

## ADİ ORTAKLIKTA "HAKLI SEBEPLE İHRAÇ" MÜMKÜN MÜDÜR?

Yard. Doç. Dr. Halil AKKANAT\*

### I. İncelenmesi Söz Konusu Olan Hukukî Sorun

Adi ortaklığa ilişkin temel kuralların yer aldığı BK m. 520-541 hükümleri, bu ortaklık türünde, ortaklardan bir kısmının kendi aralarında bir karar almak suretiyle bir veya birden fazla ortağı ortaklık ilişkisinin dışına çıkarma ve kalan ortaklarla bu ilişkiyi devam ettirme imkânına sahip olup olmadıkları hususunda herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Sadece BK m. 535/II hükmünde, haklı bir sebebin bulunması halinde her ortağa, ortaklığın feshini talep etme yetkisi tanınmıştır.

Bu hukukî duruma rağmen, ortaklığın feshi için ortaya konulan haklı sebebin, ortaklardan birisinin şahsında yoğunlaştığı durumlarda, şahsında haklı sebep gerçekleşmiş bulunan ortağın ortaklıktan çıkarılması ve böylece ortaklığın diğer ortaklarca devamının sağlanması imkânının bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya olumlu cevap verilmesi ihtimalinde ortaya çıkabilecek ikinci soru veya sorun ise "*haklı sebeple çıkarmaya kimin karar vereceği*" noktasında ortaya çıkacaktır. Acaba diğer ortaklar kendi aralarında bu kararı

---

\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Bu çalışmanın esasını Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu ve Doç. Dr. Abuzer Kendigelen ile birlikte hazırlamış olduğumuz "hukukî mütalaa" teşkil etmektedir. Çalışmanın, bu şekilde aleniye kavuşturulması hususundaki destekleri sebebiyle kendilerine teşekkürü bir borç bilirim.

alıp uygulama imkânına sahip midirler; yoksa bu neticeyi elde edebilmek için hakim kararı mı gereklidir?

## II. Genel Olarak Ortaklıktan İhraç ve Adî Ortaklığa İlişkin Yasal Düzenleme

**a)** Bilindiği üzere ihraç veya çıkarma, devam etmekte olan bir ortaklıktaki ortaklık sıfatının, çıkarılan ortağın iradesine başvurulması gereği duyulmaksızın sona erdirilmesini ifade eder. Çıkarmanın söz konusu olduğu durumlarda ortaklık ilişkisi, çıkarılan ortak dışındaki ortaklar arasında devam edecektir.

Ancak özellikle ortakların kişiliklerinin ön plana çıktığı şahıs ortaklıkları açısından, doktrinde “ortakların birbirlerine değişmez bir şekilde bağlı olması” ilkesinin hâkim olduğundan söz edilmekte ve kanun koyucuların da şahıs ortaklıklarını bu ilkeyi esas alarak düzenlediği belirtilmektedir<sup>1</sup>. Bu ilkenin bir gereği ve sonucu olarak şahıs ortaklıklarında ortaklar birbirlerinden, kural olarak ancak aralarındaki ortaklık ilişkisini bütünüyle ortadan kaldırmak suretiyle ayrılma imkânına sahip olacaklardır.

**b)** Kural bu olmakla birlikte kanun koyucu, ortaklığın ve onun (muhtemel) işletmesinin devam etmesindeki menfaati gözönünde bulundurarak, bazı şahıs ortaklıkları bakımından, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesine gerekçe teşkil eden sebebin ortaklardan sadece birisinin şahsında yoğunlaştığı durumlar bakımından, söz konusu kurala istisna getirme ihtiyacı duymuştur<sup>2</sup>. Nitekim böyle bir istisnai düzenleme, TK m. 197 hükmü ile kolektif ortaklıklar bakımından hukukumuzda da öngörülmüş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin öngörülmesinde, Türk hukuku bakımından adî ortaklığın aksine, kolektif or-

1) B. Hartmann: Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Auflage, Köln 1983, sh. 3; P. Bergsma: Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Frankfurt am Main 1990, sh. 87.

2) F. Funk: Kommentar des Obligationenrechts, Bd. II/1, Aarau 1951, Art. 577 N. 1; W. von Steiger: Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Personengesellschaften, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel-Stuttgart 1976, sh. 558, 569; Bergsma, sh. 87.

taklığa tüzel kişilik tanınmasının da ayrı bir rolü bulunduğu şüphesizdir.

Bu hükmün incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmak kaydı ile<sup>3</sup>, bir ortağın şahsına ilişkin sebeplerle ortaklığın feshinin talep edilebileceği hallerde, diğer ortakların çoğunlukla alacağı bir karar ile, şahsında haklı sebep gerçekleşmiş bulunan ortak, ortaklıktan çıkarılabilmektedir<sup>4</sup>. Anılan hüküm TK m. 267'nin yaptığı yollama nede-

3) Belirtelim ki kanunun bu ifade tarzından hareketle, haklı sebeple ortaklıktan çıkarmaya karar verilebilmesi için, şirket sözleşmesinde bu yönde bir hükmün yer almasının zorunlu olduğu anlamı çıkartılabilir. Nitekim Yargıtay da başlangıçta bu görüşü benimsemiş ve sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde haklı sebeplerle dahi kollektif şirket ortağının, şirketten çıkartılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır: *"TTK.nun 197.md.si hükmünden açıkça anlaşılan mana, bir ortağın şahsına ilişkin sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği hallerde, ortağın çıkarılmasının ancak sözleşmede bu konuda hüküm bulunması halinde mümkün olabileceğidir. Şu halde, sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde ortağın ortaklıktan çıkarılması söz konusu olamaz. Bu takdirde 185. md.nin atıfta bulunduğu Borçlar Kanununun 535. ve 536. maddeleri uyarınca şirketin feshi istenebilir"* (Karar için bkz. Bati-der, C. II, S. 2, sh. 310).

Ancak Yargıtayın bu tutumu Türk doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve bir ortağın kollektif şirketten haklı nedenle ihracı için sözleşmede açık bir hüküm bulunmasına gerek olmadığı görüşü dile getirilmiş; giderek Yargıtay da başlangıçtaki olumsuz tutumunu değiştirerek, TK'nın düzenlemesine uygun bir şekilde çıkarma hakkının sözleşmede bu yolda bir hüküm aranmaksızın diğer ortaklara ait olduğu görüşünü benimsemiştir [sorun ve konu ile ilgili kararlar hakkında bkz. E. Çamoğlu (R. Poroy/Ü. Tekinalp): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul 2003, sh. 188 N. 309].

Bu açıdan TK 197'de yer alan *"sözleşmede hüküm bulunması kaydı"* ihraç imkanına yönelik olmayıp, ihraç kararının nisabına ilişkindir ve sözleşmede hüküm bulunduğu takdirde ihraç kararının oybirliği ile değil, çoğunlukla da alınabileceğini vurgulamaktadır.

4) Aynı yönde istisnai bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) 577 hükmünde de yer almaktadır. Yalnız bu düzenleme, özellikle iki açıdan TK 197 hükmünden farklıdır. Gerçekten İBK 577'de, haklı sebep bünyesinde gerçekleşen ortağın şirketten ihraç edilebilmesi açısından, bu hususun diğer bütün ortaklar tarafından talep edilmesi şart olarak aranmış ve ayrıca ihraç konusunda sadece mahkeme tarafından bir karar verilebileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

niyle yine bir şahıs şirketi olan adî komandit ortaklıklar hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

**c)** Ne var ki istisnai nitelik taşıyan TK m. 197 hükmü dışında, hukukumuzda<sup>5</sup>, şahıs ortaklıklarında bir ortağın hangi sebeple olursa olsun ortaklıktan çıkarılması ve çıkarılan ortağın iştiraki ile kurulmuş ortaklığın diğer ortaklar arasında devamı imkânını veren başka bir kanunî düzenleme mevcut değildir.

Bu anlamda kanun koyucu adî ortaklığa ilişkin kuralları düzenlerken, şahıs ortaklıklarına ilişkin temel prensipten ayrılma lüzumu hissetmemiş ve bu sebeple ortaklardan birisinin ortaklık sıfatının, diğer ortakların kendi aralarında alacağı bir karar ile sona erdirilmesine imkân veren herhangi bir özel düzenlemeye yer vermemiştir. Şu halde adî ortaklığa ilişkin kuralları düzenlemekte olan ve haklı nedenle fesih dışında bir imkanı öngörmeyen BK m. 520 - 541 hükümlerinden hareketle, “*Bir adî ortaklıkta haklı sebeple ortaklıktan ihraç mümkün müdür?*” sorusuna olumlu bir cevap verilebilmesi olanaksızdır.

### **III. Haklı Sebeple İhraç Konusunda Kanun Boşluğu Sorunu**

Haklı sebeple ihraç sorununun açıklığa kavuşturul-

5) Bu arada ifade edilmelidir ki, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun değiştirilmesi (4776 sayılı ve 02.05.2001 tarihli kanun) suretiyle hukukumuzda dahil edilmiş bulunan avukatlık ortaklığı (AvK m. 44/B) da bir şahıs ortaklığı olmasına rağmen, orada da ortaklıktan ihraç imkânı verilmiştir. Avukatlık ortaklığını düzenleyen AvK m. 44/B hükmü, avukatlık ortaklığının tüzel kişiliğe sahip olduğunu açıkça hükme bağlamış ve ayrıca ortaklar arası ilişkiler kapsamında, ortaklıktan çıkma ve çıkarılmanın da Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesini öngörmüştür. Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan “*Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği*”nin (bkz. RG 25.11.2001/24594) 26. maddesi bu yönde bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm bir ortağın, ortaklar kurulunun 3/4 çoğunluk ile alacağı bir karar üzerine avukatlık ortaklığından çıkarılmasına imkân vermektedir. Anılan yönetmelik bütünüyle incelendiğinde, yönetmeliğin 12. maddesinin Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesinin zorunlu içeriğini düzenlemekte olduğu ve “ortaklıktan çıkarılma” hususunun da ana sözleşmenin zorunlu içeriğinden kabul edildiği (m. 12/m) görülecektir.

ması bakımından, Borçlar Kanunu'nun bu imkânı öngören özel bir düzenleme içermediğinin tespit edilmesi, inceleme konusu sorunun çözüme kavuşturulması bakımından yeterli değildir. Burada ayrıca "ihraç ile ilgili açık bir düzenleme içermeyen Borçlar Kanununda, bu hususa ilişkin bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı" sorunu üzerinde de durulması zorunludur.

a) Bilindiği üzere kanun boşluğu "kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmaması" olarak tanımlanır<sup>6</sup>.

Bu kısa tanım dikkate alınacak olur ise kanun boşluğundan söz edilebilmesi için, ortada hukuk düzeni tarafından çözüme bağlanması gereken bir sorun mevcut olmasına rağmen, bu sorunun çözümünde istifade edilebilecek herhangi bir kanun hükmünün bulunmamasının şart olduğu anlaşılacaktır.

Yalnız kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığı sonucuna ulaşabilmek için, bir olayın, sadece düz anlam itibarıyla hiçbir kanun hükmü kapsamına girmemesi yetmez; bu olayın, zıt anlamı itibarıyla de herhangi bir kanun hükmünün kapsamına girmemesi gerekir<sup>7</sup>. Bir başka ifade ile, kanun koyucu bir hüküm koyarken, hükmün düz anlamı dışında kalan unsurları kanunun himayesi dışında bırakmışsa, düz anlamın dışında kalan unsurlar için kanun boşluğu bulunduğundan söz edilemez<sup>8</sup>. Bu gibi durumlarda "bir olayın düzenlenmesinin kasden ihmal edilmesi" söz konusu olduğundan, kanun koyucunun düzenlemediği hususta menfi (olumsuz) çözümleri benimsediği ve bir kanun boşluğundan söz edilemeyeceği ifade ve kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

6) M. K. Oğuzman/N. Barlas: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003, sh. 65.

7) Oğuzman/Barlas, sh. 66.

8) P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995, sh. 40-41; Oğuzman/Barlas, sh. 66.

9) Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 41; A. Ataay: Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980, sh. 232.

O halde bir hususta kanun boşluğu bulunduğundan söz edilebilmesi için, çözüme kavuşturulması gereken hukukî sorun ile ilgili olarak, kanun hükümlerinin hem düz anlam itibariyle ve hem de zıt anlam itibariyle somut ihtilafa bir çözüm getirmemiş olması aranacaktır.

**b)** Yukarıda da ifade edildiği üzere, adî ortaklığa ilişkin temel kuralları düzenlemiş bulunan Borçlar Kanunu “*ihraç*” meselesi ile ilgili herhangi bir düzenleme içermektedir. Borçlar Kanununun bu hususta herhangi bir düzenleme içermemesinden hareket eden bazı yazarlar, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmektedirler<sup>10</sup>.

Derhal ifade edilmelidir ki bu yaklaşım tarzı, öncelikle Borçlar Kanununun sistemine aykırıdır. Şöyle ki:

**aa)** Bir kere BK m. 520 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere adî ortaklık, bütün ortakların dahil olduğu bir sözleşme ile kurulmaktadır. Adî ortaklığı kuran bu sözleşmenin oluştuğunun kabul edilebilmesi, ortaklığa dahil bulunan bütün ortakların iradesinin birleşmesini şart kılar. Böylece ortaklık ilişkisi, bu hususta iradesini açıklamış ve karşılıklı olarak birbirleri ile ortaklık ilişkisi tesis etmeyi kabul etmiş bulunan şahıslar arasında kurulmuş olur.

Gerçekten ortaklık ilişkisine katılan kişilerin “*müşterek bir amaç*” etrafında toplanmaları adî ortaklığın temel ve vazgeçilmez unsuru niteliği taşır. Bir hukuksal ilişkinin adî ortaklık olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede, ortaklığın amacı olarak belirlenen nihai hedefin, bütün ortaklar bakımından “*müşterek*” olması şarttır<sup>11</sup>. Müşterek bir amacın varlığından söz edilebilmesi için ise, herbir

10) Bu görüş için bkz. Y. Karayalçın: Ticaret Hukuku Dersleri – Şirketler Hukuku, A. Giriş – Adî Şirket – Ticaret Şirketleri, 2. Baskı, Ankara 1973, sh. 152-153; H. Domaniç: Adî – Kolektif ve Komandit Şirketler, Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1988, sh. 104; E. Çamoğlu: Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, İstanbul 1976, sh. 75 - 77.

11) Bu hususta bkz. N. Barlas: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, sh. 19 vd.

ortağın ortaklığın amacını, diğer tüm ortaklarla paylaştığı kendi amacı imiş gibi görmesi ve müşterek amacın izlenmesini, kendî şahsi amacına ulaşma yolunda bir araç olarak kabul etmesi gerekir<sup>12</sup>. Bu bakımdan, ortaklardan birisinin şahsi amacının diğer ortaklarca gerçekleştirilmesine yönelik olarak oluşturulan birleşmeler bu anlamda ortaklık ilişkisi olarak kabul edilemeyeceği gibi<sup>13</sup>, amacın sadece ortakların bir kısmı yönünden müşterek olması da yeterli değildir. Bu sebeple adî ortaklık sözleşmesinin kurulmuş kabul edilebilmesi, ortaklığa dahil olmayı isteyen bütün ortakların iradelerini, müşterek amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak açıklamaları şartına bağlıdır. Her bir ortak tarafından açıklanması söz konusu olan irade, hem müşterek amaç etrafında bir ortaklık kurmaya ve hem de bu şahıslarla birlikte ortaklık oluşturmaya yönelmiştir. Her bir ortağın iradesi, diğerinin varlığı ile kaimdir. Adî ortaklık sözleşmesini alelade bir borçlar hukuku sözleşmesi olmaktan çıkarıp, diğer sözleşme tipleri arasında özellikli bir konuma yükselten husus da buradadır. Ortakların iradesi açıklanıp, müşterek amaç etrafında birleştikten sonra hukuk alanında sonuçlarını doğurur.

Bu durum her ortağın, ortaklığın bütün işleri açısından bir anlamda veto yetkisine sahip olması neticesini de doğurur<sup>14</sup> ve mesela diğer ortakların bütününe ortaklığa yeni bir kişiyi dahil etmek isteseler dahi, ortaklardan sadece birisinin buna rıza göstermemesi, istenen neticenin elde edilmesine engel oluşturur. Nitekim BK m. 532 hükmünde "Şeriklerden hiçbiri diğerinin rızası olmadıkça şirkete üçüncü şahsı alamaz" ifadelerine yer vermek suretiyle, kanun koyucu da iradesinin bu yönde olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu durumda, ortaklığa yeni bir kişi dahil etmek isteyen diğer ortak veya ortaklar, olsa olsa ortaklığa dahil etmek istedikleri şahıs ile yeni ve başka bir ortaklık kurabileceklerdir.

12) K. Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1981, sh. 372.

13) Larenz, sh. 372; Barlas, sh. 20.

14) H. Bollmann: Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Zürich 1971, sh. 22.

**bb)** Adî ortaklığın kurulması ve ortaklığa yeni bir kişinin dahil edilmesi ile ilgili olarak ortaya konulan gerekçeler, aynı şekilde bir ortağın ortaklıktan çıkarılması için de geçerlidir. Bir adî ortaklık nasıl sözleşme ile kurulabiliyor ise, ortadan kalkması için de, yine onun kuruluşuna vesile olan sözleşmenin sona erdirilmesi zorunludur. Yani ortaklık sözleşmesi varlığını devam ettirdiği sürece, adî ortaklık da var olmaya devam edecektir. Bu durumu her bir ortak için ifade etmek gerekir ise her bir ortak, “*ortak*” sıfatını diğer ortaklar ile arasındaki ortaklık sözleşmesi varlığını devam ettirdiği sürece muhafaza edecektir. Bu duruma göre bir ortak için ortaklık ilişkisinin ortadan kalkması da, diğer ortakların tamamı ile kendisi arasında mevcut olan ortaklık sözleşmesinin sona erdirilmesi şartına bağlı olacaktır. Bu ise ortaklıktan çıkmak isteyen bir ortağın, diğer ortak veya ortaklarla arasındaki ortaklık sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda onlarla mutabakat sağlamasını zorunlu kılacaktır.

cc) Hem ortaklığa yeni birisinin alınması ve hem de ortaklıktan birisinin çıkarılması için bütün ortakların muvafakatinin aranıyor olması, adî ortaklığa “*oybirliği ilkesi*”nin hâkim bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zaten bu husus BK m. 524 hükmünde “*Şirketin kararları bütün şeriklerin ittifakiyle ittihaz olunur*” denilmek suretiyle bizzat kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur.

Adi ortaklığa oybirliği ilkesinin hakim bulunması, bu ortaklığın aynı zamanda bir şahıs ortaklığı olmasının da bir gereği ve sonucudur. Sermaye ortaklıklarında ortakların yükümlülüğü ortaklığa sermaye koymaktan ibaret iken, şahıs ortaklıklarında her bir ortak kendi kişiliğini ortaya koyar. Her bir ortak, ortaklık ilişkisine dahil olup olmamaya, diğer ortakların kişiliğini dikkate alarak karar verir ve her bir ortak, ortaklık yapacağı kişiyi “*kişiliğine ilişkin bütün hususları dikkate alarak*” seçer. Her bir ortak, ortaklığa tahsis edeceği emek/sermayesini, kim veya kimlerle paylaşacağını bilmek ve bu husustaki kararını ona göre vermek ister. Bu durum sadece yeni bir ortaklık



kurulması ya da ortaklığa yeni bir kimsenin alınması bakımından değil; aynı şekilde bir ortağın ortaklıktan çık-mak/çıkarılmak istenmesi ihtimali için de geçerlidir<sup>15</sup>.

Adi ortaklıkta ortakların kişisel varlığının ne kadar büyük bir öneme sahip bulunduğu kanun koyucu tarafından da kabul edilmiş ve BK m. 535/b.1 hükmünde, aksine sözleşme yapılmadığı takdirde, ortaklardan birisinin ölümünün ortaklığın sona ermesine yol açacağı ifade edilmiştir. Bu anlamda adî ortaklık açısından her bir ortak "ikame edilemez" niteliktedir.

**dd)** Borçlar Kanununda, adî ortaklığa ilişkin düzenlemelere bu yaklaşım tarzının hâkim olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamasına rağmen, aynı zamanda "ortaklardan birisinin ortaklıktan ihracını düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmediği" de bir gerçektir. Zaten, bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğunu iddia eden yazarların tek dayanağı da bu fiilî durumdur.

Bu fiilî durumdan hareketle kanun boşluğu bulunduğunu ifade eden yazarlar, varlığını kabul ettikleri kanun boşluğunun doldurulması ile ilgili olarak da şu görüşü savunmaktadırlar:

*"Menfaatler durumu, ortaklar arası ilişkiler açısından kollektif ortaklıktan pek farklı olmayan adî ortaklıkta ise TK. 197. maddeye benzer bir hüküm konulmamış olması, yasada bu hususta gerçek bir boşluğun bulunduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Kanımca yargıç bu boşluğu yasanın ruhuna uygun olarak diğer ortaklara ortağı haklı sebeple çıkarma hakkı tanımak suretiyle doldurmalıdır. Kollektif ortaklığa ilişkin TK. 197. madde, bu boşluğun doldurulması konusunda örneksime yolu ile uygulanabilir..."*<sup>16</sup>.

Ne var ki kanunda yer alan bir hükmün, düzenlemiş bulunduğu alandan başka bir alanda kıyasen uygulanabilmesi için, her şeyden önce söz konusu alanda bir kanun boşluğunun bulunması şarttır. Kanun boşluğu bu-

15) Daha ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Bollmann, sh. 23.

16) Çamoğlu, sh. 75-77; ayrıca bkz. Domaniç, sh. 104. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde A. Siegwart: Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Art. 530-619, Zürich 1938, Art. 547, sh. 206-207 N. 39.

lunmadan, bir hükümden kendi düzenleme alanı dışında, kıyasen dahi olsa istifade edilmesi imkânı yoktur.

Borçlar Kanununun bu hususta bir boşluk içerdiği düşüncesinde olan yazarlar, sadece “*adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmanın açıkça düzenlenmemiş olması*”nı yeterli görmekte; burada bir kanun boşluğu bulunduğu sonucunu kabul ederken başka bir gerekçe ortaya koyma lüzumu hissetmemektedirler. Oysa sadece kanunda açık bir hükmün bulunmaması, tek başına o hususta kanun boşluğu bulunduğunun kabulü bakımından yeterli bir gerekçe değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere kanun koyucu, hukuken düzenlenmesi gerektiğine inanılan bir konuda herhangi bir düzenlemeye yer vermeyerek, bu meseleyi olumsuz bir şekilde de çözüme bağlamayı amaçlamış olabilir. Bu hususun açıklığa kavuşturulması bakımından gereğinde ilgili kanunun hazırlanması aşamasında yaşanan gelişmelerin neler olduğu, meclis tutanakları ve hüküm gerekçelerinde bu konuda herhangi bir açıklığın bulunup bulunmadığının araştırılması isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Gerçekten Türk hukuku bakımından yorum yapılırken, gereğinde mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunundan da yararlanılabileceği 28.11.1945 tarih ve 13/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında aynen

*“... Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi gözönünde tutmakla beraber, yorumlarda ilmî içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçmeyiz. ...”*

ifadeleri ile açıkça kabul edildiği gibi<sup>17</sup>, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu açısından kanunun ruhu, kanun koyucunun amacı araştırılırken İsviçre Kanunu metninin yanı sıra hazırlık çalışmalarından da yararlanılmasının bir zorunluluk olduğu tartışmasızdır<sup>18</sup>.

İşte İsviçre Medeni Kanunu ile birlikte tercüme edilmek suretiyle hukuk sistemimizin bir parçası haline getirilmiş

17) Karar metni için bkz. RG 27.07.1946 / 6365.

18) Oğuzman/Barlas, sh. 55.

bulunulan Borçlar Kanunumuzun İsviçre kanun koyucusu tarafından kabulü aşamasında yaşanmış bulunulan gelişmeler de, bu hususta herhangi bir kanun boşluğu bulunmadığını, tam aksine kanun koyucunun BK'da "*ortaklıktan ihraç*" ile ilgili herhangi bir düzenlemeye bilinçli bir şekilde yer vermediğini ve böylelikle sorunu olumsuz bir şekilde çözüme kavuşturmak istediğini açıkça ortaya koymaktadır. Şöyle ki:

Borçlar Kanununun İsviçre kanun koyucusu tarafından kabulü aşamasında ilgili komisyonun 1869, 1872 ve 1879 tarihli teklifleri incelendiğinde, bu tekliflerin kolektif ortaklıklara benzer bir şekilde "*adi ortaklıktan ihraç*" imkânı veren bir hüküm içerdikleri görülecektir. Fakat bu teklif, kanunlaştırma esnasında metinden özellikle çıkarılmıştır<sup>19</sup>. Adî ortaklığa ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri 1881 yılından beri aynı şekilde yürürlüktedir. Bizim hukuk sistemimize de bu şekilde dahil olmuştur.

İsviçre Borçlar Kanununun adî ortaklığa ilişkin hükümlerinin hazırlık aşamasında yaşanan bu gelişmeler, kanun koyucunun "*ortaklıktan ihraç*" imkânı veren bir düzenlemeye yer vermeyerek, düzenlediği hususlar dışında kalan meseleleri kanun himayesine layık görmediğini, bu hususlarda menfi çözümü benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de önüne gelen bir olayda doğrudan bu sorunu incelemiş, kanunun hazırlık çalışmalarında yaşanan gelişmeleri dikkatle ortaya koyduktan sonra, burada herhangi bir kanun boşluğundan söz edilmesi imkânı bulunmadığını, Borçlar Kanununda "*ortaklıktan ihraç*" ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesinin, kanun koyucunun bu hususu olumsuz bir şekilde çözüme kavuşturma isteğinin bir sonucu olduğunu açıkça ifade ve kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre, zaten kolektif ortaklıklar bakımından "*haklı sebeple çıkarmayı*" düzenleyen (İBK Art. 577) bir kanun koyucunun, aynı nitelikte bir düzenlemeye adî ortaklıklar

19) Bu tespitler için bkz. Bollmann, sh. 25.

bakımından yer vermemiş olmasını başka türlü izah etme imkânı da yoktur<sup>20</sup>. İsviçre Federal Mahkemesinin bu çözümlü İsviçre doktrininde de çok büyük bir çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Her ne kadar İBK 577 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle adi ortaklıkta da haklı sebeple çıkarma imkânı verilmesi gerektiğini İsviçre Hukuku bakımından savunan yazarlar, bu imkânın bütün adi ortaklık tipleri için değil, bazı adi ortaklık tipleri için tanınması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlardan Siegwart<sup>22</sup>, hem savunduğu fikir için açık bir gerekçe ortaya koymamış olması ve hem de hangi adi ortaklık tipleri için bu yönde bir görüşü savunduğunu açıklamamış olması sebebiyle Federal Mahkeme tarafından eleştirilmiş ve ayrıca savunduğu görüş anılan Federal Mahkeme kararında özel olarak tartışılmaya değer görülmemiştir<sup>23</sup>.

Sözkonusu İsviçre Federal Mahkemesi kararının verilmesinden sonra bu meseleyi inceleyip, adi ortaklıkta da haklı sebeple çıkarma imkânı tanınması gerektiği görüşünü savunan yazarlar da Siegwart gibi, bu tür bir imkânın bütün adi ortaklık tipleri bakımından değil bazı adi ortaklık tipleri bakımından tanınması gerektiğini savunmakta; yoksa Türk Hukuk Sistemi bakımından bu yönde görüş bildiren yazarların durumunda olduğu gibi, istisnasız bütün adi ortaklık tipleri bakımından bu yönde bir imkân tanınması gerektiğini kabul etmemektedirler.

20) BGE 94 II 120 vd.

21) Örnek olarak bkz. H. Becker: Berner Kommentar, Bd. IV, Obligationenrecht, 2. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934, Art. 545 OR, N. 27; J. Fraefel: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund, Zürich 1929, sh. 107 vd.; Bollmann, sh. 21 vd.; Meier-Hayoz/Forstmoser: Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Bern 1989, § 8, N. 71; M. Kummer: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1968, ZBJV 106 (1970), sh. 101-103; P. M. Hoch: Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Zürich 2000, sh. 108.

22) Siegwart, Zürcher Kommentar, Art. 547, sh. 206-207 N. 39.

23) BGE 94 II 120 vd.

Söz konusu İsviçreli yazarların düşüncesine göre bu yönde bir imkan sadece "ticari bir işletmeye sahip olan adi ortaklık tipleri" bakımından tanınmalıdır; zira aksi takdirde, ortaklığa devam etmek isteyen diğer ortaklar önce bu ticari işletmeyi tasfiye etmek, daha sonra ise yeniden kurmak zorunda bırakılmış olacaklardır<sup>24</sup>.

**ee)** Nihayet belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrinin büyük çoğunluğu tarafından savunulmakta olan bu yaklaşım tarzı bizim hukuk sistemimizde bazı yazarların<sup>25</sup> yanı sıra, Yargıtay tarafından da açıkça kabul görmüş ve benimsenmiştir.

Gerçekten bir kere adî ortaklıkta haklı nedenlerle ihracın mümkün olduğuna yönelik verilmiş herhangi bir Yargıtay kararı yoktur; aksine tüm kararlar doğrudan adî ortaklığın haklı nedenle feshi ile ilgilidir. Öte yandan haklı nedenle ihraç sorununa değinen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de, 22.01.1987 tarih ve 6267/206 sayılı kararında aynen şu ifadelerle yer vermiştir:

"Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle adî ortaklıkta bir ortağın haklı nedenlerle ortaklıktan çıkarılmasını dava edemeyeceği, yasal haklı sebepler varsa ortaklığın feshi ve tasfiyesi istenebileceğine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle, usul ve yasaya uygun olan hükmün (onanmasına)..."<sup>26</sup>.

Karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay da bir adî ortaklıkta haklı nedenlerin sadece ortaklığın feshinin talep edilmesine imkân sağlayacağını, aksine bir ortağın haklı nedenlerle ortaklıktan ihracının dava edilemeyeceğini açıkça kabul ederek, bu soruna ilişkin kanun boşluğu bulunduğu yönünde doktrinde savunulan görüşlere iştirak etmemiştir.

24) von Steiger, sh. 415; Bergsma, sh. 92.

25) R. Poroy (Ü. Tekinalp/E. Çamoğlu): sh. 75/76, N. 98a.; aynı yönde H. Pulaşlı: Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adana 2003, sh. 32.

26) Karar için bkz. T. Uygur: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. VIII, Ankara 2003, sh. 9710.

**ff)** Bu husustaki açıklamalara son vermeden önce ifade edilmelidir ki “*haklı sebeple ihraç bakımından kanun boşluğu bulunduğu*” yönündeki görüş, hakkaniyet ve adalet gibi üstün hukuk değerlerine istinaden de savunulamaz. Hakkaniyet ve adaletin sağlanması öncelikle kanun koyucunun görevidir; yoksa mevcut kanunları uygulamakla yükümlü olan mahkemelerin değil. Ortaklar arasındaki her türlü işlem bakımından oybirliği ilkesinin geçerli olduğunu ve bu kurala ancak taraflar arasında sağlanacak bir mutabakatla istisna getirilebileceğini ifade etmiş bulunan kanun koyucu, böylelikle bu husustaki hakkaniyet ve adaletin ne şekilde sağlanacağını da ortaya koymuştur. Kanun koyucu tarafından bu suretle ortaya konulmuş hakkaniyet ve adalet anlayışının, kanun koyucunun onaylamadığı bir yaklaşım benimsenerek aşılması imkânı yoktur. Kanun koyucu, haklı sebebin ne şekilde gerçekleşmiş bulunduğu hususu ile ilgilenmeksizin, adî ortaklığın bünyesine uygun bir şekilde, her türlü haklı sebebin, sadece adî ortaklığın feshine bir gerekçe olabileceğini kabul etmiştir (BK m. 535/b.7).

#### **IV. Haklı Nedenle İhraç Konusunda Bir Kanun Boşluğunun Kabulü Halinde Dahı Doğrudan Ortaklara İhraç Yetkisinin Verilemeyeceği**

Yukarıda, inceleme konusu ile ilgili herhangi bir kanun boşluğu bulunmadığı ifade edilmiş ve bu tür bir neticeye ulaşılmasının gerekçeleri ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Hukuken mümkün olmamakla birlikte, bir an için ve tamamen farz-ı muhal olarak, bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilecek olsa dahi, bu boşluğun, söz konusu düşünceyi savunan yazarların kanaatinin aksine TK m. 197 hükmünden kıyasen yararlanmak suretiyle doldurulması imkânı yoktur. Şöyle ki:

**a)** BK’da yer alan adî ortaklığa ilişkin hükümler ile TK m. 136-152 hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan ticaret ortaklıkları hakkındaki hükümler, genel hüküm niteliği taşımaktadırlar. Bu hükümlerden TK m. 136-152 arasında düzenlenen hükümlerin, belirli bir ortaklık tipi

dikkate alınmaksızın öngörölmüş hükümler niteliği taşımaları sebebiyle, ihtiyaç duyulan durumlarda adî ortaklık bakımından da (bu ortaklığın bünye ve niteliğine uygun olmak koşulu ile) uygulama alanı bulabileceği haklı olarak ifade ve kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Buna mukabil, anılan hükümler dışında Ticaret Kanununda yer alan diğer hükümlerin adî ortaklık bakımından uygulama alanı bulamayacağı; zira bu tür bir yaklaşımın "geriye doğru uygulama, ahenksizlikten doğan anormal bir durum" olacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>28</sup>.

b) Öte yandan bu yaklaşım genel hüküm, özel hüküm ayrımının dikkate alınması zorunluluğunun da doğal bir sonucudur. Gerçekten de kanun koyucu tarafından özel bir ilişki dikkate alınarak sevk edilmiş bulunulan istisnai bir düzenlemeden, varlığı iddia edilen genel hüküm boşluğunu doldurmak için istifade edilmesi, istisnai düzenlemenin genel hüküm mertebesine yükseltilmesi anlamına geleceğinden isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle, adî ortaklığa ilişkin hükümlerin "haklı sebep ihraç" meselesi bakımından bir boşluk içerdiği kabul edilecek olsa dahi, bu boşluğun özel ve istisnai hüküm niteliğindeki TK m. 197 hükmünden istifade suretiyle doldurulması imkânı yoktur. Bu tür bir durumda yapılması gereken, söz konusu boşluğun hâkim tarafından doldurulması olacaktır ki, artık bu boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiğine, meseleyi incelemekte olan hâkim, tarafların karşılıklı menfaat durumunu dikkate alarak karar verecektir.

c) Nihayet belirtelim ki, varlığı iddia edilen boşluğun TK m. 197 hükmünden kıyasen yararlanmak suretiyle doldurulması gerektiğini savunan yazarlar dahi, "haklı sebep çıkarma neticesi"nin diğer ortakların kendi aralarında alacağı bir karar ile değil, doğrudan hâkim tarafın-

27) Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), sh. 47, N. 71; Barlas, sh. 84; aksi yönde bkz. adî şirketler hakkında münhasıran Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı görüşü için Pulaşlı, sh. 6.

28) Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), sh. 47 N.71; Karayalçın, sh. 136.

dan verilecek bir karar ile elde edilebileceğini açıkça kabul etmekte ve savunmaktadırlar<sup>29</sup>. Nitekim sorunu ayrıntılı olarak inceleyen yazarlardan Çamoğlu, soruna ilişkin değerlendirmesinde görüşünü aynen şu şekilde belirtmektedir:

*“... Kollektif ortaklığa ilişkin TK. 197. madde, bu boşluğun doldurulması konusunda örneksime yolu ile uygulanabilir. Ancak TK. 197. madde istisnai bir hükümlerle çıkarma yetkisini ortaklara vermiştir. Yetkinin adî ortaklıklarda da diğer ortaklara tanınması için bu tipten özel bir hükme gerek olduğundan, burada çıkarmanın mahkemedeki isteneceği sonucuna varılmalıdır...”<sup>30</sup>.*

Özellikle TK m. 197 hükmüne dayalı ihraç kararlarına karşı kanun koyucunun, hakkında ihraç kararı verilen ortağa, menfaatlerini koruması bakımından bir iptal davası açma hakkı tanımış olması da varılan bu sonucun haklılığını teyit etmektedir.

## V. Sonuç

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında sonuç olarak;

- i. bir adî ortaklıkta haklı nedenlere dayalı olarak, diğer ortaklar tarafından alınacak karar ile bir ortağın ortaklıktan ihracının hukuken mümkün olmadığı,
- ii. Borçlar Kanununda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı gibi, kanun koyucunun bilinçli nitelik taşıyan bu yaklaşımının bir kanun boşluğu olarak da değerlendirilemeyeceği,
- iii. nitekim kaynak İsviçre hukukunda gerek Federal Mahkemenin, gerek doktrinin bu konuda bir kanun boşluğunun bulunmadığı görüşünü benimsedikleri, aynı çözüm tarzının 28.11.1945 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının dayandığı yaklaşım kapsamında Türk hukuku açısından da geçerli olduğu, nitekim doktrinindeki bazı yazarların yanı sıra Yargıtay'ın da bu görüşü paylaştığı,

29) Çamoğlu, sh. 75-77; Karayalçın, sh. 152-153.

30) Çamoğlu, sh. 75-77; Domaniç, sh. 104.



iv. aksine bir görüşün benimsenmesi halinde ise haklı nedenlere dayalı ihraç yetkisinin diğer ortaklara değil, sadece mahkemeye tanınmasının kaçınılmaz olduğu, dolayısıyla ortaklarca ihraca ilişkin olarak alınan bir kararın bu olasılıkta dahi hukuken herhangi bir hüküm doğurmayacağı, ifade edilmelidir.