

## ADİ ORTAKLIĞIN TASFİYESİ VE MAHKEMELERİN GÖREVİ<sup>1</sup>

*(Winding of the private company and jurisdiction of the courts)*

**Prof. Dr. EROL ULUSOY<sup>2</sup>**

### ÖZ

Adi ortaklığın tasfiyesi, ortaklık ticari işletme işletmediği için ticari defter tutma zorunluluğu yoksa zor, zaman alıcı ve yorucu, tarafların nadiren tatmin oldukları bir tasfiye sürecidir. Üstelik tasfiye, Yargıtay'ın deyimiyle bir "arıtma" işlemi olduğundan, hukuki değil, ekonomik bir faaliyettir. Nihayet tasfiye, "paraya çevirme" nakte çevirme" anlamına gelir. Adi ortaklığın tasfiyesinin, esas görevleri yargılama olan mahkemelere verilmesi, mahkemeleri asıl görevlerinden uzaklaştıran bir uygulamadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nda olmayan bir düzenleme getirmiştir. Adi ortaklığın tasfiyesi artık mahkemeler tarafından değil, "tasfiye görevlisi" tarafından yerine getirilecektir. Mahkeme ancak tasfiye görevlisi ile ilgililer arasında tasfiye usulüne veya tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin uyuşmazlıklarda görevlidir. Böylelikle mahkemeler tasfiye işleri ile görevli olmak yerine, tasfiye işleri hakkında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüyle kanunen görevli hale gelmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Adi ortaklık, adi ortaklığın feshi, tasfiye, adi ortaklığın tasfiyesi, görevli mahkeme, tasfiye görevlisi.

### ABSTRACT

Liquidation of private company is a troublesome, time-consuming and tiresome and an unsatisfactory process for all parties, in case the partnership is not obliged to keep commercial register for not managing a commercial enterprise. Besides, as liquidation is a "refinement" process,

- 1 Bu makale gecikmiş de olsa, 2012 Yılında HSYK ve Türkiye Adalet Akademisi ile birlikte organize ettiğimiz yeni "Türk Borçlar Kanunu Eğitim Seminerleri"ne katılan sayın hakimlerimizin taleplerini yerine getirmek amacıyla yazılmıştır, kendilerine müteşekkürüm, ayrıca takım elbise sözü veren sayın hakimlerimize de şimdiden teşekkür ederim.
- 2 Trakya Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ve Alman Türk Hukuku Akademisi Başkanı, erolulusoy@trakya.edu.tr.



as put by the Supreme Court, it is an economic operation not a legal one. Eventually, liquidation comes to mean “realisation”, “encashment”. The indictment of private company liquidation to the courts, the actual duties of which is to pass judgment, is an implementation, which drives the courts away from their principal duties. The 6098 numbered Turkish Code of Obligations brought along a regulation which was not included within the scope of the abolished Code of Obligations. The liquidation of private company is no longer performed by courts but by a “liquidator”. The courts are, henceforth, only entrusted with the liquidation procedure between the liquidator and those concerned and conflicts regarding the share to be distributed to every partner. Thus, the courts have been assigned with the settlement of conflicts, which may arise concerning the liquidation processes, rather than directly with the liquidation process itself.

**Key Words:** Private company, rescission of the private company, winding, winding of the private company, jurisdiction of the court, liquidators.

## I- GİRİŞ

Ortaklıklar hukukumuz düzenledikleri kanuna ve göre iki tür ortaklık yapısı öngörmektedir. Bunlardan birisi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 620 vd hükümlerinde düzenlenen “adi ortaklık”, diğeri ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md 211 vd hükümlerinde düzenlenen ticaret şirketleridir. Ticaret şirketlerinin tasfiyesi TTK’da ayrıntısı ile düzenlenmiştir. Buna karşılık adi ortaklığın tasfiyesi hakkında yürürlükten kalkan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda (BK) yetersiz düzenlemeler içermektedir. En önemlisi, adi ortaklığın mahkeme kararı ile feshi halinde, tasfiye işlerini kimin yapacağı konusunda kanun boşluğu vardı. Mahkemelerin görevinin kanunla belirlenmesi zorunluluğuna rağmen Yargıtay yorum yoluyla bu kanun boşluğunu, adi ortaklığın tasfiye işlerinin bizzat mahkemeler tarafından yapılması gerektiğini söyleyerek doldurmaktaydı.

Yeni TBK en azından adi ortaklığın tasfiyesinin “tasfiye görevlisi” tarafından yapılacağını açıkça hükme bağlayarak, adi ortaklığın hangi sebeple sona ererse ersin, keza TBK sona erme sebebine göre tasfiyenin usulü ve kim tarafından yapılacağı konusunda bir ayırım yapmamaktadır, tasfiyenin ya tüm ortakların elbirliğiyle yapılmasını ya da seçecekleri veya mahkemece atanacak bir “tasfiye görevlisi” tarafından yapılmasını açıkça hükme bağlamıştır. Böylelikle adi ortaklığın hangi sebeple sona ererse ersin, mahkemelerin “tasfiye görevlisi” sıfatı ile adi ortaklığın tasfiyesi işlemlerini bizzat yapmaları uygulaması açıkça TBK 644. maddesinin ikinci

ve üçüncü fıkraları hükmüne de aykırı hale gelmiştir.

Bu makalede, adi ortaklığın mahkeme kararı ile feshedilmesi halinde mahkemenin tasfiyenin bizzat yapılmasıyla görevlendirilmesinin hem Anayasanın 142 inci ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1 inci maddelerine aykırı olduğu hem de TBK md 644/II-III hükümlerine aykırı olduğu gerekçeleri ile açıklanacaktır.

## II- ADI ŞİRKETİN SONA ERME SEBEPLERİ

Adi ortaklığın sona erme sebepleri genel olarak TBK md 639 uncu maddede düzenlenmiştir. TBK md 640 ıncı madde ise belirsiz süreli adi ortaklıkların ortaklardan birisinin fesih bildirimini ile sona ermesi özel olarak düzenlenmiştir. Adi ortaklığı sona erdiren genel sebepler TBK md 639'a göre, şöyledir;

**1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi.**

Bu sona erme sebebinde adi ortaklık, sözleşmesindeki amaç ile devam edemez. Ortaklar ortaklık ilişkisinin devamını sözleşmedeki amacı değiştirerek sağlayabilirler. Bunun için ortakların oybirliği ile karar almaları gerekir (TBK md 624). Bu durumdaki sona ermede, adi ortaklık tasfiye edilir.

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

Ortaklardan birisinin ölmesi, adi ortaklığı sona erdiren bir doğa olayıdır. Bu sona erme sebebinin bertaraf etmek isteyen ortaklar, sağ kalan ortakların, ortaklığa aralarında devam etmek istediklerine dair ortaklık sözleşmesine bir hüküm koyabilirler. Madde gerekçesinin aksine ortaklardan birisinin ölmesine rağmen ortaklığın devam edeceğine ilişkin irade açıklaması ortaklığın kuruluşundan sonra sözleşmeye konulacak bir hükümle de gerçekleşebilir. Ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan birisinin ölümü halinde ortaklığın sona ermeyeceği, mirasçılarla veya mirasçılar olmadan devam edeceğine ilişkin hüküm koymuşlarsa, ölüm doğal bir sona erme sebebi olmaz. Sağ kalan ortaklar, ortaklık ilişkisine devam edebilirler. Ancak bunun için sağ kalan ortakların yazılı bir bildirimde bulunmaları gerekmektedir. Bildirimin yazılı olması ispat şartı olmayıp, geçerlik şartıdır.

Bildirimin muhatabı, ölen ortağın bütün mirasçılarıdır. Ancak tereke yöneticisi (TMK md 593) ya da miras temsilcisi (TMK 640) atanmışsa, bildirim tereke yöneticisine veya miras temsilcisine yöneltilmelidir, mirasçılara değil. Yazılı bildirim ortakların tamamınca yapılması şart değildir.



Çünkü aslında adi ortaklık sözleşmesinde önceden tespit edilmiş bir durumun gerçekleştiği ve ölümün ortaklık bakımından doğan sonucu ölen ortağın mirasçılara bildirilmektedir. Bildirim adi ortaklığı temsil yetkisi olan ortaklarca yapılmalıdır. Kanunda her ne kadar bildirim “ortaklar” tarafından yapılacağı söylenmektedir. Ortaklığı temsil yetkisi üçüncü bir kişiye verilmiş ise, yine de bu bildirim ortaklar tarafından yapılması gerekir. Çünkü, adi ortaklıkta bir ortağın çıkarılması beyanı, adi ortaklığın yönetim ve temsili ile ilgili olmaktan da öte, adi ortaklığın varlığı ve devamı ile ilgili olduğundan, ortak olmayan üçüncü kişi temsil yetkisine sahip olsa bile mirasçılardan ortaklıktan çıkarıldığına ilişkin bildirimde bulunmaması yetkisiz temsil niteliğindedir.

Ölen ortağın mirasçısı veya mirasçıları, şirketin devamına ilişkin sözleşme hükmü nedeniyle mirasın ölümüyle kendiliğinden sona ermeyen adi ortaklıktan çıkabilir.

Hemen belirtelim ki, TBK sona ermesi sebebi olarak ortaklardan birisinin “ölmesi”ni göstermektedir. **Oysa adi ortaklıklara gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de ortak olabilmektedir.** Özellikle ortak girişim ve konsorsiyum olarak nitelenen ortaklık ilişkilerinde ortakların tüzel kişi olmalarına oldukça sık rastlanır. “Ölüm” gerçek kişi ortaklar için söz konusu iken, tüzel kişilerin “ölümü” mümkün değildir. **Tüzel kişilerin ancak “tüzel kişilikleri” sona erer.** Bu sebeple, **TBK md 639 ikinci bend’teki “ortaklardan birisinin ölmesiyle” ibaresini, “ortaklardan birisinin ölmesi veya tüzel kişiliğinin sona ermesiyle” biçiminde anlamak gerekecektir.** Böylece, tüzel kişi ortağın tüzel kişiliğinin sona ermesi ile de adi ortaklık sona ermiş olacaktır.

Ortağın ölmesi veya tüzel kişi ortağın tüzel kişiliğinin sona ermesi ile sona eren adi ortaklık tasfiye edilir. Ancak ölen ortağın mirasçıları ortaklıktan çıkarlar ya da çıkarılırlarsa adi ortaklık tasfiye edilmez, ölen ortağın ortaklık payı tasfiye edilir. Bu hususun tüzel kişiliği sona eren ortak için de uygulanabileceğini düşüncesindeyim.

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

Kısıtlanma veya iflas sona erme sebeplerinin ikisinde de, bir ortağın ortaklık payı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi söz konusudur. Kısıtlanan ortağı artık vasisi temsil edecek, iflas eden ortağın malvarlığı üzerinde de artık iflas idaresi tasarruf edecek, dolayısıyla iflas eden ortağı ortaklığa karşı iflas masası temsil edecektir. Ortaklık borçlarından tüm ortakların sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmaları sebebiyle diğer ortakla-

rın adi ortaklığı temsilen yapacakları işlemlerle, kısıtlanan, iflas eden veya tasfiye payına haciz konulan ortağın malvarlığındaki aktiflerin azalmasına ve pasiflerin artmasına engel olma amacı güdülmektedir.

Adi ortaklığın iflası söz konusu olamaz. Olsa olsa, adi ortaklık bir ticari işletme işletiyorsa ortakları tacir olacaklarından<sup>3</sup>, ortaklarının iflası söz konusu olabilir. Bu sebeple adi ortaklık ancak ortaklarının iflası halinde sona erer. Yinelemek gerekirse, iflas eden ortağın payı üzerinde artık tasarruf yetkisi iflas eden ortağa veya adi ortaklığı temsil yetkisi olan kişilere değil, iflas idaresine ait olacaktır, nihayetinde iflas eden ortağın ortaklık payı iflas masasına ait olacağından, ortaklık payının paraya çevrilebilmesi için adi ortaklığın sona ermesi ve tasfiye edilmesi gerekecektir.

Bir ortağın tasfiye payına haciz konulduğunda, tasfiye payının ne miktarda ve değerinde olduğunun tespiti için elbette önce ortaklığın tasfiyesi gerekecektir. Adi ortaklık tasfiye edildikten sonra ise, tasfiye payına haciz konulan ortağa katılım payı ödenir. Tasfiyeden bir şey kalmışsa, teknik terimi ile tasfiye artığı ya da tasfiye bakiyesi varsa, o da ödenir. Ortağın katılım payı ortaklık sözleşmesinde belirlidir. Ancak sorun, ortaklık sözleşmesinin yazılı değil, sözlü olduğu durumlarda ortaya çıkar.

Her ne kadar kanun metninde sona erme sebebi olarak tasfiye payının cebri icra yolu ile paraya çevrilmesi kabul edilmiş olsa da, kanaatimce bazı somut durumlarda, sona erme olarak tasfiye payına haciz konulması da yeterli kabul edilmeli, paraya çevrilme beklenilmemelidir. Örneğin bir okul servisi olarak işletilmek üzere elbirliği mülkiyeti şeklinde bir yolcu otobüsü satın almış olan iki ortaklı bir adi ortaklıkta, ortaklardan birisinin tasfiye payına haciz konulması ve yolcu otobüsünün yediemine bırakılması halinde, amacın gerçekleşmesi –bazen geçici de olsa- imkansız hale gelmiş olacaktır.

Şahsında sona erme sebebi gerçekleşen ortağın çıkarılarak diğer ortakların adi ortaklığa aralarında devam etmeleri mümkündür. Adi ortaklığın sona ermesini istemeyen, aralarında ortaklığa devam etmek isteyen diğer ortaklar, TBK md 624/1 gereği oybirliği ile karar alarak, kısıtlanan, iflas eden veya tasfiye payı cebri icra yoluyla paraya çevrilen ortağı şirketten çıkarıp, ortaklığa devam edebilirler. Oybirliği ile alınacak kararda, çıkarılan ortağın oy hakkı yoktur.

İflas eden, kısıtlanan veya tasfiye payına haciz konulan ortak da adi ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunması koşuluyla kendi iradesi ile ortaklıktan çıkabilir (TBK md 633).

<sup>3</sup> Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir, TTK md 12 f 1.



Bu durumlardaki sona ermelerde adi ortaklık tasfiye edilir. Ancak şahsında sona erme sebebi gerçekleşen ortak ortaklıktan çıkar ya da çıkarılırlarsa adi ortaklık tasfiye edilmez, ortağın ortaklık payı tasfiye edilir.

#### **4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesi.**

Adi ortaklık bir sözleşme olduğundan, ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, tüm ortakların oybirliği ile karar alarak aralarındaki ortaklık ilişkisine son vermeleri mümkündür. Bu sözleşme özgürlüğünün de olduğu bir sonucudur (TBK md 26).

Bu durumdaki sona ermede, adi ortaklık tasfiye edilir.

#### **5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesi.**

Belirli süreli tüm sözleşmeler gibi, adi ortaklık sözleşmesi de belirli süreli yapılmışsa, sürenin bitimi ile sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak ortaklık ilişkisi de sona erer. Sözleşmede öngörülmüş olan sürenin bitiminden sonra ortaklık, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülürse, belirsiz süreli ortaklığa dönüşür (TBK md 640/3). Her ne kadar madde metninde belirli süreli adi ortaklık sözleşmesinin ortakların “örtülü iradeleri” ile belirsiz süreli hale dönüşmesini düzenliyor olsa da, ortakların açık irade açıklaması ile yani oybirliğiyle karar alarak ortaklığı belirsiz süreli ortaklığa dönüştürebilecekleri gibi, süreyi yeniden belirli süre ile de uzatabilirler. Madde metninde sadece **ortakların örtülü iradeleri ile belirsiz süreli ortaklık sözleşmesinden bahsedilmesi dar ve lafzi yorumlanmamalıdır**. Ortakların açık iradeleri ile süresi biten ortaklık sözleşmesini belirli süreli olarak uzatmalarına veya belirsiz süreli hale dönüştürmelerine hukuki bir engel yoktur. Keza örtülü iradeleri ile bunu yapan, bunu açık iradesi ile de yapabilir.

Sürenin sona ermesi sebebiyle adi ortaklık sona ererse, adi ortaklık tasfiye edilir.

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

Adi ortaklık sözleşmesi belirli süreli yapılmışsa, kural olarak sona erme sözleşme süresinin bitmesi ile gerçekleşir. Ancak sözleşmeye hüküm konularak, adi ortaklık ilişkisini sözleşme süresini bitmeden ortaklara fesih bildirim ile ortaklığı bitirme hakkı tanınabilir. Bu durumda fesih bildirim hakkı kanundan değil, sözleşmeden doğan bir hak olduğundan, ortakların daha sonra oybirliği ile alacakları bir kararla fesih bildirim hakkını kaldırmaları mümkündür. Fesih bildirim hakkının sözleşme ile tanınma-

sında eşitlik ilkesinin uygulanması gerekmemektedir. Fesih bildirim hakkı bu sebeple bütün ortaklara tanınabileceği gibi bir veya birkaç ortağa da tanınmış olabilir. Sözleşme özgürlüğüne aykırılık yoktur. Anonim ve limited şirketlerde olduğu gibi adi ortaklıkta eşit işlem ilkesi yoktur bkn TTK md 357, md 627.

Ancak ortaklık sözleşmesi belirsiz süreli ise veya belirli süreli ortaklık TBK md 640/3 gereği belirsiz süreli hale gelmişse, bütün ortakların yasadan kaynaklanan fesih bildirim hakkı vardır (TBK md 640/1). Yasadan kaynaklanan bu fesih bildirim hakkı adi ortaklık sözleşmesi ile kısıtlanamaz veya kaldırılmaz. TBK tüm belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim hakkını zaten tanımaktadır.

Ancak ortak ister TBK md 639 bend 6'da bahsedilen sözleşmesel fesih bildirim hakkını ister TBK md 640/1'de bahsedilen yasal fesih bildirim hakkını kullanmış ve böylece adi ortaklığın iradi sona erme sebeplerinden birisini gerçekleştirmiş olsun, diğer ortakların fesih bildiriminde bulunan ortağı çıkararak, ortaklığa kendi aralarında devam etmeleri mümkündür. Bunun için TBK md 633 iki koşul öngörmektedir; adi ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması ve diğer ortakların fesih bildiriminde bulunan ortağa onu çıkardıklarına dair yazılı bildirimde bulunmaları.

Fesih bildirimini sonucu sona erme gerçekleşmişse, adi ortaklık tasfiye edilir. Ancak fesih bildiriminde bulunan ortak ortaklıktan çıkarılırsa, adi ortaklık değil, çıkarılan ortağın ortaklık payı tasfiye edilir.

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

Adi ortaklığın feshini haklı gösterecek sebepler ortakların şahsından kaynaklanabileceği gibi ortaklığın kendisinden de kaynaklanabilir. Fesih için haklı sebebi her somut olayın özelliğine göre mahkeme takdir etmelidir. Ancak uygulamada bazen ortak, sadece katılım payının iadesi istemi ile dava açmakta, bu istemin aynı zamanda ortaklığın feshi istemini de içerip içermediği tereddüt yaratmaktadır. Bir ortağın katılım payının iadesi talebi, aynı zamanda ortaklık ilişkisinin sona ermesi istemidir<sup>4</sup>. Keza katılım payı olmadan ortaklık ilişkisi kurulamaz. Her ortağın para, alacak veya başka bir mal ya da emek koyarak, ortaklığa bir katılım payı koyma

4 Karşılaştığımız **Yargıtay HGK 23.10.2013 tarih 2013/25 E 2013/1482 K**: "... fiilen sona eren adi ortaklık için yapılan giderlerin davalı ortaktan tahsili için dava açılması talebinde, ortaklığın fesih ve tasfiyesi isteğinin de bulunduğu kabulü gerekir. Zira bu durum usul ekonomisine de uygun düşmektedir...". Aynı yönde daha yeni bir karar için bkn **Yargıtay 3. HD, 29.04.2014 tarih, 2014/2569 E 2014/6532 K**: "Bir ortak tarafından adi ortaklığa ilişkin olan sermaye payının istenmesi, ortaklığın faaliyetlerinden dolayı uğradığı zararın veya kar payının talep edilmesi, aynı zamanda ortaklığın feshini ve tasfiyeyi de kapsar."



yükümlülüğü vardır, TBK md 621. Ortaklıktan katılım payının geri ödenmesini talep eden ortağın katılım payının ödenebilmesi için, ortağın çıkarılması mümkün değilse, ortaklığın tasfiye edilmesi zorunludur. Bunun için ortaklığın sona ermesi gerekir.

### III- TASFİYE KAVRAMI

Ortaklıkların tasfiyesi ile ilgili en ayrıntılı hükümler TTK'nda bulunmaktadır. Anonim şirketlerin tasfiyesini yapmakla görevli ve yetkili olan "tasfiye memurları" anonim şirketin organıdır<sup>5</sup>. TTK md 643 gereği, limited şirketlerin tasfiye usulü ve tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanacağından, limited şirketin tasfiyesinde görevli tasfiye memurlarının da şirket organı olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Anonim şirketlerin tasfiyesi genel olarak Türk hukukunda değişik usullerde düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Bunlar, olağan tasfiye (TTK md 536), iflas idaresince yapılan tasfiye (TTK md 534), ek tasfiye (TTK md 547), olağanüstü tasfiye (TTK geçici md 7 gereğince yapılan tasfiye), bankalar için iradi tasfiye (BankK md 20), sermaye piyasası kurumları için muhtelif SPK tebliğlerinde düzenlenmiş olan tedrici tasfiyedir.

Tasfiye işlemleri yargısal faaliyetler olmayıp, tamamen ekonomik nitelikli faaliyetlerdir. Çünkü tasfiye işlemleri arasında yer alan envanter ve tasfiye açılış bilançosu hazırlama, alacaklılara yapılacak çağrı, ortaklık aktiflerinin paraya çevrilmesi, yerine getirilmemiş sermaye taahhütlerinin ifası için ortaklara müracaat, ortaklık borçların ödenmesi, tasfiye artığının ortaklara dağıtılması, tasfiye kapanış bilançosunun hazırlanması, ticari defterlerin saklanması gibi işlemlerin hiç birisi yargısal faaliyet değildir. Bu sebeple mahkemelerin yargısal faaliyetler arasında yer almayan, gelir elde etme amacı ile kurulmuş adi ortaklıkların tasfiyesi işlemleri ile görevlendirilmesi, sadece yargı faaliyetleri ile görevlendirilmiş olan mahkemelerin görev alanlarını ekonomik nitelikli bir faaliyetle genişletmek anlamına gelecektir.

Adi ortaklık hukukunda tasfiye, "ortaklardan birisinin iflası halinde tasfiye" (TBK md 633 vd), "ortaklardan birisinin tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle gerçekleşecek tasfiye" (TBK md 633 vd) ve sadece bu makalenin de konusu olan "olağan tasfiye" (TBK md 642 vd), olarak üç çeşittir.

5 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (2014), Paragrafno: 11-10.

6 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (2014), Paragrafno: 10-11 vd.



## IV- ADİ ORTAKLIK HUKUKUNDA TASFİYE TÜRLERİ

### A. ORTAKLIK PAYININ TASFİYESİ

Eğer adi ortaklıkta ortaklardan bir veya bir kaç ortaklıktan çıkar veya çıkarılırsa, adi ortaklık sona ermemekte ve tasfiye edilmemekte, kalan ortaklar ortaklığa kendi aralarında devam etmektedirler. Çıkan veya çıkarılan ortağın payı ise, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçmektedir (TBK md 634/1). Buna TBK md 634 “**ortaklık payının tasfiyesi**” demektir. Ortakların katılım payları, ortaklık sözleşmesinde yazan değere göre belirlenecektir. O halde, ortaklık sözleşmesine katılım paylarının parasal değerinin yazılması her ne kadar oy hakkıyla hiçbir ilgisi olmasa da, bir ortağın çıkması veya çıkarılması halinde önem arzeder. Ancak burada bir sorun vardır; ortaklardan birisi katılım payı olarak emeğini sermaye olarak getirmişse ne olacaktır?

Kişisel düşünceme göre, **eğer emeğini sermaye olarak getiren ortak, çıkan veya çıkarılan ortağın payına TBK md 634/1 gereği kendiliğinden sahip olmaz.** Çünkü emeğini sermaye olarak koymanın sadece kara zarar katılmama gibi, sözleşmeyle kabul edilmiş (TBK md 623/3) bir avantajı olabilir. Böyle bir akdi avantajın, bir ortağın çıkması veya çıkarılması ile kendiliğinden kaybedilmesi sözleşmeye aykırı olur. Ayrıca, ortaklık sözleşmesine emeğini sermaye (katılım payı) olarak koyan ortağın emeğini nasıl ve ne süre ile sarf edeceği ayrıntısı ile belirlenmiş ve fakat parasal bir değer biçilmemiş de olabilir. Böyle bir durumda ise emeğinin sermaye olarak koyan ortağın pay oranının tespiti mümkün olmaz. Bu sebeplerle bir ortağın çıkması veya çıkarılması halinde payının kendiliğinden diğer ortaklara payları oranında geçeceğine ilişkin TBK md 634/1 kuralının, emeğini sermaye olarak koyan ortak hakkında uygulanamayacağı görüşündeyim.

Çıkan veya çıkarılan ortağın ortaklık payının tasfiyesi TBK md 634 hükmüne göre şu aşamaları içermektedir:

#### - *Ortaklık payının diğer ortaklara geçmesi*

Çıkan veya çıkarılan ortağın ortaklık payı, emeğini katılım payı olarak koyan ortak hariç diğer ortaklara, kanun gereği çıkma veya çıkarılma ile aynı anda ve kendiliğinden gerçekleşir. Ayrıca bir hukuki işleme, irade açıklamasına gerek yoktur.

#### - *Kullanımı ortaklığa bırakılmış olan eşyanın geri verilmesi*

Ortağın kullanımını ortaklığa bıraktığı, bir başka ifade ile, katılım payı olarak kullanımını getirdiği eşyayı ortağa geri vermek gerekecektir. Geri



verme kanaatimce, kira sözleşmesi kapsamında kiralananın geri verilmesine ilişkin TBK hükümlerine göre gerçekleşir. TBK md 621/3 hükmünde her ne kadar sadece kiralanandaki ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin TBK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olsa da, iadede de kiralananın iadesine ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde ve anlamına uygun olacaktır.

**- Ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı, çıkan veya çıkarılan ortağa ödenecek tasfiye payının hesaplanması**

Ortaklık payının tasfiyesi, kullanımı ortaklığa bırakılan eşyanın geri verilmesi dışında fiilen gerçekleşen bir tasfiye değildir. Adi ortaklığa katılım payı olarak getirilen ve mülkiyete konu olan her şey, ortakların elbirliği mülkiyetine dahildir. Bu sebeple, çıkan veya çıkarılan ortak katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini getirmişse, o şey üzerinde diğer ortaklarla birlikte elbirliği halinde malik olduğundan, tekrar tam mülkiyet iddiasında bulunamaz. Ancak tasfiye payının parasal değerini isteyebilir.

Ortaklık payının tasfiye değeri ise, ortaklık gerçekten fiilen tasfiye edilmeyeceğinden, çıkma veya çıkarılma tarihinde ortaklık gerçekten tasfiye edilseydi, ortağın payının tasfiye değeri ne kadar olacaksa, ona göre hesaplanır. Bir başka ifade ile fiilen ortaklık tasfiye edilmeden fiktif bir tasfiye yapılacak tasfiye payı hesaplanacaktır.

Tasfiye payının değeri, çıkma veya çıkarılmanın hüküm ve sonuç doğurduğu andaki değerine göre belirlenir, hesap döneminin bitimi anına göre değil.

Gerçek ve fiili bir tasfiye söz konusu olmadığından, tasfiye görevlisi değil, mali işlerde uzman bir kişi atanır ve tasfiye payı hesaplatılır. Tarafların mali işlerde uzman kişinin seçiminde anlaşamamaları halinde, uzman kişiyi hakim atar. Her ne kadar TBK md 634/4 hükmü “uzman kişi” diyerek “tekil şahıs”ı ima etse de, birden fazla uzman kişinin atanmasına da engel bir durum ve hüküm yoktur. “Taraflar”dan kasıt, “çıkan veya çıkarılan ortak” ile “adi ortaklık”tır. Görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olmakla birlikte, adi ortaklık bir ticari işletme işletiyorsa ortakları tacir olduğundan, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır, TTK md 4 f 1. Uyuşmazlık hasımlı olacaktır, husumet diğer ortaklara yöneltilecektir.

Bu hususlar dışında, gerekçesinde de belirtildiği gibi, TBK md 634/2 hükmünde “ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı” denildiğinden, adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin usul ile ilgili TBK md 644, ortaklık payının tasfiyesi usulüne de uygulanacaktır.

### - Tasfiye payının ödenmesi

Uzman bilirkişi tarafından hesaplanan ortak tasfiye payının değeri, diğer ortaklar tarafından ortaklığın malvarlığından ödenir.

Kanaatimce burada diğer ortakların **çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payını ödeme yükümlülükleri müteselsil ve sınırsız bir borç ilişkisinden doğmaz**. Bunun iki sebebi vardır. Birinci sebebi; ortaklar çıkan veya çıkarılan ortağın payına kendi payları oranında sahip olduklarına göre, tasfiye payının ödenmesinden de kendi payları oranında sorumlu olmalarıdır. İkinci sebebi de; tasfiye payının ödenmesi borcu sınırsız ve müteselsil sorumluluğu gerektirecek nitelikte adi ortaklığın borcu değil, ortakların edindikleri payların karşılığı olan kişisel borçları olmasıdır.

## B. ORTAKLIĞIN TASFİYESİ

Sona eren adi ortaklık tasfiye haline girer. Artık amacı gelir elde etme ve bunu ortakları arasında paylaşma olan adi ortaklığın amacı, sadece tasfiyeyi gerçekleştirmeye yönelik işlemlerle sınırlıdır.

Aslında adi ortaklığın sona ermesi demek, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, adi ortaklık sözleşmesinin sona ermesi demektir. Tasfiye süresince ortaklık ilişkisi tasfiye işlemleri ile sınırlı olarak devam eder. Ticaret şirketlerinde de sona erme, tasfiye sürecinin başlamasına neden olur. Tasfiye işlerinin tamamlanması neticesinde tüzel kişiliğin de sona ermesi ile tasfiye süreci de bitmiş olur. Adi ortaklığın tasfiyesi bu makalenin diğer bölümlerinde ayrıntısı ile anlatıldığından, tekrardan kaçınmak için burada ayrıntıya girilmemiştir.

## V- ADİ ORTAKLIĞIN TASFİYESİNDE TASFİYE GÖREVLİSİNİN ATANMASI

### A. ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ İLE TASFİYE GÖREVLİSİ ATANMASI

İrade özerkliği ve sözleşme serbestisi gereği, ortaklık sözleşmesi ile ortakların ortak olan veya olmayan üçüncü kişi veya kişileri tasfiye görevlisi olarak atamaları ve hatta tasfiye usulünü belirlemeleri mümkündür. Ortaklık sözleşmesinde tasfiye görevlisi veya görevlileri atanmışsa, ortaklık sözleşmesi değiştirilmedikçe, başka birisi tasfiye görevlisi olarak atanamaz. Burada TBK md 644/II hükmü de uygulanamaz. Çünkü TBK md 644/II hükmü ortakların tasfiye görevlisinin atanmasında anlaşamamaları halinde uygulama alanı bulur. Oysa ortakların hepsi anlaşarak ortaklık sözleşmesini düzenlemiş ve tasfiye görevlisini atamışlardır. **Daha sonra bir başkasının tasfiye görevlisi olarak atanması ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir, tasfiye görevlisinin atanmamasında or-**



takların anlaşamamaları anlamına gelmez, TBK md 644/II uygulanmaz.

### B. ELBİRLİĞİYLE TASFİYE KURALI: ORTAKLARIN HEPSİNİN TASFİYE GÖREVLİSİ OLMASI

TBK md 644, ortaklığın sona ermesi halinde tasfiyenin, yönetici olmayan ortaklar da dahil olmak üzere bütün ortakların elbirliğiyle yapılacağını öngörmektedir. Eski BK md 540 hükmünde, tasfiyenin bütün ortaklarca “birlikte” yapmaları öngörülmüş iken, TBK md 644/I’de farklı bir ifade kullanılarak tasfiyenin bütün ortakların “elbirliğiyle” yapılacağını öngörülmüştür. Buna, adi ortaklığın “**elbirliğiyle tasfiyesi kuralı**” denilebilir. Elbirliğiyle tasfiye kuralı kanuni tasfiye usulü olup, yedek hüküm niteliğindedir, emredici nitelikte değildir. Kanaatimce “birlikte tasfiye”-den “elbirliğiyle tasfiye”ye geçilmesi hukuki bir değişiklikten daha çok, ortakların birlikte hareket ederek tasfiye işlerini yapacaklarına vurgu anlamı taşımaktadır. Öyle ya, **elbirliği mülkiyetinde olan şirket malvarlığı, ortakların hepsinin yine elbirliği ile tasfiye edilmelidir**. Dolayısıyla ortakların tek başlarına tasfiye işlerini yapmaları mümkün değildir. Elbette **iyiniyetli üçüncü kişiler** bir adi ortaklığın tasfiye haline girdiğini, ticaret siciline tescil ve ilanı zorunluluğu bulunmadığından, bilmiyorlarsa, onlara karşı **TBK md 637 geçerli olacaktır, TBK md 644/I değil**.

Elbirliğiyle tasfiye kuralı, ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunması koşuluyla belirli bazı işlemlerin yapılmasından istisna tutulabilir. Ortaklık sözleşmesinde belirli bazı işlemleri tek başına yapmakla yetkilendirilen ortak, şirketin tasfiyeye girmesinden sonra da tek başına bu işlemleri yapmaya devam edebilir (TBK md 644/I ikinci cümle).

### C. ORTAKLIK KARARI İLE TASFİYE GÖREVLİSİ ATANMASI

TBK md 644/II hükmü, eski BK’nda olmayan yeni bir hükümdür. TBK md 644/II hükmü, birinci fıkra uyarınca ortakların tasfiye işlerini elbirliği ile yapmak yerine, tasfiye görevlisi atayabileceklerini öngörmektedirler. Bu da özel hukukun en temel prensiplerinden birisi olan irade özerkliğinin bir sonucudur. Ortaklar, kanun gereği tasfiye görevlisi olmak istemiyorlarsa, onları emredici bir hükümle tasfiye işlemlerini yapmaya zorlamak doğru olmaz. Hatta ortaklar TBK md 644/I gereği elbirliğiyle tasfiyeye başladıktan sonra dahi aralarında karar alarak kalan tasfiye işlerini yapmak üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Ortaklar tasfiye görevlisi atanması kararını oybirliği ile almalıydılar. Karar yetersayısı bakımından TBK md 624 hükmünün uygulanmasına gerek yoktur. TBK md 644/II hükmündeki, “ortakların bu konuda anlaşamamaları halinde” ifadesindeki “**anlaşamama**” ibaresi zaten **oybirliğine işaret etmektedir**. Ortaklardan birisinin farklı diğerlerinin farklı tasfiye görevlisinin atanması yönünde

oy kullanması halinde oybirliği oluşmamış, ortaklar “anlaşamamışlar” demektir.

#### D. MAHKEME KARARI İLE TASFİYE GÖREVLİSİ ATANMASI

TBK md 644/II ikinci cümle, ortakların tasfiye görevlisi olarak kim veya kimlerin atanacağı konusunda anlaşmamaları halinde ne olacağını düzenleyen yeni bir hükümdür. Buna göre, ortaklar, atanacak tasfiye görevlisi hakkında karar alamazlarsa, her bir ortağın mahkemeye başvurarak tasfiye görevlisinin mahkeme tarafından atanmasını isteme hakkı vardır. Kanun metninde her ne kadar “hakim tarafından atanma”dan söz edilse de, burada kastedilenin hukuk mahkemesi olduğunda şüphe yoktur, keza bizim yargı sistemimizde sadece “sulh ceza hakimliği” mevcuttur.

O halde adi şirketin tasfiyesinde mahkemenin bir tasfiye görevlisi atayabilmesi için, ortaklığın sona ermiş olması ve ortakların tasfiye görevlisi atanması konusunda anlaşamamaları ve nihayet ortaklardan her hangi birisinin tasfiye görevlisi atanması için mahkemeye dava açması gerekmektedir. Husumet adi ortaklığa, dolayısıyla diğer ortakların hepsine birlikte yöneltilmelidir<sup>7</sup>. **Davacı ortak ile aynı kişinin tasfiye görevlisi olmasını isteyen ortaklar birlikte dava açmamışlarsa, kanaatimce husumet onlara da yöneltilmelidir.** Çünkü davalı taraf teşkilinde hangi ortağın ne yönde oy kullandığı önemli değildir, önemli olan ortaklığın oybirliği ile bir karar alamamasıdır. Bu sebeple davalı adi ortaklıktır.

Mahkemelerin tasfiye görevlisi atamakla görevli oldukları tek durum TBK md 644/II hükmünün düzenlediği durumdur. Başka hiçbir durumda mahkeme tasfiye görevlisi atayamaz. Buna, adi ortaklığın haklı sebeple feshi hali de girer. Ortaklığın feshine kara veren mahkeme, sadece kanaatimce usul ekonomisi yönünden ortaklara TBK md 644/I gereği ortaklığı elbirliğiyle tasfiye dip etmek istemedikleri, istemiyorlarsa tasfiye görevlisi atanması konusunda aralarında anlaşıp anlaşmadıklarını sorabilir ve kararını ona göre verir. Tasfiye görevlisi ataması gerekirse, bu atamayı yapmakla mahkemenin görevi sona erer. Tasfiyeyi tasfiye görevlisi kendi başına yapar. Uyuşmazlık halinde mahkemeye başvurulabilir, TBK md 644/IV. Bir ticari işletme işleten adi ortaklığın tasfiyesi söz konusu oldu-

7 Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından husumet doğrudan adi ortaklığa yöneltililemez. Husumet adi ortaklığın diğer ortaklarına adi ortaklık ilişkisi belirtilerek yöneltilmelidir; “6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 620. Maddesine göre adi ortaklığın hükmi şahsiyeti bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur... Şikayet konu takip dosyasında adi ortaklık olarak Y İnşaat ve Sanayii Ltd.Şti – Y Grup Yapı San ve Tic. Ltd. Şti – İş Ortaklığı gösterilmiş olup, şikayetçi şirketin ise Y İnşaat Sanayii ve Tic. A.Ş. olarak gözükmektedir. Bu durumda öncelikle mahkemeye şikayetçinin, adi ortaklığı oluşturan şirketlerden olup olmadığı da tespit edilmeli, ...”, **Yargıtay 12. HD, 27.05.2014 tarih, 2014/12436 E 2014/15031 K.**



ğunda, tasfiye işlemi ticari iş niteliğinde olacağından<sup>8</sup>, **ticari işletme işleten adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklar, ticari dava olarak görülecektir, TTK md 4 f 1.**

### E. TASFİYE GÖREVLİSİNİN GÖREVDEN ALINMASI

TBK md 644 hükmü sadece tasfiye görevlisinin atanmasına ilişkin hüküm düzenlemektedir. Ancak tasfiye görevlisinin görevden alınmasına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimce burada da kıyasen TTK md 274 ve 275 hükümleri uygulanmalıdır. Tasfiye görevlileri ister şirket sözleşmesi ile isterse ortaklar kararı ile atanmış olsun, tasfiye görevlisi olmayan diğer ortakların verecekleri oybirliği kararı (veya şirket sözleşmesinde yazan oyçokluğu kararı TBK md 624/II) ile görevden alınabilirler. Oybirliğine ulaşılmadığı durumlarda, ortakların alacakları kararda oybirliğinin (TBK md 624/I) veya oy çokluğunun (TBK md 624/II) sağlanamaması durumunda haklı sebepler varsa ortaklardan herhangi birinin istemi üzerine mahkeme görevden alıp yeni tasfiye görevlisi atayabilir. Görevden alınmak istenen tasfiye görevlisi ortağın görevden alınması kararına karşı olumsuz oy kullanması kuvvetle muhtemel olduğundan, diğer ortakların mahkemeye başvurma olasılığının doğması neredeyse kesindir.

Mahkemece atanan tasfiye görevlileri dahi ortakların oybirliği ile alacakları bir kararla görevden alınabilmelidir (kıyasen TTK md 277). Adi ortaklığının tasfiyesinin mahkemece atanan tasfiye görevlisi yerine ortakların hepsinin anlaştığı ve elbirliği mülkiyetlerinde bulunan malvarlığının paylaşılması işlemlerini yapmasını uygun gördükleri kişinin görevlendirilmesi, irade özgürlüğüne ve sınırsız sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu adi ortaklık yapısına daha uygun bir çözümdür.

### VI- ADİ ORTAKLIĞIN TASFİYE USULÜ VE İŞLEMLERİ ve KANUN BOŞLUĞU

TBK 644 üncü maddesinin üstbaşlığı "Tasfiye usulü" olsa da, madde içeriği bakımından tasfiye usulüyle ilgili bir hüküm değildir. TBK md 644, tasfiye işlerini tasfiye görevlisinin yürüteceğini, tasfiye görevlisinin atanmasını, ücretinin ödenmesini ve konumuz açısından esas teşkil eden tasfiyeye ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü düzenlemektedir. Buna karşılık asıl tasfiye usulünü, "katılım payı için yapılacak işlem" üstbaşlığını taşıyan TBK md 642 ve "kazanç ve zararın paylaşımı" üst başlığını taşıyan TBK md 643 düzenlemektedir. Üstbaşlıklarıyla madde içerikleri arasındaki uyumsuzluk yönünden TBK md 642-644 düzenlemeleri eleştirilebilir.

Kollektif şirketlerin tasfiyesi halinde geçerli olan usul ve yapılacak

8 Bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir, TTK md 3.

işlemler TTK 267 ile 303 üncü maddeleri arasında, -ki bu hükümler komandit şirketin tasfiyesinde de geçerlidir (TTK md 328)-, anonim şirketin tasfiyesinde geçerli olan usul ve işlemler ise TTK 536 ile 548 inci maddeleri arasında, -ki bu hükümler limited şirketlerin tasfiyesine de uygulanır (TTK md 643)-, ayrıntısı ile düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi TTK'da, ticaret şirketlerinin tasfiyelerinde ayrıntılı hükümlere yer verilmişken, **TBK'da adi ortaklığın tasfiye işlemleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemesi kanaatimce "olumlu kanunun boşluğu" niteliğindedir. Örneğin** adi ortaklık alacaklılarının rüçhan hakkının bulunup bulunmadığı, tasfiye görevlilerinin görevlerini devretmeleri veya vekil tayin etmeleri, tasfiyedeki adi ortaklığın temsili, sorumluluk, ortaklığın mal ve haklarının korunması, defter tutuma yükümlülüğü, başlangıç envanteri ve bilançosu, son bilanço, varlıkların paraya çevrilmesi, borçların ödenmesi, ortaklara yapılacak geçici ödemeler gibi bir çok tasfiye işlemleri hakkında her hangi bir düzenleme içermemektedir. Peki bu olumlu kanun boşluğu nasıl doldurulmalıdır? TMK md 1 gereği hakim kendisini kanunkoyucu yerine koyarak mı, yoksa kıyas yolu ile mi kanun boşluğunu gidermelidir?

Bu husustaki kişisel düşüncem, **TMK md 1 hükmünün uygulanarak hakimin kendisini kanun koyucu yerine koyması değil, kıyas yolunun tercih edilmesi gerektiğidir.** Çünkü ticaret ortaklıkları için ayrıntılı düzenlemeler dururken hakimin kendisini kanunun koyucu yerine koyarak adi şirketin tasfiyesi işlemleri ile ilgili hükümler koyması, tasfiye işlemlerinin yargısal faaliyet değil, ekonomik faaliyet olmasına uygun düşen bir çözüm olmayacaktır. **Önüne, adi ortaklığın tasfiye işlemleri ile ilgili uyuşmazlık gelen her hakim kendi değerlendirmelerine göre değil, mevcut yürürlükteki hukuk kurallarını kıyasen uygulayarak hukuki güvelğin tesisine de katkıda bulunmalıdır.**

Ancak burada ve hemen belirtmeliyim ki, TBK md 620/2 hükmündeki "*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*" kuralının tersi işleyecek, adi ortaklığın tasfiyesine kanunla düzenlenmiş bir ortaklığın tasfiyesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Daha somut bir ifade ile, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin TBK md 620/2 hükmü gereği bütün ortaklıklar için genel hüküm olma özelliği dururken, **konu adi ortaklığın tasfiye işlemlerine gelince TTK'da düzenlenmiş olan bir ticaret şirketinin tasfiye işlemlerine ilişkin hükümler "özel hüküm" olarak kıyasen uygulanacaktır.**

Yukarıda da değindiğim gibi, TTK kolektif şirket ile anonim şirketin



tasfiyesine ilişkin işlemleri ve usulünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. **Adi ortaklığın tasfiyesi işlerine** anonim şirketin tasfiyesiyle ilgili TTK md 536 vd hükümleri değil, **gerek sınırsız sorumluluk gerekse kar ve zararın paylaşılmasına, şirket yönetimi ve temsiline ilişkin benzer düzenlemeler sebebiyle, kollektif şirketin tasfiyesine ilişkin TTK md 267 vd hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini düşünmekteyim.**

Her ne kadar TTK md 267'deki gibi "sözleşmede farklı bir düzenleme bulunmayan durumlarda tasfiye, bu Bölümdeki hükümlere göre yapılır" anlamında bir düzenleme olmasa da Kural olarak sözleşme serbestisi gereği ortaklar, ortaklığın tasfiyesinin nasıl yapılacağını, usulünü kendileri belirleyebilirler. Kanaatimce ortaklar sözleşmeye tasfiye usulüne ilişkin bir hüküm koymamış olsalar bile, TBK md 624 hükmüne uygun olarak da bir karar alıp, tasfiyeyi o karara göre gerçekleştirebilirler. Tasfiye usulüne ilişkin ne ortaklık sözleşmesinde bir hüküm var ne de ortaklar bir karar almamışlarsa, tasfiye öncelikle TBK hükümlerine göre gerçekleştirilir.

Adi ortaklığın tasfiyesine başladıktan sonra dahi, TBK md 624 gereği ortakların ortaklık sözleşmesindeki tasfiye usulüne ve işlemlerine ilişkin hükmü değiştirmeleri, mümkün kabul edilmelidir. Tasfiye görevlisinin de ortakların alacağı karara uyması zorunludur. Karar yetersayısı bakımından öncelikle TBK md 624 uygulanacağından, TTK dm 268 f 1 hükmünün kıyasen uygulanmasına dahi gerek yoktur.

### ***Tasfiye işlemlerinde Sıra***

Yargıtay, tasfiyenin hangi sıraya göre yapılması gerektiğini şöyle tespit etmektedir: "*Ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde tasfiyenin sözleşmedeki hükümlere göre yapılması asıldır. Böyle bir hükmün bulunmaması halinde ise tasfiyenin bu defa BK'nın 539<sup>9</sup>. maddesindeki sıra takip edilerek yapılması gereklidir. Dava konusu olayda sözleşmede tasfiye ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından tasfiyenin BK'nın 539 ve devamı maddelerine göre yapılması zorunlu olup, bunun için mahkemece öncelikle yönetici ortak olan davalıdan, kurulduğu tarihten itibaren ortaklığın tüm muhasebesi ile ilgili hesap listesi istenmeli, ortakların gerek tasfiye şekli gerekse hesap listesi üzerinde uyuştukları ve uyuşmadıkları noktalar saptanmalı, uyuşmadıkları noktalarda tarafların delil ve karşı delileri sorulup toplanmalı, yönetici ortağın hesap listesi vermemesi durumunda hesap vermekten kaçındığı kabul edilmeli, bu durumda mevcut delillere göre hüküm kurulmalı, ortaklığa ait tüm gelir gider hesabı çıkarıldıktan, ortaklı-*

9 Eski BK md 539 hükmünün yeni TBK'ndaki karşılığı md 643'tür: "*Ortaklığın borçları ödendikten ve ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve koymuş olduğu katılım payı geri verildikten sonra bir şey artarsa, bu kazanç, ortaklar arasında paylaşılır. Ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse, zarar ortaklar arasında paylaşılır.*"



ğın tüm aktif ve pasifi kesin olarak belirlendikten sonra ortaklığın varsa üçüncü kişilere veya kurumlara olan borçları ortaklığın aktifinden mahsup edilmeli, ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslarla, ortaklık için yapmış oldukları masraflar ve vermiş oldukları sermaye iade edilmeli, bundan sonra varsa kalan miktar ortaklar arasında paylaşılmalı, tasfiye bu şekilde tamamlanmalıdır.”<sup>10</sup>

Hatta Yargıtay’a<sup>11</sup> göre tasfiyenin nasıl yapılacağına mahkeme kararında gösterilmemesi bir bozma sebebidir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi yeni bir kararında adi ortaklığın tasfiyesi için tarafların “tasfiye memuru” konusunda anlaşmamaları halinde, mahkemenin kendiliğinden “tasfiye memuru” atandıktan sonra, tasfiyenin üç aşamada gerçekleşeceğini karara bağlamıştır: “Bundan sonra ise, tasfiye iş-

10 Yargıtay 13. HD, 03.02.2011 tarih, E 2010/5661 K 2010/1578 = Yargıtay Kararları Dergisi (Ağustos 2011), sh 80. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun benzer yöndeki HGK 30.11.2011, E. 2011/13534 K. 2011/724 kararı da şöyledir: “BK.nun 538.maddesi uyarınca ortaklığın hüküm aktif ve pasiflerinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi zorunlu olup, ..., mahkemece öncelikle dava dışı Adalet Bakanlığı’ndan inşaatın projesi temin edilmeli, mahallinde konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu vasıtasıyla keşif yapılarak, projesi de gözetilmek suretiyle inşaatın kesin masrafları saptanmalı yapılan giderleri ile mekanik elektrik ve elektronik işlerin gerçek maliyet bedelleri belirlenmeli ve bilirkişilerden bu hususları da içerir adi ortaklığın gerçek kar ve zarar durumu ile tasfiye bilançosuna esas olacak diğer unsurlarda gözetilmek suretiyle ortaklara ödenmesi gereken tasfiye payının olup olmadığı hususunda taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı ve ortaklara ödenmesi gereken bir tasfiye payının belirlenmesi durumunda bu hedefe hükmedilmelidir... taraflar arasında sözleşme ile adi ortaklık oluşturulduğu hususunun ihtilafsız ve davalının bu ortaklıkta yönetici ortak konumunda olup, hak edişlerin ödenmesi ve hesap işlerinin yürütülmesi konusunda yetkili olduğunun mahkeme ve özel dairesinin kabulünde olmasına; adi ortaklığın tasfiyesinin, bütün hesapların görülüp, ortaklığın aktif ve pasif bütün malvarlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ve ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde de bu tasfiyenin sözleşmedeki hükümlere göre yapılmasının esas olmasına; yönetici ortak durumundaki davalı aleyhine dava dışı şahıslar tarafından açılan davalar ile icra takiplerinin ve talep edilen işçilik haklarının adi ortaklığın konusu olan cezaevi inşaatının yapılmasından kaynaklandığının tespiti halinde, bu hususun da tasfiye sırasında değerlendirileceği belirgin olduğundan, davalının kendi kusur ya da ihmali ile bu davaların açılmasına sebebiyet verip vermediğinin tespiti ile sonuçta bu dava ve takipler nedeniyle ortaya çıkacak yükümlülüklerin adi ortaklığa mı davalıya mı ait olacağına açık biçimde tespit ve değerlendirilmesi ile tüm bu hususların varılacak sonuca etkisinin irdelenmesinin gerekmesine göre, ...”

11 Yargıtay 13. HD 12.4.2010, E. 2009/14978, K. 2010/4911: “mahkemece de fesih ve tasfiye ye karar verilmiş ancak tasfiyenin ne şekilde yapılacağı kararda belirtilmemiştir. Adi ortaklığın ne şekilde sona ereceği B.K.nun 535. maddesinde, tasfiyenin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı da aynı yasanın 538 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. B.K.nun 535/7. maddesi gereğince mahkemece adi ortaklığın feshine karar verildiğinde ortaklığın mal varlığının ne şekilde tasfiye edileceği de karar yerinde gösterilmelidir. B.K.nun 538. maddesinde belirtildiği gibi tasfiye bütün hesapların görülüp ortaklığın aktif ve pasif bütün mal varlığının belirlenip ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan dolayı olan ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde tasfiyenin bu sözleşmedeki hükümlere göre yapılması asıldır. Böyle bir hükümün bulunmaması halinde ise tasfiyenin bu defa B.K.nun 539. maddesindeki sıra takip edilerek yapılması gereklidir. Açıklanan bu hukuki olgular karşısında öncelikle ortaklığın sona erdiği tarih itibarıyla aktif ve pasif mal varlığı belirlenmeli, ortaklığı yöneten ve idareci ortak olan davalıdan ortaklık hesabını gösterir hesap istenilmeli, verilen hesapta uyumsuzluk çıktığı takdirde taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, bu şekilde belirlenen mal varlığının ne şekilde tasfiye edileceği taraflardan sorulmalı, tasfiyede anlaştıkları takdirde ona göre karar verilmelidir.”



lemleri; hakim tarafından öngörülecek üçer aylık (uyuşmazlığın mahiyetine göre süreler uzatılıp kısaltılabilir) dönemlerde tasfiye memuru tarafından 3 aşamada gerçekleştirilmelidir.

**Birinci aşamada;** ortaklığın sona erdiği tarih itibariyle ortaklığın tüm malvarlığı (aktif ve pasifi ile birlikte) belirlenmeli, yönetici ve idareci ortaktan ortaklık hesabını gösterir hesap istenmeli, verilen hesapta uyuşmazlık çıktığı takdirde, taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, tasfiye memurunun belirlediği malvarlığı bilançosu taraflara tebliğ edilmeli, bu husustaki itirazları da karşılanıp, toplanacak delillere göre değerlendirilmelidir.

**İkinci aşamada;** ortaklığın malvarlığına ilişkin satış ve nakte çevirme işlemi (TMK'nun 634. vd. maddelerinde düzenlenen resmi tasfiye işlemi kıyasen uygulanmak suretiyle) gerçekleştirilmeli, şayet bu mallar mevcut değilse, değerleri bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır.

**Üçüncü ve son aşamada ise;** yukarıdaki işlemler sonucu oluşan değerden, öncelikle ortaklığın borçları ödenmeli ve ortaklardan herbirinin, ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve katılım payı geri verilmeli, bundan sonra bir şey artarsa, bu kazanç veya (ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse) zarar da belirlenerek ortaklara paylaştırılmak üzere son bilanço düzenlenmelidir.

Bu aşamalardan sonra ise; tasfiye memurunun yaptığı tasfiye işleminin sonuç bilançosuna göre hakim, (HMK'nun 297.maddesi uyarınca) tarafların hak ve yükümlülüklerini saptayıp, tasfiye işlemi sonlandırmalı ve bu doğrultuda hüküm oluşturmaktadır.<sup>12</sup>

TBK adi ortaklıkların tasfiyesinde yapılacak işlere ilişkin TBK md 642, 643 ve 644 olmak üzere sadece üç hüküm içermektedir. TBK md 643, tasfiye işlemlerinin ana aşamalarını belirtmekte ve fakat ayrıntıya girmemektedir. Adi ortaklığın tasfiyesinin ana aşamaları TBK md 642 ve 643 birlikte değerlendirildiğinde şöyle sıralanmaktadır:

### 1- Ortaklığın malvarlığı, aktif ve pasifleri tespit edilir

Adi ortaklık sözleşmesi şekil şartına bağlı olmadığından yazılı veya sözlü yapılabilir. Ortaklık sözleşmesinin sözlü olması durumunda, her şeyden önce ortaklık ilişkisinin sonra da ortaklığın tasfiyesi halinde malvarlığının tespiti, ispat gücünü doğurabilmektedir<sup>13</sup>.

12 **Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 29.04.2014 tarih, Esas: 2014/2569, Karar: 2014/6532**

13 Bir kimsenin ceza yargılamasında "sözde ortağım" ifadesinin örneğin tanık deliliyle desteklenmesi halinde adi ortaklık ilişkisinin varlığı kabul edilebilir, bkn **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 13.2.2012 Esas: 2011/16915, Karar: 2012/2746**: "... soruşturma dosyasında geçen "sözde ortağım" ibaresinin, ortaklığın varlığını ispatlamaya yeterli bulunmadığı, davacının tanık dinletme

Bir adi ortaklığın başlangıç sermayesinin tespiti ortaklık sözleşmesinin incelenmesi ile gerçekleşir. Eğer adi ortaklık yöneticileri vekil veya vekaletsiz işgören sıfatıyla (TBK md 630/I-II) ortaklık için defter ve kayıt tutmuşlarsa, adi ortaklığın malvarlığının tespiti nispeten kolaydır. Uygulamada yazılı ortaklık sözleşmesi nadiren yapıldığından adi ortaklığın ne başlangıç sermayesi ne de sona erme anındaki malvarlığı net olarak tespit edilebilmektedir. Ortaklığın malvarlığı konusunda ortaklar arasında ihtilaf çıkmakta, esas tartışma konusunu hangi unsurun gerçekten ortaklığın malvarlığına dahil, hangi unsurların ortakların şahsi malvarlığına dahil olduğu hususları oluşturmaktadır. Bu konuda tasfiye görevlisinin yapacağı tespitler konusunda uyuşmazlık çıkarsa, TBK md 644/IV hükmü, ilgililerin istemi üzerine uyuşmazlığın hakim tarafından çözüme kavuşturulacağını öngörmektedir. TBK md 644/IV hükmü göstermektedir ki, Yargıtay'ımızın yerleşik uygulamasının aksine, mahkeme ortaklığın tasfiyeye girecek malvarlığının tespitini kendiliğinden yapmayacak, tasfiye görevlisi ile ilgililer arasında uyuşmazlık çıkarsa ancak istem üzerine karar verecektir.

## 2- Ortakların katılım payı olarak kullanımını koydukları şeyler ortaklara iade edilir (md 634/II, md 642)

TBK md 642 hükmü aslında katılım payı olarak bir şeyin kullanım hakkının getirilmiş olması halinde hangi tasfiye işleminin yapılacağını açıkça belirtmemektedir. Ancak bu bir eksiklik değildir. Çünkü, hem katılım payı olarak bir şeyin kullanılması konulduğu durumlarda kira sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağına ilişkin TBK md 621/III, hem de ortaklıktan çıkma ve çıkarılma halinde ortaklık payının tasfiyesine ilişkin TBK md 624/II hükmü birlikte değerlendirilerek yapılacak amaçsal yorum, TBK md 634/II'deki "diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü ol-

*talebinin ise, adi ortaklık sözleşmesinin ancak kesin deliller ile ispatının gerektiği ve davalının tanık dinletilmesine rızasının olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; incelenen T\_ Asliye Ceza Mahkemesinin 2010\_ Esas sayılı dosyasına ait davacının sanık, davalının ise müşteki olduğu soruşturma dosyasında; davalının, depo olarak kullandığı dükkanının cam ve kapısının kırılarak içerideki davaya konu vincin tekerlerinin havasının indirilmesi olayı ile ilgili verdiği ifadesinde "Bir gün önce akşam üzeri resmiyette değil de sözde ortağım olan Ö\_ E\_ B\_, beni yanında çalışan S\_ P\_ isimli şahsın cep telefonu ile arayarak vincimi yakmakla tehdit etmişti, kendisi ile aramda parasal nedenden kaynaklı anlaşmazlık çıktığı için benim vincime zarar vermiştir ayrıca şüpheli adına A\_ firmasına 405 saat çalıştım, bu nedenle 30.000 TL şüpheliden alacaklıyım, şikayetçiyim" şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılması olup, davalının anılan beyanının "Adi Ortaklık" ilişkisinin varlığına dair harici ikrar niteliğinde bulunduğu anlaşılmakta ise de; harici ikrar niteliğindeki bu beyanın yan deliller ile desteklenmesi halinde geçerli olacağı, hal böyle olunca da davacının tanık dinletme talebinde bulunabileceği gözetilerek, davacının tanıklarının dinlenerek, tüm deliller ışığında hüküm tesisi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, BOZMA nedenidir."*



dukları” kuralının tasfiyede de uygulanacağı sonucuna varılabilir. TBK md 642 hükmünün ters yorumu da bizi aynı sonuca götürecektir; katılım payı olarak bir şeyin mülkiyeti getirilmişse, o şeyin parasal değeri ödenir, kullanımı getirilmişse o şey olduğu gibi iade edilir.

Burada emeğini katılım payı olarak getiren ortak hakkında da bir hususa değinmekte yarar vardır. **Emeğini katılım payı olarak koyan bir ortak var ve fakat ortaklık sözleşmesinde belirtilen nitelik ve kapsamda katılım payını ifa etmemişse**, örneğin haftada 40 saat inşaat mühendisi olarak çalışma taahhüdünü yerine tam veya eksik yerine getirmemişse, bu ortağın ifa etmediği emeğinin sözleşmede belirtilen değerini parasal olarak ödemesi gerekecektir. Bu ortağa iade edilecek bir katılım payı yoktur ki!

### 3- Ortaklığın alacakları tahsil edilir

Bu aşama TBK hükümlerinde yer almamaktadır. Fakat tasfiyenin amacı gereği öncelikle şirketin alacakları tahsil edilmelidir. Bunun için de yine TTK md 286 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. TTK md 286 hükmüne göre, tasfiye görevlileri şirketin bütün mal ve haklarının korunması için basiretli iş adamı gibi gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Şirketin haklarının korunması için gerekli önlemlerin başında hiç şüphesiz, alacak hakları gereği, alacakların tahsil edilmesi gelir. Ancak özen borcu bakımından, **adi ortaklık “tasfiye görevlileri”, “tasfiye memurları” için geçerli olan TTK 286’daki “basiretli iş adamı gibi” davranma yükümlülüğüne değil, vekilin göstermesi gereken özen borcuna (TBK md 506/III) tabidir.** Çünkü TBK md 644/II hükmü gereği tasfiye görevlisine bir ücret ödenmek zorundadır. Tasfiye bir ortaklık işidir. TBK md 628/III hükmüne göre ise, ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, vekalet hükümlerine göre sorumlu olur.

### 4- Ortaklığın borçları ödenir (md 643)

Kanaatimce, adi ortaklık, ticaret şirketlerinin aksine tüzel kişiliği bulunmadığından ve ortaklar şirket alacaklılarına karşı doğrudan sorumlu olduklarından, tasfiyede, tasfiye görevlisi birinci aşamada değil, ikinci aşamada ortaklığın borçlarını ödemelidir. Çünkü şirketin borçları öncelikle, ortaklığın malvarlığından ödenir. Ortaklığın malvarlığına ortakların elbirliği mülkiyetine dahil olmayan (krş TBK md 638), katılım payı olarak sadece kullanım hakkı getirilen şeyler dahil değildir. Tasfiye görevlisi mülkiyeti ortakların şahsi mülkiyetinde bulunan ve fakat kullanım hakkı adi ortaklığa ait olan şeylere el atamaz. Bunları öncelikle maliki olan ortağa iade etmelidir.

Tasfiye görevlileri öncelikle şirket alacaklılarının vadesi gelmiş alacaklarını ödemelidir. **Vadesi gelmemiş alacakların ödenmesinde ise, TTK md 297 hükmünün kıyasen uygulanması kanaatindeyim.** Böylece vadesi gelmemiş olan borçlar, tasfiye görevlileri tarafından iskonto uygulanarak derhal ödenmelidir. Vadesi gelmemiş alacağın alacaklılarının iskontolu ödemeyi kabul etmeleri zorunludur (kıyasen TTK md 297).

**Adi şirket alacaklılarının şirket malları üzerinde ortakların kişisel alacaklarına karşı rüçhan hakları var mıdır?** TBK, TTK md 271’de kolektif şirket alacaklılarının rüçhan hakkı gibi bir hakkı düzenlememektedir. Kanaatimce, TTK md 271 adi ortaklığın tasfiyesinde kıyasen uygulanmalı ve adi ortaklık alacaklılarının alacakları ödenmeden, ortakların avans ve gider alacakları ödenmemelidir.

#### **5- Ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslar ve ortaklık için yaptıkları giderler ortaklara ödenir (md 643)**

TBK md 643’te düzenlenen bu hüküm şirket faaliyetine devam ederken ortakların şirket adına yaptıkları masraflar ve üstlendikleri borçlardan diğer ortakların sorumlu olmalarına ilişkin hüküm ile paraleldir. Bu sebeple, ortaklığa avans olarak para veren ortağın, verdiği günden itibaren başlamak üzere faiz isteme hakkı vardır (TBK md 627/II). TBK md 627/II hükmün sadece şirket faaliyetine devam ederken uygulanabileceği, tasfiye halinde uygulanamayacağı savunulursa, faiz işletilmesinin alacaklı durumuna bağlı olması esas ile çelişik bir durum yaratılmış olur. Şirkete avans veren ortak tasfiyeden önce de sonra da aynı avans alacağının alacaklısıdır, alacağın niteliğinde ne ekonomik olarak ne de hukuken bir değişiklik olmaz.

#### **6- Ortakların katılım paylarının değeri ödenir (md 642)**

TBK md 642 adi ortaklığa katılım payı olarak getirilen şeyin, o şeyin mülkiyeti mi yoksa kullanım hakkı mı olduğuna göre bir ayırım yaparak tasfiye işlemini tespit etmektedir. Katılım payı eğer bir şeyin mülkiyeti ise, tasfiye sonunda o şeyin mülkiyeti ortağa tekrar devredilmez. O şeye ne değer biçilmişse, ortağa o değer para olarak ödenir. Eğer bir değer belirlenmemişse, o şeyin katılım payı olarak konduğu zamanki değeri üzerinden ortağa para ödemesi yapılır.

Hiç şüphesiz ki, katılım payı olarak mülkiyeti getirilen şeyin tasfiye anındaki değeri, biçilen değerden (TBK md 642/I) veya katılım payı olarak konduğu zamandaki değerden (TBK md 642/II) daha az veya daha çok satış gelirinin elde edilmesinin, TBK md 64 hükmünün uygulanmasına hukuki



etkisi olmaz.

Şirketin malvarlığının nasıl paraya çevriileceği ve usulü hakkında da TBK bir düzenleme içermemektedir. Kanaatimce burada da TTK md 294 vd hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Ortaklar oybirliği ile şirketin taşınır malvarlığının ya artırma yoluyla ya da pazarlıkla yapılmasına karar verebilirler. **Taşınmazların satımına da kanaatimce yine TTK md 294 f 1 son cümle kıyasen uygulanmalı ve İİK hükümleri uyarınca açık artırma yoluyla satışı yapılmalıdır.**

#### **7- Tasfiye artığı (tasfiyeden arta kalan) ortaklar arasında paylaşılır (md 643)**

Kanaatimce tasfiye görevlilerinin, alacaklıların ve ortakların ileride doğması muhtemel hak ve alacaklarına yetecek kadar tutarı alıkoyup, **mevcut parayı öncelikle geçici olarak ortaklar arasında dağıtmaları mümkündür (kıyasen TTK md 299)**. Geçici ödemelerden sonra ise TBK md 643 gereği son dağıtma gerçekleşir ve tasfiyeden arta kalan ortaklara sözleşmede belirtilen karar katılma oranına göre ortaklar arasında paylaşılır. Her ne kadar TBK md 643 tasfiyeden arta kalanının ortaklar arasında hangi oranda paylaşılacağını söylememişse de, tasfiye artığının aslında ortaklığın net karı olduğu düşünüldüğünde (krş TTK md 300), karı paylaşma oranına göre (TBK md 623) paylaşılması gerekir. TBK md 643/I hükmü de zaten tasfiyeden arta kalanı **“bu kazanç”** olarak nitelediğinden, **paylaşım oranı bakımından TBK md 623’e işaret etmiş olmaktadır.**

### **VII- ADİ ORTAKLIĞIN TASFİYESİNDE MAHKEMELERİN GÖREVİ**

**Adi ortaklığın tasfiyesinde TBK hükümlerine göre mahkemeler sadece üç yerde görevlidir.** Bunlardan birincisi, TBK md 639 yedinci bend’teki haklı sebeplerin bulunması halinde istem üzerine şirketin feshe karar vermek. İkincisi, ortakların sona eren şirketin tasfiye işlerini yapmak üzere tasfiye görevlisi atanması konusunda karar alamamaları halinde, istem üzerine tasfiye görevlisi atanmasına karar vermek, TBK md 644/II. Üçüncüsü ise, tasfiye görevlisi ile ortaklar arasında çıkacak uyuşmazlık, tasfiye usulü ve tasfiye sonucunda ortaklara dağıtılacak paya ilişkin uyuşmazlıklar hakkında karar vermek, TBK md 644/IV.

O halde yukarıdaki hükümler incelendiğinde, adi ortaklığın tasfiyesinde artık mahkemelerin yargılama yapma ve uyuşmazlık hakkında karar vermekten başka bir görevleri bulunmamaktadır. Mahkemelerin tasfiyeyi bizzat atayacakları bir tasfiye görevlisi aracılığıyla veya denetimlerinde yapmaları hukuken mümkün bulunmadığı gibi, kamu düzenine de aykırı-

rılık oluşturur. Keza “görev” kamu düzenine ilişkin olduğundan<sup>14</sup>, mahkemelerin tasfiye görevlisi atayarak tasfiyeyi kendi denetimlerinde tasfiye görevlisine yaptırılmaları, kamu düzenine aykırılık oluşturur.

Tasfiye işlerinin neler olduğunu özellikle TTK md 267 vd hükümleri düzenlemektedir. Bu tasfiye işlemlerinden hiç birisi yargılama faaliyeti olmadığından, yasada olmadığı halde mahkemelerin gelir elde etme ve aralarında paylaşma amacıyla kurulan bir ortaklığın tasfiyesiyle görevlendirilmeleri Anayasa md 142 hükmüne de aykırılık teşkil eder. Keza **Anayasa md 142 mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. HMK md 1 hükmü de, mahkemelerin görevinin, ancak kanunla düzenleneceğini, göreve ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğunu belirtmektedir.** Bizim bildiğimiz hiç bir kanunda adi ortaklığın tasfiyesi işlerinin mahkemelerin görevi olduğuna ilişkin hüküm bulunmaktadır. Hatta, mahkemelerin adi ortaklığın tasfiyesinde görevli oldukları sonucuna varılacak yorumu gerektiren hüküm de yoktur.

**Buna karşılık örneğin paylı mülkiyetin giderilmesinde kanun açıkça mahkemeleri tasfiye işlerini yerine getirmekle görevlendirmiştir:**

*Türk Medeni Kanunu Madde 699- “Paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırımla satılarak bedelinin bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir.*

*Paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine **hâkim**, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir.*

*Bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, açık artırımla satışa hükmolünür. Satışın paydaşlar arasında artırımla yapılmasına karar verilmesi, bütün paydaşların rızasına bağlıdır. “*

Aynı şekilde **kanun terekenin resmi tasfiyesinde de mahkemeleri görevlendirmiş ve tasfiyenin mahkeme gözetim ve denetimi altında tasfiye memuru tarafından yapılabileceğini açıkça hükme bağlamıştır:**

*Türk Medeni Kanunu madde 634- “Resmî tasfiye, **sulh mahkemesince veya atayacağı bir ya da birkaç tasfiye memuru tarafından yapılır.***

*Resmî tasfiyeye terekenin defterinin düzenlenmesiyle başlanır ve aynı zamanda yapılacak ilânla mirasbırakanın alacaklılarından ve borçlularından, belirtilen süre içinde alacaklarını ve borçlarını bildirmeleri istenir.*

<sup>14</sup> HMK md 1, “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.”



Terekenin daha önce resmî defteri düzenlenmiş ise resmî tasfiye bu deftere göre yapılır.

**Tasfiye memuru, göreviyle ilgili işlerini sulh mahkemesinin gözetim ve denetimi altında yürütür.** Mirasçılar ve tereke alacaklıları, sulh mahkemesine, tasfiye memuru tarafından yapılan veya tasarlanan işlemlerden dolayı bunu öğrendikleri tarihten başlayarak yedi gün içinde yazılı olarak şikâyette bulunabilirler. “

Adi ortaklığın tasfiyesinde ise mahkemelerin görevli olduğuna dair hiçbir hüküm yoktur. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olduğundan yorum yoluyla dahi mahkemelere adi ortaklığın tasfiyesi işlerini yapma görevi verilemez. Bu tespite ve eski BK’da olmayan yeni TBK md 644/II-IV hükümleri ile mevzuatımıza giren, adi ortaklığın tasfiye işlerinin “tasfiye görevlisi” tarafında yapılacağına ilişkin hükme rağmen TBK md 644/II-IV hükümleri değerlendirilmeden, eski uygulamanın devam edeceği, adi ortaklığın feshine karar veren mahkemenin tasfiyeyi de gerçekleştireceği yönündeki karar isabetli değildir<sup>15</sup>.

Eski 818 sayılı BK zamanında Yargıtay’ımızın yerleşik uygulaması, adi ortaklığın haklı sebeplerle feshi davası açılmışsa, mahkemenin ortaklığın feshine karar vermesi halinde, tasfiyenin de bizzat mahkeme veya denetiminde bir tasfiye memuru aracılığıyla yapılması yönündeydi; “**adi ortaklığın mahkemece bizzat tasfiyesinin yaptırılması gerekir.**”<sup>16</sup>

Kanaatimce yeni TBK md 644/II ve IV üncü fıkraları karşısında, ki bu hükümler eski BK’da yoktur, adi ortaklığın tasfiyesi işlerinin mahkemelerce veya mahkemelerin denetiminde atayacakları bir tasfiye memuru aracılığıyla yapılması uygulamasına son verilmesi doğru olacaktır.

Hemen belirtelim ki, aslında Yargıtay’ımıza göre de, eski “BK’nın 538<sup>17</sup>. maddesinde belirtildiği gibi tasfiye, bütün hesapların görülüp ortaklığın aktif ve pasif bütün malvarlığının belirlenip ortakların birbirleri ile alacak

15 bkn Yargıtay 3. HD, 29.04.2014 tarih, 2014/2569 E 2014/6532 K.

16 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2009/4130 E.N , 2009/9578 K.N. Aynı yönde bir çok Yargıtay kararı yerine bkn Yargıtay 13. HD 12.4.2010, E. 2009/14978, K. 2010/4911: “Taraflar tasfiye konusunda anlaşamadıkları takdirde, mahkeme tayin edeceği tasfiye memuru marifetiyle tespit edilen ortaklık mallarının mevcut olanların satılmasına şayet bu mallar mevcut değilse değerleri bilirkişi marifetiyle belirlenip, elde edilen gelirden veya malların belirlenen değerlerinden öncelikle ortaklığın borçları ödendikten sonra kalan kısmın taraflar arasında paylaşılmasına karar verilmelidir. Mahkemece aksine düşüncelerle ve eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

17 Eski BK md 538’in karşılığı yeni TBK md 642’dir: “Katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini koyan ortak, ortaklığın sona ermesi üzerine yapılacak tasfiye sonucunda, o şeyi olduğu gibi geri alamaz; ancak koyduğu katılım payına ne değer biçilmişse, o değeri isteyebilir. Bu değer belirlenmemişse, geri alma, o şeyin katılım payı olarak konduğu zamandaki değeri üzerinden yapılır.”



verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır.”<sup>18</sup> Yine bir başka kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı yönde tespit yapmıştır: “BK.nun 538.maddesinde belirtildiği gibi tasfiye, bütün hesapların görülüp, ortaklığın aktif ve pasif bütün malvarlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak edecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır.”<sup>19</sup> Görüldüğü gibi Yargıtay’ımızın tespit ettiği hiçbir tasfiye işlemi yargılama faaliyeti değildir, ekonomik bir faaliyettir. Tasfiye kavramının zaten bir çok batı dilindeki karşılığı olan “Liquidation” nakde çevirme, paraya çevirme anlamına gelir. Ancak Yargıtay aynı ve bir çok başka kararında, “Adi ortaklığın fesih ve tasfiyesi için öncelikle adi ortaklığın malvarlığının tespiti gerekir. Bu malvarlığı tespit edildikten sonra az yukarıda izah edilen şekilde tarafların anlaşamamaları üzerine fesih ve tasfiyenin mahkemece yapılması gerekir. Fesih ve tasfiye ileride atanacak tasfiye memuru eliyle yapılmasına karar verilemez” diyerek, adi ortaklığın tasfiyesinin mahkeme tarafından yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bir başka ifade ile Yargıtay’a göre, adi ortaklığın feshine karar veren mahkemenin ortaklığın tasfiyesini de kendisinin yapması gerekmektedir.

### VIII- SONUÇ

Yürürlükten kalkan 818 sayılı BK, adi şirketin tasfiyesinin ortaklar tarafından yapılması konusunda uyuşmazlık çıkması halinde, tasfiyesinin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir hüküm içermemekteydi. Yargıtay’ımızın yerleşik uygulamasında, mahkeme şirketin feshine karar verirse, adi şirketin tasfiyesinin de bizzat mahkeme tarafından yapılması yönündeydi. Oysa tasfiye bir yargılama faaliyeti olmaktan öte, hem ekonomik bir faaliyet olması hem de mahkemelerin adi ortaklığın tasfiyesi ile görevli olduklarına ilişkin bir yasal hüküm bulunmaması nedeniyle, Yargıtay’ımızın bu yerleşik uygulaması hem Anayasa md 142 hükmüne hem de yürürlükten kalkan HUMK md 1 hükmüne aykırılık oluşturmaktaydı. Keza BK hiçbir yerde, adi ortaklığın feshine karar veren mahkemenin tasfiyeyle de görevli olduğuna ilişkin hüküm içermemekteydi.

Yeni 6098 sayılı TBK md 644/II-IV hükümleri hukuk sistemimize yeni

18 Yargıtay 13. HD, 03.02.2011 tarih, E 2010/5661 K 2010/1578 = Yargıtay Kararları Dergisi (Ağustos 2011), sh 80.

19 HGK 30.11.2011, E. 2011/13534 K. 2011/724; benzer yönde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2009/4130 E.N, 2009/9578 K.N.: “BK’nın 538. maddesinde belirtildiği gibi tasfiye, bütün hesapların görülüp ortaklığın aktif ve pasif bütün mal varlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak edecek ve ortaklıktan dolayı olan ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır.”



girmiş ve adi ortaklığın tasfiyesinin artık sadece “tasfiye görevlileri” tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır. Ortakların tasfiye görevlisinin atanmasında anlaşamamaları halinde ise, istem üzerine tasfiye görevlisini mahkeme atar. Mahkemenin görevi, ister ortaklığın feshine karar vermiş olsun isterse sadece tasfiye görevlisinin atanmasına karar versin, tasfiye görevlisini atamakla biter. Mahkemenin adi ortaklığın tasfiyesini de yapmakla görevli kabul edilmesi, mahkemelerin görevlerinin ancak kanunla düzenlenebileceği Anayasa md 142 hükmüne ve HMK md 1 hükmüne aykırılık teşkil eder. Kanunkoyucu mahkemeleri bir ortaklığın tasfiyesiyle görevlendirilmelerini istediği yerde, örneğin paylı mülkiyetin tasfiyesinde TMK 699 ve mirasın resmi tasfiyesinde TMK md 634 düzenlemelerinde olduğu gibi, bunu açıkça belirtmektedir. Göreve ilişkin hükümlerin yorum yoluyla genişletilerek veya kıyas yoluyla adi ortaklığın tasfiyesinde de uygulanması ve mahkemelerin görevli sayılması TBK md 644/II-IV hükümlerine olduğu gibi HMK md 1 ve Anayasa md 142 hükümlerine de aykırılık oluşturur hale gelmiştir. Usul ekonomisi gerekçesi de kamu düzeninden olan görevle ilgi genişletilme yapılmasını haklı gösteremez. Tasfiye işlerinin yargılama faaliyeti olmaktan öte ekonomik bir faaliyet olmaları, malvarlığını nakte çevirme anlamına geldiği de dikkate alındığında, mahkemelerin açıkça kanunen görevlendirilmedikçe malvarlığının nakte çevrilmesi işlemlerini yapmakla görevlendirilmelerinin, görevin kavramına aykırı olacağı düşüncesindeyim.