. 289.

³³⁷ Benzer doğrultuda bk. Karahan/Akın, s. 73, dpn.1.

Adi ortaklık, ticaret siciline tescil edilen kollektif ortaklıktan farklı olarak, takip ehliyetine sahip değildir. Ortaklık borçları dolayısıyla ortaklık malvarlığı değil, aksine bizzat ortaklar şahsen ve müteselsilen sorumludurlar³³⁸. Ortağa yönelecek haciz bakımından, borcun ortaklık borcu veya şahsi borç olup olmadığı önem taşımamaktadır³³⁹. Ortağın, haczin icrası için gerekli malvarlığına sahip olması yeterlidir. İsviçre öğretisinde *Hoch*, öncelikle “tasfiye payı” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Yine, tasfiye payının cebri icra kanalıyla paraya çevrilmesi (*Zwangsverwertung*) ile anlatılmak istenen nedir? Yazar, bu hususların açıklığa kavuşturulması gerektiği görüşündedir. Özellikle, ortaklığın hangi anda sona erdiği tartışmalı bir diğer husustur. Ortaklık, tasfiye payının haczi (*Pfändung*) ile mi, paraya çevirme talebinde (*Verwertungsbegehren*) bulunduğu anda mı yoksa gerçekten de paraya çevirme işleminin icrası ile mi sona ermektedir? *Hoch*'a göre İsviçre hukukuna hâkim görüş, tasfiye payının açık artırma (*Versteigerung*) ile satılması neticesinde ortaklığın sona ereceği yönündedir³⁴⁰. Yazar meselenin nihai biçimde çözümlenmediği, tartışmaya açık noktalar bulunduğu kanısındadır.

Öncelikle tasfiye payı kavramına açıklık getirilmelidir. Adi ortaklıkta ortaklar kural olarak bir elbirliği ortaklığı (*Gesamthandschaft*) oluştururlar. Kurulan bu ortaklıkta ortaklık malvarlığı, ortakların tamamının elbirliği mülkiyetinde (*Gesamteigentum*) bulunmaktadır. Dolayısıyla ortaklar, diğerlerinin rızası olmaksızın ortaklık malvarlığına ilişkin tasarrufta bulunamazlar. Tasarruf kavramının içine gerek fiili (malvarlığına dahil unsurları kullanma, onlardan yararlanma veya onları yönetme şeklinde) gerekse hukuki (devir veya rehin gibi) tasarruflar girmektedir. Münferit tasarruf yasağını ihlal eden sözleşmeler ortaklığa karşı geçersizdir. Kısacası ortaklar; faiz, ücret gibi periodik gelirler ve düzenli olarak ödenen kâr payı hariç tutulursa, elbirliği mülkiyetine dahil unsurlar üzerinde haczi mümkün bir paydan yoksundurlar. Bununla birlikte tasfiye payı, kuşkusuz malvarlığı hakkı olması nedeniyle, devre veya

³³⁸ Bk. **Hoch**, s. 52, No. 134.

³³⁹ Yani bir icra takibinde, ortaklık alacaklılarının ortağın şahsi alacaklıları karşısında herhangi bir öncelik (*Vorzug*)leri bulunmamaktadır. Bk. **Hoch**, s. 52, dpn. 290.

³⁴⁰ Nitekim bk. **Hoch**, s. 53, No. 137. Bu görüşün temsilcileri olarak bk. **Siegwart**, OR Art. 545- 547, No. 11; Werner von Steiger, **Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Band VIII/I**, Basel und Stuttgart, 1976, s. 453; **Funk**, OR Art. 545/546, No. 4; Peter Gauch, **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg, 1968, s. 115 vd.

hacze konu edilebilir. *Hoch*, tasfiye payı kavramını, ortaklık sona erdiğinde ortaklara dağıtılan (kendi payları oranında) tasfiyenin net sonucu (*Nettoergebnis*) olarak tanımlamaktadır. Tasfiye payı, ortaklığın sona ermesini gerektirdiğinden, şarta bağlı bir alacaktır. Yine tasfiye payının dağıtılabilmesi, ortaklığın sona erdiği anda ortaklık malvarlığının aktif kısmının, pasif kısmından fazla olmasını zorunlu kılar³⁴¹.

b. Haczin Konusu: Ortaklık Payı mı Yoksa Tasfiye Payı mı?

Adi ortaklıkta ortağın ortaklık payının mı yoksa tasfiye payının mı haczin konusunu oluşturduğu hususuna açıklık getirilmesi gerekir. Keza, ortaklık payının haczi ile tasfiye payının haczi farklı hukuki rejime tabidir. Kanaatimizce, bu konuda Alman hukuku model alınmalıdır. Gerçekten de BGB § 725 düzenlemesi uyarınca bir ortağın ortaklık malvarlığındaki payı haczedilebilir. Hükümde her ne kadar “ortaklık malvarlığındaki pay (*Anteil am Gesellschaftsvermögen*)” ibaresi kullanılmışsa da Alman öğretisinde bunun ortağın ortaklık içindeki hukuksal statüsü anlamındaki “ortaklık sıfatını” (*Mitgliedschaft*) ifade ettiği belirtilmektedir. Yani Alman öğretisine egemen görüşe göre, haczin konusunu ortaklık sıfatı oluşturmaktadır³⁴². Öyle ki, şahsi alacaklının, hacizle birlikte ortaklık bağına dahil olduğu dahi ileri sürülmektedir³⁴³.

Türk hukukunda, elbirliği ortaklığı hissesinin haczine ilişkin belki de ilk ayrıntılı çalışmalardan biri olan “*Hisse Haczi ve Satışı*” isimli eserinde *Gökçen Topuz*, haczin konusunu tasfiye payının değil, aksine kendi deyimiyle “*ortaklık konumu*”nun oluşturduğunu vurgulamaktadır³⁴⁴. Yazar devamla, bu hususta İİK ile BK arasında uyumsuzluk olduğunu, bu uyumsuzluğun BK’da yapılacak bir değişiklik ile giderilebileceğini söylemektedir. Buna göre BK hükmü, “ortağın şirketteki hissesinin haczi” şeklinde değiştirilmelidir³⁴⁵.

Yazara göre kanun koyucumuz, tasfiye payının ortaklık payına olan hukuksal bağlılığını göz ardı etmektedir. Yani, tasfiye payının haczinin ardından ortağın ortaklık

³⁴¹ Bk. *Hoch*, s. 53- 54, No. 138- 139.

³⁴² Nitekim bu doğrultuda bk. MüKo/*Schäfer*, BGB § 725, Rn. 10; *Henssler/Strohn/Kilian*, BGB § 725, Rn. 3; HK- BGB/*Ingo Saenger*, BGB § 725, Rn. 1. Haciz objesinin ortaklık payı olduğu yönünde bk. *Jauernig/Stürner*, BGB § 728, Rn. 9; *Kübler/Assmann*, s. 63.

³⁴³ Bu hususta bk. MüKo/*Schäfer*, BGB § 725, Rn. 10.

³⁴⁴ Bk. *Gökçen Topuz*, *Hisse Haczi ve Satışı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 79.

³⁴⁵ Nitekim bk. *Topuz*, s. 79.

payını üçüncü bir kimseye devretmesi durumunda, yapılan devir şüphesiz konusuz hale gelecektir. Bu da alacaklının hukuki durumunu ağırlaştıracaktır³⁴⁶. Oysa haczin konusunu ortaklık sıfatının oluşturduğu kabul edildiği takdirde şahsi alacaklı, ortaklık sıfatından kaynaklanan ve devredilebilen bütün malvarlıksal haklara (*Vermögensrechte*) yönelebilecektir³⁴⁷. Sözü edilen haklara, ortağın ayrılması durumunda ödenen ayrılma payı da dahildir³⁴⁸. Bunun anlamı, ortaklık payına (sıfatına) haciz konulan ortağın, sözleşmede düzenleme bulunması halinde ortaklıktan ayrılabilirdir³⁴⁹. Alman hukukunda ortaklık payının haczi bir ayrılma (BGB § 736 anlamında) sebebi olarak sayılmamıştır. Bununla birlikte, ortaklık payı haczedilen ortağın ortaklıktan ayrılacağı öngörülebilir³⁵⁰. İşte böylesi olasılıklarda şahsi alacaklı, ayrılan ortağın ayrılma payı ile tatmin edilecektir³⁵¹. Keza, şahsi alacaklı normalde fesih yolunu işleterek ortağın kar paylarına, faizlerine, ücret alacaklarına, nihayetinde tasfiye payı alacağına el koyabilecektir. Fakat ortağın ortaklıktan ayrılması neticesinde fesih durumu ortadan kalkar. Ortağa tasfiyenin kapanışında ödenecek tasfiye karının yerini ayrılma payı alır. Şahsi alacaklı da ayrılma payına yönelmek suretiyle alacağına kavuşacaktır.

Haczin kapsamına ayrılma payının da girmesi, borçlu ortağın birtakım kötü niyetli veya hileli işlemlerle alacaklılardan mal kaçırma olasılığını gündeme getirebilir. Bu gibi olasılıklarda borçlu ortağa karşı tasarrufun iptali davası açılabilir³⁵² (İİK m. 280). Böylece alacaklıların menfaatleri de korunmuş olur. Kötüniyetli tasarrufa örnek olarak, payına haciz konulan ortak ile ortaklar arasında yapılan ayrılma payı sözleşmeleri gösterilebilir. Borçlu ortak, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla, alması gereken tutarın çok altında bir ayrılma payı belirlenmesini sağlayabilir. İşte bu tip durumlarda, borçlunun, sırf alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ayrılma payını gerçek değerinin altında veya başka bir ölçüte göre hesaplattığı düşüncesinden yola çıkılabilir.

³⁴⁶ Bk. **Topuz**, s. 78.

³⁴⁷ Bu hususta bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 725, Rn. 11; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 725, Rn. 4.

³⁴⁸ Bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 725, Rn. 11; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 725, Rn. 4.

³⁴⁹ Bk. **Topuz**, s. 104.

³⁵⁰ Bu yönde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 86, No. 174; **Kübler/Assmann**, s. 63.

³⁵¹ Bk. **Kübler/Assmann**, s. 63.

³⁵² Bk. **Topuz**, s. 105.

c. Haczin İcrası ve Hukuki Sonuçları

aa. Alman Hukukunda

Haciz, alacakların haczine ilişkin hükümlere göre icra edilir ve haciz kararının elbirliği ortaklığına tebliği ile hüküm ve sonuç doğurur. Alman Federal Mahkemesi'nin adi ortaklığa kısmi hak ehliyeti bahşeden kararı sonrasında hâkim görüş, tebliğin yönetici ortaklara yapılmasının yeterli olacağı yönündedir. Fakat tebliğin tüm ortaklara yapılması gerektiği yolunda görüşler de mevcuttur. Yine, haciz kararının borçlu ortağa da tebliğ edilmesi icap eder³⁵³.

Ortaklık payının haczi ile birlikte borçlu ortak (*Gesellschafter-Schuldner*), ortaklık sıfatından kaynaklanan mali haklar üzerindeki tasarruf yetkisini yitirir. Önceden devredilmiş olan (alacak devri anlamında) talep hakları ise, rehin hakkıyla yüklü olarak doğarlar³⁵⁴. Yani, malvarlıksal bir hak üzerinde *önceden* hukuki işlemle tasarrufta bulunulmuş ve ortaklık payı *daha sonra* hacedilmiş ise; Alman Federal Mahkemesi'ne göre ortaklık sıfatının haczine öncelik tanınmalıdır. Zira, Federal Mahkeme burada "*kök hakkın önceliği*" prensibine dayanmıştır (*Vorrang des Stammrechts*). Kök hak ile anlatılmak istenen, ortaklık payıdır. Dolayısıyla münferit talep hakkı "*haciz rehin hakkı*" ile yüklü olarak doğacaktır³⁵⁵.

Borçlu ortağın yönetsel haklarını kullanmasına ise herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁵⁶. Hacizden sonra ortağın payını üçüncü bir kişiye devretmesi ile alacaklının hakları zarara uğramaz. Daha doğrusu hacizle birlikte, ortağın, alacaklıların haciz rehin hakkına (*Pfändungspfandrecht*) zarar verebilecek tasarruflarda bulunma yetkisi elinden alınmaktadır³⁵⁷. Alman hukukunda iyi niyetli iktisap yalnız taşınır için söz konusu olduğundan, hacizli ortaklık payını devralan

³⁵³ Bu hususta bk. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth (Hrsg), **Beck Onlinekommentar BGB**, 51. Aufl, München, 2019 (Anılış: BeckOK BGB/ilgili bölüm yazarı), BGB § 725, Rn. 4.

³⁵⁴ Bu hususta bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 725, Rn.5. İlginçtir ki Alman hukuk sisteminde haciz alacaklısı, hacze konu olan nesnelere üzerinde adeta kanunen rehin hakkına sahip olmaktadır (*Pfändungspfandrecht*). Sözü edilen rehin hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Ejder Yılmaz, "Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)", **AÜHFD**, C. XXX, S. 1- 4, 1973, s. 272 vd. "*Haciz rehin hakkı*" şeklindeki çeviri için bk. **Topuz**, s. 105.

³⁵⁵ Bu hususta bk. Fritz Baur, Rolf Stürner ve /Alexander Brun, **Zwangsvollstreckungsrecht**, 13, Aufl, Heidelberg, 2006, s. 410, No. 32.7.

³⁵⁶ Nitekim bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 725, Rn. 5; **Jauernig/Stürner**, BGB § 725, Rn. 10; **MüKo/Schäfer**, BGB § 725, Rn. 27; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1328; **Topuz**, s. 106.

³⁵⁷ Bu doğrultuda bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 725, Rn.27; **Wiedemann**, Übertragung, s. 429.

üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz. İyiniyetli üçüncü kişi, payı hacizle yüklü olarak devralacaktır³⁵⁸.

bb. İsviçre- Türk Hukukunda

İsviçre hukukunda haciz, borçlunun hacze konu mal veya haklar üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlar. Artık borçlu haczedilen konu üzerinde alacaklı aleyhine tasarrufta bulunamaz. Borçlu ortağın payını devralan üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz, çünkü İsviçre hukukunda da taşınır malların haczinde iyiniyet korunmaktadır. Pay devirleri bakımından üçüncü kişinin iyiniyeti korunmamaktadır³⁵⁹.

Bir ortağın payının haczedilmesi diğer ortakları da etkiler. Haczi takiben diğer ortaklar, ortaklık malvarlığından borçlu ortağa düşen gelirleri (kâr payı, ücret vb) ortağa değil de icra dairesine teslim etmek zorundadırlar³⁶⁰.

Türk hukukunda ise, İİK m. 94 uyarınca, borçlu ortağın payının haczedildiği hususu ilgili üçüncü kişilere bildirilir. Adi ortaklık payının haczi bakımından, bildirim yapılabacağı ilgili üçüncü kişilerden kasıt, şirketin diğer ortaklarıdır. Hacizden sonra borçlu ortak, payıyla ilgili tasarrufta bulunma yetkisini yitirir. Haczin ilgili üçüncü kişilere bildirilmesi ile, borçlunun payına düşecek olan gelirleri alma yetkisi elinden alınmış olur. Bu andan itibaren, sözü edilen gelirler ilgili üçüncü kişiler tarafından (yani diğer ortaklar) icra dairesine yatırılacaktır. Bu kurala rağmen borçlu ortağa ödeme yapıldığı takdirde, diğer ortaklar icra dairesine yeniden ödeme yapmak durumunda kalırlar³⁶¹.

Adi ortaklık payının haczedilmesiyle birlikte adi ortaklık kendiliğinden sona erer (infisah). Ne var ki TBK m. 639 tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde ortaklığın sona ereceğini hükme bağlamaktadır. Ancak, İsviçre hukukundan esinlenilerek getirilen bu düzenleme, İİK m. 94 ile çelişki içindedir. Gerçekten, hükümde geçen “bir şirket hissesi” ifadesi ile kast edilenin, ortaklık payı (*Gesellschaftsanteil*) olduğu muhakkaktır. Oysa TBK m. 639 ve onunla paralel bir

³⁵⁸ Bk. **Topuz**, s. 105.

³⁵⁹ Bk. **Topuz**, s. 106- 107.

³⁶⁰ Bk. **Topuz**, s. 107.

³⁶¹ Bk. **Topuz**, s. 107- 108.

düzenleme niteliğindeki TBK m. 633’de “*tasfiyedeki payın paraya çevrilmesi*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ikiliğin bir an önce giderilmesi için, TBK 639 ve 633’ün İİK m. 94 ile uyumlu hale getirilmesi gerekir.

B. Çıkarılma Sebepleri, Özellikle Haklı Sebeple Çıkarılma

1. Genel Açıklamalar

Çıkarılma sebepleri, TBK m. 633 uyarınca çıkma sebepleri ile aynı olduğundan, tekrardan kaçınmak amacıyla yeniden değinme gereği duyulmamıştır. Burada önemli olan husus, haklı sebeple çıkarılmadır.

Haklı sebep kavramı ortaklıklar hukukunda önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Gerçekten gerek Türk Borçlar Kanunu gerekse Türk Ticaret Kanunu’nun ilgili hükümleri incelendiğinde kanun koyucunun haklı sebep kavramına ne kadar büyük bir anlam yüklediği daha iyi anlaşılacaktır. Haklı sebep, ortaklıklar hukukunda, tıpkı borçlar hukukuna özgü ilişkilerde oynadığı “hukuki ilişkiyi çözme” rolünün yanı sıra, ortakların ortaklıktan ayrılmalarından onların yönetim ve temsil yetkilerinin geri alınmalarına kadar oldukça geniş bir alana nüfuz etmiş durumdadır. Elbette haklı sebebin yoğunluk derecesi, bütün bu hususlar bakımından değişkenlik gösterecektir. Örneğin, bir ortağın temsil yetkisinin elinden alınmasına yol açan haklı sebepler ile ortaklığın feshine yol açan haklı sebepler arasında derece farkı bulunmaktadır. Ortaklığın feshini haklı kılan sebeplerin ağırlığı şüphesiz çok daha baskın olacaktır.

Haklı sebebin ortaklık ilişkisini çözen, koparan niteliğine gelince: Bu husus, haklı sebebin sürekli borç ilişkilerinde oynadığı “*kurtarıcı*” rolle bağlantılıdır. Keza, sürekli borç ilişkilerinde öyle olgular ortaya çıkabilir ki, bu olguların varlığına rağmen hukuki ilişkiyi ayakta tutmak taraflar açısından olanaksız hale gelmiştir. Haklı sebeple fesih olarak adlandırılan bu olanak sayesinde taraflar, kendileri için katlanılamaz hale gelen hukuki ilişkiyi herhangi bir bildirim süresine uymaksızın sonlandırabilirler. Yani haklı sebeple fesih bu yönüyle keskin bir kılıç gibi borç ilişkisini “*kesip atmaktadır*”. Ayrıca, haklı sebeple fesih, sözleşmelerin mümkün olduğunca ayakta tutulması

esasına yani *pacta sund servanda* prensibine de önemli bir istisna teşkil etmektedir³⁶². Zira, taraflar bakımından çekilemez hale gelen bir hukuki ilişkinin sürdürülmesi hukuk düzeninin de arzu ettiği bir durum değildir.

Haklı sebeple fesih olanağı sürekli borç ilişkilerinin tamamında mevcutken, onun genel bir hüküm ile pozitif düzenlemeye kavuşturulmamış olması kanaatimce eleştiriye açıktır. Gerçekten Alman kanun koyucusu sözü edilen hususta ciddi bir adım atarak haklı sebeple fesih hakkını genel nitelikli bir düzenlemeye bağlamıştır (BGB § 314). Bu hükmün önemi, haklı sebebin unsurlarına dair birtakım ipuçları barındırmasından ileri gelmektedir. BGB § 314/1 anlamında sürekli bir borç ilişkisinin feshedilmesini haklı kılan sebeplerden söz etmek için şu unsurların varlığı gereklidir: a) Somut olayın bütün durum ve koşulları dikkate alınmalı, b) Her iki tarafın menfaatleri tartılmalı, c) Haklı sebeple fesih hakkını kullanan taraf açısından, sözleşmesel ilişkinin sürdürülmesi olanağı kalmamalı (diğer bir deyişle “*katlanılamazlık*” unsuru). İşte bu üç unsur somut olayda mevcut olduğu takdirde, BGB § 314/1’in ilk cümlesinde de belirtildiği üzere, sözleşmenin her bir tarafı sürekli borç ilişkisini fesih bildirim süresine uymaksızın sona erdirebilecektir. Görüldüğü üzere, Alman hukukundaki bu düzenleme haklı sebebin en önemli üç unsurunu bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme, yalnız haklı sebeple fesih değil, aynı zamanda haklı sebeple çıkma ve çıkarma hakları açısından da yol gösterici bir niteliğe sahiptir.

2. Türk Adi Ortaklık Hukukunda, Haklı Sebeple Çıkarma Hususundaki Boşluğun Doldurulması

a. Kanun Boşluğunun Tespiti

Hukukumuzda, adi ortaklıktan haklı sebeple çıkarılma bağlamında kanun boşluğu bulunduğu bir gerçektir. Keza, Kanun koyucu TBK 633 hükmünü kaleme aldığı esnada BGB § 737 düzenlemesinden önemli ölçüde sapsmış ve çıkarma hakkının

³⁶² Nitekim, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan birtakım olgular, tarafların hukuki ilişkiyi sürdürmesini olanaksız kılabilir veya güçleştirebilir. Hukuk düzeni böyle durumlara karşı bazı savunma mekanizmaları geliştirmiştir ki, bunlardan biri de haklı sebeple fesih hakkıdır. Bk. Hans Roggwiler, **Der Wichtige Grund und seine Anwendung in ZGB und OR**, Zürich, 1957, s. 73; **Türkmen**, THD 2018, C. 13, s. 91.

kullanımını, ilgili ortağın şahsında sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi koşuluna bağlamıştır. Kanun koyucunun bu hususta Alman hukukundan niçin saptığını ortaya koyabilecek herhangi bir belge veya gerekçe mevcut değildir. Aksine, TBK 633'ün madde gerekçesinde- kanaatimce yanıltıcı olarak- bu maddenin hazırlanmasında Alman Medeni Kanunu'nun esas alındığı ifade edilmiştir. Oysa çıkarma hakkı sıradan sebeplere bağlanmak suretiyle zayıflatılmıştır. Sona erme sebepleri ile çıkarma sebepleri arasında paralellik kurulması tam anlamıyla teknik bir hezimettir. Çıkarmanın, ortağın ortaklıktan kendi isteği olmaksızın uzaklaştırılması şeklinde tanımlandığı dikkate alınırca, bu kavramın TBK 639'daki sona erme sebepleri ile ilişkilendirilmemesi gerekirdi. Zira, sona erme sebeplerinin ağırlığı ile haklı sebebin ağırlığı oldukça farklıdır. Kanun koyucu, haklı sebep konseptinden ayrılarak ortakları ciddi bir tehlikeye sürüklemiştir. Çünkü haklı sebebin yoğunluk derecesi, bir ortağın ortaklıktan kolayca çıkarılmasına engel olabilecek niteliğe sahiptir. Halbuki TBK 633'de "sayılan!" olguların somut olayda meydana gelme ihtimali çok daha yüksektir. Kanun koyucunun ihmalkâr tutumundan ötürü TBK'da haklı sebeple çıkarma bakımından kanun boşluğu doğmuştur. Böylelikle, 818 sayılı BK'dan bu yana tartışılmaya devam eden bir konuda önemli bir fırsatın kaçırıldığı anlaşılmaktadır³⁶³.

Bir kanun boşluğundan söz edebilmek için her şeyden önce kanunda bir eksiklik bulunması gerekir. Gerçekten kanun boşluğu, kanunda bulunan plana aykırı bir eksiklik şeklinde tanımlanmaktadır³⁶⁴. Ancak bir kanun boşluğunun tespiti, belirli bir değer yargısının varlığını gerektirmektedir. Dolayısıyla bir değerlendirme ölçüsünün bulunması, boşluğun tespitinde önem taşır. Yine, hukuk düzeninin bütünlüğü içinde bir hükme ihtiyaç duyulmasına rağmen, kanunun böyle bir hüküm içermemesi durumlarında da kanun boşluğundan söz edilebilir³⁶⁵. Ancak daha yalın bir tanıma göre kanun boşluğu, gerekli bir kanuni düzenlemenin (hükümün) eksikliğidir. Kanun koyucu bu tip durumlarda, hüküm altına alması gereken hususları savaştırmaktadır. Hâkimin hukuk yaratım faaliyeti her zaman bir boşluğun varlığını

³⁶³ Bu hususta bk. **Türkmen**, THD 2018, C. 13, S. 148, s. 91.

³⁶⁴ Nitekim bk. Claus Wilhelm Canaris, **Die Feststellung von Lücken im Gesetz- Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem**, Berlin, 1964, s. 16 (Anılış: Gesetzeslücke). Benzer doğrultuda bir çeviri için bk. Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, C. 50, S. 1, 2001, s. 92.

³⁶⁵ Bk. **Canaris**, Gesetzeslücke, s. 39.

zorunlu kılar. Ne var ki, her kanun boşluğunun mutlaka hâkimin hukuk yaratması ile (*richterliche Rechtsfindung*) doldurulması şart değildir. Keza, ZGB Art. 1/2 uyarınca hâkim öncelikle örf ve âdet hukukuna başvuracak, örf ve âdet hukuku yoluyla boşluğu dolduramadığı takdirde, kendisi kanun koyucu gibi davranarak hukuk yaratacaktır³⁶⁶.

Bir başka tanıma göre ise kanun boşluğu, kanunun belirli bir durum bakımından herhangi bir norm (kural) içermemesi, yani *susması* anlamına gelmektedir. Ne var ki, boşluk ve kanunun susması birbirlerinden farklı kavramları ifade eder. “*Boşluk*” sözcüğü, bir eksikliğe işaret eder. Bu eksiklik, kanun koyucunun bir hususu düzenleme niyetine rağmen, düzenlemediği durumlarda ortaya çıkar³⁶⁷.

Tüm bu açıklamalar ışığında, TBK’da haklı sebeple çıkarma bakımından kanun boşluğu bulunduğu sonucuna rahatlıkla varılabilir.

b. Kanun Boşluğunun Doldurulmasına Hizmet Eden Yöntemler

TBK’da haklı sebeple çıkarmaya ilişkin kanun boşluğu bulunduğu tespit edildikten sonra, bu boşluğun hangi araçlarla doldurulması gerektiğine değinilmesi icap eder. Modern yöntem bilim öğretisi bu amaca yönelik çeşitli yöntemler geliştirmiştir. Öncelikli olarak, belki de en yaygın boşluk doldurma aracı olarak karşımıza çıkan “*Kıyas (Analogie)*” kavramına yer verilmesinde yarar vardır³⁶⁸.

Kıyas, kanunun yorumlanmasına yardımcı bir yöntem olarak ele alınabilmektedir. Bu açıdan kıyas (örnekseme); kanunda açıkça hükme bağlanmış bir durumun, hukuken benzerlik taşıyan ancak kanunun düzenlemediği bir duruma uygulanması şeklinde tanımlanabilir³⁶⁹. Örneğin hukukumuzda veya İsviçre hukukunda, ticari işletme işleten adi ortaklıklara ilişkin kanuni düzenlemeler mevcut değildir. İşte bu boşluğun doldurulması amacıyla, ticari işletme işleten adi ortaklık ile hukuken benzeşen kollektif ortaklıklara ilişkin düzenlemeler kıyas yoluyla (*analoge Anwendung*) uygulanabilecektir. Kıyas yönteminin kanaatimizce olmazsa olmaz unsuru, hukuksal benzerlik unsurudur. Bu unsur sayesinde, kanunda düzenlenmiş bir

³⁶⁶ Bu hususta bk. Arthur Meier- Hayoz, **Der Richter als Gesetzgeber**, Zürich, 1951, s. 59- 60.

³⁶⁷ Bk. Karl Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6.Aufl, Berlin, 1991, s. 370 vd (Anlış: Methodenlehre).

³⁶⁸ Kanun boşluğunun çoğu kez kıyas yöntemiyle doldurulduğu hususunda bk. **Larenz**, Methodenlehre, s. 381.

³⁶⁹ Bk. **Canaris**, Gesetzeslücke, s. 24- 25.

norm, normun içerdiği durumla benzerlik gösteren fakat kanunen düzenlenmemiş bir duruma uyarlanabilmektedir³⁷⁰.

Kanun koyucunun kendisinin yaptığı kıyasa atıf (yollama- *Verweisung*) denilmektedir. Kanun koyucu böyle hallerde, belirli kanun maddeleri arasında deyim yerindeyse köprü kurmaktadır³⁷¹. Yani, yollama (atıf) yönteminin bulunduğu olasılıklarda kanun boşluğunun varlığından söz edilemez³⁷². Örneğin TTK'nun 126. Maddesinde, “*ilgili kısımlarda hüküm bulunmayan hallerde adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı*” açıkça belirtilmek suretiyle³⁷³ olası bir kanun boşluğunun önü kesilmiştir. Dolayısıyla, kolektif ortaklıkta özel düzenleme bulunmaması halinde hâkim, kanun boşluğu varsayımından yola çıkarak boşluk doldurma faaliyeti yürütmek yerine adi ortaklığın genel nitelikli hükümlerini uygulayacaktır.

c.EBK Döneminde Öğretide İleri Sürülen Görüşler

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmaya cevaz verilip verilemeyeceği tartışmaya açık bir konuydu. Yazarların bir bölümü, İsviçre hukukuna hâkim görüşün etkisinde kalarak, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma hususunda herhangi bir kanun boşluğu bulunmadığını, keza kanun koyucunun bu hususu bilinçli olarak düzenlemediğini öne sürmüşlerdir³⁷⁴. Yöntem öğretisinin ilkelerine göre, burada “*nitelikli susma*”nın bir görünümü söz konusudur. Nitelikli susma, kanun koyucunun belirli bir meseleyi hüküm altına almamak suretiyle, bu konuda herhangi bir boşluk bulunmadığını ortaya koyma iradesinin dışı vurumu şeklinde tanımlanabilir. Kanaatimizce nitelikli susma kavramının en önemli unsuru, kanun koyucunun belli bir durumu *bilinçli olarak düzenlememesidir*. Kanun koyucu negatif anlamda susmakta, yani belirli bir meseleyi

³⁷⁰ Diğer bir deyişle belirli bir kanun hükmü, kanunen düzenlenmemiş bir duruma aktarılmaktadır. Bk. **Meier- Hayoz**, Der Richter, s. 72.

³⁷¹ Alman hukukunda kanun koyucu çoğu zaman, “*entsprechende Anwendung*” biçimindeki ifade tarzıyla atfa konu oluşturan normları birbirlerine bağlamaktadır. Bu hususta bk. **Larenz**, Methodenlehre, s. 261; **Canaris**, Gesetzeslücke, s. 24.

³⁷² Nitekim bu hususta isabetli olarak bk. **Canaris**, Gesetzeslücke, s. 24.

³⁷³ Benzer bir durum, Alman hukuku için de geçerlidir. Bk. HGB § 105/3. Gerçekten de anılan düzenlemede, Alman Medeni Kanunu'nun ortaklığa (BGB §§ 705- 740) ilişkin maddelerine yollama yapılmıştır.

³⁷⁴ Bu hususta birçokları yerine bk. Halil Akkanat, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebeple İhraç Mümkün müdür?”, **İÜHF**, , C.LXII, S. 1- 2, 2004, s. 336 vd.

hükme bağlamak istemediğini göstermektedir. İşte kanun koyucunun bu iradesi, boşluk kavramının belki de özünü oluşturan “*eksiklik*” unsurunun üzerini örtmektedir³⁷⁵. Şüphesiz kanun koyucunun sustuğu her olasılıkta, nitelikli susmanın varlığından bahsedilemez³⁷⁶. Nitelikli susma yaklaşımının taraftarları, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmanın kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde düzenlenmediğini öne sürmüşlerdir.

İkinci görüş ise, burada bir kanun boşluğu bulunduğunu ve boşluğun özellikle kollektif ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerektiğini belirtmiştir³⁷⁷.

d. 6098 Sayılı TBK Sonrası Hukuki Durum

Öğretide *Hızır*, adi ortaklıktan çıkma ve çıkarılma usulünü ele aldığı makalesinde, 818 sayılı Kanun döneminde ortaya atılan “*nitelikli susma*” yaklaşımından yana bir tutum sergilemektedir. Yazar, kanun koyucunun haklı sebeple çıkarma hususunu bilinçli olarak düzenlemediği kanaatinde. Dolayısıyla, sözleşmesel bir belirlemenin bulunmadığı durumlarda, ortağın şahsında haklı neden gerçekleşse dahi yalnızca fesih davası açılmasına cevaz verilebilir. Yazar özetle, haklı sebeple çıkarma hakkının sadece ortaklık sözleşmesiyle öngörülebileceğini söylemektedir³⁷⁸.

Çelikboya ise adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma konusunda hukuki bir boşluk bulunduğunu kabul etmektedir. Zira TBK m. 633 madde metni, haklı sebeple çıkarmaya ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak yazar, bu boşluğun TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle değil aksine, TBK m. 633’ün uygulanması yoluyla doldurulması gerektiğini ifade etmektedir. Keza yazara göre, bir başka ortaklık tipine özgü kurallar yerine, adi ortaklığa dair bir düzenleme niteliğindeki TBK 633’ün uygulanması daha isabetli olacaktır³⁷⁹.

³⁷⁵Gerçekten, nitelikli susma halinde kanun boşluğu bulunmadığı yönünde bk. **Kırca**, s. 91; **Akkanat**, s. 337.

³⁷⁶ Bk. **Kırca**, s. 91, dpn. 4.

³⁷⁷ Nitekim bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 389.

³⁷⁸ Nitekim bk. **Hızır**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 3, s. 2823- 2824.

³⁷⁹ Yazarın bu görüşü için bk. **Çelikboya**, GSÜHFD 2015/2, s. 221.

Akın, mehzaz hukuk sisteminde yani Alman hukukunda bu konuda boşluk bulunmadığını (BGB § 737) – haklı olarak- belirtmektedir. Yazara göre, kanun koyucunun TBK m. 633’ü kaleme alırken BGB § 736 ve 737’den esinlenmesi, yine, çıkma ve çıkarmanın hukuki sonuçları ile ilgili olarak BGB § 738 ve devamı maddelerin iktibas edilmesi bir iradenin ortaya konulduğuna işarettir. Dolayısıyla yazar burada bir “*unutma*” dan yola çıkarak, kanun boşluğu olduğu sonucuna ulaşmaktadır³⁸⁰. Yazar sözü edilen boşluğun, hiç değilse ticari işletme işleten adi ortaklıklar için TTK m. 255 düzenlemesinin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceği düşüncesindedir³⁸¹.

e. İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma hususunda İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşlere geçmeden önce, Federal Mahkeme’nin bu konuyla ilgili ilkesel içtihadına yer verme gereği duyuyoruz. Keza, Yüksek Mahkeme’nin göstermiş olduğu tutum, İsviçre öğretisini doğrudan doğruya etkilemiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 94 II 120 (ve devamında) nolu kararında, özetle şunları söylemiştir: “...İsviçre Borçlar Kanunu’nun 545. Maddesi, haklı sebeplerin varlığı durumunda ortağın çıkarılmasını değil, ortaklığın feshini öngörmektedir. Ortaklıktan çıkarmaya, yalnızca sözleşmesel bir temele dayandığı takdirde cevaz verilebilir...” Federal Mahkeme, bu değerlendirmeyi takiben haklı sebeple çıkarma kurumuna tarihsel kanun koyucunun bakış açısıyla yaklaşmıştır. Yüksek Mahkeme’nin vardığı sonuç, kanun koyucunun haklı sebeple çıkarma müessesesini *bilinçli olarak* düzenlemekten vazgeçtiğidir. Dolayısıyla, bir ortağın şahsında haklı sebebin gerçekleştiği hallerde başvurulabilecek yegâne hukuki çare haklı sebeple fesih davasıdır. Özetle Federal Mahkeme, haklı sebeple çıkarma meselesi bağlamında bir kanun boşluğu bulunduğu yönündeki teorileri reddetmiştir.

Federal Mahkeme bu kararıyla, ortaklıklar hukukuna özgü oldukça önemli bir ilkeyi hiçe saymıştır. İşletmenin korunması (*Unternehmenserhaltung*) olarak

³⁸⁰ Bk. **Karahan/Akın**, s. 80, dpn.3.

³⁸¹ Bu hususta bk. **Karahan/Akın**, s. 81.

adlandırılan ve çıkarma kurumunun ekonomik ve finansal arka planını ortaya koyan prensip, bilhassa kişi unsurunun ön planda bulunduğu ortaklık tiplerinde önemli bir rol oynamaktadır. Federal Mahkeme, bu kararıyla adi ortaklıkların ticari bir işletme işletebilecekleri yolundaki modern eğilimleri göz ardı etmiştir. Zira, iktisadi bir işletme işleten adi ortaklıklarda çıkarma kurumuna duyulacak gereksinim çok daha fazladır. Halbuki Yüksek Mahkeme, artık aşılmış olan tarihsel yorum yöntemine başvurarak, nitelikli susma görüşünü temellendirmiştir. Federal Mahkeme, bu konuya ilişkin düzenleme yokluğunun gerisinde kanun koyucunun ihmalinin yatıp yatmadığı hususunun üzerinde durmamış, kanunun suskunluğunu “*menfi çözüm*”, yani haklı sebeple çıkarmanın *bilinçli olarak düzenlenmediği* şeklinde yorumlamıştır.

İsviçre hukukunda *Siegart, belirli adi ortaklıklara* kollektif ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanmasının engellenemeyeceğini belirtmiştir. Ne var ki yazar, bu görüşünü herhangi bir gerekçeye dayandırmamıştır. Dolayısıyla *Siegart*'ın niçin bu düşüncede olduğu anlaşılammıştır. Yazar ayrıca, belirli adi ortaklıklar ifadesi ile neyi kast ettiğini de açıklamamıştır³⁸².

Bergsma ise, kanundan kaynaklanan çelişkiye dikkat çekerek, tarihsel kanun koyucunun bu tür oluşumların³⁸³ varlığını hesaba katmadığını söylemektedir. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımının aksine, kanun koyucunun iradesinin açıklıkla dışa vurulamadığını belirtmektedir. Dolayısıyla yazar, haklı sebeple çıkarma hakkına, ticari işletme işleten adi ortaklarda kıyasen cevaz verilmesi gerektiği düşüncesindedir³⁸⁴. Yazar bu görüşünü gerekçelendirirken ticari işletme işleten (*atipik*) adi ortaklıkların, ticaret ortaklıkları ile büyük ölçüde özdeş yapılanmalar olduğu argümanını öne sürmüştür³⁸⁵. Kuşkusuz bu benzerlik, daha doğrusu özdeşlik, kıyasen uygulamanın önünü açan bir faktördür. Yazar bu noktada, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına işaret etmektedir. BGE 93 II 391 nolu kararda Yüksek Mahkeme, kollektif ortaklığın tasfiyesine ilişkin kuralların, ticari işletme işleten adi

³⁸² Bu hususta bk. **Siegart**, OR Art. 547, No. 39 (vorbem. zu OR Art. 530- 551 No. 5'e yollama yaparak)

³⁸³ Bu tip oluşumlara örnek olarak, adi ortaklığa bir anonim ortaklığın ortak olması gösterilebilir. Hatta bu durum, adi ortaklığın otomatik olarak kollektif ortaklığa dönüşmesini engeller, keza İsviçre hukukunda kollektif ortaklığa ancak gerçek kişiler (*naturliche Personen*) üye olabilirler (OR Art. 552/1). Bk. **Bergsma**, s. 91- 92.

³⁸⁴ Bk. **Bergsma**, s. 92.

³⁸⁵ Nitekim bk. **Bergsma**, s. 91.

ortaklıklara kıyasen uygulanabilirliğinden yana bir tutum takınmıştır³⁸⁶. Yine, yazarın haklı olarak vurguladığı üzere, adi ortaklığın önce tasfiye edilip ardından yeniden kurulması hem çok zahmetli hem de çok maliyetli bir iştir. Zira, adi ortaklığın dağıtılıp tasfiye edilmesi ciddi kayıpları beraberinde getirebilir³⁸⁷. Federal Mahkeme'nin (BGE 94 II 120 nolu) içtihadı aynen benimsendiği takdirde, pek çok adi ortaklığın bu şekilde zarara uğraması muhtemeldir.

f. Kanun Boşluğunun Doldurulmasına Yönelik Çözüm Önerileri

Haklı sebeple çıkarma hususuna ilişkin kanun boşluğunun doldurulması bağlamında ortaya atacağımız çözüm önerilerini olan ve olması gereken husus biçiminde ikili bir ayrıma tabi tutmakta yarar görüyoruz.

aa. Olan Hukuk Açısından (de lege lata)

Yürürlükteki hukukumuzda, haklı sebeple çıkarmaya ilişkin boşluğun TTK m. 255'in adi ortaklığa kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması olanaklıdır. Sözü edilen düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan kısmen revize edilerek alınmıştır. Zira İsviçre Borçlar Kanunu'nun 577. Maddesi uyarınca, kollektif ortağın çıkarılması için, şahsında haklı sebep gerçekleşmiş olmalı ve çıkarılmak istenen ortağa inşai bir dava yöneltilmelidir (çıkarma davası). TTK 255 ise haklı sebeple çıkarma hakkının, dava yoluyla değil, diğer ortakların oybirliği ile alacakları kararla kullanılacağını düzenlemektedir.

Kanaatimce, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma hakkı bu ortaklık tipinin doğasından kaynaklandığından, bir ortağın şahsında haklı sebep meydana geldiği takdirde ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılabilmesi gerekir. Yani bu bağlamda, haklı sebeple çıkarmanın kanunen düzenlenmemesi herhangi bir önem taşımaz. Zira adi ortaklık da tıpkı kollektif ve adi komandit ortaklık gibi bir şahıs ortaklığıdır. Bütün şahıs ortaklıklarında olduğu gibi adi ortaklıkta da *güven ve iş birliği esası* ön planda

³⁸⁶ Kararın bu kısa özeti için bk. **Bergsma**, s. 91, dpn. 15.

³⁸⁷ Bu hususta bk. **Bergsma**, s. 91. Benzer doğrultuda bir çeviri için bk. Fatih Bilgili, **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 150- 151.

durmaktadır. Bu güven zemininin, bir ortağın şahsından doğan sebeplerle sarsılması halinde, ortaklığın sürdürülmesi olanaksız bir hale gelebilir. Sırf adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma hususunun pozitif düzenlemeye kavuşturulmadığı gerekçesiyle, bir ortağın haklı sebeplere dayanarak çıkarılmayacağı ileri sürülmesi, adi ortaklığın ruhuna ve temel yapısına ters düşen bir düşünce tarzıdır. Üstelik adi ortaklığın esnaf veya ticari işletme işletmesi olasılığında, haklı sebebin üstleneceği fonksiyon çok daha büyük olacaktır! Kaldı ki, ortaklığın haklı sebeple sona erip dağılmasına cevaz veren bir hukuk düzeninin, haklı sebeple çıkarma kurumuna karşı koyması hukuk mantığına sığmamaktadır. Ortağın şahsında haklı sebebin doğması halinde sadece fesih davası açılması gerektiğini öne süren yaklaşım, kanımızca zorlama bir bakış açısidir³⁸⁸. Halbuki hukuk düzeni, ortaklığın kolayca dağılmasını değil, aksine mümkün olduğunca ayakta tutulmasını amaçlar. Öyleyse, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma daimî bir gereksinim olup, aynı zamanda güven ve iş birliği zemininin yeniden kurulmasına da hizmet eder.

bb. Olması Gereken Hukuk (de lege ferenda) Açısından Çözüm Önerisi

Haklı sebeple çıkarmaya ilişkin mevcut kanun boşluğunun doldurulabilmesi bakımından kanaatimizce en yerinde formül, bu hususun TBK’da açıkça hükme bağlanması olacaktır. Böylelikle, 818 sayılı BK’dan beri süregelen tartışmalara nokta koyulabilir. Ne var ki, kanun boşluğu varlığını sürdürdükçe tartışmaların sona ermesi mümkün görünmemektedir. Önerilecek kanuni düzenleme, haklı sebeple ilgili eksiklikleri giderebilecek, ortaklar arasındaki menfaat çatışmalarını dengede tutabilecek niteliğe sahip olmalıdır. Kuşkusuz, haklı sebep kavramının her somut olaya göre değişebilen karakteri kesin bir tanım yapılmasını olanaksız kıldığından, çıkarma açısından da TTK m. 245/1’de sayılan sebeplerden yararlanılabilir. Bu konuda TTK’ya başvurulması ise, adi ortaklık yapısının esasen İsviçre hukuku kaynaklı olmasından ileri gelmektedir. Sona erme ve tasfiye hususları bütünüyle İsviçre Borçlar

³⁸⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında (13. HD, 22. 01. 1987, E. 6267, K. 206) şöyle demektedir: “...Adi ortaklıkta bir ortağın haklı nedenlerle ortaklıktan çıkarılmasını dava edemeyeceği, yasal haklı sebepler varsa ortaklığın feshi ve tasfiyesinin istenebileceğine göre...” Kararın özeti için bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 389. Yargıtay burada özetle, haklı sebepler bulunsa dahi ortağın çıkarılmayacağını, yalnızca fesih davası (*Auflösungsklage*) açılabilirliğini söylemektedir. Kuşkusuz yukarı metinde vurguladığımız nedenlerle, bu karara katılmıyoruz.

Kanunu'ndan iktibas yoluyla alındığından (OR Art. 545 vd), adi ortaklık hukukumuzda BGB § 723³⁸⁹ gibi, fesih sebebi teşkil eden haklı sebeplerin örnek kabilinden belirtildiği bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dolayısıyla biz, kanun maddesi önerisinde bulunurken Alman adi ortaklıklar sistemini esas aldık. BGB § 737'nin BGB § 723 ile kurduğu bağlantının bir benzeri bizim hazırladığımız öneride yer almaktadır:

“Şahsında TBK m. 639/1.7 anlamında haklı sebep gerçekleşen bir ortak, diğer ortakların alacağı bir kararla ortaklıktan çıkarılır. Çıkarma kararı, ortaklık sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe diğer ortakların oy birliği ile alınır.

Kanuni veya sözleşmesel yeter sayıların sağlanamadığı hallerde her bir ortak, mahkemeye başvurarak ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir. Ortakların bu hakkını sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür”.

İlk fıkrada özellikle ilk cümle, bir ortağın şahsında haklı sebep doğduğu hallerde, fesih davası yerine haklı sebeple çıkarma hakkına işlerlik kazandırılması amacına yönelmiştir. Böylece ortaklar, ilgili ortağın şahsında haklı sebeplerin meydana geldiği hallerde, fesih davası açmak zorunda kalmayacaklardır. Ortaklardan biri fesih davası açsa dahi hâkim, fesih yerine daha yumuşak bir çözüm olan çıkarmaya hükmedebilecektir. Keza hâkim, TBK m. 639/1.7 ile kurulan bağlantı sayesinde taleple bağlılık ilkesinden ödün verebilecektir. Ortağın çıkarılmasını gerektiren haklı sebep, fesih davası açılmasına yol açacak yoğunlukta olmalıdır. Nihai olarak, kurulu sistemin ayakta tutulması amacı güdülmektedir. İşletmenin korunması prensibi burada bize yol göstermektedir.

“Diğer ortaklar” ifadesine vurgu yapılmasının nedeni, çıkarılmak istenen ortağın ortaklar kurulunda oy hakkından yoksun olduğunun altını çizmektir. Ancak bu, ilgili ortağın toplantıya katılamayacağı anlamını taşımaz. Ortağın toplantıya katılma hakkı hiçbir surette engellenemez. Onun yalnızca oy kullanma yasağı bulunmaktadır.

³⁸⁹ BGB § 723 hükmüne göre haklı sebepler şöyle sıralanmıştır: a) Bir diğer ortak, kendisine ortaklık sözleşmesiyle yüklenen temel yükümlülüklerini kasten veya ağır ihmal sonucu ihlal etmiş veya böyle bir yükümlülüğün ifasını olanaksız hale getirmiş ise b) Bir ortak, 18 yaşını doldurmuş ise. Kollektif ortaklık açısından benzer yönde çeviri için bk. Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 38 (Anılış: Haklı Sebep).

Çünkü bir ortağın, kendisiyle doğrudan ilgili bir meselede objektif tutum sergilemesi hemen hemen imkansızdır.

İkinci fıkra, hukukumuzda önemli bir değişikliğe işaret etmektedir. Keza, benzer bir düzenleme ilk kez kollektif ortaklıklar hukuku alanında (TTK m. 255/3) yürürlüğe sokularak pozitif hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla, anılan hükmün yakından incelenmesinde yarar vardır. Düzenlemenin tamamen Türk hukukuna özgü olduğunun altı çizilmelidir. Çünkü TTK m. 255/3, 6762 sayılı ETTK döneminde ortaya çıkan problemin çözülmesi amacını gütmektedir. Eski TTK, her nasılsa karar yeter sayısının sağlanamadığı olasılıkları dikkate almamıştır. Kanun koyucunun kişi ortaklıklarının temel dinamiklerini göz ardı ettiği, böylece anlaşılmalıdır. Keza, kişi ortaklıklarında bir ortağın ortaklıktan çıkarılması, ortaklar arasında hukuki uyuşmazlıklar yaratma potansiyeli barındıran bir meseledir. Çıkarılmak istenen ortak, diğer ortak veya ortakların yakın bir akrabası veya arkadaşı olabilir. Böyle durumlarda, oybirliği ile çıkarma kararı alınması imkansızdır. İşte TTK m. 255/3 düzenlemesi tam da bu noktada devreye girmektedir. Hüküm, yenilik doğurucu davaların sınırlı sayım (*numerus clausus*) ilkesine tabi olduğu yolundaki genel anlayışa da uygundur. Çünkü burada ortaklara yeni bir dava hakkı bahşedilmekte³⁹⁰, yani *dolaylı olarak* bir “çıkarma davası”na işaret edilmektedir.

TTK m.255/3 uyarınca, karar yeter sayısının sağlanamadığı varyasyonlarda çıkarma kararı – şüphesiz ortakların bu yönde talepte bulunmaları koşuluyla – çıkarma davasına dönüşmektedir. Çıkarma davası açıldığı takdirde hâkim, öncelikli olarak karar yeter sayısının sağlanıp sağlanamadığı hususunu incelemelidir. Aksi halde açılan davanın reddi gerekir. TTK m. 255/3’te göze çarpan bir diğer ayrıntı ise, hükümde belirtilen taleplerin objektif dava birleşmesi suretiyle ileri sürülebileceğidir. Gerçekten, her bir ortak ilgili ortağın çıkarılmasını ve onun ayrılma payının belirlenmesini mahkemedan isteyebilir. Görüldüğü üzere, birden fazla talebin aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesi hali söz konusudur. Elbette hâkim, öncelikli olarak çıkarma talebini inceleyecektir. Zira, ortaklıktan çıkarılmasına karar verilen bir ortağa ayrılma payı ödenebilir. Dolayısıyla, bu iki talep birbirlerinden bağımsız niteliğe sahip

³⁹⁰ Gerçekten, TTK m. 255/3 ile ortaklara *yeni bir dava hakkı* tanındığı yönünde bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 256, No. 311. Benzer yönde bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 253.

olsalar dahi, çıkarma kararı verilmeden hâkimin ayrılma payının belirlenmesi yönündeki talebi incelemeye başlaması mümkün değildir.

3. Adi Ortaklıkta Haklı Sebep ile Çıkarma Davası Açılıp Açılmayacağı Sorunsalı

a. Mevcut Hukuki Durumun Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda, adi ortaklıkta haklı sebep ile çıkarma davası düzenlenmemiştir. Kanun koyucuların, adi ortaklığın hukuksal yapısını genellikle geçici işler üzerine kurulu ortaklık tipi şeklinde değerlendirmelerinin bir sonucu olarak, haklı sebep ile çıkarma davasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Çıkarma davalarına göz atıldığında, ekonomiyi ve işletmeyi koruma amacı güttüğü görülecektir. Örneğin İsviçre (OR Art. 577) ve Alman (HGB § 140) hukuk sistemlerinde, kollektif ortaklara haklı sebep ile çıkarma davası açma yetkisinin tanınması, kollektif ortaklığın ticari işletme işletmesinden ileri gelmektedir. Ticari işletmeler, deyim yerindeyse birbirinden farklı “*kılıklara bürünebilen*”, yani büyük bir çeşitlilik arz eden organizasyonlardır. Bu organizasyon, yalnızca işletmenin sahibi, kiracısı veya ticari temsilciden ibaret değildir. Ticari işletmeler- fabrika örneği ele alınacak olursa; sermaye, emek, malvarlığı, işgücü vb. pek çok unsuru bünyesinde barındırmaktadır. İşte bu yapının ayakta tutulması, yani fesih tehdidine karşı korunması, ekonomi nezdinde kamu yararının da gözetilmesi anlamını taşır. Kollektif ortaklıkta, her bir ortak aksi sözleşmede düzenlenmedikçe yönetim yetkisine sahiptir (özden yönetim- TTK m. 218/1). Bunun anlamı, her ortağın, ticari işletmenin ekonomik mülkiyetinin yanı sıra yönetimini de elinde bulundurduğudur. Yani anonim ortaklıktan ayrı olarak, yönetim ve mülkiyet el ele yürür. Ortaklar, sermaye payı getirmek, daha doğrusu yatırım yapmak suretiyle ticari işletmenin ekonomik mülkiyetini ellerinde tutmaktadır.

6762 sayılı ETTK ve onu takiben 6102 sayılı TTK, ne yazık ki kollektif ortaklıktaki iç dinamikleri göz ardı etmiş ve çıkarma hakkının ortaklarca alınan bir karar ile kullanılacağını hükme bağlamıştır. Halbuki, çıkarma işleminin ilgili ortağın hukuksal konumuna sert ve ağır bir müdahale niteliği taşıdığı ortadadır. Hal böyle

iken, çıkarma davası yerine çıkarma kararı yönünde yapılan bir hukuk politikası tercihinin doğruluğu tartışmaya açıktır³⁹¹. Daha da vahimi, 6762 sayılı ETTK'ı hazırlayan kanun koyucunun bu tercihini dayandırdığı hukuksal argümanların eksikliğidir. Kollektif ortaklığın yapısı ile bağdaşmayan bu düzenlemenin (TTK m. 255) bir an önce yürürlükten kaldırılarak, onun yerine çıkarma davası getirilmesinde yarar vardır. Böylece, mehaz OR Art. 577 ile TTK m. 255 arasındaki uyumsuzluk da giderilebilir.

b. Adi Ortaklıkta Haklı Sebep ile Çıkarma Davasının Önündeki Temel Engel: Numerus Clausus İlkesi

Bilindiği üzere, haklı sebep ile çıkarma davası yenilik doğurucu bir davadır³⁹². Yenilik doğurucu davalar bakımından gerek İsviçre gerekse Alman hukukuna hâkim yaklaşım, bu davaların kanun koyucu tarafından sayma suretiyle belirlendiğidir³⁹³ (*Sınırlı sayım ilkesi*). Dolayısıyla, taraflar kanunda öngörülmeyen bir inşai davayı sözleşmeyle yaratamazlar³⁹⁴. Bununla birlikte, bu ilkenin de istisnaları bulunduğu kabul edilmektedir. İnşai davaların uygulama alanının özellikle kıyas yolu ile genişletildiğine tanık olunmaktadır. Ne var ki, kıyasen uygulama hususunda dikkatli olunması gerektiği dile getirilmektedir³⁹⁵. Örneğin, Alman hukukunda, limited

³⁹¹ Kollektif ortaklıkta haklı sebep ile çıkarma davasının düzenlenmemesine ilişkin bir eleştiri olarak bk. İrfan Baştuğ, **Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması**, Ege Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1966, s. 59, dpn. 182 (Anılış: Çıkarılma).

³⁹² Bu yönde bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 22; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 35; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 47; Volker Röhricht, Friedrich Graf von Westphalen ve Ulrich Haas (Hrsg), **Handelsgesetzbuch, Kommentar**, 4. Aufl, Köln, 2014 (Anılış: Röhricht/von Westphalen/Haas), HGB § 140, Rz.16; **Hueck**, OHG, s. 444; **Eisenhardt**, s. 182, No. 308; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 502, No. 6; Klaus Piehler, “Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft”, **DStR**, S. 22, 1991, s. 717.

³⁹³ Numerus Clausus ilkesi için bk. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (editör), **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 987 (Anılış: ilgili bölüm yazarı, Pekcanitez Usul); Peter Schlosser, **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile**, Bielefeld, 1966, s. 276; Wolfgang Grunsky, **Grundlagen des Verfahrensrecht**, 2. Aufl, Bielefeld, 1974, s.374- 375; Barbara Grunewald, “Numerus clausus der Gestaltungsklagen und Vertragsfreiheit”, **ZZP**, C. 101, S. 2, 1988, s. 152; Christoph Paulus, **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Aufl, Berlin Heidelberg, 2017, s. 52, No. 125; Kurt Schellhammer, **Zivilprozess- Gesetz Praxis Fälle**, 11. Aufl, Heidelberg, 2004, s. 98, No. 196; Ergun Önen, **İnşai Dava**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, Ankara, 1981, s. 55- 56; Miguel Sogo, **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren**, Zürich, 2007, s. 135.

³⁹⁴ Bk. **Schellhammer**, s. 98, No. 196.

³⁹⁵ Bu hususta bk. **Schellhammer**, s. 98, No. 196.

ortaklıktan haklı sebeple çıkarma davası pozitif düzenlemeye bağlanmadığından, bu davanın limited ortaklıkta hangi temel üzerine kurulacağı tartışma konusudur. Alman öğretisinde hâkim görüş, kollektif ortaklıktaki haklı sebeple çıkarma davasının limited ortaklığa kıyasen uygulanamayacağı yönündedir. Çünkü her iki ortaklık türü arasında, kıyasın temel unsurunu teşkil eden “benzerlik” unsuru eksiktir³⁹⁶.

İnşai davaların kıyas yoluyla genişletilmesine en bilindik örnek, İsviçre hukukunda ileri sürülen, *atipik* (ticari işletme işleten) *adi ortaklıklara* kollektif ortaklığa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüştür. Bu görüşün başını çeken yazarlar *Lukas Handschin* ve *Peter Bergsma*'dır. Kıyasen uygulama görüşü benimsendiği takdirde, adi ortaklık bakımından normalde hayat sahası bulamayan *çıkarma davasının* devreye gireceğini görüyoruz. Ancak yazarlar, her bir adi ortaklık için değil, yalnızca ticari işletme işleten adi ortaklıklar için bu olanağı kabul etmektedirler. Yani yazarlar, sınırlı bir kıyastan yana görünmektedir. Keza ticari işletme işleten adi ortaklığın, hukuksal yapı itibariyle kollektif ortaklığa yaklaştığı-bilhassa menfaatler durumu bağlamında- açıktır.

Biz mevcut hukuki durum çerçevesinde, TTK 255'in adi ortaklığa kıyasen uygulanması formülünü kabul etmemiş, haklı sebeple çıkarma hakkının adi ortaklığın özünden ileri geldiğine işaret etmiştik. Dolayısıyla, sözleşmede bu yönde bir belirleme bulunmasa dahi, diğer ortaklar – kural olarak- oybirliği ile alacakları bir kararla ilgili ortağı çıkarabilirler. Ancak, bizim benimsediğimiz yaklaşımın zayıf bir noktası vardır: Karar yeter sayısında yaşanması muhtemel aksaklıklar. Bu aksaklıkların çeşitli sebeplere dayanabileceğini daha önce belirtmiştik. Oy birliği prensibinin bünyesinde taşıdığı en büyük riziko, her bir ortağın veto yetkisi ile donatılmış olmasıdır. Tek bir ortağın olumsuz veya çekimser oyu dahi, çıkarma kararının alınmasını engelleyebilir.

Karar yeter sayılarının sağlanamadığı olasılıklarda, adi ortaklığın hukuksal akibetinin ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Kuşkusuz bu soruya verilecek yanıt, hangi menfaate öncelik tanınması gerektiği meselesi ile yakından bağlantılıdır. *İşletmenin korunması* perspektifinden bakıldığında, sırf karar yeter sayısının sağlanamaması nedeniyle adi ortaklığın tasfiye aşamasına sürüklenmesinin adil bir sonuç olmadığı açıktır. Kanaatimizce, bu prensibe ve onun koruduğu menfaatlere

³⁹⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Peter Alexander Spitze, **Der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung**, Berlin, 1985, s. 44- 45.

üstünlük tanınması isabetli olacaktır. Yani, karar yeter sayısına ulaşamayan durumlarda, haklı sebeple fesih davası yerine TTK m. 255/3 ile getirilen yeni çıkarma davasına işlerlik kazandırılmalıdır. Bu kıyas, kaçınılmaz olarak uygulanmalıdır. Aksi takdirde, geriye kalan yegâne alternatif olarak, TBK m. 639'da hükme bağlanan fesih davası gündeme gelecektir. Görüldüğü üzere, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma davası açılabilmesi için gerekli ön şart, ortaklar kurulu toplantısında karar yeter sayısının sağlanamamış olmasıdır. Hatta kanımca bu husus, davanın dinlenebilirlik şartı olarak kabul edilmelidir. Hâkim, TTK m. 255/3 uyarınca açılmış bir davanın esasına girmeden önce, karar yeter sayısının sağlanıp sağlanmadığı hususunu incelemelidir. Davacı ortak veya ortakların, karar yeter sayısının sağlanmadığını ispat edememeleri halinde hâkim, davanın usulden reddine karar vermelidir. Keza, düzenlemede (TTK 255/3) yer alan “*birinci fıkra uyarınca çıkarma kararı alınmadığı takdirde...*” ifadesinin lafzen yorumu da bu kanaatimizi destekler niteliktedir.

Özetle, bozucu yenilik doğuran bir dava olarak çıkarma davası, adi ortaklıklar bakımından oldukça dar bir alanda uygulanma yeteneğine sahiptir. TTK m. 255/3 kıyasen uygulanırken, adi ortaklıkların ticari işletme işleten/işletmeyen şeklinde bir ayrımına tabi tutulmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

4. Haklı Sebeple Çıkarmanın İç Ortaklıklara Uygulanabilirliği Sorunu

a. Alman Hukukunda

İç ortaklıklarda (*Innengesellschaften*) haklı sebeple çıkarma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı meselesi Alman öğretisinde tartışmalıdır. Gerçekten, bir görüşe göre, BGB § 737 düzenlemesinin iç ortaklıklara uygulanması olanaklı değildir. Bu görüşün dayandığı temel nokta, iç ortaklıkların, üzerinde elbirliği ile hak sahipliği bulunan bir malvarlığından (*Gesamthandsvermögen*) yoksun olmalarıdır³⁹⁷. Bu olgu, BGB § 738/1.c.1'de düzenlenen *Pay Geçişi*'nin iç ortaklıklarda uygulanamaması

³⁹⁷ Bu görüş için bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 1; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 737, Rn. 2. BGB 737'nin, iç ortaklıklara kural olarak uygulanamayacağı yönünde bir Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı için bk. OLG Bamberg, NZG 1998, 897, 899. Bamberg Yüksek Eyalet Mahkemesi bu içtihadında, uyumsuzluğa konu olan ortaklığın aslında bir iç ortaklık olduğuna, iç ortaklıklara – ilke olarak- BGB § 737 hükmünün uygulanamayacağına, dolayısıyla burada ortaklıklar hukukunun genel düzenlemelerinin (BGB § 723 III) geçerli olacağına hükmetmiştir.

sonucunu beraberinde getirir. Hatta dış ortağın ortaklık ilişkisini haklı sebeple feshedip, böylelikle, şahsında haklı sebep yaratan ortağa ayrılma payı ödemesi pekâlâ mümkün olabilir³⁹⁸.

Bizce daha isabetli bir görüşe göre ise, haklı sebeple çıkarma kurumu hiç değilse *birden fazla iç ortağı bünyesinde barındıran* iç ortaklıklarda uygulanabilir. Çünkü bu tür iç ortaklıklarda, diğer ortakların, ilgili ortağı çıkarıp ortaklığı sürdürmede haklı menfaatleri bulunmaktadır³⁹⁹. Dış ortağın şahsında haklı sebep gerçekleştiği takdirde ise, dış ortak olmaksızın ortaklığın varlığını sürdürmesi mümkün görünmemektedir⁴⁰⁰. İç ortaklığın tek bir iç ortağı varsa, dış ortağın ortaklığı haklı sebeple feshetmesi, çıkarma ile aynı etkileri yaratır⁴⁰¹.

b.İsviçre- Türk Hukukunda

İsviçre hukukunda ise, esasen haklı sebeple çıkarma ekseninde çok derin görüş ayrılıklarına rastlanmamaktadır. Hâkim görüş, ancak ortaklık sözleşmesiyle düzenlendiği takdirde haklı sebeple çıkarmaya cevaz verileceğini öne sürmektedir. *Siegart*'ın, kollektif ortaklıkta haklı sebeple çıkarma davasına ilişkin düzenlemenin (OR Art.577) belirli adi ortaklıklara uygulanabilmesine olanak sağlayan tezini ortaya atarken, özellikle gizli ortaklık yapılanmasından esinlenmiş olabileceği de savunulmaktadır⁴⁰².

Bilgili'ye göre, gizli ortaklıkta ticari işletme aktif ortak tarafından işletildiğine göre, gizli ortaklık sona erdiğinde ticari işletmenin kendisi değil, yalnızca gizli ortaklık tasfiye edilecektir. Gizli ortak, tasfiye sonunda uzlaşma akçesi (yazar burada ayrılma payını kast ediyor) alacaktır. Ayrılma payının belirlenmesi için ise bizzat ticari işletme

³⁹⁸ Bu görüş için bk. **Grosskommentar der Praxis, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes**, 12.Aufl, Berlin, 1974 (Anılış: BGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı), BGB § 737, Rz. 3.

³⁹⁹ Bu görüş için bk. MüKo/Schäfer, BGB § 737, Rn. 5; Harm Peter Westermann (Hrsg), **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 14. Aufl, Köln, 2014 (Anılış: Erman/ilgili bölüm yazarı), BGB § 737, Rz. 2; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 2; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 3; Julius von Staudinger, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 13. Aufl, Berlin, 2003 (Anılış: Staudinger/ilgili bölüm yazarı), BGB § 737, Rz. 3; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 737, Rz. 1; Michael Zwanzger, **Der mehrseitige Vertrag- Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen**, Tübingen, 2013, s. 376. Benzer yönde bk. **Bilgili**, s. 151.

⁴⁰⁰ Bu hususta bk. MüKo/Schäfer, BGB § 737, Rn. 5. Dış ortağın (*Aussengesellschafter*) çıkarılmasının mümkün olmadığı yönünde bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 737, Rz. 1.

⁴⁰¹ Bu hususta bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 737, Rz. 1.

⁴⁰² Bu hususta bk. **Bilgili**, s. 150.

tasfiye edilmemekte, sadece hesaplama için değeri dikkate alınmaktadır. Ticari işletme bizzat tasfiye edilmediğine göre, gizli ortaklıklar için istisna oluşturma ihtiyacı bulunmamaktadır. Dolayısıyla OR Art. 577, bu tür adi ortaklıklara uygulanmayacaktır⁴⁰³.

5. Tasfiye Aşamasındaki Bir Adi Ortaklıktan Çıkarılma Mümkün müdür?

Tasfiye aşamasına girmiş bir adi ortaklıkta ortaklığın amacı değişmiş ve kar elde edip paylaşırma amacı, yerini tasfiye işlemlerinin tamamlanması amacına bırakmıştır. Alman öğretisinde, tasfiye aşamasına girmiş bir adi ortaklıktan çıkarılmanın mümkün olduğu savı ileri sürülmektedir⁴⁰⁴. Önceki hâkim yaklaşım, ortağın tasfiye aşamasında çıkarılmasına sınırsız şekilde cevaz verme taraftarıydı⁴⁰⁵. *Schäfer* bu görüşe, ortaklığın sona erdiği ve dolayısıyla ortaklık amacının değiştiiği hususlarının hesaba katılması kaydıyla katılmaktadır⁴⁰⁶. Ortak, tasfiyenin kendisiyle devamını diğer ortaklar bakımından katlanılamaz hale getiriyor veya tasfiyenin gerektiği gibi icrasını önemli ölçüde tehlikeye sokuyorsa, ortaklıktan çıkarılabilir. Bu tür durumlarla karşılaşma olasılığı ise son derece düşüktür⁴⁰⁷.

Ancak, diğer ortakların ortaklık ilişkisini devam ettirmeye hazır oldukları hallerde, şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın ortaklıktan çıkarılması mümkündür⁴⁰⁸. Burada güdülen amaç, ortaklığın devamına engel olan ortağın uzaklaştırılmasıdır⁴⁰⁹. Diğer ortaklardan birinin devam kararına rıza göstermekten kaçınması, ortaklık bir hakkın (oy hakkı) meşru zeminde kullanılması anlamını taşıyıp, bu ortağın şahsında çıkarılma sebebi yaratmaz⁴¹⁰.

⁴⁰³ Bk. **Bilgili**, s. 151.

⁴⁰⁴ Bu hususta bk. **Jauernig/Stürner**, BGB § 737, Rn. 9; **Hensler/Strohn/Kilian**, BGB § 737, Rn. 10.

⁴⁰⁵ Bu hususta bk. **BGB-RGRK/von Gamm**, BGB § 737, Rz. 1; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 1; **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 10.

⁴⁰⁶ Nitekim bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 10. Yazarla benzer doğrultuda bk. **Hueck**, OHG, s. 441; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 1; **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 158.

⁴⁰⁷ Bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 10. Benzer açıdan bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 4; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 3.

⁴⁰⁸ Bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 11.

⁴⁰⁹ Böylece tasfiye aşamasındaki ortaklık, yeniden aktif bir ortaklığa dönüşebilecektir. Bk. **Hueck**, OHG, s. 441. Sona ermiş bir ortaklığın devamına engel olan ortağa, ortaklığın devamına iştirak etme veya ortaklıktan çıkarılmaya katlanma şeklinde seçim hakkı tanınabileceği yönünde bk. **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 2.

⁴¹⁰ Bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 11.

Haklı sebepler, ortak tarafından ortaklığın tasfiyeye girmesinden sonra yaratılmış veya diğer ortaklarca bu aşamada öğrenilmiş olabilir. Ortaklık tasfiye aşamasına girdikten sonra, uğranılan zararların asıl nedeninin yönetici ortağın zimmetine para geçirmesi olduğu ortaya çıkmıştır⁴¹¹.

Yine, tasfiye halindeki bir ortaklıkta, haklı sebebin ortadan kaldırılması için çoğu zaman tasfiye memuru sıfatına sahip bir ortağın yetkilerinin kısıtlanması veya geri alınması yeterli olacaktır⁴¹². Buna karşılık, tasfiye halindeki bir ortaklıkta çıkarma hakkının kullanılmasının azami sınırını, tasfiyenin tamamlanması oluşturmaktadır⁴¹³. Keza, tasfiyenin kapatılmasıyla ortaklığın hukuki varlığı son bulur.

6. Haklı Sebep Çıkarmanın Maddi Koşulu: Haklı Bir Sebebin Varlığı

a. Haklı Sebep Kavramı ve Bu Kavramın Nispiyeti

Haklı sebep, ilgili ortağın ortaklıkta kalmasını diğer ortaklar bakımından katlanılamaz kılan olgu veya durumlardır. Diğer bir deyişle, ortaklık ilişkisinin ilgili ortakla sürdürülmesi artık olanaksız hale gelmiş olmalıdır⁴¹⁴. Haklı sebep kavramının kesin bir tanımının yapılması düşünülemez, çünkü bu kavram somut olayın özelliklerine göre değişken bir yapıdadır⁴¹⁵.

Adi ortaklıkta bir ortağın çıkarılması için gerekli haklı sebepler, ortaklığın fiili yapısına⁴¹⁶, ortaklar arası ilişkilere, ortaklığın piyasadaki itibarına, ortak sayısına⁴¹⁷,

⁴¹¹ Bk. **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 157; Adelbert Düringer ve Max Hachenburg (Hrsg.). **Handelsgesetzbuch §§ 105- 177**, Mannheim, 1930, (Anlış: Düringer/Hachenburg/Flechtheim), § 140 HGB, Anm. 11.

⁴¹² Bk. **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 158. Ortağın tasfiye memurluğu görevinden alınması, uyumsuzluğu gidermeye yetmiyorsa ortaklıktan çıkarılma gündeme gelecektir. Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 4.

⁴¹³ Kollektif ortaklık açısından bu yönde bk. **Wieland**, s. 716, dpn.9; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 266; **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 158

⁴¹⁴ Nitekim bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 5.

⁴¹⁵ Haklı sebep kavramının belirsiz bir hukuki kavram olduğu yönünde bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 13. Bu hususta dolaylı olarak bk. Wolfgang Stauf, **Der Wichtige Grund bei personengesellschaftlichen Auflösungs- Ausschliessungsklage – Eine Untersuchung zu dem Tatbestandsmerkmal “wichtiger Grund” in den §§ 133, 140, 142 HGB-**, Göttingen, 1980, s. 16.

⁴¹⁶ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 8.

⁴¹⁷ Ortak sayısı fazla ortaklıklarda, çıkarma kurumuna daha seyrek rastlandığı hususunda bk. Barbara Grunewald, **Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein**, Köln Berlin Bonn München, 1987, s. 68 (Anlış: Ausschluss).

ortaklara duyulan güvene, ortaklığın finansal durumuna vb. pek çok faktöre⁴¹⁸ bağlı olarak farklılık gösterebilir.

Kısacası, bir adi ortaklıkta ortağın çıkarılmasına yol açan haklı sebepler, başka bir adi ortaklık ortağının çıkarılması sonucunu doğurmayabilir.

b. Haklı Sebeplerin Sınıflandırılması: Bir Ortağın Davranışına Dayanan ve Dayanmayan Haklı Sebepler

aa. Bir Ortağın Davranışına Dayanan Haklı Sebepler (*verhaltensbezogene wichtige Gründe*)

aaa. Ortaksal Yükümlülüklerin İhlali

Bir ortağın, kendisine ortaklık sözleşmesiyle yüklenen temel yükümlülüklerini ihlal etmesi, şahsında haklı sebep doğmasına yol açabilir⁴¹⁹. Ortaksal yükümlülüklerin ihlali geniş bir kapsamda düşünülmelidir. Örneğin, bir ortağın sermaye koyma payı borcunu ifa etmemesi veya bu borcun ifasında temerrüde düşmesi, onun çıkarılması için haklı sebep oluşturabilir⁴²⁰. Keza sermaye koyma borcu, ortağın asli edim yükümlülüklerinden biridir.

Ortağın ortaksal yükümlülükleri ihlali, genellikle kusurlu bir davranışa dayanır⁴²¹. Gerçekten, BGB § 737, BGB § 723'e yollama yapmak suretiyle (aynı şekilde HGB § 140- §133, TTK 245/1.b⁴²²- TTK 255/1 bağlantıları), bir ortağın kendisine düşen yükümlülükleri *kasten* veya *ağır ihmâl* neticesinde ifa etmemesini çıkarma sebebi olarak gördüğünü açıkça ortaya koymuştur. Burada belirtilen *kast ve ağır ihmâl*

⁴¹⁸ *Grunewald*, çıkarma hakkının, adi ortaklığın izlediği hedefle bağlantılı olduğu kanısındadır. Yani, hangi hedefin belirlendiğine göre, tamamen farklı davranış biçimlerinin çıkarılmaya yol açması muhtemeldir. Bk. *Grunewald*, *Ausschluss*, s. 62.

⁴¹⁹ Nitekim bk. *Heymann/Emmerich*, HGB § 140, Rz. 19.

⁴²⁰ Bu hususta bk. Aynur Yongalık, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 87- 88 (Anılış: Sermaye Payı); *Şener*, *Adi Ortaklık*, s. 219. Kollektif ortaklık için aynı yönde bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 140, Rz. 30; Bernhard Hartmann, *Der Ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis*, 4. Aufl, Köln, 1983, s. 19.

⁴²¹ Davranışa dayanan haklı sebeplerin, ortaksal yükümlülüklerin kusurlu olarak ihlalinden kaynaklandığı hususunda bk. *Soergel/Hadding/Kießling*, BGB § 737, Rz. 8.

⁴²² TTK m. 245/1.b hükmünde her ne kadar “*ortağın kendisine düşen asli yükümlülükleri ifa etmemesi*” ifadesine yer verilmişse de sözü edilen asli yükümlülük kavramına *katılma payı borcunun* girdiği muhakkaktır.

terimleri, kusurun en yoğun düzeyini ifade eden *ağır kusur* kavramı içine girmektedir. Demek ki kanun koyucular, ortağın ortaksal yükümleri çoğu zaman kusurlu bir davranışla ihlal ettiği düşüncesinden hareket etmişlerdir. Elbette kanun koyucuların söz konusu tutumu, yükümlülük ihlalleri bakımından mutlaka kusurun varlığının aranacağı anlamına gelmez. Ortak, pekâlâ hiçbir kusuru olmaksızın dahi ortaksal bir yükümü ihlal edebilir.

Yükümlülük ihlallerine başlıca örnekler: Yönetim ve temsil yükümünün ihlali, bir ortağın defter tutma yükümünü ifadan kaçınması, yıllık gelir tablolarının düzenlenmemesi (ticari işletme işleten adi ortaklıkta bilanço düzenlenmemesi), yönetim yetkisine iç ilişkide getirilen sınırlamalara uyulmaması⁴²³, ortaklığa yabancı menfaatlerin izlenmesi⁴²⁴, yönetim yetkisinin ortaklığın zararına olacak şekilde kötüye kullanılması ki bu kötüye kullanma, genellikle ortaklık malvarlığının içinin boşaltılması suretiyle gerçekleştirilir⁴²⁵.

Yükümlülük ihlali denildiğinde akla ilk gelen örneklerden biri de hiç kuşkusuz sadakat yükümüne (*Treupflicht*) aykırı hareket tarzıdır. Sadakat yükümü, kaynağını esasen MK 2'deki dürüstlük kuralı (*Treu und Glauben*) ndan alan ve özellikle şahıs ortaklıklarında daha geniş uygulama alanı bulan bir yükümlülüktür. Sadakat yükümü – özü itibarıyla- ortağın kendi menfaatlerini (kişisel çıkarlarını), ortaklık menfaatlerinin arkasında tutması gerektiğini buyurur. Sadakat yükümü özellikle ortaksal hakların kullanımında rol oynamaktadır. Keza, sadakat yükümü ortaksal hakların kullanılmasına belirli sınırlar çizer. Örneğin, denetleme hakkının sadakat yükümüne uygun olarak kullanılması icap eder. Bu hakkın kullanılması esnasında ortaklığın menfaatini ikinci plana atan ortağın haklı sebeple çıkarılması gündeme gelebilir. Yine, rekabet yasağında da sadakat yükümünün izlerine rastlanır. Rekabet yasağını sürekli ihlal eden bir ortak, aslında sadakat yükümünü ihlal ediyor demektir. Görüldüğü üzere, sadakat yükümüne aykırılık geniş bir yelpazede karşımıza çıkmaktadır. Ancak, ortağın her durumda ortaklık menfaatlerini ön planda tutma zorunluluğundan söz edilemez. Bilhassa mali haklar söz konusu olduğunda, ortağın

⁴²³ Örneğin her bir yönetici ortağın görev ve yetki alanı net çizgilerle belirlenmişse, burada bir sınırlamadan söz edilebilir. Bu tip olasılıklarda, bir yönetici ortağın, diğerinin görev ve yetki alanına girmesi yükümlülük ihlali çerçevesinde değerlendirilebilir.

⁴²⁴ Buraya kadarki örnekler için bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 9.

⁴²⁵ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 31.

kendi menfaatlerini ön planda tutması oldukça normaldir. Örneğin, kâr payı veya yönetici ortağa ödenecek ücrette olduğu gibi. Ayrılma payı açısından ise, ortağın vade anlaşmalarına veya taksitle ödemeye katlanması sadakat yükümüne değil, olsa olsa dürüstlük kuralına dayandırılabilir⁴²⁶. Zira, ortaklık sıfatının sona ermesiyle birlikte sadakat yükümü de ortadan kalkmıştır.

Yükümlülük ihlallerine diğer örnekler: Yönetici ortağın sürekli olarak başına buyruk hareket etmesi, üçüncü kişilerle ortaklığın zararına yapılan muvazaalı işlemler, sözleşmeyle öngörülmüş olmasına rağmen diğer ortakların rızalarının alınmasından sürekli olarak kaçınılması, ortaklık kasasından sağlanan haksız kazançların örtbas edilmesi için defterlerin yanlış veya eksik tutulması, itiraz hakkının (*Widerspruchsrecht*) sürekli olarak kötüye kullanılması, çalışanların işletme sırlarını ifşa etmeleri amacıyla ayartılması, diğer ortaklara karşı onur kırıcı davranışlar sergilenmesi (hakaret veya iftira gibi), yine diğer ortaklara zarar vermek kastıyla onlara karşı iflas talebinde bulunulması, diğer ortaklara karşı suç işlenmesi veya ahlaka aykırı davranışlarda bulunulması⁴²⁷ vb.

bbb. Bir Ortağın Özel Alanını (*Privatsphäre*) İlgilendiren Haklı Sebepler

Bir ortağın, kendi özel alanında gerçekleştirdiği davranışlar, normal şartlarda haklı sebep teşkil etmez. Çünkü, ortağın özel hayatı – kural olarak- ortaklığı veya diğer ortakları ilgilendirmez. Ne var ki, bu ilke mutlak bir nitelik arz etmemektedir. Ortağın özel yaşamında sergilediği yanlış tutum veya davranışlar, somut olayın verileri dikkate alındığında haklı sebep oluşturabilir. İşte böyle durumlarda, hukuk ve özel hayat iç içe geçmektedir⁴²⁸. Özellikle aile tipi adi ortaklıklarda ortağın özel yaşamına dikkat etmesi gerekir⁴²⁹. Aksi takdirde ortaklığın ticari itibarının (*Ruf*) zedelenmesi kaçınılmazdır. Bir ortağın, üyesi olduğu ortaklığın manevi değerleri ile çelişen hareketleri, ortaklık

⁴²⁶ Zira ortaklığın mali gücünün, ayrılma payının tek seferde (*einmalig*) ödenmesi için yeterli olmamasına rağmen, ayrılan ortağın peşin ödeme talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Ortaklığın bu durumu, genellikle ayrılma bilançosu düzenlenmesi suretiyle ortaya konulabilir. Kuşkusuz, geçmiş yıllara ait gelir tabloları da ortaklığın finansal durumuna ışık tutabilir.

⁴²⁷ Tüm bu örnekler için bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 19a.

⁴²⁸ Nitekim bk. Walter F Lindacher, "Ehebruch und Gesellschaftsrecht – Gesellschaftliche Bindung des Privatlebens", **NJW**, S. 27, 1973, s. 1169 (Anılış: Ehebruch).

⁴²⁹ Diğer ortaklardan birinin eşiyle gerçekleştirilen zina eylemi, ortağın çıkarılmasını haklı gösterebilir. Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 38.

ilişkisi için önem taşıyan güven zemininin sarsılmasına neden olabilir. Böylece, aslında *kendi özel alanı içinde* hatalı davranışlar sergileyen ortağın ortaklıktan çıkarılması gündeme gelecektir.

Alman Federal Mahkemesi'nin, adi komandit ortaklığa ilişkin bir kararı, bir ortağın özel alanını ilgilendiren haklı sebeplere ışık tutması bakımından önemlidir⁴³⁰: Federal Mahkeme, komanditer ortağın çıkarılması istemiyle açılan davayı kabul etmiştir. Keza sözü edilen ortak (komanditer), komandite ortağın kızı ile olan evliliğini zina sebebiyle yürütememiştir. Kuşkusuz burada, komanditer ortağın evliliğe aykırı davranışının (*ehewidriges Verhalten*) ortaklar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde zedelediği sorusu sorulmalıdır. Zira güven ilişkisi her bir ortaklık ilişkisinin temelini oluşturduğundan; onun ortadan kalktığı hallerde, ortaklığın ekonomik kayıplara uğrayıp uğramadığı meselesinden bağımsız olarak, haklı sebebin meydana geldiği kabul edilmelidir⁴³¹.

Federal Mahkeme, zinanın ortaklığın sona ermesini haklı kıldığı olasılıklarda, zina yapan ortağın şahsında çıkarılması için haklı sebep gerçekleştiği kanaatindedir. Diğer ortaklar, ilgili ortağın çıkarılmasının kendisi açısından katlanılamaz görüldüğü bazı özel durumlarda çıkarma hakkını kullanamazlar⁴³².

Lindacher, Federal Mahkeme'nin bu kararını eleştiriye açık görmektedir. Keza yazara göre Federal Mahkeme'nin dayandığı temel nokta, *işlem temeli* argümanıdır. Federal Mahkeme, bir aile ortaklığına kabul edilen damadın (*Schwiegersohn*), eşini aldatmasından ötürü aileye yeniden yabancı (*familienfremd*) bir kimse konumuna geldiğine ve bu durumun, onun ortaklığa aidiyeti için gerekli işlem temelini ortadan kaldırdığına hükmetmiştir. Aile ortaklığının her bir üyesi, evliliğin sona ermesi ile ortağın davranışı arasında bir bağlantı mevcutsa ve ilgili ortağın ortaklık içinde korunmaya değer bir pozisyonu⁴³³ bulunmuyorsa çıkarma davası açabilmelidir⁴³⁴.

Federal Mahkeme'nin kanaatine göre, bir ortağın özel alanındaki hatalı davranışlarının haklı sebep oluşturabilmesi, onun diğer ortakların kişisel yaşam

⁴³⁰ Bk. BGH, 9. 11. 1972, II ZR 30/70, NJW 72, 92. Kararın yorumu için bk. **Lindacher**, Ehebruch, s. 1169 vd.

⁴³¹ Bu hususta bk. **Lindacher**, Ehebruch, s. 1169. Benzer açıdan bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 38.

⁴³² Bk. **Lindacher**, Ehebruch, s. 1169.

⁴³³ Korunmaya değer pozisyondan kasıt, ilgili ortağın, ortaklığın iş ve yatırımlarına doğrudan etki edebilecek, ortaklığı yönlendirebilecek bir statüye sahip olmasıdır.

⁴³⁴ Bk. **Lindacher**, Ehebruch, s. 1169.

alanlarını doğrudan doğruya hedef almasına veya özel birtakım sebeplerle ortaklığı ticari bakımdan etkilemesine bağlıdır. Örneğin ortağın hatalı davranışının, ortaklığın belirgin bir zarara uğramasına yol açmasında olduğu gibi. Federal Mahkeme diğer hallerde ise, özel alanda işlenen fiiller yüzünden ortakların “cezalandırılmaması gerektiği” argümanına dayanmıştır. Ancak *Lindacher*, Federal Mahkeme’nin haklı sebebi bu şekilde sınırlayan yaklaşımını ikna edici bulmamaktadır. Burada belirleyici olan husus, ortağın hatalı davranışının- somut olayın bütün verileri incelendiğinde-, karşılıklı güven zeminini zedeleyip zedelediğidir. Bu güven temeli ki, şahıs ortaklıklarının olmazsa olmaz bir unsurudur. Federal Mahkeme’nin, ortağın “cezalandırıldığı” yönündeki düşünce tarzı de isabet taşımamaktadır, zira ilgili ortak, hatasından ötürü değil, ortaklar arasındaki güven ilişkisini sarstığı ve artık ortaklığın kendisiyle devamı mümkün olmadığı için çıkarılmaktadır. Bu tip durumlarda, ortaklıklar hukuku ile özel alan birbirinden ayrılamaz⁴³⁵!

ccc. Ortaksal Hakların Kullanılması Haklı Sebep Teşkil Eder mi?

Ortaklık ilişkisinden kaynaklanan hakların kullanılması elbette – ilke olarak- haklı sebep oluşturmaz. Zira bu tür haklar ortağa, ortaklık sıfatını taşıdığı için bahşedilmiştir. Ne var ki bu esasa, belirli hallerde istisna getirilebilir. Özellikle dürüstlük kuralı (MK 2- BGB § 242), bu bağlamda ayrı bir önem kazanır. Bir yönetici ortağın sırf kişisel düşmanlığı veya kini nedeniyle, alınan yönetim tedbirlerine devamlı itiraz ederek onların icra edilmelerini engellemesi; yine bir ortağın ortaklığı işleyemez duruma getirmek amacıyla ortaklığa karşı sık sık dava açması, ortaksal hakların kötüye kullanılmasına örnek teşkil eder. Böyle hallerde, ilgili ortağın şahsında haklı sebep doğduğu söylenebilir. Görüldüğü üzere dürüstlük kuralı, özel hukukla ilgili diğer bütün haklarda olduğu gibi ortaksal hakların kullanımını bakımından da bazı sınırlar çizmektedir.

⁴³⁵ Nitekim bu hususta isabetle bk. *Lindacher*, Ehebruch, s. 1169- 1170.

bb. Diğer Haklı Sebep Halleri

Ortakların, ortaklığa getirdikleri işletmelerin değerleri konusunda yanılığa düşmüş olduklarının sonradan ortaya çıkması halinde *işlem temeli* ortadan kalkabilir. Ancak bu durum, bir ortağın çıkarılmasını değil, ortaklık sözleşmesinin uyarlanmasını veya ortaklığın sona ermesini gerektirir. İşlem temelini bir ortakla ilgili olarak sürekli aksamaması da çıkarılma sebebi olarak akla gelebilir. Yine, ortaklığa yalnızca inanılan (*Treuhänder*) olarak kabul edilen bir kimsenin, inançlı işlem ilişkisi kalktıktan sonra çıkarılması mümkündür. Bir ortağın kişisel nitelikleri, ancak istisnai hallerde çıkarılmayı haklı gösterebilir. Hatta öyle ki, akıl hastalığı dahi genel bir çıkarma sebebi olarak benimsenmemektedir. Bir ortağı zamana bağlı olarak politik açıdan itibarsızlaştıran bazı özellikleri de körü körüne çıkarma sebebi olarak kabul edilemez.⁴³⁶

Bir ortağın mali ilişkileri de ortaklıktan çıkarılmasını haklı kılabilir. Bir ortağın üçüncü kişilere olan borçları, ortaklık malvarlığının kilitlenmesine yol açtığı takdirde, bunun çıkarmayı haklı kılıp kılmadığının belirlenmesinde, borç miktarının düşüklüğü ve malvarlığına yönelik yeni başvuruların söz konusu olup olmadığı (*Zugriff*) kriterleri ölçü alınabilir. Masa yokluğu nedeniyle iflas talebinin reddedilmesi ise, borçlu ortağın çıkarılması açısından yeterlidir⁴³⁷.

c.Haklı Sebebin, Çıkarma Kararı Hüküm Doğuruncaya Kadar Devam Etmesi Zorunluluğu

Ortaklıktan çıkarılması istenen ortağın şahsında doğan haklı sebebin, çıkarma işleminin hüküm ifade edeceği ana kadar devam etmesi şarttır. Aksi takdirde, alınan çıkarma kararı hukuka aykırı bir niteliğe bürünür. Örneğin, hakkında iflas davası açılan bir ortağın çıkarılması amacıyla yapılan toplantının hemen öncesinde, borçlu ortağın, borçlarını ödeyerek davanın düşmesini sağlaması durumunda, haklı sebebin ortadan kalktığı şüphesizdir. Buna rağmen alınan bir kararın geçersizliği, tespit davası yoluyla her zaman ileri sürülebilir.

⁴³⁶ Bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 140, Rz. 40- 41.

⁴³⁷ Bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 140, Rz. 42.

d.Haklı Sebebin Tespitinde Kusurun Rolü

Haklı sebebe dayanılarak çıkarılacak ortağın kusurlu olması gerekmez⁴³⁸. Ortak, haklı sebebin gerçekleşmesinde genellikle kusurlu olmakla birlikte; ortağın herhangi bir kusurunun bulunmaması, şahsında haklı sebep meydana gelmesine engel teşkil etmez. Kusur, daha ziyade tazminat istemi bakımından rol oynar. Ortakların birlikte kusurlu oldukları hallerde ise, daha az kusurlu olan ortak, kusuru daha fazla olan ortağın çıkarılmasına ilişkin toplantıda oy kullanabilir⁴³⁹. Tersine bir olasılık ise mümkün değildir, keza bu, kusuru daha fazla olan ortağın ödüllendirilmesi ile eşdeğerdir. Kusurun bir diğer fonksiyonu, haklı sebebin yoğunluk derecesini artırmasıdır. Yani kusur, haklı sebebin belki de en önemli unsurunu oluşturan “çekilemezlik” unsurunu güçlendirmektedir. Dolayısıyla, haklı sebebin gerçekleşmesinde kusuru bulunan ortağın çıkarılması, kusuru olmayan ortağa nispeten daha kolaydır. Kusur, kast ve ağır ihmâl (ağır kusur) ile hafif ihmâlden oluşmaktadır. Kusurlu haklı sebebe örnek olarak, bir ortağın, ortaklık kasasını kendi kasası gibi kullanması gösterilebilir.

e.Çıkarma Kararı Hüküm İfade Edinceye Değın İlgili Ortağın Ortaklık Sıfatını Muhafaza Etmesi Şarttır

Haklı sebeple çıkarılacak ortağın, çıkarma kararı hüküm ve sonuç doğuruncaya kadar ortak sıfatını devam ettirmesi zorunludur⁴⁴⁰. Aksi takdirde, alınan çıkarma kararı hiçbir hukuki etki yaratmaz. Örneğın, ortaklık defterlerini yanlış veya eksik tuttuğu gerekçesiyle çıkarılmak istenen bir ortağın, çıkarma kararı alınmasından sonra, fakat çıkarma bildirimının kendisine ulaşmasından önce, çıkma hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılması olasılığında, alınan çıkarma kararı hükümden düşer⁴⁴¹. Yine

⁴³⁸ Bk. **Grunewald**, Ausschluss, s. 75; **Wieland**, s. 716; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 267.

⁴³⁹ Nitekim çıkarılacak ortağın kusurunun daha baskın olması gerektiği yönünde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 737, Rn. 8.

⁴⁴⁰ Çıkarılacak ortağın, adi ortaklığın halen üyesi olması gerektiği yönünde bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 2.

⁴⁴¹ Kollektif ortaklıkta haklı sebeple çıkarma davası sürerken, davalı ortağın ortaklıktan ayrılması neticesinde hukuki uyuşmazlığın (*Rechtsstreit*) sona ereceği yönünde bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 8. Zira yazarın da vurguladığı üzere, ortaklık içi huzuru bozan ortağı ortaklıktan uzaklaştırma hedefine ulaşılmıştır.

çıkartılacak ortağın ölümü halinde, ölen ortak ortaklıktan otomatik olarak ayrıldığından, çıkarma kararının alınması olanaksızlaşır. Karar alınmış ancak ilgili ortağa bildirilmemişse, alınan karar aynı şekilde hükümden düşer.

Aynı şekilde, ortağın ortaklık payını üçüncü kişiye devrettiği veya payın miras yoluyla intikal ettiği hallerde, devreden şahsında doğan haklı sebebin devralana veya mirasçıya yüklenmesi mümkün değildir⁴⁴².

f.Haklı Sebep ile Çıkarma Hakkının Taliliği (İkincil Niteliği- *Subsidiarität*)

Çıkarma, ilgili ortağın ortaklık statüsüne yapılan keskin ve ağır bir müdahale olması nedeniyle, ancak son planda akla gelmesi gereken bir hukuki çaredir⁴⁴³. Ortakların, diğer bütün çareleri⁴⁴⁴ tüketmesine rağmen ortaklık için huzur yeniden inşa edilememişse, ancak bu takdirde çıkarma hakkı kullanılmalıdır. Örneğin, bir ortağın yönetim ve temsil yetkisinin elinden alınması ortaklık için uyuşmazlığı gidermeye yetiyorsa, çıkarma yaptırımının uygulanması talilik prensibinin ihlali anlamına gelecektir⁴⁴⁵. Kanımca bu tip durumlarda, çıkarılan ortak, alınan kararın hukuka aykırılığını gerekçe göstererek kararın iptalini dava edebilir.

Çıkarmanın taliliği, sürekli hukuki ilişkilerin haklı sebeple sona erdirilmesinin “son çare (ultima ratio)” olduğu yolundaki genel hukuk ilkesiyle de uyumludur⁴⁴⁶. Fesih ve çıkarma, sürekli borç ilişkisi olan ortaklıkta aynı fonksiyonu görmektedir: Her iki hak da, işlem temelinde (*Geschäftsgrundlage*) meydana gelen aksaklığın (*Störung*) giderilmesi amacıyla dönüktür. Bundan çıkarılacak sonuç, BGB 313/3’ün, BGB 723 ve BGB 737 karşısında genel hüküm niteliğine sahip olduğudur. Dolayısıyla, ortaklara öncelikle sözleşmenin uyarlanması (*Vertragsanpassung*) yönünde bir yükümlülük yüklenebilir⁴⁴⁷.

⁴⁴² Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 8.

⁴⁴³ Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 267.

⁴⁴⁴ Bir ortağın ortaklık konumunun gizli ortaklık statüsüne dönüştürülmesi de bu kapsamda (daha yumuşak tedbirler) düşünülebilir. Nitekim bk. **Hueck**, OHG, s. 440; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 10; **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 6.

⁴⁴⁵ Daha yumuşak çözüm sunma görevinin ilgili ortağa ait olduğu hususunda bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 10.

⁴⁴⁶ Krş. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 10; **Stauf**, s. 62; **Grunewald**, Ausschluss, s. 79. Yazarlara göre, çıkarmanın son çare olduğu prensibi ortaklıklar hukukundaki sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.

⁴⁴⁷ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 5.

Bir ortağın, sergilediği davranışlardan ötürü diğer ortaklar tarafından uyarıldığı durumlarda, uyarının haklı sebebi ortadan kaldırıcı bir işlev görüp görmediği somut olayın özelliklerine göre saptanır. Eğer, ortaklar arasındaki rahatsızlık uyarı ile giderilebiliyorsa, artık haklı sebebin varlığından söz etme olanağı kalmaz⁴⁴⁸. *Kiessling*, çıkarma hakkı ile fesih arasında talilik bulunmadığı kanaatindedir. Yazara göre ortaklığın feshi, devam kaydı ile ortaklığın devamı yönünde bir irade ortaya koyan ortakların serbest iradelerine bağlıdır⁴⁴⁹.

g.Somut Olayın Bütün Verilerinin Dikkate Alınması Zorunluluğu

Haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, somut olayın tüm koşullarının dikkate alınması icap eder⁴⁵⁰. İlgili ortağın yalnızca hatalı davranışları değil, aynı zamanda ortaklık için yaptığı hizmetler, ortaklığa vermiş olduğu katkılar da haklı sebebin takdirinde göz önünde bulundurulması gereken olgulardır. Yine bir ortağın ortaklıktaki katılımının süresi, büyüklüğü⁴⁵¹, yaş ve sağlık durumu, ayrılma payına ilişkin düzenlemelerin türü de aynı şekilde dikkate alınmalıdır⁴⁵².

Şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın ayrılma payında kesintiye gidilmesi, kanaatimizce eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil eder. Çünkü hangi sebeple ortaklıktan ayrıldığı önem taşımaksızın her bir ortağa- TBK m. 634 (BGB § 738) uyarınca – kural olarak- katılımının (*Beteiligung*) tam değerine uygun ayrılma payı ödenmesi gerekir. Bir ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması, ayrılma payında yapılan indirimi haklı kılmaz⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Bk. *Soergel/Hadding/Kiessling*, BGB § 737, Rz. 6.

⁴⁴⁹ Bk. *Soergel/Hadding/Kiessling*, BGB § 737, Rz. 6.

⁴⁵⁰ Bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 140, Rz.10; *Heymann/Emmerich*, HGB § 140, Rz.12. Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple sona erdirilmesi açısından bu doğrultuda bk. MüKo/*Gaier*, BGB § 314, Rn. 16; *Jauernig/Stadler*, BGB § 314, Rn. 5.

⁴⁵¹ Ortağın ortaklıktaki payının büyüklüğü, çıkarmanın hukuki etkilerinin ulaşabileceği boyutları göstermesi açısından dikkate değerdir. Ortaklık payı ne kadar büyük olursa, ilgili ortağın uğrayacağı hak kaybı o oranda fazla olacaktır. Bu konuda isabetle bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 140, Rz. 23.

⁴⁵² Bu hususta bk. *Heymann/Emmerich*, HGB § 140, Rz. 12.

⁴⁵³ Kendisine karşı haklı sebeple çıkarma davası yöneltilen ortağın aleyhine öngörülen ayrılma payı düzenlemelerinin, davacı ortağın zenginleşmesi anlamına geleceği, dolayısıyla bu tip çıkarma davalarının reddedilmesi gerektiği hususunda isabetle bk. *Heymann/Emmerich*, HGB § 140, Rz. 2.

Alman hukuk uygulaması, diğer ortakların, bir ortağın hatalı davranışlarına onay veren veya bu tür davranışlara göz yuman tutumlarının, haklı sebeple çıkarma hakkını kullanılamaz hale getirdiğini ortaya koymaktadır⁴⁵⁴.

h.Haklı Sebebin, İlgili Ortağın Şahsında Doğması Zorunludur

Çıkarma, ancak *ilgili ortağın şahsında* haklı bir sebebin meydana geldiği durumlarda mümkün olabilir. Kanun koyucu böylelikle, çıkarılma rizikosunu herhangi bir ortağa yüklemek istemediğini göstermektedir⁴⁵⁵. Bunun anlamı, haklı sebebin *ilgili ortağa yüklenebilmesi (Zurechnung)*dir⁴⁵⁶. Bir ortağa haklı sebep yüklenilemeyen olasılıklarda, çıkarma hakkı kullanılamaz.

Bu noktada, bir ortağın davranışına dayanan ve dayanmayan haklı sebepler olmak üzere ikili bir ayırım yapılmasında yarar vardır⁴⁵⁷. Davranışa dayalı olmayan haklı sebepler, bir ortağın şahsını ilgilendiren durum (*Zustand*)lardır. Örneğin, tedavisi olanaksız bir hastalığa yakalanma, düşman bir devletin tabiiyetinde olma vb. *Schmidt*'e göre asıl problem, davranışa dayalı haklı sebeplerde ortaya çıkmaktadır: Bir ortağın kendi davranışının, onun şahsına yüklenmesi bakımından kusur ne tek başına yeterli ne de zorunludur.

Bir ortağın selefinin (*Rechtsvorgänger*) davranışları, kural olarak ortağa yüklenemez⁴⁵⁸. Bununla birlikte halef, ayrılan ortağın hatalı davranışlarına iştirak ettiği takdirde, haklı sebep onun için de (halef) etki yaratacaktır. Yine, haklı sebebin ilgili ortağın şahsına bağlılığı, onun ölümü halinde çıkarma hakkının kullanılmasını olanaksız kılmaktadır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Kollektif ortaklıktaki haklı sebeple çıkarma davası bakımından bu yönde bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 13.

⁴⁵⁵ Bu hususta bk. **Grunewald**, Ausschluss, s. 72.

⁴⁵⁶ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 12.

⁴⁵⁷ Alman öğretisi tarafından da benimsenen bu ayırımın öncüsü değerli hukukçu *Karsten Schmidt*'tir. Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 29- 42. Yazarın kollektif ortaklıktaki çıkarma davası için yaptığı bu tasnif kanaatimizce son derece isabetli olup, çalışmamızda bu tasniften yararlanılmıştır.

⁴⁵⁸ Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 14; **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz.4. Miras bırakan ortağın davranışlarının, onun mirasçılara yüklenemeyeceği yönünde isabetle bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 11.

⁴⁵⁹ Haklı sebeple çıkarma davası sürerken, davalı ortağın (miras bırakan) ölmesi halinde davanın düşeceği yönünde bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 11; **Grunewald**, Ausschluss, s. 73. Davalının ölümüyle birlikte davanın konusuz hale geleceği yönünde ise bk. **Hueck**, OHG, s. 438.

Haklı sebebin, ilgili ortağın *şahsında* doğması bağlamında karşılaşılan bir diğer mesele, kanuni temsilcilerin davranışlarının ortağa yüklenip yüklenemeyeceğidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Zira kanuni temsilcilerin davranışı, ortağın kendi davranışı olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bir başka temsilci atanması yoluyla sorunun çözülmesi mümkün iken çıkarma hakkının kullanılması, çıkarmanın taliliği prensibine aykırılık oluşturur⁴⁶⁰. Aynı esaslar Alman öğretisinde, ortaklığa katılan bir tüzel kişinin organları için de geçerli sayılmaktadır⁴⁶¹.

Bir kanuni temsilcinin görevden alınması, ilgili ortağa gelecekte herhangi bir surette etki etme fırsatının ortadan kalktığı durumlarda kabul edilmektedir.

Yine, bir ortağa ortaksal yükümlülüklerinin ifasında yardımcı olan şahısların davranış veya tutumları, ortağa körü körüne yüklenemez. Yardımcı şahısların davranışlarının ortağa yüklenebilmesi, onların davranışlarının, ortağın ortaklıkta kalmasını çekilemez boyutlara ulaştırdığı olasılıklarda gündeme gelebilir⁴⁶².

Ortaklıklar hukukuna özgü *inanç ilişkisinde* ise (*Treuhandverhältnis*) temel ilke, inanılan (*Treuhänder*) kişinin, yani dışarıya karşı ortak olarak görünen kimsenin davranışlarının ölçü alınmasıdır⁴⁶³. Temel kural bu olmakla birlikte bazı hallerde, inanan (*Treugeber*) kişinin hatalı davranışları inanılana (ortağa) yüklenebilir. Özellikle, inanılanın yani ortağın, inananın yanlış davranışlarını gizlediği veya desteklediği durumlarda; inanılan kişinin şahsında da çıkarılması için haklı sebep doğduğu söylenebilir. İnanılan kişinin, ortaklık statüsünü yeniden inananı devrettiği hallerde, inananın, yukarıda belirttiğimiz hatalı tutumları kendisinin aleyhine değerlendirilebilir⁴⁶⁴. İnanan kişiye, ortaksal konumunu devrettiği (inanılana) zaman dilimi içinde haklı sebep yüklenebilmesi, onun, ortaklığın kaderine yön verebilecek bir pozisyonda olmasına bağlıdır⁴⁶⁵.

Son olarak, bir ortağın yakınlarının (*Verwandten, Angehörige*) davranışlarının, ortağa isnat edilip edilemeyeceği sorununa gelirse; kuşkusuz bu soruya – kural

⁴⁶⁰ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 15.

⁴⁶¹ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz.9; Harm Peter Westermann, “Die Ausschließungsklage gemäss 140 HGB- eine stumpfe Waffe?”, **NJW**, 1977, s. 2186 vd. Keza Alman hukukunda bir tüzel kişinin organları, kanuni temsilci olarak görülmektedir.

⁴⁶² Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 15.

⁴⁶³ Bu hususta bk. **Grunewald**, *Ausschluss*, s. 73; **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 10a.

⁴⁶⁴ Bk. **Grunewald**, *Ausschluss*, s. 73.

⁴⁶⁵ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 10a; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 7.

olarak- olumsuz yanıt verilmelidir⁴⁶⁶. Ortağın yakınlarının davranışları ilkesel olarak ortağa yüklenemez. Ortağın yakınlarının davranışlarından kaynaklanan riziko, ancak ortağın çıkarılması yoluyla giderilebiliyorsa durum farklıdır⁴⁶⁷.

Üçüncü kişilerin davranışları, ortağın, onların davranışlarını engellemediği veya davranışlarının üzerini örttüğü hallerde, ortağın kendisine de yüklenebilir⁴⁶⁸.

i.Ortaklık İlişkisinin İlgili Ortakla Sürdürülmesinin Olanaksız Hale Gelmesi (çekilemezlik unsuru)

Haklı sebebin kabulü için gerekli unsurların en önemlisi kanaatimizce “çekilemezlik” unsurudur. Zira, ortağın ortaklıkta kalması diğer ortaklar bakımından taşınması olanaksız bir yük haline gelmediği sürece, ortağın ortaklıktan çıkarılması düşünülemez. Bu perspektiften bakıldığında, çekilemezlik faktörünün, haklı sebep kavramının içini dolduran temel unsur olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ortağın ortaklık içinde yarattığı gerilim, ihlal ettiği ortaksal yükümlülükler ne kadar ağır olursa olsun, onun ortaklıkta kalışı diğer ortaklar nezdinde problem teşkil etmedikçe haklı sebebin varlığından söz edilemeyecektir.

Çekilemezlik (katlanılamazlık); ortaklık ilişkisinin ilgili ortakla sürdürülmesinin diğer ortaklardan artık beklenememesi anlamına gelmektedir. Çekilemezliğin kabulü açısından, somut olayın tüm koşullarının kapsamlı şekilde ele alınması gerekir. Ortaklık ilişkisinin ilgili ortakla devamının çekilemez hale gelmesi, ortağın davranışlarından ötürü ortaklığın mutlaka zarara uğraması demek değildir. Ortak amacın izlenmesinin *tehlikeye girmesi* yeterlidir. Bunun için de, ortağın şahsına dayanan bir durumun gerçekleşmesi icap eder. Katlanılabilirlik sınırı aşılmadıkça, ortağın ortaklıktan çıkarılması olanaklı değildir. Zira son tahlilde, çıkarma, ilgili ortağı cezalandırma ve diğer ortakları zenginleştirme amacı gütmeyiz. Asıl amaç, ortaklığı muhtemel bir zarar rizikosuna karşı koruma altına almaktır⁴⁶⁹. Bununla birlikte,

⁴⁶⁶ Bu soruya verilecek yanıtın somut olaya göre değişebileceği hususunda bk. **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 4.

⁴⁶⁷ Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 10; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 17; **Grunewald**, Ausschluss, s. 72 vd.

⁴⁶⁸ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 17.

⁴⁶⁹ Bu yönde isabetle bk. **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 3.

ortaklığın uğradığı zararlar ne kadar büyükse, somut olayda haklı sebepten bahsetme ihtimali o kadar yüksek olacaktır⁴⁷⁰.

j. Haklı Sebep ile Çıkarma Hakkının Feragat ve Hak Düşümü Yoluyla Sona Ermesi

Haklı sebeple çıkarma hakkı, yalnızca diğer tüm ortakların, affetme (*Verzeihung*), feragat (*Verzicht*) ve rızaları hallerinde ortadan kalkabilir. Gerçekten, bu tip durumlarda diğer ortakların haklı sebebe dayanarak ortağı çıkarma yetkileri sona ermektedir. Örneğin, diğer ortaklara iftira attığı gerekçesiyle çıkarılmak istenen ortağın tüm diğer ortaklar tarafından affedilmesi olasılığında, affedilen ortağın şahsında meydana gelen haklı sebep ortadan kalkar. Yine diğer ortaklar, çıkarma hakkını kullanmaktan vazgeçtikleri takdirde artık bu hakkı kullanamazlar⁴⁷¹. Hak düşümü (*Verwirkung*) bakımından ise, haklı sebeple çıkarma hakkı herhangi bir süreye bağlanmadığından, medeni hukukun genel ilkeleri geçerli olacaktır. Diğer ortaklardan birinin, ilgili ortağın şahsında haklı sebep gerçekleşmesine rağmen hiçbir girişimde bulunmaması ve uzunca bir süre (makul süre sınırını aşar nitelikte) bekledikten sonra ortağın çıkarılmasını talep etmesi durumunda, hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye gireceği açıktır⁴⁷² (MK 2; BGB § 242).

II. ÇIKMA VE ÇIKARILMA PROSEDÜRÜ

A. Çıkma Prosedürü

Gerek kanuni gerekse sözleşmesel çıkma hakkının kullanımı, çıkarmadan farklı olarak özel bir prosedür gerektirmemektedir. Her iki çıkma hakkı da tek taraflı ve diğer bütün ortaklara varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Kanuni çıkma hakkından

⁴⁷⁰ Nitekim bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 8.

⁴⁷¹ Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 28.

⁴⁷² Benzer doğrultuda bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 28. Gerçekten, diğer ortaklardan birinin haklı sebebin varlığına rağmen uzunca süre beklemesi, şahsında haklı sebep doğan ortakla ortaklık ilişkisinin sürdürülmesinin olanaklı olduğu yönünde bir izlenim yaratmaktadır. Bu hususta haklı olarak bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 18.

farklı olarak sözleşmesel çıkma hakkı ancak bütün ortakların oy birliği ile olur, zira ortaklıktan ayrılma sözleşmenin değiştirilmesi anlamını taşımaktadır.

B. Çıkarma Prosedürü

1. TBK m. 633’de Öngörülen Kanuni Çıkarma Hakkına İlişkin Prosedür

a. Genel Olarak

Adi ortaklıkta, yönetici ortakların yetki alanına girmediği sürece, ortakların karar almaları gereklidir. Keza adi ortaklıkta iç ilişki, ortakların alacağı kararlarla şekillenmektedir. Bu kararların konusunu, bir ortağa karşı sergilenecek tutum veya davranışlar da oluşturabilir. İşte bu anlamda, çıkarmanın, ortaklar arasında alınacak bir kararla gerçekleştirilmesi mümkündür. Karar, mahkemece alınacak çıkarma kararı gerekmeksizin doğrudan doğruya etkisini gösterir⁴⁷³.

Çıkarma hakkına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmadığı İsviçre hukukunda, ortağın çıkarılabilmesi için mutlaka sözleşmesel bir dayanağa gereksinim duyulur. Daha önce de altını önemle çizdiğimiz üzere, kanuni ve sözleşmesel çıkma-çıkarma kavramlarına kesin sınırlar çizilmesi yerinde olur. Çünkü gerek çıkma gerekse çıkarma, ortaklar arası değişiklikler (*Gesellschafterwechsel*) başlığı altında incelenen olgulardır. Ve kanaatimce, ortaklara kanunen çıkma veya çıkarma hakları bahşedildiği durumlarda, çıkma ve çıkarmanın ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamını taşıdığı yönündeki genel yaklaşımın aşılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, kanuni çıkma hakkını kullanan bir ortağın bu irade beyanının diğer ortaklar tarafından onaylanması gerekmez. Aynı durum çıkarma hakkı açısından da geçerlidir. Zira, çıkma veya çıkarma hakkının kanun koyucu tarafından tanınması suretiyle, ortakların diğer ortakların iradelerinden bağımsız olarak hareket etmeleri amaçlanmaktadır. Yine, bu hak kanunen tanınmakla adi ortaklık ilişkisinin doğal bir parçası haline getirilmektedir, keza kanuni dayanak sözleşmeye baskındır. Yani, ortaklık sözleşmesinde çıkma ve çıkarma haklarına hiç değinilmemiş olsa dahi, her bir ortak

⁴⁷³ Bu hususta bk. **Müller/Käch**, s. 599.

bu haklara sahiptir. Kısacası, kanuni çıkma ve çıkarma haklarının kullanılması, sözleşme değişikliği anlamına gelmez.

Kanuni çıkma ve çıkarma hakları arasındaki tek fark ise, kanuni çıkma hakkının bireysel, çıkarma hakkının ise kollektif şekilde kullanılması noktasında kendisini göstermektedir. Çıkarma hakkının ortakların tamamı tarafından, yani birlikte kullanılması hususu, TBK m. 633'ün ana vatani Alman hukukundan kaynaklanmaktadır. Nitekim BGB § 737'de, çıkarma hakkının ortaklar tarafından birlikte (*gemeinschaftlich*) kullanılacağı belirtilmektedir⁴⁷⁴.

Bir ortağın tasfiye aşamasında da ortaklıktan çıkarılması mümkündür⁴⁷⁵, yeter ki adi ortaklığın malvarlığı ortaklar arasında paylaştırılmamış olsun (*Vollbeendigung*). Buna karşılık, iştirak halinde bir malvarlığından yoksun iç ortaklık yapılanmaları (gizli ortaklık ve alt katılım vb.), ekstrem istisnalar haricinde, BGB § 737'nin kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁷⁶.

b. Çıkarılacak Ortağın Oy Hakkından Yoksunluğu

Çıkarma kararı alınması, çıkarılma prosedürünün en zahmetli ayağını oluşturmaktadır dersek yanlış olmaz. Keza, şahıs ortaklıklarına hâkim oy birliği prensibi, çıkarma kararının bütün ortakların olumlu oyuyla alınmasını gerektirmektedir. Halbuki ticari yaşamın olağan akışı içinde, ortaklıktan çıkarılmak istenen ortağın olumlu oy vermesi beklenemez. Çünkü çıkarma, ortağın rızası dışında ortaklık ile olan hukuki ilişkisinin (*Mitgliedschaft*) kesilmesidir. Böylesine ağır bir karara, ilgili ortağın onay vermesi düşünülemez.

Bu nedenle, çıkarılacak ortağın oy kullanmasının yasaklanması yönündeki eğilim Alman, İsviçre ve Türk hukuklarına egemen olmuştur. Anılan hukuk sistemlerinde bu doğrultuda düzenleme bulunmamakla birlikte, çıkarılması istenen

⁴⁷⁴ Nitekim bk. BGB § 737/c.2: “*Das Ausschliessungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu*”. Ne var ki, *Kessler*, bu sözcüğün (*gemeinschaftlich*) “oy birliği- *Einstimmigkeit*” ilkesini çağırılmadığını, yani ortakların çoğunluk esasını da benimseyebileceğini söylemektedir. Bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 737, Rz. 2. Yazarın bu görüşü her ne kadar haklılık payı içerse de aksi kararlaştırılmadığı sürece çıkarma kararının oy birliğine tabi olduğu açıktır.

⁴⁷⁵ Nitekim bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 737, Anm. 1.

⁴⁷⁶ Bu doğrultuda bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 737, Anm. 6; Bruno Rimmelspracher, “Das Recht auf Übernahme des Gesellschaftsvermögens in der Zweimann- Gesellschaft des bürgerlichen Rechts”, **AcP**, C. 173, S. 1, 1973, s. 6, dpn. 19; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 1.

ortağın oy kullanamayacağı hususuna açıkça işaret edilmektedir. Özellikle Alman öğretisinde bu yaklaşım, *kimse kendi davasının hâkimi olamaz* cümlesinde ifadesini bulmaktadır⁴⁷⁷. Kanaatimce, bu oy yasağının gerisinde yatan asıl düşünce, *bir kimsenin doğrudan doğruya kendisini ilgilendiren bir meselede tarafsız ve objektif hareket edemeyeceğidir*. Nihayetinde çıkarma kararı, ilgili ortağın ortaklık sıfatına yapılan ciddi bir müdahaledir. Dolayısıyla, çıkarılacak ortağın, kendisini doğrudan ilgilendiren bu meseleye tarafsız açıdan yaklaşması mümkün değildir. Ancak onun toplantıya katılması hiçbir surette engellenemez. Hatta toplantıya katılımın engellenmesi, çıkarma kararının geçerliliğini tartışmalı hale getirebilir. Keza, çıkarmanın ortaklık sıfatına yönelik önemli bir müdahale niteliği taşıması, çıkarılacak ortağın kendisini savunması için elverişli zeminin hazırlanmasını zorunlu kılar. Çıkarılmak istenen ortağa, hukuki dinlenilme hakkı mutlaka tanınmalıdır⁴⁷⁸, aksi takdirde çıkarılan ortak, çıkarma kararının iptalini dava edebilir. Hukuki dinlenilme hakkı tanınması, çıkarma prosedürünün maddi ayağını teşkil eder. Ortak böylelikle, çıkarma gündemiyle toplanan ortaklar karşısında kendisini savunma şansı yakalayabilir. Öyle ki, onları, ortaklıktan çıkarılmaması hususunda ikna dahi edebilir. Bu olasılığın göz ardı edilmemesi ve dolayısıyla, çıkarılacak ortağa her zaman kendisini savunma fırsatı verilmesi gerekir.

c. Karar Yeter Sayısının Sağlanamaması Sorunsalı

Karar alma bağlamında bir diğer sorun, oy birliği sağlanamaması halinde nasıl bir yol izleneceği noktasında düğümlenmektedir: Gerçekten adi ortaklık gibi şahıs şirketleri, genellikle birbirlerini iyi tanıyan kişilerden oluşmaktadır. Bu olgu, çıkarma kararının oy birliği ile alınmasını güçleştiren bir etkidir. Zira ortaklardan biri, çıkarılacak ortağın yakın arkadaşı veya akrabası olabilir. Şahıs ortaklıklarının büyük kısmının aile üyeleri arasında kurulduğu düşünüldüğünde sorunun önemi daha iyi

⁴⁷⁷ Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 16: “Niemand kann Richter in eigener Sache sein”.

⁴⁷⁸ Karşı görüş için bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 737, Anm. 3.Yazara göre ilgili ortak, çıkarmanın hükümsüzlüğünün tespitini dava etme olanağına her zaman sahiptir. Somut olayda çıkarma sebebi bulunmadığı iddiasını da mahkemeye taşıyabilir. Ortağın sahip olduğu tüm bu haklar karşısında yazar, ortağa çıkarma kararı alınmadan önce hukuki dinlenilme hakkı tanınmasını zorunlu görmemektedir.

kavranacaktır. Yine örneğin, 5 ortaklı bir adi ortaklıkta, ortaklık sözleşmesiyle çoğunluk esası öngörülmemişse, tek bir ortağın olumsuz oyu dahi çıkarma kararı alınmasına engel olacaktır. Çünkü, oy birliği ilkesinin egemen olduğu ortaklık formlarında, ortakların her bir oyu aynı zamanda veto işlevine de sahiptir. İşte bu engelin aşılabilmesi amacıyla, karar yeter sayısının sağlanamadığı hallerde her bir ortağa, çıkarma davası açma hakkı tanınması gerektiği kanısındayız. Bu davada, karar yeter sayısının sağlanamadığı hususu, toplantı tutanak ve belgelerinin mahkemeye sunulması suretiyle ispat edilebilir. Tam da bu sebeple, yani uyuşmazlık çıkması olasılığı da gözetilerek, toplantının tutanaklara geçirilmesinde yarar vardır. Zira, adi ortaklıkta toplantıların tutanaklara geçirilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Elbette bunun bir diğer sebebi, adi ortaklığın anonim veya limited ortaklığın aksine kurumsal bir yapıdan yoksun oluşudur.

Çıkarma gündemi ile toplanan ortaklar kurulunda (*Gesellschafterversammlung*) karar yeter sayısının sağlanamaması halinde, çıkarmanın *yokluk yaptırımına* maruz kalacağı rahatlıkla söylenebilir. Zira karar yeter sayısı, karar olarak adlandırılan çok taraflı hukuki işlemin kurucu unsurunu teşkil eder. Yeter sayının sağlanamaması ise, bu anlamda, kararın oluşması için gerekli sayıda iradenin aynı yönde birleşemediğini ortaya koyar. Bu tip olasılıklarda, ilgili ortak yokluğun tespitini dava edebilir. Tüm ortaklar toplantıya katılmamışsa, alınan karar yine yoklukla sakattır⁴⁷⁹. Alman hukukunda, “*toplantıya katılmayan ortak eğer alınacak kararın kendisini hukuken bağladığını diğer ortaklara beyan etmişse, bu durumda onun toplantıya katılmaması hükümsüzlüğe yol açmaz*”, şeklinde bir görüş ileri sürülmektedir⁴⁸⁰.

d. İki Kişilik Adi Ortaklığa Özgü Çözüm Önerileri

Bir başka mesele, iki ortaktan oluşan adi ortaklığın hukuki akıbetinin ne olacağıdır. Gerçekten, yalnız iki kişiden oluşan bir adi ortaklıkta, hukuki anlamda çıkarma kararının alınması olanak dışıdır. Çünkü çıkarılacak ortak haricinde ortaklıkta tek bir ortak kalmaktadır. Ancak bu durum, iki kişilik adi ortaklıkta ortağın

⁴⁷⁹ Bu hususta bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 3.

⁴⁸⁰ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 15; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 3.

çıkarılmasına engel değildir. Mesele, kanaatimizce ya dava açılması yoluyla çözümlenebilir ya da ortaklık sözleşmesiyle, diğer ortağa ortaklığı aktif ve pasifiyle devralma hakkı⁴⁸¹ tanınabilir. Bu son olasılıkta, ortaklık sona ererek tasfiye aşamasına girer, zira şahıs ortaklıkları tek kişiyle ayakta tutulamamaktadır. Ortaklık malvarlığı, artık devralma hakkını kullanan kişinin şahsi mülkiyetine dahil olur.

Devralma hakkı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Hukuki niteliği itibariyle, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Devralma hakkı ortaklık sözleşmesinin kuruluş aşamasında veya sonradan kararlaştırılabilir. Yine, bu hakkın çıkarma sebebi gerçekleştikten sonra öngörülmesine de hiçbir engel yoktur. Bu hakkın kullanılabilmesi için, adi ortaklığın mutlaka iktisadi bir işletme işletmesi gerekmez⁴⁸². Dış adi ortaklığın elbirliği mülkiyetine tabi bir malvarlığına sahip olması yeterlidir⁴⁸³.

e. Çıkarma Kararının İlgili Ortağa Bildirilmesi

Ortaklıktan uzaklaştırılmak istenen ortak hakkında alınan çıkarma kararının ona TBK 633 uyarınca yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Oysa Alman Medeni Kanunu'nun 737. Maddesi, kararın ortağa bildirilmesini yeterli görmüş olup, bildirim herhangi bir şekil koşuluna bağlamamıştır. Ancak bu noktada TBK 633 düzenlemesinin Alman sistemine göre bir adım daha önde olduğu söylenebilir. Keza yazılı bildirim koşulu, ileride doğması muhtemel uyuşmazlıklarda ispatı kolaylaştırıcı bir fonksiyon görecektir.

Yine, yazılı biçim koşulu, çıkarılacak ortağın korunmasına da hizmet edebilir: Çıkarma kararının sözlü olarak kendisine bildirilmesi durumunda, ilgili ortak, çıkarma prosedürünün şekle aykırılık içerdiği gerekçesiyle dava açabilir.

Alman Medeni Kanunu'nda ise, TBK m. 633'dekine benzer bir ifade yer almadığından, bildirim sözcüğüne birbirinden farklı anlamlar yüklenebilir. Bildirim yazılı şekilde olabileceği gibi, sözlü de olabilir. Bu da özellikle çıkarılacak ortağın hukuki menfaatlerinin korunması bağlamında sakıncalı bir durum yaratabilir.

⁴⁸¹ HGB § 140/1- c.2'deki hukuki düşüncenin adi ortaklığa kıyasen uygulanabileceğinden bahisle bu yönde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 66, dpn. 12.

⁴⁸² Bu yönde bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 1; **Rimmelspracher**, AcP 173, s. 6 vd. Yazar haklı olarak, BGB 737'nin uygulanabilirliği açısından, adi ortaklığın bir işletme işletmesi gerekmediğini söylemektedir.

⁴⁸³ Bk. **Rimmelspracher**, AcP 173, s. 6, dpn. 19.

Çıkarma kararının hukuki etkilerini doğurabilmesi, yazılı bildirim ilgili ortağın hakimiyet alanına ulaşmasına bağlıdır. Bozucu yenilik doğuran irade açıklaması niteliğindeki çıkarma, *kararın ortağa ulaştığı an itibariyle* hüküm ve sonuçlarını doğurur. İlgili ortağın ortaklık sıfatı bu andan itibaren sona erer ve ayrılma payı *bu anda* doğar. Çıkarma kararının maddi veya şekli açıdan eksiklikler içerdiğini düşünen ortak, makul bir süre içinde çıkarmanın iptalini dava edebilir. Makul sürenin tespitinde, çıkarılan ortağa tanınması gereken düşünme süresi, onun dava malzemesini toplama süresi vb. faktörler dikkate alınmalıdır. Dava açmayı düşünen ortağa, ortaklıktan ayrılmış olsa dahi, gerekli bilgi ve belgelerin verilmesinden kaçınılamaz. Aksi doğrultuda bir hareket, anayasal güvenceye bağlanmış temel bir hak niteliğindeki “hak arama özgürlüğü” nün sınırlandırılması boyutuna dahi varabilir. Çıkarılan ortak, makul süre zarfında harekete geçmediği, yani sessiz kalıp hakkında alınan kararı kabullenmiş gözüktüğü takdirde ise, çıkarmanın iptali davası açamaz. Zira burada, sessiz kalma suretiyle hak kaybının bir görünüm biçimi bulunmaktadır. Sözü edilen olgu, özünde *çelişik davranış yasağına* dayanmaktadır. Gerçekten, çıkarma kararına karşı uzunca süre herhangi bir itirazda bulunmayan ortak, bu davranışıyla diğer ortaklar nezdinde, dava hakkını kullanmaktan vazgeçtiği yönünde bir izlenim yaratmıştır. Dolayısıyla, onun 10 ay sonra açtığı dava *çelişik davranış yasağına* takılacaktır.

f. Çıkarmanın Mahkeme Aracılığıyla Denetlenmesi

Çıkarmanın mahkeme aracılığıyla denetlenmesi, onun diğer ortaklar tarafından kötüye kullanılıp kullanılmadığını veya prosedürel kurallara aykırılık taşıyıp taşımadığını ortaya koyması açısından önemlidir. Ancak, burada çıkarmanın maddi ve biçimsel koşullarını ayırmakta yarar vardır. Keza, çıkarmanın maddi unsurlarına aykırılık onun haksızlığına; buna karşılık şekli unsurlara aykırılık onun usulsüzlüğüne işaret eder. Ayrıca, hangi davaların açılması gerektiği de meselenin bir diğer parçasını oluşturmaktadır.

Türk hukukunda bir görüş, kolektif ortaklıkta çıkarılma için öngörülen üç aylık sürenin adi ortaklığa kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu görüş, hiç değilse ticari işletme işleten adi ortaklıkların, yapısal bazda kolektif ortaklıklara yaklaştığından bahisle, TTK m. 255/2'nin sözü edilen adi ortaklık tiplerine kıyasen

uygulanmasından yanadır. Anılan düzenleme, kollektif ortaklıktan çıkarılan ortağa, çıkarmanın iptali davası açma hakkı tanımaktadır. Dava, çıkarma kararının *noter kanalıyla tebliğinden itibaren* üç aylık hak düşürücü süre içinde açılmalıdır⁴⁸⁴. Niteliği itibariyle, bozucu yenilik doğuran bir davadır. Bu görüşün savunucuları, çıkarmanın iptali davasının hangi andan itibaren açılacağı konusuna ise açıklık getirmemektedir. Kanaatimizce bu davanın, *yazılı çıkarma bildiriminin ilgili ortağa ulaştığı andan itibaren* 3 aylık süre içinde açılacağı kabulü gerekir. Zira çıkarmanın etkilerini yarattığı an, kollektif ve adi ortaklıkta birbirinden farklı olarak düzenlenmiştir.

Yine, çıkarmanın iptali davası bakımından kanun boşluğu bulunup bulunmadığı sorusu da gündeme gelebilir. Kanımca burada kanun boşluğundan söz edilemez. Zira, kanun koyucunun buradaki suskunluğu, bir ihmal veya yanlışlıktan kaynaklanmamaktadır. Aksine kanun koyucu iptal davasını *bilinçli olarak* düzenlememiştir. Keza, çıkarmaya ilişkin düzenlemelerin kaynağı niteliğindeki Alman hukukuna bakıldığında, çıkarmanın iptalini hükme bağlayan herhangi bir maddeye rastlanmaz. Özetle, iptal davası bağlamında herhangi bir kanun boşluğu söz konusu olmadığından, kollektif ortaklığa ilişkin TTK m. 255/2'nin adi ortaklığa kıyasen uygulanmasını gerektiren bir durum mevcut değildir. Ortak, bu davayı, MK 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla makul bir süre içinde açabilir. Çıkarılan ortağın dava hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının tespitinde, *çelişkili davranış yasağı* bize ışık tutacaktır.

2. Haklı Sebep ile Çıkarmaya İlişkin Prosedür

a. Karar Yeter Sayısı ve TTK 255/3'e Göre Açılacak Çıkarma Davası

Şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın çıkarılması için diğer ortaklarca alınacak bir karara gereksinim duyulur. Bu sonuca gerek BGB § 737'den gerekse TBK m. 633'den varılabilir. Haklı sebep ile çıkarılacak ortağın oy hakkı bulunmamaktadır. Keza, daha önce de vurguladığımız üzere, *kimse kendi davasının hâkimi olamaz*⁴⁸⁵. Bununla birlikte, çıkarılacak ortağın ortaklar kurulu toplantısına katılması

⁴⁸⁴ Örneğin bk. **Karahan/Çeliktaş**, s. 80.

⁴⁸⁵ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 16.

engellenemez⁴⁸⁶. İlgili ortağa bu toplantı esnasında kendisini savunması amacıyla “hukuki dinlenilme hakkı (*rechtliches Gehör*)” bahşedilmelidir⁴⁸⁷. Aksi takdirde, ortak, çıkarılmanın iptalini dava edebilir. Kural, çıkarma kararının oybirliği ile alınması olmakla birlikte, ortaklık sözleşmesiyle çoğunluk esası da benimsenebilir. Böylece çıkarma kararının alınması kolaylaşır (*Vereinfachung des Ausschlusses*).

Haklı sebeple çıkarma bağlamında karşılaşılabilecek muhtemel sorunlardan biri, diğer ortakların çıkarma kararına onay verme yükümlerinin (*Zustimmungspflicht*) bulunup bulunmadığıdır. Bu konu özellikle haklı sebeple çıkarmanın ana vatanı diyebileceğimiz Alman hukuk öğretisinde tartışmalıdır. Genel eğilim, diğer ortaklara bu tür bir yükümlülük yüklenemeyeceği noktasında ise de sadakat yükümlününün zorunlu kıldığı bazı olasılıklarda onay verme yükümünden⁴⁸⁸ söz edilebileceği söylenmektedir⁴⁸⁹. Örneğin tek yönetici ortağın, güveni kötüye kullanma suretiyle ortaklık malvarlığının içini boşaltması durumunda, ortaklığı zarara uğratan bu ortağın çıkarılmasında ortaklık menfaatlerinin, ortakların bireysel menfaatlerine üstün tutulması gerektiği açıktır. Kaldı ki, ortaklığın zarara uğraması ortakların bireysel çıkarılarını da olumsuz etkileyebilir. İşte böyle hallerde, diğer ortakların çıkarma kararına iştirak etmemesi veya onay vermemesi, onların şahsında da haklı sebep yaratabilir⁴⁹⁰. Keza çıkarma kararına olumlu oy vermeyen ortak, hem sadakat yükümlünü ihlal etmiş olmakta, hem de ortaklığı fesih rizikosunu ile karşı karşıya bırakmaktadır⁴⁹¹. Dolayısıyla, onay vermekten kaçınan ortağın şahsında çıkarılma sebebi doğması son derece normaldir. Yine, onay vermekten kaçınan ortağa karşı tazminat davası da açılabilir⁴⁹².

⁴⁸⁶ İlgili ortağın, ortaklar kurulu toplantısına katılma hakkı olduğu; bu hakkını kullanabilmesi için ise diğer ortaklar tarafından toplantıya çağırılması gerektiği hususunda bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 11.

⁴⁸⁷ Krş. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 13; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz.16; **Staudinger/Habermeier**, BGB § 737, Rz.12. Yazarlar, çıkarma kararının hâkim denetimine tabi olmasından hareketle, çıkarılacak ortağa hukuki dinlenilme hakkı tanınmaması gerektiği düşüncesindedirler.

⁴⁸⁸ Onay verme yükümü, BGB § 313’te yer alan *sözleşmenin uyarlanması kurumu* ile ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 11.

⁴⁸⁹ Onay verme yükümünün sadakat yükümünden kaynaklandığı hususunda bk. **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 17; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 11; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 15; Hans Gummert ve Lutz Weipert, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, 4. Aufl, München, 2014, (Anılış: Münch.Handbuch- ilgili bölüm yazarı), § 10, Rn. 66.

⁴⁹⁰ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 15.

⁴⁹¹ Bk. BGB § 737- 723, HGB § 140- 133, TTK m. 255- 245 bağlantıları.

⁴⁹² Bu hususta bk. Münch.Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 66.

Çıkarma kararına onay vermeyen ortağa karşı, eda davası karakterine sahip “onay verme davası açılabilir. Kanaatimizce bu davanın kazanılması, onay vermeyen ortağın çıkarılması açısından diğer ortaklara güçlü bir koz vermektedir. Davayı kaybeden ortak, belirli bir irade beyanında (onay vermenin irade beyanı niteliği taşıdığı unutulmamalıdır) bulunmaya mahkûm edilecektir. Alman Medeni Usul Kanunu’nun 894. Paragrafı (dZPO § 894), İİK’da yer almayan bir düzenleme getirmiştir: Hükme göre, borçlu, bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edildiği takdirde; karar kesinleşir kesinleşmez⁴⁹³, borçlunun bu beyanda bulunduğu varsayılır. Keza düzenlemenin başlığı “*irade beyanında bulunulduğu varsayımı*” şeklinde çevrilebilir. Yani onay verme talebi, dZPO § 894’e göre icra edilebilen bir taleptir⁴⁹⁴. Bizim hukuk sistemimizde dZPO 894 benzeri bir düzenleme bulunmadığından, çıkarma kararına onay vermeye mahkûm edilen davalı ortağın, bu beyanda bulunması cebri icra kanalıyla sağlanacaktır.

Diğer ortakların çıkarma kararına onay vermemeleri, karar yeter sayısının sağlanamaması hususu ile yakından ilgilidir. Keza, özellikle oy birliği esasının sözleşmeyle değiştirilmediği varyasyonlarda, tek bir ortağın *çekimser veya karşı oyu* kararın alınamaması sonucunu yaratır. İstisnaen de sözleşmeyle kararlaştırılan yeter sayıların sağlanamaması durumu ile karşılaşılabılır. İşte bu tip hallerde, ortaklığın hukuksal akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelir. Karar yeter sayılarının sağlanamadığı olasılıklarda niçin TTK m. 255/3 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini, tekrardan kaçınmak amacıyla yeniden belirtmeyeceğiz. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin yalnızca atipik adi ortaklıklara, yani ticari işletme işleten adi ortaklıklara özgülenmesi şeklinde bir yaklaşıma katılamıyoruz. Çünkü ortaklığın feshe karşı korunması gereksinimi, yalnızca ticari işleten adi ortaklıklarda değil; aynı zamanda esnaf işletmesi işleten, konsorsiyum veya joint venture tipi adi ortaklıklarda da mevcuttur. Yapılan yatırımın boşa çıkması gerek ortaklığa gerekse ekonomiye zarar verebilir. Dolayısıyla, ortakların ekonomik açıdan birer yatırımcı olduklarının göz önünde tutulmasında yarar vardır.

⁴⁹³ Kuşkusuz burada kesinleşmeden (*Rechtskraft*) kasıt, hükmün maddi anlamda kesinleşmesidir.

⁴⁹⁴ Çıkarma davası açısından aynı hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 24 vd; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz.40. Karşı görüş için bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 45, 46. Yazar, onay verme yükümünün dogmatik konseptine eleştirel bir gözle bakmaktadır.

TTK m. 255/3 hükmünün devreye girmesinin sonucu olarak her bir ortak, şahsında haklı neden meydana gelen ortağın çıkarılmasını dava edebilir (*çıkarma davası*). Dava dilekçesinde, ilgili ortağın yanı sıra sadakat yükümü gereğince onay verme zorunlulukları olmasına rağmen, onay vermekten kaçınan ortaklara karşı da çıkarma istemi yöneltilebilir. Böyle durumlarda, sübjektif dava yığılması, yani dava arkadaşlığının varlığından söz etmek mümkündür.

Birden fazla ortağa karşı çıkarma davası açıldığında, davalı ortakların kendi aralarındaki ilişkiye zorunlu dava arkadaşlığının mı yoksa ihtiyari dava arkadaşlığının mı uygulanacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce, Alman öğretisinde ortaya atılan görüşe itibar edilmelidir. Bu görüş, her bir ortağın çıkarılmasının ayrı bir dava konusu oluşturduğunu, dolayısıyla, ortaklardan biri hakkında verilen kabul/ret kararının, diğerlerinin davalarını etkilemeyeceğini vurgulamaktadır. Kısacası, davalı ortaklar arasındaki ilişkide ihtiyari dava arkadaşlığının geçerli olduğuna dikkat çekilmektedir⁴⁹⁵. Ne var ki hâkim öğretisi, birden fazla ortağa karşı çıkarma talebi yöneltilen hallerde, ortaklardan biri hakkında verilen davanın reddi kararının, *zorunlu olarak* diğer ortakların davalarının reddini beraberinde getireceğini savunmaktadır. Halbuki birden fazla ortağın eş zamanlı olarak dava edilmesinde, yalnız sübjektif değil, aynı zamanda objektif dava birleşmesinin de söz konusu olduğu unutulmamalıdır⁴⁹⁶.

TTK m. 255/3'te düzenlenen çıkarma davası, HGB 140 ve OR Art. 577'de hükme bağlanan çıkarma davalarından bir yönüyle ayrılmaktadır. HGB § 140 ve OR Art. 577 gereğince, çıkarma davasının diğer bütün ortaklarca açılması gerekirken, TTK m. 255/3'te ise bireysel olarak açılabilen bir çıkarma davasına yer verildiği görülmektedir ("*her ortak*" ifadesi). Bu düzenleme tarzı, şüphesiz, karar yeter sayısının sağlanamadığı bir olasılık bakımından ortaklık menfaatlerinin en sağlıklı biçimde gözetilmesine hizmet etmektedir.

b. İhtiyati Tedbirler

⁴⁹⁵ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 55.

⁴⁹⁶ Bu hususta isabetle bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 55.

Çıkarılmak istenen ortak, çıkarma kararı hüküm ve sonuç doğurana kadar ortaklık sıfatını muhafaza eder. Bunun ortaklık bakımından bazı sakıncaları olabilir. Örneğin, ortağın yönetim ve temsil yetkisini kullanmaya devam etmesi, ortaklığın aleyhine bir durum ortaya çıkarabilir. Dolayısıyla, ortağın bazı ortaksal yetkilerinin kısıtlanması amacıyla mahkemeye başvurulabilir. Burada güdülen amaç, ilgili ortağın ortaksal hak ve yetkilerini sınırlayarak ortaklığın zarara uğratılmasını engellemektir. Örneğin, bu çerçevede mahkeme, rekabet yasağını devamlı ihlal eden ortağın denetleme hakkının sınırlandırılmasına hükmedebilir. Yine, mahkeme ihtiyati tedbir kapsamında, ortağın ortaklık defterlerini incelemesini yasaklayabilir⁴⁹⁷. Ancak, ortağın ihtiyati tedbir yoluyla ortaklıktan çıkarılması olanak dışıdır⁴⁹⁸. Yine, yönetim veya temsil yetkisinin üçüncü bir kimseye devri de bu kapsamda düşünülebilir⁴⁹⁹.

c. Çıkarmanın Hüküm İfade Ettiği An

Çıkarma kararının hukuki etkilerini gösterdiği an, çıkarma bildirimının ilgili ortağa ulaştığı andır⁵⁰⁰. İrade beyanların hukuki sonuçlarını doğurması bakımından benimsenen *varma teorisi* de bunu gerektirmektedir. Çıkarma sebeplerinin ilgili ortağa bildirilmemesi, çıkarmanın geçerliliğine etki etmez. Bununla birlikte ilgili ortak, çıkarma sebeplerinin kendisine bildirilmesini talep edebilir⁵⁰¹. Alman hukukunda

⁴⁹⁷ Bu hususta bk. Winfried Schuschke ve Wolf Dietrich Walker, **Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz- Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozessordnung Band II Arrest und Einstweilige Verfügung**, 3.Aufl, Köln Berlin Bonn München, 2005 (Anılış: ilgili bölüm yazarı in Schuschke/Walker), s. 311, No. 63; Richard Zöllner, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 25. Aufl, Köln, 2005 (Anılış: Zöllner/ilgili bölüm yazarı), ZPO § 940, Rn. 8.

⁴⁹⁸ Bu hususta bk. **Düringer/Hachenburg/Flechtheim**, HGB § 140, Anm.8; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 61; **Heymann/Emmerich**, HGB § 140, Rz. 28; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 140, Rz. 44; **Röhrich/von Westphalen/Haas**, HGB § 140, Rz. 19; **Zöllner/Vollkommer**, ZPO § 940, Rn. 8. Çünkü böyle bir kararın daha sonra geçmişe etkili olarak geri alınması mümkün olmayacaktır. Bu hususta bk. Hans Brox ve Wolf Dietrich Walker, **Zwangsvollstreckungsrecht**, 7.Aufl, Köln Berlin Bonn München, 2003, s. 887-888, No. 1602; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, s. 311, No. 63.

⁴⁹⁹ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 61; **Flume**, Personengesellschaft, s. 243.

⁵⁰⁰ Bu doğrultuda bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 737, Rz. 12; **HK-BGB/Ingo Saenger**, BGB § 737, Rn. 4; **MüKo/Schäfer**, BGB § 737, Rn. 14; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 737, Rz. 19; **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 4. Krş. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 737, Rz.7; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 737, Rn. 11; Münch. Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 65. Yazarlar, çıkarma kararının ortağa *bildirilmesini (Mitteilung)* yeterli bulmaktadır.

⁵⁰¹ Bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 737, Rn. 11; Münch. Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 65. Bu talep genellikle, çıkarılan ortağın çıkarma kararına karşı açacağı muhtemel davalar bakımından fonksiyon gösterir (tespit veya iptal davaları gibi).

özellikle kısmi hak ehliyeti teorisinin benimsenmesini takiben, tek bir ortağın dahi çıkarma bildiriminde bulunmaya yetkili olduğu görüşü öne sürülmektedir. Öyle ki, ortağın yönetici yahut bildirim yapmakla yetkilendirilmiş olup olmaması önem taşımamaktadır⁵⁰².

Bildirimin şekle tabi olup olmadığına gelince; kanaatimizce bu konuda TBK m. 633'te düzenlenen yazılı şekil esası kabul edilmelidir. Keza, haklı sebep oluşturmayan durumlarda dahi çıkarma bildirim yazılı biçimde yapılırken, haklı sebeple çıkarma bildiriminin herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmaması, hukuki açıklık ve güvenlik bağlamında sakınca yaratabilir.

Ortaklık sözleşmesinde, çıkarılacak ortağa düşük tutarda (uygun olmayan) ayrılma payı ödeneceğinin öngörülmüş olması, çıkarmanın geçerliliğine etki etmez. Bu kayıt sonradan düzeltilebilir⁵⁰³.

d. Çıkarılan Ortağın, Haksız Çıkarma Kararına Karşı Sahip Olduğu Hukuki Olanaklar

Çıkarma kararına karşı hukuki yollara başvurmak isteyen ortak öncelikle, çıkarılmasına yol açan sebebin haklı sebep yoğunluğuna ulaşmadığını veya somut olayda haklı sebebin mevcut olmadığını ispat edebilecek durumda olmalıdır. Çıkarılan ortağın, çıkarma kararına karşı dava açma hakkı ortaklık sözleşmesiyle elinden alınmaz. Ortaklık sözleşmesine konulan bu türden kayıtlar geçersizlik yaptırımına uğrar.

Çıkarılan ortak, haklı sebebin gerçekleşmediği, dolayısıyla alınan çıkarma kararının hükümsüz olduğunun ve ortaklık sıfatının halen devam ettiğinin tespiti amacıyla dava açabilir. Hâkim bu davada öncelikle, davacı (çıkarılan) ortağın çıkarma prosedürüne uygun olarak çıkarılıp çıkarılmadığını incelemelidir. Keza, çıkarma prosedüründeki eksiklik çıkarma kararının geçersizliği sonucunu beraberinde getirir. Bu tip durumlarda hâkimin, çıkarmanın maddi koşulunu teşkil eden haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemesine gerek kalmaz. Özetle, hâkim önüne gelen

⁵⁰² Bu hususta bk. Münch. Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 65.

⁵⁰³ Bu hususta bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 737, Rz. 4.

bir davada, öncelikle çıkarmanın şekli koşullarının (*prosedürel gereklerinin*) yerine getirilip getirilmediğine bakacaktır.

Çıkarma kararına karşı dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra, çıkarılan ortak lehine ihtiyati tedbir kararı alınıp alınamayacağı meselesine kısa da olsa değinmekte yarar görüyoruz. Çıkarılan ortak, hakkında verilen çıkarma kararının geçerli olup olmadığı açıklığa kavuşturuluncaya değin, ortaklık işlerine katılamamakta, hatta çıkarma kararı geçersiz olsa dahi, bu durumu geriye alamamaktadır. Ne var ki, çıkarılan ortağın haklarının korunması bakımından ihtiyati tedbirlere hükmedilmesi zorunludur. Çıkarılan ortağın ihtiyati tedbir talebine öncelik verilmelidir, çünkü onun hukuken korunma ihtiyacı çok daha fazladır⁵⁰⁴.

Geçici hukuki koruma (*einstweiliger Rechtsschutz*) müessesesinin amacı, geçici hukuki tedbirler vasıtasıyla, davanın ilgili tarafının subjektif haklarını güvence altına almaktır. İhtiyati tedbir (*einstweilige Verfügung*), etkin hukuki koruma amacına hizmet eder. İhtiyati tedbir talebinde bulunulması için, talep sahibinin, subjektif hakkının tehlike içinde bulunduğu hususunu inandırıcı kılması gerekir. Söz konusu *tehlike objektif bir niteliğe* sahip olmalıdır. Talep sahibi, ihtiyati tedbir kararı alınmadığı takdirde, hak kaybına uğrama tehlikesiyle karşı karşıya olmalıdır⁵⁰⁵.

Ortaklıklar hukukunda ortakların kararlarına karşı ihtiyati tedbir başvurusunda bulunmak mümkündür. Özellikle, hükümsüz veya iptal edilebilen kararlara karşı bu yola gidilebilir. Öyleyse, haksız bir çıkarma kararına karşı da ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi, çıkarılan ortağın ortaklıkta kalmasını güvenceye alan ihtiyati tedbiri geçerli saymıştır⁵⁰⁶. Yine bu doğrultuda olmak üzere, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi de, dernekten çıkarılan üyenin açtığı davada hüküm kesinleşinceye kadar üyenin, üyelik haklarını sınırsız biçimde kullanma talebinde bulunabileceğine karar vermiştir⁵⁰⁷. Görüldüğü üzere Alman

⁵⁰⁴ Bu hususta bk. Kurt Kiethe, “Ausschluss aus der Personengesellschaft und Einstweilige Verfügung”, **NZG**, S. 3, 2004, s. 115.

⁵⁰⁵ Bk. **Kiethe**, s. 115.

⁵⁰⁶ Esasen burada Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi, ortağın diğer ortaklarca çıkarılmasını yasaklayıcı bir ihtiyati tedbire karar vermiştir. Yüksek Eyalet Mahkemesi, ortaklık sıfatının derhal yitirilmesi ile bağlantılı olumsuzluklar *başka türlü engellenemeyecek ise* böyle bir ihtiyati tedbire başvurulabileceğini vurgulamıştır. Bk. **Brox/Walker**, s. 887, No. 1601. Karar için bk. OLG Saarbrücken NJW-RR 1989, 1512, 1514.

⁵⁰⁷ Bk. **Kiethe**, s. 116.

uygulamasında, çıkarılan üye/ortağın hakları ihtiyati tedbir yoluyla etkin biçimde korunmaktadır.

Dava sonuçlanıncaya değin ortaksal hakların sınırsız olarak kullanılması (ihtiyati tedbir kanalıyla), ilk bakışta yadırgatıcı görünse de çıkarılan ortağın hukuki menfaatlerini korunması bakımından elzemdir.

Çıkarılan ortak böylece, ortaklık iş ve işlemlerine yeniden etki etme olanağına kavuşabilir. Zira, çıkarma kararının hükümsüzlüğünün tespiti davasının kabulü, geriye değil, aksine ileriye dönük etkiler yaratacaktır (*ex nunc*). Çıkarılan ortağın telafisi mümkün olmayan zararlara uğramaması adına, ihtiyati tedbirler devreye sokulmaktadır. Keza, davanın kabulü kararının ileriye dönük etkiler doğurması, kanaatimizce özellikle malvarlıksal haklar bağlamında sorun yaratabilir. Örneğin davanın 6 ay sürdüğü, dolayısıyla çıkarılan ortağın 6 ay boyunca kâr payı, ücret, faiz vb. mali haklardan yararlanamadığı varsayıldığında, ortaksal hakların ihtiyati tedbir yoluyla- şüphesiz karar kesinleşinceye kadar – yeniden tanınmasının önemi bir kez daha anlaşılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇIKMA VE ÇIKARILMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. ORTAKLIK SIFATININ YİTİRİLMESİ

Çıkan veya çıkarılan ortağın ortaklık statüsü veya sıfatından⁵⁰⁸ doğan bütün hak ve yükümlülükleri ayrılma anında ortadan kalkar⁵⁰⁹. Örneğin kazanç payı, zarar payı, tasfiye payı, yönetici ortak ücret alıyorsa ücret hakkı gibi mali nitelikli hakların⁵¹⁰ yanı sıra; ortaklar kuruluna katılma, oy hakkı, denetleme hakkı⁵¹¹ gibi koruyucu ve

⁵⁰⁸ “*Mitgliedschaft*” sözcüğünün birebir çevirisi “Üyelik” anlamına gelmekte ve bir dernek veya vakfa aidiyeti çağrıştırmaktadır. Ancak, ortaklıklar hukukunda böyle bir ifadenin kullanımı (üyelik), sözcüğe daha derin anlamlar yüklenmesini engelleyebilir. Dolayısıyla, terimin ortaklıklar hukukunun kendine özgü yapısı göz önünde tutularak “*ortaklık sıfatı*” şeklinde çevrilmesi daha isabetli olacaktır. Ancak belirtmeliyiz ki, sözcüğün kullanımı konusunda Türk hukuk öğretisinde terim birliği mevcut değildir. Örneğin öğretilerde *Yıldırım*, “*ortak sıfatı*” ifadesini kullanmaktadır. Bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 203 vd. “Ortak konumu (Gesellschafterstellung)” ifadesi için bk. **Bollmann**, s. 60.

⁵⁰⁹ Bk. Ulrich Prinz ve Wolf Dieter Hoffmann (Hrsg), **Beck’sches Handbuch der Personengesellschaften Gesellschaftsrecht- Steuerrecht**, 4. Aufl, München, 2014 (Anıltış: ilgili bölüm yazarı/BHB), § 8, Rn. 132; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB §738, Rz. 6; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rn. 4; **Wiedemann, Herbert**: Gesellschaftsrecht- Band II: Recht der Personengesellschaften, München 2004, s. 394; Roland Baumann, **Abfindungsregelungen für Ausscheidende Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften-eine empirische Untersuchung**, Stuttgart, 1987, s. 143; **Baştuğ**, Temel İlkeler, s. 45, 122; Mirella Buxbaum- Caroni, **Die Vermögensrechtliche Stellung des Komanditars**, Zürich, 1987, s. 160. Ayrılan ortak, ortaklık ile olan ilişkilerinde tıpkı üçüncü bir kişi gibi değerlendirilir. Bu yönde bk. **Bollmann**, s. 60; Hanife Dirikkan Öztürk, **Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 145. *Karsten Schmidt* de ortaklık sıfatının sona erdiği durumları sayarken açıkça çıkma ve çıkarılma (üst kavram: Ayrılma) terimlerine yer vermiştir. Bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 552. Bu nedenle, ayrılma anının tespiti önem taşır. Fakat hali hazırda doğmuş alacaklar veya haklar bunun istisnasıdır. Bk. **Staudinger/Habermeier**, BGB § 738, Rz. 2.

⁵¹⁰ Ancak, ortaklıktan ayrılmanın mali bir sonucunu teşkil eden “ayrılma payı”nın, ortaklık sıfatının içeriğine dahil olup olmadığı kanaatimizce tartışmalıdır. Ortaklık sıfatının, ayrılma payı talebini de kapsadığı yönünde bk. Torsten Schöne, **Gesellschafterausschluss bei Personengesellschaften-Hinauskündigung, Ausschluss aus absoluten und sachlichen Gründen**, Köln, 1993, s. 26; Robert Röttger, **Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaften**, Heidelberg, 1989, s.164- 165. Son yazara göre, ortağın ortaklıktan ayrılmasıyla tasfiye payı ayrılma payı alacağına dönüşür. Yani özü itibarıyla, tasfiye payı ile ayrılma payı özdeş alacaklardır. Bu nedenle, ayrılma payı da ortaklık sıfatının mameleki içeriğine dahildir. Yazar, daha da ileri giderek bu alacağı emredici haklar sınıflandırmasına sokmaktadır (s. 170). Yine ortağın ayrılması durumunda, tasfiye payının ayrılma payı alacağına dönüştüğü yönünde bk. **Hueck**, OHG, s. 448. Gerçekten de her iki alacak, ortaklık ilişkisinin sona ermesi sonucunda ortaya çıkmaları itibarıyla benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, her iki alacağın kendine özgü özellikleri olduğu da unutulmamalıdır.

⁵¹¹ Denetleme hakkının yerini BGB 810’a dayanan “bilgi alma hakkı” alır. Bk. MüKo/**Schäfer** BGB § 738 Rn. 6-7; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth**, BGB § 738, Rz.6. BGB § 810 normu, belgelerin incelenmesini konu edinen genel bir haktan bahsetmektedir. Bk. Münch. Handbuch-**Weipert**, § 8, Rn. 14. Çıkarılan ortağın inceleme hakkı BGB §810’a yöneliktir. Bk. **Hartmann**, s. 88. Türk hukuku bakımından bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s.203- 204, dn. 28.

yönetmel haklar da aynı akıbeteye uğrarlar. Yine, bir ortağa belirli özellik veya yetenekleri dolayısıyla bazı özel hakların bahşedilmesi durumunda da sonuç aynıdır. Bununla birlikte, kanun koyucu ayrılan ortağın⁵¹² belirli hak ve yükümlerinin ayrılmaya rağmen devam edeceğini öngörmüştür. Sözleşmeyle de birtakım yükümler ayrılmaya sonrasına sirayet etmesi amaçlanabilir⁵¹³ (özl. Rekabet yasağı). Tüm bu meselelerin daha iyi kavranabilmesi açısından öncelikle ortaklık sıfatı kavramının yakından incelenmesi gereklidir.

A. Kısmi Tasfiye Teorisi Çerçevesinde Ortaksal Hakların Akıbeti

Alman hukukunda *Wieland*'in öncülüğünü ettiği bu yaklaşım, ortak ile ortaklık arasındaki hukuki bağın ayrılma anında değil, sermaye alacağının ödendiği ve tamamlanmamış işlerin sonuçlandırıldığı anda kesileceğini savunmuştur⁵¹⁴. Yazar, ayrılmayı kısmi sona erme olarak nitelendirmektedir⁵¹⁵. Bu görüşe göre ortak, ayrılma anında ortak ve iştirak halinde malik olma statüsünü yitirmez⁵¹⁶. Yazar, ayrılan ortağın hukuki konumunun sosyal ve bireysel saiklerden oluşan karma bir karaktere sahip olduğunu belirtmektedir. Ayrılan ortak, sermaye alacağı (ayrılma payı) ve kendisine düşen kazanç payı⁵¹⁷ ödeninceye değin ortak olarak kalmaya devam eder. Ayrılan ortak tasfiyeye iştirak etmekle yükümlüdür, eğer sermaye alacağının derhal ödenmesi olanağı mevcut değilse ortaklıktan hesap isteyebilir. Ayrılan ortak, diğer ortaklar tarafından temsil edilir. Yine, devam eden işler kötü yönetim sebebiyle ayrılan ortağın zararına olacak şekilde sonuçlanmışsa, bu zararın giderilmesini talep edebilir. Yazar bu tür durumlar ayrık tutulursa, ayrılan ortağın ortaklık statüsünün ayrılma anında sona erdiği yönünde bir izlenim edinmektedir. Örneğin, ayrılan ortak bundan böyle ortaklığın yönetim ve temsil işlerine katılamaz⁵¹⁸, hakimiyet haklarını kullanamaz.

⁵¹² Bu çalışma açısından "ayrılan ortak" terimi, "çıkan veya çıkarılan ortak" anlamını taşıyacak biçimde kullanılmıştır.

⁵¹³ Ayrılan ortağa sadece sözleşme sonrası sadakat yükümü yüklenebileceğine ilişkin bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rn. 4.

⁵¹⁴ Yazar, bu iki unsurun birlikte gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Yani tamamlanmamış işler henüz sonuçlandırılmamışsa, ayrılan ortak, ortak olarak kalmaya devam edecektir. Yine yazarın bu görüşü için bk. **Buxbaum-Caroni**, s. 158.

⁵¹⁵ Bk. **Wieland**, s. 717.

⁵¹⁶ Bununla birlikte yazar, hâkim öğretinin, ortaksal hak ve yükümler sona ermesi açısından ayrılma anını ölçü aldığını da söylemektedir. Bk. **Wieland**, s. 719, dpn. 20.

⁵¹⁷ Burada kast edilen, tamamlanmamış işlerden doğan kâr payı olsa gerektir.

⁵¹⁸ Yine bk. **Buxbaum-Caroni**, s. 158- 159.

Dolayısıyla onun ortaksal talepleri tıpkı üçüncü kişi alacaklının ileri sürdüğü talepler gibi ele alınır. Ortaklığın iflası halinde ayrılan ortağın sermaye alacağı normal bir ortaklık alacağı gibi işlem görür⁵¹⁹.

Yazar ayrılmanın hukuki sonuçları açısından, iç ilişkide *ayrılma sebebinin gerçekleştiği anın* yani ayrılma anının kıstas alınması gerektiği görüşündedir. Yani, alacaklının fesih bildiriminde bulunması halinde faaliyet yılının sonunun; ortağın iflası halinde iflasın açıldığı tarihin, bir ortağın ölümü halinde ise ortağın ölüm anının esas alınması icap eder⁵²⁰.

Wieland'ın bu görüşü Alman öğretisinde çeşitli gerekçelerle eleştiriye uğramıştır. Örneğin *Riegger'e* göre Wieland, ortaklığın sona ermesi ile bir ortağın ortaklıktan ayrılmasının birbirinden oldukça farklı kavramlar olduğunu göz ardı etmektedir. Sona erme ortaklık ilişkisini herhangi bir şekilde etkilemezken, iki kişilik bir ortaklıkta ortaklardan birinin ayrılması (*Austritt*⁵²¹) ortaklığı kesin ve nihai surette ortadan kaldırır. Ortaklığın sona ermesi, ortaklık sıfatına etki etmemektedir. Ortaklık, elbirliği ortaklığı olarak varlığını sürdürür. Öte yandan ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümler iç ve dış ilişkide uygulama alanı bulmaya devam eder. Yazar, BGB § 730'un yanlış anlaşılmaya elverişli biçimde formüle edildiği düşüncesindedir. Adı geçen düzenlemedeki “devam etmiş sayılır, *gilt als fortbestehend*” ibaresi, daha ziyade ortaklığın fiilen varlığını sürdürdüğü yönünde yorumlanmalıdır. Bununla birlikte, sona ermeyi takiben ortaklık amacı değişime uğrar. Örneğin, daha evvel bir ticari işletmenin işletilmesi amacına yönelmiş bulunan kollektif veya adi komandit ortaklık, sona erme sebebinin gerçekleşmesi ile beraber ortaklığın tasfiyesi amacına yönelecektir. Ancak ortaklık amacında meydana gelen bu değişiklik, ortaksal bağın çözülmesini gerektirmemektedir (ayrılmadan farklı olarak). Burada olsa olsa, faal (aktif) bir ortaklıktan tasfiye halindeki bir ortaklığa dönüşüm söz konusudur. Buna karşılık, bir ortağın ayrılması ortaklık sıfatının derhal ortadan kalkması sonucunu doğurur. İki kişilik bir ortaklık ise, bu olayla doğrudan doğruya varlığını yitirir. Yani, bu gibi hallerde halen devam eden bir ortaklığın tasfiyesinden söz edilemez. Sona erme ve

⁵¹⁹ Bk. **Wieland**, s. 718- 719.

⁵²⁰ Nitekim bk. **Wieland**, s. 721.

⁵²¹ İlginçtir ki yazar, bu görüşlerini açıklarken üst kavram niteliğindeki “*Ausscheiden- Ayrılma*” teriminden ziyade “*çıkma*” anlamında kullanılan “*Austritt*” sözcüğünü tercih etmiştir. Bk. Bodo Riegger, **Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft**, Karlsruhe, 1969, s. 92 vd.

hukuki varlığın kaybı aynı zamanda gerçekleşir. Yazar bu sebeple, ayrılan ortağın kendisine ayrılma payı alacağı ifa edilinceye dek ortaklık sıfatını korumasının mümkün olmadığı kanısındadır. Zira ortaklık malvarlığı üzerindeki elbirliği ile hak sahipliği, ortaklık sıfatının bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla ortaksal ilişkinin sona ermesi, malvarlığındaki payın da sona ermesi anlamına gelir. Artık ortak sıfatı taşımayan bir kimsenin, buna rağmen ortaklık malvarlığı üzerinde iştirak halinde hak sahibi olması düşünülemez. Yazar bu sonuca, BGB § 719/1 hükmünden yola çıkarak ulaşmaktadır⁵²².

B. Çıkma ve Çıkarılmanın Yönetim ve Temsil Hakkına Etkisi

1. Karşılaştırmalı Hukukta

Çıkma ve çıkarılmanın en önemli sonuçlarından biri de ortağın yönetim yetkisini⁵²³ yitirmesidir⁵²⁴. Adi ortaklığa egemen “özden yönetim” prensibi, sözleşme veya kararla bir veya birden çok ortağa veya üçüncü kişiye devredilmedikçe yönetim yetkisinin tüm ortaklara ait olduğunu buyurmaktadır⁵²⁵ (OR Art. 535/1). Yönetim yetkisini kaybeden ortağın, temsil karinesi gereğince⁵²⁶ dış ilişkide temsil yetkisi de sona erer. Ancak adi ortaklıklarda, kollektif ve adi komandit ortaklıktan farklı olarak, aleniyet fonksiyonu icra eden bir sicil bulunmaması özellikle temsil bağlamında birtakım sorunlar yaratabilir. Bu sorunlara aşağıda temas edeceğiz.

Yönetim yetkisinin kaybının bazı hüküm ve sonuçları vardır: Her şeyden önce, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekaletsiz iş görme esaslarına göre belirlenecektir⁵²⁷! Zira, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki hukuksal ilişkinin vekalet niteliğinde olduğu kanun koyucu tarafından gayet açık biçimde dile

⁵²² Yazarın açıklamaları için bk. **Riegger**, s. 92- 93.

⁵²³ Şahıs ortaklıkları hukukunda yönetim hem bir hak hem de yükümlülüktür. Bk. **Bollmann**, s. 61; **Siegwart**, OR Art. 535, No. 16; **Wieland**, s. 561- 562; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 128; **Larenz**, BT, s. 349; **Şener**, Ortaklıklar, s. 47.

⁵²⁴ Yönetim hak ve yükümünün-kural olarak- ayrılma ile sona erdiği yönünde bk. **Wieland**, s. 574.

⁵²⁵ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 61; benzer açıdan bk. **Wieland**, s. 561; **Şener**, Ortaklıklar, s. 48. *Von Steiger*, her ortağın “doğuştan” yönetim yetkisi ile donatıldığının altını çizmektedir. Bk. **Von Steiger**, s. 398.

⁵²⁶ Temsil karinesi hakkında bk. **Bollmann**, s. 61.

⁵²⁷ *Bollmann*, ayrılan ortağa diğer ortaklar tarafından yönetim yetkisi açıkça bırakılmadığı sürece, ayrılan ortağın vekaletsiz iş gören konumunda olduğunu söylemektedir. Bk. **Bollmann**, s. 61.

getirilmiştir (OR Art. 540). *Bollmann*, ayrılan ortağın ortaklık karşısında herhangi bir üçüncü kişiden farkı kalmadığı argümanına dayanarak, ayrılan ortağa bundan böyle ortaklıklar hukukunun kendine özgü sisteminin uygulanamayacağını öne sürmektedir. Ayrılan ortağa sadece vekalet sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanabilir⁵²⁸.

Ayrılma, ayrılan ortağın yönetim ve temsil yetkilerinin sona ermesini de kuşkusuz beraberinde getirir⁵²⁹. Ancak, Alman Medeni Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir "Fiktion (varsayım)" a yer verilmiştir. BGB § 729 düzenlemesine göre, ortaklık ile olan ilişkisinin kesildiğini henüz öğrenmeden yönetsel alanda işlemler yapan yönetici ortağın (ayrılan), yönetim yetkisinin sürdüğü varsayılır. İç ilişkiyi ilgilendiren bir mesele olan yönetim yetkisinin sürdüğü kabul edildiğinde, bunun dış ilişkide temsil alanına yansımaları olacaktır. Çünkü, yönetim yetkisini elinde bulunduran ortağın, ortaklık sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça temsil yetkisine de sahip olduğu yönünde kanuni bir karine mevcuttur (BGB §714). Söz konusu ortağın, "ayrılmayı henüz öğrenmediği" dönemde⁵³⁰ üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemler adi ortaklığı bağlar⁵³¹. Fakat BGB 729, çıkma bakımından nadiren uygulama alanı bulabilir. Zira BGB 736'da tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan ve bozucu yenilik doğurucu bir niteliğe sahip "çıkma hakkı"ndan söz edilmemektedir⁵³². Kaldı ki, bir an için böyle bir haktan söz edilse dahi, kişinin bizzat

⁵²⁸ Yazarın bu görüşü için bk. *Bollmann*, s. 61- 62.

⁵²⁹ Bk. MüKo/*Schäfer*, BGB § 729, Rn.7-8; *Şener*, Adi Ortaklık, s. 392. Yönetim yetkisinin ayrılma ile kendiliğinden son bulduğu hususunda bk. BK- *Fellmann/ Müller*, OR Art. 539, No. 94.

⁵³⁰ Varsayımın gerçek anlamda işlerlik kazanabilmesi için, ayrılan ortağın ayrıldığını bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi (iyi niyet) şartı aranır. Ortağın, ortaklıktan ayrıldığını ilerleyen bir zaman dilimi içinde öğrenmesi, varsayımı devre dışı bırakır. Bk. MüKo/ *Schäfer* BGB § 729 Rn.9-10; *Erman/ Westermann*, BGB § 729, Rz. 1. Düzenlemenin bu yönüyle, ayrılan ortağın iyi niyetini koruduğu yönünde bk. *Soergel/ Hadding/ Kiessling*, BGB § 729, Rz. 1; *Prütting/ Wegen/ Weinreich/ von Ditfurth*, BGB § 729, Rz. 1.

⁵³¹ Nitekim bu doğrultuda bk. *Henssler/ Strohn/ Kilian*, BGB § 729, Rn. 1-9. Üçüncü kişinin, temsil yetkisinin sona erdiğini bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda ise varsayım etkisini yitirir. Varsayımın dış ilişkide yalnızca iyi niyetli üçüncü kişiler için geçerli olduğuna ilişkin bk. HK- BGB/ *Ingo Saenger*, BGB § 729, Rn. 1- 2; Barbara Dauner Lieb ve Werner Langen (Hrsg), *BGB-Schuldrecht (§§ 241- 853)*, 3. Aufl, Baden Baden, 2016 (Anılış: NK- BGB/ilgili bölüm yazarı), BGB § 729, Rn. 1-6. Hükmün koruduğu hukuki değer, üçüncü kişilerin temsil yetkisinin varlığına duydukları güvenden ziyade, yönetim ve- karine dolayısıyla- temsil yetkisine dair iyi niyetleri olduğu yönünde bk. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann, *Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht*, München, 2017 (Anılış: BeckOGK/ilgili bölüm yazarı), BGB§ 729, Rn. 14.

⁵³² Gerçekten de hükmün lafzından, "otomatik bir ayrılma" dan söz edildiği anlamı çıkmaktadır. Yani BGB § 736'da sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde ortak herhangi bir irade beyanında bulunulmasına gerek kalmaksızın; "*ipsu iure*" ortaklıktan ayrılır. Nitekim bu yönde bk. *Çelikboya*,

kullandığı bir hakkın hukuki sonuçlarını göze aldığını söylemek eşyanın tabiatına uygun düşer. Dolayısıyla BGB 729, sınırlı bir uygulanma yeteneğine sahip bir norm olarak kalacaktır. Daha ziyade çıkarılma bağlamında düşünülebilecektir. Zira, çıkarılma, BGB 737’de herhangi bir biçim koşuluna bağlanmamıştır. Ortağa yapılacak bildirim şekli- sözlü veya yazılı olabilir- çıkarılmanın geçerliliğine etki etmez. Ancak öğretilde, çıkarılmanın bildirim ortağa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağı vurgulanmaktadır⁵³³. Bu çerçevede, bildirim henüz ortağa ulaşmadığı dönemde ortağın çıkarıldığını öğrenmesi olanaklı olamayacağından⁵³⁴, kendisini yönetici ve temsilci sanarak yaptığı hukuki işlemler ortaklığı bağlayacaktır.

2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda ise, Alman hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanımızca TBK m. 514 hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklıktan ayrılan yönetici ortaklara uygulanabilir. Çünkü TBK m.630/1 hükmü, yönetici ortaklar açısından vekalet sözleşmesine ilişkin kurallara yollama yapmıştır. TBK 514 de tıpkı BGB 729 gibi bir “*devam varsayımı*” öngörmektedir⁵³⁵.

Kerem:” Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları”, GSÜHFD 2015/2, İstanbul 2015, s. 201, dn. 23; s. 223, dn. 141.

⁵³³ Örneğin krş. **Prütting/ Wegen/ Weinreich/ von Ditfurth**, BGB § 737, Rz. 7. Yazar, çıkarılmanın geçerli olabilmesi için ortağa bildirim yapılmasının yeterli olduğu kanaatini uyandıracak ifadeler yer vermiştir. Bildirimin ilgili ortağa varması gerektiği hususunda bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 737, Rn.14-15. Her bir ortak bu bildirim yapmaya yetkilidir. Burada bildirim tek başına yapan ortağın, diğer ortaklar tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur.

⁵³⁴ Adi ortaklığın, kollektif ve komandit ortaklıkların aksine ticaret siciline tescil edilmemesi de Alman hukukunda çıkarılmanın ne zaman öğrenildiği hususundaki belirsizliği artırmaktadır. Kollektif ve Komandit ortaklıklarda, ayrılma olgusu, sicile tescili gerekli hususlardan biridir. Tescil ve ilan aleniyeti sağladığından, bu tür ortaklıklarda kişinin ayrıldığı (daha ziyade çıkarıldığını) öğrenmesi daha kolaydır. Türk hukukunda ise, ortağın ortaklıktan ayrıldığını (daha ziyade çıkarıldığını) öğrenmesi daha kolaydır. Zira adi ortaklıktan çıkarılma, yazılı bildirim koşuluna bağlanmıştır. Bu itibarla, hukukumuzda çıkarılmanın ne zaman gerçekleştiği konusundaki belirsizlik yeni yasal düzenleme ile giderilmiştir. Bu bildirim şartı sayesinde ortağın ortaklıktan çıkarıldığı anın tespiti de kolaylaşacaktır. İspat hukuku bakımından da bu hükmün isabetli olduğu söylenebilir. Zira böylelikle bir ihtilaf halinde diğer ortaklar, yazılı çıkarılma bildirimini mahkemeye ibraz ederek çıkarılan ortağın iddiasını çürütebilecektir.

⁵³⁵ TBK 514’ün mehzarı olan OR Art. 406’nın da vekilin iyi niyetinin koruduğuna ilişkin bk. Heinz Hausherr (Hrsg), **Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band VI/2/4**, Bern, 1992 (Anılış: BK- ilgili bölüm yazarı), OR Art. 406, No. 17. Bu kuralın iç ilişkiyi ilgilendirdiği yönünde bk. **CHK- Cordey/ Giger**, OR Art. 406, No. 5. Aynı sonuca sona ermiş bir adi ortaklığın yönetici ortakları için de varılabilir. Ortak, sona erme sebebinin meydana geldiğini bilmiyor ve gerekli özeni gösterse bile bilemeyecek idiyse, onun yönetim yetkisinin devam ettiği varsayılır. Bk. **ZK- Handschin/Vonzun**, OR Art.547, No. 23.

Açıklanan nedenlerle, kanun koyucunun niyeti de amaca göre yorumlandığında, böyle bir çıkarımda bulunmak yanlış olmayacaktır⁵³⁶. Dolayısıyla yorum ilkelerini de dikkate aldığımızda, ayrılan ortağın yönetici ortak olması halinde-elbette aranan maddi koşullar gerçekleşmişse- TBK 514 devreye girecek ve dış ilişkide iyi niyetli üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler ortaklığı bağlayacaktır. Ayrıca TBK m. 641/1 düzenlemesi de bu bağlamda düşünülmelidir. Belirtilen düzenleme, sona ermenin yönetim yetkisine etkisi hususunda benzer bir mantıktan yola çıkılarak tasarlanmıştır. Öyleyse, adi ortaklığın sona erdiği durumlarda devreye giren TBK m. 641/1 hükmü, TBK m. 514 ile de bağlantı kurulduğunda, adi ortaklıktan çıkma veya çıkarılma hallerine de uygulanabilmelidir.

Son olarak belirtilmelidir ki, ayrılmaya rağmen yönetim yetkisinin devamına ilişkin varsayım, münhasıran *yönetici* ortakları ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, ortaklık sözleşmesi veya ortaklar kurulu kararıyla yönetim yetkisi kaldırılmış bir ortak açısından, bu esasın (BGB § 729 düzenlemesinde dile gelen) uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Kuşkusuz benzer durum, yönetim yetkisi ortaklıktan ayrılmadan önce haklı sebeple elinden alınan ortak (TBK m. 629) için de geçerlidir. Yine, ortaklığa üçüncü kişilerin yönetici olarak atanmış olması ihtimalinde de BGB § 729'un uygulanma olanağı yoktur. Keza, anılan madde açıkça *ayrılan ortak* lehine bir varsayım öngörmektedir. Bu da üçüncü kişilerin varsayımdan yararlanmalarını kesin olarak engellemektedir.

C. Ortaklıktan Ayrılmanın Tacir Sıfatına Etkisi

Birden fazla gerçek kişinin bir ticari işletmeyi adi ortaklık biçiminde işletmesi durumunda, her bir ortak ayrı ayrı tacir sıfatı kazanır. Zira adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Burada, ortaklık sıfatı ile tacir sıfatı deyim yerindeyse “el ele yürümektedir”. Bu iç içe geçmişlik, ortağın ortaklıktan ayrılması halinde tacir sıfatının da sona ermesi neticesini doğurur. Çıkan veya çıkarılan ortağın tacir sıfatının kaybında “*ayrılma anı*”nın esas alınması gerekir. İİK m. 44 anlamında ticareti terk

⁵³⁶ Alman hukukunda *Kiessling* de BGB 729'la ilgili açıklamalarında benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Yazar, BGB 674 (vekaletin devamı fiksiyonu) ile 729'un birbirleriyle uyumlu olduğunu da altını çizmektedir. Bk. **Soergel/ Hadding/ Kiessling**, BGB § 729, Rz.1. *Westermann* da BGB 729'un BGB 674 hükmünün hukuksal düşüncesine uygun olduğunu ifade etmektedir. Bk. **Erman/ Westermann**, BGB § 729, Rz. 1.

eden tacir konumuna gelir. Ayrılan ortak 1 yıl süreyle daha iflasa tabi tutulur. Bu çıkarımın alacaklıların lehine olduğu kuşkusuzdur. Tacir sıfatının sona ermesi bakımından, adi ortaklığın iki veya daha fazla ortaktan oluşması herhangi bir önem taşımaz.

Tüzel kişi tacirlere gelince; onlar adi ortaklıktan ayrılırlar dahi tacir sıfatlarını yitirmezler. Zira, onların tacir sıfatı adi ortaklığın ortağı olmalarına bağlı değildir⁵³⁷. Dolayısıyla, yukarıda gerçek kişi tacirlerle ilgili olarak yapılan açıklamalar tüzel kişi tacirler için geçerli değildir.

D. Ortaklıktan Ayrılmanın Açılmış Davalara Etkisi

1. Genel Açıklamalar

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması, elbirliği ortaklığını doğrudan ilgilendiren davalarda ortakların birlikte hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Davacı ortaklar arasında oluşan zorunlu dava arkadaşlığı, dava devam ederken ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılması durumunda onun taraf konumuna doğrudan doğruya etki eder. Davacı ortaklardan birinin ayrılması, onun açısından bakıldığında ortaklık sıfatının sona ermesi ve buna bağlı olarak, açılan davayı sürdürmede herhangi bir hukuki yararının kalmaması sonucunu beraberinde getirir. Keza, ortaklığı ilgilendiren bütün davalarda- ayrılan ortak davayı şahsi alacağı veya borcu için açmadığı sürece- ortaklık sıfatının yitirilmesi, ortağın bu sıfatıyla adeta içi içe geçen hukuki yararının da ortadan kalkması anlamına gelir.

2. Meselenin Münferit Dava Türleri Bazında Ele Alınması

Ortaklık sıfatının, adi ortaklığa ilişkin bazı davaların ön şartını oluşturduğuna yukarıda değinmiştik. Bu olgu, münferit dava türleri açısından önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, ortaklık sıfatının ön planda durduğu bu tip davalara yer verilmek suretiyle meselenin özünün anlaşılmasına gayret edilmiştir.

⁵³⁷ Örneğin, bir fabrika işleten adi ortaklığa bir limited ortaklığın (tüzel kişi tacir) ortak olduğunu varsayalım. Limited ortaklık, adi ortaklıktan ayrıldığında ortak sıfatını yitirir, ancak tacir sıfatı devam eder. Zira, kanunda yazılı şartları yerine getirmiş ve ticaret siciline tescil edilmiş bir limited ortaklık, tacir sıfatını kanunen edinir. Görüldüğü üzere, ortaklık sıfatı ile tacir sıfatının iç içe geçmişliği münhasıran gerçek kişi tacirlerde uygulama bulur.

a. Actio Pro Socio (ortak davası)

Adi ortaklık hukuku, hatta genelleme yapılacak olursa tüm kişi ortaklıkları hukukunda ortak davasının ayrı bir önem taşıdığına kuşku yoktur. Kökleri Roma Hukuku'na değin uzanan ortak davası⁵³⁸, günümüz modern hukuk sistemlerinde ise bambaşka bir kimliğe bürünmüştür. Gerçekten, ortak davasının günümüzde yalnız katılma payı borcu için değil, aynı zamanda yönetici ortakların yükümlülükleri bakımından da fonksiyon gösterdiği görülmektedir. Buna karşılık sözü edilen dava türünün, asıl işlevini katılma payı alacağının tahsilinde gösterdiğini söylemek yanlış olmaz.

Dava, tüm ortaklara bireysel olarak tanınan bir hak niteliğine sahiptir. Yani her bir ortak, diğer ortakların rızasını almaksızın bu davayı açabilir. Davada, katılma payının davacı ortağa değil, aksine ortaklığa (yani tüm ortaklara- zira adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır) ifası talep edilir. Bu davanın konusunu oluşturan katılma payı, tamamen ortaklık ilişkisinden kaynaklanan bir taleptir. Dolayısıyla, davacı tarafta yer alacak kimsenin *ortaklık sıfatı taşıması şarttır*⁵³⁹. Öyle ki *Yongalık*, ortak davasını konu edindiği eserinde bu hususun “tartışmasız koşul”lardan biri olduğuna işaret etmiştir⁵⁴⁰. Davacının ortaklık sıfatı taşıma zorunluluğu, kaçınılmaz olarak, ortağın davayı açmadan önce ortaklıktan ayrılması durumunda dava hakkının düşmesi sonucunu doğurmaktadır⁵⁴¹. Aynı şekilde, dava devam ettiği sırada davacı ortağın ortaklıktan ayrılması halinde dava, ilgili ortak (ayrılan) bakımından konusuz kalacak ve düşecektir⁵⁴². Bunun en temel nedenlerinden biri de ortak davasında ortaklık sıfatı ile hukuki yarar şartının adeta iç içe geçmiş olmasıdır. Yani ortaklıktan ayrılan bir ortağın, *actio pro socio*’yu sürdürmede hukuki menfaatinin bulunduğu söylenemez.

⁵³⁸ Roma Hukuku döneminde *Actio Pro Socio* “ortaklık davası- Gesellschaftsklage” olarak biliniyordu. Bu davanın açılması ile birlikte ortaklık sona eriyordu. Bk. Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 6. Aufl, Berlin Heidelberg New York, 2006, s. 154. Bu davanın, günümüz hukukunda “ortak davası” olarak adlandırılan ve bir ortağın diğer bir ortağa yöneltebildiği dava ile karıştırılmaması gerekir (s. 154, dpn. 2).

⁵³⁹ Ortak davasının temelinde yatan talebin, ortaklık sıfatı ile bağlantılı olduğu hususunda bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 29; Barbara Grunewald, **Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH**, Tübingen, 1990, s. 8 (Anılış: Gesellschafterklage).

⁵⁴⁰ Nitekim bk. **Yongalık**, Ortak Davası, s. 62.

⁵⁴¹ Bu yönde bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 144.

⁵⁴² Aynı yönde bk. **Yongalık**, Ortak Davası, s. 63.

Kanaatimizce asıl mesele, davalı ortağın ortaklıktan ayrılması olasılığında bunun davanın seyrine etki edip etmeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Burada önemli olan; ortağın ortaklıktan ayrılması ile katılma payı borcunun ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesidir.

b. Ortağın Şahsi Alacaklı veya Borçlu Sıfatı Taşdığı Davalar Bakımından

Ancak bazı davalar bakımından bu esasın körü körüne benimsenmesi düşünülemez. Örneğin, ortağın ortaklıktan ayrılmasından önce doğmuş kâr payı veya ücret vb. mali haklara ilişkin olarak ortaklığa yöneltilen davaların ayrılmaya rağmen devam edeceği açıktır. Keza, ortak bu tür davaları açarken ortak sıfatından ziyade kişisel alacaklı sıfatına dayanmaktadır. Çünkü kâr payı veya ücret vb. alacaklar, münhasıran o ortağın şahsi malvarlığını ilgilendirmektedir. Kısacası, bu tür davalarda ortak sıfatı değil, ortağın alacaklı sıfatı ön planda durmaktadır. Dolayısıyla davacı ortağın ortaklıktan ayrılması, bu tip davalara herhangi bir etkide bulunmaz. Yine, ortaklık veya ortağın üçüncü kişi olarak değerlendirildiği bir işleme dayalı borç sebebiyle açılan dava da ayrılmadan etkilenmez. Örneğin, ortaklık ile ortak arasında düzenlenen kira sözleşmesi gereğince, kiracı konumundaki ortağın kira bedelini ödemedede temerrüde düştüğünü varsayalım. Kiracı ortağa karşı açılacak davanın temelini ortaklık ilişkisi değil, aksine kira ilişkisi oluşturmaktadır. Dolayısıyla dava esnasında ortağın ortaklıktan ayrılması, davayı herhangi bir surette etkilemeyecektir. Yani dava, ayrılmaya rağmen görülmeye devam edecektir.

c. Ortağın Müteselsil Borçlu Sıfatı Taşdığı Davalar Bakımından

Bir ortağa karşı, ortaklık borcundan ötürü onun müteselsil borçlu sıfatına istinaden şahsen dava açılmışsa (*Gesamtschuldsklage*), yani dava yalnızca ayrılan ortağa yöneltilmişse, ortağın ortaklıktan ayrılması açılan bu davaya etki etmez⁵⁴³. Dava, ayrılmaya rağmen görülmeye devam edecektir. Çünkü burada da ortaklık sıfatı değil, aksine davalı ortağın “müteselsil borçlu” sıfatı ön plandadır.

⁵⁴³ Bu hususta isabetle bk. MüKo/Schäfer, BGB § 738, Rn. 5.

II. ORTAKLIK MALVARLIĞINDAKİ PAYIN DİĞER ORTAKLARA GEÇİŞİ (ANWACHSUNG, BGB § 738, TBK 634)

A. Ön Açıklamalar

Ortaklık sıfatının sona ermesinin zorunlu neticelerinden biri de ortaklık malvarlığındaki payın diğer ortaklara geçişidir⁵⁴⁴. Alman ve İsviçre hukuk literatüründe “*Anwachsung*”⁵⁴⁵ olarak adlandırılan bu kavramın doğrudan bir çevirisini yapmak güçtür. “*Pay geçişi*” biçiminde bir çeviri ise *paydan* ne anlaşılması gerektiği noktasında birtakım yorum sorunları yaratabilir. Aslında mehz BGB 738’in ifadesi açık ve nettir: “ortağın ortaklık malvarlığındaki payı diğer ortaklara geçer.” Ne var ki, BGB § 738’in karşılığı TBK 634/1 ‘de “çıkan veya çıkarılan ortağın payı” ifadesine yer verilmiştir. Buradaki *pay* sözcüğü çeşitli anlamlar taşıyabileceğinden⁵⁴⁶, hükmün yorumunda mehz düzenlemenin ölçü alınması gerekir.

Biz, “ortaklık malvarlığındaki pay” ile “ortaklık payı” arasındaki farklılığı ortaya koymaya çalışacağız. Zira ancak bu sayede BGB § 738 ve buna paralel olarak TBK 634 düzenlemelerinin gerisinde yatan amaç kavranabilir. Ortaklık malvarlığındaki payın tarihsel gelişimine değinmek, “*Anwachsung*” teriminin anlamlandırılması bakımından önem taşımaktadır.

⁵⁴⁴ Bu hususta bk. NK- BGB/ **Jessica Hanke**, BGB § 738, Rn. 4- 5.

⁵⁴⁵ Bu hususta birçokları yerine bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 369 vd; Karsten Schmidt, “Anwachsung: was ist das... gibt es das noch? - Gedanken zu BGB § 738 Abs. 1 Satz. 1 vor dem Hintergrund der ‘Gesamthandsdiskussion’”, **Festschrift für Ulrich Huber zum siebsigsten Geburtstag**, Tübingen, 2006, s. 969 vd (Anılış: *Anwachsung*).

⁵⁴⁶ Gerçekten de pay denildiğinde akla ilkin “ortaklık payı” gelmektedir. Ortaklık malvarlığındaki pay ise başka bir kavram olup, ortaklık payına nazaran daha dar kapsamlı bir içeriğe sahiptir.

B. Ortaklık Payı Kavramı (*Gesellschaftsanteil*⁵⁴⁷)

Ortaklık payı bir ortağın ortaklık içinde bulunduğu konumun⁵⁴⁸, diğer bir deyişle ortaklık sıfatının varlık nedenini oluşturur⁵⁴⁹. Ortaklık payı olmaksızın ortaklık sıfatı düşünülemez. Bu iki kavram- teorik bazda- aynı akıbete tabi olurlar. Adi ortaklıkta her ortağın bir ortaklık payı vardır ve payın devri, ortaklık sıfatının devrini de kapsar⁵⁵⁰. Ortaklık payı en yalın tanımla, ortağın ortaklığa katılımını ifade eder. Dolayısıyla yalnızca malvarlıksal hakların değil, aynı zamanda ortağın şahsına bağlı yönetsel hakların da kaynağıdır⁵⁵¹. Özetle, ortaklık payı ortaksal hak ve yükümlerin toplamıdır⁵⁵².

Doktrin ve yargıda ortaklık payı ile ortaklık sıfatının özdeş kavramlar olarak kullanıldığına rastlanmaktadır⁵⁵³. Ancak, *Bippus*'un isabetle belirttiği üzere bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Ortaklık sıfatı, bir kimseye bir şahıs birliği veya topluluğun üyesi olduğu için bahşedilen statüyü ifade eder. Bu topluluk hukuken örgütlenmiş bir kişi birliği şeklinde karşımıza çıkabilir. Buna karşılık ortaklık payı, ortağın iç ilişkideki hak ve yükümlülüklerini, bir başka anlatımla diğer ortaklar karşısındaki hukuki durumunu somutlaştırmaktadır⁵⁵⁴.

Ortaklık payının olmazsa olmaz elementleri (*condictio sine qua non*); *a*) ortaklık malvarlığı üzerinde tüm ortakların ortaklaşa tasarrufta bulunma zorunluluğu- yani elbirliği ile katılım- ve *b*) sınırlı/ sınırsız şahsi sorumluluk rejimidir. Ortaklık

⁵⁴⁷ Doktrinde Baştuğ, bu terimi "*sermaye payı*" olarak Türkçeye çevirmiştir. Bk. **Baştuğ**, Çıkarılma, s. 17. Oysaki ortaklıklar hukukunda sermaye payı ifadesinin karşılığını "*Kapitalanteil*" terimi oluşturmaktadır. Dolayısıyla yazarın bu tercümesini doğru bulmuyoruz. Kuşkusuz "pay" kavramı ile ilintili terminolojide yeknesaklık bulunmaması bu tarz karışıklıkları beraberinde getirmektedir. "*Gesellschaftsanteil*" teriminin "ortaklık payı" şeklindeki isabetli çevirisi için bk. Ertan Demirkapı, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 16, dpn. 45.

⁵⁴⁸ Ortaklık payı, bir şahıs ortaklığına katılan kişinin, "üye" sıfatıyla sahip olduğu hukuksal statüyü ifade eder. Bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 1; **Graffenried**, s. 18.

⁵⁴⁹ Ortaklık payının, ortaklık sıfatının maddi ifadesi olduğu yönünde bk. Birgit Elsa Bippus, "Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft", **AcP**, C. 195, S. 1, 1995, s. 22.

⁵⁵⁰ Keza Alman Federal Mahkemesi 29. 06. 1981 tarihli kararında, ortaklık payının devrinin ortaklık sıfatının devrini de konu edindiği kanaatine varmıştır. Kararın özeti için bk. **Habersack**, Mitgliedschaft, s. 37. Ortaklık payının devrinin konusu aslında ortaklık sıfatının devridir. Bk. **Huber**, Vermogensanteil, s. 369. Yine bu yönde bk. **Bollmann**, s. 11 vd.

⁵⁵¹ Ortaklık payı, bir ortaklığın üyesine mali ve yönetsel haklara katılma olanağı sunar. Bu yönde bk. **Bippus**, s. 22.

⁵⁵² Bk. **Bippus**, s. 23.

⁵⁵³ Birçokları yerine bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 39, 44; **Huber**, Vermogensanteil, s. 3 vd.

⁵⁵⁴ Bk. **Bippus**, s. 23.

malvarlığına elbirliği ile iştirak etmeyen ve şahsen sorumlu olmayan ortak tipi “*gizli ortak*” tır. Ortaklık payının esaslı unsurları kısmen zorunlu kısmen de ihtiyari olarak görünürler. İhtiyari unsurlar dahi ortaklık payından ayrılamaz. Bu unsurların her ortakta bulunması şart olmasa da üçüncü kişiye bırakılmaları olanaklı değildir. Örneğin, bir ortağın oy hakkının geniş ölçüde veya tamamen kaldırılması mümkün iken, bu hak üçüncü kişiye verilemez. Yine, bir kollektif ortaklıkta temsil yetkisinin her bir ortak tarafından kullanılması zorunlu değil iken, ortak olmayan birine bu yetki tanınmaz. Ancak üçüncü kişinin genel yetkili temsilci, ticari temsilci veya yasal temsilci olarak atanmasına herhangi bir engel yoktur⁵⁵⁵.

Kısacası, “*ortak olmak*” veya “*bir ortaklık payına sahip olmak*”⁵⁵⁶ şu şekilde açıklanabilir: Üyelerinin, ortaklık malvarlığı ve ortaklık sermayesine, karına ve zararına, yönetim ve temsil işlerine katılabildiği bir şahıs çevresine ait olmak⁵⁵⁷. *Huber*, ortaklık payının kompleks bir oluşum teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Heterojen unsurlar bu oluşumun içinde bir araya gelmişlerdir.

C. Ortaklık Malvarlığındaki Pay⁵⁵⁸ (*Anteil am Gesellschaftsvermögen*)

“Elbirliği ile bağlanma” başlığını taşıyan BGB § 719’da ortağın ortaklık malvarlığı ve buna dahil münferit unsurlar üzerindeki payıyla ilgili tasarrufta bulunma yasağı düzenlenmiş, ayrıca ortağın paylaşma talep etme yetkisinin olmadığını da altı çizilmiştir⁵⁵⁹. Teorik düzlemde en büyük tehlike, yukarıda hakkında genel bir bilgi vermeye çalıştığımız ortaklık payı kavramının ortaklık malvarlığındaki pay kavramı ile karıştırılması halinde karşımıza çıkar⁵⁶⁰. Bu sebeple biz, sözü edilen kavramı ortaklık payından ayırt etmeye yarayan argümanlara yoğunlaşacağız.

⁵⁵⁵ Bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 2- 3.

⁵⁵⁶ Yazarın bu ifade tarzı, ortaklık payı ile ortaklık sıfatını aynı anlama gelecek biçimde kullandığını ortaya koymaktadır. Nitekim yazar, eserin çeşitli yerlerinde bu hususa işaret etmektedir. Örneğin bk. **Huber**, Vermögensanteil, s.2, 3, 4.

⁵⁵⁷ Bk. **Huber**, Vermögensanteil, s. 2 vd.

⁵⁵⁸ Aynı yönde çeviri için bk. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 90.

⁵⁵⁹ Benzer bir çeviri için bk. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 96, dñn. 230.

⁵⁶⁰ Adi ortaklığı inceleyen çalışmasında Barlas’ın bu yanlışlığa düştüğü anlaşılmaktadır. Bk. **Barlas**, s. 96 vd. Yazarın ortaklık malvarlığındaki pay ile ortaklık payı kavramlarını eş anlamlı olarak kullandığı göze çarpmaktadır. Yine bk. **Poroy/Tekinalp** (Çamoğlu), s. 67, No. 98g. Yazarlar, *ortaklık payının* diğer ortaklara geçtiğini öne sürmektedir. Oysaki diğer ortaklara geçen “malvarlığındaki pay”dır. Yine, Alman hukukunda *Saenger* de *ortaklık payının* diğer ortaklara doğrudan geçtiğini savunmaktadır. Bk. HK-BGB/**Ingo Saenger**, BGB § 738, Rn. 1- 7.

Bilindiği üzere gerek Türk ve İsviçre gerekse Alman hukukunda adi ortaklık bir elbirliği ortaklığı şeklinde örgütlenmiştir⁵⁶¹. Bu elbirliği ortaklığı veya topluluğunun kendi üyelerinden bağımsız bir malvarlığı mevcuttur⁵⁶². Bununla beraber, ortaklar bu özel malvarlığı niteliği taşıyan ortaklık malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edemezler. Elbirliğinin karakteristik yapısı, bu türden bir tasarrufa izin vermemektedir. Esas olan, ortakların ortaklık malvarlığı üzerinde “ortaklaşa” tasarrufta bulunmalarıdır. Bu nokta, elbirliği topluluklarını paylı mülkiyete dayalı topluluklardan ayırmaktadır⁵⁶³. Sözü geçen prensip (elbirliği ilkesi), aksine bir anlaşma yapılmadığı sürece “oybirliği ile hareket” esasını da beraberinde getirmektedir.

İşte ortağın malvarlığındaki pay münhasıran onun elbirliği malvarlığındaki hak sahipliğini, hukuki yetkisini ilgilendirmektedir⁵⁶⁴. Keza “*Anwachsung*” olarak adlandırılan hukuksal olgu *bu payın* diğer ortaklara geçişini sembolize eder.

D. Ortaklık Malvarlığındaki Payın Geçişi

1. Birden Fazla Ortaktan Oluşan Ortaklıkta

Ayrılan ortak, ayrılma anında elbirliği ortaklığının bir üyesi olma durumunu yitirir. Ortaklık malvarlığına dahil değerler üzerindeki aynı (eşya hukukuna dair) hak sahipliği sona erer. BGB 738’de açıkça ifade edildiği gibi, “ortaklık malvarlığındaki payı diğer ortaklara geçer”. Bunun anlamı, ortaklık malvarlığının artık diğer ortaklara ait olduğudur⁵⁶⁵. Yani ayrılan ortak açısından, ortaklık malvarlığı ile arasındaki hukuki bağ kesilmiştir. Diğer ortakların hukuki konumlarında bir genişleme meydana gelir⁵⁶⁶, çünkü birlikte hak sahipleri çevresi daralmış ve birlikte hak sahiplerinin varlığından

⁵⁶¹ Bu, doğmatik bir zorunluluk teşkil etmez. Zira ortaklık sözleşmesiyle adi ortaklıktaki hak sahipliği “paylı hak sahipliğine” dönüştürülebilir. Benzer doğrultuda bk. **Barlas**, s. 98- 99. Kuşkusuz yazarın da belirttiği gibi, paylı mülkiyet esasının getirilebilmesi tüm ortakların sözleşme değişikliğine rıza göstermelerine bağlıdır.

⁵⁶² Bu hususta bk. **Barlas**, s. 83.

⁵⁶³ Gerçekten bu tip topluluklarda her paydaş payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir (BGB § 747 Satz.1).

⁵⁶⁴ Dolayısıyla, bir ortağın elbirliği ile hak sahipliği, onun elbirliği malvarlığı karşısındaki durumu ile yakından ilgilidir. Bu ise ortaklık sıfatının mameleki (malvarlıksal) yönünü oluşturur. Bk. **Wiedemann**, *Übertragung*, s. 32, dñn. 1.

⁵⁶⁵ Benzer olarak bk. **Yongalık**, *Sermaye Payı*, s. 103.

⁵⁶⁶ Benzer yönde bk. **Bollmann**, s. 76- 77. Böyle bir “gizli genişleme” örneğin oy hakkında olabilir.

doğan sınırlamada da azalma gerekleŒmiŒtir. Buna karŒılık, “*Anwachsung*”da, gerçek anlamda bir halefiyetten söz edilemez. Çünkü buradaki birlikte hak sahipliğinin türü “paylı” değil, aksine “iŒtirak halinde” hak sahipliğidir- ki diğer ortakların paylarının miktarına bağlı bir geiŒ söz konusu deđildir⁵⁶⁷. Bu netice kendiliğinden gerekleŒmekte olup⁵⁶⁸, ortaklık malvarlığının özel bir iŒleme devrini gerektirmez⁵⁶⁹. Bunun sebebi, ayrılma ve ortaklığın ayniyetini sürdürmesinin elbirliği mülkiyeti üzerinde herhangi bir etki yaratmamasıdır. DeđiŒen daha ziyade elbirliği ortaklığının ye bileŒkesidir ki bu da Œekle bağlı deđildir⁵⁷⁰.

Bollmann'a göre, ayrılma ile diğer ortaklar (yazarın deyimiyle *ortaklığı sürdüren ortaklar*) ayrılan ortağın tasarruf kudretini/ yetkisini alırlar. Hukuki yetki bakımından deđiŒen bir Œey olmaz, zira önceden olduğu gibi Œimdi de yetki ortaklık malvarlığının bütününe iliŒkindir. Bunun istisnasına örnek olarak, ortaklık szleŒmesinde kararlaŒtırılmıŒ olması kaydıyla, birtakım eŒya veya hakların ortaklık malvarlığından söküp alınması verilebilir. Ayrılma ile azalan ortak çevresi, “ortaklaŒa hareket” esasına etki etmez. Ortakların *oransal* bir tasarruf kudretleri bulunmamaktadır. Buna paralel olarak, bir ortağın ayrılması halinde diğer ortakların tasarruf kudretlerinde “*oransal*” bir artıŒ gerekleŒmez⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Bk. **Hueck**, OHG, s. 447; **Windbichler**, s. 88. Hal böyle iken TBK 634'n “payları oranında...” ifadesine yer vermiŒ olması BGB 719 ve 738'in yanlıŒ çevirisinden mi kaynaklanmaktadır? Yoksa “*Anwachsung*” olgusu kanun koyucu tarafından yanlıŒ mı algılanmıŒtır? Elbirliği topluluklarında, oranı veya miktarı belli bir paydan söz edilemez. Nitekim mehaz BGB 738'de sadece “diğer ortaklara geçer” denilmektedir. “Payları oranında” ibaresi madde metninden kaldırılıncaya kadar hükmün mehaz norma uygun Œekilde yorumlanması gerekecektir.

⁵⁶⁸ GeiŒin “kendiliğinden” meydana geldiğini vurgulamak amacıyla olsa gerek, TBK 634 “kendiliğinden geçer...” ifadesini yeđlemiŒtir. Bu ayrıntıcı üslup bir bakıma hoŒ görülebilir, zira “*Anwachsung*”, Alman hukukunda yıllardır bilinen bir olgu iken, Türk hukukuna ilk kez TBK 634 düzenlemesi ile girmiŒtir. Œphesiz bunda TTK'nin kollektif ve adi komandit ortaklığa tüzel kiŒilik tanınması büyük rol oynamıŒtır. Çünkü İsviçre ve Alman hukuklarında kollektif ve adi komandit ortaklıklar, her ne kadar hak ehliyetini haiz oldukları kabul edilse de birer elbirliği ortaklığıdır.

⁵⁶⁹ Yani ortaklık malvarlığına dâhil değerlerin hukuki iŒleme devri gerekmez. Bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 67, No. 136.; **Windbichler**, s. 88; **Œener**, Adi Ortaklık, s. 393; **Bergsma**, s. 108; **Hoch**, s. 127, No. 357, **Wolf**, s. 15. Kollektif ortaklık bakımından aynı yönde bk. Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf- Henning Roth ve Winfried Morck (Hrsg), **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 8. Aufl, München, 2015 (AnılıŒ: Koller/Kindler/Roth/Morck/ilgili bölüm yazarı), HGB Œ 131, Rn. 8- 21. Aynı hak deđiŒikliđi açısından münferit devir iŒlemlerinin gerekmediği yönünde bk. NK- BGB/ **Jessica Hanke**, BGB Œ 738, Rn. 4- 5. Bununla beraber, ayrılan ortak tapu sicil kaydının düzeltilmesine onay vermekle yükümlüdür.

⁵⁷⁰ Bk. **Hoch**, s. 127, No. 357.

⁵⁷¹ Bk. **Bollmann**, s. 76.

2. İki Kişilik Adi Ortaklıkta

Yalnız iki kişiden oluşan bir adi ortaklıkta malvarlığındaki payın yazgısının ne olacağı sorusu akla gelebilir. Zira iki kişilik adi ortaklıkta ortaklardan birinin ayrılması, ortaklığın sona ererek tasfiye aşamasına girmesine yol açar. Çünkü gerek Türk gerekse Alman ve İsviçre hukukunda adi ortaklığın tek bir ortaktan oluşamayacağı hususunda görüş birliği mevcuttur. Kollektif ve adi komandit ortaklıklar için de aynı esas geçerli olmakla beraber, adi ortaklık ortaklarına tanınmayan bir olanak göze çarpmaktadır: Devralma hakkı. Bu hakkı kullanan ortak, diğeri ortaklıktan çıkarıldığında⁵⁷² ortaklık işletmesini aktif ve pasifiyle birlikte tasfiyeye gerek kalmaksızın devralır (HGB § 140 Abs.1 S.2, OR Art. 579/1). Bu hüküm, kanun koyucunun işletmenin dağılmasını önleme ve sürekliliğini temin etme amacı ile ilintilidir. Aksi takdirde, ortaklık işletmesi ve onun nazarında kamusal menfaatler ortaklar arasındaki çekişme ve hırslara feda edilmiş gözükecektir. Şüphesiz “*işletmenin korunması*” ilkesi ortaklıklar hukukunda oldukça önemli bir fonksiyon icra etmekte olup, ortaklara devralma hakkı bahşedilmesinin hem ekonomik hem de hukuksal dayanağını oluşturmaktadır.

Devralma hakkı, dava yoluyla veya tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılabilen, yenilik doğurucu bir haktır. Hakkın kullanımı ile kollektif ortaklık tasfiyesiz sona ermekte, yerini devralan ortağın işlettiği “tek kişi işletmesi” almaktadır. Yani mevcut hukuki durumu ortadan kaldırıp (kollektif ortaklığın hukuksal kişiliğini ortadan kaldırıp), yeni bir hukuki durum yaratmaktadır. Bu yönü ile bakıldığında devralma hakkı kanımızca “bozucu yenilik doğuran” haklar kategorisine dâhildir.

Adi ortaklıkta ise, yukarıda belirtilen “tek kişilik adi ortaklık yasağı” ortaklığın bir işletme işletip işletmediğini dikkate almaksızın yalınkat bir “tasfiye” sonucunu öngörmektedir. Hâlbuki kanun koyucuyu devralma hakkını tanımaya iten saikler (motifler) adi ortaklık açısından da geçerli olabilir. Üstelik adi ortaklığın bir işletme işletip işletmediğinin herhangi bir önem taşımaması icap eder. Çünkü “işletmenin korunması”, çatı bir prensip olup son tahlilde ortaklığın ayakta tutulmasına hizmet

⁵⁷² Kanaatimizce devralma hakkı çıkarılma ile sınırlanmamalıdır. Çıkma, hatta mirasçılarla devam edilmeyecekse ortaklardan birinin ölümü de hakkın kapsamına sokulmalıdır. İşletmenin korunması prensibi, ancak sözü edilen hakkın geniş bir uygulama alanına sahip olması ile anlam kazanabilir.

eder⁵⁷³. Dolayısıyla devralma hakkı adi ortaklık bakımından da uygulanma yeteneğine sahiptir.

Devralma hakkının, adi ortaklık sözleşmesine monte edilmesi mümkün olduğu gibi, ayrı bir anlaşma biçiminde de yapılabilir. Önceden kararlaştırılmamış olsa bile ortaklıkta kalan ortak, ayrılma esnasında diğer ortak ile bu hususta anlaşabilir. Yapılan anlaşma, adi ortaklığın tasfiyesini engellemeye yöneliktir. Devreden, yani ayrılan ortağın malvarlığındaki payı diğer ortağa kendiliğinden geçer. Böylelikle elbirliği mülkiyeti, devralan ortağın tek başına mülkiyetine dönüşür. Hakların devrinde aranan formalitelere uyulması gerekmez⁵⁷⁴. Bu sonuç, malvarlığındaki payın geçişinin doğal bir yansımasıdır.

Anwachsung sureti ile devralan ortağa geçen, ortaklık malvarlığı mı yoksa işletme mi olduğu sorusunun yanıtlanmasında yarar vardır. Zira, ilgili kanunlarda (HGB, OR, TTK) “işletmenin” devralana geçeceği ifadesine yer verilmiştir. Ancak, tipik adi ortaklıkların herhangi bir iktisadi işletme işletmesi nadiren rastlanılan bir olgudur. Dolayısıyla, Alman hukukunda devralanın *ortaklık malvarlığının* sahibi haline geleceği hususuna dikkat çekilmektedir. Adi ortaklığın işletme işletmesi halinde ise, işletme zaten ortaklık malvarlığının bir parçası olduğundan başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın devralana geçecektir⁵⁷⁵. Burada kolektif ortaklığa özgü bir olanağın adi ortaklığa “niteliğine uygun düştüğü ölçüde” uygulandığı bir durumdan söz edebiliriz. İsviçre hukukunda ise, ticari işletme işleten atipik adi ortaklıklar⁵⁷⁶ bakımından kolektif ortaklığa dair kuralların kıyasen uygulanabileceği yönünde bir

⁵⁷³ Bu sonuca ulaşabilmek için söz konusu ilkenin geniş bir yoruma tabi tutulması gerekir.

⁵⁷⁴ Bk. OG'er LU ZBJV 1997 338 vd. Luzern Eyalet Mahkemesi kararının özeti için bk. Peter Forstmoser ve Diane Freymond, “Entwicklungen im Gesellschaftsrecht- Handelsgesellschaften und Genossenschaften- und im Wertpapierrecht”, **SJZ**, S.22, 1997, s. 439.

⁵⁷⁵ Bu malvarlığı transferinin “*Anwachsung*” yolu ile gerçekleştiği hususunda herhangi bir tereddüt olmasa gerektir. Yine *Anwachsung*'un burada “*külli halefiyet*” şekline büründüğü düşüncesini temsil eden yazarlara da rastlanmaktadır. Örneğin bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 5; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz.137. *Anwachsung*'un aynı zamanda külli halefiyet teşkil edip etmediği Alman hukukunda tartışmalı bir mesele olup, üzerinde görüş birliğine varılamamıştır. Çeşitli görüşleri derleyen bir çalışma olarak bk. Hermann Raible, **Die zweigiedrige BGB-Gesellschaft**, Frankfurt am Main, 2006, s. 220 vd.

⁵⁷⁶ Alman hukuku ise İsviçre ve Türk hukuklarından farklı bir yönde gelişmiştir. Bu hukuk sisteminde, adi ortaklığın ticari bir işletme işletemeyeceği, buna rağmen ticari işletme işletilmesi durumundaysa otomatik olarak kolektif ortaklığa dönüşeceği belirtilmektedir. Bu hususta birçokları yerine bk. **Windbichler**, s. 50; **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 7, No. 7; **Medicus**, BT, s. 229, No. 476. Adi ortaklık, yalnızca ticari işletme boyutlarına ulaşamamış küçük işletmeler bakımından elverişli bir ortaklık formu olarak görülmektedir. Dolaylı olarak bu yönde bk. **Hüffer/Koch**, s. 133, No. 9. Alman hukukundaki bu radikal tutum henüz aşılabilmiş değildir.

görüş ortaya atılmıştır⁵⁷⁷. Bu görüşü savunanların gerekçesi, ticari işletme işleten adi ortaklığın yapısal açıdan kollektif ortaklığa yaklaştığıdır. Elbette İsviçre hukukunda hem adi hem de kollektif ortaklığın tüzel kişilikten yoksun olmaları bu tarz düşüncelere kapı aralamaktadır. Bu görüşün yalnız iki kişiden oluşan ve ticari işletme işleten adi ortaklıktaki izdüşümü, kuşkusuz OR Art. 579/1 hükmünün uygulanması biçiminde ortaya çıkacaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar değerlendirildiğinde, Alman hukukundaki görüşün Türk hukukuna aktarılması en isabetli çözüm olacaktır. Zira, ticari işletme işletmeyen adi ortaklıkları devralma hakkının kapsamı dışında bırakmak için hiçbir sebep yoktur. Bu sebeple biz, ticari işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın tüm adi ortaklıklarda devralma hakkının uygulanabileceği kanaatini taşıyoruz.

Böylelikle, kalan ortak (devralan) tasfiyesiz sona eren adi ortaklığın malvarlığı üzerinde tek başına söz sahibi olur⁵⁷⁸. Ortaklık malvarlığına giren değerler geniş yorumlanmalıdır: Bu bir işletme olabileceği gibi, bağımsız bir ekonomik değere sahip unsurlar da olabilir. Know how, müşteri çevresi, gayri maddi haklar bu çerçevede örnek gösterilebilir. Kısacası ortaklık malvarlığı, ekonomik değeri haiz her türlü unsuru- işletme de dahil- kapsayan geniş bir kavramdır.

Bir ortağın ölümü halinde, *Anwachsung*'un doğrudan doğruya uygulanıp uygulanamayacağı sorunsalı gündeme gelebilir. Ortağın ölümü kendisi bakımından ortaklık ilişkisinin son bulması anlamına gelir, zira kişiliği ortadan kalkmış bir kimsenin ortaklık sıfatı da sona ermiştir. Bununla beraber, kalan ortakların önünde bir seçme hakkı bulunmaktadır: Ya mirasçıların tümü veya bir kısmı ile ortaklığı devam ettirecekler ya da onları ortaklıktan çıkararak ayrılma paylarını ödeyeceklerdir. Çoğu zaman diğer ortaklar ortaklığı finansal açıdan yük altına sokmak istemediklerinden, mirasçılarla devam kararı alırlar. Böyle bir durumda, *Anwachsung*'un devreye girip girmeyeceği yapılan halefiyet anlaşmalarının türüne göre belirlenir. Eğer ortaklığın tüm mirasçılarla devamına yönelik “basit halefiyet klozu” kararlaştırılmışsa, ölen ortağın yerini mirasçıları alacağından BGB § 738 anlamında bir ayrılmadan söz edilemeyecektir. Ortaklığın belirli mirasçılarla devam edeceği öngörülmüş, yani “nitelikli halefiyet klozu” benimsenmişse diğer mirasçılar ortaklıktan çıkarılır ve

⁵⁷⁷Bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 545- 547, No. 20.

⁵⁷⁸ Yani bu durumda ortaklık malvarlığı, devralan ortağın şahsi malvarlığına geçmektedir. Bu hususta bk. **Riegger**, s. 14.

onlara ayrılma payları ödenir. Bu durumda ise, çıkarılan mirasçılarının payları diğer mirasçılara geçecektir (Anwachsung). Son olarak, kalan ortaklar hiçbir mirasçı ile ortaklığı sürdürmek istemedikleri takdirde, mirasçılarının tamamını çıkararak ortaklığı kendi aralarında devam ettirebilirler. İşte BGB 738'deki anlamıyla Anwachsung tam da bu olasılıkta ortaya çıkar ve ölen ortağın ortaklık malvarlığındaki payı diğer ortaklara kendiliğinden geçer.

3. Pay Geçişinin Eşya Hukukundaki Yansımaları

Yukarıda, ayrılan ortağın malvarlığındaki payının diğer ortaklara doğrudan ve otomatik olarak geçtiğine ve bunun hakların devrinde gerekli şekil şartlarını işlevsiz hale getirdiğine değinmiştik. *Pay geçişi*, münhasıran elbirliği ortaklıklarında rastlanılan hukuksal bir olgu olup⁵⁷⁹, Alman ve İsviçre hukuklarında çok daha yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Zira anılan hukuk çevrelerinde kollektif ve adi komandit ortaklıklar birer elbirliği ortaklığı şeklinde teşkilatlanmıştır. Türk hukukunda ise, kanun koyucunun kollektif ve adi komandit ortaklığa hukuksal kişilik bahşetmesi karşısında, *pay geçişinin* sadece adi ortaklıklar ile sınırlı bir uygulaması olacağı söylenebilir.

Eşya hukukuna hâkim ilkelere biri “*Belirlilik ilkesi*”dir. Buna göre, bir eşya üzerinde aynı hak tesis edilebilmesi için, devre konu edilen eşyanın önceden belirli olması gerekir. Örneğin, bir işyerinde bulunan eşyaların işyeri ile birlikte devralana geçmesi olanaklı değildir. Bunun için, her bir eşyanın ayrı ayrı belirlenmesi ve söz konusu eşyalar üzerinde ayrı ayrı mülkiyet tesisi şarttır. Eşyaların, işyeri ile birlikte bir bütün olarak devralana geçmesi, belirlilik ilkesinin ihlali anlamını taşır. Belirlilik ilkesi, hukuki açıklık ve güvenlik sağlayarak aynı hak sahibinin korunmasına hizmet eder. Ancak bazı durumlarda belirlilik ilkesi göz ardı edilmektedir. Anwachsung, aynı hakların kurulması ve devrinde fonksiyon üstlenen belirlilik ilkesine önemli bir istisna teşkil eder. Öyle ki, bilhassa iki kişilik adi ortaklıkta sözü edilen durum daha belirgindir: Bu tür adi ortaklıklarda, elbirliği mülkiyetinin tek başına mülkiyete

⁵⁷⁹ Alman hukukunda daha da ileri gidilerek, Anwachsung'un miras ortaklığında dahi uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir. Bu tezin temel argümanı, miras ortaklığının da son tahlilde bir elbirliği ortaklığı niteliği taşımasıdır. Ne var ki, miras payının diğer mirasçılara geçişi şeklinde bir Anwachsung miras ortaklığının amacı ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir geçişin sözleşmeyle değil, kanunla düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

dönüşmesi devralan veya devredenin herhangi bir dahli olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir. Bunun yanı sıra, ortaklık malvarlığına dahil haklar bir kül olarak devralana geçmektedir. Örneğin, ortaklık malvarlığında bir taşınmazın bulunduğunu düşünelim. Normalde bir taşınmazın devri tapuda ferağ ve tescil işlemlerinin yapılmasına bağlı iken *Anwachsung*'da ortaklık malvarlığına dahil bu taşınmaz *ayrılma anında* başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devralana geçer. Bununla birlikte, ayrılan ortağın yolsuz hale gelen tescilin⁵⁸⁰ düzeltilmesine onay vermesi gerekir. Ayrılan ortak bu rızayı vermekten kaçındığı takdirde, devralan ortak eda davası açarak ayrılan ortağı irade beyanında bulunmaya mahkûm ettirebilir (dZPO § 894).

Ticari işletme işleten iki kişilik adi ortaklıklar için de aynı esaslar geçerlidir. Bir ticari işletmenin devri, TTK m. 11/3'te belirtilen esaslar çerçevesinde mümkündür. Ticari işletmenin devri sözleşmesi adi yazılı biçimde kurulmalı ve ticaret siciline tescil edilmelidir. *Anwachsung* ise, devir için aranan formaliteleri adeta hükümden düşürür. Devralan, ayrılma anında kendi mülkiyetine geçen ticari işletmenin kendi adına ticaret siciline tescilini talep edebilir. Yine, ayrılan ortaktan da ticaret sicilinden terkinini ister⁵⁸¹. Kanaatimce ayrılan ortağın buna yanaşmaması halinde, devralan ortak mahkemeye başvurarak ayrılan ortağa karşı terkinine zorlama davası açabilmelidir. Sicile tescilin bildirici nitelik taşıyıp taşıyımaması ticari işletmenin devralana geçişinde herhangi bir rol oynamaz.

⁵⁸⁰ Tescilin yolsuz hale gelmesi, ayrılan ortağın isminin tapu sicilindeki kayıta halen gözükmemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü devralan ortak, taşınmazın mülkiyetini tescilsiz olarak iktisap etmiştir (*Anwachsung*).

⁵⁸¹ Adi ortaklığın hak ehliyeti veya tüzel kişiliği olmadığından, ticari işletme işletilmesi halinde kural olarak tüm ortakların ticaret siciline tescili zorunludur. Federal Mahkeme'nin 2001 yılındaki kararı ile Alman hukukunda adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması, adi ortaklığın ticaret unvanı ehliyetine kavuşması sonucunu doğurmuştur.

III. AYRILAN ORTAĞIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Ayrılan Ortağın Hakları

1. Ayrılma Payı

a. Tanımı ve İşlevi

Ayrılma ile ortak, ortaklığa katılmadan önceki hukuksal statüsüne geri döner, ortaklık nezdinde diğer üçüncü kişilerden farkı kalmaz⁵⁸². Bununla birlikte, ortaklıktan ayrıldığı için kendisine borçlar hukukuna özgü talep hakkı niteliğinde bir “pay” verilir⁵⁸³. Bu paya, ortağın ortaklıktan ayrılma olgusunun altını çizmesi itibariyle⁵⁸⁴ “ayrılma payı” denilmektedir⁵⁸⁵. Bir diğer tanıma göre ayrılma payı, ayrılan ortağın diğer ortaklardan ifasını istemeye yetkili olduğu bir edimdir⁵⁸⁶.

Ayrılma payına ilişkin literatüre bakıldığında terminolojik bütünlükten uzak bir görüntü göze çarpmaktadır. Öğretide, ayrılma payı terimini kullanan yazarlar olduğu gibi, *ayrılan ortağın tasfiye payı*⁵⁸⁷ ifadesini kullanan yazarlara da rastlanmaktadır. Bu terminolojik karmaşa karşılaştırmalı hukuk açısından da geçerlidir. Kanaatimizce bu karışıklığın en büyük sebebi kanuni düzenlemelerdeki eksikliklerdir. Alman hukukunda ayrılma payıyla ilgili düzenleme olan BGB 738’in, ayrılma payını ifade eden herhangi bir sözcüğe yer vermemiş olması, yazarların birbirinden farklı kavramlar kullanmalarının önünü açmaktadır. Biz bu çalışma

⁵⁸² Benzer doğrultuda bk. **Heckelmann**, s. 24.

⁵⁸³ Ayrılan ortak lehine, payının değerine uygun düşen borçlar hukuku karakterli bir talep hakkı doğduğu hususunda bk. **Wolf**, s. 15; benzer açıdan bk. **Bamberger/ Roth/ Timm/ Schöne**, BGB § 738, Rn. 13.

⁵⁸⁴ Aynı yönde bk. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 103.

⁵⁸⁵ Türk hukukunda “*ayrılma payı*” terimi için bk. **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 178 vd; **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 103; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 393 vd; **Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 67, No. 98 h. *Von Steiger*, “*Abfindung*” ifadesinin kaynağını limited ortaklıklar hukukundan aldığına, kişi ortaklıklarında ise esasen “*Anteil*” sözcüğünün kullanıldığına dikkat çekmektedir. Bk. **Von Steiger**, s. 418, dpn. 204. Yine bk. Florian S Jörg, “Gewinnbeteiligung und Abfindung bei den Personengesellschaften”, **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht**, S. XII, 2017, s. 354, dpn. 265.

⁵⁸⁶ Bk. **Bollmann**, s. 78.

⁵⁸⁷ Kanun koyucu, TBK m. 634/3’te ne yazık ki “çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı...” ifadesini yeğlemiştir. Halbuki gerek hâkim doktrin gerekse uygulamada “ayrılma payı” terimi kabul görmüştür. Biz, kanundaki ifadenin “*çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma payı*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. 6102 sayılı TTK’nın (TTK m. 255/3) bu anlamda bir adım daha önde olduğu söylenebilir. Zira, söz konusu hükümde açıkça “ayrılma payı”ndan bahsedilmektedir.

boyunca, ayrılan ortağa ödenmesi gerekli alacağı belirtmek üzere “*ayrılma payı*”⁵⁸⁸ terimini kullanmayı uygun görmekteyiz.

Ayrılma payının, diğer ortaklardan ifası istenen bir talep/ alacak olduğunun vurgulanması amacıyla olsa gerek, İsviçre ve Alman hukuklarında ayrılma payı alacağı/ talebi anlamına gelen çeşitli terimler kullanılmaktadır: “*Abfindungsanspruch*”⁵⁸⁹ (ayrılma payı talebi)”, “*Abfindungsguthaben* (ayrılma payı alacağı)”, “*Abfindungsforderung*”⁵⁹⁰ (ayrılma payı alacağı)”. Hatta öğretide *Wiedemann*, ayrılma payı hakkı (*Abfindungsrecht*)” terimini dahi kullanmaktadır. Şüphesiz tüm bu terimlerin aynı anlamı taşıdığı düşünülebilir⁵⁹¹. Ne var ki alacak ile talep hakkı farklı kavramlardır⁵⁹². Alacak hakkı, dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi ifa etmesini isteme yetkisini sağlayan hakkı ifade etmektedir. Talep hakkı veya kısaca talep ise, alacaklının alacağı isteme yetkisine verilen addır⁵⁹³. Görüldüğü üzere, alacak hakkı aslında talep hakkını da içine almaktadır.

Kanımızca, ayrılma payının bir alacak hakkı niteliğine sahip olduğunu vurgulaması itibariyle, ayrılma payı alacağı ifadesine öncelik tanınmalıdır. Nitekim, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yapacağımız açıklamalarda bu husus dikkate alınmıştır.

⁵⁸⁸ Akın ise, bu hususta çok daha ekstrem bir terim kullanmaktan yana gözükmektedir: Yazar, ayrılma payı yerine “*ayrılma tazminatı*”ndan söz etmektedir. Bk. **Karahan/Akın**, s. 82 vd. Yazarın bu tercihi, ayrılma payına “zarar giderme” fonksiyonu yüklediğini ortaya koymaktadır. Yazar böylelikle ayrılma payının, borçlar hukukundaki anlamıyla bir tazminat niteliği taşımadığını göz ardı etmektedir.

⁵⁸⁹ Bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 167 vd; **Bergsma**, s. 108 vd.

⁵⁹⁰ Bk. **Bollmann**, s. 83; **Hoch**, s. 137, No. 384.

⁵⁹¹ Oğuzman/ Öz, alacak hakkı ile talebin çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanıldığına dikkat çekmekte ve devamla, talebin yalnızca alacak haklarına indirgenemeyeceğini belirtmektedirler. Zira söz gelimi eşya hukukunda da talep haklarının varlığından söz etmek olanaklıdır (ayni talep hakları). Bk. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 15.

⁵⁹² Krş. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku- Genel Bölüm- Birinci Cilt**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.43. Yazar, alacak hakkı ile talebin ayrı kavramlar olmadığını savunmaktadır.

⁵⁹³ Bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 15.

Sudhoff, ayrılan ortak ile ortaklık arasında icra edilen tasfiyede kural olarak ayrılan ortak yararına bir alacak hakkı doğduğunu, bu alacağın ayrılma payı adı altında hak sahibi ortağa ödeneceğini⁵⁹⁴ söylemektedir⁵⁹⁵.

Wieland, ayrılma payını ayrılan ortağın sermaye payının iadesi şeklinde tanımlamıştır⁵⁹⁶. Tanımda geçen “*sermaye payı- kapitalanteil*” ifadesi nedeniyle birtakım tereddütler oluşabilir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleri (OR 558, 559 II, 560) uyarınca, her bir kolektif ortağın bir sermaye payı vardır. Sözü edilen sermaye payı yıllık karla artış gösterirken, zararlarla azalır⁵⁹⁷. Görüldüğü üzere sermaye payı ne ayrılma payı ile ne de ortağın ortaklık malvarlığındaki payı ile özdeş olabilir. Çünkü bir elbirliği topluluğunun üyesi, kendisinin serbest tasarrufuna bırakılmış ve bir miktar para ile ifade edilebilen bir paya sahip değildir⁵⁹⁸.

Adi ortaklığa ilişkin normların mehazı İsviçre hukukunda ayrılma payı adi ortaklıklar bakımından düzenlenmemekle birlikte, OR 577- 580 arasındaki maddelerin kıyasen adi ortaklığa da uygulanabilmesi olanaklıdır. Zira kolektif ortaklık ile adi ortaklıkta menfaatler durumunun ve hukuki yapının benzerliği kanaatimizce kıyasen uygulamaya olanak sağlamaktadır. Alman hukukunda ise BGB 738 hükmü geniş bir uygulama alanına sahiptir. Çünkü kolektif ve adi komandit ortaklıkta çıkma ve çıkarmanın hukuki sonuçları hususunda HGB’de özel düzenlemelere yer verilmemiştir⁵⁹⁹. Dolayısıyla öğretide- isabetli olarak- adi ortaklığa ilişkin hükümlerin bu ortaklık tipleri için de geçerli olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ Çok ayrıntılı bir biçimde irdelenmemekle beraber, ayrılma payının bir para alacağı olup olmadığı konusundaki tartışmalara değinilecektir. Zira edimin cinsi, terminolojik fiillere de yansır. Örneğin parasal edimlerde “ödeme, ödemek” terimleri; buna karşılık diğer edimlerde ise “ifa” terimi kullanılır. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, ayrılma payının-aksi kararlaştırılmadıkça- bir miktar para ile ifade edilen bir alacak hakkı olduğu yönünde gelişmiştir.

⁵⁹⁵ Bk. **Sudhoff**, *Gesellschaftsvertrag*, s. 378.

⁵⁹⁶ Bk. **Schaedler**, s. 7.

⁵⁹⁷ Bk. **Wieland**, s. 558.

⁵⁹⁸ Bk. **Schaedler**, s. 7- 8.

⁵⁹⁹ Her ne kadar özel hükümlere yer verilmemiş olsa da HGB §105/2’de,” kolektif ortaklığa dair kısımda hüküm bulunmayan hallerde, BGB’nin ortaklık ile ilgili düzenlemeleri uygulanır”, denilmek suretiyle yasa koyucu adi ortaklık hükümlerine yollama yapmıştır. Nitekim bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 140, Rz. 67. Şahıs ortaklıkları hukukunda HGB 105, 161/2 normlarıyla adi ortaklığa genel bir yollama yapıldığı; ayrılma payı konusunda BGB 738’in somut ifadeler içerdiğine ilişkin bk. **Grunewald**, *Ausschluss*, s. 86.

⁶⁰⁰ *Hueck* de kolektif ortaklıktan ayrılan ortağa düşecek ayrılma payının belirlenmesinde BGB 738 kuralından yararlanmaktadır. Bk. **Hueck**, *OHG*, s. 452 vd.

Ayrılma neticesinde ortaklık sıfatını ve malvarlığındaki payını yitiren ortak, ortaklık ile bir nevi tasfiye aşamasına girer⁶⁰¹. Yani ayrılma, ayrılan ortak açısından adeta “tasfiye” gibi değerlendirilir⁶⁰². Bu farazi tasfiye aşaması, ⁶⁰³ askıdaki işlemlerin sonuçlandırılması ile son bulur.

Ancak yapılan tasfiyeyi takiben ayrılan ortak lehine her zaman bir ayrılma payı alacağı doğmayabilir, bazen de ayrılan ortak, ortaklık malvarlığının durumuna bağlı olarak, yani ortaklık malvarlığı ortaklığın borçlarını ödemeye yetmiyorsa, zarara katılma olarak nitelendirilebilecek bir miktar borç ifası ile yükümlü kılınabilir⁶⁰⁴(BGB § 739).

Yeri gelmişken, ayrılma payı ile tasfiye payı arasındaki farkın ortaya konmasında yarar bulunduğu kanaatindeyiz. Her ikisi de nitelikleri itibariyle, gizil yani potansiyel taleplerdir. Ortağın malvarlığındaki pay bu iki alacağın özünü teşkil eder. Tasfiye payı, ortaklığın dağılmasına, sona ermesine bağlı iken, ayrılma payı ortaklık sıfatının ortadan kalkması ile ilintilidir⁶⁰⁵. Yani belirtilen koşullar oluşmadan bu alacaklar doğmaz, hak deyim yerindeyse *uykudadır*⁶⁰⁶.

Ayrılma payı ortaklıklar hukukunda “denkleştirici, telafi edici” (*Ersatz, Ausgleich, Entschädigung*) bir fonksiyon icra eder⁶⁰⁷. Ayrılma payını diğer talep

⁶⁰¹ Yani ortak, ortaklık tasfiye sürecine girdiğinde tüm ortakların içinde bulunacağı hukuki durumdadır. Bk. **Siegnart**, OR Art. 547, No.46. Ayrılan ortak ile elbirliği topluluğu arasında salt mameleki bir hesaplasmaya (tasfiye) gidilir. Bu tasfiye yürütülürken, ortağın ortaklıktan hangi sebeple ayrıldığıının (çıkma, çıkarılma) önemi yoktur. Dolayısıyla çıkarılan bir ortak, kendi iradesiyle ayrılan ortak ile aynı kurallara tabidir. Bu hususta isabetle bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 416.

⁶⁰² Nitekim BGB § 738’in başlığı “*Ayrılma durumunda Tasfiye*”dir. Bu hükmün muadili TBK 634 ise “Ortaklık payının tasfiyesi” başlığını taşımaktadır.

⁶⁰³ Farazi (fiktif) tasfiye ibaresini bilinçli olarak kullanıyoruz, zira ayrılma sonrası yürütülen tasfiyede, ortaklık sanki tasfiye aşamasındaymış gibi işlemler yapılır ve ortaklığa değer biçilir. Benzer yönde bk. **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 103. Yine *fiktif tasfiye* ifadesi için bk. **Sauter/BHB**, § 8, Rn. 132- 147; hipotetik (varsayımsal) tasfiye ifadesi için bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 239; Türk hukukunda bk. Erol Ulusoy, “Adi Ortaklığın Tasfiyesi ve Mahkemelerin Görevi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 888; **Karahan/Akın**, s. 83. Ortaklık, kalan ortaklarla sürdürüldüğünden ayrılma payının hesaplanmasında kanun koyucu bir varsayımdan (*Fiktion*) hareket etmiştir. Bu yönde bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 168. Yine bu gibi hallerde ortaklık aslında sona ermemekte ve malvarlığı paraya çevrilmemektedir, dolayısıyla burada olsa olsa kurgusal bir tasfiyeden söz edilebilir. Bk. **Hüffer/Koch**, s. 113, No. 23.

⁶⁰⁴ Benzer yönde bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 378.

⁶⁰⁵ Bu yönde bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 169.

⁶⁰⁶ Demek istediğimiz, ortağın ortaklık sıfatı sürdüğü müddetçe ayrılma payının doğmayacağıdır. Aynı esas kuşkusuz tasfiye payı alacağı için de geçerlidir. Ortaklık tasfiye aşamasına girinceye değin tasfiye payı potansiyel bir talep olarak “uykudadır”. Nitekim bu yönde bk. **Serozan**, s. 247.

⁶⁰⁷ Ayrılma payının denkleştirici talepler grubuna girdiği hususunda bk. **Riegger**, s. 89. Ayrılma neticesinde ortak, ortaklık malvarlığındaki payını yitirir. Söz konusu pay kendiliğinden diğer ortaklara geçer. İşte ayrılma payı ayrılan ortağın bu kaybını denkleştirmektedir. Bk. **Medicus**, BT, s. 236- 237, No. 49. Buna karşılık, ayrılma payının tazminat işlevi bulunduğundan söz edilemez. Bu hususta bk. Dirk

hakları karşısında farklı kılan da bu özelliğidir. Ayrılma payı aslında ortaklık sıfatını⁶⁰⁸- geniş anlamda ortaksal hak ve yükümleri- yitiren ortağa, bu kaybının bir nebze de olsa giderilmesi amacıyla diğer ortaklar/ ortaklık tarafından ödenen bir miktar paradır⁶⁰⁹. Ayrılma payı, ayrılan ortağın yatırımı hakkında yeni tasarruflarda bulunmasını sağlayabilmelidir. Dolayısıyla, ayrılan ortağa payının objektif karşılığının temin edilmesi gerekir⁶¹⁰.

b. Ayrılma Payının Temel Özellikleri

aa. Ayrılma Payı Mali Nitelikli Bir Haktır

Ayrılma payı haklar sistemindeki yeri göz önünde tutulduğunda, her şeyden önce mali haklar kategorisine girer⁶¹¹. Bunun doğal bir sonucu olarak, “*ortaksal hakların devredilemezliği*” prensibinden (BGB § 717/1) ayrı bir hukuksal akibete sahip olur. Ayrılma payı devredilebilir, rehnedilebilir, haczedilebilir, hatta mirasçılara intikal edebilir⁶¹². Gerçekten bir hakkın mirasçılara geçebilmesi için, onun devredilebilir malvarlıksal hak niteliği taşıması icap eder. Ayrılma payının cüz’i halefiyet (*Rechtsnachfolge*) kapsamında üçüncü kişilere devri mümkün olduğuna göre,

Mecklenbrauck, **Die Abfindung zum Buchwert beim Auscheiden eines Gesellschafters**, Lohmar-Köln, 1999, s. 5; **Riegger**, s. 89. Bu son yazara göre ayrılma payı *tazminat değildir*, çünkü ortaklık malvarlığındaki payın kaybindan doğan zararı tazmin etme amacını gütmemektedir. Ayrılma payının, kalan ortaklar açısından bakıldığında bir *karşı edim* olarak görülebileceği hususunda bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 13. Yine, ayrılma payının ortaklık sıfatının yitirilmesinin karşılığı (*Gegenwert*) oluşturduğu yönünde bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 239.⁶⁰⁸ Bazı yazarlar da ortaklık malvarlığındaki payın diğer ortaklara kendiliğinden geçişini (Anwachsung) ortaklık sıfatının sona ermesi ile yakın anlamda kullanmaktadırlar. Bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 545, No. 191.

⁶⁰⁹ Ayrılma payı, ortaklık statüsünün kaybını hiç değilse finansal açıdan kompanse edebilmelidir. Bu hususta bk. **Grunewald**, Ausschluss, s. 86. Benzer yönde bk. **Heckelmann**, s. 2. Ayrılma payının, ortağın malvarlığındaki payının kaybını denkleştirdiği hususunda bk. **Bergsma**, s. 108. Belki de bu nedenle, ayrılma payının ayrılan ortağa tanınmış en önemli hak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bk. **Heckelmann**, s. 1; **Mecklenbrauck**, s. 6; **Schaedler**, s. 10. **Riegger** ise ayrılma payının, aynı hak sahipliğinin kaybını denkleştirdiği görüşündedir. Bk. **Riegger**, s. 89.

⁶¹⁰ Bu hususta **Wiedemann**’a atıfla bk. Annacathrin Koch, **Die Kollision gesellschaftsvertraglicher Abfindungsbeschränkung und Pflichtteillast in der Person des Gesellschafter- Erben**, Tübingen, 2014, s. 84.

⁶¹¹ Nitekim Alman öğretisinde **Flume** ayrılma payını malvarlıksal haklar sınıfına dahil etmektedir. Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 145. Yine bk. **Hüffer/Koch**, s. 87, No. 29; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 105, Rz. 221; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 105, Rz. 168.

⁶¹² Nitekim bk. **Bollmann**, s. 86; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 394; **Buxbaum- Caroni**, s. 161; **Heckelmann**, s. 25; **Hueck**, OHG, s. 458; **Schaedler**, s. 11; ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 75.

terekeye dâhil malvarlığı unsuru olarak kabulüne de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Ayrılma payı ayrılan ortağa borçlar hukuku karakterli bir talep hakkı bahşeder⁶¹³. Aynı değil, diğer ortakları borçlandırıcı nispi bir taleptir. Çünkü ayrılma sebebinin gerçekleşmesiyle ortak zaten ortaklık ile olan bağlarını koparmıştır, ayrılma payının ödenmesi bu anlamda herhangi bir etki yaratmaz⁶¹⁴.

bb. Ayrılma Payı Şarta Bağlı Bir Alacaktır

Ayrılma payı, esasen geciktirici şarta bağlı bir alacaktır. Zira bu tip alacakların doğumu, şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Şartın gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi alacağın doğumunu da engeller. Örneğin, ayrılma payı doğmadan önce ortaklığın tasfiye edilip hukuki varlığını yitirmesinde olduğu gibi. Zira, ayrılma payının doğabilmesi için her şeyden önce ortaklığın varlığını sürdürmesi gereklidir.

Ayrılma payı, ayrılma koşulu meydana gelinceye kadar gizil bir talep olarak ortağın payında mündemiçtir. Ortak ne zaman ki ortak statüsünü yitirir, ayrılma payı o anda doğar.

Henüz doğmamış bir alacak olarak “müstakbel alacak” niteliğini haiz olduğu da söylenebilir⁶¹⁵. Keza müstakbel alacakların devrine cevaz verildiğinden⁶¹⁶, bir ortağın ortaklık sıfatı devam ettiği sırada müstakbel ayrılma payı alacağını devretmesi olanaklıdır (*Voraussetzung*). Bu devir, alacağın devri hükümlerine göre icra edilir. Devrin adi yazılı biçimde yapılması geçerlilik şartıdır. Bu önsel devrin sonucunda, ortaklık ile olan ilişkisinin kesilmesi durumunda ortağa ödenecek ayrılma payı alacağı üçüncü kişiye geçer.

Ayrılma payı alacağı için eğer ortaklık sözleşmesi veya ilgili anlaşmalarda bu yönde bir kayıt varsa, faiz işletilmesi de mümkündür. Zira ayrılma

⁶¹³ Bu yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 394; **Buxbaum- Caroni**, s. 160.

⁶¹⁴ Bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 545, No. 191; **Bollmann**, s. 85.

⁶¹⁵ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 14. Ortak ile ortaklık arasındaki hukuki bağ (ortaklık sıfatı) devam ettiği sürece ayrılma payı *müstakbel bir alacak* niteliğini haizdir. Bk. **Wiedemann**, *Übertragung*, s. 168.

⁶¹⁶ Yeter ki söz konusu alacak, devir anında mevcut olsun.

payı tıpkı diğer olağan alacaklar (TBK'nın genel hükümlerine tabi) gibi ele alınmaktadır⁶¹⁷.

cc. Ayrılma Payı Ortaklık Dışı (*aussergesellschaftliche Forderung*) Bir Alacaktır

aaa. Ayrılma Payının Ortaklık İçi Talep Teşkil Ettiği Görüşü

Ayrılma payının hukuksal niteliğine dair tartışmaların bir bölümü, bu alacağın ortaklık içi mi yoksa ortaklık dışı bir talep mi olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır. *Wieland ve Siegwart* tarafından savunulan görüş, ayrılma payının ortaklık içi bir talep olduğu yönündedir⁶¹⁸. Yazarlar, ortağın ayrılma anında değil, ayrılma payının ödendiği tarihte ortaklık sıfatını yitireceği kanaatinde dirler. Tam da bu nedenle, salt ayrılma olgusunun meydana gelmesi ortağın ortak sıfatını ve iştirak halindeki hak sahipliğini ortadan kaldırmaz. Yazarlar, ayrılmayı ortaklığın tasfiye sürecine girmesi ile özdeşleştirmektedirler. Oysa yazarlar, ortaklığın gerçekten tasfiyeye girmediği hususunu göz ardı etmektedirler. Ortaklık ilişkisi diğer ortaklar arasında aynen devam etmekte olup, sadece ayrılan ortak açısından bir tasfiye ilişkisine dönüşmüştür. Nitekim, “*anwachsung*”, ortaklık ilişkisinin devamını şart koşmaz, aksine hukuki ilişkinin sona ermesinin bir sonucudur. Nasıl ki, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesini takiben hukuki ilişkinin tasfiyesine yönelen birtakım hak ve yükümler doğuyorsa⁶¹⁹, ortaklık ilişkisinin kesilmesi halinde ayrılan ortak da benzer hak ve yükümlere sahip olur. Ayrılma payı ve onunla bağlantılı bazı haklar bu çerçevede akla gelebilir⁶²⁰.

Fakat ayrılma payı ödeninceye değin ayrılanın ortak statüsünü elinde bulundurmaya devam ettiğinin ileri sürülmesi, onun yarı ortak yarı üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi gibi ilginç bir durum ortaya çıkarabilir⁶²¹. *Siegwart*, ayrılma payına

⁶¹⁷ Bu yönde bk. **Bollmann**, s. 86. Faiz özellikle ayrılma payının vadelere yayılması olasılığında karşımıza çıkabilir. Zira, ortaklığın ani bir nakit çıkışından olumsuz etkileneceği hallerde bu yola başvurulabilmektedir. Böyle bir varyasyonda ortaklığın ödeyeceği faiz kuşkusuz anapara faizi olacaktır.

⁶¹⁸ Bk. **Schaedler**, s. 10.

⁶¹⁹ Adi ortaklığın sona ermesi durumunda devreye girecek olan “tasfiyeye yönelmiş yükümlere” genel bir bakış için bk. **Gauch**, s. 233.

⁶²⁰ Bu hususta bk. Heini Wiki, **Übernahme und Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter**, Luzern, 1956, s. 49- 50.

⁶²¹ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 85- 86. *Buxbaum- Caroni* bu durumu “*sözde ortaklık statüsü- Pseudo-Gesellschafterstellung*” şeklinde adlandırmaktadır. Bk. **Buxbaum- Caroni**, s. 159.

ilişkin vade erteleme anlaşmaları (*Stundungsvereinbarungen*) yapılması olasılığında ise, önce *ortaklık içi alacak*⁶²² olarak nitelediği ayrılma payının ortaklık dışı alacağına dönüşeceğini savunmuştur⁶²³. Kanaatimizce yazar bu noktada kendiyile çelişmekte olup, *Buxbaum- Caroni'nin* de isabetle belirttiği üzere, ayrılma payının hukuki niteliğini zamansal rastlantılara bağlı kılmaktadır ki, böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir⁶²⁴.

Ayrıca bu görüş hukuk mantığıyla bağdaşmayan durumlar da yaratabilir, çünkü ayrılma ile sona erme pek çok noktada birbirinden ayrılmaktadır. Ayrılmanın sona erme ile eşdeğer görülmesi örneğin komanditer ortağın hukuksal konumu bağlamında bazı problemlere gebe dir. Zira, komanditer ortağın ölümü veya kısıtlanması adi komandit ortaklığı sona erdiren bir sebep değildir, dolayısıyla ayrılma ile sona ermenin aynı düzlemde değerlendirilmesi sakıncalı sonuçlara yol açabilir⁶²⁵.

bbb. Ayrılma Payının Ortaklık Dışı Alacak Teşkil Ettiği Görüşü

Bollmann, ayrılma payının ortaklık dışı bir alacak olduğu düşüncesindedir. Çünkü burada üçüncü kişinin- ayrılan ortağın- ortaklığa karşı ileri sürdüğü bir alacak söz konusudur. Üçüncü kişiler, şirket ile ortaklıklar hukukuna özgü ilişkiler kuramadıkları gibi, ortaklığa karşı ortaksal talepler de yöneltemezler. Ayrılma payının hukuki temelini ortaklık ilişkisinin oluşturması da bu durumu değiştirmez⁶²⁶. Bu sebeple ayrılma payı, en başından beri *ortaklık dışı* alacak özelliği gösterir⁶²⁷.

Kanaatimizce, ayrılma payının ortaklık dışı alacak olduğu yolundaki görüşe itibar edilmelidir. Çünkü ortaklık dışı alacaklar ortaklık sıfatı sona erdiğinde, bir diğer deyişle ayrılma anında doğar⁶²⁸. Böylece, bir alacağın ortaklık içi alacak olarak nitelenmesi olanağı ortadan kalkmaktadır⁶²⁹. *Wieland ve Siegwart*'ın “kısmi tasfiye”

⁶²² *Siegwart*'ın bu tutumu, ayrılmayı *kısmi tasfiye* olarak yorumlamasından ileri gelmektedir. Mademki ayrılma ile ortağın ortaklık statüsü henüz ortadan kalkmamıştır, öyleyse ayrılma payı *ortaklık içi* bir alacak teşkil eder. Bu hususta bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 28. Aksi yönde bk. **Bollmann**, s. 85.

⁶²³ Bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No.29.

⁶²⁴ Bk. **Buxbaum- Caroni**, s. 159.

⁶²⁵ Bu yerinde tespit için bk. **Buxbaum- Caroni**, s. 159.

⁶²⁶ Bk. **Bollmann**, s. 85.

⁶²⁷ Bk. **Bollmann**, s. 86; **Wiki**, s. 54; Türk hukuku açısından benzer yönde bk. **Arslanlı**, s. 449. Ortağın ayrılmasından sonra tasfiye payı talebinin *ortaklık dışı* ayrılma payı alacağına dönüştüğü yönünde bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 75.

⁶²⁸ Nitekim bk. **Schaedler**, s. 10.

⁶²⁹ Bk. **Bollmann**, s. 85.

tezleri günümüzde aşılması olup, salt kuramsal bir değer taşımaktadır. Gerçekten, daha önce de vurgulandığı üzere, ayrılan ortak ortaklık karşısında tıpkı üçüncü bir kişi gibi değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, ayrılma payının *ortaklık dışı* bir alacak olduğunun kabulü gerekir.

c.Ayrılma Payı Bağlamında Ortaya Çıkabilecek Bazı Hukuki Sorunlar

a) Yukarıda da belirtildiği üzere ayrılma payı, mali nitelikli bir hak (*Vermögensrecht*) olması itibarıyla alacağın devri (*Zession*) hükümlerine göre üçüncü bir kişiye devredilebilir. Bu hususta gerek Türk gerekse İsviçre ve Alman hukuklarında herhangi bir duraksama söz konusu değildir. Ne var ki, ayrılma payının doğumundan önce devri ile doğduktan sonra devri birtakım farklılıklar göstermektedir. Ayrılma payının arz ettiği bu özelliğin daha önce monografik çalışmalara konu edilmemiş olması kanaatimizce ciddi bir eksikliklerdir. Aşağıdaki açıklamalarımızla bu eksikliği gidermeye gayret edeceğiz.

b) Ayrılma payı da diğer tüm mali haklar gibi, ortaklık sıfatına bağlıdır. Onu diğer mali haklardan ayırt etmeye yarayan unsur ise, ayrılma payının doğumu için, deyim yerindeyse varlığını borçlu olduğu ortaklık statüsünün sona ermesinin zorunlu olmasıdır. Kazanç payı, ücret isteme hakkı, masrafların iadesi hakkı gibi diğer mali haklar ortaklık sıfatının devamını gerektirirler. Hatta, ortaklığın dağıtılıp tasfiye edilmesi ön şartına bağlı olan tasfiye payının istenebilmesi için dahi ortaklık sıfatının devamı gereklidir.

c) Ayrılma payı alacağı, doğduğu ana dek ortaklık payında mündemiçtir. Bu ana kadar üçüncü kişilere yapılan tüm pay devirleri, uyuyan gizil bir hak olan ayrılma payının da devralana geçmesi sonucunu doğurur. Bu olgu, ayrılma payının devri bağlamında önemli sorunlara yol açabilir. Örneğin, henüz doğmamış bir ayrılma payı alacağının devri olasılığında; ortak yani devreden (*Zedent*), devralan üçüncü kişi ile yazılı bir devir sözleşmesi kurar. İlgili ortağa ortaklıktan ayrılması durumunda ödenecek ayrılma payının üçüncü kişiye devredilmesi sözleşmenin konusunu oluşturur. Alacak henüz doğmadığından ve dolayısıyla devreden şahsi malvarlığına girmediğinden, bir tasarruf işlemi niteliğindeki devrin hüküm ve sonuçları da henüz

gerçekleşmemiştir⁶³⁰. İşte bu zaman diliminde, yani alacağın henüz doğmadığı evrede, ortağın ortaklık payını başka bir kimseye devretmesi, ayrılma payının devrine ilişkin tasarrufu hükümsüz kılar⁶³¹. Ayrılma payının ortaklık payının hukuksal rejimine bağlılığı burada belirgin bir biçimde karşımıza çıkmaktadır.

d. Ortaklık Payı ile Ayrılma Payı Arasındaki İlişki

Alman hukukunda ortaklık payı ile ona bağlı malvarlıksal haklar arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere bazı teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan “kök hak teorisi” olarak adlandırabileceğimiz teori, ortaklık payı/sıfatının kök hak (*Stammrecht*), payda mündemiç hakların⁶³² ise hukuksal akıbetlerinin bu haklar doğana kadar paya bağımlı olduğunu dile getirmektedir. Dolayısıyla, bu tür haklar doğuncaya kadarki evrede yapılan bütün önsel tasarruflar (*Vorausverfügung*), payın sonradan devri ile hükümden düşerler⁶³³. Buna “kök hak üzerinde yapılan tasarrufların önceliği” (*Vorrang der Stammrechtsverfügung*) de denilmektedir⁶³⁴. Bu teori kanaatimizce, müstakbel ayrılma payı üzerinde yapılan tasarrufların, ortaklık payının devri ile geçerliliğini yitirmesi olgusunu kuramsal düzlemde en net şekilde ortaya koyan teori olması itibarıyla, kabule değerlidir.

⁶³⁰ *Wiedemann*, müstakbel alacakların devri olgusu çerçevesinde, bu tür devirlerin ilkin etkisiz oldukları yönünde bir düşünceye sıklıkla rastlandığını belirtmektedir. Söz konusu yaklaşıma göre, bu etkisizlik mutlak değildir, eksik şartın yani, alacağın hak sahibi nezdinde doğması şartının gerçekleşmesi ile birlikte, bu tasarruf işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Fakat yazar bu görüşün mevcut bir hukuki ilişkiden doğan alacakların devri bakımından isabet taşımadığı kanaatindedir. Yazara göre, bu türden bir tasarruf işlemi, daha sözleşmenin kurulduğu anda etkilerini gösterir. Nitekim alacağın devri sözleşmesinin yapılması ile müstakbel alacak devralanın (*Zessionar*) malvarlığına dâhil olur. Bundan çıkarılacak sonuç, kök hak sahibinin (*Stammrechtsinhaber*) devir ile birlikte hak üzerindeki tasarruf kudretini yitirdiğidir. Bk. *Wiedemann*, *Übertragung*, s. 299.

⁶³¹ Bu hususta Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararı için bk. BGH, NJW 97, 3371. Kararın kısa özeti için bk. *Koller/Kindler/Roth/Morck/Kindler*, HGB § 131, Rn. 8- 21. Ortaklık payının devredildiği veya haczedildiği hallerde, ayrılma payına ilişkin ön tasarrufların geçerliliğini yitirdiği yönünde bk. *Heymann/Emmerich*, HGB § 138, Rz.6. *Ön tasarruf* ifadesi ile anlatılmak istenen, ortağın ortaklık sıfatının sona ermesinden önce müstakbel ayrılma payı alacağı üzerinde yaptığı tasarruflardır. Bu tasarruflar devir şeklinde olabileceği gibi, ayrılma payının rehne veya hacze konu edilmesi de olanaklıdır.

⁶³² Bu tür malvarlıksal hakların, ortaklık sıfatına ayrılamaz biçimde bağlı olduğu hususunda bk. *Habersack*, *Mitgliedschaft*, s. 87.

⁶³³ Benzer yönde bk. *Habersack*, *Mitgliedschaft*, s. 87. Yazar esasen bu açıklamalarını tasfiye payına özgülemiş olsa da, aynı sayfada (s. 87, dñn. 117) bu açıklamaların, tasfiye payı ile yapısal bazda özdeş olan ayrılma payı için de geçerli olduğunu eklemiştir.

⁶³⁴ Bu ifade için bk. *Habersack*, *Mitgliedschaft*, s. 87, dñn. 121.

Von Tuhr tarafından savunulan görüşe göre ise, cüzi halefin (örneğin doğmamış bir ayrılma payı alacağını devralanın) alacağı tam anlamıyla iktisap edebilmesinin ön şartı, ilgili alacağın gelecekte doğacak olmasıdır. Henüz doğmamış bir alacak, tasarrufta bulunan kişinin hakimiyet sahasına girmediğinden, devrin etkisini gösterebilmesi için, ön tasarrufta bulunan kişinin hak üzerinde tasarruf yetkisinin ortaya çıkması gereklidir. Tasarrufta bulunan kişi, toplam hak (olayımızda ortaklık sıfatı veya payı) üzerinde başkaca bir tasarrufta bulunmuşsa, artık münferit haklar (toplam hakka bağlı olan) üzerindeki yetkisini yitirir ve sonuç olarak önsel devir işlemi konusuz kalır⁶³⁵.

Wiedemann, *Von Tuhr*'un ortaya attığı bu tezin gerekçesini ikna edici bulmasa da, sonuç itibariyle yazarın bu yaklaşımını benimsemiş gözükmektedir: Toplam hak (*Gesamtrecht*) üzerinde yapılan tasarruflar, **ana hak (Mutterrecht)**tan kaynaklanan münferit taleplere (kar payı, tasfiye alacağı) ilişkin aksine tasarrufları ortadan kaldırır. Yani münferit talepler, hukuksal varlık kazandıkları andan itibaren, toplam hakkın hukuki kudretinden bağımsızlaşırlar⁶³⁶.

Martens, kâr payı talebini temel alarak yaptığı açıklamalarında⁶³⁷, henüz doğmamış bir kâr payı talebinin devrinin, devreden diğer ortaksal haklarını etkilemediğini söylemektedir. Yazar, kâr payının bilançoyla tespitine iştirak etme ve bu hakkın ileri sürülmesi için gerekli bilgi alma hakkının münhasıran devredene ait olduğunu dile getirmektedir. Bununla birlikte, elbette iç ilişkide devreden, devralanın menfaatlerini dikkate almakla yükümlüdür. İşte tam bu noktada, müstakbel bir alacağı devralan kişinin hukuken zayıf konumda olduğu gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Alacağı devralan, ara dönemde (yani, devrin yapıldığı tarih ile alacağın doğduğu tarih arasındaki zaman dilimi) ortaklık sıfatı üzerinde yapılacak tasarruflar karşısında korunmasız durumdadır. Dolayısıyla, alacağı devreden, bu arada ortaklık statüsünü devretmişse, müstakbel kâr payı talepleri yeni ortağa geçer. Böylece, alacağı devreden (yani eski ortağın- Zedent) tasarrufu, artık hak sahibi olmayan bir kimsenin tasarrufu (*Verfügung eines Nichtberechtigten*) niteliğine bürünür ve hükümden düşer. Zira, alacağın devri işleminin hukuki dayanağını teşkil eden ortaklık sıfatı sona

⁶³⁵ Bk. Andreas Von Tuhr, "Verfügung über künftige Forderungen", **DJZ**, S. 9, 1904, s. 426; **Wiedemann**, Übertragung, s. 300.

⁶³⁶ Yazarın eleştirisi ve kendi görüşü için bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 300 vd.

⁶³⁷ Şüphesiz yazarın bu düşünceleri, malvarlıksal bir hak olması itibariyle ayrılma payı için de aynı şekilde geçerlidir.

ermiştir. Ortaklık sıfatı üzerinde yapılan tasarrufların, onun bünyesinden çıkan münferit haklar karşısındaki önceliği, yazara göre “bölünme yasağı (*Abspaltungsverbot*) “ndan kaynaklanmaktadır. Yazara göre, böylelikle münferit hakların aynı bağımsızlığa kavuşmaları engellenmiş olmaktadır. Müstakbel bir kâr payı talebinin devrinin hüküm ve sonuç yaratabilmesi, karın bilançoyla tespitine ve alacak doğduğu esnada devreden (Zedent) tasarrufa halen yetkili olmasına bağlıdır⁶³⁸.

Flume, tıpkı kâr payı gibi tasfiye payı ve ayrılma payının da ortaklık sıfatının entegre bir parçasını oluşturduğu kanısındadır. Yazar, tasfiye payının tasfiye ile, ayrılma payının da ayrılma ile doğduğunu- haklı olarak- ifade etmektedir. Zaten İmparatorluk Mahkemesi de vermiş olduğu kararında, “*tasfiye payının ilkin tasfiye aşamasına girilmesi ile ortaklık ilişkisinden bağımsızlaştığını*” vurgulamıştır⁶³⁹. Tıpkı müstakbel kâr payı alacağı gibi, müstakbel tasfiye alacağı (ayrılma payı da kast ediliyor) da önceden devredilebilir. Eğer müstakbel tasfiye alacağını devreden ortak, bu alacağın doğumundan evvel ortaklık sıfatını üçüncü bir kimseye devrederse, önsel devir işlemi ortadan kalkacaktır⁶⁴⁰.

Flume'nin, von Tuhr tarafından temsil edilen şu görüşe katıldığı anlaşılmaktadır: Müstakbel bir alacağın devri, ortaklık sıfatının devri ile hükmünü kaybeder, çünkü müstakbel alacakların önceden devrinin hüküm ve sonuç yaratabilmesi için, müstakbel alacak hakkının, tasarrufta bulunan kişinin şahsında doğması gerekir. Önsel devir anında, tasarrufta bulunan kişi, ilgili hak üzerinde henüz söz sahibi değildir, dolayısıyla, önsel devrin hukuki dayanağını oluşturan tasarruf yetkisi, ortaklık sıfatının devredilmesi ile birlikte, gelecekte doğma olasılığını yitirmiştir. Yani, ortaklık sıfatının devri, müstakbel kâr payı ve tasfiye payı taleplerine ilişkin önsel tasarrufları eritici, yok edici bir özellik taşımaktadır⁶⁴¹.

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde yapılacak belki de en önemli çıkarım, müstakbel ayrılma payı alacağını devralan üçüncü kişinin hukuki durumundaki zayıflıktır. Üçüncü kişinin söz konusu korunmasızlığı, ta ki ayrılma payı alacağı doğuncaya değin devam eder. Ayrılma payı alacağı bir kere doğduktan sonra, ortaklık

⁶³⁸ Yazarın bu paragrafta belirtilen görüşleri için bk. **Schlegelberger/Martens**, HGB § 121, Rz. 7.

⁶³⁹ Bk. RGZ 90, 20.

⁶⁴⁰ Yazarın bu açıklamaları için bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 162.

⁶⁴¹ Nitekim bu hususta bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 354.

sıfatı ile arasındaki hukuki bağ çözülür ve ortaklık sıfatının hukuki rejiminden bağımsızlaşır. Yani bu andan itibaren ayrılan ortak, ayrılma payı alacağı üzerinde mutlak söz sahibi haline gelir. Ortağın, ortaklıktan ayrılmadan önce ayrılma payı üzerinde yaptığı tasarruflar etkilerini göstermeye başlar. Bu andan sonra, ayrılan ortağın ortaklık sıfatını devretme ihtimali de ortadan kalkar. Zira ortaklık payı, ortaklık malvarlığındaki payı da kapsamaktadır ve bunlar birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır⁶⁴². Dolayısıyla, malvarlığındaki payın diğer ortaklara geçmesi, onunla ayrılamaz bir bütün oluşturan ortaklık payının da diğer ortaklara geçmesi sonucuna yol açar. Bu da ayrılan ortağın ortaklık sıfatının sona erdiği olgusu ile örtüşmektedir.

Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında, ayrılma payı ile ortaklık payı arasındaki bu sıkı ilişkiye temas edilmektedir. Kararın ilgili kısımları şöyledir⁶⁴³:

“a) İstinaf Mahkemesi davayı, ayrılma payının önsel devrinin limited ortaklık esas sermaye payının sonradan haczine nazaran önceliğe sahip olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bu karara karşı, ayrılma payı alacağı henüz doğmadan yapılan pay haczinin, ayrılma payının önsel devri karşısında önceliğe sahip olduğu argümanı ile temyiz yoluna gidilmiştir.

*b) Senatonun istikrar kazanmış içtihatları uyarınca, bir limited ortağın ayrılma veya tasfiye payı bağlamında, doğmuş bir alacaktan değil, aksine ortaklıktan ayrılmayı veya ortaklığın sona ermesini gerektiren müstakbel bir alacaktan söz edilir. Yine de bu alacak hakları, ortaklık sıfatının başlangıcından beri ortağın şahsında esasen mevcuttur. Genel ilkeye göre, müstakbel bir alacak hakkı sahibinin bu alacak üzerinde birbiriyle çelişen birden fazla tasarrufla bulunması halinde, hangi tasarruf daha önce yapılmışsa o geçerli olacaktır (Öncelik Esası- **Grundsatz der Priorität**). Bu hukuki sonucun gerçekleşmesi, ortağın ortaklığa olan aidiyetinin halen sürüyor olmasına bağlıdır. Zira ayrılma payı alacağı doğduğu takdirde, ayrılan ortağın ayrılma payı alacağını yeniden kendi elinde toplama olanağı kalmaz. Dolayısıyla ayrılma payının önsel devri, şahsında ayrılma payı alacağı henüz doğmamış ortağın esas sermaye payını üçüncü bir kimseye devretmesiyle hükümden düşer. Bu pay devriyle üçüncü kişi, devreden sahip olduğu bütün hakları iktisap*

⁶⁴² Nitekim bk. **Kübler/Assmann**, s. 78.

⁶⁴³ Bk. BGH 16. 05. 1988, II ZR 375/87. Kararın yayımlandığı yer için bk. www.jurion.de (E. T. 21. 03. 2019).

eder. Bunun için de devreden ortağın, kanun veya limited ortaklık sözleşmesindeki koşullara uygun hareket etmesi gerekir.

c) Müstakbel bir alacağın devrinin boşa gittiği durumlar bununla (Payın üçüncü kişiye devriyle) sınırlı değildir: Bu hukuki sonuçla, sermaye payının ZPO § 857 uyarınca haczedildiği hallerde de karşılaşmak mümkündür. Haczedilen sermaye payının paraya çevrilmesi durumunda (Ör: açık arttırma yoluyla), önsel devir yapan cebri icra borçlusunun (ortağın) şahsında ayrılma payı alacağının doğma ihtimali ortadan kalkar. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda da önsel devir etkisiz hale gelecektir.

d) Ortağın katılım hakkı son bulduğunda ayrılma payı- önsel devrin doğal sonucu olarak- devralanın (Zessionar) şahsında doğar. Ne var ki devralan bu alacağı, hacizle yüklü olarak devralmaktadır. Bu haciz ortaklık payı üzerinde konulmuş olup, **onun surrogatı olarak ayrılma payında aynen devam eder**⁶⁴⁴.

e) Ayrılma payının önsel devri ile bir ortaklık payı üzerinde yapılan tasarrufun hukuki açıdan birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Keza sonuncusu, müstakbel değil, aksine mevcut bir hakkı ilgilendirmektedir, dolayısıyla ayrılma payının önsel devrine göre daha önce hüküm ve sonuç yaratır. Sermaye payı üzerinde- kuşkusuz ayrılma payının doğumundan önce- rehin hakkı kurulması durumunda, ayrılma payı alacağı devralana **rehin hakkıyla yüklü olarak** geçecektir.

f) Bu sonuç adildir. Müstakbel ayrılma payı talebini devralan kişi, güvenceli bir hukuki statüye sahip değildir. Çünkü ortak yani Zedent, ortaklık payını üçüncü kişiye devretmek suretiyle Zessionar'ı saf dışı bırakma fırsatını her zaman elinde tutmaktadır. Pay bu şekilde ortağın elinde vücut bulmaktadır”.

Ancak, bu şekilde ortaklık payının devredilmesi kanaatimizce alacağın devri sözleşmesinin ihlali anlamına gelmektedir (sözleşmenin müspet ihlali). Zira müstakbel ayrılma payı alacağını temlik eden ortak, ortaklık payını devretmek suretiyle temlik alana olan borcuna aykırı hareket etmiştir. Dolayısıyla *ara dönemde* ortaklık payını devreden bu ortağın, alacağın devrinin hükümsüz hale gelmesi nedeniyle temlik alanın uğradığı zararları gidermesi icap edecektir. Keza burada bir ifa imkansızlığı söz konusu olup, bu imkânsızlık borçluya isnat edilebilen bir davranıştan kaynaklanmaktadır.

⁶⁴⁴ Görüldüğü üzere bu karar, Federal Mahkeme'nin ayrılma payını ortaklık payının *surrogatı* olarak nitelendirmesi itibarıyla de dikkate değerdir.

Borçluya yükletilebilen sonraki imkânsızlık, üst kavram olan “ifa engellerinin (*Leistungsstörungen*)” alt bir türü olup, borçlunun sebep olduğu zararı gidermesini gerektirir. Bu gibi hallerde borçlunun aynen ifa yükümü, yerini ikincil talep (*Sekundäranspruch*) niteliğindeki tazminat (*Schadenersatz*) edimine bırakmaktadır. İmkansızlığın borçluya yükletilebilmesi ise kanaatimizce geniş olarak yorumlanmalıdır. Kuşkusuz bu kavramın kapsamına her şeyden önce borçlunun kusurlu davranışları neticesinde gerçekleşen imkânsızlık halleri girmektedir⁶⁴⁵. Ayrılma payının devri sözleşmesine aykırı davranarak edimin imkânsız hale gelmesine yol açan borçlunun, yani ortaklık payını devreden ortağın durumu tam olarak böyledir. Zira bir ortağın ortaklık payını devrettiği esnada, bu devir ile birlikte ayrılma payı alacağıının da ortadan kalkacağını önceden görebilmesi gerekir. Buna rağmen ortaklık payını devreden borçlunun kasıt derecesinde kusurunun bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Çünkü borçlu, temlik alanının zarara uğrayacağını bile bile ortaklık payını devretmektedir.

Edimin ifasının imkansızlığına gelince; bu husus ayrılma payı alacağıının doğumu ile yakından ilgilidir. Çünkü, ortaklık payının devri suretiyle ayrılmada ayrılma payı alacağı doğmaz⁶⁴⁶. Doğmayan bir alacağın devri düşünülemezine göre, burada tam anlamıyla “sonraki objektif imkânsızlık” söz konusudur. Objektif imkansızlıktan⁶⁴⁷ söz edilebilmesi için, edimin hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek olması gerekir. Ortaklık payının devri neticesinde, ayrılma payını devretme borcu herkes için imkânsızlaşmıştır.

Hatta burada borca aykırılık ve borçluya yükletilebilen sonraki sorumluluktan doğan tazminat taleplerinin yarıştığından söz edilebilir (*Anspruchskonkurrenz*).

Ortaklık payı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi durumunda ise, ayrılma payının intifa hakkı sahibine geçmesi olanaklı değildir. Zira intifa hakkı sahibi yalnızca kâr payı⁶⁴⁸, ücret hakkı vb. mali hakları iktisap edebilir. Ayrılma payı hakkı

⁶⁴⁵ Bk. Leyla Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 179.

⁶⁴⁶ Nitekim, ortaklık payının ivaz karşılığı (*entgeltlich*) devrinde ayrılma payının koşullarının oluşmadığına ilişkin bk. **Heckelmann**, s. 112.

⁶⁴⁷ Alman öğretisinde **Emmerich**, Borçlar Hukuku'nun Modernizasyonu Hakkında Kanun'u hazırlayanların, doğal veya hukuki sebeplere dayalı objektif imkansızlığı esas aldığını; fiili veya pratik sebeplerin bundan böyle objektif imkansızlık olgusuna dahil edilmediğini belirtmektedir. Bk. **Emmerich**, *Leistungsstörungen*, s. 23- 24, No. 21.

⁶⁴⁸ Nitekim bk. **Teichmann**, *Niessbrauch*, s. 7.

ise münhasıran ortakta kalır. Çünkü ayrılma payı, ortaklık sıfatının kaybını telafi etme amacıyla *ortığa ödenen* bir alacaktır. Pay üzerinde intifa hakkı kurulması, hak sahibine ortaklık sıfatı kazandırmadığından⁶⁴⁹, ayrılma payını talep ve dava edebilme yetkisi yine ortağın kendisine aittir. Tüm bu anlatılanlar ışığında, ayrılma payının ortaklık payına olan bağıllığı bir kez daha karşımıza çıkmaktadır.

e. Ayrılma Payını Oluşturan Münferit Taleplerin Ayrı Ayrı İleri Sürülemezliği

Aksine bir düzenleme bulunmadıkça ayrılan ortağın ayrılma payı alacağı, ortaklıktan ayrılmadan önceki katılımına, yani ortaklık sıfatının ayrılma anında taşıdığı iktisadi değere uygun olmalıdır. Bu değer belirlenmesi amacıyla yapılan işlemlerin tümüne geleneksel bir ifadeyle “toplam hesap (*Gesamt/Schlussabrechnung*)” denilmektedir⁶⁵⁰. Eğer sözü edilen hesaplama sürecinin sonunda ayrılan ortak lehine bir “fazla” (ayrılma karı) ortaya çıktığı tespit edilirse bu, ayrılan ortağın ayrılma payı ödeneceği anlamına gelir⁶⁵¹.

Ayrılma payının hesaplanış süreci, tasfiyenin kapatıldığı evrede ortaklara dağıtılan tasfiye paylarının hesaplanış sürecinden farklı değildir. Bu bağlamda öncelikle ortaklık malvarlığının değeri tespit edilmeli ve takiben bu değer ortaklar arasında paylaşılmalıdır. Karşılıklı tüm ödeme talepleri hesaplanmalı ve bu talepler mümkün olduğunca birbirleri ile takas edilmelidir⁶⁵². Sadece, tamamlanmamış işlerden doğan kâr zarar talepleri bundan müstesnadır⁶⁵³. Ayrılan ortağın sermaye alacağı, ortaklığın haksız kazançtan doğan talepleri, ayrılan ortağın diğer ortaklara yönelttiği tazminat istemleri, toplam hesaba dahil edilen alacaklara örnek gösterilebilir.

⁶⁴⁹ Krş. **Hueck**, OHG, s. 400- 401. Yazara göre, pay üzerinde intifa tesisi suretiyle ortaklık statüsünün devri mümkündür.

⁶⁵⁰ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 20.

⁶⁵¹ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 20

⁶⁵² Karşılıklı ödeme talepleri bağımsızlıklarını yitirerek toplam hesaba dahil olurlar. Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 12. Ayrılma payını oluşturan münferit taleplerin bağımsız olarak ileri sürülemeyeceği hususunda bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 45. Yine, münferit taleplerin tasfiye sürecinden koparılp ayrı ayrı ileri sürülmesinin caiz olmadığı yönünde bk. **Riegger**, s. 136.

⁶⁵³ Bk. **Heymann/Emmerich** HGB § 138, Rz. 11.

Bu durumun cari hesap (*Kontokorrent*) ile paralellik gösterdiğine dikkat çekilmelidir⁶⁵⁴. Gerçekten, cari hesaba dahil edilen münferit alacak ve borç kalemleri bağımsız olarak ileri sürülme kabiliyetlerini yitirirler⁶⁵⁵.

Hatta, ayrılan ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğu kaldırılmış olsa dahi, bu alacaklar tam kapsamlarıyla pasivize edilmelidir. Zira, her ne kadar ayrılan ortağın dış ilişkide alacaklılara karşı sorumluluğu kaldırılmış olsa da iç ilişkide kendi payı nispetinde zarara katılma yükümlülüğü sürmektedir.

Buna karşılık bazı alacaklar toplam hesabın tespiti dışında tutulurlar. Bu tür taleplerin başında ortağın üçüncü kişi konumundan kaynaklanan talepler gelmektedir⁶⁵⁶ (*Drittgeschäfte*). Örneğin ayrılan ortak, ortak olduğu dönemde ortaklığa ödünç para vermişse (*karz- Darlehen*) durum böyledir. Ayrılma bilançosunun nihai tespitinden önce ayrılan ortağın ödeme davası açabilmesi, alacağın belirli bir miktarının kendisine ait olduğunun kesinleşmesine bağlıdır. Ya da yalnızca dava edilen tutarın taraflar arasında çekişmeli olması aranır⁶⁵⁷.

Temel prensip, ayrılma bilançosunun bağlayıcı surette tespitinden önce ayrılan ortağın diğer ortaklara karşı eda davası açamamasıdır. Ancak bu ilke tarafların, ayrılma bilançosunun düzenlenmesi esnasında, aralarındaki çekişmeli noktaları tespit davasının konusu haline getirmelerine engel oluşturmaz. Kuşkusuz tespit davası burada, ihtilafli noktaların açıklığa kavuşturulması amacına hizmet edecektir⁶⁵⁸. Adi ortaklıktan ayrılan ortak, bu tespit davasını kanaatimizce bütün diğer ortaklara yöneltmelidir. Çünkü burada bölünebilir bir talepten bahsetme olanağı yoktur. Dolayısıyla diğer ortaklar, yönetici ortaklara özel yetki vermedikleri sürece zorunlu dava arkadaşı olarak davada yerlerini alacaklardır. Tüm tespit davalarında olduğu gibi davacı, uyumsuzluk konusu noktaların aydınlatılmasında hukuki yararı bulunduğu

⁶⁵⁴ Bu hususta bk. **Riegger**, s. 136.

⁶⁵⁵ Nitekim cari hesaba geçirilen alacakların hukuksal bağımsızlıklarını yitirdiği yönünde bk. **Oetker/Maultzsch**, HGB § 355, Rn. 2- 5. Benzer açıdan bk. Hartmut Oetker, **Handelsrecht**, 7. Aufl, Berlin Heidelberg, 2015, s. 210, No. 74. Keza cari hesap anlaşmasının (*Kontokorrentabrede*) unsurlarından biri de tarafların, münferit alacakların ayrı ayrı ileri sürülmemesi noktasında uyumsuz olmalarıdır. Bk. MüKoHGB/**Langenbacher**, HGB § 355, Rn. 21. Ayrılma payının hesaplanma sürecinde ise taraflar, cari hesapta olduğu gibi, münferit alacakların bağımsız olarak talep edilemeyeceğini kararlaştırmak zorunda değildirler. Aksine bu durum, ayrılma payının *yeknesak-bütünsel* (*einheitlich*) talep niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu hususta bk. **Riegger**, s. 136.

⁶⁵⁶ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 13. Bu tip taleplerin herhangi bir sınırlama olmaksızın ileri sürülebileceği yönünde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 22.

⁶⁵⁷ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 13.

⁶⁵⁸ Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 14.

ispat yükü altındadır. Ayrılan ortağa ayrılma payının hesaplanma sürecinde defter ve belgeleri inceleme hakkı tanınmasının önemi bir kez daha karşımıza çıkmaktadır: Ayrılan ortağın tespit davası açmadaki hukuki menfaatinin ispatı, kural olarak ortaklık defter ve belgelerinin mahkemeye ibrazıyla sağlanabilir. Zira ancak bu şekilde ayrılan ortak, bilançoya yanlış veya eksik işlendiğini iddia ettiği hesap kalemlerinin dökümünü dava dilekçesine ekleyerek bunların eksikliğinin veya yanlışlığının tespitini isteyebilir. Görüldüğü üzere ortaklık defter ve belgelerinin ibrazı, ayrılan ortağın iddia ve somutlaştırma yükünü yerine getirmesine yardımcı olmaktadır.

Diğer ortakların, ayrılma bilançosu düzenleme işini geciktirmeleri veya savsaklamaları halinde bunun ayrılan ortak açısından çeşitli olumsuzluklar yaratacağı kuşkusuzdur. Zira, ayrılan ortak ayrılma bilançosunun çıkarılması sürecinde çoğu zaman pasif konumdadır. Dolayısıyla ayrılan ortağa bu gibi durumlarda, münferit kalemleri derhal dava edebilme hakkı tanınması gerekir. Bu hakkın yasaklanması halinde ise ayrılan ortağın elinde kalan tek çözüm, diğer ortaklara karşı “ayrılma bilançosu düzenlenmesi” amacıyla dava açılmasıdır⁶⁵⁹. Bu davanın, eda davası niteliğini haiz olduğu muhakkaktır⁶⁶⁰. Bu davada da diğer ortaklar zorunlu dava arkadaşı olarak yer alırlar. Keza mahkemeye yöneltilen talep, niteliği itibarıyla bölünebilir değildir.

f. Ayrılma Payının Borçlusu, Alacaklısı ve Ayrılma Payından Sorumluluk

aa. Alman Hukukunda

Ayrılma payının alacaklısının ayrılan ortak olduğu hususunda Alman hukukunda da herhangi bir tereddüt söz konusu değildir⁶⁶¹. Ne var ki, ayrılma payı isteminin kime karşı yöneltileceği sorusunun yanıtı Federal Mahkeme'nin 29. 01. 2001 tarihli kararı ile önemli bir değişime uğramıştır⁶⁶². Zira bu kararında Yüksek Mahkeme, dışı karşı bir görüntü arz eden adi ortaklıkların (*Aussen-GbR*) hukuki

⁶⁵⁹ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 15.

⁶⁶⁰ Nitekim bu yönde bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 18.

⁶⁶¹ Kollektif ortaklık açısından bk. **Koller/Kindler/Roth/Morck/Kindler**, HGB § 131, Rn. 8- 21.

⁶⁶² Karar için bk. BGHZ 146, 341= NJW 2001, 1056.

işlemlere katılabileceğine, haklar edinin borç altına girebileceğine hükmetmiştir. Yine bu doğrultuda, adi ortaklığın davada taraf ehliyeti taşıyabileceğine de vurgu yapmıştır. Federal Mahkeme'nin adi ortaklığa bu şekilde *kısmi hak ehliyeti* tanıyan⁶⁶³ kararı öğreti ve uygulamada büyük yankı uyandırmış⁶⁶⁴ ve doktrinde kısa süre içinde çok sayıda taraftar toplamıştır. Anılan kararında Yüksek Mahkeme, adi ortaklıktaki sorumluluk rejiminin tıpkı kollektif ortaklıktaki gibi “fer”i (*akzessorische Haftung*)⁶⁶⁵ nitelikte olduğu kanaatine varmıştır⁶⁶⁶. Buna göre, ortaklığın borcundan ortaklığın yanında ortaklar da şahsen ve müteselsilen sorumludurlar⁶⁶⁷. Bu sorumluluk modelinin “ikinci “dereceden sorumluluk” (*subsidiar*) ile karıştırılmaması gerekir. Zira ikinci dereceden sorumlulukta⁶⁶⁸, ortaklığın alacaklıları- ki ayrılma ile birlikte ayrılan ortak da bunlara dahil olmuştur- önce ortaklık malvarlığına yönelmek durumundadırlar. Kanunda belirtilen bazı şartlar yerine geldiği takdirde, normalde ikinci dereceden sorumlu olan ortakların sorumlulukları birinci dereceye yükselmektedir. Fer’i sorumlulukta ise alacaklının ortaklara başvurabilmesi için öncelikle ortaklık malvarlığına yönelmesi şartı aranmaz. Ortaklığa başvurulmasına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya ortakların sorumluluğu yoluna gidilebilir. Yeter ki, ortaklık borcu ile sorumluluk arasında korelasyon kurulabilsin. Bu sorumluluk tipinin ikincil sorumluluğa nazaran alacaklının yararına olduğu kuşkusuzdur⁶⁶⁹.

Fer’i sorumlulukta, kendisine şahsen başvuru ortak ortaklığın alacaklıya karşı sahip olduğu tüm def’ileri ileri sürebilir, çünkü alacağın ayniyetinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Hatta ortak açısından bu bir külfettir, aksi halde diğer

⁶⁶³ *Larenz*, borçlar hukuku özel kısım isimli ders kitabında; adi ortaklığa hak ehliyeti tanınmasının bazı problemlerin çözümünü kolaylaştırmakla beraber, kanunun temel felsefesiyle uyuşmayacağını ifade etmiştir. Bk. *Larenz*, BT, s. 358.

⁶⁶⁴ Kararı ayrıntılı olarak değerlendiren bir çalışma için bk. Karsten Schmidt, “Die BGB-Aussengesellschaft: rechts- und parteifähig- Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 01. 2001”, *NJW*, S. 14, 2001, s. 993 vd. *Canaris*, fer’i sorumluluk rejimini adi ortaklığa da sirayet ettiren bu kararın anayasaya aykırı olduğunu söylemektedir. Yazara göre, somut olayda hukuk yaratımının koşulları oluşmamıştır. Bu hususta *Canaris*’e atıfla bk. *Windbichler*, s. 80, dpn. 21.

⁶⁶⁵ Fer’ilik, ortaklık borcu ile ortakların sorumluluğu arasındaki karşılıklı bağlılığı ifade eder. Bk. *ZK- Handschin/Chou*, OR Art. 552- 619, No. 16.

⁶⁶⁶ Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı, HGB § 128 hükmünün adi ortaklığa kıyasen uygulanması sonucunu doğurmuştur. Bu yönde bk. *Hüffer/ Koch*, s. 69, No. 12. Federal Mahkeme’nin kararından bu yana, HGB § 128’deki müteselsil sorumluluk rejiminin adi ortaklık için de benimsendiği yönünde bk. *Habersack/Schäfer/Schäfer*, HGB § 131, Rz. 142.

⁶⁶⁷ Deyim yerindeyse, ortakların sorumluluğu ortaklığın sorumluluğuna eşlik etmektedir. Bk. *Hüffer/ Koch*, s. 69, No. 12.

⁶⁶⁸ İsviçre hukuk düzeni, kollektif ortakların borçlardan ikinci dereceden sorumlu tutulmaları esasını benimsemiştir. Bk. *ZK- Handschin/ Chou*, OR Art. 552- 619, No. 29.

⁶⁶⁹ Fer’i sorumluluğun alacaklıların menfaatine olduğu yönünde bk. *Windbichler*, s. 80, No. 12.

ortaklara rücu etme hakkını kaybeder. Bu sonuç, teselsüle hâkim “müteselsil borçlulardan biri, kendi davranışlarıyla diğerlerinin hukuki durumunu ağırlaştıramaz” prensibine de uygundur. Ortağın, ortak def’ileri⁶⁷⁰ ileri sürmekten kaçınması, kendisine düşen özen yükümünün ihlali anlamını taşır ve tazminat ödemesine yol açabilir.

Ancak Alman öğretisinde fer’i sorumluluğun yanı sıra, bu sorumluluk modelinin bir nevi rakibi olarak görülen *çifte borçlanma* teorisine değinmekte fayda vardır. Zira Federal Mahkeme’nin 2001 tarihli kararı sonrası bu görüş hâkim görüş olma özelliğini yitirmiştir.

Çifte borçlanma teorisi, ortakların şahsen borç altına girmelerini “hukuki işlemle borca katılma” olarak algılama yanılığısına düşmektedir. Kaldı ki, ortaklar adi ortaklık tarafından kurulan tüm sözleşmelerin tarafı haline gelselerdi, bundan kaynaklanan tüm talepleri ortaklık sözleşmesiyle yönetici/ temsilci olarak atanıp atanmadıklarından bağımsız olarak ileri sürebilirlerdi. Sonuç itibariyle, ortaklık içinde adeta bir yetki karmaşası hasıl olabilirdi⁶⁷¹. Bu teorinin bir diğer zayıf yönü, adi ortaklığın yasal borçları/ yükümleri nedeniyle ortakların- kural olarak- sorumlu tutulamamasında kendisini göstermektedir⁶⁷². Böyle bir durumda alacaklılar ortakların şahsi malvarlığına değil, onlardan ayrılan ortaklık malvarlığına el atmak zorunda bırakılmaktadır. Bunun da alacaklıların ne derece lehine olduğu meselesi gündeme gelecektir.

Adi ortaklık ortaklarının HGB § 128⁶⁷³ uyarınca ortaklığın yanında şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulabilmeleri, ortaklık borcunun niteliğinin tespitiyle yakından ilgilidir. Sözü geçen paragrafta “ortaklık borçları (*Gesellschaftsverbindlichkeit*)” ifadesine yer verilmektedir. Buna sadece üçüncü kişilerin ortaklığa karşı ileri sürebilecekleri alacakları değil, aynı zamanda ortakların ortaklık nezdinde tıpkı diğer üçüncü kişiler gibi muamele gören alacakları (*Drittgläubigerforderungen*) da dahildir. Ortaklar, ortaklık ile ortaksal ilişkinin dışına çıkarak birtakım hukuki ilişkiler

⁶⁷⁰ Ortak def’i ve itirazlar ortaklık borcunun varlığına veya muacceliyetine ilişkin olabilir. Bk. ZK-**Handschin/Chou**, OR Art. 552- 619, No. 18.

⁶⁷¹ Bk. Peter O Mülberr, “Die rechtsfähige Personengesellschaft- Rechtsfähigkeit, Akzessorische Mitglieberhaftung und Umwandlungsrecht”, **AcP**, S. 199, 1999, s. 69- 70.

⁶⁷² Bk. **Mülberr**, s. 70.

⁶⁷³ HGB § 128: “Ortaklar ortaklığın borçlarından, müteselsil borçlu olarak şahsen sorumludurlar. Bunun aksine bir anlaşma üçüncü kişilere karşı hükümsüzdür”.

kurabilirler. Bir ortağın, sahip olduğu işyerini ortaklığa kiraya vermesi buna örnek gösterilebilir⁶⁷⁴. Ortağın ortaklıktan alacağı kira bedeli, ortaklık ilişkisinden değil, aksine kira ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Yani ortak burada tıpkı üçüncü bir kişi gibi ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde HGB 128 düzenlemesi devreye girecek⁶⁷⁵ ve diğer ortaklar, ortaklığın yanında müteselsilen sorumlu kılınabileceklerdir.

Sosyal borç (*Sozialverpflichtung veya Sozialverbindlichkeit*)⁶⁷⁶ ise, ortaklık ilişkisinden doğan ve ortaklığın ortağa karşı yerine getirmesi gereken borç ve taahhütlerini ifade eder⁶⁷⁷. Bu tür borçlara örnek olarak; kazanç payı, yönetici ortağın ücret hakkı, yapılan giderlerin iadesi talebi vb verilebilir. Bu borçların mali nitelik taşımaları şart değildir, önemli olan borcun *ortaklık ilişkisinden kaynaklanmasıdır*. Bu tip borçların varlığı halinde HGB § 128 uygulanamaz⁶⁷⁸. Zira adı geçen hükümde “ortaklık borçları”ndan söz edilmektedir. Sosyal borçlar münhasıran ortaklık ilişkisine dayalı borçlar olup HGB § 128’in kapsamına girmezler.

Ayrılma payının üçüncü kişi alacağı mı yoksa sosyal borç mu teşkil ettiği meselesi, HGB 128’in ayrılma payı alacağına uygulanabilirliğinin tespiti açısından önem taşımaktadır. Ayrılma sonrası ortağın ortaklık karşısında üçüncü kişi gibi değerlendirildiğine daha önce temas etmiştik. Öyleyse, ayrılan ortağın ayrılma payının sosyal bir borç oluşturduğunu söylemek⁶⁷⁹, kanaatimizce zorlama bir bakış açısidir. Ayrılma payının özünde ortaklık ilişkisinin yatması da bu durumu değiştirmez.

⁶⁷⁴ Kurulan sözleşmenin ortaklık amacına hizmet etmesi veya herhangi bir şekilde ortaklık amacıyla bağlantılı olması bu nitelermeyi etkilemez. Burada sadece alacağın “doğum sebebi” belirleyicidir. Bu hususta bk. **Hueck**, OHG, s. 259.

⁶⁷⁵ Üçüncü kişi alacakları (*Drittgläubigerforderung*) bakımından HGB § 128’in tereddütsüz uygulanacağı yönünde bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 108, dpn. 21. Benzer olarak bk. **Windbichler**, s. 152, No. 29.

⁶⁷⁶ “*Sosyal yükümlülük*” ifadesi için bk. **Yongalık**, Ortak Davası, s. 19, dpn. 79.

⁶⁷⁷ Sosyal borç, ilgili ortak açısından bakıldığında ortaklığa yöneltilen bireysel bir talep olarak anlaşılmalıdır. Bk. **Hueck**, OHG, s. 258; **Yongalık**, Ortak Davası, s. 14.

⁶⁷⁸ Buna karşılık Alman öğretisinde *Schäfer*, ayrılma payından ötürü diğer ortakların sorumluluğunun yasal dayanağı olarak BGB 738 Abs.1 S.2’yi değil, aksine HGB 128’i göstermektedir. Yazara göre ayrılma payı sosyal borç teşkil etmekle birlikte, icra edilebilirlik bakımından gerçek bir alacak hakkı niteliğini haizdir, zira ortaklar arasındaki ilişkide sosyal borçların ileri sürülebilmesini engelleyen sınır çizgileri ayrılma ile ortadan kalkmıştır. Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 142.

⁶⁷⁹ Ayrılma payının sosyal borç niteliğini haiz olduğu yönünde bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 173; **Larenz**, BT, 355; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 141; **Palandt/Sprau**, BGB § 705, Rz. 30; **Huber**, Vermögensanteil, s. 319; Robert Oppenheim, **Abfindungsklauseln in Personengesellschaftsverträgen- Plädoyer für eine Verhandlungsklauseln**, Baden Baden, 2011, s. 31.

Ayrılma payı üçüncü kişi alacağı gibi işlem görecektir⁶⁸⁰ ve bu alacak sebebiyle diğer ortaklar ortaklığın yanında müteselsilen sorumlu olacaklardır (HGB § 128).

Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararı doğrultusunda, ayrılma payından ötürü esasen adi ortaklığın kendisi sorumludur (kısmi hak ehliyeti var). Ancak HGB 128'in kıyasen uygulanmasının sonucu olarak, ortaklar da ortaklığın yanında sorumlu tutulabilirler. Bu da kuşkusuz ayrılma payı alacağı bakımından ayrılan ortağın hukuki durumunu güçlendiren bir faktördür.

bb. Türk ve İsviçre Hukukunda

Ayrılma sonucunda ortaksal hak ve yükümleri ortadan kalkan, ortaklığın işleyişine etki etme olanağını yitiren ortağın elinde sadece, ortaklığa getirmiş olduğu katılım payının iadesi anlamını taşıyan ayrılma payı kalır. Bu nispi⁶⁸¹ alacak hakkının alacaklısı kuşkusuz *ayrılan ortak*tir. Ayrılan ortağa ayrılma payının nakden ödenmesi gerekir⁶⁸². Fakat ortağın sermaye olarak bir eşyanın kullanım hakkını veya intifa gibi yararlanma haklarını getirdiği hallerde ayrılma payının nasıl ifa edileceği meselesi akla gelebilir. Hâkim öğretisi, böylesi durumlarda ayrılma payının salt bir "iade" alacağı şeklinde ifa edileceği kanaatini paylaşmaktadır⁶⁸³. Aynen iade suretiyle ifa edilecek ayrılma payına kanaatimizce ihtiyatlı yaklaşmak gerekir. Bir eşyanın kullanım hakkının bırakıldığı durumlarda, eşyanın hasar görme veya tamamen tahrip olma ihtimalleri hesaba katılarak bir çözüm yolu bulunmalıdır. Aynı esas eşyanın kullanıma bağlı olarak aşındığı, yıprandığı haller için de geçerlidir. Eşyanın bütünüyle zarar

⁶⁸⁰ Ayrılma payının "üçüncü kişi alacakları" grubuna dahil olduğu hususunda bk. **Hueck**, OHG, s. 524; **Arslanlı**, s. 449. Bu hususta dolaylı olarak bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 68, No. 136; **Windbichler**, s. 88, No. 12. Ayrılma payının üçüncü kişi alacağı teşkil ettiğine dair Alman Federal Mahkemesi kararı için bk. BGHZ 148, 201, 206 f.= NJW 2001, 2718 (s. 88, dpn. 17).

⁶⁸¹ Ayrılma payının nispi bir alacak olduğu hususunda bk. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Frankhauser (Hrsg), **Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Aufl, Zürich, 2016 (Anılış: OFK/ilgili bölüm yazarı), OR Art. 542, No. 9.

⁶⁸² TBK 634'de, ayrılma payının nakden mi yoksa aynen mi ödeneceği sorusu açık bırakılmıştır. Kanımızca, kollektif ortaklıkla ilgili düzenleme kıyasen uygulanabilmelidir (TTK m. 261). Anılan hükümde, ayrılma payının ancak *nakden* ödenebileceği hususuna işaret edilmiştir. Lâfzî yorum yapıldığında, hükmün emredici nitelik taşıdığı izlenimi uyanmaktadır. Ne var ki, doktrin aksi kanaattedir. Anlaşma mevcutsa ayrılma payının *aynen* ödenebileceği yönünde bk. **Çamoğlu**, Haklı Sebep, s. 179. Krş. Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku, İkinci Cilt, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1972, s. 248. Yazar, ortaklığa aynı sermaye konulmuş olsa dahi ayrılma payının *daima nakden* ödeneceği kanaatindedir.

⁶⁸³ Bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 12; **Arslanlı**, s. 450; **Yongalık**, Sermaye Payı, s. 103- 104; **Bollmann**, s. 86- 87.

gördüğü durumlarda ayrılma payı alacağına nakden ödenmesi, menfaatler dengesine uygun düşer. Aksi takdirde ayrılan ortağın ortaklık payı adeta “erimiş” olacaktır.

Schaedler- ki ayrılma payının bireysel bir talep olduğu düşüncesindedir- ayrılma payının kime yöneltileceği sorusunu şu şekilde yanıtlamaktadır: Ayrılma payı, ayrılan ortak açısından bireysel bir talep, ortaklık bakımından *sosyal borçtur*. Burada, paydaşın ortaklıklar hukukuna özgü bir talebi söz konudur. Bu sosyal borç, ortaklığı sürdüren ortakların “Passivum”udur. Nasıl ki bir adi ortaklıkta ortaklar ortaklık borçları nedeniyle müteselsilen sorumludurlar, işte ayrılma payı da böyle bir borç teşkil eder. Bu satırlardan çıkarılacak sonuç, ayrılma payının borçlusunun, ortaklığın hukuki yapısına göre ortaklık/ *diğer ortaklar* olduğudur. Adi ortaklığın tüzel kişilik veya hak ehliyetinden yoksun olması, ayrılan ortağın ayrılma payı alacağı sebebiyle diğer ortaklara başvurmasını zorunlu kılar⁶⁸⁴. Adi ortaklığın kalan ortakları, bu borçtan ötürü birinci dereceden⁶⁸⁵, sınırsız ve müteselsilen⁶⁸⁶ sorumludurlar. Zira ayrılan ortak, diğer ortaklar karşısında üçüncü kişi gibi değerlendirilmektedir⁶⁸⁷. Adi ortaklığa yeni katılan ortağa gelince; ayrılma payının varlığından haberdar olmaması onu müteselsil sorumluluk düzeninin dışında bırakmaz⁶⁸⁸.

g.Ayrılma Payı Alacağına Doğumu

Ayrılma payı, ortak ile ortaklık arasındaki hukuksal bağın kesildiği anda yani ayrılma anında doğar⁶⁸⁹. Bu sebeple, ortağın ortaklıktan ne zaman ayrıldığına tespiti,

⁶⁸⁴ Benzer yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 393.

⁶⁸⁵ Bk. **Schaedler**, s. 11.

⁶⁸⁶ Sorumluluk rejiminin müteselsil olması, ayrılma payı alacağını münferit bir ortaktan tamamen tahsil edemeyen ayrılan ortağın, kalan kısım için diğer ortaklara başvurmasına olanak sağlar. Nitekim bk. **Schaedler**, s. 11. Diğer ortakların ayrılma payı borcundan müteselsilen sorumlu oldukları hususunda bk. Peter Jung, “scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaften”, **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht**, S. XI, 2016, s.222 (Anılış: scheiden tut weh); **Spitze**, s. 19; **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 395; **OFK/Müller**, *OR Art. 542*, No. 9. Kalan her bir ortağın ayrılma payı borcundan şahsen ve müteselsilen sorumlu oldukları yolunda bk., Stephan Wolf, “Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften”, **ZBGR**, S.1, 2000, s. 15.

⁶⁸⁷ Bk. **ZK- Handschin/Vonzun**, *OR Art. 545- 547*, No. 191; **Meier- Hayoz/Forstmoser** § 12 No. 96. Ayrılma payı bakımından aynı yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 395; **Bollmann**, s. 86. Ayrılan ortağın üçüncü kişi alacaklılarla eşdeğer bir pozisyona sahip olması, ortaklığın iflası halinde ayrılma payının iflas alacağı olarak yazılmasına imkân vermektedir. Bk. **Bollmann**, s. 86; **Bergsma**, s. 109; **Jung**, *scheiden tut weh*, s. 222. Ayrıntılı bilgi için bk. **Schaedler**, s. 11 vd.

⁶⁸⁸ Bk. **Schaedler**, s. 11.

⁶⁸⁹ Bk. **Bollmann**, s. 82; **Hoch**, s. 130, No. 365; **Dorscheid**, s. 150; **Bamberger/ Roth/Timm/Schöne**, *BGB § 738*, Rz. 19; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurt**, *BGB § 738*, Rz. 9; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, *HGB § 131*, Rz. 144; **Schlegelberger/Schmidt**, *HGB § 138*, Rz. 44;

ayrılma payı alacağıının ortaya çıktığı tarihin tespiti bakımından da önemli bir rol oynar. Kanımızca burada ayrılmanın türlerine göre bir ayırım yapılması yerinde olacaktır:

Çıkma açısından, ortağın çıkma beyanının diğer ortaklara ulaştığı anda ortağın ortaklıktan ayrıldığı kabulü gerekir. Çıkan ortağın ayrılma payı, işte bu anda (yani beyanın diğer ortakların tamamına ulaştığı anda) doğar.

Çıkarılmada, yazılı çıkarma beyanının (ki yazılılık geçerlilik şartıdır) ilgili ortağın hakimiyet alanına ulaştığı anda ortak ortaklıktan ayrılmış olur. Buna paralel olarak, ayrılma payı alacağı *bu anda* doğar.

Ortağın ölümünde ise durum biraz farklılık arz eder: Ortaklığın, ölen ortağın tüm mirasçılarıyla sürdürüleceğine dair bir kayıt bulunuyorsa (*einfache Nachfolgeklausel- basit halefiyet klozu*), ortağın ölümüne rağmen ayrılma payı alacağı doğmaz. Zira bu gibi hallerde mirasçılar ölen ortağın ortaklık sıfatını külli halefiyet prensibi gereğince doğrudan doğruya iktisap etmektedirler.

Nitelikli halefiyet klozunun kararlaştırılması olasılığında ise, ortaklığa alınmayan mirasçılar bakımından ayrılma payı alacağı doğacağı kuşkusuzdur. Bu tür klotlar miras bırakan ile onun sağlığında yapılmaktadır. Dolayısıyla ayrılma payının doğduğu an olarak, miras bırakan ortağın ölüm tarihi ölçü alınmalıdır. Sözü edilen klot, bazı mirasçıları ortaklık sıfatından mahrum etmesi itibariyle *mirasın paylaşılması* niteliği taşımaktadır. Bu yüzden, nitelikli halefiyet klozunun ortaklık sözleşmesine önceden (miras bırakanın sağlığında) konulmadığı durumlarda, diğer ortakların sonradan (ortağın ölümünden sonra) bu yönde bir tercihte bulunma imkanları olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, mirasın paylaşılmasına ilişkin kurallar sadece miras bırakan tarafından belirlenebilir. (ölen ortak). Dolayısıyla bu olasılık çerçevesinde, miras bırakanın ölümünden sonra diğer ortakların önünde iki alternatif olacaktır: Ya tüm mirasçıları ortaklığa alarak ortaklığın devamını sağlamak ya da mirasçılara ayrılma payı ödeyerek ortaklığı mirasçılar olmaksızın ayakta tutmak.

Bazen de diğer ortaklar, ortaklığı mirasçılar olmaksızın kendi aralarında devam ettirmek isteyebilirler. Şüphesiz bu doğrultuda bir anlaşma (*Fortsetzungsklausel*) miras bırakanın sağlığında yapılabileceği gibi, onun ölümünden sonra da yapılabilir.

Heymann/Emmerich, HGB § 138, Rz. 6; **Mecklenbrauck**, s. 9. Ayrılma anının ölçü alınması gerektiği hususunda isabetle bk. **Schaedler**, s. 10. Limited ortaklık açısından aynı yönde bk. **Dirikkan Öztürk**, s. 151.

Bu tip durumlarda mirasçılara ayrılma payı ödenecektir. Ayrılma payının doğduğu an, kanaatimizce ortağın ölüm tarihidir. Diğer ortakların, ortağın ölümünden sonra bu yönde bir karar almalarının bu açıdan herhangi bir önem taşımadığı kanısındayız. Zira, diğer ortaklar ortaklığın devamına sonradan (miras bırakanın ölümünden sonra) karar vermiş olsalar dahi, ortak ölüm suretiyle ortaklıktan ayrılmıştır. Dolayısıyla mirasçılara ödenecek ayrılma payının ortağın ölüm tarihinde doğduğunun kabulü zorunludur.

Çıkarılma davasında, davalı ortağın çıkarılmasına ilişkin inşai nitelikli mahkeme kararının kesinleşmesi ile ortak, ortaklıktan ayrılır. Dolayısıyla davalı ortağın ayrılma payının doğduğu an, hükmün kesinleştiği andır.

Sözleşmesel çıkma ve çıkarmada ise, ortaklık sözleşmesinde belirlenen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ortak ortaklıktan kendiliğinden ayrılır veya diğer ortaklar tarafından çıkarılabilir. Örneğin, bir ortağın 65 yaşını doldurması durumunda ortaklıktan otomatik olarak ayrılacağı öngörülmesinde olduğu gibi. Bu tip sözleşmeler “ayrılma sözleşmesi” (*Ausscheidungsvertrag*) olarak adlandırılabilir. Görüldüğü üzere, bir ortağa düşen ayrılma payının hangi anda doğduğunun saptanmasında ayrılma anı (ayrılma sebebinin meydana geldiği an) ölçü alınmaktadır.

h. Ayrılma Payının Muacceliyeti ve Hesaplanma Tarzı

aa. Temel Kural: Derhal Muacceliyet

Ayrılma payının muacceliyeti ve hesaplanması, ayrılma payıyla ilgili en çetrefilli meselelerden birini oluşturmaktadır⁶⁹⁰. Özellikle ayrılma payının belirlenmesi için özel bir malvarlığı bilançosu düzenleme ihtiyacı bulunup bulunmadığı, bu bilançonun muacceliyete olan etkisi bile konunun karmaşıklığını ortaya koymaya yeterlidir. Dolayısıyla tüm bu meselelerin açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle alacağın muacceliyeti hususuna değinilecektir.

Borçlar hukukumuzun muacceliyete ilişkin temel ilkesi uyarınca, “ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça, her

⁶⁹⁰ Ayrılma payının muacceliyet anının tartışmalı olduğu yönünde bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 44; **Mecklenbrauck**, s. 9.

borç doğumu anında muaccel olur” (TBK m. 90, OR Art. 75, BGB § 271/1⁶⁹¹). İşte bu ilkeye öğretilerde “derhal muacceliyet” (*sofortige Fälligkeit*) denilmektedir. Nitekim bazı yazarlar, ayrılma payının doğduğu anda muaccel hale geldiğini öne sürmüşlerdir⁶⁹². Alacağın ne zaman muaccel olacağı hususu taraflar arasında açıkça kararlaştırılmış olabilir. İşte böyle durumlarda ayrılma payı sözleşmeyle kararlaştırılan tarihte muacceliyet kazanır. Zira hukuk düzeni, tarafların iradelerine öncelik tanımaktadır⁶⁹³. Burada hukuki sorun, ayrılma payının muacceliyet tarihiyle ilgili herhangi bir anlaşma yapılmaması olasılığında ortaya çıkacaktır.

Halbuki bir alacağın doğumu ile muaccel hale gelmesi birbirinden farklıdır⁶⁹⁴. Bu, şüphesiz ayrılma payı için de geçerli bir olgudur. Alacağın doğması, onun mutlaka muaccel olduğu anlamına gelmez. Kanaatimizce, bir alacak doğumu anında belirli ise onun derhal muaccel hale gelmesinden söz edilebilir⁶⁹⁵. Yoksa alacağın doğumu anında belirlenebilir olması, muaccel olması bakımından yeterli değildir⁶⁹⁶. Örneğin, ayrılma payı ortağın ortaklıktan ayrıldığı anda belirli ise derhal muacceliyet prensibi benimsenebilir. Ancak uygulamada çoğu zaman, ayrılma payının hesaplanmasına yarayan malvarlığı unsurlarının ayrılma anında belirlenemediği, ayrılma payı miktarının tespiti için “ayrılma bilançosu” olarak adlandırılan özel bir bilançoya gerek duyulduğu görülmektedir. İşte derhal muacceliyet esasını destekleyen yazarların, ayrılma payının gösterdiği bu özelliği göz ardı ettikleri kolaylıkla söylenebilir.

Ayrılma payının, defter (bilanço) değeri veya son yıllık bilanço üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış ise, doğumu anında muaccel olduğunun kabulü

⁶⁹¹ BGB § 271/1: “İfa için bir tarih belirlenmedikçe ve durumun gereğinden anlaşılmadıkça alacaklı edimin *derhal ifasını* isteyebilir”.

⁶⁹² Bk. **Siegrwart**, OR Art. 580, s. 398, No. 27; **Bollmann**, s. 82; **Von Steiger**, s. 418; **Bergsma**, s. 118; **Hoch**, s. 130, No. 365; **Jung**, scheidn tut weh, s. 222; **Jörg**, s. 366; **ZK- Handschin/ Chou**, OR Art. 580, No. 78; **Hüffer/Koch**, s. 112- 113, No. 23; **CHK- Strittmatter**, OR Art. 580, No. 4. Hatta bu son yazar, ayrılma payının miktarla belirlenemediği hallerde dahi derhal muacceliyeti savunmaktadır ki, bu düşünceye katılmamız mümkün değildir. Türk hukuku açısından derhal muacceliyet yönünde bk. Hasan Pulaşlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 377, No. 37.

⁶⁹³ Borcun ne zaman ifa edilmesi gerektiği sorusu, her şeyden önce sözleşmeye veya borç ilişkisinin niteliğine göre yanıtlanmalıdır. Bu yönde bk. Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil**, 14. Aufl, München, 1987, s. 198 (Anılış: Schuldrecht AT).

⁶⁹⁴ Bk. Ali Haydar Yıldırım, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Bursa, 2013, s. 315 (Anılış: Haklı Sebep).

⁶⁹⁵ **Schaedler**, Siegrwart’ın şüphe halinde derhal muacceliyetten yana olan tutumuna, ayrılma payının tespiti için ayrılma bilançosu çıkarılması gerekmeyen hallerle sınırlı olarak katılmaktadır. Bk. **Schaedler**, s. 50.

⁶⁹⁶ Krş. **Bergsma**, s. 118; **Hoch**, s. 130, No. 365. Bu yazarlara göre, derhal muacceliyetin kabulü için alacağın doğduğu anda belirlenebilir olması yeterlidir.

olanaklıdır. Ancak ayrılma bilançosu düzenlenmeksizin ayrılma payı tutarının belirlenmesi imkânı bulunmuyorsa, derhal muacceliyet esası benimsenemez⁶⁹⁷.

bb. Ayrılma Bilançosu (*Abschichtungs/Abfindungsbilanz*⁶⁹⁸)

aaa. Tanımı ve Temel Özellikleri

En yalın tanımıyla ayrılma bilançosu, ayrılma payı tutarının belirlenmesi amacıyla ortaklık/ diğer ortaklar tarafından düzenlenmesi gereken *özel bir malvarlığı bilançosunu* ifade eder⁶⁹⁹. Bu bilançoğu öteki bilançolardan ayıran unsur, ayrılma payı alacağının tespitine yönelmiş olmasıdır⁷⁰⁰. Keza diğer bilançolar ortaklığın içinde bulunduğu finansal tabloyu ortaya koyarken⁷⁰¹, ayrılma bilançosu ise aslında ayrılan ortağın mali durumunu gözler önüne sermektedir⁷⁰². Ve ayrılma payının tespitine yarayan tüm malvarlığı değerleri bu bilançonun tanziminde göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla, bu bilançonun düzenlenmesi için belirli bir zaman dilimine ihtiyaç vardır. Kuşkusuz ayrılma bilançosunu çıkarmakla görevli ortakların (yönetici ortaklar⁷⁰³) iyi

⁶⁹⁷ Nitekim bu husustaki isabetli açıklamaları için bk. **Schaedler**, s. 50.

⁶⁹⁸ **Baştuğ**, “*Abschichtungsbilanz*” terimini “*muvakkat tasfiye bilançosu*” şeklinde Türkçeye çevirmiştir. Bk. **Baştuğ**, Temel İlkeler, s. 124, dñn. 54. Kanımızca, “*ayrılma*” üst kavramına vurgu yapması itibarıyla, “*ayrılma bilançosu*” ifadesine öncelik tanınmalıdır. Böylelikle, bu bilançonun ayrılma payının belirlenmesi amacını güttüğü kolaylıkla anlaşılacaktır. “Ayrılma bilançosu” terimi için bk. **Mimaroglu**, s. 250, dñn. 81; Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 294, dñn. 151.

⁶⁹⁹ Ayrılma bilançosunun malvarlığı bilançosu niteliği taşıdığı hususunda bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 47; **Hueck**, OHG, s. 452; **Riegger**, s. 114; Thomas Heidel ve Alexander Schall, **Handelsgesetzbuch Handkommentar**, 2. Aufl, Baden Baden, 2015 (Anılış: Heidel/Schall/ilgili bölüm yazarı), HGB Anh. § 131, Rn. 10. Özel bir bilanço olduğu yönünde bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 347; **Windbichler**, s. 162, No. 18; **Siegwart**, OR Art. 580, No. 8; **Dirikkan Öztürk**, s. 107.

⁷⁰⁰ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 47; **Hueck**, OHG, s. 452. Benzer açıdan bk. **Schaedler**, s. 27; **Heidel/Schall/Hanke**, HGB Anh. § 131, Rn.10. Limited ortaklık açısından benzer yönde bk. **Dirikkan Öztürk**, s. 106- 107. **Riegger**’e göre ise, bu bilanço her şeyden önce ortaklık malvarlığının, ayrılma anında taşıdığı değerin hesaplanmasına hizmet etmektedir. Bk. **Riegger**, s. 118. Yazar, sözü edilen değerin bilinmesini, bir binanın üzerinde yükseldiği temele benzetmektedir. Ayrılma payının nihai ve bağlayıcı şekilde belirlenebilmesi, ortaklık malvarlığının değerinin bilinmesi ile doğru orantılı olduğundan (s. 118), yazarın bu benzetmesi yerinde görülebilir.

⁷⁰¹ Yıllık bilançolarda (*Jahresbilanz*), münhasıran ortaklığın kar- zarar edip etmediğine bakılmaktadır. Yani bu tür bilançoların sonuç odaklı bilançolar (*Erfolgsbilanz*) olduğundan söz edilebilir. Bu hususta bk. **Schaedler**, s. 27.

⁷⁰² Dolayısıyla bu bilançoyla, ayrılan ortağın ortaklığa ödemesi gereken borcu olduğu da tespit edilebilir (BGB § 739, TBK 635 uyarınca). Söz konusu borç “*negatif ayrılma payı*” veya “*açık tutar (Fehlbetrag)*” olarak adlandırılmaktadır.

⁷⁰³ Gerçekten de TBK m. 634 benzeri bir hükmün bulunmadığı Alman hukukunda, ayrılma bilançosu çıkarmakla yükümlü ortaklar şüphesiz yönetici ortaklardır. Zira ayrılma payının tespiti iç ilişkiyi

niyeti de bu süreçte oldukça önemli bir rol oynayabilir. Çünkü, ayrılma payı tutarı nihai olarak belirlenmeden ayrılma payının muaccel olamayacağına dair görüşümüz, ayrılma bilançosuna büyük bir önem atfetmektedir. Kısacası, ayrılma bilançosu muacceliyet şartı olmamakla birlikte, ayrılma payının muaccel hale gelmesine doğrudan etki etmektedir.

Ayrılma payının hesaplanmasında ilk olarak tarafların bu hususta anlaşma yapıp yapmadıklarına bakılır. Anlaşma halinde, taraf iradelerinin önceliğe sahip olması doğaldır. Fakat böyle bir sözleşme veya kayıt mevcut değilse, *ayrılma bilançosu* (*Abschichtungsbilanz*) çıkarılması gerekir. Ayrılma bilançosu, ayrılma payı alacağının hukuksal ve iktisadi zeminini oluşturur denirse yanlış olmaz⁷⁰⁴. Ayrılma payının *belirlenmesi amacıyla* özel bir bilanço düzenlenmesi ihtiyacı⁷⁰⁵, ayrılma bilançosunu hem yıllık bilanço hem de tasfiye bilançosundan önemli ölçüde ayırır. Burada bir mameleki bilanço söz konusudur. Ayrılan ortağın alacaklı mı (ayrılma payı alacağı) yoksa borçlu mu (ayrılma borcu) olduğu bu bilançoya göre tespit edilir. İşbu bilançonun düzenlenmesinden ortaklığın yönetici ortakları sorumludur⁷⁰⁶. Ayrılan ortak bu bilançonun çıkarılmasına iştirak edebilir, hatta gerektiği takdirde, kendisinin uygun görmediği hususları yönetici ortaklara bildirebilir⁷⁰⁷.

Ayrılan ortağın tasfiye payı, ayrılmadan sonra çıkarılacak ilk bilanço tarihinde muaccel olur⁷⁰⁸. Ayrılma payına benzer taleplerde muacceliyet anı bilançonun tanzim tarihi olduğundan, aynı esasların ayrılma bilançosu için de geçerli olması gerekir.

ilgilendiren bir mesele olup, nihayetinde yönetimin yetki alanına girmektedir. Bk. **Heidel/Schall/Hanke**, HGB Anh. § 131, Rn. 11.

⁷⁰⁴ Bk. **Schaedler**, s. 21.

⁷⁰⁵ Alman öğretisinde bir kısım yazarlara göre, ayrılma bilançosu çıkarılması alacağın muacceliyeti bakımından değil, hesaplanması bakımından önem taşır. Yani bu özel bilançonun düzenlenmesi, ayrılma payının muacceliyet şartı değildir. Nitekim bk. **Sauter/BHB**, § 8, Rn. 132- 147; **Palandt/Sprau**, BGB § 738, Rz. 6. Ayrılma payının kapsamının genellikle ayrılma bilançosuyla belirlendiği hususunda bk. **Dorscheid**, s. 73. Ne var ki, ayrılma payının hesaplanması ile muacceliyetinin iç içe geçmiş olması, iki kavramın birbirinden ayrı ele alınmalarını güçleştirmektedir.

⁷⁰⁶ Gerçekten de TBK 634 gibi bir hükmün bulunmadığı Alman hukukunda, tüm diğer bilançolar gibi ayrılma bilançosunun da- kural olarak- yönetici ortaklar tarafından düzenlenmesi gerekir. Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 347.

⁷⁰⁷ Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 738, Rz. 10. Ayrılan ortağın bilanço tanzim işlerine doğrudan doğruya iştirak etmesi olanaklı değildir. Aynı yönde bk. **Arslanlı**, s. 453. Ayrılan ortak, ortaklık defterleri sayesinde ayrılma bilançosuna ilişkin bilgi alabilir, bilançoju inceleyebilir. Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 347. Özetle, ayrılan ortak sürece dolaylı olarak katılmaktadır.

⁷⁰⁸ Kaldı ki, TBK m. 634 hükmünde geçen “mali konularda uzman bir kişiye hesaplattırılır” ibaresi dahi ayrılma payının belirlenmesinde ayrılma bilançosunun önemine- dolaylı olarak- işaret etmektedir. Ayrılma payının hesaplanması için ayrılan ortak ile ortaklık arasında yapılacak malvarlıksal tasfiye de bilanço tanziminin gerekliliğini ortaya koyan bir diğer durumdur. Ayrılma payı, ancak nihai bir şekilde netleştiği zaman muaccel hale gelecektir.

Ayrılma payının ödenmesi istemi, bilançonun düzenleneceği tarihe kadar ertelenir. Bunun sebebi, ayrılma payının tespitinin karmaşık bir süreç gerektirmesidir⁷⁰⁹.

Ayrılma bilançosu çıkarılırken, ortaklığın *ayrılma anında içinde bulunduğu mali durum* esas alınmalıdır⁷¹⁰. Kuşkusuz taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Bu ilkeyi en net şekilde yansıtan düzenleme OR Art. 580/2'dir. Bu andan (ayrılma anı) önce düzenlenmiş bilançolara itibar edilmemelidir⁷¹¹.

Ayrılma bilançosunun düzenlenmesi, ortaklık malvarlığının durumuna göre iki farklı olasılığı gündeme getirebilir, diğer bir deyişle, bilanço tanzim işleminin başlangıcında ortağın *ayrılma payı alacağı* olup olmadığı belirsizdir. Bilançonun negatif yönde ortaya çıkması, ortağın ortaklığa karşı borcu olduğu anlamını taşır⁷¹², ortak zarara katılma esaslarına göre⁷¹³ bu borcu ifa etmekle yükümlüdür⁷¹⁴. *Negatif ayrılma payı*, *Bollmann'a* göre, ayrılma anında muaccel hale gelir, ortaklık malvarlığına girer ve diğer ortaklar tarafından da tahsil edilir⁷¹⁵. Diğer olasılıkta ise, ortağın diğer ortaklardan ödenmesini isteyebileceği bir ayrılma payı alacağının varlığı bilanço ile kesinlik kazanmaktadır.

Ayrılan ortak ile yönetici ortaklar arasında, bilançonun düzenlenmesinden münferit hesap kalemlerine değin pek çok konuda görüş ayrılıkları yaşanabilir⁷¹⁶. Bu ihtilafların ortaklık ile çözümlenememesi halinde mahkemeler devreye girecektir. Öncelikle söz konusu anlaşmazlıkların nasıl ortaya çıkabileceğine bir göz atılmalıdır:

Ayrılan ortağın ortak sıfatını henüz kaybetmediği dönemde, yönetici ortaklara karşı güvensizlik duymasına yol açan birtakım olaylar meydana gelmiş olabilir. Örneğin, yönetici ortakların yıllık bilançolarda usulsüzlük yaptığı, kendileri tarafından

⁷⁰⁹ Bk. **Arslanlı**, s. 453- 454.

⁷¹⁰ Bk. **Hueck**, OHG, s. 452; **Siegwart**, OR Art. 580, No. 19; **Sauter/BHB**, § 8, Rn. 132- 147.

⁷¹¹ Bu yönde bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 19.

⁷¹² Benzer yönde bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 394. Bu borç ortaklığın kasasına ödenir. Bu hususta bk. **Schaedler**, s. 9.

⁷¹³ *Bollmann'a* göre, ayrılan ortağın ortak olduğu dönemde zarara katılmamış olması (yalnızca kara katılması) kendisinden *ayrılma borcunun* ifasının istenmesine engel değildir. Bk. **Bollmann**, s. 79, dpn. 2. Kanaatimizce bu görüşe ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira, çıkarılan bilanço neticesinde ortağın borçlu olduğunun tespiti, zarara katılma ile özdeş bir durum yaratır. Bu sebeple, ayrılan ortağın zarara katılmayacağı kararlaştırılmışsa, kendisinden bu borcun ifası talep edilemez.

⁷¹⁴ Açık tutarın ayrılan ortağa zararın paylaşılmasına ilişkin kurallara göre yükleneyeceği hususunda bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditzfurth**, BGB § 739, Rz. 1. Bu borç da tıpkı ayrılma payı alacağı gibi, ortak ayrıldıktan sonra ortaklık ilişkisinin dışında, üçüncü kişiye ait bir borç gibi yerine getirilir. Bk. **Arslanlı**, s. 451.

⁷¹⁵ Bk. **Bollmann**, s. 79.

⁷¹⁶ Benzer doğrultuda bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 395.

bilanço çıkarmakla görevlendirilen kimselerin (mali müşavir, muhasebeci) yönetici ortakları kayırırken diğer ortakların hesap kalemlerinde değişiklik yaptıkları yönünde güçlü şüpheler mevcut olmasına, hatta bu iddialar ispat edilmesine rağmen yönetici ortaklar görevden azledilmemiş olabilir. Ayrılan ortak da ortaklık içi yaptırım mekanizmalarının sonuç vermeyeceğini düşünerek ortaklıktan çıkmış olabilir. İşte böylesi bir olasılıkta, ayrılan ortağın yönetici ortaklara güvenmemesi için haklı sebepleri bulunduğu her türlü kuşkudan uzaktır. Ayrılma bilançosu kural olarak yönetici ortakların gözetimi altında düzenleneceğine göre, ayrılan ortağı, anlaşmazlık içinde olduğu yöneticilerle muhatap kılmanın adil olmadığı açıktır. Yine, yönetici ortaklar kazanç paylarının dağıtımında *eşit işlem ilkesini* gözetmemiş olabilir. Yönetici ortakların ortaklıkta edindikleri pozisyon, görevden alınmalarını neredeyse imkânsız hale getirebilir. Ayrılan ortak, ayrılma payı sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmadıkça, katılımının tam değerini alma (*vollwertige Abfindung*) hakkını haizdir. Bu doğrultuda, ayrılan ortak mahkemeye müracaat ederek ayrılma bilançosu tanzimi için tarafsız (yönetici ortaklarla bağı olmayan) bir uzmanın yardımından yararlanabilmelidir (TBK 634/3). Kanaatimizce bu hak sözleşmeyle sınırlandırılmaz veya kaldırılamaz. Mali hususlarda uzman birinin yanında işletme ekonomisi alanında uzman bir kişinin daha atanması fiili zorunluluk teşkil eder. Zira işletmeye (ortaklık payına), işletme ekonomisinin geliştirdiği değerlendirme yöntemleri çerçevesinde kıymet biçilmektedir. Mahkemece atanan bu uzmanlar, yönetici ortaklardan ortaklık defterlerinin incelenmesini isteyebilir. Tam bu noktada, uzman kişinin sır saklamakla yükümlü olmasının önemi bir kez daha karşımıza çıkar: Zira yönetici ortaklar, ortaklık sırlarını gerekçe göstererek defter, belge ve bilançoları ibraz etmekten kaçınabilirler.

Bazen de münferit hesap kalemleri (*Rechnungsposten*) yönetici ortaklarla anlaşmazlığın sebebini oluşturabilir. Eski TTK döneminde *Arslanlı*, kolektif şirketler açısından, çıkarılan ortağın ihraç bilançosuna iştirak hakkı bulunmadığını, ama 1 aylık süre içinde ayrılma bilançosuna itiraz edebileceğini ifade etmiştir⁷¹⁷. Kolektif ortaklık için getirilmiş bu kural adi ortaklığa da kıyasen uygulanabilir. Kanaatimizce itirazın yönetici ortaklara yöneltilmesi, sonuç alınmadığı takdirde mahkemeye başvurulması gerekir. Aktif kalemlerin eksik, pasif kalemlerin yüksek olarak bilançoya işlendiği

⁷¹⁷ Bk. **Arslanlı**, s. 453. Yazar devamla, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca itiraz hakkının saklı olduğunu söylemektedir (s. 453, dph. 230).

şüphesi varsa, ayrılan ortak yönetici ortaklardan “düzeltme” talebinde bulunabilir⁷¹⁸. Yönetici ortakların gereken düzeltmeleri yapmaması halinde, eda davası açarak düzeltme istemini mahkemeye taşıyabilir. Hatta bu şüphelerini güçlendiren belge veya defter kayıtları varsa, iddiasını ispat ederek ayrılma bilançosu düzenlenmesi için tarafsız üçüncü kişilerin görevlendirilmesini talep edebilir. Düzeltme isteminin gerisinde, bilançonun ortaklık malvarlığının gerçek durumunu yansıtması (Gerçeklik prensibi) zorunluluğu yatmaktadır. Bilançonun gerçeğe aykırı tutulması, yönetici ortakların sorumluluğunu doğurabileceği gibi, çıkarılmaları bakımından haklı sebep de teşkil edebilir. Bununla birlikte, ayrılan ortağın ortaklık hukukuna özgü bu hukuki çareleri işletmesi- ortaklık bağı kesildiğinden- mümkün değildir.

TBK 634/ 3 ile soruna şöyle bir formül getirilmeye çalışılmıştır⁷¹⁹: “Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı (ayrılma payı kast ediliyor), ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte (ayrılmanın iç ilişkideki hukuki sonuçları açısından, ayrılma tarihinin esas alınması gerektiği yolundaki görüşümüzle uyumludur) mali işlerde uzman bir kişiye (serbest muhasebeci, mali müşavir vb) hesaplattırılır. Uzmanın şahsında ortaklar uzlaşmadığı takdirde mahkeme devreye girecektir”⁷²⁰ (TBK 634/ 3 son cümle). Fakat bu fıkra da ortaklığa hangi kriterlere göre değer biçileceğinin düzenlenmediği göze çarpmaktadır. Bu bir eksiklik, çünkü ayrılma payının hesaplanması ortaklık malvarlığına değer biçilmesiyle mümkün olabilir⁷²¹. Kanun koyucu bu hususta sessiz kalmıştır.

TBK 634/3 düzenlemesi, mehaz BGB § 738’den ayrılarak, ayrılma payının- aksine anlaşma yoksa- *mali konularda uzman bir kişi tarafından* hesaplanacağını öngörmektedir. Şüphesiz söz konusu uzman, muhasebe veya mali müşavirlik mesleğini icra eden kişilerden seçilecektir. Yukarıda, işletme ekonomisi alanında

⁷¹⁸ Her bir bilanço kalemi için ayrı ayrı düzeltme talebinde bulunulması, ayrılan ortağın hakkını etkin bir biçimde kullanabilmesine hizmet etmeyeceğinden, düzeltme yerine doğrudan doğruya “bilanço çıkarılması” talebinin öne sürülmesi daha isabetli olacaktır.

⁷¹⁹ Bu hüküm, ayrılma payının hesaplanmasına dair genel esasları ortaya koymakta olup, alacağın doğumu veya muacceliyeti hakkında herhangi bir ifadeye yer vermemektedir.

⁷²⁰ Bu konuda net bir düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda da, uyuşmazlık halinde hesaplamının mahkemece yapılacağı belirtilmektedir. Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 738, Rz. 11.

⁷²¹ Şüphesiz, ortaklığa değer biçilmesi kavramsal bir zorunluluk değildir. Ortaklar, ayrılan ortak ile anlaşmak suretiyle, uzun ve zahmetli bir süreç olan değerlendirme aşamasını kolaylaştırabilirler. Taraflar bu konuda sözleşme özgürlüğünün çerçevesi içinde kalmaları kaydıyla, geniş bir hareket alanına sahiptirler. Bu yönde bk. **Schaedler**, s. 20. Örneğin, ayrılma payının ortaklık payı ile kazanç payı kombinasyonu biçiminde belirlenmesi olanaklıdır.

uzman bir kimsenin daha görevlendirilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımımız burada da aynen geçerlidir. Keza mali müşavirin görevi kanımızca ayrılma payının belirlenmesi amacıyla bilanço düzenlemekle sınırlı olup, paya değer biçilmesi *işletme iktisadının* ihtisas alanına girmektedir.

Kanun koyucu, ayrılma payını uzman bir kişiye hesaplatmak suretiyle ayrılma bilançosu çıkarma yükümünü- dolaylı olarak- yönetici ortakların elinden almış olmaktadır. Bu çözüm tarzı, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki uyuşmazlıkları baştan önlemeye yöneliktir. Kanun, önceliği taraf iradelerine vererek uzmanın şahsında “uyuşmalarını” aramıştır. Böylelikle, ayrılan ortak ayrılma payı alacağına bir an önce kavuşabilecektir.

Ayrıca, ayrılma payının hesaplanması için görevlendirilen kişinin ortaklığın yönetici ortakları ile bağı olup olmadığının⁷²² da titizlikle araştırılması gerekir. Aksi takdirde ayrılan ortağın menfaatleri, diğer ortaklar karşısında ikinci plana atılabilir. Kanun koyucunun böyle bir durumu arzu etmediği açıktır.

Tarafların anlaşamamaları halinde uzman kişi hâkim tarafından atanacaktır. Anlaşmazlık, diğer ortakların uzmanı ayrılan ortağa deyim yerindeyse “dayatmaları” veya seçilen kişinin mesleki alanıyla ilgili bilgi ve donanımının eksikliği şeklinde ortaya çıkabilir. Taraflardan yalnız birinin uzmanın şahsına itiraz etmesi, konunun mahkemeye taşınması için yeterlidir. Kanaatimizce, uzmanın her iki tarafla da bağlantısı bulunmayan kimseler arasından seçilmesi, bilançoda yapılması olası usulsüzlüklerin önüne geçilmesi bakımından önemlidir.

bbb. Ayrılma Payının Hesaplanmasında Ölçü Alınacak Tarih

Ayrılma payının belirlenmesinde, *ortaklığın ayrılma anında içinde bulunduğu mali durum* ölçü alınmalıdır. Dolayısıyla ayrılma bilançosu çıkarılırken, münferit hesap kalemleri bu esasa uygun olarak bilançoya işlenecektir. İsviçre hukukunda, esasen hâkim tarafından saptanacak ayrılma payı için öngörülen OR Art. 580/2 düzenlemesinin temel bir ilkeye vurgu yapması itibariyle, ayrılma payının belirlenmesi bakımından genel ilke olarak kabul edilmesi yerinde olur.

⁷²² Örneğin, yönetici ortakların önerdiği uzmanın, uzun süredir adi ortaklığın yıllık kar- zarar bilançolarını düzenleyen mali müşavirlerden biri olması varyasyonunda, ortaklık ile sürdürülen bu ilişkinin uzmanın tarafsızlığına gölge düşürdüğü kuşkusuzdur.

Hukukumuzda, TTK'nın kollektif ortaklıktan ayrılmaya ilişkin hükümlerinde bu türden bir düzenlemeye (OR Art.580/2) rastlanmamaktadır. TBK m. 634 bu anlamda ileri adım olarak görülebilir. Hükümde yer alan “*ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibariyle*” ifadesi, ayrılma payının hesaplanmasında **ayrılma anının esas alınması gerekliliğini** vurgulamaktadır. Hatta TBK m. 634 büyük ölçüde yedek hukuk normu olmakla beraber, bu ilkenin (*ayrılma anı ilkesi*) emredici nitelik taşıdığı kanısındayım. Aksi takdirde, diğer ortaklar söz konusu esas sözleşmeyle değiştirerek ayrılan ortağın aleyhine pek çok düzenlemeler getirebilirler ki, ayrılma payının *ratio legis*'i düşünüldüğünde buna cevaz verilmemesi gerekir. Yine, ayrılma payı sözleşmesinin kurulduğu tarihteki koşullar ile ayrılma tarihindeki koşulların oldukça farklı olabileceği asla gözden kaçırılmamalıdır. Bu görüşümüz, **Anwachsung** ve ortaklık sıfatının kaybının eş zamanlı olarak gerçekleştiği yönündeki yaklaşım ile de uyumludur. *Anwachsung*'a ilişkin düzenlemenin emredici niteliği haiz olduğunu ileri süren görüşün, “*ayrılma anı ilkesi*” (*Stichtagsprinzip*)ni tarafların serbest tasarrufuna tabi kılması düşünülemez!

Alman hukukunda ise böyle bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretilde *ayrılma anının ölçü alınması* gerektiği hususunda görüş birliği vardır. Söz konusu hukuk sisteminde bu esasın tek bir yasal istisnası mevcuttur: Alman Ticaret Kanunu'nun 140. Paragrafında (HGB § 140), kendisine karşı haklı sebeple çıkarma davası açılan ortağa ödenecek ayrılma payının hesaplanmasında ayrılma tarihinin değil, **haklı sebeple çıkarma davasının açıldığı tarihin** esas alınacağı dolaylı olarak belirtilmektedir⁷²³.

ccc. Ayrılan Ortağın Ayrılma Bilançosuna İştiraki

Ayrılan ortak ortaklık sıfatını yitirdiğinden, ayrılma bilançosunun düzenlenmesine doğrudan iştirak edemez. Yalnızca dolaylı surette bu süreç

⁷²³ HGB § 140/2: “Çıkarılan ortak ile ortaklık arasında yürütülecek tasfiye bakımından, ortaklığın, çıkarılma davasının açıldığı anda içinde bulunduğu mali durum ölçü alınır”. Burada *tasfiye* denilmek suretiyle, dolaylı olarak ayrılma payına da işaret edilmektedir. Zira ayrılma payının belirlenmesi, fiktif tasfiye aşamasının belki de en önemli kısımlarından birini teşkil etmektedir.

katılabilir⁷²⁴. Bu kapsamda ayrılan ortak, ayrılma bilançosu ile ilgili olarak yönetici ortaklardan bilgi isteyebilir. Yönetici ortaklar gerekli bilgiyi vermekten haksız yere kaçındıkları takdirde ayrılan ortak, bilgi alma davası açabilir.

Ayrılan ortak, bilgi alma hakkının yanı sıra ayrılma bilançosunu ilgilendirmesi şartıyla, ortaklık defterlerini inceleme hakkını da kullanabilir (BGB § 810 gereğince⁷²⁵). Türk hukukunda BGB § 810 benzeri bir düzenleme bulunmadığından, kanaatimizce, ayrılma bilançosunu ilgilendirmesi koşuluyla ayrılan ortağa ortaklık defter ve belgelerini inceleme hakkının bahşedilmesi gerekir. Bu, ayrılan ortağın ayrılma payının hesaplanma sürecini doğru ve sağlıklı biçimde takip edebilmesi için olmazsa olmazdır. Yine, yönetici ortakların bilgi ve hesap verme yükümlerini ihlal etmeleri sebebiyle bir zarar ortaya çıkmışsa, ayrılan ortak diğer ortaklardan bu zararın giderilmesini talep edebilecektir⁷²⁶.

Ayrılan ortak, bilgi alma ve inceleme haklarını kullanırken, uzman bir kimsenin yardımından yararlanabilir⁷²⁷. Örneğin yeminli bir mali müşavir, ayrılan ortağa bu süreçte yardımcı olabilir.

Ayrılma bilançosunun tespiti hâkim görüşüne göre sözleşme niteliği taşıdığından, ayrılan ortağın bilançoyu kabul etmesi gerekmektedir. Ayrılan ortak tarafından kabul edilmeyen bilanço kesinlik kazanamaz. Dolayısıyla, ayrılan ortağın ayrılma bilançosunun düzenlenmesindeki rolü önemsiz görülemez.

ddd. Firma Değeri (good will) ve Gizli Yedeklerin Ayrılma Bilançosuna İşlenmesi Gerekliliği

Firma değeri ya da good will, bir işletme veya ortaklığın net aktif değeri (*Substanzwert*)ni aşan kısmını ifade eder⁷²⁸. Firma değeri bir başka formüle göre ise,

⁷²⁴ Ayrılan ortağın, ilkesel olarak ayrılma bilançosuna iştirak etmekle yükümlü olduğu hususunda bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 24. *Schäfer* ise, bu yükümlülüğü sözleşme (ayrılma) sonrası ortaya çıkan tasfiye yükümlerine dayandırmaktadır. Bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 738, Rn. 27.

⁷²⁵ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 26; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 24. Ayrılan ortağın BGB § 810 uyarınca inceleme hakkını kullanabilmesi, bu hakkı kullanmada hukuksal bir menfaatinin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz, anılan hallerde ayrılan ortak hukuki yararını ispat etme yükü altında olacaktır. Ayrılan ortağın ortaklık statüsü son bulduğundan, BGB § 716'ya göre denetleme hakkını kullanmasının mümkün olmadığı yönünde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 738, Rn. 27.

⁷²⁶ Nitekim bu hususta bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 738, Rn. 27.

⁷²⁷ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 26.

⁷²⁸ Bu tanım için bk. Bernhard Grossfeld, Ulrich Egger ve Wolf Achim Tönnies, **Recht der Unternehmensbewertung**, 8.Aufl, Köln, 2016, s. 343, No. 1402; **Hoch**, s. 135, No. 376.

net aktif değeri ile kazanç değeri arasındaki farktan oluşmaktadır⁷²⁹. Firma değeri, işletmenin gerçek değerinin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü firma değerinin göz önünde bulundurulmadığı durumlarda, işletmenin piyasada taşıdığı değer (*Verkehrswert*) belirlenmesi oldukça güçleşmektedir.

Good will veya firma değeri, bir işletmenin *katma değeri* (*Mehrwert*)ni ortaya koyan gayri maddi malvarlığı unsurudur. Bu değer beş esaslı unsuru içermektedir: **Müşteri çevresi, çalışanlar, organizasyon, ticari durum ve itibar**. Bu elementler bilhassa serbest meslek gruplarınca kurulmuş adi ortaklıklar bakımından önemlidir (örneğin, dişçi muayenehanesi veya avukatlık bürosu). Değerlemede genellikle, ortaklığın son 3- 5 yılda elde ettiği ciro (*Umsatz*) dikkate alınır. Buradan hareketle, söz konusu cironun good will ve dolayısıyla yukarıda sayılan beş unsura bağlı olduğu söylenebilir⁷³⁰.

İşte anılan bu beş unsurun bir araya gelmesiyle işletmenin sahip olduğu değer, işletmeye dahil münferit malvarlığı unsurlarının toplamından yüksek olacaktır. Örneğin, bir avukatlık ofisi ele alındığında, bu ofise dahil malvarlığı unsurlarının toplamı, avukatların mesleklerini icra ederek kazanacakları müşteri çevresi, itibar, ticari durum vb. gayrimaddi unsurlardan daha düşük olacaktır. Kısacası, bu ofisin bir bütün olarak kendi piyasasında taşıdığı değer, onun net aktif değerinin üzerinde olacaktır. Tam da bu sebeple firma değerinin ayrılma payının hesaplanmasına dahil edilmesi, ayrılan ortağın ekonomik menfaatleri ile de uyum içindedir. Yine aynı nedenle, defter değeri klozlarının, ayrılan ortağı ekonomik yönden cezalandırıcı bir fonksiyon icra ettiği gözden uzak tutulmamalıdır. Biz, defter (bilanço) değeri klozlarının tamamen hükümsüzlük yaptırımına tabi kılınması gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrılan ortağın en önemli mali hakkı olan ayrılma payı ona tam değerli (*vollwertig*) olarak ödenmeli, bunun aksini öngören anlaşmalar geçersiz kabul edilmelidir. Çünkü defter değeri yöntemi, ortaklığın lehine olan özelliği itibariyle, diğer ortaklar tarafından kötüye kullanılmaya gayet elverişlidir.

⁷²⁹ Bunun için bk. Heinz Jürgen Mark, **Zweckmaessige Abfindungsklauseln für Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung**, Münster, 1996, s. 141. Fakat *Hoch*'a göre, good will, toplam değer (*Gesamtwert*) ile net aktif değer arasındaki farktan ibarettir. Bk. **Hoch**, s. 135, No. 376.

⁷³⁰ Bu hususta bk. **Hoch**, s. 135, No. 376.

i. Ayrılma Payının Ödenmesi

Ayrılma bilançosunun ayrılan ortak tarafından kabulü ile ayrılma payı tutarı kesinlik kazanır. Kanaatimizce, bilançonun düzenlenmesi esnasında, ayrılma payını oluşturan münferit hesap kalemlerine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmayan veya dava açmayan ayrılan ortağın, bilanço kesinleştikten sonra harekete geçmesi dürüstlük kuralı (MK m. 2) nın görünümü niteliğindeki “çelişik davranış yasağı” na aykırılık oluşturur. Dolayısıyla ayrılan ortağın, bilanço sürecini yakından takip ederek uygun bir zaman diliminde gerekli başvurularını yapması yerinde olacaktır.

İşte, ayrılma bilançosunun tespitini takiben ayrılma payının ödenmesi meselesi gündeme gelecektir. Bu noktada belirleyici olan, taraf menfaatlerinden hangisinin ağırlık taşıdığıdır. Keza daha önce de belirtildiği üzere, ayrılma payının ödenmesi ortaklıkta ani ve sarsıcı bir likidite çıkışına (*Liquiditätsabfluss*) yol açabilir. Özellikle finansal yönden zor bir dönemden geçen işletmelerde bu olguya rastlanılma olasılığı yüksektir. Fakat diğer tarafta ise, yatırımının tam karşılığını almak isteyen ortak (ayrılan) vardır. İşte, bazı hallerde bu iki farklı menfaat kaçınılmaz olarak çatışır. Ortaklığın finansal dengeleriyle ayrılan ortağın ayrılma payı almadaki menfaatlerinin titizlikle tartılması, hakkaniyetle bağdaşmayan çözümlerin önünün kesilmesi bakımından zorunludur.

Kuşkusuz ekonomik bir bütünlük arz etmesi sebebiyle çoğu zaman ortaklık menfaatlerine üstünlük tanınacaktır. Bu durum anlaşılabilir. Ne var ki, bir tarafın menfaati uğruna diğer tarafın menfaatlerinin geri plana itilmesi, bu çözüm tarzının adil bir çözüm olduğunu göstermez. Hukuk düzeni burada yalnızca bir tercih yapmaktadır.

İlke olarak- kuşkusuz ortaklığın mali yapısının da buna elverişli olması kaydıyla- ayrılma payı nakden ve peşinen (tek seferde) ödenir. Zira ayrılma payı ayrılan ortağın sahip olduğu en önemli mali haktır. Ne var ki, bazı hallerde ayrılma payının peşinen ödenmesi mümkün olmaz. Bunun en tipik örneğini -yukarıda açıkladığımız üzere- ortaklığın finansal darboğazdan geçtiği dönemler oluşturmaktadır. Böyle dönemlerde ayrılma payının peşin olarak ödenmesini talep etmek hakkın kötüye kullanılması biçimine bürünebilir⁷³¹. Dolayısıyla ayrılan ortak, ortaklığın kendisine sunduğu ödeme planlarını kabul etmek durumunda kalabilir.

⁷³¹ Benzer doğrultuda bk. **Bergsma**, s. 119; **Bollmann**, s. 82- 83.

Örneğin ayrılan ortak, ayrılma payının derhal ödenmesi ortaklık varlığını tehlikeye attığı takdirde, ayrılma payının taksitler halinde (*Ratenzahlung*) ödenmesine katlanmalıdır. Alman öğretisinde bu yaklaşım tarzı sözleşme sonrası sadakat yükümü ile temellendirilmektedir⁷³². Kanımızca bu düşünce tarzı isabetli değildir. Çünkü ayrılma ile birlikte sadakat yükümü de sona ermiştir. Sadakat yükümünün, ortaklık bağı kesilmesine rağmen devam ettiğinin ileri sürülmesi zorlama bir yaklaşımdır. Kaldı ki, ayrılan ortağı bu tür çözümlere katlanmaya zorlayan sadakat yükümü değil, olsa olsa MK m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralıdır⁷³³. Bu sebeple biz, ayrılma sonrasına sirayet eden sadakat yükümü⁷³⁴ (*nachwirkende Treuepflicht*) görüşünü benimsemeyiyoruz.

Taksitle ödeme sözleşmesi, bir sözleşme değişikliği şeklinde olabileceği gibi, ayrılma esnasında da kurulabilir. Taksitle ödemeye ilişkin ortaklık sözleşmesinde önceden kayıt bulunmaması, bunun sözleşme değişikliği olarak yorumlanmasını gerektirir. Zira, prensip itibarıyla ayrılma payı peşinen ödenir. Taksitle ödeme anlaşması bir sözleşme değişikliği özelliği taşıdığından, ortaklık sözleşmesinde çoğunluk kararı öngörülmediği sürece, adi ortaklıktaki tüm ortakların rızalarını gerektirir. Taksitle ödeme hususunda, ayrılma payının ödenmesini fiilen olanaksız kılacak anlaşmalardan kaçınılması gerekir. Bu yüzden, taksitle ödeme sözleşmelerinin belirli bir süreyle sınırlanması şarttır. Aksinin kabulü, ayrılan ortağın ekonomik özgürlüğünü tehdit edici boyutlara varabilir. Alman Federal Mahkemesi, 10 yıllık süreyi makul görmektedir⁷³⁵.

Ancak taksitle ödeme anlaşması, ayrılan ortağın ekonomik durumunu çoğu kez olumsuz yönde etkileyecektir. Bu etkiyi bir nebze de olsa törpülemek adına, ayrılan ortağa uygun bir güvence (teminat) verilmesinde yarar vardır. Zira taksitle ödeme her zaman için rizikolar barındıran bir işlemdir. Ortaklığın gelecekte sona erip dağılma ve

⁷³² Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 20; **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 738, Rz. 15.

⁷³³ Alman hukukunda **Alfred Hueck**, *Treuegedanke* (dürüstlük düşüncesi) gereğince, ayrılan ortağın taksitle ödemeye katlanabileceğini söylemektedir. Kanımızca yazarın burada kast ettiği, sadakat yükümlülüğü değil dürüstlük kuralı olsa gerektir (BGB § 242). Bu hususta bk. **Hueck**, OHG, s. 458. Ne var ki, yazarın başvurduğu ifade tarzı nedeniyle, sözcüğün sadakat yükümü olarak algılanması daha muhtemeldir.

⁷³⁴ **Bollmann**, ayrılmaya rağmen sadakat yükümünün azalan yoğunlukta da olsa devam ettiği kanısındadır. Yazara göre söz konusu sadakat yükümü, ayrılma payı ödeninceye değin varlığını sürdürür. Bk. **Bollmann**, s. 67.

⁷³⁵ Bk. BGH 09. 01. 1989, NJW 1989, 2685 (2686). Karar için bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 16- 20.

kalan taksitleri hiç ödeyememe riski bulunduğu gibi, yönetici ortaklar da yatırım yapma bahanesiyle ayrılan ortağın parasını ortaklıkta işletebilirler. Kanımızca, ayrılan ortağa tercih hakları tanınmalıdır. Böylelikle, alacağını ortaklıktan alamayan ayrılan ortak rehlin paraya çevrilmesi yolu ile tatmin edilebilir. Yine bu bakımdan, garanti sözleşmesi kurulması da düşünülebilir. Banka teminat mektupları bu çerçevede akla gelebilir. Kefaletin ise tamamen kefilin ödeme gücüne bağlı yapısı, onun aynı zamanda zayıf noktasını da oluşturduğundan⁷³⁶, ayrılan ortağa kefil olunması ayrılma payı alacağını güvence altına almaya yetmeyecektir.

Alman öğretisinde *Sudhoff*, “Sicherheit (Teminat)” sözcüğünü geniş yorumlamakta, bu kavramın içine ayrılma payı alacağını güçlendiren hukuki işlemleri veya klostları da dahil etmektedir. Yazar, teminat tedbirlerinin devreye girmesi bakımından, ödemenin uzun sürelerle yayıldığı durumlara işaret etmektedir⁷³⁷. Gerçekten bu tip olasılıklarda, ayrılan ortağın ayrılma payı alacağını güçlendirilmesi özel bir önem arz eder. Yazar, sözünü ettiği güvence önlemlerini, ayrılan ortağın ve diğer ortakların lehine güvenceler olmak üzere ikiye ayırarak irdelemektedir.

a) Ayrılan Ortağın Lehine Güvenceler: Yazar bu çerçevede ilk olarak muacceliyet kaydı (*Verfallklausel*) na yer vermektedir. Muacceliyet kaydı, diğer ortakların bir veya birden fazla ayrılma payı taksidinin ödenmesinde temerrüde düştükleri hallerde işlerlik kazanır. Bunun sonucu olarak bütün ayrılma payı alacağı derhal muaccel hale gelir (taksitte temerrüdün yaptırımını olarak). Bu tür kayıtlara, diğer ortakların önceden verdiği teminatların boşa çıktığı veya ortaklığın mali durumunun kötüleştiği (Ör: ortaklık malvarlığının kısmen veya tamamen yitirildiği veya ortaklığın yıllarca kazanç elde etmeksizin faaliyette bulunduğu) hallerde de rastlanmaktadır. Yine, bu güvence önlemlerinin kapsamına denetleme klostları (*Kontrollklausel*) da girmektedir. Bu tür kayıtlar ayrılan ortağa, ortaklıktan ayrıldıktan sonra dahi ortaklık defter ve bilançolarını inceleyebilme ve denetleyebilme yetkisi bahşetmektedir⁷³⁸.

b) Diğer Ortakların Lehine Güvenceler: Ayrılma payının bütün olarak değil, aksine taksitler halinde ödenmesini zorunlu kılan haller, ortaklığın zarar etmiş olmasından yahut diğer likidite dalgalanmalarından kaynaklanıyor olabilir. Bu tip

⁷³⁶ Banka teminat mektuplarında, garanti veren konumunda olan bankanın ödeme yeteneği, sıradan bir kimseye oranla çok daha yüksektir. Bankaların önemli finans kuruluşları olması, teminat mektuplarına duyulan güveni artıran bir faktördür.

⁷³⁷ Bk. **Sudhoff**, *Gesellschaftsvertrag*, s. 383.

⁷³⁸ Bu hususta bk. **Sudhoff**, *Gesellschaftsvertrag*, s. 383.

olasılıklarda diğer ortaklara, ödemeyi kısa süreli olarak erteleme fırsatı tanınmaktadır. Bunu sağlayabilmek için ise sözleşmeye; ödeme güçlüğü yaşanması halinde ortaklığın/diğer ortakların talebi üzerine, muaccel ayrılma payı taksidinin iki aylığına ertelenmesi yönünde kayıtlar konulmaktadır. Ortakların peş peşe veya eş zamanlı olarak ortaklıktan ayrılmaları da, diğer ortakları ödeme güçlüğüne sürükleyen bir başka faktördür. Zira bu gibi hallerde diğer ortakların ödeme yükümlülükleri artmaktadır. Ayrılan ortaklara bu tip varyasyonlar bakımından, bilançoya göre belirlenen malvarlığının en fazla %10'unun veya yıllık saf kazancın en fazla %50'sinin dağıtılacağı kararlaştırılabilir⁷³⁹.

Kendisine ayrılma payı zamanında ödenmeyen ayrılan ortak, bunun için alacak davası (eda) açabilir. Bu davada, adi ortaklığın diğer ortakları zorunlu değil, aksine ihtiyari dava arkadaşı (*einfache Streitgenossen*) olarak yer alırlar. Çünkü ayrılma payı borcu onlar açısından bölünebilir nitelikte bir borçtur. Ancak, ayrılma bilançosu düzenlendiği esnada ayrılan ortak bu davayı açamaz. Çünkü ayrılma bilançosu çıkarılıncaya değin, münferit taleplerin ileri sürülmesi engellenmektedir⁷⁴⁰ (*Durchsetzungssperre*).

Ayrılma payı için ihtiyati haciz (*Arrest*) talebinde bulunulup bulunulamayacağı ise yorum sorunudur. Bize göre, ayrılma payı kural olarak para alacağı olması sebebiyle, İİK m. 257'de belirtilen şartlar yerine geldiği takdirde ihtiyati haciz talebinde bulunulması mümkündür⁷⁴¹. Bu nedenle ayrılma payı için önceden rehin tesis edildiği varyasyonlarda, ihtiyati haciz istemi reddolunacaktır (İİK m. 257/1 ilk cümle).

j. Ayrılma Payının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Ayrılma payının tabi olacağı zamanaşımının tespitinde, ayrılma payının ortaklık içi/ortaklık dışı alacak mı olduğu meselesi önem taşır. Keza, ayrılma payının ortaklık ilişkisinden ileri geldiği kabul edildiği takdirde, Türk hukuku bakımından ayrılma payı 5 yıllık zamanaşımı süresine (TBK m. 147/1.4) tabi tutulacaktır. Ayrılma

⁷³⁹ Nitekim bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 387- 388.

⁷⁴⁰ Bu yönde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 37.

⁷⁴¹ SchKG Art. 271 ve devamı maddelerinde belirtilen şartlar sağlandıkça ayrılma payı alacağının ihtiyati hacizle temin edilebileceği hususunda bk. **Bergsma**, s. 120.

payının ortaklık dışı, yani 3. kişi alacağı teşkil ettiği yönündeki yaklaşım benimsendiği takdirde ise, ayrılma payı tıpkı diğer alacaklar gibi 10 yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m. 146) tabi tutulur. Biz yukarıda ayrılma payının neden ortaklık dışı bir alacak olarak görülmesi gerektiğini aıkladıŐıtık. Bu sebeple tekrardan kaçınmak amacıyla, ayrılma payının *10 yıllık zamanaşımına* tabi olduğu yolundaki görüŐümüze yer vermekle yetiniyoruz.

Ayrılma payı kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, muacceliyetten itibaren 10 yıl içinde zamanaşımına uđrar⁷⁴². Dolayısıyla ayrılma payının tabi olduğu 10 yıllık süre- ilke olarak- ayrılma bilançosunun tespiti tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Esasında, ayrılma anında ayrılma payının derhal muaccel hale gelmesi gerekirdi⁷⁴³. Zira alacaklar, kural olarak doğdukları tarihte muaccel hale gelirler⁷⁴⁴.

k. Ayrılma Payından Feragat/ Ayrılma Payının Sözleşmeyle Kaldırılması Meselesi

Ayrılan ortağın sözleşmeyle ayrılma payından feragat edip edemeyeceği meselesi de İsviçre hukukunda tartıŐılmaktadır. Kanaatimizce, ayrılma payının ortak statüsünü yitirmif kişinin sahip olduğu en temel mali hak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ayrılma payının ortaklıkta kalacağını öngören bu tip kloz veya

⁷⁴² Bu hususta bk. **Bergsma**, s. 120; **Bollmann**, s. 83; **Hoch**, s. 130, No. 365; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 542, No. 180; **von Steiger**, s. 419.

⁷⁴³ Krş. **Bollmann**, s. 82. Yazar, başkaca bir muacceliyet tarihi kararlaŐtırılmadıđca ayrılma payının *doğduğu an* muaccel hale geldiğini söylemektedir. Bununla birlikte, kendisinin de desteklediği bu görüşün öğretide tartışmalı olduğuna dikkat çekmektedir. Şüphe halinde derhal muacceliyet esasının kabul edilmesi gerektiği yönünde bk. **Sieewart**, OR Art. 580, No. 27; **Jung**, Scheiden tut weh, s. 222. Kanımızca, önceden belirlenmesi olanaklı alacaklarda bu görüşü savunulabilirken, ayrılma payı gibi kompleks bir süreç gerektiren alacaklar genellikle özel bir bilanço çıkarılmasını zorunlu kılar. Bununla birlikte, ayrılma payının tespiti özel bir bilanço düzenlenmesini gerektirmiyorsa, derhal muacceliyet esasının kabulüne engel yoktur. Nitekim bu hususta bk. **Schaedler**, s. 50.

⁷⁴⁴ BGB Ő 271 hükmü uyarınca, alacaklar kural olarak derhal muaccel hale gelirler, ancak ayrılma payı tutarının saptanması için bir bilanço çıkarılması gerekli ise, bilançonun kesinleştiği tarihte muacceliyet gerçekleşir. Bk. **Koller/Kindler/Roth/Morck/Kindler**, HGB Ő 131, Rn. 8- 21. Alman hukukundaki yaygın yaklaşım, ayrılma payı alacağının bilanço ile muaccel olacağı yönündedir bk. **Bamberger/Roth/Timm/Shne**, BGB Ő 738, Rz. 19. Yazarlar, her ne kadar *tasŐiye bilançosu* şeklinde çevrilebilecek olan “*Auseinandersetzungsbilanz*” ifadesini kullanmıŐlarsa da bunun “ayrılma bilançosu” olarak anlaşılması gerekir. Yazarların atıf yaptığı *Hueck’in* eserinde “ayrılma bilançosu” terimi tercih edilmiştir. Bk. **Hueck**, OHG, s. 452.

anlaşmalara cevaz verilmemelidir⁷⁴⁵. Öğretide *Bollmann*, ayrılma payının sözleşmeyle kaldırılabilceği kanaatindedir⁷⁴⁶. Yazar, ayrılma payı kaldırılırken kişilik haklarının oluşturduğu sınırlara uyulmasından yanadır⁷⁴⁷ (ZGB Art. 27). Yazara göre, ortaklığa sermayesi ile değil, yalnız *emeği (iş gücü) ile katılan* ortağın ayrılma payı kaldırılabilir. Ayrılma payının kaldırılmasında, somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varılmalıdır. Her halükârda kişilik hakları, ahlak kuralları ve emredici hükümler, ayrılma payını kaldıran sözleşmeler bakımından da genel sınır teşkil ederler⁷⁴⁸. Çünkü ayrılan ortağın ayrılma payından feragat etmesi de nihayetinde bir sözleşmedir. Yazar sözü edilen sözleşmeyi “ibra sözleşmesi⁷⁴⁹ (*Erlasvertrag*)” olarak nitelendirmektedir⁷⁵⁰. İbra sözleşmesi, bir tasarruf işlemi olup alacaklı açısından feragat, borçlu bakımından ise borçtan kurtulma etkisi yaratır. İbra, herhangi bir şekilde bağlı değildir⁷⁵¹. Sözleşmenin tamamlanması, ayrılan ortak ile diğer ortakların sözleşmeye rıza göstermelerine bağlıdır. Taraflar bu rızayı örtülü olarak da verebilirler. Sözleşmenin meydana gelmesi, ayrılma payının ortadan kalkması sonucunu doğurur. Söz konusu sözleşmenin ayrılmadan önce kurulması durumunda ise ayrılma payı alacağı doğmaz⁷⁵².

⁷⁴⁵ Türk hukuku açısından benzer yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 394. Yazar, ayrılmanın ceza biçimine bürünmemesi gerektiği hususunun- haklı olarak- altını çizmektedir.

⁷⁴⁶ Bk. **Bollmann**, s. 83. Aynı yönde bk. BSK- **Stahelin**, OR Art. 580, No. 2. Ayrılma payından feragatin mümkün olduğu düşüncesiyle benzer yönde bk. SHK- **Christ**, OR Art. 580, No. 2. Aksi yönde bk. **Bergsma**, s. 126. Yazar, ayrılma payının tümüyle kaldırılmasının – kural olarak- caiz olmadığını vurguladıktan sonra, belirli ortaklık veya ortak grupları bakımından bu ilkeye istisna tanınabileceğini ifade etmektedir. Ortaklığa iç ilişkide sermaye koyması gerekmeyen komanditer ortağın konumu buna örnek gösterilebilir. Yazar, eşit işlem ilkesinin bu tür farklılaştırmalara engel teşkil etmediği kanısındadır (s. 127.).

⁷⁴⁷ Benzer yönde bk. **Bergsma**, s. 125.

⁷⁴⁸ *Strittmatter*, ayrılma payından *önceden bütünüyle* feragat edilmesini öngören anlaşmaların ZGB Art. 27 I ile bağdaşmadığını söylemektedir. Bk. CHK- **Strittmatter**, OR Art. 580, No. 6. Aynı yazar, sonradan feragati ise olanaklı görmektedir. ZGB Art. 27 I: “*kimse hak ve fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçemez*”.

⁷⁴⁹ Aynı hak sahibi, tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklaması ile hakkından feragat edebilirken, ibra için alacaklı ve borçlunun iradeleri bu yönde uyuşmalıdır. Bk. **Schaedler**, s. 52.

⁷⁵⁰ Aynı yönde bk. **Hoch**, s. 137, No. 383.

⁷⁵¹ Bu hususta bk. **Schaedler**, s. 52.

⁷⁵² Bk. **Bollmann**, s. 83- 84. *Schaedler*'e göre ise, ayrılma payının ortaklık sözleşmesiyle önceden kaldırılması, ortağın ortaklık ilişkisinden kaynaklanan *müstakbel* bir alacağının “*ibrası*” anlamını taşımaktadır. Bk. **Schaedler**, s. 52.

Taraflar, ayrılma payının hesaplanmasını uzman bir üçüncü kişiye (çoğu kez hakem bilirkişi⁷⁵³) de bırakabilirler⁷⁵⁴. Hakem bilirkişi kural olarak kanuni ayrılma payı düzenine uymakla yükümlüdür, buna karşılık, yasal düzeni uygularken geniş bir hareket alanına sahiptir. Bu gibi uzmanların kararları yalnızca açık yanlışlık veya hakkaniyete aykırılık durumlarında iptal edilebilir⁷⁵⁵. Hakem bilirkişilerin, ortaklık ile önceden ilişki kurmuş ya da daha önceki münasebetleri nedeniyle ortakların özel güvenini kazanmış kimseler arasından seçilmemesine özen gösterilmelidir⁷⁵⁶. Gerçekten de ayrılma payının hesaplanması gibi ayrılan ortak bakımından kritik önemi haiz bir konu için görevlendirilen kişinin tarafsız ve bağımsız⁷⁵⁷ biri olması gerekir.

I. Ayrılma Payının Hâkim Tarafından Belirlenmesi

aa. OR Art. 580 Düzenlemesinin Tanıtılması

Ayrılma payının hâkim tarafından saptanması hususunu düzenleyen OR Art. 580/2 hükmü şöyledir: “*Ortaklık sözleşmesi ayrılma payına ilişkin herhangi bir hüküm içermiyor ve taraflar ayrılma payı hususunda anlaşamıyorsa hâkim, ortaklık*

⁷⁵³ Hakem bilirkişilik müessesesi (*Schiedsgutachten*) 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren Federal İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 189. Maddesinde (schw.ZPO Art. 189) düzenlenmektedir. Bu kurumun getiriliş amacı, hukuken önemli vakıaların alanında uzman bir üçüncü kişi tarafından tespit edilmesidir. Böylelikle, belirli vakıaların *çekişme dışı* kalması sağlanmaktadır. Bk. OFK/**Wullschlegler**, ZPO Art. 189, No. 1. Öyle ki, mahkeme dahi hakem bilirkişinin yaptığı bu tespitlerle bağlıdır (ZPO Art. 189/3’te sayılan unsurların yerine gelmesi kaydıyla). Hakem bilirkişi, işletmeye veya ortaklık payına değer biçilmesi hususlarında fonksiyon icra edebilir (s. 413, No.2) Hakem bilirkişiliğin ispat aracı olarak değil, daha ziyade bağımsız kurum olarak algılanması gerektiği yönünde bk. Heinz Hausherr ve Hans Peter Walter (Hrsg), **Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Bern, 2012 (Anılış: BK- ZPO/ilgili bölüm yazarı), ZPO Art. 189, No. 2. İspat aracı değildir, zira hâkim hakem bilirkişinin raporu ile bağlıdır (salt bilirkişilik ise hâkimin serbestçe takdir edebileceği bir ispat vasıtasıdır). Hakem bilirkişi sadece keyfi davranıp davranmadığı noktasında mahkeme denetimine tabidir (s. 1959, No.2).

⁷⁵⁴ Bk. BSK- **Stachelin**, OR Art. 580, No. 1; **Sieglwart**, OR Art. 580, No. 17; OFK/**Egli**, OR Art. 580, No. 5; SHK- **Christ**, OR Art. 580, No. 5. *Handschin/ Chou*, üçüncü kişinin “hakem (Schiedsrichter) “olarak atanması taraftarıdır. Bk. ZK- **Handschin/ Chou**, OR Art. 580, No. 32. Fakat yazarların atıf yaptığı Sieglwart’ın şerhinde, “hakem bilirkişi” terimine yer verilmiştir. Buradan, yazarların bu iki kurumu birbirine karıştırdığı sonucuna varılabilir. Hakem bilirkişi ile hakem arasındaki farklılık somut olayda kolaylıkla anlaşılabilir. Hakem bilirkişi belirli fiili vakıaların tespiti ile yetinirken, hakem ise hukuki uyumsuzluk hakkında karar verme yetkisi ile donatılmıştır. Bk. OFK/**Wullschlegler** ZPO Art. 189, No. 4. Hakem bilirkişilik kurumuna ileride ayrıntılı olarak değinileceğinden, burada genel düzeyde bilgi vermekle yetiniyoruz.

⁷⁵⁵ Bk. **Sieglwart**, OR Art. 580, No. 17.

⁷⁵⁶ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 32.

⁷⁵⁷ Aynı yönde bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 32.

*malvarlığının ayrılma anındaki durumu*⁷⁵⁸ ve *ayrılan ortağın muhtemel kusurunu*⁷⁵⁹ dikkate alarak ayrılma payını belirler⁷⁶⁰.

Siegwart'a göre, ortaklığın mali durumu ile kast edilen, malvarlığının objektif durumudur. İşletme bilançosu ayrılma payının hesaplanmasında genelde devre dışı bırakılır, zira bu bilanço sübjektif düşüncelerden hareketle hazırlanmakta, yani malvarlığının objektif durumunu ortaya koymaya hizmet etmemektedir. Özel bir bilanço niteliği taşıyan ayrılma bilançosu ise, malvarlığının objektif durumunu yansıtır⁷⁶¹.

Handschin/ Chou, haklı olarak, ayrılma payının saf matematiksel ölçütlerle belirlenmesinin ideal olabileceğini, ne var ki bunun aslında daha karmaşık ve farklı durumlarda çeşitli parametrelerin gözetilmesini gerektiren bir süreç olduğunu belirtmektedirler. Yazarlar, ayrılma payının tespitinde kanunun yalnızca belirli kriterleri baz aldığını da eklemektedirler⁷⁶². Kanaatimizce bu kriterler şunlardır: a) Ortaklık malvarlığının ayrılma anındaki durumu, b) Ayrılan ortağın muhtemel kusuru.

Ortaklığın yönetici ortakları bazen ayrılma bilançosu düzenlemeye yanaşmayabilirler. Böyle bir durumda, ayrılan ortak bilanço çıkarılması amacıyla dava açabilir. Mahkemeden talep edilen hukuki korumanın türü dikkate alındığında bu bir eda davasıdır⁷⁶³.

bb. Kusurun Ayrılma Payına Etkisi

Gerek Alman⁷⁶⁴ gerekse Türk hukukunda, ayrılma payının tespitinde kusurun göz önünde tutulacağını öngören bir hüküm mevcut değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 260. Maddesi- ki İsviçre Borçlar Kanunu'nun 580. Maddesine denk gelmektedir, oldukça farklı bir çözüm tarzı kabul etmiştir. TTK 260'da "ayrılma anındaki mali durum" ölçü alınmadığı gibi, kusurun rolüyle ilgili olarak da herhangi bir ifadeye yer

⁷⁵⁸ Türk hukukunda *Mimaroğlu* da ayrılma payının ayrılma olayının meydana geldiği andaki duruma göre hesaplanmasından yanadır. Yani, ortaklığın teşebbüsleri, verimlilik durumu, yatırımları, piyasadaki itibarı, borç ve alacakları, finans kuruluşları nezdindeki kredileri ortağın ayrıldığı ana göre saptanacaktır. Bk. **Mimaroğlu**, s. 249.

⁷⁵⁹ Buradaki "muhtemel kusur" ifadesi, "ortağın ayrılmada kusuru varsa" şeklinde anlaşılmalıdır.

⁷⁶⁰ Benzer doğrultuda bir çeviri için bk. **Mimaroğlu**, s. 249- 250.

⁷⁶¹ Nitekim bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 18.

⁷⁶² Bk. ZK- **Handschin/ Chou**, OR Art. 580, No. 33.

⁷⁶³ Bk. **Sauter/BHB**, § 8, Rn. 132- 147.

⁷⁶⁴ Alman hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı hususunda bk. **Bergsma**, s. 116, dpn. 44.

verilmemiştir. Bu elbette bir hukuk politikası tercihi olmakla birlikte, özellikle kusurun ayrılma payına etkisine hiç temas edilmemesi düşündürücüdür. Kanun koyucunun kusur konusunda OR Art. 580/2'den niçin saptığını anlamamıza yardımcı olabilecek veriler ne yazık ki bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde, kusura dair hiçbir açıklama yapılmaması da bu kanaatimizi doğrular niteliktedir. Dolayısıyla, kusurun rolü hususunda hukukumuzda bir kanun boşluğunun varlığı göze çarpmaktadır⁷⁶⁵. Kanun koyucunun ihmalen mi yoksa tamamen bilinçli olarak mı konuyu düzenlemekten kaçındığı sorusuna net bir yanıt vermek de kolay gözükmemektedir. Bize göre, kanun koyucumuz “ayrılma anı” meselesinde İsviçre hukukundan bağımsız hareket etmiş, fakat kusur ile ayrılma payı arasındaki ilişkiyi kanuna koymayı ihmal etmiştir. Bu kanun boşluğunun mehzaz norm uygulanarak doldurulması gerekmektedir. Genellikle çeviri hataları açısından başvuru olan bir yorum yöntemi olan “mehtaz uygunluk” kanımızca, mehtazdan ayrılmayı haklı kılmayan durumlara da uygulanabilmelidir. Ancak böyle bir çözüm, kanun koyucunun “istemeden” yarattığı uyumsuzluğu giderebilir. Kısacası, biz ayrılma payının belirlenmesinde kusurun rolünün de dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz.

Kusur, özel hukukun sorumluluk- tazminat alanında başat bir öneme sahip kavramdır. Bununla birlikte, tazminat hukukunun her noktasında kusurun aynı derecede rol oynadığı söylenemez. Örneğin, kusurun aranmadığı sorumluluk tiplerinde (olağan sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu vb), kusurun varlığı tazminatın koşulu olarak karşımıza çıkmaz. Yine sözleşmesel sorumlulukta (borca aykırılık, yüküm ihlali) kusur, temerrüdün şartlarından biri olmadığı gibi, gecikme faizi bakımından da işlev göstermez. Şüphesiz menfi ve müspet zararın tespitinde kusur önemli bir yer tutar. Görüldüğü üzere, sorumluluk hukukunda kusur kavramının nerede belirleyici rol oynadığı veya ikincil planda kaldığını kesin çizgilerle ortaya koymak oldukça güçtür.

Kusur kavramına ticaret hukukunun şirketler hukuku alanında rastlamak olanaklıdır. Ortaklıklar hukukunun kendine has dinamikleri ile borçlar hukukunun tazminat davası bir araya getirilerek, anonim ve limited ortaklıklardaki “sorumluluk

⁷⁶⁵ TTK m. 260 hükmünde kusura ilişkin herhangi bir boşluk bulunmadığı da doktrinde ileri sürülebilir. Kanun koyucunun bilinçli olarak bu konuya değinmediği, yani susmak suretiyle “olumsuz bir çözüm tarzını” benimsediği (kusurun rolünü reddettiği) savunulabilir (nitelikli susma). Kanun koyucunun madde gerekçesinde sergilediği özensizlik, ne yazık ki bu tür tartışmaların önünü açmaktadır. Nitelikli susma hallerinde kanun boşluğundan söz edilemeyeceği yönünde bk. **Kırca**, s. 91.

davası” ihdas edilmiştir. Söz konusu davada, kusur oranlarının hesaplanması bakımından yeni TTK “*farklılaştırılmış teselsül*” prensibini benimsemiştir. Bu ilke gereğince, her sorumlunun kendi kusur oranı şahsi indirim nedenleri de dikkate alınarak belirlenir.

Ayrılma payının tespitinde kusurun rolüne gelince; ayrılmada kusurlu olan ortağın bu kusuru ayrılma payının hesabında göz önüne alınacaktır. Ne var ki, İsviçre kanun koyucusu kusurun dikkate alınacağını belirtmekle yetinmiş, kusur neticesinde zararın gerçekleşmesi gerekip gerekmediği sorunu ile ilgilenmemiştir. Hüküm bu yönüyle tartışmaya açıktır. Zira, salt kusurun varlığı nedeniyle ayrılma payında yapılacak olası bir indirim, tazminat isteminde zarar unsurunun sorgulanmasına yol açabilir. Çıkma ve çıkarmada, ayrılan ortağın kusurlu olması gerekmez. Aslında bu açıdan bakıldığında da ayrılma payında kusurun etkisinin “ayrılma” kavramına yabancı olduğu görülecektir. Öyleyse İsviçre yasa koyucusu bu düzenlemeyi niçin getirmiştir⁷⁶⁶? Kusurun rolüne temas edilerek nasıl bir gaye izlenmiş olabilir? Bu sorulara açık ve net bir yanıt verebilmenin yegâne yolu, kanunun yorumlanmasından geçmektedir.

aaa. Kusurun Rolüne İlişkin İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Siegart, kusurun hangi bilançonun düzenleneceğinin tespitinde belirleyici olduğunu söylemektedir. Yazar, kusurun türü ve derecesine göre bir ayrıma gitmektedir: Açık kusurun varlığı halinde, ayrılma payı “*tasfiye bilançosu*”na göre hesaplanacaktır. Yani ayrılan ortak, bu davranışı sonrasında nasıl bir muamele bekliyor ve hak ediyorsa, onu alacaktır. Zira bu tarz kusurlu bir hareketin normal sonucu, ortaklığın sona ererek tasfiye aşamasına girmesidir. Buna rağmen kanun veya sözleşme, diğer ortaklara ortaklığı sürdürme şansı vermişse, yalnız onlar (kalan ortaklar) bundan yararlanabilirler. Buna karşılık, ortağa hiçbir kusurun yüklenemediği durumlarda ise ayrılma bilançosunun temel alınması icap eder. Yazara göre, kusurun yoğunluk derecesine bağlı olarak, gerektiğinde bu iki ekstrem çözümün arasında (ayrılma- tasfiye bilançosu) orta bir yol bulunabilmelidir⁷⁶⁷. Yazar, kusur kavramının

⁷⁶⁶ İlginçtir ki İsviçre limited ortaklıklar hukuku, ayrılma payının hesabında *kusuru dikkate almamaktadır* (OR Art. 825). Nitekim bu hususta bk. **Bergsma**, s. 116, dpn. 44.

⁷⁶⁷ Bk. **Siegart**, OR Art. 580, No. 20.

somut olaya uyarlanarak yorumlanmasından yanadır. Kusur burada, ayrılma sebebi ile içsel bir ilişki içinde bulunan ve ayrılan ortağın ayrılmanın olumsuz sonuçlarına tek başına katlanmasını adil kılan bir faktördür. Bir ortağın hukuka aykırı davranışları ile ortaklık ilişkisinin sürdürülmesini diğer ortaklar bakımından çekilemez kıldığı durumlarda kusurun varlığı tartışmasızdır. Örneğin ortağın taksirli iflası vb. Hukuka aykırı bir davranış mevcut olmamakla birlikte, ayrılma ilgili ortağın kişisel menfaatlerinin tatminine hizmet ediyorsa, ayrılan ortak yine de ayrılmanın olumsuz sonuçlarını yüklenecektir⁷⁶⁸ (elbette daha düşük bir yoğunlukta).

Tasfiye bilançosu istisnaen ayrılma bilançosuna kıyasla daha yüksek bir değeri yansıtabilir. Ortaklık işlerinin pek de seyrinde gitmediği, ancak münferit malvarlığı unsurlarının satış değerinin daha avantajlı görüldüğü hallerde tasfiye değerinin süreklilik değerinin üzerine çıkması muhtemeldir. Böyle durumlarda, ayrılan ortağın payı kendisi için daha elverişsiz olan hesaplama yöntemi uygulanmak suretiyle belirlenir⁷⁶⁹. Yazar, bir bakıma kusurlu ortağı cezalandırmaktan yana bir tutum takınmaktadır. Halbuki bu düşünce biçimi, şahıs ortaklıklarına hâkim eşitlik ilkesiyle uyuşmamaktadır. Kaldı ki, ortağın ayrılmada kusurlu olması ortaklığın *a priori* zarara uğrayacağı anlamına da gelmemektedir. Yazarın sözü edilen görüşleri, İsviçre öğretisinde sert eleştirilere maruz kalmıştır. Kanaatimizce de, zararın rolünü hiçe sayarak ayrılma payının belirlenmesinde yalnız kusura odaklanan bu yaklaşıma katılmak olanaklı değildir.

Schaedler'e göre, burada ayrılmaya yol açan bir ortaksal yüküm ihlali söz konusudur. Böyle bir ihlal her şeyden önce sadakat yükümüne aykırılık şeklinde kendisini gösterir. Sadakat yükümü, sözleşmesel bir yükümdür. Sözleşmenin borçlusu genel olarak her tür kusurundan sorumlu tutulur. Yazar, adi ortaklık ortaklarına yüklenen özen yükümüyle ilgili maddeye işaret etmektedir⁷⁷⁰ (OR Art. 538/1).

Bir ortağın çıkma veya çıkarılması, ilgili ortağın kusurunun bulunmadığı hallerde dahi ortaklığa zarar verebilir. Ortağın ayrılmada kusuru varsa, bu husus ayrılma payının hesabında dikkate alınır. Böylelikle, ortaklığın sonradan tazminat davası açması baştan engellenmek istenmiştir. Yazar, sadakat yükümünün ihlalini kusur kavramına dahil etmekte, daha da ileri giderek, sadakat yükümünün ihlal edildiği

⁷⁶⁸ Bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 21.

⁷⁶⁹ Bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 22.

⁷⁷⁰ Bk. **Schaedler**, s. 42.

durumlarda “hukuka aykırılık” unsurunun gerçekleşmesine gerek olmadığı tezini savunmaktadır. Haksız bir eylemin varlığı halinde ise, *taleplerin yarışmasından* söz edilebileceğini ileri sürmektedir⁷⁷¹.

Yazar, Siegart’ın, kendi şahsi menfaatlerini karşılamak için ortaklıktan ayrılan ortağın, ayrılmanın olumsuz sonuçlarını taşıması gerektiği yönündeki görüşüne katılmamaktadır. Zira ben merkezci bir saike dayalı olarak yapılan fesih, tek başına kusurlu bir davranış olarak değerlendirilemez. Söz konusu yaklaşım, ilgili ortağa somut olayın verileri ışığında kusur isnat edilebildiği takdirde kabul edilebilir. Örneğin, sadakat yükümüne aykırı bir fesih beyanı ortağın ayrılması sonucunu doğurmaz. Çünkü böyle bir fesih bildirimini ortaklık nezdinde geçerli değildir. Diğer ortaklar, sadakat yükümüne aykırı hareket eden ilgili ortağı ortaklıktan çıkarsalar dahi ayrılma payının indirilmesini isteyemezler. Zira geçersiz bir fesih bildiriminin ortaklığı zarara uğratması ihtimal dışıdır⁷⁷².

Yazar ayrılma payında yapılacak indirim bakımından, kusur unsuru haricinde zarar ve uygun illiyet bağının varlığını da- haklı olarak- aramaktadır. Zarar, ortaklık malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi veya beklenen bir çoğalmanın gerçekleşmemesini ifade eder. Ortağın rekabet yasağını ihlal etmesi buna örnek gösterilebilir. Kusurlu davranan ortağın ayrılma payında, makul bir kesinti yapılması mümkündür. Özellikle zarar miktarının kolaylıkla saptanabildiği hallerde bu çözüm tarzına başvurulabilir. Ortağın daha önce ortaklığa sağladığı avantaj veya fırsatlar, ayrılma payının hâkim tarafından takdirinde göz önünde tutulur. Tazminattaki indirim sebepleri de (OR Art. 44/1) ayrıca dikkate alınır. Çünkü haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun ölçüsüne ilişkin düzenlemeler, sözleşmesel sorumluluğa da uygulanmaktadır⁷⁷³.

Yazar, zarar miktarının belirlenemediği veya belirlenmesinin güç olduğu durumlarda ise başka bir hesaplama şeklinin kullanılması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, ayrılan ortağın “*yaşayan işletmenin gerçek değeri*” esası uyarınca alacağı ayrılma payı bir “üst sınır-Maximum” teşkil etmektedir. Ayrılan ortağın kusurunun bulunduğu ve zarar miktarının da tespit edilemediği durumlarda, ayrılma payının malvarlığı bilançosuna göre değil, aksine tasfiye bilançosuna göre hesaplanması

⁷⁷¹ Bk. **Schaedler**, s. 42.

⁷⁷² Bk. **Schaedler**, s. 47.

⁷⁷³ Bk. **Schaedler**, s. 47.

yerinde olur. Yazarın bu hususta Siegwart ile aynı kanaate vardığı anlaşılmaktadır. Ancak yazar, bu görüşünü *zarar miktarının belirlenemediği hallerle* sınırlı tutmaktadır. Yazar, tüm olasılıkları kapsayan sabit bir skala çıkarmanın adil olmayan sonuçlar yaratabileceğini vurgulamaktadır⁷⁷⁴.

Bollmann ayrılmada, hatta çıkarılmada da kusurun aranmadığını dile getirerek, istisnaen kusurun bulunması halinde ise, ayrılma bilançosunda ortaklığın tazminat talepleri ile ayrılma payının takas edilmesi (tazminat tutarı kadar ayrılma payında mahsup) gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, Kanunun bunu istemediğini, tersine kusurun derecesine göre ayrılma payını kademelendirmeyi planladığını vurgulamaktadır. Yazar, böylesi bir düzenlemenin ayrılmayı cezaya dönüştürebileceği kaygısını taşımaktadır. Ortaklık tasfiye aşamasında iken malvarlığı ortaklar arasında paylaşılır, ancak kusur göz önüne alınmaz. Devam klozu kararlaştırılmak suretiyle kusurlu ortak ortaklıktan çıkarılabilir, buna karşılık çıkarılan ortağın kusuru fiktif tasfiyede dikkate alınacaktır! Yazar ayrılan ortağın, tasfiye halindeki bir ortaklığın ortaklarına nazaran eşit olmayan şartlara tabi tutulmasını eleştirmekte, dolayısıyla kusurun dikkate alınacağını buyuran kuralın, *sisteme tamamen yabancı bir element* teşkil ettiğini belirtmektedir. Yazara göre, kusurun ayrılma payına etki etmesi, ayrılma payının getiriliş amacı ile bağdaşmamaktadır. Ayrılma payının ratiosu, kusurlu ortağın dahi payının değerine uygun düşen bir ayrılma payına kavuşturulmasını gerektirir. Zira, kusurlu ortak da ortaklığa katılım payı getirmiştir. Şimdi kendisinin sahip olduğu tek şey, ayrılma payı alacağıdır⁷⁷⁵.

Kusurun göz önünde bulundurulmasının sisteme aykırılığını ortaya koyan bir diğer faktör, sorumluluk hukukunun prensipleridir. Sorumluluk hukukunun temel ilkeleri uyarınca zarar veren, vermiş olduğu zarardan fazlasını tazmin etmekle yükümlü değildir. Yazara göre, aynı esas ayrılma payı için de geçerlidir. Ayrılan ortak ortaklığı her nasılsa zarara uğratmışsa, bu zararı gidermekle yükümlüdür, meğerki kendisine kusur yüklenilmesin. OR Art. 580/2 gereğince ayrılan ortak, *zararı aşan* kısmı da gidermekle yükümlü kılınacaktır. Bu da diğer ortakların sebepsiz zenginleşmeleri sonucunu doğurabilecektir⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Bk. **Schaedler**, s. 48 (ve ayrıca dpn. 29).

⁷⁷⁵ Bk. **Bollmann**, s. 91- 92.

⁷⁷⁶ Bk. **Bollmann**, s. 92- 93.

Bollmann'a göre, kusuru dikkate alan düzenlemenin ayrılma payı konusunda diğer ortaklara bazı avantajlar sağlayacağı yönünde bir çıkarım yapılabilir. Keza, ayrılma payının ödenmesi diğer ortaklar bakımından her zaman ekonomik bir yük teşkil etmektedir. Anılan fıkra (OR Art. 580/2) ise, ortakları bu yükten kısmen de olsa kurtarmaktadır. Ne var ki yazar, bu bakış açısının inandırıcılıktan uzak olduğu kanaatindedir: Çünkü ayrılma payının ödenmesini erteleme yükümlülüğü, kalan ortakları zaten yeterince korumaktadır. Dolayısıyla, hâkimin ayrılma payını takdir ederken niçin kusuru gözetmesi gerektiğini açıklamak güçtür. Bununla beraber yazar, ciddi şekilde eleştirdiği hükmün sırf kendisine “yersiz” gözüktüğü için uygulanmasından kaçınılamayacağını ileri sürmektedir. Yazar, eksiklerini ve yanlışlarını ortaya koyduğu kuralın ancak kanun koyucu tarafından düzeltilebileceği, hukuk uygulamasının buna müdahale edemeyeceği düşüncesindedir. Özetle, hâkim somut olayda ayrılan ortağın kusuru varsa bunu dikkate alacaktır! Kusurun derecesine göre ayrılma payı kademelendirilecektir: Ağır kusur halinde ayrılan ortağa tasfiye bilançosu esası uyarınca asgari tutar, kusursuzluk halinde ise ayrılma bilançosuna göre belirlenen en yüksek tutar ödenecektir. Yazar, kanunun hâkime hiç de kolay olmayan bir görev yüklediği kanaatindedir⁷⁷⁷.

Bergsma, şahıs ortaklıklarının haklı sebeple feshi ve ortağın haklı sebeple çıkarılmasını konu alan eserinde, ayrılma payının belirlenmesinde kusurun rolüne de temas etmiştir. Yazar, kanun koyucunun iradesinin, ayrılan ortağa karşı yöneltilecek olası bir tazminat davasından kaçınmak yönünde ortaya çıktığını söylemektedir. Yani, ayrılan ortağın kusuru ayrılma payından götürü bir şekilde indirilecek, böylece ortaklık tazminat davası açma zahmetinden kurtarılmış olacaktır. Fakat kanun koyucunun gözden kaçırdığı; bu tarz bir indirimin ayrılmayı “özel hukuk cezası” niteliğine büründürme rizikosudur. Bunu önlemek için somut olayda, sözleşmesel veya sözleşme dışı sorumluluğun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi zaruridir. Dolayısıyla yazar, kusurun ayrılma payının hesaplanma sürecinde “özel olarak “göz önünde tutulmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁷⁷⁸.

Ayrılma payında yapılacak kesinti, ortaklığın uğradığı ekonomik kayıplarla orantılı olmalıdır, aksi halde diğer ortaklar ayrılan ortağın aleyhine sebepsiz

⁷⁷⁷ Bk. **Bollmann**, s. 93.

⁷⁷⁸ Bk. **Bergsma**, s. 116.

zenginleşeceklerdir. Yazar, haksız eylem neticesinde meydana gelen *doğrudan zararların* dikkate alınmasından yana bir tutum sergilemektedir. Çıkarılan ortağın ayrılma payı alacağıının, gerçek değer esasından daha elverişsiz bir yöntemle göre belirlenmesi oldukça şematik bir çözümdür. *Siegwart*, kusurun varlığına göre bir ayırım yaparak; açık kusur halinde tasfiye bilançosu, kusursuzluk durumunda ise “ayrılma bilançosu” na dayanmaktadır. Yazara göre *Siegwart*’ın göz ardı ettiği husus, ayrılma payının kısıtlanmasında ortaklığın uğradığı zararların üst sınırı oluşturduğu, yani kusurun tek başına etki etmediğidir. Yazar, tazminatta indirim sebepleri olarak sayılan durumların ayrılma payının kısıtlanmasında da aynı şekilde fonksiyon icra edeceğini belirtmektedir (OR Art. 44) Ayrılma payının hesaplandığı dönemde, meydana gelen zararın miktarı likit bir biçimde ispat edilemiyorsa, diğer ortaklar daha sonra genel kurallara göre tazminat davası açabilirler⁷⁷⁹.

Hoch, kolektif ortağın ayrılma payını düzenleyen OR Art. 580/2’de işaret edilen kusurun, ayrılma payının ayrılma bilançosuna göre mi yoksa tasfiye bilançosuna göre mi hesaplanacağı konusunda rol oynadığını söylemektedir. Yazar, *Siegwart*’ın yukarıda açıkladığımız görüşünün adi ortaklıklar bakımından reddedilmesi gerektiği kanaatindedir. Yazara göre *Siegwart* tıpkı kanun koyucunun yaptığı gibi, ayrılma payı talebi ile tasfiyenin taraflarınca ileri sürülen tazminat taleplerini birbirine karıştırmaktadır. Keza ortaklar diğer ortaklarca gerçekleştirilen yükümlülük ihlalleri sebebiyle – ki bunların bazıları ortaklığın feshine veya ortağın çıkmasına yol açabilecek ağırlıkta olabilir- tazminat istemekte serbesttirler. Kuşkusuz bunun için öncelikle dava açılması icap eder, dolayısıyla bu doğrultuda bir talep bulunmadığı takdirde hâkim “*tasarruf ilkesi*” (*Dispositionsmaxime*) gereğince re ‘sen tazminata hükmedemeyeceği gibi, bu hususu ayrılma payına ilişkin kararına *dolaylı olarak da yansıtamaz*. Yazar bu görüşü savunmasının gerekçesi olarak, adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma müessesesinin bulunmayışını göstermektedir. Yazara göre, kusurun dikkate alınmasını buyuran OR Art. 580/2’ye, olsa olsa tarafların haklı sebeplerle ayrılmayı kararlaştırdığı durumlar için cevaz verilebilir⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ Bk. **Bergsma**, s. 116- 117.

⁷⁸⁰ Bk. **Hoch**, s. 135- 136, No. 378.

Handschin/ Chou'ya göre, OR Art. 580/2 hükmünün amacı, ayrılma payının ödenmesinden sonraki bir dönemde⁷⁸¹, diğer ortakları ayrılan ortağa karşı açılacak bir tazminat davası ile meşgul etmemektir⁷⁸². Ayrılan ortağa kusur yüklenilebilen hallerde, işletmenin devamlılığını ölçü alan ayrılma bilançosu yerine, tasfiye değeri esasına dayanan tasfiye bilançosu çıkarılarak ayrılma payı hesaplanacaktır⁷⁸³. Bu görüşün gerekçesi, kusurlu davranarak şahsında ortaklıktan çıkarılma nedeni yaratan ortağın, ortaklığın devamlılığı esasına göre ayrılma payı almasının onun ödüllendirilmesi ile eş anlama geleceğidir. Dolayısıyla kusurlu ortak, kendisi açısından daha elverişsiz koşullara göre değerlendirilmelidir. *Siegwart* ve taraftarlarının kusurun varlığını ayrılma payının kısıtlanması bağlamında tek başına yeterli bulan yaklaşımı, ayrılmayı özel hukuk cezası niteliğine büründürebileceği gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır⁷⁸⁴. *Siegwart* ve onun görüşünün savunucuları, tazminat kavramının malvarlığındaki bir eksikliği gerektirdiğini göz ardı etmişlerdir. Ayrıca, tasfiye değerinin süreklilik değerinin altında olduğu argümanı da her durumda doğru sonuçlar vermeyebilir. Ayrılma payında yapılacak bir kesintiye, ancak ortağın kusurlu davranışı neticesinde gerçekten bir zarar meydana geldiği takdirde cevaz verilmelidir. Uğranılan kayıpları aşan bir kesinti, diğer ortakların sebepsiz zenginleşmelerine yol açacaktır. Yazarlar ayrılma payının indirilmesinde, adi ortaklık ortağına yüklenen özen yükümünden hareket etmektedirler⁷⁸⁵ (OR Art. 538/2⁷⁸⁶).

Ayrılma payının ödenmesiyle ortaklık malvarlığında doğrudan bir azalma gerçekleşir. Kuşkusuz yazarların da işaret ettiği üzere, bu azalma hukuksal anlamda bir zarar demek değildir. Zira ayrılma payının ifası talebi, ayrılan ortağın payında mündemiçtir. Ortağın ayrılmasıyla bu hak deyim yerindeyse uyanmakta, aktif hale gelmektedir. Bununla beraber, payın dağıtılması zarara da yol açabilir. Örneğin ortaklığın, ayrılma payının ödenmesi için gerekli likit kaynaklardan yoksun olduğu bir dönemde ortağın, ayrılma payının peşin ödenmesi hususundaki ısrarcı tutumu ortaklığı

⁷⁸¹ Kanımızca ayrılma payının ödenmesi, ortaklık ile ayrılan ortak arasında icra edilen malvarlıksal tasfiyenin kapandığı anlamını taşımaktadır.

⁷⁸² Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 62.

⁷⁸³ Bu görüşe *Siegwart* öncülük etmiştir. Nitekim bk. **Siegwart**, OR Art. 580, No. 20; ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 63.

⁷⁸⁴ Nitekim bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 64.

⁷⁸⁵ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 65.

⁷⁸⁶ Anılan düzenleme uyarınca her ortak, daha önce ortaklığa sağladığı avantaj veya yararları bakılmaksızın, ortaklığa kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu tutulur.

zarara uğratabilir. Çünkü ortağın söz konusu tutumu, ortaklık faaliyetlerinin sürdürülmesi için zorunlu malvarlığı unsurlarının ayrılma payına tahsis edilmesine, bu da giderek ortaklığın finansal darboğaza sürüklenmesine sebebiyet verebilir. Yani ayrılan ortağın, ayrılma payının taksitler halinde ödenmesine yönelik öneriyi reddetmesi, ortaklığın ekonomik dengeleri de gözetildiğinde, zarar verici davranış olarak değerlendirilebilir⁷⁸⁷.

Yine, ortağın ayrılması ile birlikte ortaklık onun iş gücünden yararlanma olanağını yitirecek ve ortaklığın ekonomik gücü bu nispette (yani ayrılanın iş gücü oranında) zayıflayacaktır. Ayrılmanın bu sonucu objektif malvarlığı tespitini engelliyorsa, OR Art. 538/2' ye dayanılmaz⁷⁸⁸.

Good will açısından durum biraz farklılık arz etmektedir: Ortaklık, ortağın çıkmasıyla *müşteri çevresinin* önemli bir kısmını kaybediyor, dolayısıyla ortaklığın kazanç elde etme beklentisinde ciddi bir düşüş meydana geliyorsa ortaklık zararından söz edilebilir. Ortaklığın, kusurlu ortak olmaksızın varlığını sürdürmesi mümkün değilse bu durum çok daha belirgindir. Zarar, miktaren belirlenebilir olduğu müddetçe diğer ortaklar tarafından ileri sürülebilir ve ayrılma payından mahsup edilebilir⁷⁸⁹.

Ortaklık malvarlığında oluşan her azalmanın değil, daha ziyade kusurlu bir davranışa dayanan eksilmelerin tazmini talep edilebilir. Bir ortağın kendi talebi üzerine ortaklıktan ayrılması OR Art. 538/2 manasında kusurlu davranış olarak görülemez. Ortağın, ortaklık sıfatının ortadan kalkmasında şahsi bir menfaatinin bulunması ona kusur isnat edilebilmesi bakımından yeterli değildir. Çıkma iradesini dışı vuran ortağa sadakat yükümü gerekçe gösterilerek engel olunamaz. Bu çerçevede, ortaklıktan ayrılmak isteyen ortağın uygun olmayan zamanda çıkması, çıkma beyanının geçerliliğine etki etmeyecektir. Zira aksi halde, ortağa tanınan emredici nitelikteki fesih hakkının kullanımı sadece bir yanılsamadan ibaret kalabilirdi. Dolayısıyla yazarlar haklı olarak, diğer ortaklarla karşılıklı anlaşarak ortaklıktan ayrılan ortağa karşı herhangi bir tazminat istemi ileri sürülemeyeceğini söylemektedirler⁷⁹⁰. Aynı esaslar fesih hakkının kanun veya sözleşmeyle saklı

⁷⁸⁷ Nitekim bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 66.

⁷⁸⁸ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 67.

⁷⁸⁹ Bu hususta bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 68.

⁷⁹⁰ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 69- 70. Bundan çıkarılacak sonuç, ayrılma veya çıkma sözleşmeleri kurulduğu durumlarda ortağın uygun olmayan zamanda çıkmasının tazminat yükümlülüğü doğurmayacağıdır. Zira diğer ortaklar, ayrılan ortakla sözleşme yapmak suretiyle bu husustaki rızalarını

tutulduğu durumlar için de geçerlidir. Bir ortağın ölümü veya kısıtlanması (özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet nedeniyle kısıtlanma haricinde) hallerinde de bu ilke ve esaslar geçerlidir⁷⁹¹.

Bir ortak, ***hukuka veya sözleşmeye aykırı*** hareket etmek suretiyle, şahsında OR Art. 545/1.7 anlamında haklı bir neden yaratmış ve bu davranışı sonucunda ortaklığın ilgili ortakla devamı diğer ortaklar açısından çekilemez hale gelmişse, ortağın kusurundan bahsedilebilir. Yine, taksiratlı iflas da haklı neden teşkil eder⁷⁹².

Nasıl ki ayrılan ortağın kusuru göz önünde tutulabiliyorsa, diğer ortaklara kusur yüklenilebilen olasılıklarda da ayrılan ortağın tazminat yükümünden indirim yapılabilirdir⁷⁹³.

bbb. İsviçre Öğretisindeki Görüşlerin Değerlendirilmesi

a) *Siegwart*'ın görüşü İsviçre hukukunda geçerliliğini yitirmiştir. Zira ayrılan ortağın kusurun varlığı ve derecesine göre elverişsiz koşullar altında değerlendirilmesi “*eşit davranma yükümü*” ne doğrudan aykırılık oluşturur. Haklı nedeni şahsında kusuruyla yaratan ortağı, ayrılma payı alacağı bakımından diğer ortaklardan daha kötü bir hukuki duruma sürüklemenin hiçbir mantıklı gerekçesi olamaz. Kaldı ki, ortakların tasfiye aşamasında payları ödenirken kusurlu olup olmadıklarına bakılmamaktadır. Kusurun varlığı, otomatik olarak ortaklığın zarara uğradığı şeklinde yorumlanamaz. Ortakların bazı davranışları, ortaklığa değil *sadece ortaklara* zarar verebilir. Ortakların münferiden gördükleri zararlar ortaklığa tahmil edilemez. Dolayısıyla onların şahsi malvarlıklarında gerçekleşen kayıpların değil, özel malvarlığı niteliği taşıyan ortaklık malvarlığındaki eksilmelerin gözetilmesi yerinde olur. Özetle, hâkim ayrılma payını takdir ederken yalnızca kusurun değil, aynı zamanda zararın meydana gelip gelmediğini de araştırmakla yükümlüdür. Yukarıda da vurguladığımız gibi, yalnız kusuru ölçü alan bir çözüm tarzı ayrılan ortağın cezalandırılması anlamını taşıyacaktır.

önceden vermiş olmaktadır. Nitekim, uygun olmayan zamanda icra edilen fesih hakkının giderim yükümü ortaya çıkarmasının altında yatan neden, ortakları beklenmedik sürprizlere karşı koruma düşüncesidir.

⁷⁹¹ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 70.

⁷⁹² Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 71.

⁷⁹³ Bk. ZK- **Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 72.

b) Ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında kurulacak bir ayrılma payı sözleşmesinde de kusura ilişkin hükümler bulunabilir. Taraflar irade özerkliğinin çerçevesi içinde kalınması şartıyla sözleşmeye diledikleri kayıtları koyabilirler. Ne var ki, ayrılan ortağın kusuru meselesinde oldukça hassas hareket edilmelidir. Aksi takdirde, ayrılan ortak diğer ortakların keyfi muameleleriyle karşılaşabilir. Ortaklar uğranılan zararları aşan bir oranda kesinti yaparak, ayrılan ortağı borçlu durumuna dahi sokabilirler. Ayrılan ortağın kusurunun dikkate alınacağı yolunda bir madde eklenmesi halinde, bu gibi ayrılma payı düzenlemelerinin hâkim denetimine tabi kılınması gerekir. Hatta, söz konusu klozların genel işlem koşullarına özgü içerik denetiminden geçirilmesi, ayrılan ortağın olası mağduriyetinin giderilmesi bağlamında önem taşıyabilir. Hâkim, ayrılan ortağın kusuru neticesinde ortaklığın zarar görüp görmediğini tazminat hukukunun genel esaslarına göre tespit eder. Ortakların, somut zararları aşan tutarda kısıtlama yaptıkları ortaya çıkarsa, aradaki farkın ayrılan ortağa ödenmesi gerekir. İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre, bu alacağın hukuki sebebini “*Haksız zenginleşme*” oluşturmaktadır. Tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağını buyuran hukukun genel ilkesi de bu görüşü doğrular.

c) OR Art. 580/2 hükmü, ortaklık tarafından ayrılan ortağa karşı *sonradan* açılacak tazminat davasını engelleme amacı gütmektedir. Ne var ki, düzenleme ciddi eksiklikler içermektedir. Biz de fiktif tasfiye aşamasında kusurlu ortağa- kuşkusuz zararın gerçekleşmesi şartıyla- tazminat talebi yöneltilmesi ve dava kabul edildiği takdirde bunun ayrılma payından mahsup edilmesi gerektiğini belirten görüşe katılmaktayız. Tıpkı diğer tazminat istemlerinde olduğu gibi, burada da hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

Kanaatimizce *Hoch*'un görüşü, tazminat hukukunun temel prensipleri çerçevesinde düşünüldüğünde en makul görüş olarak gözükmektedir. Zira yazar, OR Art. 580/2 düzenlemesini tazminata ilişkin bir norm şeklinde algılamaktadır. Tazminatı ise zarar olgusundan bağımsız olarak düşünmek olanaksızdır. Zararın gerçekleşmediği yerde tazminat da olmaz. Hatta öyle ki, kanun koyucu kusura dayanmayan tazminat hallerine dahi yer vermiştir. Ancak gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluk alanlarının ortak noktası, zarar unsurudur. Bu perspektiften bakıldığında OR Art. 580/2 düzenlemesinin tazminat hukukunun gerekleriyle bağdaşmadığı açıkça görülecektir. Kusurun ayrılma payında mahsup (indirim) sebebi

olması ayrılmanın genel mantığı ile de ters düşmektedir: Keza daha önce belirttiğimiz üzere, ortağın ayrılmada kusurunun bulunması şart değildir. Bu durum bilhassa haklı sebeple çıkarılma bakımından önemli bir rol oynamaktadır: Haklı sebebin gerçekleşmesi için ortağın kusurlu bir davranışı aranmamaktadır. Önemli olan, ortaksal yükümlerin ihlalinin taşıdığı ağırlıktır. Ayrılmada kusuru olan ortağa gelince; bu durum büyük çoğunlukla haklı sebeple çıkarılma halinde ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, kusurlu ortağa dahi ayrılma payı ödenmesi gerekir. Çünkü kanun koyucu ayrılma payı gibi oldukça önemli bir alacak hakkı açısından ortaklar arasında ayırım yapma gereği duymamıştır. Bu da ayrılmada kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bütün ortaklara “tam değerli bir ayrılma payı (*vollwertige Abfindung*)” ödenmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde, kusurlu- kusursuz ortak şeklinde yapay bir ayırımın varlığından söz edilebilecektir ki, bunun eşit işlem ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Tüm bu gerekçelerle, Hoch’un yukarıda açıkladığımız görüşüne katılmaktayız. Yazar, hâkimin ayrılma payına ilişkin dava esnasında, ortağın ayrılmada kusurlu olduğu tespitinde bulunsa dahi bu hususu kararına aktaramayacağı düşüncesindedir. Zira tazminat, dava şeklinde ileri sürülmesi gerekli bir talep olduğundan, burada *tasarruf ilkesi* devreye girecek ve diğer ortakların (ortaklıkta kalan) bu yönde herhangi bir talepleri bulunmaksızın hâkim kendiliğinden tazminata hükmedemeyecektir.

Medeni yargılama hukukuna egemen ilkelerden biri de “Tasarruf İlkesi” dir. Sözü edilen ilke uyarınca, hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz⁷⁹⁴ (HMK m. 24/1; Schw. ZPO Art. 58; dZPO § 253⁷⁹⁵, 308⁷⁹⁶). Bu ilke Alman hukukunda “*davacının olmadığı yerde, hâkim de yoktur*” özdeyişiyle ifade edilmektedir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Bk. **Kuru**, s. 217.

⁷⁹⁵ Alman Usul Kanunu’nun 253. Maddesi, tasarruf ilkesinin asıl dayanağını teşkil etmektedir. Adı geçen hüküm her ne kadar dava dilekçesini (*Klageschrift*) düzenliyorsa da, Alman öğretisinde bunun tasarruf ilkesini ima ettiği belirtilmektedir. Bu hususta birçokları yerine bk.

⁷⁹⁶ Alman hukukunda dZPO § 308 hükmü tasarruf ilkesinin hukuki dayanaklarından biri olarak gösterilmektedir. Örneğin bk. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 395. Hâlbuki bu kural tasarruf ilkesini değil, onun görünüş biçimi niteliğindeki taleple bağlılık ilkesini düzenlemektedir. Nitekim paragraf “*taraf talepleriyle bağlılık*” başlığını taşımaktadır. İsviçre Medeni Usul Kanunu bu anlamda daha yalın ve nettir. “*Tasarruf ilkesi ve re’sen harekete geçme ilkesi*” başlıklı 58. Maddenin ilk fıkrasında doğrudan doğruya tasarruf ilkesine yer verilmektedir (Schw. ZPO Art. 58).

⁷⁹⁷ Alm: “Wo kein Kläger da kein Richter”. Benzer doğrultuda bir çeviri için bk. Hamide Özden Özkaya Ferendeci, “Alman Medeni Usul Hukuku’ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, **MÜHF- HAD**, C. 13, S. 1 -2, 2007, s. 193.

m. Ayrılma Payının Hesaplanmasında Kullanılan Değerleme Yöntemleri (*Bewertungsmethode*)

aa. Sorunun Ortaya Konulması: İşletme Değerlemesinin Hukuksal Boyutu

Ayrılma payının tespiti için ortaklık malvarlığına değer biçilmesi gerektiğini belirtmiştik. Ortaklığa ait malvarlığı unsurlarının tek tek belirlenip değerlemeye tabi tutulmaları ise, oldukça meşakkatli bir iş olup alanında uzman kimselerin yardımını gerektirmektedir. Bu uzmanın şüphesiz işletme ekonomisi alanında ihtisas yapmış kişilerden seçilmesi yerinde olur. Keza işletme değerlemesine ilişkin ilke ve yöntemler aslında işletme ekonomisinin uzmanlık alanına girmektedir. Ne var ki, işletme değerlemesinin aynı zamanda hukuksal boyutları da bulunmaktadır. Örneğin, *Grossfeld*, hukukçuların karşılaştığı değerlendirme meselelerinin başında anonim ortaklıktan kendi isteğiyle veya zorla ayrılan azınlık ortaklara ödenecek ayrılma payının geldiğini söylemektedir. Yazar azınlık ortaklara ödenecek ayrılma payının makul bir seviyede olması gerektiğinin altını çizmektedir. Fakat önemli olan, ayrılan ortağa yaşayan işletme değerini, diğer bir deyişle payının tam değerini yansıtan bir ayrılma payı ödenmesidir. İşletmenin gerçek değeri hesaplanırken, münferit malvarlığı unsurlarının sahip olduğu değerlerin toplamı değil, daha ziyade firma değeri (*good will*) dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla işletmenin piyasa değeri, kendisini oluşturan münferit malvarlığı unsurlarının maddi değerinin toplamından daha yüksek olacaktır. Bu değerlendirme, işletmenin varlığını sürdüreceği ön kabulüne yani İngilizce ifadesiyle “*going concern*” e dayanmaktadır⁷⁹⁸.

Uygulamada ise, ayrılma payının belirlenmesinde güçlükler yaşandığı ve mahkemelerin bu hususta sıklıkla uzman görüşüne başvurdukları görülmektedir. Hatta, ayrılma payının hesaplanması amacıyla uzman kişi atanmasının bir nevi teamül haline geldiği anlaşılmaktadır. Ancak *Grossfeld*, tüm bu gelişmelere rağmen mahkemelerin işletme değerlemesini halen hukuki bir mesele olarak görmediklerine dikkat çekmektedir. Nitekim, Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararı

⁷⁹⁸ Nitekim tüm bu açıklamalar için bk. Bernhard Grossfeld, “Unternehmensbewertung als Rechtsproblem”, *JZ*, S. 19, 1981, s. 641.

şu şekildedir: “Ticari işletmeler bakımından genel kabul gören veya hukuken bağlayıcı değerlendirme yöntemleri bulunmamaktadır. İşletme ekonomisi öğretisinde temsil edilen değerlendirme prosedürlerinden somut olaya en elverişli olanını seçmek, bu alanda ihtisaslaşmış uzman kişilere düşmektedir. Bu kimselerin ulaştıkları sonuçların doğruluğunu değerlendirmek ise vakta hakimlerinin yükümlüdür⁷⁹⁹”.

Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi, doğru değerlendirme yönteminin bulunmasının işletme ekonomisi uzmanlarının görevi olduğuna hükmetmiştir⁸⁰⁰. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi ise, Federal Mahkeme'nin yukarıdaki kararına benzer şekilde, genel kabul gören veya hukuken bağlayıcı değerlendirme yöntemleri olmadığına karar vermiştir⁸⁰¹. Verilen kararlardan varılacak sonuç, mahkemelerin işletme değerlemesi olgusunun hukuksal boyutunu göz ardı ettikleridir. Hatta öyle ki, mahkemeler işletme ekonomistlerinin yazdıkları raporlara körü körüne güvenerek karar verebilmektedir⁸⁰².

Oysaki Alman doktrininde, işletme değerlemesinin hukuki bir sorun teşkil ettiği kabul edilmektedir⁸⁰³. Hukuki sorun, doğru değerlendirme yönteminin bulunabilmesidir. Keza aksi takdirde ayrılan ortağa tam değerli bir ayrılma payı ödenmesi mümkün olmayabilir. İşletme değerlemesinin hukuken taşıdığı önem tam bu noktada kendisini göstermektedir. Ayrılan ortağa, sözleşmeyle aksi öngörülmediği sürece, gerçek değer üzerinden ayrılma payı ödenmesi icap eder. Gerçek değer hesaplanabilmesi de ortaklık payına değer biçilmesini gerektirir.

Paya değer biçilirken, ayrılan ortağın yaşayan işletme değerine bundan böyle iştirak edemeyeceği hususunun da göz önünde tutulması gerekir⁸⁰⁴. Her ne kadar ilk bakışta BGB § 738/1 S. 2 'nin lafzıyla çelişiyor gibi gözükse de bundan şu sonuca

⁷⁹⁹ Açıklamalar ve Federal Mahkeme kararının özeti için bk. **Grossfeld**, s. 642. Kararın ilgili kısmı için bk. WPg 1978, 302, 304. *Schulze- Osterloh* ise Federal Mahkeme'nin aynı kararda, somut olayda uygulanan değerlendirme yöntemlerine hukuki bir bakış açısıyla yaklaştığını öne sürmektedir. Bk. Joachim Schulze- Osterloh, “Das Auseinandersetzungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters einer Personengesellschaft nach 738 Abs. 1 Satz. 2 BGB- Besprechung der Entscheidung BGH WM 1984, 1506”, **ZGR**, S. 3, 1986, s. 562. Dolayısıyla yazar, Federal Mahkeme'nin işletme değerlemesiyle ilgili katı tutumunu aynı kararda yumuşattığı kanaatindedir.

⁸⁰⁰ Karar için bk. AG 1979, 230, 231.

⁸⁰¹ Karar için bk. OLG Hamburg, AG 1980, 163.

⁸⁰² Bu hususta limited ortaklıklar açısından bk. **Dirikkan Öztürk**, s. 118, dpn. 153. Uzmanın kendi alanındaki yetkinliği, mahkemenin uzman raporunu inceleme yetkisine hâle getirmez. Zira dZPO § 286 uyarınca hâkim, bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirir. Dolayısıyla, işletme ekonomisi uzmanının sunduğu raporu hâkimin incelemeden körü körüne benimsememesi gerekir. Bk. **Schulze- Osterloh**, s. 563.

⁸⁰³ Bu hususta birçokları yerine bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 53.

⁸⁰⁴ Benzer doğrultuda bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 23.

varılabilir: Ayrılma payının hesaplanması için ortaklık malvarlığına değer biçilirken aslında *ortaklık işletmesinin devam ettiği* düşüncesinden yola çıkılmaktadır⁸⁰⁵. Dolayısıyla BGB § 738 taraflara, ortaklık tarafından işletilen işletmenin gerçek değerinin gerekli malvarlığı bilançosu (ayrılma bilançosu) çerçevesinde belirlenmesi ödevini yüklemektedir. Kuşkusuz bu husus, sözü edilen hükmün lafzında doğrudan yer almamakta, bu sonuca yorum yoluyla ulaşılmaktadır.

Yaşayan işletmenin değerinin belirlenebilmesi, işletmenin bir bütün olarak ve mümkün olduğunca avantajlı bir biçimde satılmasından elde edilecek gelire bağlıdır. Bu sebeple, işletme değeri her şeyden önce, işletmenin farazi alıcısının piyasa koşullarına göre ödediği satım bedeline göre tespit edilir. Bu fiktif satım bedelinin miktarı deyim yerindeyse meçhuldür. Dolayısıyla uygulamada dolaylı değerlendirme yöntemlerine başvurulmaktadır. Kazanç değeri yöntemi bu anlamda ön plana çıkmaktadır, zira pek çok durumda işletmenin farazi alıcısı, fiyat tercihlerinde bulunurken işletmenin gelecekteki karlılığına odaklanmaktadır⁸⁰⁶.

bb. Çeşitli Değerleme Yöntemleri

aaa. Tasfiye Değeri (*Liquidationswert*)

Bu yöntem esas itibariyle kanun koyucunun ölçü aldığı yöntem olup, TBK 634/2'de- aynı şekilde BGB § 738- şöyle ifade edilmektedir: “diğer ortaklar...ortak sıfatının sona erdiği tarihte *ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı* ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler⁸⁰⁷ ...” Görüldüğü üzere, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığı takdirde ayrılma payının ortaklığın tasfiye değeri⁸⁰⁸ üzerinden

⁸⁰⁵ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 23. Yazarın söz konusu ifade tarzı (ortaklık işletmesi *Gesellschaftsunternehmen*), kolektif ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulduğu dikkate alındığında kendi içinde tutarlıdır. Ancak, Türk hukuku bakımından da bu ifadenin benimsenmesine herhangi bir engel yoktur, zira öğretide adi ortaklığın ticari işletme işletebileceği büyük bir çoğunlukla kabul edilmektedir.

⁸⁰⁶ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 25.

⁸⁰⁷ BGB § 738/1 S. 2: “...*was er bei einer Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre*” .

⁸⁰⁸ *Schmidt*; kanun koyucunun burada *ortaklığın tasfiye edildiği* varsayımıyla hareket ettiğini, ortaklığın tasfiyesi ile işletmenin tasfiyesinin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, ayrılma payı hesaplanırken işletmenin dağılma değeri (*Zerschlagungswert*)nin mi yoksa süreklilik değerinin mi göz önünde tutulacağı hususunun somut olaya bağlı olduğunu belirtmektedir. Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz.55. Kanaatimizce, yazarın yaklaşımı herhangi bir iktisadi işletme işletmeyen adi ortaklıklar bakımından doğru olmakla birlikte, özellikle ticari bir işletme işleten adi ortaklıklar ve kanun

hesaplanması gerekecektir⁸⁰⁹. Tasfiye değeri ile, münferit malvarlığı unsurlarının satışından, tüm borçların düşülmesinden ve tüm masrafların⁸¹⁰ karşılanmasından sonra geriye kalan “artığın” nakdi değeri kast edilmektedir⁸¹¹. Söz konusu değerlendirme türünde, işletmenin bir bütün olarak satımından elde edilen gelir, yani *satım değeri* göz önüne alınmaktadır. Satım değeri (*Verkaufswert*), fiili alım teklifinin bulunmadığı hallerde daima bir varsayıma (hipotez) dayanmaktadır⁸¹². Üstelik, bu sanal satım değerinin belirlenmesinde yararlanılacak genel kabul görmüş veya bağlayıcı niteliğe sahip değerlendirme ölçütleri de mevcut değildir. Dolayısıyla, ayrılma payı sözleşmesinde başkaca değerlendirme yöntemlerine yer verilmesi isabetli olacaktır⁸¹³.

Ortaklığın *good will*'i (işletme değeri- *Geschäftswert*) hesaplama dahil edilmediğinden⁸¹⁴, tasfiye değeri yöntemi aslında işletmenin gerçek değeri ile örtüşmemektedir. Dolayısıyla, bu hesaplama yöntemi ayrılan ortağın hukuki durumunu işletme değerinin tamamına katılan diğer ortaklara nazaran ağırlaştırmakta⁸¹⁵ ve bu yönüyle de şahıs ortaklıkları hukukuna egemen prensiplerden

gereği ticari işletme işletmek zorunda olan kollektif/adi komandit ortaklıklar açısından tartışmaya açıktır. Zira bu tip ortaklıklarda, ortaklık malvarlığına dahil maddi ve gayrimaddi unsurların büyük bir kısmı, ticari işletmenin işletilmesi neticesinde elde edilmektedir. Dolayısıyla bize göre, ortaklık malvarlığı ile işletme malvarlığının neredeyse iç içe geçtiği bu gibi durumlarda, bunları birbirinden ayırmaya yarayan sınır çizgileri iyiden iyiye bulanıklaşacaktır.

⁸⁰⁹ BGB § 738'in tasfiye değerini kıstas aldığı hususunda bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 175. Bu durum, BGB'yi kaleme alanların ayrılmayı “*kısmi tasfiye (Teilliquidation)*” olarak yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Benzer yönde bk. Christoph Neuhaus, **Unternehmensbewertung und Abfindung bei freiwilligem Ausscheiden aus der Personengesellschaft**, Heidelberg, 1990, s. 58. Görüldüğü gibi, kanun koyucunun sözü edilen yorum tarzı ayrılmanın hukuki sonuçlarıyla ilintili pek çok noktada karşımıza çıkmaktadır.

⁸¹⁰ Bu masraflara örnek olarak, sosyal planlamalar, vergiler, yeniden ıslah masrafları gösterilebilir. Bk. **Neuhaus**, s. 43. Masraflar ile kast edilen şüphesiz tasfiye masraflarıdır. Bk. **Mark**, s. 105.

⁸¹¹ Bk. **Neuhaus**, s. 43; **Mecklenbrauck**, s. 6. Benzer açıdan bk. **Dirikkan Öztürk**, s. 109; **Mark**, s. 105.

⁸¹² Benzer yönde bk. **Sieghart**, OR Art. 580, No. 11. Tasfiye değeri, ancak ortaklığın veya işletmesinin gerçekten tasfiyeye girdiği durumlarda somut bir değere sahiptir. Zira, kural olarak sadece tasfiye aşamasına girmiş bir ortaklığın varlıkları paraya çevrilebilir (gizli tasfiye istisnası dışında). İşte malvarlığı unsurlarının satımını zorunlu kılan bu aşamada, üçüncü kişiler tarafından yapılacak alım teklifleri ortaklığın tasfiye değerinin tespitinde belirleyici olacaktır. Öyleyse tasfiye değeri, ortaklığın henüz sona ermediği bir dönemde olsa olsa varsayımsal değer taşıyacaktır.

⁸¹³ Nitekim bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 175. Hesaplamanın ortaklığın tasfiye değerine göre değil, yaşayan işletmenin gerçek değerine göre yapılması gerektiği yönünde bk. **Pulaşlı**, s. 377, No. 38.

⁸¹⁴ Nitekim BGB § 738/1 S.2'nin lafzının yanlış anlaşılmaya elverişli olduğu, “tasfiye değeri” esasından yola çıkıldığı takdirde işletmenin gayrimaddi unsurlarının, özellikle de *good willin* göz önünde bulundurulamayacağı hususunda bk. **Riegger**, s. 109- 110. Hâlbuki ayrılan ortak işletmenin maddi unsurlarına olduğu kadar gayrimaddi unsurlarına da iştirak edebilmelidir (s.110).

⁸¹⁵ Ayrılan ortak, ortaklık sıfatını taşıdığı dönemde ortaklığın üst yapısına, organizasyonuna ve katma değerine iştirak ettiğinden, onu sırf ortaklıktan ayrıldığı için bu haktan (adı geçen unsurlara katılma hakkından) yoksun bırakmak hakkaniyete uygun gözükmemektedir. Bk. **ZK- Handschin/Chou**, OR Art. 580, No. 42.

biri olan “eşit işlem ilkesine” aykırılık teşkil etmektedir. Oysaki ayrılma payı, ayrılan ortağın ortaklık sıfatının kaybını telafi amacıyla ödenen gerçek bir denkleştirme aracıdır⁸¹⁶.

Burada, ticari faaliyetlerini rantabileden uzak biçimde yürüten işletmeler açısından tasfiye değerinin arz ettiği özelliğe dikkat çekilmesi gerektiği kanaatindeyiz: Normal koşullar altında bir işletmeden beklenen verimlilik ve kazanç, işletmenin dağıtılıp münferit malvarlığı unsurlarının satıldığı yönteme (tasfiye değeri) nazaran daha avantajlı olup, ayrılma payının tespitinde bu olgunun dikkate alınması icap eder. Ne var ki işletme, daha kapsayıcı bir deyimle ortaklığın uzun yıllardan beri kazanç elde edemediği bir varyasyonda, tasfiye değerinin süreklilik değerinin üzerinde çıkması muhtemeldir⁸¹⁷. Bu tip durumlarda tasfiye değerine göre belirlenecek bir ayrılma payı, ayrılan ortağın ekonomik menfaatlerine daha fazla hizmet edebilir. Özetle, tasfiye değeri çoğunlukla süreklilik değerinin altında bir miktarı yansıtırken⁸¹⁸, işletmenin kar ve verimlilik durumuna göre tersine bir olasılık da gündeme gelebilecektir. Bu hususun ayrılma payı sözleşmesinin taraflarınca titizlikle gözetilmesi gerekir.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, tasfiye değerinin işletme değerlemesi perspektifinden bakıldığında bir alt sınır (*Untergrenze*) teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilir⁸¹⁹. Tasfiye değerinin alt sınır oluşturabilmesinin ilk şartı, ortaklığın veya işletmesinin tasfiyesinin olanaklı olmasıdır⁸²⁰. Yine bir diğer koşul, tasfiye değerinin

⁸¹⁶ Nitekim bu hususta isabetle bk. **Heckelmann**, s. 2, 27; **Mark**, s. 12; **Grunewald**, Ausschluss, s. 86; **Mecklenbrauck**, s. 6. Ayrılma payının, ortaklık sıfatının malvarlıksal cephesinin kaybını telafi eden gerçek bir denkleştirme aracı olduğu yönünde bk. **Riegger**, s. 89.

⁸¹⁷ Benzer açıklamalar için bk. **Neuhaus**, s. 92.

⁸¹⁸ Nitekim tasfiye değerinin, faaliyetlerini sürdüren bir işletmenin gerçek değerine oranla daha düşük olduğu hususunda bk. **Heckelmann**, s. 2.

⁸¹⁹ Nitekim bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rn. 34; **Neuhaus**, s. 92; Christine Konrad Osterloh, **Unternehmensnachfolge**, Berlin Heidelberg, 2009, s. 44; **Grossfeld/Egger/Tönnies**, s. 42, No. 177. İsviçre Federal Mahkemesi anonim ortaklıklara ilişkin bir kararında, ortaklık malvarlığının tasfiye değerinin yaşayan işletme değerine oranla alt sınır oluşturduğunu ve dolayısıyla tasfiye değerinin değil, aksine gerçek değer esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bk. BGE 120 II 259, kararın özeti için bk. **Pulaşlı**, s. 377, dpn. 266. Tasfiye değerinin, işletmenin asgari değerini teşkil ettiği hususunda bk. Carl Helbling, “Unternehmensbewertung im Wandel”, **Der Schweizer Treuhänder**, S. 6-7, 2001, s. 608; **Mark**, s. 105.

⁸²⁰ Örneğin, bir işletmenin (demiryolu işletmeleri gibi) kamu imtiyazından (*Konzession*) yararlanması nedeniyle tasfiye edilemediği hallerde tasfiye değeri yöntemine başvurmak mümkün görünmemektedir. Bk. **Helbling**, s. 608. Buradan vardığımız sonuç, hukuksal veya fiili birtakım olguların ortaklığın veya işletmesinin tasfiyesine engel olabileceğidir. Benzer olarak *Mark* da hukuki veya sosyo-politik sebeplerle işletmelerin tasfiye edilme olanağının ortadan kalkabileceğini belirtmektedir. Bk. **Mark**, s. 106.

süreklilik değerinden yüksek bir miktarı yansıtmadır⁸²¹. Ancak bu iki koşul aynı zamanda gerçekleştiği takdirde, tasfiye değeri işletme değerlemesinde alt sınır olarak kullanılabilir⁸²².

Tasfiye değerinin alt sınır veya asgari değer oluşturması, ayrılma payının tasfiye değerinin altında olamayacağına işaret etmektedir.

bbb. Kazanç Değeri Yöntemi (*Ertragswert*)

BGB § 738'in özünde yatan tasfiye değeri yönteminin oldukça seyrek rastlanılan avantajları bir kenara bırakılırsa, ayrılan ortağın ekonomik çıkarlarını yeter düzeyde koruyamayacağı ortadadır. Bu nedenle, öğretisi ve uygulamada başka değerlendirme yöntemleri geliştirilmiştir⁸²³. Bunlardan biri de kazanç değeri yöntemidir.

Söz konusu değerlendirme yönteminde, gelecek yıllara dair kazançlar tahmini olarak hesaplanır. Bunun için, değerlendirme tarihinden itibaren iskonto edilmiş değer hesaplanması gerekir⁸²⁴. Değerleme günü temelinde hesaplanan kapitalizasyon faiz oranının iskonto edilmesiyle ortaklığın kazanç değeri saptanmaktadır. Bu yöntemin çıkış noktasını, son faaliyet yılında elde edilen kar ve zararlar oluşturur. Kazanç değerinin belirlenmesine yardımcı iki prosedür daha vardır: İlki yani *analitik yöntemde* (*analytische Methode*), gelecekte elde edilebilecek kazançların hesaplanabilmesi için; planlama hesapları, önemli masraf kalemleri, planlanmış yatırımlar, gelecekteki likidite gereksinimi vb. verilerden yararlanır. İkinci yani götürü yöntemde (*pauschale Methode*) ise gelecekteki kazançlar, son 3- 5 faaliyet yılının⁸²⁵ ortalama kazancı hesaplanmak suretiyle belirlenmektedir. Böylelikle, deyim yerindeyse “geçmiş

⁸²¹ Tasfiye değerinin, süreklilik değerine nazaran daha yüksek olduğu durumlarda ayrılma payının süreklilik değerine göre değil, aksine tasfiye değerine göre hesaplanması gerektiği yönünde bk. **Mark**, s. 105.

⁸²² Bu hususta bk. Helmut Aigner, Stephan Barisitz ve Gerhard Fink, **Unternehmensbewertung in Osteuropa: Methoden und Fallstudien**, Wiesbaden, 1993, s. 15.

⁸²³ Nitekim tasfiye değeri yönteminin günümüzde büyük ölçüde terk edildiği yönünde bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 55.

⁸²⁴ Benzer açıdan bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 30; **Dirikkan- Öztürk**, s. 117.

⁸²⁵ Nitekim, Alman hukukunda uygulamanın bu doğrultuda (örneğin son 5 yılın kazanç ortalaması alınmak suretiyle) geliştiği hususunda bk. **Dirikkan- Öztürk**, s. 120, dpn. 160.

*geleceğin aynasıdır*⁸²⁶ sloganı benimsenmekte ve son 3-5 yılın ortalama kazançları geleceğe ışık tutmaktadır⁸²⁷.

Uygulamada ise, kazanç değerinin beraberinde getirdiği birtakım belirsizlikleri gidermek için, kazanç değeri yönteminden sonra ortaklığın net aktif değerinin (*Substanzwert*) hesaplanması yoluna başvurulmaktadır. Çünkü bu değer ortaklığın asgari değerini yansıtır, yani ayrılma payının hesaplanmasında alt değer sınırını teşkil eder. Bu sayede, kazanç değeri yöntemi makullük yönünden kontrol edilmektedir. Zira kazanç değeri yöntemi, gelecekte elde edilecek kazançlara odaklandığından, yüksek rizikolar barındırmaktadır. Bu tip durumlarda ayrılma bilançosu düzenlenmesi kaçınılmaz olacaktır⁸²⁸.

Son olarak, uygulamada kazanç değeri yönteminin olağan dışı bir yaygınlık kazandığı söylenebilir. Bunun bir nedeni de bu yöntemde tamamlanmamış işlerin ayrılma payının hesaplanma sürecine dahil edilmesidir. Gerçekten, işletme değerinin kazanç değerine göre belirlendiği varyasyonlarda, tamamlanmamış işler doğrudan doğruya göz önünde tutulmaktadır. Yani bu tip durumlarda ayrılma payı askıdaki işlerin sonuçlarını da içermektedir⁸²⁹. Bu esasa karşın ayrılan ortağa tamamlanmamış işlerin sonucundan pay verilmesi, onun askıdaki işlere iki kere (*doppelt*) iştirak etmesi sonucunu doğuracaktır. Böylece ayrılan ortak, herhangi bir objektif sebep bulunmamakla birlikte, diğer ortaklar karşısında ayrıcalıklı kılınmaktadır⁸³⁰.

ccc. Net Aktif Değer Yöntemi (*Substanzwert*)

Bir ortaklığın veya işletme ekonomisi perspektifiyle “işletme” nin net aktif değeri, işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının yeniden kurma değerlerinin (*Wiederbeschaffungswert*) toplamından borçların çıkarılması sonucu elde edilen değerdir. Bu değer hesaplanırken işletmenin devam ettiği varsayımından (*going concern, Fortführung*) hareket edilmektedir. Dolayısıyla bu değerlendirme yönteminde

⁸²⁶ Gerçekten, bir işletmenin geçmiş yıllarda elde ettiği kazançlar hakkında fikir edinilmeksizin, o işletmenin gelecekteki başarısına ilişkin bir tahminde bulunmak olanaksızdır. Bu hususta bk. **Mark**, s. 73.

⁸²⁷ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 32.

⁸²⁸ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 34.

⁸²⁹ Bu yönde bk. **Mark**, s. 76; **Baumann**, s. 260 vd.

⁸³⁰ Bu hususta bk. **Mark**, s. 76.

ayırılma bilançosu (*Abfindungsbilanz*) düzenlenmesi, net aktif değerini tespitini kolaylaştırıcı bir işlev görecektir⁸³¹.

Net aktif değer yöntemi, uzun bir süre boyunca Alman öğretisinin bir kısmı ve uygulamada kabul görmüştür. Bu yöntem yakından incelendiğinde, onun, işletmede çalıştırılan ve bağımsız olarak değer biçilmeye elverişli malvarlığı unsurlarını kapsamadığı görülecektir. Kısacası, bir işletmede değer yaratan pek çok faktör, net aktif değer yönteminde değerlendirme dışı bırakılmaktadır. Değerleme dışı bırakılan unsurların başlıcası ise *good will* olarak adlandırılan “Firma değeri (*Firmenwert-Geschäftswert*⁸³²) “dir. Yine, işletme yönetimi (*Unternehmensleitung*) nin kalitesi ve çalışanlar da saf net aktif değerinde herhangi bir rol oynamamaktadır. İşletmeye dahil malvarlığı unsurlarının birlikte çalıştırılmasından doğan değer artışları da net aktif değerine kapsamına girmez. İşte bu yönlerinden ötürü net aktif değer yöntemi, yaşayan işletmenin gerçek değerinin tespitine yeterince katkıda bulunamamaktadır⁸³³.

Bu eksikliğin anlaşılabilmesi açısından, firma değerinin (*good will*) de değerlemeye işlenmesi gerekir. Bu noktada, söz konusu katma değer (*Mehrwert*) nasıl hesaplanacağı sorusu gündeme gelecektir. Firma değeri, malvarlığının özel bir aktif kalemi olmaktan ziyade, kazanç değeri ile işletmede kullanılan (çalıştırılan) değerler arasındaki farkı ifade eder. Dolayısıyla, geleceğe yönelik kazanç beklentileri (*Ertragsaussichten*)nin de tahmini olarak belirlenmesi icap eder⁸³⁴. Özetle, işletmenin gerçek değerinin saptanabilmesi kazanç değerinin hesaplanmasına bağlıdır⁸³⁵.

İşletmede kullanılan malvarlığı unsurlarının değerinin hesaplanması kolay değildir. Çünkü defter değeri hiçbir zaman net aktif değerle eşitlenemez. Bu sebeple, işletmeye dahil unsurların bağımsız olarak hesaplanmaları zorunludur. Hatta, kullanılan malvarlığı unsurunun kendisine özgü bir piyasası mevcut değilse, değer tespitinde birtakım güçlükler yaşanması muhtemeldir. Bu durum, piyasası bulunmayan unsurlar bakımından kazanç değerinin hesaplanmasını güçleştirebilir⁸³⁶.

⁸³¹ Bk. **Mark**, s. 53.

⁸³² Firma değeri, bir işletmenin piyasadaki değerinin, o işletmeyi meydana getiren münferit malvarlığı unsurlarının toplamından daha yüksek olabileceğini ortaya koymuştur. Bu hususta bk. **Grossfeld/Egger/Tönnies**, s. 73, No. 319.

⁸³³ Bk. **Mark**, s. 54.

⁸³⁴ Bu hususta bk. **Mark**, s. 55.

⁸³⁵ Bu hususta bk. **Schulze-Osterloh**, ZGR 1986, s. 545, 553.

⁸³⁶ Bu hususta bk. **Mark**, s. 55- 56.

Bütün bu değerleme sorunları ve yöntemsel tereddütler sebebiyle net aktif değer yöntemi, işletme değerinin hesaplanması bakımından elverişli bir yöntem olarak görülmemektedir. Net aktif değer, işletmenin devam ettiği değil aksine tasfiye edildiği varsayımına göre belirlendiği takdirde ayrılma payına esas teşkil edebilir. Böylelikle ayrılma payı, işletmede kullanılan bütün malvarlığı unsurlarının münferit satış bedellerinin toplamından borçların ve tasfiye giderlerinin düşülmesi suretiyle hesaplanacaktır⁸³⁷ (tasfiye varsayımına göre).

n. Ayrılma Payı Kızları (*Abfindungsklausel*)

aa. Ön Açıklamalar ve Konunun Türk Hukuku Bakımından Önemi

Ayrılma payı kızları veya diğer bir deyişle sözleşmesel ayrılma payı düzenlemeleri (*vertragliche Abfindungsregelungen*) bilhassa Alman adi ortaklık hukuku uygulamasında olağan dışı bir yaygınlığa sahiptir. Bunun en büyük sebeplerinden biri kuşkusuz ayrılma payına ilişkin BGB § 738 hükmünün içeriksel yönden ortaya koyduğu zayıflıktır. Keza, adı geçen düzenlemede ne ayrılma payının muacceliyet ve ödeme zamanı, ne de nasıl ve hangi şartlar altında ödeneceğine dair herhangi bir ifade yer almaktadır. Öyle ki, kollektif ortaklıkta ayrılma payına ilişkin TTK hükümleri dahi Alman hukukuna nazaran çok daha yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Alman hukukunda ise, kollektif ortağın ayrılma payını düzenleyen özel kurallar mevcut değildir. Bu durum Alman hukuk sisteminde tüm şahıs ortaklıklarının, ortaklıktan ayrılmanın hukuki sonuçları noktasında BGB §§ 738- 740 hükümlerine tabi olmaları sonucunu beraberinde getirmiştir.

BGB § 738 hükmünün zayıflığı yalnız bununla da sınırlı değildir: Hükümde ortaklık payına, gerektiği takdirde değer biçileceği belirtilmiş ancak bu değerlemenin nasıl gerçekleştirileceği hususunda herhangi bir kriter veya formüle değinilmemiştir. Görüldüğü üzere, aslında BGB 738, uygulamada pek çok hukuki soruna zemin hazırlayabilecek, fiktif tasfiyenin tarafları arasında uyuşmazlıklara neden olabilecek nitelikte bir düzenlemedir.

⁸³⁷ Bk. **Mark**, s. 56- 57.

İşte bütün bu içeriksel zayıflığına ve yüzeyselliğine karşın BGB § 738, yedek hukuk normu özelliği taşıması itibariyle taraflara geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Kuşkusuz taraflara tanınan bu hareket alanı sınırsız değildir. Her sözleşmede olduğu gibi, ayrılma payı klozlarında da sözleşme özgürlüğünün sınır çizgilerinin aşılmaması gerekir. Aksi takdirde, ihlalin ağırlığına göre tam veya kısmi butlan yaptırımları devreye girecektir.

Konunun Türk Hukuku bakımından arz ettiği öneme gelecek olursak; Ayrılma payı klozlarının teorik düzlemde hak ettiği ilgiyi görememiş olması bizi bu konuyu ayrıntılı olarak irdelemeye sevk eden temel saiklerdendir. Zira, Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında büyük bir yere sahip olan ayrılma payı klozlarının Türk hukukunda yeterince ele alınmadığı görülmektedir. Oysa ayrılma payı klozları yalnız kişi ortaklıklarında değil, aynı zamanda bir sermaye ortaklığı olan limited ortaklıkta da sıkça karşılaşılabilen bir olgudur. Ne var ki, limited ortaklıkta çıkma ve çıkarılmaya dair eserlerin çoğunda ayrılma payı klozlarına temas edilmemektedir. Ayrılma payı klozları konusunda temel bir fikir edinilmesi ancak bunların Türk hukukuna doğru surette aktarılması ile mümkün olabilir. Amacımız, ayrılma payı klozları gibi kompleks bir konuda teorisyen ve uygulamacılara ışık tutabilmektir.

bb. Ayrılma Payı Klozlarının Tanımı ve Sözleşmesel Niteliği

Ayrılma Payı klozları, ayrılma payının muacceliyeti, ödenmesi, hangi değerlendirme yöntemi esas alınarak ödeneceği; ayrılma payı için bilanço çıkarılıp çıkarılmayacağı, değerlemeyi kimin gerçekleştireceği, ayrılan ortağın ayrılma payının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı vb. pek çok hususu düzenleyen anlaşmalara verilen isimdir.

Ayrılma payı klozları genellikle ortaklık sözleşmelerine eklenmekle birlikte, bu durum kavramsal bir zorunluluk oluşturmaz. Taraflar, ayrı bir sözleşme ile de ayrılma payına ilişkin düzenlemeler yapabilir. Ayrılma payı klozlarının *sözleşme olarak* nitelendirilmesinin sebebi, fiktif tasfiyenin taraflarının ayrılma payıyla ilgili esaslı noktalarda uyuşmuş olmaları şartının aranmasıdır. Yine, ayrılma payı klozlarına çoğunlukla ortaklık sözleşmelerinde yer verilmesi *bu klozların sözleşmesel niteliğine* halel getirmez. Söz konusu sözleşmenin taraflarını, ayrılan ortak ile diğer ortaklar

oluşturmaktadır. Ayrılma payı klozlarının sözleşme olarak nitelenmesinin doğal bir sonucu da bunların yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma gerekçesiyle iptallerinin istenebilmesidir. Yine, sözleşme niteliğinin bir gereği olarak, sınırlı ehliyetsiz ortak bu sözleşme esnasında kanuni temsilcisi tarafından temsil edilecektir.

cc.Ayrılma Payı Klozlarının Hizmet Ettiği Amaçlar

- a) Ayrılma payının hesaplanmasını kolaylaştırmak, böylelikle tarafların ileride mahkeme masraflarından tasarruf etmelerini sağlamak
- b) İşletmenin varlığını, bütünlüğünü güvence altına almak
- c) Ortaklıktan ayrılmayı güçleştirmek⁸³⁸

Bu amaçların hepsi çeşitli ayrılma payı klozlarında münferiden veya kombine bir şekilde bulunabilir. Tipik ayrılma payı klozları, ayrılma payı modaliteleri ile ilgilidir (Muacceliyet, faiz vb); ayrılma payının hesaplanması ile ilgili klozlar: işletmeye değer biçilmesi, defter değeri klozları, tamamlanmamış işlerin ayrılma bilançosuna dahil edilip edilmeyeceği vb.; ayrılma payının kaldırılmasına yönelik klozlar. Tüm bu ayrılma payı klozları arasında uygulamada en sık karşılaşılan model, ayrılma payının defter değeri üzerinden (*Abfindung zum Buchwert*) hesaplanmasını öngören klozlardır. Bu klozun en büyük avantajı, diğer ortakları işletmeye değer biçilmesi zahmetinden kurtarmasında gizlidir. Bununla birlikte, defter değeri klozları tamamen sorunsuz değildir. Bu tür klozlar, çok sayıda yorum problemlerini ve tartışmaları da bünyelerinde barındırmaktadırlar⁸³⁹.

dd. Ayrılma Payı Klozlarının Yorumlanması

Ayrılma payı klozlarının yorumlanmasında ilke olarak, ortaklık sözleşmelerinin yorumu bakımından geçerli esaslara başvurulacaktır. Defter değeri klozları kural olarak, Firma değeri (*Firmenwert- Good will*) ve gizli yedeklerin göz önünde tutulmadığı yönünde yorumlanmaktadır. Bu kloz, ayrılan ortağın açık

⁸³⁸ Bu amaçlar için bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 61.

⁸³⁹ Tüm bu örnekler için bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 61.

yedeklere ve “yedek” (*Rücklage*) karakterli diğer hesap kalemlerine iştirak etmeyeceği anlamına ise gelmemektedir⁸⁴⁰.

Kazanç değeri klozları (*Ertragswertklausel*) ise daha önce de değindiğimiz üzere, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerden doğan kâr payını önceden hesaba katmakta, çoğu zaman götürü bir kar payı belirlemek suretiyle tamamlanmamış işleri de ayrılma payının belirlenmesi sürecine dahil etmektedir. Kanaatimizce, kazanç değeri yöntemi bu açıdan bakıldığında daha ziyade ortaklık amaçlarına hizmet etmektedir. Çünkü tamamlanmamış, dolayısıyla ne kadar kar getireceği henüz belli olmayan bir işin sonucunda ayrılan ortağın payına düşecek kâr payı oranı, götürü yöntemle hesaplanmış kara göre daha yüksek çıkabilir. Kazanç değeri yönteminin en büyük yanılığı da bu noktadadır: Tamamlanmamış işlerden ayrılan ortağın payına düşecek kar oranı, “varsayım” a göre hesaplanmakta ve ayrılma payına eklenmektedir. Varsayım temelli bir değerlendirme yönteminin, ayrılan ortağın ekonomik menfaatlerine ne ölçüde hizmet ettiği tartışmaya açıktır.

ee. Ayrılma Payının Kaldırılmasına Yönelik Klozlar

aaa. Ölen Ortağın Mirasçıları Bakımından

Ayrılma payının sözleşmeyle kaldırılması hususu, Alman hukukunda daha ziyade miras hukuku ekseninde ele alınmaktadır. Ortaklık sözleşmesinde, ortaklığın diğer ortaklarla sürdürüleceği, yani ölen ortağın mirasçılarının ortaklığa alınmayacağı yönünde bir kayıt bulunduğu takdirde (devam kaydı) ayrılma payının tamamen kaldırılmasına cevaz verilmektedir⁸⁴¹. Bu hallerde ne ölen ortağın ortaklığa katılımı ne de ayrılma payı terekeye dahil olmamaktadır. Ne var ki, ayrılma payının tamamen kaldırılması hususunda görüş birliği mevcut değildir⁸⁴².

⁸⁴⁰ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 62.

⁸⁴¹ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 66; **Heckelmann**, s. 77 vd; **Flume**, Personengesellschaft, s. 401 vd; **Huber**, Vermögensanteil, s. 462. Ancak bunun hangi gerekçeye dayandırıldığı tartışmalıdır. Bk. NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 738, Rn. 22- 29.

⁸⁴² Örneğin bk. **Wiedemann**, Übertragung, s. 188 vd. *Gessler* de Schlegelberger şerhinin önceki basılarında, yalnızca tüm ortakları kapsayan bir anlaşmanın geçerli kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 66. Yazar, ortaklıklar hukuku bakımından herhangi bir tereddüt bulunmadığı kanaatindedir. Yazarın bu ifadesinden, tereddütlerin miras hukuku alanında yoğunlaştığı sonucuna varılabilir.

Miras hukuku açısından bakıldığında, burada bağışlama görünümüne bürünmüş bir sağlararası tasarruf işleminden söz edilebilir⁸⁴³. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarruflara dair kurallara uyulması gerekmeyecektir. Bu esas, sadece her bir ortağın ölümü bakımından değil, aynı zamanda belirli ortak/ortakların ölümü açısından da geçerlidir⁸⁴⁴. Ayrılma payını kaldıran bu sözleşmesel kaydın, tüm ortaklar için geçerli olduğu hallerde ise bağışlamadan söz edilemeyeceği görüşü ortaya atılmıştır⁸⁴⁵. Hatta Alman Federal Mahkemesi'nin de bu doğrultuda bir kararı bulunmaktadır⁸⁴⁶. *Flume* ise, ölen ortağın mirasçılarının ayrılma payından yoksun bırakıldığı hallerde karşılıksız bir kazandırmanın söz konusu olduğu kanısındadır. Karşılıksız kazandırma işlemi, ortaklık sözleşmesinde öngörülen klozla ilintili ölüm olayının gerçekleşmesi ile tamamlanır. Sağ kalan ile ölenin karşılıklı şansları “ivaz ilişkisi” içinde değildir. Aksi takdirde, yapılan anlaşma ahlaka aykırı olarak değerlendirilebilir. Yazar, tüm ortaklar için geçerli bir klozun (ayrılma payını kaldıran) ortaksal bir anlaşma olduğu noktasında *Rittner*'e katılmaktadır. Ancak bu kabul dahi, ölen ortağın ortaklık statüsünün- kaldırma klozunun öngörüldüğü hallerde- mirasçılara herhangi bir ivaz verilmeksizin diğer ortaklara geçeceği gerçeğini değiştirmez⁸⁴⁷.

Görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen durumlarda mirasçılar ayrılma payından mahrum edilmekte ve ölen ortağın payı ortaklıkta kalmaktadır. Ancak bu tip klozların ortaklıklar hukukunda ne derece caiz olduğu kanaatimizce sorgulanabilir. Keza, mirasçılara ortaklık statüsü tanınmaması başka, ayrılma payının bütünüyle kaldırılması ise bambaşka hukuki sorunlardır. Ortaklık sıfatının şahsi ve kişiye sıkı sıkıya bağlı karakteri, diğer ortakların mirasçıları ortaklığa almamaları adına güçlü bir argüman yaratır. Çünkü diğer ortaklar ölen ortağın kişiliğine ve yeteneğine güvenerek onu ortaklığa kabul etmişlerdir. Hiç tanımadıkları üçüncü kişileri – ki ölen ortağın mirasçılarını da bu gruba sokabiliriz- ortaklığa almada hukuki veya ekonomik

⁸⁴³ Ayrılma payının tümüyle kaldırılmasının, saklı payların tamamlanması talebini doğurabilecek bir işlem olup olmadığı konusunda tereddütler oluşabilir. Nitekim bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 321. Zira, bu işlemin öğretilde *bağışlama* olarak nitelendirilmesi bu tür tereddütlere zemin hazırlamaktadır.

⁸⁴⁴ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 67; **Huber**, Vermögensanteil, s. 462. Krş. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 321. Yazar, yalnız belirli ortakların ölümü bakımından ayrılma payının kaldırılabilceğini söylemektedir.

⁸⁴⁵ Öğretilde *Harry Westermann*, anlaşmanın tüm ortaklar için geçerli olduğu durumlarda “ivaz” (karşılık- *Entgeltlichkeit*) şartının yerine geldiği düşüncesindedir. Yazarın bu görüşü için bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 402, dpn. 80.

⁸⁴⁶ Bk. BGHZ 22, 194. Karar için bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 402.

⁸⁴⁷ Nitekim bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 402- 403.

menfaatleri bulunmayabilir. Buna karşılık, ayrılma payının kaldırılması mirasçılardan önemli bir denkleştirme aracından yararlanamayacakları anlamını taşır. Halbuki ayrılma payının, asıl ortaklığa alınmayan mirasçılara ödenmesi gerekir. Zira, ayrılma payı ortaklık sıfatının kaybını telafi etme fonksiyonu görmektedir. Ayrıca mirasçılar ortaklığa kabul edilmediğinde, ölen ortağın ortaklık malvarlığındaki payı *Anwachsung* prensibi gereğince kendiliğinden diğer ortaklara geçecektir. Çünkü böyle bir olasılıkta, ölen ortağın ortaklıktan tam anlamıyla “ayrıldığı” söylenebilir. Dolayısıyla mirasçılara kalan tek hak, ayrılma payı olacaktır. Ayrılma payının *mutlak bir ortaksal hak* niteliği taşıdığı düşüncesinden hareketle, mirasçılara her durumda ayrılma payı ödenmesi gerektiği görüşüdeyiz. Çünkü, ancak bu tür bir yaklaşım ile mirasçılardan menfaatleri gerektiği gibi korunabilir.

Ayrılma payını kaldırarak kaydın tüm ortaklar için geçerli olması dahi, onun mirasçılardan haklarını zedeleyen özelliğini etkilememektedir. Bu temel ilkeye tek bir şartla istisna getirilebilir: Bir kişi ortaklık sıfatını karşılıksız kazandırma suretiyle (bağışlama) iktisap etmişse, onun ölümü halinde mirasçılardan ayrılma payından yoksun bırakılabilir. Zira, herhangi bir sermaye payı koymaksızın ortaklığa giren bir kişinin, ortaklıktan ayrıldığında kendisine ayrılma payı ödenmesinde hukuki veya ekonomik çıkarı bulunmamaktadır.

bbb. Ayrılan Ortak Bakımından

Ayrılma payının kaldırılmasından kasıt, ayrılan ortağa ayrılma payı ödenmeyeceği hususunun kararlaştırılmasıdır⁸⁴⁸. Bu gibi durumlarda ayrılan ortak, ortaklık sıfatının karşılığını teşkil eden tam değerli bir ayrılma payından yoksun kılınmaktadır. Yine, bu tür ayrılma payı klozları sayesinde diğer ortakların büyük avantajlar elde edebileceği gözden kaçırılmamalıdır: Diğer ortaklar böyle anlaşmalar yapmak suretiyle ilgili ortağı baskı altına alabilirler: Örneğin, kusurlu hareketleri sonucunda ortaklıktan haklı sebeple çıkarılacak ortaklara ayrılma payı ödenmeyeceği yönünde bir hüküm konularak ortakların ortaklık içi dengeleri veya iş birliğini zedeleyecek davranışlardan kaçınmaları sağlanabilir! Ne var ki, ortaklık içi huzur ve güven ortamının sürekliliğini temin edebilecek pek çok mekanizma mevcutken,

⁸⁴⁸ Nitekim bk. **Kübler/Assmann**, s. 98.

ayrılma payı klozlarının bu şekilde “disipline etme aracı” olarak kullanılmaları⁸⁴⁹ kanaatimce oldukça sakıncalıdır. Dolayısıyla, şahsında haklı sebep yaratan ortaklar da dahil tüm ortakların ayrılma payı hakkında *eşit olarak* yararlandırılmaları gerekir. Aksi takdirde, eşit işlem ilkesi sözleşme özgürlüğü uğruna ikinci plana itilmiş olur.

ccc. Haklı Sebep Çıkarılan Ortağın Hukuki Durumu

aaaa. Genel Olarak

Ayrılma payının kaldırılması bağlamında üzerinde durulması gereken bir başka husus, haklı sebeple çıkarılan ortağın hukuki durumudur. Gerçekten, haklı sebeple çıkarılan ortağa ödenecek ayrılma payının sözleşmeyle kaldırılmasının caiz olup olmadığı özel olarak anılmaya değer. Bu konunun Türk hukukunda layık olduğu ilgiyi görmemiş olması büyük bir talihsizliktir. Öğreti ve uygulamadaki boşluğun doldurulabilmesi, meselenin özünün kavranmasından geçer. Bu sebeple, Alman hukukunun zengin birikiminden yararlanılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Zira konu Alman öğreti ve uygulamasını uzunca bir süredir meşgul etmekte, konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Alman hukukundaki tartışmaların Türk hukukuna aktarılması, umuyoruz ki ilerleyen zamanlarda meselenin derinlemesine ele alınmasına katkıda bulunacaktır.

Haklı sebeple çıkarma, BGB § 737, HGB § 140 vb. düzenlemelerin varlığından da anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Buna göre, ortaksal yükümlerini ağır surette ihlal eden, ortaklar arasındaki iş birliği ve verimli çalışma ortamını zedeleyen ortak, ortaklıktan haklı sebeple çıkarılabilir. Alman hukukunda adi ve kollektif ortaklıklar bakımından haklı sebebin maddi koşulları farklılık arz etmemektedir. Farklılık, çıkarma prosedüründe kendisini gösterir: Adi ortaklığın ortağı, ortaklar kararı ile ortaklıktan çıkarılırken (BGB § 737), kollektif ortaklıkta ise ortağı çıkarmak için – kural olarak- inşai bir dava açılması gerekir⁸⁵⁰ (HGB § 140).

⁸⁴⁹ Bu doğrultuda bk. **Kübler/Assmann**, s. 97. Yazarlar, ayrılma payı klozlarına böyle bir fonksiyon yüklenmesini isabetli bulmaktadırlar.

⁸⁵⁰ Haklı sebeple çıkarmanın şartları ve prosedürüne çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak değinildiğinden, burada genel bir açıklama ile yetinilmiştir.

Normal şartlarda, haklı sebeple çıkarılan ortak da dahil tüm ortaklara ayrılma payı ödenir. Bununla birlikte, ortaklar ortaklığın kuruluş aşamasında veya ortaklık işlerinin yolunda seyrettiği bir dönemde, kurulu düzenin bozulmaması ve güven ilişkisinin sarsılmaması için bazı tedbirler alabilirler. İç ilişkinin sözleşme serbestisi prensibine dayanması da şüphesiz ortaklara geniş bir manevra alanı sağlamaktadır. Alman hukukunda bu kapsamda akla gelen önlemlerden biri de ortaklık ilişkisinin devamını olanaksız kılan veya davranışlarıyla ortaklar arasındaki güveni sarsan ortakların ayrılma paylarının kaldırılmasını öngören klozlardır. Bu tip klozlar ortaklık sözleşmesine monte edilebileceği gibi, ayrı bir sözleşme (*ad hoc*) şeklinde de kararlaştırılabilir. Böylelikle, ortakların deyim yerindeyse “*hizaya sokulmaları*” amaçlanmaktadır. Çünkü, şahsında haklı sebep yaratan ortak, tam değerli bir ayrılma payı alacağına güvenerek ortaksal yükümlerini pervasızca ihlal edebilir. Kanaatimce, Alman öğretisinde ayrılma payı klozlarına yaptırım veya disipline etme işlevleri yüklenmesinin⁸⁵¹ ana nedeni bu olsa gerektir. Ortaklara adeta “*aba altından sopa gösterilmekte*” ve ortaklık içi huzuru bozan, yükümlerini ihlal eden ortağın ayrılma payı dahi alamayacağına dikkat çekilerek, onların kanuna ve sözleşmeye uygun olarak davranmaları “beklenmekte(!)” dir.

Alman hukukunda kısmen savunulan bir yaklaşıma göre, ortağın haklı sebeple çıkarıldığı hallerde ayrılma payının tamamen kaldırılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁸⁵². Ayrılma payı klozu burada sözleşme cezası vaadi olarak nitelendirilmekte ve böylece ayrılma payının kaldırılmasına cevaz verilmektedir⁸⁵³. Yani haklı sebebin varlığı ayrılma payının kaldırılmasına haklılık kazandırmakta ve ayrılma payının kaldırılması cezai bir karaktere dönüşmektedir⁸⁵⁴.

Oppenheim da tıpkı birinci görüş taraftarları gibi, ortağa isnat edilebilen haklı sebeplerin varlığı halinde ahlaka aykırılık esasının uygulanmayabileceği görüşündedir. Yazara göre, bir ortak kendisine yüklenen davranış yükümlerini kasten veya ağır kusurlu olarak ihlal eder ve bu durum ortaklık ilişkisinin kendisiyle devamını

⁸⁵¹ Nitekim bu hususta bk. MüKoHGB/**Schmidt**, HGB § 131, Rn. 150.

⁸⁵² Bu görüşün temsilcileri olarak birçokları yerine bk. **Heckelmann**, s. 112; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 31; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 188. Son yazar, ortağın haklı sebeple çıkarılmasının yeterli görülmeyeceği ağır yükümlülük ihlalleri için bu tür klozlara olumlu bakmaktadır. Yine bu konuya ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için bk. BGH, NJW 1993, 2101, 2102 vd.

⁸⁵³ Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 180; **Heckelmann**, s. 163- 164; **Oppenheim**, s. 88.

⁸⁵⁴ Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 180.

katlanılamaz kıllarsa, ayrılma payının kaldırılması olanaklıdır. Zira burada alelade bir hata değil, aksine, ortağın ortaklıktan çıkarılmasını haklı gösteren ağır bir ihlal söz konusudur⁸⁵⁵.

Görüldüğü üzere, yazar ayrılma payının kaldırılması bakımından bir ayırım yapmaktadır. Ayırımın belirleyici ölçütü ise ***haklı sebebin ortağa isnat edilip edilemeyeceğidir***. Haklı sebebin ortağa isnat edilebildiği durumlarda, ki bunun başlıca örneğini haklı sebeple çıkarılan ortağın ağır kusurlu davranışları oluşturmaktadır, ayrılma payının kaldırılması ortağı disipline etmeye yaramaktadır. Zira, haklı bir sebebin gerçekleşmesini, dolayısıyla hem ortaklıktan çıkarılmayı hem de ayrılma payının yasaklanmasını önlemek ortakların kendi ellerindedir. Bununla birlikte, çıkarılmaya yol açan haklı sebebin ortağa yüklenemeyen durum veya koşullara dayandığı hallerde ise, ayrılma payının kaldırılması geçersizlik yaptırımına uğrar. Burada ortağı disipline etme amacından söz edilemez, çünkü ortağa yüklenemeyen durum, ayrılma payının kaldırılmasına da haklılık kazandıramaz⁸⁵⁶.

Ancak, *Oppenheim*'in bu görüşü Alman öğretisinde hâkim görüş özelliğine sahip değildir. Ortağın şahsında haklı sebep gerçekleşse dahi, ayrılma payının kaldırılmaması gerektiği görüşü öğretide baskındır⁸⁵⁷.

bbbb. Alman Federal Mahkemesi'nin 29. 04. 2014 tarihli İlkesel Kararının Değerlendirilmesi

Haklı sebeple çıkarılan ortağa ayrılma payı ödenmeyeceğini öngören ayrılma payı klozlarının caiz olup olmadığı hususunda Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karar esasen limited ortaklıklara ilişkin olup, kanaatimizce menfaatler durumunun benzerliği dikkate alındığında adi ortaklıklar için de yol gösterici nitelik taşıyabilir. Federal Mahkeme kararının satırbaşları şu şekildedir⁸⁵⁸:

“a) Ağır yükümlülük ihlalleri halinde ortağa ayrılma payı ödenmeyeceğine dair limited ortaklık esas sözleşmesindeki hüküm, sözleşme cezası olarak caiz olmayıp

⁸⁵⁵ Bk. **Oppenheim**, s. 90.

⁸⁵⁶ Yazarın bu husustaki açıklamaları için bk. **Oppenheim**, s. 91.

⁸⁵⁷ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 68; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 50; **Erman/Westermann**, BGB § 738, Rz. 18.

⁸⁵⁸ Bk. BGH 29. 04. 2014, II ZR 216/13. Kararın yayınlandığı yer için bk. www. lexetius.com (E. T: 02. 03. 2019).

ahlaka aykırıdır. Ağır yükümlülük ihlalleri halinde **ayrılma payının kaldırılmasını haklı kılan nesnel bir sebep** somut olayda mevcut değildir. Dolayısıyla ayrılma payının kaldırılması, ortağın **emeğinin ve koymuş olduğu sermayenin karşılığını alamaması gibi** olumsuz bir sonuca yol açabilir.

b) Ayrılma payının sınırlanması veya kaldırılması, ortaklığın varlığının korunmasına hizmet etmekte olup, sözleşme cezası karakterine sahip değildir. Ayrılma payının ağır yükümlülük ihlalleri bakımından kaldırılması da sözleşme cezası ile güdülen amaca hizmet etmemektedir. Sözleşme cezası normalde tarafları, edimin gereği gibi ifasına zorlayan bir baskı aracı veya götürü bir tazminattır. Götürü tazminat ile ayrılma payının tamamen kaldırılmasını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Zira, ayrılma payının kaldırıldığı hallerin her zaman zarar ile bağlantısı bulunmayabilir. Bazı durumlarda, ortağın ağır yükümlülük ihlaline rağmen ortaklık zarara uğramayabilir.

c) Ayrılma payının kaldırılması, ortağı yükümlülüklerini ifaya zorlamak bakımından elverişli bir araç değildir. Yükümlülüklerine aykırı davranan ortak zaten ortaklık sıfatını ve bu bağlamda gelecekte elde edilecek gelirleri (ortaklık gelirleri) kaybetme rizikosunu ile karşı karşıyadır. Ortaklık sıfatını yitiren bir ortak, aynı zamanda ortaklık içinde faal bir konum işgal etmişse, bununla bağlantılı olarak bir gelir kaynağından da mahrum kalmaktadır. **Ayrılma payının kaldırılması, ortağı yükümlülüklerine uygun davranmaya zorlayan ilave bir itici güç özelliği göstermemektedir.** Ayrılma payının kaldırılması bu gibi durumlarda ortağın çıkarılması ile ilişkilendirildiğinden, **ortağı yükümlülüklerini ifaya zorlamaktan ziyade ilave bir yaptırım aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.**

d) Sözleşme cezasının orantılı olup olmadığı da incelenmesi gereken bir husustur. Ortağın davranışı neticesinde ortaklığın varlığı tehlikeye düşmüyor ve ortağın yükümlülüğe aykırı hareketine karşın kalan ortaklar açısından ciddi bir değer azalmasından bahsedilemiyorsa ayrılma payının kaldırılması orantısız olarak görülebilir. **Ortaklık, varlığını yitirme tehlikesine düştüğü takdirde, ortaklık payının piyasadaki değeri de düşük olacaktır.** Öyle ki, bu tip durumlarda **ortaklığın kurtarılması adına ayrılma payının kaldırılmasına dahi gerek yoktur.** Payı itfa edilen (GmbHG § 34 uyarınca) veya çıkarılan bir ortak kendi davranışlarıyla ortaklığı zarara uğrattığı takdirde, bu zarar somut olarak hesaplanabilir ve kendisine karşı ileri

sürülebilir. Ayrıca, sözleşme cezasının etkilerini yaratabilmesi için çıkarılan ortağın kusuru şarttır. Buna karşılık ortağın, ortaklık menfaatlerini veya yükümlülüklerini ağır surette ihlal ettiği her durumda kusurun varlığı aranmaz.

ddd. Ayrılma Payının Kaldırılmasında Ortağın Hukuksal Statüsünün Dikkate Alınması Gereği?

Ayrılma payının kaldırılması, ayrılan ortağın cezalandırılması anlamını taşımakta olup kanaatimizce çıkarma gibi yaptırımlarla kıyaslandığında çok daha sert bir tedbir özelliği göstermektedir. Dolayısıyla biz, tek bir istisna haricinde ayrılan ortağın ayrılma payını kaldıran klozların batıl olduğu görüşünü savunmaktayız. Ortaklık sıfatını karşılıksız kazandırma yoluyla iktisap eden bir ortağa ayrılma payı ödenmesi gerekip gerekmediği hususu Alman öğretisini de oldukça meşgul etmektedir. Bu noktada Alman öğretisinin tam anlamıyla ikiye bölündüğü söylenebilir: Bir yandan, ortağın ortaklığa nasıl katıldığına ya da diğer deyişle ortaklık payını nasıl edindiğine ayrılma payının kaldırılması açısından herhangi bir önem atfedilemeyeceğini ileri sürenler, diğer yandan ortaklık statüsünü karşılıksız kazandırma yoluyla iktisap eden bir kimsenin ayrılma payı alamayacağını ileri sürenler. Bu konunun Türk hukukunda tartışmaya açılabilmesi için, Alman hukukunda ortaya atılan görüşlere yer verilmesi kaçınılmazdır.

Ayrılma payını büyük ölçüde ortağın koymuş olduğu sermaye ve ortaklık sıfatının sürdüğü dönemde elde edilen karların oluşturduğu düşünüldüğünde (tamamlanmamış işlerden doğan karlar hariç tutulursa) bu çıkarımın adil olduğu görülecektir. Ortaklığa herhangi bir sermaye getirmeyen ortağın ayrılma payı alması düşünülemez. Çünkü ayrılma payı, ortağın yapmış olduğu yatırımı geri alması anlamını taşımaktadır. Kuşkusuz ayrılma payının hesaplanmasında, ortaklığın elde ettiği karlar, ayrılan ortağın emeği, ortaklığa kazandırdığı itibar ve değerler vb. unsurlar da göz önünde tutulur. Ortaklığa karşılıksız kazandırma yoluyla katılan bir ortağın ortaklığı refaha ve verime kavuşturduğu varyasyonlarda nasıl bir formül üretilmesi gerekir? Kanaatimizce bu tip durumlarda ayrılan ortağa, ortaklığa kazandırdığı gelirler çerçevesinde makul bir ödeme yapılmalıdır. Ancak ortaklık tarafından yapılan bu ödeme asla “ayrılma payı” niteliğini haiz değildir. Olsa olsa,

ayrılan ortağa ödenen kazanç payından söz edilebilir. Zira teknik anlamıyla ayrılma payında, ortaklığa getirilen sermayenin önemi büyüktür. Kaldı ki, ortaklık payını bağışlama suretiyle iktisap eden bir kimse ortaklıktan ayrıldığında, ekonomik anlamda yatırımının kaybindan bahsedilebilir mi? Zira, bir ortak ortaklığa katılabilmek amacıyla gerek aynı gerek maddi pek çok edimi ortaklığın hizmetine sunar, hatta çoğu durumda aynı ve maddi edimler bir arada getirilmektedir. Hal böyleyken, ortaklık statüsünü karşılıksız kazandırma yoluyla edinen kişinin hukuki durumu, ortaklığa fiilen sermaye koyan diğer ortaklarla aynı koşullar altında değerlendirilemez. Hatta, şahıs ortaklıklarına egemen eşit işlem ilkesi dahi böyle bir eşitlemeyi haklı göstermez.

Bütün bu sebeplerle, ortaklık payını karşılıksız kazandırma yoluyla iktisap eden ortağa ayrılma payı ödenemeyeceği kanaatini paylaşıyoruz. Bu da bu tür ortakların ayrılma payının sözleşmeyle kaldırılmasını gereksiz kılmaktadır. Zira kendisine ayrılma payı ödenmesi mümkün olmayan bir ortağın ayrılma payının sözleşmeyle kaldırılması düşünülemez.

eee. Ayrılma Payının Kaldırılmasında Alacaklıların Korunması Gerekliliği

Ayrılan ortağın ayrılma payını tamamen kaldıran klozlar, kural olarak yalnız ayrılan ortağın değil, aynı zamanda ayrılan ortağın alacaklılarının haklarını da olumsuz yönde etkileyebilir. Alman hukukunda, ayrılan ortağın *alacaklılarını tek taraflı olarak zarara uğratan* ayrılma payı klozlarının da ahlaka aykırılık engeline takılarak butlan yaptırımı ile karşı karşıya kaldığı belirtilmektedir⁸⁵⁹. Sözleşmede, payın haczi veya ortağın iflası hallerine özgü olarak ayrılma payının kaldırılması öngörülmüş, buna karşılık diğer ayrılma halleri açısından ayrılma payının tam olarak ödeneceği hususuna yer verilmişse, ayrılan ortağın alacaklıları arasında ayırım yaptığı ve ayrılma payının kaldırılmasına göz yumarak onları zarara uğratma amacı güttüğü söylenmektedir⁸⁶⁰. Öyle ki, tasarrufun iptaline yönelik yasal düzenlemeler dahi alacaklıları yeterince

⁸⁵⁹ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 64. Ne var ki, yazar burada ortaklığın şahsi alacaklıları (*Privatgläubiger der Gesellschaft*) ifadesini kullanmaktadır.

⁸⁶⁰ Benzer doğrultuda bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 64; **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 45; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 171.

koruyamamaktadır⁸⁶¹. Zira tasarrufun iptaline yönelik talepler hukuki işlemin yapılmasından itibaren 10 yıllık bir süre ile sınırlanmaktadır. Oysaki ortaklık sözleşmeleri, çoğu zaman 10 yılı aşkın bir süreyle kurulmaktadır. Bu da tasarrufun iptali bağlamında önemli yasal boşluklar yaratabilir. Ortaklıklar hukukuna egemen ilkelere biri olan- ki ayrılma payında da aynı şekilde gözetilmesi gerekir- “alacaklıların korunması” prensibi, alacaklıların menfaatlerine öncelik verilmesini buyurur. Dolayısıyla ortağın alacaklıları, kendi hukuki durumlarını ağırlaştırmayı hedefleyen ayrılma payı klozlarının geçersizliğini ileri sürebilirler⁸⁶².

Ayrılan ortağın alacaklılarını zarara uğratma amacı güden ayrılma payı klozlarına, istisnai hallerde geçerlilik bahsedilebilmektedir. Örneğin ayrılma payının kaldırılması, yalnızca payın haczi ve ortağın iflası hallerini değil, aynı zamanda ortağın haklı sebeple çıkarıldığı halleri de kapsıyorsa, alacaklıların zarara uğratılması perspektifinden bakıldığında ahlaka aykırılığın koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Çünkü böylelikle ayrılan ortağın kendisi de aynı klozla bağlı hale gelmektedir⁸⁶³.

⁸⁶¹ Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 64; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 171. Karşı görüş için bk. **Heckelmann**, s. 116 vd. Yazar, tasarrufun iptaline ilişkin mevzuatın yanı sıra, bağışlamanın iptaline ilişkin hükümlere de başvurmakta ve bu düzenlemelerin alacaklıları yeter derecede koruduğunu öne sürmektedir. Yazarın bu görüşü için yine bk. **Kübler/Assmann**, s. 98, dpn. 60.

⁸⁶² Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 171.

⁸⁶³ Bu yönde birçokları yerine bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 64.

fff. Ayrılma Payının Kaldırılmasının Hukuki Sonuçları

Alman hukukunda hâkim görüş, ayrılma payını tamamen kaldıran sözleşmesel kayıtların ahlaka aykırı⁸⁶⁴ ve dolayısıyla batıl oldukları yönündedir⁸⁶⁵. Ancak yine egemen öğretiyeye göre, ideal amaçlar izleyen adi ortaklıklarda⁸⁶⁶ bu esasa istisna getirilebilir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ Bu tür kayıtların ahlaka aykırılık teşkil etmesi; ayrılan ortağın kişisel ve ekonomik özgürlüğünü ciddi şekilde sınırlamasından ileri gelmektedir. Bk. **Staudinger/Habermeier**, BGB § 738, Rz. 23. Gerçekten, **kelepçeleme sözleşmeleri** (*Knebelungsverträge*) olarak adlandırılan ve sözleşmenin bir tarafını diğerine adeta “tutsak eden” bu tip sözleşmeler, taraflar arasındaki ekonomik dengeyi bozduğundan, deyim yerindeyse ahlaka aykırılığın duvarına çarpmaktadır. Nitekim BGB § 138’in ilk fıkrasında, ahlaka aykırı hukuki işlemlerin batıl olduğu açıkça belirtilmektedir. Yine, bir kişinin içinde bulunduğu güç durumun sömürülerek ölçüsüz kazançlar elde edilmesi de (aşırı yararlanma) BGB § 138/1 anlamında ahlaka aykırılık neticesini doğurur. Bk. **Heckelmann**, s. 111. Ayrılma payının kaldırılması, ortağı, kendisine ait bir hakkı (söz gelimi çıkma hakkı) kullanmamaya da itebilir. Bu da kelepçeleme sözleşmelerinin bir başka boyutudur. Bk. Lutz Michalski, “Feststellung des Abfindungsguthabens des aus einer OHG ausgeschiedenen Gesellschafters durch einen Sachverständigen”, **ZIP**, S. 14, 1991, s. 915. Kanaatimizce, kelepçeleme sözleşmeleri teorisinin arkasında *sözleşme adaleti* olgusu yatmaktadır. Keza, sözleşme taraflarından birinin diğerinin boyunduruğuna girmesi sözleşmelerdeki adalet duygusunu zedeler. Halbuki sözleşme adaleti sağlandığı takdirde, tarafların birbirlerine bağımlı olmaksızın, ekonomik çıkarları sarsılmaksızın eşit koşullarda müzakereler (sözleşme görüşmeleri) yapılabilmesi mümkün olacaktır. Görüldüğü üzere, BGB § 138’de düzenlenen ahlaka aykırılığın sosyo-ekonomik bir boyutu da bulunmaktadır.

⁸⁶⁵ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 68; **Mark**, s. 170. Ahlaka aykırılığı vurgulamamakla birlikte netice itibarıyla aynı yönde bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 16-20. Ayrılma payını yasaklayan sözleşmenin geçersizliği bakımından ölçü alınan kriterlerden biri de BGB § 723/3’e aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu hususta bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 178. BGB § 723/3: “Fesih hakkını kaldıran veya bu hükümlere aykırı şekilde sınırlayan bir anlaşma batıldır”.

⁸⁶⁶ Bu noktada, adi ortaklığın ideal amaç izleyip izleyemeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Zira, çıkma ve çıkarılmaya ilişkin kuralların mehzası Alman hukukunda adi ortaklığın yalnızca ekonomik amaçlarla değil, aynı zamanda ideal (ülkusal) amaçlarla da kurulabileceğine işaret edilmektedir. Nitekim bk. **Larenz**, BT, s. 335; **Windbichler**, s. 49, No. 3; **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 7, No. 7; **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 593; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 25; **Medicus**, BT, s. 229, No. 476; **Palandt/Sprau** BGB § 705 Rz. 20; **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § Vorbem.zu 705, Rz.30. Adi ortaklığın, hukuk düzenince yasaklanmamış ve ahlaka aykırı olmayan her türlü amaç için kurulabileceği yönünde bk. **Klunzinger**, s. 15; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1733; **Hüffer/Koch**, s. 4, No. 7. Yazarlar böylelikle, adi ortaklığın ideal amaç izleyebileceğini dolaylı olarak kabul etmektedirler. Türk hukukunda ise bu konu tartışmalıdır. Öğretide bir kısım yazarlara göre, adi ortaklık münhasıran ekonomik amaçla yani kazanç elde etme amacıyla kurulabilir. Bu yazarlar, adi ortaklığın ideal amaçlarla kurulamayacağı, bu tür amaçlar için olsa olsa dernek kurulabileceği düşüncesindedirler. Bu görüş için bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 103. Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanaksızdır. Çünkü adi ortaklık açısından önemli olan, ortakların ortak amaç uğruna birlikte çaba göstermeleridir (*Affectio Societatis*). Hal böyle iken, adi ortaklığın sadece kazanç elde etme amacıyla kurulabileceğini söylemek, ortak amaç unsurunun gereksiz biçimde daraltılması anlamını taşıyacaktır. Yine TBK’nın ilgili hükümlerine bakıldığında, adi ortaklığın ideal amaçla kurulmasına engel oluşturabilecek düzenlemelere rastlanmamaktadır. Öyleyse, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da adi ortaklığın ideal amaçla kurulabileceği rahatlıkla savunulabilir. Nitekim Türk hukukunda bu yönde bk. **Barlas**, s. 32.

⁸⁶⁷ Bu hususta bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 16-20; NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 738, Rn. 22- 29; **Palandt/Sprau**, BGB § 738, Rz. 7; **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz.43; **Flume**, Personengesellschaft, s. 178. Son yazar, ideal amaçlarla kurulan ortaklıklarda ayrılma payının kaldırılmasının, bu ortaklıkların hukuksal yapısına uygun olduğu düşüncesindedir. Alman Federal

Hatta, ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarıldığı durumlarda dahi bu esas geçerlidir⁸⁶⁸. Yine, kanaatimizce ayrılmada kusuru olan ortağın da ayrılma payından yoksun bırakılmaması icap eder. Aksi takdirde, ayrılan ortağın cezalandırıldığından söz edilebilecektir. Hatta, haklı sebeple çıkarılan tüm ortakları kapsayan genel nitelikli bir düzenleme dahi, ayrılan ortağın ayrılma payının kaldırılması açısından meşru bir zemin yaratmaz.

Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda mahkeme, ayrılma payının kaldırılmasını öngören anlaşmayı geçerli saymıştır. Söz konusu anlaşma uyarınca, ayrılan ortağa ayrılma payı ödenmesi yerine, onun aile fertlerinden birine *ortaklığa girme hakkı (Eintrittsrecht)* tanınmaktadır⁸⁶⁹. Karardan anlaşıldığı kadarıyla mahkeme, ayrılan ortağın aile ferdine tanınan bu “girme hakkı” na dayanarak, ayrılan ortağın mağdur edilmediği sonucuna ulaşmış ve ayrılma payının kaldırılmasını öngören anlaşmanın geçerliliğine hükmetmiştir.

Gerçekten, ayrılma payının tamamen kaldırılması ortaklık sıfatının sona erdirilmesi bağlamında birtakım olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira bir ortağın çıkma veya çıkarılması hallerinde kendisine ödenen en önemli mali hak ayrılma payı alacağıdır. Bu alacağın sözleşmeyle yasaklanması durumunda, ortağı ortaklıktan ayrılmaya iten saik ne olursa olsun, ilgili ortağın ikilemde kalacağı açıktır: Örneğin bir ortağın, kötü yönetildiği gerekçesiyle ortaklıktan ayrılmak istemesi olasılığında, ayrılma payının kaldırılmasından ötürü ekonomik bir kayba uğrayacağı kuşkusuzdur. Bu olgu, ortağı sona erdirmek istediği bir hukuki ilişkide kalmaya zorlayabilir. Bunun

Mahkemesi de salt ideal amaç takip eden bir adi ortaklıkta ayrılma payının kaldırılmasına cevaz vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, ideal amaçlar izleyen bir adi ortaklığa katılım çoğunlukla *özgecil (altruistik)* düşüncelere dayanmaktadır. Burada hedeflenen, ortaklık malvarlığının artırılması değildir. Ortaklık malvarlığı, ortakların kendi çıkarlarından ziyade (ekonomik nitelikli “ben merkezci” çıkarlar), ideal amacın gerçekleştirilmesine tahsis edilmiştir. Böyle bir yapılanmada, ortaklara ait ayrılma payı alacağının bulunduğunu belirtmek oldukça güçtür. Dolayısıyla son tahlilde Mahkeme, ayrılma payının kaldırılması suretiyle ayrılan ortağın ekonomik özgürlüğünün zedelenmediği kanaatine varmıştır. Karar için bk. BGH NJW 1997, 2592. Gerçekten, kazanç elde etme amacına yönelmemiş bu tip adi ortaklıklarda, ortakların mali beklentiler içine girmesi ortaklığın doğasıyla bağdaşmaz. Ancak biz bu ortaklık biçimleri açısından da ayrılma payının kaldırılmaması gerektiği kanısındayız.

⁸⁶⁸ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 68. Yazarın da isabetle altını çizdiği üzere, ortağın çıkarılması açısından haklı sebep, ortaklık ilişkisinin ilgili ortakla sürdürülmesinin çekilemez hale gelmesidir. Bu olgu, ayrılma payının kaldırılmasını ise haklı kılmaz. Aksi görüşteki *Flume* ise, ayrılma payını kaldıran klotzun haklı sebeple çıkarılan ortak için öngörülebileceğini ve haklı sebebin burada *sözleşme cezası* görünümüne bürünerek ayrılma payının kaldırılmasına haklılık kazandıracığını söylemektedir. Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 180. Haklı sebebe “sözleşme cezası” işlevi yükleyen bu yaklaşım kanaatimizce tartışmaya açıktır.

⁸⁶⁹ Kararın kısa özeti için bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 16-20. Karar için bk. OLG München 12.03. 2008, BeckRS 2008, 8281.

da kişilik hakları ve ahlaki değerlere ters düştüğü hususunda tereddüt olmasa gerektir. Dolayısıyla ayrılma payının kaldırılması yalnız ahlaka değil, aynı zamanda kişilik haklarına da aykırılık teşkil eder⁸⁷⁰.

ff. Hakem Bilirkişi Klozları (*Schiedsgutachterklausel*)

Ayrılma payının hesaplanması- kural olarak- ortaklık malvarlığına değer biçilmesini gerektirmekte olup, bu değerlendirme süreci genellikle uzun bir zamana yayılan ve diğer ortaklar ile ayrılan ortak arasında pek çok uyuşmazlığı beraberinde getiren bir özelliğe sahiptir. İşte bu zahmetli ve bir o kadar da masraflı sürecin kolayca atlatılabilmesi amacıyla taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bazı belirlemeler yapabilirler. Keza BGB § 738, TBK m. 634 düzenlemeleri birçok kez yinelenildiği üzere, yedek hukuk normu niteliğini haizdir⁸⁷¹. Yani taraflar, irade özerkliğinin sınırları içinde kalmaları kaydıyla ayrılma payının hesaplanması hususunda diledikleri gibi hareket edebilirler. Zira kanun koyucu fiktif tasfiyenin taraflarına geniş bir hareket alanı tanımaktadır. Bu bağlamda taraflar, ayrılma payının hesaplanmasını uzman bir üçüncü kimseye- örneğin bir mali müşavire- bırakabilirler⁸⁷². İşte, ayrılma payının hesaplanması amacıyla hakem bilirkişi atanmasını öngören bu tip ayrılma payı klozları öğretisi ve uygulamada “*hakem bilirkişi klozları*” (*Schiedsgutachterklausel*) şeklinde adlandırılmaktadır⁸⁷³.

Taraflar, kendi aralarındaki sözleşmelerde hakem veya hakem bilirkişiyi karşılamak üzere “*Schiedsrichter, Schiedsgutachten*” ve benzeri çeşitli ifadelerle yer verebilirler. Esasen, tarafların kullandığı bu tip terimlerin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Hakem bilirkişilik, her şeyden önce hakemlik kurumundan özenle ayrılmalıdır. Keza hakem, çekişmeli bir hukuki ilişki hakkında kanun ve sözleşmede bulunan kıstasları uygulayarak, taraflar için bağlayıcı karar verebilen kimseye denilmektedir. Verilen kararın hâkim denetimine tabi olup olmadığı, taraflarca seçilen kişinin hakem mi yoksa hakem bilirkişi mi olduğunun tespitinde belirleyici rol oynayabilir. Eğer

⁸⁷⁰ Bu hususta limited ortaklar açısından benzer yönde bk. **Dirikkan Öztürk**, s. 136.

⁸⁷¹ Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 35.

⁸⁷² Nitekim bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 138, Rz. 36.

⁸⁷³ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1478.

üçüncü kimsenin kararı en azından BGB § 319 kapsamında hâkim denetimine tabiyse hakem bilirkişiden; hiçbir içerik kontrolü imkânı olmaksızın nihai karar niteliğine bürünebiliyorsa, o takdirde hakemden söz edilecektir⁸⁷⁴.

Hakem bilirkişilik müessesesinin önem ve değeri, yapmış olduğu vakia tespitlerinin tarafları ve mahkemeyi bağlamasından ileri gelmektedir. Hakem bilirkişi, hakemin aksine hukuki uyumsuzluk hakkında karar verme yetkisiyle donatılmamıştır. Ancak bu olgu, onun üstlendiği rolün önemsiz olduğu anlamını taşımamaktadır. Tersine, hakem bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı etkisi- şüphesiz bazı şartların gerçekleşmesi kaydıyla- uyumsuzlukları en başından engelleme potansiyelini barındırmaktadır. İşte ayrılma payını belirlemek amacıyla atanan hakem bilirkişi de ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ihtilafları aynı şekilde önleyebilir.

Özellikle TBK m. 634'ün mali konularda uzman bir kişinin atanmasına dair düzenlemesinin tamamlayıcı hukuk normu niteliği göz önüne alındığında, fiktif tasfiyenin taraflarına ayrılma payının saptanması amacıyla hakem bilirkişi atamaları önerilebilir. Çünkü TBK m. 634 kuralına bakıldığında, ayrılan ortaktan ziyade kalan ortakların menfaatlerinin gözetildiği yolunda bir yargıya varmak olanaklıdır. Bunun en temel sebebi ise, mali uzmanı çoğunlukla ortaklığın, yani yönetici ortakların seçeceği gerçeğidir. Yönetici ortaklar tarafından -büyük bir ihtimalle ayrılan ortağa danışılmaksızın- seçilecek bir uzmanın ayrılan ortağın değil, aksine ortaklığın menfaatlerini ön planda tutacağı muhakkaktır. Ayrılan ortağın kendi uzmanını atamada ısrar etmesi durumunda ise meselenin uyumsuzluğa dönüşmesi muhtemeldir. Dolayısıyla, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin ayrılma payını belirlemesi pek çok açıdan önem taşımaktadır. Hakem bilirkişi olarak atanacak kimse hem ayrılan ortağa hem de diğer ortaklara eşit mesafede duran biri olmalıdır. Keza hakem bilirkişinin ayrılan ortağın menfaatlerine öncelik tanınması da onun tarafsız ve bağımsızlığına gölge düşürebilir. Yönetici ortaklarla organik bağı bulunmayan, ayrılan ortağın daha önceden denetleme hakkını kullanmasına yardımcı olmamış bir uzmanın atanması yerinde olacaktır. Zira, ayrılan ortağa kendi mesleki bilgi ve donanımı çerçevesinde yardımcı olmuş bir uzmanın olaylara objektif bir perspektiften yaklaşması mümkün olmayabilir.

⁸⁷⁴ Bu hususta bk. **Larenz**, Schuldrecht AT, s. 83, dpn. 14. Krş. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 404. Yazara göre, taraflarca atanmış üçüncü kişiye verilen görevin içeriği ölçü alınmalıdır.

Alman hukukunda hakem bilirkişi, icra ettiği fonksiyona göre ikiye ayrılarak incelenmektedir. Hakem bilirkişi ilk olarak, belirli vakıaların hukuken açıklığa kavuşturulması için atanmış olabilir. Burada hakem bilirkişi, vakıaların tespiti amacına hizmet etmektedir⁸⁷⁵. Yine hakem bilirkişi, hukuki ilişkinin değişen koşullara uyarlanması gibi bir görev üstlenmiş de olabilir. Burada ise onun “şekillendirici” (*gestaltend*) işlevi ön plandadır⁸⁷⁶. Zira bu tip durumlarda hakem bilirkişi sözleşmeye adeta yön vermektedir!

Hakem bilirkişi sözleşmesinin hukuki niteliği öğretilerde hararetle tartışılabilen bir konudur. Alman ve İsviçre hukukunda hakem bilirkişi anlaşması veya sözleşmesinin niteliğine dair farklı görüşler ortaya atılmıştır. Alman hukukuna egemen olan yaklaşım, hakem bilirkişi sözleşmesinin (*Schiedsgutachtervertrag*) maddi hukuk kökenli bir sözleşme niteliği taşıdığı doğrultusundadır⁸⁷⁷. Aynı yaklaşım hakem sözleşmesini, diğer bir deyişle tahkimi ise usul hukuku sözleşmeleri sınıfına sokmaktadır. Bu görüşün doğal bir neticesi olarak, tahkimle ilgili kanun hükümlerinin (dZPO § 1025 vd) hakem bilirkişiye kıyasen uygulanması mümkün görünmemektedir⁸⁷⁸. Ancak sözü edilen hukuki durum Almanya açısından tutarlılık arz etmektedir. Zira, Alman hukukunda hakem bilirkişi müessesesi açık yasal düzenlemeden yoksundur. Bununla birlikte, Alman Medeni Kanunu’nun 317- 319. Maddelerinin *dar anlamda hakem bilirkişiliğe* kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir⁸⁷⁹. Bu da hakem bilirkişinin maddi hukuk çıkışlı bir kurum olduğu yolundaki iddiaları güçlendirmektedir.

Hakem bilirkişiye BGB § 317 ve devamı maddelerinin uygulanacağı kabul edildiği takdirde, hakem bilirkişi ayrılma payını BGB § 317/1 uyarınca şüphe halinde hakkaniyete uygun olarak belirlemekle yükümlü olacaktır. Burada durum, hakem bilirkişinin ayrılma payını kendi takdirine göre saptayacağı hallerden ayrılmaktadır, çünkü BGB § 319, belirlemenin gecikmesi veya olanaksız hale gelmesine farklı hukuki

⁸⁷⁵ Bu yönde bk. **Larenz**, Schuldrecht AT, s. 83, dpn. 14. Vakıaların tespiti ile yetinen hakem bilirkişi, öğretilerde *dar/gerçek anlamda hakem bilirkişi* olarak adlandırılmaktadır. Nitekim bk. Joachim Gernhuber, **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989, s. 299.

⁸⁷⁶ Bk. **Larenz**, Schuldrecht AT, s. 83, dpn.14. Sözleşmeyi şekillendiren hakem bilirkişi ise, *geniş anlamda hakem bilirkişi* olarak adlandırılmaktadır. Bk. **Gernhuber**, s. 299.

⁸⁷⁷ Hakem bilirkişi sözleşmesinin maddi hukuk alanına girdiği hususunda birçokları yerine bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 405.

⁸⁷⁸ Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 405.

⁸⁷⁹ Bu hususta bk. **Michalski**, ZIP 1991, s. 917; **Staudinger/Mayer-Maly** 12. Aufl, BGB § 317, Rz. 2; **Prütting/Wegen/Weinreich/Stürner**, BGB § 317, Rz. 3.

sonuçlar bağlamaktadır. Dolayısıyla hakem bilirkişi, ayrılma payını tespit ederken keyfi hareket edemez. Ortaklık sözleşmesinde, ayrılma payının gerçek değer mi yoksa defter değeri üzerinden mi ödeneceğine dair herhangi bir kayıt bulunmasa dahi, hakem bilirkişi ekonominin genel esaslarıyla bağlıdır. Sırf bu olgu bile, hakem bilirkişinin ayrılma payını belirlerken kendi keyfine veya serbest takdirine göre davranmasını engeller. Hakem bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık teşkil etmesi halinde ise BGB § 319/1 normu devreye girer ve hakem bilirkişinin hazırladığı rapor bağlayıcılığını yitirir. Bunun yerine edim mahkeme kararıyla belirlenir (yani ayrılma payı tespit edilir). Yani mahkeme kararı burada hakem bilirkişi raporunun yerini tutmaktadır. Hakem bilirkişinin, edim belirlemesini yapamadığı (imkânsızlık), yapmak istemediği veya yapmayı geciktirdiği hallerde sözleşme hükümsüzdür. İmkânsızlık üçüncü kişinin, diğer bir deyişle hakem bilirkişinin edimi belirleme kudretinden yoksun olması anlamını taşımaktadır. Hakem bilirkişiye, raporunu eksiksiz hazırlayabilmesi için gerekli belgelerin sunulmaması ihtimalinde de imkânsızlık durumu söz konusudur. Sözleşme taraflarından birinin edimin belirlenmesi- konumuz açısından ayrılma payının saptanması- için gereken “*ıştirak hareketleri*”nde bulunmaması, salt *geciktirme* olarak yorumlanabilir⁸⁸⁰.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 189. Maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde, hakem bilirkişinin şahsında ret sebeplerinin mevcut olmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu düzenleme ile kuşkusuz hakem bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına vurgu yapılmaktadır⁸⁸¹ (Schw ZPO Art. 189/3- b). Yani, İsviçre hukukunda hakem bilirkişi tıpkı diğer mahkeme personeli ile aynı esaslara (ret sebepleri yönünden) tabi tutulmaktadır. Örneğin taraflar hakem bilirkişinin şahsında ret sebebi bulunduğunu öğrenir öğrenmez bu hususu gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdürler⁸⁸². Taraflardan birinin hakem bilirkişiye görevinden çekilme çağrısında bulunmaması halinde bu hak düşer. Yani taraflar bundan böyle, hakem bilirkişinin şahsında ret sebebi bulunduğunu ileri sürme haklarını yitirirler. Yine, ret sebebi bulunduğu gerekçesiyle hakem bilirkişinin hazırladığı raporun iptalini de

⁸⁸⁰ Bu hususta bk. **Michalski**, ZIP 1991, s. 917.

⁸⁸¹ Bu hususta bk. BK- ZPO/**Berger**, Art. 189, No. 21; OFK/**Wullschleger**, ZPO Art. 189, No. 6.

⁸⁸² Tarafların hakem bilirkişinin reddini açıkça ve doğrudan doğruya istemeleri gerektiği hususunda bk. Baker ve Mc Kenzie (Hrsg), **Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Bern, 2010 (Anılış: SHK- ZPO/ilgili bölüm yazarı), Art. 189, No. 22.

isteyemezler. Görüldüğü üzere burada teknik anlamda “hak düşümü (*Verwirkung*)” söz konusudur⁸⁸³.

Hakem bilirkişiliğe ilişkin açık yasal düzenlemenin bulunmadığı hukukumuz bakımından da kanaatimce İsviçre Medeni Usul Kanunu’ndaki esasların benimsenmesinde fayda vardır. Ancak böyle bir yorum tarzıyla, hakem bilirkişinin tarafsız ve bağımsız faaliyette bulunması sağlanabilir.

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 189. Maddesinde, hakem bilirkişi raporunun bağlayıcılığı (*verbindlichkeit*) için gerekli unsurlar tek tek sıralanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu unsurların birbirlerine alternatif olmadıklarıdır. Yani maddenin üçüncü fıkrasında sayılan unsurların birlikte gerçekleşmeleri (kümülatif) zorunludur. Tek bir unsurun eksikliği dahi, hakem bilirkişi raporunun (*Schiedsgutachten*) bağlayıcı nitelik kazanmasına engel olacaktır. Şimdi, ayrıntılara girmeksizin bu unsurlara genel olarak göz atalım:

Maddede belirtilen ilk unsur, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuki uyumsuzluğun söz konusu olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, ayrılma payının tespitinin herhangi bir problem doğurmayacağı ortadadır: Zira ayrılma payının belirlenmesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuki ilişki niteliğindedir. İkinci unsur, hakem bilirkişinin nezdinde ret sebepleri bulunmamasıdır. Ayrılma payını tespit etmekle görevlendirilen hakem bilirkişinin, örneğin yönetici ortaklardan birinin veya ayrılan ortağın yakını olduğunun anlaşılmasında durum böyledir. Ya da hakem bilirkişi, daha önce kendi mesleği kapsamında ortaklık ile çalışmışsa (ör: ortaklık defterlerinin tutulmasına yardımcı olmuşsa) bunun da bir ret sebebi teşkil ettiği açıktır. Tüm bu örnekler ret sebeplerinin dar değil, aksine genişletici yoruma tabi kılınması gerektiğini göstermektedir. Aksi takdirde, hakem bilirkişilik kurumundan beklenen verimin alınamayacağı kanısındayız. Üçüncü ve son unsur ise, raporun taraflardan birine ayrıcalık tanınmaksızın kaleme alınmış olması ve bariz hatalar (*offensichtlich unrichtig*) içermemesidir. *Perroulaz*’a göre, burada hakem bilirkişinin hukuki dinlenilme hakkı ve eşit muamele prensibine uygun olarak hareket etmesi amaçlanmaktadır. Hakem bilirkişinin örneğin ayrılma payını belirlerken,

⁸⁸³ Nitekim bk. BK- ZPO/**Berger**, Art. 189, No. 22. Bu tip durumlarda, tarafların hakem bilirkişinin reddini talep hakkından feragat ettikleri yönünde bk. SHK- ZPO/**Perroulaz**, **Kilian** Art. 189 No. 2

ayrılan ortağa bu konudaki düşünce ve tutumunu dile getirme fırsatını tanımaması, onun diğer tarafı (yani yönetici ortakları) kayırdığını ortaya koyar⁸⁸⁴.

gg. Defter (Bilanço) Değeri Klozları

Defter ya da bilanço değeri⁸⁸⁵ klozları öngörülmesinde amaç, ortaklık payına değer biçilmesinden kaynaklanan güçlükleri giderebilmektir⁸⁸⁶. Zira, daha önce de çeşitli kez vurgulandığı üzere, payın gerçek değerinin hesaplanması büyük zorlukları bünyesinde barındırmaktadır. Bu sebeple, Alman ve İsviçre hukuklarında ayrılma payının defter değeri üzerinden belirlenmesi oldukça sık rastlanılan bir olgudur. Defter değeri klozunun bir diğer avantajı ise, ortaklığı ani bir likidite çıkışına karşı korumasında yatmaktadır⁸⁸⁷.

Söz konusu kloz gereğince ayrılan ortağın payı, son yıllık bilanço doğrultusunda hesaplanacaktır. Bu da payın gerçek değerinin tespiti esnasında karşılaşılması olası karışıklıkları veya uyuşmazlıkları⁸⁸⁸ bertaraf edebilir. Bu yöntemde, bilançoya işlenmeyen malvarlığı unsurları değerlemenin dışında bırakılır. Bu da başta firma değeri (*Firmenwert*, good will) olmak üzere, gizli yedekler (*stille Reserven*) vb. unsurların ayrılma payının hesaplanmasına dahil edilmemesi sonucunu yaratır⁸⁸⁹. Bunun yanı sıra, genel rizikolar da değerlemeye tamamen dahil edilmez. Sosyal planlar da bilançonun dışında tutulur⁸⁹⁰.

Dolayısıyla defter değeri, ayrılma payının tespitini oldukça kolaylaştırmakla birlikte, payın gerçek değerini yansıtmaktan da bir o kadar uzaktır. Öyle ki, bazı durumlarda defter değeri gerçek değer in epey altında kalabilir. Alman hukukuna hâkim görüşe göre, gerçek değer ile defter değeri arasında önemli oransızlıklar

⁸⁸⁴ Bk. SHK- ZPO/**Perroulaz**, Art. 189, No. 23.

⁸⁸⁵ Bu hususta bk. **Grossfeld/Egger/Tönnies**, s. 72, No. 315.

⁸⁸⁶ Defter değeri klozunun bu fonksiyonu hakkında bk. **Mark**, s. 220.

⁸⁸⁷ Defter değeri klozunun bu yönüne ilişkin bk. **Mark**, s. 220; **Baumann**, s. 269; **Mecklenbrauck**, s. 17.

⁸⁸⁸ Defter değerinin, ortaklar arasında, doğru değerlendirme yöntemiyle ilgili olarak çıkması muhtemel uyuşmazlıkları önlediği hususunda bk. **Baumann**, s. 269; **Mark**, s. 220.

⁸⁸⁹ Bu hususta bk. **Kübler/Assmann**, s. 97; **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 68, dpn. 22. Defter değeri klozlarının, good will ve gizli yedekler gibi unsurların değerlendirme dışı bırakıldığı şeklinde yorumlandığına ilişkin bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 62. Keza, özellikle good will gibi katma değerler, genellikle bir ortaklığın kuruluş aşamasında henüz mevcut değildirler. Aksine, sözü edilen malvarlığı unsurları ortaklık ticari faaliyette bulundukça ortaya çıkar. Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 48.

⁸⁹⁰ Bk. **Grossfeld/Egger/Tönnies**, s. 72, No. 316.

bulunduğu hallerde, defter değeri klozu hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır⁸⁹¹. Çünkü bu tip durumlarda ayrılan ortağın ekonomik hareket özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. Yine, böyle hallerde ayrılan ortağın fesih hakkını kullanma özgürlüğünün sınırlandığı da söylenebilir. Tüm bu sebeplerle olsa gerek, defter değerinin ayrılma payını sınırlayıcı bir işleve sahip olduğu da öne sürülmüştür⁸⁹².

Bu yöntem, değerlendirme bakımından önemli bir rol oynamamaktadır. Zira yıllık bilançolar, işletmenin bir bütün olarak taşıdığı değere ilişkin fazlaca bir şey söylememektedir. İşletmeye bütünsel açıdan değil, münferit bakımdan yaklaşmaktadır bu yöntem. En düşük değer prensibi açısından bakıldığında, defter değeri prima facie asgari süreklilik değeri teşkil etmektedir⁸⁹³.

Defter değerinin yarattığı sorunsal, ortaklığın kazanç durumuna göre değişkenlik gösterebilir. Kazanç yönünden güçlü işletmelerde defter değeri klozları, ortaklıktan ayrılmayı düşünen ortağın önünde engel oluşturur⁸⁹⁴. Bu da ortaklar arasında zamanla güvensizliğin egemen olmasına yol açar. Ortağın ortaklıktan ayrılması halinde, ayrılma payının tutarı hakkında çıkaracağı uyuşmazlık dahi önceden programlanmıştır!⁸⁹⁵

Kazanç yönünden zayıf işletmelerde ise, tam tersine, defter değeri klozları ortağı ortaklıktan ayrılmaya adeta motive eder. Zira, ortağın, ayrılması halinde alacağı ayrılma payı, kazanç beklentilerinin çok üzerinde olacaktır. Bu da ortaklıktan ayrılmayı cazip kılan bir faktördür. Ne var ki, bu tip olasılıklar işletmenin finansal varlığını tehlikeye düşürebilir. Ortağın haklı sebeple çıkarılması dahi güçleşir böyle durumlarda. Ortak ayrıldığında, sermaye güvence altına alınmaktan ziyade, tersine, hızlı bir likidite çıkışı gerçekleşir. Bu durum işletmenin geleceğini tehdit edebilir⁸⁹⁶.

Defter değeri üzerinden ödenecek ayrılma payının makul olmadığını öne süren kimse, dava açmalı, daha yüksek veya daha düşük miktarda ayrılma payı ödenmesinin şartlarının yerine gelip gelmediğini ispat etmeli ve somutlaştırmalıdır⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 70.

⁸⁹² Bu hususta birçokları yerine bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 32.

⁸⁹³ Bu hususta bk. **Grossfeld/Egger/Tönnies**, s. 72, No. 315.

⁸⁹⁴ Defter değerinin söz konusu işlevi öğretide “disipline edici ve feshi zorlaştırıcı” olarak nitelendirilmektedir. Bk. **Mecklenbrauck**, s. 17- 18.

⁸⁹⁵ Bu hususta bk. **Mark**, s. 222.

⁸⁹⁶ Bk. **Mark**, s. 222- 223.

⁸⁹⁷ Bu yönde bk. **Mark**, s. 224.

hh. Ayrılma Payı Klozlarının Denetlenmesi

aaa. Problemin Ortaya Konulması

Ayrılma payı klozları, ortaklık sözleşmesine eklenebileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de kararlaştırılabilir. Ayrılma payı klozlarının barındırdığı en büyük rizikolardan biri, çoğunluğun iradesini dışa vurmalarıdır. Keza bu tip klozlar, genellikle ortaklığa hâkim ortaklar tarafından diğer ortaklara deyim yerindeyse dikte ettirilir. Hatta çoğu zaman müstakbel ortaklar, profesyonel meslek gruplarınca kurulan ortaklık sözleşmelerinde, ortaklıktan ayrıldıkları takdirde kendilerine ödenecek ayrılma payına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere rastlayabilmektedir. Onların önünde ortaklık sözleşmesini kabul ya da reddetmek gibi iki seçenek bulunmaktadır. Bu olgu ise, ortaklığa katılmak isteyen kimselerin, ayrılma payı klozlarının belirlenmesinde etkin rol oynamadıklarını göstermektedir.

Ayrılma esnasında veya sonrasında yapılan ayrılma payı sözleşmelerinde, ayrılan ortağın ne derece söz hakkına sahip olduğu aynı şekilde tartışmaya açıktır. Zira, her ne kadar ayrılan ortağın ayrılma payına bir an önce kavuşmasındaki menfaati daha ağır bassa da ayrılma payını ifa edecek olan taraf nihayetinde diğer ortaklar olduğundan, kanımızca asıl güçlü taraf diğer ortaklardır. Diğer ortaklar, ortaklığın finansal yapısının elverişli olmadığını ileri sürerek, ayrılan ortağın ayrılma payının taksitler halinde ödenmesine katlanmasını sağlayabilirler. Diğer ortaklar, bir ortağın ortaklık ilişkisine aykırı davranış ve işlemlerine dayanarak ona gerçek değer üzerinden değil, defter değeri üzerinden ayrılma payı ödenmesini öngörebilirler. Zira, ayrılma payı ortaklığın iç politikasını ilgilendiren bir mesele olması itibarıyla, ayrılan ortağın ortaklık sıfatı taşıdığı dönemde yaptığı tüm hatalar, onun karşısına çıkabilir. Diğer ortakların, ayrılan ortağa karşı husumetleri de bulunabilir. Bütün bu kişisel duyguların-örneğin kin ve intikam gibi- ayrılma payı klozları veya sözleşmeleri suretiyle ayrılan ortağa yansıtılması pekâlâ ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla, ayrılma payı klozunun tarafı olan ortağın, diğer ortakların bu manevraları karşısında savunmasız konumda olduğu kuşkusuzdur.

Ayrılma payı klozlarının denetlenmesi, diğer ortakların ayrılan ortağı mağdur edebilecek hükümler koymalarını önlemesi bakımından önemlidir. Alman hukukunda

– ki ayrılma payı klozlarıyla ilgili en zengin literatür ve uygulamaya sahip hukuk sistemidir- ayrılma payı klozlarının denetlenmesi konusunda görüş birliği bulunduğu söylenebilir. Sözü edilen hukuk düzeninde, ayrılma payı klozları geçerlilik denetimi (*Wirksamkeitskontrolle*) ve dürüstlük kuralı denetimi (*Ausübungskontrolle*) olmak üzere iki temel denetime tabi tutulmaktadır.

bbb. Denetleme Ölçütleri (*Kontrolmassstabe*)

aaaa. Ahlaka Aykırılık Yönünden (BGB § 138, TBK m. 27/1)

Ayrılma payı klozlarının beraberinde getirdiği ciddi ekonomik kayıplar, bu klozların kapsamlı bir hukuki denetime tabi kılınması sonucuna yol açmıştır. Burada esasen, sözleşme serbestisine caiz olmayan surette bir müdahale söz konusu değildir, aksine hakkın kullanımına ilişkin genel sınırlar içinde kalınmaktadır. Hâkim denetimi her şeyden önce ahlaka aykırı hukuki işlemler yapılması durumunda (BGB § 138 gereğince) devreye girmektedir. Örneğin, payın gerçek değeri ile karşılaştırılan ayrılma payı değeri arasında ciddi bir uçurum bulunduğu takdirde, ortağın ortaksal haklarını etki altında kalmaksızın kullanması önemli ölçüde güçleşecektir. Ortağın hareket alanının bu şekilde kısıtlanması (kelepçelenme- *Knebelung*), diğer ortakların kelepçeleme olgusunu bilerek hareket ettikleri veya bu olgudan haberdar olduklarını gizledikleri olasılıklarda, hukuk düzeninin katlanamayacağı bir boyuta ulaşabilir. Davranış kontrolünde, ayrılma payı klozunun karşılaştırıldığı, yani genellikle ortaklık sözleşmesinin kurulduğu an esas alınır. Ahlaka aykırı kloz BGB § 138 uyarınca butlan yaptırımına uğrar. Yine, ayrılma payı anlaşması başta geçerli şekilde yapılmakla birlikte, zaman içinde, özellikle de ortaklığın ekonomik gelişimine paralel olarak, payın gerçek değeri ile ayrılma payı sözleşmesinde öngörülen değer arasında ciddi farklılıklar ortaya çıkabilir. Ayrılan ortak, böyle bir duruma sözleşmenin kurulduğu anda katlanmak zorunda değilse, sözleşme hükümsüz sayılmamakla birlikte, bu klozun muhafaza edilmesi ilgili ortak açısından çekilemez bir durum yaratabilir. En nihayetinde ayrılma bilançosunun, ilgili kloza dayanılarak kötüye kullanıldığından söz edilebilir⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ Bu hususlarda bk. **Soergel/Hadding/Kießling**, BGB § 738, Rz. 44, 45.

Ayrılma payının bütünüyle kaldırılmasını hedefleyen bir kloz da aynı şekilde ahlaka aykırılık engeline takılacaktır. Haklı sebeple çıkarılan bir ortak dahi, böyle bir düzenlemeye tabi kılınamaz. Ayrılma payının kaldırılması, haklı bir çıkarma sebebine bağlanarak, sözleşme cezası biçiminde dahi ayakta tutulamaz. Ne var ki Alman öğretisinde, ortağın ortaksal yükümleri ağır surette ihlal etmesinin, ayrılma payının kaldırılmasını haklı göstereceği ifade edilmektedir. Öyle ki, bu gibi hallerde kusur unsurunun varlığı dahi aranmamaktadır⁸⁹⁹.

Ayrılma payı klozunun ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizliği olgusu, ayrılan ortak tarafından açılacak bir tespit davasıyla hâkim önüne getirilebilir⁹⁰⁰. Elbette, usul hukukunun genel esasları uyarınca bu davada ispat yükü ayrılan ortağın üzerindedir. Ayrılan ortak somut olayda, ayrılma payı klozunun ahlaka aykırı nitelik taşıdığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu davada, diğer ortaklar zorunlu dava arkadaşı olarak yer alacaklardır. İlgili ortak, ayrılma payı klozunun geçersizliğinin tespitini, ortaklıktan ayrılmadan önceki dönemde de dava edebilir. Ayrılma payı klozlarının büyük bir kısmının ortaklık sözleşmelerine eklemlendiği hesaba katıldığında, anılan durumun gerçekleşme ihtimalinin daha yüksek olduğu ortadadır. Ortak, ortaklıktan ayrılmışsa, kendisine ait ayrılma payının ödenmesi için dava açabilir⁹⁰¹. Kanaatimce burada objektif dava birleşmesi kurumu işlerlik kazanacaktır. Ayrılan ortak, önce ayrılma payı klozunun geçersizliğinin tespitini; bu yapıldıktan sonra da kendisine uygun bir ayrılma payı ödenmesini dava edebilir. Belirtilen talepler arasında *aslilik-ferilik, asıl talep-yardımcı talep* ilişkisi bulunmadığından (terditli dava anlamında), yani her bir talep kendisi açısından bağımsız nitelik arz ettiğinden, burada objektif dava birleşmesi söz konusudur. Keza, ayrılan ortağın yalnızca ayrılma payının hükümsüzlüğünün tespitini dava ettiği durumlarda hâkim, resen harekete geçerek ayrılma payı ödenmesine hükmedemeyecektir. Zira taleple bağıllık ilkesi, böyle bir hareket tarzının önündeki en büyük engeldir.

⁸⁹⁹ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 31.

⁹⁰⁰ Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 76.

⁹⁰¹ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 76.

bbbb. Fesih Hükümlerine Aykırılık Yönünden (BGB § 723/3)

Ayrılma payı klozlarında yer alan bazı hükümler, fesih hakkını kullanmak suretiyle ortaklıktan ayrılmayı (BGB § 736, TBK m. 633) planlayan ortağın bu hakkını kısıtlayıcı, hatta yeri geldiğinde tamamen dışlayıcı bir niteliğe bürünebilir. Örneğin, olağan veya olağanüstü fesih hakkını kullanacak ortaklara, payın gerçek değeri üzerinden değil de defter değeri üzerinden ayrılma payı ödeneceğine ilişkin bir düzenleme, gerçek değer ile defter değeri arasında ciddi bir uçurum bulunması halinde, fesih hakkını önemli ölçüde kısıtlar. Gerçekten, böyle bir sözleşmesel kaydın varlığı durumunda, fesih hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılmayı düşünen ortağın hareket alanı dolaylı olarak (doğrudan doğruya değil!) sınırlanmaktadır. Ortak, fesih hakkını kullanması olasılığında kendisine ödenecek ayrılma payı tutarının azlığını da dikkate alarak, ortaklığı feshetmekten vazgeçecektir. Yani bu tip kayıtlar, ortağın bireysel ortaklık hakkını kullanmaktan vazgeçmesi sonucunu doğurmaktadır⁹⁰². Yine, fesih hakkını kullanacak ortağın ayrılma payının tamamen kaldırılması da aynı şekilde fesih hakkını kısıtlayıcı bir işleve sahiptir.

İşte böyle durumlarda, Alman Medeni Kanunu'nun 723.maddesinin 3. Fıkrası devreye girmektedir: Anılan hüküm, fesih hakkını kaldıran veya BGB'nin ilgili maddelerine aykırı surette daraltan anlaşmaların geçersiz olduğunun altını çizmektedir. Ayrılma payı klozunun bu düzenlemeye aykırılık teşkil etmesi halinde, söz konusu kayıt butlana tabi olacaktır. Burada, fesih hakkına yönelik doğrudan bir müdahale bulunmamakla birlikte, fesih hakkının kullanılmaması sonucunu yaratması itibariyle, "*dolaylı- fiil*"⁹⁰³ bir sınırlamadan söz edilebilir. Türk hukukunda BGB § 723/3 benzeri hükme yer verilmemekle beraber, fesih hakkının korunması amacıyla Alman hukukunda benimsenen bu denetim kriteri bizim hukukumuzda da kabul edilmelidir. *Kiessling*'e göre burada hükmün koruduğu asıl hukuki değer, ortağın kişisel özgürlüğüdür. Ortakların sürekli bir niteliğe sahip şahsi ve ekonomik

⁹⁰² Benzer doğrultuda bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 723, Rn. 76. Bu tür ekonomik zorlamaların, fesih hakkının fiilen kaldırılması ile eşdeğer olduğu yönünde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 46.

⁹⁰³ Bu tip ayrılma payı klozlarının, fesih hakkını fiilen sınırlandırdığına ilişkin bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 35.

bağlarının, şartları gerçekleştiğinde serbestçe çözülebilmesi düzenlemenin temel amacıdır⁹⁰⁴.

Ayrılma payı klozunun fesih hakkını kısıtlayıcı fonksiyona sahip olup olmadığı tespit edilirken, somut olayın bütün özelliklerinin göz önüne alınmasında yarar vardır. Yine, yalnız fesih hakkını kullanacak ortağın ayrılma payının zayıflatılması, şahıs ortaklıkları hukukuna egemen “*eşit işlem prensibi*” ile bağdaşmaz. Bu durum, fesihten başka sebeple ortaklıktan ayrılan ortaklara tam değerli ayrılma payı ödeneceğinin kararlaştırılması halinde çok daha belirgindir. Kanaatimce bu tip olasılıklarda ilgili ortak, yani düşük tutarlı ayrılma payı alan ortak, ortaklar arasında ayrımcılık yapıldığı iddiasını mahkemeye taşıyarak, söz konusu ayrılma payı düzenlemesini iptal ettirmelidir. Burada ayrılan ortağın çıkarına olan hareket tarzı, ayrılma payı klozunun iptali ile birlikte kendisine tam değerli ayrılma payı ödenmesi için başvuruda bulunmasıdır. Yani ayrılan ortak, birbirinden bağımsız bu iki talebi objektif dava birleşmesi biçiminde ileri sürmelidir.

cccc. Uygunluk Denetimi

Alman hukukunda, bilhassa defter değeri klozları için getirilen bir denetleme ölçütü daha mevcuttur: Uygunluk denetimi. Uygunluk denetiminde, üç temel hukuki kuruma başvurulmaktadır: sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, işlem temelinin çökmesi ve hakkın caiz olmayan surette kullanılması⁹⁰⁵.

Uygunluk denetiminin bir aracı olarak sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna karşı çıkanlar, burada doldurulması gerekli bir boşluğun bulunmadığını ileri sürmektedirler. Yani bu görüşün savunucularına göre, payın kanuni değeri ile sözleşmeyle belirlenen değeri arasında sonradan ortaya çıkan uçurum, ortaklık sözleşmesinde bir boşluğun doğmasına sebebiyet vermez. Yine, ortaklar ayrılma payı klozlarıyla, tamamen bilinçli olarak sınırlayıcı bir düzenleme getirmişlerdir. Özetle ortaklar, payın sözleşmesel değeri ile BGB § 738 (TBK m. 634) de belirtilen değeri arasında meydana gelebilecek uçurumları *göze almışlardır*⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 46.

⁹⁰⁵ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 36.

⁹⁰⁶ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 37.

İşlem temelinin çökmesi teorisine de aynı şekilde dayanılmaz. Zira, ayrılma payı klozları ayrılan ortağın aleyhine bir riziko dağılımı öngörmektedir. Yani, burada payının değersizleşmesi rizikosunu ayrılan ortak tek başına üstlenmektedir. Defter değeri klozunun kararlaştırıldığı anda, defter değeri ile gerçek değer arasındaki makas değil, aksine bu iki değer arasındaki farkın boyutları öngörülemeyen bir niteliğe sahiptir. Ne var ki, ortağın bilgi alma ve denetleme hakkı, işlem temelini çökmesi teorisini devre dışı bırakmaktadır. Keza ortak, bu hak sayesinde ortaklığın mali durumu hakkında genel bir izlenim edinebilir⁹⁰⁷.

Uygunluk denetimini haklı gösterebilecek yegâne hukuki kurum olarak “*hakkın caiz olmayan surette kullanılması yasağı*” dikkate alınacaktır. Bu kurum, dürüstlük kuralının görünüş biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Somut olayın bütün koşulları değerlendirildiğinde, diğer ortakların defter değeri klozuna dayanmaları dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa, hakkın caiz olmayan surette kullanımı söz konusu olacaktır. Örneğin belirli durumlarda diğer ortakların, ortaklığın finansal varlığını mümkün olduğunca en etkin şekilde koruma (ciddi bir likidite çıkışını önleyerek), yönündeki menfaatlerini, ayrılan ortağın, mümkün olduğunca yüksek miktarda ayrılma payı alma yönündeki menfaatinin gerisinde tutmaları gerekebilir. Çatışan çıkarlar tartılırken (menfaatler dengesi) somut olayın bütün verilerinin göz önünde tutulması gerekir. Yani bir yandan ortaklığın korunmaya değer kendi çıkarları, diğer yandan da ayrılan ortağın çıkarları özenle tartılmalıdır. Çatışan menfaatler tartılırken, yasal ayrılma payı tutarı ile sözleşmeyle belirlenen ayrılma payı arasındaki farkın büyüklüğü, ortaklığın mali ve karlılık yapısı, ayrılma sebebi vb. olgular dikkate alınmalıdır⁹⁰⁸.

Kanuni ayrılma payı miktarı ile sözleşmesel ayrılma payı tutarı arasındaki ağır oransızlığın tespiti, uygunluk denetiminin temelini teşkil etmektedir. Alman yargısı, yakın bir zamana değin, açık oransızlığı ortaya koyabilecek “sabit bir oran” belirtmekten kaçınmıştır. Yazarlar buna katılmaktadır. Keza önemli olan, diğer ortakların ortaklığın likiditesini korumadaki menfaatlerini, ayrılan ortağın ayrılma payı almadaki menfaatlerinin gerisinde tutup tutamayacaklarıdır. Ortaklığın likidite güçlüğü içinde bulunup bulunmadığı ise şüphesiz onun karlılık yapısı ile yakından

⁹⁰⁷ Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 38.

⁹⁰⁸ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 738, Rz. 39, 40.

bağlantılıdır. Ancak bu unsur, tek başına yeterli değildir. Ek olarak, ayrılan ortağın payının büyüklüğü de hesaba katılmalıdır. Keza bir ortağın katılım oranı ne kadar yüksekse, ortaklıktan ayrıldığında alacağı ayrılma payı o kadar yüksek olur. Bu da ortaklıktan büyük bir miktarda likidite çıkışı olacağı anlamına gelir.

Diğer bir deyişle, ortaklığın tam değerli bir ayrılma payı ödemeye ekonomik gücü yetiyorsa; ayrılma payının sınırlandırılmasını öngören anlaşmanın hiçbir önemi kalmaz. Çünkü ortaklığın finansal yapısı, bu ani kaynak çıkışından (*Mittelabfluss*) etkilenmeyecek derecede güçlüdür!

2.AYRILAN ORTAĞIN BORÇLARDAN KURTARILMA TALEBİ

a. Borçtan Kurtarılma Talebi

Ayrılan ortağın, ortaklıktan ayrılmadan önce doğan borçlardan sorumluluğu devam ettiğinden, BGB'yi hazırlayan kanun koyucu ayrılan ortağa, borçlardan kurtarılma hakkı tanımıştır. Ne var ki, bu talep iç ilişkiyi ilgilendirmektedir. Ayrılan ortağın, şahsi ve müteselsil sorumluluk rejimini ortadan kaldırmak için diğer ortakların dış ilişkide alacaklılarla anlaşmaya varmaları zorunludur. Meselenin en çetrefilli kısmı belki de burada ortaya çıkmaktadır: Bir alacaklının, müteselsil sorumluluk düzeninde dahi tek bir borçlusundan vazgeçmesi hayatın olağan akışına pek uymamaktadır⁹⁰⁹. Çünkü müteselsil sorumluluk rejiminde borçlu sayısı ne kadar fazlaysa, alacaklının alacağına kavuşma ihtimali bir o kadar yüksektir. Bu durum alacaklının, borçluyla (ayrılan ortak) ibra sözleşmesi veya diğer ortaklarla borcun dış üstlenimi sözleşmesi kurmasının önündeki en büyük engeldir. Dolayısıyla pek çok durumda, ortaklık alacaklıları ayrılan ortağın malvarlığına da başvuracaklardır. Kendi payından fazlasını ödeyen ayrılan ortak, tam kapsamlı bir rücu talebine sahip olacaktır (denkleştirme talebi). Şüphesiz ayrılan ortağın ortaklık nezdinde üçüncü kişi konumunda olması itibariyle, diğer ortaklar bu rücu borcundan ötürü şahsen ve müteselsilen sorumludurlar⁹¹⁰. Aksi bir düşünce tarzı, ayrılmanın karakteristiğine ters

⁹⁰⁹ Bu hususta bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 138, Rz. 121.

⁹¹⁰ *Flume* de aksi kararlaştırılmadığı sürece, ayrılan ortak karşısında diğer ortakların müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olduklarını belirtmektedir. Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 298. Yazarın bu görüşü kuşkusuz ayrılan ortağın rücu alacağı bakımından da geçerlidir.

düŒer. Hatta, rücu alacağıının doğumu bakımından ayrılan ortağın iç ilişkide borçlardan kurtarılmıŒ olması herhangi bir önem taşımaz. Zira, iç ilişkiyi ilgilendiren anlaşma veya işlemler dış ilişkiye sirayet etmez. Yani ayrılan ortak iç ilişkide borçlardan kurtarılmıŒ olsa dahi, dış ilişkide alacaklılar ayrılan ortaktan borcun tam ifasını isteyebilirler.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, ayrılan ortağın muaccel borçlardan kurtarılmasına ilişkindi. Henüz vadesi gelmemiŒ yani müaccel borçlarda ise ayrılan ortak, diğerk ortaklardan güvence isteyebilir. Kanaatimizce banka teminat mektupları ve rehin bu kapsamda ilk akla gelen örneklerdir. Diğerk ortaklar, ayrılan ortağın hukuki durumunun ağırlaşmaması amacıyla, önceliğı aynı teminatlara vermelidirler. Böylelikle ilgili alacağın vadesi geldiğinde alacaklıının ayrılan ortağın şahsi malvarlığına el atmasına gerek kalmayabilir. Keza kefaletin zayıflığı, tamamen kefilin ödeme gücüne bağılı olmasından ileri gelmektedir. Halbuki özellikle araç rehni veya ipotek vb. güçlü aynı teminatlar, alacaklıının alacağını elde etme şansını yükseltir. Kuşkusuz ortaklık alacaklılarının sayıca çokluğu, tüm alacaklıların rehinle tatmin edilme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Alacağının yalnız bir kısmı rehinle tatmin edilen alacaklı, kalan kısım için yine ayrılan ortağın şahsi malvarlığına yönelebilir. Bunun ön şartı ise, alacaklıının elinde icra müdürlüğünce verilmiş rehin açığı belgesinin bulunmasıdır.

Ayrılan ortak lehine ayrılma payı alacağı doğmamış olsa dahi, ayrılan ortak bu talep hakkını öne sürebilir. Zira borçlardan kurtarılma talebi, ayrılma payından bağımsız bir talep özelliğı taşımaktadır. Yine, ayrılma bilançosu düzenlenmesi neticesinde ortaklığın açığı kapama alacağı bulunduğu anlaşılırsa (BGB § 739 gereğince) ortaklık, zarar tutarı ödeninceye değin, ayrılan ortağın borçlardan kurtarılma istemini ifadan kaçınabilir⁹¹¹ (*Zurückbehaltungsrecht*, BGB § 273 çerçevesinde).

⁹¹¹ Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 120; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 738, Rz. 4; **Erman/Westermann**, BGB § 738, Rz. 9; **Soergel/Hadding/Kiessling** BGB § 738 Rz. 16. Gerçekten, BGB § 273'te hükme bağlanan *ödemeden kaçınma hakkının* doğması için, alacakların aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir. Nitekim gerek borçlardan kurtarılma talebi gerekse açığı kapama alacağı aynı hukuki ilişkiye yani ortaklık ilişkisine dayanmaktadır. Öyleyse, maddede sayılan diğerk şartların gerçekleşmesi halinde diğerk ortaklar veya ayrılan ortak bu hakkı kullanabilecektir. Krş. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 738, Rz. 4. Yazara göre, ayrılan ortağın açığı kapama borcunu ifa etmemesi halinde diğerk ortaklar, ödemezlik def'ini ileri sürmek suretiyle "borçtan kurtarılma" talebine karşı koyabilirler.

Ayrılan ortağın borçtan kurtarılma istemini ileri sürebilmesi için, muaccel ortaklık borcu nedeniyle şahsen sorumlu olması gerekir⁹¹². Yani bu ilkenin mefhumu muhalifinden, ayrılan ortağın, şahsen sorumlu tutulmadığı muaccel ortaklık borçlarından kurtarılma talebinde bulunamayacağı sonucu çıkarılmaktadır. Ayrılan ortağın bir ortaklık borcundan şahsen sorumlu olup olmadığı hususunda ihtilaf ortaya çıktığı takdirde, ispat yükünü ayrılan ortak taşıyacaktır⁹¹³.

Ayrılan ortağın borçtan kurtarılma talep edebilmesi, onun ortaklıktan ayrılırken ortaklık statüsünü bir başka kimseye bırakmaması şartına bağlıdır⁹¹⁴. Buradan çıkarılacak sonuç, örneğin bir ortağın payını devretmesi durumunda, devreden ortağın borçtan kurtarılma talebinde bulunamayacağıdır⁹¹⁵.

Ayrılan ortağın borçtan kurtarılma talebi bakımından, ortaklık alacaklılarının ayrılan ortağa bizzat yönelmiş olmaları gerekli olmadığı gibi, yönelme tehlikesinin varlığı da aranmaz⁹¹⁶.

Ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı, onun borçlardan kurtarılma talebine etki etmez. Zira bunlar birbirlerinden bağımsız taleplerdir. Yine, ayrılan ortağın ortaklık ilişkisinden kaynaklanan borçları da borçtan kurtarılma talebinin kapsamı dışındadır. Zira bu tür borçlar ayrılma payının hesaplanması esnasında zaten dikkate alınmaktadır⁹¹⁷.

Diğer ortaklar ayrılan ortağı dış ilişkide ya borcu ödeyerek ya da ayrılan ortağın sorumluluğunu kaldırarak borçlardan kurtarabilirler. Ayrılan ortağın sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar şüphesiz alacaklılarla yapılacaktır. Alacaklının, ayrılma olgusu kendisine bildirilmesine rağmen harekete geçmemesinin (susma) onay olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı her bir somut olayın özelliğine bağlıdır. Borcun

⁹¹² Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 120.

⁹¹³ Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 120.

⁹¹⁴ Bu hususta bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 7.

⁹¹⁵ Gerçekten Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, payını devretmek suretiyle ortaklıktan ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiye BGB § 738, 739 hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre böyle durumlarda, fiktif malvarlıksal tasfiyeye ilişkin düzenlemelerin- yani BGB § 738 ve devamı- uygulanabilmesi, devreden ve devralanın özel bir anlaşma yapmalarına bağlıdır. Çünkü ortaklık sıfatının devrinde, hukuki statü halefiyet yoluyla edinildiğinden *Anwachsung*'a ilişkin hüküm devreye girmez. Bk. BGH, 20. 10. 1980 II ZR 257/79. Karar için bk. https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_257-79 (E. T. 30. 06. 2019); **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 7; **Palandt/Sprau**, BGB § 719, Rz. 7; **Soergel/Hadding/Kießling**, BGB § 738, Rz. 19 (ve buna bağlı 52 nolu dipnot).

⁹¹⁶ Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 738, Rz. 3.

⁹¹⁷ Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 120.

üstlenilmesinde olduğu gibi burada da sıkı ölçütler kullanılmalıdır. Yukarıda da vurguladığımız üzere, bir alacaklı genellikle borçlusundan vazgeçmez. Ayrılan ortağa borçlardan kurtarılmasından önce alacaklılar tarafından başvurulması halinde, ayrılan ortak tam kapsamlı denkleştirme talep edebilir⁹¹⁸.

Ayrılan ortağın borçlardan kurtarılabilmesinin diğer bir koşulu da ilgili borcun “*ortaklaşa borç*” özelliği taşımasıdır. Ortaklaşa borç ifadesi kanaatimizce isabetli bir tercih olmaktan uzaktır. Ortaklaşa borç (*gemeinschaftliche Schulden*) ile neyin kast edildiği de Kanun’un (BGB) gerekçesinde belirtilmemiştir. Ancak Kanun’daki bu muğlak ifadeye karşın öğretilerde bunun adi ortaklığın borcunu ifade ettiği hususunda herhangi bir duraksama yoktur. Örneğin bir ortağın, bir veya birkaç ortağın *şahsi borcunu* temin etmek amacıyla kefalet, garanti, borca katılma vb. kişisel güvence taahhütlerinde bulunması durumunda, güvence veren ortak (ayrılan) bu borçlardan kurtarılmasını isteyemez. Zira burada BGB § 738 anlamında “ortaklaşa borç” söz konusu değildir. Ortaklaşa borç kavramının içinin doldurulmasında, müteselsil sorumluluk rejimi de önemli bir rol oynayabilir. Çünkü, ayrılan ortak *müteselsilen sorumlu tutulduğu* ortaklaşa borçlardan kurtarılmasını isteyebilecektir. Ne var ki, ayrılan ortağın bir borçtan müteselsilen sorumlu olması, onun ille de borçtan kurtarılma hakkına sahip olduğunu göstermez. Keza ayrılan ortak, bir yakınının, arkadaşının veya diğer ortakların şahsi borçları için de müteselsil borç altına girmeyi kabul etmiş olabilir. Ayrılan ortağın, bir başka ortağın borcuna katılması⁹¹⁹ örneğinde durum böyledir.

Ayrılan ortak, ortaklığın borcu için ek olarak kefalet gibi bir taahhüt altına girmişse borçtan kurtarılma talebi şüphesiz bunu da kapsayacaktır⁹²⁰.

⁹¹⁸ Bk. **Habersack/Schäfer/Schafer**, HGB § 131, Rz. 121. Alman hukukunda ise ayrılan ortak, rücu alacağı (*Regressforderung*) sebebiyle hem ortaklığa hem de HGB § 128 çerçevesinde diğer ortaklara başvurabilir. Zira ayrılan ortağın rücu talebi, HGB § 128 anlamında ortaklık borcu teşkil eder. Öğretilerde **Habersack**, ayrılan ortağın rücu talepleri nedeniyle diğer ortakların müteselsilen sorumlu tutulamayacağını öne sürmektedir. Yazara göre diğer ortaklar bu tip durumlarda kısmen borçludurlar (*Teilschuldner*), Bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 128, Rz. 50.

⁹¹⁹ Gerçekten borca katılma (*Schuldbeitritt*) müessesesi, alacaklının elini güçlendirmeye hizmet etmektedir. Bu da müteselsil sorumluluk rejimiyle sağlanmaktadır. Borca katılma kavramı hakkında geniş bilgi için bk. Oruç Hami Şener, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, **DEÜHFD**, C. 11, 2009, s. 1279 vd. Keza Alman hukukunda da borca katılmaya karakterini veren unsurun, müteselsil bir borcun üstlenilmesi olduğu dile getirilmektedir. Bk. Wolfhard Kohte, “Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme” **JZ**, S. 21, 1990, s. 997.

⁹²⁰ Nitekim bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 121.

Ayrılan ortağın borçtan kurtarılma istemi, yalnız dış ilişkiyi ilgilendiren borçları kapsamaktadır. Dolayısıyla ayrılan ortak, söz gelimi açığı kapama borcundan kurtarılmasını isteyemez. Zira, bu borcun hukuki temelini ortaklık ilişkisi oluşturmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de konuya ilişkin bir kararında bu duruma işaret etmiştir⁹²¹:

“Yüksek Mahkeme’ye göre, borçlardan kurtarılma talebi sadece ortaklaşa borçlar, daha doğru deyimle ortaklık borçları bakımından geçerlidir ki, bu borçlardan ötürü ortak HGB § 128 gereğince şahsen sorumludur. Sosyal talepler bakımından- ki Federal Mahkeme açığı kapama borcunu da bu kategoriye sokmaktadır- ise ayrılan ortak borçtan kurtarılma isteminde bulunamaz, çünkü bu tip borçlardan sorumluluğu HGB § 128’e tabi değildir”.

Federal Mahkeme’nin bu içtihadından anlaşıldığı üzere, *sosyal talepler* borçtan kurtarılma talebinin kapsamına girmemektedir. Öyleyse, ayrılan ortağın katılma payı borcunu (*Beitragspflicht*) henüz tamamen ifa etmediği bir ihtimalde, ayrılan ortak bu borçtan kurtarılmayı talep edemeyecektir. Çünkü katılma payı borcu sosyal talepler sınıfına dahildir ve Actio Pro Socio yoluyla takibi olanaklıdır. Federal Mahkeme’nin bu kararı, ortaklığın açığı kapama alacağını sosyal talep olarak nitelendiren hâkim öğretisi ile de kuşkusuz uyumludur.

Alman öğretisinde *Kessler*’e göre, ayrılan ortağın borçtan kurtarılma talebi *dava edilebilir bir taleptir*⁹²² (*klagbarer Anspruch*). Öyleyse, diğer ortakların ayrılan ortağı borçlardan kurtarmayı ihmal ettiği durumlarda ayrılan ortak diğer ortaklara karşı “borçlardan kurtarılma” davası açabilecektir. Bu davanın nitelik itibariyle eda davası olduğu hususunda duraksama yoktur. Mahkemeye yöneltilen talep, bölünebilir bir talep niteliği taşımadığından diğer ortakların tamamının davalı tarafta yer alması zorunludur (zorunlu dava arkadaşlığı- dZPO § 62, schwZPO Art. 70, HMK m. 59).

Diğer ortakların tamamı iflas ettiği takdirde, alacağını elde edememiş alacaklı bu alacağını iflas masasına yazdırabilir ve aynı zamanda ayrılan ortağa başvurabilir⁹²³.

⁹²¹ BGH 18. 01. 2010, II ZR 31/09. Karar için bk. betriebs-berater.ruw.de (E. T: 04. 04. 2019).

⁹²² Hatta bu dava açılırken, ortaklığın içinde bulunduğu mali durumun dikkate alınması dahi gerekmez. Bu hususta bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 738, Rz. 4.

⁹²³ Tüm diğer ortakların iflas ettikleri bir varyasyonda, alacağını onlardan kısmen veya tamamen tahsil edememiş alacaklının önünde tek seçenek olarak, ayrılan ortağa yönelmek kalmaktadır. Aksi takdirde, ortaklık alacaklısının alacağına uzunca bir süre kavuşamama ihtimali ortaya çıkar. Ayrılan ortağa başvuru bakımından, alacağın iflas masasına yazdırılmasının herhangi bir önemi yoktur. Zira, müteselsil sorumluluk esası gereğince alacaklı dilediği borçluya başvurmakta özgürdür.

Ayrılan ortağın rücu alacağı, ortaklık alacaklılarının alacakları karşısında arka plana itilmiştir.

Son olarak, borçtan kurtarılma talebinin çoğu zaman sözleşmeyle bertaraf edildiği söylenebilir⁹²⁴.

b. Ayrılan Ortağın Teminat (Güvence) Talep Etme Hakkı

Ayrılan ortak, henüz muaccel olmamış ortaklık borçlarından kurtarılmayı isteyemez. Keza, muaccel olmamış bir borcun alacaklısının ayrılan ortağa başvurması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla, ayrılan ortak bu tür borçlar için olsa olsa “*güvence*” talep edebilecektir⁹²⁵. Kuşkusuz, henüz muaccel olmamış ortaklık borçlarının nasıl temin edileceği, tamamen diğer ortakların meselesidir. Kanaatimce ayrılan ortağın bu konuda herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır. Ancak bu durum, ayrılan ortağın ortaklık alacaklılarına karşı korunması gerekliliğinin arka plana itilmesi şeklinde algılanmamalıdır. Diğer ortaklar, ortaklık alacaklılarının ve ayrılan ortağın birbirine zıt menfaatlerini tartarak, somut olaya en uygun çözüm tarzını benimsemelidirler. Örneğin, müaccel bir ortaklık borcunun taşınmaz rehni veya araç rehniyle temin edilmesi, menfaatler dengesiyle uyumlu, makul bir çözüm olarak düşünülebilir.

Eğer ortaklık (ayrılan ortak da dahil) ile alacaklı arasında, borcun muacceliyetinin ileriye ötelenmesi hususunda anlaşmaya varılmışsa (erteleme), böyle bir borcun da BGB § 738- TBK m. 634 anlamında “henüz muaccel olmamış” borç kavramının kapsamına girdiğine kuşku yoktur.

Geciktirici şarta bağlı alacaklar da BGB § 738/TBK m. 634 anlamında muaccel olmayan alacaklar kapsamına girmektedir. Şart gerçekleşinceye değin hukuki işlem ve alacak askıda olduğundan, ayrılan ortağın bu zaman dilimi içerisinde borçtan kurtarılma yahut teminat talebinde bulunması mümkün değildir. Çekişmeli alacaklarda ise, bir ortaklık borcunun varlığı, ayrılan ortağın borçtan kurtarılma talebinin ön şartını oluşturur. Öyle ki, ayrılan ortağın söz konusu borcun varlığını ispat etmesi

⁹²⁴ Bu yönde bk. **Ulmer**, BB 1983, s. 1865.

⁹²⁵ Burada Kanun'un diğer ortaklara seçimlik bir yetki (yedek edim yetkisi- *Ersetzungsbefugnis*) tanıdığına ilişkin olarak bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 738, Rz. 5; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 7.

gerekecektir. Ayrılan ortak her halükârda, çekişmeli borçlar bakımından teminat talep edip edemeyeceği hususu tartışmalıdır⁹²⁶. Kanaatimce, ayrılan ortağın borcun varlığını ispatladığı hallerde borçtan kurtarılma talep edebilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁹²⁷.

Öte yandan tamamlanmamış işlerden doğan borçların, muaccel olmamış borç kapsamına girip girmediği Alman öğretisinde tartışmalıdır. *Kiessling*, muaccel olmamış borçların içine bilhassa tamamlanmamış işlerden kaynaklanan borçların girebileceği görüşündedir. Zira yazar, BGB'nin lafzının aksine, teminat talebi bakımından muacceliyet değil, ifa edilebilirlik kavramını ölçü almaktadır. Gerçekten, henüz ifa edilmemiş borçlar, özellikle tamamlanmamış işlerden ileri gelebilir. Yazara göre, BGB § 740 düzenlemesi yalnızca iç ilişkideki (ortaklık ile ayrılan ortak arasındaki) malvarlıksal hesaplaşmayı ilgilendirmektedir. Yani anılan hüküm, ayrılan ortağın ortaklık alacaklıları karşısındaki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir çözüm getirmemektedir⁹²⁸.

Tıpkı borçtan kurtarılma talebi gibi güvence isteme hakkı da genelde sözleşmeyle kaldırılmaktadır⁹²⁹.

c. Gizli Adi Ortağın Özel Durumu

Gizli ortağın borçlardan kurtarılma talebinde bulunup bulunamayacağı, onun ortaklık borçlarından ötürü şahsen sorumlu tutulup tutulmadığı meselesi ile yakından

⁹²⁶Bu hususta bk. Münch.Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 79. Ayrılan ortağın çekişmeli borçlar için teminat talep edemeyeceği yönünde bk. **Hueck**, OHG, s. 461; **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 738, Rz. 6; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 350. Teminat talep edebileceği yönünde ise bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 738, Rz. 3. Ortaklık alacaklılarının ayrılan ortağa başvurma olasılığına göre meseleye farklı çözümler sunan görüş için bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 29.

⁹²⁷ Buna karşılık, çekişmeli borçlar açısından borçtan kurtarılma talebinde bulunulamayacağı yönünde bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 350; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 7. Kanaatimizce, ayrılan ortağın çekişmeli borçtan kurtarılıp kurtarılamayacağı meselesinin çözümünde ikili bir ayrıma gidilebilir: Ayrılan ortağın, bir ortaklık borcunun varlığını ispat edemediği durumlarda, o borçtan kurtarılması da mümkün olamayacaktır. Fakat ayrılan ortağın borcun varlığını kanıtlamasına rağmen borçtan kurtarılma talebinde bulunamaması, adil olmayan sonuçlar yaratabilecektir. Her halükârda, bir ortaklık borcunun bulunup bulunmadığına yönelik ispat yükü ayrılan ortağın üzerindedir. Çekişmeli borçlar açısından da borçtan kurtarılma istenebileceği yönünde bk. Maximilian Herberger, Micahel Martinek, Helmut Rüssmann ve Klaus Vieweg, **Juris Praxiskommentar BGB, Band 2**, 6. Aufl, Saarbrücken, 2012 (Anılış: JurisPK- ilgili bölüm yazarı), BGB § 738, Rz. 10; **Soergel/Hadding/Kiessling** BGB § 738 Rz. 18; **Wieland**, s. 720.

⁹²⁸ Bu açıklamalar için bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 17.

⁹²⁹ Bu hususta bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 350.

ilgilidir. Burada, iç ortaklığın belki de en yaygın görünüm biçimlerinden birini oluşturan gizli ortaklıkta⁹³⁰ gizli ortağın hukuki durumu ele alınacaktır. Gizli ortaklığın, dışa karşı görüntü arz etmeyen, ortakları arasında gizli kalmış niteliği, onun dış adi ortaklıklardan farklı bir rejime tabi kılınması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Zira yukarıda dile getirilen görüşler kural olarak dış adi ortaklık için geçerlidir. Gizli ortağın borçlardan kurtarılma talebinde bulunma hakkı olup olmadığını irdelemeden önce, onun “ortaklık borçlarından”⁹³¹ sorumluluğuna temas edilecektir. Böylelikle, gizli adi ortağın hukuksal konumu çok daha somut bir şekilde ortaya konulabilir.

aa. Gizli Adi Ortağın Ortaklık Borçlarından Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Meselesi

Gizli ortaklıkta, aktif ve gizli ortak olmak üzere iki tür ortağın varlığı söz konusudur. Aktif ortak, dışa karşı görünen yani üçüncü kişilerle ilişki kuran ve onlarla hukuki işlemler yapan ortaktır. Gizli ortaklığın karakteristik yapısı gereğince aktif ortak, yönetim ve temsil yetkisini haiz kişidir. Gizli ortak ise, adından da anlaşılacağı üzere, dışarıya karşı herhangi bir görünüm arz etmeyen, dış ilişkide üçüncü kişilerle temasa geçmeyen ortaktır. Tipik gizli ortaklıklarda yönetim yetkisi aktif ortağın elinde olmakla birlikte, istisnaen de olsa gizli ortağa yönetimde söz hakkı tanınabilir⁹³². Fakat bu durum yalnızca iç ilişki açısından değer taşır, yani dış ilişkide herhangi bir etki yaratmaz⁹³³.

İşte gizli ortağın bu şekilde temsil yetkisinden uzak kılınması, onun ortaklık borçlarından sorumsuzluğu sonucuna yol açmaktadır. Çünkü, üçüncü kişilerle hukuki işlemler yaparak borç altına giren kişi yalnızca aktif ortaktır⁹³⁴. Gizli ortağın ortaklık

⁹³⁰ Gizli ortaklığın, istisnasız bir şekilde “iç ortaklık (*Innengesellschaft*) olduğu yönünde bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1837.

⁹³¹ BGB § 738’de “ortaklaşa borçlardan” – “*gemeinschaftliche Schulden*” den söz edilmektedir. Bu ifadenin, elbirliği ortaklığı niteliğindeki *adi ortaklığın borçları* şeklinde anlaşılması icap eder.

⁹³² Bu tip durumlarda, *atipik gizli ortaklığın* ikinci varyasyonu söz konusudur. İlk varyasyonda gizli ortak, işletmenin malvarlığına iştirak etmektedir (atipik gizli ortaklığın ilk ayağı). Bu hususta bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1846- 1847. Benzer açıdan bk. **Westermann**, Vertragsfreiheit, s. 310. Gizli ortağa yönetim yetkisi tanındığı durumlarda, işletme sahibi ile gizli ortak arasındaki hukuki ilişkinin çoğu kez hizmet sözleşmesi biçimine bürüneceği hususunda bk. **Kübler/Assmann**, s. 114.

⁹³³ Bu hususta bk. **Barlas**, s. 197.

⁹³⁴ Nitekim, işletmenin borçlarından yalnız işletme sahibinin sorumlu olduğu yönünde bk. **Kübler/Assmann**, s. 113.

borçlarından sorumsuzluğu, gizli adi ortaklığın belki de en önemli ayırt edici unsurlarından biridir⁹³⁵. Keza dışa karşı görüntü arz etmeyen birinin ortaklık borçlarından⁹³⁶ şahsen sorumlu tutulması, ortaklıklar hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmaz. Yine, alacaklıların gizli ortaklık ilişkisinin varlığını kanıtlamaları da durumu değiştirmez⁹³⁷. Ortaklık sözleşmesiyle gizli ortağa yönetim yetkisi bahşedilmesi ihtimalinde dahi gizli ortak ortaklık borçlarından sorumlu kılınmaz⁹³⁸. Gizli ortağın sorumsuzluğunun nedeni ortaklıkta yetki bakımından zayıf konumda bulunması değil, temsil veya bizzat katılım yoluyla dışa karşı işlemde yer almamasıdır⁹³⁹.

Biz de gizli ortağın sorumsuzluğu konusunda, egemen görüşe katılıyoruz. Özetle, gizli ortağın sorumsuzluğu bakımından tipik veya atipik gizli ortaklıklar biçiminde yapay ayrımlara gidilmesi doğru değildir⁹⁴⁰. Her iki gizli ortaklık tipolojisinde de yalnızca aktif ortağın sorumluluğu yoluna başvurulabilir.

⁹³⁵ *Schmidt*'e göre ise, gizli ortağın ortaklık borçlarından sorumsuzluğu gizli ortaklık ilişkisinin bir unsuru değil, aksine hukuki bir sonucudur. Nitekim bk. **Schmidt**, *Gesellschaftsrecht*, s. 1845.

⁹³⁶ Hatta *Barlas*, dışa karşı yalnız aktif ortağın borcu olduğundan hareketle, burada teknik anlamda ortaklık borcundan söz edilemeyeceği kanaatindedir. Bk. **Barlas**, s. 196.

⁹³⁷ **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 147; **Barlas**, s. 196.

⁹³⁸ Bk. **Barlas**, s. 196; **Bilgili**, s. 176. Alman hukukunda, atipik gizli ortağın ortaklık borçlarından sorumlu tutulabileceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu hususta birçokları yerine bk. **Westermann**, *Vertragsfreiheit*, s. 326; **Barlas**, s. 196, dpn. 190. *Schmidt* bu noktada, *Westermann ve Paulick* tarafından temsil edilen, gizli ortağın işletmenin ekonomik sahibi (veya taşıyıcısı) haline geldiği veya yönetim yetkisi ile donatıldığı durumlarda doğrudan doğruya ve sınırsız sorumlu tutulacağına dair yaklaşımın isabetli olmadığı kanaatindedir. Zira yazara göre sözü edilen yaklaşım, 1930 lu yıllarda temelleri atılan ve 50'li yıllarda daha fazla taraftar bulan "*işletmeyi yöneten girişimcinin, sorumluluk hukuku bağlamında da bunun sonuçlarına katlanması gerektiği*" ilkesine dayanmaktadır. Ne var ki bu ilke, her durumda geçerli değildir. Dış sorumlulukta (*Aussenhaftung*), işletmenin taşıyıcısına, daha doğru bir deyimle işleten kişiye odaklanılır. İşletmenin taşıyıcısı (*Unternehmensträger*) ise, atipik gizli ortaklık formunda dahi yalnız işletme sahibinin kendisidir (aktif ortak). Yazarın Alman hukuku açısından isabet taşıyan bu açıklamaları için bk. Franz Schlegelberger, **Schlegelberger Handelsgesetzbuch Band 3, Halbband 2**, 5. Aufl, München, 1986 (Anılış: Schlegelberger/İlgili bölüm yazarı), HGB § 335, Rz. 174. İşletmenin taşıyıcısı kavramı ekonomik bir terim olup, ticari işletmeyi fiilen işleten kimseyi ifade etmektedir. Bu hususta bk. Peter Jung, **Der Unternehmer- Gesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft**, Tübingen, 2002, s. 40. Bu tanım bizi, gizli ortağın işletmenin taşıyıcısı olamayacağı sonucuna ulaştırmaktadır.

⁹³⁹ Bk. **Barlas**, s. 196. Yine, gizli ortağın bu işlemlere müdahil olmadığı, yalnızca iç ilişkide bunların sonucuna katıldığı yönünde bk. **Bilgili**, s. 164.

⁹⁴⁰ Benzer doğrultuda bk. **Barlas**, s. 196, dpn. 189.

bb. Gizli Ortak Borçlardan Kurtarılma Talebi İleri Sürebilir mi?

Yukarıda, gizli ortağın ortaklık borçlarından sorumlu tutulamayacağı hususuna değindik. Bu durum, onun BGB § 738- TBK m. 634 çerçevesinde borçlardan kurtarılma isteminde bulunamayacağı anlamını taşımaktadır. Keza, borçlardan sorumlu kılınmayan bir kimsenin borçtan kurtarılma hakkının olmaması eşyanın tabiatı gereğidir. Gizli ortağın ayrılma payı alması da bu durumu değiştirmez. Gizli ortak, aktif ortaktan borçlardan kurtarılmasını isteme hakkına sahip değildir. Gizli ortaklığın hukuksal yapısı böyle bir talebin varlığına engel oluşturur⁹⁴¹. Borçtan kurtarılma talebi her halükârda dış ilişkideki borçları kapsadığından; gizli ortağın, iç ilişkiden (yani aktif ortak ile arasındaki ilişkiden) doğan borçlardan kurtarılması- teorik açıdan da- mümkün değildir.

3. Çıkan veya Çıkarılan Ortağın Tamamlanmamış (Askıdaki) İşlerin Sonucuna Katılma Hakkı (TBK m. 636, BGB § 740)

a.Yasal Düzenleme ve Ön Açıklamalar

Çıkma ve çıkarılma ile ortaklık haklarının sona erdiği kuralının yasal istisnası sayılabilecek bir hükme TBK 636'da yer verildiği görülmektedir⁹⁴². Adı geçen düzenlemede çeviri hatası bulunmaktadır⁹⁴³. Zira hükmün mehzazını teşkil eden BGB § 740'a göre:

1) *Ayrılan ortak, ortaklıktan ayrıldığı dönemde süregelen işlerden kaynaklanan kar ve zarara katılır*⁹⁴⁴. Diğer ortaklar, bu

⁹⁴¹ Keza *ortaklık borcu* kavramının eksikliği, borçtan kurtarma yükümlülüğünün (BGB § 738) gizli ortaklığa kıyasen uygulanması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu hususta bk. Uwe Blaurock, **Handbuch Stille Gesellschaft: Gesellschaftsrecht- Steuerrecht**, 7.Aufl, Köln, 2009, s. 351, No. 16.3.

⁹⁴² *Schäfer'in* de haklı olarak vurguladığı üzere, böyle bir istisnaya yer verilmesi, ortaklık sıfatının kısmen de olsa sürdüğü şeklinde yorumlanamaz. Bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 740, Rn. 2. Keza bu hakkın tanınmış olması, ortaklık sıfatının ortadan kalktığı gerçeğini değiştirmez. Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth**, § 740 BGB, Rz. 2. Ortaklık sıfatı sona eren ortak, ortaklık ile saf borçlar hukukuna özgü bir ilişki içine girer. Ancak, BGB § 740'ın diğer ortaklara, sadece ortaklık çıkarlarının değil, aynı zamanda ayrılan ortağın çıkarlarının da dikkate alınması yükümlülüğünü yüklediği gözden kaçırılmamalıdır. Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 5.

⁹⁴³ TBK m. 636'nın, BGB § 740'dan çok iyi tercüme edilmemiş bir düzenleme olduğu yönünde bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 74.

⁹⁴⁴ Buradaki hukuki durum, bir gizli ortaklığın sona ermesi ile benzerlik göstermektedir. Bir iç ortaklık niteliğindeki gizli ortaklıkta sona erme nedenlerinden birinin gerçekleşmesi, aktif ortak (işletme sahibi)

işleri kendilerine en yararlı olacak şekilde sonuçlandırma hakkına sahiptirler.

2) Ayrılan ortak her hesap yılının sonunda; bitirilmiş işlere ilişkin hesap verilmesini, varsa bunlardan kendisine düşen tutarın ödenmesini ve henüz tamamlanmamış işlerin durumu hakkında da bilgi verilmesini isteyebilir.

İlk fıkranın eksik ve yanlış çevrildiği anlaşılmaktadır. “Ayrıldığı dönemde” yerine “ortak olduğu dönemde” biçiminde bir ifade, cümlenin yanlış çevrildiği yönündeki tereddütleri güçlendirmektedir. Ayrıca ikinci cümlenin (BGB § 740/1-2.cümle) TBK’ye hiç alınmadığı göz önünde tutulduğunda, kanun koyma tekniği ile bağdaşmayan bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Burada kanun koyucunun ihmalden söz etmek olanaklıdır. Dolayısıyla hükmün mehzaz kanuna göre yorumlanması gerekecektir. Ancak öncelikle tamamlanmamış iş kavramına açıklık getirilmesinde fayda vardır.

b. Tamamlanmamış İş Kavramının Tanımı ve Kapsamı

Tamamlanmamış veya askıdaki işler ile kast edilen, ortağın ayrıldığı dönemde ortaklığı halihazırda bağlayan⁹⁴⁵ ve sözleşmenin her iki tarafının da⁹⁴⁶ henüz tamamen yerine getirmediği işlerdir⁹⁴⁷. Askıdaki işlerden doğan kısmi edimler, ortağın ortaklıktan ayrılmasından önce bir ortaklıkça ifa edilmiş ise, yerine getirildikleri

ile gizli ortak arasında tasfiye sürecinin başlaması sonucunu doğurur (HGB § 235 Abs.1). Yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca (HGB § 235 Abs.2) gizli ortak, ortaklığın sona erdiği dönemde henüz tamamlanmamış işlerden doğan kar ve zarara katılır. Bk. Karsten Schmidt, “Abfindung, Unternehmensbewertung und schwebende Geschäfte”, **DB**, S. 45, 1983 s. 2401.

⁹⁴⁵ Bir sözleşmenin kurulması, bir sözleşme önerisinde bulunulması ve ortaklığı hukuken bağlayan diğer işler örnek olarak gösterilebilir. Bu konuda bk. **Soergel/ Hadding/ Kiessling** BGB § 740 Rz. 4. Alman yazarların yaptığı atıflara bakıldığında, tamamlanmamış iş kavramının büyük ölçüde Federal Mahkeme kararlarıyla şekillendiği söylenebilir. Örneğin bk. BGH, NJW 1993, 1194; BGH- NJW- RR 1986, 1160. Yine, bir ön sözleşmeden doğan bağlayıcı bir taahhüt de tamamlanmamış iş sayılmaya yeterlidir. Buna karşılık, ortağın ayrıldığı tarihte devam eden bir sözleşme müzakeresi (görüşmesi) tarafları hukuken bağlamayacağından, askıdaki iş kapsamına dahil değildir. Bk. **Schmidt**, **DB** 1983, Heft 25, s. 2405. Anlaşılan odur ki “Hukuki bağlayıcılık”, tamamlanmamış iş kavramının içinin doldurulmasına hizmet eden önemli bir kriterdir.

⁹⁴⁶ Sözleşmenin tarafları, adi ortaklık ve onunla sözleşme kuran 3.kişilerdir.

⁹⁴⁷ Bk. HK- BGB /**Ingo Saenger**, BGB § 740, Rn. 1; **Henssler/ Strohn/ Kilian**, BGB § 740, Rn. 1-6; NK-BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 740, Rn. 1-5; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditzfurth**, BGB § 740, Rz. 3. Öğreti ve uygulamada, tamamlanmamış iş kavramının tanımına ilişkin görüş birliği bulunmadığı yönünde bk. **Riegger**, s. 140.

ölçüde sona ererler⁹⁴⁸. Kanımızca burada “iş” ifadesinin geniş yorumlanması gerekir. Bunun içine yalnız hukuki işlemler değil, aynı zamanda hukuki fiiller de dahil edilebilir. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemlerinde olduğu gibi⁹⁴⁹. *Riegger*, tamamlanmamış işlerin ayrılma payından ayrı olarak ileri sürülmesi hususunda şunları ifade etmektedir: Madem ki BGB 740 düzenlemesi tamamlanmamış işleri özel bir hesaba dahil etmektedir, öyleyse ortağın ortaklıktan ayrıldığı dönemde henüz ifa edilmemiş işlerin kanuna veya sözleşmeye dayalı olup olmaması herhangi bir önem taşımayacaktır. Ortaklığın tüm talep ve borçları daha ziyade tamamlanmamış iş kavramına tabidir, bunun için de ortaklık talep ve borçlarının ortağın ayrılmasından önce meydana gelen “*hukuki fiillere (Rechtshandlungen)*” dayanması gerekmektedir. Bu düşünce tarzı, kazanç elde etmeye yönelik işler ile salt yardımcı işler ayrımının gereksizliğini ileri sürmektedir. Yazara göre bu tür bir ayırım yapıldığı takdirde hükmün mantığı ve amacı ıskalanmış olacaktır ki, zaten Kanun’da böylesi bir ayırımın dayanak noktası da bulunmamaktadır⁹⁵⁰!

Bu tür işlerin iki ana unsuru bünyesinde barındırması gerekir: Bir işletmeyi ilgilendirmesi ve yapılması gereken işin “*brüt gelir*” (*Umsatz*) elde etmeye yönelik olması⁹⁵¹. Bu nedenle, bir ortaklığın dağıtmayıp elinde tuttuğu yıllık kar askıdaki iş kavramına girmez.

Salt yardımcı işlemler tamamlanmamış iş kapsamına dahil değildir⁹⁵². Yardımcı işlemlere örnek olarak; bir işyerinin kiralanması, bir fabrika arazisinin satın alınması, çalışanlarla, işçilerle, taşıma işleri komisyoncularıyla sözleşmeler kurulması

⁹⁴⁸ Bk. **Jauernig/Stürner**, BGB § 738- 740, Rn. 9. Bu tür kısmi edimlerin ayrılma bilançosuna işlenmeyeceği hususunda bk. **JurisPK- Bergmann**, BGB § 740, Rz. 5.

⁹⁴⁹ Karşı görüş için bk. **Schmidt**, DB 1983, Heft 45, s. 2404. Yazar, askıdaki iş kavramının hukuki işlemlerle sınırlı olduğunu, hukuki fiillerin bu kapsamda düşünülmemeyeceğini öne sürmektedir. Yazara göre, hukuki fiillerin tamamlanmamış iş kavramına girdiğini söyleyen yazarlar, eski Genel Alman Ticaret Kanunu’ndaki yanlış anlaşılmaya elverişli düzenlemenin etkisi altındadır. Halbuki bu kanunu temel alan formülasyonların da tıpkı kanunun kendisi gibi modası geçmiştir. Yazar, bu görüşünü, tarihsel kanun koyucunun amacının günümüzde önemini kaybettiği ve yürürlükteki hukukla bağdaşmadığı argümanına dayandırmaktadır. Alman hukukunda kanuni borç ilişkileri- ki, sebepsiz zenginleşme, haksız eylem ve vekâletsiz iş görmeyi kapsar- ise hükmün uygulama alanı dışında değerlendirilmektedir. Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rn. 4; **Erman/Westermann**, BGB § 740, Rz. 2.

⁹⁵⁰ Bu hususta bk. **Riegger**, s. 143.

⁹⁵¹ Sözü edilen unsurlar için bk. **Schmidt**, DB 1983, Heft 45, s. 2404. Ancak öğretilde çoğunluk, tamamlanmamış işlerin “kazanç” elde etme amacına yönelik olduğu görüşündedir. Örneğin bk. **Hueck**, OHG, s. 461.

⁹⁵² Nitekim bk. **Erman/Westermann**, BGB § 740, Rz. 2; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 740, Rz. 3.

gösterilebilir⁹⁵³. Gerçekten de bu tip faaliyetlerle amaçlanan, asıl ticari faaliyetlerin yürütülmesine zemin hazırlamaktır.

Sürekli borç ilişkileri de bu düzenlemenin çerçevesine girmez⁹⁵⁴.

c. Tamamlanmamış İş Kavramının Ayrılma Payı ile Bağlantısı

Askıdaki işlemlerin sonucuna katılma hakkı, aslında ayrılma payı alma alacağından bağımsız olarak ele alınmalıdır⁹⁵⁵. Kavramın tarihsel gelişimi incelendiğinde ise, BGB'yi hazırlayan kanun koyucunun ayrılma payı ile askıdaki işlemleri bilinçli olarak birbirinden ayırdığı görülmektedir. Ayrılma payının hesaplanıp ödenmesi, mümkün olduğunca seri bir prosedüre bağlanmalıdır ki, ayrılan ortak ekonomik kayıplarla karşı karşıya kalmasın. Ancak tamamlanmamış işlerin sonuçlandırılması genellikle uzunca bir süre gerektirdiğinden, yasa koyucu ayrılan ortağın payına bir an önce kavuşabilmesine öncelik vermiştir⁹⁵⁶.

BGB § 738 ile 740 arasındaki ilişkiyi ortaya koyan bazı yazarlar, ilginç bir ayrıntıya dikkat çekmektedir: Doktrinde *Riegger*, meseleyi, ayrılan ortağın tasfiye payı (diğer bir deyişle ayrılma payı) bağlamında ele alırken, BGB § 738'in tamamlanmamış işlerden doğan kar ve zarar taleplerini zaten hükme bağladığı çıkarımında bulunmaktadır. Yazara göre ayrılan ortak, ortaklık gerçekten sona ermiş olsaydı – diğer ortaklarla birlikte- tasfiye işlemlerinin sonucuna katılacaktı ki, söz konusu işlemlere “askıdaki işlerin sonucunun” da dâhil olduğu her türlü şüpheden uzaktır⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Bk. **Hueck**, OHG, s. 461.

⁹⁵⁴ **Palandt/ Sprau**, BGB § 740, Rz. 1; **Wiedemann, Gesellschaftsrecht**, s. 416. *Schäfer*; sürekli borç ilişkilerinin tamamlanmamış iş kavramının kapsamına girip girmediği hususunun doktrinde önceden tartışmalı olduğunu ancak, kavramın kapsamına “*girmediği*” yönündeki görüşlerin günümüzde ağırlık kazandığını belirtmektedir. Bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 740, Rn. 4-5.

⁹⁵⁵ Gerçekten de tamamlanmamış işlere katılma hakkı, ayrılma payından bağımsız olarak ortağa bahşedilmiş bir haktır. Ayrılma payı alacağının muaccel olması, bu hakkın ileri sürülebilmesini engellemez. Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rn. 1. Yine BGB § 740 ile ortağa tanınan hakkın ayrılma payından bağımsız olduğu hususunda bk. **Wiedemann, Gesellschaftsrecht**, s. 416; HK- BGB/ **Saenger** BGB § 740 Rn. 1. Tamamlanmamış işlerin ayrılma payından bağımsız ve ayrı olarak hesaplandığı yönünde bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 740, Anm. 1. Türk hukuku bakımından benzer yönde bk. **Domanıç**, s. 703. Yazar, tamamlanmış işlerin kar ve zararına katılma hakkının eski TTK 202 ve devamı hükümlerinin (hesaplaşma, ayrılma bilançosu) dışında tutulduğuna işaret etmektedir.

⁹⁵⁶ Federal Mahkeme'nin 1969 tarihli bir kararında, Alman kanun koyucusunun söz konusu amacına işaret edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi kararının kısa bir özeti için bk. **Schmidt**, DB 1983, Heft 45, s. 2402.

⁹⁵⁷ Bk. **Riegger**, s. 142. Hükümün lafzının böyle bir anlamlandırmayı haklı gösterebileceği, ancak bu yorum tarzının isabetli olmadığı hususunda bk. **Schmidt**, DB 1983, Heft 45, s. 2403. Zira yazar, normun

Her ne kadar ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerin akıbetini belirleme hususunda söz hakkı bulunmasa da sadakat yükümlülüğü, askıdaki işlerin başarılı şekilde sonuçlandırılması için ayrılan ortağın yeri geldiğinde oy kullanmasını gerektirebilir⁹⁵⁸.

Tamamlanmamış işler ayrılma bilançosuna işlenmeyen, özel olarak hesabı tutulan işlerdir. Bu da onların ayrılma payından bağımsız talep niteliğine sahip olmalarının doğal bir sonucudur. Hukukumuzda, kollektif ortaklıkta ayrılma payını düzenleyen kuralların adi ortaklığa kıyasen uygulanabileceği yolunda görüş bulunmaktadır⁹⁵⁹. Türk Ticaret Kanunu sistemi, ortaklıktan ayrılan kollektif ortağın ayrılma payının, tamamlanmamış işler tasfiye edilinceye değin ödenmeyeceğini hüküm altına almaktadır (TTK m. 262/2) Kollektif ortaklıklara dair düzenlemelere kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili kurallarında böyle bir maddeye rastlanmazken, Türk Kanun Koyucusu'nun nasıl bir mantıkla bu esası öngördüğü sorgulanmaya değerdir. Türk Borçlar Kanunu'nun 634. Maddesinde, tamamlanmamış işlerin bitirilmesi gerekip gerekmediğiyle ilintili bir ifade bulunmaması da kuşkusuz tartışmaları hararetlendirebilir. Kanaatimizce gerek İsviçre gerek Alman hukukunda yer almayan, zorlama bir müdahale ile hukukumuzda dahil edilen bu düzenlemenin adi ortaklıklara kıyasen uygulanması mümkün değildir. Çünkü, tamamlanmamış işlerin sonuçlandırılması çok uzun bir zaman dilimine yayılabilir. TTK'nın sistemi körü körüne uygulandığı takdirde, ayrılma payının ödenmesi için sözü edilen işlerin bitirilmesi beklenecektir. Halbuki, tamamlanmamış işlerin sonuçlandırılması yönetici ortakların görev ve yetki alanına girmektedir. Bu olgu özellikle ortaklıktan, diğer

amaç ve mantığına ters düşen bu yorumu benimsememektedir. BGB § 738 Abs.1 S.2'ye hâkim olan düşünce, "ayrılma anı prensibi" yani "*Stichtagprinzip*"dir. Kanun koyucunun amacı, ayrılan ortağı "hayali" bir tasfiye sürecine sürüklemek değil, aksine çıkarılacak özel bir bilanço ile ayrılma payının tespitini sağlamaktır. Yazar, tam bu noktada Genel Alman Ticaret Kanunu (ADHGB § 130 Abs.1) ve BGB'nin ilk tasarısının (658 Abs.1) sorunu daha açık bir biçimde hükme bağladığını vurgulamaktadır: "**Ayrılan ortağa ödenecek tasfiye payı bakımından, ortaklığın ayrılma anında içinde bulunduğu mali durum esas alınmalıdır**". Yazarın bu görüşüne katılmamak güçtür. Çünkü ayrılma payının uygulamada takside bağlanması veya uzun vadelere yayılması, "ayrılma anındaki finansal durumun" ölçü alındığının bir göstergesidir. İsviçre hukukunda ise adi ortaklıkta çıkma ve çıkarılma konusunda normatif bir düzenleme getirilmemekle birlikte, kollektif ortaklıkta ayrılma payının ödenmesinde esas alınacak anın, "ayrılma anı" olduğu gayet açık bir şekilde belirtilmiştir (OR Art. 580/2). Nitekim bk. ZK-**Handschin/Chou**, Art. 580, No. 35; **Schaedler**, s. 9. Menfaatler durumunun benzerlik gösterdiği adi ortaklığa bu hükmün uygulanmaması için herhangi bir engel yoktur.

⁹⁵⁸ Çünkü sadakat yükümü yalnızca ortaklık ilişkisi devam ederken değil, aynı zamanda ayrılma gibi hukuki ilişkinin sona erdiği durumlarda da belirleyici bir rol oynar. Bk. **Bollmann**, s. 66.

⁹⁵⁹ Bu görüş için bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 73.

ortaklar ile arasındaki husumet veya çekişme sebebiyle ayrılan ortağa ödenecek kâr payı bakımından olumsuz sonuçlar yaratma potansiyeli barındırmaktadır. Yönetici ortakların her ne kadar MK 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun hareket etme yükümlülükleri⁹⁶⁰ mevcutsa da, onların tamamlanmamış işleri savsaklama veya geciktirme ihtimalleri de hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Ayrılma payının hukuksal yazgısını, dolaylı olarak yönetici ortakların inisiyatifine terk eden bu mantığı savunma olanağı yoktur. Dolayısıyla biz ayrılma payı ile tamamlanmamış işlerin kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılmaları gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece ayrılan ortak ayrılma payı kendisine ödendikten sonra, her faaliyet yılının sonunda çıkarılacak bilançolar uyarınca kendisine düşen kar- zarar payını alabilecektir. Ayrılan ortağın ayrılma payına bir önce kavuşmasındaki hukuksal ve ekonomik menfaati göz önünde tutulduğunda da, tamamlanmamış işlerin sonuçlandırılmasını beklemenin doğuracağı sorunlar ortadadır. Yine, kollektif ortaklığa ilişkin hükmün Kanun'dan çıkarılması da meselenin çözümlenmesine katkı sunabilir.

d. Tamamlanmamış İşlerin Sonuçlandırılması ve Kar- Zarar Taleplerinin İleri Sürülmesi

Kâr payı talepleri, sözü edilen işler sonuçlandırıldığında ileri sürülebilir⁹⁶¹. Bu ve diğer ödeme talepleri, söz konusu işin sonucunun objektif olarak kesinleşmesiyle doğar⁹⁶² ve ilgili işlerin tamamlandığı faaliyet yılının sonunda muaccel hale gelir. Ödeme borcu nedeniyle diğer ortaklar şahsen ve müteselsilen sorumludurlar⁹⁶³. Söz

⁹⁶⁰ Alman hukukunda ise, sadakat yükümlülüğünün sözleşme sonrasına (hukuki ilişkinin bitimine) sirayet eden etkisi (*nachvertragliche Treupflicht*) kabul edilmekte ve yönetici ortakların yalnız ortaklığın değil, aynı zamanda ayrılan ortağın çıkarlarını da dikkate alması gerektiği belirtilmektedir. Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz.132.

⁹⁶¹ Bk. **Palandt/ Sprau**, BGB § 740, Rz. 1. Ancak ayrılan ortak bakımından söz konusu işlemler yalnızca borçlar hukukuna özgü bir talep hakkı doğururlar. Bu hususta bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 740, Rn. 1-6. Zira ayrılma ile ortaklık ilişkisi ortadan kalkmıştır.

⁹⁶² Krş. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 740, Rz. 7. Yazar, kâr payı ödeme talebinin ayrılma anında doğduğunu belirtmektedir.

⁹⁶³ Alman hukukunda ise, ortaklık malvarlığının yanında diğer ortaklar da bu borçtan ötürü şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 7. Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararı sonrasında, HGB § 128'de ifadesini bulan *fer'i sorumluluk rejimi* dışı ortaklıklar bakımından da benimsenmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak, HGB § 128'deki sorumluluk düzeni ayrılan ortağın kâr payı ödenmesine dair taleplerine de uygulanacaktır. Zira burada üçüncü kişi konumundaki ayrılan ortağın ortaklığa yönelttiği bir talep, yani HGB § 128 anlamında bir ortaklık borcu (*Gesellschaftsverbindlichkeit*) söz konusudur. Böylelikle ayrılan ortak, önce ortaklık

konusu ödeme istemleri alacağın temlik hükmüne göre serbestçe devredilebilir. Bitirilmiş işlerin neticesinde bir zararın ortaya çıktığı tespit edildiği takdirde, ayrılan ortak kendisine düşen zarar payını ortaklığa ödemekle yükümlüdür⁹⁶⁴.

Tamamlanmamış işleri sonuçlandırma görevi yalnız diğer ortaklara düşmektedir⁹⁶⁵. Kalan ortaklar bu işleri, kendi işlerinde göstermeleri gereken özenle (BGB § 708) sonuçlandırmalıdır. Bu esnada yalnız kendi menfaatlerini değil, aynı zamanda ayrılma sonrasına sirayet eden sadakat yükümünü de gözeterek amaca uygun bir tasfiye yürütmelidirler⁹⁶⁶. Adi ortaklığın bir ticari işletme işlettiği hallerde, tamamlanmamış işler bakımından ortakların basiretli bir iş adamı gibi davranmaları gerektiği kanısındayım. Yani bu tip durumlarda ortakların objektif özen ölçüsüne tabi tutulmaları, onların ayrılan ortağın menfaatlerini mümkün olduğunca gözetmelerini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, hükmün mehzazında (BGB § 740/1 S.2) yer alan “*kendilerine en yararlı olacak biçimde...*” ifadesi⁹⁶⁷ kalan ortaklara geniş bir takdir alanı bırakmaktadır⁹⁶⁸. Ancak, bu takdir yetkisinin de kuşkusuz dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması icap eder.

Tamamlanmamış işlerin sonuçları ayrılma bilançosunda gösterilmez, onlar kural olarak- yıllık kâr zarar bilançolarında yer alır. Zira daha önce de vurgulandığı gibi, tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı ayrılma payı alacağından bağımsız bir hak niteliğini haizdir. Dolayısıyla – sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece- bu talep hakkı ayrılma bilançosuna işlenmez⁹⁶⁹. Burada yönetici ortaklara düşen görev, tamamlanmamış işlerden doğan kar- zararı ortaya koyan yıllık bilançoların bir örneğini ayrılan ortağa ibraz etmektir. Ancak bu şekilde ayrılan ortak, tamamlanmamış işlerin sonucuna yönelteceği itirazını somutlaştırabilir.

malvarlığına başvurmasına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya diğer ortaklara (ortaklıkta kalan ortaklara) yönelebilecektir.

⁹⁶⁴ Bk. **Bamberger/ Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 7.

⁹⁶⁵ Bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 740, Anm. 2.

⁹⁶⁶ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 38.

⁹⁶⁷ Mehzazda bulunan bu ifadenin TBK m. 636'ya niçin alınmadığı konusunda madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yapılmamış olması ilginçtir. Bk. TBK m. 636 gerekçesi. Ancak her halükârda, adı geçen düzenlemenin (TBK m. 636) kaynak BGB § 740'a göre yorumlanmasında yarar vardır.

⁹⁶⁸ Nitekim, tamamlanmamış işlerin nasıl sonuçlandırılacağı hususunun diğer ortakların takdirine bırakıldığı yönünde bk. BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 740, Anm.2. “*en yararlı olacak şekilde*” ifadesinin, yönetici ortaklara geniş bir ticari takdir alanı verdiği yönünde bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 132.

⁹⁶⁹ Nitekim bu hususta bk. Peter Glanegger, Georg Güroff, Hans Jochen Niedner, Günter Renkl, Werner Russ ve Ulrich Stuhlfelner (Hrsg), **Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 7. Aufl, Heidelberg, 2007 (Anılış: Heidelberger Komm/ ilgili bölüm yazarı), HGB § 131, Rz. 20.

Ne var ki İsviçre öğretisinde *von Steiger*, tamamlanmamış işlerin ayrılma payının hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini öne sürmektedir. Yazara göre, ya bu işlerin tahmini (farazi) sonuçları ayrılma bilançosuna işlenmeli ya da bu işlerle ilintili hesap kalemleri-sonradan hesaplanmaları ve bitirildikten sonra (sözü edilen işler) ayrılma payı tutarının düzeltilmesi kaydıyla- geçici olarak ayrılma payının dışında bırakılmalıdır⁹⁷⁰. Yazarın, bu görüşünü herhangi bir gerekçeye dayandırmadığı görülmektedir.

e.TBK 636'dan İleri Gelen Özel Yönetmelik Hakları

Çıkma veya çıkarılma neticesinde ortak, ortaklık haklarını yitirir. Zira bu tür hakları kullanabilmenin ön şartını “ortaklık sıfatı” oluşturmaktadır. Gerek malvarlıksal gerekse yönetmelik hakları açısından durum farklıdır. Ne var ki, kanun koyucu bu temel ilkeye önemli bir istisna getirmiş ve ayrılan ortağa tamamlanmamış işler bakımından bazı hakları tanımıştır.

Esasen, kanun koyucunun ayrılan ortağa belirli hakları bahsetmesinin altında yatan sebep, bu işlemlerin yapıldığı dönemde ayrılan ortağın ortaklık sıfatının sürüyor olmasıdır. Keza, tamamlanmamış işler bakımından ayrılan ortak “*halen ortakmış gibi*” değerlendirilmektedir⁹⁷¹. Bu da ortağın ortaklık sıfatının devam ettiği yönünde bir izlenim uyandırabilir⁹⁷². Ancak, ayrılan ortağa birtakım hakları tanınmış olması onun bu işlemlere “ortaklık sıfatı” na dayanarak iştirak ettiği anlamına gelmemektedir. Zira BGB § 740 hükmü, sürekli borç ilişkisi niteliğini haiz ortaklık ilişkisinin tasfiyesini ilgilendiren bir düzenlemedir. Ayrılma sonucunda ortak ile ortaklık arasındaki hukuki bağ çözülmüş ve tıpkı diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, hukuki ilişkinin tasfiyesine yönelmiştir. Dolayısıyla, BGB § 740 normunu bu olgudan bağımsız olarak yorumladığımız takdirde yanlış sonuçlara varmamız muhtemeldir.

⁹⁷⁰ Bk. *von Steiger*, s. 419. Aynı yönde bk. BK- *Fellmann/Müller*, OR Art. 542, No. 182.

⁹⁷¹ Nitekim benzer yönde bk. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB § 138, Rz. 38. Yazarın da ifade ettiği üzere, bu durum yalnız iç ilişki için geçerlidir.

⁹⁷² Nitekim tamamlanmamış işlere katılma hakkı, ayrılan ortağın ortaklık sıfatının- zaman veya konu itibarıyla sınırlı olarak dahi- sürdüğü anlamını taşımamaktadır. Bu hususta isabetle bk. *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, BGB § 740, Rz. 5. Yani, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlere katılması onun ortaklık sıfatını yitirdiği gerçeğini değiştirmez. Bk. *Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth*, BGB § 740, Rz. 2; BGB- RGRK/*Fischer* 11.Aufl, BGB § 740, Anm. 1.

Yukarıda, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerden doğan kar ve zarara katılabileceğini belirtmiştik. Bir diğer istisna ise, ayrılan ortağa tanınan yönetsel haklarda kendisini göstermektedir. BGB § 740 ile ortağa tanınan hakların hukuki niteliği bu hakların devredilebilirliği noktasında büyük önem taşımaktadır. Hâkim öğretiyeye göre, hesap isteme ve bilgi alma hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemez haklardır. Hâkim görüşün temsilcileri, buna gerekçe olarak tamamlanmamış işlere dair hesap isteme hakkının ortaklık ilişkisinden doğan bir talep olduğunu öne sürmektedirler⁹⁷³. Çünkü, üçüncü kişilerin bu şekilde tasfiyeye ve ortaklığın iç ilişkilerine dahil edilmesi ortaklığın karakteristiğine ters düşmektedir⁹⁷⁴.

Riegger, bu görüşe katılma olanağı bulunmadığı kanaatinde. Yazara göre, hâkim görüşün temsilcileri hesap isteme hakkının, asıl talebin gerçekleştirilmesine hizmet eden yardımcı nitelikli bir talep olduğunu göz ardı etmektedir. Diğer durumlarda olduğu gibi, burada da yardımcı talep (*Hilfsanspruch*) asıl talebin (*Hauptanspruch*) hukuksal akıbetini paylaşır. Yani asıl talebin (örneğin kâr payı talebi) devri olasılığında, yardımcı talep niteliğindeki hesap isteme hakkı da devralana (*Zessionar*) geçecektir. Yine, hesap isteme hakkının ortaklık ilişkisinden doğduğu, tartışmaya açık bir konu değildir. Ancak yanlış olan, sırf bu argümana dayanarak hesap isteme talebinin devredilemez olduğunun ileri sürülmesidir. Yazara göre, asıl talebin - yani kâr zarar payı talebinin- devredilebilir olması, yardımcı talep olan hesap isteme hakkının devredilebilmesi bakımından yeterlidir. Keza kanun koyucu yardımcı taleplerin devredilemeyeceğini düzenlemek isteseydi, bunun için açık bir istisna hükmüne ihtiyaç duyulurdu. Özetle yazar, BGB § 717 hükmünün alacağın devrine ilişkin BGB § 401⁹⁷⁵ kuralının yardımcı taleplere uygulanabilirliğini ortadan kaldırmadığı sonucuna ulaşmaktadır⁹⁷⁶.

Fıkra (BGB § 740/2) belirtilen haklar nitelikleri itibariyle kişisel haklardır⁹⁷⁷, ancak kanaatimizce ayrılan ortağın bu hakları kullanırken bir uzmanın

⁹⁷³ Bk. **Riegger**, s. 154.

⁹⁷⁴ Nitekim bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 740, Rz. 3. Bu görüşe katılmamakla birlikte bk. **Riegger**, s. 154.

⁹⁷⁵ BGB § 401, yan haklar ile öncelik haklarının devralana geçişini hükme bağlamaktadır.

⁹⁷⁶ Bk. **Riegger**, s. 154- 155.

⁹⁷⁷ Dolayısıyla üçüncü kişiye devredilemezler. Bu hususta bk. **Hueck**, OHG, s. 463. Hesap isteme hakkının (*Das Recht auf Rechnungslegung*) devredilemeyeceği yönünde bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 39. Ne var ki, ayrılan ortağın sınırlı ehliyetsiz olması durumunda bu haklar yasal temsilci tarafından kullanılacaktır. Bu olgu, yasal temsilcinin temsil yetkisinin kanuna dayanmasından kaynaklanmakta olup, hakkın devredildiği yönünde yorumlanamaz.

yardımdan yararlanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Hatta, ortaklık nezdinde uzmanın şahsına dair çekinceler ileri sürülmüş olsa dahi bunlar ayrılan ortağı bağlamayacaktır, zira ayrılma ile ortağın sadakat borcu ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla ayrılan ortak, uzman kişiden yararlanırken ortaklık çıkarlarını gözetmek durumunda değildir. Şüphesiz, ayrılan ortağın kapsamlı bir bilgi alma hakkına sahip olduğundan söz edilemez. Ayrılan ortak, ortaklık defterlerinin (ör: adi ortaklık ticari işletme işletiyorsa envanterin) kendisine ibraz edilmesini isteyemez⁹⁷⁸. Diğer yandan yönetici ortaklar da ayrılan ortağa sınırsız inceleme hakkı tanımak suretiyle kendi hesap verme yükümlülüklerinden kurtulamazlar⁹⁷⁹.

Gerçekten, ayrılan ortağa ortaklık sıfatını yitirdiği için genel bir inceleme hakkı tanımak isabetli olmasa da⁹⁸⁰, en azından bitirilmiş işlerden kendisine düşen kar veya zarar bakımından bilançonun ibrazını talep hakkı verilebilmelidir. Çünkü ancak bu şekilde ayrılan ortak, kendisine düşen kar veya zararın doğru şekilde hesaplanıp hesaplanmadığı konusunda bilgi sahibi olabilir.

Ayrılan ortak, ayrıldığı andan itibaren kendisine kanunen tanınmış olan denetleme hakkını ve aynı zamanda ortaklık işlerinin seyrine etki etme şansını yitirir. Bununla birlikte, onun tamamlanmamış işlerin sonucuna iktisaden iştirak etme hakkı devam etmektedir. Dolayısıyla ayrılan ortağa, bu işlerin gerektiği gibi tamamlanıp tamamlanmadığını kontrol etme olanağı sağlanmalıdır⁹⁸¹. Keza, tamamlanmamış işler açısından yönetici ortakların özen yükümüne aykırı hareket ederek ayrılan ortağı zarara uğratmaları halinde ayrılan ortak tazminat davası açabilir⁹⁸². Ayrılan ortağın tüm bu gelişmeleri takip edebilmesi, kendisine inceleme hakkı tanınmasına bağlıdır.

Ortaklığın iç ilişkisini ilgilendiren her meselede olduğu gibi, burada da ayrılan ortağın hesap ve bilgi isteme hakkının muhatabı yönetici ortaklardır. Yönetici ortaklar, ayrılan ortağa bitirilmiş işlere ilişkin hesap; henüz tamamlanmamış işlere ilişkin ise

⁹⁷⁸ Bk. **Hueck**, OHG, s. 462; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 39.

⁹⁷⁹ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 39.

⁹⁸⁰ Her ne kadar Alman hukukunda ayrılma sonrası sır tutma yükümünün varlığı kabul edilmiş olsa da, ayrılan ortağın ortaklık defterlerine dayanarak edindiği bilgiyi ileride kendi yararına kullanma potansiyeli her zaman mevcuttur. Bu durumun ortaklık açısından olumsuz etkiler doğurmasını önlemek adına, ayrılan ortağa *yalnız kendi işleriyle sınırlı* bir inceleme hakkı tanınabilir. Hatta, yönetici ortaklardan bir veya birkaçının bu incelemelerde hazır bulunması önerilebilir. Çünkü menfaatler durumu tartıldığında zarara uğrama olasılığı yüksek olan taraf ortaklıktır. Bu da inceleme hakkı bağlamında ortaklık menfaatlerinin üstün tutulmasını gerektirir.

⁹⁸¹ Bu hususta bk. **Riegger**, s. 153.

⁹⁸² Nitekim BGB § 708'de düzenlenen özen yükümünün, ayrılan ortak ile yönetici ortaklar arasındaki ilişkiye de uygulanacağı hususunda bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 132.

bilgi vermekle yükümlüdürler. Yöneticilerin bu yükümlülüklerinin yasal dayanağını TBK m. 630/3’de ifadesini bulan “hesap verme yükümü” oluşturmaktadır. Yönetici ortakların makul ve geçerli bir mazeret bulunmaksızın bilançoju ibraz etmekten kaçınmaları olasılığında, ayrılan ortak bilançonun kendisine ibrazı için eda davası açabilir. Bilançonun ibrazından kaçınan yönetici ortaklar, bunun geçerli bir sebepten kaynaklandığını ispat yükü altındadırlar. Zira ayrılan ortağın ortaklık nezdindeki etkinliği ve gücü ayrılma ile sona ermiştir. Bundan ötürü ayrılan ortağın, bilançonun ibrazından haksız şekilde kaçınıldığı iddiasını ispatlama olasılığı oldukça düşüktür. Kısacası, burada ispat yükü tersine çevrilerek ayrılan ortağın korunmasında fayda vardır.

Yine mahkeme davacının talebi üzerine, bilanço ve onunla bağlantılı diğer belgelerin güvenli bir yere tevdiine karar verebilir (ihtiyati tedbir kapsamında).

Ne var ki, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, bu davanın tüm ortaklara karşı açılması gerekecektir. Yönetici ortakların hatalı davranışlarına dayanan bu davada tüm ortakların dava edilmesi kanaatimizce adil değildir. Zira bu gibi talepler bölünebilir nitelik taşımadığından, ortaklar dava boyunca zorunlu dava arkadaşı olarak hareket edeceklerdir.

Ayrılan ortağa BGB § 740/2 (TBK 636) gereğince bilgi ve hesap isteyebilme hakkı tanınmaktadır.; ortaklık sıfatının sona ermesine bağlı olarak ortağın denetleme hakkı da ortadan kalkar⁹⁸³. İşte anılan düzenleme, kanaatimizce bu durumun gerçek bir istisnasını oluşturmaktadır⁹⁸⁴: Keza söz konusu bilgi alma hakkı ayrılan ortağa bizzat kanunla verilmiştir. Hesap ve bilgi verme isteminin türü ve şekli, BGB 259 ve 260’a göre belirlenir. Hesap ve bilgi isteme hakkı, doğası gereği kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemez bir haktır⁹⁸⁵. Ayrılan ortağın bilgi ve hesap isteme hakkının muhatabı bizim hukukumuzda diğer ortaklar, Alman hukukunda ise (şüphesiz kısmi hak ehliyeti

⁹⁸³ Benzer açıdan bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 740, Rz. 8.

⁹⁸⁴ BGB § 740/2’nin ortağa “bağımsız” bir bilgi alma hakkı tanıdığı yönünde bk. **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 416. Gerçekten de ortak, faaliyet yılı sonunda henüz tamamlanmamış işlerin sonucu hakkında yönetici ortaklardan bilgi isteyebilmektedir. Benzer yönde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 740, Rn. 7; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 740, Rz. 8.

⁹⁸⁵ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 6. Çünkü bu istemler halen ortaklık ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda bk. **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 740, Rn. 1- 6; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 740, Rz. 8. Son yazara göre kazanç payı talebi devredilse bile (mali hak olması itibarıyla), devralanın ortaklıktan hesap isteme hakkı bulunmamaktadır. Bu da hesap isteme hakkının devredilemez niteliğini ortaya koymaktadır.

tanınmasının etkisiyle) ortaklığın kendisidir⁹⁸⁶. Ayrılan ortak TBK 630/3 kuralı uyarınca hesap isteme hakkını yönetici ortaklara yöneltecektir. Zira, madem ki sözü edilen talep hakkının ortaksal ilişkiye dayandığı kabul edilmektedir, öyleyse hesap verme yükümünün muhatabı yine yönetici ortaklardır.

f.TBK m. 636'dan Ayrılan Anlaşmalar

BGB § 738- 740 (TBK m. 633- 636) hükümleri yedek hukuk normu niteliğini haizdir. Emredici nitelikte görülen kısım, ortaklık malvarlığındaki payın diğer ortaklara geçişini düzenleyen BGB 738'dir. Bu da ortaklık malvarlığının ortaklığa ait olduğu yolundaki kuralın doğal bir sonucudur. Keza, ortaklık sıfatını yitiren bir kimsenin, payı olduğundan da söz edilemez. Yalnızca atipik gizli ortağın ortaklık malvarlığına katılımının sürdüğü yönünde bir anlaşma yapılabilir. Getirilen katılma paylarının iadesi, ayrılan ortağın borçtan kurtarılma talebi, ayrılma payı, ek yükümlülükler konulması vb. konularda ortaklar irade özerkliği çerçevesinde diledikleri düzenlemeleri yapabilirler. Aynı şekilde, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlere katılımını öngören BGB 740- TBK m. 636 da emredici norm değildir⁹⁸⁷. Hatta, pek çok sözleşmede ayrılan ortağın tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkını elinden alan hükümler konulduğu görülmektedir⁹⁸⁸.

Özellikle işletme değerlendirme yöntemi olarak *kazanç değerinin* seçildiği durumlarda, ayrılan ortağın tamamlanmamış işlere katılma hakkı götürü bir biçimde hesaplanmakta, böylelikle tasfiye aşamasının kısaltılması ve kolaylaştırılması hedeflenmektedir. Yani, tamamlanmamış işlerden doğan karlar, ortaklığın gelecekteki kazançları kapsamında ele alınmaktadır⁹⁸⁹. Kanaatimizce, normalde ayrılma payından

⁹⁸⁶ Nitekim Alman hukukunda bu yönde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 740, Rz. 8; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rn. 6.

⁹⁸⁷ Tüm bu açıklamalar için bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 40. BGB § 740'ın yedek hukuk normu niteliğinde olduğuna ilişkin bk. NK-BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 740, Rn. 1- 5; MüKo/**Schäfer**, BGB § 740, Rn. 8; **Erman/Westermann**, BGB § 740, Rz. 5; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 740, Rn. 1- 6; Peter Ulmer, "Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln", **NJW**, Heft 3, 1979, s. 85. Son yazar, BGB § 740'ın değiştirilebilir, yani tamamlayıcı norm olduğu konusunda öğretide herhangi bir tereddüt bulunmadığını vurgulamaktadır.

⁹⁸⁸ Bk. Willy J Roolf ve Günther Vahl, "Die Beteiligung eines ausgeschiedenen Gesellschafters am Ergebnis schwebender Geschäfte", **DB**, 1983, s. 1968; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 40. Uygulamada, tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkının açıkça veya örtülü şekilde kaldırıldığı hususunda bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3.

⁹⁸⁹ Dolayısıyla, BGB § 740'ta ifadesini bulan bu hak, örtülü olarak kaldırılmış olmaktadır. Nitekim bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 740, Rn. 1- 6.

bağımsız bir talep hakkı olan bu hakkın sözleşmeyle ayrılma payının hesaplanmasına dahil edilmesinin⁹⁹⁰ önemli bir neticesi daha vardır: Ayrılan ortağın, bitirilmiş işlere ilişkin hesap isteme, henüz tamamlanmamış işlere ilişkin bilgi alma hakkı, kazanç değeri yönteminin benimsenmesi ile ortadan kalkabilir⁹⁹¹. Zira, BGB 740 normu böylelikle devre dışı bırakılmış olmaktadır⁹⁹². Bunun yerini, ayrılan ortağın ayrılma payına ilişkin genel bilgi edinme hakkı alacaktır. Zira, tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı kaldırılan bir ortağın, bu hakla sıkı sıkıya bağlantılı hesap isteme ve bilgi alma haklarını kullanması düşünülemez.

Yine, ayrılan ortağa defter değeri- yani son yıllık bilançoya göre hesaplanacak değer- (*Buchwert*) üzerinden veya sabit bir ayrılma payı ödeneceği hallerde de BGB § 740'ın örtülü olarak değiştirildiği söylenebilir⁹⁹³.

Tüm bu anlatılanlardan çıkarılan sonuç, BGB § 740 hükmünün genel olarak işlevsiz bir görünüm arz ettiği⁹⁹⁴. Ne var ki, bazı özel olasılıklarda kazanç değeri yöntemi işlerliğini kaybedebilir. Özellikle, iki kişilik bir adi ortaklıkta ortaklardan birinin ayrılması sonrasında, kalan ortak yalnızca belirli görevlerin icrası amacıyla ve sınırlı bir süre için ortaklığı devam ettiriyorsa, kazanç değeri yönteminin uygulanma kabiliyeti ortadan kalkar⁹⁹⁵. Zira, adi ortaklık tek kişiden oluşamaz. Bu da adi ortaklığın sona ermesi sonucunu beraberinde getirir. Dolayısıyla, ortaklığın gelecekte kazanç elde edeceğine dair varsayım, meşru zeminini yitirmiş olmaktadır. Böyle durumlarda, kazanç yöntemi kararlaştırılmış olsa bile, BGB § 740 normunda dile gelen talep hakları deyim yerindeyse yeniden canlanacak ve ayrılma payından bağımsız olarak ileri sürülebilecektir⁹⁹⁶.

⁹⁹⁰ Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3

⁹⁹¹ Gerçekten, öğretilerde *Ulmer* de hükmün (BGB § 740) ayrılan ortağa bahsettiği hakkın kaldırılmasıyla ayrılan ortağın, ayrılma tarihinden itibaren uzun bir süre boyunca işlerin seyri hakkında bilgi edinmesinin önüne geçildiğini söylemektedir. Bk. **Ulmer**, NJW 1979, Heft 3, s. 85.

⁹⁹² Benzer yönde bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditzfurth**, BGB § 740, Rz. 1.

⁹⁹³ Bu hususta bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 740, Rn. 8.

⁹⁹⁴ Bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 740, Rn. 3; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3; **HK-BGB/Ingo Saenger**, BGB § 740, Rn. 1.

⁹⁹⁵ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3; **Erman/Westermann**, BGB § 740, Rn. 1.

⁹⁹⁶ Benzer yönde bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 740, Rz. 3.

Aksine anlaşmalarda, ispat yükü buna dayanan kimseye aittir⁹⁹⁷. Çoğu durumda aksine anlaşmaların diğer ortakların menfaatlerine hizmet ettiği dikkate alındığında⁹⁹⁸, ispat yükünü çoğunlukla diğer ortakların taşıyacağı kuşkusuzdur⁹⁹⁹.

4. Ayrılan Ortağın Bilgi Alma Hakkı

Denetleme hakkı, ortaklık sıfatının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından biri olarak, ayrılma anında kendiliğinden ortadan kalkar¹⁰⁰⁰. Keza ayrılma ile ortaklık ilişkisi ortak açısından son bulmuştur¹⁰⁰¹. Bu duruma BGB § 740'da (TBK 636) hükme bağlanan, tamamlanmamış işlerle ilgili bilgi ve hesap isteme hakkı istisna teşkil eder¹⁰⁰². Bu hak, ortağın ortaklık sıfatı taşıdığı dönemde sahip olduğu denetleme hakkının yerine geçer¹⁰⁰³.

Bununla beraber, ortağın kendisine düşen tasfiye payı (ayrılma payı) veya ayrılma öncesi borçlardan sorumluluk kapsamında bir bilgi alma/ inceleme hakkına sahip olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁴. Yoksa ayrılan ortağın diğer ortaklar gibi ortaklığın tüm defter ve belgelerini inceleme yetkisi yoktur¹⁰⁰⁵. Ayrılan ortağa bu denetleme hakkı ayrılma sonucunu doğuran hukuki sebepten (çıkma, ölüm vb.) bağımsız olarak tanınır. Hatta çıkarılan ortak dahi belli şartların varlığı halinde denetleme hakkına sahiptir. Ayrılan ortağın denetleme hakkı, ayrılma sebebinin

⁹⁹⁷ Benzer yönde bk. NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 740, Rn. 1- 5.

⁹⁹⁸ Nitekim bu yönde bk. **Ulmer**, NJW 1979, Heft 3, s. 85.

⁹⁹⁹ Bu sebeple, herhangi bir hukuki uyumsuzluk çıkması halinde ispat yükü bu klotlardan yararlanan kişilerin, yani diğer ortakların üzerindedir. Bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 740, Rz. 1. Benzer yönde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 740, Rn. 8.

¹⁰⁰⁰ Bk. BK- **Fellmann/ Müller**, OR Art. 541, No. 18.

¹⁰⁰¹ Benzer yönde bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 203.

¹⁰⁰² Ancak BGB § 740'ın karşılığı TBK 636 dilimize doğru biçimde çevrilmemiştir. Bu hükmün aslına göre yorumlanması isabetli olacaktır. BGB § 740'a göre, ayrılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kar ve zarara katılır. Ortaklıktan ayrılan ortak her hesap devresi sonunda, o yıl içerisinde bitirilen işlerin hesaplarını, tamamlanmamış işler sebebiyle varsa kendisine düşecek kâr payını ve tamamlanmamış işlerin durumuna ilişkin kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. Bu haklı eleştiriler için bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 204. İsviçre hukukunda ise bu tarz bir düzenleme mevcut değildir.

¹⁰⁰³ Bk. Julian **Äkermann**, **Der Kernbereich des Informationsrechts im Recht der Personengesellschaften**, Münster, 2002, s. 39.

¹⁰⁰⁴ Ayrılan ortak bilgi alma hakkını, finansal taleplerinin tespiti bakımından zorunlu olduğu sürece kullanabilir. Bk. **Hartmann**, OR Art. 576, No. 10. Yazarın sözünü ettiği finansal taleplerin başında kuşkusuz ayrılma payı gelmektedir.

¹⁰⁰⁵ Bu hususta bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 541, No. 4; **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 203.

gerçekleşmesinden önce ortaya çıkan ve yalnız kendisini ilgilendiren işlerle sınırlıdır¹⁰⁰⁶.

Ayrılan ortak, bilhassa ayrılma payının hesaplanması için gerekli bilgileri ortaklıktan alabilmelidir¹⁰⁰⁷. Zira ayrılan ortak, ayrılma payı alacağı bakımından ortaklık nezdinde üçüncü kişi olarak görülmektedir¹⁰⁰⁸. Ayrılan ortağa tanınan bilgi alma veya diğer bir deyişle inceleme hakkının yasal dayanağı olarak BGB 810 düzenlemesi gösterilmektedir¹⁰⁰⁹. Bu maddede, yabancı bir kimsenin zilyetliğinde bulunan bir belgeyi incelemekte menfaati olan kişinin, zilyetten belli koşulların gerçekleşmesi halinde söz konusu belgeyi incelemesine izin vermesini isteyebileceği düzenlenmektedir¹⁰¹⁰. Şimdi de ayrılan ortağın bu hüküm çerçevesinde sahip olduğu bilgi alma hakkına bir göz atalım.

Martens, bu hakkın ayrılan ortak ve ortaklığa ortak olarak girmeyen mirasçılar için anlam ifade ettiğini söylemektedir. Örneğin, ayrılan ortağın ayrılma öncesi dönemde doğan ve ortaklığa karşı ileri sürdüğü alacaklar için BGB 810'daki hak uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla yazar, BGB § 810'un geniş yorumlanması gerektiği kanaatinde. Ayrılan ortak, hangi belge ve kayıtlara ulaşmak istiyorsa onları münferiden ayırmalı, yani inceleme hakkının kapsamını somutlaştırmalıdır. Bazı münferit belgeler, ortaklık sıfatının henüz sona ermediği dönemi ilgilendirmesi kaydıyla, incelenebilir (bu belgeler yıllık bilanço hakkında ayrılan ortağın bir fikir edinmesine elverişli belgeler olmalıdır). İnceleme hakkı istisnai durumlarda ayrılma sonrasında vuku bulan gelişmelere de yayılabilir. Bu işlerin defter kayıtlarının doğru şekilde tutulmasında ayrılan ortağın menfaati vardır. Ayrılan ortağın, ayrılma sonrası elde edilecek ortaklık karına katılacağı hususunun sözleşmeyle öngörülmesi örneğinde olduğu gibi. Tüm diğer haklar gibi, ayrılan ortağın inceleme hakkı da kötüye kullanım yasağına tabidir. Ayrılan ortak bu hakkını dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar içinde kullanmalıdır¹⁰¹¹. İspat yükü, ayrılan ortağın hakkın kötüye kullanılması yasağına

¹⁰⁰⁶ Bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 541, No. 4- 5; BK- **Fellmann/Müller** OR Art. 541, No. 18; **Siegwart**, OR Art. 541, No.3. Türk hukukunda benzer yönde bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 203. Denetleme hakkının, ayrılma öncesinde mevcut olan olgularla ilintili olmak üzere, ayrılan ortağa kıyasen tanınması gerektiği hususunda bk. **CHK- Jung**, OR Art. 541, No. 1.

¹⁰⁰⁷ Bk. **Schlegelberger/ Martens**, HGB § 118, Rz. 37.

¹⁰⁰⁸ Bk. **Äkermann**, s. 39.

¹⁰⁰⁹ Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 156; **Äkermann**, s. 39; **Hueck**, OHG, s. 188, dpn. 7.

¹⁰¹⁰ Bu hususta bk. **Yıldırım**, Denetleme Hakkı, s. 204, dpn. 28.

¹⁰¹¹ Bu yönde bk. **Schlegelberger/ Martens**, HGB § 118, Rz. 37.

aykırı davrandığını öne süren ortaklığın üzerindedir. Ortak, BGB § 810 bağlamında kendisine bahşedilen bu hakkı kullanırken uzman bir üçüncü kişinin yardımından yararlanabilir¹⁰¹². Kanaatimizce, uzmanın yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir gibi sır tutmakla yükümlü kimseler arasından seçilmesi yerinde olacaktır.

Yine, ayrılan ortağın belge incelemedeki menfaati ile ortaklığın ortaklık sınırlarının korunmasındaki menfaati çatışabilir. Böyle bir durumda, taraf menfaatleri tartılacak ve ortaklığın üstün gelen menfaatlerine öncelik tanınacaktır. Ancak ortaklığın haksız yere bilgi/ belge vermekten kaçınması halinde, kanaatimizce ayrılan ortağın eda davası niteliği taşıyan “bilgi alma davası” (*Informationsklage*) açabilmesi gerekir¹⁰¹³. Ayrılma payının tespitine yarayacak bir bilgi veya belgenin verilmesi isteminin, geçerli bir sebep olmaksızın geri çevrilmesinde durum böyledir. Ortaklığın inceleme hakkını haksız olarak kısıtladığını iddia eden (ayrılan ortak) taraf, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde ihtiyati tedbire hükmedebilir¹⁰¹⁴.

B. Ayrılan Ortağın Yükümlülükleri

1. Ayrılan Ortağın Açığı Kapama Yükümlülüğü (TBK m. 635- BGB § 739)

a. Düzenlemenin Tanıtılması ve Ön Açıklamalar

“Malvarlığının Yetersizliği” başlığını taşıyan TBK m. 635 şu şekildedir:

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

¹⁰¹² Bu hususta bk. **Schlegelberger/ Martens**, HGB §118, Rz. 37.

¹⁰¹³ Ortaksal denetleme hakkı açısından benzer yönde bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 368. Ortaklar bilgi alma taleplerini, dava yoluyla bağımsız olarak ileri sürülebilirler. Bk. **CHK- Jung** Art. 541, s. 53, No. 2. Aynı dava hakkının ayrılan ortak tarafından kullanılmasına herhangi bir engel olmadığı düşüncesindeyiz.

¹⁰¹⁴ Ortaksal denetleme hakkı bakımından aynı yönde bk. **Schlegelberger/ Martens**, HGB §118, Rz. 40.

TBK m. 635'in mehzazını oluşturan ve "Açık tutardan sorumluluk" başlıklı BGB § 739 ise şu şekildedir: "*Ortaklık malvarlığının değeri, ortaklaşa borçları ve ortakların koymuş olduğu sermayeyi karşılamaya yetmezse, ayrılan ortak, payına düşen borç tutarını kendi zarar payı oranında diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür*"

Görüldüğü üzere, her iki düzenleme arasında gerek madde başlığı gerekse madde metni bağlamında önemli farklılıklar mevcuttur. İlk olarak, "**ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte**" ifadesi mehzaz normda bulunmayıp, kanun koyucu tarafından ilave edilmiştir. Ortaklık mevcutlarının borçları karşılamaya yetmediğinin tespitinde, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih, diğer bir deyişle **ayrılma tarihi** esas alınacaktır. Kanun koyucunun söz konusu ifadeyi madde metnine eklemesindeki maksat bu olsa gerektir. TBK 634'te, ayrılma payının belirlenmesi bakımından ortaklık sıfatının sona erdiği tarihi ölçü alan kanun koyucunun bu tutumu, kendi içinde tutarlı olup, her iki hüküm arasındaki paralelliği güçlendirmiştir.

Kanaatimizce, burada ortaklık açığının bulunup bulunmadığı, aksine bir anlaşma yapılmadıkça, mali konularda uzman üçüncü kişi tarafından takdir edilmelidir. Zira, nasıl ki Alman hukukunda BGB § 738 ve 739 adeta bir madalyonun iki yüzü olarak görülmektedir¹⁰¹⁵, öyleyse aynı düşünce tarzının TBK 634 ve 635 için de geçerli olduğunu kabul etmeliyiz.

TBK m. 635'teki en büyük eksiklik, "...ortakların koymuş olduğu sermayelerin karşılanmasına..." ibaresinin madde metnine alınmamış olmasıdır. Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hemen hemen bütün kurallarda rastlanılan özensizlik, ne yazık ki burada da geçerlidir. Kanun koyucunun kanun yapma tekniği ile bağdaşmayan bu tutumu, TBK 635'in de mehzaza uygun şekilde yorumlanması gereğini ortaya çıkarmaktadır. BGB § 739 "ortaklaşa borçları ve **sermayeyi karşılamaya yetmezse**" ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla TBK m. 635'in de bu şekilde okunması, yorum sorunlarını baştan gidermek adına önemlidir.

b. Tasfiye Açığını Kapama Yükümü ile Benzeşmesi

Ayrılan ortağın ortaklık açığını kapama yükümü, aslında ortaklığın sona erip tasfiye aşamasına girdiği dönemde meydana gelen açıkları kapama yükümünün

¹⁰¹⁵ Bu hususta birçokları yerine bk. Münch.Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 89.

ortaklara yükletilmesinden pek farklı değildir¹⁰¹⁶ (BGB § 735). Zira tasfiyede de öncelikli olarak, ortaklık malvarlığının ortaklık borçlarına ve ortakların getirmiş olduğu sermayelerin iadesine yetip yetmediğine bakılır¹⁰¹⁷. Bu durum, ortaklığın tasfiyesinde fiilen, ortağın ayrılması halinde ise hesaben¹⁰¹⁸ tespit edilir. Açığı kapatma yükümü, sözleşmeyle sınırsız olarak değiştirilebilir, örneğin, ortağın zarara katılmayacağını kararlaştırılması suretiyle¹⁰¹⁹.

c. Ortaklık Açığının Tespitinde Ayrılma Bilançosunun Rolü

Ortaklık malvarlığının, borçları ve ortakların sermayelerini karşılamaya yetip yetmediğinin belirlenmesinde, ayrılma bilançosu önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Zira, böyle bir durumun varlığı, kural olarak ayrılma bilançosu çıkarılması ile anlaşılabilir¹⁰²⁰. Eğer ayrılma bilançosundan ortağa pozitif değil, negatif bir bakiye (*negative Saldo*) düştüğü tespit edilirse, ayrılan ortak bu tutarı diğer ortaklara ödemekle yükümlü olacaktır¹⁰²¹. Bununla birlikte diğer ortaklar, ortaklık açığının ayrılma bilançosuyla tespitinden önce, ortaklık açığının *asgari miktarının* kesinlik kazandığı hallerde ayrılan ortağa karşı bu tutarın ödenmesi amacıyla başvurabilir¹⁰²², hatta dava açabilirler. Kanaatimizce bu tip durumlarda, *belirsiz alacak davasına* işlerlik kazandırılabilirdir. Keza, asgari bir açık tutarının önceden kesinleşmesi ve kalan kısmın da ayrılma bilançosuyla tespit edilebilmesi, belirsiz alacak davasının

¹⁰¹⁶ BGB § 739 normunun, BGB § 735 ile sistematik açıdan uyumlu olduğu hususunda bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 1; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 1; **Palandt/Sprau**, BGB § 739, Rz. 1; BGB- RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 739, Anm. 1.

¹⁰¹⁷ Bk. **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 89, No. 182. Gerçekten de, ortaklığın aktif değerleri, borçların ve sermayelerin toplamından düşük olduğu takdirde *ortaklık zararından* söz edilir. Bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 722, Rz. 1.

¹⁰¹⁸ Bu miktarın *hesaben* tespit edilmesinin sebebi, böyle durumlarda adi ortaklığın varlığını sürdürmesi, buna karşılık ayrılan ortak bakımından ortaklık ilişkisinin sona ermiş olmasıdır.

¹⁰¹⁹ Bu yönde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 1; Münch.Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 89. Nitekim ayrılan ortak, iç ilişkide aksine düzenlemeler yapılmadığı sürece, bu açığı denkleştirmekle yükümlüdür. Bu hususta bk. HK- BGB/**Ingo Saenger**, BGB § 739, Rn.1.

¹⁰²⁰ Ayrılma bilançosunun bu işlevi hakkında bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 138, Rz. 47; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 2.

¹⁰²¹ Benzer açıdan bk. Münch.Handbuch- **Piehler/Schulte**, § 10, Rn. 89; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 739 Rn. 1- 4; **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 123; HK- BGB/**Ingo Saenger**, BGB § 739, Rn.1. Doğrudan doğruya “ayrılma bilançosu” ifadesini kullanmamakla birlikte, esasen bu yönde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 3.

¹⁰²² Bk. **Jauernig/Stürner**, BGB § 740, Rn. 5- 11.

şartlarıyla uyum içindedir¹⁰²³. Yine, diğer ortaklar açığı kapama talebi bağlamında zamanaşımını kesmek suretiyle ciddi bir avantaj elde edebilirler. Çünkü, belirsiz alacak davasının açılması ile, yalnızca davaya konu edilen kısım için değil, alacağın tümü bakımından zamanaşımı kesilmektedir¹⁰²⁴. Dolayısıyla kanaatimce, asgari bir tutarın önceden netleşmiş olduğu durumlarda diğer ortaklar, alelade bir eda davası yerine, kendi menfaatlerine çok daha uygun düşen belirsiz alacak davası açma yolunu tercih etmelidirler.

d. TBK m. 635 Hükümünün Uygulama Alanı

TBK m. 635 düzenlemesi, yalnızca ikamesiz ayrılma (*ersatzloses Ausscheiden*), yani çıkma ve çıkarılma halleri bakımından (TBK m. 633, BGB § 736, 737) geçerlidir. Ortak değişimi ile sonuçlanan hallerde, örneğin bir ortağın cüzi halefiyet yoluyla ortaklık payını üçüncü kişiye veya diğer bir ortağa devrettiği durumlarda hükümün uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır¹⁰²⁵. Çünkü bu tip durumlarda, hukuki ilişki “ayrılan ortak” ile ortaklık arasında değil, yalnızca devreden ile devralan arasında doğmaktadır¹⁰²⁶.

Yine, bu düzenleme iki kişiden oluşan bir adi ortaklıkta, kalan ortağın ortaklık malvarlığını devraldığı hallerde de uygulanabilir¹⁰²⁷.

e. Açığı Kapama Yükümünün Muhatabı- Alacaklısı

Ayrılma payında ayrılan ortağın alacaklı, diğer ortakların da borçlu konumunu paylaştıklarına daha önce temas edilmişti. Açığı kapama yükümünde ise roller tam tersine dönmektedir: Ayrılan ortak, açığı kapama yükümünün borçlusunu iken, diğer

¹⁰²³ Belirsiz alacak davasının şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1027 vd.

¹⁰²⁴ Belirsiz alacak davasının bu yönü hakkında bk. **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1020, 1066, 1067. Karşı görüş için bk. **Kuru**, s. 159, dpn. 12. Yazara göre, belirsiz alacak davasının açılmasıyla, alacağın yalnız belirsiz alacak davasına konu edilen kısmı için zamanaşımı kesilir. Belirsiz alacak davasının davacıyı koruyucu işlevi göz önünde tutulduğunda, yazarın bu görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir.

¹⁰²⁵ Bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 1; NK- **BGB/Jessica Hanke**, BGB § 739, Rn. 1- 4; **Hensler/Strohn/Kilian**, BGB § 739, Rn. 1- 4; **Staudinger/Habermeier**, BGB § 739, Rz. 2.

¹⁰²⁶ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 2.

¹⁰²⁷ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 2.

ortaklar bu yükümlüğün alacaklısıdır¹⁰²⁸. Alman hukukunda ise, Federal Mahkeme'nin adi ortaklığa kısmi hak ehliyeti bahşeden kararı sonrasında¹⁰²⁹, bu borcun alacaklısının ortaklığın kendisi olduğu yönünde bir eğilim göze çarpmaktadır¹⁰³⁰. Bu yeni yaklaşımın doğal bir yansıması olarak, ayrılan ortaktan açığı denkleştirme alacağını isteme yetkisi yönetici ortaklara aittir. Zira, 2001 kararını takiben adi ortaklıkta organsal temsilin varlığı kabul edilmiştir. Bu da yönetici ortakların yönetim ve temsil organı olarak hareket ettikleri anlamını taşımaktadır.

Adi ortaklığın hak ehliyetinin bulunmadığı Türk hukukunda ise, mesele açığı kapama isteminin olağan mı yoksa olağanüstü iş mi olduğuna göre çözümlenecektir. Açığı kapama alacağı, her şeyden önce ortaklığın iç ilişkisini ilgilendirmekte olup, yönetici ortakların görev ve yetki alanına girmektedir¹⁰³¹ (tıpkı ayrılma payı borcu gibi). Dolayısıyla, bazı ortakların yönetim yetkisinin sözleşmeyle kaldırıldığı varyasyonlarda, bu ortakların açığı kapama isteminde bulunma yetkisine sahip olmadıklarının kabulü gerekir. Zira bu alacak hakkı, olağan yönetim iş kapsamındadır. Türk adi ortaklık hukukunda bireysel yönetim esası benimsendiğinden¹⁰³² her bir yönetici ortak, ayrılan ortakdan açığı denkleştirmesini isteyebilecektir. Kuşkusuz sözleşmeyle, birlikte yönetim esasının kararlaştırılması da olanaklıdır¹⁰³³. Böyle durumlarda ise yönetici ortakların birlikte hareket etmeleri gerekecektir.

¹⁰²⁸ Bu talep hakkı, diğer ortaklara münferiden değil, elbirliği halinde tanınmaktadır. Geleneksel elbirliği prensibinin söz konusu yaklaşımı için bk. **Jauernig/Stürner**, BGB § 740, Rn. 5- 11.

¹⁰²⁹ Federal Mahkeme'nin 2001 kararıyla benimsediği "**Grup Öğretisi- Gruppenlehre**" nin öncüsü **Flume**, Yüksek Mahkeme'nin kararından uzun yıllar önce, adi ortaklıkta açığı kapama alacağının münferiden ortaklara değil, aksine bir elbirliği ortaklığı görünümündeki adi ortaklığın kendisine ait olduğunu vurgulamıştır. Bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 173.

¹⁰³⁰ Bu hususta birçokları yerine bk. **Jauernig/Stürner**, BGB § 740, Rn. 5- 11. Kanunun lafzının aksine, talep sahibinin ortaklığın kendisi olduğu yönünde bk. **Hüffer/Koch**, s. 112, No. 22.

¹⁰³¹ Dolayısıyla, TBK m. 635'te geçen "diğer ortaklara..." ibaresi fiilen anlamını yitirmektedir.

¹⁰³² Nitekim bu yönde bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 292.

¹⁰³³ Bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 292.

f. Açığı Kapama Yükümünün Hukuki Niteliği ve İleri Sürülebilirliği

Alman hukukunda yaygın bir görüş, ayrılan ortağın açığı kapama yükümünün ortaklık açısından “*sosyal talep*”¹⁰³⁴ teşkil ettiği doğrultusundadır¹⁰³⁵. Bu görüş taraftarlarının argümanı hiç kuşkusuz, sözü edilen yükümün ortaklık ilişkisine dayanıyor olmasıdır. Çünkü ayrılan ortağa, *ortak olduğu dönemde gerçekleşen zararlara* katılma ödevi yüklenmektedir. Açığı kapama yükümünün bu şekilde “sosyal talep” olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, *actio pro socio (ortak davası)* yoluyla takibinin olanaklı hale gelmesidir¹⁰³⁶. Böylelikle her bir ortak, ödemenin ortaklığa yapılmasını istemek şartıyla zararın denkleştirilmesini dava edebilir¹⁰³⁷.

Ne var ki, açığı kapama alacağının “sosyal talep” niteliği taşıdığını öne süren yazarlar, ayrılan ortağın ortaklık nezdinde üçüncü kişi olarak ele alındığı gerçeğini göz ardı etmektedirler. Tıpkı ayrılma payında olduğu gibi, zararı denkleştirme alacağının da esasen ortaklık ilişkisinden kaynaklandığı hususunda herhangi bir duraksama söz konusu değildir. Ancak, salt bu gerekçeyle adi ortaklığın açığı kapama alacağının sosyal talep olarak nitelenmesi doğru olmaz. Zira ayrılan ortak, alacak veya borcun hangi hukuki temele dayandığı fark etmeksizin ortaklık karşısında üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla biz, açığı kapama alacağının sosyal talep değil, aksine ortaklığın üçüncü kişiye yönelttiği sıradan bir alacak olarak değerlendirilmesinden yanayız. Bu yaklaşım, ayrılma payını *üçüncü kişi alacakları* kategorisine sokan görüşümüzle de uyumludur.

¹⁰³⁴ Sosyal talepler, ortaklık ilişkisinden doğan ve bir ortağa karşı elbirliği ortaklığının (*Gesamthand*)-yani ortaklığın- sahip olduğu taleplere verilen isimdir. Bu hususta bk. Walther Hadding, **Actio Pro Socio: Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis**, Marburg, 1966, s. 11; Arndt Teichmann, **Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen**, München, 1970, s. 142; **Palandt/Sprau**, BGB § 705, Rz. 29; **Hüffer/Koch**, s. 93, No. 48; **Yongalık**, Ortak Davası, s. 15.

¹⁰³⁵ Bu hususta bk. **Flume**, Personengesellschaft, s. 173; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 2; **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 739, Rz. 1; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 6; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 739, Rn. 1- 4.

¹⁰³⁶ Nitekim bu yönde bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 6. Benzer yönde bk. BGB-RGRK/**Fischer** 11.Aufl, BGB § 739, Anm. 1.

¹⁰³⁷ Gerçekten de Actio Pro Socio, ödemenin ortaklığa yapılmasına yönelik bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 105, Rz. 176.

g. Açığı Kapama Yükümünün Doğumu, Muacceliyeti ve Ödenmesi

Tıpkı ayrılan ortağın ayrılma payı alacağı gibi, diğer ortakların zararı denkleştirme alacağı da ayrılma anında doğar¹⁰³⁸. Alman Federal Mahkemesi, son dönemlerde verdiği kararlarında muacceliyet açısından da ayrılma tarihine odaklanmaktadır. Öyle ki Yüksek Mahkeme, ayrılma bilançosunun düzenlenmediği durumlarda açığı kapama talebinin henüz miktarla belirlenmemesinin, diğer ortakların bu talebi tespit davası yoluyla ileri sürmelerine engel oluşturmadığı kanaatine varmıştır¹⁰³⁹. Keza mahkemeye göre, ayrılma bilançosunun yokluğu zararı denkleştirme alacağının muacceliyet kazanmasını engellemez. Bir alacağın dava yoluyla ileri sürülebilmesi için, o alacak bakımından tespit davası açılabilmesi yeterlidir¹⁰⁴⁰. Görüldüğü üzere Federal Mahkeme, ayrılma bilançosu düzenlenmesini açığı kapama alacağının muacceliyet şartı olarak görmemektedir.

Ayrılma payının taksitle ödenmesine ilişkin esaslar, kanaatimce açığı kapama yükümü bakımından da aynı şekilde uygulanabilmelidir. Zira, ortaklığın ekonomik varlığının tehlikeye düşmesi olasılığında nasıl ki ortaklık lehine düzenlemeler yapılabiliyor ve ayrılan ortak belki de acilen ihtiyaç duyduğu ayrılma payına yıllar sonra kavuşabiliyorsa, aynı prensibin zararı denkleştirme yükümü bakımından uygulanmaması, hakkaniyetle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkaracaktır¹⁰⁴¹. Çünkü ayrılan ortağın payına düşen açık tutarı- somut olayın özelliğine bağlı olarak- onun tek seferde ödeyemeyeceği boyutlarda bulunabilir. Sadakat yükümünün ayrılma sonrasına sirayet eden etkisini, yalnızca ortaklık menfaatleri perspektifinden değerlendirmek kanaatimce adil olmaz. Sadakat yükümünün devam ettiği varsayılırken ortak ile ortaklık arasındaki hukuksal bağın (ortaklık sıfatı) çözüldüğü hiçbir zaman unutulmamalı, ayrılan ortağın ekonomik çıkarları söz konusu olduğunda daha duyarlı

¹⁰³⁸ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 6; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 739, Rn. 1- 4. Bu hususta, ayrılma payının doğumuna ilişkin ilke ve esaslara gönderme yapmak suretiyle dolaylı olarak aynı yönde bk. MüKo/**Schäfer**, BGB § 739, Rn. 3; NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 739, Rn. 1- 4.

¹⁰³⁹ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 739, Rz. 6.

¹⁰⁴⁰ Federal Mahkeme'nin bu kararı için bk. BGH, 19. 07. 2010, II ZR 57/09. Kararın yayınlandığı yer için bk. www.lexetius.com (E. T: 11. 03. 2019).

¹⁰⁴¹ Buna karşılık Alman öğretisinde **Sudhoff**, işletmenin korunması vb. saiklerle ödeme sürelerinin uzatılması veya hâkimin ödeme süreleri öngörmesinin, zararı denkleştirme yükümü bakımından şüpheli gözüktüğünü öne sürmektedir. Dolayısıyla yazar, zararı denkleştirme yükümünün derhal mi yoksa daha sonra mı ve ne şekilde ifa edileceği hususlarının sözleşmede tek tek belirtilmesi gerektiği kanısındadır. Bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 378.

ve esnek davranılabilmelidir. Kaldı ki, ayrılan ortağın taksitle ödemeye katlanmasının gerisinde yatan ana düşünce sadakat yükümüne değil, MK 2’de ifadesini bulan dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Öyleyse, aynı esasın ayrılan ortağın zararı denkleştirme (*Verlustausgleich*) borcu için de geçerli olduğu açıktır. Bu bağlamda, ani bir ödemenin ayrılan ortağın ekonomik geleceğini tehlikeye atacağına dair inandırıcı kanıtlar mevcutsa, ortaklık bu alacağının taksitler halinde ödenmesine razı olacaktır. Burada ayrılan ortağa düşen, kendi mali durumunun kritik olduğunu inandırıcı biçimde ortaya koymaktır. Bir olasılıktan söz edildiği düşünülürse, ayrılan ortaktan tam ispat faaliyetinde bulunması beklenmemelidir. Ortaklık, ayrılan ortağın ekonomik varlığının tehlike altında olduğunun inandırıcı biçimde ortaya konulmasına rağmen, ayrılan ortaktan zararın peşinen ödenmesini istediği takdirde, bu davranışın hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği her türlü şüpheden uzaktır.

Ayrılan ortağın zararın yalnız bir kısmını ödemediği hallerde, ödenmeyen kısım bakımından diğer ortakların sorumluluğundan (*Ausfallhaftung*) söz etmek mümkün müdür¹⁰⁴²? Alman hukukunda BGB § 735 uyarınca, ortaklardan birinin ödemediği zarar payından ötürü diğer ortaklar sorumlu tutulabilmektedir¹⁰⁴³. Ancak ortaklığın tasfiye aşaması ile ilintili bu düzenleme, ayrılan ortağın zararı denkleştirme yükümünde uygulama alanı bulmaz. Zira aksi takdirde, ek yükümlülük yasağı öngören BGB § 707 işlevsiz kalırdı. Bununla birlikte ayrılan ortağın ödemediği kısım (*Ausfall*), diğer ortaklara düşen zarar payını artırır, böylece onlara ortaklıktan ayrılmaları halinde iade edilecek sermaye (*Einlage*) tutarında azalma meydana gelir¹⁰⁴⁴. Ancak doktrinde bazı yazarlar BGB § 739 ile 735 arasındaki paralellığe vurgu yaparak, diğer ortaklara böyle bir sorumluluk yüklenebileceği görüşündedirler¹⁰⁴⁵. Diğer görüşün- ki isabetli olan görüştür- temsilcileri, ortaklık devam ettiği sürece ek yükümlülük yasağının (BGB § 707) mevcut olduğundan bahisle diğer ortakların bu türden bir sorumlulukları bulunmadığını dile getirmektedir¹⁰⁴⁶. Kuşkusuz ilk görüş benimsendiği takdirde, diğer

¹⁰⁴² Bu hususun tartışmalı olduğu yönünde bk. **Erman/Westermann**, BGB § 739, Rz. 2; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 4.

¹⁰⁴³ Bk. Christian Armbrüster, “Nachschusspflicht im Personengesellschaftsrecht”, **ZGR**, S. 1, 2009, s. 2- 3.

¹⁰⁴⁴ Nitekim bk. NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 739, Rn. 1- 4; MüKo/**Schäfer**, BGB § 739, Rn. 4.

¹⁰⁴⁵ Bu görüş için birçokları yerine bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 739, Rz. 2; **JurisPK-Bergmann**, BGB § 739, Rz. 3. Yine, bu görüşe katılmamakla birlikte bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 4.

¹⁰⁴⁶ Bu görüş için bk. **Erman/Westermann**, BGB § 739, Rz. 2; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 739, Rz. 4; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 739, Rn. 1- 4; **Prütting/Wegen/Weinreich/von**

ortakların ödenmeyen kısımdan sorumlulukları kendi payları oranında (*anteilig*) olacaktır. Keza *Kessler*, birden fazla ortağın ortaklıktan ayrıldığı durumlarda, ayrılan her bir ortağın aynı zamanda, ayrılan diğer ortakların ödemediği kısım için de sorumlu tutulacağını söylemektedir¹⁰⁴⁷.

h. Zararı Denkleştirme Yükümünün Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Açığı kapama yükümünün tabi olacağı zamanaşımı, onun hukuki niteliği ile yakından ilgilidir. Zira hukukumuzda adi ortaklık ilişkisinden doğan taleplerin 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi oldukları Kanun'da açıkça belirtilmektedir (TBK m. 147/1.4) Bu yükümün ortaklık ilişkisinden değil, ayrılan ortağın üçüncü kişi konumundan kaynaklandığı kabul edildiği takdirde, 10 yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m. 146) tabi tutulacağı ortadadır. Biz, açığı kapama yükümünün her ne kadar ortaklık ilişkisinden ileri geldiğini düşünsek de ayrılan ortağın güncel hukuki durumunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁴⁸. Bu da bizi açığı kapama yükümünün 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olduğu sonucuna götürmektedir. Ayrılma payı bakımından benimsediğimiz 10 yıllık zamanaşımı süresi, açığı kapama alacağı için de aynen geçerli olacaktır.

Elbette, açığı kapama yükümünün adi ortaklık ilişkisinden doğduğu, hatta ortağın ortaklıktan ayrılmış olmasının bu duruma etki etmeyeceği, dolayısıyla sözü edilen alacağın 5 yıllık zamanaşımına tabi tutulması gerektiğini savunan yazarlar da çıkacaktır. Fakat kanaatimizce, bu tarz bir yaklaşımın oldukça güçlü argümanlarla desteklenmesi gerekecektir.

Mehaz Alman hukukunda ise durum farklılık göstermektedir. Zira bu hukuk sisteminde, adi ortaklık ilişkisine dayalı talepler için öngörülmuş özel zamanaşımı süresi mevcut değildir. Alman Federal Mahkemesi BGB § 739'dan doğan

Ditfurth, BGB § 739, Rz. 1. *Habermeier*, iki hüküm arasında (BGB § 735 ve 739) bu anlamda benzerlik bulunmadığından hareketle, diğer ortakların ayrılan ortağın ödemediği kısmı ifa etme yükümlülüklerinden söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Yani yazar, BGB § 735'in kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Bk. **Staudinger/Habermeier**, BGB § 739, Rz. 3. Yazara göre, *Ausfallhaftung* için BGB § 739'da açık bir düzenleme yer almalıydı.

¹⁰⁴⁷ Bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 739, Rz. 2.

¹⁰⁴⁸ Zira, açığı kapama yükümü her ne kadar ortaklık ilişkisine dayansa da, ortak ile ortaklık arasındaki hukuki bağ çözülmüş ve ayrılan ortak, ortaklık nezdinde üçüncü kişi konumuna gelmiştir.

denkleştirme taleplerine, olağan zamanaşımı süresi olan 3 yıllık süreyi ¹⁰⁴⁹ (BGB § 195) uygulama taraftarıdır¹⁰⁵⁰.

Öğretide *Karsten Schmidt* ise, iç ve dış sorumluluğun (*Innen- Aussenhaftung*) aynı doğrultuda yürümesi gerektiği düşüncesinden hareketle, ayrılan ortağın zararı denkleştirme borcunun HGB § 160'daki esaslara göre değerlendirilmesinin daha doğru olacağını söylemektedir¹⁰⁵¹. Yazar, açığı kapama yükümünün BGB'de düzenlenen genel zamanaşımına değil, aksine HGB'de özel olarak hükme bağlanan 5 yıllık sorumsuzluk süresine (*Enthafungsfrist*) tabi kılınması gerektiğini ifade etmektedir. Ne var ki yazarın bu önerisinin, Federal Mahkeme nezdinde en azından şimdilik herhangi bir yankı uyandırmadığı anlaşılmaktadır¹⁰⁵².

i.Aksine Anlaşmalar- Özellikle Emegini Sermaye Olarak Getiren Ortağın Hukuki Durumu

Çıkma ve çıkarılmanın hukuki sonuçlarını hükme bağlayan düzenlemelerin (TBK m. 634- 636, BGB § 738- 740) yedek hukuk normu niteliğini haiz olduğu pek çok yerde dile getirilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak, taraflar yani ayrılan ortak ile diğer ortaklar, kanunda öngörülen esastan ayrılabilirler. Açığı kapama yükümünün zarara katılma ile özdeş bir niteliğe sahip olduğu şüphesizdir. Bu çerçevede taraflar, ortaklık sözleşmesine ekleyecekleri bir madde ile veya ayrı bir anlaşma yapmak suretiyle, ayrılan ortağın ortaklık zararına iştirak etmeyeceğini kararlaştırabilirler¹⁰⁵³. Bu hususta çeşitli varyasyonlar akla gelebilir:

a) İlk olasılık, ortağın ortaklık sıfatının sürdüğü zaman diliminde yapılan anlaşmalardır. Bu anlaşmalara çoğunlukla ortaklık sözleşmesinde yer verilmektedir.

¹⁰⁴⁹ Alman Medeni Kanunu'nda daha önce 30 yıl olan olağan zamanaşımı süresi, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren "Borçlar Hukuku'nun Modernizasyonu Hakkında Kanun" ile 3 yıla indirilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Heinrich Dörner ve Ansgar Staudinger, **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, Baden Baden, 2002, Rn. 4 vd. Zamanaşımına ilişkin kuralların değiştirilme gerekçeleri için bk. Jürgen Schmidt Rantsch, "Zehn Jahre Schuldrechtsreform", **ZJS**, S. 3, 2012, s. 301.

¹⁰⁵⁰ Bk. BGH, 19. 07. 2010, II ZR 57/09. Kararın yayınlandığı yer için bk. www.lexetius.com (E. T: 11. 03. 2019). Yine bk. BGH, 10. 05. 2011, II ZR 227/09. Kararın yayınlandığı yer için bk. www.karsten-chudoba.de (E. T: 13. 03. 2019).

¹⁰⁵¹ *Schäfer, Schmidt'in* bu önerisinin aslında ikna edici olmakla beraber, kanun koyucunun müdahalesini gerektirdiğini belirtmektedir. Bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 131, Rz. 124.

¹⁰⁵² Bk. 1083 nolu dipnotta atıf yapılan kararlar.

¹⁰⁵³ Genel sınırlar (irade özerkliğinin) çerçevesinde hareket edilmesi kaydıyla, ayrılan ortağın bu sorumluluğunun kaldırılabilmesi yönünde bk. **Staudinger/Habermeier**, BGB § 739, Rz. 1.

Ancak bu durum kavramsal zorunluluk teşkil etmez. Taraflar ayrı bir sözleşme yaparak da bu hususu düzenleyebilirler. Buna göre, ayrılan ortağın açığı kapama yükümü doğrudan kaldırılabileceği gibi, dolaylı surette kaldırma da olanaklıdır. aa) *Doğrudan kaldırmada* taraflar, ortağın ileride ortaklıktan ayrılması halinde zararı denkleştirme yükümünün bulunmadığı noktasında uyuşmaktadırlar. Ortaklık bu tip durumlarda müstakbel bir alacağından feragat etmektedir. Dolayısıyla burada tipik bir “ibra sözleşmesi” söz konusu olup, sözleşmenin konusunu müstakbel bir alacak hakkı oluşturmaktadır¹⁰⁵⁴. ab) Açığı kapama borcunun *dolaylı olarak kaldırılması* uygulamada daha sık rastlanılan bir olgudur. Çünkü, ortaklık sözleşmesi kurulurken hangi ortağın kara ve zarara ne oranda katılacağı genellikle ayrıntılı biçimde ele alınır ve açıklığa kavuşturulur. Böylelikle, ileride ortaklar arasında çıkması olası uyuşmazlıklar baştan önlenmek istenmektedir. Ortaklık sözleşmesiyle taraflar, münferit ortakların zarara katılmayacağını kararlaştırabilirler. Kanımca, TBK’nun yalnız emeğini katılma payı olarak getiren ortağı zarardan muaf kılan tutumu (TBK m. 623/3), iç ilişkiye egemen “irade özerkliği” prensibi ile bağdaşmamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 533. Maddesinden¹⁰⁵⁵ çeviri yoluyla alınan bu hüküm, İsviçre Kanun Koyucusu’nun bazı sosyal kaygıların etkisi altında kaldığına dair izler taşımaktadır. Ne var ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu hazırlayanlar, maddenin kaleme alınışı esnasında ciddi bir hata yaparak sözü edilen düzenlemeyi emredici hukuk normu görüntüsüne bürümüştür. Zira TBK m. 623/3’te geçen “yalnızca...ancak” gibi edat ve bağlaçlar, kuralın emredici niteliğe sahip olduğu şeklinde bir yanılgıya kapı aralayabilir. Ancak, mehaz OR Art. 533/3 düzenlemesinin emredici hukuk normu olmadığı ortadadır. Zira, hükümde açıkça “bu tür bir anlaşma caizdir” denilmekte, ancak zarardan muaf tutulmanın yalnızca emeğini katılma payı olarak getiren ortakla sınırlı olduğuna dair kısıtlayıcı bir ifadeye yer verilmemektedir. Dolayısıyla, TBK m. 623/3’ün bu şekilde yorumlanması isabetli olacaktır. Hükmün

¹⁰⁵⁴ Müstakbel alacakların ibrasının mümkün olduğu yönünde bk. Mustafa Alper Gümüş, **Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 14; **Larenz**, Schuldrecht AT, s. 268. Sonuncu yazar bu neticeye, müstakbel alacakların devrine cevaz verildiğinden hareketle varmaktadır. Nitekim yazar aynı yerde *Esser’e* atıfla (s. 268, dpn. 4), müstakbel alacakların devri bağlamında geliştirilmiş ilke ve esasların müstakbel alacakların ibrası için de geçerli olacağına işaret etmiştir.

¹⁰⁵⁵ OR Art. 533/3 Almanca metin: “*Gewinn-und Verlustbeteiligung*”

3) *Die Verabredung, dass ein Gesellschafter, der zu dem gemeinsamen Zwecke Arbeit beizutragen hat, Anteil am Gewinne, nicht aber am Verluste haben soll, ist zulässig*”.

emredici değil, aksine örnekseyici olduğunun varsayılması gerekir. Böylelikle yalnız emeğini getiren ortağın değil, örneğin katılma payı olarak para getiren ortağın da zarardan muaf kılınabilmesinin önü açılmış olacaktır. Özetle, hâkim öğretinin aksine bu kuralın dar değil, geniş yorumlanması gerektiği görüşündeyiz. Zira, mevcut düzenleme lafzen yorumlandığı takdirde onun, zarara katılmaya ilişkin esasa istisna getirdiğine dair bir sonuca varılması kaçınılmaz gözükmektedir.

Öyle ki, mehz İsviçre hukukunda dahi hükmün niteliği noktasında görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Bir görüşe göre, yalnızca emeğini katılma payı olarak getiren ortak zarardan muaf tutulabilir¹⁰⁵⁶. İsbetli diğer görüşe göre ise gerek kar gerekse zarara katılmaya ilişkin kurallar emredici niteliğe sahip değildir¹⁰⁵⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuyla ilgili yaklaşımı da bu ikinci görüş doğrultusunda seyretmeye başlamıştır¹⁰⁵⁸.

İlk görüşün temsilcileri, OR Art. 533/3 düzenlemesinin mefhumu muhalifinden (*e contrario*), ortaklığa malvarlıksal katılımı bulunan ortakların zarardan muaf tutulmasının mümkün olmadığı sonucunu çıkarmaktadırlar¹⁰⁵⁹. *von Steiger*, düzenlemenin içeriği ve kapsamına ilişkin tartışmalarda bir tutum takınmak istendiğinde, hükmün münhasıran iç ilişkiyi ilgilendirdiği noktasından hareket edilmesi gereğine işaret etmektedir. Zira bir ortağın iç ilişkide zarardan muaf kılınmış olması, onun dış ilişkide alacaklılara karşı sorumluluğuna etki etmez¹⁰⁶⁰. Yazara göre, emekten başka bir değer getiren ortakların zarardan muaf tutulamayacağı yolunda bir yorum tarzı, ne sözü edilen kurala (OR Art. 533/3) ne de kişi ortaklıklarının karakteristiğine dayandırılabilir. Zira yazar, söz konusu düzenlemenin muğlak bir ifadeyle kaleme alındığı ve dolayısıyla yorum sorunlarına sebebiyet verdiği kanısındadır¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ Bu görüşün başlıca temsilcileri olarak bk. Becker, OR Art. 533, No. 11; **Meier Hayoz/Forstmoser** § 1, No. 78 vd, §12 No. 44; **Guhl/Druey**, § 62, No. 25. Bu görüş ve temsilcileri hususunda bk. **ZK- Handschin/Vonzun**, OR Art.533, No. 54.

¹⁰⁵⁷ Bk. **von Steiger**, s. 389; **Siegrwart**, OR Art. 533, No. 7 vd; **Buxbaum- Caroni**, s. 59, 186; Walter Fellmann, "Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft", **ZBJV**, S. 133, 1997, s. 305 vd. Bu görüş ve temsilcileri hususunda yine bk. **ZK- Handschin/Vonzun**, OR Art.533, No. 56.

¹⁰⁵⁸ Örneğin bk. BGE 100 V 144. Karar için bk. **ZK- Handschin/Vonzun**, OR Art.533, No. 56.

¹⁰⁵⁹ Bu hususta bk. **von Steiger**, s. 388.

¹⁰⁶⁰ Türk hukuku açısından benzer doğrultuda bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 243; **Pulaşlı**, s. 41, No. 9.

¹⁰⁶¹ Bk. **von Steiger**, s. 388. Yazar aynı yerde (s. 388, dpn.88) OR Art. 533/3 kuralında, münhasıran emeğini katılma payı olarak getiren ortağın göz önünde tutulduğu şeklinde bir yorum yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, uygulamada emek ve malvarlıksal değerlerin genellikle bir arada (Kümülatif) getirildiğini (katılma payı olarak) ve bu duruma sıkça rastlandığını ifade etmektedir.

*Zarara katılım ortaklık ilişkisinin varlığını gösteren önemli bir emare olmakla birlikte, kavramsal- yapısal bir unsur teşkil etmemektedir*¹⁰⁶². Belirleyici olan, ortakların ortak bir amaç saptayarak, bu amaç uğruna herhangi bir şekilde katkıda bulunmalarıdır (*Affectio Societatis*). Yazar tüm bu açıklamalar ışığında, tarafların zarara katılım hususunda yaptığı anlaşmalara öncelik tanımaktadır. Elbette tüm sözleşmelerde olduğu gibi, zarara katılımı konu alan anlaşmalarda da sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalınması icap eder. Aksi takdirde, sözleşme butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımlarına uğrayabilir¹⁰⁶³.

Türk hukukunda ise hâkim öğreti TBK m. 623/3'ün karşıt anlamından, ortaklığa sermaye olarak salt emeğini getiren ortak dışında hiçbir ortağın zarardan muaf tutulamayacağı, müşterek amacın ve sonuç olarak adi ortaklığın varlığından söz edebilmek için bütün ortakların hem kazanca hem de zarara katılmalarının zorunlu olduğu çıkarımında bulunmaktadır¹⁰⁶⁴. Kanaatimizce burada yorum sorunu söz konusudur. Hâkim görüş taraftarları, TBK m. 623/3'ün *sözde istisnai karakterine*¹⁰⁶⁵ işaret etmektedirler. *İstisnalar dar yorumlanır* ilkesi uyarınca da, bu hükmün yalnız emeğini sermaye olarak koyan ortağı kapsadığını ileri sürmektedirler. Bu görüşe yukarıda dile getirdiğimiz nedenlerden ötürü katılmıyoruz.

Öğretide *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu* ise hâkim görüşe karşı çıkmaktadır. Yazarlara göre adi ortaklık, ortakların diledikleri düzenlemeleri yapmalarına elverişli bir biçimde yapılanmıştır. Bu sebeple, yalnız emeğini sermaye olarak getiren ortak değil, her bir ortak zarardan muaf tutulabilir¹⁰⁶⁶.

Barlas da, hakim görüşe katılmaktadır. Yazara göre, adi ortaklığın varlığı bakımından belki de en önemli öge, ortakların müşterek amaç izlemeleridir. Amacın gerçek manada “müşterek” olabilmesi için ise, ortakların hem iyiye (kazanca) hem de kötüye (zarara) ortak olmaları, kazanca ortaklaşa iştirak ederken, zarara da ortaklaşa katlanmaları icap eder. Yazar, ortakların bir kısmının bu kader birlikteliğinin dışında tutulamayacağı kanısındadır. Yazara göre TBK m. 623/3 düzenlemesinin varlığı da bu

¹⁰⁶² Türk hukuku bakımından benzer yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 240. Zarara katılımın eksikliği, ortaklık ilişkisinin yokluğuna delalet değildir. Bk. **Sieghart**, OR Art. 533, No. 7.

¹⁰⁶³ Bu açıklamalar için bk. **von Steiger**, s. 389.

¹⁰⁶⁴ Bu görüş için bk. **Barlas**, s. 28; **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 240- 241.

¹⁰⁶⁵ Nitekim *Pulaşlı* da, TBK m. 623/3 kuralının istisnai niteliğinden söz etmektedir. Bk. **Pulaşlı**, s. 40-41, No. 9.

¹⁰⁶⁶ Bu görüş için bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 52, No. 83; **Barlas**, s. 28, dpn. 66.

yargıyı pekiştirir, çünkü hükmün kanun koyucu nazarında bir fonksiyonu olmalıdır. Zira, katılma payı olarak salt emeğini koyan ortak, ortaklık zarar ettiğinde, sözde bu zarara katılmamaktadır. Çünkü bir karşılık almaksızın emek harcamıştır. Yazara göre hükümde kast edilen, ortağın “başka zararlara” katlanmasının sözleşmeyle önlenebileceğidir¹⁰⁶⁷.

Şener ise, benzer bir durumun ortaklığa maddi edim getiren ortaklar için de söz konusu olabileceğine dikkat çekmektedir. Yazar, kuralın ratio legis’i de dikkate alınarak geniş yorumlanmasından yanadır. Zira, emeğini sermaye olarak koyan ortağın zarara katılmayacağına ilişkin kural sosyal koruma saikiyle getirilmiştir. Kanun koyucu, sadece kendi emeğini getiren ortağın maddi değer getiren ortağa nazaran ortaklığın ekonomik rizikosunu taşıma açısından daha az muktedir olacağına inanarak böyle bir kural koymuştur. Ancak, ortaklığa sermaye olarak maddi değer getiren ortak bakımından da bu türden sosyal koruma düşüncesi egemen olabilir. Yani, sermaye olarak maddi değer getiren ortaklar da ortaklığın ekonomik rizikosunu taşımaya daha az muktedir olabilirler¹⁰⁶⁸. Yazarın bu açıklamaları, hâkim görüşe katılmadığı şeklinde yorumlanabilir.

Bütün bu anlatılanlar ışığında şu sonuca ulaşmak olanaklıdır: Ayrılan ortağın zararı denkleştirme yükümü, yalnız emeğini sermaye olarak getiren ortak için değil, ***diğer ortaklar için de zarardan muafiyet suretiyle dolaylı olarak kaldırılabilir.***

Benzer düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda¹⁰⁶⁹ ise bu hususta herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Kar ve zarara katılım esasını hükme bağlayan BGB § 722 liberal yapısıyla¹⁰⁷⁰, ortakların zarardan muaf tutulması bağlamında TBK m.623/3’e göre çok daha ileri bir seviyededir. Yani Alman hukukunda yalnız emeğini katılma payı olarak koyan ortak değil, katılma payı olarak emekten başka değerler getiren ortaklar da zarardan muaf tutulabilmektedir¹⁰⁷¹. Keza

¹⁰⁶⁷ Bk. **Barlas**, s. 30.

¹⁰⁶⁸ Bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 241.

¹⁰⁶⁹ Alman hukukunda OR Art. 533/3 benzeri bir hükmün bulunmadığı yönünde bk. **von Steiger**, s. 389, dpn. 90.

¹⁰⁷⁰ Nitekim Alman hukukunda sözleşme özgürlüğünün birinci planda olduğu yönünde bk. **von Steiger**, s. 389, dpn. 90.

¹⁰⁷¹ Nitekim bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 722, Rz. 1; **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 722, Rz. 1. Tarafların yaptığı anlaşmaların BGB § 722 hükmü karşısında önceliğe sahip olduğu ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemenin yapılabileceği yönünde bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/Von Ditzfurth**, BGB § 722, Rz. 2.

Alman Federal Mahkemesi de kar- zarara katılım hususunda sözleşme özgürlüğünü benimsemektedir¹⁰⁷².

j. Gizli Adi Ortağın Açığı Kapama Borcu Bulunup Bulunmadığı Meselesi

Gizli ortağa açığı kapama yükümü yüklenip yüklenemeyeceği meselesi, gizli ortaklıkların kendine özgü yapısı nedeniyle tartışılabilir. Gizli ortağın zarara ne ölçüde katlanacağını açıklığa kavuşturulması, meselenin çözümlenmesine katkıda bulunacaktır. Bu sebeple, öncelikle gizli ortağın zarara katılımını ana hatlarıyla ortaya koymak gerekir.

aa.Alman Hukukunda

Gizli ortaklığa ilişkin açık düzenlemelere yer verilen Alman hukukunda ise, gizli ortağın zarara katılımı yönünden herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 232. Paragrafının ikinci fıkrası, gizli ortağın zarara katılım esasını hükme bağlamaktadır. Adı geçen kural gizli ortağın zarara katlanma rizikosunu, onun ödemiş veya ödemiş olduğu sermaye tutarı ile sınırlamaktadır¹⁰⁷³. Dolayısıyla burada gizli ortağın zarara sınırlı surette katılımından söz etmek yanlış olmayacaktır¹⁰⁷⁴.

Gizli ortağın zarara katılımının bu şekilde sınırlandırılması olgusu, onun hukuksal durumunun komanditer ortağa benzetilmesini beraberinde getirmiştir. Gerçekten- en azından Alman hukuku açısından- iki ortak tipinin birbirleriyle bu açıdan paralellik arz ettiği rahatlıkla söylenebilir. Gizli ortağın payına düşen zarar oranı, onun sermaye hesabından indirilir¹⁰⁷⁵. Örneğin, gizli ortağın sermaye hesabının 50. 000 Euro, kendisine düşen zarar payının da 30. 000 Euro olduğunu varsayalım. Bu olasılıkta, gizli ortağın sermaye hesabı zarar sebebiyle 20.000 Euro'ya düşecektir.

¹⁰⁷² Örneğin bk. BGH WM 1967, 346.

¹⁰⁷³ HGB § 232/2 ilk cümle: “*Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verlust nur bis zum Betrag seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil...*”

¹⁰⁷⁴ Gerçekten, Schmidt de aynı hususa işaret etmektedir: Yazar Schlegelberger şerhinde, HGB § 232/2. C.1 ile ilgili açıklamalarını “*Begrenzte Teilnahme* (sınırlı katılım)” başlığı altında yapmaktadır. Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 337, Rz. 32.

¹⁰⁷⁵ Bu da gizli ortağın tasfiye payı alacağını, daha doğru bir deyimle ayrılma payını azaltır. Bk. **Kübler/Assmann**, s. 114.

Yine, sermaye hesabı zararlarla pasif hale gelmişse, bunun da düşülmesi icap eder. Sonraki yıllarda gizli ortaklığın kazanç elde etmesi durumunda, bu kazanç öncelikle pasif bakiyenin ödenmesi ve zararlarla azalan sermayenin tamamlanması için kullanılır. Ortaklık kazanç elde etmez ve sona ererse, gizli ortak yalnızca ödemediği sermaye tutarında zararı denkleştirme yükümü altındadır. Yani gizli ortağa, sermayesinden daha yüksek miktarlarda zarar yüklenemez. Gizli ortak, zararlarla azalan sermayesini geri alamayacağı gibi, henüz ödemediği sermaye tutarını da ifa etmek zorundadır¹⁰⁷⁶.

Ortaklık sözleşmesiyle, gizli ortağın kendi sermaye miktarını aşan (*über seine Einlage hinaus*) zararlar için de sorumlu kılınacağı öngörüldüğü takdirde gizli ortak, ortaklığın sona ermesi halinde *sermaye tutarını aşan* kısmı işletme sahibine ifa etmekle yükümlüdür. Böylelikle gizli ortak kendi pasif bakiyesini denkleştirmiş olmaktadır. Hatta, söz konusu zararı karşılama yükümlülüğü, gizli ortağın muhtemel zararlardan sınırsız olarak sorumlu tutulması suretiyle daha da ileriye taşınabilir¹⁰⁷⁷.

Bütün bu açıklamalar ışığında Alman hukuku açısından gizli ortağın, taahhüt ettiği sermayeyi ödemediği oranda zarara katılma rizikosundan kurtulduğu sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir. Dolayısıyla, sermayesinin tamamını getirmiş bir gizli ortağa-kural olarak- açığı kapama yükümü (BGB § 739, TBK m. 635 anlamında) yüklenemez¹⁰⁷⁸.

bb. İsviçre Hukukunda

Adi ortaklığa ilişkin kurallarımızın deyim yerindeyse anavatanı olan İsviçre’de, kar ve zarara katılımı düzenleyen OR Art. 533 hükmünün iç ortaklıklarda (gizli ortaklık ve alt katılım) da uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. *Handschin/Vonzun*, eşit işlem prensibini temel alan düzenlemenin ilk fıkrasında, iç ortaklık yapılanmalarının kendine has özelliklerinin yeterince hesaba katılmadığı düşüncesindedirler. Oysaki gizli ortaklıkta asıl ortak (*Hauptgesellschafter*), alt katılım ilişkisinde ise asıl katılan (*Hauptbeteiligte*) ortaklık malvarlığının tek sahibi olup, borçlardan da kendi şahsi malvarlıklarıyla sorumludurlar. Bu durum, gizli ortağın veya

¹⁰⁷⁶ Bu hususlarda bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 337, Rz. 32.

¹⁰⁷⁷ Nitekim bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 337, Rz. 38.

¹⁰⁷⁸ Nitekim benzer doğrultuda bk. **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 378.

alt katılanın zarara katlanma rizikosunu sınırlandıran bir etkidir. Gizli ortağın veya alt katılanın katlanması gereken zarar çoğu zaman, getirdikleri sermaye ile sınırlı kalacaktır. İşte ortaklık statüleri arasındaki bu eşitsizlik nedeniyle öğretide, gizli ortağın zarara katılım açısından OR Art. 533/1'e değil, aksine OR Art. 601/1- 2'ye tabi olacağı vurgulanmaktadır¹⁰⁷⁹. Gizli ortağın bu şekilde OR Art. 601'deki rejime tabi kılınması, onun zarara katılımını komanditer ortağın hukuksal durumuna yaklaştırmaktadır. Zira sözü geçen maddenin ilk fıkrası gereğince (OR Art.601/1) komanditer ortak kararlaştırılan komandit tutarıyla sınırlı olarak zarara katılır.

Fellmann/Müller, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin gizli ortaklığa, bu ortaklık yapılanmasının kendine has özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulanması taraftarıdır. Keza yazarların haklı olarak dile getirdiği üzere, gizli ortaklık her ne kadar adi ortaklığın bir türü ise de kendine özgü birtakım özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır. Kısacası yazarlar, adi ortaklıkla ilgili yedek normların “gizli ortaklığın özellik arz eden unsurları ile bağdaştığı ölçüde” gizli ortaklıkta da uygulama yeteneği bulabileceğini belirtmektedirler¹⁰⁸⁰.

OR Art. 601/2 hükmünün gizli ortaklığa uygulanabilirliği bakımından ise yazarlar çekingen bir tutum takınmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, tarafların kar ve zarara katılım hususunda anlaşamamaları halinde, kar ve zarara katılım esasını hâkim serbest takdirine göre belirleyecektir. Yazarlar bu düzenlemenin, ortaklık formlarının oluşturulmasında geçerli bireysel yapılanma özgürlüğüne ters düştüğü kanısındadırlar. Dolayısıyla gizli ortağın zarara katılımını hâkimin takdirine bırakan bu kuralın gizli ortaklığa uygulanamayacağı sonucuna ulaşmaktadırlar¹⁰⁸¹.

Gizli ortağın zarara katılımı bakımından eski İsviçre öğretisi iç ve dış ilişkiyi birbirinden ayırmaktaydı. Aktif ya da asıl ortağın ortaklığı tek başına temsile yetkili olmasından, gizli ortaklığın borçları sebebiyle yalnız onun (aktif ortağın) şahsen sorumlu olduğu çıkarımı yapılıyordu. Dış ilişkide gizli ortak, asıl ortağın malvarlığına giren sermayesiyle sınırlı şekilde sorumluydu. Gizli ortaklığın sona ermesini takiben yürütülecek hesaplaşma aşamasında gizli ortak, aksine anlaşma yapılmamışsa zarara iç ilişkide yarı yarıya katılıyordu. Gizli ortağın, iç ilişkide sermayesini aşan diğer zararlara katılmasını savunan görüş, öğretide *Sommer* tarafından eleştiriye uğramıştır.

¹⁰⁷⁹ Bk. ZK-*Handschin/Vonzun*, OR Art. 533, No. 50.

¹⁰⁸⁰ Bk. BK- *Fellmann/Müller*, OR Art. 533, No. 97.

¹⁰⁸¹ Bk. BK- *Fellmann/Müller*, OR Art. 533, No. 98.

Yazar, bu durumun dış ilişkide de bazı etkiler yaratabileceği kanaatinde. Aktif ortağın iflası halinde, ona ait bütün malvarlığı değerleri iflas masasına geçer. Dolayısıyla iflas masası, aktif ortağın gizli ortağa karşı sahip olduğu alacağı da ileri sürebilecektir. Yazara göre gizli ortağın zarara katılımı sermayesi ile sınırlı kalmazsa, alacaklılar adeta *arka kapıdan dolanarak* gizli ortağın sınırsız sorumluluğu yoluna gidebilirler. Yazar bu noktada *Meier- Hayoz/ Forstmoser*'in yaklaşımına katılmaktadır: Yani gizli ortağın zarara katılımının onun sermayesi ile sınırlı olması gerekliliği, iç ortaklık niteliğindeki gizli ortaklığın esaslı unsurlarından birini teşkil etmektedir. *Fellmann/Müller*, bu görüşün isabetli olduğu düşüncesindedir. Aksine bir anlaşma yapılmadıkça gizli ortağın sermayesi, onun zarara katılımının üst sınırını (*obere Grenze*) oluşturmaktadır. Kuşkusuz taraflar, bu esasın aksini öngören bir sözleşme yapmakta serbesttir¹⁰⁸².

cc. Türk Hukukunda

Doktrinde *Barlas*, gizli ortağın, emeğini sermaye olarak getirdiği durumlar haricinde zarardan muaf tutulamayacağını ifade etmektedir. Yani nasıl ki gizli ortak kara katılmaktadır, öyleyse zarara da katlanmak zorundadır. Yazarın bu açıklamalarından, gizli ortağa açığı kapama yükümü yüklenebileceği hususunu savunduğu yönünde bir çıkarımda bulunulabilir. Yazar, dış adi ortaklıklarda zararara katılma esasını öngören düzenlemenin (TBK m. 623/3), gizli ortaklığa aynen uygulanmasında bir sakınca görmemektedir. Dolayısıyla, sözleşmede zararara katılma oranı belirlenmemişse kazanca katılma için öngörülen oran zararara katılım bakımından da geçerli olacaktır. Yazar son olarak, gizli ortağın zararara katılma oranının, getirdiği veya taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı tutulması prensibini benimsemediğini ortaya koymaktadır. Zira yazara göre, böyle bir yaklaşıma hukuksal dayanak bulmak güç görünmektedir¹⁰⁸³. Yazar, Alman hukukunda ise bu prensibin açık bir yasal dayanağı bulunduğunu belirtmektedir¹⁰⁸⁴ (HGB § 232/2).

¹⁰⁸² Tüm bu açıklamalar için bk. BK- *Fellmann/Müller*, OR Art. 533, No. 103- 104.

¹⁰⁸³ Bk. *Barlas*, s. 199.

¹⁰⁸⁴ Bk. *Barlas*, s. 200, dpn. 200.

2.Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin Öngörülmesi- Özellikle Rekabet Yasağı Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Ayrılma, ortaklık ile ilişkisi kesilen ortak açısından yalnızca hakların değil, aynı zamanda ortaksal yükümlerinin de sona ermesi sonucunu doğurmakla birlikte, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında yapılacak bir sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir¹⁰⁸⁵. Özellikle sadakat yükümünden kaynaklanan¹⁰⁸⁶ bazı davranış yükümlerinin, ayrılmadan sonra da “*bir süre*” boyunca devam edeceği öngörülebilir¹⁰⁸⁷. Bunun tipik örneklerini de sır saklama yükümü¹⁰⁸⁸ ve rekabet yasağı anlaşmaları oluşturmaktadır.

Gerçekten, rekabet yasağı ortağın ortaklık sıfatına doğrudan bağlı olup, ortaklık sıfatının yitirildiği hallerde kendiliğinden ortadan kalkar¹⁰⁸⁹. Gerek kanuni (HGB § 112) gerekse sadakat yükümüne dayalı rekabet yasağında (BGB § 705) durum böyledir. Hatta ortağın sırf rekabet yasağından kurtulmak amacıyla ortaklıktan

¹⁰⁸⁵ Kollektif ortaklıklar açısından bk. **Hartmann**, s. 74. İrade özerkliğinin sınırları içinde kalınması gerekliliğini vurgulamak suretiyle aynı yönde bk. **Staudinger/ Habermeier**, BGB § 738, Rz.6.

¹⁰⁸⁶ Bk. **Soergel/ Hadding/ Kiessling**, BGB § 738, Rz. 11.

¹⁰⁸⁷ Bk. MüKo/ **Schäfer**, BGB § 738, Rn. 6-7; NK- BGB/**Jessica Hanke**, BGB § 738, Rn.4-5; **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, BGB § 738, Rz.6. İsviçre hukuku için bk. **Jung**, scheidet tut weh, s. 215, dn. 91.

¹⁰⁸⁸ Bk. **Soergel/ Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 11. Ayrıca ani bir sermaye çıkışı ortaklığın finansal geleceğini tehlikeye atıyorsa ayrılan ortak, ayrılma payının taksitler halinde ödenmesine de katlanabilir. Türk hukuku bakımından bk. **Dirikkan- Öztürk**, s. 152. Yazar taksitlendirme sözleşmesini dürüstlük kuralı ile temellendirmektedir. Ancak hâkim öğretiyeye göre, bu anlaşmanın hukuksal dayanağını sadakat yükümü teşkil eder. Görüldüğü üzere, kişi ortaklıkları alanına hâkim prensiplerden biri olan “*sadakat yükümü*”, kimi zaman hukuksal ilişkinin bitimine de yayılabilir. Bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, 4.Aufl, Köln- Berlin- Bonn- München 2002, s. 589. Karşı görüş için bk. **Baumann**, s. 150. Yazara göre kanuni düzenlemelerin asli görevi; ortaklığı sermaye çıkışlarına karşı korumak değil, aksine ayrılan ortağın ayrılma payı klozları ile ekonomik yönden zayıf bir konuma sürüklenmesini engellemektir. Ayrılma payı klozlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalara “*Ayrılma Payı Klozları*” başlığı altında yer verilmiştir. Bk. Üçüncü Bölüm, III, A, 1, n.

¹⁰⁸⁹ Rekabet yasağının, ortaklık sıfatının yitirilmesi (ayrılma) ile sona erdiği hususunda bk. **Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts Band 2**, 2. Aufl, Berlin, 1950 (Anılış: HGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı), HGB § 112, Anm. 3; **Schlegelberger/Martens**, HGB § 112, Rz. 7; **Heymann/Emmerich**, HGB § 112, Rz. 7; Athanasios Kardaras, **Das Wettbewerbsverbot in den Personengesellschaften**, München, 1967, s. 45; Nisim Franko, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Batider**, C. XIII, S. 1, 1985, s. 26, 47; Fatih Aydoğan, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 53; **Karahan/Akın**, s. 58. Rekabet yasağının zamansal açıdan bir ortağın ortaklıktan ayrıldığı ana dek sürdüğü hususunda bk. Christian Armbrüster, “Grundlagen und Reichweite von Wettbewerbsverboten im Personengesellschaftsrecht”, **ZIP**, S.7, 1997, s. 265; **Sudhoff**, Gesellschaftsvertrag, s. 162; Yaşar Can Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasalarının Kapsamı”, **DEÜHFD**, C.9, Özel Sayı, 2007, s. 658.

ayrılması bile durumu değiştirmez. Örneğin, ortağın, rekabet yasağına aykırı davranışlarını daha kolay bir şekilde sürdürmek amacıyla ortaklıktan çıkmasında olduğu gibi. Bunun tek istisnası, ilgili ortağın rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle ortaklıktan çıkarılması olasılığında gündeme gelebilir¹⁰⁹⁰. Bunun dışında, ayrılan ortağı rekabet yasağına tabi kılabilmenin yegâne yolu, rekabet yasağı anlaşması yapmaktan geçmektedir¹⁰⁹¹. Bu ise tamamen diğer ortakların (kalan ortak) meselesidir.¹⁰⁹² Sözleşme sonrası rekabet yasağına ortaklık sözleşmesinde yer verilebileceği gibi, bu husus sonradan ortaklıktan ayrılma ile bağlantılı olarak da kararlařtırılabilir¹⁰⁹³.

b. Sözleşmesel Rekabet Yasaklarının Getirilme Amacı

Adi ortaklıktan ayrılan ortağın kanuni rekabet yasağı kendiliğinden sona ermekle birlikte, bu esasa sözleşmeyle istisna getirilebilir: Sözleşme sonrası rekabet yasağı, daha açık bir ifadeyle ortağa ayrılmasından sonra yüklenen rekabet yasağı, yalnızca tarafların irade beyanlarının bu yönde uyuşması ile kendisine hukuksal bir zemin bulabilir. Keza rekabet yasağı anlaşmaları ayrılan ortağın ticari faaliyetlerini kısıtlayıcı bir karaktere sahiptir. Ayrıca rekabet yasağının dayanağını oluşturan sadakat yükümü de kural olarak ortaklık sıfatı sürdürdüğü sürece ortağı bağlamaktadır. Ayrılma, yani ortaklık sıfatının sona ermesi ile beraber sadakat yükümü de ortadan kalkar. Çünkü ortağı ortaklık veya diğer ortaklar ile kader birliğine zorlayan hukuki bağ özölmüştür. Bununla birlikte, bazı durum ve koşullar ortakların ayrılan ortak ile bir rekabet yasağı anlaşması yapmasını haklı kılabilir. Buna örnek olarak, ayrılan ortağın ortak olduğu dönemde yürüttüğü iş veya faaliyetlerin, gelecekte ortaklık ile rekabete gireceği şüphesini uyandırmış olması verilebilir. Bunun yanında, hiçbir somut kuşkuya dayanmasa dahi, işletmenin karlılığı ve verimliğini korumak amacıyla da rekabet yasağı anlaşması yapılabilir. Böylelikle ortaklar, önleyici bir koruma aracı olarak rekabet yasağı klozuna başvurmaktadırlar.

¹⁰⁹⁰ Bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 112, Rz. 7.

¹⁰⁹¹ Ayrılan ortağı rekabet yasağına tabi tutabilmek için özel bir anlaşmanın gerekli olduğu hususunda bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 112, Rz. 13.

¹⁰⁹² Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 112, Rz. 7.

¹⁰⁹³ Nitekim bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 112, Rz. 13.

Adi ortaklıkta yönetici olsun ya da olmasın TBK 631 hükmü uyarınca ortakların oldukça geniş bir denetleme hakları bulunmaktadır. Bu şekilde ortaklar ortaklığın önemli sır ve bilgilerine kolaylıkla erişebilmektedir. Dolayısıyla ayrılan ortağın, ortak iken öğrendiği bilgileri kendi menfaatleri için kullanması muhtemeldir. Ayrılma sonrasına sirayet eden “sır saklama yükümü” ise kanaatimizce ortaklığı bu tür tehlikelere karşı korumada yetersiz kalmaktadır. İşte rekabet yasağı sözleşmeleri tam da bu noktada fonksiyon göstermektedir.

Gerçekten de aksi ortaklık sözleşmesi ile getirilmediği sürece adi ortaklıkta tüm ortaklar yönetici ve temsilci statüsünü elde ederler (*Selbstorganschaŕft*- özden yönetim ilkesi). Bunun da bir sonucu olarak, ortaklar ortaklığın iş ve işleyişi ile ilgili önemli bilgileri ellerinde tutarlar. Bu da pay devri, çıkma çıkarılma gibi ortaklıktan ayrılmaya yol açan olguların varlığı halinde, ortaklığın rekabet edebilirliği bağlamında ciddi sorunlar yaratabilir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, ortaksal hak ve yükümlülükler kural olarak ayrılma anında son bulur. Dolayısıyla bu andan itibaren ortağın, öğrendiği sırları ticari alanda kullanmasını önleyebilecek hukuksal tek mekanizma rekabet yasağı anlaşmasıdır¹⁰⁹⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesi veya anlaşması, serbest meslek icra eden (ör: avukatlık, vergi danışmanlığı, doktorluk vb.) adi ortaklıklarda daha büyük bir önem taşımaktadır¹⁰⁹⁵. Bu tür ortaklıklarda, rekabet yasağı sözleşmesi, ayrılma sonrası edinilmiş müşteri çevresini de kapsayacak büyüklükte yapılamaz. Anlaşmanın BGB 138¹⁰⁹⁶ ve GWB'nin (rekabet sınırlamalarına karşı kanun)¹⁰⁹⁷ kartel yasağı bağlamında geçerli kabul edilebilmesi için, yasağın *yer, zaman ve konu* yönünden belirli olması gerekir¹⁰⁹⁸. Burada amaç; rekabet yasağını getirmek suretiyle diğer ortakların iktisaden etkin bir faaliyet yürütebilmelerini garanti altına almaktır. Yoksa rekabet yasağı

¹⁰⁹⁴ Benzer gerekçelerle limited ortaklıklar açısından bk. Rauf Karasu, “Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **Batider**, C. XXII, S. 4, 2004, s. 80 vd.

¹⁰⁹⁵ Çünkü serbest meslek icra eden ortaklıklarda uzun süreli bir rekabet yasağı getirmek, bu ortakların ekonomik geleceğini tehlikeye sokar ve bir yerde mesleğin icrasının yasaklanması anlamını taşıyabilir. Bu hususta bk. **Karasu**, s. 90. Yazarın limited ortaklıklar için dile getirdiği çekincelerin, ortakların kişisel bağ ve ilişkileri üzerine kurulu adi ortaklıkta da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁰⁹⁶ Bu tür rekabet yasağı anlaşmalarının BGB 138'in içerik denetimine tabi olduğu hususunda bk. Harm Peter Westermann, **Handbuch der Personengesellschaften**, 3. Aufl, Köln, 1991, s. 390, No. 460.

¹⁰⁹⁷ Türk hukukunda benzer açıklamalar için bk. **Karasu**, s. 84 vd. Yazar, limited ortaklık ortağı açısından meseleyi ele aldığı makalesinde, ayrılan ortağın ticari faaliyetlerini sınırlayan bir sözleşmenin rekabeti engellediğine işaret etmektedir. Bu da bizi bu tip anlaşmaların RKHK m. 4'e aykırılık oluşturduğu sonucuna ulaştırır. Bk. s.85.

¹⁰⁹⁸ Nitekim bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 112, Rz 7.

anlaşması, ayrılan ortağı “cezalandırma” veya rekabeti engelleme amacıyla kullanılmamalıdır¹⁰⁹⁹. Ayrıca, böyle bir sözleşmenin ivazsız kurulması, ayrılan ortağın bulduğu müşteri çevresinden diğer ortakların “herhangi bir bedel ödmeden” yararlanmaya devam etmeleri anlamına gelebilecektir¹¹⁰⁰. Öyleyse, kanımızca bu tür anlaşmaların belirli bir ivaz karşılığında yapılmaları yerinde olur. Bu yaklaşım, menfaatler dengesi ve sözleşme adaletine de uygun düşer¹¹⁰¹.

Sadakat(bağlılık) yükümü, şahıs şirketleri alanına yön veren ana prensiplerden biri olup¹¹⁰², ortağın ortaklığın menfaatlerini kendi menfaatlerinin önünde tutmasını ve öncelikli olarak ortaklığın çıkarlarını gözetmesini buyurur¹¹⁰³. Öyle ki, söz konusu ilke ortaksal hakların kullanımına belli sınırlar çizerken¹¹⁰⁴, diğer yandan da ortaksal yükümlerin içeriğini belirler¹¹⁰⁵. Bu sebeple, kavramın içinin titizlikle doldurulması gerekir. Her hukuksal kavramda olduğu gibi, sadakat yükümünün de yukarıda belirtilen nedenlerle somutlaştırılması gerekir¹¹⁰⁶. Bu ödevin de öğreti ve yargıya düştüğü kuşkusuzdur.

c.Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kapsamı ve Sınırları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, rekabet yasağı ayrılan ortağın ticari faaliyetlerini sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu nedenle, konu, yer ve zaman yönünden kapsamının belirlenmesi gerekir. Bilhassa GWB § 1 ve BGB § 138 bu tür anlaşmaların doğal denetim kriterlerini oluştururlar. Nitekim, rekabet yasağı anlaşmasının süre yönünden ayrılan ortağın rekabet etme, ticari faaliyetlerde bulunma özgürlüğünü aşırı ölçülerde kısıtlaması, ahlaka aykırılık olgusunu da beraberinde getirecektir. Hatta öyle ki, böyle bir sözleşme duruma göre “kelepçeleme sözleşmesi”

¹⁰⁹⁹ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 12; **Henssler/Strohn/Kilian**, BGB § 738, Rn. 13- 15.

¹¹⁰⁰ Rekabet yasağının kapsamına müşteri çevresinin girip girmediği bir yorum sorunu olup, sözleşmenin yorumlanmasını gerektirir.

¹¹⁰¹ Türk öğretisinde *Karasu*'ya göre, bir karşı edimin(ivaz) kararlaştırıldığı durumlarda ortağın ekonomik geleceğine yönelen tehlike büyük ölçüde azalacağından, daha kapsamlı bir anlaşma yapılabilmesi olanaklı hale gelir. Bk. **Karasu**, s. 91.

¹¹⁰² Bağlılık yükümünün, ortaklıklar hukukunun “*yazılı olmayan hukuki düzeni*” ni oluşturduğuna ilişkin bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 588.

¹¹⁰³ Bk. **Karasu**, s. 82, dn. 9.

¹¹⁰⁴ Bu hususta bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth**, § 705 BGB, Rz. 22.

¹¹⁰⁵ Sadakat borcu, ortağın çıkma ve çıkarılmasında da belirleyici bir rol oynar.

¹¹⁰⁶ Bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 588.

(*Knebelungsvertrag*)” niteliğine de bürünebilir. Menfaatler dengesinin gözetilmesi, bu nedenle büyük bir önem taşır. Hâkim, somut olayda ortaklığın rekabet edilmemesindeki menfaatleri ile ayrılan ortağın ticari faaliyetlerini sürdürme yönündeki menfaatlerini tartarak karar vermelidir.

Zamansal açıdan kapsamı çok geniş bir süreye yayılmış rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı meselesi incelenmeye değerdir. Alman Federal Mahkemesi, bu tür sözleşme sonrası rekabet yasaklarını bütünüyle geçersiz saymak yerine, geçerliliği koruyucu redüksiyon (*geltungserhaltende Reduktion*) yöntemiyle ayakta tutma eğilimindedir. Özellikle de serbest meslek sahiplerince kurulan adi ortaklıklar bakımından Federal Mahkeme, uzun süreyi iki yıllık makul bir zamana indirgemıştır¹¹⁰⁷. Buna karşılık, yer ve konu yönünden kapsamı geniş tutulan rekabet yasağı sözleşmelerinin sözü edilen yorum yöntemiyle ayakta tutulması olanaklı değildir¹¹⁰⁸.

Ayrılan ortağa uygun bir tazminat ödenip ödenmeyeceği ise sorunun başka bir boyutunu gözler önüne serer: Ayrılan ortak, bu sözleşmeyi yaparak kendisi açısından belki de ciddi avantajlar getirebilecek işlerden uzak durma taahhüdünde bulunmaktadır. Bunun ayrılan ortağa ekonomik kayıplar verdireceği ortadadır. Yine, ayrılma sonrası ortağın sadakat yükümü sona ermiş, böylelikle ortaklığın çıkarlarını ön planda tutma yükümlülüğü ortadan kalkmıştır. Yani, ayrılan ortak bu sözleşmenin ivazsız olarak kurulmasına katlanmak zorunda değildir. Kanaatimizce tüm bu nedenlerden ötürü, bu sözleşmenin bir “karşı edim- uygun tazminat” karşılığında yapılması hem menfaatler dengesi prensibine hem de sözleşme adaletine uygun düşer. Ortağa ödenecek tazminat bakımından da iki temel varyasyon akla gelebilir: Karşı edim ya ayrıca ifa edilebilir ya da ortağa ödenecek ayrılma payının hesaplanmasında rekabet yasağı da dikkate alınabilir. Bu hesap yapılırken ortağın rekabet etmeme borcu altına girerek uğrayacağı maddi zararlar (kaçırılan fırsatlar, müşteri çevresi vs.) ölçü alınmalıdır. Ancak zarar kalemlerini önceden tek tek belirleme imkânı olmadığından¹¹⁰⁹, süreye uygun götürü bir bedel de kararlaştırılabilir.

¹¹⁰⁷ Bu hususta bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 12. Bu doğrultuda bir Federal Mahkeme kararı için bk. BGH NJW 2004, 66.

¹¹⁰⁸ Bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 738, Rz. 12. Bu konuyla ilgili bir Federal Mahkeme kararı için bk. BGH NJW 2005, 3061.

¹¹⁰⁹ Zira somut olarak meydana gelen zararlar, kimi zaman soyut zarar kalemlerinin üzerinde olabileceği gibi, bazen de aşağısında olabilir.

İşte tüm bu sebeplerden ötürü, aşağıda değinilecek istisnai durum dışında, sözleşme sonrası rekabet yasağında karşı edim belirlenmesinin bu sözleşmenin *esaslı bir unsuru (essentialia negotii)* olduğu kabul edilmelidir. Zira, herhangi bir giderim veya karşı edim ödenmeden, ayrılan ortağı tek taraflı olarak rekabet etmeme yükümlülüğü altına sokmak doğru değildir. Hele ki, yukarıda da vurguladığımız üzere, sadakat yükümü sona eren bir ortağın bu sözleşmenin ivazsız şekilde kurulmasına katlanması, tarafların ekonomik menfaatleri dikkate alındığında oldukça güçtür.

Ayrılan ortağa verilecek karşı edim, sözleşme sonrası rekabet yasağının hukuki nitelendirmesinde önem arz etmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinde herhangi bir surette karşı edim kararlaştırılmadığı takdirde, bu sözleşme tek tarafa (ayrılan ortağa) borç yükleyen bir sözleşme niteliğini haizdir. Ancak bir karşı edimin varlığı halinde, bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen (*Synallagmatik*) bir sözleşme niteliğine bürünecektir¹¹¹⁰. Yine, ayrılma sonrası rekabet yasağı anlaşması (*nachvertragliches Wettbewerbsverbot*) taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurar¹¹¹¹.

Ancak ayrılan ortağa kural olarak karşı edim ödenmesi esasının da bir istisnası mevcuttur: Eğer ortak BGB § 737 ve HGB § 140 bağlamında¹¹¹², kendisine yüklenebilen haklı bir sebeple ortaklıktan çıkarılmış, yani çıkarılmayı gerektiren sebep ortağın şahsından ileri gelmiş ise, ortaklık karşı edim ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Böyle bir durumda haklı sebeple çıkarılan ortağın, davranışlarının sorumluluğunu kendisinin taşıması gerektiği düşüncesinden hareket edilebilir. Yani kökleri Roma Hukukuna dayanan ve modern hukuk sistemlerinde de benimsenen “*bir kimsenin hukuka veya ahlaka aykırı hareketinden kendisi lehine hak çıkarmaya kalkışamaması*” ilkesi, sözü edilen görüşümüzün temel argümanıdır. Aksi takdirde, ortaklık ilişkisini katlanılamaz kılan ve güven zeminini sarsan ortak adeta

¹¹¹⁰ Nitekim, işçiye yüklenen sözleşmesel rekabet yasağına ilişkin olarak aynı yönde bk. Sabah Altay, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **MÜHF- HAD**, C. 14, S. 3, s. 181.

¹¹¹¹ Alman Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) de bir kararında, sözleşme sonrası rekabet yasağının sürekli borç ilişkisi oluşturduğuna işaret etmiştir. İlgili karar için bk. BAG 31. 01. 2018, 10 AZR 392/17. Kararın özeti için bk. www.steinberg-arbeitsrecht.de (E. T. 22. 05. 2019). Kanaatimizce, Federal İş Mahkemesi'nin bu yaklaşımı ortaklıklar hukuku açısından da benimsenebilir. Sözleşme sonrası rekabet yasağının bu şekilde sürekli borç ilişkisi kurduğunun kabulü, onun sona ermesinde belirleyici rol oynar.

¹¹¹² Alman kanun koyucusu, BGB § 737'de çıkarılma için diğer ortakların kararını ararken, HGB 140 çerçevesinde bir ortağın çıkarılabilmesi içinse hâkimin yenilik doğurucu kararına ihtiyaç vardır. Ancak bu hükümler emredici nitelikte değildir.

ödüllendirilmiş olurdu ki, bu tür bir çözüm tarzı ne hakkaniyetle de hukukun genel prensipleriyle bağdaşmazdı.

Aynı şekilde, bir ortağın ortaklıktan ayrılmasına diğer ortakların kusurlu davranışlarının sebep olduğu hallerde, diğer ortakların ayrılan ortağa rekabet etmeme yükümü yüklemeye çalışmaları dürüstlük kuralına ters düşecektir. Keza, yukarıda belirttiğimiz genel hukuk prensibi bu kez diğer ortaklar için devreye girer. Dolayısıyla bu tip durumlarda diğer ortakların rekabet yasağı sözleşmesi yapma hakları ellerinden alınmaktadır. Eğer sözleşme sonrası rekabet yasağı ortaklık sözleşmesinde önceden kararlaştırılmış (rekabet kaydı olarak) ve diğer ortaklar kusurlu hareketleriyle ortağı ortaklıktan ayrılmaya itmişlerse, ortaklıktan ayrılan ortak rekabet yasağının bağlayıcı etkisinden kurtulur. Görüldüğü üzere, sözleşme sonrası rekabet yasağının kurulduğu dönemde ortak, henüz ortaklık sıfatını yitirmemiştir. Ne var ki diğer ortaklar, kusurlu davranışları neticesinde rekabet yasağı anlaşmasının koruyucu fonksiyonundan yoksun kalmaktadırlar. Bu çözüm hukuk mantığına uygundur. Böylelikle diğer ortaklar kusurlu davranışlarına rağmen ödüllendirilmemektedir.

d.Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Ayrılan ortak sözleşme ile kendisine yüklenen rekabet etmeme yükümünü ihlal ettiği takdirde, ortaklık ile arasındaki hukuki ilişki sona erdiğinden, ortaklıklar hukukunun kendine özgü yaptırım sisteminin dışında kalır¹¹¹³. Yani işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını sağlama (*Eintrittsrecht*), menfaat devri (TTK m. 231/1¹¹¹⁴), yönetim ve temsil yetkisinin kaldırılması, ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılması vb. yaptırımlar bu hallerde uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla ayrılan ortak kural olarak sözleşme hukukuna¹¹¹⁵, (TBK m. 112 vd) eğer unsurları mevcutsa haksız fiil hukukuna (TBK m. 49 vd) göre değerlendirilecektir.

¹¹¹³ Benzer açıdan bk. **Schlegelberger/Martens**, HGB § 112, Rz. 30; **Oetker/Lieder**, HGB § 112, Rn. 18- 20. HGB § 113 Abs. 1-3 hükümlerinin, sözleşme sonrası rekabet yasağı açısından uygulama alanı bulmayacağı yönünde bk. HGB- RGRK/**Weipert**, HGB § 113, Anm. 13.

¹¹¹⁴ TBK m. 626 'da rekabet yasağına aykırılığın yaptırımları düzenlenmediğinden, kolektif ortaklıkla ilgili TTK m. 231 hükmünün adi ortaklığa kıyasen uygulanması yerinde olur. Nitekim aynı doğrultuda bk. **Şener**, Ortaklıklar, s. 55.

¹¹¹⁵ Sözleşmelere ilişkin genel esasların uygulanacağı yönünde bk. **Habersack/Schäfer/Schäfer**, HGB § 112, Rz. 13. İhlal niteliğindeki davranışlara, BGB'nin *sözleşme hukukuna özgü tazminat, kaçınma talebi (Unterlassungsanspruch) ve kazanç iadesine ilişkin hükümlerinin* uygulanacağı yönünde bk. Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost ve Lutz Strohn (Hrsg), **Handelsgesetzbuch**

Ayrılan ortağın rekabet sözleşmesine aykırılık anlamını taşıyan her davranış veya işlemi sözleşmenin müspet ihlali kavramı içine girer¹¹¹⁶. Ayrılan ortağın kanuni temsilcisi aracılığıyla işlemler yaptığı durumlarda, yasal temsilcinin rekabet yasağına aykırı davranışları ayrılan ortağa (temsil edilene) isnat edilebilecektir. Bu gibi varyasyonlarda, ihlale dayalı talep ayrılan ortağa yöneltilmekle birlikte, ayrılan ortağı davada (söz gelimi tazminat davası) yasal temsilcisi temsil edecektir.

Ortaklık, sözleşmeye aykırı hareket eden ayrılan ortaktan tazminat talep edebilir (TBK m. 112). Kuşkusuz adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından, bu talebin ayrılan ortağa bütün ortaklar tarafından zorunlu dava arkadaşlığı biçiminde yöneltilmesi icap eder. Bazı hallerde tazminatın kesin tutarını belirlemek çok güç olabilir. Bu tip durumlarda ortakların belirsiz alacak davası (HMK m. 107) açması, onların menfaatlerine olacaktır.

Sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrılan ortak belirli bir miktar sözleşme cezası (*Vertragsstrafe*) ödemeye de mahkûm edilebilir. Sözleşme cezası belirlenirken, bunun ayrılan ortağın ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek boyutlara ulaşmamasına dikkat edilmelidir. Bu noktada, adi ortaklığın ticari işletme işletip işletmediği hususu önem kazanabilir. Zira, ticari işletme işleten bir adi ortaklıktan ayrılan ortak tacir sıfatını yitireceğinden, tacir olmanın olumsuz sonuçlarından kurtulmuş olmaktadır. Bunlardan biri de tacirin, fahiş ceza koşulu (sözleşme cezası)nun indirilmesini isteyememesidir (TTK m. 22). Tacir sıfatını yitiren ayrılan ortak, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen ceza koşulunun fahiş olduğunu ileri sürebilecektir¹¹¹⁷ (TBK m. 182/3 uyarınca).

Ortaklık, vekaletsiz iş görmeden doğan talepler devreye girmediği sürece, kazanç iadesi (*Gewinnherausgabe*) talebinde (BGB § 667¹¹¹⁸) bulunamaz. Vekaletsiz iş görmeden doğan talepler ile sözleşmeye aykırılıktan doğan talepler somut olayda

Kommentar, Band 1, 3. Aufl, München, 2014 (Anlış: EBJS/ilgili bölüm yazarı), HGB § 112, Rn. 21-23; **Henssler/Strohn/Finckh**, HGB § 112, Rn. 26- 31.

¹¹¹⁶ Bu hususta bk. **Kardaras**, s. 45.

¹¹¹⁷ Her ne kadar adı geçen düzenlemede hâkimin fahiş ceza koşulunu resen indirebileceği belirtilmişse de (TBK m. 182/3) bu, borçlunun indirim talebinde bulunamayacağı anlamına gelmez.

¹¹¹⁸ BGB § 667'de hükme bağlanan iade talebinin, vekaletsiz iş görenin elde ettiği kazancın iadesi talebini de kapsadığı doğrultusunda bk. Marco Staake, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Berlin-Heidelberg, 2014, s. 445, No. 64. Türk hukukunda, vekaletsiz iş görene karşı yöneltilecek kar iadesi talebine ilişkin olarak bk. Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk- İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 1957, s. 192 vd.

yarışabilir. Böyle bir durumda taleplerin yarışmasından (*Anspruchskonkurrenz*) söz edilir.

Yine, şartları mevcutsa rekabet yasağına aykırılık aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir. Sözü edilen durumlarda da sözleşmeden doğan talepler ile haksız fiilden doğan taleplerin yarıştığı söylenebilir. Bunun için de kusur, zarar, nedensellik bağı vb. unsurların somut olayda bulunması gerekir.

Ortaklığın ayrılan ortağa karşı ileri süreceği talepler kural olarak sözleşme hukukuna dayandığından, 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır (TBK m. 146).

e.Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağının Sona Ermesi

a) Sözleşmesel rekabet yasağı çeşitli biçimlerde sona erebilir. İlk olarak, taraflarca kararlaştırılan sürenin dolması ile hukuki ilişki sona erecektir. Rekabet yasağı sözleşmesinin ayrılan ortak açısından sürekli borç ilişkisi kurmasından ötürü bu sözleşmenin, tarafların sessiz kalması sonucunda belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi gündeme gelebilir. Kanaatimce, ayrılan ortağın ticari ve ekonomik faaliyetlerini kısıtlayan bu sözleşmenin ***yalnızca belirli süreli olarak kurulabileceği*** görüşü benimsenmelidir. Aksine bir yaklaşım, ayrılan ortağın ekonomik ve ticari menfaatlerinin belirsiz (ucu açık) bir zaman dilimi boyunca sınırlandırılacağı anlamını taşır ki, bunun sözleşme özgürlüğü ile açıklanması olanaksızdır. Dolayısıyla sözleşmenin  yıllığına kurulmuş olması ihtimalinde, belirlenen sürenin dolması ile birlikte ayrılan ortak rekabet etmeme borcundan kurtulur.

b) Bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi kurması, özellikle haklı nedenle fesih bağlamında önemli bir rol oynar. Keza, her ne kadar BGB § 314 benzeri genel nitelikli bir düzenleme TBK'da yer almasa dahi, sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshedilebilirliği modern hukuk sistemlerinde kabul görmüş bir prensiptir. Bu çerçevede, sözleşme sonrası rekabet yasağı haklı nedenle sona erdirilebilir. Haklı neden daha ziyade ayrılan ortağın şahsında gerçekleşmekle birlikte, tersine bir durum da söz konusu olabilir. Yani, diğer ortaklara yüklenebilen bir haklı sebebin varlığı halinde ayrılan ortak rekabet yasağını anlaşmasını feshedebilir. Rekabet yasağı

anlaşmasına göre ayrılan ortağa ödenecek karşı edimin taksitlere bölündüğünü varsayalım. Diğer ortakların, taksit ödemelerini ifa etmemeleri veya objektif olmayan bir gerekçeye dayanarak bundan kaçınmaları durumunda ayrılan ortak sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir.

c) Çok nadiren rastlanılacak bir olasılık da olsa, adi ortaklığın hukuki varlığını yitirmesi halinde rekabet yasağı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Adi ortaklık ticaret siciline tescil edilmediğinden, sona erme bakımından belirleyici olan an, tasfiye paylarının dağıtıldığı, yani malvarlığının paylaştırıldığı andır. Tasfiye paylarının dağıtılmasını takiben adi ortaklık hukuki varlığını yitirir.

d) Ayrılan ortağın ölümü halinde rekabet etmeme borcunun onun mirasçılarına geçip geçemeyeceği sorunu gerçekten ilginçtir.

Ayrılan ortağın ölümü rekabet yasağı sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir. Çünkü;

Rekabet yasağı anlaşmaları, karakterleri gereğince kişiye bağlıdır. Yani bu sözleşmede, yasağa uymakla yükümlü tarafın kişiliği önemli bir rol oynar. Bu yönüyle bir bakıma iş görme sözleşmelerine benzerler. Keza iş görme edimlerinde de borçlunun kişiliği alacaklı açısından önem taşır. Bu da rekabet yasağının mirasçılara intikalini engellemektedir.

Yine, rekabet yasağına tabi olan ayrılan ortağın bizzat kendisidir. Zira, adi ortaklığa egemen özden yönetim ilkesi ve sınırsız kontrol hakkından ötürü, ortaklık sınırlarına vakıf olan kişi ayrılan ortaktır (mirasçılar değil!). Salt bu olgu dahi, rekabet etmeme yükümünün mirasçılara geçemeyeceğini açıklıkla ortaya koymaktadır. Özetle, ortaklık sınırlarını kim öğrenmişse eşyanın tabiatı gereği o kişi rekabet yasağına tabi tutulacaktır. Dolayısıyla, söz konusu yasağın mirasçılara geçebildiği görüşü öne sürüldüğü takdirde, bunun hukuki dayanaktan yoksun olduğu ortadadır.

IV. DIŞ İLİŞKİDEKİ HUKUKİ SONUÇLARI

A. AYRILAN ORTAĞIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Ayrılan ortağın hukuki sorumluluğu, onun hem diğer ortaklara hem de üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu içerir. Bu anlamda hukuki sorumluluğun, iç sorumluluk

(*Innenhaftung*) ve dış sorumluluk (*Aussenhaftung*) olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir. İç sorumluluk, ayrılan ortağın diğer ortaklara karşı sorumluluğunu; dış sorumluluk ise onun üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu kısımda ele alacağımız asıl mesele işte bu dış sorumluluk olacaktır.

B. Temel Prensiptir: Ayrılan Ortağın Sorumluluğunun Devam Etmesi

Ayrılan ortağın, ayrılmadan önce doğan borçlardan sorumluluğu ayrıldıktan sonra da devam eder¹¹¹⁹. Yani ayrılan ortak, söz konusu borçlardan ötürü birinci derece, sınırsız ve müteselsil sorumlu olmaya devam eder¹¹²⁰. Bu sorumluluğun devamında, ortağın ortaklık payını devredip devretmediği hususu önem taşımaz¹¹²¹.

Bir borcun ayrılmadan önce doğduğunun kabulü bakımından, ortağın ortaklık sıfatını taşıdığı dönemde borcun hukuki temelini gerçekleştirmiş olup olmadığı ölçü alınır¹¹²². Yani ilgili ortaklık borcunun hukuki dayanağı (*Rechtsgrund-Rechtsgrundlage*) ayrılmadan önce ortaya çıkmışsa, söz konusu borç “önceki borç” kavramının kapsamına sokulabilir¹¹²³. Sözleşmeden doğan borçlar bakımından, *ilgili sözleşmenin ortağın ayrılmasından önce kurulup kurulmadığı ölçü alınır*. Örneğin ayrılan ortağın satım bedeli borcundan (önceki borç anlamında) söz edilebilmesi için, satım sözleşmesinin ortak ayrılmadan önce kurulmuş olması gerekir. Satıcının yani üçüncü kişinin malı teslim edip etmemesi bu bağlamda herhangi bir rol oynamaz¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ Ayrılan ortağın, ayrılma anında mevcut borçlardan, o borçların tabi olduğu zamanaşımı süresi boyunca sorumlu tutulmaya devam ettiği yönünde bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 199; **von Steiger**, s. 421 vd; **Bollmann**, s. 94 vd; BSK- **Stahelin**, OR Art. 545/46, No. 7; **Schaedler**, s. 48-49.

¹¹²⁰ Çünkü bir ortağın ayrılmasının, ortaklık alacaklılarının hukuki durumunu ağırlaştırmasına hukuk düzeni izin veremez. Bk. **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 736, Rz. 16; **Windbichler**, s. 89, No. 13.

¹¹²¹ Bu hususta bk. **Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditzfurth**, BGB § 736, Rz. 7.

¹¹²² Borcun ortaya çıkması olgusu (*Begründung der Verbindlichkeit*), borcun doğumu veya muacceliyeti ile karıştırılmamalıdır. Burada belirleyici olan, *borcun hukuki temelini ne zaman meydana geldiğidir*. Bu hususta bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 128, Rz. 50.

¹¹²³ Bu hususta bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 204; **Heymann/Emmerich**, HGB § 128, Rz. 50.

¹¹²⁴ Bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 128, Rz. 51; **Heymann/Emmerich**, HGB § 128, Rz. 50.

Öğretide bazı yazarlar daha da ileri giderek, sözleşme önerisinde bulunulmasının yeterli olduğunu öne sürmektedir¹¹²⁵! Önerinin, borcun hukuki temelini teşkil edip etmediği kanımca tartışmaya açık bir husustur. Gerçekten, bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunulması şarttır. Öneri, sorumluluğun kabulü açısından tek başına yeterli görülmez!

Sürekli borç ilişkilerinden doğan borçlarda da aynı yorum tarzının benimsenmesi yerinde olacaktır. Dolayısıyla, sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan bir borcun “önceki borç” kabul edilebilmesi için, borcu doğuran sözleşmenin ayrılmadan önce kurulması gerekir¹¹²⁶.

Ayrılan ortağın bu şekilde önceki borçlardan¹¹²⁷ sorumluluğunun sürmesi, şüphesiz ortaklık alacaklılarının çıkarlarına (dikkat, şahsi alacaklıların değil!) hizmet etmektedir. Böylece alacaklı gerek diğer ortaklara gerekse ayrılan ortağa başvurarak alacağına daha hızlı olarak kavuşabilecektir. Ayrılan ortağın iç ilişkide borçtan kurtarılma talebinde bulunabilmesi, bu esasın uygulanmasına engel değildir¹¹²⁸.

Bu esasın benimsenmesinin bir diğer sebebi de şahıs ortaklıklarında, ortakların mali güçlerinin ortaklığın itibar ve kredibilitesinde önemli bir rol oynamasıdır. Tek tek ortakların ödeme güçleri ve mali yapıları, üçüncü kişiler nezdinde, ortaklığa (veya ortaklara) kredi verilmesinde belirleyici olmaktadır. Ayrılan ortağın dış sorumluluğunun sürdüğü bu şekilde tespit edildikten sonra şimdi onun bu sorumluluğunun kapsamına değinilmesi icap etmektedir.

¹¹²⁵ Örneğin bk. Ronald Hunke, **Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters Insbesondere für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen der Gesellschaft**, Baden Baden, 1987, s. 40. Yazar, ortaklığı bağlayıcı bir sözleşme önerisini, ayrılan ortağın sorumluluğu bakımından yeterli görmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sözleşmeden doğan borçlar açısından, sözleşmenin ortağın ayrılmasından önce kurulması gerekir. Aksi takdirde, ortak ayrıldıktan sonra, henüz sözleşme niteliğine bürünmemiş bir öneri (*Antrag- Angebot*) sebebiyle sorumlu tutulacaktır ki, bunun adil bir yaklaşım olmadığı ortadadır.

¹¹²⁶ Nitekim bu hususta isabetle bk. **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 128, Rz. 51.

¹¹²⁷ Önceki borçlar (*Altverbindlichkeiten/Altschulden*) kavramı ile kast edilen, ortağın ortaklıktan ayrılmasından önce doğan borçlardır. Kavramın bu şekildeki tanımı için bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 160, Rz. 9; **MüKoHGB/Schmidt**, HGB § 160, Rn. 25. Önceki- sonraki borç ayrımında, borcun hukuki temelini ayrılmadan önce meydana gelip gelmediği hususunun kıstas alınması gerektiğine ilişkin olarak bk. **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 8. *Kornblum* ise söz konusu kavramı, *ayrılma anında mevcut borçlar* şeklinde tanımlamaktadır. Bk. Udo Kornblum, **Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften**, Frankfurt, 1972, s.174.

¹¹²⁸ Bu hususta bk. **Kornblum**, s. 28.

C. Ayrılan Ortağın Dış Sorumluluğunun Kapsamı ve Rücu (*Regress*)

Ayrılan ortağın bu sorumluluğu hiç kuşkusuz – ilke olarak- hukuki işleme dayalı bir sorumluluktur. Adi ortaklıkta organsal temsil söz konusu olmadığından, yönetici ortakların işledikleri haksız fiiller sebebiyle tüm ortakların sorumlu kılınması mümkün değildir. Keza, haksız fiilde temsil olmaz prensibi geçerlidir.

Ayrılan ortağın hukuki sorumluluğu, onun ortaklıktan ayrılmasından önce doğan tüm borçları kapsar. Buna sürekli borç ilişkilerinden kaynaklanan borçlar da dahildir. Ayrılan ortağın henüz ortak olduğu dönemde, ortaklık ile üçüncü kişiler arasında kurulan kira sözleşmesi gereğince ortaklığın her ayın 15'inde yaptığı kira bedeli ödemesi buna örnek gösterilebilir. Ayrılan ortak bu kira bedelinden ötürü, şahsen birinci derecede ve mütelselsilen sorumlu olmaya devam edecektir. İsviçre öğretisinde *von Steiger*'e göre alacaklı, bu tür sözleşmelerdeki sorumluluk düzeninin aynen devamından yana haklı bir menfaate sahiptir. Ne var ki borçlunun da tasfiyesine (ifasına) herhangi bir etkide bulunmadığı bu borçlardan kurtulmada menfaati vardır¹¹²⁹. Sürekli borç ilişkilerinden doğan borçlara ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır:

Ayrılan ortak- ilke olarak- sürekli borç ilişkilerinden kaynaklanan borçlardan da sorumludur. Ancak, onun ortaklıktan ayrılmasından sonra kurulan ve borç kapsamının genişletilmesi sonucunu doğuracak anlaşmalarda rızasının bulunması gereklidir. Aksi takdirde, ayrılan ortağın bu tarz anlaşmalara dayanılarak sorumluluğunun otomatik olarak sürdüğü varsayılmaz. Alacaklı, feshi olanaklı bir sözleşme ilişkisini, ortağın ayrıldığını bilmesine rağmen sürdürüyor ise; fesih bildirim süresinin dolmasından sonra doğan borçlar/taahhütler bakımından ayrılan ortağın sorumluluktan kurtulduğu kabul edilir. Ortaklar sürekli borç ilişkisini belirsiz süreli olarak kurmuş ve fesih olanağı da kararlaştırmamışlarsa, ayrılan ortak sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Bu noktada *Handschin/Vonzun*, İsviçre öğretisindeki hâkim yaklaşıma karşı çıkmaktadır: Yazarlara göre ayrılma olgusu, tek başına ne belirli süreli ne de belirsiz süreli olarak kurulan sürekli borç ilişkilerinde olağanüstü fesih hakkının kullanımını haklı kılar. Aksine, böyle bir fesih imkanının varlığı *pacta sunt servanda*

¹¹²⁹ Bu hususta bk. **von Steiger**, s. 421. Yazarla aynı yönde bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 206.

prensibine (tarafların sözleşmeyle bağlılığı) aykırılık teşkil eder. Bu çerçevede, ortaklıktan ayrılma olanağı yalnız ilgili ortağın riziko alanına giren bir durumdan ibarettir. Olağanüstü fesih hakkının kullanılabilmesi için, ayrılan ortağın ortaklık sıfatının, sözleşmenin tüm tarafları bakımından- ortaklık alacaklısı da dahil- esaslı bir temel oluşturması gerekir. Öyle ki, kendi ortaklık süresini (ortaklık statüsüne sahip olduğu süreyi) aşan bir sözleşmesel bağlılık, ayrılan ortak açısından çekilemez bir durum yaratabilsin¹¹³⁰.

Son olarak, sorumluluğun devamı ayrılan ortak bakımından sarsıcı bir durum yarattığı takdirde, ayrılan ortak dürüstlük kuralına dayanarak sorumluluktan kurtarılmasını talep edebilir¹¹³¹ (ZGB Art. 2, MK m. 2).

Bütün bu anlatılanlar, ayrılan ortağın sürekli borç ilişkilerindeki sorumluluğunun belirsiz olduğunu ortaya koymaktadır¹¹³². Öğretide ortaklara; ayrılan ortak ile sorumluluğun kaldırılması yönünde anlaşma yapılması, sürekli borç ilişkisinin feshi veya ilgili alacaklı ile yeni bir düzenleme yapılması önerilmektedir¹¹³³.

Ortaklık alacaklısı, ilgili borç muaccel hale geldiğinde ayrılan ortağa doğrudan doğruya başvurabilecektir¹¹³⁴.

Ayrılan ortak, yalnızca ayrılmadan önce doğan borçlardan sorumludur¹¹³⁵. Kısacası ayrılan ortak, ortaklık sıfatı sona erdikten sonra doğan borçlardan sorumlu tutulamaz¹¹³⁶. Meğer ki, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir durum bulunsun¹¹³⁷.

Özellikle askıdaki işler (tamamlanmamış) bakımından, borcun hukuki sebebinin ayrılmadan önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiğinin tespiti her zaman kolay

¹¹³⁰ Nitekim bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 82.

¹¹³¹ Bk. **von Steiger**, s. 421 vd; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 207.

¹¹³² Ayrılan ortağın, sürekli borç ilişkilerinden doğan borçlardan sorumluluğunun koşulları ve kapsamına ilişkin olarak gerek öğretide gerekse yargı kararlarında kesin ölçütler belirlenemediği yönünde bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 77.

¹¹³³ Bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 208.

¹¹³⁴ Bu hususta bk. **von Steiger**, s. 422; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 202.

¹¹³⁵ Bu hususta bk. **Bollmann**, s. 95; BSK- **Stachelin**, OR Art. 545/46, No. 7; **von Steiger**, s. 421; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 204.

¹¹³⁶ Bk. **Zobl**, s. 112; **von Steiger**, s. 445; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 204; ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 74; **Staudinger/Kessler** 12.Aufl, BGB § 736, Rz. 16; **Windbichler**, s. 89, No. 13; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 392; **Baştuğ**, Temel İlkeler, s. 45.

¹¹³⁷ Bu hususta bk. **von Steiger**, s. 445; BSK- **Pestalozzi/Hettich**, OR Art. 544, No. 27.

değildir¹¹³⁸. Ortak ayrıldığı esnada, bu işlemin önceden bitirilmiş olup olmadığı herhangi bir önem taşımaz¹¹³⁹.

Ayrılan ortağın, diğer ortaklara hangi kapsamda ve tutarda rücu edebileceği, ortaklar arasındaki anlaşmalara bağlıdır¹¹⁴⁰. Rücu tutarı, ayrılma payı miktarının hesaplanmasına ve ayrılan ortak için geçerli kar- zarara katılım esasına bağlıdır¹¹⁴¹. Ortaklar ayrılma payının belirlenmesi esnasında, ayrılan ortağın zarar payına denk düşen pasifleri kazanç payından düşmüşlerse, ayrılan ortak tam kapsamda rücu olanağına sahiptir¹¹⁴². Buna karşılık ortaklık pasifleri düşülmemişse ayrılan ortak, yalnızca kendi zarar payını aşan ödemelerle sınırlı bir rücu hakkı elde edebilecektir¹¹⁴³.

Ayrılan ortağın rücu alacağı sebebiyle diğer ortaklar şahsen, birinci derecede ve özellikle *müteselsilen*¹¹⁴⁴ sorumludurlar. Çünkü ayrılan ortağın rücu alacağı tıpkı ayrılma payı gibi “3. Kişi alacakları” kategorisine girmektedir. Ayrılan ortağın rücu alacağına kavuşmasına yardımcı nitelikte masraflardan (avukata ödenecek ücret, mahkeme masrafları vb) ötürü de diğer ortaklar müteselsilen sorumludurlar¹¹⁴⁵.

Ayrılan ortağın, borcun içerik ve kapsamını genişletici nitelikte (*schulderweiternde*) anlaşmalardan (borç ilişkisinin uzatılması, kredi limitinin yükseltilmesi vb) sorumlu olup olmadığı veya diğer ortaklara, üçüncü kişiler karşısında borcunu sınırlayıcı anlaşmalar yaptığı hususunu (Ör: İbra- Erlass, erteleme/Stundung gibi) ileri sürüp süremeyeceği, temsil hukukunun genel esaslarına göre belirlenecektir. Ayrılan ortağın bu şekilde borcu genişletici veya sınırlayıcı anlaşmalara katılabilmesi için; a) Ayrılan ortağın sözü edilen hukuki işlemlere bizzat

¹¹³⁸ Bu hususta bk. **Bollmann**, s. 95; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 205.

¹¹³⁹ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 95, 97; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 205.

¹¹⁴⁰ Bu yönde bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 209.

¹¹⁴¹ Bu hususta bk. **von Steiger**, s. 422; **Meier- Hayoz/Forstmoser** § 12, N. 93; **Zobl**, s. 112 vd.

¹¹⁴² Türk hukuku açısından benzer yönde bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 392.

¹¹⁴³ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 98; **von Steiger**, s. 422; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 210.

Benzer yönde bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 75.

¹¹⁴⁴ Ayrılan ortağın OR Art. 544/3 anlamında “üçüncü kişi” sayıldığı, dolayısıyla diğer ortakların iç ilişkide (ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında) ayrılan ortağa karşı kendi payları oranında (*anteilmässig*) değil, aksine müteselsilen (*solidarisch*) sorumlu oldukları yönünde bk. SHK- **Krauskopf/Giron**, OR Art. 544, No. 20. Rücu talepleri bakımından diğer ortakların müteselsil borçlu sıfatı taşıdıkları yönünde bk. **Staudinger/Kessler** 12. Aufl, BGB § 738, Rz. 4; **Wieland**, s. 720, dpn. 28; **Flume**, *Personengesellschaft*, s. 298; **Schlegelberger/Schmidt**, HGB § 128, Rz. 63; **Kornblum**, s. 193; **Schaedler**, s. 49; **von Steiger**, s. 422. Karşı görüşte bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 128, Rz. 50. Yazar, ayrılan ortağın rücu alacağından ötürü diğer ortakların kendi payları oranında (*pro rata*) ve kısmi borçlu (*Teilschuldner*) olarak sorumlu tutulmaları gerektiği düşüncesindedir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle yazarın bu görüşüne katılmıyoruz.

¹¹⁴⁵ Bk. **Bollmann**, s. 98; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 211.

iştirak etmiş olması, b) Bu işlemler yapıldığı esnada hukuken geçerli surette temsil edilmiş olması, c) ya da üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektirecek bir durumun varlığı, aranır¹¹⁴⁶. Diğer ortaklardan biri, ortaklık alacaklısını ödeme veya takas gibi yollarla tatmin ettiği takdirde ayrılan ortak da bu borçtan kurtulur (OR Art. 147/1, TBK m.166/1) Yine diğer ortaklardan her biri, müteselsil borçlu sıfatıyla ortak defî veya itirazları ileri sürmedikleri sürece, ayrılan ortak/ortaklara karşı sorumludurlar¹¹⁴⁷ (OR Art. 145/2, TBK m. 164/2). Bu durum anlaşılabilir. Keza, ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasındaki müteselsil borçluluk ilişkisi henüz ortadan kalkmamıştır.

D. Ayrılan Ortağın Hukuki Sorumluluğunu Sınırlayan veya Kaldıran Anlaşmaların Akıbeti

Ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunun devamı, ortaklık alacaklılarının menfaatlerini korumaya hizmet ettiğine göre, bu sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan anlaşmaların geçerliliği sorununun incelenmesi kaçınılmazdır. Keza iç ilişkide yani ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunun kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapılması pekâlâ mümkündür. Örneğin, ortağın henüz ortaklık sıfatını yitirmediği dönemde, ortaklıktan ayrılan ortakların dış ilişkideki sorumluluklarının sona ereceği yönünde bir maddenin ortaklık sözleşmesine konulması durumunda ne olacaktır? Bu soruya verilecek yanıt, hukuk düzeninin hangi tarafın menfaatine üstünlük tanımak istediği ile doğrudan bağlantılıdır. Ortaklıklar hukukuna egemen prensiplerden biri alacaklıların korunması düşüncesidir. Şahıs ve sermaye ortaklıklarında her ne kadar farklı görünümeler altında ortaya çıksa da alacaklıların korunması prensibi, sözü edilen hukuk disiplinine yön veren çatı prensiplerden biri olma özelliğini taşımaktadır. Meseleye bu perspektiften yaklaşıldığında hukuk düzeninin, alacaklıların haklarının iç ilişkideki anlaşma (*Vereinbarung*)larla zayıflatılmasını istemeyeceği ortadadır.

Alman hukukunda; ayrılan ortak ile diğer ortakların ortaklık sözleşmesine, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu tamamen kaldıran düzenlemeler koymaları

¹¹⁴⁶ Bu hususta bk. **Bollmann**, s. 95; **von Steiger**, s. 422; **Bergsma**, s. 122; ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 76.

¹¹⁴⁷ Bk. ZK- **Handschin/Vonzun**, OR Art. 544, No. 76.

halinde, bu anlaşmanın HGB § 128 hükmü gereğince geçersiz olacağı dile getirilmektedir. Diğer bir deyişle, *ayrılan ortağın önceki borçlardan artık sorumlu olmadığını öngören anlaşmalar* dış ilişkide *alacaklılara karşı hükümsüzdür*¹¹⁴⁸. Bu tip anlaşmalar olsa olsa iç ilişkide ayrılan ortağın “borçtan kurtarılma talebinin yinelenmesi” olarak değerlendirilebilir¹¹⁴⁹.

İsviçre hukukunda, alacaklının rızası bulunmaksızın onun hukuki durumunu ağırlaştıracak anlaşmalar yapılması mümkün görünmemektedir¹¹⁵⁰. Hatta öğretiyeye göre, ayrılan ortağın sorumluluktan kurtulmasına kapı aralayan sözleşmeler, ortaklık alacaklılarının önemli bir güvence fonundan yoksun kalması sonucunu doğurabilir. Keza, böyle bir olanağa dayanarak ortaklar, yalnızca iki ortak kalıncaya değin ortaklıktan seri olarak ayrılabilirlerdi¹¹⁵¹.

Kanaatimizce, İsviçre hukukunda benimsenen görüşe itibar edilmelidir. Alacaklı kendi rızası alınmadığı sürece, iç ilişkide ayrılan ortağın sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalarla bağlı olmayacaktır. Yalnız kendisi onay verdiği takdirde, iç ilişkide yapılan anlaşma dış ilişkiye de nüfuz edebilecektir.

E. Ayrılan Ortağın Dış Sorumluluğunu Sona Erdiren Sebepler

Ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu sona erdiren sebepler, doğal olarak borçlar hukukunun ilgi alanına girmektedir. Burada dış sorumluluğu sona erdiren sebepler ile kast ettiğimiz, münferit bir ortaklık borcunun sona ermesi sonucunu doğuran davranış veya işlemlerdir. Yoksa ayrılan ortağın, ayrılmadan önce doğan borçlardan (yani önceki borçlardan) sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran sebep veya sebeplerden söz edilmemektedir.

Ayrılan ortağın dış sorumluluğunu sona erdiren başlıca etken, hiç şüphesiz ifa (*Erfüllung*) olgusudur. Ayrılan ortağın borcu ifa etmesi ile ilgili borç son bulur. Yine, takas def'inin ileri sürülmesi borcu sona erdiren bir başka sebeptir. Diğer sebepler;

¹¹⁴⁸ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1501.

¹¹⁴⁹ Bu hususta bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1501.

¹¹⁵⁰ Nitekim bk. SHK- **Krauskopf/Giron**, OR Art. 544, No. 20; BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 200.

¹¹⁵¹ Bu hususta birçokları yerine bk. **Bollmann**, s. 94. Yazar bu görüşünü, mütelselsil borçluların kendi aralarındaki anlaşmalarla alacaklının hukuki durumunu ağırlaştıramayacağı esasına dayandırmaktadır. Yine bk. BK- **Fellmann/Müller**, OR Art. 544, No. 200.

yenileme, alacaklı- borçlu sıfatlarının birleşmesi vb. dir. Alacaklının, diğer ortaklarla veya bizzat ayrılan ortakla yapacağı ibra sözleşmesi de ayrılan ortağın müteselsilen sorumlu olduğu borcu sona erdirir¹¹⁵². Üstelik TBK m. 166/3'te, müteselsil borçlulardan biri ile alacaklı arasında yapılan ibra sözleşmesinin, diğer borçluları da iç ilişkideki katılma payı oranında borçtan kurtaracağı öngörülmek suretiyle mehz OR Art. 147'ye göre ileri bir adım atıldığı söylenebilir¹¹⁵³. Ayrılan ortağı borçtan kurtarmak amacıyla diğer ortakların iç üstlenim sözleşmesi yapmaları, tek başına yeterli değildir. Çünkü, ayrılan ortağın borçtan gerçek anlamda kurtulabilmesi için alacaklı ile diğer ortakların dış üstlenim sözleşmesi yapmaları gerekecektir. Kısacası gerek ibra gerekse borcun üstlenilmesi bakımından belirleyici olan, *alacaklının iradesidir*. Zira yukarıda da vurguladığımız üzere, hukuk düzeni, ortaklık alacaklılarının çıkarlarının gözetilmesinden yana bir tutum takınmıştır.

Ayrılan ortağın iç ilişkide borçtan kurtarılma talebinde bulunması, onun müteselsilen sorumlu olduğu borçlardan kurtulması bakımından yeterli değildir. Zira, iç ilişkide yapılan anlaşmalar, alacaklıların onayı alınmadığı sürece dış ilişkide etkili olmaz. Diğer ortakların ayrılan ortağı borçlardan gerçek anlamda kurtarabilmeleri için – ilke olarak- borcu ifa etmeleri ya da alacaklı ile ibra sözleşmesi yapmaları gerekir, ki bu son olasılığın gerçekleşme yüzdesi oldukça düşüktür. Keza, daha önce de dile getirdiğimiz üzere, ortaklık alacaklıları açısından bir ortağın şahsen ve müteselsilen sorumluluğu bir nevi güvence yaratır. Ortaklık alacaklıları, özellikle ticari hayatın olağan akışı içinde bu güvence fonundan vazgeçmek istemeyeceklerdir. Dolayısıyla uygulamada, ibradan ziyade diğer ortakların borcu ifa etmeleri suretiyle ayrılan ortağın borçtan kurtarılmasına daha sık rastlanır. Diğer ortaklar, ayrılan ortağı alacaklının rızasını alarak “borcun üstlenilmesi” yoluyla da borçtan kurtarabilirler. Diğer ortakların, ayrılan ortağı borçtan kurtarıcı davranışlarda (dış ilişkide) henüz bulunmadıkları bir dönemde, ortaklık alacaklısının ayrılan ortağa başvurması durumunda, kendi payından fazlasını ödeyen ayrılan ortak, diğer ortaklara rücu

¹¹⁵² Ortaklık alacaklısı, ibra sözleşmesini diğer ortaklarla yapmışsa ayrılan ortak da bundan yararlanır. Eğer alacaklı, ibra sözleşmesini diğer ortak veya ortaklarla değil de ayrılan ortağın kendisi ile yapmışsa, bu kez diğer ortaklar ibra sözleşmesinden yararlanırlar. Alman hukukunda da müteselsil borçlulardan biri ile alacaklı arasında kurulan ibra sözleşmesinin diğer borçlular lehine etki yaratacağına ilişkin bir düzenleme mevcuttur (BGB § 423). “İbranın etkisi” başlıklı maddeye göre; sözleşmeyi yapan (ibra sözleşmesi kast ediliyor) taraflar borç ilişkisini tümünden sona erdirmeyi istediği takdirde, müteselsil borçlulardan biri ile alacaklı arasında kurulan ibra sözleşmesi diğer borçlular için de etki gösterir.

¹¹⁵³ Nitekim bk. TBK m. 166 gerekçesi.

edecektir. Yani burada, iç ilişkideki borçtan kurtarılma istemi, borcun dış ilişkide ifasını takiben rücu alacağına dönüşmektedir¹¹⁵⁴.

F. Ayrılan Ortağın Müteselsil Sorumluluk Rejimine Genel Bir Bakış

Ayrılan ortak, ayrılma anında mevcut ortaklık borçlarından birinci dereceden, müteselsilen ve sınırsız olarak sorumlu tutulmaya devam eder. Müteselsil sorumluluk rejiminin bu şekilde devamı doğaldır, zira borçlulardan birinin ortaklıktan ayrılması ortaklık alacaklılarının hukuki durumunu etkilememelidir. Bu kısımda, ayrılan ortağın özellikle rücu alacağı bakımından sahip olduğu konuma yer verilecektir. Ne var ki, rücu mekanizmasının daha iyi kavranabilmesi için, ilk olarak adi ortaklıkta ortaklar arasındaki teselsül düzenine ana hatlarıyla değinilmesi icap eder.

Adi ortaklığa hâkim prensiplerden biri de, ortakların sorumluluğunun müteselsil olmasıdır. Burada müteselsil sorumluluk, ortaklık sözleşmesini kuran veya sonradan sözleşmeye katılan ortaklar açısından kanun gereğince gerçekleşmektedir. Müteselsil sorumluluk yalnız dış ilişkide geçerli olup, iç ilişkide ortaklar kendi payları oranında sorumludurlar. Ortaklar arasındaki iç düzen ortaklık sözleşmesi veya başka surette belirlenmediği takdirde her bir ortak kendi zarar payı oranında sorumlu tutulacaktır. Bu da onların zarara eşit olarak katılacakları anlamına gelir¹¹⁵⁵ (TBK m. ...).

Kısacası, ortaklar arasındaki iç ilişkide müteselsil sorumluluktan söz etme imkânı bulunmamaktadır¹¹⁵⁶. Bir ortak dış ilişkide kendi payından fazlasını ödemişse, diğer ortaklar bu ortağın rücu alacağı sebebiyle müteselsilen değil, aksine kendi payları oranında sorumludurlar¹¹⁵⁷. Bunun gerisinde yatan temel sebep kanun koyucunun, uzun bir rücu zinciri oluşmasına engel olmak istemesidir. Aksi takdirde, payından fazlasını ödeyen her bir ortağa karşı diğerleri müteselsilen sorumlu olacaklardı. Kendisine başvuru ortak da diğer ortak/ortaklara yönelecek, böylelikle rücu zinciri alabildiğine genişleyecekti¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ Nitekim bu doğrultuda bk. **Kornblum**, s. 68, dpn. 119; **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 128, Rz. 45.

¹¹⁵⁵ Bu hususta bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 428.

¹¹⁵⁶ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 99; BSK- **Pestalozzi/Hettich**, OR Art. 544, No. 20.

¹¹⁵⁷ Benzer yönde bk. **Barlas**, s. 102.

¹¹⁵⁸ Bu hususta bk. **Bollmann**, s. 99.

Fakat bu temel prensip, ortaklardan birinin, yani alacaklı açısından bakıldığında müteselsil borçlulardan birinin ortaklıktan ayrılmasıyla büyük bir değişime uğrar. Çünkü ayrılma ile ortak, daha önce pek çok kez işaret ettiğimiz üzere, ortaklık nezdinde üçüncü kişi konumuna gelmektedir. Ayrılan ortağın tabi olduğu müteselsil sorumluluk rejimini, işte bu radikal değişimden bağımsız düşünmek olanak dışıdır. Dolayısıyla, ayrılma ile meydana gelen bu değişimin müteselsil sorumluluk düzenine yansıtılması hakkaniyetin de bir gereğidir.

Ayrılan ortağın müteselsil sorumluluk rejimine göz atıldığında, onun rücu alacağı haricinde köklü bir değişime rastlanmaz: Gerçekten, ayrılan ortak önceki borçlar (*Altverbindlichkeit*) bakımından müteselsil sorumlu sıfatı taşımaya devam ettiğine göre, iç ilişkide diğer ortaklardan farklı bir pozisyonda olmayacaktır. Bu kabulün birtakım önemli sonuçları vardır. Her şeyden önce, ayrılan ortağın sorumluluğunu saklı tutup yalnız diğer ortakları borçtan kurtarmayı amaçlayan bir ibra sözleşmesinin ayakta tutulması mümkün değildir¹¹⁵⁹. Yine, ayrılan ortak ortaklık alacaklısı kendisine başvurduğunda, müteselsil borçlulara ait ortak def'i ve itirazları¹¹⁶⁰ ileri sürmediği takdirde, diğer ortaklara rücu etme olanağını yitirir. Örneğin, ayrılan ortak, ortaklık alacaklısı kendisinden borcun ifasını istediğinde ortak def'i niteliğinde olan zamanaşımı def'ini¹¹⁶¹ ileri sürmemişse, diğer ortaklara – kuşkusuz yalnız ilgili borç bakımından- rücu etme hakkını kaybeder (TBK m. 164).

Bollmann, ayrılan ortağın rücu talebi ile diğer ortakların -yazarın deyişiyle ortaklığı devam ettiren ortakların (*fortsetzende Gesellschafter*)- rücu taleplerinin birbirinden farklı olduğunun altını çizmektedir. Yazar, ayrılan ortağın başvurduğu herhangi bir ortağın, diğerlerine rücu ederken teselsülün yarattığı avantajdan yararlanamayacağına, diğerlerinin, bu ortağa (ayrılan ortağın yöneldiği ortağa) karşı kendi payları oranında (*anteilmässig*) sorumlu tutulmalarının adil bir sonuç olduğuna

¹¹⁵⁹ Alman hukukunda, BGB § 423 düzenlemesi karşısında bu çıkarımın yapılması son derece doğaldır. Nitekim bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 128, Rz. 71. İsviçre hukukunda da, ortaklık alacaklıları ile yapılacak bir ibra sözleşmesine ayrılan ortağın da dahil edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bk. **SHK-Krauskopf/Giron**, OR Art. 544, No. 20.

¹¹⁶⁰ Ortak def'i ve itirazlar, ortak bir doğum sebebinden veya müteselsil borcun içeriğinden ileri gelen savunma araçlarıdır. Bunlara “ortak” def'i ve itiraz karakterini kazandıran ise, her bir borçlunun bunları eşit ölçüde ileri sürebilmesidir. Örnek olarak ödemezlik def'i, bir alacağın dava edilemezliği (OR Art. 513 uyarınca) def'i, borcun imkânsızlık sebebiyle sona erdiği itirazı vb. gösterilebilir. Bk. **BK-Krauskopf**, OR Art. 145, No. 31- 32.

¹¹⁶¹ Zamanaşımı def'inin, ortak def'iler grubuna girdiği hususunda bk. Ayşenur Şahin Caner, **Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluk**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2017, s. 184.

işaret etmektedir¹¹⁶². Konunun, daha iyi anlaşılması bakımından şu şekilde somutlaştırılmasında yarar vardır:

Ortaklık alacaklısı ----- Ayrılan ortak (ayrılan ortak borcun tamamını öder, borç tutarı 100.000 TL) Not: Ayrılan ortağın iç ilişkideki payı 1/4, zira ortak ayrılmadan önce 4 ortak vardı, yani iç ilişki gereğince ayrılan ortağın ödemesi gerekli tutar 25. 000 TL.

Ayrılan ortak ----- diğer ortaklardan biri (Ayrılan ortak, kalan 75. 000 TL'nin tamamı için başvurabilir. İşte bu durumda, ayrılan ortağın rücu alacağından ötürü diğer ortaklardan her biri müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu, çünkü ayrılan ortak ortaklık karşısında artık üçüncü kişi konumuna sahip).

Diğer ortaklardan biri (adı B olsun) ----- bir başka ortağa (C) (75. 000 TL'nin tamamını ödeyen ortak B, kalan 50. 000 TL'lik kısım için rücu ettiğinde, teselsül mekanizması devre dışı kalır. Paylar oranında sorumluluk esası yeniden canlanır. Dolayısıyla diğer ortaklardan B, C'ye yöneldiğinde 50. 000'nin tamamını değil, olsa olsa 25. 000'lik kısmını C'den tahsil edebilir).

Sonuç itibariyle, *Bollmann*'ın da isabetle belirttiği üzere, ayrılan ortak OR Art. 544/3 anlamında “üçüncü kişi- *Dritte*” olarak değerlendirilmelidir¹¹⁶³. Bu kabulün doğal bir neticesi olarak kalan (diğer) ortaklar, ayrılan ortağın rücu alacağı sebebiyle -eğer ayrılan ortakla bu esasın aksini kararlaştırmamışlarsa¹¹⁶⁴- müteselsilen sorumludurlar¹¹⁶⁵. Bu çıkarım doğaldır. Zira OR Art. 544- TBK m. 638/3, ortaklık alacaklıları ile ortakların anlaşarak dış ilişkide müteselsil sorumluluk esasını değiştirebileceklerini öngörmektedir¹¹⁶⁶. Ortaklık borcunu ödeyen ayrılan ortak, ortaklık karşısında üçüncü kişi konumuna geldiğinden, onun rücu alacağından ötürü ortaya çıkacak teselsül mekanizmasını kaldırmanın tek yolu, ayrılan ortak ile TBK m.

¹¹⁶² Bu hususta bk. **Bollmann**, s. 99.

¹¹⁶³ Yazarın bu haklı görüşü için bk. **Bollmann**, s. 99.

¹¹⁶⁴ Görüldüğü gibi, ayrılan ortağın rücu alacağına karşı müteselsil sorumluluk esasını mutlak bir nitelik arz etmemektedir. Diğer ortaklar, ayrılan ortakla (yani 3. Kişi alacaklı ile) yapacakları bir anlaşma çerçevesinde bu esası değiştirebilirler.

¹¹⁶⁵ Nitekim bk. **Bollmann**, s. 100.

¹¹⁶⁶ Müteselsil sorumluluk esasının ortaklık sözleşmesiyle (yani iç ilişkide) kaldırılacağı yönünde bk. **Baştuğ**, Temel İlkeler, s. 38, dpn.52. Yazar, EBK m. 534/son cümledeki sözleşme sözcüğünü ortaklık sözleşmesi şeklinde yorumlamaktadır. Yazarın bu yaklaşımına katılmak olanaklı değildir. Çünkü her şeyden önce, müteselsil sorumluluk rejimi ortaklık alacaklılarını korumak amacıyla getirilmiştir. Öyleyse, bu esastan vazgeçilebilmesi için ortakların değil, ortaklık alacaklılarının rızaları alınmalıdır. Benzer doğrultuda bk. **Şener**, Adi Ortaklık, s. 426, dpn. 847. Teselsülün yalnızca ortaklar ile alacaklılar arasındaki anlaşmalarla kaldırılacağı yönünde İsviçre hukuku açısından bk. **von Steiger**, s. 444- 445; BSK- **Pestalozzi/Hettich**, OR Art. 544, No. 21.

638/3 anlamında sözleşme yapmaktan geçmektedir. Ayrılan ortağın, sözü edilen avantajdan vazgeçmesi ise hayatın olağan akışı içinde beklenen bir durum değildir.

Kısacası, ortaklar kendi aralarında bir anlaşma yaparak üçüncü kişiler karşısındaki müteselsil sorumluluk rejimini kaldıramazlar¹¹⁶⁷. Böyle bir anlaşma yapılmış olsa dahi, dış ilişkide üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez¹¹⁶⁸.

G. Ayrılan Ortağın Hukuki Sorumluluğunun Belirli Bir Süreyle Sınırlandırılması İhtiyacı

Ayrılan ortak, ayrılma anında mevcut borçlardan ötürü tıpkı diğer ortaklar gibi, sınırsız, müteselsilen ve birinci dereceden sorumludur. Bu sorumluluk rejiminin benimsenmesinin gerisinde yatan ana düşüncenin, ortaklık alacaklılarının hukuksal konumlarını pekiştirmek olduğu daha önce ifade edilmişti. Alacaklı böylelikle, ortaklıktan ayrılmış olmasına rağmen ortağa yönelebilecektir. Ne var ki bu ağır sorumluluk düzeninin uzunca süre devam etmesi, ayrılan ortağın ekonomik ve kişisel durumunu kötüleştirebileceği gibi, onun uzun vadede önemli zararlara uğramasına da yol açabilir. Bunun ise modern anayasal temeller ile bağdaşmadığı açıktır. Zira sonraki sorumluluğun¹¹⁶⁹ (*Nachhaftung*) geniş bir zaman dilimine yayılması, ayrılan ortağın kişisel ve ekonomik gelişimini ciddi ölçüde etkileyebilir. İşte bu sakıncalı durumun önüne geçebilmek amacıyla, ayrılan ortağın sonraki sorumluluğunun belli bir süreyle sınırlandırılması gereksinimi doğmuştur.

1. Alman Hukukunda, NachhBG'nin Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönemde Ulaşılan Çözüm: Fesih Teorisi

Fesih teorisinin özü, ortağın, feshi mümkün sürekli borç ilişkilerinde, ayrılmasını takiben bir sonraki olağan fesih dönemine kadar doğmuş olan ortaklık borçlarından sorumluluğudur. Ortaklık alacaklısı bu zaman dilimi içinde fesih

¹¹⁶⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, s. 445, dpn. 75.

¹¹⁶⁸ Bu hususa ilişkin bir Yargıtay kararı özeti için bk. **Şener**, *Adi Ortaklık*, s. 426- 427.

¹¹⁶⁹ Sonraki sorumluluk kavramından kasıt ortağın, *ortaklıktan ayrılmasından sonra tabi olduğu sorumluluk düzenidir*. Sonraki sorumluluk kavramı ortaklık ilişkisinin münhasıran dış cephesini ilgilendirmektedir.

olanağını kullanmadığı takdirde; ayrılan ortağın sorumluluğunun devamından kendi isteğiyle (ileriye dönük olarak) feragat etmiş biri gibi değerlendirilir. Fesih teorisi, feshin ortaklık alacaklısı açısından olanaklı olduğu, hukuksal veya fiili sebeplerin fesih olanağını engellemediği durumlar için uygulanmaktaydı. Sonuncu hale örnek olarak iş sözleşmeleri (*Arbeitsverträge*) verilmekteydi. Öyle ki, bu tür durumlarda sorumluluğun sınırlandırılması ihtimali ortadan kalkmaktaydı. Ayrıca, Fesih ile kast edilen yalnızca olağan fesih hakkıydı. Haklı sebeple olağanüstü fesih hakkı, bu teorinin kapsamı dışında kalmaktaydı.

Alman hukuk literatüründe, Fesih Teorisi daima tartışmaya açık bir konu olarak görülmüştür¹¹⁷⁰. Teorinin gerek haklılığı gerekse uygulanabilirliğine karşı öğretilerde ciddi tereddütler ortaya çıkmıştır. Sonraki Sorumluluğun Sınırlandırılması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu teorinin geçerlilik alanı kalmamıştır¹¹⁷¹.

2. Sonraki Sorumluluğun Sınırlandırılması Kanunu (NachhBG)

Bu konuda en ileri adım Alman kanun koyucusu tarafından atılmıştır. 26 Mart 1994 tarihinde, şahıs ortaklıklarından ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunun sınırlandırılması amacıyla yönelik olarak, “*Sonraki Sorumluluğun Sınırlandırılması Kanunu*¹¹⁷²” yürürlüğe sokulmuştur. Anılan kanuni düzenleme aslında Alman hukukunun şahıs ortaklıkları alanında önde gelen hukukçularından *Peter Ulmer*'in 1983 yılında kaleme aldığı bir makaleye dayanmaktadır¹¹⁷³. Şimdi kısaca bu Kanunun tarihsel gelişimine bir göz atalım:

Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, Alman Ticaret Kanunu'nun 159. Maddesi ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu 5 yıllık bir özel zamanaşımı süresine tabi kılmaktaydı. Zamanaşımı süresi, ilgili alacağın muaccel olması ile işlemeye başlıyordu¹¹⁷⁴. Sürenin muacceliyetle birlikte işlemeye başlaması, özellikle

¹¹⁷⁰ Fesih teorisinden yana yazar olarak birçokları yerine bk. **Hueck**, OHG, s. 449. Sözü edilen teoriyi eleştiren yazarlar için bk. Walther Hadding, “Zur Haftung des ausgeschiedenen OHG- Gesellschafters”, **ZGR**, S. 2, 1973, s. 137, 151 vd; **Schlegelberger/Schmidt** HGB § 128 Rz. 54. Tüm bu yazarlara atıf için ise bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 128, Rz. 67, dnp. 168.

¹¹⁷¹ Bu hususta bk. **Heymann/Emmerich**, HGB § 128, Rz. 67.

¹¹⁷² Alm. “*Nachhaftungsbegrenzungsgesetz*”.

¹¹⁷³ Nitekim bu hususta bk. **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 2; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1498.

¹¹⁷⁴ Bu hususta bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 160, Rz. 2.

sürekli borç ilişkilerinden doğan ortaklık borçları bakımından önemli bir tehlike barındırmaktaydı: Keza, bu düzenlemeden ötürü zamanaşımı süresi, ayrılmadan sonra muaccel hale gelen taleplerde, *muacceliyet anında* başlıyordu. Bu da ayrılan ortağın, yani ortaklık ile artık herhangi bir bağı bulunmayan birinin on yıllar boyunca sorumluluk riskine maruz kalması anlamına gelmekteydi¹¹⁷⁵. Zira sürekli borç ilişkileri, uzun bir zaman dilimine yayılan edim yükümlülükleri doğururlar. Örneğin bir kira sözleşmesi kurulduğunu varsayalım. Kira ilişkisi, karşılıklı borç ve alacaklar doğuran sürekli bir hukuki ilişkidir. Bu ilişki münferit borç ve alacakların adeta buluşma noktasıdır. Öyleyse her bir münferit borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi hesaba katıldığında, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunun yıllarca devam edeceği gerçeği karşımıza çıkar. İşte hukuki sorumluluğun sınırlandırılması, tam da bu noktada devreye girmelidir.

Alman hukukunda *Karsten Schmidt* ise, *Otto von Gierke*'nin sürekli borç ilişkilerini “belirli bir zamanda *kök haktan çözülen*, kopan olgunlaşmış meyve “olarak tarif ettiğini söylemektedir. Kök hak sürekli olarak yeni münferit taleplere gebedir. İşte bu durum, sürekli borç ilişkilerini ayrılan ortak açısından tehlikeli kılmaktadır. Kök hak ortağın ayrılmasından önce ortaya çıkmışsa, sürekli borç ilişkisi, önceki borç doğurur. Kök haktan koparak bağımsızlaşan münferit talebin, ayrılmadan sonra doğması herhangi bir öneme sahip değildir. Önemli olan, kök hakkın (*Gierke*'nin tabiriyle “*Stammrecht*”) ayrılmadan önce ortaya çıkmasıdır¹¹⁷⁶.

Alman hukukunda bu kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde, “Fesih teorisi”¹¹⁷⁷ (*Kündigungstheorie*) olarak adlandırılan bir yaklaşım ile ayrılan ortağın sınırsız sorumluluğuna- süreye bağlanmamış sürekli borç ilişkileri bağlamında- set çekilmek istenmiştir. Federal Mahkeme, bir yandan bu yaklaşım doğrultusunda kararlar verirken, diğer yandan ise, 5 yıllık sürenin dolmasından¹¹⁷⁸ sonra muaccel hale gelen alacaklar bakımından ayrılan ortağın sorumluluğunu kaldıran kararlara imza

¹¹⁷⁵ Bu isabetli açıklamalar için bk. **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 3. Benzer doğrultuda bk. **Palandt/Sprau**, BGB § 736, Rz. 11; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 736, Rz. 22; **Wiedemann**, Gesellschaftsrecht, s. 741. Son yazar, ayrılan ortağın “sonsuz sorumluluğu”ndan (*Endloshaftung*) söz etmektedir.

¹¹⁷⁶ Bu hususta bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1495.

¹¹⁷⁷ Bu teori için birçokları yerine bk. **Hueck**, OHG, s. 449, dpn. 44.

¹¹⁷⁸ HGB § 159'un eski düzenlemesine göre, 5 yıllık sürenin -ki özel zamanaşımı (*Sonderverjährung*) süresi niteliği taşıyordu-, tescille birlikte işlemeye başladığını belirtelim.

atmıştır. Beş yıllık sürenin dolmasından önce muaccel olan alacaklar açısından ise, sorumluluk süresinin on yıla kadar uzama riski dahi söz konusu olabiliyordu.

Ancak, öğretici ve uygulama tarafından alınan bütün bu tedbirler dahi, bilhassa sürekli borç ilişkileri veya uzun süreli borç ilişkilerinden kaynaklanan hukuki belirsizlikleri gidermeye yetmemiştir. Dolayısıyla yazar, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırıcı (*Enthauptungsfrist*) bir süre öngörülmedikçe meselenin çözümlenemeyeceği kanaatine varmıştır. Yazarın kanun teklifi özü itibariyle şu hususları içermektedir¹¹⁷⁹: HGB § 160: “

Mahkeme kanalıyla önceden ileri sürülmedikçe, ortaklık alacaklılarının ayrılan ortağa karşı talepleri beş yıllık sürenin geçmesiyle ortadan kalkar. Ayrılmanın tescilinden sonra 5 yıllık sürenin dolmasını takiben muaccel hale gelen talepler açısından ayrılan ortağın herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır (ilk fıkra).

İlk fıkrada belirtilen süre, ayrılmanın, ortaklık merkezinde bulunan mahkeme bünyesindeki ticaret siciline tescil edildiği günün sonundan itibaren işlemeye başlar¹¹⁸⁰. Sürenin işleyişine, BGB'nin zamanaşımına ilişkin 203, 206 ve 207'inci maddeleri kıyasen uygulanır (ikinci fıkra)”.

İşte Alman kanun koyucusu, *Ulmer* tarafından ortaya atılan bu kanun önerisini dikkate alarak çalışmalara başlamış, kanun tasarısı çeşitli aşamalardan geçtikten sonra 1994 tarihinde yasalaşmıştır¹¹⁸¹. Bu arada, bu kanun önerisinin esasen kollektif ve adi komandit ortaklık için hazırlandığını söylemekte fayda vardır¹¹⁸². Alman kanun koyucusu, tasarıya son anda adi ortaklığı da dahil etmiş ve ortaklıktan otomatik olarak ayrılmayı hükme bağlayan BGB § 736'ya şu ifade eklenmiştir: “Sonraki sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin olarak şahıs ortaklıklarında geçerli düzenlemeler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır”. Böylelikle Alman kanun koyucusu, adi ortaklıktan

¹¹⁷⁹ Konumuz itibariyle, kanun önerisinin yalnızca ilk iki maddesine yer verilmiştir.

¹¹⁸⁰ Almanya'da ticaret sicilleri Türkiye'den farklı olarak, ticaret odaları bünyesinde değil, aksine sicil mahkemeleri bünyesinde oluşturulmaktadır. Dolayısıyla buradaki “mahkeme” ifadesinden kasıt, ortaklık merkezinde bulunan yetkili sicil mahkemesidir (*Registergericht*).

¹¹⁸¹ Böylece, Alman Federal Mahkemesi tarafından özellikle sürekli borç ilişkilerindeki sorumluluk rizikosunu nedeniyle geliştirilen “*Fesih Teorisi*” önemini yitirmiştir. Bu hususta bk. **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 736, Rz. 12; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 736, Rz. 22.

¹¹⁸² Nitekim *Ulmer*'in sözü edilen makalesi incelendiğinde, adi ortaklığa (GbR) yönelik herhangi bir açıklamaya yer vermediği görülmektedir. Bk. Peter Ulmer, “Die zeitliche Begrenzung der Haftung von Gesellschaftern beim Ausscheiden aus einer Personenhandels-gesellschaft sowie bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft”, **BB**, S. 30, 1983, s. 1865 vd.

ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu da *beş yıllık hak düşürücü süre*¹¹⁸³ (*Ausschlussfrist*) ile sınırlandırmıştır.

5 yıllık hak düşürücü sürenin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı hususu, adi ortaklığın diğer şahıs ortaklıklarından farklı olarak, aleniyet işlevine sahip bir sicilden (ticaret sicili) yoksun olması nedeniyle tartışmalıdır¹¹⁸⁴. Alman hukukunda hâkim görüşe göre süre, her bir münferit alacaklının, ortağın ayrıldığını öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹¹⁸⁵. Bu durum, adi ortaklığın ticaret siciline tescili gerekmeyen bir ortaklık tipi olmasının doğal sonucudur. Bir ortağın ölümü halinde ise, onun mirasçıları 5 yıllık hak düşürücü süreden yararlanacaklardır¹¹⁸⁶. Kuşkusuz, mirasçıların hukuksal statülerinin açıklığa kavuşturulmasında halefiyet klozları belirleyici rol oynar.

HGB § 160 düzenlemesi emredici karaktere sahip değildir¹¹⁸⁷. Dolayısıyla Alman öğretisinde, ortaklık sözleşmesiyle bu sürenin daraltılabileceği veya uzatılabileceği belirtilmektedir. Ayrılan ortağın artık herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığına dair bir anlaşma, alacaklılara karşı hükümsüzdür (HGB § 128'deki prensibin ayrılma sonrasına sirayet eden etkisi). Böyle bir anlaşma, olsa olsa ayrılan ortağın iç ilişkiye yönelik borçtan kurtarılma istemi şeklinde değerlendirilebilir. Beş yıllık sürenin üzerine çıkan sorumluluk anlaşmalarının ortaklık sözleşmesinde düzenlenmesi ihtimal dışıdır. Bu tür talepler ancak, *üçüncü kişi lehine sözleşme* olarak görüldükleri takdirde ileri sürülebilirler. Öğretide süre uzatımının mümkün olduğu dile

¹¹⁸³ Sürenin hukuki niteliği noktasında Alman hukukunda görüş birliğine varılabilmiş değildir. Hâkim yaklaşım, sürenin hak düşürücü niteliğine vurgu yapsa dahi, azınlıkta kalan birtakım yazarlar zamanaşımı süresi niteliği taşıdığı kanaatindedirler. Zamanaşımı görüşü için bk. **Hüffer/Koch**, s. 113, s. 24. **Kübler/Assmann** ise, ortaklıklar hukuku isimli kitapta, aynı süreyi hem zamanaşımı (*Verjährungsfrist*) hem de hak düşürücü süre (*Ausschlussfrist*) olarak nitelendirmişlerdir. Bk. **Kübler/Assmann**, s. 66, 88. Dolayısıyla yazarların, sürenin niteliği konusunda çelişkiye düştükleri anlaşılmaktadır. Benzer bir durum, yine ortaklıklar hukukuna ilişkin kitabında, *Eisenhardt* için de geçerlidir. Bk. **Eisenhardt**, s. 75, No. 97, 98.

¹¹⁸⁴ Benzer doğrultuda bk. **Windbichler**, s. 89, No. 13.

¹¹⁸⁵ Bu hususta bk. **MüKo/Schäfer**, BGB § 736, Rn. 21 vd; **Palandt/Sprau**, BGB § 736, Rz. 14; **Eisenhardt**, s. 75, No. 98; **Grunewald**, Gesellschaftsrecht, s. 70, No. 141; **Windbichler**, s. 89, No. 13; **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 736, Rz. 23; **Bamberger/Roth/Timm/Schöne**, BGB § 736, Rz. 15; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1806.

¹¹⁸⁶ Nitekim bu hususta bk. **Henssler/Strohn/Klöhn**, HGB § 160, Rn. 8.

¹¹⁸⁷ Alman hukukuna egemen bu görüş için bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1501; **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 23; **Baumbach/Hopt/Roth**, HGB § 160, Rn. 8; **EBJS/Hillmann**, HGB § 160, Rn. 19; **Oetker/Boesche**, HGB § 160, Rn.17. Karşı görüş için bk. **Habersack/Schäfer/Habersack**, HGB § 160, Rz. 7. Yazar, HGB § 160 hükmünün emredici nitelik taşıdığı ileri sürmektedir.

getirilmekle birlikte¹¹⁸⁸, kanaatimizce, ahlaka aykırılık teşkil etmeyecek bir süre belirlenmesinde yarar vardır. Örneğin, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunun 20 yıl boyunca devam edeceğine yönelik bir sözleşme hükmü, onun ekonomik gelişimine ciddi zararlar vereceğinden butlan yaptırımına tabidir (BGB 138, TBK m. 27). Kanunun hükümet tasarısında, özel birtakım şartlar altında öngörülen “*yazılı bir anlaşmayla süreyi uzatma*” olanağı kanunlaşmamıştır. Bunun sebebi, süre uzatımını yazılı bir anlaşma şartına bağlayan maddenin sözleşme özgürlüğünü gereksiz biçimde sınırladığı yönündeki yaklaşımdır¹¹⁸⁹.

Beş yıllık sürenin dolduğu hususunda ispat yükü ayrılan ortağın üzerindedir¹¹⁹⁰. Gerçekten, söz konusu sürenin dolması ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırdığından, diğer bir deyişle onun lehine bir durum yarattığından, ispat yükünü ayrılan ortağın taşıması doğaldır.

3. Türk Hukukunda Durum

Hukuk sistemimizde ne yazık ki adi ortaklıktan ayrılan ortağın sorumluluğunu (dış sorumluluk) sınırlayan yasal düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ayrıca, kolektif ortaklığa ilişkin hükme yollama yapılmadığı da göze çarpmaktadır. Kanaatimizce burada kanun koyucunun ihmalden kaynaklanan bir boşluk mevcuttur. Yine, kolektif ortaklıktan ayrılan ortağın sorumluluğu *üç yıllık zamanaşımı süresine* tabi kılınırken (TTK m.264/1), adi ortaklıktan ayrılan ortağa farklı muamelede bulunulması kabul edilebilir bir durum değildir¹¹⁹¹. Üstelik, mehaz BGB § 736/2'nin HGB § 160'a yaptığı açık yollamaya (*Verweisung*) karşın kanun koyucunun bu hususu pozitif düzenlemeye kavuşturmamış olması, onun tedbirsiz hareket ettiği yönündeki şüpheleri güçlendirmektedir. Özetle, bir kanun boşluğunun varlığı söz konusudur.

Olmaması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*), HGB § 160'daki sorumluluk rejimi model alınabilir. Ancak Alman kanun koyucusu, hak düşürücü

¹¹⁸⁸ Nitekim bk. **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1501; **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 23. Süre uzatımını olanaklı görmekle beraber, BGB § 202 II'deki sınırın aşılacağı doğrultusunda bk. **Palandt/Sprau** BGB § 736 Rz. 14, 15.

¹¹⁸⁹ Bu konuda bk. **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 23.

¹¹⁹⁰ Nitekim bk. **Soergel/Hadding/Kiessling**, BGB § 736, Rz. 23.

¹¹⁹¹ Her iki ortaklıkta da sorumluluğun sınırsız (*unbeschränkt*) oluşu hasebiyle, adi ortaklıktan ayrılan ortağın neden daha az korunması gerektiğinin makul biçimde açıklanamayacağı yönünde bk. **Karahan/Akın**, s. 86.

süreyi zamanaşımına özgü birtakım maddelere bağlamak suretiyle kanımca hak düşürücü süre- zamanaşımı kavramları arasındaki sınır çizgisini iyiden iyiye bulanıklaştırmıştır. Dolayısıyla, ayrılan ortağın hukuki sorumluluğunu tam anlamıyla sona erdiren bir kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Keza hukuki açıklık ve güvenlik de bunu gerektirir. TBK'nın çıkma ve çıkarılmanın hukuki sonuçlarıyla ilgili kısmına “*Ayrılan Ortağın Sorumluluğu ve Hak Düşürücü Süre*” başlıklı bir madde eklenmelidir:

“Adi ortaklıktan ayrılan ortağın ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu; alacaklıların, ortağın ayrıldığını öğrendiği günden itibaren *beş yıllık sürenin* dolması ile ortadan kalkar. Hâkim, sürenin dolduğu hususunu re'sen gözetir. Sürenin uzatılmasına yönelik anlaşmalar hükümsüzdür (ilk fıkra).

Ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında, ayrılan ortağın ortaklık borçlarından sorumlu tutulmayacağına ilişkin anlaşmalar alacaklılara karşı hüküm ifade etmez (ikinci fıkra). “

Beş yıllık hak düşürücü süre önerilmesinin temel nedeni, TTK'daki üç yıllık zamanaşımı süresinin alacaklıların hukuki durumlarını yeterince korumamasından ileri gelmektedir. Zira ortaklık alacaklılarının ayrılan ortağa başvurabilmeleri, onlar açısından önemli bir avantaj oluşturabilir. Bu hususun asla göz ardı edilmemesi gerekir. Dolayısıyla beş yıllık bir sürenin, alacaklıların hakları bakımından düşünüldüğünde makul bir zaman dilimi niteliği taşıdığı söylenebilir.

Sürenin başlangıç anı olarak, her bir alacaklının, ortağın ortaklıktan ayrıldığını öğrendiği an tercih edilmiş olup bu, bilinçli bir tercihtir. Keza adi ortaklık, ticaret siciline tescil edilebilen bir ortaklık tipi olmadığından, Alman öğretisine egemen yaklaşım (ayrılmayı öğrendiği an) benimsenmiştir. Ne var ki, her bir ortaklık alacaklısının ortağın ayrıldığını öğrenmesi uzun bir zaman alabilir. Çünkü ortaklık alacaklılarının tek tek tespiti ve onlara ortağın ayrıldığı hususunun bildirilmesi, oldukça zahmetli bir iştir. Dolayısıyla, alacaklılara sirküler gönderilerek bu sorunun aşılması mümkündür. Böylece, alacaklıların tamamının aynı gün bilgilendirilmesi yoluyla her bir alacaklı bakımından sürenin ayrı ayrı tarihlerde işlemeye başlamasının önüne geçilebilir. Ticari işletme işleten adi ortaklıkların ise kuşkusuz diğer adi ortaklıklara nazaran farklı bir değerlendirmeye tabi kılınması icap eder. Kanaatimizce bu tip durumlarda süre, ayrılmanın *ticaret siciline tescilinden itibaren* işlemeye

başlayacaktır. Zira, ticari işletmenin alacaklıları ile ortaklık alacaklıları iç içe geçmiştir. Tescilin yapılmaması olasılığında ise temel kural uygulanacaktır¹¹⁹².

“...ortadan kalkar” ifadesinin tercih edilmesinin gerisinde yatan sebep, kuşkusuz sürenin hukuksal niteliğine vurgu yapmaktır. Aynı zamanda, “*hâkim, sürenin dolduğu hususunu re’sen gözetir*” demek suretiyle sürenin hak düşürücü niteliği pekiştirilmiş olmaktadır.

Süre uzatımına yönelik (örneğin, 8 yıllık bir süre) anlaşmaların butlan yaptırımına tabi kılınması ise, sürenin mutlak, yani değiştirilemez niteliğinden kaynaklanmaktadır. Keza, her ne kadar sorumluluk ile ilgili anlaşmalarda genel sınırı kişilik hakları ve ahlaka aykırılık çizse dahi, uygulamada süre uzatım anlaşmalarının özellikle borçlu, yani ayrılan ortak aleyhine kullanılma ihtimali yüksektir. Toplumumuzun ticaret anlayışı da göz önünde bulundurulduğunda en doğru çözüm yolu, beş yıllık süreye mutlak bir nitelik kazandırılmasından geçmektedir.

Son fıkra ise, alacaklıların hukuki durumlarını güçlendirmeye yöneliktir. Ayrılan ortağın önceki borçlardan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan anlaşmaların yalnızca *iç ilişkide (Innenverhältnis)* hüküm ifade edeceği anlatılmak istenmiştir. Ortaklığın her bir alacaklısı, kendi hukuki statüsünü bizzat ayrılan ortak ile serbestçe belirleyebilir. Örneğin, bir ortaklık borcu nedeniyle alacaklı, ayrılan ortağı bizzat ibra edebilir. Bu ibra sözleşmesine diğer ortakların katılmaları gerekmez, çünkü müteselsil sorumluluk rejimi devam etse dahi bu, alacaklının müteselsil borçluyu tek başına ibra etmesine engel değildir.

¹¹⁹² Alman hukukunda ise tescilin mutlaka yapılması gerektiği, ayrılma olgusu tescil edilmediği takdirde beş yıllık sürenin işlemeye başlamayacağı öne sürülmektedir. Hatta bu görüşe göre, alacaklının ayrılmayı öğrenmesi dahi (müspet vukuf- *positive Kenntnis*) bir şey değiştirmemektedir. Bk. **Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer**, HGB § 160, Rz. 14.

SONUÇ

- Ortaklık sıfatı, bir kişinin bir şahıs birliği içindeki hukuksal statüsünü ifade etmektedir. Hem hukuki bir konum hem de hukuki ilişki niteliğini haizdir. Ancak Alman ve kısmen de İsviçre hukukunda ortaya atılan, ortaklık sıfatının sübjektif hak niteliği taşıdığı yolundaki görüşe katılmıyoruz. Zira bu görüşün benimsenmesi, başka hukuki sorunları beraberinde getirecektir.

- Ortaksal haklar, malvarlıksal ve yönetsel olmak üzere iki sınıfa ayrılarak incelenmektedir. Ayrılma payı da hukuki niteliği itibariyle malvarlıksal haklar grubuna girmektedir.

- Ortaklık sıfatı bir hukuki ilişki olduğundan, onun devrine, sözleşmenin devrine ilişkin esasların uygulanması yerinde olur. Ancak burada kendine özgü bir sözleşme devrinin varlığından söz edilebilir. Zira diğer ortaklar devre onay vermediği takdirde, malvarlıksal haklar devredene geçmekle birlikte yönetsel haklar devredende kalmaktadır. Alman ve İsviçre öğretisinde ise ortaklık sıfatının devrine, alacağın devrine ilişkin kuralların uygulanacağı söylenmektedir.

- Ayrılma, ortaklık ilişkisinin ayrılan ortak nazarında tek taraflı olarak sona ermesi anlamını taşımaktadır. Hukuksal bir bağ olarak ortaklık, diğer ortaklar (kalan ortaklar) arasında varlığını sürdürür. Ayrılma kurumunun hukuki ve ekonomik iki arka planı vardır. Ayrılmanın hukuksal arka planında, ortaklığın dağılmasını engelleme amacı bulunmaktadır. Ekonomik arka planında ise, *işletmenin korunması prensibi* karşımıza çıkar. Bu prensibin temel felsefesi, işletme veya ortaklığın ticari faaliyetlerini ayakta tutarak ekonominin zarara uğramasını önlemektir. Adi ortaklığın ticari işletme işletmesine cevaz veren hukuk sistemimizde, “işletmenin korunması” yaklaşımının çok daha büyük bir hassasiyetle ele alınmasında yarar görüyoruz.

- Ayrılma, üst kavram olup ortaklık sıfatının ortadan kalktığı bütün durumları içine almaktadır. Dolayısıyla bu kavramın geniş ve dar anlamda ayrılma şeklinde ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir. Kanımızca dar anlamda ayrılma kavramı ile anlatılmak istenen, çıkma ve çıkarılmadır. Çıkma ve çıkarılma dar anlamda ayrılmayı oluşturur, çünkü ayrılma kavramı dendiğinde akla ilk gelen onlardır. Geniş anlamda ayrılma ise, çıkma ve çıkarılma da dahil olmak üzere, ortaklık sıfatını sona erdiren

bütün halleri kapsamaktadır. Örneğin, ortaklık payının devri, ölüm vb. durumlar geniş anlamda ayrılma kavramının içine girer.

- Çıkma ve çıkarmanın ön koşulunu devam kaydı/kararı teşkil eder. Devam kaydı, ortakların, ortaklık sona ermeksizin ticari faaliyetlerini sürdürme yönündeki iradelerini dışa vurmalarını sağlar.

- Devam kaydı herhangi bir geçerlilik şartına bağlı olmamakla birlikte, muhtemel uyuşmazlıkların baştan önlenmesi adına yazılı şekilde öngörülmesinde yarar vardır.

- Devam kaydı, ortaklık sözleşmesine bir kayıt olarak eklenebileceği gibi, bağımsız bir sözleşme şekline de bürünebilir. Ancak her halükârda devam kaydı, ortaklık sözleşmesinin bir parçasıdır.

- Devam klozunun zamansal sınırı, sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle ortadan kalkar. Diğer bir deyişle, ortaklık ilişkisi sona erinceye dek devam kaydının öngörülmesi olanaklıdır. Sona erme anından itibaren devam kaydının yerini devam kararı alır.

- Sona ermiş bir adi ortaklığı yeniden canlandırmanın tek yolu, ortakların devam kararı almalarıdır. Böylece adi ortaklık yeniden aktif faaliyetlerde bulunabilecektir. Devam kararı ortaklığın akıbetini doğrudan etkileyen bir işlem olduğundan, kural olarak oy birliğini zorunlu kılar. Ancak ortaklık sözleşmesinde farklı bir esasın öngörülmesi mümkündür.

- Devam kararının zamansal sınırını ise tasfiye paylarının dağıtıldığı aşama oluşturmaktadır. Tasfiye paylarının dağıtılmasını takiben, ortaklığın hukuki varlığı son bulacağından; bu andan itibaren adi ortaklığı yeniden canlandırma olanağı ortadan kalkar.

- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan ayrılarak, adi ortaklıkta çıkma ve çıkarma kurumlarını ilk kez pozitif düzenlemeye kavuşturmuştur. Kanun koyucunun attığı bu ileri adım, ne yazık ki mehz Alman hukukundan sapan hükümlerle önemli ölçüde zayıflamıştır.

- Çıkma hakkı, tek taraflı ve diğer ortaklara varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanılır. Çıkma hakkı, doğurduğu hukuki sonuçlar itibarıyla, *bozucu yenilik doğuran haklar (aufhebende Gestaltungsrechte)* kategorisine girmektedir.

Gerçekten de çıkma hakkının kullanılması ile çıkan ortak bakımından ortaklık ilişkisi sona erer.

- Kanun koyucu, çıkma sebepleri ile sona erme sebepleri arasında bağlantı kurmak suretiyle, aslında spesifik çıkma sebepleri öngörmemiş, aksine, sona erme sebeplerini aynı zamanda çıkma sebebi olarak düzenleme yolunu tercih etmiştir. Bu tercihin ne kadar isabetli olduğu ayrı bir tartışma konusudur.

- Kanun koyucu adi ortaklıklar bakımından, BGB § 736'nın öngördüğü *otomatik ayrılma* sisteminden ayrılarak kanuni çıkma hakkını ihdas etmiştir. BGB 736 gereğince, şahsında hükümde belirtilen sebeplerden biri gerçekleşen ortak ortaklıktan “otomatik olarak” ayrılır.

- Çıkma hakkı ortaklara kanunen (TBK m.633) bahşedildiğinden, çıkmanın ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirdiği yönündeki yaklaşım burada uygulama alanı bulamaz. Bu kabulün doğal bir sonucu olarak, çıkma hakkını kullanan ortak diğer ortakların rıza göstermelerine gerek olmaksızın, tamamen tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla ortaklıktan ayrılabilir. Kısacası, kanuni çıkma hakkını kullanan ortağın, ortaklıktan ayrılmak için diğer ortakların onaylarını alması şart değildir.

- Sözleşmesel çıkma hakkında ise, *çıkmanın ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamını taşıdığı* yolundaki prensip devreye girecektir. Çıkma hakkının sözleşmeyle öngörülmesi için bütün ortakların oybirliği aranacaktır.

- Gerek kanuni gerekse sözleşmesel çıkma hakkının da tıpkı fesih bildiriminde olduğu gibi, uygun olmayan zamanda kullanılmaması gerekir. Görüldüğü üzere çıkma hakkının kullanımına özellikle dürüstlük kuralı (MK 2) önemli bir sınır çizmektedir. Örneğin, adi ortaklığın finansal darboğazdan geçtiği bir dönemde sırf ortaklığı zarara uğratmak kastıyla kullanılan çıkma hakkının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği kuşkusuzdur. Bu tip durumlarda, çıkma beyanında bulunan ortağın amaçladığı hukuki sonuç gerçekleşmeyecek, yani ortaklık sıfatı aynen devam edecektir.

- Sözleşmesel çıkma hakkının ayrılma sözleşmesi ile karıştırılmaması gerekir. Ortaklık sözleşmesinde, belirli olguların gerçekleşmesi halinde ortağın ortaklıktan kendiliğinden ayrılacağı öngörülmüş olabilir. İşte biz bu tip sözleşmeleri ayrılma sözleşmesi (*Ausscheidungsvertrag*) olarak adlandırmaktayız. Zira ayrılma

sözleşmelerinde, çıkma hakkının en önemli unsuru olan “*tek taraflı ve muhataba ulaşması gerekli irade açıklaması*” unsuru eksiktir.

- TBK m. 633’de sayılan çıkma sebepleri ilk bakışta sınırlayıcı bir sayıma tabi gibi görünse de ortaklık sözleşmesiyle, bu sebeplerin çıkma sebebi sayılmayacağı kararlaştırılabilir. Sözleşmeyle, belirli durum veya olguların gerçekleşmesi halinde ortağın ortaklıktan otomatik olarak ayrılacağı öngörülebilir. İşte bu gibi hallerde, ortağın ortaklıktan kendiliğinden “çıktığı” sonucuna varılmalı ve başkaca bir irade beyanının varlığı aranmamalıdır.

- Çıkma hakkı, *koruyucu ortaksal hak* grubuna dahil olup, çıkma hakkının ortaklık sözleşmesiyle sınırlandırılması veya kaldırılması olanaklı değildir. Ortaklık sözleşmesine konulacak ayrılma payı klozlarıyla, çıkma hakkının kullanılması fiilen olanaksız hale getirilebilir. Bu tip klozlar ahlaka aykırılık engeline takılırlar (TBK m. 27, BGB § 138).

- İki kişilik adi ortaklıklarda çıkma hakkının kullanımı özellik arz edebilir. Bu tür varyasyonlarda, fesih hakkına benzer şekilde bildirim süreleri öngörülebilir. Böylece, bu süre zarfında diğer ortak, ortaklığı sona erdirme veya sürdürme alternatifleri arasında sağlıklı bir karar verme fırsatına kavuşabilir. Bildirim süresinin aşırı ölçüde uzun olması durumunda süre, geçerliliği koruyucu redüksiyon yoluyla makul bir düzeye çekilecektir.

- İki Kişilik adi ortaklıkta, sözleşmede kararlaştırılmış olması koşuluyla, devralma hakkı kullanılabilir. Devralma hakkının öngörülmesi, taraf iradelerinin, adi ortaklığın tasfiyesiz sona ermesi yönünde uyuştüğunu ortaya koyar.

- Ancak, bazı durumlarda devralma hakkı “düşer”. Örneğin, devralma iradesini gösteren ortağın, sadakat yükümüne aykırı davranışlarıyla diğer ortağı (ayrılan) ortaklıktan ayrılmaya sevk etmesinde olduğu gibi. Keza, kimse hukuka aykırı fiilleriyle kendi lehine hak çıkaramaz. Burada, dürüstlük kuralına aykırılığın somut görünüş biçimlerinden biri söz konusudur.

- Çıkma hakkı, TBK m. 633’de sayılan sebeplerin yanı sıra, haklı sebeplerin varlığı olasılığında da serbestçe kullanılabilirdir. Haklı sebeple çıkma hakkı adi ortaklığın özünde bulunmaktadır. Keza adi ortaklık sürekli bir borç ilişkisi kurar. Öyleyse her bir ortak, hukuki ilişkinin devamı kendisi açısından katlanılamaz hale geldiğinde, bu hukuki ilişkiyi çözme yetkisine sahip olabilmelidir. Ayrıca, TBK m.

633 ile ortaklara tanınan yetkinin, ortakların hukuksal ve ekonomik çıkarlarını yeter derecede koruduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bir ortak, sözleşmede bu doğrultuda herhangi bir kayıt yer almasa dahi haklı sebeple ortaklıktan çıkabilmelidir.

- Haklı sebeple çıkma kanaatimizce, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılmalıdır. Haklı sebeple çıkma hakkını kullanan ortağa karşı “hakkın uygun olmayan zamanda kullanıldığı” savı ileri sürülemez. Zira haklı sebep kavramının özünde yatan “hukuki ilişkiyi derhal sona erdirme” yetkisi, böyle bir iddiayı çürütür.

- Haklı sebeplerin varlığına rağmen uzunca süre herhangi bir girişimde bulunmayan ortak, yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanacaktır (sessiz kalma suretiyle hak kaybı- MK 2 bağlantısı). Bu tip durumlarda, çıkma hakkını kullanan ortağın amaçladığı hukuki sonuç gerçekleşmeyecektir.

- Çıkarma hakkı, kanun koyucunun ihmali neticesinde haklı sebebe değil, sona erme sebeplerine dayandırılmıştır. Bu durum eleştiriye açıktır.

- Çıkarma hakkı da tıpkı çıkma hakkı gibi niteliği itibariyle *bozucu yenilik doğuran haklar* kategorisine girer.

- İki kişilik adi ortaklıkta çıkarma hakkının yerine devralma hakkı öngörülebilir. Keza, tek ortağın diğer ortak hakkında çıkarma kararı alması teknik olarak olanaksızdır. Zira karar, birden fazla kişinin varlığını gerektiren “çok taraflı hukuki işlem” dir.

- Çıkarılan ortak, çıkarma sebeplerinin gerçekleşmediği veya çıkarma prosedürüne uyulmadığı gerekçesiyle iptal veya hükümsüzlüğün tespiti davaları açabilir. Çıkarma kararını bütün ortaklar oy birliği ile aldıklarından, tüm ortakların birlikte dava edilmeleri gerekir. Davalı ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı meydana gelir.

- TBK m. 633 gereğince çıkma ve çıkarma sebepleri aynı olup şunlardır: Fesih bildiriminde bulunulması, ortağın kısıtlanması, ortağın iflası, ortağın ölümü, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesidir.

- Fesih bildiriminde bulunan ortağın ortaklıktan çıkması, her iki hakkın da ortağın iradesine dayanması nedeniyle ilginç bir duruma yol açmaktadır.

Kanaatimizce, ortaklık sözleşmesinde devam kaydı yer alıyorsa, fesih bildiriminde bulunan ortağın, ortaklıktan otomatik olarak ayrıldığı kabul edilmelidir. Biz, ortaklığı sona erdirmeye iradesinin (fesih) ortaklık ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirmeye iradesini (çıkma) de bünyesinde barındırdığı düşüncesindeyiz.

- Fesih hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmaması gerekir. Uygun olmayan zamanda ortaklığı fesheden ortağın şahsında, çıkarılması bakımından haklı sebep meydana geldiği söylenebilir.

- Ortaklık sözleşmesine konulacak ayrılma payları klozlarının, fesih hakkının kullanılmasını fiilen olanaksız kılmaması gerekir. Aksi takdirde, çıkma hakkında olduğu gibi, ahlaka aykırılık argümanına başvurulabilecektir.

- Kısıtlanma, ortağın fiil ehliyetini sınırlayan bir durum olduğundan, sona erme sebepleri arasında sayılmıştır (TBK m. 639) Ancak Alman hukukunda, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak ortağın kısıtlanması, sona erme sebeplerinin düzenlendiği BGB § 723- 728'de yer almamaktadır. Dolayısıyla Alman hukukunda ortağın kısıtlanması otomatik ayrılma sebebi (BGB § 736 uyarınca) de teşkil etmemektedir.

- Kısıtlanma, genellikle önceden tahmin edilemeyen bir olgu olduğundan, ortakların anılan olasılığa karşı önceden tedbir almaları oldukça zordur. Bu nedenle, kısıtlanma bakımından, ortaklık sözleşmesine konulacak devam kaydından ziyade devam kararı fonksiyon gösterecektir. Böylece, ortağın kısıtlanmasından ötürü tasfiye aşamasına giren adi ortaklık yeniden canlandırılabilir. Kısıtlanmada, kısıtlama kararının kesinleştiği tarih ölçü alınmalıdır.

- Kısıtlanan ortak, MK 405 vd hükümlerine göre vesayet altına alınacağından, çıkma hakkının onun yasal temsilcisi (vasisi) tarafından kullanılması gerekir. Öğretide, vesayet ve denetim makamının onayının aranması gerektiği yönünde görüşlere rastlansa da kanımızca yasal temsilcinin çıkma beyanı yeterlidir.

- İflas eden ortağın, iflasa tabi malvarlığı unsurları üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar. Ortağın iflası, bir elbirliği mülkiyeti yapılanması olan adi ortaklıkta ortaklığı sona erdiren sebeplerden biridir (TBK m. 639). İflas eden ortağın çıkmasından ziyade diğer ortaklar tarafından çıkarılması uygulamada daha yaygın olarak görülmektedir. Müflis ortağın ayrılma payı iflas masasına dahil olur. Müflis ortak adına iflas idaresi çıkma beyanında bulunacaktır. Alacaklıların çıkarları dikkate

alındığında, ortaklığın sona erdirilmesinden ziyade, müflis ortak olmaksızın devamında yarar vardır. Keza, tasfiye payı kural olarak *tasfiye değerine* göre hesaplanacağından, alacaklıların çıkarlarına yeterince hizmet etmez. Buna karşılık ayrılma payı ilke olarak payın gerçek değeri üzerinden hesaplanacak, dolayısıyla onun alacaklıları tatmin etme şansı tasfiye payına oranla daha fazla olacaktır.

- Ortağın ölümü, ortaklık sıfatının mirasçılara intikali mümkün (*vererblich*) bir hukuki değer olup olmadığı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Gerek Alman gerekse İsviçre ve Türk hukukunda egemen yaklaşım, ortaklık sıfatının mirasçılara geçebileceği doğrultusundadır. Ortaklık sıfatının mirasçılara intikalini sağlayan sözleşmesel kayıtlara “Halefiyet Klozları (*Nachfolgeklauseln*)” adı verilmektedir.

- Ortaklık sıfatının mirasçılara intikali bağlamında, miras ortaklığının adi ortaklığa üye olup olamayacağı meselesi gündeme gelebilir. Alman hukukunda hâkim görüş, miras ortaklığının adi ortaklığa ortak olamayacağı yönünde iken, İsviçre ve Türk hukukundaki ağırlıklı görüş ise, bunun mümkün olduğu yolundadır. Kanaatimizce, külli halefiyet ilkesinden bu şekilde taviz verilmesi isabetli değildir.

- Halefiyet klozları kendi içinde basit ve nitelikli halefiyet klozları olmak üzere ikiye ayrılır. Basit halefiyet klozunda ölen ortağın bütün mirasçıları ortaklığa alınmakta iken, nitelikli halefiyet klozunda yalnızca belirli mirasçı/mirasçılar ortaklığa kabul edilmektedir. Nitelikli halefiyet klozu uyarınca ortaklığa alınmayan mirasçılara ayrılma payı ödenmesi icap eder. Ayrılma payının ödenmesinde miras paylarının dikkate alınması gerekir.

- Nitelikli halefiyet klozlarında bazı mirasçılar ortaklık payını iktisap edemediğinden, bu tür klozlar öğretide “mirasın paylaşılmasına yönelik” sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir.

- Kimlerin mirasçı olduğu, ortaklık payı üzerinde hangi mirasçının ne kadar paya sahip olduğu, miras hukukuna özgü kurallarla belirlenir. Miras hukuku kurallarıyla ortaklıklar hukuku kuralları çatıştığında, miras hukukuna öncelik verilmelidir.

- Ortaklığa alınmayan mirasçılara ödenecek ayrılma payı hiçbir surette kaldırılamaz. Aksi takdirde, ilgili sözleşme kaydı geçersizliğe uğrar.

- Ortaklık sözleşmesiyle, mirasçılara veya üçüncü kişilere ortaklığa girme hakkı tanınabilir. Bu hak, öğretide genellikle “*üçüncü kişi yararına sözleşme*” olarak

nitelendirilmektedir. Ne var ki, adi ortaklığa girmek, ortağın şahsi ve müteselsil sorumluluk rejimine tabi tutulmasını da beraberinde getireceğinden; burada gerçekten üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır.

- Tasfiye payının cebri icra kanalıyla paraya çevrilmesi, kanaatimizce yanlış biçimde kaleme alınmış bir düzenlemedir. Zira, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi için, öncelikle adi ortaklığın sona ermesi gerekmektedir. Halbuki TBK m. 639'da tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi sona erme sebebi olarak düzenlenmektedir (TBK m. 639/1.3). Bu ikiliğin ortadan kaldırılması için a) Ya kolektif ortaklıktaki TTK m. 249/1 hükmü adi ortaklığa kıyasen uygulanabilmeli ya da haczin konusunu tasfiye payının değil, ortaklık payının oluşturduğu yönündeki görüşe itibar edilmelidir.

- Ortaklık payının haczedilmesi, Alman hukukuna paralel olarak, borçlu ortağın malvarlıksal hakları üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi sonucunu doğurur. Sözü edilen haklara kuşkusuz ayrılma payı da girmektedir. Dolayısıyla, payı haczedilen ortağın ortaklıktan çıkma veya çıkarılması durumunda kendisine ödenecek ayrılma payı, alacaklıların yönelimine açık hale gelir. Ayrılma payı, alacaklıların çıkarlarına çok daha uygundur.

- Borçlu ortağın, malvarlıksal hakları üzerinde yapacağı tasarruflar, alacaklıların aleyhine olduğu ölçüde geçersizliğe uğrayacaktır.

- Ortaklık payının haczedildiği varyasyonlarda, ortaklık payını devralan üçüncü kişi, payı hacizle yüklü olarak devralmaktadır. Oysa haczin konusunu tasfiye payının oluşturduğu kabul edilseydi; tasfiye payını haczedenden alacaklı, ortaklık payının sonradan devredilmesi suretiyle hak kaybına uğrayabilecekti.

- Öğretide *Gökçen Topuz*'un da haklı olarak vurguladığı üzere, İİK m. 94 ile TBK m. 639- 633 arasındaki uyumsuzluğun bir an önce giderilmesinde yarar görüyoruz.

- Haklı sebeplerin varlığı halinde bir ortağın ortaklıktan çıkarılması mümkündür. Haklı sebeple çıkarma hakkı, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple sona erdirilmesinin adi ortaklıktaki görünüş biçimidir. Ortağın haklı sebeple çıkarılması gereksinimi, adi ortaklığın özünden ileri geldiği için, sözleşmesel bir düzenlemeye gerek yoktur.

- Haklı sebeple çıkarılan ortağa diğer ortaklara göre daha düşük tutarda ayrılma payı ödeneceği yolundaki sözleşmesel kayıt, kanaatimizce haklı sebebe “yaptırım” boyutu kazandıracağından ve eşit işlem ilkesine de aykırılık teşkil edeceğinden, geçersiz olacaktır.

- Adi ortaklıkta çıkarma hakkı, mehaz BGB § 737’den ayrı olarak yazılı biçim koşuluna bağlanmıştır. Yazılı şekil, ortaklar arasında çıkması olası uyuşmazlıklar bakımından isabetlidir. Ortağın çıkarılması için çıkarma kararı alınması gerekir. Çıkarma kararı ortaklık sözleşmesinde aksi öngörülmediği sürece oy birliği ile alınır. Zira çıkarma işlemi, ortaklığın temelini ilgilendiren bir işlemdir.

- Şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın çıkarılması için de diğer bütün ortakların – kural olarak- oy birliği ile karar alıp bunu ilgili ortağa bildirmeleri gerekir. Çıkarma hüküm ve sonuç doğuruncaya dek ilgili ortak ihtiyati tedbirle bazı haklardan yoksun bırakılabilir.

- Haklı sebeple çıkarılan ortak da tıpkı TBK m. 633 gereğince çıkarılan ortak gibi, alınan çıkarma kararına karşı çeşitli hukuki yollara başvurabilir.

- Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma, ortağın ortaklık sıfatının sona ermesi sonucunu yaratır. Dolayısıyla, ortaklık sıfatının hangi anda sona erdiğinin tespiti zorunludur. Çıkma, çıkma beyanının diğer bütün ortaklara ulaştığı; çıkarmada ise yazılı bildirim ilgili ortağa ulaştığı anda ortaklık sıfatı son bulur. İstisnaen çıkma ve çıkarma davası açılmışsa, mahkeme kararının kesinleştiği tarihte ortaklık sıfatı sona erer. Ortaklık sıfatının sona ermesi ise, başta ayrılma payı olmak üzere başka hukuki sonuçlar doğurur.

- Ortaklık sıfatının sona ermesi, ticari işletme işleten adi ortaklıklarda ortağın tacir sıfatının da sona ermesi anlamını taşımaktadır. Ayrılan ortak, İİK m. 44’de sayılan yükümlülükleri yerine getirmek durumundadır.

- Çıkma ve çıkarılma, ortağın yönetim yetkisini sona erdirmekle birlikte, BGB § 729’da benimsenen “*yönetim yetkisinin devamına ilişkin varsayım*” a işlerlik kazandırılmasında yarar vardır. Böylece ortağın, ortaklıktan ayrıldığını bilmeden yaptığı hukuki işlemler ortaklığı bağlayacaktır. Zira genel prensip gereğince, yönetim yetkisine sahip ortak aynı zamanda temsil yetkisini de elinde bulundurmaktadır. İsviçre öğretisinde özellikle *Bollmann* tarafından ileri sürülen, “ayrılan yönetici ortağa,

vekaletsiz iş görmeye ilişkin kuralların uygulanması gerektiği” görüşüne katılmamız mümkün değildir.

- Ayrılan ortağa sözleşmesel rekabet yasağı yüklenebilir. Ancak bu sözleşmenin yer zaman ve konu bakımından sınırlarının çizilmiş olması şarttır. Aksi takdirde geçerliliği koruyucu redüksiyon yöntemine başvurulacaktır. Böylece, rekabet yasağı sözleşmesi örneğin aşırı ölçüde uzun sürenin makul bir süreye indirilmesi suretiyle ayakta tutulmaktadır. Kanaatimizce, ayrılan ortağa rekabet yasağının yüklendiği durumlarda bu hususun ayrılma payının hesabında gözetilmesi yerinde olacaktır.

- Ayrılma ile birlikte ortaklık ilişkisi sona erdiğinden, ayrılan ortağın rekabet yasağına aykırı iş veya işlemlerde bulunması halinde ortaklıklar hukukuna özgü yaptırım mekanizmalarının devreye girmesi olanaksızdır. Diğer ortaklar, ancak borçlar hukukuna özgü talepler (başta men, tazminat olmak üzere) ileri sürebilirler.

- Ortaklık sıfatının sona ermesi ile ortaksal haklar da son bulur. Ancak, ayrılan ortak buna rağmen bilgi alma hakkına sahiptir. Ayrılan ortağın bilgi alma hakkı kural olarak, ayrılmasından önce yapılan işlemlerle sınırlıdır. Bilgi alma hakkının kullanılması haksız yere engellendiği takdirde, ayrılan ortak yönetici ortaklara karşı *bilgi alma davası* açabilir. Keza bilgi alma talebinin muhatabı kural olarak yönetici ortaklardır.

- Tamamlanmamış işlerin sonucuna katılma hakkı, ayrılma ile ortaksal hakların sona erdiğine ilişkin kuralın gerçek bir istisnasıdır. Zira, ayrılan ortağa TBK m. 636 (BGB § 740) ile, bilgi alma, hesap isteme, kar ve zarara katılma gibi normalde ortaksal niteliğe sahip birtakım haklar bahşedilmiştir. Ancak bu durum, ortaklık sıfatının sona erdiği gerçeğini değiştirmez. Ayrılan ortak, ortaklık nazarında daima üçüncü kişi konumundadır. TBK m. 636 anlamında hesap vermekle yükümlü kişiler yönetici ortaklardır. Keza, maddede belirtilen hususlar tamamen iç ilişkiyi ilgilendirmektedir.

- Tamamlanmamış iş, ortağın ortak sıfatını taşıdığı zaman diliminde meydana gelen ve her iki tarafın da henüz tam anlamıyla ifa etmediği işlerdir. Örneğin, ortağın ortaklık sıfatını taşıdığı dönemde kurulan kira sözleşmesinde olduğu gibi.

- Tamamlanmamış işler normalde ayrılma payından bağımsız olarak hesaplandığı halde, *kazanç değeri klozunun* (ayrılma payı klozu) öngörüldüğü

olasılıklarda herhangi bir işlev görmeyecektir. Zira kazanç değeri yönteminde tamamlanmamış işlerin kar ve zararı götürü surette belirlenmekte ve ayrılma payının hesaplanmasına dahil edilmektedir. Yani burada tamamlanmamış işlerden doğan talepler bağımsızlığını yitirmekte, ayrılma payının tespitinde kullanılan hesap kalemlerinden birine dönüşmektedir. Özellikle Alman uygulamasında kazanç değeri esasına sıklıkla başvurulduğundan, öğretide bazı yazarlar BGB § 740 hükmünün *uygulanamaz (unanwendbar)* hale geldiğini söylemektedir.

- Ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağın ortaklık payı diğer ortaklara kendiliğinden geçer (TBK m. 634, BGB 738). Ne var ki mehaz düzenlemede ortaklık payından değil, ortaklık malvarlığındaki paydan söz edilmektedir. Kanun koyucunun niçin böyle bir değişiklik yaptığı bilinmemektedir.

- Almanca “*Anwachsung*” terimi ile ifade edilen bu olgu (payın geçişi), özellikle iki kişilik adi ortaklıklar bakımından özel bir rol oynar. Ortaklık malvarlığını devralmak isteyen ortağın devralma hakkını kullanmasını takiben, elbirliği mülkiyeti devralan ortağın tekil (yalnız) mülkiyetine dönüşür.

- Payın kendiliğinden geçmesi neticesinde, malvarlığı unsurlarının devri için geçerli formalitelere uyma zorunluluğu ortadan kalkar.

- Alman hukukunda *Anwachsung*, elbirliği prensibinin bir gereği olarak ele alınmakta ve malvarlığındaki payın geçişine ilişkin düzenlemenin (BGB § 738/1-c.1) “emredici” (*zwingend*) karaktere sahip olduğu belirtilmektedir.

- Ayrılma payı, ortaklık sıfatının kaybedilmesini denkleştirir. Bir görüşe göre ise, ayrılma payı, ortağın, ortaklık malvarlığı üzerindeki iştirak halindeki hak sahipliğinin kaybını telafi etmeye yönelmektedir.

- Ayrılma payı, geciktirici şarta bağlı bir alacaktır. Gerçekten, ortak ortaklıktan ayrılmadığı sürece ayrılma payı alacağına doğmaması bunun açık bir göstergesidir.

- Alman öğretisinde ayrılma payının ortaklık içi alacak teşkil ettiği yönünde görüşlere rastlanmaktadır. Bu yaklaşımın savunucuları, ayrılma payının özünde ortaklık ilişkisinin yattığını, bundan ötürü, ayrılma payının ortaklık içi alacak oluşturduğunu öne sürmektedirler. Ayrılma payının ortaklık içi mi yoksa ortaklık dışı alacak mı teşkil ettiği sorusu, özellikle zamanaşımı bağlamında önem taşır.

- Ayrılma payı ortaklık dışı alacak teşkil eder. Zira ortak, ayrılma ile ortaklık nezdinde üçüncü kişi konumuna gelmiştir. Dolayısıyla, ayrılan ortak ile ortaklık arasındaki hesaplaşmanın (*farazi tasfiye*) bu husus dikkate alınarak icra edilmesi gerekir.

- Ayrılma payı, ortaklık payında mündemiçtir. Ortak ortaklıktan ayrılmadığı sürece bu hukuki bağlılık devam eder. Ayrılma payı bir kere doğduktan sonra ise, ortaklık payından koparak bağımsızlaşır.

- Ayrılma payı henüz doğmadan önce, onun üçüncü bir kişiye devrine yönelik anlaşmalar yapılabilir. Keza, müstakbel alacağın devrine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ne var ki, müstakbel ayrılma payı alacağını devreden ortak, alacağın devrini takiben ortaklık payını bir başkasına devretmek suretiyle alacağın devri sözleşmesini hükümsüz kılabilir. Zira, henüz doğmamış ayrılma payı alacağı ortaklık payında mündemiç olup, ortaklık payını devralan üçüncü kişiye geçer. Bu da alacağın devri işlemi hükümden düşürür. Bu tür durumlarda, borçluya yükletilebilen sonraki imkânsızlık hükümlerine başvurulabilir. Kanımızca buradaki imkânsızlık, objektif imkânsızlıktır. Ortaklık payını devrederek, müstakbel ayrılma payı alacağını devralan kişiyi (*Zessionar*) zarara uğratan ortak, tazminat ödemekle yükümlü kılınabilir.

- Ayrılma payının borçlusu diğer ortaklardır. Diğer ortaklar ayrılma payı borcundan ötürü *birinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen* sorumludurlar. Çünkü ayrılan ortak ortaklık nezdinde üçüncü kişi konumuna sahiptir.

- Ayrılma payı, ayrılan ortağın sahip olduğu en önemli mali hak olup, ortağın ortaklıktan ayrıldığı anda doğar. Dolayısıyla, ortağın hangi anda çıktığı veya çıkarıldığına tespiti, ayrılma payının doğumu bakımından önem arz eder. Çıkma açısından, çıkma beyanının diğer ortakların tamamına ulaştığı anda; çıkarılma açısından ise, çıkarma kararının ilgili ortağın hâkimiyet alanına ulaştığı anda ayrılma payı doğar.

- Ayrılma payının muaccel olduğu an ise, ayrılma bilançosunun düzenlenmesini takiben ayrılma payı tutarının netleştiği andır. Ancak Alman ve İsviçre öğretisinde, ayrılma payının ayrılma anında muaccel hale geldiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bilanço düzenlenmesi, muacceliyet şartı değildir. Bu yalnızca alacağın

belirli hale getirilmesi amacına hizmet etmektedir. Bilanço düzenlenmesinin nedeni, ayrılma payının hesaplanmasının karmaşık bir süreç gerektirmesidir.

- Ayrılma bilançosu, ayrılma payı tutarının belirlenmesi amacıyla düzenlenen malvarlıksal bilançoya verilen addır. Ayrılma bilançosu düzenlemek, yönetici ortakların görev alanına girmektedir.

- Kanımızca ayrılan ortak, bilançonun düzenlenme aşamasına doğrudan doğruya iştirak edemez. Zira ortaklık sıfatını kaybetmiştir. Ayrılan ortak, bilgi alma ve inceleme hakkı vasıtasıyla ayrılma bilançosuna dolaylı olarak katılabilir. Bununla birlikte, ayrılma bilançosunun kesinlik kazanması için ayrılan ortağın onayı alınmalıdır.

- Ayrılma payının hesaplanmasında temel ilke ayrılma anı ilkesidir (*Stichtagsprinzip*). Ayrılma payı, ortağın ortaklıktan çıktığı veya çıkarıldığı an ölçü alınarak hesaplanır. Ortağın ortaklıktan ayrıldığı anda, ortaklığın içinde bulunduğu mali durum esas alınacaktır. Bu ilkeyi en başarılı biçimde dile getiren düzenleme OR Art. 580/2'dir.

- Ayrılma payının ödenmesi çoğu zaman ortaklığın finansal durumunu sarsacaktır. Keza ayrılma payının ödenmesi, ortaklıktan nakit çıkışı olacağı anlamını taşır. Ortaklık, kendi ekonomik varlığını korumak amacıyla çeşitli önlemler alabilir. Bu önlemlerin başında, ayrılma payının taksitler halinde ödenmesini öngören sözleşmesel kayıtlar gelmektedir. Ortağın taksitle ödemeye katlanma yükümü, sözleşme sonrası sadakat yükümünden değil, aksine MK 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Taksitle ödeme kayıtlarına her durumda cevaz verilemez. Burada, ayrılma payının tek seferde ödenmesinin ortaklığın finansal varlığını tehlikeye atıp atmadığına bakılmalıdır.

- Ayrılma payı kural olarak nakden ödenen bir borç olduğundan, koşulları gerçekleştiği takdirde ayrılan ortak ihtiyati haciz talebinde bulunabilir.

- Ayrılan ortak, ayrılma payının ödenmesinde temerrüde düşen diğer ortakları dava edebilir (eda davası). Ancak diğer ortaklar ayrılma payından ötürü müteselsilen sorumlu olduklarından, birden fazla ortağın dava edilmesi durumunda zorunlu değil, ihtiyari dava arkadaşlığı meydana gelir.

- Ayrılma payı, ortaklık dışı alacak niteliği itibarıyla 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.

- Ayrılma payının belirlenmesi esnasında ortağın kusurlu olup olmadığı hususunun göz önünde bulundurulmaması gerekir. Aksi takdirde, ortaklıktan ayrılma cezai bir karaktere bürünebilir. Ortağın kusurlu davranışları neticesinde ortaklık zarara uğramışsa, diğer ortakların tazminat davası açmaları gerekir. Hükmedilen tazminat daha sonra ayrılma payından mahsup edilebilir. Ortağın ayrılma payının ödenmesi için dava açtığı olasılıklarda ise, diğer ortaklarca açılan tazminat davası- şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla- bekletici mesele yapılabilir.

- Ayrılma payının hesaplanması amacıyla birtakım değerlendirme yöntemlerine başvurulmaktadır. Bunların başlıcaları tasfiye değeri, kazanç değeri, net aktif değer yöntemidir. Tasfiye değeri yöntemi işletme değerlemesinin alt sınırını oluşturmaktadır. Bunun anlamı, ayrılma payının tasfiye değerinin altına düşmeyeceğidir. Ancak istisnaen tasfiye değeri kazanç değerinin üzerinde olabilir. Böyle varyasyonlarda, kazanç değeri değil, tasfiye değeri esas alınarak ayrılma payı hesaplanmalıdır.

- Ayrılan ortak ile diğer ortaklar arasında ayrılma payının hesabına, ödenme şekline, muacceliyetine vb. pek çok konuya ilişkin olarak yapılan anlaşmalara *ayrılma payı klozu* denilmektedir. Bu klozlar, ortaklık sözleşmesine eklenebileceği gibi bağımsız bir sözleşme görünümüne de bürünebilir.

- Ayrılan ortağın ayrılma payını kaldıran anlaşmalar, ahlaka aykırılık engeline takılmaktadır. Zira ayrılma payının kaldırılması yüzünden, ortağın, içinde bulunmak istemediği bir hukuki ilişkide kalmaya zorlandığı açıktır. Bu tür sözleşmeler “Kelepçeleme sözleşmeleri” kapsamında değerlendirilebilir. Böylece, anılan sözleşme kaydı geçersizlik yaptırımına uğrayacaktır.

- Özellikle “defter değeri “klozlarına karşı çekimsiz bir tutum takınılmasında yarar vardır. Zira bu tür klozların öngörülmesindeki amaç, ayrılma payının sınırlandırılması veya ortağın ekonomik yönden cezalandırılmasıdır. Defter değeri ile gerçek değer arasında uçurum boyutuna ulaşan farklar meydana geldiği takdirde, bu klozların geçersizliği gündeme gelecektir.

- Ayrılma payı, kanaatimizce ayrılan ortağın en önemli mali hakkı olduğundan, onun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına yönelik anlaşmalar hükümsüzdür.

- Ayrılan ortak, ortaklığın muaccel borçlarından kurtarılmasını isteyebilir. Bu talep, münhasıran iç ilişkiyi ilgilendirmektedir. Yani ayrılan ortak iç ilişkide borçlardan kurtarılsa dahi, dış ilişkide ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu olmaya devam eder.

- Diğer ortaklar, *ödeme veya borcun dış yüklenilmesi* yoluyla ortağı ortaklık borçlarından kurtarabilirler. Borcun iç yüklenilmesi bu anlamda yeterli değildir.

- Ayrılan ortağın açığı kapama yükümü bulursa dahi (TBK m. 635- BGB 739 anlamında) bu talebi ileri sürmesi olanaklıdır. Ancak Alman hukukunda, ortaklığın, açığı kapama alacağı ifa edilinceye kadar bu borcu ifa etmekten kaçınabileceği (*Zurückbehaltungsrecht*) ifade edilmektedir.

- Gizli ortak, istisnai durumlar haricinde borçlardan sorumlu tutulmadığından, kural olarak borçtan kurtarılma isteminde bulunamaz.

- Ayrılan ortak, TBK 635- BGB 739 uyarınca ortaklık açığını kapamakla yükümlüdür. Ortaklık açığını kapama borcu, ayrılma payı alacağının karşı cephesini oluşturmaktadır. Şöyle ki, ayrılma payı alacağı madalyonun bir yüzü olarak düşünülürse, açığı kapama borcu madalyonun öteki yüzüdür. Bu borç “*negatif ayrılma payı*” olarak da adlandırılmaktadır. Yani ayrılan ortağın ortaklığa karşı borcu bulunmaktadır.

- Alman hukukunda diğer ortakların bu alacağının *actio pro socio* aracılığıyla ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Keza anılan görüş taraftarlarına göre açığı kapama alacağı, diğer ortaklar açısından “*sosyal talep*” özelliği taşımaktadır.

- Açığı kapama borcu zarara katılma esaslarına göre ifa edileceğinden, emeğini sermaye olarak getiren ortağın bu borçtan muaf tutulması gerekir.

- Gizli ortağın açığı kapama borcu bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından Barlas’ın görüşüne itibar edilmelidir. Yani gizli ortak, ödediği veya ödemediği sermaye oranında zarara katılabilir.

- Ayrılan ortağın ayrılmadan önce doğan ortaklık borçlarından sorumluluğu aynen devam eder. Burada belirleyici olan husus; borcun, ortağın ayrılmasından önce doğup doğmadığıdır. Ortak, ortaklıktan ayrılmasından sonra doğan borçlardan sorumlu değildir.

- Adi ortaklıktan ayrılan ortağın ortaklık borçlarından sorumluluğunun belirli bir zaman dilimiyle sınırlanmış olması oldukça önemlidir. Aksi takdirde, ayrılan

ortağın sorumluluğunun sınırsız, ucu bucağı olmayan bir sorumluluğa dönüşmesi kaçınılmazdır. Ne yazık ki adi ortaklık hukukunda bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mevcut hukuki durum bakımından, kolektif ortaklığa ilişkin TTK m. 264/1 hükmünün kıyasen uygulanması isabetli olacaktır. Sürenin hangi anda işlemeye başlayacağı, adi ortaklığın ticaret siciline tescili gerekmeyen yapısı itibariyle, tartışmalıdır. Ancak, Alman hukukunda benimsenen yaklaşım Türk hukukuna da aktarılabilir. Böylece, adi ortaklıkta *3 yıllık* süre, ortaklık alacaklılarının *ortağın ayrıldığını öğrendikleri andan itibaren* işlemeye başlayacaktır. Alacaklıların tamamına tek tek bildirimde bulunulması çok zahmetli ve masraflı olacağından, sirküler düzenlenmesinde yarar vardır.



KAYNAKÇA

Adelbert, Düringer ve Max Hachenburg (Hrsg). **Handelsgesetzbuch §§ 105- 177**, Mannheim, 1930 (Anılış: Düringer/Hachenburg/ilgili bölüm yazarı).

Akçaal, Mehmet. “İsviçre Medeni Kanunu’na Göre Kayımlık Türleri”, **DEÜHFD**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, ss. 63- 87.

Äkermann, Julian V. **Der Kernbereich des Informationsrecht im Recht der Personengesellschaften**, Münster, 2002.

Akkanat, Halil. “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”, **İÜHFM**, Cilt: LXII, Sayı: 1- 2, ss. 333- 349.

Aigner, Helmut, Stephan Barisitz ve Gerhard Fink. **Unternehmensbewertung in Osteuropa Methoden und Fallstudien**, Wiesbaden, 1993.

Altay, Sabah. “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi İle İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **MÜHF- HAD**, Cilt: 14, Sayı: 3, ss. 171- 207.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.

Armbrüster, Christian. “Grundlagen und Reichweite von Wettbewerbsverboten im Personengesellschaftsrecht”, **ZIP**, 1997, ss. 261- 273.

Armbrüster, Christian. “Nachschusspflicht im Personengesellschaftsrecht”, **ZGR**, Sayı: 1, 2009, ss. 1- 30.

Arslanlı, Halil. **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1960.

Aydoğan, Fatih. **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Baker, Mc Kenzie (Hrsg). **Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Bern, 2010 (Anılış: SHK- ZPO/ilgili bölüm yazarı).

Bamberger, Heinz Georg ve Roth, Herbert (Hrsg). **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. Auflage, München, 2008 (Anılış: Bamberger/Roth/ilgili bölüm yazarı).

Bamberger, Heinz Georg ve Roth, Herbert (Hrsg). **Beck Onlinekommentar BGB**, 51. Baskı, München, 2019 (Anılış: BeckOK BGB/ilgili bölüm yazarı).

Barlas, Nami. **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Baştuğ, İrfan. **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1974 (Anılış: Temel İlkeler)

Baştuğ, İrfan. **Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması**, Ege Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1966 (Anılış: Çıkarılma).

Baumann, Roland. **Abfindungsregelungen für Ausscheidende Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften- eine empirische Untersuchung**, Stuttgart, 1987.

Baumbach, Adolf ve Hopt, Klaus (Hrsg). **Handelsgesetzbuch**, 38. Auflage, München, 2018 (Anılış: Baumbach/Hopt/ilgili bölüm yazarı).

Baur, Fritz. **Sachenrecht**, 15. Auflage, München, 1989.

Baur, Fritz, Rolf, Stürner ve Alexander Brun. **Zwangsvollstreckungsrecht**, 13. Auflage, Heidelberg, 2006.

Becker, Hermann. **Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Abteilung (184- 551)**, 2. Auflage, Bern, 1941.

Bergsma, Peter. **Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften**, Bern, 1990.

Bilgili, Fatih. **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Bippus, Birgit Elsa. "Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft", **AcP**, Cilt: 195, Sayı: 1, 1995, ss. 13- 34.

Blaurock, Uwe. **Handbuch Stille Gesellschaft: Gesellschaftsrecht- Steuerrecht**, 7. Auflage, Köln, 2009.

Bollmann, Hans. **Das Ausscheiden aus Personengesellschaften**, Zürich, 1971.

Breitschmid, Peter ve Alexandra Jungo (Hrsg). **Handkommentar zum schweizer Privatrecht, Personen-und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz**, 3. Aufl, Zürich, 2016 (Anlış: CHK- ilgili bölüm yazarı).

Brox, Hans ve Wolf Dietrich Walker. **Zwangsvollstreckungsrecht**, 7. Auflage, Köln Berlin Bonn München, 2003.

Buxbaum- Caroni, Mirella. **Die Vermögensrechtliche Stellung des Komanditärs**, Zürich, 1987.

Canaris, Claus Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken Im Gesetz- Eine Methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, praeter legem**, Berlin, 1964 (Anlış: Gesetzeslücke).

Caner, Ayşenur Şahin. **Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluk**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2017.

Cenkçi, Esra. “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK M. 642)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 4, 2018, ss. 3- 50.

Çamoğlu, Ersin. **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008(Anılış: Haklı Sebep).

Çelikboya, Kerem. Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları, **GSÜHFD**, Sayı: 2, 2015, ss. 191- 229.

Dauner- Lieb, Barbara ve Langen, Werner (Hrsg). **BGB- Schuldrecht (§§ 241- 853)**, 3. Auflage, Baden Baden, 2016 (Anılış: NK- BGB/ilgili bölüm yazarı).

Demirkapı, Ertan. **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

Dirikkan- Öztürk, Hanife: **Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Domaniç, Hayri. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi (4 cilt), Cilt 1**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

Dorscheid, Peter. **Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft**, Zürich, 1984.

Dörner, Heinrich ve Ansgar Staudinger. **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, Baden Baden, 2002.

Ebenroth, Carsten Thomas, Karlheinz Boujong, Detlev Joost ve Lutz Strohn (Hrsg). **Handelsgesetzbuch Kommentar, Band 1**, 3. Auflage, München, 2014 (Anılış: EBJs/ilgili bölüm yazarı).

Eckardt, Diederich. **Die GbR im Verfahrensrecht (Zivilprozess und Zwangsvollstreckung)**, Baden Baden, 2005.

Eiselt, Gerhard. “Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG”, **AcP**, Cilt: 158, Sayı: 4, 1959/1960, ss. 319- 336.

Eisenhardt, Ulrich. **Gesellschaftsrecht**, 14. Auflage, München, 2009.

Emmerich, Volker. **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. Auflage, München, 2005.

Fellmann, Walter. “Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft”, **ZBJV**, S. 133, 1997, ss. 285- 316.

Ferendeci, Özden Özkaya Hamide. “Alman Medeni Usul Hukuku’ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, **MÜHF- HAD**, Cilt: 13, Sayı: 1- 2, 2007, ss. 193- 209.

Flume, Werner. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Teil: Die Personengesellschaft**, Berlin Heidelberg New York, 1977 (Anılış: Personengesellschaft)

Flume, Werner. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft**, Berlin Heidelberg New York, 1975 (Anılış: Rechtsgeschäft).

Foester, Max. **Die Zuordnung der Mitgliedschaft**, Tübingen, 2018.

Forstmoser, Peter. “Das neue schweizerische GmbH Recht: Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter”, **Das neue schweizerische GmbH- Recht** (Hrsg. Böckli, Peter ve Peter Forstmoser), Zürich, 2006, ss. 46- 74.

Forstmoser, Peter ve Diane Freymond. “Entwicklungen im Gesellschaftsrecht- Handelsgesellschaften und Genossenschaften- und im Wertpapierrecht”, **SJZ**, Sayı: 22, 1997, ss. 436- 442.

Forstmoser, Peter ve Marcel Küchler. **Aktionärbindungsverträge- Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Zürich, 2015.

Franko, Nisim. “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Batider**, Cilt: XIII, Sayı: 1, ss. 21- 64.

Funk, Fritz. **Kommentar des Obligationenrechts, Das Recht der Gesellschaft 2. Band**, Aarau, 1951.

Gauch, Peter. **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg, 1968.

Gehri, Myriam A, Ingrid Jent- Sorensen ve Martin Sarbach (Hrsg). **Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. Auflage, Zürich, 2015 (Anılış: OFK/ilgili bölüm yazarı).

Gernhuber, Joachim. **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989.

Glanagger, Peter, Georg Güroff, Hans Jochen Niedner, Günter Renkl, Werner Russ ve Ulrich Stuhlfelner (Hrsg). **Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 7. Auflage, Heidelberg, 2007 (Anılış: Heidelberger Komm/ilgili bölüm yazarı).

Göhner, Hendrik. “Nachfolge in Personengesellschaften bei Tod eines Gesellschafters”, **ZJS**, Sayı: 5, 2010, ss. 592- 595.

Göksoy, Yaşar Can. “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, ss. 633- 681.

Graffenried, Dieter von. **Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen- insbesondere von Aktien**, Bern, 1981.

Grosskommentar der Praxis, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 11. Auflage, Berlin, 1960 (Anılış: BGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı 11.Aufl).

Grosskommentar der Praxis, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des

Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, Berlin, 1974 (Anılış: BGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı).

Grossfeld, Bernhard. “Unternehmensbewertung als Rechtsproblem”, **JZ**, Sayı: 19, 1981, ss. 641- 647.

Grossfeld, Bernhard, Ulrich Egger ve Wolf Achim Tönnes. **Recht der Unternehmensbewertung**, 8. Auflage, Köln, 2016.

Grunewald, Barbara. **Gesellschaftsrecht**, 6. Auflage, Tübingen, 2005 (Anılış: Gesellschaftsrecht).

Grunewald, Barbara. **Ausschluss aus Gesellschaft und Verein**, Köln Berlin Bonn München, 1987 (Anılış: Ausschluss).

Grunewald, Barbara. **Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH**, Tübingen, 1990 (Anılış: Gesellschafterklage).

Grunewald, Barbara. “Numerus Clausus der Gestaltungsclagen und Vertragsfreiheit”, **ZZP**, Cilt: 101, Sayı: 2, 1988, ss. 152- 165.

Grunsky, Wolfgang. **Grundlagen des Verfahrensrecht**, 2. Auflage, Bielefeld, 1974.

Gsell, Beate, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. **Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht**, München, 2017 (Anılış: BeckOGK/ilgili bölüm yazarı).

Guhl, Theo. **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, 2000 (Anılış: Guhl/ilgili bölüm yazarı).

Gummert, Hans ve Weipert, Lutz (Hrsg). **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, 4. Auflage, München, 2014 (Anılış: Münch. Handbuch- ilgili bölüm yazarları)

Gümüş, Mustafa Alper. Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Habersack, Mathias. **Mitgliedschaft: subjektives- und sonstiges Recht**, Tübingen, 1996 (Anılış: Mitgliedschaft).

Habersack, Mathias ve Schäfer, Carsten. **Das Recht der OHG**, 2. Auflage, Berlin, 2019 (Anılış: Habersack/Schäfer/ilgili bölüm yazarı).

Hadding, Walther. **Actio pro socio: Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis**, Marburg, 1966.

Hadding, Walther. “Zur Haftung des ausgeschiedenen OHG- Gesellschafters”, **ZGR**, Sayı: 2, 1973, ss. 137-159.

Hanağası, Emel. **Davada Menfaat**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Handschin, Lukas (Hrsg). **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften**, 4. Auflage, Zürich, 2009 (Anılış: ZK- ilgili bölüm yazarı).

Handschin, Lukas. “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, in **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz**, Tübingen, 2014, ss. 215- 254.

Hartmann, Bernhard. **Der Ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis**, 4. Auflage, Köln, 1983.

Hartmann, Wilhelm. **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Abteilung Obligationenrecht (552- 619)**, Bern, 1941.

Hausherr, Heinz ve Hans Peter Walter (Hrsg). **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Bern, 2006 (Anılış: BK- /ilgili bölüm yazarı).

Hausherr, Heinz ve Hans Peter Walter (Hrsg). **Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Bern, 2012 (Anılış: BK- ZPO ilgili bölüm yazarı).

Hausherr, Heinz (Hrsg). **Berner Kommntar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band VI/2/4**, Bern, 1992 (Anılış: BK- ilgili bölüm yazarı).

Heckelmann, Dieter. **Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen**, München, 1973.

Heidel, Thomas ve Schall, Alexander (Hrsg). **Handelsgesetzbuch Handkommentar**, 2. Auflage, Baden Baden, 2015 (Anılış: Heidel/Schall/ilgili bölüm yazarı).

Helbling, Carl. “Unternehmensbewertung im Wandel”, **Der Schweizer Treuhaender**, Sayı: 6-7, 2001, ss. 607- 614.

Henssler, Martin ve Strohn, Lutz (Hrsg). **Gesellschaftsrecht: Becksche Kurz Kommentare**, 3. Auflage, München, 2016 (Anılış: Henssler/Strohn/ilgili bölüm yazarı).

Herberger, Maximilian, Michael Martinek, Helmut Rüssmann ve Klaus Vieweg. **Juris Praxiskommentar BGB, Band 2**, 6. Auflage, Saarbrücken, 2012 (Anılış: JurisPK- ilgili bölüm yazarı).

Hızır, Serdar. “6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt: III, 2011, ss. 2817- 2880.

Hoch, Patrick M. **Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft**, Zürich, 2003.

Hofmann, Christian. **Der Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht**, Berlin, 2011.

Honsell, Heinrich. **Römisches Recht**, 6. Auflage, Berlin Heidelberg New York, 2006.

Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (Hrsg). **Basler Kommentar, Obligationenrecht 2**, 4. Auflage, Basel, 2012 (Anılış: BSK- ilgili bölüm yazarı).

Horn, Norbert (Hrsg). **Heymann Handelsgesetzbuch Kommentar (ohne Seerecht), Band 2 Zweites Buch**, 2. Auflage, Berlin, New York, 1996 (Anılış: Heymann/ilgili bölüm yazarı).

Huber, Ulrich. **Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts**, Heidelberg, 1970 (Anılış: Vermögensanteil).

Hueck, Alfred. **Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt**, 4. Auflage, München, 1971 (Anılış: OHG).

Hunke, Ronald. **Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters Insbesondere für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen der Gesellschaft**, Baden Baden, 1987.

Hüffer, Uwe ve Jens Koch. **Gesellschaftsrecht**, 8. Auflage, München, 2011 (Anılış: Hüffer/Koch).

Immenga, Ulrich. **Die personalistische Kapitalgesellschaft- eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH- Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten**, Bad Homburg, 1970.

Jörg, Florian S. “Gewinnbeteiligung und Abfindung bei den Personengesellschaften”, **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht**, Sayı: XII, 2017, ss. 337- 371.

Jung, Peter. “ Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengeschaftern”, **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht**, Sayı: XI, 2016, ss. 213- 235 (Anılış: scheiden tut weh).

Jung, Peter. **Der Unternehmer- Gesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft**, Tübingen, 2002.

Kaplan, İbrahim. “ İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **TBB**, Sayı: 137, 2018, ss. 375- 404.

Karahan, Sami (Editör). **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2012 (Anılış: Karahan/ilgili bölüm yazarı).

Karasu, Rauf. “ Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Rekabet Etme Yasağı”, **Batider**, Cilt: XXII, Sayı: 4, 2004, ss. 79- 98.

Karayağın, Yaşar. **Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

Kardaras, Athanasios. **Das Wettbewerbsverbot in den Personengesellschaften**, München, 1967.

Kırca, Çiğdem. “ Örtülü (gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **AÜHFD**, Cilt: 50, Sayı: 1, 2001, ss. 91- 119.

Kiethe, Kurt. “ Ausschluss aus der Personengesellschaft und Einstweilige Verfügung”, **NZG**, Sayı: 3, 2004, ss. 114- 117.

Kilian, Tobias. **Die Dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht**, München, 2011.

Klunzinger, Eugen. **Grundzüge des Gesellschaftsrecht**, 14. Auflage, München, 2006.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Borçlar Hukuku- Genel Bölüm- Birinci Cilt**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Koch, Anncathrin. **Die Kollision gesellschaftsvertraglicher Abfindungsbeschränkung und Pflichtteillast in der Person des Gesellschafter-Erben**, Tübingen, 2014.

Kohte, Wolfhard. “Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme”, **JZ**, Sayı: 21, 1990, ss. 997- 1005.

Koller, Ingo, Peter Kindler, Wulf- Henning Roth ve Winfried Morck (Hrsg). **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 8. Auflage, München, 2015 (Anılış: Koller/Kindler/Roth/Morck/ilgili bölüm yazarı).

Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitglieder des Reichsgerichts Band 2, 2.Auflage, Berlin, 1950 (Anılış: HGB- RGRK/ilgili bölüm yazarı).

Kornblum, Udo. **Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften**, Frankfurt am Main, 1972.

Kostkiewicz, Jolanta Kren, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Frankhauser (Hrsg). **Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2016 (Anılış: OFK/ilgili bölüm yazarı).

Kulka, Michael. **Die gleichzeitige Ausschliessung mehrerer Gesellschafter aus Personengesellschaften und GmbH**, Köln, 1983.

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Anılış: İflas).

Kurt, Leyla Müjde. **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Kübler, Friedrich ve Heinz Dieter Assmann. **Gesellschaftsrecht, Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen**, 6. Auflage, Heidelberg München Landsberg Berlin, 2006 (Anılış: Kübler/Assmann).

Larenz, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München, 1987 (Anılış: Schuldrecht AT).

Larenz, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts II. Band: Besonderer Teil**, 11. Auflage, München 1976 (Anılış: BT).

Larenz, Karl. **Die Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6. Auflage, Berlin, 1991 (Anılış: Methodenlehre).

Larenz, Karl. **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**, 5. Auflage, München, 1980 (Anılış: AT).

Lindacher, Walter F. “ Ehebruch und Gesellschaftsrecht- Gesellschaftliche Bindung des Privatlebens”, **NJW**, Sayı: 27, 1973, ss. 1169- 1171 (Anılış: Ehebruch).

Lutter, Marcus. “Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrecht”, **AcP**, Cilt: 180, Sayı: 1- 2, 1980, ss. 84- 159 (Anılış: Mitgliedschaft).

Lüke, Wolfgang. “Prozessführung bei Streitigkeiten im Innenverhältnis der BGB Gesellschaft”, **ZGR**, Sayı: 2, 1994, ss. 266- 290.

Mark, Heinz Jürgen. **Zweckmaessige Abfindungsklauseln für Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung**, Münster, 1996.

Mecklenbrauck, Dirk. **Die Abfindung zum Buchwert beim Ausscheiden eines Gesellschafters**, Lohmar Köln, 1999.

Medicus, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**, 9. Auflage, Heidelberg, 2006.

Medicus, Dieter. **Schuldrecht II- Besonderer Teil**, 9. Auflage, München, 1999 (Amlış: BT).

Meier Hayoz, Arthur. **Der Richter als Gesetzgeber**, Zürich, 1951.

Meier Hayoz, Arthur ve Peter Forstmoser. **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, 10. Auflage, Bern, 2007.

Michalski, Lutz. "Feststellung des Abfindunguthabens des aus einer OHG ausgeschiedenen Gesellschafters durch einen Sachverständigen", **ZIP**, Sayı: 14, 1991, ss. 914- 918.

Mimaroğlu, Sait Kemal. **Ticaret Hukuku, İkinci Cilt, İşletme Hukuku, Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1972.

Mülbert, Peter O. "Die rechtsfähige Personengesellschaft- Rechtsfähigkeit, Akzessorische Mitglıederhaftung und Umwandlungsrecht", **AcP**, Sayı: 199, 1999, ss. 38- 103.

Müller, Karin ve Alice Käch. " Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft", **ZBJV**, Sayı: 152, 2016, ss. 593- 619.

Neuhaus, Christoph. **Unternehmensbewertung und Abfindung bei freiwilligem Ausscheiden aus der Personengesellschaft**, Heidelberg, 1990.

Oetker, Hartmut (Hrsg). **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 5. Auflage, München, 2017 (Amlış: Oetker/ilgili bölüm yazarı).

Oetker, Hartmut. **Handelsrecht**, 7. Auflage, Berlin Heidelberg, 2015.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Oppenheim, Robert. **Abfindungsklauseln in Personengesellschaftsverträgen- Plädoyer für eine Verhandlungsklauseln**, Baden Baden, 2011.

Osterloh- Konrad, Christine. **Unternehmensnachfolge**, Berlin Heidelberg, 2009.

Önen, Ergun. **İnşai Dava**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, Ankara, 1981.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage, München, 2008 (Anılış: Palandt/ilgili bölüm yazarı).

Paulus, Christoph G. **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Berlin Heidelberg, 2017.

Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özeker, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (editör). **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Anılış: ilgili bölüm yazarı, Pekcanitez Usul).

Piehler, Klaus. "Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft", **DStR**, Sayı: 22, 1991, ss. 716- 720.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Prinz, Ulrich ve Wolf- Dieter Hoffmann (Hrsg). **Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften Gesellschaftsrecht- Steurrecht**, 4. Auflage, München, 2014 (Anılış: ilgili bölüm yazarı/BHB).

Prütting, Hanns, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich (Hrsg). **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 9. Auflage, München, 2014 (Anılış: Prütting/Wegen/Weinreich/ilgili bölüm yazarı).

Pulaşlı, Hasan. **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Raible, Hermann. **Die zweigliedrige BGB- Gesellschaft**, Frankfurt am Main, 2006.

Räntsch, Schmidt- Jürgen. "Zehn Jahre Schuldrechtsreform", **ZJS**, Sayı: 3, 2012, ss. 301- 321.

Riegger, Bodo. **Die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft**, Karlsruhe, 1969.

Rimmelspracher, Bruno. "Das Recht auf Übernahme des Gesellschaftsvermögens in der Zweimann- Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts", **AcP**, Cilt: 173, Sayı: 1, 1973, ss. 1- 23.

Roberto, Vito ve Hans Rudolf Trüb (Hrsg). **Handkommentar zum schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft-Vergütungsverordnung Art. 530- 771**, 3. Auflage, Zürich, 2016 (Arlış: CHK- ilgili bölüm yazarı).

Roggwiller, Hans. **Der wichtige Grund und seine Anwendung in ZGB und OR**, Zürich, 1957.

Rooff, Willy J ve Günther Vahl. "Die Beteiligung eines ausgeschiedenen Gesellschafters am Ergebnis schwebender Geschäfte" , **DB**, 1983, ss. 1964- 1968.

Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, München, 2010.

Roth, Herbert. "Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht", **JZ**, Sayı: 9, 1989, ss. 411- 419.

Röhricht, Volker, Friedrich Graf von Westphalen ve Ulrich Haas (Hrsg). **Handelsgesetzbuch, Kommentar**, 4. Auflage, Köln, 2014 (Anılış: Röhricht/von Westphalen/Haas).

Röttger, Robert. **Die Kernbereichslehre im Recht der Personengesellschaften**, Heidelberg, 1989.

Saecker, Franz Jürgen, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg. (Hrsg). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Auflage, München, 2017 (Anılış: MüKo/ilgili bölüm yazarı).

Saenger, Ingo (Hrsg). **Zivilprozessordnung Kommentar**, 7. Auflage, Baden Baden, 2017 (Anılış: ilgili bölüm yazarı/ZPO).

Sanwald, Reto. **Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH**, Zürich, 2009.

Schaedler, Mario. **Die Abfindung des Ausscheidenden Gesellschafters**, Zürich, 1962.

Schellhammer, Kurt. **Zivilprozess- Gesetz Praxis Fälle**, 11. Auflage, Heidelberg, 2004.

Schlegelberger, Franz. **Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Band 3, Halbband 1, §§ 105- 160**, 5. Auflage, München, 1992 (Anılış: Schlegelberger/ilgili bölüm yazarı).

Schlegelberger, Franz. **Schlegelberger Handelsgesetzbuch Band 3, Halbband 2, 5. Auflage**, München, 1986 (Anılış: Schlegelberger/ilgili bölüm yazarı).

Schlosser, Peter. **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile**, Bielefeld, 1966.

Schmidlin, Theodor. **Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft**, Bern, 1943.

Schmidt, Karsten. “Abfindung, Unternehmensbewertung und schwebende Geschäfte”, **DB**, Sayı: 45, 1983, ss. 2401- 2406.

Schmidt, Karsten. **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, Köln Berlin Bonn München, 2002 (Anılış: Gesellschaftsrecht).

Schmidt, Karsten (Hrsg). **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 4. Auflage, München, 2016 (Anılış: MüKoHGB/ilgili bölüm yazarı).

Schmidt, Karsten. “Anwachsung: Was ist das, und...gibt es das noch? Gedanken zu § 738 Abs.1 Satz.1 BGB vor dem Hintergrund der Gesmathandsdiskussion”, **Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag**, Tübingen, 2006, ss. 969- 996 (Anılış: Anwachsung).

Schmidt, Karsten. “Das Recht der Mitgliedschaft: Ist korporatives Denken passe?”, **ZGR**, Sayı: 2, 2011, ss. 108- 135 (Anılış: Mitgliedschaft).

Schmidt, Karsten. “Die BGB- Aussengesellschaft: rechts- und parteifähig- Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 01. 2001”, **NJW**, Sayı: 14, 2001, ss. 993- 1003.

Schöne, Torsten. **Gesellschafterausschluss bei Personengesellschaften- Hinauskündigung, Ausschluss aus absoluten und schlichen Gründen**, Köln, 1993.

Schulze, Reiner (Hrsg). **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 9. Auflage, Baden Baden, 2016 (Anılış: HK- BGB/ilgili bölüm yazarı).

Schulze- Osterloh, Joachim. “Das Auseinandersetzungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters einer Personengesellschaft nach 738 Abs. 1 Satz. 2- BGB- Besprechung der Entscheidung BGH WM 1984, 1506”, **ZGR**, Sayı: 3, 1986, ss. 545- 564.

Schuschke, Winfried ve Wolf Dietrich Walker. **Vollstreckung- und vorläufiger Rechtsschutz- Kommentar zum achten Buch der Zivilprozessordnung Band II Arrest und einstweilige Verfügung**, 3. Auflage, Köln Berlin Bonn München, 2005 (Anılış: ilgili bölüm yazarı in Schuschke/Walker).

Schütz, Jürg G (Hrsg). **Stämpflis Handkommentar- Personengesellschaftsrecht (OR 530- 619)**, Bern, 2015 (Anılış: SHK- ilgili bölüm yazarı).

Selekler, Ferit. “Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması”, **İÜHFMD. Prof. Dr. Ernst Hirsch’e Armağan Özel Sayı**, Cilt: XLII, Sayı: 1- 4, 1977, ss. 437- 472.

Serozan, Rona. **Taşınır Eşya Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Siegwart, Alfred. **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften**, Zürich, 1938.

Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht 9/1 (705- 758), 13. Auflage, Stuttgart, 2011 (Anılış: Soergel/ilgili bölüm yazarı).

Sogo, Miguel. **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren**, Zürich, 2007.

Spitze, Peter Alexander. **Der Ausschluss eines GmbH- Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung**, Berlin, 1985.

Staake, Marco. **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Berlin Heidelberg, 2014.

Stauf, Wolfgang. **Der wichtige Grund bei personengesellschaftlichen Auflösungs- Ausschlussklage- Eine Untersuchung zu dem Tatbestandsmerkmal “wichtiger Grund” in den §§ 133, 140, 142 HGB**, Göttingen, 1980.

Stürner, Rolf (Hrsg). **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 17. Auflage, München, 2018 (Anılış: Jauernig/ilgili bölüm yazarı).

Sudhoff, Heinrich. **Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften**, 4. Auflage, München, 1973 (Anılış: Gesellschaftsvertrag).

Von Greyerz, Christoph. “Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften”, **Die Erhaltung der Unternehmen im Erbgang**, Bern, 1972, ss. 69 vd.

von Staudinger, Julius. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 12. Auflage, Berlin, 1991 (Anılış: Staudinger/ilgili bölüm yazarı 12. Aufl).

von Staudinger, Julius. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 13. Auflage, Berlin, 2003 (Anılış: Staudinger/ilgili bölüm yazarı).

von Steiger, Werner. **Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Band VIII/I**, Basel und Stuttgart, 1976.

Von Tuhr, Andreas. “Verfügung über künftige Forderungen”, **DJZ**, Sayı: 9, 1904, ss. 426 vd.

Şener, Oruç Hami. **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Anılış: Adi Ortaklık).

Şener, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Anılış: Ortaklıklar).

Şener, Oruç Hami. **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Anılış: Limited Ortaklıklar).

Şener, Oruç Hami. “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, **DEÜHFD**, Cilt: 11, Özel sayı, 2009, ss. 1279-1322.

Şener, Oruç Hami. “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan YÜHFD**, Sayı: 8, 2012, ss. 2551- 2597.

Tandoğan, Haluk. **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk- İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1957.

Teichmann, Arndt. “ Der Niessbrauch an Gesellschaftsanteilen-gesellschaftsrechtlicher Teil”, **ZGR**, Sayı: 1, 1972, ss. 1- 23 (Anılış: Niessbrauch).

Teichmann, Arndt. **Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen**, München, 1970.

Topuz, Gökçen. **Hisse Haczi ve Satışı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Türkmen, Emre. “ Adi Ortaklıkta Haklı Sebepçe Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükmüne Eleştirel Bir Bakış”, **THD**, Cilt: 3, Sayı: 148, 2018, ss. 89- 96.

Ulmer, Peter. “Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln”, **NJW**, Sayı: 3, 1979, ss. 81- 86.

Ulmer, Peter. “Die zeitliche Begrenzung der Haftung von Gesellschaftern beim Ausscheiden aus einer Personenhandels-gesellschaft sowie bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft”, **BB**, Sayı: 30, 1983, ss. 1865- 1873.

Ulusoy, Erol. “Adi Ortaklığın Tasfiyesi ve Mahkemelerin Görevi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 5, 2015, ss. 879- 904.

Westermann, Harm Peter. **Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften**, Berlin Heidelberg, 1970 (Anılış: Vertragsfreiheit).

Westermann, Harm Peter. “Die Ausschliessungsklage gemäss 140 HGB- eine stumpfe Waffe?”, **NJW**, 1977, ss. 2185- 2188.

Westermann, Harm Peter. **Handbuch der Personengesellschaften**, 3. Auflage, Köln, 1991.

Westermann, Harm Peter (Hrsg). **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 14. Auflage, Köln, 2014 (Anılış: Erman/ilgili bölüm yazarı).

Wiedemann, Herbert. **Gesellschaftsrecht Band 2: Recht der Personengesellschaften**, München, 2004 (Anılış: Gesellschaftsrecht).

Wiedemann, Herbert. **Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften**, München, 1965 (Anılış: Übertragung).

Wiedemann, Herbert. “Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften”, **WM**, Sonderbeilage 8, 1990, ss. 1- 30.

Wieland, Karl. **Handelsrecht Erster Band: Das käufmannische Unternehmen und die Handelsgesellschaften**, München und Leipzig, 1921.

Wiki, Heini. **Übernahme und Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter**, Luzern, 1956.

Windbichler, Christine. **Gesellschaftsrecht**, 23. Auflage, München, 2013.

Wolf, Stephan (Hrsg). **Güter- und erbrechtlichen Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht**, Bern, 2005.

Wolf, Stephan. “Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften”, **ZBGR**, Sayı: 1, 2000, ss. 1- 21.

Würsch, Martin. “Auflösung der einfachen Gesellschaft”, **BIAR**, Sayı: 1, 2011, ss. 47-60.

Yıldırım, Ali Haydar. “Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı”, **DEÜHFD**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, ss. 195- 236 (Anılış: Denetleme Hakkı).

Yıldırım, Ali Haydar. **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013 (Anılış: Haklı Sebep).

Yılmaz, Ejder. "Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)", **AÜHFD**, Cilt: XXX, Sayı: 1- 4, 1973, ss. 271- 316.

Yongalık, Aynur. **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991 (Anılış: Sermaye Payı).

Yongalık, Aynur. **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio pro socio)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010 (Anılış: Ortak Davası).

Zobl, Dieter. **Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Zürich, 1973.

Zöller, Richard. **Zivilprozessordnung Kommentar**, 25. Auflage, Köln, 2005 (Anılış: Zöller/ilgili bölüm yazarı).

Zwanzger, Michael. **Der mehrseitige Vertrag- Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen**, Tübingen, 2013.